

روضۃ القضاء وطريق النجاة

للعلمة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرصبي السمناني

المتوفى سنة ٨٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

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

الجزء الأول

دار الفوقرة
عمان

مؤسسة الرسالة
بيروت

جميع الحقوق محفوظة
ولا يحق لأيّة جهة أن تطبع أو تعطي حقّ الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسميّة أو أفراداً.
الطبعة الثانية
١٤٠٤م - ١٩٨٤م

للنشر والتوزيع
ص.ب. ٩٣١٥٣٦ - تلّيف : ٦٦٠٩٣٧
حان/الأردن/ جبل الحسين شارع خالد بن الوليد



مؤسسة الرسالة
بيروت - شارع سوريا - بناية صدي وسالحة
هاتف : ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً : بيوشران -



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة في التعريف بالسمناني

وكتابه روضة القضاة وطريق النجاة*

وصف المخطوطة:

من نفائس المخطوطات الفقهية التي صورها معهد المخطوطات العربية بالقاهرة مخطوطة : روضة القضاة وطريق النجاة للعلامة علي بن محمد السمناني او ابن السمناني .

* * *

وقد جلبت المكتبة المركزية لجامعة بغداد مشكورة نسخة ميكروفلمية من هذه المخطوطة بناء على طلبي ، وصورت هذه النسخة في المجمع العلمي العراقي 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 تركيا في صيف ١٩٦٧ على نسخة خطية اخرى من هذا المصنف هي نسخة فليج علي باشا فصورت لمكتبتى .

لقد جاء في اول ورقة من النسخة الاولى من هذه المخطوطة : كتاب ادب القاضى المسمى بروضة القضاة تأليف العلامة علي بن محمد السمناني 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 فليج 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 العراقي 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 أفضى القضاة . . وانه « وقع الفراغ من تأليف هذا الكتاب صبيحة يوم الجمعة مستهل صفر من سنة ثم (كذا) واربعمائه ، وكتب علي 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 واربعمائه اي قبل وفاة مؤلفه بمدة تتراوح بين ١٣-١٩ سنة ، على أن كتب الطبقات تشير - كما سرى - 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 (١) كل سليدة منها تحتوي على صحيفتين ، عدا السليدة الاولى فانها مؤلفة من صحيفة واحدة وفراغ ، وبذلك تكون صفحات الكتاب عبارة عن (٦٦١) صحيفة في كل صحيفة قرابة ١٩ سطرا وفي كل سطر قرابة (١١) كلمة . أما نسخة قليج علي باشا فيبلغ عدد صفحاتها (٥٢٠) صحيفة في كل صحيفة قرابة (٢٩) سطرا وفي كل سطر قرابة (١٧) كلمة (٢) .

(١) من كلمة Slide الانكليزية وتعني قطعة من الفلم
(٢) ثمة نسخ خطية اخرى من روضة القضاة للسمناني في كل من مكتبة مينيخ برقم ٢٦٠ وداماد زاده في استانبول برقم ٧٣٦/٧ والزيتونة بتونس برقم ١٧ وقد أهدت لي المكتبة العامة في مينيخ ميكروفلم النسخة المحفوظة لديها شاكرا .

وبالرغم مما ورد في 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 صفت الروضة؟

ويستفاد من مقدمة الكتاب ان السمناني 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 السلجوقي 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 « سياستنامه » . وكان مزاج ذلك العصر يميل الى ربط كل دولة من دول الطوائف بمذهب تعتنقه الدولة وتعصب 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 الخفية مذهبها رسميا مع أن الاسلام ولد ولا مذاهب فيه ويمكنه أن يستمر في الاضطلاع برسالاته دون التقيد بمذهب أو التزام قول دون قول .

عصر البويهيين والسلاجقة وحظ الثقافة الإسلامية فيه :

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

ولقد حققت القبائل التركية الموحدة في ظل زعامة السلاجقة ما عجز أسلافهم قبل الاسلام عن تحقيقه من استقلال عن تسلط الحكم الفارسي الساساني والسيادة الفارسية على الشعوب التركية المحاربة ، فتهياً بذلك للامة التركية - كما تهياً من قبل للامة العربية - 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 - كما دان العرب من قبل - بهذا التحول في البنية الاجتماعية فسارع 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 لا يقرها الاسلام . ومع ذلك فإن هذا السلطان السياسي والتتول القومي الذي تحقق في ظل الدولة السلجوقية لا يعني قيام القطيعة بين عناصر الثقافة الاسلامية التي اضطلع برسالتها الانسانية الجامعة جميع العناصر القومية الاسلامية من عربية وفارسية تركية ، فقد كانت تلك الثقافة من القوة والقوة بحيث لم يزدها قيام دول الطوائف الا متانة وتثلاً ، ولذا فإن الدولة السلجوقية التركية احتضنت في مضمار الادارة والثقافة كلا من اللغتين العربية والفارسية ، ولا غرو فإن القوميات الاسلامية تختلف مفاهيمها عن القوميات الغربية لأنها تقوم على أساس مما دعى اليه الاسلام من التعارف والتواضع لا التباذ والتعالي ومن الاخوة البشرية لا البغضاء الشعوية ومن أوامر القربى في الانسانية التي تمت في البداية بآدم وتنتهي في النهاية الى التراب .

هذه الحقيقة هي التي 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 في تصوير الخلافة ولم تجنح الى سياسة شعوبية قاتمة تبصق في 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 وغيرها واستقرار سلطات تلك الدول المتوتبة 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 مافقدها من طمأنينة وأمن •

والحاصل فقد كانت منجزات السلاجقة - كما وصفها احد الباحثين الناشئين^(١) - 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 نصد العدوان عنها ورد كيد الطامعين فيها والطاعين عليها »^(٢) •

وهكذا فإن القلق السياسي الذي كان شائعا يومئذ لم يحل دون الاستقرار الثقافي والتحول 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 مرهقة 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 تعبيراً عن عميق الولاء لذلك الوزير .

أهداف المصنف وخطته :

لقد رمى مصنف الروضة بتأليفه ان يكون كتاباً جامعاً مبسطاً بحيث « يحتاج اليه العلماء والمتعلمون والخاصة والعامة ، ولا يستغنى عنه في ادب الفقه (القضاء) على جميع مذاهب الفقهاء » .

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

والى مثل هذا الغرض رمى امام الهدى الفقيه ابو الليث نصر بن محمد السمرقندي عند تصنيفه كتاب خزنة الفقه^(١) .

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 في مقدمته على الروضة .

صنف في ذلك كتب كثيرة كالذي صنفه الخصاف والطحاوي والاصطخري ومحمد بن الحسن (الشيحاني) وسائر شروح الضالعين^(٢) فمنهم من اطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم ما لا يحتاج اليه ، ومنهم من أخر ، ولم يرتب

(١) نشرت خزنة الفقه في كتابنا « المصنفات الفقهية لامام الهدى ابي

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

الابواب ، ولا عقد الفصول ، ولا كشف قناع العلم ، ولا اتى ما يحتاج اليه على نمط الحاجة .

فالمسماني - كما ترى - مؤلف ناقد مضطلع احاط بما كتب السابقون عليه في موضوعه من اعلام وضالعين فلم يتردد في نقد ما في كتب هؤلاء وأولئك وما وقعوا فيه من هنات .

ونحن اذن امام مصنف فقهى على جانب من الاهمية كبير اختط مصنفه لنفسه خطة وتسك بمنهج يفي في رأيه بالحاجة فلا تطويل فيه ولا تقصير ولا عجز عن النفاذ الى صميم الموضوع . وهؤلاء الذين ذكرهم المسماني كانوا من اعلام الفقه في 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 الأزدي ابن اخت الفقيه المزني الشهير فى المذهب الشافعى . وقد انتقل الطحاوى من مذهب الشافعية الى مذهب الحنفية والى الف مختصراً شهيراً فى الفقه وتوفى بمصر سنة ٣٢١ هـ (١) .

ومن مصنفات الطحاوى نظام القضاء والفقه العملي :-

- ١ - الشروط الصغير
- ٢ - والشروط الكبير
- ٣ - والشروط الاوسط
- ٤ - والمحاضر والسجلات (٢)

(١) نشر هذا المختصر فى مصر سنة ١٣٤٠ محققاً بقلم ابى الوفاء الافغانى فى سلسلة احياء المعارف النعمانية ولهذا المختصر شروح متعددة منها شرح الاسبيجاني وشرح الوبري .

(٢) الجواهر المضية ج ١ ص ١٠٣ - ١٠٥ ويقوم طالب الماجستير التركي الجنسية السيد روجي اوزجان بتحقيق كتاب الشروط والوراقة باشرافنا تمهيداً لتقديمه اطروحة للماجستير .

وقد اشار السباني الى ان للطحاوي أدب الحكام الصغير وأدب الحكام الكبير ونقل عنهما •

وأما الاصطخري فالمقصود به أبو سعيد الحسن بن أحمد ابن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار (اويسار) بن عبد الحميد بن عبد الله بن هاني بن قبيصة بن عمرو بن عامر وقد وردت ترجمته في طبقات الفقهاء للشيرازي (ص - ٩١) حيث قال عنه :-

كان قاضي قم ، وولي الحسبة ، وكان ورعا متقللا ، ولد في سنة ٢٤٤ ومات في سنة ٣٢٨ هـ وصف كتابا حسنا في أدب القضاء •

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

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

مراجع أخرى:

وأما محمد بن الحسن الشيباني فهو من اعلام المذهب الحنفي فقد كان صاحب الامام ابي حنيفة ومدون المذهب صاحب أبا حنيفة واخذ الفقه عن أبي يوسف ودون الموطأ وحدث به عن مالك ^(١) وهو اليوم موضع عناية الفقهاء الغربيين انفسهم فقد كتب عنه الدكتور اوتوسبيس Otto Spies الاستاذ في جامعة بون مقالة نشرت في اعمال المؤتمر الدولي الخامس للقانون الموازن ^(٢) المنعقد في بروكسل سنة ١٩٥٨ (مجلد ١ ص ١٢٥-١٢٩) بعنوان فقيه عظيم من فقهاء المسلمين ، وقد ذهب في هذه المقالة الى اعلاء شأن ابي يوسف والشيباني في تطوير المذهب الحنفي وبيان ما كان لهما من جهود وآثار •

(١) الجواهر المضية ج ٢ ص ٤٢ •

(٢) Rapport generaux au Ve Congre de Droit Comparé

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

- ١ - المهذب للشيرازى
- ٢ - الخلاف للقندورى
- ٣ - كتاب المزنى (المختصر)
- ٤ - مختصر الطحاوى ، وادب الحكام وادب القضاء الصغير
- ٥ - شرح الدامغانى لمختصر الحاكم
- ٦ - مختصر الكرخى
- ٧ - محقق بن الحسن الشيبانى فى كتاب الدعوى
- ٨ - الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى والاصل والزيادات
- ٩ - الامالى لابى يوسف
- ١٠ - القدورى فى التجريد
- ١١ - الخصاص فى المفصل ، وادب القضاء
- ١٢ - علي بن موسى القمي : احكام القرآن الصغير
- ١٣ - أبا عبيدة فى الغريب
- ١٤ - مختصر ابي موسى الضريع
- ١٥ - ابن سماعه : النوادر والامالى
- ١٦ - القضاء للاصطخرى (الشافعى)

١٧ - شروط الاصنع

١٨ - عيون السائل لابي الليث السمرقندي

ومما يستحق الإشارة في هذا الصدد ان روضة القضاء خلت من الإشارة الى ما كتبه الماوردي في الحاوي^(١) 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 في تعريف الكتاب وموضوعه :

مما سلف يتبين لنا ان مصنف روضة القضاء كان نقادة والكتاب يعالج موضوعا لم يزل بحاجة الى المزيد من الدرس والعناية ، لقله ماحقق ونشر عنه ، ولتهجم بعض الغربيين وادعائهم ان القضاء الاسلامي تأثر بدوره بنظم القضاء الرومية والفارسية كما تأثرت نظم الدواوين الاسلامية . وخصائص هذا النظام الطريفة لم يكشف عنها القناع لتتجلى في 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 ، والى فيه فقهاء اعلام ممن ذكرهم السمناني وغيرهم والعصر الذي الف فيه هذا الكتاب بلغت فيه حركة التأليف في تلتى فروع الفقه مرحلة بالغة من التطور والنضج ورسخت فيه اساليب علم الخلاف في استعراض مختلف ابواب الفقه دون تعصب او غلو .

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

نظام القضاء في 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 - سيرة مصنف الكتاب وآثاره وثقافته •

٣ - ما اضافته هذا الكتاب الى موضوع نظام القضاء من جديد سواء من حيث صياغة المبادئ أو تحليل الفروق بين مختلف آراء المذاهب أو التزام الاسلوب العقلي الهادئ المحايد الى حد كبير من الحياد العلمى الذى اتبع لانباء ذلك العصر •

خصائص النظام القضائى فى الإسلام :

لنظام القضائى فى الاسلام تاريخ طويل حافل بالحركة والنضال فى سبيل العدل والانسان والحق والشرع ، وملامح جذابة لما فيها من طرافة ، ولقد توثقت صلتى بهذا النظام منذ ان صنف كتابى «الوجيز فى المرافعات المدنية والتجارية» الى ان درسته فى جانبىه الفقهى النظرى والتاريخى واعدت فيه أبحاثا مخطوطة رأيت ان أخدمها بنشر بعض ما صنف فى أدب القضاء لتزداد ثروتنا ومراجعتنا فى هذا المضمار •

والواقع ان النظام القضائى فى الاسلام تمكن فى خلال تاريخه الحافل فى بعض العصور بالحركة والكفاح والتطور والمتناقضات ان يملأ على صفحة الفقه والقضاء أروع القواعد والمبادئ التى تكفلت برعاية حقوق الانسان وصيانة كرامته وعرضه وماله من التعدى والاتلاف والغصب والجور والسطط •

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 بيع المدين بالدين تقرر ان المدين لا يباع بالدين كالمسلعة ولكن يترك لیسعى لنفسه وللدائنين^(١) •

ولقد خاض هذا النظام فى سبيل تحقيق ذلك اعنف المعارك وامتنحن 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 القضائى فى الاسلام •

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

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

ولم يحظ حكم القاضي فى ظل هذا النظام بدرجة كافية من القطعية بل كان عرضة للنقض فى الأمور غير الاجتهادية وفق شروط وفروض معينة^(١) كما كان القاضي نفسه عند عزله عرضة « للإيقاف » اى لعرضه على الحساب الدقيق والسؤال والمراجعة .

وهذا اغرب ما فى هذا النظام بالقياس الى سائر النظم القضائية فى مختلف الشرائع المعروفة ودليل على مدى تغفل مبدأ سيادة القانون فى هذا الشرع الذى 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 مسؤولاً ومسؤولية خطيرة فى دنياه وآخرته حتى شبه من ولي القضاء بمن ذبح بغير سكين .

* * *

(١) جاء فى جامع الفصولين ٢٠/١ « كل شئ اختلف فيه الفقهاء ففضى فيه القاضي نفذ قضاؤه ، وليس لقاض آخر ابطاله » والى مثل هذا القول ذهب الشافعي كما فى أدب القاضي للماوردي (٤٧/٢) ومختصر المزني ٢٤٢/٥ والأمام (٢٠٧/٦ - ٢٠٨) .

لقد كان القضاء في عصور طويلة يتمتع بأخطر مركز بعد مركز الخلافة ، ولذا كانت دراسة تاريخه من الامور المهمة والجديرة بالبحث لانها قيمة بان تكشف لنا النقاب عن طبيعة نظام الحكم في الاسلام ، وعن نوع من الديمقراطية والعدالة حاول الاسلام اناطة تحقيقها بالقضاء ، وأكد فيها على العدالة والمساواة أمام الشرع وعلى سيادة الشرع على جميع المكلفين حكما 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 في سبيل هذه المبادئ ولم ينط ذلك بقواعد موضوعية أو اجراءات محددة معقدة مضمونة الجواب اللهم باستثناء حق القاضي في تفتيش السجون واطلاق سراح المسجونين ظلما .

ولذا فقد تشدد الفقه الاسلامي في صفات القضاة وأعوانهم والشهود وتركبتهم 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 انيح له معاشرة شيخه قاضي القضاة الدامغانى ثلاثين سنة تولى فيها الشيخ قاضي القضاة منصب القضاء فحدثنا في مواضع مختلفة عن واقع القضاة وعن مجلس شيخه .

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

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

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

وثمة أشياء آخر يكشف عنها النقاب كتاب الروضة فان مؤلفه لم يكتف بتقرير احكام نظام القضاء في الاسلام ولكنه بين لنا وجه استنباط تلك الاحكام والقواعد فلم يكن يكتفي بالقياس على نظم الفقه الخاص^(١) من وكالة ونيابة بل كان يلحظ الفرق بين الامرين احيانا وكان في مواضع اخرى يعتمد في الاستنباط الى مقتضيات الحاجة والمصلحة •

والواقع ان جميع هذه الحقائق تبدو جلية في كتاب روضة القضاة حيث يقرر السمناني في 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 القاضي المعزول بجعل القول قوله فيما يدعى عليه •

ترجمة السمناني :

مولده ودراسته :

وردت ترجمة السمناني في كل من الجواهر المضية (ج ١ 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 عبد الملك بن ابراهيم الهمداني في طبقات ابي حنيفة فقال :
« مولده رجة مالك بن طوق^(١) » •

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

(٢) جاء في القاموس المحيط في مادة الرحب رجة المكان وتسكن : ساحته وتمتعه ، ومن الوادي مسيل مائة من جانيبه فيه •• والارض الواسعة المنبت المحلل ••••• ورجة مالك بن طوق (التغلبى) على الفرات •

ورد على قاضي القضاة أبي عبدالله محمد بن علي الدامغاني الكبير^(١) فقرا عليه مذهب أبي حنيفة •

وقرأ الكلام والاصول علي أبي علي بن الوليد^(٢) •

وكانت له تصانيف في الفقه والشروط والتواريخ وكتاب في أدب القضاة سماه روضة القضاة وهو تصنيف لطيف فرغ منه سنة ثمان وسبعين واربعمائة • وقد نسب لفخر الدين الزيلعي 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 في المحاضر والسجلات تأليف مصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي^(٣) المتوفى سنة ١٠٩٧ أشار اليه ذيل كشف الظنون (مجلد ١ ص ٥٩٦) ولا ندري هل العلاقة بين الكتين قاصرة على اقتباس اسم الثاني من الاول أم ان الثاني رجع الى الاول في موضوعه ومادته أيضا^(٤) •

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب الدامغاني الكبير أبو عبدالله (٣٩٣ بدمغان - ٤٧٧ هـ ببغداد) قاضي القضاة الامام العلامة تفقه على الصيمري ببغداد وسمع من أبي عبدالله محمد بن علي الصوري وروى عنه عبدالله الاتماطي وغيره واصحابه كثيرون لا يحصون ، وكان متضلعا في الخلاف • وفي مكتبة الاوقاف ببغداد رسالة فقهية للدامغاني ضمن مجموعة مخطوطة رقمها ٣٢٧ أما عنوان هذه الرسالة فهو مسائل في دعوى الحيطان والطرق والابواب في 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 قليج عني 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 في القضاة لابي نصر القاضي شريح بن عبد الكريم الروماني الشافعي وقد وردت الاشارة اليه في كشف الظنون مجلد ١ ص ١٩٢٣ •

ثقافته :

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

حاشية على مقامات الحريري • وقد جاء في دليل هذه المكتبة المسمى بالكشاف ان هذه الحاشية بقلم أبي القاسم علاء الدين محمد بن علي السمناني المتوفى سنة ٤٩٣هـ وهذه المخطوطة مرقمة بالرقم ٢٩٩ •

آثاره :

صنف السمناني في موضوعات متعددة في الفقه واصوله والتاريخ واللغة وروضته من أهم ماصنفه في الفقه فلنعد إليها فإنها محور هذا التعريف :

لقد اشترنا من قبل الى ان احكام منصب القضاء تثير لنا أهم جوانب الفقه 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 الوضعية تفرقة مثلها بين القانونين العام والخاص •

ولقد سلك الفقهاء في تدوين احكام هذه السلطة والقواعد المنظمة لها مسلكين :

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

ومن مزايا كتاب الروضة أنه لم يقتصر على سرد وجهة نظر المذهب الحنفي وحده ولكنه عالج موضوعه علاجاً جامعاً موازناً فعرض لمختلف وجوه النظر في المذاهب الإسلامية المختلفة من حنفية وشافعية وزيدية وإمامية وخوارج وأكثر من الموازنة بالدرجة الأولى بين أقوال الحنفية والشافعية وكل ذلك على طريقة علم الخلاف أى على طريقة الفقه الموازن بمصطلح عصرنا هذا ان صحت هذه الاستعارة فأتسع بذلك أفق هذا الكتاب ، وقد كان الدامغاني استاذ السمناني من المتضلعين بعلم الخلاف فقل عن بعض مصنفاته وأشار الى ما جرى عليه العمل فى تلك الفترة الطويلة التى تولى فيها شيخه المذكور منصب قاضى القضاة فجاء كتاب الروضة جامعاً بين ما دونه الفقه فى موضوع القضاء من قواعد نظرية وبين ما أسفر عنه العمل والتطبيق من حقائق ، وهذه اهم ميزة انفرد بها هذا الكتاب عن سائر ما ألف فى موضوعه .

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

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

١ - فقد عني السمناني بجميع جوانب الفقه الاسلامي العام بما عقده من موازنات بين الخلافة والقضاء ، وبين سلطة القاضى والامام . وما يشترط فى كل منهما من الصفات ، وكيف يعزل كل منهما الخ فجاء بذلك كتاباً جامعاً فى الفقه الاسلامي العام غير قاصر على بحث سلطة القضاء وبذلك يمكن القول ان السمناني كان من فقهاء الفقه العام الى جانب تضلعه بالفقه الخاص ، وانه بذل فى تطوير مبادئ الفقه العام جهوداً ، وقدم لنا نماذج من الصياغة القانونية فى هذا المضمار ،

شأنه في ذلك شأن الماوردي وإن لم يبلغ شأن الماوردي لأفلاله واكثر الماوردي
فيما صنف من كتب في حقل الفقه العام .

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

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

(٢) هذا عن الروضة والسمناني في موضوع القضاء العملي كتاب أشار
اليه اسماعيل باشا البغدادى في كتابه هدية العارفين^(١) واسماه « العروة الوثقى
في الشروط » .

وحدثنا السمناني نفسه عن كتاب له في هذا الفن سماه « كنز العلماء
والمعلمين في 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 في روضة القضاة في باب كتاب القاضي :

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

(١) المجلد ١ ص ٦٩٤ .

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

« ففيه ما يعين على هذا الكتاب (الروضة) ، كما ان في هذا الكتاب ما يعين على ذاك » •

٣ - والى جانب كتابي الروضة والكنز تشير كتب الطبقات كما ذكرنا الى ان للسمناني تصانيف في الفقه ولا نعلم عن هذه التصانيف شيئاً حتى الآن ^(١) .

٤ - كما تشير هذه المراجع الى أن للسمناني تصانيف في التواريخ ^(٢) .

٥ - وللسمناني كما قلنا شرح على مقامات الحريري منه نسخة مخطوطة في مكتبة الاوقاف العراقية وقد اطلعت عليها فوجدت في آخرها العبارة الختامية الآتية « تم الكتاب بعون الملك الوهاب على يد مؤلفه العبد الفقير الى الله الغني به علي بن محمد المدعو بعلاء السمناني ، بلغه الله كل ما يهواه من المطالب والاماني ليلة السبت وقت العشاء السابع عشر من شعبان ٥٠٠ » ومن المؤسف له ان تاريخ سنة الكتابة قد طمس بحيث لا يقرأ •

٦ - وله أيضاً سراج المصلّي وشروط الصلاة اشار اليه بروكلمان في الملحق ١ ص ٦٣٨ وذكر ان نسخة خطية منه في مكتبة فليج برقم أ، ٣٧٨ •

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

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

حياة السمناني المضطربة

هذا المصنف المثقف المتعدد جوانب الفكر والثقافة القادة الفاحص المتأمل لم يها 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 الأقدار 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 الجوارى في منزلة دنيا ، ولا يفسح لهم مجال التقدم الا بشق الانفس ، فقد ولد من جارية ولادة مغمورة ونشأ في رجة مالك بن طوق على الفرات ، بعيدا عن كف أبيه محروما من شفقتة ومن اخوة اخيه لايه ، 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 آباءه وأجداده الى العراق ليدرس الفقه على الدامغاني قاضي القضاة ، ويبلو حلو الحياة ومرها فتمكن من شق طريق الحياة بصبر وناة ولم يعلن الثورة على المجتمع اعلان مستهتر بالقيم والتقاليد ولا اعلان ناغم 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 - كما قيل - كبير الشبه بأبيه .

وحين تمكن من ثقافة عصر وبلغ فيها مايلغ 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

لأنه 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 الرجبي من جاء النسب عوض عنه بعض العوض فقد نفق
سوقه لدى نظام الملك الوزير السلجوقي فجعله صاحب خبره^(١) ببغداد ،
واجري له في كل سنة نحو من سبع مائة دينار •

عقد نفسية :

هذا النسب الذي اخفق الرجبي في اثباته ، وهذا المنصب المغمور الذي
حصل عليه لم يدخل الطمأنينة والراحة على نفس هذا الفقيه المؤرخ اللغوي على
ما يظهر ، فقد ساءت حالته النفسية رغم المعاش الذي اجري 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 الدكاتور لرصد
أخبار العراق واخبار الخلافة العباسية التي جردت من كثير من سلطاتها واصبحت
مجرد اطار يزين شرعية السلطنة السلجوقية وان حرصت أن تستبقي القضاء
في قبضتها ، ولقد حدثنا المصادر حديثا مقتضيا عن تلك الحياة المضطربة التي
قضاها الرجبي السمناني في بغداد في منصبه الجديد غير قرير ، حيث تقول
الجواهر المضية ان السمناني « ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير أبي
سجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه ، وقرئ التوقيع في المركب فسي
اول شهر سنة ثمان وسبعين واربعمائة » •

وتناقل الناس في بغداد ذلك الحادث بالتعليق والتأويل ، وكثرت الشائعات
وفي هذا تقول الجواهر المضية (ج ١ 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 وجلس ، واطلق ولازم منزله ، فورد نظام الملك الى بغداد ، وخطب الخليفة فيه ، وورد بعد ذلك بستين 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 يجسبه وأن تسارع الدولة السلجوقية الى التشفع له وانقاذه .

دعواه إثباته 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 لاخلال ذلك العصر وطبيعة الروابط الاجتماعية بين مختلف طبقاته فقد اشرنا انه دفع برده دعواه لثبوت رقه بوثيقة دونت فيها شهادة شهود اعدت من قبل اعدادا محكما فاسقط في يده ولم يحز 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 » .

وتسأل الناس عن اسرة السمناني وعن سمنان التي تنسب اليها ؟

وبعد أن رفعت الستارة عن هذه البداية المسرحية واسكت الجلاوزة اللفظ وقطع على المتهمين 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 ناغم 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 في دار الاستاذ ابي الفصل محمد بن عامر وكيله في المخزن » واسدلت الستارة قليلا لترتفع عن فصل آخر حيث « حضره كافة اهل العلم والقضاة والشهود ورفعت الستارة عن هذا الفصل الجديد المتوتر وقد انخست الرؤوس من نقل العائم واشتبكت الاصابع باللحى » وقد تصدى للمدعي ابن المحسن وكيل زوجة المتوفى •

وبدا بين الطرفين حوار خاطف فتقدم السمناني وهو يحدث نفسه حديث الواق بصوت منخفض :

– لقد أعددت لكل شيء يقوله ابن المحسن وكيل الزوجة جوابا •
ولكنه ما يكاد يخطو خطوتين حتى ينبري له ابن المحسن مخاطبا القاضي أبا الحسين محمد بن محمد البيضاوي :

– أيها القاضي ان هذه الدعوى لاتصح من هنا ثم يشير الى المدعي قائلا له بسخرية لازعة واحتقار :

– 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 يفحمة قائلا :

- واسمك ! اسمك ظاهر

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

- رباه ! ما أظلم الانسان

لقد تحيرت في أمري

وها أنا ذا لا أجد من ينصرني

أأنا مملوك حقا ؟

ولست حرا ؟

فتوالى القهقهات وهو يقول :

- وأي ذنب لي في كل ما قدر لي ! أأنت انسانا ! ويسمع صوت يقول :

- يا للمملوك انه يتحدى المقدور ؟

وتسدل الستارة بسرعة لترتفع عن قوم يتهايمون :

صوت - لقد عاد الفقيه المملوك أخيرا

آخر - صه صه لقد عاد الينا وكأنما هو غيره

ثالث - وكيف أيها الرجل

الصوت الثاني - انه اليوم صاحب الخبر ببغداد ومن ورائه نظام الملك

الوزير وجندي من جنود السلاجقة يتبعه كالظل لينقض كالمصاعقة على من يشير
اليه بطرف بنانه •

الصوت الثالث - انه سيستقم

رابع كلا ، انه اليوم في محنة فقد ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير

ابي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأديبه وسيقرأ التوقيع في المركب
ثم يحبس •

صوت آخر : والدولة السلجوقية ؟ ان نظام الملك من ورائه ، انه سيعود

الى سابق عهده ان السلاجقة لا يرضون الهوان لاتباعهم •

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 ، قضائه على جانب كبير من العلم بالشرع والاجتهاد لو أمكن تحقيق حلمه المنشود .

ما أثمرته روضة القضاة :

أما وقد علمنا ان مصنف روضة القضاة كان ضحية من ضحايا القضاء فافحق في اثبات نسبه من اسرة السمناني العراقية العريقة ولم ينصف في مجلس القضاء ، ولا في مجلس التظلم وآب من دعواه بصلح يقاسي فيه مرارة الحرمان ، حرمان ابن الجارية من نسب السيد مولاه كما هزمت أمه من قبل في صراعها مع السيدة زوجة قاضي القضاة أبي جعفر فيعت بمن 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 « البلية به أشد » لاسيما اذا اختصا في المعاملات والموارث والمسائل المشككة في الفروع التي يتجاذبها شبه الاصول .

وحذر من تولية « متهم في الحكم لثلا يجوز » وكتب يقول : لا ينبغي أن يختار للقضاء « الا من يغلب على الظن أنه اوفيا مختار » واكمل انسان . .
وينبغي لمن تملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لا يقدر العالم على اصلح منه ، ولا أفضل ولا اكمل ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفوة كل عالم ، وهذا

التشدد في اختيار القضاة وتطلب الكمال فيمن يولى القضاء لا نجد له نظيراً في أدب القضاء للماوردي - مثلاً - فإن الماوردي مال الى الاعتدال في اشتراط الفضل في القاضي لما هو معروف عنه من واقعيته ، ولذا فإن الماوردي صاغ القاعدة المعتدلة الواقعية الآتية فقال :

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

وهكذا كان السمناني يتمنى أن لا يرقى الى دست القضاء الا انسان كامل علماً وعدلاً واجتهاداً لينصف أمثاله من جشع الارملة وغيره الضررة •
ثمادج من قواعد الفقه الإسلامي كما صاغها السمناني :

وثمة مزية أخرى يلسمها 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 موقوفاً على من له حق العقد (الحنفية) •

أخرى بعكسها

لا ينعقد شيء من العقود موقوفاً على الاجازة •

تولية المرأة القضاء :

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

« وأجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصياً ، ووكيلاً ، وقاسماً ، وأميناً وانها كالرجل في سائر العقود •

وانها أولى من الرجل بالحضانة والتربية وانها يقبل قولها فيما لا يطلع 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 مثلاً :
قاعدة :

- أ - للمرأة أن تكون وصياً ووكيلاً وقاسماً وأميناً •
- ب - وهي كالرجل في سائر العقود ، وأولى منه بالحضانة والتربية •
- ج - ويقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال دون أقول الرجال •

باب في الإمامة

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

- قاعدة - يتعين الامام بالاختيار •
- اخرى :

يتعين بالنص (الامامية)

- قاعدة - اذا عقد للامام فالعبرة بالعقد الاول • واذا وقع عقدان مما ينعقد للافضل (وقيل بالبطلان وبالقرعة) •

قاعدة - يقع اختيار الامام بأن يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك •
قاعدة - الدعوة طريق للإمامة وهي أن يباين الانسان الظلمة ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر وتجتمع فيه شروط الامامة فيكون اماماً وان لم يبايع على ذلك (الزيدية) •

اخرى • لا يكون

- قاعدة - لا يجوز أن يتعدد الامام في العصر •

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

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

قاعدة - 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 يمكنه 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 .
فقول مثلا :

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

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

قاعدة - اذا جار الامام واعتدى وتمرد واحتوى على الاموال وجب على المسلمين خلمه ومنعه والاستبدال به .

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون قرشيا (مذهب الجمهور) .
اخرى - لا يشترط (رأي الخوارج وبعض أصحاب الحديث) فيجوز أن تكون الامامة في غير قريش وغير العرب .

قاعدة - 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 - لا يشترط في القاضي أن يكون عربيا .

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

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

قاعدة - لا ينقض قاضي اهل العدل من أحكام قضاة الخوارج^(١) الا ما

ينقض من أحكام غيرهم ، كل ذلك بشرط أن لا يكون قاضيه ممن يستبيح

دماء اهل العدل وأموالهم وان يكون عدلا مجتهدا .

قاعدة - يشترط في الحاكم أن يكون ذكرا بالغا عاقلا حرا ، مسلما عادلاً،

غير متهم في الحكم .

قاعدة - يجوز أن تلي المرأة القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتها فيه ،

وحدها أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص (أبو حنيفة) .

أخرى - يجوز أن تتولى المرأة القضاء في جميع ذلك (الخوارج) .

قاعدة - لا ينبغي أن يولي القضاء الا الموثوق في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه

وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه (عن مختصر الطحاوي) .

قاعدة - لا يولي الحكم الا رجل من أهل الاجتهاد (الروضة) ولا تنعقد

ولاية العامي (الشافعي ومحمد بن الحسن عن الروضة) .

قاعدة - لا يشاور القاضي اذا نزل به المشكل الا أمينا عالماً بالكتاب والسنة

والآثار وأقاويل الناس (أي الفقهاء) والقياس وانساب العرب (عن المزني) .

قاعدة - يولي القاضي من جهة الامام .

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون ذكرا (وشذت الخوارج فأجازت

إمامة الأنثى) .

(١) يراد بالخوارج في كتاب الروضة ما يراد بالمحاربين في القانون الدولي

العام المعاصر حين يكسب الثوار صفة المحاربين وذلك قياسا على فرقة الخوارج

التي خرجت على الامام علي (س) .

- قاعدة - اذا عزل الامام القاضي فاحكامه نافذة وقضاياه ماضية حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك •
- قاعدة - اذا ادعى على القاضي المعزول أنه ارتكب في قضاائه السابق ظلما أو تعديا فالقول قول القاضي المعزول ولا يمين عليه •
- قاعدة - اذا تظلم من القاضي المعزول متظلم ، وسأل القاضي المولى احضاره لم يحضره حتى يسأله عما بينهما •
- قاعدة - اذا ادعى على القاضي المعزول أنه حكم بجور نظر في ذلك فان كان مما يسوغ فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم نفسه اذا رده الاجماع •
- قاعدة - خطأ القاضي على نوعين :
- ماهو حقوق الله كالحدود فهو في بيت المال •

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

في الثورة على الظلم

- قاعدة - يسأل الامام الخوارج عما 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 •

في التحكيم

- وفي التحكيم يمكن استخلاص القواعد الآتية :
- قاعدة - يجوز أن يحكم الخصمان رجلا واحدا ، ويجوز أن يحكما رجلين فما زاد ولهما أن يخرجوا الحكيمين من الحكم •
- قاعدة - لاينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه •

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

الختام:

والحاصل فان كتاب روضة القضاة جدير بعناية الجامعة والباحثين وبأن يتخذ مرجعاً للدرس في معاهد الدراسة العالية في الفقه الاسلامي والقانون لكن ما ذكرناه من مزاياه وفي سيرة مؤلفه ما يصلح نواة لمسرحية أو رواية سينائية تمثل نقائص ذلك العصر ومظالمه ومآسيه والصراع بين القوى والطبقات .

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

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

« 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 والتحيص .

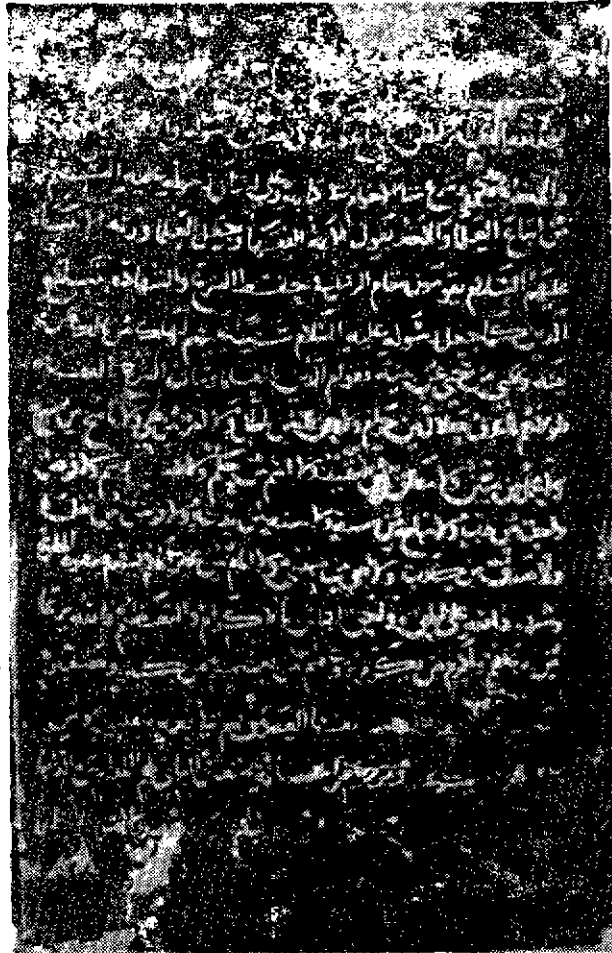
مراجع البحث

- ١ - الجواهر المضية
- ٢ - الفوائد البهية
- ٣ - كشف مخطوطات الاوقاف .
- ٤ - طبقات الفقهاء لعلي القاري . مخطوط الاوقاف
- ٥ - الكامل لابن الاثير
- ٦ - تاريخ بغداد للخطيب
- ٧ - طبقات الفقهاء للشيرازي
- ٨ - بروكل ١/٣٧٣ والذيل ٦٣٨
- ٩ - شرح الزيادات للاوز جندي . مخطوط في مكتبة راغب باشا في اسطنبول ومنه نسخة في مكتبة الاوقاف العراقية برقم ٤٠٥٠ .
- ١٠ - شرح أدب القاضي لابي بكر الخصاف ولشارحه حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة الشهيد (- ٥٣٦) . منه نسخة خطية بمكتبة الاوقاف برقم ٣٥٠٥ .
- ١١ - لوازم القضاة والحكام في اصلاح أمور الانام لضحكي (مصطفى بن ميرزا بن محمد بن ياردم السيروزي ١٠٩٠ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٩٠٤ .
- ١٢ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرابلسي القدسي (علاء الدين علي بن خليل) (٨٤٤٠ هـ) . طبع
- ١٣ - معين الحكام على معرفة غوامض الاحكام للغزي الدمشقي (أبو الروح عيسى بن عثمان بن عيسى) (- ٧٩٩ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٦٦٨ .
- ١٤ - نصوص وصكوك ووثائق شرعية من العهد العثماني مجموع رقمه ٣١٨١ (أوقاف) .
- ١٥ - نصوص وصكوك ووثائق شرعية ومجالس ، مجموع رقمه ٣١٨٢ (أوقاف) .

- ١٦ - عماد الرضا بأدب القضا لذكريا الانصاري (- ٩١٠ هـ) مجموع
رقمه ٣٢٠١ (أوقاف) ومجموع آخر رقه ٣٢٢٣ •
- ١٧ - رسالة في التناقض للملا محمد الحنفي مجموع رقه ٣٣٣٨ (أوقاف)
- ١٨ - أدب القضاء لابي يوسف • مخطوط مصور في مكتبة المجمع العلمي •
- ١٩ - طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (تاج الدين أبو نصر عبد الوهّاب
بن علي الكافي تحقيق محمود الضاحي وعبد الفتاح محمد الحلبي) •
- ٢٠ - روضة الحكام وزينة الاحكام للقاضي أبي نصر شريح بن عبد الكريم
بن الشيخ ابي العباس احمد الروياني المتوفى سنة ٥٠٥ هـ مخطوط بالمكتبة
الظاهرية بدمشق رقه ٢١٧٤ (فقه شافعي ٢٣٧) •
- ٢١ - البداية والنهاية لابن كثير •
- ٢٢ - أدب القاضي من الحاوي للماوردي (علي بن محمد بن جيب - ٤٥٠ هـ)
تحقيق محيي هلال السرحان •
- ٢٣ - أسد الغابة في معرفة الصحابة •



صحيفة القلاف من النسخة المعتمدة



اول صحيفة من النسخة المعتمدة

ملاحظتان

ملاحظة : ولا يفوتنا اخيرا أن نشير الى أننا اعتمدنا في تحقيق روضة
القضاة نسخة معهد المخطوطات العربية واشيرنا في الهوامش الى ما ورد زائدا
او مغايرا لها من نسختي منيخ وقلنج علي باشا •

ملاحظة : لقد فاتني أن اشير الى ان كتاب روضة القضاة في المحاضر
والسجلات لمصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفى الذى اشيرنا اليه في
الصحيفة (١٧) ليس له كبير صلة بروضة السمناني فقد اطلعنا على نسخة من
روضة الشيخ محمد الرومي في المكتبة المليّة بازمير في صيف سنة ١٩٦٩
فوجدنا ان مصنفها كان من قضاة الاناضول فجمع نماذج من الوثائق والصكوك
اغلبها باللغة التركية ، ولعله لم يستمر من روضة السمناني سوى الصوان •

صورة ما جاء في الصحيفة الأولى

من مخطوطات الكتاب

كتاب أدب القاضي المسمى بروضة القضاة^(١)

تأليف

الشيخ الإمام العلامة أبي القاسم علي بن محمد بن أحمد

السمناني

تغمده الله تعالى برحمته

وهو بخط مؤلفه

وذكر في آخر هذا الكتاب انه فرع من تأليفه صبيحة يوم الجمعة
مستهل صفر الخير من سنة ثمان وسبعين واربعمئة •
قال عبدالقادر في طبقات الحنفية : السمناني بكسر السين المهملة وسكون
الميم وفتح النون وفي آخرها نون اخرى ، نسبة الى سمنان مدينة من مدن
قومس بين الدامغان وخوارزم •
انتهى من الكتاب المذكور بحروفه^(٢) •

(١) في نسخة منيخ : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة •
(٢) في نسخة منيخ : قرأ على قاضي القضاة أبي عبدالله الدامغاني الكبير ،
وينقل عنه في هذا الكتاب اشياء في مواضع •• كما ذكره صاحب الكتاب
في ترجمة أبي عبدالله الدامغاني الكبير •

مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

نصر من الله وفتح قريب ، وما توفيقي إلا بالله^(١) ، الحمد لله الذي أمر الخلق باتباع دينه ، وتصديق رسوله ، وأمر بالاعتداء بأحكامه ، والأخذ بما سن^(٢) وشرع من الأحكام في كتابه وعلى لسان رسوله^(٣) عليه السلام من اتباع العلماء والأخذ^(٤) بقول الأئمة الفقهاء ، وجعل العلماء ورثة الأنبياء عليهم السلام ، يقومون مقام الرسل في حفظ الشرع ، والشهادة بتبليغ الدين ، كما جعل رسوله عليه السلام شهيدا عليهم « ليهلك من هلك عن بينة ويحيى من حي عن بينة »^(٥) .

فقيام 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 مبين^(٦) ، ولا مباح من سنة ، ولا سنة من بدعة ، ولا فرض من نفل ، ولا صدق من كذب ، ولا نبي من متب ، ولا إمام من أنام^(٧) ، فهم صفوة الخلق ، وشهود الله على الحق ، وأحق الناس بالأكرام والتعظيم ، فالله يرعى من رعاهم ويكرم من يكرمهم ويعظم من يعظمهم من كبير أو صغير [وجليل وحقير ، وحقه^(٨) على فقهاء العصر من هم في نعمة يتقلبون ومن بحار جوده يغترفون وفي رياض احسانه^(٩) يتمتعون ، الباني لهذه^(١٠) المدارس ،

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

والذاب عنهم فى المجالس والمكرم لهم عند السلطان ، والمقرب لهم فى كل مكان صدر الاسلام والمسلمين^(١) نظام للملك وقوام^(٢) الدين العادل العالم المنصور المظفر الذي من اسمه تشق الاسماء ، ومن افعاله تتلقب^(٣) ومن طهارته تقدم وهو أبو علي الحسن^(٧) بن علي بن اسحق رضي أمير المؤمنين رضى الله عنه^(٥) واعلا ذكره .

ولما كانت نعمه عندي جسيمة وأياديه عظيمة ، أحيت أن أودع ذكره كتابا يحتاج اليه العلماء والمتعلمون ، والخاصة والعامة ، ولا يستغني عنه في أدب الفقه على جميع مذهب الفقهاء ، القبه من لقبه وأرسمه^(٦) من أدبه ، وأودعه من نقول^(٧) 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 الحسن [الشياني] وسائر شروح الضالعين^(٨) 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^(٩) بجانب القاضي ، وذكر المقضي له ، وذكر المقضي عليه ، وذكر ما يقع

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج علي باشا ونسخة منيخ .

(٢) فى نسخة منيخ : قوام الدين .

(٣) كذا أيضا فى نسخة منيخ ولعلها تتلقف .

(٤) فى نسخة منيخ : الحسين .

(٥) فى النسختين بعد ذلك : واعز نصره .

(٦) فى نسخة قليج علي باشا : ومنيخ : اسمه .

(٧) فى نسخة قليج علي باشا : ومنيخ : فنون .

(٨) فى النسختين : شيوخ الطائفتين .

(٩) فى نسخة منيخ : مما .

[القضاء به] ^(١) من الامور كالينة وعلم القاضي وما يمنعه ^(٢) وذكر ما يقضي به ^(٣) وذكر ما يجوز أن يقضي به مالا يجوز أن يقضي به ، وذكر الازمان والامكنة في القضايا والشهادات ^(٤) مما ^(٥) 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 كل باب ^(٦) ، واستوفي ما فيه من الفصول ، وأحكي في كل فصل ما هو متفق عليه ، وما هو مختلف ، وما يجب أن يفعل في المنازعات والدعاوى والبيانات والايمان وكيفيةها ، والنكول وكيفية ومواضعه ، وسائر ما يتبع ذلك . وأنا أسأل الله تعالى تسهيل هذا الذي قصدت اليه ، ونيسيره علي والتوفيق والتسديد وأن يصلي على محمد النبي وآله وأصحابه ، ويرحم جميع العلماء من جميع أمته ، آمين رب العالمين .

-
- (١) من النسختين الاخيرين .
 (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) في نسخة منيخ : واشرح الباب في كل حال .

تعداد موضوعات الكتاب باب صفات القاضي وشروطه

وهذا باب ما يختص بالقاضي من الصفات والشروط والأحكام

وهو يشتمل على أبواب وفصول :-

- منها اعتبار الذكورية
- ومنها البلوغ
- ومنها العقل
- ومنها اعتبار الحرية
- ومنها الاسلام
- ومنها اعتبار الورع مع الاسلام
- ومنها اعتبار العدالة
- ومنها اعتبار العلم ، وشروطه وحد الاجتهاد
- ومنها صفة المولى^(١) وما يجب عليه من الشروط
- ومنها كيفية الولاية « للقضاء »
- ومنها ما يشترك فيها الوالي [والمولى]
- ومنها ولاية الخوارج للقضاء وما قيل في ذلك
- ومنها اذا « حكم » الرجلان حكما
- ومنها جواز الدخول في القضاء وذمه وجواز [أخذ الرزق على] القضاء وحكم الرشوة عليه ، ومنها « احوال » القاضي التي يقضي فيها وما يتفرع عليها ، ومنها دخول البلد الذي عليه ، 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 أعوان القضاء

- ومنها ذكر كاتب القاضي 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 بواب القاضي وما يجب عليه •
- ومنها ذكر الجلواز^(١) بين يديه وفي مجلسه •

باب سلطة القاضي

- ومنها جواز النيابة عنه في الحكم •
 - ومنها وقوف الحكم على اجازته •
 - ومنها ما يطل ولاية القاضي •
 - ومنها موت القاضي والامام •
 - ومنها عزل القاضي وخلع الامام •
- ومنها معاملة القاضي والامام في ماله ومال غيره ويدخل في هذه الجملة
فصول كثيرة وخلاف كثير ومسائل جمة ، تراها في هذه الابواب ان شاء الله •
فهذه الابواب جملة ما يقع «الكلام» فيها في القاضي وطريق ولايته واحواله •

باب المقضي له

فأما الكلام في المقضي له ، وهو المدعي فهو على^(٢) أبواب منها من المدعي
والصفة التي يكون عليها ومنها جواز العدوى بقبول المدعي •

(١) الجلواز ههنا بمعنى الشرطي القضائي •

(٢) في نسخة منهيح : فيشتمل على •

ومنها الموضع الذي يعدى^(١) 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 المقضي عليه

- 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 مئنيخ : الدعوى والصواب ما أثبتناه من النسخة المعتمدة والعدوى طلبك الى وال ليعديك على من ظلمك أى ينتقم منه يقال استعداد الامير على فلان فأعداني أى استعنت به عليه فأعانني . والاسم منه العدوى وهي المعونة (مختار الصحاح) .

- ومنها ذكر القضاء على الميت
- ومنها كيفية القضاء على الورثة
- ومنها ذكر القضاء على من هرب من الحضور وتغيب ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة نراها في مواضعها

باب ما يقع القضاء به

- فأما الكلام فيما يقع القضاء به من الأمور كالبيئة وعلم القاضي والاقرار والايامن 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 مايقبل 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^(١) الاستفاضة
- ومنها الشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها ، والتزكية وشروطها وطريقها
- ومنها ماورد 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 عس
الايما ن 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 ما لا يجب فيه اليمين وما لا يحلف عليه^(١)

• ومنها الموضع الذي يحلف فيه على البت^(٢) والعلم

• ومنها رد اليمين ، والموضع الذي ترد^(٣) فيه

• ومنها اقامة الينة بعد اليمين

• ومنها الرجوع عن الشهادة وفصول ذلك ومسائله

• ومنها علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه وما لا يقضي فيه

• وتشتمل هذه الجملة على مسائل كثيرة

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

ذلك •

باب المقضي فيه

فأما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومما جمة منها اقوال

ومنها أفعال ، فأما الاقوال فيقع القضاء فيها بما يلزمه^(٤) تملك المال ، ومنها

ما يلزمه^(٥) عقوبة ، فالاول العقود كلها ، والاقارات والاياقات^(٦) وكل

ما طريق ثبوته القول •

(١) في نسخة منيخ : فيه •

(٢) البت : القطع •

(٣) في نسخة منيخ : لا رد •

(٤) في نسخة منيخ : يتبعه •

(٥) في نسخة منيخ : يتبعه •

(٦) في نسخة منيخ : (والايات) وهو غلط •

ونحن نرتب هذه الأبواب والكتب على هذا النحو ، بخلاف ترتيب الكتب في الخلاف والمذهب^(١) ، ونبين تعلق بعضها ببعض فتبدأ بما طريقه القول الى العقود والافقرارات 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^(٢) ، الايلاء ، الظهار ، اللعان ، النفقات ، العتاق • المكاتب • التدبير • الاستيلاء • الايمان • الجنائيات^(٣) قتال أهل البغي ، المرتد ، الصول ، السيرة ، الغنيمة ، الغصب ، الاكراه • الحدود • الزنا والقذف • السرقة وقطاع الطرق • الاشربة والاطعمة والضحايا والصيد ، والذبايح والسبق ، والرمي ، اللقطة ، اللقيط • الموارد • أبواب شتى مختلفة الوضع^(٤) ، وباب يذكر فيه من ولي القضاء الى هذا الوقت •

فهذا ترتيب الكتب ••

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

-
- (١) يقصد بالخلاف كتب علم الخلاف وبالمذهب منهجه هو أي المذهب الحنفي •
 (٢) في نسخة منيخ : العدد ، الرجعة •
 (٣) في نسخة منيخ : وأما الافعال (فتشمل) الجنائيات والديات •
 (٤) تختلف النسخ جميعها في ترتيب هذه الموضوعات •

الكتاب الأول

التنظيم القضائي

١ - صفات القاضي

وشروطه

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

٢ - فالقضاء^(١) فعل اشتق منه لفاعله اسم ، وكذلك الحكم^(٢) .

٣ - وقد اضاف الله تعالى القضاء اليه في القرآن على وجوه فقال :
« وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه »^(٣) .

(١) القضاء لغة الاتقان والاحكام وهو في الشرع فصل الخصومات (تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤) . وفي كتاب سبيل السلام للصنعاني ان القضاء في الشرع هو الولاية المعروفة ، وهو في اللغة مشترك بين احكام الشيء والفراغ منه ، ومنه فقضاءهن سبع سموات ، وبمعنى امضاء الامر ، ومنه وقضينا الى بني اسرائيل ، وبمعنى الحتم والالزام ، ومنه وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه . وفي الشرع الزام ذي الولاية بعد الترافع ، وقيل هو الاكراه بحكم الشرع في الوقائع الخاصة لمعين أو جهة ، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال أو عليه . (سبيل السلام ١١٥/٤) .

(٢) الحكم : القضاء ، وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما . وحكم له وحكم عليه . والحكم أيضا الحكمة من العلم ، والحكم بفتحين الحاكم ، وحكمه في ماله نحكما اذا جعل اليه الحكم فيه ، فاحتكم عليه في 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 والنهي عن المنكر (تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٥/٤) .

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

قيل ان معنى ذلك أنه أمر .
وقال :

« ففضاهن سبع سموات في يومين » (١) .
قيل خلق .
وقال :

« والله يقضي بالحق » (٢) .
يعني يحكم .
وقال :

« وقضينا الى بني اسرائيل في الكتاب » (٣) .
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 » (٤) .

وأمر أنبياء عليهم السلام بالحكم بما أنزل ، ونهاهم عن الهوى وأمر
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 » (٥) .
وقال :

« لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا » (٦) .

٤ - وقد اختلف الناس في ان اسم القاضي اشرف من الحاكم ام هما
سواء ؟

(١) السجدة ١٢ .

(٢) الرعد (٤٣) .

(٣) المائدة .

(٤) (المائدة ٥١) .

فمنهم من قال :
 إن اسم القاضي أشرف في اللغة .
 ومنهم قال بالعكس من هذا .
 ومنهم من قال هما سيان ، ولهذا اضافهما الله تعالى اليه على سواء .
 ورأيت كثيراً من القضاة يكره أن يخاطب بالحاكم ويانس في القاضي .
 وكان شيخنا قاضي القضاة أبو عبد الله رحمه الله يبتذل أبدأ هذا الاسم
 يعني الحاكم ويلج على الخطاب بالقاضي ، ولا أعلم هل قرأ ما صنف في الفرق
 بينهما أم لا ، او يقوله شهوة ولا شك أنه اسم مدح .

شرف رتبة القضاء

٥ - والقضاء رتبة شريفة ، ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها من المنازل ، ولا
 رتبة أوفأ منها اذا اجتمعت شرائطها وحصل في القاضي ما يفتقر اليه من الخصال ،
 لانها 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 لا يقدر العالم على أصلح منه ولا افضل ، ولا اكمل ، كما اختار
 الله تعالى لرسالاته صفوة كل عالم ورئيس كل جيل وافضل اهل كل زمان ، كما
 قال تعالى :

• ولقد اخترناهم على علم على العالمين ^(١)

وقال تعالى :

• الله اعلم حيث يجعل رسالاته ^(٢)

وقال تعالى :

• الله يصطفي من الملائكة رسيلاً ومن الناس ^(٣)

وقال :

(٢) الدخان ٣٢ •

(١) المائدة ١٢٤ •

• أولئك الذين هداهم الله^(١) .

وقال :

• انا اخلصناهم بخالصة ذكرى الدار ، وانهم عندنا من المصطفين الاخيار^(٢) .

وقال :

• كل من الاخيار^(٣) .

٦ - فلا ينبغي أن يختار الا من يغلب على الظن انه أوفى مختار ، واكمل

• انسان

شروط تولي القضاء

٧ - فمن الشروط التي لا بد منها في الحاكم أن توجد : أن يكون ذكرا

بالغا ، ويكون عاقلا ، لأن بالبلوغ يخرج من الصبا والعقل يصير مكلفا . لأن من ليس بعقل فهو مولى عليه كالمجنون والصغير .

٨ - ومنها أن يكون حرا ، لأن العبد مملوك المنافع^(٤) ، يتصرف فيه بالعقود

ويمنع من التصرف في الامور ، فمن لا يملك التصرف في نفسه فكيف يتصرف في غيره ؟

• وهذه الجملة لا خلاف فيها نعلمه^(٥) .

٩ - ومنها أن يكون مسلما ، لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولأن الكافر

لا يلي على المسلم .

(١) طه ٧٥ .

(٢) ٤٦ ص

(٣) من سورة (ص) وتام الآية « واذكر اسماعيل واليسع وذا الكفل ، وكل من الاخيار » .

(٤) هذا معناه ان الرق في الفقه الاسلامي قاصر على ملكية منافع العبد دون آدميته فهو لا يعد مالا كسائر الاموال .

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

- ١٠ - ومنها أن يكون عدلا ، لان الفاسق لا يقبل قوله^(١) ، وقد أمر الله بالتوقف في قوله ، بقوله :
- « يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيوا قوما بجهالة »^(٢) ولانه متهم في الحكم لثلا يجوز^(٣) .
- ١١ - واختلف في جواز ولاية النساء للقضاء والحكم ، 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 لا تقبل في ذلك .
- ١٢ - وقال الخوارج يجوز ذلك في الجميع .
- ١٣ - وقال الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء لا مدخل للنساء في ولاية القضاء والحكم بحال .
- ١٤ - 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 للمجاعة .
- وقيل له : الحدود لا تقبل شهادتها فيها . ويجوز أن يقضي من لا يكون اماما كغير قریش من الناس .

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

(٢) السورة ٤٩ الآية ٦ .

(٣) في نسخة قليج (فلا يجوز) .

فصل

١٥ - واجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصيا ووكيلا وقاسما وأميئا وإنها كالرجل في سائر العقود والحدود وإنها أولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وإنها يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ولا يقبل قول الرجال في ذلك • واختلفوا في ولاية النكاح ، وسيأتي ذلك في باب النكاح إن شاء الله « تعالى » والحمد لله وحده •

باب اعتبار العلم في القاضي وما يذكر في ذلك وشروطه

وحد الاجتهاد

١٦- اعلم أنه لا يكفي أن يكون القاضي بالغا عاقلا صالحا ورعا حرا مسلما عدلا له تمييز ورأي في ولايته ، حتى يكون عالما لان العلم للقاضي كالألة بالنسبة لسائر الصنائع •

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 والطباع والناسخ ، والفرق بين المعجزة والشعبذة ، وطريق هذا العلم إنما هو سلامة الحواس ، وكمال العقل والتفكر في الموجودات ، ومتى اختلف طريق معرفتها أو دخل في ذلك لبس لم يحصل للإنسان 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 التبعد في سائر الأزمان ، وليس الغرض ذكر أنواع العلوم العقلية ولا قسمتها ولا حد الضروري منها والمكتسب وغير ذلك فلم نذكره لك •

١٩- والعلم الثاني هو علم الشرع ، وما تقرر فيه من الاحكام ، واختلف فيه من التكليف بين المسافرين والمقيم ، والمريض والصحيح ، والحامل والحائض 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 يشتركان ، وفي بعضها لايجب شيء أصلا ، وفي بعضها يستوفي المثل وفي بعضها تستوفي القيمة .

ما يجب أن يكون عليه علم القاضي

٢٠- 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 يقتضي 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 ما كانت 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) في 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 في الحقيقة والمجاز كتاب الاحكام في أصول الاحكام للامدى : سيف الدين ابي الحسن علي بن ابي علي بن محمد - ط القاهرة ج ١ ص ٢٧ ومابعدها)

ويعرف المجمل والمبين وحدهما وما يتعلق بهما من المسائل المتفق عليها والمختلف فيها ، ويعرف المطلق والمقيد ، وما يقيد الكلام وحدهما ويعرف الاستثناء في الكلام ، والصفات الداخلة عليه • ويعرف النسخ والمنسوخ ، وما يجوز نسخه وما لا يجوز من الاحكام ، وما يجوز نسخ حكمه وتبقيه رسمه ، وما لا يجوز من ذلك • ويعرف الاخبار التي هي الطريق الى معرفة هذه الجملة وتفصيل احكام الاخبار وأنواعها ومسائلها • ويعرف الاجماع وحده ومسائله ، وما هو حجة فيه ، وما ليس بحجة منه ، ويعرف بعد ذلك الافعال وأحكامها وتفصيلها «واقسامها» ، ويعرف القياس وحده ومسائله وابوابه وفروعه وشروطه •

ويعرف بعد ذلك صفة المفتى «التي ينبغي أن يكون عليها حتى تصح فتواه ويعرف بعد ذلك صفة المستفتى» وما يجوز أن يقفه به وبينه 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 •

٢١- فاذا كان القاضي جاهلا بهذه الجملة فجهله بالتفصيل اعظم ، والبلية به أشد ، لاسيما اذا اختصا في المعاملات والمواريث والمسائل المشككة في الفروع التي يتجاذبها شبه الأصول •

٢٢- وقد قال النبي عليه السلام لمعاذ بن جبل بماذا تحكم اذا ارتفع اليك الخصمان ؟ فقال :

- بكتاب الله •

فقال :

- فان لم تجد في الكتاب ؟

فقال :

- اطلبه في السنة •

قال :

فان لم تجد ؟

قال :

— أجتهد رأيي ولا آلو^(١) .

فقال عليه السلام :

« الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله »^(٢)

فذكر وجوه الحكم •

فمن لا يعرف الكتاب وما فيه ، ولا السنة وما فيها ولا الاجتهاد وما فيه
فبأي شيء يحكم ؟ وإلى أي قول يذهب

٢٣— وقد كانت الصحابة رضى الله عنهم لا يولون الاحكام جاهلا ولا فاسقا

ولا ماجنا ولا من طعن عليه في دين أو دنيا •

٢٤— وكان بنو أمية ينادون في الموسم : لا يفتي أحد بمكة غير عطاء بن أبي

رباح^(٣) لانه كان « القدوة » فى زمانه •

وفي المدينة مالك بن أنس •

٢٥— واذا نظر الى قضاة الصحابة والتابعين رضى الله عنهم رأيت العجب،

ولهذه الجملة لا بد من ذكر من ولي القضاء فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم

وبعده فى باب اختتم به الكتاب إن شاء الله تعالى فى فصل أحكى فيه الفاظ المصنفين فى هذا

الباب (و) ما قالوا على جملتها من غير تحريف ، ثم احكى الخلاف بعد ذلك من اين

دخل عليهم ، والشبهة من أي وجه عرضت :

٢٦— فحكى الطحاوي فى مختصره^(٤) 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 مفقلا الشعر اسود افطس

أشبل 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 يأمرؤن بالحج صائحا

يصيح :

لا يفتي الناس الا عطاء بن أبي رباح • (طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٤٤) •

(٤) ص ٣٣٢ من مختصر الطحاوي •

ولا يولى القضاء^(١) 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^(٢) أن يفتي الا من كان هكذا ، الا أن يفتي بشيء قد سمعه •

فصل

٢٧ - ومن أصحابنا من قال لا يولى الحكم الا رجل من اهل الاجتهاد^(٣) ولا يكون مجتهدا الا أن يعرف اصول الاحكام التي يجتهد فيها ، وهي 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 ، يفنى عن أن يقول لابد للمقاس أو المستدل بهذه الاصول على الاجتهاد أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ والخاص والعام والحقيقة والمجاز ، والمحكم والمتشابه ، وجميع ما عدنا فيما تقدم ، لانه لا يكون عالما بشيء من ذلك حتى يعلم جميع الاقسام المقدمة • لانه اذا لم يعلم الناسخ لم يمكنه أن يعرف الحكم الطارئ الذي هو ثابت في الشرع •

٢٨ - وقد طول الجماعة الكلام في ذلك ، واخصر ما يمكن أن يقال أن يكون عارفا بالخطاب^(٤) وما يتفرع عليه ويستفاد به ، والأفعال وما يتفرع عليها ويستفاد حكمه بها ، أو يرجع الى هذين الاصلين • فهذا اخصر ما يمكن • ويدخل فيه جميع ما ذكرناه (والحمد لله) •

(١) في المختصر المطبوع : ولا ينبغي أن يولى القضاء •

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

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

(٤) أي خطاب الشارع في المصطلح الاسلامي والقاعدة القانونية في المصطلح الحديث في الفقه الغربي •

فصل

٢٩- والمحكي في الخلاف عن اصحابنا أنه يجوز أن يكون القاضي عامياً ، ويرجع الى أهل العلم فيعلم بما يقتون به ، لان الخصاف قال في أدب القضاء :
« وان كان القاضي لامتيز له بعد ذكره لما يقضي به ، وتفضيله بما سنذكره فيما بعد ان شاء الله فأخذ بقول الفقيه رجونا أن لا يكون عليه شيء »^(١) .

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

٣١- قال في كتاب المزني^(٢) في أول باب : « ولا يشاور اذا نزل به المشكل الا أمينا عالما بالكتاب والسنة والآثار وأقاويل 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 في مخطوطة أدب القاضي للخصاف مما علق عن أبي بكر احمد بن علي الرازي (ج ١ ص ٦) « قال : واذا اشكل عليه شيء فشاور في ذلك رجلاً فقيها واحداً ، فهو في سعة أن يأخذ بقوله ، اذا لم يكن للقاضي في ذلك رأي » .
(٢) هو أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني من أصحاب الشافعي ولد سنة ٢٧٥ هـ وتوفي سنة ٣٦٤ هـ وقد صنف في منهج الشافعي : المبسوط والمختصر والمنثور والوسائل وكتاب الوثائق ، ثم تفرد بالمذهب وصنف كتاباً مفرداً على منهجه لا على منهج الشافعي (صفات الشافعية للمصنف ص ٥) ولعل المقصود بالاشارة اليه في روضة الفقهاء هو الكتاب الاخير .

(٣) يلاحظ أن قوله عالماً بأقاويل الناس ينصرف الى اختلاف الفقهاء ويهمل الاشارة الى ضرورة احاطته علماً بأقضية القضاة في عصر الاجتهاد المطلق أما السمرقندي في خزنة 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 خزنة الفقه لابن الليث السمرقندي ص ٣٩٩) .

يجعل الله عز وجل ذلك لأحد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولكنه يجمع المختلفين لأن اسد لقضيته ويكشف بعضهم على بعض •

٣٢- (قال الشافعي^(١)) : وإن لم يكن في (عقله)^(٢) ما إذا اعتدل القياس عقله ، وإذا اسمع القياس ميزه فلا ينبغي أن يقضي ولا لأحد أن يستقصيه •

٣٣- أعلم أن ما اعتمده الشافعي رحمه الله لا يوجد لأحد في الدنيا على ما قال ، وإنما العمل اليوم في الولاية على ما ذهب إليه أصحابنا ، وإن كان ما قاله إذا وجد أولى وأصوب لأن الله تعالى قال : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون »^(٣) وإذا حكم بقول أهل الذكر فقد أدى ما وجب عليه لأن فصل القضاء فرض توجه عليه فعله فهو كما لو استفتى في حق نفسه وما يوجه عليه من الحكم ولا خلاف بيننا أنه يقلد في حق نفسه ، وهو يقول قال الله تعالى :

« وإن احكم بينهم بما أنزل الله »^(١) وهذا أمر للحاكم لا لغيره ، ولأنه لا يجوز أن يكون مفتياً ، فلا يكون حاكماً كالكافر والصبي ولأن العلم رأس مال الحاكم وآلة له ، فكيف يصح عمل من لا آلة له ، وهذه الجملة نكتة المسألة . وأبو حنيفة جعل حكمه كشهادته ، فإذا وجدت جميع الشرائط في الحاكم امن المولى له الحكم وهذا باب يذكر فيه صفة المولى وما يجب أن يكون عليه من الشرائط « والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب » •

(١) هذه الزيادة ليست في النسخ المخطوطة ولكن سياق الكلام يقتضيها وقد وردت في عبارة الماوردي في أدب القاضي (رقم ١٥٠٣) •

(٢) من نسخة منيع وفيها : « وإن لم يكن في عقله ما إذا اعتدل القياس عنده

(٣) المائدة ٤٩ •

فصل

ما يجب أن يكون عليه الإمام من الشرائط

٣٤- اعلم ان القضاء لا يجوز 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 المذكورة^(١) والعقل والبلوغ والصلاح والورع والعدالة والامانة والعفة فهي معتبرة في الامام الاعظم .

٣٥- ويعتبر في الامام شرائط لا تعتبر 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 نيا .

٣٦- فشروط الامامة ضربان : أحدهما أن يعلم بالشرع ، والاخر يعلم بالشرع والعقل جميعا ، فالاول نحو أن يكون من قریش أو من قبيل مخصوص منها ، فهذا انما يعلم بالشرع ، وما يعلم شرعا وعقلا فهو مالا يتم الفرض بالامامة الا به ، ونحن نذكر ما فيه من الخلاف : منها أن يكون عالما بأصول الدين ، ومن أهل الاجتهاد في فروعه ليتمكن 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 لا يعرف بينهم خلاف في ذلك .

٣٧- وقال بعض اهل العلم في عصرنا وهو شيخنا أبو علي محمد بن أحمد ابن الوليد^(٣) رحمه الله ان اعتبار العلم بما ذكرناه يؤدي 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 لأدى ذلك الى انقطاع زمانه ، وفوات تدبير أمور الخلق^(١) ، لأن العلم كثير والمسائل صعبة ، ولا يكاد يجتمع جميع العلوم في الشخص الواحد الا نادراً شاذاً ، ويجتمع مجموع العلوم في الأشخاص فإذا احتاج الى نوع من ذلك رجع الى أهله ، 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 معرفة الفروع أجمع ، ولكن قوله يؤدي الى ان يكون كل من قام بما ذكره يجوز ان يكون إماماً .

والاجماع من الجمهور بخلافه على ان الامام انما يكون واحداً في العصر ، والقضاة كثيرون ، فيحق ان تعتبر في الواحد جميع الشرائط ، ومنها ان يكون ذا رأي وسياسة ليدبر السلم والحرب ، ويضع الامور مواضعها فيلين في موضع اللين ، ويشدد في موضع الشدة ، ومنها أن يكون شجاعاً حتى لا يجبن في اقامة الحدود ، ومقاومة أهل الحروب . ومنها أن يكون في ظاهرة^(٢) عدلاً غير فاسق ، لانه ان فسق بوجه من وجوه الفسق لم يوثق بعدله^(٣) ، ولم يؤمن أن يحيف في الاحكام ، وان يجبي امالاً يستحقه من المال ويصرفه الى من لا يستحقه لانه أمين فيما يأخذ ويعطي فاذا كان فاسقاً لم يؤمر اميراً^(٤) 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 - ومنها ان يكون ذكراً .

ومن الخوارج من اجاز امامة المرأة .

(١) في نسخة منيخ : الجيش .

(٢) في النسختين (في ظاهر أحسن) .

(٣) في النسختين (بعدالته) .

(٤) في النسختين (لم يكن أميناً) .

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

- ما أفلح قوم ولى أمرهم امرأة •

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

- اطيعوا ولو ولى عليكم عبد اجدع •

وهذا لا يصح ، 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 - ومنها ان يكون قرشيا ، ومن اصحاب الحديث ومن الخوارج من لم
يستتر ذلك ، وهو مذهب جماعة من المسلمين^(١) قالوا لان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه لما عين اصحاب الشورى بحضرة المسلمين قال لهم :

- لو كان سالم حيا ما خالجنى فيه^(٢) شك •

وسالم مولى امرأة ابي حذيفة •

ولم ينكر عليه احد من الحضور •

وحجة الجمهور قوله عليه السلام :

(١) فى نسخة منيخ (لما تخالجنى 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 فى العثمانية رأى هذه الجماعة واورد
حججها العقلية والعقلية ومنها حديث عمر المذكور (ص ٢٠٢ - ٢١٨
من العثمانية) •

- الأئمة من قريش^(٣) .
- والالف واللام لاستعراق الجنس وقال :
- ان هذا الامر لا يصلح لقريش^(١) .

اختلافهم في مفهوم لفظة قريش

٤١ - واختلف القائلون بأنها في قريش من عناء النبي (صلى الله عليه وسلم) بقوله : الأئمة من قريش^(٢) ، واسم هو لرجل أو لقب عرف به ، وقد جهل كثير من العلماء والفقهاء ذلك . وسألت أنا جماعة فلم يعلموا هل هو اسم رجل أو قبيلة ، وهذا يعرض إذا 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 كنانة بن خزيمة بن مدركة بن إلياس بن مضر بن نزار بن عدنان فإذا 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 لقي عليها النبي صلى الله عليه وسلم قريشا .

وقيل قريش هو فهر بن مالك وإن من جاوز هذا الأب ليس له حظ في الإمامة ولا نصيب .

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

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

(٢) جاء في الفصل (٨٩/٤) : « اختلف القائلون بوجوب الإمامة على قريش فذهب أهل السنة وجميع الشيعة وبعض المعتزلة وجمهور المرجئة الى ان الإمامة لا تجوز الا في قريش ، خاصة من كان من ولد فهر بن مالك . . . وذهب الخوارج كلها وجمهور المعتزلة وبعض المرجئة الى انها جائزة في كل من قام بالكتاب والسنة قرشياً أو عربياً أو «بن 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 قریش وان كل ولد دونه فهم أهل الامامة كائنا من كان من اولاده
واولاد اولاده •

فمن قال انه بدر بن النضر فهي في ولده وهو أحق بها^(١) ، وليس يكون
في اجداد النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ ، وهذا قول مرغوب عنه ، وهو قريب
من قول من قال انها تكون في غير قریش ، وغير العرب ، وهذا يحتاج الى بيان
وشرح ، وليس هذا موضعا له •

فصل

٤٢ - واما القول انها لقریش^(٢) على الخلاف في ذلك فأختلفوا هل تخصص
بقبيل بعينه ام لا ؟

٤٣ - فمنهم من قال تخصص بالفاطميين خاصة وهم الشيعة ، ومن الشيعة من
يخصها بولد الحسين عليه السلام ويعدد منهم اثني عشر رجلا وهم الامامية •
وفرق الشيعة كثيرة :

٤٤ - ومن الشيعة الزيدية : وهم يرون الامامة لكل من ولد الحسن
والحسين عليه السلام •

٤٥ - ومنهم من يجعل ذلك في ولد محمد بن الحنفية وفيه ، ويقولون
انه المهدي^(٣) •

٤٦ - وقالت الراوندية^(٤) انها في ولد العباس رضي الله عنه خاصة •

٤٧ - ومنهم من يخصها بولد عبدالله خاصة^(٥) •

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

(٢) في النسختين : واما من خصها بقریش •

(٣) بذلك نادى المختار بن يوسف الثقفي في ثورته التي اعلنها على الامويين
مطالباً بشأ الحسين ، فقد كان يحاول دعم ثورته بأسنادها الى محمد بن
الحنفية باعتباره هو المهدي المرتقب تاريخ الطبري والفضل ابن حزم ٩٤/٤

(٤) أنظر الفصل لابن حزم ٩٠/٤-٩١ 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 جعفر بن ابي طالب
(الفصل ٩٠/٤) •

نقد مختلف الأقوال في تخصيص الخلافة

٤٨ - والخلاف بين هذه الفرق كثير وكلها مسافة اقاويل متدافعة وكل ادلتها مدعاة •

إمامة المفضول

٤٩ - واختلف في كونه أفضل أهل زمانه فشرطت الامامية ذلك ، واليه ذهب عباد بن سليمان ^(١) والزيدية واصحاب ابن الجارون ^(٢) ، فاما الفقهاء والزيدية الصالحة ^(٣) و فرق كثيرة من الناس فيجيزون امامة المفضول •

٥٠ - وقالت طائفة من متكلمي البصرة كأبي علي وابنه لايجوز الا ان يكون في الفاضل علة •

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

- وقد رضيت لكم هذين

يعني عمر وابا عبيدة بن الجراح

فابعوا ايهما شئتم

(١) الظاهر انه من زعماء الشيعة •

(٢) هم الجارودية وهم من الزيدية وقد ذهب طائفة منهم الى انقول 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 ندلا كما ملئت جورا (الفصل لابن حزم ١٧٩/٤) •

(٣) جاء في الملل والنحل للشهرستاني ان الصالحة هم اصحاب صالح بن عمرو الصالحي ومحمد بن شبيب وابي شمر وغيلان ، كلهم جمعوا بين القدر والارضاء (الملل والنحل ١/٢٣٢) • أما ابن حزم في الفصل ٩٢/٤ فيشير الى ان القول بجواز امامة المفضول وصحة امامة أبي بكر وعمر وعثمان وأن عليا طابت نفسه بتسليم حقه الى أبي بكر وعمر ان هذا هو مذهب الفقيه الحسن بن صالح بن حي الهمداني •

وجعل عمر الخلافة شورى في ستة وهم متفاضلون عند جميع الخلق ، ولم ينكر أحد ذلك عليه (١) .

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

الإمامة حق لكافة المسلمين

٥١ - واختلف هل الإمامة حق لكافة المسلمين أو هل هي حق عليهم ؟ فمنهم من قال هي حق لهم ، ولهم ان يصرفوها الى من شأؤوا 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 ما وليتموه ، وانا اسمعكم واطوعكم لمن وليه (٢) ، الا وانتم بالخيار من امركم ، وانت يا ابا الحسن والنفر الذين معك بالخيار .

الإمامة حق على المسلمين

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

العصمة

٥٣ - واختلف في عصمة الامام فلم يشترط ذلك سائر الفرق ، واشترط ذلك الامامية من الشيعة (٢) .

معنى العصمة

٥٤ - ومعنى العصمة ان يكون مع الامام الطاف من جهة الله تعالى لا يرتكب معها كبيرة .

(١) انظر تفصيل هذه الحجج في الفصل لابن جزم ط ١ (١٦٣/٤-١٦٤) .
غير الامامية .

(٢) في نسخة منيخ : وليتموه .

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

نقد القول بالعصمة

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

الإمام في بلد بعيد

٥٦- واختلف في الامام اذا كان ببلد بعيد لا يقدر على استعلاء حاله وما يعرض له ، هل لاهل ذلك الموضع ان ينصبوا غيره ام لا ؟
فعند جمهورنا^(١) ليس لهم ذلك .
٥٧- وقال أبو اسحق الاسفرائيني^(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 « فعزز بآلث »^(٣) .
هذا مع امكان البلاغ بالواحد ، فكيف اذا تعزز ذلك .
٥٨- والجماعة يقولون لو جاز مع التباعد لجاز مع القرب ، وهذا يؤدي الى جواز ائمة في البلد الواحد ، وهذا ينقض الغرض منها ، ويؤدي الى الاختلاف في الطاعة والاحكام .

واجبات الإمام

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

(١) في نسخة قليج (جمهور الامة) وفي نسخة مينيخ : (جمهور العلماء) .
(٢) من معاصري القدوري (أبو الحسن احمد بن محمد البغدادي الحنفي) ، فقيه شافعي كان يناظره هو أبو حامد الاسفرائيني فهل هو المقصود في المتن ؟ .
(٣)

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

واجبات المسلمين تجاه الإمام

- ٦٠- 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 .

معرفة الإمام

- ٦١- واختلفت في معرفة الامام ووجوبها .
فمنهم من قال : لايجب على كل مسلم معرفة عين الامام في الزمان ، بل يفرض على الكفاية ، اذا قام به البعض سقط عن الباقي كدفن الميت والصلوة عليه .
٦٢- ومنهم من قال : على كل مسلم ان يعرف عين الامام وهو 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 لا بد من امام للمسلمين فيماذا يكون اماما .
٦٣- وهذا باب القول في طريق الامام الى الامامة .

باب في طريق الإمام إلى الإمامة

- ٦٤- اتفق المسلمون على ان النص من الرسول عليه السلام والامام بعده طريق الى كون الامام واحدا^(١) فان كان واحدا وجبت طاعته ، وان كانوا جماعة كاصحاب الشورى اختير منهم واحد ، اما بالقرعة او الرضاء منهم .
٦٥- واختلف بعد ذلك في الاختيار فذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمين الى كون الاختيار طريقا اليها .

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

٦٦- وقالت الامامية : لا طريق الى نصب الامام غير النص •
 ٦٧- وحجة الجماعة ان بيعة ابي بكر رضي الله عنه بالاختيار وكذلك غير
 وعلي رضي الله عنهما ، وهو فعل المسلمين في سائر الامصار •
 وقولهم : الاختيار يؤدي الى المنازعة فلا يصح ، لانا لم نر الامر جرى على
 ما قالوا •

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 واقما فلا يصح قولهم في ذلك •

في اختيار الإمام

٧١- والاختيار ان يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم
 والامانة فيعقدوا للامام •
 ولا يفترق الى جميع الامة في ذلك ، كما ينعقد نكاح المرأة ببعض الاولياء •
 ٧٢- واختلف في البعض الذي تعتقد به (الامامة) فأكثر اصحابنا يقولون :
 جميع الناس^(١) 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 للماوردي هذا والقول بان الامامة لا تصح باقل من
 خمسة لم يقل به الاكثرون كما ورد في المتن فقد جاء في الفصل لابن
 حزم (١٦٧/٥ - ١٦٨) ان القائل بذلك هو أبو علي محمد بن عبد الوهاب
 الجبائي تعلقا بفعل عمر في الشورى وجاء في الاحكام السلطانية
 للماوردي : « قالت طائفة اخرى أقل من تعتقد به منهم الامامة خمسة
 يجتمعون على عقدها أو يعقدها احدهم برضا الاربعة استدلالا بأمرين »
 بيعة ابي بكر والشورى « وهذا قول اكثر الفقهاء والمتكلمين من
 أهل البصرة » •

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

٧٣- ومنهم من قال : اربعة كشهود الزنا •

٧٤- ومنهم من قال : ثلاثة كالحاكم والشاهدين^(١) •

٧٥- ومنهم من قال : ينعقد (بأثنين) كالحكمين يوم صفين وجزاء الصيد^(٢) •

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

وكما ينعقد نكاح الحرة بواحد من الاولياء كذلك هذا •

فصل

الدعوة

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

فقال 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 لا يصح لانه يؤدي الى أن يطلب ذلك كل واحد ، ويفعل فعل صاحبه ، فيجتمع للناس عدة أئمة ، وهذا لا يجوز •

(١) في الاحكام السلطانية للماوردی «قال آخرون من علماء الكوفة تنعقد بثلاثة يتولاهم احدهم برضا الاثنين ليكونوا حاكما وشاهدين كما يصح عقد النكاح بولي وشاهدين» •

(٢) كذا في جميع النسخ •

فصل

هل تورث الإمامة؟

٧٨ - واختلف في الميراث هل تورث الإمامة ؟
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 لا تورث ، لان الارث يستوي فيه الجماعة كالمال •

فصل

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 جلياً
أو خفياً ؟ وهل يفتقر الى من يخالف الامام في رأيه أو يوافقفه ؟ كل ذلك
مختلف فيه •
فهذه جملة ممتعة • مقنعة • في الامامة •

باب

كيفية الولاية

٨٠ - وهذا باب نذكر فيه كيفية الولاية :
اعلم ان الامامة لا يصح عقدها خاصة بل لاتقع الا عامة عموماً لا تخصيص
فيه بحال •
وأما ولاية القضاء فتقع تارة عامة بأن يقول الامام : وليتك القضاء والحكم
فيهم الاشخاص والمواضع (والايام)^(١) ، وتارة تكون خاصة •

(١) هذه الزيادة ذكرناها بالاستناد الى ما جاء في أدب القضاة للماوردي •

٨١ - 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 الناس .
وانما اختلفوا في المحكوم له ، وله باب نيته فيه فيما بعد ان شاء الله تعالى .

٨٣ - وان عين المحكوم عليه ، ولم يبين (يذكر) الموضع الذي 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 في كل المواضع .

٨٤ - وان عين الموضع والخصوم جاز ذلك ، ولم يكن له أن يحكم في غير الموضع ولا على غير من عين له .
وكل ذلك لا خلاف فيه .

٨٥ - ويكفي في الولاية مشافهة الامام للقاضي بالولاية ان كان حاضرا ، وكتابه ان كان غائبا . وتجوز بالرسالة اليه أيضا .

٨٦ - وهل يقتصر في الكتابة اليه بالقضاء أن يشهد عليه الامام ؟ ويكون كالكتب الحكمية ؟ أم يكفي مجرد الكتاب اليه ؟

فالذي ذكره الخصاص في أدب القضاء عن (محمد بن الحسن) قال : قال أبو حنيفة : وان قرأ عليهم الكتاب ، يعنى القاضي اذا كتب الى قاض ولم يختمه بحضورتهم ، وهم لا يحفظون ما فيه ، وليس نسخته معهم لم يجز ذلك .

٨٧ - وقال [أبو يوسف] يجوز الكتاب ويقبله الذي ورد عليه ، وان لم يقرأه عليهم بعد أن يشهدهم على نفسه انه كتابة وخاتمة ، لاني أنفذ كتب الخلفاء بغير بيعة ، والخلفاء ينفذون كتب القضاة بغير بيعة .

٨٨ - وقياس قول ابي حنيفة انه لا يقبل .

٨٩ - وقد حكى أصحاب الشافعي في ذلك وجهين :

في أحدهما يقبل ، وفي الثاني لا يقبل . والرسالة مثل ذلك .

باب

ما يشترك فيه الوالي والمتولي من الصفات

٩٠ - اعلم ان القاضي والامام يشتركان في الحرية والبلوغ والعدالة والعلم والامانة والعفة والصيانة في ان كل واحد لا يجوز له أن يقضي لنفسه ، ولا لاولاده ولا لاحد من أجداده وسبأني « وسنين » ذلك في باب من يجوز أن يقضي له ومن لا يجوز •

فالامام والقاضي في ذلك سواء •

٩١ - ويفترقان في اعتبار كونه من قریش ، فالقاضي يجوز أن يكون عربيا وأعجميا ، ومن سائر أنواع الامم اذا وجد فيه شرائط القضاء التي قدمناها •
وفيفترقان في خصوص الولاية وعمومها •

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

٩٢ - ويجوز أن يولي الامام ابنه للامامة بعده بالنص عليه ، والقاضي لا يولي ابنه القضاء في حياته ولا بعد موته الا أن يجعل الامام له ذلك •

[مطلب قضاء القاضي على القاضي الذي ولاه وله وعلى الإمام الذي ولاه] (٢)

٩٣ - ويقضي على القاضي الذي ولاه وله •

٩٤ - وكذلك القاضي يقضي على الامام ويقضي له وان كان يستفيد النظر من جهته •

[مطلب: لا يجوز أن يكون إمامان في دار الإسلام]

٩٥ - ويجوز أن يكون القاضي في مجلة ومعه قضاة ، ولا يجوز أن يكون إمامان في دار الاسلام •

(١) ورد هذا العنوان في هامش ص ١٣ من نسخة قليج •

(٢) ورد هذا العنوان في ص ١٣ من نسخة قليج •

[مطلب : يجوز أن يشترك في قضية واحدة] ^(١)
٩٦ - ويجوز أن يشترك الفاضيان في قضية ، ولا يجوز ذلك في حق
الامامين •

[مطلب : انتفاض الولاية]

٩٧ - والامام لا تنتقض ولايته •
والقاضي تنتقض ولايته •

[مطلب : ما ينفرد به الإمام ^(٢)]

[مطلب : الإقطاع]

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

[مطلب : بيان حدود الولاية]

٩٩ - والامام لا يحتاج الى بيان ماله أن يتصرف فيه ، والقاضي يحتاج الى
بيان الحكم والقضاء •

١٠٠ - وليس للقاضي أن يتصرف الا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه •

١٠١ - والامام يتصرف فيما ليس لاحد من اهل الحل والعقد أن يتصرفوا
فيه ، فهو يستفيد بالولاية مالم يكن لمن ولاء أن يفعله •

١٠٢ - فان قيل : فهذا يدل على بطلان الاختيار لان من ولاء الامر لا يملك
ما ^(٣) ولاء فعله •

(١) ورد هذا العنوان في ص ١٣ من نسخة قليج •

(٢) ورد هذا العنوان في ص ١٣ 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 .
وسنين في باب النياحة مايجوز أن يستتاب فيه ومالا يجوز ان شاء الله .

باب

ولاية الخوارج للقضاء

١٠٣ - وهذا باب يذكر فيه ولاية الخوارج للقضاء وما يجوز من ذلك وما لايجوز .

تعريف الخوارج

١٠٤ - اعلم ان الخوارج كل فرقة اظهرت رأيا ودعت اليه وقاتلت عليه ، وصار لها منعة وشوكة وتحيزت بخطة ^(١) (بحيزة) .
١٠٥ - وسنذكر في كتاب أهل البغي مايجب عليهم ومالا يجب من الاحكام عند بلوغنا اليه ان شاء الله .

[قضاء الخوارج]

١٠٦ - وانما الكلام ههنا في صحة الولاية :

فحكى الخصاف في أدب القضاء له : انهم اذا ولوا رجلا القضاء ففضى بقضايها وحد ناسا « وحكم بأشياء » ثم ظهر أهل العدل بعد ذلك على البلد فولوا قاضيا ، ثم رفعت احكام اهل التأويل اليه ، فإنه ينقض منها ما ينقض من أحكام غيرهم .
١٠٧ - وقال الطحاوي 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 يقصد بهذا المصطلح حالة المحاربين في الحرب الداخلية في مصطلح عصرنا .

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

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 لا يستبيح ذلك نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضي أهل العدل ، ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضي أهل العدل ، لان لهم تأويلات يسوغ فيه الاجتهاد •

١٠٩- وقال : واستحب أن لا يقبل كتاب قاضيه استهانة وكسرا لقلوبهم ، فان قبله جاز •

وجوب تحقيق الإمام في أسباب خروج الخوارج عليه وإنصافهم ممن ظلمهم

١١٠- والذي مال اليه الطحاوي في المختصر أنه يسألها عما دعاها الى الخروج فان ذكرت شيئا ظلمت فيه انصفت 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 الأنوال تدل على اتفاق المذهبيين على جواز ولاية من يتولى من قبلهم القضاء •

١١٢- وسيرد [وسنذكر] حكم ما أتلّفوا علينا وأتلّفنا عليهم في بابہ ان شاء الله •

فصل

خلو الزمان من الإمام

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

(١) « المذهب » في النسختين •

(٢) ص ٢٥٧ من مختصر الطحاوي المطبوع •

إذا 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 أكثر من الخوارج مع الامام ، فإذا قلنا ان ولاية من ولوه جائزة ، وحكمه ماض فمن ليس في مقابلة امام أولى وأحرى بجواز الولاية من قبله .

١١٤- وإذا خلا الزمان من الامام والمتغلبين على سبيل الفرض والتقدير فكل حكم يلزم العامة والامام بين اظهرهم فهو لازم لهم مع عدمه ، وكل حكم لا يلزمهم 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 ، فإنه لا يستوفي ولا يأخذه بعضهم من بعض ، وكذلك الاحكام وتوليها .

باب التحكيم

وهذا باب نذكر فيه التحكيم من الرجلين لغيرهما :

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

١١٧- وقد حكم علي عليه السلام أبا موسى لاشعري ، وحكم معاوية عمرو بن العاص ، ورضيا بحكمهما عليهما ، وحكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي بن كعب زيد^(١) بن ثابت ، وحكم عثمان وطلحة رضي الله عنهما جبير بن مطعم^(٢)

(١) كذا في طبقات الفقهاء للشيرازي أن ابي بن كعب بن المنذر من بني النجار تحاكم اليه عمر والعباس في دار كانت للعباس الى جنب المسجد فقضي للعباس على عمر (ص ١٣ منه) .

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

وذلك جائز في الشرع والدين ، وهو قول الشعبي وابن سيرين وعبدالله بن عتبة^(٣) ، وهو قول اصحابنا جميعا .

١١٨- ولهما أن يخرج الحكم من الحكم ولا أحدهما ما لم يحكم ويمض الحكم عليهما .

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

١٢٠- وقال الشافعي لا يلزم الحكم الا برضاها بعد الحكم في أحد قولي ، لأن في الزام حكمه افتئاتاً على القاضي والإمام ، ولأن رضاها معتبر في التحكيم ، فكذلك في الحكم ، والثاني مثل قولنا لا يعتبر رضاها لأن من جاز حكمه لزمه حكمه .

ما يجوز فيه التحكيم

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

١٢٢- ومنهم من قال يجوز في الاموال فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف فلا يجوز لانها 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 أمضاء ، وان كان لا يوافق رأيه والحق رده .

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

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

أمضاه وإن شاء رده (١) •

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

١٢٦- وإذا كان الحكم رجلين لم يمض الحكم حتى يجتمعا عليه •

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

١٢٨- قال الخفاف :

« ولا يجوز أن يحكما في حد ولا قصاص ، وإن حكماء في دم خطأ فحكم على العاقلة بالدية لم يجوز لأن العاقلة لم ترض به » •

١٢٩- وإن قضى ما بيا (كذا) يمين أو أقرار أو بينة فذلك جائز (٢) •

١٣٠- ولو قال الحكم : قد أقررت عندي بكذا أو شهد عليك هذا ، وعدت 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 يخرج من التحكيم (٣) •

١٣١- فإن كان قد عزله ثم قال ما قال لم يقبل منه ، ولم يجوز حكم عليه ،

(١) بخلاف ما إذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وإن خالف منهجه ، إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع • لأن المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لأن مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائباً له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لأنه بأصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه » (تبين الحقائق ١٩٤/٤) •

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

(٣) علل الزيلعي ذلك في تبين الحقائق ١٩٤/٤ بقوله « لأن الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى إذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بأقرارك أو بينة قامت عندي بذلك فإنه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضى عليه فكذا هذا » •

كالقاضي اذا عزله الامام لم يقبل انه كان قد حكم ، وان كان قد حكم من لا يجوز قضاؤه له كالابن والزوج وكل من لا تجوز شهادته له ، فان حكم لابنه أو أبيه أو من ذكرناه ابطال القاضي حكمه ، وان قضى عليه امضاء كما يمضى الشهادة •

١٣٢- ولا يحكم فاسقا ولا صيبا مالم يبلغ ، كما لا يصح 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 إثنان وما زاد •

فصل

عدد من يولي القضاء في البلد الواحد

١٣٧- قال أصحابنا لا يجوز^(١) أن يولي القضاء الاثنان في الشيء الواحد

(١) في النسختين « ويجوز في الشيء الواحد كما لا يجوز أن يبيع الوكيلان ٠٠ الخ وهي عبارة مغلوطة » والظاهر ان هذا الاضطراب من وهم النساخين فقد اختلطت عليهم عبارة الفقهاء في جوار تولية قاضيين في بلد واحد ويتضح هذا مثلا مما جاء في أدب القضاء للماوردي من أن للفقهاء في هذه المسألة وجهين « أحدهما لا يجوز ٠٠٠ والثاني وهو قول الاكثرين انه يجوز لانها استنباة 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 الولاية وهذا يقضي أن نذكر هل يجوز لهم الدخول أو يجب عليهم الدخول في 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 ، لا يجب 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 لا يجب ذلك عليه ، ومتى أدى الى اهلاك مسلم وجب ترك ذلك فكيف هلاك نفسه ، وحكمها عنه ساقط وائمها زائل ، ولا يصح اجباره عليها لاو اكراهه على الدخول فيها .

١٤١- واتفقوا على أن القاضي لا يجب 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 لأصحابنا لفظ في كتاب يقتضي وجوب الدخول فسي
القضاء فتحيكه •

١٤٤- وقال أصحاب الشافعي : إذا كان لا يصلح للقضاء الا واحد تعين
ولزمه فعله ، فإذا امتنع اجبر عليه ، لان الكفاية لا تحصل الا به وجعله هذا القائل
فرضا على الكفاية ، فإذا لم يقم به غير وجب عليه ، قال وان كان هناك غيره يصلح
له نظرت فأنه كان خاملا وإذا ولي القضاء انتشر علمه استحب له طلبه ^(١) 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 فيه ، وان لم يكن غيره لانه
يجوز ان لا يأمن ذلك أيضا ، وليس القضاء أمرا يسيرا بل عظيم ، وليس كل
عالم يصلح للقضاء والصرف في الامور ، وقد رأينا من يتقلد القضاء وهو يعتقد
انه العالم الكافي القيم بما يرد في ذلك ، فلا يلبث حتى يظهر عجزه وحيرته
وتبلده في الاحوال ، حتى يتغير طبعه ، وتبدل اخلاقه ، ولولا كراهة ذكر الناس
لجئنا في ذلك ما رأيت وعددت الناس ، ولكن كل زمان لا يخلو أمره من مثل
ما رأينا •

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

١٤٦- قالوا : وان كانوا جماعة يصلحون للقضاء اختار الامام افضلهم
واورعهم فقلده ، وبهذا قولنا ايضا اذا اختار الحاكم ذلك ورغب فيه وغلب على

(١) كذا والعبارة مضطربة وصوابها ما جاء في المغنى لابن قدامة ج٩ ص٣٦ في
هذا الصدد حكاية عن منهي الحنبلية والشافعية حيث جاء :
وقال أبو عبدالله بن حامد ان كان رجلا خاملا لا يرجع اليه في الاحكام ولا
يعرف ، فالاولى له توليه ليرجع اليه في الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به
المسلمون وان كان مشهورا في الناس بالعلم ، يرجع اليه في تعليم العلم
والفتوى ، فالاولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الامن من الغرر ونحو
هذا قال اصحاب الشافعي •

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

وان اختار الامام غير الافضل انعقد العقد له ، وهذا يبنى على جواز امامة 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 فاضل ومفضول ، وهذا فى القاضى اجوز من الامامة •

١٤٨- قال الشيرازي^(١) رحمه الله : وان امتنعوا عن الدخول اثموا ، لانه فرض وجب عليهم فهو كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر •

[الإيجابار على تولي القضاء]

١٤٨- قال : وهل للامام اجبار واحد على القضاء ام لا ؟ ففيه وجهان : احدهما لا يجبر لانه فرض على الكفاية فلو اجبر عليه لتعين عليه ، والثاني يجبر لانه لابد من قاض للمسلمين •

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

١٥٠- وذكر الخفاف حديث انس ان 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 وكل به ملك يسدده^(٢) •

١٥١- واذا صح هذا الخبر جاز للرجل الدخول في القضاء بالاكراه •

(١) المهذب للشيرازي •

(٢) جاء في المغنى ج٩ ص٣٦ ان أنسا روى عن النبي (ص) انه قال : « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ، ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب •

١٥٢- وكره له سؤال القضاء في كل حال •

١٥٣- وقد ذكر الخصاف عن الحسن (بن زياد اللؤلؤي) ان الله تعالى اخذ على الحكام ثلاثة : ان لا يتبعوا الهوى وان يخشوه ولا يخشوا الناس ولا يشتروا بآياته ثمنا قليلا لقوله : « ياداوود الآيه ^(١) » وانما انزلنا التوراة الآيه ، ، 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 •

١٥٤- واذا قد بينا الرخصة في الدخول في القضاء ، وما في الدخول فيه ، فلنذكر اخذ ^(٢) الرزق عليه وما قيل •

باب أخذ الرزق على القضاء

١٥٥- اعلم ان القاضي من عمال المسلمين وأجل عمالهم وهو القيم بمصالح الجميع •

١٥٦- وقد قال اصحابنا جميعا : لأبأس 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 ما يأخذه من على بابه يفضحه ويضع من قدره ، وان علم به فلم ينكره لحقه وزر :

كذا قال الطحاوي في أدب القضاء الصغير له •

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

(١) ياداوود 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 ، وتكون الخلافة هي الملك » • وقد نقل الماوردي هذين الوجهين من تفسيره المسمى بالنكت والعيون بتغيير طفيف (أدب القاضي تحقيق محي هلال السرحان • (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 .

١٥٨- ويفرض له ما يكفيه ، ويوسع عليه حتى لا يشره الى اموال المسلمين .

١٥٩- 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 في الرزق ليكون لهم قوة وعليهم حجة .

١٦٠- 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 ادري ذهب أو فضة .

وارزق عمر بن الخطاب رضي الله عنه ايا موسى في السنة ستة آلاف درهم
وهو على البصرة ، وكان مسروق لا يأخذ على القضاء رزقا وكان شريح يأخذ .

١٦١- وقال القاسم بن عمير لا ينبغي لقاضي المسلمين ان يأخذ على القضاء
اجرا ، ولا صاحب بعثهم^(٣) .

١٦٢- 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 لا بد منها ،

(١) جاء في المغني ج ٩ ص ٣٧ ان عمر بن الخطاب كتب الى معاذ بن جبل والى
أبي عبيدة حين بعثهما الى الشام ان انظروا رجالا من صالحين من قبلكم
فاستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من بيت
مال المسلمين .

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

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

والقضاء لا بد منه ، وان لم يتمين عليه : فان كان له كفاية كره ان يأخذ عليه الرزق ، وان لم تكن له كفاية لم يكره^(١) .

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

• واصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل بل لفظهم في الكتب مطلق .

١٦٤- واذا كان (القاضي) عاملا على المسلمين فهو كالعامل على الزكاة يجوز

ان يأخذ الاجر والرزق مع غناه فكذلك هذا ، فهذا ما قيل في هذا الباب .

فصل

في الرشوة على الحكم

١٦٥- فاما الرشوة على الحكم فاجمع اصحابنا جميعا على انه ذا قبل (القاضي)

الهدية على اقامة الحق فقد فسق ، واكل الحرام .

قال الطحاوي : لان رسول الله قال :

هدايا العمال غلول^(١)

واكبر العمال القضاة

(١) جاء في المغني ج ٩ ص ٣٧ انه « يجوز للقاضي أخذ الرزق ، ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعي واكثر اهل العلم » . وظاهر ان ابن قدامة المقدسي يختلف نقله عن الشافعي في هذه القضية عن نقل السمناني فقد اطلق الاول ما رواه الثاني مقيدا .

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

١٦٦- وقال الخفاف :

« 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 يسه ذلك .

١٦٧- واذا قبل القاضي الرشوة سقطت عدالته ، ولا ينفذ حكمه لمن رشاء 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 العبدالة .

وهذا قول الشافعي في الهدية فيمن كان يهاديه .

ما جاء في تحريم الرشوة من الآثار

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

(١) اشارة السمناني الى عبارة الخفاف يفهم منها للوهلة الاولى ان القاعدة المروية عن الخفاف هي الاصل والحقيقة انها استثناء محدود بحسود الضرورة يفهم من سياق العبارة نقدها ومما جاء في كتاب الخفاف 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 الخفاف وقد علق الخفاف على العبارة الاخيرة بقوله : « لانه غير مرتشئ ، اذ لم يعلم بذلك ولا ارتشى هو بنفسه » .

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

في الحكم ، وقال « هما في النار » وذكر الخبر ثوبان^(١) وقال فيه : « والرائش الذي يمشي بينهما » .

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

وقال مسروق : ان القاضي اذا أكل الهدية فقد أكل السحت .

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

— قال تلك هدية وهذا لنا رشوة .

وحديث ابي حميد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن اللثبية على صدقات بني سليم ، فلما جله قال :

— هذا لله وهذا اهدى الى .

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

— ما بال رجال نوليهم أمورا مما ولانا الله فيجئهم احدهم فيقول هذا لكم وهذا اهدى الى ، فهلا جلس في بيت ابيه وامه حتى تأتية هدية ان كان صادقا^(٢) !

اتقاء الظلم بالرشوة

١٧٢ — وروى عن جابر بن زيد قال :

— لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم .

وقال :

— لم نجد في زمن عبدالله بن زياد أنفع لنا من الرشوة .

وقال الشعبي وابراهيم :

(١) هذه العبارة مقتضية واصلها في كتب الفقه يتضح مما ورد في المغني ج٩

ص٧٨ حيث جاء : « وروى عبدالله بن عمر قال « لعن رسول الله (ص)

الرائش والمرتشى » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، ورواه أبو هريرة

وزاد في الحكم ، ورواه أبو بكر . . . وزاد : والرائش وهو السفير بينهما » .

وثوبان هو مولى رسول الله (ص) وهو ثوبان بن بجدد وقيل ابن بن جحد

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 .

- لا بأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم .
وقال مجاهد :

- اجعل مالك جنة^(١) 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 الخفاف باسناد لكل منها ، وفى الذى ذكرته كفاية .

١٧٣ - واذا قد ذكرنا احوال الدخول فى القضاء و احوال الرزق عليه ،
فلنذكر احوال القاضى التى يكون عليها .

أحوال القاضى التى يقضى فيها

١٧٤ - وهذا باب احوال القاضى التى يقضى فيها ، وما يتقدم ذلك ،
ويترتب عليه .

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

١٧٦ - فاذا اقترب من البلد غير بزرته ، ولبس من أجمل ثيابه .
١٧٧ - 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 »^(٢)

(١) الجنة : الدرع وفى اساس البلاغة للزمخشري : ستره فاجتن واستجن

بجته : استتر بها ، واستجن الولد فى البطن .

(٢) فى نسخة منيخ : وخير ما فيها .

وروى هذا الخبر الطحاوى فى ادب الحكماء •

دعاء القاضي عند دخول البلد

١٧٨ - 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 (اعوذ 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

فى صفة لباسه وفرشه

١٧٩ - ويستحب له ان يلبس السواد ، فان لم يكن فعمامة سوداء ، لان النبي عليه السلام دخل يوم (فتح مكة) وعلى رأسه عمامة سوداء •
رواه جابر وأنس •
وتكون العذبة^(٢) على كفه الايسر •

-
- (١) لبس السواد عادة عربية قديمة وكانوا يلبسون السواد فى 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 فى أساس البلاغة للزمخشري : «خفقت على رأسه العذبة وهى خرق الالوية ، وعذبة سوطه وهذبه جعل له علاقة وفى القاموس المحيط العذبة بالتحريك : القذى وما يخرج فى أثر الولد من الرحم • والخيط الذى يرفع من الميزان ، وطرف كل شئ ومن البعير قضيبه ، والجلدة المعلقة خلف مؤخرة الرجل الواحدة بهاء فى الكل • والعذبة بكسر الذال ما يخرج من الطعام فيرمى والقذاة وما أحاط من الدرة والاعتذاب ان تسبل للعمامة عذبتين من خلفها •»

١٨٠ - ويختار له من الفرش في الشتاء اللبود البيض وفي الصيف الحصر والبوارى •

مركب القاضي

١٨١ - قال الطحاوى :

يستحب له ان تكون مراكبه البغال الذكور فانه احسن من الاناث ، واناث البغال اشبه بالحكام من البراذين ، والبراذين اشبه بالحكام من الخيل العراب . وما رأيت قط شيخنا قاضى القضاة رحمه الله ركب فرسا ، وكان يركب إناث البغال الكبير السن منها •

١٨٢ - ويستحب للقاضى ان يسلم على من يجتاز به ، فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك •

١٨٣ - وقد قالوا انه يستحب له ان يقلل كلامه اذا سائره اهل البلد ، ويتحفظ فى ذلك فان كلامه عليه محفوظ ، وذلك يقلل هيئته •

أحوال قاضى القضاة الدامغانى

١٨٤ - وقد شاهدت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله اذا ركب حدث من يسائره ، وكان اذا جلس فى مجلسه لم يخل من حكاية يوردها ومضحكة يحكيها ، وبقي فى القضاء فوق من ثلاثين سنة لانه ولى من ذى القعدة من سنة سبع وأربعين واربعمئة ومات فى ليلة السبت رابع وعشرين من رجب سنة ثمان وسبعين ، وما نقصه ذاكر ولا عائب^(١) ولا حط عند احد من قدره لعظم^(٢) فى نفسه ، وما رأيت قط حلف خصما ولا حكم بملك احد 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 •

وقبول الاصل الذي هو شهادة الشهود ، وما قال قط صح عندى ان هذا الملك
لفلان ، وقد حكمت به لفلان واوجبت على فلان الخروج منه •
وكان يقضي في داره ، وربما سمع الشهادة على الطريق وفي السكة^(١)
اذا عبر وعلى باب الديوان وما رأيتُه عقد قط مجلس حكم فى الجامع ولا فى
المسجد ، رحمه الله ورحمنا اذا صارت ارواحنا اليه •

فصل

ما يفعله القاضي قبل مصيره إلى البلد الذي وليه

- ١٨٥ - وينبغي للقاضي قبل مصيره الى البلد الذى وليه ان يتعرف احوال
من به من الفقهاء والشهود والاعيان •
١٨٦ - وينفذ قبل ذلك الى الموضع من يشعر الناس بقدومه ليكونوا على
اهبة من قدومه واستقباله •
١٨٧ - وان يرجع اليه من انفذه ليكون الى جانبه (عند دخوله) يعرفه
كل انسان ليكرمه بما يجب اكرامه ، فلا يرفع وضعا ولا يحط من مرتبة كريم
ويكون رسوله ثقة امينا بما يخبر به •

كيفية دخول البلد الذي وليه

- وهذا باب كيفية دخول البلد الذى وليه :
١٨٨ - اعلم ان القاضي ان كان لامحمل^(٢) له ولا تبع فلمستحب له ان يدخل
ليلا الى البلد ، ويكون قبل ذلك قد اخذ منزلا يصلح للقضاء والحكم فلا يطلع
الناس على حاله ولا ما دخل فيه^(٣) •

(١) فى نسخة منيخ : السفينة •

(٢) فى نسخة منيخ : (تجمل) ولا محمل له •

(٣) فى نسخة منيخ : ولا ما كان فيه •

وان كان له محمل وتبع^(١) 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^(٢) وقيل لعشر ، وبعث في
 شهر رمضان صلى الله عليه وسلم قبل ذلك بثلاث عشرة سنة ، وتوفي في شهر
 ربيع الاول يوم الاثنين لاثني عشرة ليلة مضت منه سنة احدى عشرة ، واختلف
 في سنة 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 فيصلي فيه ركعتين ، ثم يأمر
 بعهد^(٣) فيقرأ على من يحضرته ، ثم يأمر مناديا ينادي : من كانت له حاجة
 فليحضر فينظر فيما رفع اليه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من
 سفر بدأ بالمسجد فصلى ركعتين ثم جلس للناس ففضى بينهم روى ذلك كعب بن
 مالك^(٤) وام هاني^(٥) .

-
- (١) في نسخة منيخ : « وان كان له تجمل ومال » لا مناسبة له .
 (٢) في نسخة منيخ : ثاني عشر شهر ربيع اول .
 (٣) العهد هنا بمعنى منشور توليته القضاء .
 (٤) هو كعب بن مالك بن ابي كعب واسم ابي كعب عمرو بن القين بن سواد
 الانصاري الخزرجي السلمي ، يكنى ابا عبدالله وقيل ابو عبدالرحمن ، امه
 ليلى بنت زيد بن تغلبة من بنى سلمه أيضا . شهد العقبة في قول الجميع ،
 واختلف في شهوده بدر ، والصحيح انه لم يشهدا ، أخى الرسول بينه
 وبين طلحة بن عبيدالله حين أخى 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 :

قضيينا من تهامة كل وتر

وخير ثم اغمدنا السيوف

تخبرنا ولو نطق لقال

قواطعهم دوسا أو تقيفا

فقال دوس : انطلقوا ، فخلوا لانفسكم لا ينزل بكم ما نزل بثقيف .

- ١٩١ - وان لم يقرأ العهد ومضى الى منزله اذن للناس اذا عاما وقرى .
عهده عليهم فى منزله والاول احب الينا من الثانى .
١٩٢ - وكان خاتم النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مكتوبا عليه شريط
فضة نقشه : محمد رسول الله ، صلى الله عليه وسلم .

ما ورد في كتابه العهد من الآثار

- ١٩٣ - وانما قلنا يكتب له العهد لان النبي صلى الله عليه وسلم كتب
لعمر بن حزم حين بعثه الى اليمن .
وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه للاشتر^(١) حين بعثه الى اليمن^(٢)
كتبا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

روى عنه ابو جعفر محمد بن على وعمر بن الحكم بن ثوبان وغيرهما (اسد
الغابة ٢٤٧/٤ - ٢٤٨)

- (٥) اللواتى عرفن بام هانئ فى اسد الغابة اثنتان هما : ام هانئ الانصارية
لم يوقف على نسبها واختلف فى اسمها فقييل ام قيس وقيل ام هانئ
والظاهر انها ليست هى المقصودة فى السند المذكور ، اما الاخرى فهى ام
هانئ بنت ابي طالب القرشية اخت علي بن ابي طالب ، وقد اختلف فى
اسمها فقييل هند وقيل فاطمة وقيل فاخته . وكانت تحت هيرة بن عمرو
بن عائذ بن عمران بن مخزوم المخزومي . اسلمت عام الفتح ، وهرب زوجها
هيرة الى نجران ، وقال معتذرا بأنه لم يفر جبنا ولا خوفا من القتل وقد
اعجب بابيائه فى اعتذاره خلف الاحمر النقاد القديم وراوية الشعر الشهير
اما الابيات المذكورة فهى :

لعمر ما وليت ظهري محمدا

واصحابه جبنا ولا خيفة القتل

ولكننى قلبت أمري فلم أجـد

لسيفى غناء ان ضربت ولا نبلى

واقفت فلما خفت ضيقة موقفى

رجعت لعود كالهزبر الى المشبل

(اسد الغابة ٦٢٣/٥ - ٦٢٤)

- (١) كذا فى جميع النسخ والاشتر هو مالك بن الحارث الاشتر وقد ولاه على
مصر وعهد اليه (نهج البلاغة . شرح محمد عبده ٨٢/٤) .
(٢) فى نسختى منيخ وقلبيج البحرين .

وكتب عمر بن الخطاب رض الله عنه الى اهل الكوفة :
« أما بعد ، فاني بعثت اليكم عمار بن ياسر اميراً وعبدالله قاضياً ووزيراً^(١)
فاسموا لهما اطيعوهما فقد آثرتكم بهما » يعني عمارا وابن مسعود^(٢) .

الإشهاد على التولية

- ١٩٤ - وقال الشافعي :
إذا كان البلد بعيدا اشهد على التولية شاهدين لتثبت بهما التولية .
١٩٥ - 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 يفتر
الى الشهادة ، وقد تقدم ما قلناه في ذلك .
١٩٦ - فإذا دخل البلد واستقر فيه وحصل في داره وجب ذكر الحالة التي
يجلس عليها والصفة التي يكون عليها .

باب كيفية جلوس القاضي وإخوانه

والمكان الذي يقضي فيه

- وهذا باب يذكر فيه كيفية جلوسه واحواله والمكان الذي يقضي فيه .
١٩٧ - وينبغي للقاضي اذا اراد الجلوس للقضاء ان يخرج وهو على اعدل
الاحوال لا جائع ولا عطشان ولا كضيض من الطعام ولا كسلان .
١٩٨ - ولا يقضي وهو غضبان .

(١) في تاريخ الطبرى ٢٤٧/٤ انه كتب :
« اني بعثت اليكم عمار بن ياسر اميراً وجعلت عبدالله بن مسعود معلماً
ووزيراً . ووليت حذيفة بن اليمان ما سقت دجلة وما وراهما . الخ » .
(٢) في نسخة قليج : قوله اثرتكم بهما يعني عمارا وابن مسعود .

١٩٩ - ولا يمزح مع خصم ولا يساره ولا يضحك في وجهه ولا يعبت بشابه.

٢٠٠ - ولا يضجر ولا يعجل .

٢٠١ - ولا يلتفت عن خصم .

٢٠٢ - ولا يتكبر على وسادة حال القضاء

٢٠٣ - ولا يلقي خصما حجته^(١) .

٢٠٤ - ولا يقضي (في) حالة مرض ولا حزن ولا حر شديد ولا يرد مؤلم .

ولا في حالة فتنة .

لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقضي القاضي وهو غضبان »^(٢) .

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

٢٠٥ - وقد كان شريح اذا جاع قام ولم يقض .

فصل : قضاء النبي (ص) في شراج الحرة

٢٠٦ - فان حكم في هذه الاحوال بحكم نفذ حكمه وجاز قضاؤه ، اذا

كان مما يجوز في حال اعتداله ، وذلك لما روى ان الزبير ورجلا من الانصار^(٣)

اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شراج^(٤) الحرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم للزبير :

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

(٢) روى هذا الحديث ثلاثة من الصحابة هم : أبو بكر وأُم سلمة ، وجناد بن امية في البخاري ومسلم واحمد وابي داود والترمذي والنسائي وأبن ماجه .

(٣) في أدب القضاء للماوردي (٧/١) ان هذا الانصاري « شهد بدرا ، وقيل انه حاطب بن ابي بلتع » كان عبدا فكتب ، شهد بدرا والحديبية (أنظر ترجمته في طبقات بن سعد ٣/قسم ٨٠/١ ، سير اعلام النبلاء ٢-رقم ٩ ، النووى ق١-ج١-١٥١ طبقات ابن خياط ، ص ١٥١) .

(٤) الشراج جمع شرجة وهي سيل الماء (تهذيب الاسماء واللفات ١٦١/١) والحرة : ارض ذاب حجارة سود والجمع حرار (المصباح ٢٠١/١) والحرة هي اللابة وحرم النبي (ص) ما بين لابتي المدينة ، وهما حرتان تكتنفانها . (القاموس المحيط في مادة اللوب) .

- اسق زرعك ثم ارسل الماء الى جارك فقال الانصاري :

- ان كان ابن عمك !

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

- 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 انفسهم حرجا مما قضيت)^(١) .

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

فصل

القضاء في المسجد

٢٠٧ - قال اصحابنا جميعا :

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

٢٠٨ - وقد كان الشعبي يقضى في الجامع ، وشريح يقضى في المسجد الا يوم المطر فانه يقضى في داره ، وكان محارب بن دثار يقضى في المسجد ويخطب بالسواد^(٢) .

(١) استندنا في ايراد هذه الزيادة الى ما جاء في ادب القاضي للماوردي تحقيق السرحان (٦/١) والاية المذكورة من سورة النساء .

(٢) هو محارب بن دثار بن كردوس ابو دثار السدوسي الكوفي ، وقيل انه ذهلي ، روى عن ابن عمر وعبدالله بن يزيد الخطمي وجابر وعبيد بن البراء والاسود وصلة بن زفر ، وعنه عطاء بن السائب وأبو اسحق والاعشى وسعيد بن مسروق وشريك وزبيد اليامي ومسعر وغيرهم . روى له الستة . وكان من ثقات التابعين . مات سنة ست عشرة ومائة .

وقد قضى النبي في مسجده بين الانصار في مواريث ، وكان الائمة يقضون في المسجد ولان المسجد ارفع المواضع واوسعها عليهم •

٢٠٩ - وقال الشافعي :

وكره ان يجلس للقضاء في المسجد لان الخصومة يحضرها اللفظ والسفلة ، فنزه المسجد من ذلك ، ولانه قد يقضى بين الحائض والجنب فلا يمكنهما المقام في المسجد •

٢١٠ - قال :

وان جلس في المسجد لغير الحكم فحضر خصمان اكره له^(١) ان يحكم بينهما^(٢) وذكر في الحجة حديث الحسن بن عثمان رضى الله عنه انه دخل المسجد ورأى سقاء على رقبته قرية فحطها ومعه خصم فقضى بينهما عثمان رضى الله عنه^(٣) •

٢١١ - وقد قال عمر بن عبدالعزيز :

(١) في نسخة منيخ : لم يكره له •
(٢) في أدب القضاء للماوردي علاوة على ذلك :
« قال مالك واحمد واسحق لا يكره ، وهو قول الشعبي وعن ابي حنيفة في كراهيته روايتان » (٧٨/١) •
(٣) هذه العبارة نقلها السمناني عن ادب القاضى للخصاف من باب « القاضى يقضى في المسجد واصل عبارة الخصاف » :
« روى هشام بن ابي عبدالله مولى لقريش ، قال : سمعت الحسن يحدث حديثا قال :

- اتيت المدينة فدخلت مسجد رسول الله يوما بالهاجرة ، فاذا انا باين عفان قد كوم كومه من الحصى ودفع رداءه ثم اتكى ، 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 ، ففي هذا دلالة على ان القاضى في سعة من تنفيذ الحكم في المسجد الجامع أ ه •

وفى ادب القاضى للماوردي تفصيل اخر حيث ذكر ان كراهية القضاء في المسجد وردت فيها عن ابي حنيفة « روايتان استدلالا برواية الشعبي ، قال : رأيت عمر بن الخطاب مستندا الى القبلة يقضى بين الناس ، وقال الحسن دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان النخ » •

لا يقعد قاض في المسجد فيدخل فيه المشركون فانهم نجس ، وتلا الآية .
٢١٢ - وكان يحيى بن معمر يقضى في الطريق ، وقصده رجل الى منزله فقال :

القاضي لا يؤتى في منزله (١) .

٢١٣ - قال الشافعي :

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

٢١٤ - 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 تنفثه .

فصل

٢١٥ - ويجب ان يعرف للعالم والشريف والشيخ واهل الفضل حقوقهم ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
اذا اتاكم كريم قوم فاكرموه ، ونزلوا الناس منازلهم ، واقبلوا ذوي الهيئات زلاتهم .

٢١٦ - وينبغي له اذا دخل عليه سلطان ان يرفعه ويوسع له ويكرمه .

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

- « من اكرام الله اكرام ذي الشيب المسلم وحامل القرآن ، وغير الغالي فيه ، ولا الجافى عنه » .

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

(١) في أدب القاضي للماوردي ما يفهم منه جواز نظر القاضي في منزله

وقام صلى الله عليه وسلم لعكرمة بن أبى جهل لما جاءه مسلماً ، وقال للانصار :
قوموا الى سيدكم سعد بن معاذ^(١) .

فصل

٢١٩ - 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 - وانما كره اصحابنا القيام على التكفير كما قال صلى الله عليه :

« الاعاجم يقوم بعضهم لبعض تكفيرا » .

٢٢١ - وان قام الى انسان فعانقه فلا بأس ، فقد قام النبى صلى الله عليه
وسلم لزيد بن حارثة فعانقه وقام لجعفر بن أبى طالب لما اتاه يوم خيبر فقال :
« لست ادرى باى الفتحين اسر بقدوم جعفر أو بفتح خيبر » .

٢٢٢ - قال الطحاوى :

واذا استأذنه انسان ليقبل رأسه ويديه ورجليه فعل !

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

٢٢٤ - وروى عن أبى يوسف انه قال :

تجوز القبلة والمعانقة والمصافحة ، ذكر الخلاف « فى كتاب الكراهة
أبو الليث^(١) وغيره » ، والذي ذكره الطحاوى قاله فى ادب الحكام الصغير له .

(١) ورد ذكر سعد بن معاذ فى رسالة العثمانية للجاحظ ووصف بانه
كان « سيد الانصار وفضلهم » وقد تولى يوم بدر حراسة عريش النبى فى
نفر من الانصار (العثمانية ، ص ٥٣-٥٤ ، اسد الغابة ٢/٢٩٦-٢٩٩) .

(٢) هو امام الهدى الفقيه أبو الليث نصر بن محمد السمرقندى مصنف
خزانة الفقه وعيون المسائل والنوازل من فقهاء الحنفية فيما 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 الاسلمى^(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

للنبي صلى الله عليه وسلم وقاله عقبة بن عامر وابو بكر وعمر وابن عباس وعمر بن عتبة وأبو ذر وقرّة المزني^(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 وامى !

أو قال هو ذلك فلا بأس فقد قال النبي صلى الله عليه لسعد بن ابى وقاص :

ارم فداك ابى وامى •

وجمع النبي صلى الله عليه للزبير يوم الخندق بين أبويه •

٢٢٩ - وان قال له رجل :

(١) هو بريدة بن سفيان الاسلمى وردت ترجمته في اسد الغابة

١٧٦-١٧٧ وورد أيضا انه ليس من الصحابة وليس هو بذلك في الرواية •

(٢) ترجم في 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 الآخر فهو عقبة بن عامر بن

نابى بن زيد الانصارى السلمى شهد العقبة الاولى ويدرا واحد ، واستشهد يوم

اليمامة (اسد الغابة ٤١٧/٣ - ٤١٨) •

واما عمرو بن عتبة فهو عمرو بن عتبة بن نوفل يعد في اهل الحجاز

(اسد الغابة ١٢١/٤) •

واما قره المزني فهو قره بن اياس بن هلال المزني وهو جد اياس بن معاوية

بن قره قاضى البصرة الموصوف بالذكاء ، وكان قره يسكن البصرة ، كان على

عهد رسول الله (ص) صبيبا قد حلب وصر (اسد الغابة ٢٠٢/٤ - ٢٠٣) •

- جزاك الله خيرا •

قال له مثله ، فقد قالت ذلك الانصار وقال عليه السلام لها مثله •
٣٣٠ - وان دعا له رجل فقال :

- اعزك الله واصلحك الله او عمرك الله فحسن • وقد روى ذلك عن النبي صلى الله عليه انه قيل له واجاب عنه ^(١) •

٢٣١ - وان دعاه داع فلباه ، أو قال :- ليك وسعديك أو قال له : جملك الله فلا بأس به ، فقد روى ذلك كله عن النبي صلى الله عليه وسلم •
٢٣٢ - ولو أمر رجلا بشيء فقال : سمعا وطاعة فلا بأس • قال ظهير ^(٢) ذلك للنبي عليه السلام •

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

٢٣٤ - قال الطحاوي :

- وان حبس رجلا ليؤدبه فتشفع فيه شافع شفعه ، فقد روى فهد ^(٣) بن حكيم عن ابيه عن جده ان اياه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له : جرابي ^(٤) فيما اخذوا ؟

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خلوا له عن جرابه •

فصل

٢٣٥ - قال أصحاب الشافعي :

-
- (١) في نسخة قليج : بمثله •
(٢) في اسد الغابة (٧١-٧٠/٣) ترجم لصحابيين يدعى كل منهما ظهيرا اولهما ظهير بن رافع بن عدى شهد العقبة الثانية وبدرا والثاني ظهير بن سنان الاسدي والظاهر ان المقصود هو الاول لطول صحبته •
(٣) في نسخة قليج الحص بن حكيم وليس في اسد الغابة سوى حص بن قطن واخوه حارثة بن قطن بن زابر الكلبي وانهما وفدا على رسول الله (ص) فكتب لهما كتابا في الصدقات (اسد الغابة ٣٥٧/١ و ٢٣/٢) •
(٤) في نسخة منيخ : جيرانى •

ويكره ان يكون القاضى جارا عسوفاً وان يكون ضعيفاً مهيناً .
 لان الجبار يهابه الخصم ، ولا يستوفى حجه ، والمهين يطمع فيه ،
 وينبسط عليه .
 وهذه اقوال بعض اصحابنا ايضا .
 وقد روى عن بعض السلف .
 وجدنا هذا الامر لا يصلحه 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 آخذ منه الحق ، فان استقيمت
 فاعينوني وان زغت فقوموني^(١) .

فصل

٢٣٦ - قال الطحاوى رحمه الله :

وينبغي له فى اليوم الذى يريد الجلوس للحكم ان يتخضع^(٢) ، وان تأقت
 نفسه الى اصابة النساء فعل ، وكذلك الطعام والشراب ، ويتقدم ليسيط له فى 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 المصلبات
 والمخاد والمرافق ليس من آلة^(٣) الحكام .

٢٣٨ - ولا يتروح بالمراوح الطوال ولا للخصيان القيام على رأسه بالمذاود^(٤)

٢٣٩ - وينبغي له ان يتخذ من العلمان 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) التخضع : تكلف الخضوع .

(٣) فى نسخة منيخ : أمر .

(٤) فى نسخة منيخ : بالمذاب .

الناس سوءاً ، ويرسم لهم أخذ القصص^(١) من غير ان ينظروا الى ما فيها أو عليها •
٢٤٠ - ويتقدم الى الشهود والامناء ان لا يلزموا^(٢) انساناً لهم ولا يأتوا
احداً في أمر الحكم والشهادة الا بامرهم ، وان يجتنبوا الضحك في المجلس وشرب
الماء والمراوح وما يدعو الى الوضع من قدرهم •

فصل

٢٤١ - واذا خرج الى المسجد بعد الاكل والشرب وما يحتاج اليه من
فعل^(٣) حاجة خرج متواضعاً متذللاً لئلا يعلم انه يريد أمراً عظيماً •
٢٤٢ - فلا يأكل من الطعام ما يكفله^(٤) ويحوجه الى كثرة شرب الماء ،
فان ذلك يضع من قدره ، والمطش يشغل قلبه ، والامتلاء يثقل بدنه ، والجوع
يضجره ويعصر^(٥) خلقه •

٢٤٣ - ويكون قمطره^(٦) محمولاً بين يديه لا يغيب عن بصره وتحت خاتمه
٢٤٤ - ويسلم على من يمر به •
٢٤٥ - وقد روى عن اياس انه حين استقضى مجلس مجلس القضاء فنكس
رأسه فجعل يبكي والخصوم ناحية ، ثم دعاهم اثنين اثنين فنصل بلا شاهد انما هو
الاقرار •

-
- (١) جمع قصة وهي 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 وشئ يعتري من امتلاء الطعام ، كظة الطعام :
ملاء حتى لا يطيق النفس فاكتظ ، وكظله الامر كظاظاً وكظاظاً بهضه وكربه
وجهدته • (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 يسان فيه الكتب
ولا يقال بالتشديد •

فصل

- ٢٤٦ - وبعد دخوله المسجد ينبغي ان يصلي فيه ركعتين أو أربعاً ، ان احب اذا كان في وقت تجوز فيه الصلاة ويخفف ذلك ويدعو الله تعالى ان يفرغ عليه السداد ويجري على لسانه الصواب ، ويستعذ بالله من الشيطان الرجيم .
- ٢٤٧ - وليكن من قوله : ما شاء الله ، توكلت على الله ، اعتصمت بالله .
- ٢٤٨ - ويقول : اللهم سلمني من مجلسي هذا ، وأعني عليه .
- ٢٤٩ - ويجعل القمطر عن يمينه .
- ٢٥٠ - قال الطحاوي :
- ولا احب له القيام الى من جرت عادة بالقيام اليه اذا جلس للحكم ، ولكن يرد السلام .

- ٢٥١ - ويجلس الشهود والامناء مجلساً لا يسمعون كلامه حيث يراهم كلهم .
- ٢٥٢ - ويكون اجتماع الخصوم بين يديه ، يكون بينهم وبينه مكان واسع .
- ٢٥٣ - وان يتقدم الى الحاجب بأن يأمر بكف الاصوات والسكوت وان لا يسار احد بين يديه اخر ولا يحدثه ، فان ذلك يشغل قلبه .

مجلس قاضي القضاة الدامغاني

- ٢٥٤ - وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقعد في مجلسه وسط الدست ^(١) المضروب ، والشهود حوله ، يتقدم من يشهد اولاً على من تأخر ، والقمطر بين يديه والمخاد على يساره ، والمسد ^(٢) خلف ظهره ، والناس حوله فمنهم من يقعد في طرف المخاد ومنهم في مجلس خلف المخاد ومنهم من يستند
-
- (١) الدست الدشت ومن الثياب والورق وصدر البيت مغربات ، والدشت الصحراء (القاموس المحيط) وقول السمناني أن شيخه كان يجلس وسط الدست المضروب يفهم منه انه كان قد ضرب له مجلس يجلس فيه للقضاء .
- (٢) المسد القتل وحبل من ليف و ليف المقل أو من اي شيء كان أو المظفور المحكم القتل : (ج) مساد وامساد ، ورجل ممسود : مجبول الخلق (القاموس المحيط) .
- هذا وقد جاء في نسخة فليج 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 في الفقه ، وربما غنت بعض الوكلاء والشهود ، وربما مزح مع بعضهم ، وكان اذا دخل عليه داخل ممن يقام اليه قام له ولا يبالي ، وربما خرج متطيلسا وربما ترك الطيلسان واذا اراد الاسجال^(١) جرت له عادة نحكيها في اثناء الكتاب عند ذكر كيفية ما يثبت عند الحاكم ، وكيفية اسجاله في باب مفرد ان شاء الله .

فصل

(الفقهاء المشاورون)

٢٥٥ - وان احب ان يحضر القاضي مجلسه جمعا من الفقهاء واهل العلم والمعرفة بالدين والشرع فعل ، وليس ذلك بواجب^(٢) .
٢٥٦ - وان شاورهم فيما يقضى فلا بأس^(٣) ، فقد روى عن ابي هريرة انه

-
- (١) كذا أيضا في النسختين الاخرين .
(٢) جاء في مختصر الطحاوي (ص ٣٢٧ : « فان اشكل عليه شاور رهطا من اهل الفقه ، ثم نظر الى احسن اقاويلهم واشبهها بالحق ف قضى به .
وان رأى خلاف رأيهم احسن واشبه بالحق قضى به » .
(٣) يتضح من هذا ان صلة الفقه والفقهاء بالقضاء قديمة وهي تقوم على التعاون والتشاور مع عدم تقييد القاضي برأى الفقهاء المشاورين ، وقد وهم المؤرخ الانكليزي المعاصر برنارد لويس في كتابه « بزوغ تركية الحديثة » حين لاحظ تأثر بناء المساجد في تركية بطراز الكنائس البيزنطية فاستنتج في شيء من الافتراضات المتكلفة أن هذه الصلة في العمارة تفسر ما زعمه من احتمال ظهور نظام التدرج الوظيفي في طبقة علماء الدين والفقهاء في الاسلام في ظل العثمانيين لأول مرة على غرار التدرج الكنسي بين رجال الكنيسة البيزنطية مستندا في ذلك الى ترؤس المفتين المحاكم المحلية تحت السلطة العليا لشيخ الاسلام (كذا) مع مفتي العاصمة الذي شبهه ووصفه في شيء من العبث بالبطريق الاول في الدولة العثمانية فيالها من خفة في البحث !

قال : ما رأيت احدا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر مشاورة لاصحابه منه •
٢٥٧ - وكان الحسن يقول في قوله تعالى : [وشاورهم في الامر] والله ما

تشاور قوم قط الا وفقهم الله لافضل ما بحضرتهم •

٢٥٨ - 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 - واذا كان الحكم فى الكتاب والسنة أو الاجماع وهو يعلم نبوته لم
يحتاج الى مشاورة ، وان كان فى القياس والاستدلال يشاور ولا يعجل فى ذلك
بحكم حتى ينقطع العدد ، وان شاور فقيها واحدا اجزاء •

فصل

أدلة الأحكام

٢٦٠ - وينبغي للقاضى ان يقضى بنصوص الكتاب الناسخة ، فان لم يجد
ذلك ووجد الحكم فى السنة قضى ، وان كان فيه اجماع من الصحابة قضى به •
٢٦١ - 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 ecclesiastical 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 Turkey, Second Edition, Oxford University Press. P.6).

وإذا اختلف الصحابة تخير أقوالهم وعمل بأقربها من الحق ان كان له رأى^(١) .

٢٦٢ - واعلم انه لا فرق عندنا بين ما ثبت بصريح اللفظ^(٢) في الكتاب والسنة أو ثبت بفحواه^(٣) أو كان نصا^(٤) جليا أو خفيا أو لفظا وضع لفائدة واحدة

(١) نقل السمناني 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 هي مندوب اليها الخ . راجع ترتيب أدلة القاعدة الشرعية في مختصر الطحاوى ص ٣٢٧ .

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

(٢) و (٣) قوله : ما ثبت بصريح اللفظ ينطبق على ما يسمى في كتب اصول الفقه بالظاهر وقد عرف الظاهر بانه اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصفته (اصول البزدوي وشرحه لعبدالعزیز البخاری ٤٦/١) وقد استخدم السمناني 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 الذي لا يحتاج سامعه الى التأمل في معناه لانه « يسبق الى العقول والاهام لظهوره موضوعا فيما هو المراد به » (اصول السرخمي ١٦٤/١) وحكم الظاهر في اصول الفقه وجوب العمل به حتى يقوم دليل على تخصيصه أو تأويله أو نسخه (تفسير النصوص للدكتور محمد اديب صالح ، ص ٨٩) .

(٤) النص لغة رفع الشيء واطهاره اما في اصطلاح الاصوليين فقد قال فيه الدبوسي « هو الزائد على الظاهر بيانا اذا قوبل به » وقد زاد البزدوي على ذلك ان هذه الزيادة تكون « بمعنى من المتكلم لا في نفس الصيغة » (تقويم الادلة للدبوسي ٢٠١ - ٢٠٢ واصول البزدوي ٤٦/١) وقد جلى السرخي هذا المعنى بقوله ان النص هو « ما يزداد وضوحا بقرينة تقترب باللفظ من المتكلم ، ليس في

أو لفوائد كثيرة أو كان عاما أو خاصا^(١) بعد ان يكون ثابتا ناسخاً .

٢٦٣ - ولا يثبت نسخ القرآن الا بقرآن مثله أو بسنة مجمع عليها غير مختلف فيها ولا ينسخ بخبر واحد ولا قياس^(٢) .

٢٦٤ - 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 - وكذلك خلافهم فى السنة

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

٢٦٦ - 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 السمناني 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 مأخوذ من الخفاء وهو الستر والكنمان 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 اديب 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 افراد لدليل يدل على ذلك والدليل المخصص اما ان يكون مستقلا أو غير مستقل (تفسير النصوص ص ٦٣٨ - ٦٣٩) .

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

ويخص بالاجماع وخبر الواحد وبالعمل من الامة ، ولا فرق بين عمل العامة^(١) والعلماء •

٢٦٧ - واذا أجمع التابعون على حكم فهو مثل اجماع الصحابة رضي الله عنهم عندنا •

٢٦٨ - واذا اختلف الفقهاء في مسألة عمل بأصوب الاقوال عند في رأيه ان كان له رأى •

٢٦٩ - وان اعتدلت عند الاقوال شاور في ذلك أهل العلم وكتب اليهم ، ولا يعجل •

٢٧٠ - وان تساوت الادلة والحجج عند فمّن أصحابنا من قال يقف الحكم حتى يظهر له وجه مرجح ، ومنهم من قال هو بالخيار في ذلك يعمل بأيها شاء •

٢٧١ - 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 - ولا يقضي بشيء يراه عند خفيا وان قال به بعض العلماء •

٢٧٣ - وفي 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 في ذلك •

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

(١) عمل الامة هو العرف والعادة وهو مصدر للقاعدة القانونية الشرعية كما صرح السميناني لا فرق بين ان يكون العمل عمل العامة أو العلماء ، وفي هذه التفرقة ما يشبه التفرقة المعروفة في فقه القوانين الوضعية بين العادات والاعراف •

والمداينات^(١) وبه يتذكر الحاكم ما حكم به من العقود وشهادة من شهد عنده من الشهود ، و اوقات القضايا وتواريخ ازمان السجلات والمحاضر ، وفيه تعديل الشهود ومن عدلهم ، وفيه ذكر الجرح لمن شهد وبيان ما ردت به شهادة المجروح فهو أمين القاضي الذي لا يخون وخليفته الذي لا يشين فلا ينبغي له ان يتوانى في حفظه ، ولا يقصر عن مراعاته وضبطه ، وهو الذي يجب ان يبدأ بالنظر فيه ويتسلمه من الموكل به ، وان كان له حافظا وعليه قائما .

٢٧٥ - والقاضي الاول اما ان يكون ميتا أو معزولا ، فالقاضي الثاني يجب عليه حفظ الديوان وتسلمه ممن هو تحت يده .

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

٢٧٧ - وان شاء ارسل كتابه وارسل معه من ثقة البلد من المقبول قولهم أو من الثقة غيرهم فيأمره بتسلم الديوان من الحاكم أو ممن دفعه اليه ، يفرد هو لذلك موصعا ليكون تحت يده وقبضته أو تحت يد كتابه .

٢٧٨ - ويكتب ما يقبض جميعه كتابا و سجلا سجلا .

٢٧٩ - ويختتم ذلك كله بعد ان يثبت عنده أن ذلك محكوم به ويثبته على امينه او كتابه .

٢٨٠ - واذا قد ذكرنا الكاتب فينبغي ان نذكر الصفة التي يكون عليها .

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

باب كاتب القاضي

- وهذا باب ذكر كاتب القاضى وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات •
- ٢٨١ - اعلم ان النبى صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم علي ابن ابي طالب عليه السلام وزيد بن ثابت ومعاوية بن ابي سفيان رضى الله عنهم •
- ٢٨٢ - وكان لابي بكر الصديق عليه السلام ورضوان الله زيد بن ثابت وعثمان بن عفان رضى الله عنهم يكتبان •
- ٢٨٣ - وكان كاتب عمر رضوان الله وسلامه عليه عبدالله بن ارقم^(١) وزيد بن ثابت رضى الله عنهم •
- ٢٨٤ - وكاتب عثمان مروان •
- ٢٨٥ - وكاتب علي بن ابي طالب عليه السلام عبدالله بن ابي رافع رضى الله عنهم أجمعين •
- ٢٨٦ - وهو فعل ائمة المعدلة وولاة الجور •
- ٢٨٧ - واذا استكتب 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 - قال الخضاف :
- ✂ ويتخذ كاتباً ورعاً مسلماً عارفاً بالفقه وقاله غيره من اصحابنا كالطحاوى وابن الحسن وغيرهما والفاظهم متقاربة •
- ٢٨٩ - فقال الطحاوى فى مختصره فى الفقه : وينبغي ان يتخذ كاتباً من أهل الصلاح والعفاف ، ولا ينبغي ان يتخذ كاتباً ذمياً ولا عبداً ولا مكاتباً ولا محدوداً فى قذف ولا ممن لا تجوز شهادته •
- ٢٩٠ - وقال غيره :
- ينبغي ان يكون مع هذه الشرائط مستقلاً بما يتقلده ، ومؤثراً البر بين من
-
- (١) هو عبدالله بن ارقم بن عبد يغوث الزهري اسلم عام الفتح وكتب للنبي ثم لابي بكر وعمر •

يصحبه ويكون أميناً فقيهاً ، يجرى على هذا فتوحى الصدق فيما يحضره ويفيب
عن مشاهدته ، صادقا فان القاضي 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 - وكذلك ينبغي ان يكون كاتب الامام والسلطان لانهما اعظم رتبة
واوفى منزلة والسيوف في يد السلطان والشرع في يد الامام .

سيرة نظام الملك وإصلاحاته

٢٩٢ - وقد شاهدنا في عصرنا هذا من صاحب الاجل نظام الملك قوام
الدين العالم العادل المظفر المنصور مولى النعم ابي علي الحسن بن علي بن اسحق
رضي أمير المؤمنين اعز الله نصره الصدر المأمون على الدين والمسلمين واهل
الذمة والمعاهدين ، الذين تكملت فيه صفات الامامة واشتهرت بسيرته السير ،
الغفيف نفسه الكريم طبعه الحافظ سره الرؤف في نظره المنزه عن دنس الكتاب
والوزراء المحافظ على تلاوة القرآن وسماع الآثار والصوم في الهواجر والقفار ،
الباني اندارس في كل خطة وديار ، لا يشتغل بسماع وتر ولا صوت فتنة ولا
نظر في لهو ولا لعب بنرد ولا شطرنج ولا يتأدم على خمر ، ولا يستحسن
قيحا ولا يقبح حسنا فجزاء الله أحسن الجزاء عن الخلق وعن سلطانه الذي
فعله يناسب خلقه واصله يسد^(١) فرعه ، الذي اسقط في وقته جميع المواخير
التي من بغداد الى جيحون ، في سائر اعماله ، ولا يعرف له حبس ولا قيد ،
ولا قتل ولا فساد طريق ولا نظر الى حرمة السلطان المعظم جلال الدولة وجمال
المللة ركن الاسلام والمسلمين معز الدنيا والدين ابي القتح ملك شاه عضد الدولة
الرب ارسلان محمد بن داود بن مكائيل يمين أمير المؤمنين رحمه الله^(٢) .
ثم يرجع بنا القول الى ما كنا فيه .

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

(٢) قوله رضي أمير المؤمنين ويمينه من الالقاب التي شاع إطلاقها من
طرف الخلفاء العباسيين على امراء البويهيين والسلجقة ووزرائهم على سبيل لتكريم
والابهة .

تصفح عمل الكاتب

٢٩٣ - وينبغي للقاضي مع ذلك ان يتفقد امر كاتبه ويتصفح عمله ، ويشرف على ما تحت يده حتى يؤدي ذلك الى حفظ احكامه وضبطه فيؤمن من وقوع خلل فيما يكتبه ويحكمه ويدونه ويمضيه من الاحكام التي تبقى على الدهر ولا ينقضها ممر عصر ويكون مع ذلك حسن الخلق لا يقبل هدية ولا يتبسط في حاجة ، يتجنب ما يتجنبه القاضي ، ولا يأنس بكل أحد فان ذلك يضع من قدره فيضع من قدر صاحبه .

٢٩٤ - واذا أمره القاضي بشيء فيه غلط او خطأ فينبغي للكاتب ان يقول نعم ، ثم يعود فيوافقه على سبيل التعلم من القاضي لا على سبيل الرد عليه فان الاول يقربه منه والثاني يبعده .

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

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

ما كان عليه العمل في مجلس قاضي القضاة

٢٩٧ - وقد حكينا ما رأيت عليه شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في مجلسه ، وكانوا في المجلس عن يمينه وشماله وبين يديه ، وكان كاتبه اذا قرأ السجل بحضرته يكون الاصل في يد آخر من الشهود ينظر فيه وآخر ينظر في النسخة الاخرى .

٢٩٨ - وكان الشهود اذا شهدوا قال لهما :

- هكذا شهدتما ؟

فاذا قالا : نعم علم عليه .

٢٩٩ - وكان في بعض الاحوال اذا قربت السجلات من بين يديه

يقول للمدعى :

- هكذا ادعيت ؟

اذ ربما أعاد الوكيل الدعوى .

٣٠٠ - ثم يسئل المدين وهو المدعى عليه :

- هل لك حجة تدفع بها ما ثبت عليك ؟

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

٣٠١ - وسنذكر من ذلك طرفاً عند الدعاوى ، وكيف تكون الشهادة

ان شاء الله .

٣٠٢ - وينبغي ان يقول القاضي للمدعى :

- هكذا ادعيت ؟

فاذا قال نعم ، يقول للمدعى عليه :

- انت فلان بن فلان .

فاذا قال نعم ، قال .

- وهكذا اقررت او انكرت أو لك حجة تدفع ما قال ؟

فاذا قال لا ، قال للشهود .

- اشهدوا .

٣٠٣ - وكان لفظ شيخنا قاضي القضاة رحمه الله .

- انا اشهد الجماعة على حكمي وانفاذى لهذه النسخ على حسب ما كتب

الي فيها من حكمي وانفاذى .

٣٠٤ - وكان يعلم في رأس السجلات ولا يعلم في اسفلها .

٣٠٥ - وكان يعلم في الكتب المشهود بها في أعلاها وتحت شهادة من شهد

بها ، وكان في السجل يجتزى بالعلامة^(١) في رأسه ، ويؤرخ اليوم المحكوم

فيه بيده في خلال السجل .

٣٠٦ - وينبغي للكتاب ان رأى في الكتاب خلافا ان ينهى ذلك الى القاضي

(١) في نسخة منيخ : بالكتابة .

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

٣٠٧ - ولا ينبغي للكاتب ان يفشى لصاحبه سرا ولا يتحدث عنه بكذب ولا يغتاب عنده احدا ولا يعارضه فى أمره ، ولا يعترض عليه ، ولا يقطع أمراً دونه .

٣٠٨ - وينبغي له ان يدرس المحاضر والسجلات وكتب الوقوف والوصية وكتب الاشربة والبياعات والمعاملات وما هو عون له على صنعه وما ندب اليه من كتابته ، لانه اذا لم يعرف ذلك لم يحسن ان يضع الامور فى مواضعها •

كتاب كنز العلماء والمتعلمين

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

رفع قدر الكاتب

٣١٠ - وينبغي للقاضى ان يرفع من قدر كاتبه ويعظمه ويذكره باحسن ما فيه حتى يعرف له تقديمه عنده وتعظيمه اياه •

الشروط الواجبة فى كاتب القاضى فى نظر الشافعية

٣١١ - فاما اصحاب الشافعى فقالوا : ان احتاج القاضى الى كاتب فمن شرطه ان يكون عارفا بما يكتب به القضاة من الاحكام وبما يكتبه من المحاضر والسجلات ، لانه اذا لم يعرف ذلك افسد ما يكتبه بجهله •

٣١٢ - وهل من شرطه ان يكون مسلما عدلا ؟

فيه وجهان :

أحدهما أن ذلك شرط ، ولا يجوز أن يكون كافرا كما قلنا نحن في ذلك لأن أبا موسى الأشعري قدم على عمر ومعه كاتب نصراني فانتهزه عمر رضي الله عنه وقال له :

باينوهم فقد خذلهم الله ، ولا تدنوهم فقد أبعدهم الله ولا تغزوهم فقد أذلهم الله •

ولأن الكافر عدو للمسلمين فلا يؤمن أن يكتب ما يبطل + حقوقهم •

٣١٣ - ولا يجوز أن يكون فاسقا لأنه لا يؤمن أن يجوز •

٣١٤ - والوجه الآخر لهم أن ذلك مستحب لأن ما يكتبه لابد أن يقف عليه القاضي ثم يمضيه فتؤمن به الخيانة ، وما فعله عمر رضي الله عنه يدل على إبطال هذا الوجه لأنه لم ينكر عليه من السلف والخلف ذلك •

٣١٥ - والوجهان حكاهما الشيرازي رحمه الله في المذهب في المذهب ، وأظنه لما رأى ما عليه النصارى واليهود من كتاب دار الخلافة وما يذللون به المسلمين ويمتهونهم في المعاملات وأرباب الدواوين والجهابذة على الأموال خرج هذا الوجه ، وخرجه غيره من الأصحاب لهم •

٣١٦ - وإذا قد ذكرنا صفة الكاتب والكاتب يحتاج إلى سفير بينه وبين القاضي يتردد في الأمور والأحوال ، وليس ذلك إلا الحاجب •

باب الحاجب

وهذا باب يذكر فيه الحاجب ، وما ينبغي أن يكون عليه من الصفات •

٣١٧ - أعلم أن المرجع في هذا الباب في جواز اتخاذ الحاجب للقاضي والأمير إنما هو الشرع ، وقد كان هذا أيضا في الجاهلية ، وكان بنو شيعة حجة

البيت الحرام ، وقد حجب النبي صلى الله عليه وسلم أنس^(١) ، وكان لابي بكر الصديق رضى الله عنه حاجب هو سديف^(٢) مولاه ، وكان لعثمان بن عفان حمران ، ولعلي ابن ابي طالب عليه السلام قنبر مولاه .

٣١٨ - وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم :

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

٣١٩ - وقد فعل ذلك ائمة العدل وولاة الجور ، وهو فعل الناس فى كل

زمان ، ومع كل امام وسلطان .

٣٢٠ - وقال اصحابنا :

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^(٣) 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 النبي عشر سنين وكان غلاما كاتباً يوم التحق بخيمته ، وهو اخر من توفى بالبصرة من الصحابة . (أسد الغابة ١٢٧/١ - ١٢٩) وقد امتحن فى زمن الحجاج بتهمة قعوده عن نصرة عثمان مع آخرين من الصحابة فختم معهم فى عنقه حتى ورد عليه كتاب عبد الملك بن مروان فيه وقد علل هذا الاجراء التعسفى بأن الحجاج أراد بذلك اذلال تلك الفئة القليلة من معارضيه من الصحابة وأن يجتنبهم الناس ولا يسمعوهم منهم (أسد الغابة ٣٢٦٦/٢) .

(٢)

(٣) الرصد بالكسر العطاء والصلة ، والارفاذ الاعانة والاعطاء ، والرفادة شئ كانت تترافد به قریش فى الجاهلة تخرج فيما بينها مالا تشتري به للحاج طعاما وزيبا ، والارتفاذ الكسب والاسترفاد الاستعانة ، والترافد التعاون (القاموس المحيط) . ورفاده قریش 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 القاضي إليه في بسط الوجه ولين الكنف^(١) وحسن اللفظ ورفع المؤونة ، وكف الاذية والسرعة في أمره ، بإدخال كل إنسان مع خصمه اذا اذن بدخوله من غير تأخير لاحد منهما عن صاحبه باوجز بيان ، ويسهل لهما السيل .

٣٢٢ - واذا كان الداخل رجلا له قدر (و) لخصومه (له) مع احد ، وانما اتى لزيارة القاضي فينبغي للحاجب ان يتقدم بين يديه ويستقبله قبل دخوله على القاضي ، ويدخل بين يديه ينبه الجماعة على موضعه ومكانه .

٣٢٣ - وينبغي ان يكون دخول الحاجب على القاضي 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 - وسنحكي في آخر الكتاب (شيئا) من ملح قضاياه ان شاء الله .

٣٢٥ - وحكى شيخنا قاضي القضاة ان ابا خازم القاضي كان يقضى في الجانب الغربي ببغداد وان ابا عمرو القاضي كان يقضى في (الجانب) الشرقي فحصل في جسهما رجل عليه دين ، وكان له قريب يخدم علي بن عيسى الوزير ، فسأله لعله يمشي في الرجل المجوس ، فأنفذ على بحاجب له الى ابي خازم وابي عمر يسألهما في الرجل فمنعه حاجب ابي 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 وانت في كنف الله تعالى محركة في حرزه وستره . وكنف الايل والغنم يكتنفها بضم لنون وكسره عمل لها حظيرة يؤويها ليها ، وكنف عنه عدل ، (القاموس المحيط) .

فقال :

- انا صاحب الوزير ، وقد اتيت في حاجة فقال :
- ما جرت العادة فان كان لك شغل ترجع وقت العصر حتى تصل اليه .
فقعد الحاجب في مسجد قرب داره ، وكان يوما صائفا شديد الحر ،
فقاسى كل اذى من الصبر ، فلما كان وقت العصر خرج البواب ورش الباب ،
ودخل المسجد فقال للحاجب :

قد جلس القاضي •

فقام الحاجب ودخل على ابي خازم وعرفه ما فعل البواب من الجفاء وسوء
العشرة اعتقادا منه انه يتقدم بهوانه ، فقال له :
- كذا جرت العادة ، وما اذن له بعد قيامي ان يستأذن لاحد فاغتاظ الحاجب ،
وبلغ الرسالة باحسن لفظ ، فقال له ابن خازم :

ليس هذا الرجل في حبسى فاخرجه ، وانما هو في حبس صاحب الدين
فسلوه أو اعطوه حقه حتى يخرج •

فقام الحاجب أشد غضبا مما كان فقصد ابا عمر فساعة رأوه أصحابه بادر
اليه حاجب ابي عمر وسائر الاعوان فاستقبلوه واكرموه ودخلوا بين يديه ، فسلم
له أبو عمر وعظمه واكرمه ، وادى الحاجب الرسالة ، فقال له أبو عمر •
- ذاك المولى والعضد والسمع والطاعة ، لنتظر بما حبس عليه من دفتر
المحبس ، فلما وقف على ذلك قال لأمينه •

- لك هذا المال عن الرجل وفك حبسنا عنه ، واعتذر اليه •

فقام الحاجب مسرورا بما لقي ، وحدث الوزير بما جرى واحسن فيما
بلغ عن ابي عمر ، وقبح ما قال له أبو خازم وما فعل معه بنائة ما قدر
عليه ، فقال علي بن عيسى :

- أي الرجلين اعظم •

فقال الحاجب :

- أبو عمر •

فقال له الوزير •

- أبو عمر عقل كله (وأبو خازم) دين كله ، وصدق أبو خازم فيما قال لك ، وهذا كان الواجب ان يفعل في المحبوس •

٣٢٦ - وقال الشافعي :

نكره له ان يتخذ حاجبا لانه ربما منع من له ظلامة ، واذا كان كما وصفناه أمن ذلك (١) •

وقد قال لا يكره للامام ان يتخذ الحاجب للقاضي ينبغي ان يكون مثله •

٣٢٧ - واذا قد ذكرنا صفة الحاجب ، وهو يتقدم في الدخول على الوكلاء ، وجب ذكر صفة الوكلاء •

باب الوكلاء

وهذا باب نذكر فيه وكلاء القاضي وما يجب عليهم •

٣٢٨ - قال اصحابنا :

- وينبغي للقاضي 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 اقامه مقام نفسه •

٣٢٩ - ولا ينبغي ان يغش موكله ولا يستجمل جعلاً على حجة من خصمه ، ولا يواطىء عليه في الباطن ، فمتى فعل ذلك فقد باء بائمه وتحمل وزره والله حسيبه •

٣٣٠ - ويقيم الحجة للصغير الذي يتكلم عنه كما يقيمها للكبير •

٣٣١ - وينبغي ان يكون مأمونا على الحرم ، فانه ربما يتوكل للنساء فينبغي ان يكون ممن لا يتهم برية في كلام النساء •

٣٣٢ - ولا يتوكل فيما يعلم انه باطل ، فقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

(١) أدب القاضي للماوردي ٧٢/١ والمختصر ٢٤١/٥ والام ٢٠١/٦ والمهذب ٢/٢٩٥ •

• من خصم 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 بفضب من الله •

٣٣٣ - وانما اعتبرنا هذه الشرائط لان أبا حنيفة يجيز اقرار الوكيل على

موكله فى مجلس الحكم •

٣٣٤ - وسنذكر فى كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك ، وما لا يجوز ،

ونذكر الخلاف فى ذلك •

نقد وكلاء قاضي القضاة

٣٣٥ - وقد شاهدنا وكلاء شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ، وهم بالضد

من هذه الصفات التى ذكرها أصحابنا ، وكان فيهم انسان يتباهى بالشرف فى
الخصام ، ويقول :

- انما ينبغى أن يتبين الوكيل بما يبصره ، واننى أكره أن أحكى صفات

كل واحد منهم وما فعله فى حال حياته وانسأطهم عليه والتلاحي فى الاحكام
عليه بالكتاب والمحتسين ؟ وكان فيهم من يؤثر الوكالة وفيهم من لا يؤثر ذلك
وتركها مع القدرة عليها لما رأى أحوال الناس والخليط •

٣٣٦ - واذا قد ذكرنا الوكلاء فلنذكر أعوان الوكلاء وأتباعهم •

باب أعوان القاضي^(١) وأتباعهم

وهذا باب أعوان القاضى وأتباعه والمحضرين •

٣٣٧ - قال أصحابنا :

ينبغي أن يتفقد من على بابه من أصحابه وأعوانه والمحضرين ، ومن

يجرى مجراهم ، ويمنعهم من المآكل الرديئة ويقوم منهم من يجب تقويمه ،
وبعد منهم من كان معروفا بالفساد والخيانة ويباعده عن بابه لان عيهم راجع
عليه وفعلهم عار عليه •

(١) فى المخطوطة : الوكلاء •

٣٣٨ - وإذا اطلع منهم على الفساد والخيانة ولم ينكر ذلك شاركهم في
الانتماء ، وربما كان ذلك مما يوجب فسقه إذا أمرهم عليه مع قدرته على انكباره
وإزالته لأنهم أعوان الشرع والدين فيجب عليهم أن يكونوا أعرف بالشرع
وأقوم بالدين والله أعلم •

فصل

تفقد النواب

٣٣٩ - وإذا قلنا يجب عليه تفقد الوكلاء والاتباع فتفقد الخلفاء والنائبين
عنه في المواضع أولى وأخرى •

٣٤٠ - ويجب أن يسأل عنهم في السر من حيث لا يعلمون فمن انتهى
إليه أنه أمين أقره وأكرمه وزاد في الاحسان اليه وأعظمه ، وإن كان بخلاف
ذلك أسرع في صرفه ، وأشهره ونادى عليه حتى لا يستعمله آخر غيره ولا
يقتر به سواء ، ويصلح البعيد بالقرب واللاحق بالسابق ، وسنذكر خلفائه
بابا إن شاء الله •

٣٤١ - وإذا قد ذكرنا الوكلاء والاتباع فينبغي أن نذكر أصحاب مسائله وأخباره
وما يجب أن يكونوا عليه من الصفات •

باب أصحاب المسائل عن الشهود

وهذا باب ذكر أحوال أصحاب المسائل عن الشهود •

٣٤٢ - كان الواجب أن يؤخر هذا الباب إلى الموضع الذي نذكر فيه
الشهود والعدالة والجرح ، لأن ما يصير به الرجل عدلا ، وما يصير به فاسقا
والمجهول الحال والطريق إلى ذلك إنما هو بأصحاب المسائل فينبغي أن يذكر
هناك ، غير أن أصحاب المسائل لما كانوا في حكم أعوان القاضي وأتباعه وحاشيته
وجب ذكرهم في هذا الموضع تبعا لما ذكرناه في الاعوان •

٣٤٣ - ونذكر هناك كيفية الجرح والتعديل ، وههنا صفة أصحاب

المسائل •

٣٤٤ - قال الطحاوى :

يجب ان يخار القاضى للسؤال عن الشهود الثقات المستورين العقلاء ، أهل الورع والامانة والصلاح والصيانة ، ومن ليس عنده على من سئله عنهم علم فلا يزال يستل عنهم ويستخير عن أمر من يستل عنه من غير أن يكشفه ولا يفضحه بسوء ان وقف عليه منه •

٣٤٥ - وان وقف على أنه موضع للشهادة عرف الحاكم الذى سأل به بما وقف عليه من أمره الذى يصلح •

قاله (الطحاوى) فى أدب الحكام الصغير له •

وقال الخفاف :

٣٤٦ - قال أبو يوسف : ويجوز فى التزكية سرا تزكية العبد والمرأة والمحدود فى القذف اذا كانوا عدولا ، لانه خبر وليس بشهادة •

٣٤٧ - وسنذكر فى باب الجرح والتعديل ما قاله هو وغيره فى ذلك ان شاء الله •

٣٤٨ - وأما أصحاب الشافعي فقالوا^(١) :

« ويتخذ قوما من أصحاب المسائل ليعرف بهم أحوال من جهلت عدالته من الشهود •

٣٤٩ - وينبغي أن يكونوا عدولا ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس بعداء من المصية فى تكسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو تزكية غير عدل • وأن يكونوا وافرئ العقول ليصلوا بوفور عقولهم الى المطلوب ولا يترسلوا فيسألوا عدوا أو صديقا •

٣٥٠ - قالوا :

ويجتهد حتى لا يحتالوا فى تعديل الشهود ولا عند (كذا) المشهود عليه

(١) جاء فى أدب القاضى للماوردى (٥٠٥/٢) قال الشافعي : واجب أن يكون أصحاب مسائله جاقعين للعفاف فى الطعمة والانفس وافرئ العقول بعيدين ، براء من الشحناء بينهم وبين الناس والحيث عليهم أو الحيث على أحد ، وأن لا يكونوا من أهل الاهواء والعصبية والمأظة للنساس • الخ • وفى القاموس مأظته مأظة ومأظله ومأظلا شاررته ونازعته •

حتى لا يحتال في جرح الشهود ولا عند (كذا) الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم ولا عند (كذا) المسؤولين عن الشهود حتى لا يحتال لهم الاعداء في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل^(١) .

٣٥١ - ويجهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم ببعض فيجمعهم الهوى على التواطىء على الجرح أو التعديل .

٣٥٢ - وسنذكر كيفية الحكم بالعدالة والجرح بقول من يثبت من الشهود والجيران .

٣٥٣ - وأذ قد ذكرنا أصحاب المسائل ، ولما كان من أعوان الحكم والحفظة صاحب السجن وجب ذكره .

باب صاحب السجن

وهذا باب ذكر السجن وما يجب أن يكون عليه :

٣٥٤ - اعلم أن هذا باب كان ينبغي أن نذكره عند ذكر ما يقضى به القاضى من العقوبة وهى حبس الخصم .

٣٥٥ - وكان ذكر السجن هناك يجب تبعاً لذكر الحبس ، غير أنه لما كان ذكر السجن مع جماعة الاعوان وجب ذكره هنا .

٣٥٦ - وإذا فعلنا ذلك وجب ذكر الحبس وجوازه في الشرع ليصح أن يكون له حافظا .

٣٥٧ - والاصل في هذا الباب ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم والائمة بعده أنهم حبسوا في الديون وغيرها .

٣٥٨ - ونحن نذكر في 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 يجهد فلا يسترسل في تعديل الشهود وجرحهم أى لا تركبه الغفلة فيسأل عدواً مبايناً ولا صديقاً مواصلاً ، 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 في الجرح ولا الاصدقاء في التعديل .

فمن ذلك ما ذكره الخفاف باسناد عن الحسن (بن زياد اللؤلؤى) أن
أناسا من اهل الحجاز أقتلوا 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 في تهمة • •

٣٥٩ - وعن أبي مخلد انه عليه السلام حبس رجلا من جهينة أعنق
شخصا له في مملوك حتى باع غنيمة له •

٣٦٠ - وعن عمر رحمة الله عليه أنه أتاه رجل بالجابية ؟ فقل :

عبدى وجدته على امرأتى

قال :

- أنظر ما تقول فانك مأخوذ بما تقول

فأعاد الرجل القول

فأمر عمر أبا واقد الليثي^(١) فقال :

(١) أبو واقد الليثي الصحابي : قيل اسمه الحارث بن مالك ، وقيل ابن
عوف ، روى عنه ابنه واقد وعبد الملك وجماعته ، مات سنة ثمان وستين وله
سبعون سنة • وقد وردت القصة في الموطأ فجاء في كتاب الحدود منه :
حدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابي واقد الليثي
ان عمر بن الخطاب أتاه رجل وهو بالشام فذكر له انه وجد مع امرأته رجلا ،
فبعث عمر بن الخطاب أبا واقد الليثي الى امرأته يسألها عن ذلك ، فاتاها
وعندها نسوة حولها ، فذكر لها الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب وأخبرها انها
لا تؤاخذ بقوله ، وجعل يلقنها أشباه ذلك لتنزعه^(١) فأبت أن تنزع وتمت على
الاعتراف^(٢) ، فأمر 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 في لهجة العامة في العراق حتى يومنا هذا جاء في بيت
من شعر العامة :

تميت أحرمي اعل مودك بس اروحن ورد

وابني وصالك واروم من المرافف ورد

خَدَ بِيَدِهِ فَأَجْنَحَهُ عِنْدَكَ ، حَتَّى تَغْدُو أَنْتَ وَهُوَ عَلَيْهَا ، فَاَنْظُرْ أَحَقُّ مَا قَالَ
أَمْ بَاطِلٌ فَعَدَّ الْبِنَا ، وَقَدْ حَفَرْتَ حَفِيرَةً •
فَقَالَ لَهَا أَبُو وَائِدٍ :

- أَحَقُّ أَنْ هَذَا جَاءَ عَلَيْكَ بِأَمْرٍ يَنْكُرُ ؟ فَإِنْ كَانَ كَذِبًا فَلَا تَصْدُقِيهِ •
رَجَاءُ أَنْ تَتُوبَ
فَقَالَتْ :

- صَدَقَ ، لَا وَاللَّهِ لَا أَتَحْمِلُهَا مَرَّتَيْنِ •
فَأَمَرَ بِهَا عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَرَجَمَتْ •

٣٦١ - وَذَكَرَ غَيْرُ الْخَصَافِ فِي كِتَابِهِ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اشْتَرَى دَارًا
بِمَكَّةَ بِأَرْبَعَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ وَجَعَلَهَا سَجًّا ، وَحَسِبَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْحَطِيبَةَ
الشَّاعِرَ فَقَالَ :

مَاذَا تَقُولُ لِأَفْرَاحٍ بَنَى مَرْخَ
حَمْرٌ ^(١) الْحَوَاصِلُ لَا مَاءَ وَلَا شَجَرَ
أَلْقَيْتُ كَاسَهُمْ فِي قَمَرٍ مُظْلَمَةٍ
فَارْحَمَ ^(٢) عَلَيْكَ سَلَامُ اللَّهِ يَا عُمَرَ
وَحَسِبَ آخِرَ فَقَالَ :

يَا عُمَرَ الْفَارُوقُ طَالَ حَبْسِي وَمَلَّ مِنْهُ أَخَوَتِي وَعَرَسِي
فِي حَدِّ سَكْرٍ تَقْتَرِيهِ ^(٣) نَفْسِي أَلَا تَرَى ضَوْءَ شُعَاعِ الشَّمْسِ

٣٦٢ - وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ لَمَّا بَنَى السِّجْنَ قَالَ :

أَلَا تَرَانِي كَيْسًا مَكْيَسًا بَنَيْتُ بَعْدَ نَافِعٍ مَخْيَسًا
٣٦٣ - وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ حَبَسَ فِي الدِّينِ •

(١) كَذَا فِي جَمِيعِ النُّسَخِ أَيْضًا وَيُرْوَى الْبَيْتُ أَيْضًا : زَغَبَ الْحَوَاصِلُ •

(٢) كَذَا فِي جَمِيعِ النُّسَخِ وَقِيلَ : فَاْمَتْنِ •

(٣) كَذَا وَلَعَلَّهَا تَجْتَوِيهِ أَيْ تَكْرَهُهُ وَيُقَالُ جَوَيْتُ نَفْسَهُ مِنْهُ وَعَنْهُ
(الْقَامُوسُ الْمَحِيط) •

٣٦٤ - 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 - ولا يحبس بغير حق يتوجه عليه أو تأديب يراه القاضي واجبا لانه عقوبة .

٣٦٦ - وقد قال أصحابنا :

إذا ثبت الدين على الغريم بينة أو باقرار وطلب الخصم حبسه فان القاضي لا يعجل في ذلك ويأمره بالدفع^(١) .

٣٦٧ - وان اعاده وطلب حبسه وقد أمتنع من قضائه فعل به ذلك ، وكتب له حبسه في ديوانه ، وشرح الحال .

٣٦٨ - وقال بعض أصحابنا - وهو اختيار الخفاف - :

الصواب أن لا يحبسه حتى يسأله ألك مال ؟ ويستحلفه على ذلك ، فان أقر أن له مالا حبسه .

٣٦٩ - وقد ذكر الخفاف أن عليا رضى الله عنه كان اذا أتاه الرجل بالرجل فقال :

- اي دين عليه

قال : أله مال ؟ ان كان أخذنا ذلك .

فان قال نعم قد أخفاه

قال : أقم اليينة انه أخفاه ، والا حلف بالله ما أخفاه .

وان قال أحبسه قال : لا أعينك على ظلمه

(فان) قال فاني ألزمه قال ان لزمته كنت له ظلما ، ولا أحول بينك وبينه .

٣٧٠ - وقد روى أن رجلا أتى أبا هريرة بغريم له فقال : أحبسه

فقال أبو هريرة :

- هل تعلم له مالا فأخذه به ؟

(١) لان الحبس جزاء الماطلة فلا بد 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 ولعِياله •

٣٧١ - 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^(١) ثم يسأل عنه ، فإذا ثبت عدمه بمسئلة الثقات من جيرانه وأهل الخبرة وإذا قالوا ماله مال نعلمه وأنا نعرف عسرته وضيق معاشه أطلق القاضي سراحه وأخرجه ولم يحل بينهما أن أراد خصمه ملازمته فى قول أبي حنيفة وأبى يوسف •

٣٧٢ - ومن أصحابنا من قال يحول بينه وبين ملازمته وهو قول الشافعي

ومالك •

٣٧٣ - 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 - وإذا أحضر بينة فشهدت بالعدم قبل المدة المعروفة سمعها القاضي

وأخرجه وفلّسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة •

٣٧٥ - 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 او اربعة او خمسة او ستة او شهر اتفاقى وليس بتقدير حتما (ج ٢ ص ١٥٣) •

٣٧٦ - وإذا حبس وله مال أو عقار فامتنع من قضاء الدين ، قال أبو حنيفة أدعه في الحبس ولا أبيع عليه ولا أحجر •

٣٧٧ - وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه العقار وجميع أمواله فيقضى دينه ثم يخرج من الحبس ، وهو قول الشافعي ومالك •

٣٧٨ - وإن غاب الطالب وثبت عدم المحبوس أخذ منه كفيلاً وأطلقه القاضي من الحبس عند أبي يوسف •

٣٧٩ - وقال محمد بن الحسن إذا طلب الطالب ملازمة الغريم بعد ثبوت الدين عليه ، وطلب المديون الحبس فللطالب أن يلزمه ولا يجسه ، وقال محمد إن أشكل أمره حبسه وسأل بعد الحبس عنه ، وإن لم يشك سأل عاجلاً وأطلقه وقلته •

٣٨٠ - قال أصحابنا :

وإذا مرض في الحبس ، فإن كان له من يخدمه في الحبس وهو لا يستضر به لم يخرج ، وإن كان لا خادم له وهو يستضر بالسكون فيه أخرجه وخلى سبيله^(١) لأن الحبس عقوبة فلا تثبت في حال المريض كالتعزير وإقامة الحد •

٣٨١ - وقال محمد بن الحسن في ملازمة المرأة إذا طلب ذلك الطالب أمره أن يجعل معها امرأة ثقة ولا يمكنه من ملازمتها •

٣٨٢ - وقد قال أصحابنا :

لا يمنعه في الحبس أن يظاً جاريته إن كان الموضع خالياً ، وإن كان فيه غيره يمنعه من ذلك ، ولا يخرج من خارج الحبس ليظاً ، لأن في ذلك فساد الحبس •

٣٨٣ - فإذا عرفت هذه الجملة وكان الحبس عقوبة لم يكن بد للقاضي أن يكون له عليه حافظاً فيجب أن يكون السجان أميناً حافظاً ، له يقظة ومعرفة

(١) قيد مجمع الانهر في شرح ملتقى الابرار ذلك بوجوب الكفيل (ج ٢

بأحوال المحبسين وأعينهم فيكتب يوم دخول المحبوس اليه وصفه وما أخذ به ويكون عارفا بكل أحد منهم ، حتى اذا وقع اليه القاضي باطلاق رجل لم يغلط فيه ولم يخرج سواء ، ويكون صادق اللهجة ليعرف منه أحوال المحبسين وأمراضهم ومآكلهم ومشاربهم ومن يتردد اليهم •

٣٨٤ - 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 - ولا أكلف الطالب السكون معه في الحبس •

٣٨٦ - ويكون للنساء حبس على حدة ، وتكون عليه امرأة حافظة برزء أمينة عارفة بأحوال النساء وما يحتجن اليه ، كما اعتبرناه في الرجل اذا كان حافظا •

٣٨٧ - وينبغي أن ينهي السجن كل يوم أحوال المحبسين الى القاضي ، وما يجرى في الحبس •

٣٨٨ - واذا قد ذكرنا صفة السجن وحافظ الحبس فلنذكر صفة بواب القاضي •

باب ذكر بواب القاضي

وهذا باب ذكر بواب القاضي •

٣٨٩ - اعلم أن القاضي يجوز أن يتخذ بوابا كما يجوز أن يتخذ حاجبا

٣٩٠ - وينبغي أن يكون البواب شيخا ورعا صالحا متدينا ، له عفة ، وله كفاية ، ولا يكون فقيرا معترا شرها يحجب عن القاضي الخصوم ، ويدخل من لا يريد القاضي ادخاله ، ويمنع من يريد القاضي دخوله ، فهو لمراعاة الاحوال أولى ولتفقد طرائقه أخرى •

٣٩١ - ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفايته ، وكذلك سائر أعوان القاضي حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه ، وهم كالقاضي في ذلك لأنهم في مصالح المسلمين ، فكما لا يجوز للقاضي أن يأخذ من أحد الخصوم شيئا فكذلك أعوانه •

نقد بواب قاضي القضاة ومحضره

٣٩٢ - وهذه صفات انما ترد في الكتب وتذكر في الالسنه ، فاما أن يكون لهذه الصفات وجود فهذا أمر كالمأبوس منه اليوم ، لان الامر يجرى اليوم في أعوان الحكم على خلاف ذلك ، فقد رأيت بواب شيخنا قاضي القضاة رحمه الله وسائر المحضرين والوكلاء يأخذون الاجر على الاحضار والفتاوى والوكالات ويوافقون على الاجر في المحاكمات •

٣٩٣ - وسنذكر في كتاب الوكالة من هذا الكتاب ما يجوز للوكيل أخذ الاجرة عنه ، وما لا يجوز ، وما يؤخذ من الموكل من الاجرة وما يؤخذ^(١) من الموكل عليه فيطلب هناك لتجده في موضعه ان شاء الله •

باب ذكر الجلواز بين يديه وفي مجلسه

٣٩٤ - اعلم ان الجلواز^(٢) هو الذي يقوم على رأس القاضي ويدعو بين يديه اذا ركب ويقيم الخصوم اذا انتهت الخصومة •

٣٩٥ - وقد ذكر الخفاف أن شريحا كان على رأسه شرطي بيده سوط •

٣٩٦ - وذكر عمرو بن قيس قال :

رأيت رجلا قائما على رأس شريح ، وكان يقول للمخمين : ايكما المدعي

فليتكلم •

٣٩٧ - والجلواز يأخذ الرقاع بين يدي القاضي ويوصلها اليه ، ويحدد

(١) ما ورد بعد هذه الكلمة لا ذكر له في النسخة المعتمدة ولم يرد في

غير نسخة منيخ •

(٢) في لسان العرب في مادة جلز : الجلواز الثورور وقيل هو الشرطي ،

وجلوخته خفته بين يدي العامل في ذهابه ومجيئه والجمع الجلاوزة •

وفي مادة ثار : الثورور الجلواز وقد تقدم في حرف التاء انه الثورور بالتاء

من الفارسي •

وفي مادة تار : تار اتار اليه النظر أحده والثورور العون يكون مع السلطان

بلا رزق وقيل هو الجلواز ، وذهب الفارسي الى انه تفعلول من الاء وهو الدفع •

وانشد ابن السكيت :

تالله لولا خشية الأمير

وخشية الشرطي والثورور

قال : الثورور اتباع الشرط •

الناس عن القاضي اذا جلس للقضاء حتى لا يسمع أحد ما جرى للخصوم .
٣٩٨ - وان كان الجلواز ثقة فلا بأس أن يقف يسمع ، وبعده أولى ، لأن
الخصوم تكون في أمور ربما كانت شنيعة بين الرجال والنساء أو مضحكة فلا
يؤمن أن يؤدي ذلك الى ما يكره .

٣٩٩ - وقد شاهدت قاضيا^(١) على باب دار الخلافة المعظمة يقضي في دهليز
باب النوبة ، والخصوم قيام بين يديه ، وأمامه الشربة والعمامة والهدهاد^(٢)
يسمعون ما يجري ويستمعون على ذلك كما يجتمع العوام على خلق المشعوذين
والمسخرة ، ولا ينكر القاضي على أحد (و) منذ ثلاثين سنة وفوقها وشيخنا قاضي
القضاة رحمه الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجري فلا ينكر ذلك
على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعا مألوفاً يعتقد أن غيره لا يجوز .

جلواز قاضي القضاة

٤٠٠ - وكان له جلواز يمشي بين يديه ، ويدعو في الأسواق والطرق
اذا ركب فيقول :

- اللهم احرس سيدنا ، السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة ، وأدم له
ظل المواقف الشريفة .
ويذكر ما يجري هذا المجرى .

الركابية

٤٠١ - وبين يديه الركابية يقولون :

بروه بروه بروه^(٣) ! ويباعدون ويدفعون الناس عن الطريق يمينا وشمالا .
٤٠٢ - والذي قاله الفقهاء في كثرتهم غير الذي شاهدناه من جميع هذه
الاحوال كلها ، ولعل القانون تغير !

(١) في نسخة منيخ : (لا قاض واحد) .

(٢) في القاموس المحيط ان الهدهاد هو صاحب مسائل القاضي .

(٣) بروه كلمة فارسية معناها ابتعد واذهب وانصرف .

٤٠٣ - 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 - قال اصحابنا :

ويستحب للقاضى ان يبدأ بالنظر فى أمر المحبوسين وعددهم وفيما حبسوا والاولات 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 - ويسأل كل محبوس عن ذنبه ، وما حبس لأجله لانه لا يجب على الثاني أن يصدق الاول ولا السجن يعرف ما عندهم •

٤٠٦ - ويتقدم بالنداء فى البلد بأن القاضى يريد النظر فى المسجونين ، فمن كان له على رجل حق أو فى حبسه فليحضر الى القاضى فى الوقت الفلانى فيجمع بينهم وبين خصومهم •

٤٠٧ - فان ذكروا ما يجب به الحبس حبسهم ان طلب ذلك من له حق الحبس منه ، وان لم يطلب لم يحبس •

٤٠٨ - وان انكروا ان يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم الكشف^(١) عن كل واحد مع خصمه ولتعاد دعواه عليه ، فان اقر له بما يوجب الحبس حبس ، وان انكر ذلك طلب اليينة العادلة •

٤٠٩ - 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 محرقة على النحو الآتى : يلزمهم الكشف •

- ٤١٠ - وان عدم المدعى عليه البينة أو كانت غير أنها لم ترك عنده اطلق
المحبوس من الحبس واخذ منه كفيلا بنفسه .
- ٤١١ - ان عدلت البينة أو صدق الخصم او قامت بينة سواها عادلة رده الى
الحبس ، ان طلب الخصم ذلك (١) .
- ٤١٢ - 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
بينهما .
- ٤١٣ - فان لم يحضر احد يتأني في اطلاقه ولا يعجل لعل الخصم غائب
عنه ، ثم يأخذ منه كفيلا بنفسه ثم يطلقه .
- ٤١٤ - فان اقر المحبوس انه اقر لرجل بمال ذكره وذكر للرجل بينة
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 - ثم ينظر القاضى هل له خصم سواء ، فان لم يجد له خصما أطلقه
- ٤١٦ - وان لم يقف على حقيقة الحال اخذ منه كفيلا واطلقه ، وان اراد
المقر له اخراجه من الحبس بغير اخذ مال بل رفقا به تأني في ذلك خوفا ان
يكون محبوسا لغيره ثم يطلقه بعد أخذ الكفيل .
- ٤١٧ - وان كان لا يعرف القاضى الطالب ولا يعرفه الشهود ، 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 اياما
ثم يطلقه .
- ٤١٨ - فان قال المحبوس لا كفيل لي أو لا يجب على ذلك لاننى قد دفعت
ما على فمن اصحابنا من قال : يتأني القاضى فى ذلك نحو من شهر بعد النداء
ثم يطلقه ، ومنهم من قال هذا على حسب ما يراه القاضى ، ويشهد له الظاهر
وبراه مصلحة من غير حد .

(١) الى هنا تنتهى عبارة نسخة مينيخ .

٤١٩ - فان قال المجبوس :

انما حبسنى لانى اقررت بالزنا لاربعة مرات وانا محصن أو غير محصن أو اقررت 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 فممنهم من يقول أربع مجالس من مجالس القاضى ، ومنهم من قال أربع مجالس من مجالس المقر ، يذهب ويجيء فيقر على ما سنذكره فى كتاب الحدود ان شاء الله من اعتبار الأربع عندنا . وعند الشافعى ، ونذكر حكم الاقرار والشهادة على الحدود ان شاء الله ، فانه يقيم الحد عندنا فى الزنا .

٤٢٠ - 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 - فان أقر المجبوس بقطع طرف رجل عمدا ، أو حضر المقر له وطلب القصاص (اقتص) .

٤٢٢ - وكل حق يقر به المجبوس لغيره وهو حق صحيح عند القاضى يلزمه الحكم والخروج اليه وابتغائه منه فان القاضى الثانى يستوفيه منه ويأخذه به

٤٢٣ - 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 - وسنذكر ذلك فى الباب الذى ينقض فيه قضاء القاضى اذا قضى به ان شاء الله .

فصل

النظر في أمر الوقوف

٤٢٥ - فإذا فرغ من أمر المحسبين وقبض الديوان وما ذكرناه ، نظر بعد ذلك في أمر الوقوف •

٤٢٦ - وينبغي للقاضي بعد ذلك ان يأمر مناديه فينادى على بابه :
الا أن القاضي يقول لمن كان يتولى شيئاً من أموال الوقوف والائتام والودائع والامناء من قبل القاضي فلان الميت أو المعزول على مال صغير أو كبير محجور عليه او غائب او غير ذلك مما ينظر فيه القاضي فليتوجه اليها ، ولا يقصر أحد فيما أمر به من الحضور في البلد وليحضر ولا يتأخر الامن له عذر ، وليبلغ الشاهد الغائب •

٤٢٧ - فإذا حضروا عنده نظر في احوالهم ، وصحح ما بأيديهم ، فمن أحب ان يقره على نظره اقره ، وان رأى صرفه صرفه •
٤٢٨ - والمستحب له ان يجرى فيهم بسنة الاول ان كان حسن السيرة وأن لا يستبدل بهم ان كانوا نقاة ، بل يجريهم على ما هم عليه •

فصل

قبول قول القاضي المعزول

٤٢٩ - ويقبل قول القاضي المعزول ، ومن تحت يده المال فيما يقر به ويصرفه الى الوجه الذي يذكره القاضي ان كان تحت يده وان كان في يد غيره اعتبر تصديق ذلك الغير •

٤٣٠ - وإذا قال الامين دفعته الى القاضي المعزول ولا اعلم لمن هو ، فان القاضي الثاني يقبل قول الاول المعزول في المال ويسلمه الى من قال •

٤٣١ - وهذا حكم الاموال والعقارات والمعرض كلها لان هذا كله فى يد القاضى اذا اقر الامين انه هو الذى سلمه اليه .

فصل

اختلاف المعزول والذي بيده المال

٤٣٢ - قال اصحابنا :

اذا اختلف المعزول والذي 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 - 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 - وان كان المال فى يد الامين ، فقال الامين ما فى يدي لفلان بن فلان دفعه الى القاضى ، وقال انه له ، فقال القاضى بل هو لفلان لانسان آخر ، فان الامين يدفع المال الى الذى اقر له به ، ويفرم مثل ذلك للمذى ذكره له القاضى لانه اعترف بأنه اخذه من القاضى فعليه رده اليه ، لانه سلمه اليه بقوله واقراه انه له .

فصل

٤٣٥ - واذا قال القاضى المعزول : عند فلان عشرة الاف درهم لابن فلان اليتيم من ابيه فهى لليتيم اذا لم يدع ذلك باقى الورثة .

٤٣٦ - وان كذب باقى الورثة القاضى المعزول فللمال بينهم ، ولا يقبل قول القاضى ولا الامين على الورثة .

٤٣٧ - وكذلك الضياع والعروض .

٤٣٨ - ويستحلف الورثة لليتيم على ما يجب عليهم ، ولا تعرف فى ذلك خلافا .

٤٣٩ - 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 - وان كان القاضى قال هذا المال لليتيم ولم يقل انه حصة من الميراث فهو لليتيم ، وليس لباقى الورثة من ذلك شئ ولا خصومة بينهم وبين القاضى ، ولهم خصومة اليتيم بعد البلوغ .

فصل

٤٤١ - 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 الورقة .

٤٤٢ - وكذلك ان قامت بينة على حكم المعزول بذلك .

٤٤٣ - وان جحد الورثة ذلك ولا بينة استحلفوا على ذلك وردت فى الميراث .

٤٤٤ - وان قال القاضى : هذه هى صدقة ووقف وصدقه الامين ولم يزد على ذلك فهمي على ما قال ولا يكلف المعزول التفسير .

محاسبة الأمانة

- ٤٤٥ - وإذا حوسب الأمانة على ما في أيديهم من أموال اليتامى ، فمن كان القاضي أقامه قبل قوله فيما يقبل فيه قول الوصى •
- ٤٤٦ - ومن لم يقمه القاضي وصيا ، وإنما جعله قima في الضيعة وقابضا وان ينفق على اليتيم في كل شهر كذا قبل قوله فيما يدعى من النفقة على الضيعة اذا كان مثل ذلك ينفق في المدة ، وفيما صار في يده من (الأثمار) والأثمان •
- ٤٤٧ - وان اتهم أحد منهم استحلفه على ما نرى •

ادعاء الأمين الأجر

- ٤٤٨ - قال أصحابنا :
ولا يقبل قول الأمين ان القاضي المعزول فرض له أجرا على ذلك الا بينة (تشهد) أن المعزول فرض له ذلك •
- ٤٤٩ - وان كان قد أخذ من ذلك شيئا رده على اليتيم •
- ٤٥٠ - واذا لم يكن للأمين بينة على أن المعزول أقامه وصيا وقima لم يقبل قولهم ولزمهم رد ما ادعوا اتفاقه في العمارة وغيرها من المال •

فصل

- ٤٥١ - قال أصحابنا :
واذا أقر أحد الأمانة أن الضيعة التي في يده لليتيم ، وان في يده من دخلها كذا ولم يقل بعت ولا أنفقت شيئا ، فالقول قوله فيما أقر به ، وللقاضى المولى اخلافه ان رأى ذلك •

فصل

- ٤٥٢ - قال أصحابنا :

وإذا 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 - وان قالوا نخشى أن نقر لك فيلزمنا اقرارنا ، ولا بينة لنا على ما فعل
القاضى معنا وفعلنا والذي بأيدينا انما هو كذا وكذا لم يكن للقاضى أن يحملهم على
الافرار ، وينظر فى هذا بما هو الاصلح ، فمن كان معروفا بالامانة قبل قوله ،
وان كان مُدغلا^(١) طالبه بالتفسير^(٢) •

٤٥٤ - وله أن يستحلف الامين منهم على ما يرى •

٤٥٥ - قال الخصاف :

والقياس فى الامناء واحد : أن يقبل قولهم على ما فى أيديهم مع الايمان ،
وذاك ان من فى يده شيء فالقول قوله فيه •

فصل

٤٥٦ - وهذا حكم الامناء والقاضى اذا كان معزولا واذا كان ميتا ، فيستل
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 - 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 ، والداعلة الحقد المكتتم ، والقوم يلتمسون عيبك وخيانتك
ودغل فيه كمنع دخل دخول المريب والدغاؤل الدواهي بلا واحد وغلط فيه الجوهري
فقال الدواغل ، والدغيلة كسفينة الدغل • القاموس المحيط • مادة دغل •
(٢) رجع السمناني فى هذا الى ادب القاضى للخصاف •

الوصية ، وان كان فاسقا لم يقره على الوصية ، عند الشافعي ، لان الوصية ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية •

٤٥٨ - وعند أصحابنا يقر على الوصية اذا تاب ويصح ، كما يقر على الوكالة ، وكما يقر على التصرف في مال نفسه •

٤٥٩ - فان كان عدلا ضعيفا لا يقوم بها ضم اليه غيره ليتقوى به ، وهذا قولنا ، وقول الشافعي في الذي لا يضطلع بما وصي به •

٤٦٠ - قال الشافعي :

واذا أنفذ القاضي الوصية لم يسئل عن عدالته لان الظاهر أن القاضي الاول لم ينفذ الا وهو عدل •

٤٦١ - وهذا قولنا أيضا •

٤٦٢ - فان كان وصيا في تفرقة ثلثة ، فان كان لم يفرقه فالحكم في إقراره على الوجه الذي 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 - وهذا قولنا وهو أجد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والوجه الآخر 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 في الوكالة فيلزمه في الوصية وما فوق الا ما جعل اليه •

في الضوال

٤٦٤ - ثم ينظر بعد ذلك في أمر الضوال ، ومال من ليس بحاضر ، لانه لا حافظ من الناس ، فعليه حفظه والقيام به ، فهذا حكم هذه الاموال والنظر فيها •

٤٦٥ - وأما أحكام الخصوم والنظر في الدعاوى فقد أخرجنا ذلك الى المواضع

التي تستدعيها المسائل والكتب وهناك تذكر كيفية أخذ الرقاع^(١) وتقديم بعض الخصوم على بعض وترتيب القاضي والخصوم والشهود والولاء لأن ذكره في موضعه أليق ، وإن كان الطحاوي والخصاف وغيرهما قد ذكروا هذه الأبواب المؤخرة في أوائل كتبهم ، ولم يرتبوا الكلام فيها على ما رتبناه نحن .

٤٦٦ - وإذا قد ذكرنا ما يتبدأ به من النظر وكان له أن ينظر في ذلك بنفسه ، وله أن ينظر في ذلك بغيره وجب ذكر أحوال النيابة عنه .

باب النيابة في القضاء

٤٦٧ - وهذا باب يذكر فيه حالة النيابة عنه وما قيل في ذلك .

٤٦٨ - اعلم أن أصحابنا قالوا لا يجوز أن يستخلف رجلا يحكم بين الناس ، إلا أن يكون الإمام الذي ولاء قد جعل إليه ذلك ونص عليه فيجوز ذلك وإن نها ، لم يجوز له أن يستخلف أحدا .

٤٦٩ - وهو عندنا بين أن يطلق القول ولا يقيد ويين أن يسكت عن ذكر النيابة ، في أنه لا يجوز له أن يستتب لانه نائب عنه فيتبع أمره ونهيه .

٤٧٠ - وقال أصحاب الشافعي : إذا لم يأذن له وله ينهيه نظرت فإن كان ما قلده يقدر أن ينظر فيه بنفسه وفيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يجوز أن يستخلف لانه ينظر في المصالح فجاز أن ينظر بنفسه وبغيره .

والثاني قالوا وهو المذهب أنه لا يجوز له ، لأن الذي ولاء لم يرض بنظر غيره .

(١) الرقاع جمع رقعة أي عريضة الدعوى وصكوك الدين جاء في لسان العرب الرقعة واحدة الرقاع التي تكتب .

(١) في مجمع الأنهر (لا يستخلف قاض) على القضاء ولا يتنفذ قضاء خليفته ولو مريضاً ، وقال الطحاوي انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتباراً بالحكم (ج ١ ص ١٦٠ منس) ومن هذا يفهم أن في المذهب الحنفي قولاً متأخراً أجاز النيابة .

٤٧١ - وان كان ما ولاء لا يقدر أن ينظر فيه بنفسه لكثرة جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لان تقليده لما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه ، كما أن وكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه اذن له في استنابة غيره .

٤٧٢ - وهل له ان يستخلف فيما يقدر عليه أن ينظر فيه بنفسه ؟ فيه وجهان : احدهما ان له ذلك لانه من جاز ان يستخلف في البعض جاز ان يستخلف في الجميع كالامام . والثاني لا يجوز ، لانه لما أجاز له ان يستخلف فيما لا يقدر عليه للعجز فوجب ان يكون مقصورا على ما عجز عنه .

تقييد القاضي بسماع الأدلة والبيانات

٤٧٣ - قال أصحابنا :

ولو استخلف رجلا ففضى 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^(١) ولا يقطع حكما فذلك على ما جعله لا يتجاوز ، ثم يرفعه الى القاضي فيكون هو الحاكم بما يصح عنده من ذلك .

٤٧٤ - وللقاضى أن يفعل مثل ذلك اذا جعل اليه الاستخلاف .

٤٧٥ - وقد كان شيخنا قاضى القضاة رحمه الله لا يجعل الى القضاة سماع بينة ولا حكم ويطلبونه بما يثبت ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو بالشهادة عنده (فيما)^(٢) جرى ، وكذلك قضاة السواد ، وكان يفعل معهم ذلك وكان يشهد

(١) فى المخطوطة المعتمدة ويثبت الاقرار .

(٢) زيادة يقتضيها سياق الكلام .

عند خلفاءه بالاستفاضة وعند المعدلين ثم يتقدم بفصل الحكم اليهم أو الشهادة عنده
بما جرى ثم يتوسط الحال على الخصوم •

٤٧٦- قال أصحابنا :

وان كان الشهود عند خليفته قد غابوا أو ماتوا ، فأعلمه خليفته بحالهم
لم يقبل ذلك ، ولم يحكم حتى يعيدوا الشهادة إذا لم يجعل لهم بت الحكم •
٤٧٧- وكذلك الاقرار اذا غاب المدعى عليه أو جحد الاقرار لم يقبل من
خليفته انه أقر عنده الا أن يأتي معه من يشهد بذلك فيقبل القاضي ذلك على
سبيل الشهادة •

شروط الاستخلاف

٤٧٨- واذا جعل الامام له أن يستخلف في القضاء فله أن يستخلف
كل من يجوز للامام أن يستقضيه ، ولا يجوز له أن يستخلف في القضاء من
لايجوز أن يكون قاضيا •

٤٧٩- وقد ذكر ابن الاصبغ^(١) في شروطه وكان صاحباً 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 آبيه ولا من لاتجوز شهادته له عند أبي حنيفة •

٤٨٠- وقال الطحاوي في ادب الحكام الصغير له : « وله ان يستعمل
أباه واخاه وجميع ذوى أرحامه ، اذا كانوا عنده ثقة فيما أسنده اليهم ، ويحتاج
في جميع من يستعمله ممن يكون أحوط عليه وأعود بصلاحه فيما حمله
واكتسبه من الثواب وسلمه من التبعات في الدنيا والآخرة» •

٤٨١- وقال الشافعي :

« وله ان أراد أن يستخلف في عمله والده أو ولده جاز ، لانهما يجريان

(١) في نسخة مينيخ : الاصبغ •

مجري نفسه ، ثم يجوز أن يحكم في أعماله فجاز أن يستخلفهم في الحكم
في ذلك ، •

٤٨٢ - قال :

وإذا فوض الامام الى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده ولا
ولده لانه لايجوز له أن يختار نفسه •

وهذا قونا أيضا في الاختيار •

٤٨٣- وإن صير له الامام أن يختار ولده أو والده جاز ذلك بالاتفاق •

٤٨٤- وإذا قد ذكرنا جواز النيابة عنه فهل يجوز أن يقف الحكم على

اجازته أم لا ؟

باب وقوف الحكم على إجازته

٤٨٥- 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 القاضي أن يستخلف فاستخلف
رجلا فحكم لم يجز ذلك الحكم ، فان أجازة القاضي وانفذه جاز اذا كان الحاكم
به ، ممن لو كان حاكما نفذ حكمه ، وإن كان ممن لايجوز حكمه لم يجز
بأجازته وكان باطلا وجعلوا ذلك كسائر العقود الموقوفة على الاجازة •

العقد الموقوف

٤٨٦ - وقالوا : كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ اذا تأخر عنه الاذن انعقد

موقوفا على من له حق العقد •

٤٨٧- فجعل القضاء مثل ذلك ، واعتبروا صفة الحاكم كما اعتبروا صفة

العائد أن يكون من أهل العقد والمعقود له من أهل العقد والمحل قابلا للعقد •

٤٨٨- 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 ، ووقف احكاما كثيرة على الصلح من المدعين •

٤٨٩- وسنذكر في النكاح والموت ما قال من ذلك ان شاء الله •

٤٩٠- واذا قد ذكرنا جواز ولاية القاضي ، وما يصح به وما لايجوز له ان يستخلف فيه ، وجب أن يذكر ما يبطل ولايته •

تصرف القاضي بعد الفسق باب ما يبطل ولاية القاضي والإمام

٤٩١- اعلم ان القاضي يتصرف بأذن الامام كما يتصرف الوكيل بأذن الموكل ، فله أن يبطل ولايته فيما ولاه ، وهذا قول أصحابنا ان للامام عزل القاضي عن القضاء كما للموكل عزل الوكيل •

٤٩٢- وقال أصحاب الشافعي :

ليس للامام أن يعزل (القاضي) عن القضاء ، ولا ينزل بعزله ، وانما ينزل اذا فسق وخرج عن الصفة التي يصلح أن يكون قاضيا •

٤٩٣- وقال الفريقان : اذا فسق بطلت ولايته بالفسق ، وكذلك الامام تبطل امامته (١) •

٤٩٤- وقال القدوري رحمه الله في خلافه ان من أصحابنا من قال : تصرف القاضي بعد الفسق جائز حتى يخرج الامام من القضاء ، حكاه عن بعض أصحابنا •

(١) من هذا يتبين ان قواعد الدستور الاسلامي مبنية لا على المصلحة وحدها ولكن على مكارم الاخلاق ايضا ولذا كان الفسق سببا لبطلان الامامة والقضاء •

بطلان الولاية بطرؤ العمى

نقد القول بصحة تصرف القاضي بعد فسقه

٤٩٥- ولو جاز أن يبقى مع الفسق على القضاء لجاز أن يولي الفاسق ابتداء مع العلم بفسقه وقد اجمعوا على أنه لا يجوز أن يولي فاسق لا يؤمن فعله ولا قوله ولا حكمه وإذا لم تجز شهادة الشاهد مع الفسق فكيف يجوز حكم الحاكم مع الفسق؟

٤٩٦- وتبطل ولاية الامام والقاضي اذا عمى لانه لا يصح له معرفة ما يحتاج الى نظره فهو كزوال العقل *

٤٩٧- وهذا قول أبي حنيفة ومحمد في الشهادة أيضا انه تبطل شهادته

اذا عمى *

٤٩٨- ومن أجاز شهادة الاعمى يلزمه جواز قضائه وان يكون لا يبطل

قضائه ، وهذا قول شريح والشعبي والزهري والقاسم بن محمد ويحيى بن سعد ، وهو قول أبي يوسف وابن أبي ليلى في الشهادة *

٤٩٩- ويبطل ولاية الجميع زوال العقل لانه يمنع التكليف، فيمنع الولاية.

بطلان الولاية بالنسيان

٥٠٠- وكذلك يبطل ولايته نسيانه العلم على قول من جعل ذلك شرطا

في الصحة *

ردة القاضي والإمام

٥٠١- وتبطل ولاية القاضي والامام اذا ارتدا عن الدين لان ردتها توجب

زوال ملكهما عن مالهما ويحل دمهما *

عزل نفسه

٥٠٢- وتبطل ولايته اذا عزل نفسه هو عن القضاء وكذلك الامام ، كما

تبطل الوكالة اذا عزل الوكيل *

بطلان ولايته باستحقاق رقبته

- ٥٠٣- وتبطل ولايته باستحقاق رقبته لغيره لأن المملوك لا يملك الولاية وان ملك ، وليس من حيث جاز أن يكون العبد وكيلا يجوز أن يكون قاضيا ، لأن الكافر يجوز أن يكون وكيلا ولا يجوز أن يكون قاضيا •
وسندكر في الشهادات حكم شهادة العبد ان شاء الله •

سقوط ولاية الإمام بأسره

- ٥٠٤- واذا أسر الامام وحصل في دار الحرب وتعذر على الناس الوصول الى اذنه جاز لهم نصب غيره ، وسقط عنهم حكم ولايته •
٥٠٥- وقد بينا مايتفق فيه الامام والقاضي ويفترقان من الصفات فسي باب متقدم فلا معنى لذكره ههنا •

طرؤ الخرس

- ٥٠٦- وتبطل ولايته بالخرس الذي لايتبقى معه كلام ، ولا يقضى بالاشارة ومن أجاز شهادة الاخرس يلزمه جواز قضاءه •

القاعدة فيما يطرؤ على القاضي من الأحوال

- ٥٠٧- واتفق أصحابنا ان كل صفة لو كان عليها لم يصح أن يتولى الحكم اذا صار اليها يبطل حكمه فيما يستقبل •
٥٠٨- وكذلك الشهادة وهذا كالجنون والخرس وزوال العقل والفسق •
٥٠٩- واختلفوا في العمى فأجاز أبو يوسف في الشهادة ماشهده وهو بصير أن يشهد به وهو أعمى ، او حمله غيره الشهادة وهو كذلك انه يجوز له أن يشهد شاهد الفرع بها وهو أعمى •

موت الشاهد والقاضي

- ٥١٠- واتفقوا على أنه اذا مات لا تبطل شهادته التي شهد بها ، وكذلك حكمه الذي حكم به .
- ٥١١- وقد ذكرنا حكم موت القاضي فلنذكر ما يترتب عليه .

باب موت القاضي

وهذا باب موت القاضي والإمام

- ٥١٢- اعلم ان أصحابنا قالوا :
اذا مات الخليفة أو خلع ، وله قضاء قد ولاهم ، فأنهم على ما كانوا عليه نافذة أحكامهم ماضية قضايهم ، لان القضاء قوام المسلمين واعوان الدين ، وهو عقد ماض على المسلمين فلا يبطل بموت من عقدة ، كما ان الامامة لا تبطل بموت أهل الحل والعقد .
- فحكم القاضي في الولاية حكم أهل الحل والعقد . وكما لا تبطل ولاية الإمام بموت من ولاه فكذلك لا تبطل ولاية القاضي اذا مات من ولاه ، وكذلك قاضي القضاء اذا مات لا تبطل ولاية قضائه بموته ، كما لا تبطل ولايته بموت الخليفة الذي ولاه .
- ٥١٣- ولا اعرف في هذا خلافا بين العلماء لان العلماء على قولين : منهم من قال ليس للخليفة أن يعزله بعد ولايته بقوله ، ومنهم من قال له ذلك وهم أصحابنا .
- وفي الموت نصوا على أنه لا تبطل ولايته .

- ٥١٤- وسمعت شيخنا قاضي القضاء رحمه الله يقول :
- في الناس من يقول تبطل ولايته بموت الخليفة ، . ولم أر ذلك في كتاب فأحكيه وليس من حيث بطلت الوكالة بموت الموكل ينبغي أن تبطل

ولاية القاضي ، لان الوكالة ان بطلت بالموت لانها مستفادة بالأذن ، فالوصية تصح بعد الموت بالأذن ، والقضاء بالوصية أشبه منه بالوكالة •
٥١٥- واذا قد ذكرنا موت القاضي فلنذكر حكم العزل له •

باب عزل القاضي وخلع الإمام

وهذا باب عزل القاضي وخلع الإمام •
٥١٦- اعلم ان حكم قضاة الامام بعد خلعه حكمهم بعد موته نافذة احكامهم جائزة قضايهم •

متى يخلع الإمام

٥١٧- والامام انما يخلع اذا ارتكب من الامور مالا يجوز أن يتدىء 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 وتمرّد واحتوى على الاموال وجب على أهل الدين وعلى المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به ، وبهذا جرت عادة المسلمين فيمن خرج عن الطريقة ولم يستقم بهم في السيرة •

متى يمتنع خلع الإمام

٥١٨- ولا يجوز خلعه بغير ذنب ، ولا الاستبدال به من غير جرم لانه الحافظ الامين ، فالخروج عليه بغير سبب كالمخالفة للرسول صلى الله عليه وسلم والخروج عليه •

الفرق بين عزل القاضي وعزل الإمام

٥١٩- فان قيل : قد قلتم ان للامام عزل القاضي 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 ما بينهما •

أقضية القاضي قبل عزله

٥٢٠- واذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياه ماضية ، حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك ، فحينئذ لا ينفذ له حكم فى المستقبل •

تصرفات الوكيل قبل العزل

٥٢١- وكذلك قال أصحابنا فى الوكيل هو على وكالته وتصرفه جائز الى أن يرد عزله اليه أو يشافهه بذلك الموكل •

متى يعزل الوكيل نفسه

٥٢٢- وكذلك الوكيل ليس له عزل نفسه بغير علم الموكل •
٥٢٣- وقد خالفنا الشافعي فى الفصلين جميعا وقال لكل واحد منهما أن يعزل هذا العزل الوكيل ، والوكيل يعزل نفسه ، وقال فى عزل القاضي بخلاف ذلك أنه لا يملك الامام عزله •

فصل

ما يدعى على القاضي بعد العزل

٥٢٤- واذا قد ذكرنا جواز عزل القاضي ، وجب أن نذكر ما يدعى عليه بعد العزل •

٥٢٥- قال أصحابنا :

وإذا ادعى رجل على القاضى المزعول انه قتل ابنه وهو قاض ، أو اخذ ماله ، أو أرضه ، أو مافي يده ، أو شيئا ذكره من العقود والطلاق والعناق ، وانك فعلت بي ذلك ظلما وتعديا فقال القاضى :

قامت عليك البينة عندي بما فعلت ، أو اقررت بذلك لمن حكمت له بما حكمت ، فالقول قول القاضى المزعول ، ولا يمين عليه فى ذلك كائنا ماكان ذلك ، ولا تقبل بينة يقيمها على ذلك .

٥٢٦- ولو قال الطالب للمزعول :

- ما أقر ابني عندك ، ولا قامت عليه بينة انه فعل مايجب به القود ، وحضر الرجل الذى ذكر المزعول انه قضى له بالقود والحق وكذب القاضى فى ذلك ، وقال لم يقر لي عندك ، ولا قامت بينة بذلك ، فالقول قول المزعول فى ذلك ، ولا يسئل عليه اذا كان المدعى يقر أنه فعل ذلك وهو قاض .

٥٢٧- وكذلك سائر الحقوق اذا كانت مستهلكة ليست بقائمة .

٥٢٨- وان كانت دارا أو عقارا فقال المدعى :

- اخرج هذا القاضى من يدى هذا الشيء ودفعه الى هذا ظلما فقال القاضى : كانت عليك بينة أو اقرار فلا شيء على القاضى فى ذلك .

٥٢٩- واما ما هو فى يده فان صدق القاضى أنه حكم له بهذا الشيء لم يقبل قوله ، ولا قول المزعول ودفع الى الطالب ، الا أن يقدم بينة انه قضى به « هو قاض » .

٥٣٠- وهذا حكم كل شيء قائم فى الحال .

٥٣١- وان قال الذى فى يده الشيء :

هذا لي ، وما حكم به هذا أبدا لي ، فالقول قول من فى يديه الشيء ، ولا يقبل قول الخصم ولا القاضى فى ذلك .
ولا ضمان على القاضى لانه يقول حكمت بالحق اللازم ، فلا شيء عليه .

- ٥٣٢- وكل موضع اعترف الذى فى يديه الشيء انه اخذه بالحكم فإنه يرد على الطالب ألا ان يقيم بنية على الحكم .
- ٥٣٣- وان كان الشيء مستهلكا فالقول قول الذى هلك فى يديه ، وقول القاضى المعزول ، ولا ضمان على واحد منهما .
- ٥٣٤- وانما لم يقبل اقرار القاضى بعد العزل لانه لا يملك انشاء الحكم بذلك فلا يملك الاقرار اذا كان قائما ، وليس عن أصحابنا نص أن يكون فى ذلك بمنزلة الشاهد ، الا ما حكيناه فى خليفته الذى لم يجعل له استخلافه ، انه لا يقبل منه الا أن يأتي معه من يشهد بذلك ، فيقبل قوله مثله ؟
- ٥٣٥- واختلف أصحاب الشافعي فى ذلك :
- هل يكون بمنزلة الشاهد ؟ على وجهين :
- أحدهما يكون بمنزلة الشاهد ، لانه ليس فيه أكثر من أن يشهد على فعل نفسه ، وهذا لا يوجب رد شهادته ، كما اذا قالت المرأة : ارضعت هذا الفتى ، وهذا قول الاصطخري .
- والثاني أنه لا يكون شاهدا فيه لان شهادته لنفسه بالحكم تثبت له العدالة وهذا ينبغي أن يكون قولنا .

فصل

كتب المعزول تصل بعد العزل

- ٥٣٦- وما كتبه قبل العزل من الكتب الحكيمية فوصل الى المكتوب اليه بعد العزل ، لم يقبله ، ولم يحكم به ، وهو بمنزلة الكاتب اذا مات لم تقبل كتابته .
- ٥٣٧- وقال الشافعي تقبل ، كما تقبل اذا مات .

فصل

التظلم من القاضي المعزول

- ٥٣٨- واذا تظلم من المعزول متظلم ، وسأل القاضى المولى احضاره لم

يحضره حتى يسأله عما بينهما ، لانه ربما تقصد أن يقدمه ليحلف من غير حق .
٥٣٩- وان قال :

لي عليه مال من معاملة أو غصب أو اتلاف أو رشوة اخذها مني على حكمه
أحضره ، وهذا أيضا قولنا في الدعوى عليه .
٥٤٠- قالوا :

وان قال : حكم على رجل بشهادة عشرين أو فاسقين ففيه وجهان : أحدهما
انه يحضره كما يحضره اذا ادعى عليه مالا ، والثاني لا يحضره حتى يقيم عليه
بينة بما يدعيه ، لانه لا تتعذر اقامة البينة .
٥٤١- فان احضره فقال :

ما حكمت عليه الا بشهادة حرين مسلمين فالقول قوله لانه أمين ، ولا يمين
عليه عندنا ، وقال بعض أصحاب الشافعي عليه اليمين كالمدعى اذا ادعى عليه
بجناية .

فصل

الادعاء على القاضي بالجور في الحكم

٥٤٢- واذا ادعى عليه أنه حكم بجور نظرت في ذلك : فان كان مما يسوغ
فيه الاجتهاد أمضاه ، وان كان لايسوغ فيه الاجتهاد ابطله ، كما يبطل حكم
نفسه اذا رده الاجماع .

٥٤٣- وهذا قول الشافعي أيضا في هذا الفصل .

فصل

الادعاء بأن القاضي أخطأ في حكمه

٥٤٤- واذا ادعى عليه الخطأ في حكمه فهو يترتب على خطأ القاضي اذا
كان قاضيا قبل العزل .

(٥) ما بين قوسين من نسخة منيخ .

٥٤٥- وخطأ القاضي على وجهين :

أولهما^(١) ماهو من حقوق الله تعالى كالأحدود فهو في بيت المال •
والثاني حق العباد فذلك راجع على من حكم له به ، يغرم ذلك المقتضى له ، ولا شيء على القاضي فيه كالقتل والمال إذا 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 عيب ، 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

إقرار القاضي المعزول بتعمد الجور

٥٤٦- وإذا أقر المعزول انه فعل ذلك عمدا ، وانه جار وقضى بما لا يلزم لزمه ذلك في ماله ، وزالت عدالته •

٥٤٧- ويعزل ان كان واليا ويؤدب مع الضمان وان كان معزولا •
هذا قول أصحابنا جميعا •

٥٤٨- 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 ما قضى ولا فرق بين أن يكون معزولا أو قال ذلك وهو قاض •

٥٤٩- وكذلك قالوا : لا يقبل قول الشهود انهم شهدوا بباطل اذا كان الحكم قد نفذ ومضى •
وسنذكر في الشهادات من ذلك ما يجب •

(١) في المخطوطة المعتمدة : منهما وما ذكرناه من نسخة قليج •

(٢) كذا سياق الكلام • وفي النسخة المعتمدة : المرأة •

٥٥٠- واذا قد ذكرنا حكم الولاية والعزل فلنذكر حكم معاملة القاضي .

باب معاملة القاضي

وهذا باب معاملة القاضي للناس في ماله ومال من يلي عليه :

٥٥١- قال الطحاوي رحمه الله في أدب الحكام :

الحاكم أجير المسلمين^(١) فلا ينبغي له أن يتشاغل بمتجر يقطعه عن النظر في أمورهم ، فإن نظر في متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عما أسند إليه جاز .

٥٥٢- قال أصحابنا :

- ولا يكره له الشراء والبيع بنفسه لان النبي عليه السلام باع واشترى ، وكذلك الائمة الاربعة باعوا واشتروا ، وفعلهم حجة واتباعهم سنة .

٥٥٣- وقال الشافعي : يكره له البيع والشراء بنفسه .

٥٥٤- وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عن طريق ابي الاسود الدؤلي^(٢)

(١) يلاحظ ان الفقه الاسلامي يصدر عن اعتبار المسلمين أو الجماعة « 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 الذي يرى أن « الجماعة » هي صاحبة السلطان والحكم أجرا ينوبون عن الجماعة فيما يضطربون بالقيام به من الاعمال ولقد كان اعتبار الامة مصدرا للسلطة ومن في أيديهم مقاليد الحكم أجرا لها ، ونوابا عنها ، من الافكار السائدة في تاريخ الفكر الاسلامي ، وعن هذا التصوير صدر المعري في نقله امراء عصره في قوله :

مل المقام فكم أعاشر أمة أمرت بغير صلاحها أمراؤها
ظلموا الرعية واستجازوا كيدها وعدوا مصالحها وهم أجراؤها

(١) ترجم له في ديوان الحماسة لابي تمام حبيب بن اوس الطائي شرح العلامة التبريزي (ج ٤ ص ١٢٧) وقد جاء في الترجمة ان اسمه ظالم بن عمرو ابن سفيان أحد بني الدليل بن بكر بن عبد مناة ، وكان أبو الاسود مزوجه التابعين وفقهاءهم 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) •

٥٥٥- وذكر عن شريح أنه قال :

شرط على عمر رحمه الله حين ولائى القضاء أن لا أبيع ولا ابتاع ولا
أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان •
ولأنه يحابى •

٥٥٦- فإن احتاج الى ذلك وكل وكيلا ينوب عنه ، ولا يكون معروفا ،
فأن عرف استبدل به من لا يعرف ، فإن لم يجد تولى بنفسه ، لأنه لا بد له منه •
٥٥٧- فإذا وقعت لمن يبايعه حكومة^(١) استخلف من يحكم بينه وبين
خصمه لأنه لا يؤمن أن يميل معه •

٥٥٨- ولو كان ما قالوه يقوى عند الله ويلزمه بين الناس لما كان اولى بأن
يفعل ذلك الا ائمة العدل ، والعدالة والامانة يمتنعان الميل وهما رأس مال القاضى
فإذا لم يوجد لم يصح القضاء ، ولو كره ذلك للقاضى لكره للشاهد ، ولنع قول
الشهادة ، وهذا لا يجوز •

وقد قال تعالى : (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) •

فصل

الإشراف على كتابه وأصحاب مسائله

٥٥٩- وينبغي للقاضى أن يشرف على كتابه وأصحاب مسائله وأمنائه ،

عمر وعثمان (ر) وكان هو الاصل فى بناء النحو وعقد أصوله برأى من عالى (ر) ومن
أظرف ما ترجم له ترجمة للجاحظ نقلها التبريزى المذكور فى شرحه هذا جاء فيها
كان أبو الاسود معدودا فى طبقات من الناس وهو فيها كلها مقدم ومأثور عنه
الفضل فى جميعها ، كان معدودا فى التابعين والفقهاء والمحدثين والشعراء والاشراف
والفرسان والامراء والدهاة والنحويين والحاضرى الجواب والشيعة والبخلاء
والصلح الاشراف ! كان بينه وبين عدى بن حاتم الطائى مهاجرة وملاحاة ما كان
ينبغي لمشلها على جلالتها وعلو شأنها ان يقعا فيها • وروى له أبو تمام فى
حماسه بيتين شبيب فيهما بعجوز كبرد يمانى تقادم عهده ولم تبل جدة رقعة
فى العين واليد •

(١) حكومة ههنا بمعنى خصومة وفى 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 ، ويقصد في أمر الرزق على من يستعمله على مال يтим أو وقف .
٥٦٠- وما كان من مال يтим في يد وصيه ، وهو أمين عليه قيم به فأمره اليه .

٥٦١- وان لم يكن له وصي اختار له وصيا من قرابته ممن يوثق به ، فان لم يكن فمن الجيران ، فان لم يكن في الجيران من يصلح لذلك فمن غيرهم فيجعله وصيا ، ويفرض له رزقا ويشهد له بذلك ويصير كالوصي ، يجوز له مايجوز للوصي .
٥٦٢- وان لم يجعله وصيا بل حافظا لماله ولدخله ونفقته وخرجه لم يجز له الا ما جعله اليه من ذلك .

فصل

إقراض أموال الأيتام بشرط قيام المقرض بمؤونة الصبي

٥٦٣- وللقاضي أن يقرض أموال الأيتام على الثقات ويكتب عليهم بذلك فهو أحوط من الودائع وآمن العواقب .
٥٦٤- ويتفقد احوال من يقرضه ذلك في كل مدة فان وقف على تغير حال أبدل به سواء من الموسرين من الثقات لانه قد يصير معسرا بعد اليسار .
٥٦٥- ويفعل في ذلك مايرى انه أحوط واصلاح لليتيم .
٥٦٦- وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يودع ذلك عند الامناء ويجرى على الأيتام ويسع عليهم حتى يأكلوا ذلك .
٥٦٧- وربما اعطي في بعض الاحوال من يتجر للصبي .
٥٦٨- وكان في بعضها يكتب المال على من يسلمه اليه ويكلفه مؤنة الصبي من عنده وهذا أحوط اذا كان المدفوع اليه ثقة .
٥٦٩- وقد روى عن النبي (ص) انه قال اسعوا في أموال اليتامى لا تأكلها النفقة ، ودفعت عائشة رضي الله عنها مال أيتام الى مولاهما اسلم تجارة .

فصل

تعيين أيام للقضاء

٥٧٠- وللقاضي أن يخص نفسه بزمان يصرفه في مصالحه وحوائجه والنظر في أهله وخلوته ، ويعين للقضاء يوما يكون قد صرف اليه وسعه ويحضر فيه الناس ويعرفونه به ، فيقصد في ذلك اليوم وليس عليه صرف زمانه اجمع الى القضاء .

قضاء الرباع^(١)

٥٧١- وكل ربع له قاض يقضى فيه ، وعلى بابه من يقضى في الفرض والدين .

يوم مجلس الدامغاني

٥٧٢- وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يوم مجلسه الثلاثاء فيحضره الشهود والوكلاء والخصوم ويستغرق اليوم جميعه في المحاضر والسجلات وقراءة الكتب ، فلما صارت شهوده من التجار والمتعشين في البيع والشراء جعل مجلسه في يوم السبت .

٥٧٣- وكان يجلس طرفي النهار فيدخل عليه الناس ، وربما وصل الدرس ، وأكثر الاحوال لا يصله لاسيما بعد توليه القضاء .

تعليقه الخلاف على الدامغاني

٥٧٤- وما عرفت أحدا من جماعة اصحابه علق عليه تعليقه كاملة من أول الفقه الى آخره لا في الخلاف ولا في المذهب ، وقد علق كل انسان غير ماعلق الآخر ، ولعله اذا جمع يكمل الخلاف ، وما أظنه يكمل لاحد من الناس .

فصل

عبادة القاضي المريض... إلخ

٥٧٥- قال أصحابنا وللقاضي أن يعود المريض ويشهد الجنازة ، ويجب 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 محلثهم والربع جماعة الناس . ويستفاد من عبارة السميناني 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 في الحال لم يقبل الهدية ، وان لم تكن له حاجة نظر : فان كان ما اهدى له أزيد مما جرت به العادة أو ارفع لم يجز له قبولها لان الزيادة بالولاية ، وان كانت مثل الاول جاز له قبولها •
- ٥٧٧- (و) قال بعض اصحابه : الاولى أن لا يقبل (اذ) يجوز ان تكون له حكومة منتظرة في 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 في ذلك ميلا وترك العدل •
- ٥٨٠- فان 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- وسندكر في ابواب المدعى من يجوز له أن يعدى عليه ومن لا يجوز ومن يجوز أن يقضى له ومن لا يجوز ، وما يحله قضاؤه لغيره وما لا يحله قضاؤه وحكم القضاء له وعليه ، وعلى من يتعلق به من الناس ، فهذه الابواب يقع الكلام فيها في القاضى ، وما يتعلق به من المسائل والشروط •
- ٥٨٢- واما الكلام في المضى له وهو المدعى عليه وما يتعلق به من الابواب والنصول فأول ذلك :

ذكر المدعي والصفة التي يكون عليها

٥٨٣- اعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه^(١) .

٥٨٤- وهذا كلام : يجب أن يعرف من المدعى ليعمل ببينته ، والمدعى عليه ليعمل على يمينه .

٥٨٥-والذى قاله شيخنا قاضى القضاة رحمه الله فى شرح كتاب الدعوى من مختصر الحاكم مما علقناه عنه ودرسناه عليه فذكر الدعوى وذكر بعدها المدعى ، وهذا أصح ، لان المدعى من له دعوى^(٢) ، فقال :

تعريف الدعوى

٥٨٦- الدعوى عبارة عن قول يقصد به اثبات شىء عار عن برهان .

ومتى كان فيها حجة أو برهان لم تكن^(٣) دعوى .

٥٨٧- 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 حده فى اللغة .

٥٨٨- واختلف أصحابنا فيه هل يعتبر بالشرع أم لا ؟

(١) ورد هذا الحديث فى كتاب الآثار لابى يوسف فى الرقم ٧٣٨ وأخذ به محمد بن الحسن الشيبانى وهو قول أبى حنيفة .

(٢) ادعى كذا زعم أن له حقا أو باطلا ، والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران « القاموس المحيط » .

(٣) فى نسخة مينخ : لم تكن له .

(٤) فى نسخة مينخ : للنبي صلى الله عليه وسلم . وهذا وهم من الناسخ لان قصد المؤلف مطلق النبي .

- ٥٨٩- فكان أبو سعيد البردعي^(١) يقول هو على ما كان لم يتغير .
- ٥٩٠- وقال غيره قد تغير ونقل الى شيء دون شيء .
- ٥٩١- وقد كانت في شرع من تقدم أيضا كذلك .
- ٥٩٢- روى عن قتادة في قوله (تعالى) : وآتينا الحكم وفصل الخطاب .
- قال : البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه^(٢) .
- وقال الحسن البصري رحمه الله «فصل الخطاب»^(٣) طلب العلم بالقضاء .
- وقال شريح : الشهود والايمان .
- ٥٩٣- وروى الخفاف عن مجاهد في قوله (تعالى) « يؤتى الحكمة من يشاء »^(٤) ، قال : ليست النبوة ولكنه العلم والقرآن والفقه .
- ٥٩٤- وذكر عن عمر بن عبدالعزيز (أنه) قال :
خمس اذا اخطأ القاضي فيهن خصلة كانت فيه وصمة :

(١) هو أحمد بن الحسين القاضي أبو سعيد البردعي أخذ عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وأخذ عن أبي علي الدقاق عن موسى بن نصير الرازي عن محمد بن أبي حنيفة . وتفقه عليه أبو الحسن الكرخي (عبدالله) وأبو طاهر الدباس وأبو عمر الطبري ، وقتل في واقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلثمائة (الفوائد البهية ، ص ١٩-٢٠) وبردع بكسر الباء وسكون الراء المهمله وفتح الدال المهمله في اخره عين مهمله بلدة من أقصى بلاد اذربيجان . كذا ضبطه عبدالقادر في الجواهر المضيئة .

(٢) جاء في سبيل السلام للصنعاني (١٣٢/٤) في صدد حديث : البينة على المدعي واليمين على من انكر : « والحديث دال على انه لا يقبل قول أحد فيما يدعيه لمجرد دعواه ، بل يحتاج الى البينة أو تصديق المدعي عليه ، فان طلب يمين المدعي عليه فله ذلك ، وإلى هذا ذهب سلف الامة وخلفها . قال العلماء : والحكمة في كون البينة على المدعي ان جانب المدعي ضعيف لانه يدعي خلاف الظاهر ، فكلف الحجة القوية وهي البينة ، فيقوى بها ضعف المدعي ، وجانب المدعي عليه قوي ، لان الاصل فراغ ذمته ، فاكفى منه باليمين ، وهي حجة ضعيفة » .

(٣) في نسخة مینخ بعد هذه العبارة : (قال البينة على المدعي فصل الخطاب) والصحيح ما أثبتناه من النسخة المعتمدة وفي نسخة مینخ اضطراب في هذا الصدد .

- أن يكون فهميا.
- وأن يكون عفيفا .
- وأن يكون صابرا .
- وأن يكون عادلا .
- سؤولا عن العلم^(١) .

فصل

٥٩٥- واختلف أصحابنا في^(٢) المدعى من هو ؟

٥٩٦- فقال الكرخي رحمه الله :

هو الذى يقصد بدعواه اثبات حق على الغير في يده أو في ذمته^(٣)، والمدعى عليه من لا توجد هذه الصفة فيه .

٥٩٧- واعترض عليه بأن من في يديه الشيء اذا ادعاه على الخارج^(٤) أنه اشتراه منه فهو مدع ، ولا يقصد ما قال .

٥٩٨- ومن أصحابنا من قال المدعى هو الذى يقصد أمرا خفيا ليزيل به أمرا جليا^(٥) .

٥٩٩- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى يدعى أمرا حادثا ، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ،

(١) في نسخة مينخ : وان يكون علما مسؤولا .

(٢) في نسخة مينخ : عن .

(٣) من هذا يستفاد ان الحقوق في الفقه الاسلامي تقسم الى حق في العين وحق في الذمة (العين والدين) .

(٤) الخرج ههنا يقابل فى مصطلح المرافعات المدنية الشخص الثالث .

(٥) عبارة : « ليزيل به أمرا جليا » من نسختي مينخ وقليج ، أما النسخة المعتمدة فمضطربة ، فقد ورد فيها بدلا من ذلك « ليس يلزم أم جليا » .

والزم عليه مسألة الشك •

٦٠٠- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى فى قوله نعم وبلى وايش والمدعى عليه من فى قوله لا ولم وما
٦٠١- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى اذا ترك ترك والمدعى عليه اذا ترك لم يترك •

٦٠٢- ومنهم من قال :

المدعى هو الذى (يقول)^(١) ما يضر به الغير وينفع به نفسه والمدعى عليه
من يقول ما ينفع به نفسه وان لم يضر به غيره •

٦٠٣- وقال محمد فى كتاب الدعوى :

المدعى هو الطالب •

والمدعى عليه هو المنكر •

٦٠٤- وكل هذه الوجوه ذكرها رحمه الله وعليها كلام حذفته •

شرط الصفة (المصلحة)

٦٠٥- وينبغى 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- واذا قد ذكرنا صفة المدعى فينبغى أن نذكر جواز العدوى بقوله :

(١) من نسختى قليج ومينخ •

جواز العدوى بقول المدعي^(١)

٦٠٧ - اتفق اصحابنا على جواز العدوى بقول المدعي قبل أن يعلم انه محق أو مبطل^(٢) اذا كان المدعي عليه في المصر •

٦٠٨ - قال ابو يوسف : على هذا ادركنا الناس ، وكان ابن ابي ليلى يفعله ولا ينكره ابو حنيفة ولا يعيبه •

٦٠٩ - وهو قول الشافعي ايضا واصحابه •

٦١٠ - وقد رأيت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله اذا جاءه أحد يستعدي على بعض الكبار رأسله وقال له :

- أما ان ترضى خصمك أو تحضر مجلس الحكم وكان ربما انفذ الى كل واحد بوكيله على باب الحكم •

وكان لا يعجل بالاستدعاء ، وهو فعل لا يبعد عن الصواب ، وله وجه •

٦١١ - وقال الطحاوي في ادبه :

- اذا استعدي على رجل قال له :

من هو ؟

فاذا قال : فلان •

قال له :

- ادعه الى

فان قال : دعوته فلم يجب

قال :

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري :

- استعدادت عليه الامير فاعداني ، ولي قبله عدوى ، أي استعداد •

وفي القاموس المحيط في مادة عدا :

- اعدى الامر جاوز غيره اليه ، وزيداً عليه نصره واعانه وقواه ، واستعداه

استغاثه واستنصره •

(٢) في نسخة مينخ أو باطل والصواب ما ائبتناه كما

في نسخة قليج •

• سادفغ اليه طابعا^(١) « حينئذ ، وان شاء الله احلفه انه امتنع وهو قادر على المجيء » •

٦١٢ - فاذا دفع اليه طابعا^(١) فان قال لا يحضر بهذا الطابع فلان فلو نادينه بشاهدين يشهدان على امتناعه ، كان ذلك صوابا •

٦١٣ - وقد روى الخفاف في جواز العدوى بقول الخصم اخبارا منها ان رجلا من اراش (كندا) قدم مكة بابل وقباعها من ابي جهل فمطله وظلمه فقام في المسجد فقال :

- يا معشر قريش ! أتى رجل غريب ابن سبيل ، واني بعث ابلا من ابي جهل فمطلني وظلمني ، فمن رجل يعطيني عليه فيأخذ لي بحقي ؟

قال ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم في المجلس جالس ، فقالوا :

ذلك الرجل يعديك عليه ، فانطلق اليه فذكر له ذلك فقام معه •

وبعث قريش في أثرها رجلا ، وانما فعلوا ذلك استهزاء لما قد علموا بين النبي صلى الله عليه وسلم وبين ابي جهل من العداوة •

قال فأتى الباب فضربه ، فقيل من هذا ؟

فقال محمد :

فخرج أبو جهل وما في وجهه رائحة^(٣) من الذعر •

فقال :

- اعط هذا حقه •

قال :

(١) في القاموس المحيط في مادة الطبع : طبع عليه كمنع ختم ، والطبع المثال والصبغة والختم ، وهو التأثير في العين ونحوه ، والطابع وتكسر الباء ميسم الفرائض ، وهذا طبعان الامير بالضم طينه الذي يختم به •

(٢) هذه الزيادة من نسخة مينخ وقلبيج •

(٣) كذا وفي نسختي مينخ وقلبيج : رائحة •

نعم ، فدخل فأخرج حقه واعطاه اياه فجاء الرسول فأخبرهم ، وجاء الرجل فوقف عليهم فقال :

- جزاء الله خيرا فقد أخذ لي بحقي .
- قال فلم ينصرفوا^(١) ان جاء أبو جهل فقالوا :
- ويلك ما صنعت ؟!
- فقال :

- والله ما هو ان ضرب على الباب .
فقال محمد فذهب قوامي^(٢) فخرجت اليه واذا معه فحل ما رأيت مثل هامته وانيابه لفحل قط ان كاد ليأكلني لو امتنعت ، فوالله ما ملكت نفسي ان أعطيت حقه .

٦١٤- وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم ، لانه قبل عليه السلام قوله في ذلك ، ودل على أن الفحل الذي معه وما لحق ابا جهل منه معجزة له صلى الله وعليه اذ مثل ذلك لا يكون الا لنبي والشاهد له بذلك مثل ابي جهل الذي لو قدر على غير ذلك لفعل .
٦١٥- وقد تقدم حديث عمر رضى الله عنه واتفاده الى زوجة الذي قال له انه وجد معها عبده بأبي واقد^(٣) .

٦١٦- وقد روى في ذلك اخبار (كثيرة) وهو فعل الحكام اليوم في البلاد .
٦١٧- ورأيت في بلد الرحبة في باب الجامع مسمارا عليه ختم القاضي ، فاذا اراد احد احضار خصمه قصد باب الجامع وطبع عليه الشمع ، وحمل خصمه الى القاضي ، 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- وذكر الخصاف انه كان على خاتم سعيد بن اشوع الهمداني قاضي الكوفة : اجب (القاضي) سعيد بن اشوع .

(١) في نسختي مينخ وقلبيج : فلم يتفرقوا .

(٢) كذا وفي نسخة قليج : قدامي .

(٣) انظر ترجمته في الرقم ٣٦٠ ص ١٢٧ .

٦١٩ - واذا قد ذكرنا جواز العدوى بقوله قالى أى موضع يعدى عليه
القاضى .

باب الموضع الذي يعدى عليه

وهذا باب الموضع الذى يعدى القاضى على الخصوم :

٦٢٠ - 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) ، وفي الحاضر لا يصعب ذلك .

٦٢١ - 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 كتمن الكلب وقيمة الخمر للنصارى^(٢) .

« لانه يشق عليه الحضور لما لا يجب عليه ، وليس هذا كالحاضر فانه لا يشق عليه الحضور » قالوا فاذا حقق الدعوى على الغائب احضره لان ابا بكر رضى الله عنه كتب الى المهاجر بن أمية^(٣) ان ابعث الى بقيس بن المكشوح واحلفه

(١) فى نسخة منيخ : الخاتم .

(٢) ما بعد هذه الكلمة من نسختي منيخ وقلبيج .

(٣) جاء فى اسد الغابة (٤/٤٢٢-٤٢٣) انه المهاجر بن أمية بن المغيرة ابن عبدالله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي أخو أم سلمة زوج النبی (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 - واذا قد بينا الموضع يحضر منه في البلد وخارجه فلنذكر كيفيه
 احضار الخصم^(١) .

باب كيفية إحضار الخصم إلى القاضي

- ٦٢٣ - وينبغي للقاضي اذا أراد احضار خصم أن يدعو بأرفق الوجوه ،
 وأجمل الاقوال ، لانه يدعو الى حكم الله ودينه .
 ٦٢٤ - وعلى المدعى عليه الاجابة الى ذلك ، ولا يسعه التأخير .

دليل القاعدة

٦٢٥ - 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^(١) الله عليهم ورسوله ، بل أولئك 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 كنانة والصفد ، فتوفي 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 أبو بكر ، وهو الذي 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 تنتهي عبارة نسختي مينخ وقليج .

(٢) الحيف الميل في الحكم والجور والظلم ، حاف عليه في حكمه يحيف
 حيفا مال حار ، ورجل حائف من قوم حافة وحيف وحيف . . . وفي التنزيل
 ان يحيف الله عليهم ورسوله أي يجور ، وفي حديث عمر (ر) « حتى لا يطمع
 شريف في حيفك أي في ميلك معه لشرفه (لسان العرب) .

أن يقولوا سمعنا وأطعنا^(١) . •

فأدب الله تعالى أحسن الآداب ، وقوله اصدق القول .

٦٢٦- فكما يجب على المدعى الترفق بخصمه ليتمكن من استيفاء حقه ،
فكذلك يجب على المطلوب الإجابة إلى ما يدعى إليه ، وأيهما تعدى ما قلناه اثم ،
وربما فسق إن لم يكن له عذر .

٦٢٧ - وإن امتنع عليه : فإن كان لغير عذر اثم ، وإن كان لعذر لم ياثم .

٦٢٨ - وهذا يوجب أن نذكر العذر الذي يسقط الحضور .

باب العذر الذي يسقط الحضور

وهذا باب العذر الذي يسقط الحضور .

٦٢٩ - اتفق الفقهاء على أن المرض الذي لا يستطيع معه الحضور بنفسه
إلى الحكم يسقط الحضور عنه ، لأن المرض يسقط الصيام وأركان الصلاة
الواجبة والصوم ، فجاز أن يسقط الحضور .

٦٣٠ - ويسقط الحضور أن تكون امرأة غير برزة ، لأن الحياء في النساء
يمنع من استيفاء^(١) مالها من الحق .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « واغد يا أسى على
امرأة هذا فإن اعترفت فأرجعها » ولم يكلفها الحضور مع اعتراف من اعترف أنه
زنا بها .

وكذلك قال عمر لابن واقد الليثي في امرأة الرجل الذي زعم أنه وجد
عبدته معها ولم يكلفها الحضور .

٦٣١ - والجنون يسقط الحضور ، وكذلك زوال العقل بالسكر والأغماء .

(١) النور .

(٢) كلمة استيفاء لم ترد في نسخة متنيخ وإنما وردت في نسخة قليج .

- ٦٣٢ - وأما كيفية القضاء عليهم فسنذكر ذلك في باب ما يجوز القضاء على المريض والمخدرة ان شاء الله .
- ٦٣٣ - واذا قد ذكرنا العذر فلنذكر الامتناع .

باب الامتناع من الحضور إلى القاضي

- وهذا باب يذكر فيه الامتناع من الحضور الى القاضي :
- ٦٣٤ - واذا امتنع الخصم من الحضور مع خصمه قبل أن يدعوه القاضي الى الحكم لم يكن للحاكم تأديبه على ذلك اذا صح عنه ، وان قلنا انه يأثم .
- ٦٣٥ - واما اذا وردته طينة القاضي وخاتمه والمحضر فان القاضي يحضره بالوالى .
- ٦٣٦ - ويتقدم بما يراه من تأديبه اذا شهد عنده شاهدان بامتناعه ، ولا يسأل عنهما بعد ان يكونا مستورين ، ان شاء حبسه قليلا وان شاء كثيرا وان رأى تأديبه بكشف الرأس وغير ذلك مما يكون فيه اقامة حثمة الحكم .

فصل

- ٦٣٧ - وقال اسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة :
- أربعة من الشهود لا يسأل عنهم :
- شاهد رد الطينة (١) .
- وشاهد تعديل العلانية .
- وشاهد المعرفة الذى يدعو به القاضي 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 ، وطلت الكتاب طينا ، جعلت عليه طينا لاختمه به ، وطان الكتاب طينا وطينة ختمه بالطين .

- ٦٣٨ - وقال ابن سماعة^(١) : اسأل عن شاهدي رد الطينة والاشخاص .
- ٦٣٩ - وان حضر المدعى وقال :
- قد توارى خصمي في منزله ولا يحضر معي الحكم .
- فانه يأمر الوالي باحضاره .
- ٦٤٠ - فان قال الوالي لم أظفر بالرجل وانا اطلبه ، واذا ظفرت به احضرته^(٢) فقال المدعى للقاضي :
- اختم لي على منزله فانه فيه .
- لم يجبه القاضي الى ذلك حتى يشهد عنده اثنان انه في منزله ، بعد ان يقولوا اليوم رأيناه او امس أو منذ ثلاثة أيام فيجيبه الى ذلك ويختم .
- ٦٤١ - وان كانت رؤية قديمة لم يختم .
- ٦٤٢ - فاذا ختم على منزله بشهادة الشهود فحضر المدعى عليه ، والخاتم على بابه ، فقال المدعى انه لا يحضر ، وقد جلس في منزله فانصب له وكيلا ، واستمع من شهودي عليه ، فان ابا خيفة ومحمد قالا : لا ينصب له وكيلا ولا يقضى .
- لان نصب الوكيل قضاء عليه .
- ٦٤٣ - وقال أبو يوسف :
- اذا صح عند القاضي انه في منزله نادى على بابه ثلاثا : انه ان لم تحضر قضيت عليك .
- فان لم يحضر اقام قيما وسمع من البيعة .
- ٦٤٤ - وقد روى عن ابي يوسف مثل قول ابي خيفة انه لا ينصب عنه وكيلا .

(١) هو محمد بن سماعة العراقي من تلامذة ابي يوسف .

(٢) الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب وقد ظفر به وعليه وظفروه ظفراً مثل لحق به ولحقه فهو ظفير ، وظفروه الله به وعليه وظفروه به تظفيرا (لسان العرب) .

٦٤٥ - وقال الخصاف عنه انه قال في كتاب ادب القاضي^(١) : « ولو حضر بكتاب الى قاض بحق على رجل فلم يحضر المطلوب ، ولم يوكل فشهد بذلك الشهود فانه يقبل كتاب القاضي واليئة وينفذ القضاء عليه •

الهجوم على الغائب والتسمير

٦٤٦ - وقد حكى الطحاوى فى أدب القضاء الصغير له ان بعضهم كان يرى الهجوم على الغائب ، وبعضهم لا يراه ، وبعضهم يسرى التسمير على الابواب وبعضهم لا يراه •

٦٤٧ - وقال بعض الحكماء :

اجلس 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 - 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 غفلة

٦٤٩ - ولا يكون الهجوم الا على غفلة من غير أسسّمار ، يدخل النساء اولاً ، فاذا تقدمن فى المنزل من النساء دخل الرجال •

(١) الاشارة ههنا الى كتاب ادب القاضي لابي يوسف •

نقد مبدأ الهجوم على الغائب

٦٥٠ - وهذا الوجه عندى ضعيف ، لانه ربما كان الخصم وحده في 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 - وقد روى الخصاف ان علي بن ابي طالب رضى الله عنه استعمل عبدالرحمن بن محزم على الري فأخذ المال وتواري عند نعيم بن دجاجة الاسدي ، فارسل عليه رضى الله عنه من يخرججه من دار نعيم ، فجاء نعيم معهم الى علي فقال له :

- ان مفارقتك لكثير وان المقام معك لذل .

فأمر بالكف عنه .

٦٥٢ - وعن عمر رضى الله عنه انه بلغه عن نائجة^(٢) في ناحية في المدينة يجتمع عندها فأناها فهجم عليها في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها^(٣) .

ف قيل له :

- يا أمير المؤمنين ! ان خمارها قد سقط .

فقال :

لا حرمة لها :

ذكره الخصاف أيضا .

٦٥٣ - ولا اعرف لاصحاب الشافعي في الهجم والتسمير وما ذكرناه قولا فاحكيه ، الا ما قدمناه ان الوالى يحضره اذا امتنع ، فاما هذا التفصيل فلم أراه 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 تجتمع فيه بين الرجال والنساء ، وقد كان البغاء معروفا في الجاهلية فحرم في الاسلام .

(٣) في لسان العرب : الدرة بالكسر التى تضرب بها عربية معروفة ، وفي التهذيب الدرة درة السلطان التى يضرب بها .

٦٥٤ - واذا قد ذكرنا حكم الامتناع من الحضور فهل يستوى الرجال والنساء ام يخلفون ؟

وهذا يقتضى ذكر ما لهن وعليهن •

باب دعوى النساء والدعوى عليهن

وهذا باب يذكر فيه دعوى النساء والدعوى عليهن •

٦٥٥ - اعلم ان حكم النساء حكم الرجال فى الخصام والمنازعات : الحرة كالحرة والامة كالعبد لا يختلفان فى الدعوى واليمينات ولا الايمان ولا المحاكمات : ملكها كملك الرجل فيما يملك من الاموال وحدها كحده وقذفها كقذفه وقتلها كقتله ، وما يقرقان فيه من الاحكام فانما هو مستثنى من هذا الاصل

٦٥٦ - 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 - وسنذكر كيفية القضاء عليها فى باب القضاء على من له عذر يمنعه من الحضور •

٦٥٨ - واما اذا كانت مخدرة ، وكان لها حق على غيرها • من قريب أو بعيد أو زوج فارسلت الى القاضى وسأله الدعوى 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 - وسنذكر فيما بعد ما يقبل قولها فيه بلا يمين ، وما يقبل مع يمينها ، ونذكر الخلاف فى ذلك فى مواضعه ان شاء الله تعالى •

٦٦٠ - هذا حكم الاحرار والحرار اذا كانوا من أهل التكليف قد
ذكرناه • وبقي حكم الرقيق •

باب دعوى العبيد والمكاتبين

ومن فيه رق

٦٦١ - والعبيد والرقيق على ضربين : منهم من يتصرف لنفسه ومنهم من
يتصرف لغيره •

٦٦٢ - فالمكاتب يتصرف لنفسه في سائر عقود المعاملات من البيع والشراء
والشركة والمضاربات والمطالبة بالشفعة والاجارات • وهو كالحر فيما يدعي
على غيره من العقود والخصايات ، ويثبت بينه وبين مولاه اروش الخصايات ،
وقيم المتلفات والشفع والاشرية والرد بالعيب ، وهو في هذه الاحكام معه
كالاجنبي وهو كالعبد في النكاح والهبة والتبرعات وعق ما في يديه من الرقيق •
٦٦٣ - وسنذكر ما فيه من الخلاف في كتابه ان شاء الله •

٦٦٤ - والعبد المأذون كالمكاتب اذا كان عليه دين ، وكالعبد المحجور
اذا لم يكن عليه دين •

٦٦٥ - والمعتق بعضه كالمكاتب عند ابى حنيفة •

٦٦٦ - واذا ادعى رجل على مكاتب دعوى في نفس أو طرف أو مال
أو غصب أو اتلاف فان القاضي يسمع الدعوى ويعدى عليه •

٦٦٧ - وكذلك اذا ادعى المكاتب تسمع دعواه ، واعدى القاضي على
خصمه ، ونظر فيما يدعيه فحكم عليه به اذا كان مثله مما يحكم به •

٦٦٨ - وكذلك حكم المأذون له في التجارة •

٦٦٩ - والمكاتب كالمكاتب ، والمأذونة كالمأذون ، وكذلك المعتق بعضها كالمعتق بعضه •

٧٧٠ - وأما العبد القن والامة القن^(١) فهما في الدعاوى بخلاف من ذكرنا الا في دعوى العتق والكتابة والتدبير على المولى ، فان دعوى العبد القن على مولاه تسمع ، ويسأل المولى عنها ، وكذلك التدبير والكتابة والاستيلاء •

٦٧١ - فأما الجنايات والعقود بغير اذن المولى لا تسمع ، بل الخصم في ذلك هو المولى •

٦٧٢ - واذا قد ذكرنا حكم دعوى البالغ الحر والعبد المأذون ومن ذكرناه فبقى دعوى الغير عن الغير •

باب دعوى الولي عن الصغير

وهذا باب دعوى الولي عن الصغير :

٦٧٣ - اعلم ان الصغير لما كان غير مكلف وكان يحتاج الى ما يحتاج البالغ من المأكل والمشروب والملبوس والتعليم ، وكان عاجزا عن ذلك غير كامل ولا مكلف رخص الشرع في 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 للتعبئة أو هو الذي ملك هو وإبواه وخالص العبودية وقال اللحياني العبد القن الذي ولد عندك ولا يستطيع ان يخرج عنك والقن يقال للمفرد والاثني والجمع والمؤنث وقد حكى في جمعه اقنان واقنة والاخيرة نادرة • قال جرير :

ان سليطا في الخسار انه ابناء قوم خلقوا أقنه
والانثى قن بغير هاء ويقابل العبد القن عبد المملكة وكان القن مأخوذ من القنية وهي الملك •

واقتن قنا اتخذه وانه لعبد بين القنانة أو القنانة والقنونة •

صفات الولي على الصغير

٦٧٤ - وإنما يكونان كذلك اذا كانا عدلين أمينين ، لا اختلاف بينهما في دين ولا دار ولهما ضبط وتميز .

شرط تصرف الولي عليه

٦٧٥ - ولا يجوز تصرف الولي عليه حتى يكون للصبي فيه النفع ، ولا يكون عليه فيه مضرة .

٦٧٦ - ولا يبيع ما فيه غبن ماله .

٦٧٧ - وليس له اسقاط حقوقه الواجبة له بغير عوض يحصل له ، أو غرض يوفي على ذلك .

٦٧٨ - وسنين في المعاملات ما يجب من ذلك وأما الغرض ههنا انه يجوز للولي أن يدعى الحق الذي يجب للصغير على غيره من أثمان البياعات وقيم المتلفات واروش الجنايات .

٦٧٩ - وله أن يقيم البيعة بذلك .

٦٨٠ - ويتسلم ما قضى به للصبي من ثمن أو مهر أو أجره أو نفقة .

٦٨١ - وهو اولى بالتصرف من الحاكم والام وسائر الاقارب .

٦٨٢ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « أنت ومالك لابیك » .

٦٨٣ - وأول فائدة هذه الاضافة ان تفيد جواز التصرف .

٦٨٤ - وله أن يستنيب في الخصومة . ويوكل في كل ما يجوز أن يتولاه بنفسه .

٦٨٥ - وكل تصرفه يلزم الصبي بعد بلوغه • وليس له ابطال ما اجزنا له التصرف فيه بعد البلوغ •

٦٨٦ - 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 - اعلم ان الوكيل اذا صحت وكالته ولزمت حجة جاز للمقاضي أن يسمع دعواه ، والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره •

٦٨٨ - وهو كالولي ، لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري^(١) في تزويج أم حبيبة ، وعروة البارقي^(٢) في شراء اضية • وكذلك أئمة العدل ووجوه الصحابة والتابعين ، وهو عمل الناس في جميع الامصار •

٦٨٩ - وللوكيل المخاصمة فيما وكل به ما لم يخرج من الوكالة بموت

(١) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبدالله الكيالي الضمري ، يكنى ابا أمية ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل حبيب بن عدى من الخشب التي صلب عليها ، وارسله الى النجاشي وكيلا فعقد له على أم حبيبة بنت ابي سفيان واسلم قديما وهو من مهاجرة الحبشة ثم هاجر الى المدينة واول مشاهدته بئر معونة ، كان رسول الله يبعثه في اموره وكان من انجساد العرب نجدة وجراة ، روى عنه اولاده جعفر والفضل وعبدالله وابن اخيه الزبرقان بن عبدالله بن أمية ، وهو معدود من اهل الحجاز ، وتوفي في آخر أيام معاوية قبل الستين (اسد الغابة ٨٥/٤ - ٨٦) •

(٢) هو عروة بن عياض بن ابي الجعد البارقي ، وبارق من الازد ، ويقال ان بارقا جبل نزل به بعض الازد فنسبوا اليه ، استعمله عمر بن الخطاب على قضاء الكوفة وضم اليه سلمان من ربيعة الباعلي وذلك قبل ان يستقضى شريحا • وهو من جلة من سير الى الشام من اهل الكوفة في خلافة عثمان بن عفان (ر) (اسد الغابة ٤٠٤/٣ - ٤٠٥) •

الموكل أو موت من وكل عليه أو عزل نفسه أو 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 في غير ما امر به •

٦٩٢ - وقد يتصرف عن البالغ تارة وعن الصغير أخرى •

٦٩٣ - ولما جاز أن يموت الوكيل والولي ويحتاج الصغير الى من يتصرف عليه وجب ذكر ذلك ، وليس ذلك الا الى الامين •
وهذا باب يذكر فيه دعوى الامين

نصب الأمناء

٦٩٤ - ولما كان القاضي منصوباً للتصرف في مصالح المسلمين ، وهو نائب عن الامام ، وكان يجب عليه حفظ ما انتهى اليه من أمر أو مال أو حفظ ضالة أو تسلم مال تركه أو وقف أو وصية ، وكان لا يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه ، ولا يقوم بحفظ ما يجب عليه لكثرتة ، جعل الشرع له ان ينصب الأمناء على الايتام والوقوف ومال من غاب من الناس ، وبيع ما يجب بيعه وحفظ ثمنه ، وكان مصوناً عن ان يدعى عليه الدعاوى في عقودة وما يأمر به جعل ذلك الى أمينه ليخرج من هذه العهدة^(١) 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 في الخط وفي العقل والرجعة ، تقول : لا عهدة لي ، اي لا رجعة ، وعهدة علي فلان ما ادرك فيه من درك قاصلاحه عليه واستعهد من صاحبه اشترط عليه وكتب عليه عهدة ، وفلاناً من نفسه ضمنه حوادث نفسه • وككتف من يتعاهد الامور والولايات (القاموس المحيط)

- ٦٩٥ - ويكون الامين كالولي والوكيل في ذلك •
٦٩٦ - وهذا لا خلاف فيه ان للقاضي ان يفعله بمطلق الولاية ، ويستفيدة
بنظر الحكم •

إطلاق التصرف للأمين وتقييده

- ٦٩٧ - وقد يجعل القاضي الى الامين التصرف على سبيل العموم تارة وعلى
سبيل الخصوص اخرى •
٦٩٨ - وهذا يقتضى ذكر ما يصير به تصرفه عاما ، وذلك انما يكون بان
يجعله وصيا •

باب دعوى الوصي

- وهذا باب يذكر فيه دعوى الوصى :
- ٦٩٩ - 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 - فالوكيل لا يتصرف بعد موت الموكل فيما وكل به • والوصى لا
يتصرف حال حياة الموصى فيما اسند اليه بلا خلاف فى هذه الجملة •
٧٠١ - ويكون الوصى وصيا من جهة الانسان فى ماله ، وفيما يتعلق به ،
ويكون وصيا فيما يتعلق بغيره كولده •
٧٠٢ - وتثبت الوصية للوصى بالاب والجد وان علا فى حق صغار ولده ،
ويكون وصيا بقول القاضي له : جعلتك وصيا على مال فلان أو ورثته الصغار •
٧٠٣ - وسنذكر فى الوصايا ما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز ، ونذكر
الخلافا فى مسائل الوصايا ان شاء الله ، وانما ذكرنا ههنا جواز دعواه
والدعوى عليه •

٧٠٤ - واذا قد ذكرنا ذلك ، وجب ان نذكر حكم الدعوى له ولغيره .

باب دعوى الشريك والدعوى عليه

وهذا باب دعوى الشريك والدعوى عليه .

أنواع الشركات

٧٠٥ - والشركة على ضربين : شركة عقود ، وشركة املاك .

شركة الأملاك

٧٠٦ - 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 وأنواعها

٧٠٧ - والشركة في العقود تنقسم الى اربعة أقسام :

• منها مفاوضة

• ومنها عنان

• ومنها شركة ابدان

• والرابع شركة وجوه .

٧٠٨ - وسنذكر في كتاب الشركة حكم ذلك ، والخلاف فيه .

وانما ذكرنا ههنا دعوى الشريك على غيره بما يجب لشريكه ، والدعوى عليه . وهذا مجمع على صحته اذا صحت الشركة بأن يدعى انه اشترى له ولشريكه .

٧٠٩ - واذا قد ذكرنا جواز دعوى الشريك في الوجوه الاربعة ، وكان من الشركة ما يكون من أحد الجانبين مال ومن الاخر عمل وجب ذكر ذلك .

باب دعوى المضارب (١)

وهذا باب دعوى المضارب .

- ٧١٠ - والمضاربة اذا صحت جاز للعامل الدعوى على غيره لمال المضاربة ، وتكون كدعواه ودعوى رب المال اذا اجتمعا في الدعوى لذلك .
- ٧١١ - وسنذكر في كتاب المضاربة ما يدعيه كل واحد على صاحبه ، وعلى غيره . ونذكر الخلاف فيما فيه خلاف والوفاق فيما فيه وفاق .
- ٧١٢ - واذا قد ذكرنا ذلك وجب ذكر دعوى المولى عن العبد .

باب دعوى المولى على عبده وعن عبده

- وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى المولى على عبده وعن عبده .
- ٧١٣ - أما ما يدعيه عن عبده فهو كل حق يجب للمولى ويكون قوله فيه مقبولا كالجنابة عليه خطأ .
- ٧١٤ - وكل مالا يقبل فيه قوله على العبد فالخصم فيه العبد ، وهذا كالقتل العمد والردة والزنا والقذف والسرقة اذا كانت الدعوى لطلب القطع ، وان كانت لوجوب الضمان سمعت على المولى .
- ٧١٥ - وسنذكر في العتاق والكتابة والتدبير والاستيلاء دعوى العبد على مولاه ، ودعوى المولى عليه ان شاء الله ، ونذكر الخلاف في ذلك والوفاق ، ونرتب ذلك كما رتبنا غيره .
- ٧١٦ - واذا 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 وفي سبيل الله ، وضاربه في المال مضاربة ، وهي القراض [في مصطلح الفقه المالكي] والمضاربة ان تعطى انسانا من مالك ما يتجر فيه ، على ان يكون الربح بينهما ، او يكون له سهم معلوم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب في الارض لطلب الرزق ، قال تعالى « وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله » . قال وعلى قياس هذا يقال للعامل ضارب ، لانه 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 المقضي عليه

وهذا باب نذكر فيه أحوال المدعى عليه وصفاته التي يكون عليها •

أهلية المدعي عليه

٧١٧ - والدعوى لا تصح على من لا يقبل قوله لو اعترف بها وصدق

المدعى ، وهذا كالدعوى على الصغير والمجنون ومن ليس له تمييز •

شرط الصفة

٧١٨ - ولا على من له تمييز ولكن الحق لا يلزمه وإنما يلزم غيره إذا

لم يكن بينهما شيء يوجب قبول قوله عليه •

٧١٩ - فاما إذا كان كالنائب عن غيره أو يتصرف عليه بالولاية فمستبين في كل

كتاب ما يقبل إقراره فيه وما لا يقبل ، ونذكر الخلاف في ذلك إن شاء الله

ونبين كيفية القضاء عليه وله في الدعوى ، فيحتاج أن يكون عاقلا مميزا •

٧٢٠ - وقد يجوز أن يكون حرا ، ويجوز أن يكون عبدا ، ويجوز أن

يكون ذكرا ويجوز أن يكون أنثى ، ويجوز أن يكون مأذونا له في التجارة

عاقلا غير بالغ ، ويجوز أن يكون مسلما ، ويجوز أن يكون كافرا ، وهذه

صفة المدعى عليه إذا ادعى عليه ، وقد يكون حاضرا ويكون غائبا •

باب القضاء على الحاضر في المجلس والبلد

وهذا باب يذكر فيه القضاء على الحاضر في المجلس والبلد •

٧٢١ - اجمع الفقهاء على العدوى على من في البلد إذا كان صحيحا

سالمًا أنه يعدى عليه ويحضره مجلس الحكم •

٧٢٢ - فإذا حضر سمع من المدعى دعواه وسأل المدعى عليه عن الدعوى إذا صحت ، فإن أقر امره بالخروج مما أقر به •

٧٢٣ - وإن لم يقر سأل المدعى البينة •

٧٢٤ - ولا يسمع البينة إلا بعد الإنكار وهذا فصل لا خلاف فيه أنه لا يسمع البينة إذا سكت ، ولا بد من الإنكار ليصبح سماع البينة •

٧٢٥ - وهو أصلنا في القضاء على الغائب ، أنه لا يقضى عليه حتى يوجد الإنكار الذى هو شرط سماع البينة •

٧٢٦ - وقد قال أصحابنا :

لو كان غائباً عن المصر على مسيرة أقل من نصف يوم لم يعد عليه إلا بيينة تشهد عليه أن له عليه هذه الدعوى ، فيحضره له •

٧٢٧ - قال الطحاوى :

« وهذا قول أبى يوسف ، وكان لا يسأل عن شهود العدوى » ، وقد ذكرنا الرواية فيما تقدم من رواية ابن سماعة •

٧٢٨ - وقال مالك أن كان غائباً على أقل من مسيرة تقصر فيها الصلاة سمع من المدعى بيئته فى الدين ، ولم يسمع بيئته على العقار •

٧٢٩ - وقال الشافعى : لم يعد عليه ببلد فيه حاكم ، ويقال للخصم : امض فخاصمه هناك •

٧٣٠ - واختلف أصحاب الشافعى إذا كان فى البلد هل يسمع بيئته على وجهين :

- أحدهما أنه يسمع ويقضى عليه كالغائب •
- والثانى وهو المذهب أنها لا تسمع كالحاضر فى مجلس الحكم •

الدعوى على العليل ومن إليه

٧٣١ - وإذا كان المدعى عليه عليلًا لا يمكنه حضور مجلس الحكم ،
وصح ذلك عند القاضي قال للمدعى :

• - اصبر حتى يصير خصمك الى حال يمكنه الحضور .

• فان امكنه الحضور احضره .

٧٣٢ - فان لم يصبر وطلب المدعى الحكم فان القاضي يرسل اليه أمينًا من
امثاله ومعه شاهدين ممن يعرف المريض ، وكذلك ان كانت امرأة غير برزة
فهى مثل المريض ، فيذكر الامين صفة المدعى ودعواه وان القاضي أمره ان
يسألك ذلك ، فان وجدت احلفتك كما أمر القاضي .

٧٣٣ - فان أقر المريض او المرأة شهد الشاهدان وامره الامين ان يوكل

وكيلا يحضر معه مجلس الحكم ليخاصم المدعى .

٧٣٤ - فاذا وكل حضر الشاهدان وشهدا بما أقر به بمحضر من وكيله
وكذلك اذا جحد يقيم خصما له أو عليه بينة المدعى ، وان كان قد حلف أيضا .

٧٣٥ - واذا ابى ان يحلف عرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فاذا تحقق
النكول حضر وكيله فشهد بذلك الشاهدان بمحضر من الوكيل والزم القاضي
ذلك الحق .

٧٣٦ - وسندكر ما فى اليمين والنكول فى موضعه ان شاء الله .

٧٣٧ - وللمدعى ان يصبر حتى يبرأ المريض فيحضره الى القاضي
فيستحلفه على الدعوى .

٧٣٨ - وهذا حكم الدعوى على العليل والمرأة التى لم تبرز .

فصل

في الترجمة

- ٧٣٩ - فان كان المدعى او المدعى عليه اعجميا او لا يعرف القاضي لغته ، وهما او احدهما على هذه الصفة أو لا يعرف احدهما الاخر فعلى القاضي ان يأمر عدلين يترجمان للمدعى والمدعى عليه وله ، ويفهم هو ايضا ذلك .
- ٧٤٠ - وهذا قول محمد بن الحسن (الشيباني) وزفر ، والظاهر من قول الشافعي انه يعتبر في الترجمة اثنين ، ولا يقبل اقل من ذلك .
- ٧٤١ - وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقبل قول الواحد العدل في الترجمة

فصل

في الأخرس

- ٧٤٢ - وان كان الرجل اخرس يفهم الاشارة أمر الحاكم عدلين ان يشيرا اليه بما يدعى عليه ، فان جحد سمعت بينة المدعى ، وان لم تكن بينة استحللته بالاشارة على ما يفهمه ، لان الاخرس في الدعاوى والعقود كالناطق
- ٧٤٣ - وانما الخلاف في شهادته ولعانه .
- ٧٤٤ - ومن الفقهاء من قال لا يصح اقراره بالاشارة لانها لا تقوم مقام الكلام ، ذكر الخلاف الخصاص في أدبه للقضاء ، وسنذكر ذلك في الشهادات ان شاء الله .

فصل

الدعوى على الطفل في حجر القاضي

- ٧٤٥ - فان كان المدعى عليه طفلا في حجر القاضي اقام له وكيلًا يدفع عنه ويقول :
- لا علم لي بما يدعيه على فلان .

٧٤٦ - وان حضر طفل الى القاضي وقال :

- ان لي مالا ولا قيم لي عليه .

فان القاضي يقيم له قيمة بما يحفظ ما يذكر انه له .

٧٤٧ - وحال الحاضر لا يخلو من هذه الاقسام كلها .

٧٤٨ - واذا قد ذكرنا ذلك فلنذكر القضاء على الغائب .

باب القضاء على الغائب

وهذا باب جواز القضاء على الغائب وما قيل في ذلك .

٧٤٩ - قال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز القضاء على الغائب ، ولا تسمع عليه

بينة إلا أن يحضر أو يحضر وكيل له فيقضي عليه حينئذ ، ولا فرق بين سائر الأموال والحقوق في ذلك .

٧٥٠ - وروى عن أبي يوسف انه كان يأخذ في ذلك بالاعذار فيقول :

ان يغيب ولم يحضر وصح ذلك عند الحاكم انه في منزله نادى على بابه على ما ذكرناه فيما تقدم ، وأقام عنه قيمة وسمع من البينة .

٧٥١ - 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 - 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 ولاء اليمن :

- لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر فجعل شرط القضاء عليه

سماع قول الآخر .

٧٥٣ - واذا لم يجز القضاء للغائب من غير خصم فكذلك القضاء عليه ، لأنه

أحد الخصمين .

٧٥٤ - واذا قد ذكرنا الغائب وجب ان تذكر من غاب الى المعاد .

باب جواز القضاء على الميت

وهذا باب يذكر فيه جواز القضاء على الميت •

✓ ٧٥٥ - 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 - وأجمعوا على أن حقوقه المالية تستوفى له بعد الموت على حكم ملكه ، وتقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه •

٧٥٧ - وان موته لا يبطل ما عليه من حق اذا خلف تركة •

✓ ٧٥٨ - والحكم على الميت لا على ورثته ، ولهذا يجوز الحكم بحضور بعض الورثة أو الوصي ، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء نعلمه •
٧٥٩ - وسنذكر في كل كتاب من المعاملات ما قيل •
٧٦٠ - واذا صحت الدعوى عليه فكيف يقضى عليه •

باب كيفية القضاء على الميت

وهذا باب كيفية القضاء على الميت :

٧٦١ - قال أصحابنا :

✓ ولا يثبت الحق على الميت الا بحضور بعض الورثة أو الوصي عنه أو وصي يقيمه القاضي عنه •

✓ ٧٦٢ - ولا يثبت الحق عليه بدعوى على غريم له عليه دين ، ولا موسى له بشيء من ماله ، ولا يكون أحد منهما عنه خصماً

٧٦٣ - واذا ثبت الحق عليه إستحلف المقتضي له انه ما استوفاه ولا إبرأه ولا اعراض عنه ، ولا وجد من جهته ما يبطل حقه^(٢) •
٧٦٤ - 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 - وان أسقط الوارث يمينه لم يسقط لأنها يمين على حق للميت .
- ٧٦٦ - واذا قد ذكرنا القضاء على الميت فلنذكر القضاء على وارثه .

باب كيفية القضاء على الورثة

وهذا باب كيفية القضاء على الورثة .

٧٦٧ - قد قلنا ان القضاء على الميت يقع لا على الورثة ، وان الوارث نائب عنه في التركة ، يستوفي ما وجب له ، دون ما لم يجب له ، فإذا ادعى رجل وله وارث سواء لزم المقر في حصته حتى يستغرق حصته عندنا .

٧٦٨ - وقال الشافعي يلزمه في مقدار ما يخصه .

٧٦٩ - وسنذكر ذلك في الاقرار .

٧٦٩ - وان كانت عيناً أخذ حصة المقر والباقيون على حقوقهم في قول الفريقين .

٧٧٠ - وان كان الورثة صغاراً أقام له القاضي وصياً فيدلي بحجة الصغار ،

فإذا ثبت الحق لم يسلمه اليه حتى يستحلف مع البينة .

٧٧١ - فإذا كان الورثة في بلد والغرماء والمال في آخر ، فطلب الغرماء ان

يسمع بينهم 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 - وان طلبوا منه ان يسمع ويكتب الى حاكم البلد الذي فيه الورثة كتب

لهم بما يصح عنده من ذلك ، ثم يعمل المکتوب اليه بعد الثبوت بما كان يعمل من القضاء واليمين ، ويسمع من الورثة ما لهم من حجة ثم يكتب الى الاول يعرفه ما فعل ليستوفي لهم ما لهم من التركة وما عليهم من الايمان .

٧٧٣ - وقال الشافعي :

يثبت الحق عليهم ، وهي مسألة القضاء على الغائب ، ويثبت الحكم دون نقل

الشهادة .

٧٧٤ - وإذا قال الغريم : ان مال الميت قد تفرقه الورثة وأتلفوه فاحجر عليه حتى أقم بينة بحقي ، لم يجبه الى ذلك حتى يثبت حقه •

٧٧٥ - وقد قال بعض اصحابنا :

ان رأى القاضى ذلك على سبيل الاحتياط اياما فعل ذلك^(١) . 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 - وان كان بعض الورثة صغيرا حاضرا وبعضهم غائبا ، نصب عن

الصغير وصيا ، فاذا قضى عليه كان القضاء على الصغير والكبير الغائب •

٧٧٧ - وهذا قولهم جميعا •

٧٧٨ - 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 - وقال الشافعي : يسمع ايضا بينة الوارث •

وهو فرع لمسئلة القضاء على الغائب •

٧٨٠ - واقرار الوصى بعين من التركة أو دين لا يقبل ، وان كان وارثا

قبل فى حصته •

٧٨١ - وإذا ترك الرجل الميت ألف درهم وعليه دين ، وترك ابنا ، فقال

الابن :

- هذه وديعة كانت عند أبى لفلان • وصدقه فلان وغريم الميت أو كذبوه

أو قال الغريم لا أدري لمن هى ، أو قال الابن : لا أدري لمن هى ، ولكن ليست

(١) هذا شبيهه بالحجز الاحتياطى فى قانون المرافعات المدنية •

لابى ، فانها للغرماء دون مدعى الوديعة ، ولا يصدق الغرماء في كونها وديعة لانهم يجعلون الميت مرتتها في قبره .

٧٨٢ - ولا يمين على الوارث للمدعى لان اقراره لا يقبل .

٧٨٣ - فان قال الغرماء : انا نعلم انها لهذا المدعى فان القاضى يقضيهم الالف ، ويرجع المدعى للوديعة عليهم فيأخذ الالف منهم باقرارهم انها له .

٧٨٤ - 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 - واذا هرب الخصم من الحكم فلا يخلو :

أما أن يكون قبل سماع الدعوى واليئة .

أو بعد سماع الدعوى واليئة .

أو بعد سماع الدعوى قبل سماع اليئة .

٧٨٦ - فان هرب قبل ذلك كله فهو كالفائب عن القاضى على اختلاف

المذاهب :

فمن يقضى على الفائب يقضى عليه .

ومن لا يقضى على الفائب لا يقضى عليه .

٧٨٧ - وان كان بعد سماع اليئة لم يؤثر هربه في الحكم ، وكان

للقاضى أن يقضى عليه وينفذ الحكم الذى يوجه عليه اذا كانت اليئة معدلة .

٧٨٨ - وان كان مما يجب على المدعى اليمين مع اليئة استحلف المدعى

لانه يستحلف وان لم يطلب ذلك الخصم في مواضع منها الرد بالعيب والشفعة

والدين على الميت .

٧٨٩ - وسنين ذلك فيما بعد ان شاء الله .

٧٩٠ - 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 ، وبيننا
كيفية الطلب والاحضار والهجم^(١) على البيوت ، وختم الابواب ، وما فى ذلك من
خلاف •

٧٩١ - 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 - واذ قد ذكرنا صفة المقتضى عليه وأحواله ، فلنذكر ما يقع القضاء
به من الامور •

(١) فى لسان العرب : هجم على القوم يهجم هجوما انتهى اليهم بفتة ...
وهجم البيت يهجمه هجما هدمه •

باب ما يقع القضاء به

- ٧٩٣ - وأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبينة والعلم والافرار والايان فيشتمل على أبواب :
- منها الكلام في الشهود •

باب الشهادة

- ٧٩٤ - اعلم ان الشهادة^(١) على الحق للمدعى أحد طرق الحاكم الى الحكم والقضاء •
- ٧٩٥ - وهي أكد الحجج والطرق ، لانه لا خلاف في وجوب العمل بها في الحدود والقصاص والاموال والفروج •
- ٧٩٦ - واختلفوا في علم القاضى هل يقضى به أم لا ، على ما بينه في بابه وموضعه •
- ٧٩٧ - فالشهود حجة لله تعالى ولرسوله وللمؤمنين بعضهم على بعض •
- ٧٩٨ - وهي 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 وشهيد • وشهد لزيد بكذا شهادة ادى ما عنده من الشهادة فهو شاهد • ج شهد بالفتح ، جج شهود واشهاد • واستشده : سأله ان يشهد والشهيد وتكسر شينه : الشاهد ، والامين في شهادة ، والذي لا يغيب عن علمه شيء ، والقتيل في 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 الشهادة أى الارض ، أو لانه حيى عند ربه حاضر أو لانه يشهد ملكوت الله وملكه ج شهداء • والاسم الشهادة •

واشهد بكذا : اى احلف وشاهده : عاينه • وشاهده : احضره • وفي لسان العرب : رجل شاهد وكذلك الانثى ، والشهادة خبر قاطع •

« شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة وأولوا العلم ، قائما بالقسط » (١) .
وقال تعالى :

كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر (٢) .
وقال :

« لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا » (٣) .

٧٩٩ - قاله تعالى شهيد على رسله بما اوحى اليهم ، وبما فعلوه في اداء الرسالة ، والرسول شهيد على الصحابة واتباعه بما أدى اليهم من الشرع وبين لهم من الدين واقرض عليهم من الاحكام .

والجيل الاول شهود على الجيل الثاني وكل أمة عن من بعدهم .

٨٠٠ - وقد جمع الله تعالى بين العلماء في الآية الاولى وبين الانبياء لمشاركة العلماء للانبياء عليهم السلام في العلم ، وأفردت الامة في الآية الثانية بالثناء والمدح ، وجعلهم في الآية الثالثة شهداء على الناس ، وأشهد الرسول عليه السلام .

٨٠١ - فالشهود لهم مراتب يتفاضلون فيها كما يتفاضل الرسل في المنازل مع تساويهم في الرسالة ، فكذلك الشهود .

٨٠٢ - وقد أمر الله تعالى بالشهادة وبين لنا صفة الشهود بعد أن بين لنا العدد (٤) .

(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 - ومن أظلم ممن كنتم شهادة عنده من الله (١٤٠/٢) .

٢ - فإذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم (٦/٤) .

٣ - يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم ، أو آخران من غيركم (١٠٦/٥) .

٤ - واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل أحدهما فتذكر أحدهما الآخرى ، ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا (٢٨٢/٢) .

٥ - واشهدوا إذا تباعدتم (٢٨٢/٢) .

٨٠٣ - وقد روى عن النبي 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 - فالشهود أمانة الله والرسول والامة فينبغي 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 وعلايته .

اختيار القاضي شهوده

٨٠٥ - وعلى القاضي أن يختار من الشهود كل معروف السريرة طاهر السيرة ميمون النقية (٣) طاهر الاخلاق .
وسنين في (باب) ذكر العدالة ما يجب من ذلك ويشترط .
٨٠٦ - فيوفي كل شاهد حقه من الاكرام وموضعه من الدين ، ويزيد في منزله من ظاهره اجمل وباطنه اسلم ، ليقضى به في الطريقة بقية الشهود ويسلكوا سبيله في التحرج والتحفظ والتيقظ .
٨٠٧ - وهذا باب طويل وفيه علم كثير يتشعب الى شعب كثيرة وأمور جملة ، وهذا كلام في الجملة دون التفصيل .

٦ - يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين . فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا ، وان تلووا أو تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيراً (١٣٥/٤) .
٧ - يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى (٨/٥) .
(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 ٨٦/٤٢) .
(٣) في لسان العرب : هو حسن النقية أي جميل الخليفة .

٨٠٨ - واذ قد ذكرنا حكم الجملة فلنذكر التفصيل •

باب الكلام في عدد الشهود

وهذا باب الكلام في عدد الشهود •

٨٠٩ - اعلم ان الشرع ورد باعتبار العدد في الشهادة ، وخالف في مواضع

قبول الشهادة •

عدد الشهود في الزنا والقذف

٨١٠ - فاعتبر في الزنا أربعة لا امرأة فيهم ولا عبد ولا صبي ولا مجنون

ولا متهم •

٨١١ - واجمع النقهاء على قبول الشهادة في ذلك من العرب والعجم وسائر

أصناف الناس اذا كانوا عدولا ، وسنين صفة العدل في بابه •

٨١٢ - وليس من شرط الشهادة أن يكون قرشيا أو عربيا أو عالما بالاحكام

أو يحفظ القرآن أو الآثار والسيرة (النبوية) •

٨١٣ - وكل رجل يجوز قبول قوله في الحدود يجوز قبول قوله في غير

الحدود •

٨١٤ - وكل عدد ثبت به الحدود^(١) يجوز أن يثبت به غير الحدود •

٨١٥ - ويجوز أن يثبت غير الحدود بما لا يثبت به الحد •

عدد الشهود في القصاص

٨١٦ - والأربعة تعتبر في حد الزنا والقذف ليسقط الحد عن القاذف •

٨١٧ - ويقبل في القصاص شهادة رجلين •

عدد الشهود في الديات

٨١٨ - وفي الديات شهادة رجل وامرأتين ، وكذلك النكاح وسائر العقود

عندنا •

(١) كلمة : به الحدود لم ترد في النسخة المعتمدة •

٨١٩ - فأكمل الشهادات أربعة رجال وبعدها رجلان وبعدها رجل وامرأتان •

شهادة الواحد

٨٢٠ - وشهادة الواحد مقبولة^(١) ، ولها باب يجيء والنساء لهن باب •
٨٢١ - وإذا قد ذكرنا العدد في الشهادة فقد بقي أن نصف العدد بصفة

باب الكلام في صفة الشهود

وهذا باب الكلام في صفة الشهود •
٨٢٢ - اعلم أن اسم الشاهد يقع على المحق والمبطل ، فيقال شاهد عدل وشاهد جور •
٨٢٣ - وإذا قلت : شاهد ، اشتمل على مشهود به ، ومشهود له ، ومشهود عليه ، ومشهود عنده •
٨٢٤ - فالمشهود به : الحق المقضي به •
٨٢٥ - والمشهود له : المدعى •
٨٢٦ - والمشهود عليه : المدعى عليه •
٨٢٧ - والمشهود عنده : الحاكم •
وقد تقدم ذكر ذلك إلا المقضي به •

شروط الشاهد

٨٣٠ - ولا يكون شاهدا في الشرع مقبول القول في 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 في حكم العالم بذلك •

(١) في النسخة المعتمدة : مقبولة في الديات •

شرط البلوغ

شهادة الصبيان في الجراح

- ٨٣١ - أما اعتبار البلوغ في الشاهد فمجمع عليه في سائر الحقوق المحكوم بها ، وهذا قولنا وقول الشافعي ان الصبي لا يقبل قوله في الشهادة على غيره .
وقال مالك تقبل شهادة الصبيان في الجراح قبل أن يفتروا^(١) .

نقد قول مالك

- ٨٣٢ - ولو قبل قولهم (في الجراح) قبل في غير الجراح .
وقد ذكرنا الخبر القاضي انه عليه الصلاة والسلام قال :
« رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » .

شرط العقل

- ٨٣٣ - وأما اعتبار العقل فمجمع عليه ، وقد قال عليه السلام « والمجنون حتى يفيق » وكان المعنى فيه انه غير مكلف فلم يتوجه عليه فرض اقامة الشهادة^(٢) .

شرط الحرية

- ٨٣٤ - وأما اعتبار الحرية في الشهادة فهو قولنا وقول الشافعي ، وهو المروي عن ابن عباس وشريح ومجاهد ومكحول وعطاء وعامر وإياس بن معاوية والحسن (البصري) ورواه عمرو بن شعيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .
٨٣٥ - وقد روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان يجيز شهادة العبد ، وهو قول مالك بن أنس واحمد .

- ٨٣٦ - وعن ابراهيم انه قال : تجوز شهادة العبد في الشيء الطفيف .

(١) وقول مالك أحد أقوال في المذهب الحنبلي وان يكن الاصل عند الحنبلية عدم قبول شهادة لصبيان بحال (التحرير في الفقه لابن البركات ٢٨٣/٢ - ٢٨٤) .

(٣) عبارة : وكان المعنى الخ لم ترد في نسخة قليج .
(١) في نسختي منيخ وقليج : في القاضي وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه .

إعادة الشهادات بعد العتق

- ٨٣٧ - قال أصحابنا : وإن شهد وهو عبد فرد الحاكم شهادته لعله الرق
ثم اعتق فأعاد الشهادة جازت وحكم بها الحاكم لأنه لم يردّها للثمة •
٨٣٨ - وهو قول الشافعي أيضا •

قبول خير العبد في الشرعيات

- ٨٣٩ - واجمعوا على قبول خبره في الشرعيات •
شرط الإسلام
٨٤٠ - وأما اعتبار الاسلام في الشاهد ، فهو قولنا وقول عامة الفقهاء اذا
كان المشهود عليه مسلما ، الا شيء سمعناه عن الحنابلة انهم أجازوا شهادة الذمي
على المسلم في الوصية لظاهر الآية^(١) •
٨٤١ - وقد روى عن مجاهد وعبيدة السلماني وسعيد بن المسيب وابراهيم
التخمي « أو اخران من غيركم من المشركين » •
وهو قول ابن عباس •
٨٤٢ - فأما شهادة الكفار بعضهم على بعض فهي جائزة : اختلفت مللهم
أو اتفقت ، لان الكفر عند اصحابنا ملة واحدة •
٨٤٣ - وقد روى عن عمرو بن ميمون انه أجاز شهادة مجوسي على
نصراني أو يهودي • وهو قول ابن سيرين ونافع وابراهيم ووكيع وحماد
والضحاك •

(١) في منتهى الارادات في 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 - ولو على مثله - غير رجلين كتبايين عند عدم
(مسلم) بوصية ميت بسفر مسلم او كافر » •

وفي المحرر في الفقه لأبي البركات (٢/٢٧٢) : « لا تقبل شهادة الكفارة الا
بالوصية في السفر ممن حضره الموت من مسلم أو كافر اذا لم يوجد غيره ، وفي
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 ، اذ لا تجوز شهادة كافر على مسلم الا في هذا •

٨٤٤ - وقال قتادة :

لا تجوز شهادة النصراني على اليهودي ، ولا اليهودي على النصراني •

٨٤٥ - وقال ابراهيم (النخعي) :

لا يتوارث اهل ملتين ، ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض •

٨٤٦ - وقال أبو سلمة^(١) بن عبد الرحمن :

« لا تجوز شهادة ملة على ملة الا المسلمين وهو قول عطاء بن ابي رباح

والشافعي » •

٨٤٧ - قال أصحابنا :

ولو شهد الذمي على مثله فأسلم المشهود عليه قبل الحكم والقضاء ابطلت

الشهادة ، وإن كان بعد الحكم لم تبطل^(٢) ، كما لو فسق الشهود •

٨٤٨ - وهذا في سائر الحقوق كلها انها لا تبطل ، الا الحدود والقتل

العمد والقصاص في النفس وفيما دون النفس فإني أدرأ ذلك ، وأدرأ عنه القطع

في السرقة وأضمنه المال •

٨٤٩ - وقال أبو يوسف : أدرأ عنه القصاص في النفس وفيما دونها ،

وأضمنه دية ذلك ، ولا يرجع المشهود عليه بذلك على الشاهدين •

٨٥٠ - ولو أسلم الشاهدان بعد اسلامه وقد قضى القاضي بذلك في الحدود

والقصاص فجدد الشهادة عليه أمضيت القصاص وانفذته ويدرأ عنه الحدود •

٨٥١ - وقال الخفاف :

« والقياس عندي ان أمضيه عليه وان أسلم لانهما صارا الى حالة يجوز

شهادتهما عليه » •

٨٥٢ - ولو كان الشاهدان أسلما أولا ، ثم أسلم بعد ذلك المشهود عليه

فجددا الشهادة ولم يكن الحاكم ابطلها أمضيت الشهادة والحكم •

٨٥٣ - وقد قال أصحابنا : اذا شهدا على ذمي في حال الكفر فرد الحاكم

(١) في النسخة المعتمدة : أبو سلمة عبد الله •

(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 - 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 - ولا فرق بين أن يشهد وهو كافر أو لا يشهد الا بعد الاسلام •
- ٨٥٦ - وكذلك قال أصحابنا في العبد اذا عتق والصبي اذا بلغ مثل ذلك ، لان الرد لم يكن لاجل التهمة •
- ٨٥٧ - وسنذكر في باب ما ترد به الشهادة سائر ما ترد به الشهادة ان شاء الله •

في اعتبار العدالة

- ٨٥٨ - 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 - فالعدل في الاصل مصدر ، وهو مقابل للجور ، وحقيقته التسوية بين الامرين أو الخصمين وترك الميل الى أحدهما^(٣) •

(١) جاء في أذب 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 في الفقه الشافعي كما ذكر الماوردي في المرجع المذكور (١٨٥٩) •

(٢) وثمة تعريف آخر للعدالة في نظر ، الفكر الاسلامي ورد في كتاب قاضي القضاة عبد الجبار بن احمد المعتزلي فقد عرفت بانها « توفير حق الغير واستيفاء الحق منه » (ص ١٣٢ من شرح الاصول الخمسة) •

(٣) في النسخة المعتمدة : الواحد •

٨٦٠ - ولهذا قال الله تعالى :

ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل^(١) .

٨٦١ - والعدل هو كل فعل تعدى الفاعل ، وسواء كان ضررا بالغير أو

نفعاً له . يقال حكم الحاكم بالعدل بين الخصمين ، وإن كان قد نفع أحدهما وأضر بالآخر .

٨٦٢ - 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 أنه عدل

ولا عادل إلا بتفسير وتقييد ، وكذلك إذا امتنوا في القسمة لا يقال عدول .

العدل في عرف أهل الشرع

٨٦٣ - والعدل في عرف أهل الشرع كل مقبول الشهادة على غيره عند

السلطان والحاكم .

شرائط العدل

٨٦٤ - ويدخل فيها^(٢) شرائط كثيرة منها أن يجتنب الكبائر وما يستخف

بفعله من الامور ويذهب بالمرءة عند العموم ، لان مرتكب ذلك فاسق باجماع

المسلمين .

٨٦٥ - والفاسق غير معمول بقوله ، وقد دل القرآن على الثبوت في خبره .

تعريف الفسق

٨٦٦ - والفسق هو الخروج عن الشيء في اللغة^(٣) . وقد جاء في الشرع

مطلقاً لمن فعل الكبائر انه خارج عن أمر مولاه .

(١) النساء ١٢٩ .

(٢) الضمير يعود الى صفة مقدرة هي : صفة الشاهد العدل .

(٣) في لسان العرب : الفسق العصيان والترك لامر الله عز وجل والخروج

عن طريق الحق فسق فسق ويفسق فسقا وفسوقا وفسق بالضم عن

- ٨٦٧ - وقد قال تعالى في حق ابليس : « ففسق عن أمر ربه » يعني خرج .
- ٨٦٨ - وقد اختلف في شهادة الكافر على ما ذكرناه ، ولم يختلف في شهادة الفاسق .
- ٨٦٩ - وسندكر في بابه ما فيه من العلم ان شاء الله عند البلوغ اليه .
- ٨٧٠ - ومنها أن يكون عادلا في جميع ما يجب العدل فيه على الدوام ، لانه لا يصح أن يكون عدلا غير العادل .
- ٨٧١ - ومنها أن لا يكون كاذبا لان الكذب معصية توجب اتهامه في خبره فلا يحصل الظن بمخبره فلا يكون عدلا .
- ٨٧٢ - وقد ذكرنا البلوغ والعقل لان به يجتنب المعاصي ويسارع الى الطاعات .

الفسق من طريق الاعتقادات

- ٨٧٣ - 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 - واتفقوا على أن فسقه من طريق الجرح ، وانه يمتنع كالزنا والسرقه .

الليثاني أي فجر قال زواه 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 : فسق فلان في الدنيا فسقا إذا اتسع فيها ، وهون على نفسه واتسع بركوبه لها ولم يضيقها عليه ، وفسق فلان ماله اذا أهلكه وانفقه ، وقال : انه لفسق أي خروج عن الحق ، أبو الهيثم . . . ورجل فاسق وفسيق وفسق : دائم الفسق ، ويقال في النداء يا فسق يا خبيث ولانثى يا فساق مثل قطام يريد يا أيها الفاسق ويا أيها الخبيث . . . قال : أصل الفسق الخروج عن الاستقامة والجور ، وبه سمي المعاصي فاسقا .

- ٨٧٥ - وقد قبل الفقهاء رواية الصدر الاول بعد 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 - والعدالة شرط في قبول الخبر فكذلك الشهادة •
- ٨٧٧ - وسنذكر في باب الشهادة وما يليها جميع المسائل المتعلقة بهذا الشأن ان شاء الله •

اعتبار العلم بما يشهد به

- ٨٧٨ - وأما اعتبار العلم بما يشهد به الشاهد فمجمع عليه ، وبه ورد القرآن والسنة •
- ٨٧٩ - ولا يحل له الشهادة بغير ما يعلم ، ولا مع الشك فيما شهد به ، ولا مع جهاله المشهود له •
- ٨٨٠ - 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 - واذا شهد فعلم الحاكم لم ينفذ الحكم •
- ٨٨٢ - وقد قال أبو يوسف ومحمد : له أن يشهد اذا عرف الخط ، وكذلك قال أبو حنيفة اذا عرف المجلس ولم يذكر الشهادة •
- ٨٨٣ - وقد روى عن الحسن (البصرى) واخيه سعيد انهما شهدا على شهادة ثم دعيا الى اقامتها فتنسها الحسن وذكرها سعيد ، فقال سعيد للمحسن : اشهد انا قد شهدنا عليهما أنا وأنت •
- قال : كذلك ؟
- قال : نعم
- فذهب الحسن فشهد معه •
- ٨٨٤ - واذا قد ذكرنا الكلام في صفة الشهود فلنذكر مواضع الشهادة •

باب الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة

- ٨٨٥ - أما الحدود والقصاص في النفس والطرف والقطع في السرقة وخذ القذف وقاطع الطريق فإنه لا يثبت الا بشهادة الرجال العدول خاصة .
- ٨٨٦ - ولا يحكم بشهادة الشهود في ذلك الا بعد المسألة عن عدالتهم .
- ٨٨٧ - وقد ذكرنا في باب ما يعتبر في جواز الشهادة وطريق حصولها ما يعتبر في التركيبة ليكون الرجل عدلاً^(١) .
- ٨٨٨ - وهذه الجملة لا خلاف فيها انها لا تثبت بشهادة النساء ولا بشهادة الرجال والنساء .
- ٨٨٩ - واذا شهد الرجال والنساء بذلك في القتل الخطأ ثبت المال والدية والضمان في السرقة دون القصاص والقطع .
- ٨٩٠ - ولا يقبل في القتل العمد والقطع العمد شهادة النساء مع الرجال ، وهو قول الشافعي في القتل العمد لا يختلف .
- ٨٩١ - وفي السرقة يثبت المال دون القطع . وكل ما عدا ما ذكرناه فإنه يثبت عندنا بشهادة الرجال والنساء كالنكاح والرجعة والطلاق والعقاق على مال ، وسائر ما يثبت عند الحاكم بالرجلين في غير الحدود والقصاص .
- ٨٩٢ - وقول الشافعي 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 - وكان ينبغي 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 في مقابر الكفار .
- ٨٩٤ - والامر عندنا بخلاف ذلك .

(١) الى هنا تنهى الزيادة الواردة في نسختي مينيخ وقليج ثم تتفق النسخ الثلاث .

باب شهادة النساء خاصة

وهذا باب ما تقبل به شهادة النساء خاصة •

قال أصحابنا :

- ٨٩٥ - شهادة النساء مقبولة في عيوب النساء ، وما لا يطلع عليه الرجال كالنظر الى فرج المرأة والشهادة انها بكر أو ثيب •
- ٨٩٦ - ولا تقبل شهادة الرجال بذلك ، كما لا تقبل شهادة النساء اذا شهدن انه خصي أو فحل •
- ٨٩٧ - وقبل أبو حنيفة شهادة القابلة وحدها اذا كان هناك حمل ظاهر أو اقرار من الرجل بالحمل ، او كان النكاح بافياً •
- ٨٩٨ - ومتى خلت الشهادة من واحدة من هذه الوجوه لم يقبلها •
- ٨٩٩ - وقبلها أبو يوسف ومحمد •
- ٩٠٠ - وعند الشافعي « لا يقبل أقل من أربع نسوة في هذه المواضع ، وقبل الشافعي »^(١) شهادة النساء وحدهن في الرضاع •
- ٩٠١ - ولم يقبل ذلك أصحابنا حتى يكون معهن رجل فيقبل ذلك •
- ٩٠٢ - وسنذكر في كل كتاب مسأله •
- ٩٠٣ - وقد قبل الجميع قول النساء في الحيض والنفاس والذبيحة واخبار الشرع الواردة في الاحكام فيما يسقط بالشهادة وما لا يسقط •
- ٩٠٤ - وقد ذكرنا ما يجوز ان يتصرف فيه النساء من حقن وحق غيرهن فيما مضى •
- ٩٠٥ - واذا قد ذكرنا ما يقبل قولهن فيه ، فهذا ما يقبل فيه قول النساء والرجال •

باب ما يقبل من قول النساء

٩٠٦ - اتفق الفقهاء على قبول شهادتهن في البيع والاجارة والرهن والمضاربة

(١) هذه الزيادة من نسخة قليج •

والنصب وسائر ما يجب به المال ، اذا كان معهن رجل ، ولا تقبل شهادته اذا
انفردن وان كثرن في العدد .

٩٠٦ - وعندنا تقبل على كتاب القاضي الى القاضي وفي الاحصان والرجعة
والطلاق والعناق والنسب والولاء وسائر ما عدى الحدود والقصاص .

٩٠٨ - وكل موضع قبل فيه كتاب القاضي الى القاضي تقبل فيه شهادة
الرجال والنساء .

٩٠٩ - وان شئت قلت : كل موضع تقبل فيه الشهادة على الشهادة يقبل فيه
قول الرجال والنساء .

٩١٠ - وقبل الشافعي الشهادة على الشهادة في النكاح والرجعة والكتاب
الوارد من القاضي الى القاضي ، ولم يقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

٩١١ - 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 في الاموال فاعبر مذهبا على أحد الوجهين الذين قد بينا .

٩١٢ - فاما تفريع الشافعي فمختلف ، يقبل في الطلاق^(١) 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 الذي يستحق به المال (فتفريعه) على أصوله يحتاج الى عدد المسائل
وحفظها .

٩١٣ - وسنذكر في كل كتاب ما خالف فيه ان شاء الله .

٩١٤ - واذ قد ذكرنا قول الرجال والنساء فلنذكر قبول قول العبيد .

باب ما يقبل فيه قول العبيد

وهذا باب ما يقبل فيه قول العبيد .

(١) في نسخة قليج : الصداق .

٩١٥ - 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 في الشرعيات ، وقبول قوله في التزكية ، وقبول امامته في الصلاة كالأحرار .

١٩٦ - واجاز أبو حنيفة امانه اذا اذن له مولاه .

٩١٧ - وقال الشافعي يجوز بغير اذن مولاه ، وهو قول ابي يوسف ومحمد .

٩١٨ - واجاز الجميع طلاقه بغير اذن مولاه ، وانه في (الحنث) كالحر في الايمان والظاهر والقتل والسرقه والاقرار بما يجب به اتلاف نفسه او عضو منه ، وامتنعوا من قبول شهادته في الاموال .

٩١٩ - وقد ذكرنا فيما تقدم ان علياً رضي الله عنه قبل شهادة العبد ، وهو قول مالك بن انس وابراهيم قبلها في الشيء الطفيف .

٩٢٠ - واتفقوا على انه والحر سواء في الصلوات والصيام .

٩٢١ - واختلفوا في نكاحه بغير اذن مولاه : فاجازه مالك ، ولم يجزئه أصحابنا والشافعي .

٩٢٢ - وانه في الكفارة بغير المال مثل الحر العاجز عن المال .

٩٢٣ - واختار أصحابنا اجباره على النكاح ولم يجزه الشافعي وان كان مكلفا .

٩٢٤ - وفي الصغير اختلف اصحابه .

٩٢٥ - واختلف في قتل الحر به فعندنا هما سواء .

٩٢٦ - وعند الشافعي لا يقتل به الحر .

٩٢٧ - وسيجيء في كل كتاب مافيه من المسائل ان شاء الله .

٩٢٨ - واذا قد ذكرنا ذلك فلندكر من ظاهره العدالة :

باب من ظاهره العدالة

- وهذا باب ما يقبل فيه قول من ظاهره العدالة •
- ٩٣٩ - قال أبو حنيفة : ويقبل قول من ظاهرة العدالة في الشهادة في سائر الحقوق المالية أو ما يجري مجراها الا أن يطعن فيه الخصم ، فيستل عنه سرا ويركا في العلانية •
- ٩٣٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : يقبل قوله حتى يشك فيه ، كما في الحدود •
- ٩٣١ - وهو قول الشافعي ^(١) •
- ٩٣٢ - واتفق الفريقان على انه ينعقد بحضوره النكاح ، ويكفي في ذلك عدالة الظاهر •
- ٩٣٣ - ومن اصحابنا من قال لا ينعقد ، وخبره مقبول في الشرعيات •
- ٩٣٤ - وسائر ما يقبل فيه قول البعد يقبل قوله فيه •
- ٩٣٥ - وهو كالبعد عند الجميع في الوصية • وولاية النكاح •
- ٩٣٦ - واذا حكمه رجلان جاز ان يحكم بينهما •
- ٩٣٧ - وفي جواز الصلوة خلفه وقبول فتواه والرجوع الى تعريفه في الشهادة وخبره في العزل والولاية ورؤية الهلال واحكام اخر تمر ^(٢) في الكتاب في مواضعها •
- واذ قد ذكرنا قول العدل وقول من ظاهره العدالة (فلنذكر ما يقبل قول الفاسق فيه) •

باب ما يقبل قول الفاسق فيه

- ٩٣٨ - ويقبل قول الفاسق على نفسه في سائر العقود والحقوق والحدود ، وينعقد البيع له ولغيره بقوله ، وكذلك سائر العقود •

(١) أدب القاضي للماوردي (١٨٣٢) وما بعده •

(٢) في نسخة قليج : ثرى •

٩٣٩ - وقال الشافعي : ان كان العقد في حق نفسه صح بقوله ، وان كان في حق غيره لم يقبل في النكاح وقبل في سائر العقود اذا كان وكيلا •

شهادة الفاسق على النكاح

٩٤٠ - وعندنا ينعقد النكاح بشهادة الفاسق وعند الشافعي لا ينعقد •

إمامة الفاسق في الصلاة

٩٤١ - ويصح امامة الفاسق في الجمعة وغيرها عندنا وعند الشافعي •

٩٤٢ - وقال مالك لا يصح أن يؤم الفاسق العدل في الصلوة •

٩٤٣ - ولا يقبل قوله في الشهادة على الحقوق لا أنا حكمنا بكذبه وانما رددنا شهادته لانه لم يوجد شرط قبول شهادته ، لانه تعالى قال « ممن ترضون من الشهداء »^(١) وقال :

« فتبينوا ان تصيبوا قوما بجهالة »^(٢) •

٩٤٤ - وقد قبل اصحابنا قوله في رد الطينة ، وامتناع الخصوم من الحضور وعملوا على قوله في قبول الهدية ، وقبلوا قوله في نجاسة الماء وطهارة الثوب وكون الشاة ذكية أو ميتة والاذن في دخول الدار وقال الجميع لو شهد 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 - وقالوا يجوز ان يكون وصيا ووكيلا •

٩٤٦ - واجاز الجميع امامه لاهل الحرب وانه في ذلك كالعدل •

(١) سورة البقرة ٢٨٢ •

(٢) سورة الحجرات ٤٩ •

٩٤٧ - واتفقوا على انه لو تحمل شهادة وهو فاسق وانها هو عدل انها
تقبل ويحكم بها .

٩٤٨ - وانه في الحدود والعقود مثل العدل .

٩٤٩ - وسنذكر في باب الحجر ما يؤثر فيه الفسق ولا يؤثر لانه اشبه
موضع بذكره .

٩٥٠ - واذ قد ذكرنا حكم الشهود ، اذا كملت صفاتهم وعددهم فلنذكر
صفاتهم وحكمهم اذا نقصوا .

باب الشاهد واليمين^(١)

وهذا باب ذكر الشاهد واليمين وما يقضى به فيه .

٩٥١ - اتفق اصحابنا جميعا على انه لا يقضى بشاهد ويمين الطالب في
شيء من الحقوق كائنا ما كان ذلك الحق .

٩٥٢ - وهو قول الشعبي وابراهيم (النخعي) والزهري^(٢) .

٩٥٣ - 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 يحيى ،
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 عبد الحميد
ابن عبد الرحمن 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 يحلف
احلف المطلوب ، فان حلف سقط عنه ذلك الحق ، فان أبى ان يحلف ثبت عليه
الحق لصاحبه ، قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ، ولا يقع ذلك في شيء
من الحدود ، ولا في نكاح ولا في طلاق ، ولا في عتاقة ولا في سرقة ولا في فرية .
(٢) وقول زيد بن علي وابن شبرمة والامام يحيى (طرق القضاء للمرحوم

احمد ابراهيم ابراهيم ص ٢٧١) .

(٣) قال بذلك أيضا مالك واحمد وأهل الحجاز (طرق القضاء للمرحوم

احمد ابراهيم ابراهيم ص ٢٦٩) وفي هذا الكتاب مناقشة حجج الفريقين .

٩٥٤ - وقال البيهقي 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 - وقد طعن اصحاب الحديث في حديث الشاهد واليمين فحملوه على كل طريق ممكن^(٢) .

٩٥٦ - والاصل ان مال الغير لا يجوز ان يقبل فيه قول غيره ، ويسلم الى المدعى الا في 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 البيّنات في الطرق التي يحفظ بها الانسان حقه . قال تعالى « يا ايها الذين آمنوا اذا تداینم 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 ترجسون 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 يحيى 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 ولأنه 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 البيهقي على المدعى فلم يروه أحد من اصحاب الكتب الستة ، واما انكار سهيل الحديث الذي رواه عنه ربيعة فسببه انه اصاب سهيلا علة اذهبت 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 ورجالها كلهم ثقات (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ابراهيم ، ص ٢٧١ - ٢٧٢) .

(٣) وهكذا نجد ان السمناني مزج قواعد الاثبات بقواعد الكسب دون سبب

٩٥٧ - قال الشافعي : واليئة يبتان بينة كاملة عدد الشهود لا يحلف معها وبينه ناقصة العدد في المال يحلف مقبضها معها .

٩٥٨ - 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 أو جرح لا قصاص فيه ، أو اقرار أو غير ذلك مما يوجب المال .

٩٥٩ - قال : ولو اتى قوم بشاهد ان لا يهيم على فلان حقا أو ان فلانا قد اوصى لهم ، فمن حلف منهم مع شاهده استحق موروته أو وصيته دون من لم يحلف .

٩٦٠ - فان كان فيهم معتوه وقف حقه حتى يعقل فيحلف أو يموت فيقوم وارثه مقامه فيحلف ويستحق .

٩٦١ - ولا يستحق اخ يمين أخيه .

٩٦٢ - وليس الغريم والموصى له في معنى الوارث في شيء .

٩٦٣ - 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 بنصبه شاهد واحد ، فيحلف ويستحق الغصب ولا يثبت عليه الطلاق ولا العتاق لانه ليس بحكم الحد حكم المال .

٩٦٤ - قال : ولو أقام شاهدا على جارية انها له ، وابنها ولد منه حلف وقضى له بالجارية وكانت أم ولده باقراره ، لان أم الولد مملوكة ولا يقضى له بالابن لانه لا يملكه على انه ابنه .

فاستخرج هذه القاعدة عن طريق التحليل العقلي والتركيب بين نظامين أحدهما مشتق من قواعد الإثبات والاخر متسلسل من القواعد العامة في الكسب دون سبب ، وفي هذا ايضا ما يؤيد ان مبدأ لكسب دون سبب يصدر في الفقه الاسلامي عن قاعدة عامة لا عن تطبيقات جزئية محصورة ، ولولا ذلك لما صح هذا المزج بين النظامين المذكورين واستخراج الاصل المذكور .

٩٦٥ - قال المزني : وقد قال في موضع آخر يأخذها وولدها ويكون ابنه •

قال المزني وهذا ابنه بقوله الذي لم يختلف وهو قوله لو أقام شاهدا على عبد في يدي آخر 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 اجزاه في المولى لزمه في الابن •

٩٦٦ - قال ولو أقام شاهدا ان اياه تصدق بهذه الدار عليه صدقة محرمة موقوفة ، وعلى اخوين له ، فاذا انقضوا فعلى اولادهم او على المساكين فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقي 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 فنصيه منها وهو الثلث صدقة على ما شهد به شاهده ثم نصيه على من تصدق به ابوه عليه بعده وبعد اخويه •

٩٦٧ - واعترض المزني على الشافعي وقال ان من قوله ان الموقف عليه لا يملك رقبة الوقف ، وانما يملك المنفعة ، فكيف يحلف من لا ملك له في 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 ينبغي ان يكون قوله في الوقف ، وافسد تفريع صاحبه في الباب بعد ان ذكر جملة الفروع له ، وبالع في الرد عليه •

٩٦٨ - وتفريع العمل على الشاهد واليمين لا يستقيم لانه يعمل به في موضع دون آخر ، ويختلف جنبه المحكوم به في ذلك اختلافا شديدا والصواب عندنا - والله اعلم - ان الحكم لا يجوز به •

٩٦٩ - وقد اختلف أصحابنا اذا حكم الحاكم به هل ينقض حكمه أم لا ؟ فمنهم من نقضه ومنهم من لا ينقضه •

٩٧٠ - وسنفرد بابا فيما ينقض فيه قضاء القاضي ولا يتقض وما يخله وما لا يخله ان شاء الله .

٩٧١ - واذا قد ذكرنا ما يقضى به من طريق معرفة الشاهد وعلمه فلنذكر ما يسمع من غيره .

باب ما يقبل فيه شهادة الاستفاضة من الأشياء (١)

٩٧٢ - اعلم ان ههنا مسائل اجمع الفقهاء على قبول شهادة الاستفاضة فيها ، ومسائل اختلفوا فيها .

٩٧٢ - فاما المسائل التي اجمعوا على قبول شهادة الاستفاضة فيها فمنها :
النسب فانه يجوز ان يشهد بنسب لم يدركه ، لانا نشهد ان محمدا النبي صلى الله عليه وسلم (هو) ابن عبدالله وابا بكر (هو) ابن جحافة وعمر (هو) ابن الخطاب وعثمان (هو) ابن عفان وعلي (هو) ابن ابي طالب رضى الله عنهم ، ولم ندرك ذلك ولا شهدنا الالباء ولا البنين .

٩٧٣ - ولا فرق بين النسب الى الاب او الى الام لانا نشهد ان الحسن والحسين (هما) ابناء فاطمة عليهم السلام .

٩٧٤ - ومن رأى رجلا ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يشاهد المنسوب اليه ولكنه سمع الناس يقولون ذلك وسعه الشهادة له بالنسب .

٩٧٥ - ولو رأى رجلا يقول انا ابن فلان الفلاني لم يسمعه ان يشهد

(١) في لسان العرب في مادة فيض : فاض الحديث والخير واستفاض ذاع وانتشر ، وحديث مستفيض ذائع ، ومستفاض قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، وإياها أكثرهم حتى يقال مستفاض فيه ، وبعضهم يقول استفاضوه فهو مستفاض التهذيب ، وحديث مستفاض مأخوذ فيه ، قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، ومن قال مستفيض فانه يقول ذائع في 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 .

له بالنسب حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر الخبر بذلك بين الناس من غير
تواطىء •

٩٧٦ - ولو نزل بين قوم وهم لا يعرفونه فقال : انا فلان بن فلان لم
يسمعهم ان يشهدوا له (بالنسب) حتى تقع معرفة ما قال في قلوبهم •

٩٧٧ - وقد حد بعض اصحابنا ذلك بان يقيم معهم سنة •

٩٧٨ - وان وقع ذلك في قلوبهم قبل السنة لم يسعهم ان يشهدوا بنسبه •

٩٧٩ - وقال محمد : لا تسعهم الشهادة حتى يسمع ذلك من رجلين عدلين
من أهل البلدة التي هي ببلده^(١) •

الشهادة على الموت

٩٨٠ - والشهادة على الموت : تثبت بالاستفاضة كالنسب •

٩٨١ - واذا شهدوا انه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث •

٩٨٢ - واذا قضيت بنسب الى رجل وحكمت بميراثه ثم قامت بينة انه فلان
ابن فلان « الفلاني »^(٢) نسبوه الى أب آخر غير الذي نسبته اليه الاول وانه عصبة
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 - ولا يكلف الشهود أن يقولوا انه لا وارث لفلان غير هذا لانه
غيب ، وقولهم لا نعلم يكفي في الشهادة •

(١) في نسخة قليج : من أهل بلده •

(٢) الزيادة من نسخة قليج •

(٣) في لسان العرب المحتد الاصل والطبع ورجع الى محتده اذا فعل شيئا
من المعروف ثم رجع عنه •

٩٨٤ - وان قالوا : لا نعلم له وارثا في العراق غير فلان ، فالشهادة جائزة عند ابي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز حتى ينهوا الشهادة ويقولون لا يعلمون .

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 في الخبر المستفيض 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 بحضرة نسوة اخر فيعرفنه اياها كما عرفنه (في) الاولى ويتردد اليها شهرين او ثلاثة ، فاذا وقعت معرفتها في قلبه بقول رجال ونساء (١) شهد لها بذلك وعليها .

شهادة الشهود على معرفة النساء في مدينة السلام

٩٨٧ - ورأيت الشهود بمدينة السلام يشهدون على معرفة النساء بقول العامة والدلائل ويشهدون بين يدي شيخنا قاضي القضاة رحمه الله ، فيقولون : - نشهد - اطال الله بقاء سيدنا السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة - على اقرار فلانة بنت فلان ، وقد عرفتها بعينها واسمها ونسبها ، وما رجعوا الا الى من ذكرناه في التعريف .

قبول الاستفاضة على الولاية والخلع

٩٨٨ - وتقبل الاستفاضة على الولاية والعزل والخلع لان بذلك نعرف الولايات وكثير لا يشهد بيعة ولا خلعا .

(١) في نسخة قليج : يقول شهد رجال ونساء بذلك وعليها .

فصل

الشهادة على موت إنسان

٩٨٩- فإذا أخبر الشاهد بالموت رجل أو امرأة ثقة ، وقالوا نحن عاينا موت فلان ، وسعه الشهادة بموته ، ولا يسعه أن يشهد على ما يصنع أهل من نعى إليهم أنه مات حتى يخبر بذلك من شهد موته ، فيجوز أن يشهد .
وليس كل من شهدنا بموته عاينا ذلك لانا نشهد بموت الصحابة رضي الله عنهم والعلماء ولم نر ذلك .

فصل

الشهادة على النكاح بالسماع

٩٩٠- ويجوز أن يشهد بنكاح لم يحضره ان فلاتة زوجة فلان وان فلاتا زوج فلاتة 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 بفلاتة ويمضي على ذلك الشهور الا يشهد لها بالنكاح ؟

٩٩١- وكذلك الصغير يكبر فلو كان بينهما ولد ينسب اليهما اما يشهد بنسبه اليهما ؟

٩٩٢- كل ذلك يجوز ان يشهد به .

٩٩٣- وهذا لا خلاف فيه بين الناس نعلمه .

إدعاء رجلين نكاح امرأة

٩٩٤- قال أصحابنا : وإذا ادعى رجلان نكاح امرأة فأقرت لاحدهما فهي امرأته ، فان أقام الآخر البينة انها امرأته قضيت بها له وابطلت اقرارها للاول .
٩٩٥- وان أقاما بينة لكل واحد انها امرأته فهي لصاحب الوقت الاول اذا وقتا ، وان لم يوقتا لم أحكم بها لواحد منهما .

٩٩٦ - وقد قال اصحابنا : انها اذا كانت فى منزل احدهما وتحت يده واليئة مطلقة فصاحب اليد اولى .

٩٩٧ - وقد اختلف اصحابنا اذا وقت أحدهما ولم يوقت الاخر فى الملك ، انه يقضى للذى لم يوقت عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف يقضى لصاحب الوقت .

٩٩٨ - وسندكر هذه المسألة واشباهها فى الدعوى ان شاء الله .

تنازع على نكاح امرأة

٩٩٩ - واذا ادعى نكاح امرأة وهى تجحد فأقام بينة وقضى له بها ، فجاء رجل آخر واقام اليئة على مثل ذلك لم احكم بها له وهى زوجة للاول الا ان يوقت وقتا قبل وقت الذى قضى بها له ، وهى لصاحب الوقت الاقدم منهما .

الشهادة على المعاملات

١٠٠٠ - وقال اصحابنا : ولا تجوز الشهادة على العنق والطلاق والقتل والنصب والجراحات والبيع والديون وما يدور بين الناس من المعاملات الا بمعينة أو اقرار .

الولاء المشهور

١٠٠١ - واختلف اصحابنا فى الولاء المشهور ، فلم يقبل أبو حنيفة ومحمد فيه الاستفاضة وجعلاه كالعتق .

١٠٠٢ - وقال أبو يوسف تجوز كالنسب .

لا ينقل الولاء بعد ثبوته

١٠٠٣ - واذا ثبت الولاء من رجل بان شهد الشهود انه مولاة الذى اعتمه

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 إلخ

١٠٠٤ - وقال أصحابنا : لا تجوز الاستفاضة في الملك المشهور ، وقبل ذلك الشافعي •

١٠٠٥ - وفي الوقف المشهور خلاف برواية عن ابي يوسف انه يقبل في الملك انما هو لمن يتصرف في ذلك بالبيع والعقود والاجارة والارث والوصية ،
١٠٠٦ - وقال أبو حنيفة : اذا رايت الدار في يدى رجل او الثوب أو الدابة وسعت ان تشهد ان ذلك له بظاهر اليد •

١٠٠٧ - واختلف اصحاب الشافعي في اليد هل تدل على الملك ام لا ؟
فمنهم من قال تدل على الملك •
ومنهم من قال لا تدل على ذلك •

١٠٠٨ - ولو كانت اليد لا تدل (على الملك) لما سمعت الدعوى على من في يده الشيء وجعل القول قوله في ذلك •

١٠٠٩ - وقال محمد عن ابي حنيفة في الجامع الصغير •
- اذا رأى الشاهد في يد انسان شيئا وسعه ان يشهد له بالملك الا العبد والامة •

١٠١٠ - وقال أبو يوسف لا يسمع ذلك حتى يقع في قلب الشاهد ذلك ، ولم يفرق في الامالى^(١) بين الحيوان والرقيق •

١٠١١ - وقال الخصاص :

اذا شهد 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 - وان شهد على الملك من لم يعاين الملك ، ولكن عاين من ينسب اليه الشيء فرأى المالك^(١) لم تجز له الشهادة ، انما تجوز الشهادة اذا كان الشاهد قد عاين الدار ولم يعاين المالك اذا كن مشهورا في الاستحسان ، وفي القياس لا يجوز ذلك .

١٠١٣ - وقد ارتكب بعض اصحاب الشافعي ان العقود تثبت بالاستفاضة ، ولو ثبت ذلك بالاستفاضة لما اعتبر علم الشاهد في شيء من الشهادات .

١٠١٤ - واذا 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

- وهذا باب اشهادة وما يعتبر في جوازها وطريق حصولها والتزكية .
١٠١٥ - وقد كان الواجب ان يذكر هذا الباب في أول ابواب الشهادات الا انا اخرناه لانه كلام في الطريق الى معرفة ما قدمناه .

١٠١٦ - وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل عن الشهود فيما تقدم ، وذكرنا صفة العدل وبيننا من ذلك في اول الابواب المقدمة ما فيه كفاية .

١٠١٧ - 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 مقصوده يبين بها الغرض ان شاء الله .
١٠١٨ - فقال ابراهيم النخعي :

(١) جملة « فرأى المالك » لم ترد في نسخة قليج .

العدل في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج •
١٠١٩ - وقال الشعبي :

شهادة الرجل جائزة ما لم يضرب حدا أو يعلم عليه فرية^(١) في دينه •
١٠٢٠ - وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه سأل رجلا عن
رجل فقال له : ما علمت عنه الا خيرا ، فقال له : حسبك •

١٠٢١ - 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 - وكان الحسن يجوز شهادة المسلمين الا ان يجرح الخصم الشاهد •
١٠٢٣ - وروى عن الحسن ان رجلا اتاه فقال ان اياس بن معاوية
رد شهادتي •

فقام معه الحسن فقال ما منعك وروى يالكع !

لم رددت شهادة هذا ؟ اما 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 - وقد روى الحذاء^(٣) ان اياس بن معاوية قضى في يوم قضية
ماصيرا^(٤) فيها يمين ولا سأل فيها بيعة •

(١) هكذا اجتهدنا في قرائتها ولعلها : خربة • والفرية الكذب والخربة
سرقة الابل وكل خيانة او هي الفساد في الدين •

(٢) كذا في جميع النسخ ولعلها : فهم يعرضون انه مريب •

(٣) يستفاد من كتاب أخبار القضاة لوكيع (١/٣١٧) ان خالده الحذاء كان

فقيها مشاورا لقاضي البصرة اياس بن معاوية بن قرة المزني •

(٤) كذا في جميع النسخ ولعلها ما سُمع •

من كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري

١٠٢٥ - وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابي موسى:

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة » (١) .

١٠٢٦ - وقد روى عن محمد بن عبدالرحمن الموصلي (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 يفرر بدينهم ويمكنوا عدوهم منهم من أجل طمع الدنيا فعرفت ان هؤلاء ان اعطى أحدهم درهمين في شهادتهم لم يتخرج بعد تقريرهم بدينه .

واما الذين يتجرون في 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 يأتي بشهادة .

(١) أصل هذه الفقرة من رسالة عمر حديث المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قرية وقد أورد الماوردي في أدب القاضي 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 ، ص ١٤٣-١٤٥ وحجج تيان في التشكك من صحة هذه الرسالة في كتابة تاريخ التنظيم القضائي في ديار الاسلام ، ص ٨٧-٨٢ .

(٢) جاء في أخبار القضاة لوكيع (٣٥٩/١) « حدثني أحمد بن علي قال حدثنا ابن وهب ، عن عبدالله بن لهيعة ، عن محمد بن عبدالرحمن القرشي الخ ، »

وقد كان علي بن موسى يجيز شهادة أهل الأهواء وإبراهيم أهلاً لها إذا ادخلهم في الهوى الدين الا الخطابية فان بعضهم يقبل يمين بعض ويشهد له فلا اجيز شهادة هؤلاء ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ، وقال بجواز الشهادة في هذا على النكاح^(٢) .

١٠٢٧ - وقد روى عن ابن شبرمة انه قال :

ثلاث لم يعمل بها احد قبلي ولا يتركهن أحد بعدى :

• المسئلة عن الشهود في السر

• وانبات حجج الخصمين

• وتحلية الشهود في المسألة^(٣) .

طريق معرفة العدل

أو التزكية

١٠٢٨ - وطريق معرفة العدل انما هو سؤال القاضي 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 ابي عبدالله جعفر بن محمد الصادق ، وقد جاء في الملل والنحل للشهرستاني أن الصادق تبرأ منه ولعنه ، وأخبر أصحابه بالبرائة 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 في النبوة ، والنبوة نور في الامامة ، ولا يخلو العالم من هذه الآثار والانوار ، زعم أن جعفر هو الاله في زمانه ، وليس هو المحسوس الذي يروونه ولكنه لما نزل الى هذا العالم لبس تلك الصورة فرآه الناس فيها ، ولما وقف عيسى بن موسى صاحب المنصور على خبث دعوته قتله بسبحة الكوفة وافتقرت 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 للماوردي (١٨٦٩) وقد حكى عن ابن شبرمة انه قال :

« شيثان ما عمل بهما قبلي ، ولا يتركهما بعدي أحد ، ولم يذكر اثبات حجج الخصمين .

١٠٢٩ - وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل فيما تقدم ، وههنا نذكر
كيفية المسئلة .

١٠٣٠ - قال اصحابنا : يسئل في السر ، عن انسابهم وحلالهم ومجالسهم
فيستل أهل الثقة والامانة من جيرانهم ممن يصلح لذلك ، وليس كل عدل يصلح
ان يسئل عن الشهود لانه قد يكون عدلا فيه غفلة ، فاذا سئل ف قيل هو عدل
جائز الشهادة اخبر القاضي بذلك في السر فيقبل القاضي ما يأتيه من التعديل
في قول ابي حنيفة و ابي يوسف .

١٠٣١ - وقال أبو حنيفة رجلان افضل ، وقال محمد لا يقبل الا رجلين ،
وهو قول الشافعي .

١٠٣٢ - والرأى للقاضي ان يستظهر برجل آخر في المسائل ، فاذا اتاه
الاول بشيء من أمر الشهود دفع الى الآخر ايضا اسماء الشهود وأمره بالمسئلة
ولم يعلمه بما جاء به الاول ، فان اتفقا اخذ به وأمر الطالب ان يأتي 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 - وانما يعدل في العلانية لئلا يقع اسم على اسم فلهذا وجب في العلانية .

١٠٣٤ - واذا اختلف اصحاب المسائل على الشاهد فاتي هذا بما تقبل معه
الشهادة وهذا بما يوجب الرد امتحن القاضي ذلك بنفسه ، ونظر ما السبب في
ذلك فان صح احد الامرين امضاه واذا لم يكن في الجيران من يصلح للمسئلة
سأل من في اسواقهم ممن يصلح لذلك .

١٠٣٥ - وان كانت الشهادة بحد او قصاص سأل الجيران ذلك
وبحث واستقصى المسئلة في معرفة ذلك .

١٠٣٦ - واذا لم تثبت العدالة عنده بالمسئلة قال للطالب : زدني شهودا ولا
يعرفه القدح في شهوده .

١٠٣٧ - فان قال الطالب :

- شهودى هم عدول ، وعندى من يزكيهم من العدول ، واتى بذلك اعاد
القاضى المسئلة وكشف عنهم وعن من جرحهم *
١٠٣٨ - فاذا عرف الجرح حكم به وقدمه على التعديل لانه زيادة علم
بحال الشهود *

١٠٣٩ - واذا عدله اثنان فما زاد وجرحه واحد فالتعديل اولى *
١٠٤٠ - فان جرحه اثنان وعدله مائة فالجرح اولى عندنا ، وهو قول
الشافعى أيضا *

١٠٤١ - واذا عدله واحد وجرحه واحد فالجرح اولى *

١٠٤٢ - وقال الشافعى لا يحكم بواحد منهما *

١٠٤٣ - ولا يجب بيان سبب الجرح عند اصحابنا جميعا ، ويكفى ان يقول
ليس يعدل *

١٠٤٤ - 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 - وذكر ذلك الخفاف عن محمد بن الحسن وعندنا لا يحكم
بالفسق وعنده يحكم *

١٠٤٦ - 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 - وقبل ابو حنيفة تعديل الولد لوالده والوالد لولده ، وكل ذى
رحم فانه يقبل تعديله لرحمه *

- ١٠٤٨ - وقال الشافعي يعمل في العدالة والفسق بعلمه .
- ١٠٤٩ - واذا جهل اسلامه لم يحكم حتى يستل 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^(١) .
- ١٠٥٠ - ويرجع في اسلامه الى قوله ، كما رجع النبي عليه السلام الى قول الاعرابي وهذا قول الجميع .

إثبات الحرية عند جهل القاضي بها

- ١٠٥١ - 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 تفذت الشهادة عند بعض اصحابنا واختار القول الاول الخصاص .
- ١٠٥٢ - 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 - واذا عرفت عدالته كتب اسمه وكنيته وصنفته وسوقه ومسكنه حتى لا يشتبه بغيره ، ويذكر من شهد له حتى لا يكون ممن لا تقبل شهادته له من

(١) جاء في ادب القاضي للماوردي ان اعرابيا شهد عند رسول الله (ص) برؤية الهلال فقال له : أتشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ؟ قال نعم ، فامر 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 في قليل ولا يقبل في كثير

فصل

١٠٥٤ - واختلف اصحاب الشافعي هل يحكم القاضي في 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 يقصر على الواحد من اصحاب المسائل ويجوز بلفظ الخبر ، ويسمى للحاكم من عدل أو جرح ، ثم يسمع الشهادة بالجرح والتعديل من الجيران على شرط الشهادة في العدد ولفظ الشهادة ، وحمل لفظ الشافعي في العدد على الجيران •

١٠٥٥ - وقال الاصطخري 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 في نفوسهم صدقه ، ويجب ان يشهد اصحاب المسائل عند القاضي على طريق الشهادة ، ولفظ الشهادة • وحمل قول الشافعي في العدد على أصحاب المسائل •

١٠٥٦ - وان بحث 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^(١) •

١٠٥٧ - قال بعض اصحابنا :

- ويكفي ان يقول الشاهد هو عدل في قبول شهادته •

١٠٥٨ - وقال الشافعي لا يقبل في التعديل حتى يقول عدل لي وعلى •

(١) في نسخة منيخ لم يحكم بقول واحد منهما في جرح ولا تعديل •

١٠٥٩ - ومن أصحابه من قال : يكفي قوله عدل ، كما قلناه ، وهو الاصطخرى لان قوله عدل يقتضى ان يكون عدلا له وعليه
١٠٦٠ - وما ذكره الشافعى على سبيل الاستحسان (١) .
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 تقدم صحبته ، وفي الجرح يقبل ممن تقدمت صحبته وممن تأخرت منه المعرفة .
١٠٦٣ - ويعيد المسئلة عن التهود بعد اشهر او سنة اذا كثرت شهاداتهم ، فان ذلك احوط .

١٠٦٤ - وقد قال اصحاب الشافعى اذا اعاد الشهادة فى مدة قريبة لم يسأل عن الشاهد وان طال الزمان فيه وجهان : احدهما لا يجب لان الاصل بقاء العدالة والثانى انه يجوز ان يتغير بطول الزمان الحال فلا يحكم حتى يسأل .

نقد قاضي القضاة لتهاونه في إعادة السؤال عن شهوده

١٠٦٥ - وقد رأينا شيخنا قاضي 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 القاضي .

(١) فى نسخة قليج : الاستحباب .

١٠٦٨ - ويقبل ذلك أيضا من رجل وامرأتين ، ولا يسأل من النساء الا من تعرف الاحوال وتخالط القاضى فاما من هى فى البيوت فلا •

فصل

طعن الخصم فى عدالة الشهود

١٠٦٩ - واذا شهد عند^(١) 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 - ولو شهدوا بأمر قديم يجوز أن يتأب منه ويصفح لم يقبل ذلك ، ولم يخرجهم من العدالة ، وان كان فى أمر يسير قبل ذلك •

فصل

تعديل المشهود عليه الشهود

١٠٧١ - 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 ينقض عليه ، وسأل عنهم ، فان عدلوا انفذ الحكم وان عدل احدهما بعد الشهادة وقال قد غلط على لم يقبل تعديله وكان للحاكم ان يسأل •

١٠٧٢ - ولو انه قال : ما شهد به فلان أو هما على حق أو هو الحق اجاز الشهادة ولم يسئل عن الآخر •

١٠٧٣ - وان كان قال ذلك قبل الشهادة وقال ما ظننت انه يشهد على الا بالحق وقد شهد باطل فان القاضى يسأل ولا يقبل قوله الاول ، وهو قول زفر والحسن بن زياد •

١٠٧٤ - وان شهدا بما ادعاه الخصم فقال بعد ذلك هما عدلان فيما شهدا به على او جائزا الشهادة لى وعلى انفذ ذلك ولا يسأل عنهما •

(١) فى نسخة منيخ : واذا عدل •

١٠٧٤ - وقال ابو يوسف لا يجزى بذلك فان عدلا انفذ الحكم والا رده ذكره في الامالى كذا ورواه الخفاف في أدبه .

١٠٧٥ - ولأصحاب الشافعى وجهان : الاول يقبل تعديل الخصم والثاني لا يقبل من غير تفصيل ذكره 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 - 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 يسأل لان هذا اقرار منه .

فصل

العدل

١٠٧٧ - 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 - وقال غيره اذا كان الرجل ملازما للجماعة مؤديا للفرائض ، ومعروفا بصدق المعاملة مؤديا للامانة ، صدوق اللسان فهو عدل ، وان كانت منه السقطة من الصغائر يستغفر منها ولا يعود الى مثلها فهو عدل .

١٠٧٩ - 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 (١) .

١٠٨٠ - فان فرقهم فاختلفوا سقطت شهادتهم وان اتفقوا فالمستحب ان يعظمهم

(١) اشار الماوردي في أدب القاضي الى ماروى عن دانيال (النبذة ١٨٧٩)

فقد روى ابو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار^(١) وهو قاضى الكوفة فجاءه رجل وادعى على رجل حقا فأنكره ، فاحضر المدعى شاهدين فشهدا له ، فقال المشهود عليه : والذي تقوم به السموات والارض لقد كذبا على فى الشهادة ، وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالسا وقال :

- سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :
« ان الطير لتخفق اجنحتها وترمى بما فى حواصلها من هول يوم القيامة ، وان شاهد الزور لا تزول قدماء حتى يتبوا مقعده من النار ، فان صدقما فأثبتا وان كذبتما فغطيا رأسيكما وانصرفا »
فغطيا رأسيهما وانصرفا^(٢) .

فصل

- ١٠٨١ - 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 - وقد ذكرنا فيما تقدم خلاف الشافعى .
١٠٨٣ - واذا 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 - اتفق علماء الامصار على أن الفسق يمنع قبول الشهادة وانه اذا فسق الشاهد لم يجز للمحاكم الحكم بها .

(١) سبقت ترجمته .

(٢) وردت هذه الرواية فى أدب القاضي للماوردي ايضا (النبذة ١٨٨٤) .

الحكم بشهادة الفاسق

١٠٨٥ - وحكى القدورى رحمه الله فى التجريد فى مسألة ولاية الفاسق ان من اصحابنا من قال اذا حكم بشهادته نفذ حكمه .

نقد

١٠٨٦ - وهذا قول يردده الاجماع ويدفعه النظر ، لان شرط قبول قول الشاهد يقف على وجود العدالة ورضاء المسلمين عن الشهود ، والفاسق غير مرضى 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 - وترد شهادة من يكثر الكذب ويتظاهر بالمجون والفجور ويكثر البحث فى المذاهب والمقالات .

١٠٨٨ - وكذلك اذا تظاهر بالمذاهب الردية والبدع الظاهرة .

١٠٨٩ - وترد شهادة من يلعب بالحمام ويطيرها من المواضع^(١) ومن يناطح بالاكباش والحيوان كله ويقامر .

شهادة لاعب الشطرنج

١٠٩٠ - ورد اصحابنا شهادة من يلعب بالشطرنج .

١٠٩١ - وقال الشافعى لا ترد شهادته بذلك .

وحكى الخصاص 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 شريع القاضى لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام (تاريخ القضاة لوكيع ٣٠٨/٢) .

(٢) فى نسخة قليج : فى ادبه للقضاء .

- ١٠٩٢ - وقال انه يرد شهادة من ترك صلوة الجماعة ثلاثا من غير تأويل .
- ١٠٩٣ - وترد شهادة من يشتم الصحابة رضى الله عنهم .
- ١٠٩٤ - قال ابو يوسف لان شتم الجيران يمنع قبول الشهادة فشتم الصحابة رضى الله عنهم اولى (ان ترد به الشهادة) .
- ١٠٩٥ - وترد شهادة شارب الخمر ومن يسكر من النيذ لانه بذلك يفسق .
- ١٠٩٦ - وترد شهادة من يلعب بالملاهي .
- ١٠٩٧ - وقال الخفاف : اذا كان يلعب بهذه الملاهي ولا تشغله عن الطاعات ولا ينسب اهلها الى المجانة والفجور واقفال الصلاح عليه اغلب قبلت شهادته .
- ١٠٩٨ - وترد شهادته بخصلة واحدة من الفسق ، ولا تقبل شهادته حتى يكون عدلا في افعاله ، ولا يقرب برية .
- ١٠٩٩ - وترد شهادة من يكثر منه الكذب الفاحش ولا يتحفظ في أقواله وان كان يقع منه في البدرات^(١) والخير عليه أغلب قبلت شهادته ، هكذا ذكر الخفاف .
- ١١٠٠ - وترد شهادة النائح والنائحة ، والمغنى والمغنية ، ومن يقطع الطريق ويتلصص ، وأهل العvisية ، والعاشر ، وأكل الربا ومرتكب الربا ، ومن يلوط بالصبيان والنساء .
- ١١٠١ - وقال ابو يوسف : من يتهم بشتم الصحابة رضى الله عنهم لا يمنع من قبول قوله الا ان يقولوا سمعناه يشتم الصحابة .
- ١١٠٢ - ولو قالوا هو متهم بالفجور لم يقبل قوله .

(١) ان هذه اللفظة تحتل ان تكون بالنون أو بالباء فان تكن بالنون فلفظة ندر الشيء ندورا تعنى سقط من جوف شيء او من بين اشياء فظهر ٠٠٠ ونوادر الكلام ما شذ وخارج من الجمهور ، ولقيته ندرة وفي الندرة مفتوحتين ، وندرى وفي ندرى والندرى وفي 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 البدر ترى اى مبادرين (لسان العرب) .

وذكر في الفرق بينهما ان من يتهم بذلك في الشتم فقد أثبت له
العدالة ، والشم لا يقبل الا بالسمع واذا قالوا يتهم بالفجور فما اثبتوا له العدالة
١١٠٣ - وترد شهادة من لا يؤدي زكاته وصدقه •

فصل

١١٠٤ - ولا ترد شهادة الاخ لاخته وهو قول عروة بن الزبير وابن سيرين
والشعبي وابراهيم (النخعي) وقتادة ، وهو قول الشافعي واصحابنا (١) •
١١٠٥ - وقال الحسن (بن زياد اللؤلؤي) لا تجوز شهادة الاخ لاخته ،
وهو قول مالك لان القصاص يجري بينهما فهو كالاجنبي ، وليس من حيث لم
تجر مناكحة الاخ لاخته ينبغي ان لا تقبل شهادته كما لو شهد لام زوجته وبنته •

فصل

من لا تجوز شهادتهم

١١٠٦ - روت عائشة رضى الله عنها عن النبي (ص) انه قال : لا تجوز
شهادة الابن لايه ، ولا الاب لابنه ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا الاجير
لمن استأجره ولا السيد لعبده ولا العبد لسيدته ولا الشريك لشريكه •
١١٠٧ - وذكره الخفاف ، وهو قول ابراهيم (النخعي) وشريح (القاضي) •
١١٠٨ - وكان الشعبي لا يجيز شهادة الرجل لابنه ، ولا شهادة المرأة
لزوجها ، ويجيز شهادة الابن لايه والرجل لامرأته •
١١٠٩ - وكان سفيان (الثوري) يرى جواز شهادة الرجل لامرأته ولا يجيز
شهادتها له •

(١) كان شريح أيضا يجيز شهادة الاخ لاخته (تاريخ القضاة لوكيع
٢٥٢/٢) •

- ١١١٠ - وروى عن شريح انه اجاز شهادة زوج واب •
- ١١١١ - واتفق اصحابنا على أنه لا يجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا المكاتب لمولاه ، ولا المولى له ، وكذلك المدير وام الولد ، والمتق 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 •
- ١١١٢ - واجاز الشافعى شهادة الزوج لزوجته وكذلك الزوجة لزوجها لانه ليست بينهما عصبية •
- ١١١٣ - ونحن نقول بينهما سبب يوجب التوارث من غير حجب كالولادة •
- ١١١٤ - وقد اجاز بعضهم شهادة الوالد لولده والولد لوالده وان سفلوا وعلوا ، وهو قول المزنى وابى نور من اصحاب الشافعى •
- ١١١٥ - وقد روى عنه عليه السلام انه قال :
- انت ومالك لا يلك •
- ولانه متهم فجرى مجرى الشهادة لنفسه فلا تقبل •

فصل

- ١١١٦ - وقالوا : لا تقبل شهادة من لامرؤة له كالقوال والرقاص ، ومن يضحك الناس ويسخرون منه ^(٢) ومن يمشي مكشوف الرأس والبدن في المواضع التي لا يعتاد أهلها ذلك ، ويأكل في الاسواق بحضرة الناس ، لان المرؤة من الانسانية ، لانها مشتقة من المرأ ، وقد روى ابو مسعود البدرى ^(٣) عن النبي

(١) فى نسخة قليج : ولا فرق بين ولد البنين والبنات •

(٢) فى نسخة قليج : ويسخر به •

(٣) فى ترجمته اضطراب اشير اليه فى اسد الغابة (٢٩٧/٥) وجاء فيه : ابو مسعود غير منسوب اورده ابو بكر بن ابى علي على ان لم يكن البدرى فقيره • • • ورجح ابن الاثير ان ابا مسعود البدرى هو ابن عمرو بن ثعلبة ثم من بني عبد عوف بن الحارث بن الخزرج وانه عرف بالبدرى لانه سكن او نزل ماء بدر وشهد العقبة ولم يشهد بدرا عند أكثر أهل السير وقبل شهد بدرا •

كان أحدث من شهد العقبة سنا (اسد الغابة ٢٩٦/٥) •

(ص) انه قال « مما ادرك من النبوة الاولى اذا لم تستح فاضع ما شئت » ولان من لا يستقبح اقيح لا يستقبح الكذب فلا يوثق بقوله •

فصل

١١١٧ - واختلف في شهادة اصحاب الصنائع الدنية كالكناس والزبال والحجام والقيم في الحمام والتخال اذا حسنت طريقتهم في الدين ، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدنائهم في صناعتهم •

١١١٨ - وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي •
والوجه الثاني: انها تقبل لانه قال تعالى: «ان اكرمكم عند الله اتقاكم»^(١) ولان هذه صناعات مباحة ، وبالناس اليها حاجة ، وعلى هذا كثير من اصحابنا^(٢) .
١١١٩ - وكره اصحابنا شهادة النخاس والصيرفي وتجار الاسواق ، وردوا شهادة من يكثر الحلف منهم على ما يبيعه ويشتره •

١١٢٠ - فاما من استقام منهم في الطريقة وعرف بصدق اللهجة في بيعه وشرائه فليست الصناعة بضائرة له ، ولولا ذلك لما عرفنا بشهادتهم قيم الدواب والاولان وعيوب الحيوان ، ولا بد في كل صنعة من مستور وصالح مستقيم ، وعلى هذه الاحوال وجد الناس بعضهم بعضا •

فصل

اللعب بالشطرنج

١١٢١ - قال الشافعي : 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 ١٣/٤٩ •

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 يغرم او يغرم وهما احدهما يغرم ولا يغرم ، وهذا عندنا هو القمار [لان القمار هو] أن يغرم أحدهما ولا يغرم .

١١٢٢ - 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 - قالوا : ان ترك فيه المروءة بأن لعب على الطريق أو تكلم في لعبها بسخف من الكلام او اشتغل به الليل والنهار ردت شهادته لتركه المروءة .

١١٢٤ - قالوا : وقد لعب به ابن عباس وابن الزبير وابو هريرة وسعيد بن المسيب وان سعيد بن جبير كان يلعب مزويًا ^(٢) ؟

١١٢٥ - قال اصحابنا : هذا لعب لا حاجة بنا اليه في الدين ولا الدنيا ، فهو كاربعة عشر . وقد قال الله تعالى : « انما الخمر والميسر » الآية ^(٣) والميسر هو القمار ^(٤) .

١١٢٦ - وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه مر بقوم يلعبون قتلا قوله تعالى : « يعكفون على أصنام لهم » ^(٥) .

١١٢٧ - واختلف أصحاب الشافعي في النرد فمنهم من قال انه حرام وترد به الشهادة ، وقال أبو اسحق هو كالشطرنج .

١١٢٨ - وقد روى ابو موسى الاشعري عن النبي (ص) انه قال : من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله .

(١) في نسخة قليج فان لم يكثر ذلك منه

(٢) كذا وفي نسخة قليج : يلعب من وراء .

(٣) المائة ٩٠/٣٦ .

(٤) في لسان العرب : قامر الرجل مقامرة وقمارا راهنه وهو التقامر والقمار والمقامرة وتقامروا لعبوا القمار وقميرك الذي يقامرك عن ابن جنى وجمعه أقمار ، عنه ايضا وهو شاذ .

(٥) الاعراف ١٣٨/٧ .

وروى ابو بريده ان رسول الله (ص) قال :
 « من لعب بالنردشير^(١) فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ، ولان
 المعول فيه على ما يخرج الفص فاشبه الازلام^(٢) .
 ١١٢٩- قالوا : ويخالف الشطرنج فان المعول عليه على رأيه ، وهذا
 لا يصح لان النرد يحتاج مع العصى الى رأى ووضع ومعرفة بالنقل واليسوت ،
 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 للجواليقي زيادة
 على هذا .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة زلم : والزلم والزلم القيدح الذي
 لا ريش عليه ، والجمع ازلام ، الجوهرى : الزلم بالتحريك القدح . قال الشاعر :
 بات يقاسيها غلام كالزلم ليس براعي ابل ولا غنم
 قال : وكذلك الزلم بضم الزاي والجمع الازلام ، وهي السهام التي كان اهل
 الجاهلية يستقسمون بها ، وزلم القدح سواء ولينه ، وزلم الرحي ادارها وأخذ
 من حروفها . . . وفي التنزيل العزيز : « وان تستقسموا بالازم 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
 اراد 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 اراده ،
 وربما كان مع الرجل زلمان وضعهما في قرابة ، فاذا اراد 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 : نهاني ربي ، فاذا اراد الرجل سفرا أو
 أمرا ضرب تلك القداح ، فان خرج السهم الذي عليه امرني ربي مضى لحاجته ،
 وان خرج السهم الذي عليه نهاني ربي ، لم يمض في أمره ، فاعلم الله عز وجل ان
 ذلك حرام ، قال الازهري : ومعنى قوله : « وان تستقسموا بالازلام » أي تطلبوا
 من جهة الازلام ما قسم لكم من أحد الامرين . . . [و] الازلام قداح الأمر والنهي
 لاقداح المبسر ، قال : وقد قال المؤرخ وجماعة من أهل اللغة ان الازلام قداح
 المبسر ، قال وهو وهم . . . وفي حديث الفتوح : دخل البيت فرأى ابراهيم
 واسماعيل بأيديهما الازلام فقال : « قاتلهم الله ، والله لقد علموا انهما لم يستقسما
 بها قط » .

١١٣٠- وقالوا : لا يجوز اللعب بالاربعة عشر ولم يختلفوا ، فهذه الجملة
حكوما في هذا الباب •

فصل

شرب قليل من النبيذ

١١٣١- واختلف أصحاب الشافعي فيمن شرب قليلا من النبيذ ، فمنهم
من قال ان كان يعتقد بحرمة فسق وردت شهادته ، ومنهم من قال لا يفسق ولا
ترد شهادته كما قلناه ، قالوا وهو المذهب لان استحلال الشيء اعظم من فعله
بدليل من استحلال الربا كفر ولا يكفر من فعله ، فاذا لم ترد شهادة المستحل
فمن لا يستحل اولى •

١١٣٢- واختلفوا في وجوب الحد عليه مع قبول شهادته ، فقال المزني
لا يجب الحد كما لا ترد 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

المغني بغير آلة

١١٣٣- 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 •

١١٣٤- واذا كان بغير آلة مطربة فليس بمحرم •

١١٣٥- وقد روى ان للنبي (ص) مر بجارية لحسان وهي تقول :

هل على ويحكما ان لهوت من حرج ؟

فقال (ص) لا حرج ان شاء الله •

وروى عن عائشة رضي الله عنها انها قالت :

كان عندى جاريان تغنيان فدخل ابو بكر (ر) فقال : مزموور الشيطان فى بيت رسول الله ! (ص) فقال رسول الله (ص) : دعها فانها ايام عيد •

ترنم عمر بن الخطاب فى بيته

١١٣٦ - 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 :
- اسمعتنى يا عبد الرحمن ؟

فقال : نعم •

فقال : انا اذا خلونا فى بناء لنا^(١) نقول كما يقول الناس •
وروى عن ابى الدرداء^(٢) وهو من زهاد الصحابة وفقهائها انه قال : انى لأجم قلبى بشئ من الباطل استعين به على الحق •

(١) فى نسخة قليج : فى منازلنا •
(٢) هو عمر 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 أخى رسول الله (ص) بينه وبين سلمان الفارسي • قال عنه النبي (ص) عويمر حكيم أمي • وولى أبو الدرداء قضاء دمشق فى خلافة عثمان وتوفى قبل أن يقتل عثمان بسنتين (أسد الغابة ١٨٥/٥ - ١٨٦) وقد اشتهر عويمر بكنيته وروى عنه أنس بن مالك ، وفضالة بن عبيد وابو امامة وعبدالله ابن عمر وابن عباس أو أبو ادريس الخولاني وجبير بن نفير وابن المسيب وغيرهم ومن حكمه المأثورة انه مر على رجل قد اصاب ذنبا وكانوا يسبونونه فقال :
أرايتم ان وجدتموه فى قليب (بئر) ألم تكونوا مستخرجيه ؟

قالوا :

بلى •

قال :

فلا تسبوا اخاكم واحمدوا الله الذى عافاكم •

قالوا :

- افلا تبغضه ؟

قال أبغض عمله فاذا تركه فهو أخى (أسد الغابة ١٥٩/٤ - ١٦٠) •

فضائل أبي حنيفة للصيمري

١١٣٧ - وقد سمعنا من شيخنا قاضي القضاة رحمه الله في فضائل أبي حنيفة التي صنفها استاذہ القاضي أبو عبد الله الصيمري رحمه الله ان أبا حنيفة كان في جواره رجل فكان يصعد السطح ويتغنى بهذا الشعر :

اضاعوني وای فتي اضاعوا ليوم كريهة وسداد نغر
كأنی لم اكن فيهم وليدا ولم تك نسبتی فی آل عمرو
فاخذہ الوالی فلم يسمع كلامه وصوته كما جرت العادة ، فسأل عنه فاخبره
بخبره فقصده الوالی واخرجه من الحبس وقال له :

- ما أضعناك يا فتي •

١١٣٨ - وقد صنف في السماع كتب مفردة وطول فيها القول واختصر ، ولم أر لأصحابنا في هذا الباب الا كلاما مجملا غير مفصل ولا مشروح ، ولعل قولهم في المعنى الذي ترد شهادته من اتخذ الغناء أو يقشاه الناس للسماع لان في ذلك تركا للمروءة ، وكذلك ان اتخذ جارية وقصده الناس لسماع الغناء منها ، او حملها الى المواضع لتغنى فهذا هو الذي ترد شهادته لا محالة لانه قد جمع الى ترك المروءة الديانة^(١) .

نفسي الصوفية بين أهل العلم في عصر السمتاني

١١٣٩ - وقد رأيت جماعة من أهل العلم وشيوخنا من اصحابنا ومن اصحاب الشافعي يستمعون القول ويقومون يرقصون مع الصوفية •

١١٤٠ - ورأيت بهمنان غير واحد من اصحاب الشافعي يجمعون مع القصب الدف في الاوقات وفيهم أئمة وقضاة واشراف من أصحاب الحديث والرواية

(١) في لسان العرب في مادة ديث : دَيَّث الامر لينه ، وديث الطريق وطأه وطريق مديث أي مذل ٠٠ [و] الديانة الالتواء في اللسان ، ولعله من التذليل والتلين ٠٠٠ والديوث : القواد على أهله والذي لا يغار على أهله ديوث والتدييث

تحريم آلات الطرب من غير غناء

١١٤١ - ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود والطنبور والمعزفة والطبل والمزمار والرباب .

١١٤٢ - وقد حكى عن محمد بن سعد الزهري انه كان يلعب بالعود ويتخذ^(١) وفيه خلاف لا يعتد به .

١١٤٣ - وقد روى عن ابن عباس (ر) تفسير قوله تعالى : « ومن الناس من يشتري لهو الحديث ليضل عن سبيل الله بغير علم »^(٢) قال هي الملاهي .
وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي (ص) قال : « ان الله حرم على أمتي الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين والطبل والقنين الربط »^(٣) .

١١٤٤ - وروى عن النبي (ص) انه قال :
مسخ أمة من أمتي بشربهم الخمر وضربهم بالكوبة والمعازف .

١١٤٥ - قال الشيرازي رحمه الله في كتاب المذهب له :

القيادة ، وفي المحكم الديوث والديبوث الذي يدخل الرجال على حرمة بحيث يراهم كأنه لبن نفسه على ذلك وقال ثعلب : هو الذي تنوّتى أهله ، وهو يعلم ، مشتق من ذلك ، أنت ثعلب الأهل على معنى المرأة ، وأصل الحرف بالسريانية اعرّب .
وفي الحديث تحرم الجنة على الديوث ، هو الذي لا يفار على أهله . أهـ .
ويرتضخ العامة في العراق الكنة الاعجمية في نطق كلمة ديوث فيقلبون الثاء سيناً . وقد خلط السمناني بين الديانة والتديث فاستعمل الاولى بمعنى الثانية .
(١) في نسخة قليج : ويبيحه .

(٢) لقمان ٣١ .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة يسر : الميسر قمار العرب بالازلام .

[و] الياسر من الميسر وهو القمار .

وجاء في مادة مزر : المزر نبيذ الشعير والحنطة والحبوب ، وقيل نبيذ الذرة خاصة ، غيره : المزر ضرب من الاشربة . . . والمزر والتمزر : التروق والشرب القليل ، وقيل الشرب بمرة ، والميزر الاحمق والمزّر بالفتح الحسو للنوق ، يقال تمزرت الشراب اذا شربته قليلا قليلا .
وأنشد الاموي يصف خمرا :

تكون بعد الحسو والتمزر في فمه مثل عصير السكر

والتمزر شرب الشراب قليلا قليلا بالراء ومثله التمزّر وهو أقل من التمزّر

ويكره القضيبي الذي يزيد الغناء طربا ولا يطرب اذا انفرد لانه تابع للغناء
فكان حكمه حكم الغناء •

رد الشهادة بالإكثار من الصفات

١١٤٦ - وترد الشهادة بما يكثر من الصفات كما ترد بالكبائر اذا انفردت،
فاما اذا تلت الصفات وندرت فلا ترد بها الشهادة لانه تعالى قال :
- ان تجتنبوا كبائر ما تنهون عنه تكفر عنكم سيئاتكم^(١) •
ولان احدا من الخلق لا يخلو من الصفات أو الهم بها •

الحذاء

١١٤٧ - وقال الجميع ان الحذاء مباح لا يكره لما روى عن ابن مسعود (ر)
قال : كان مع رسول الله (ص) ليلة نام بالوادي حاديان •

وجاء في مادة كوب : الكوبة الشطرنجة والكوبة الطبل والنرد ، وفي
الصحاح الطبل الصغير المخصر ، 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 هي النرد ، وقيل الطبل وقيل البربط
ومنه حديث علي : « امرنا بكسر الكوبة والكنارة والشياع »
وفي اللسان في مادة فنن :

القنن : طنبور الحبشة عن الزجاجي ، وفي الحديث « ان الله حرم الخمر
والكوبة والقنن » • قال ابن قتيبة : القنن لعبة للروم يتقامرون
بها ، قال الازهرى ويروى عن ابن الاعرابي قال القنن الضرب
بالقنن وهو الطنبور بالحبشية ، والكوبة الطبل ويقال النرد ، قال الازهرى وهذا
هو الصحيح ، وورد في حديث علي عليه السلام « نهينا عن الكوبة والغبراء والقنن »
قال ابن الاعرابي الكوبة الطبل والغبراء خمرة تعمل من الغبراء والقنن طنبور
الحبشة •

وجاء في صدد البربط : البربط العود اعجمي ليس من ملاهي العرب ،
فاعربته حين سمعت به ، التهذيب : البربط من ملاهي العجم شبه بصدر البط
والصدر بالفارسية (بر) فليل بر بَط • قال ابن الاثير اصله بر بَت 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^(١) جيد
 الحذاء وكان مع الرجال . . وكان انجشة^(٢) مع النساء فقال صلى الله عليه
 وسلم لعبدالله بن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فنبهه انجشة فاعتفت الابل
 في السير . فقال صلى الله عليه وسلم :
 يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير .

نشيد الأعراب

١١٤٨ - ويجوز استماع نشيد الأعراب لما روى عمرو بن الشريد عن
 امه قال : اردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال : امعلك من شعر
 أمية بن أبي الصلت شيء^(٣) ؟
 قلت : نعم ، فانشدته بيتا ، فقال : هيه فانشدته بيتا آخر فقال هيه :
 حتى انشدته مائة بيت .

(١) كذا وفي أسد الغابة ان البراء بن مالك اخا أنس بن مالك كان حسن
 الصوت يحدو بالنبي (ص) في أسفاره ، فكان هو حادي الرجال وانجشة حادي
 النساء (أسد الغابة ١/ ١٧٣) .
 (٢) جاء في أسد الغابة (١/ ١٢١) انجشة العبد الاسود وكان حسن
 الصوت بالحذاء 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 رثي أهل بدر ،
 قال الاصمعي ذهب أمية في شعره بعامه ما يكون في الآخرة وعنثرة بعامه ما يكون
 في الحرب ، وقد صدقه النبي (ص) في 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 يقتلى بدر من المشركين جزع عليهم فجدع أنف ناقته وشق
 ثوبه وبكى وذهب الى الطائف ومات بها كافرا في السنة التاسعة وقد روى له ابو
 تمام في حماسته مقطوعة جميلة في عتاب ابن عقه وجاء في تعليق التبريزي عليها
 انها تروى لابن عبدالاعلى وقيل هي لابي العباس الاعمى (الحماسة ١/ ٣١٤) وأول
 هذه المقطوعة :

تحسين الصوت بالقرآن

- ١١٤٩ - قال الشافعي : ويستحب تحسين الصوت بالقرآن ، واما اذا قرأ بالالحن فقال اصحابنا انه قال في موضع يكره وقال في موضع آخر لا اكره هذا
- ١١٥٠ - قالوا : وليس ذلك اختلاف موضعين وانما هو اختلاف حالين ، فالذي قال يكره اذا تجاوز الحد ، ولا يعلم بين اصحابنا خلاف يخالف هذه الجملة والتفصيل ، ولعل ذلك وفاق •
- ١١٥١ - وقد روى عن ابي موسى الاشعري انه كان يطرب بالقرآن وان النبي صلى الله عليه وسلم كان سماعه وهو لا يعلم فلما علم به قال : يا رسول الله لو علمت لحبرته تحبيراً^(١) •
- وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :
- ما أذن الله بشيء مثل ما اذن لنبي ان يترنم بالقرآن •
- وقال صلى الله عليه وسلم :
- ليس منا معاشر الانبياء من لم يغرد ؟ بالقرآن •
- وذكر أبو عبيد في الغريب له ؟ قال معناه الاستغناء ؟ بالقرآن •
- وقال الشافعي :
- لو كان المراد به الاستغناء ؟ لكان قال من لم يتغن بالقرآن ، وحمل الخبر على تحسين الصوت ، وهو الظاهر من الخبر ولان قراءته بالحن يوجب الاصغاء اليه وفراغ القلب نحوه ، وهذا أمر معلوم •

قول الشعر

- ١١٥٢ - ويجوز قول الشعر وحمله ، وقد كان للنبي صلى الله عليه شعراء

غنوتك مولودا وعلتك يافعا تَعْل بما ادنى اليك وتنهل
وقد ترجم بروكلمان لامية بن ابي الصلت في كتابه تاريخ الادب العربي
ترجمة عبدالحليم النجار ، ص ١١٣ - 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 ابي طالب حتى روى عنه ، وكان في التابعين والصحابة العدد الكثير (من الشعراء) وكان معاوية ابن ابي سفيان يقوله ثم تركه ، وقد وفدت الشعراء على النبي صلى الله عليه وسلم ومدحوه فمدحه كعب بن زهير بقصيدة :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول متيم اثرها لم يجز مكبول
فوهبه ؟ بردته فباعها لمعاوية بعشرة الاف درهم ، وهى التى مع الخلفاء الى اليوم من بنى العباس (ر) .

١١٥٣ - وهو كالكلام مباحه كمباحه ومحظوره كمحظوره وقيحه كقيحه .
١١٥٤ - وقد روى عن عبدالله بن عمرو بن العاص عن النبي (ص) انه قال : « الشعر بمنزلة الكلام حسنه كحسن الكلام وقيحه كقيح 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 - ومن شهد بالزور فقد فسق وردت شهادته ، فقد روى خريم بن

(١) هو كعب بن زهير بن ابي 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 زهير بقصيدة « بانت سعاد » التى استعطف بها الرسول ومدحه والمهاجرين فعفى عما اقترافه قبل ذلك من جرائم ، وفى هذه القصيدة يقول :

انبتت ان رسول الله اوعدني والعفو عند رسول الله مأمول
ويقول :

ان الرسول لسيف يستضاء به مهند من سيوف الله تسلول
فى عصابة من قريش قال قائلهم ببطن مكة لما اسلموا زولوا
زالوا فما زال انكاس ولا كشف عند اللقاء ولا ميل معازيل
شم العرائن ابطال ، لبوسهم من نسج داود ، فى الهيجا سرايل

فاتك^(١) قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الصبح فلما انصرف قام قائما ثم قال عدلت شهادة الزور الاشرار بالله ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى :

– فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور •

١١٥٦ – وقد تقدم ما رواه أبو حنيفة عن محارب بن دثار فيما تقدم من

هذا الباب في الفصل الذي قلنا انه يفرق الشهود مع التهمة •

١١٥٧ – ويعلم انه شاهد زور بثلاثة اشياء :

• احدها ان يقر على نفسه انه شهد بالزور •

• والثاني ان تقوم عليه بذلك بينة •

• والثالث ان يشهد بما تكذبه العقول وشاهد الحال •

١١٥٨ – 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 الاسدي وابو الاخرم يقال له فاتك وقيل ان فاتكا هو أبو الاخرم يكنى خريم بن فاتك ابا يحيى وقبل 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 البخاري وغيره ان خريما واخاه سبرة بن فاتك شهدا بدرا وهو الصحيح ، وعداده في الشاميين ، وقيل في الكوفيين ، نزل الرقة ، روى عنه المعروف بن سويد وشمر بن عطية والربيع بن عميلة وحبيب بن النعمان الاسدي روى اسماعيل بن ابي خالد عن الشعبي ان مروان بن الحكم قال : لا يمن ابن خريم ليقاتل معه يوم مرج راهط ، فقال ان ابي وعمي شهدا بدرا ونهياي ان اقاتل مسلما ...

وروى اسراييل عن ابي اسحق عن شمر بن عطية عن خريم بن فاتك انه قال : قال رسول الله (ص) : أي رجل انت لولا خلقان فيك !

قلت : وما هما ؟

قال تسبيل اذارك ، وترخي شعرك •

قلت : لا جرم •

فجز شعره ورفع اذاره • (اسد الغابة ١١٢/٢) وتحيط اسلام خريم بن فاتك اسطورة فتعزوه الى صحابي من الجن ! اسمه مالك بن مالك الجنى (اسد الغابة ٢٩٢/٤ – ٢٩٣) •

١١٥٩ - ولو انه شهد بحق لرجل وشهد آخر به لغيره لم يكن واحدا
منهما شاهد زور ، لانه ليس احدهما بان يكذب اولى من الآخر .

إشهار من ثبت تزويره

١١٦٠ - واذا أثبت أنه زور ، قال ابو حنيفة :

اشهر حاله ولا يضربه .

١١٦١ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي للامام ان يعزره اذا رأى

ذلك .

١١٦٢ - وان كان من ذوى الهيئات لم يناد عليه عند بعضهم ، وهو قول أبي

علي^(١) من اصحاب الشافعي .

١١٦٣ - وعندنا ينادى عليه ليحذره الناس .

١١٦٤ - وقد روى (أبو هريرة)^(٢) عن النبي صلى الله عليه وسلم انه

قال :

قل ما في الفاسق ليحذره الناس .

وروى عنه انه قال :

اقلوا ذوى الهيئات عثراتهم .

شهادة الظنين والجار إلى نفسه غمًا إلخ

١١٦٥ - قال أصحابنا : ولا تقبل شهادة ظنين ، ولا جار إلى نفسه غمًا ،

ولا دافع عنها غمًا ، ولا شهادة الوكيل لمن وكله ، ولا الشريك عما هو شريك

فيه ولا من هو وصي للميت ولا عليه .

١١٦٦ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

(١) فى المخطوطة المعتمدة : ابى علي ابى هريرة وفى نسخة قليج ومينخ

ابى علي بن بن ابى هريرة .

(٢) فى نسخة قليج وقد روى عن النبي .

- لا تقبل شهادة ظنين^(١) ولا مريب •

١١٦٧ - فان عزل الوكيل وشهد بعد العزل فيما كان وكل بالخصومة فيه ، فان كان قد خاصم لم تقبل شهادته أبدا •

١١٦٨ - 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 - 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 والأقلف

١١٧٠ - 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 - واختلف في شهادة الاقلف فقال ابن عباس :
- الاقلف لا تجوز شهادته ، ولا تقبل له صلوة ولا تؤكل له ذبيحة ، وهو قول جابر بن زيد •

١١٧٢ - وروى الخصاص ان النبي (ص) سئل عن الاقلف أيجز بيت الله؟ قال :

- لا ، حتى يختن •

١١٧٣ - وروى شداد بن اوس ، قال ، قال رسول الله (ص) : الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة •

١١٧٤ - والختان عند أصحابنا واجب وليس بفرض^(١) •

(١) في نسخة منيخ وكيل وتنفق نسخة قليج مع النسخة المعتمدة •
(٢) يفرق الحنفية بين الواجب والفرض كما هو معروف في كتب اصول الفقه •

١١٧٥ - وقال الشافعي هو فرض ، وقال مالك فرض في الرجل سنة في المرأة .

١١٧٦ - وقد روى عن الحسن في الشيخ يسلم ، قال : لا عليه ان لا يختن ، ولا يضره ذلك في شهادته ولا في امامته .

١١٧٧ - وقال أصحابنا ان كان يخاف الضرر على نفسه فلا شيء عليه بعد ذلك .

فصل

شهادة ولد الزنا

١١٧٨ - واختلف في شهادة ولد الزنا فقال أصحابنا :
- شهادته في كل شيء جائزة ، وفي الحدود اذا كان عدلا ، وهو قول الشافعي وعطاء .

١١٧٩ - وقال مالك ويحيى بن سعيد : شهادته مقبولة في كل شيء الا في الزنا خاصة .

١١٨٠ - 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 يدري من أبوه فقال أعتني بشاهدين سواء .

فصل

شهادة التسمع

١١٨١ - واختلف في شهادة التسمع ، وهو الذي يخفى 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^(١) .

١١٨٢ - وقال مالك : لا تجوز حتى يشهد اشهود ويقول لهم اشهدوا وان كان الشاهد لا يرى الخصم لم يشهد عليه لانه لا يعلم انه عين المقر .

(١) انظر عيون المسائل للمسرقندي تحقيق صلاح الدين الناهي
بند ١٠٨٢ .

- ١١٨٣ - وفرق مالك بين الطلاق والعتاق فأجاز ذلك في الطلاق والعتاق
وان لم يشهدهم اذا سمع الشاهد ذلك •
١١٨٤ - وقال ابراهيم والشعبي : لا تجوز شهادة المختبىء •
١١٨٥ - وقال أصحابنا :
- اذا قال الجماعة أو المتعاقدان للشاهد :
- لا تشهد علينا بما نقول كان له أن يشهد ، وفيه خلاف متقدم ، وهو
قول مالك •

شهادة رجلين على جرحه أخاهما إلخ

- ١١٨٦ - ولو شهد رجلان على رجل انه جرح أخاهما وهما وارثاه قبل
الاندمال لم يقبل ، لانه قد يسرى الى نفسه ، وتجب الدية لهما •
١١٨٧ - وان شهدا له بمال وهو مريض فممنهم من قال : لا تقبل الشهادة
لانهما متهمان لانه قد يموت ويكون المال لهما فلم يقبل كما لو شهدا بالجراحة •
١١٨٨ - ومنهم من قال :
- تقبل لان الحق ثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما ، وفي الجناية اذا
وجبت الدية وجبت لهما لانها تجب بموته فلم تقبل •
١١٨٩ - ولو شهدا له بالجراحة وله ابن قبلت شهادتهما لانهما غير
متهمين •
١١٩٠ - ولو مات الابن وصلوا الاخوان وارثين فان مات قبل الحكم
بشهادتهما بطلت الشهادة ، ولو مات بعد القضاء والحكم لم تبطل الشهادة ،
يعتبر ذلك بالفسق والعمى •

شهادة من يدفع ضرراً عن نفسه

- ١١٩١ - ولو شهد الموالي على غريم المكاتب أو الوصي على غريم الميت
أو الوكيل على غريم الموكل بالابراء من الدين أو بفسق الشهود بالدين لم تقبل
الشهادة ، لانه قد يدفع بذلك عن نفسه ضرراً •

- ١١٩٢ - واختلف اصحابنا في شهادة أهل المحلة والعاقلة اذا شهدوا بالقتل على غيرهم فلم يقبل ذلك ابو حنيفة ، وقبله صاحباه .
- ١١٩٣ - وقال الشافعي : ان كانا موسرين لم تقبل شهادتهما لانهما يدفعان عن نفسيهما الغرم من الدية ، وان كانا فقيرين أجزت شهادتهما .
- ١١٩٤ - وقال في موضع اخر : ان كانا من اباعد العصابات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما .
- ١١٩٥ - ومن أصحابه من جعل المسئلة على قولين ونقل جواب احدي المستثنين 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 - وتقبل شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده في سائر الحقوق .
- ١١٩٧ - ومن أصحاب الشافعي من قال : لا تقبل شهادة الولد على والده في ايجاب القصاص وجد القذف لانه لا يلزمه القصاص بقتله ، ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك .
- ١١٩٨ - نقول : والمذهب ما نقول لانه غير منهم .
- ١١٩٩ - واختلف فيمن شهدا على رجل انه قذف ضرة أمهما: فقال الشافعي في القديم : لا تقبل لانهما يجبران الى أمهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج الى اللعان فيفرق بينه وبين ضرة الام .
- ١٢٠٠ - وقال في الجديد تقبل وهو قولنا لان حق أمهما لا يزيد بمفارقة الضرة .
- ١٢٠١ - وكذلك اختلفوا في طلاق الضرة على هذا الخلاف سواء .

فصل

شهادة العدو

- ١٢٠٢ - وقبل أصحابنا شهادة العدو على عدوه .

- ١٢٠٣ - وقال الشافعي لا تقبل لأن العداوة تمنع العدالة ونحن نقبل شهادة المسلم على الذمي وهما اشد عداوة •
- ١٢٠٤ - وقال الشافعي : العدو متهم في الشهادة •

فصل

شهد لمن لا تجوز له الشهادة ولمن تجوز

- ١٢٠٥ - وإذا شهد لمن لا تجوز الشهادة له ولمن تجوز له الشهادة ، فاتفق أصحابنا انه تبطل الشهادة في حق من لا تجوز له الشهادة ، واختلف في حق الآخر ، فمنهم من قال تبطل ايضا في حقه لأن الشهادة اذا ابطال بعضها بطل جميعها ، ومنهم من قال لا تبطل في حق الآخر لانه يجوز أن يتبدىء بالشهادة في حقه •

فصل

شهادة التائب

- ١٢٠٦ - ومن فسق بنوع من أنواع الفسق وتاب من الذنب وأصلح قبلت شهادته كالسارق وشارب الخمر والزاني •
- ٢٠٧ - وقد روى الحسن أن رجلا من قریش سرق بعيرا على عهد رسول الله فقطع يده ثم كان يشهد بعد ذلك فيجيز شهادته •
- ١٢٠٨ - وروى عن أبي خيرة ، انه قطع يده علي بن أبي طالب عليه السلام من المفصل ، وانه شهد عند المفيرة بن عبدالله فقال له :
- من قطعك ؟
فقال :
- علي بن أبي طالب •
قال :
- ما أراه الا ظلمك !

قال :

- والله ما ظلمني •

فأجاز شهادته •

١٢٠٩ - وهو قول شريح وعطاء والشافعي ومالك ، ولا نعلم فيه خلافاً

بين الفقهاء المعروفين •

شهادة المحدود في القذف

١٢١٠ - واختلف في المحدود في القذف اذا تاب ، فقال أصحابنا جميعاً

ان شهادته لا تقبل وتوبته فيما بين الله وبينه •

١٢١١ - وروى عن النبي انه قال :

« المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في القذف » وهو المروي

في كتاب عمر بن الخطاب الى ابي موسى ، وهو قول الحسن وشريح وابراهيم

وابن عباس •

١٢١٢ - وقال عطاء وطاووس ومجاهد وعكرمة ومسروق والشعبي

وعبدالله بن عبيد والزهري والعوام بن حوشب وسليمان بن يسار ويزيد بن

عبدالله بن قسيط ويحيى بن سعيد^(١) وربيعه رضى الله عنهم قالوا اذا تاب

قبلت شهادته وهو قول مالك بن انس والشافعي في آخرين •

فصل

في كيفية التوبة من القاذف

١٢١٣ - روى عن الشعبي وطاووس والضحاك أنهم قالوا :

توبته ان يكذب نفسه عند السلطان ، وهو قول الشافعي ان توبته اكذاب

نفسه ، واختلف أصحابه : فقال أبو سعيد الاصطخري : توبته أن يقول

كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ، وقال أبو اسحق وأبو علي بن أبي هريرة

يقول : قدفي له كان باطلا ، ولا يقول كنت كاذبا •

(١) هو ابو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الانصارى المتوفى سنة ١٤٣هـ ،

كان قاضياً لابي جعفر (طبقات الفقهاء للشيرازي ، ص ٣٩) •

١٢١٤ - 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 : فأؤثك عند الله هم الكاذبون^(٢) ، وان كان صادقا فيما قال فلا يجوز أن يشهد على نفسه بالكذب ، وان قال كنت صادقا فهذا نكران للقذف هذا معنى كلامه .

١٢١٥ - وقال أصحابنا في قوله تعالى : وأؤثك هم الفاسقون خبر ، وقوله الا الذين تابوا فرجع الى أقرب المذكورين وهو الخبر دون ما تقدم لاختلاف الجمل المقدمة^(٣) .

١٢١٦ - ولا خلاف انه يحد مع توبته فلو كانت التوبة ترجع الى ما تقدم لسقط الحد .

فصل

التوبة من المعصية

١٢١٧ - 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 - فان تعلق بها حق آدمي فالتوبة ان يؤدي ذلك الحق الى الكه أو يسئله حتى يبرئه .

١٢١٩ - وقد روى ابراهيم النخعي ان عمر رضى الله عنه رأى رجلا يصلي مع النساء فضربه بالدرة فقال الرجل :

(١) جاء في الجواهر المضيئة (ج ١ ص ٣٨٠) علي بن موسى بن يزاد ، وقيل يزيد القمي ، صاحب أحكام القرآن ، أمام الحنفية في عصره ، سمع من حميد الرازي وغيره ، وروى عنه أبو الفضل أحمد بن أحمد الكاغدي وغيره . وتوفي سنة خمس وثلاث مائة ، كذا ذكره السمعاني .

قال أبو اسحق في الطبقات : وله كتب في الرد على أصحاب الشافعي .
(٢) النور ٢٤ .

(٣) جاء في أدب القاضي للماوردي (١ / ٦٣٤ - ٦٣٥) ان التوبة عند ابي حنيفة ترجع الى الفسق وحده لانه أقرب مذكور ، وعند الشافعي ترجع الى الفسق وقبول الشهادة اعتبارا بالعموم .

- والله لئن احسنت فقد ظلمتني • وان كنت اسأت فما علمني فقال عمر (ر) :

- اقتص

فقال :

- لا اقتص

قال :

فاعف عني

فقال :

لا اغفو عنك فافترقا على ذلك ، ثم لقيه من الغد ، فتغير لون عمر ، فقال له الرجل :

- يا أمير المؤمنين (أرى)^(١) ما كان مني اسرع فيك !

قال :

- اجل

قال :

- فاشهد اني قد عفوت عنك •

١٢٢٠ - وان لم يقدر على صاحب الحق نوى انه ان لقيه اوفاه حقه •

فصل

تعلق حد الله

١٢٢١ - واذا تعلق بالمصية 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 اقمنا عليه حد الله » •

١٢٢٢ - فان اظهره لم يأثم لان ما عزا والغامدية اعترفا عند رسول الله (ص) بالزنا فرجمهما ولم ينكر عليهما •

فصل

التوبة المعتبرة

١٢٢٣ والتوبة التي ترد التائب الى حال الشهادة من الزنا والسرقة والشرب

(١) الزيادة من نسخة قليج •

فحكم عليه^(١) ثم تاب اذا صلح عمله وفارق طريقته المذمومة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا »^(٢) .

١٢٢٤ - 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 (وردھا)^(٣) الى اجتهاد الحاكم .

١٢٢٥ - والتوبة من الردة اظهار الشهادتين والرجوع الى ملازمة الدين والقيام بفروضه وفعل نوافله وسننه مع الامكان .

فصل

التوبة على من يُجد

١٢٢٦ - واختلف أصحاب الشافعي فيمن شهد ولم تقبل شهادته بالقذف هل يحد أم لا ؟ وبنا التوبة على القول بوجوب الحد ، فقالوا ان قلنا يحد تجب عليه التوبة ، وان قلنا لا يحد فلا توبة عليه .

فصل

شهادة المولى لمكاتبه إلخ

١٢٢٧ - واذا شهد المولى لمكاتبه بمال فردت شهادته ثم أدى المكاتب المال وعق واعاد المولى له الشهادة بالمال لم تقبل الشهادة لأنها ردت لأجل التهمة .

١٢٢٨ - وكذلك اذا شهد العبد والكافر فردت شهادتهما لأجل التهمة لم تقبل اذا اعادا ، وان كانت لأجل الكفر والرق قبلت .

١٢٢٩ - وقال ابو العباس من أصحاب الشافعي تقبل شهادة المولى اذا اعاد الشهادة ، قال لان المعنى قد زال بالعق . 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 - 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 لانهم يشتركون في التركة^(١) .
- ١٢٣١ - وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير ان الشهادة جائزة .
- ١٢٣٢ - وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم ان جاءوا جميعا فالشهادة باطلة وان جاءوا معترقين فشهد الاولان لمن ادعى ثم عادا وادعيا وشهد الاخران فشهادتها جميعا جائزة .
- ١٢٣٣ - وقد ضعف اصحابنا ذلك لأنه يوجب مقاسمة الاولين ما أخذوا اذا لم يترك غير ما أخذوا^(٢) .
- ١٢٣٤ - ولو شهد أحد الفريقين بدين على الميت وشهد أولئك لمن شهدا بأرض أو عرض في يد الميت فالشهادة جائزة .

الشهادة على ما يوجب الشركة في تركة الميت

- ١٢٣٥ - وكل شهادة لا توجب الشركة في تركة الميت فهي جائزة ، وما توجب الاشتراك فهي باطلة .
- ١٢٣٦ - ولو كانت هذه الشهادة على حق وهو يجحد جازت شهادة الفريقين في جميع الاحوال .

فصل

تبادل الشهادة بالوصية

- ١٢٣٧ - ولو شهدا بالوصية لهما وشهد الاخران بمثل ذلك فهي كالشهادة بالدين على الخلاف من الصحة والبطالان .

(١) أى ان الرد ههنا للثمة أيضا عملا بقاعدة رد الشهادة بالثمة .

(٢) أى عملا بقواعد الدين المشترك .

فصل

الشهادة على طلاق الأمة

١٢٣٨ - وإذا شهد المولى 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 - ولو شهد رجلان لرجل انه ابن الميت ثم شهد الابن ورجل للمشاهدين بدين على الميت الف درهم فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند غيرهما تجوز • والله أعلم •

فصل

شهادة الأعمى والأخرس

١٢٤٠ - قد ذكرنا ان العمى يمنع قبول الشهادة اذا طرى قبل الحلم خلافا لابي يوسف والشافعي، وان زال العمى فشهد جازت الشهادة وهو كالأخرس 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 التي تثبت بالصوت •

١٢٤١ - وقد ذكرنا فيما تقدم من هذه الاشياء ما يمنع مجتمعا ومفترقا •

١٢٤٢ - وسنذكر ما ترد فيه الشهادة من حيث الحكم والاختلاف والتعارض بين الدعاوى^(١) من الكتب والحوادث ان شاء الله •

١٢٤٣ - واذا 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 - اعلم انه لا آية من كتاب الله ولا سنة ثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا وصلت إلينا في جواز الشهادة على الشهادة، والفقهاء قد عملوا

(١) في نسخة قليج : والتعارض في موضع الدعاوى •

بذلك وذكره في الكتب ، ولعله قد كان فيه سنة فاكثفوا فيه بالعلم أو قاسوا ذلك
ذلك على الاخبار في الدين ووجوب العمل بها .

الشهادة على شهادة الميت

- ١٢٤٥ - وقد روى الخصاص في أدب القضاء عن علي بن ابي طالب عليه السلام
[انه] قال :- لا تقبل على شهادة الميت دون رجلين .
١٢٤٦ - وقد روى عن الشعبي [انه] قال :
لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين .
١٢٤٧ - واذا شهد نفر 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 داية اذا غاب الشهود او ماتوا فينبغي
ان يكون ذلك جائزا .
١٢٥٠ - واذا قد ذكرنا جواز ذلك في الشرع فلنذكر موضع قبول ذلك .

باب الموضع الذي تقبل فيه

الشهادة على الشهادة

- وهذا باب الموضع الذي يقبل فيه ذلك :
١٢٥١ - اجمع اصحابنا جميعا انها مقبولة في كل حق يثبت في المال ، وما لا
يسقط بالشبهة من الحقوق .
١٢٥١ - فأما الحدود والتصاص فلا يقبل ذلك فيه عندنا .
١٢٥٢ - وقال الشافعي تقبل في الاموال وحقوق الادميين وفيما لا يسقط
بالشبهة من حقوق الله تعالى .

١٢٥٣ - فاما الحدود كحد الربا والسرقه 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 مبنية
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^(١) فقد وهبت نفسه له لم يجز له القتل ، وفي المال يجوز اذا
وهب ، وقال لا شيء له عليّ وقد وهبت له •

١٢٥٤ - وعلى المذهبيين 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 - واذ قد ذكرنا موضع القبول فلنذكر عدد الشهود •

باب عدد شهود الفرع

في موضع قبولها

١٢٥٦ - قال أصحابنا : لا يجوز في ذلك أقل من اثنين على الواحد لانه نقل
لقوله الى الحاكم ، فهو كنقل الاقرار •

١٢٥٧ - فان شهد اثنان على شهادة كل واحد من الشاهدين جاز ذلك عندنا •

١٢٥٨ - 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 - ويعتبر في الواحد الفرد في رمضان وباقي الشهود لا يجوز بالواحد ، بل يعتبر كما ينشأ بالشهود اثنان أو رجل وامرأتان •
- ١٢٦٠ - وقال الشافعي ، في احد قوله لا يجوز حتى يكون على شهادة كل واحد اثنان ، والقول الاخر كقولنا •
- ١٢٦١ - ويجوز عندنا بشهادة رجل وامرأتين كما يجوز في الحق المشهود به •
- ١٢٦٢ - وقال الشافعي لا تجوز الا برجلين •
- ١٢٦٣ - 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 - 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 الأصل إن كانوا أربعة)

- ١٢٦٥ - وان كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو حد الزنا ، وقال انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة ، فان قلنا تقبل من شاهدين على شاهدي 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 ثبت باثنين يحتاج في شهادة كل واحد منهما الى العدد الذي ثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق هنا لا يثبت بدون الاربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة •
- ١٢٦٦ - قالوا : وان قلنا فيما ثبت 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 ثبت به أصل الحق وذلك أربعة ، وقد نقض هذا الأصل بانه يثبت بالأصل بالرجال والنساء في المال ولا يعتبر في الفرع مثل ذلك ، ونجيزه [كذا] •

فصل

١٢٦٧ - وإذا شهد عشرة على الواحد فهي شهادة واحد ، وإذا شهد عشر نسوة على رجل فهي شهادة رجل [واحد] وإن شهدوا على امرأة فهي شهادة واحدة ، ولو شهد اثنان على شهادة عشرة رجل جاز ذلك وحكم به الحاكم عندنا •
١٢٦٨ - وينبغي على قول الشافعي ان لا تثبت شهادة العشرة (الا) بعشرين في أحد قوليّه •

١٢٦٩ - ولو شهدا على امرأة جاز ذلك ، وعلى (المدعي) ان يتم البيّنة •
١٢٧٠ - ولو شهد عشر من النساء على شهادة رجل وامرأتين أو امرأة لم يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل •

فصل

١٢٧١ - قال (الشافعي ؟) : وليس لمن سمع الشاهد يشهد غيره ان يشهد عليه حتى يشهد شاهد الاصل ، لانه لو اخبر رجلا بان فلانا أقر فلان بكذا لم يكن للمخبر ان يشهد بذلك على شهادته •
١٢٧٢ - قل اصحاب الشافعي : ولا تصح الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة أوجه :

احدها ان يسمع رجلا (يقول) اشهد ان فلان 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 فلان على رجل كذا واشهد على شهادتي بذلك ، لانه لا يستدعيه (الا) على واجب ، لان الاستدعاء وثيقة والوثائق لا تكون الا على واجب ، واما اذا سمع رجلا في دكانه أو طريقه يقول : اشهد ان فلان على فلان ألف درهم ولم يقل : أشهد على شهادتي لم يحكم به لانه قد يكون وعدا وعده فلم يجز تحمل الشهادة عليه •

١٢٧٣ - قالوا : وإن سمع رجلا يقول : فلان على ألف درهم فهل يجوز أن يشهد عليه بذلك ؟

فهو وجهان :

- أحدهما انه لا يجوز ان يشهد عليه ، كما لا يجوز ان يتحمل الشهادة عليه .
 - والثاني ، قالوا وهو المنصوص انه يجوز أن 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 أكد ؟

فصل

كيفية شهادة شاهدي الفرع

١٢٧٤ - فاما اصحابنا فقالوا :

يسأل القاضي شاهدي الفرع كيف يشهدان فإن قالوا : نشهد ان فلان بن فلان اشهدنا على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان أقر عندنا واشهدنا على نفسه ان لفلان هذا عليه الفاء وقال لنا اشهدا على شهادتي : اني اشهد ان فلانا أقر على أن لفلان الفاء فهذه شهادة صحيحة والحكم بها واجب .

١٢٧٥ - وان قالوا : انه قال لنا : اشهدا اني اشهد على اقرار فلان لفلان بكذا وكذا فان ابا حنيفة قال : لا اقبل ذلك ، وقال ابو يوسف في الاملاء هو جائز .

١٢٧٦ - وقال : لو قال اني اشهد لفلان على فلان بالف درهم اقر بها فاشهد بذلك فشهد على شهادته فهو جائز .

١٢٧٧ - وقال ابو حنيفة : لا يجوز حتى يقول : اشهد على شهادتي .

فصل

السؤال عن عدالة شاهد الأصل

- ١٢٧٨ - واذا شهدا على شهادة غيرهما سألهما عن عدالة الذي شهدا على شهادته فان قالوا هو عدل ، او كان يعرف عدالتهما او اخبراه بعدالتهما لم يسأل .
- ١٢٧٩ - وان قالوا لا نجيزهما لم يقبل شهادتهما على شهادتهما .
- ١٢٨٠ - فان قال الطالب : انا أتيتك بمن يعدل لم يقبل ذلك ولا يحكم بهذه الشهادة لأنهما لم يعدلاهما فلم يصدقا ، وذلك طعن فيهما .
- ١٢٨٠ - وهذا قول محمد .
- ١٢٨١ - وقال ابو يوسف : اقبل ذلك وأسأل عنهما .

١٢٨٢ - ويجب ان يذكر المقر والمقر له ويعرفانها بابلغ ما يعرف به كل واحد منهما .

١٢٨٣ - وقال اصحاب الشافعي عنه :

- وان قالا تشهد على شهادة عدلين ، لم يحكم لانه يجوز ان يكونوا عدولا عندهم غير عدول عند الحاكم ويجب ان يوردا الشهادة على الصفة التي تحملها 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 يقدر 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 انها (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 الأب وقضائه

١٢٨٥ - قال اصحابنا

(ان) شهد رجلان على شهادة ابهما بحق لرجل على آخر جاز ذلك ، ولو شهدا على قضية ابهما انه قضى لرجل على رجل بحق من الحقوق وقد كان أبوهما

قاضيا لم يجز ذلك ، لان القضية فعل ايتهما فلا يجوز ذلك [وقد ذكر هذه]
المسئلة الخصاف •

تسمية شهود الأصل

١٢٨٦ - ولا بد 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 ، وهو خلاف في
الخبر •

١٢٨٧ - واذ قد ذكرنا حكم الشهادة على الشهادة وشهادة الرجل ، وكان
الحكم يقع بغير الشهادة وبحكم الحاكم بذلك وهو النكول وما يتبعه من الايمان
والعلم والافرار وجب ذكر ذلك •

باب النكول عن الإيمان^(١)

وهذا باب النكول عن الإيمان 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 الإيمان ، 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 رضي الله عنهم^(٢) •
١٢٩٠ - واجمع اهل العلم على ان نه حكما يتعين به القضاء ، وسنين ذلك في بابه في كيفية القضاء •

١٢٩١ - والذي روى في ذلك من الآثار عن الصحابة ومن في عصرهم من التابعين ممن لم ينقض العصر الا وهم من أهل الاجتهاد ويُعدّ خلافهم معهم •
١٢٩٢ - ذكر الخصاص عن ابن ابي مليكة عن ابن عباس رحمه الله انه امره ان يستحلف امرأة فأبت ان تحلف فالزمها ذلك •

١٢٩٣ - وروى عن سالم ان ابن عمر باع غلاما بثمانمائة درهم فوجد به المشتري عيبا فخاصمه الى عثمان رضي الله عنه فقال :

(١) جاء في لسان العرب : نكل عنه ينكل وينكل نكولا ونكلا نكص ، يقال نكل عن العدو وعن اليمين ينكل بالضم أي جبن ونكلته عن الشيء صرفه •

(٢) جاء في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية (ص ٧) : هل القضاء بالنكول الا رجوع الى مجرد القرينة الظاهرة لتي 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 •

- بعته بالبراءة

فقال :

- احلف لقد بعته وما به عيب تعلمه

قال :

- بعته بالبراءة ، وابي ان يحلف

فردّه عثمان عليه (١)

١٢٩٤ - وروى الحرث (٢) قال :

- نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه ، فقال الرجل :

- انا احلف

فقال :

- قد قضى قضائي

١٢٩٥ - وروى عن مغيرة وابن شبرمة انهما قالا :

- اشترى عبدالله غلاما لامرأة فلما ذهب الى منزله حم الغلام ، فجاء ليرد

الغلام فخاصم الى الشعبي فقال لعبدالله

- بينتك على ان لك ذلك (٣) ؟

قال :

- ليس لي بينة

فقال الرجل :

- احلف انه لم يبعه •

فقال الرجل :

- انا ارد على عبدالله

فقضى الشعبي باليمين

فقال :

- اما ان تحلف واما ان ارد عليك الغلام •

(١) هذا دليل على مدى تمسك الفقه الاسلامي بمبدأ حسن النية •

(٢) في نسخة قليج : الحارث •

(٣) في نسخة قليج : على انه دلّس لك ذلك •

١٢٩٦ - فهذا ما روى فيه عن الصحابة والتابعين .
١٢٩٧ - وقضاء الصحابة والائمة منتشر في (١) الامة ، ولو كان ذلك لا يجوز لانكروه .

١٢٩٨ - 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 - وسنذكر في باب رد اليمين ما قيل في ذلك .
١٣٠٠ - 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 يقضى فيه بالنكول وما لا يقضى فيه ، وما قيل في ذلك .

تكييف النكول

١٣٠١ - 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 - وقال ابو يوسف ومحمد : هو بمنزلة الاقرار ، فما يصح باقراره يجوز ان يحكم فيه بنكوله .

١٣٠٣ - وهو فرع على توجه اليمين عند ابي حنيفة ، فما لا يمين فيه لا يقضى فيه بالنكول .

١٣٠٤ - والذى لا يمين فيه عنده : الحدود وهي الزنا والسرقه وشرب الخمر والفذف وقطع الطريق ، والنكاح والرجعة والفيء والايلاء والولاء والنسب والرق .

١٣٠٥ - وقال ابو يوسف وزفر : يستحلف في كل شيء الا في الحدود خاصة .

(١) فى نسخة قليج : معتبر .

١٣٠٦ - وهو قول محمد

١٣٠٧ - فالنكول يقضى به عند ابي حنيفة في الاموال كلها والطلاق والعناق وما يصح بذله وكل الحقوق عنده سواء الا القود والقصاص فانه اذا ادعى القود في النفس فنكل عن اليمين فابو حنيفة يحبس حتى يقر او يحلف ، ويقضى بالنكول فيما دون النفس •

١٣٠٨ - وقال ابو يوسف ومحمد يقضى في النفس وفيما دونها بالاروش والديات لا بالقصاص •

١٣٠٩ - فأبو حنيفة لا يقضى في النفس بقصاص ولا دية ، وهما يقضيان بالدية دون القصاص ، وفي الطرف يقضى ابو حنيفة بالقصاص وهما بالديات •

١٣١٠ - وقال زفر : النفس وما دونها سواء ويقضى في الجميع بالنكول اذا نكل اقتص كما يقضى بالمال •

١٣١١ - وقال الشافعي وما لك : لا يقضى بالنكول في شيء ، ويرد اليمين فان حلف المدعى قضي له بالحق •

١٣١٢ - هذا في كل موضع يدعى الحق^(١) ودين ويرد فيه اليمين الا في مواضع منها انهم قالوا اذا ادعى حق لميت ورثه المسلمون فانكر ذلك ونكل عن اليمين فقال الاصطخري يقضى بالنكول لانه لا يمكن رد اليمين على المسلمين ولا على القاضي فيقضى للضرورة •

١٣١٣ - وقال غيره من اصحابه يحبس المدعى عليه حتى يقر او يحلف ولا يقضى بالنكول •

١٣١٤ - وقضى في اثبات لعان الزوج بالحد عليه ، وفي نكول المرأة بالحد والرجم ان كانت قد دخل بها •

١٣١٥ - وفي القسامة بنكول المدعين •

١٣١٦ - وفي الزكاة اذا حلف العامل انه قد فرقها فنكل •

١٣١٧ - 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 بابها ان شاء الله •

(١) في نسخة قليج : بحق •

- ١٣١٨ - فهذه المواضع التي يقضى فيها والتي لا يقضى فيها .
١٣١٩ - واذا 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 - قال اصحابنا : واذا ادعى رجل حقاً على رجل وحضر عند الحاكم ولا بينة له وطلب اليمين بعد توجهها نحوه فامتنع عن اليمين فان القاضي يقول :
- احلف على ذلك بالله ماله ما يدعى عليك من الحق
يكرر ذلك ثلاث مرات
فان لم يحلف الزمه الحق وحكم عليه .
١٣٢١ - ومن اصحابنا من قال :

يقول القاضي له :

- اني اعرض عليك اليمين . ثلاث مرات فان حلفت والا التزمتك دعوى خصمك بنكولك عن اليمين وامتناعك عنها ، انحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ويعقد واحداً بيده ، انحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ثانية ، ويعقد اثنين ، انحلف 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 - وقال الخصاف : اذا حلف بعد العرض عليه قبل القضاء جاز ذلك ولم يكن له ان يقضى عليه بالنكول .

اقتران النكول بالقضاء

- ١٣٢٣ - 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 وابتى ان يحلف لزمته دعوى المدعى من غير ان يعرض عليه ، لما ذكره ابو موسى الضرير في مختصره •

استئناف العرض

١٣٢٥ - وقاله^(١) الطحاوى في ادبه عن بعض اصحابنا ومن نكل عن اليمين مرة او مرتين ثم سال المدعى ان يؤخره يوما او يومين لينظر في امره ثم احضره بعد فان القاضي يستأنف العرض عليه ولا يعتمد بما مضى من العرض •

امتناع المدعي عليه عن الإقرار والإنكار

١٣٢٦ - قال اصحابنا واذا قال المدعى عليه لا اقر ولا انكر اودعه القاضي في حبسه حتى يقر او ينكر •

١٣٢٧ - وقال الشافعي يقول له القاضي :

- 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 فنقضنا 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) في نسخة قليج : وقال •

فصل

دعوى المدعي عليه وجود حساب بينه وبين المدعي

- ١٣٣٠ - وان قال بينى وبينه حساب او مناظرة قال له القاضي : ذلك اليه •
١٣٣١ - وقال الشافعي يؤخره ثلاثة ايام لأنها مدة قريبة ، وان لم يذكر عدداً جعله ناكلا وحول اليمين •

فصل

دعوى المدعي عليه أن المدعي كان قد استحلفه

- ١٣٣٢ - فان قال قد استحلفني على هذه الدعوى ، فان كان القاضي يحفظ ذلك لم يستحلفه وان كان لا يحفظ استحلفه •
١٣٣٣ - وان قال : قد احلفني عند رجل من الرعية ، احلفه القاضي ، اذا سأل ، ولم يمنع من ذلك ما استحلفه غيره •

طلب الخصم اليمين

- ١٣٣٤ - وكذلك اذا حلفه القاضي قبل طلب الخصم اليمين لم يعتد بيمينه على ذلك •

فصل

طلب المدعي عليه التأجيل مع إقراره

- ١٣٣٥ - وان أقر بما ادعى عليه وسأل الخصم ان يؤجله شفيع القاضي له اذا سأل ، 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 - وان سكت فلم يتكلم المدعي 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 - هكذا ذكر المسألة الخصاص اذا لم يقر ولم يتكلم •
- ١٣٣٨ - وقد ذكرنا انه اذا قال : لا اقر ولا انكر يجسه ، وان الطحاوي روى ذلك ، وهذا خلاف رواية الخصاص (وقول) الخصاص يوافق مذهب الشافعي في رد اليمين •
- ١٣٣٩ - والصحيح عندنا ما قاله الطحاوي في ذلك لما ذكرناه من الوجه فيه ، ولان البينة لا تسمع عليه في هذه الحال عندنا حتى يحصل الانكار الذي هو شرط سماعها فكذلك الحكم بالنكول •
- ١٣٤٠ - واذا 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 - اعلم ان اليمين وضعت لقطع الخصام كما وضعت البينة لذلك •
- ١٣٤٢ - 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 :
- من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقطع بها مال رجل مسلم لقي 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 : أحدها بيمينه ، وقيل بالقوة ، وقيل بيمينه التي حلف حين قال : « وتالله لأكيدين اصنامكم بعد ان تولوا مدبرين » (٥٧ ك الانبياء ٢١) ...

واليمين الحلف والقسم ، انشئ والجمع ايمان وايمان • قال الجوهري : سميت اليمين كذلك لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه •

عليه غضبان ، وتلا الآية فقال الاشعث ^(١) : في والله نزلت كان بيني وبين رجل من اليهود ارض فجحدتني فقدمته الى النبي (ص) فقال :

- الك بينة

- فقلت : لا

فقال : لليهودى : احلف

فقلت : يا رسول الله اذا يحلف فيذهب بمالي فانزل الله « الذين يشترون

بمعهد الله » الآية •

١٣٤٣ - وقد روى عبدالله بن عوف ^(١) ان النبي (ص) امر ناديا فنادى حتى

بلغ اليه ^(٢) :

- لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين وان اليمين على المدعى عليه •

١٣٤٤ - وقال سعيد بن المسيب :

(١) هو الاشعث بن قيس بن معدى كرب بن معاوية الكندي كذا ساق نسبه ابن منده وابو نعيم ، والذي ذكره هشام الكلبي : 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 في وفد كنده وكانوا سستين راكبا فأسلموا وخطب أم فروة أخت أبي بكر فأجيب الى ذلك وعاد الى اليمن وأرقد بعد موت النبي (ص) فاسر فاستبقاه ابو بكر وزوجه اخته فاطمة وهي أم محمد بن الاشعث • شهد الاشعث اليرموك ففقت عينه ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلولاء ونهاوند وسكن الكوفة وأبنتى بها دارا وشهد صفين مع علي ، وكان ممن الزم عليا بالتحكيم وشهد الحكمين بدومة الجندل ، وكان عثمان قد استعمله على اذربيجان ، وروى عن النبي احاديث روى عنه قيس بن ابي حازم أو أبو وائل وغيرهما ، ونزل فيه قوله تعالى « ان الذين يشترون بمعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا » الآية لانه خاصم رجلا في بئر فنزلت • وتوفي سنة اثنتين واربعين هـ • (اسد الغابة ١/٩٧ - ٩٨) •

(٢) الذين عرفوا بهذه الاسم من الصحابة والتابعين كما ورد في اسد

الغابة (٣/٢٣٩ - ٢٤٠) هم :

١ - عبدالله بن عوف الذي روى عن النبي قوله (ص) الايمان يمان • وكان من تابعي اهل الشام ، من الطبقة الثالثة من عمال عمر بن عبدالعزيز •

٢ - عبدالله بن عوف الاشج من الوفد نزل البصرة •

٣ - عبدالله بن عوف بن عبد عوف بن الحارث بن زهرة اخو عبدالرحمن

بن عوف ، اسلم يوم الفتح •

(٣) في 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 - واليمين ليست عندنا بينة ولا تجرى بجري البينة في اثبات الحقوق ،
وانما وضعت لدفع الدعوى ، فاذا ثبت انها معمول بها ، وهي طريق الى قطع
الخصومة وأحد اسباب القاضي التي يستوفىها وجب ذكر صفة اليمين •

باب صفة اليمين

وهذا باب صفة اليمين وكيف يحلف القاضي •

١٣٤٦ - اعلم ان الناس اختلفوا في تأكيد اليمين والفاظها •

١٣٤٧ - فالذى روى في خبر ابن ركانة^(١) ان النبي (ص) حلفه حين طلق

(١) فى نسختي قليج ومشيخ خير ركانه • والذي فى اسد الغابة ركانه
بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب المطلبى عن مسلمة الفتح لؤل المدينة ومن حديثه
عن النبي « 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 ابي عيسى الترمذى ،
قال حدثنا هناد ، حدثنا قبيصة عن جرير بن حازم عن الزبير بن سعيده عن عبد الله
ابن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال :

اتيمت النبي (ص) فقلت يا رسول الله !

انى طلق امرأتى البتة •

فقال : ما اردت بها ؟

قال واحدة •

قال : الله

قال : الله

قال : الله

قال : فهو كما ذكرت • (اسد الغابة ٢/ ١٨٨ ، ٥/ ١١٠) •

البينة ، والله ما اردت الا واحدة ، 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 - ولا خلاف ان رجلا لو قال : والله لا دخلت الدار ثم دخلها حث ووجب عليه الكفارة بالحلف باسم الله وحده •

٣٤٩ - وكذلك كل اسم لله تعالى مثل الرحمن والرحيم والقادر والغالب وسائر اسمائه تعالى في ذلك سواء •

١٣٥٠ - ومن اصحابنا من قال : نحلفه فنقول للخصم :

قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب المدرك الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه ، وهو كذا ، ولا شئ منه اذا كانت الدعوى في المال •

١٣٥١ - وسنين في كل كتاب كيف يحلف على دعواه ان شاء الله •

١٣٥٢ - هكذا قال الخصاف • وقال الطحاوى : يضم الى الطالب الغائب واسقط المدرك ، وقال الذى يعلم السر والعلانية ، هكذا ذكر في المختصر •

١٣٥٣ - ويضم في يمين اليهودى : بالله الذى انزل التوراة على موسى والنصارى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى ، والمجوسى بالله الذى خلق النار وباقي الناس بالله (١) •

فصل

(عظة القاضي الخصم قبل الاستحلاف)

١٣٥٤ - واذا اراد الاستحلاف فينبغي للقاضي ان يعظ الخصم ، ويقرأ عليه : « الذين يشتركون بعهد الله » الآية والخبر الذى رويناه عن ابن مسعود في الباب الاول •

١٣٥٥ - 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 - 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 - واذا مضى في اليمين فسأل المدعى القاضي قطعها ، وقال حسبي انا او حسبي اخلافه لم يتمها عليه •

فصل

(تغليظ اليمين)

- ١٣٥٨ - ولا تغلظ اليمين عندنا بالمكان ولا الزمان •
- ١٣٥٩ - وقال الشافعي : اذ كانت في دم او مال عظيم يحث فيه لو حلف في مكة بين المقام والحجر ، وفي المدينة على المنبر ، وفي سائر البلاد في الجامع على المنبر بعد العصر •
- ١٣٦٠ - قال اصحابنا : ولا يبعث اليهود الى الكنيسة ولا النصارى الى البيعة ولا المجوس الى بيت النار ليقسموا هناك •
- ١٣٦١ - وقال الشافعي : يستحلفهم في مواضع عباداتهم وهذا لا يجوز لأن ذلك تعظيم لبيوتهم وهذا لا يجوز عندنا •
- ١٣٦٢ - ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحيث ما حلف الخصم جاز لأن الارض لله جميعا ، وهو بكل مكان تعالى •
- ١٣٦٣ - واذا قد ذكرنا صفة اليمين وعلى من تجب [فلنذكر ما لا تجب فيه] •

باب ما يجب فيه اليمين

- وهذا باب ما لا يجب فيه يمين ، ولا يحلف القاضي فيه •

(١) في مجمع الانهر ٢/ ٢٥٠ « لا يحلفون في معابا.هم لان فيه تعظيما لها ، والقاضي ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه ٠٠ لا انه ليس له حق الدخول »

١٣٦٤ - 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 ادعت 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 - وقد حكينا فيما تقدم ان 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 ابي حنيفة وعند سائر اصحابنا يقوم مقام الاقرار ، ولو قام مقام الاقرار لكان ينبغي ان يثبت في الحدود لأنها تثبت بالاقرار .

فصل

اليمين في النسب

١٣٦٦ - 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 والاب ، 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 الذي في يديه كالاخ مع الاخ ولا يثبت النسب .

لا يمين فيها لا يقبل إقراره به

١٣٦٧ - قال اصحابنا : ولو ادعى رجل على آخر انه وصي 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 - ولو ادعى رجلان عبدا في يد آخر انهما اشترياه منه فافر لاحدهما بالشراء وانكر الآخر وطلب يمينه لم يحلفه القاضي ، لأنه لو اقر لما قبل .

١٣٦٩ - وكذلك لو نكل عن اليمين لأحدهما ففرض له وطلب الآخر اليمين لم يحلف .

١٣٧٠ - وكذلك المرأة يدعيها رجلان فتقر لاحدهما فهي للاول والاصل^(١)

(١) في 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 - وقالوا : لو ادعى احدهما الشراء والآخر الرهن او الاجارة فافر بالرهن والاجارة وطلب المشتري تحليفه فانه يحلفه ، وان اقر بالشراء فالمشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتكه من الرهن او تمضي المدة في الاجارة ويأخذه وان شاء نقض البيع .

١٣٧٢ - ولو اقر لصاحب الشراء او لا فطلب المدعى للرهن والاجارة يمينه لم يستحلف له لأنه لو اقر لما قبل منه .

١٣٧٣ - قال : ولو ادعى كل واحد الاجارة فافر لاحدهما لم يستحلف الآخر ، وان اقر لهما جميعا فهما بالخيار على قول من يجز اجارة المشاع .

١٣٧٤ - وقال لو ان رجلا ادعى على آخر انه اشترى الدار التي في موضع كذا ، وحددها بالف درهم وانه شفعها بدار له تلاصقها ، فقال المدعى عليه هذه الدار في يدي لابني الطفل فقد لزمه اقراره لابنه بالدار ، فان قل المدعى حلفه لي اني ما انا شفعها ، 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 بالشراء فالأب خصم ويقضى عليه .

١٣٧٥ - وقالوا : لو ادعى رجل على آخر انه شريك له في الوصية اليه من فلان وطلب منه اليمين فلا يمين عليه ولا يسئله القاضي عن ذلك لأنه لو اقر ما جاز ذلك ، وان احضر بينة سمعها وجعله وصيا معه .

١٣٧٦ - وهذه مواضع لا يستحلف فيها وكل ما يرد من هذا الجنس فهو مثله .

١٣٧٧ - فاما ما يجب فيه اليمين فهو اكثر من ان يحصى في هذا الكتاب ، واذ نحن ذكرنا الدعاوى في المسائل من الكتب جاءت المسائل مشروحة في مواضعها ان شاء الله .

١٣٧٨ - ونحن نذكر ما يجب فيه اليمين على الجملة على البنات والعلم .

باب ما يجب فيه اليمين على البت

وما يجب على العلم والفرق بينهما

١٣٧٩ - واصل هذا الباب أن كل حق ادعى على الانسان انه فعله او عقده او اعطاه او اخذه فاليمين فيه على البت والقطع .

٣١٨٠ - وكل ما ادعى نفي غيره او بسبب غيره فهو على العلم .

١٣٨١ - هذا قول اصحابنا .

١٣٨٢ - وكان شريح يحلف على البت والقطع فيما يدعى على المدعى عليه

من دين .

فان حلف والا اخذه به .

٣٨٣ - وقال اذا كان لا ييك^(١) على انسان دين يدعيه ويقيم بينة فان حلف

المدعى مع بينته والا لم يعطه .

١٣٨٤ - وقال ابراهيم [النخعي] يستحلف في هذا على العلم مثل قول

اصحابنا .

وبقولنا قال الشافعي في هذا الباب .

١٣٨٥ - 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 على ابيك هذا المال ولا شيئاً منه .

١٣٨٦ - وان قال لم يصل الى من مال ابي شيء وادعى على أنه وصل اليه

ما ادعاه وزيادة فانه يحلف على انه ما وصل اليك شيء من مال ابيك .

١٣٨٧ - ولو قال المدعى عليه ليس على يمين لأنه لم يصل الى شيء لم يقبل

منه ويحلفه على علمه ما يعلم ان احداً^(٢) على ابيك المال الذي يدعى ولا شيء منه

« لأن المدعى »^(٣) ثبت المال على الميت ويتبع تركته في يد من هي .

(١) كذا في جميع النسخ .

(٢) في نسخة قليج : ان لهذا .

(٣) الزيادة من نسخة قليج .

١٣٨٨ - وان ادعى على الوارث حقا سماء وانه على الميت او على وصيه ، فان الوارث يستحلف على علمه .

١٣٨٩ - وكذلك اذا ادعى الشراء على البائع قبله حلف على العلم انه لا يعلم انه اشترى مالا ادعاه قبله .

١٣٩٠ - وان عرض بذكر اقالة اورد بعيب حلف انه ما يعلم ان هذا الشيء شرى لهذا من فلان قبل ان تشتريه انت .

١٣٩١ - وان ادعى رجل على آخر ان عبده اتلف مالا او جنى جناية في نفس او دونها خطأ فان المولى يحلف على علمه ، وان كان قتل عمد لم يكن على المولى يمين ، لانه لا يقبل قوله على العبد .

١٣٩٢ - وكذلك اذا ادعى الرجل على غيره انه دفع الى وكيله بما يجب او ما عليه ، حلف الموكل على العلم .

١٣٩٣ - وان ادعى الشراء منه او البيع او الاجاره ، واطلق فاليمين على البت .

١٣٩٤ - وان ادعى رجل على رجل دارا في يديه فقال المدعى عليه : هذه الدار ورثتها من ابي والمدعى يقول : وصلت اليك من غير ارث فانه يحلف على البت ولا يقبل قوله في الارث .

١٣٩٥ - وان قل المدعى عليه للقاضي أحلف المدعى انها ما وصلت الى من ميراث ابي حلف على العلم ، فاذا حلف المدعى له على علمه احلف الوارث على البتات ، ولو امتنع المدعى من اليمين حلف الوارث على علمه^(١) .

١٣٩٦ - وان ادعى رجل على آخر ان اباه قد مات وله عليه كذا فقبال المدعى عليه : قد مات ابي ولهذا عليه ما ذكر ، فقال المدعى قد ترك مالا سماء ، مثل ما اقر له به او اكثر ، فقال المدعى عليه ترك ابي هذا المال وهو لأختي وهم اثنان او ثلاثة كبار او بعضهم صغير وبعضهم كبير فان القاضي يجعل الالف كلها للغيريم ، 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 في النسخة المعتمدة وانما ورد في نسخة قليج .

١٣٩٧ - وكل ما على هذا الجنس فعلى هذا الاصل • اذا كانت الدعوى على الغير فليمين على العلم ، وان كانت على الخصم فهي على البت •
١٣٩٨ - واذا قد ذكرنا حكم اليمين على المدعى عليه فقد بقى ان نذكر ردها على المدعى •

باب رد اليمين على المدعي

من قل ترد اليمين ومن قل لا ترد على المدعى •
١٣٩٩ - اتفق الفقهاء في سائر الاعصار على العمل بما روى عن النبي (ص) من قوله البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فجمع في هذا الخبر جميع البيئات وجميع الايمان فلا يجوز ان [توجه] يمين في جانب المدعى ^(١) •
١٤٠٠ - وليس في رد اليمين سنة ثابتة تلقتها الامة بالقبول ، وانما في ذلك خلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء •

خلاف الفقه في تحويل اليمين

١٤٠١ - فالذي ذهب اليه اصحابنا ان اليمين لا تحول عن الموضع الذي وضعها رسول الله (ص) وهو قول ابن عباس والحكم وابراهيم •
١٤٠٢ - 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 - وقال الشافعي اذا نكل المدعى عليه حلف المدعى فان حلف استحق وان أبى لم يستحق •
١٤٠٤ - فان قال المدعى عليه : انا احلف قبل ان يستحلف المدعى ، قال ليس له ذلك لأنه قد ابطال اليمين عنه حيث جعلها على المدعى •

(١) جملة فجمع في هذا الخ لم ترد في نسخة منيخ

قضية بين عثمان والمقداد بن الأسود

١٤٠٥ - وقد روى الشعبي ان المقداد بن الاسود^(١) استسلف من عثمان بن عفان (رض) سبعة آلاف درهم فأتاه بأربعة آلاف درهم ، فقال عثمان : كانت سبعة آلاف ، قال المقداد ما كنت إلا أربعة ، فارتفعوا الى عمر بن الخطاب (رض) وذلك في خلافته فقال المقداد : يا امير المؤمنين ليحلف انها كما يقول وليأخذها .

فقال عمر : قد انصفك اخلف كما تقول وخذها .

فقال عثمان : لا احلف

فقال (عمر بن الخطاب) : فاما الآن فخذ ما اعطاك .

قال فآخذها

فلما قام المقداد قال عثمان :

(١) جاء في اسد الغابة : ان المقداد هو : ابن عمر بن ثعلبة البهرائي المعروف بالمقداد بن الاسود ، وهذا الاسود الذي ينسب اليه هو الاسود بن عبد يغوث الزهري ، وانما نسب اليه لان المقداد حالقه ، فتبناه الاسود فنسب ويقال له ايضا المقداد الكندي ، وانما قيل له ذلك لان اصاب دما في بهراء فهرب منها الى كنده فحالقه ، 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 وقبل 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 بدرًا ، وله فيها مقام مشهور ، وفي موقعه بدر قال لرسول الله « أمض لما أمرت به فنحن معك » . اذهب أنت وربك فقاتلا انا معكما مقاتلون . وكان المقداد أول من أظهر الاسلام بمكة ، قال ابن مسعود أول من أظهر الاسلام بمكة سبعة منهم المقداد ، وشهد أحد أيضا والمجاهد كلها مع رسول الله (ص) وله مناقب كثيرة وشهد المقداد فتح مصر ، روى عن النبي وروى عنه من الصحابة علي وابن عباس والمستورد بن شداد وطارق بن شهاب وغيرهم ومن التابعين عبد الرحمن بن ابي ليلى وميمون بن ابي شبيب وعبيد الله بن عدي بن الخيار وجبير بن نفير وغيرهم . كانت وفاته بالمدينة في خلافة عثمان ، ومات بارض له بالجرف وحمل الى المدينة وكان عمره سبعين سنة (اسد الغابة ٤٠٩/٤ - 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 عثمان : خشية ان يوافق قدر بلا فيقال يمينه [كذا] .
(من كان يرد اليمين)

١٤٠٦ - وكان شريح يرد اليمين وكذلك الشعبي ويحيى بن سعيد وعمر ابن عبدالعزيز وعبدالله بن عتبة .

فصل

قول الشافعي في النكول

١٤٠٧ - واختلف قول الشافعي في نكول المدعى عليه مع يمين المدعى .
فقال في أحد القولين هما بمنزلة البينة لانه حجة من جهة المدعى ، وقال في القول الآخر بمنزلة الاقرار لان النكول صار من جهة المدعى عليه واليمين ترتبت عليه فصار كإقراره .

١٤٠٨ - فان نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، وفرق بين المدعى عليه وبينه حين لم يسأل لان نكول المدعى عليه اوجب للمدعى حقا في رد اليمين والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، ونكول 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 - وفي المدعى عليه قدر ثلاثة ايام ، فان قال منعى 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 شاهد 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 في هذا 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 - قال :

وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة ، وان نكل عن اليمين له لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى .

١٤١٣ - 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 - والقول الثاني انها ترد لأنها غير الاولى لان اليمين الاولى لا يحكم بها الا في المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي تسمع بها الدعوى .

١٤١٥ - قال :

وان قلنا لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر ، وان قلنا ترد حلف مع الشاهد واستحق .

١٤١٦ - واذا قد ذكرنا اليمين ورددها فلندكر البينة بعد اليمين ما حكمها ؟

إقامة البينة بعد اليمين

١٤١٧ - اعلم ان الدعوى اذا توجهت وصحت وحصل الانكار من الخصم فان القاضي يستل المدعى الك بينة ؟

فان قال : نعم

سأله :

احاضره هي أم غائبه ؟

فان قال :

هي حاضرة

فان ابا حنيفة قال :

لا استحلفه واطلب البينة

وقال ابو يوسف :

اذا طلب الخصم استجلاؤه فانه يستحلفه لانه ربما يتورع ويقر فيعنى
الخصم عن اقامة البينة وتعديل الشهود ، ولا استحلفه حتى يطلب الخصم ذلك .

١٤١٨ - وهذا قول الشافعى وعن محمد مثله .

١٤١٩ - واما ان كانت غائبة او كانت حاضرة ورأى القاضى ذلك فحلف
المدعى عليه ثم احضره القاضى يقضى بالينة ويبطل اليمين لما روى (ابو) سعيد
الخدري عن عمر بن الخطاب رض الله عنه انه قال .

اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة .

وهو قول شريح وطاووس وابراهيم .

وبه قال الشافعى وغيره .

١٤٢٠ - وقال ابن ابى ليلي وغيره : قد مضى القضاء ولا يقضى بالينة .

الإقرار بعد البينة

١٤٢١ - ولا خلاف انه لو اقر بعد اليمين قبل اقراره وحكم عليه فكذلك

اذا قامت البينة .

١٤٢٢ - وعكس ذلك اذا ابرأه من الحق فانه لا يقبل الامرين .

فصل

١٤٢٣ - ولا فرق عندنا بين ان يقول :

- احلف وانت برىء .

او :

اذا حلفت فانت برىء من الحق فحلف ثم قامت البينة بالحق انه يقضى

بالينه لان البراءة لا تقف على شرط فلا تصح البراءة اذا حلف .

فصل

١٤٢٤ - فان قال المدعى عليه أحلفه لى انه يستحق ما شهدت به البينة

لم يخلفه لان فى ذلك طعنا فى البينة العادلة ، ولانه لا يجمع عليه اقامة

البينة واليمين .

١٤٢٥ - وكذا قال الشافعى ايضا .

فصل

١٤٢٦ - فان ادعى انه ابرانى من الحق او قضيه اياه فانه يحلفه انه لم يبره ولم يقضه لانه ليس فى ذلك قدح فى البينة ، وما يدعيه محتسب فحلف عليه •

فصل

١٤٢٧ - 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 - 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 - هكذا روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة •

١٤٣٠ - وقال محمد :

اذا قال ليست لى بينة عليه بهذا الحق ثم احضر بينة لم اسمعها ولم احكم بها •

١٤٣١ - 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 نسي فرجع قوله لا بينة لى الى ما يعتقده •

١٤٣٢ - وقد ذهب بعض اصحابنا الى هذه الجملة •

فصل

أخذ الكفيل من المدعي عليه

١٤٣٣ - وان قال :

- لى بينة بما ادعيه فخذ لى كفيلاً لاضررها أخذ منه كفيلاً ثلاثة ايام اذا كان من أهل المصر .

١٤٣٤ - وقال ابو يوسف أخذ منه كفيلاً الى وقت يمكنه التقدم فيه .

١٤٣٥ - وقال قتادة وابو هاشم ليس عليه اقامة كفيل .

وهو قول الشعبي .

١٤٣٦ - وعن شريح انه قال لا كفالة في حد .

١٤٣٧ - وقال بعض اصحابنا :

هذا يدل على انهم كانوا يأخذون فى غير الحد .

١٤٣٨ - وقال ابو يوسف :

وعلى اخذ الكفيل ادر كنا قضائنا يعملون .

١٤٣٩ - وقال الشافعى :

ليس له ملازمته ولا أخذ الكفيل .

١٤٤٠ - قال اصحابنا :

وان كان الرجل مسافراً اجله الى حين قيامه من المجلس ، فان احضر

بينه والا خلى سبيله .

١٤٤١ - 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 - وان كانت الدعوى فى حد القذف او قصاص فى النفس او فيما

دونها من طرف او جراحة فان ابا حنيفة قال لا كفالة فى ذلك .

وقال ابو يوسف آخذه بالكفيل ثلاثة ايام ، وان أقر المطلوب او قامت

بينه حبسه ولم يأخذ كفيلاً .

١٤٤٣ - وان كانت الجراحة يجب بها المال ولا حكم للقصاص فى ذلك

أخذه بالكفيل .

فصل

١٤٤٤ - وان شهد له عليه شاهد واحد عدل حبسه القاضي الى ان يتم الشهادة ، وان لم يعرف الشاهد لم يحبسه .

١٤٤٥ - وقال بعض اصحاب الشافعي في ذلك قولين :

احدهما مثل ما قلناه .

والثاني لا يحبسه

١٤٤٦ - 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 - وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهد واحد عدل كفلناه ولم يحبسه .

١٤٤٨ - وقال اصحابنا :

وان كانت الدعوى في حد الزنا وشرب الخمر والسكر من النيف وطلب الكفيل لم يؤخذ به ولم يلزمه ، وكذلك حد السرقة اذا طلب القطع لم يؤخذ الكفيل وان طلب المال اخذ .

١٤٤٩ - ويؤخذ الكفيل فيما يجب فيه التعزير .

١٤٥٠ - وقال ابو يوسف ومحمد آخذ في دعوى القصاص الكفيل وفيما

بتعلق بحقوق الناس وكذلك اذا قام الشهود ولم يعدلوا وطلب الكفيل حتى يعدلها فله ذلك .

١٤٥١ - ويختار كفيل موثوق به وله مال

١٤٥٢ - واختلف اصحاب الشافعي اذا طلب الخصم حبسه حتى يسأل

عن البيعة في الباطن :

فمنهم من قال يحبس وهو الصحيح لان الظاهر العدالة .

والثاني وهو قول الاصطخري لا يحبس لان الاصل براءة الذمة .

فصل

ملازمة الممتنع عن الكفيل

١٤٥٣ - وان امتنع من الكفيل فله ملازمته بالنهار والليل حتى يحضر البينة .

١٤٥٤ - وقال الشافعي ليس له ملازمته ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام قال :

- (شاهدك او يمينه ليس لك الا ذلك) .

١٤٥٥ - وانما قلنا له ذلك لثلا يؤدي الى حربه فيضيع حق المدعى .

١٤٥٦ - وقد اتفق الجميع على احضاره من البلد بقول المدعى .

فصل

١٤٥٧ - فان ادعى ما ينقل ويحول وهو في يده وطلب الكفيل بهما

جميعا فله ذلك وان ابي امر القاضى ان يلزمه ويلزم ذلك الشيء حتى يعطيه
كفيلا بهما .

١٤٥٨ - وقال الشافعي :

ليس له الملازمة ولا لزوم ذلك الشيء .

١٤٥٩ - وقال اصحابنا :

في العقار يأخذ كفيلا بنفسه دون العقار .

١٤٦٠ - وان اعطاه فيما ينقل ويحول بالشيء كفيلا دون نفسه فله ان

يلزمه حتى يعطيه كفيلا بنفسه . وان قال انا اقيم وكيفا عن نفسي جائز ما صنع
على ، وقد اقتص بالشيء كفيلا قبل ذلك منه .

١٤٦١ - وان كانت الدعوى في دين كان عليه ان يقيم كفيلا مع الوكيل

بنفسه .

١٤٦٢ - وان قال انا اعطيته كفيلا بالمال والمسألة بحالها لم يقبل منه

الا برضى الخصم .

١٤٦٣ - واما العقار اذا اعطاه وكيفا في خصومته وأخذ من الوكيل كفيلا

بنفسه دفع العقار الى الوكيل واما ان يعطيه كفيلا بنفسه لم يجبر على ذلك .

فصل

هل يحكم بعد البينة في غيبة المدعي عليه؟

١٤٦٤ - 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
القاضي الحكم فانه لا يقضى بشيء 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 حجة •

١٤٦٧ - وقال الشافعي :

يقضى عليه مع الغيبة •

فصل

إثبات 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 ادعى الحق لنفسه •

١٤٧٠ - ولو شهد له بالوصية والوكالة ولم ترك البينة وطلب الكفيل ، لم

يكن له ذلك ، انما له ذلك اذا شهدت البينة وحكم بالوصية والوكالة وهو قول

أصحابنا جميعا •

١٤٧١ - ولو ادعى الدين والوصية في مجلس واحد وأقام بذلك شهوده

فانه تسمع بيته الوصية والوكالة ، وتسمع الشهادة على الحق ويقضى به وينفذ

الجميع استحسانا •

١٤٧٢ - والقياس أن لا يثبت الحق ولا بينة عليه حتى تثبت الوصية

والوكالة اولاً، فاذا حكم بذلك سمع بعد ذلك الدعوى على الحق الذي يدعيه •

١٤٧٣ - وحكى الخفاف خلاف ابي حنيفة وابي يوسف فقال :

على قول ابي حنيفة لا يقبل وعلى قول ابي يوسف يسمع على الجميع

دفعه واحدة •

فصل

١٤٧٤ - 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 أو الوكالة لم يجبه الى ذلك، وكذلك ان أقر بالوصية وقال ليس في يدي 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 - 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 - وكل حق ادعاه انسان لنفسه وطلب الكفيل أخذ به الا المسافر وما لا يجوز أخذ الكفيل به مما تقدم .

فصل

١٤٧٧ - ويؤخذ للرجل من المرأة والمرأة من الرجل اذا كان كل واحد يدعى النكاح على الآخر ، حتى يقيم البينة أو يعدل ، وكذلك اذا ادعى رق العبد أو الامه .

فصل

١٤٧٨ - واذا مات المطلوب بالحق أو مات الكفيل بطلت الكفالة (١) وأن مات الطالب فالكفيل على حاله .

١٤٧٩ - وأن سلم الكفيل المكفول به الى وصي الميت برىء وأن سلمه الى وارثه برى من حصة ذلك الوارث ، ولمن بقى حقه من الكفالة بحاله .

(١) والحكم بعكس ذلك في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة ١٠٤٧ على أنه :

« اذا مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته » .

فصل

١٤٨٠ - وإذا قدم الرجل الى الحاكم رجلا فانكر فاحلفه ثم قدمه ثانية فقال المدعى عليه بجميع دعواه لم يجبره القاضي على ذلك اذا رأى ذلك وان علم انه بعينه أمره ان يجمع الدعوى •

فصل

١٤٨١ - وان شهد على الرجل عند الحاكم بحق عدلان ، وهو لا يعلم ان له دفع البينة فان القاضي يقول له :

- قد شهد عليك فلان وفلان وقد ثبت عندي عدالتهما ، فهل عندك ما يجرحهما ؟ فان اتى بما يوجب الجرح وقفت الشهادة •

١٤٨٢ - هذا اذا كان لا يعلم المدعى عليه ذلك ، فان كان عالما بذلك فللحاكم أن يقول له ذلك وله ان يسكت •

١٤٨٣ - وعند ابي حنيفة الحكم ماض مالم يطعن الخصم وقد مضت •

١٤٨٤ - وان قال :

لى بينة بالقضاء أو الابرأ أجل ثلاثة أيام فى ذلك والا حلف المدعى عليه انه لم يبره ولم يقضه ، وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لأن الحق قد ثبت فى الظاهر ، وكل هذا قول الشافعى ايضا فى هذا الباب •

١٤٨٥ - واذا 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 - 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 فى الكتب ، فلهذا قدمنا ذلك لاننا رتبنا الكتاب على غير ترتيب من تقدم فى هذا العلم .
- ١٤٨٧ - واتفق الفقهاء على أن الشهود اذا رجعوا بعد الحكم والقضاء انه لا يبطل القضاء .

سابقة من أقضية علي

- ١٤٨٨ - ونحن نفصل مسائل الرجوع فى ذلك على الوفاق والخلاف .
- ١٤٨٩ - والاصل فى هذا الباب ما روى الشعبي أن رجلين أتيا عليا رضى الله عنه برجل فشهدا عليه انه سرق فقطع على يده ، ثم جاءا بعد ذلك بأخرفقالا غلطنا فى 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 - قال أصحابنا اذا رجع الشهود قبل الحكم بطلت الشهادة ولا يحكم بشئ . وهو قول عامة الفقهاء .
- ١٤٩١ - وقال أبو نور 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 فى المال

- ١٤٩٢ - وان رجعا بعد القضاء فى المال غرما ما شهدا به ، ولا يرد الحكم .

الرجوع قبل الاستيفاء

- ١٤٩٣ - وأن رجعا بعد الحكم قبل الاستيفاء فان كان فى حد أو قصاص

(١) رجع السمناني فى 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 - 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 - وكان أبو حنيفة يقول ذلك ثم رجع الى انه لا يبطل القضاء فصار
ايضا هذا شبهة في منع الاستيفاء .

١٤٩٦ - وان كان المشهود به مالا او عقارا او ديناً فانه يستوفى ذلك كله
وعليهما الضمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

١٤٩٧ - وقال أصحابه ينقض لان الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا
لا يصح لان الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء .

(١) في نسخة قليج : حماد بن ابي سليمان وهو الصواب فهو حماد بن
ابي سليمان مسلم الاشعري مولا هم ابو اسماعيل الكوفي الفقيه روى عن انس
وزيد بن وهب وابن المسيب وسعيد بن جبير وعكرمة وابي وائل وابراهيم
النخعي والشعبي وغيرهم ، وعنه ابنه اسماعيل وعاصم الاحول وشعبة والثوري
وحماد بن سلمة ومسعر وهشام الدستوائي وابو حنيفة والحكم والاعمش
والغيرة ، وهم من اقرانه وجماعه وكان حماد اخى شيوخ الامام ابي حنيفة وعليه
مدار حديثه وفقهه ، لزمه عشرين سنة حتى مات سنة عشرين ومائة .

فصل

رجوع الشهود بما يوجب القتل

١٤٩٨ - وان شهدوا بما يوجب القتل ثم رجعوا فانه لا يقتل واحد منهم في كل حال .

وقال الشافعي ينظر فان قالوا تيمدنا القتل بشهادتنا وجب عليهم القود ، وهو قول الحسن وابراهيم .

١٤٩٩ - لنا ان ^(١) الشهود لم يقتلوا وهم سبب يجوز ان ينفك مسبه عنه فلا يجب القود .

١٥٠٠ - وهم يقولون هما الجاء الى قتل المشهود عليه فصارا كما لو اكرهاه .

١٥٠١ - وفرق أصحابنا بين الامرين بان الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء لم يقتل بخلاف المكره فانه ملجأ .

١٥٠٢ - ولو كان الحاكم كالمكره لوجب القصاص على الحاكم .

١٥٠٣ - قال (أي الشافعي) وان قالوا تيمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل ، وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة لما فيه من العمد ومؤجلة ^(٢) لما فيه من الخطأ .

١٥٠٤ - وان قالوا اخطأنا وجبت عليهم دية مخففة لانه خطأ لا يتحملة المائلة لانها وجبت باعترافهم وهذا يبين لك انهم ليسوا في حكم المكرهين للقاضي .

(١) اصل العبارة في جميع النسخ (لأن) ولا يستقيم المعنى بها فابدلنا بها ما ذكر ليستقيم ولتكون العبارة اللاحقة حجة للحنفية على قول الشافعي والحسن وابراهيم . وعلى كل حال فان اسلوب السمناني يستدل منه على انه كثيرا ما يبدأ احتجاجه لا قوال منعبه ونقض منعب مخالفه : بقوله لان .

(٢) كذا في جميع النسخ وسياق الكلام ان يقول : مخففة في مقابلة مغلظة .

فصل

١٥٠٥ - وان اتفقوا على أن بعضهم تعمد وبعضهم اخطأ وجب على المخطئ قسطه من الدية المخففة وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ، ولا يجب عليه القود مشاركة المخطئ له .
١٥٠٦ - وقال ربعة (١) :

إذا رجموا عن القتل والقطع فعليهم العقل ولا عقوبة عليهم لأن التائب لا يعاقب مخوفة أن لا ينزع أحد (٢) ، وان نزع بعضهم واقام بعض كان العقل على من نزع .

فصل

١٥٠٧ - 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 في نفس واحدة .

فصل

١٥٠٨ - وان كانوا أربعة شهدوا بالرجم فقال اثنان منهم عمدنا وخطأ هذان وقال الاخران بل عمدنا وخطأ الاولان ففيه قولان :

احدهما انه يجب القود على الجميع لان كل واحد اقر بالعمد .
والثاني لا قود على احد منهم بل يجب على كل واحد قسطه من الدية المغلظة لانه لا يؤخذ احد الا باقراره ، وكل واحد منهم اقر بعمد شاركه فيه مخطئ . فلا يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد .
قالوا وهو الصحيح .

(١) لعل المقصود به ربعة الرأي فقيه الحجاز الشهير .

(٢) نزع عن الصبي والامر ينزع نزوعا كف وانتهى وربما قالوا : نزعا (لسان العرب) .

فصل

- ١٥٠٩ - وأن قال اثنان : تعمدنا كلنا ، وقال الآخران عمدنا واخطأ
الاولان ، فعلى الاولين القود وفى الآخرين قولان احدهما يجب عليهما القود
والثانى وهو المذهب لا يجب ، ويجب عليهما قسطهما من الدية المغلظة •
- ١٥١٠ - وان قال بعضهم عمدت ولا أعلم حال الباقيين ، فإن قال الباقيون
عمدنا وجب القود على الجميع ، وان قالوا اخطأنا سقط القود على الجميع •

فصل

رجوع الشهود بالزنا

- ١٥١١ - وإذا شهد أربعة بالزنا ، فإن رجعوا قبل القضاء جدوا جميعا ،
وان رجعوا بعد القضاء والاستيفاء غرموا الدية ووجب عليهم الحد .
١٥١٢ - وقال زفر : يغرمون الدية ولا حد .
١٥١٣ - وقال ابن ابى لىلى يقتلون جميعا والشافعى قوله تقدم .
١٥١٤ - وان رجع واحد منهم بعد القضاء والحكم والاستيفاء فعلى الراجع
ربع الدية والحد فى قول الثلاثة من علمائنا . وقال زفر لاخذ لان المقذوف
ميت ولا حد على الثلاثة فى قولهم جميعا .

فصل

- ١٥١٥ - 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 - وان رجع بعد القضاء قبل الامضاء حد واحد من بقى فى قول
ابى حنيفة وابى يوسف الاخر ، كما لو رجع قبل القضاء .
١٥١٧ - وقال محمد يحد الراجع وحده كما بعد الامضاء .

فصل

- ١٥١٨ - 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 - وكذلك قال الشافعى لا قود على من رجع مع بقاء الاربعة .
١٥٢٠ - وهل يجب عليه من الدية شئ ؟

قالوا فيه وجهان احدهما انه لا يجب لبقاء وجوب القتل عليه ، والثاني
يجب خمس الدية لان الرجم هو ^(١) بشهاداتهم والصحيح عندهم مثل قولنا •

فصل

١٥٢١ - واذا رجع اثنان من الخمسة وقالوا اخطأنا كلنا ففي الدية وجهان
احدهما انهما يضمنان الحمسين اعتبارا بعددهم ، والثاني انهما يضمنان ربع
الدية ، وهو قولنا في الرجوع نعتبر ابدا من بقى من الشهود فنثبت به ما ثبت
من البينة والباقي ثلاثة ارباع الدية •

فصل

رجوع شهود الإحصان

١٥٢٢ - واذا رجع شهود الزنا وشهود الاحصان بعد الرجم فالضمان
عندنا على شهود الزنا خاصة ، ولا ضمان على شهود الاحصان •
١٥٢٣ - وقال زفر الضمان على الفريقين بينهم نصفان بالسوية •
١٥٢٤ - وقال اصحاب الشافعي في شهود الاحصان ثلاثة أوجه :
١٥٢٥ - احدهما انه لا يجب لانهم لم يشهدوا بما يوجب القتل وهذا
قولنا •

والثاني 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 والثاني يجب عليهما ثلث الدية لانه رجم بشهادة ستة
فوجب على الاثنين ثلث الدية •

فصل

١٥٢٦ - وان شهد اربعة بالزنا ، وشهد اثنان منهما بالاحصان قبلت
شهادتهم •

(١) في نسخة قليج : حصل

١٥٢٧ - وقال الشافعي تقبل الا فيما يجران بهذه الشهادة الى انفسهما
نفما أو يدفان بها عنهما غرما •

فصل

١٥٢٨ - فان شهدوا رجم الشهود عليه ثم رجعوا فالدية عليهم ارباعا لان
شهود الاحسان لا يضمنون •

١٥٢٩ - وقال أصحاب الشافعي اذا قلنا يجب الضمان على شهود الاحسان
ففي هذه المسئلة وجهان :

أحدهما انه لا يجب لأجل الشهادة بالاحسان بشيء بل يجب على من
شهد بالاحسان نصف الدية كأربعة انفس جنا اثنان منهما جنايتين واثنان أربعة
جنايات •

والثاني انه يجب الضمان لأجل الشهادة بالاحسان •

واذا قلنا يجب على شاهدي الاحسان نصف الدية وعلى شاهدي الزنا
النصف وجب ههنا على الشاهدين بشهادتهما بالاحسان نصف الدية وقسم النصف
بينهم نصفين على شاهدي الاحسان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على
شاهدي الاحسان ثلاثة أرباع الدية وعلى الآخرين ربعها •

واذا قلنا يجب على شاهدي الاحسان ثلث الدية وجب ههنا عليهما الثلث
بشهادتهما بالاحسان وقسم الباقي بينهم نصفين فيصير على شهود الاحسان ثلثا
الدية وعلى شهود الزنا الثلث •

فصل

ضمان شهود التزكية

١٥٣٠ - وإذا شهد على رجل أربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهما ثم بان أن الشهود كانوا كفارا أو عبيدا وجب الضمان لأن المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لأنهم يقولون أنا شهدنا بالحق ولولى الدم ان يطالب من شاء من الامام والمزكين لان الامام رجم والمزكين الجاء فان طالب الامام رجع على المزكين لانه رجمه بشهادتهما •

وان طالب المزكين لم يرجما على الامام لأنهما كآالة له •
وهذا قول الشافعي •

١٥٣١ - وقال أصحابنا :

ما كان من خطأ الامام في الحدود فالضمان في بيت المال وما كان من أموال الناس فالضمان على المحكوم له ، وكذلك القصاص •
١٥٣٢ - وان رجع المزكون في الزنا او بان أن الشهود عبيد أو كفار وقد رجم المشهود عليه غرموا الدية في قول ابي حنيفة •

ضمان الدية

١٥٣٣ - وعندنا اذا بان رق الشهود أو كفرهم فالدية في بيت المال •
وهذا في الزنا •

١٥٣٤ - وقد اختلف عن ابي حنيفة في الدية اذا استوفى الولي القود فروى عنه ان ضمان الدية في مال المشهود له [للمشهد عليه]^(١) • وروى عنه انها على عاقلته ذكره الطحاوي في مختصره^(٢) •

(١) هذه الزيادة من مختصر الطحاوي ، ص ٣٥٠ •

(٢) عبارة الطحاوي في مختصره في هذه المسئلة هي :

« وقد اختلف عن ابي حنيفة رضى الله عنه ، فروى عنه من ذلك ان ضمان الدية في مال المشهود له ، وروى عنه انها على عاقلته ، وبه نأخذ •

فصل

الرجوع عن الشهادة بالعتق

١٥٣٥ - وإذا فهدا 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 - ولو شهدا بالتدبير ثم رجعا بعد الحكم فعليهما ضمان ما بين قيمة العبد مدبرا الى قيمته غير مدبر .

١٥٣٧ - فان مات المولى بعد ذلك وعق العبد من الثلث كان عليهما ضمان بقية قيمته عبدا للورثة .

فصل

الرجوع عن الشهادة بالكتابة

١٥٣٨ - ولو شهدا بالكتابة انه كاتبه على الف درهم الى سنة وقيمة العبد ألف فقضى بذلك ثم رجعا فان المولى بالخيار ان شاء ضمن الشاهدين الف درهم حالة وان شاء اتبع المكاتب بالف 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 - واى الوجهين كان وعق المكاتب فان ولاء 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 - ٣٤٩) .

(٣) ايضا (ص ٣٤٩) .

فصل

رجوع شاهدي الطلاق

١٥٤٠ - وان شهد شاهدان انه طلق امرأته ثم رجعا بعد الحكم ، فان كان بعد الدخول فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا عليه ماله قيمة فصار كما لو اتلفاهما .

١٥٤١ - وقال الشافعي :

يجب عليهما مهر المثل لأنهما اتلفا عليه مقوما كما لو اتلفا ماله قيمة .
١٥٤٢ - وان كان قبل الدخول رجع على الشاهدين بنصف الصداق ان كان لها مسمى ، وان كان الواجب لها المنعة فعليهما ما يقضى عليه من ذلك لانهما قررا عليه ما هو بعرض السقوط .
١٥٤٣ - ولاصحاب الشافعي طريقان في وجوب الضمان .

فصل

رجوع شاهدي الطلاق وشاهدي الدخول

١٥٤٤ - واذا شهد اثنان بالطلاق وآخران بالدخول ، ثم رجع الجميع ، والصداق المقضى به لها الف فان القاضي يقضي بضمان الصداق عليهم ارباعا ، على شاهدي الطلاق من ذلك الربع وعلى شاهدي الدخول من ذلك ثلاثة ارباعه .

فصل

١٥٤٥ - واذا شهدا بالنكاح وهى تجحد على صداق الف ، ثم رجعا ، فالنكاح بحاله ونظر الى الالف فان كان قدر مهر المثل فلا ضمان عليهما وان كان ناقصا عن مهر المثل لم يضمننا ايضا لانهما اتلفا ما ليس له قيمة ^(١) .
١٥٤٦ - وعن ابي يوسف انهما يضمنان تمام مهر المثل ^(٢) .

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ .

(٢) لم يرد قول ابي يوسف فى مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ .

١٥٤٧ - وإن كانت المرأة هي المدعية ضمنا للزوج ما زاد على قدر مهر المرأة لأنه مال اتلفاه عليه .

فصل

رجوع شاهدي البيع

١٥٤٨ - وإذا شهدا بالبيع وقضى به القاضى وسلم المبيع ثم رجعا فإن كان الثمن بقيمة المبيع فلا رجوع عليهما بحال ، وإن كن في ذلك نقص عن (قيمة) المبيع رجع عليهما بتمام القيمة وفاضل الثمن ايهما كان المنكر بخلاف النكاح فى ذلك .

فصل

رجوع شاهدي الإجارة

١٥٤٩ - وإن كان رجوعهما عن الإجارة :
إن كان المدعى صاحب الدار فلا ضمان عليهما فيما زاد من اجرة المثل وإنما ينظر الى الاجرة المقضى بها فإن كانت المنفعة التي استوفاهما المستأجر فيها بقيمة الاجرة فلا شيء عليهما وإن كانت أكثر من القيمة رجع بالفضل عليهما .

فصل

رجوع الشاهدين في شهادتهما على ولي المقتول بالعفو عن القاتل

١٥٥٠ - وإذا شهدا على ولي المقتول بالعفو عن القاتل وقضى عليه بذلك ثم رجعا عن الشهادة فإن أبا حنيفة ومحمدا قالوا لا ضمان عليهما ، وهو قول أبي 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 - ولو لم يشهد على العفو ولكنهما شهدا على القاتل انه صالح ولي المقتول من الدم على مال ثم رجعا عن شهادتهما فإنه ينظر فيما شهدا عليه من المال: فإن كان مقدار الدية أو دونها فلا ضمان عليهما ، وإن كان أفضل من ذلك فعليهما ضمان الفضل لأن العفو ليس بمال ، وما زاد على الدية فقد اتلفاه عليه .

فصل

العدد في الرجوع

- ١٥٥٢ - وإذا شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل واحدة من النساء الربع لأن كل امرأتين كالرجل •
١٥٥٣ - وإن شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد الثلث وإن رجع واحد وبقي اثنان فلا ضمان عليه عندنا •
١٥٥٤ - وقال أصحاب الشافعي يلزمه ضمان الثلث لأن المال يثبت بشهادة الجميع في أحد الوجهين ، والثاني مثل قولنا •

فصل

- ١٥٥٥ - فإن رجع اثنان وبقي واحد فعلى الراجعين النصف كل واحد الربع •
١٥٥٦ - وإن شهد رجلان وامرأة وقضى بالحق ثم رجعوا جميعا فالضمان على الرجلين دون المرأة •

فصل

رجوع عن شهادة شهد فيها رجل وعشر نسوة

- ١٥٥٧ - وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة فعلى الرجل السدس وعلى النسوة خمسة أسداس ، لأن كل امرأتين برجل • وقال أبو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى جميع النسوة النصف ولاصحاب الشافعي وجهان مثل الخلاف بين أصحابنا •
١٥٥٨ - قالوا والمذهب قول أبي حنيفة (١) •

فصل

- ١٥٥٩ - وإن رجع ثمانى نسوة فلا ضمان عليهن عند أصحابنا جميعا •

(١) صرح الطحاوي في مختصره (ص ٣٤٧) انه يأخذ بقول أبي يوسف ومحمد في هذه المسألة •

- ١٥٦٠ - قال أصحاب الشافعي وهو الصحيح عندنا •
 ١٥٦١ - وان رجع تسع نسوة فعليهن الربع لانه بقي ما يشته به ثلاثة
 أرباع الحق •
 ١٥٦٢ - ولو رجع الرجل ثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق لأنه
 قد بقي امرأتان تشهدان بالحق •

فصل

- ١٥٦٣ - واذا شهد ذميان على ذمي بخمر ثم رجعا فاسلم المطلوب فلا ضمان
 على الشاهدين وان اسلم الشاهدان يضمنان في قول محمد وهذا مثل نصب
 الخمر •

فصل

- ١٥٦٤ - واذا شهد شاهدان على شهادة اربعة ، وشهد آخران على شهادة
 شاهدين ثم رجع الفريقان فأبى يوسف يجعل الضمان على من شهد على الاربعة
 الثلاث والثلاث على من شهد للاثنتين (١) •
 ١٥٦٥ - وقال محمد الضمان على الفريقين نصفان •
 ١٥٦٦ - 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 - وقال في الجامع الكبير : على الراجعين ثمان ونصف ثمن ،
 ويقال هو قول محمد •

فصل

- ١٥٦٨ - واذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وقضي وحضر الاولان
 فانكرا الاشهاد فلا ضمان على أحد الفريقين في قولهم جميعا •
 ١٥٦٩ - ولو أقر بالاشهاد ورجعا وقالوا كذبنا فلا ضمان عليهما في قول
 ابي حنيفة وابي يوسف •

(١) في نسخة قليج : على الاثنتين •

- ١٥٧٠ - وقال محمد يجب الضمان •
- ١٥٧١ - ولو رجع شهود الفرع ضمنا في قولهم جميعا •
- ١٥٧٢ - وقال الخفاف ان محمدا روى انه لاشيء على شاهدى الاصل اذا رجعا •
- ١٥٧٣ - وقال روى أبو يوسف فى الامالى عن ابي حنيفة انه قال :
ان قالوا قد اشهدناهما ورجعنا ضمنا ذلك الحق ، وان قالوا لم نشهدهما
بهذه الشهادة وما شهد به عنا باطل لم يكن عليهما ضمان •

فصل

- ١٥٧٤ - ولو قال شهود الفرع : قد اشهدنا بهذه الشهادة ولكنهما كذبا
فيها وقد نفذ الحكم لم يلتفت الى هذا القول ولا يلزمهما بذلك الضمان لانهما
لم يرجعا عن شهادتهما •
- ١٥٧٥ - وكذلك لو قالوا قد اشهدنا وقد رجعا أو أخبرنا انهما قد رجعا
فعليهما الضمان •
- ١٥٧٦ - ولو قالوا لم يشهدنا بهذه الشهادة او قد غلطا فى هذه الشهادة
فعليهما الضمان على شهود الفرع •
- ١٥٧٧ - وان قال الاولان : قد كنا اشهدناهما بذلك وقد رجعنا لانا توهمنا
فالضمان على شهود الفرع •
- ١٥٧٨ - ولو كان قال الاولان :
لم نشهدهما ولكننا نحن نشهد بذلك وهو حق ثابت على المطلوب فالضمان
على الذين شهدوا عند الحاكم •

فصل

- ١٥٧٩ - وان ادعى الخصم على الشهود انهما قد رجعا عن شهادتهما وهما
ينكران ذلك لم يكونا خصمين •
- ١٥٨٠ - وان أقام بيته لم تسمع عليهما^(١) •

(١) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٩) •

فصل

رجوع شاهدي الهبة

١٥٨١ - وإذا شهدا بالهبة وهو يجحد ففضي عليه بذلك ثم رجع الشاهدان فعليهما ضمان قيمة ما شهدا به للمشهود عليه ، فإذا قبض ذلك لم يكن له الرجوع عن الهبة أبداً لأنه قد اعتاض عن ذلك^(١) .

فصل

١٥٨٢ - وإذا شهدا على رجل أنه أقر أن هذه الامة ولدت منه وهو ينكر ففضي بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان له عليهما ضمان ما بين قيمتها مملوكة وقيمتها أم ولد ، فإن توفي المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها أمة يرد ذلك الى تركه مولاهما فيكون حكمه حكمها .

١٥٨٣ - ولو كانا شهد أن مولاهما أقر أنها ولدت منه أبنا لها في يده ، والمسألة على حالها كان عليهما مولاهما في الامة ما ذكرنا وفي الولد ضمان قيمته .

١٥٨٤ - فإن قبض المولى ذلك ثم مات فورنه هذا الابن ، كان عليه ان يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما أخذه (المورث) من الشاهدين في حياته من قيمة أمه^(٢) لأنه يقول ان الميت أخذ ذلك ظلماً وأنه باق في تركه لهما .

١٥٨٥ - وإذا قد ذكرنا حكم الشهادات والرجوع عنها فقد بقي لنا علم القاضي وما يجوز الحكم به والمحاضر وكيفية ذلك .

(١) أي ان رجوعه يعد كسباً ببلون حق ، لان العوض قد وصله ولو من غير الموهوب له .

(٢) في مختصر الطحاوي (ص ٣٤٨) من قيمته ومن قيمة أمه .

باب

علم القاضي وما يجوز أن يقضي فيه بعلمه وما لا يجوز

١٥٨٦ - أعلم ان علم القاضي طريق الى القضاء في حال دون حال ، وعلى صفة دون صفة وفي حق دون حق •

وينقسم في الحكم به كما ينقسم أمر البينة •

١٥٨٧ - وانما يحصل له العلم بأن يسمع قولاً يجب به على قائله حق او يجب به على غيره أو يشاهد فعلاً يلزم لفاعله أو لغير فاعله •

١٥٨٨ - وعلم القاضي يكون على ضرورب منه ما يعلم به قبل البلوغ وقبل الولاية من الاقوال التي يسمعها والأفعال التي يشاهدها ، ومنه ما يعلمه بعد البلوغ قبل الولاية ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية ولكنه في غير عمله الذي يليه ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية في عمله الذي يليه :

علمه قبل البلوغ والولاية

١٥٨٩ - أما ما علمه قبل البلوغ والولاية في غير عمله ثم ولي وحضر عمله فدفع اليه ما سمع من العقود أو شاهد من الأفعال التي تتعلق بها الأحكام فإن أبا حنيفة يقول : لا يقضي بعلمه في شيء من ذلك بحال •

١٥٩٠ - ورزى الخفاف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الأملاء انه قال :

- لو سمع طلاق أمراً أو عتق أمة ثم استقضي فرفع اليه ذلك فإنه يحول بين الرجل وبين المرأة والأمة ولا يقضي به ولا يحكم بالطلاق والعناق^(١) •

١٥٩١ - وقال أبو يوسف ومحمد يقضي بما علمه قبل الولاية في غير عمله في جميع الحقوق والأموال وعلمه أكثر من الشهادة عنده لانه يقين •

١٥٩٢ - وقال لا يحكم في الحد والزنا والسرقة وشرب الخمر والسكر بعلمه •

(١) هذه حالة طريفة يحال فيها بين الرجل وبين زوجته ويمنع الزوج من معاشرته زوجته دون ان يحكم بالطلاق •

١٥٩٣ - وللشافعي قولان :

احدهما لا يقضي بعلمه في شيء

والثاني انه يقضي في كل شيء

١٥٩٤ - وقد ذكر أبو موسى الضرير في مختصره ان من أصحابنا من

قل يقضي بعلمه في كل شيء حتى الحدود •

قال أبو حنيفة :

وانما لم يجز لانه بمزاة الشاهد وقول الشاهد لا يقضي به في الحقوق •

١٥٩٥ - واتفق جميع الفقهاء على انه لو شهد عنده قبل الولاية في غير

عمله انه لا يقضي به في عمله •

فجعل أبو حنيفة علمه كذلك •

فصل

علمه في عمله بعد الولاية

١٥٩٦ - وأما علمه في عمله وبعد الولاية فانه يقضي به عندهم جميعا في

الاشياء الا الحدود فانه لا يقضي بها ، واستثنوا من ذلك حد القذف فقالوا

يقضي به •

وهذا قول أصحابنا •

١٥٩٧ - وروى عن محمد بن الحسن انه لا يقضي حتى يكون معه في

المال شاهد آخر وفي الزنا ثلاثة عدول •

وقد قال به بعض أصحاب الشافعي •

فصل

١٥٩٨ - وقال أبو حنيفة وابو يوسف •

إذا قال الحاكم [لرجل ان هذا الرجل]^(١) الآخر : انه ثبت عندي ان هذا

الرجل قد سرق ما يجب القطع به وقد حكمت به عليه فأقطع يده وسع المأثور

قطع يده •

(١) ما بين موسى من مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ •

وكذلك ان قال ذلك في الزنا وهو محصن وسعه الرجم •
١٥٩٩ - وقال محمد في آخر قوله على ما حكاه الطحاوي في المختصر (٢)
انه لا يسعه ذلك حتى يكون القاضي عدلا عنده وغير متهم ، ويكون معه فسي
الزنا ثلاثة سواء عدول وفي السرقة آخر ، وقياس قوله في المال مثل ذلك •

فصل

١٦٠٠ - ولو ان رجلا قال للقاضي :
- 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 ، ولا يسمع
من البينة ذلك لانها تشهد على انه كان منه ما لا يعلمه من نفسه •
١٦٠١ - وقال محمد : يجيبه الى ذلك ويسمع من البينة ويقضي به اذا
ثبت عنده •

١٦٠٢ - وبه قال سماعيل بن حماد بن ابي حنيفة ، وقال : انا أقبل ذلك ،
ووافقه محمد بن سماعة وقالوا :

ليس هذا أكثر من قضية قاض دفعت اليه وهو لا يعلمها •
١٦٠٣ - وفرق ابو يوسف بين المسألين بأنه لم يوجد في قضيته غير البينة ،
فاما حكمه فهو بمنزلة الشهادة لا يقوم بذلك الا ان يذكره ، وفرق بينه وبين ما
وجد في ديوانه بأنه تحت ختمه فلا يؤثر ذكره فيه •
١٦٠٤ - واختلف أصحاب الشافعي في ذلك على وجهين كالخلاف الذي
بيناه •

وذهب كل واحد من أصحابه الى قول واحد من أصحابنا •

فصل

نسيان القاضي ما في ديوانه

١٦٠٥ - وقال أبو حنيفة :

(١) تفصيل ذلك في مختصر الطحاوي ، ص ٣٣٧ •
(٢) يستفاد مما جاء في مختصر الطحاوي (ص ٣٣٧) ان مقصوده ان
« قول القاضي أقر عندي هذا الرجل الخ » يقبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن
لمحمد قولين أحدهما كقولهما وقياس الثاني ان قول القاضي بذلك لا يقبل •

« وكل أمر يجده الحاكم في ديوانه وتحت ختمه وهو لا يذكره فإنه لا يقضي به » .

١٦٠٦ - وقال أبو يوسف ومحمد :

يحكم بذلك كله لانه لا يتذكر كلما عنده .

١٦٠٧ - وأختار الشافعي قول أبي حنيفة .

شهادة كاتبى القاضي

١٦٠٨ - وقال محمد : لو ضاع محضر رجل من الديوان او لم يكتب محضر فشهد كاتبا القاضي عنده ان شهود هذا المحضر شهدوا عندهما بما كان في محضره وهو كذا والقاضى لا يذكر ذلك ، لم يقبل شهادتهما لانهما لم يشهدا بالحق ولا شهدا على شهادة الشهود .

١٦٠٩ - 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 - وانفق الفريقان انه لو قال الكاتبان - والمحضر قد ضاع - :
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 القاضي في ديوان غيره

١٦١١ - وما وجد فى ديوان غيره ممن تقدمه من اقرار او بينة لم ينفذه ، ويستأنف الحكم .

١٦١٢ - وهذا لا خلاف فيه لأنه غير مشهود به عنده .

فصل

عزل عن القضاء ثم رد إليه

١٦١٣ - ولو عزل عن القضاء ورد اليه فان أبا يوسف قال :

لا يقضي بشيء مما كان 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 القاضي

١٦١٤ - وما يحكم به القاضي على ثلاثة أوجه :

- منها ما يثبت بالبينة من الاحكام
- ومنها ما يثبت بعلمه من ذلك
- ومنها ما يحكم به غيره ويرتفع اليه أما بينة او كتاب حكى يصل اليه •
- أو اعلام اعلمه قاض غيره •

لا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد

١٦١٥ - فاما ما يثبت 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 - وان كان في ذلك خلاف ، فقضى بخلاف رأيه ومذهبه ، وهو لا
يذكر ذلك ولكن على ما قضى به بعض العلماء فان أبا حنيفة قال :

- يمضي هذا الفصل ولا يرجع عنه •

١٦١٧ - وقال أبو يوسف :

يرد ذلك ، ويقضي بما كان عليه رأيه ، وهذا كحكمه بما يذهب اليه
الشافعي أو مالك في مسألة يخالف ابو حنيفة والقاضي على مذهب ابي حنيفة ،
والمسائل على ذلك كثيرة •

فصل

هل ينقض الحاكم حكم غيره؟

١٦١٨ - 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 يردده .

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً

١٦١٩ - اعلم ان الفقهاء اختلفوا في حكم الحاكم هل ينفذ ظاهراً او باطناً ام لا ؟ فقال أبو حنيفة :

كل حكم يملك الحاكم انشاء مثله بولاية الحكم ، فانه اذا حكم به ينفذ ظاهراً وباطناً ويجعل الحلال حراماً والحرام عليه حلالاً .

وكل ما ليس له فعل مثله بولاية الحكم لا ينفذ الا في الظاهر .

١٦٢٠ - وقال أبو يوسف ومحمد :

حكم الحاكم لا يغير صفة المحكوم به فنه على ما كان عليه عند الله ، وانما ينفذ في الظاهر خاصة ، وهو قول الشافعي .

١٦٢١ - ومثال الاول العقود التي يملكها على الصغار والكبار ، والثاني الغصب والجنايات والاموال الظاهرة .

ما ورد في القضاء بالظاهر من الآثار

١٦٢٢ - ونحن نذكر من ذلك مسائل لعرف الحال فيها ، ونقدم ما روى في ذلك من الآثار ليكون القاضي قد عرف الحال وما يترتب عليه :

الآثار الأولى

١٦٢٣ - فروت أم سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :

- انكم تختصمون الي وان بعضكم الحن بحجته من بعض ، وانما انا بشر ، فمن قضيت له من مال أخيه شيئاً فلا يأخذه ، انما اقطع له قطعة من النار .

١٦٢٤ - وقد ذكر الفقهاء خبر أبي هريرة عنه عليه السلام أن رجلين احتكما إليه أحدهما أعلم بالخصومة والآخر بها جاهل فلم يلبث العالم أن قضى له نقام فمضى المقضى له وبقي المقضى عليه فقال :

- والله الذي لا إله إلا هو أن حقي لحق •
فقال عليه السلام :

عليّ بالرجل

فأتى به فأخبره بما كان من الآخر فقال :

- أن شئت عاودته فعوده فلم يلبث أن قضى له فقام الرجل وحلف الآخر فلم يزل كذلك يفعل ثلاث مرات فقال الرابعة إن شئت عاودته ولسكن أعلم أن من أقطع بخصومته وجدله مال امرئ مسلم بغير حق فأنما يقطع قطعة من النار •
فقال الرجل فإن الحق معه •

وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكأ فجلس فقال :

- من أقطع بخصومته وجد له مال امرئ مسلم بغير حق فليتبوأ مقعده من النار^(١) •

قال أبو هريرة :

فكنت الآخرة أشد من الأولى •

١٦٢٥ - وروى المقداد^(٢) عن أبيه أن رجلاً خطب امرأة وهو دونها في الحسب فأبت أن تزوجه فأدعى أنه تزوجها وأقام شاهدين عند علي بن أبي طالب رضي عنه فقالت :

- إني لم أتزوجه

قال :

قد زوجك الشاهدان •

وأضى عليها النكاح •

١٦٢٦ - قال أبو يوسف :

(١) هذه صياغة خلقية دينية لقاعدة الكسب دون سبب •

(٢) في النسختين المقدم •

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 - فجعل أبو حنيفة ما روى عن النبي عليه السلام محمولا على الاموال
الظاهرة والجنایات وما روى علي رضي الله عنه والشعبي محمولا على العقود وجمع
بين العاملين •

١٦٢٨ - 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 في الظاهر دون الباطن ولا يحل لها ان تزوج 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 - 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 - وقالوا لو تزوجها رجل جاهل بحالها كانت حلالا له فكيف يحل
فرج واحد لاثنتين ؟ ولو بلى الثاني بمثل ما بلى به الاول لكان لآخر ان يتزوجها
فيؤدي الى ان تكون حلالا لجماعة رجال في حالة واحدة وهذا لا يجوز •

١٦٣١ - وأبو حنيفة جعل فرقة القاضي طلاقا لأنه يملك الطلاق على العنين
والمؤلى اذا لم يفيء 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 - وقد اتفق الجميع على انه اذا فرق في اللعان وكان الزوج كاذبا
عليها ان الفرقة تقع في الظاهر والباطن وتحل لسائر الناس وتحرم على الزوج •
١٦٣٣ - وهذا قول الشافعي في اللعان •

(١) هذا مثال اخر للفرقة بين زوجين تعتبر الزجية قائمة بينهما •

١٦٣٤ - وأبو يوسف ومحمد قالا في النكل انما يقع في الظاهر ، واللعان والطلاق سواء في ذلك ، وهذا حكم النكاح والطلاق والعتاق والاقالة والبيع والرد بالعيب •

١٦٣٥ - وأما اذا ادعى مالا في يد غيره أو حيوانا أو رقيقا أو 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 وتغييره عن الذى قضى له به وسعه ذلك ، ولكن في الجارية لا يحل له ان يطأها خوفا من وجوب الحد عليه ، فاما ان سرقها وغيبها فانها تحل له •

١٦٣٦ - وان اشترى رجل جاهلا بالاحال ذلك المقضى به وسعه التصرف فيه •
١٦٣٧ - واذا شهد له بقتل ولي له بالزور فقضى بالقصاص او الدية لم يكن له ذلك ، وكان محرما عليه ، وكذلك هبة المال في رواية وفي أخرى هو مثل العقود •

١٦٣٨ - ومسائل هذا الباب كثيرة والاصل فيها واحد •

فصل

ما لا يمضيه القاضي من أقضية غيره

١٦٣٩ - واذا ثبت ذلك ثم رفع هذا الحكم الى قاض اخر فكل ما كان من قضاء سائق غير شنيع امضاء وان كان جورا او خلاف نص او اجماع لم يمضه •
١٦٤٠ - 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 استثنائها اصحابنا •

١٦٤١ - فان نقضه الثانى ثم ارتفع الى ثالث نفذ قضاء الاول وابطل قضاء الثانى ، وهذا مثل ان يحكم حاكم بانه اذا زنا بامرأة لم تحرم الزوجة ولا وطئ بنتها وقضى بصحة نكاح المرأة ثم رفع ذلك الى من يرى تجريمها بذلك الفعل أمضى النكاح ونفذ قضاء الاول لانه مختلف فيه •

١٦٤٢ - واختلف اصحابنا في الزوج فمنهم من قال ان كان يعلم ان ذلك الفعل يحرم لم يسعه المقام مع الزوجة ، وان كان جاهلا وسعه المقام .
 ١٦٤٣ - وكذلك خال الزوجة ، وكذلك لو حلف فقل ان تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثا فتزوج امرأة فرافعته الى من يرى ابطال يمينه تحكم 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 - ومنهم من قال يسعه المقام في الحالين .
 ١٦٤٥ - وكذلك طلاق المكره اذا ابطله ثم رفع الى آخر فافقعه ثم رفع الى ثالث نفذ الاول وابطل الثاني .
 ١٦٤٦ - وكذلك اذا قضى بالقافه^(٣) والقرعة في رقيق الميت أو رد نكاح امرأة بعيب .

١٦٤٧ - وكل ما لا يخالف نصا او كتابا او سنة او اجماعا فانه ينفذ وهذا قول اصحابنا .

١٦٤٨ - وقال الشافعي :
 - ان كان القاضي الاول عاميا وحكم ابطال حكمه وجعله كمن لا ينفذ حكمه اذا حكم .

فصل

١٦٤٩ - واختلف اصحابنا فيمن قضى بالشاهد واليمين او يقتل في قسامة

(١) في نسخة قليج في التحريم .

(٢) اي مؤثر فيه .

(٣) في نسخة قليج بالناقاة والظاهر انها القيافة جاء في لسان العرب في مادة (قوف) ان القائف الذي يعرف الاثار ، يقال قفت أثره اذا تتبعته ، مثل قفوت أثره . . . ويقال هو اقوف الناس ، وفي الحديث أن مجززا كان قائفًا ، القائف الذي يتتبع الاثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، ويقال : فلان يقوف الاثر ويقتنافه قيافه مثل قفا الاثر واقتفاه ، ابن سيده : قاف الاثر قيافة واقتافه اقتيافا ، وقافه يقوفه قوفا ، وتقوفه تتبعه .

أو بيع ام ولد أو متعة إلى أجل ، وإذا قضى على من اعتق نصف عبده أو نصف أمته فقضى بإبطال ذلك أو قضى بالخلاص في الدار والرقيق أو بإبطال حقه لتركه سنين لم يطالب من دار ، أو لا حق للنساء في القود وأنه للاولياء فإنه ينقض القضاء في هذا كله عند أكثر اصحابنا •

١٦٥٠ - وحكى ذلك الخصاص من غير خلاف

وقال غيره من اصحابنا ان ذلك كله ينفذ ولا يبطله •

١٦٥١ - وإذا كان الجاني حيا فهو موضع الخلاف وإن كان قد أقيد لم يحكم في ذلك بشيء •

١٦٥٢ - ولو قضى برد عبد أصابته حمى عند المشتري فرد على بائعه بغير بينة ولا اقرار فإنه يبطله ولا ينفذه •

١٦٥٣ - وإذا حكم بإبطال ما فعلت المرأة بغير اذن زوجها في بيع وتصرف ورفع إلى آخر ابطال ذلك وإجاز تصرفها إذا كانت بالغة عاقلة وحكمها في ذلك حكم الرجل ، وبهذا جاء الشرع والقرآن •

١٦٥٤ - وكذلك إذا دفع إليها المهر قبل الدخول فاشتريت به الجهاز ثم طلقها قبل الدخول فقضى للزوج بنصف الجهاز ثم رفع إلى قاض أبطله ولم ينفذه لأنه غير المفروض •

١٦٥٥ - وإذا طلق امرأته وهي حبلى أو حائض أو قبل الدخول بها فقضى قاض بإبطال ذلك أو نقضه ثم رفع إلى من لا يرى ذلك أبطله ونفذ على الزوج ما كان منه •

١٦٥٦ - وقالوا لو ضرب قاض رجلا حدا في التعريض وإبطال شهادته أبطلنا الحد وأطلقنا شهادته •

١٦٥٧ - وإن قضى في العنين أنه لا يؤجل نقضه وإجل العنين لأنه خلاف الإجماع من العلماء •

١٦٥٨ - وإن قضى بما فيه خلاف منقدهم فإن كان خطأ عند العلماء رد ذلك •

١٦٥٩ - وإن كان عند أهل زمانه أنه صواب انفذه •

١٦٦٠ - وإنما يرد ما كان خلاف العلماء وخارجا عن لسان الأمة والكتاب والسنة .

١٦٦١ - وقالوا لو كان له مال على آخر فقال ان لم أقضك اليوم فأمراني طالق ثلاثا وعبدى حر فتغيب عنه المطالب فخشي المطلوب ان يحنث فرفع ذلك الى الحاكم وأخبره بالخال فنصب وكيلًا وأمره بتقبض المال وحكم بذلك ثم رفع الى آخر قال أبو يوسف : لا يجوز هذا وقال غيره من اصحابنا يجوز . وهو قياس قول الشافعي .

١٦٦٢ - وقالوا في رجل قدم رجلا وقال : لابي على هذا الرجل مال ، وابي غائب واخاف ان يتوارى هذا فرائى قاض ان يجمله وكيلًا لابيہ وقبل بينته على المال وحكم به ثم رفع الى آخر ابطله .

١٦٦٣ - قالوا ويستحسن ان يجيز هذا في المفقود ان جعل ابنه وكيلًا في طلب حقوق ابيه .

فصل

فسق القاضي بعد الحكم وما إليه

١٦٦٤ - واذا بان ان القاضي عبد او محدود في قذف أو فاسق او مرتشع في الحكم منذ ولى فان قضاءه يرد ولا ينفذ منه شيء .

١٦٦٥ - وان ولى وهو أمين ففضى 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 - وحكى القدورى في التجريد في كتاب النكاح ان من اصحابنا من قال اذا فسق فهو على حكمه الى ان يخرجہ الامام من القضاء وليس هذا بالمذهب وإنما ارتكبه في مسئلة الفاسق هل يكون وليا .

١٦٦٧ - والمرأة اذا قضت في الحدود والقصاص ترد ، ولا يرد قضاؤها فيما تجوز شهادتها فيه .

فصل

قضاء القاضي لمن ولاء ولولد الإمام

١٦٦٨ - ويجوز قضاء القاضي لمن ولاء وعليه ويجوز قضاؤه لولد الامام وعليه .

- ١٦٦٩ - ويجوز قضاؤه لآخيه وأخته وعمه وخاله وخالته وعمته •
 ١٦٧٠ - ولقاضي القضاة وعليه •
 ١٦٧١ - ولكل من تجوز شهادته له •

فصل

من لا يجوز قضاؤه له

- ١٦٧٢ - ولا يجوز ان يقضى لولده ولا ولد ولده وان سفل ، ولا لآبيه
 ولا لجدّه وآبائه وان علو •
 ولا لزوجه ولا عبده المأذون ولا مكاتبه وان كان على عبده دين او لم يكن

من يجوز قضاؤه له

- ١٦٧٣ - ويجوز قضاؤه لأب امرأته ولأمها وسائر قرابتها ، ولا يقضي لهم
 بعد الموت اذا كانت الزوجة وارثة •
 وكذلك زوجة الابن والاب والجد يجوز في حالة الحياة ، ولا يجوز بعد
 الموت اذا كان وارثا •
 ١٦٧٤ - وقالوا لو قدم اليه من لا يجوز قضاؤه من سائر ما ذكرنا فإنه
 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 الآخر ففيه خلاف بين
 اصحابنا في جواز ذلك ورده •

- ١٦٧٥ - وكذلك اذا شهد على آبيه بالنكاح وهو يجحد فيه خلاف بين ابي
 يوسف ومحمد •

- وقد ذكرنا خلاف الناس في الشهادة في ذلك والقضاء مثله مع ابي ثور
 وسفيان وغيرهما •

- ١٦٧٦ - وقالوا لو شهد عند القاضي 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 - ومن اصحاب الشافعي من قل تقبل ويكون شاهد فرع •

شهادة القاضي المعزول على اقرار

١٦٧٨ - واتفق الفريقان على انه لو اقر لرجل بحق عند المعزول فان
المعزول يجوز له ان يشهد عند الثاني على اقراره ، ويحكم القاضي بذلك اذا كان
عدلا •

١٦٧٩ - واذا قد ذكرنا حكم علم القاضي وما يقضى به من البيعة والاقراء ،
وما ينفذ فيه حكمه وما لا ينفذ ، وجب ذكر كتاب القاضي الى القاضي لانه طريق
الى الحكم به أيضا •

باب كتاب القاضي إلى القاضي

- وهذا باب يذكر فيه كتاب القاضي إلى القاضي •
١٦٨٠ - اعلم ان كتب القضاة إلى القضاة يقع الكلام فيها في مواضع :
• منها جواز ذلك في الجملة •
• ومنها كيفية قبولها •
• ومنها الموضع الذي يقبل فيه •
• ومنها فيما يقبل ولا يقبل •
• ومنها من الذي يقبلها من القضاء •

جواز قبول كتب القاضي إلى القاضي

١٦٨١ - اما جواز قبولها في الجملة فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كتب إلى الضحاک بن سفيان الکلابی^(١) ان يورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها •

(١) جاء في اسد الغابة (٣/٣٦) « الضحاک بن سفيان بن عوف بن كعب ابن ابي بكر بن كلاب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة العامري الکلابي يكنى ابا سعيد ، اسلم وصحب النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان ينزل في بادية المدينة ولاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على من اسلم من قومه ، وكتب اليه ان يورث امرأة اشيم الضبابي من من دية زوجها ، وكان قتل خطأ ، وكان يقوم على رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم متوشحاً 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 في رجل يعدل مائة يوفيكم الفا ؟ فوافاهم بالضحاک وكان رئيسهم وانما جعله عليهم لانهم جميعاً من قيس عيلان ••• روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصري •• كان عمر بن الخطاب يقول :

الدية للعاقلة ولا تراث المرأة من دية زوجها شيئاً ، حتى قال له الضحاک بن سفيان الکلابي :

كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها • رواه جماعة من الائمة عن الزهري • 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 - ويكتب بما ثبت عنده من الحقوق ليحكم به وبما حكم به لينفذه
التاني ، وهذا لا خلاف فيه ان يكتب به •

فصل

كيفية قبول كتاب القاضي

١٦٨٣ - وأما كيفية القبول فلا يقبل بغير بينة •
١٦٨٤ - وقال أبو ثور يقبل بغير بينة •
وذكر الخفاف عن الشعبي انه كان يحيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة •
وذكر عن ابن ابي زائد قال :
جئت بكتاب قاضي الكوفة الى أياس بن معاوية فقبله ولم يسألني بينة علي
ففتح ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسائة
درهم فقال لرجل على رأسه :
- اذهب الى زياد فقل له ارسل الى فلان بن فلان فخذ منه خمسمائة درهم
وأدفعها الى هذا •
قال فذهب بي ففعل •

١٦٨٥ - وقال من اجاز ذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم قد كان يعمل

ويستفاد من هذا ان عمر ابن الخطاب كان يردد ما علمه من عرف العرب
قبل الاسلام في هذا الصدد وكان عرفهم يقضى بعدم توريث الزوجة من دية
زوجها وحصر وراثه الدية في العاقلة • وان السنة النبوية عدلت هذا العرف
بجعل الزوجة ترث من دية زوجها •

ويستفاد من هذا ان الصحابة لم يكونوا يذهبون الى اعتبار عرف العرب
قبل الاسلام منسوخا جملة وانما كانوا يفترضون بقاءه حتى يثبت لهم نسخة
أو تقييده أو تعديله يقرآن 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 - ولا يقبل الكتاب وان عرف الخط والختم •
١٦٨٧ - وقال أبو سعيد الاصطخري :
- 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 - وان كتب الشهادة التي ثبتت عنده اعتبر مسافة تقصر فيها الصلوة
كالشهادة على الشهادة •
١٦٨٩ - وان كان قد حكم لم يعتبر ذلك وهو قول الشافعي أيضا في
الفصلين •

فصل

سماع البينة على غائب

١٦٩٠ - واذا طلب الرجل من القاضي ان يسمع من بيته على رجل غائب
في بلد آخر ليكتب له بحق لزمه الى قاضي ذلك البلد ، فان القاضي يسمع من
بيته ويذكر اسمه ونسبه ان كان معروفا عنده ، وان كان لا يعرفه سأل الشهود
عن ذلك ثم اثبت ، وكذلك اسم المدعى عليه ونسبه الى أبيه وجده وقبيلته
وصناعته ، وان لم يذكروا القبيلة وذكروا الاب والجدة قبل ذلك أيضا ، ولا
يقبل ان قالوا : زيد الكوفي أو البصري لأن ذلك غير معروف •
١٦٩١ - 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 - 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 - وقال الشافعي :

استحب ذلك ولا اوجه .

١٦٩٤ - وقال الحسن : قال أبو حنيفة :

« وان قرأ عليهم الكتاب ولم يختمه بحضرتهم وهم لا يحفظون ما فيه
وليس نسخة معهم لم يجز ذلك .

١٦٩٥ - وقال أبو يوسف :

يجوز الكتاب ويقبله النى يرد عليه وان لم يقرأه عليهم بعد ان يشهدهم
على نفسه انه كتابه وخاتمه ، وهو قول الشافعي .

فصل

١٦٩٦ - قال أبو يوسف :

- وانفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، وينفذ الخلفاء كتب القضاة بغير بينة .

١٦٩٧ - وقال أبو حنيفة والشافعي لا يقبل الجميع بغير بينة .

فصل

وقال أبو يوسف :

١٦٩٨ - 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 مولى قبل
الكتاب ، ولا يقبله من ولى بعد ذلك •

١٦٩٩ - ولا يقبل هذا عند ابي حنيفة على هذا الاطلاق •

١٧٠٠ - كما لا يقبل كتاب من يكتب فيقول : من قاض من قضاة المسلمين •
ولا يذكر نسبه واسمه •

١٧٠١ - وأول من عمل بالعراق من القضاة على قول ابي يوسف هو
شيخنا قاضي القضاة رحمه الله لانه امتنع ان يخاطب قضاة خراسان فسلكت هذه
الطريقة وكانت غريبة في العمل ، فعمل بها جميع قضاة الوقت وكتبوا هم اليه
بمثل ذلك ، وصار سنة مألوقة^(١) لطول نظره وعمله بها ولو كان هذا مذهبنا لما
سبق الناس اليه في العمل وحده •

فصل

ما يجوز فيه كتاب القاضي إلى القاضي

١٧٠٢ - وكتب القضاة الى القضاة جائزة في سائر حقوق الناس : الديون
والعقارات والشركات والنصوب والودائع •

١٧٠٣ - واتفق أصحابنا على أنه لا يكتب في الحيوان الدواب والرقيق
وجميع ما ينقل ويحول •

واختلفوا في العبد فقال أبو يوسف :

(١) ان أهمية ما ذكره السمناني من تاريخ هذه السنة القضائية ظاهرة لانها
تدل دلالة واضحة على ان الفقه الاسلامي لم يكن بمعزل عن سوح القضاء والتطبيق
العملي كما زعم بعض المستشرقين وعلماء القانون الموازن الغربيون ، بل كان
القضاء يستهدي باجتهادات المجتهدين وكانت آراء المجتهدين نقطة الانطلاق في
التمهيد للاعراف والسنن والقضائية ، كما كانت اجتهادات القضاة في عصر الصحابة
والتابعين منطلق العمل الفقهي والاجتهاد فيما أثير في القضاء يومئذ من المسائل
وقضى من الاقضية •

أكتب في العبد اذا حلوه ووصفوه فاذا ورد الكتاب على القاضي ختم في
عق العبد وبعث به مع الرجل الذي 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 للمطالب ويرى كفيله ، وأجاز ذلك في العبد دون
الامة .

- ١٧٠٤ - وأبو حنيفة سوى في جميع المنقولات .
- ١٧٠٥ - كما قلوا بأنه لا يسمع الدعوى على منقول حتى يكون حاضرا
عند الحاكم ويشهد الشهود على عينه .
- ١٧٠٦ - وكما لا تجوز الشهادة فيه على الشهادة لا يجوز كتاب القاضي
فيه الى القاضي .
- ١٧٠٧ - وكذلك قال الشافعي في كتاب القاضي الى القاضي .

فصل

- ١٧٠٨ - ولا يكتب في حد ولا قصاص كائنا ما كان في نفس ولا طرف .
- ١٧٠٩ - ولا يكتب لرجل انه قد وفا فلانا ماله عليه ، او سلمت الوديعة
التي كانت له عندي أو أنه وهبها لي أو أبرأني لأنني لا أعلم هل يدعى ذلك
أم لا .
- ١٧١٠ - وكذلك لو كان حاضرا ما يسمع هذه الدعوى .
- ١٧١١ - وقالوا :
- لا يكتب باسقاط شفعة عليه لغائب انه كان قد اسقطها عنه .
- ١٧١٢ - وقال محمد بن الحسن :
- اكتب له بذلك .
- ١٧١٣ - ولا يكتب لامرأة ادعت طلاقا على زوجها وهو غائب وقالت لا
آمن ان يتعرض لي هناك .

فصل

١٧١٥ - وقالوا لو حضر المطلوب بالدين والمشتري والزوجة وقال :
قدمني خصمي الى قاضي كذا ففضى علي بالدين والشراء والنكاح ، وقد
كان استوفى ذلك مني وسقطت شفعتي عني وطلقت منه ، وأقام كل واحد بيته
بذلك فانه يكتب له ويجمع ، وهذا اتفاق والاول على الخلاف •

فصل

١٧١٥ - واذا كتب فيما يجوز ان يكتب فيه فضاع الكتاب من المدعي ،
فسأل ان يكتب له بدله فانه يفعل ، ويذكر في الكتاب الثاني ان الخصم ذكر
انه ضاع الكتاب الاول •
١٧١٦ - وكذلك ان انتقل المطلوب الى بلد آخر كتب له كتابا آخر الى
البلد الاخر •

فصل

١٧١٧ - 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 - واذا ثبت نسب أو ارث وعدد ورثة عنده كتب بذلك كله •

فصل

١٧١٩ - ويكتب لكل جناية يجب بها المال قليلا كان أو كثيرا اذا ثبت عنده •
١٧٢٠ - ولا يكتب في دار حتى يحدها بأربعة حدود او ثلاثة عند ابي
حنيفة ، وعند زفر والشافعي لا بد من ذكر الحدود كلها • وعند ابي يوسف
ومحمد يكفي اذا كان ذلك مشهورا •

فصل

١٧٢١ - وما علمه القاضي فيما خلا الحدود والقصاص وطلب صاحب الحق ان يكتب له بذلك فعل وفسر الحال في ذلك ، فان كان من رأى القاضي ان لا يقضي بما علمه قبل القضاء لم يقبل ذلك ، وان كان رأيه انه يجوز ، قبل ذلك •

١٧٢٢ - ولو علم وهو يهودى فأسلم او هو عبد فأعتق او صبي فبلغ نسم استقصى بعد العق والاسلام والبلوغ وسأله الطالب ان يكتب له فكتب بذلك فان أبا حنيفة قال : لا ينفذ المكتوب اليه •

١٧٢٣ - وقول أبو يوسف ينفذ وجعل ذلك كالشهادة اذا زال المانع •

١٧٢٤ - وهو قول الشافعي •

١٧٢٥ - وفرق أبو حنيفة بين الحكم والشهادة لان الحاكم لا يحكم بعلمه وان لم يكن هناك منع ، فمع المنع اولى •

فصل

١٧٢٦ - وتكتب له شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، فاذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه قال للمخضم •
- هات تمام الشهادة ، كما لو شهد وهو حاضر •

فصل

١٧٢٧ - وقال أصحابنا :

- لو حضر رجل وأمرأة فأدعيا أن لهما ولداً في يد انسان قد سرقه وانه روف النسب منهما ، ونحن نقيم البينة بذلك عندك فأكتب لنا بذلك الى فلان اضي فانه يكتب في قول ابي يوسف •
١٧٢٨ - وقال أبو حنيفة •

لا يكتب بذلك •

١٧٢٩ - وقال أبو يوسف :

لا أكتب للاحرار الا الاب أو الام أو الزوج يدعي المرأة ، ولا أكتب لما سوى الابوين ماداما أحياء فاذا مات الابوان كتب لكل وارث •

فصل

١٧٣٠ - وقالوا : لو استحق رجل أمة ففضى القاضي للمستحق بها ، فقال

المطلوب :

- أمتي اشتريتها من فلان بن فلان وهو في بلد كذا ، ودفعت اليه الثمن ، وشهودي ههنا فاسمع منهم واكتب لي فأن القاضي يكتب له ما يصح عنده من ذلك •

وهذا اتفاق •

فصل

ادعت أنها حرة

١٧٣١ - 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 مني شهودي واكتب لي ، فانه يفعل ويكتب له بما سمع •

١٧٣٢ - ولو لم تقم البينة بحرية الاصل ولا كانت أقرت بالرق ولا بينة

لمن هي في يده بالرق عليها فجعلها القاضي حرة ، فقال من هي في يده للقاضي : اسمع بيتي انني اشتريتها من فلان ونقدته الثمن وقد كانت مقره بالرق فانه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له ، وليس هذا كالبينة في المسئلة الاولى ، لان ذلك شهادة على من كانت في يده من الباعة والمشتريين والقاضي في مسئلتنا أخرجها من يد المشتري بانكار الرق ودعواها انها حرة فليس هذا حكما على البائع ، لان البائع والمشتري قد أجمعا على أنها كانت مقره بالرق ، ولهذا لو

حضر البائع فأقر له المشتري برقبها واعترف هذا بالبيع والتسليم لم يلزم رد الثمن لان الاستحقاق ليس بالينة •

فصل

١٧٣٣ - ولو قال المشتري للقاضي :
حلف البائع انها ليست بحرة الاصل حلفه القاضي •
فان حلف فلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين الزمه القاضي برد الثمن على المشتري •

فصل

كتابة القاضي في عقار في يد غائب

١٧٣٤ - ولو ادعى عقارا في بلد القاضي وحدده وقال :
انه لى ، وهو في يد فلان الغائب فاسمع بينى واكتب لى فانه يفعل ذلك ويكتب ، وانما فعل ذلك لان الغائب هو الخصم فلا بد من سماع حجة ، فاذا وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه احضر الخصم وقرأ عليه الكتاب وسأله عن حجة يدلي بها ، فان ادلى بحجة والا حكم عليه •

فصل

العقار في بلد المكتوب إليه

١٧٣٥ - وان كان الشيء في بلد المكتوب اليه فانه ان ادلى بحجة والا أمره بالتسليم ثم سجل للطالب بذلك ، ويشهد على نفسه ، فاذا أورد الطالب القضية على الكاتب وأقام بينة عليها وليس خصمه حاضرا لم يقبل ذلك ولم ينفذ الحكم ، ولكن المكتوب اليه اذا حكم للطالب وأمر المطلوب بالتسليم اليه ، فان أمتنع من ذلك والدار في بلد الكاتب فأنه يكتب اليه كتابا معه يحكى كتابه الذى وصله بما ثبت لفلان عنده ، ويخبره انه جمع بين الطالب والمطلوب ، وقرأ عليهما بعد الشهادة بانه كتابك الى وخاتمك ، فدعوته بحجة فلم يأت بما يدفع ما ثبت لفلان عليه ، وانى حكمت لفلان عليه بذلك وسجلت به سجلا ، وأمرت بتسليم ذلك الى فلان ، والخروج اليه منه فامتنع من تسليمه اليه ،

وذلك قبلك وفي عملك ، وسألني الكتاب اليك واعلامك قضيتي له بذلك لتسلم اليه الدار وتأمر بدفعها اليه فاجبته الى ذلك فاعلمتكم به ، فاعمل بما يجب في ذلك عليك ، وسلم هذه الدار المذكورة الى فلان موصل كتابي هذا على الواجب في الشرع والدين •

فصل

ما يفعله حين يرد عليه كتاب قاضٍ آخر

١٧٣٦ - واذا ورد الكتاب على القاضي من قاضٍ بحق لرجل يجوز ان يكتب به ، فان القاضي يجمع بين الذي 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 - وقال ابو يوسف يقبله في ذلك كله ويحكم به •

وهو قول الشافعي ايضا •

ويحكم حينئذ بما فيه اذا كان شرط «الحكم» ^(١) به موجودا فيه •

١٧٣٨ - 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 كأبي حنيفة •

١٧٣٩ - وقال ابو يوسف يقبل اذا قالوا هذا كتاب القاضي اليك •

١٧٤٠ - وقال أبو حنيفة : اذا ذكروا اسم الجد ولم ينسبه الى ابيه لم يقبل •

١٧٤١ - وعند ابي يوسف يقبل اذا قالوا كتاب القاضي اليك •

١٧٤٢ - 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 قليبج

١٧٤٣ - ويقبل عند ابي يوسف والشافعي •

فصل

تعديل الشهود على كتاب القاضي

١٧٤٤ - واذا شهدوا على الكتاب وخاتم القاضي وهو كتاب صحيح لم يقضه ^(١) القاضي حتى تثبت عنده عدالة الشهود ، فاذا ثبت فضه بحضرة الطالب المطلوب ، وان لم تثبت العدالة لم يقضه وجعله في درج المحضر حتى يسأل عن الشهود ، فان لم يعدلوا قال للطالب زدني شهودا على الكتاب •

١٧٤٥ - وهذا قول جميع من اعتبر الشهادة عليه وجعلها شرطا في قبوله •

فصل

موت القاضي الكاتب وعزله

١٧٤٦ - وان لم يصل الكتاب حتى مات القاضي الكاتب ، او عزل ، او عمي او فسق ، او صار في حالة لا يقبل حكمه ، لم يقبل الكتاب ولم ينفذه عندنا •

١٧٤٧ - وقال الشافعي يقبل ، ويحكم به اذا كان 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

١٧٤٨ - ولو ضاع الكتاب قبل ان يوصله او هرب الخصم ، فسأله المدعي ان يكتب له كتابا الى القاضي الكاتب ، او الى البلد الذي صار اليه الخصم ، ويعرف صورة الحال ، فليس عليه ان يفعل ذلك عندنا •

موت المكتوب إليه إلخ

١٧٤٩ - وقال اصحابنا :

لو مات المكتوب اليه او عزل او فسق ثم ولي غيره القضاء لم يجز له قبوله والحكم به •

(١) في نسخة خليج لم يقضه وهو غلط •
وفى لسان العرب في مادة (فضض) : فضضت الشيء أفضه فضا فهو مفضوض ، كسرته وفرقته ، وفضضه وفضاضته ما يكسر منه •

(٢) في نسخة قليج (شاهد) وهو غلط صحح في هامش المخطوطة المذكورة •

١٧٥٠ - وقال الشافعي :

لمن ولي ان يقبله ويحكم به لان المعول على (١) ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه . ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض العمل بها .
١٧٥١ - وعندنا ان القاضي المكتوب اليه كشهود الفرع اذا حملوا الشهادة لم يكن لغير من حملها ان يقبل ذلك ولا يشهد .

فصل

وصول الكتاب بعد مغادرة الخصم

١٧٥٢ - ولو وصل الكتاب الى القاضي وقد خرج 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 ابدأ حتى ينتهي الى البلد الذي فيه الخصم .

فصل

مرض الشهود في الطريق

١٧٥٣ - وقال لو مرض الشهود في الطريق فاشهدوا على شهادتهم لقوم آخرين فان القاضي يقبل ذلك ويسمع الشهادة على الشهادة مثل الشهود بالكتاب ، وكذلك ان بدأ للشهود من السفر (٢) .

فصل

١٧٥٤ - ولو قال الطالب للقاضي : أكتب الى قاضي كذا فان كان خصمي هناك والا أكتب 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 معولى على فلان أي اتكالى عليه واستغاثتى به فالعول عليه هو المعتمد .

(٢) في لسان العرب في مادة « بدأ » : « بدأ لى بداءة أي تغير رأبى على ماكان عليه ، فقوله بدأ للشهود من السفر أي عدلوا عن السفر وغيروا وجهتهم .

فصل

إلى فلان أو فلان

- ١٧٥٥ - وإن كتب الكتاب إلى فلان أو فلان فأى القاضين ورد عليه الكتاب أنفذه وعمل به عند أبي يوسف لأنه لو كتب إلى من يصل إليه من القضاة جاز ذلك عنده إذا كانت ولايته قبل أن ينفذ الكتاب وأنفذه وأجازته •
- ١٧٥٦ - وعند الشافعي ينفذه وإن ولى بعد الكتاب •
- ١٧٥٧ - وقال أبو حنيفة لا ينفذ الكتاب ولا يقبله إلا إذا عين واحدا من الناس •

فصل

هرب الخصم بعد فض الكتاب

- ١٧٥٨ - وإذا هرب الخصم بعد فض الكتاب وقراءته عليه قبل الحكم به ، فسأل الطالب القاضي أن يكتب له إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فعند أبي يوسف ينصب له وكيلًا ويحكم كما لو أقام رجل بينة على دعواه بمحضر من خصمه ثم غاب المطلوب ، فإنه ينصب عنه وكيلًا وينفذ الحكم عليه • وقال ههنا لا يكتب •

١٧٥٩ - وقال محمد :

- لا يقضى عليه بشيء حتى يحضر إلا أن يكون المطلوب أقر بالحق ثم غاب فإنه يحكم عليه •

١٧٦٠ - وقال أبو يوسف هما سواء ، ويحكم عليه إذا غاب •

- ١٧٦١ - وقال محمد في كتاب القاضي إذا كان قد سمع من البينة بمحضر من المطلوب ثم غاب ولم ير الحكم عليه فإنه يكتب إلى قاضى ذلك البلد الذى هو فيه •

١٧٦٢ - والشافعي يحكم على الغائب وعلى من فى المصر فى أحد الوجهين •

- ١٧٦٣ - وإذا مات المطلوب بالحق فإن القاضي يسمع الكتاب على وارثه أو وصيه ويحكم بما فيه إن كان تاريخ الكتاب قبل الموت أو بعده •

فصل

كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب إليه

- ١٧٦٤ - وان ورد كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه جائزا مما قد اختلف فيه العلماء لم ينفذه لانه ليس بقضية ، انما هو بمنزلة الشهادة •
- ١٧٦٥ - وان كان قد حكم وامضى الحكم بذلك امضاء ، لانه بمنزلة ما حكم به مما يختلف فيه العلماء •
- ١٧٦٦ - وهو قول الشافعي في القصاص ايضا •

فصل

الإضافة للأب والجد

- ١٧٦٧ - 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 في ذلك البلد انسان على مثل ذلك الاسم والنسب والصناعة لم يقبل الكتاب الا ان يقيم الطالب بينة انه هو المكتوب فيه الكتاب •

فصل

تشابه الأسماء في البلد

- ١٧٦٨ - 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 في 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 •

١٧٦٩ - وقال الشافعي :

- 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 في جميع ما وصف ، لان الاصل عدم من يشاركه فلم يقبل قوله من غير بينة فان اقام بينة ان له من يشاركه في جميع ما وصف به ، توقف عن الحكم حتى يثبت من المحكوم عليه منهما •

فصل

١٧٧١- واذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق ، فقال المحكوم عليه: اكتب بي الى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يدعي ثانيا ، فقد اختلف في ذلك :

فمنهم من قال يلزمه لانه لا يأمن ان يدعي عليه ثانيا ويقيم عليه البينة فيقضى عليه ثانيا •

ومنهم من قال لا يلزمه لان الحاكم انما يكتب ما حكم به او ثبت عنده ، والكاتب هو الذي حكم او ثبت عنده دون المكتوب اليه •

فصل

الإشهاد على ما ثبت من الإقرار

١٧٧٢- واذا ثبت عند القاضي حق بالإقرار فسأله المقر له ان يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لانه لا يؤمن ان ينكر المقر فيلزمه الاشهاد ليكون حجة له اذا انكره •

فصل

الإشهاد على ثبوت الحق بيمين المدعي

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 •

الإشهاد على ثبوت الحق بالبينة

١٧٧٤- وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأل الاشهاد ففيه وجهان : احدهما

انه لا يجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضي تجديد بينة اخرى ، وهذا قول عامة صحابنا •

والثاني يلزمه لان في اشهاده على نفسه تعديلا لبينته وأساسا لحقيقته والزاما لخصمه •

فصل

الإشهاد على براءة الحالف

١٧٧٥- وإذا ادعى على رجل حق فانكره وحلف عليه ، وسأل الحالف القاضي ان يشهد على براءته لزمه الاشهاد ليكون حجة له في سقوط الدعوى ، حتى لا يطلب الحق مرة اخرى •

فصل

إثبات ما جرى في الخصومة في المحضر

١٧٧٦- واختلف في لزوم القاضي ان يثبت في المحضر بما جرى فسي الخصومة اذا طلب احد الخصمين : فمنهم من أوجه ومنهم من لم يوجه •
١٧٧٧- 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 فعدنا لا يلزمه ، وعند اصحاب الشافعي يلزمه في أحد الوجهين وكذلك قولهم في المحضر •

أخذ القاضي الأجر على السجل

١٧٧٨- وحكى شيخنا قاضي القضاة رحمه الله عن ابن شريح انه أخذ على سجل سجل به ألف دينار ، وكان بينه وبين ابن داود خصومة فوَلَبَ^(١) عليه أبو بكر بن داود الخصم ، وقال له :

(١) كذا في جميع النسخ والصواب أَلَبَ عليه •
لان وَلَبَ معناها دخل يقال وَلَبَ في البيت والوجه دخل (لسان العرب) اما أَلَبَ يَأْلَبُ فمعناها اجتمع وتآلب القوم تجمعوا وآلَبَهُمْ (بالتشديد) جمعهم • وهم عليه أَلَبَ واحد وآلب والاولى اعرف • أي مجتمعون عليه بالظلم والعداوة وقد تألبوا عليه تآلبا اذا تضافروا عليه • (لسان العرب) فآلبَهُمْ عليه معناها حرضهم عليه •

طالبه بالدناير ، وشنع عليه
فلما اجتمع الخصم به وعزم على المطالبة قال له ابن شريح :
- بمن ترضى من أهل العلم يحكم بيننا فهل ترضى بابن داود ؟
نقال الرجل :

نعم فحضرا عنده والرجل يعرف باطن ابن داود في القضية ، فلما رأى ابن
شريح قد أقبل اليه قام له واستقبله •
فقال ابن شريح له :
- أيها الشيخ هل يجب على الحاكم ان يسجل على نفسه بما ثبت عنده ؟
فقال :

- لا يجب عليه ذلك
فقال ابن شريح :
- فما لا يجب عليه هل يجوز أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟
فقال : له أن يأخذ عنه العوض •
فقال له :

- فاعلم هذا الشيخ أنه لا يجب على رد ما أخذت على سجلي على نفسي •
١٧٧٩- وهذا مذهب لا يصح ، لانه قد لا يجب على الانسان الشيء ومع هذا
لايجوز أن يأخذ العوض عليه كصلوة النافلة •
١٧٨٠- وقد ذكرنا فيما تقدم قولهم في الاجرة على الشهادة والرزق على
الحكم عندنا فلا معنى لاعادته •

فصل

١٧٨١- ولا يقبل الكتاب اذا قال فيه : على فلان بن فلان البكرى أو التميمي
حتى ينسبه الى الفخذ الذي هو منه •
١٧٨٢- ولو قال الخصم : أنا فلان بن فلان الفلاني وليس لهذا على شيء
لم يقبل ذلك منه ولم يكن في هذا حجة •

فصل

١٧٨٣ - وان قال دفعت المال اليه أو ابرأني أو اتى مخرجا بذلك قبل القاضي ذلك منه •

١٧٨٤ - وان قال :

لست بفلان بن فلان الفلاني والقاضي لا يعرفه ، فالقول قوله ، وقد مضت •

فصل

رسول القاضي إلى القاضي ومشافهته

١٧٨٥ - وإذا أرسل القاضي إلى القاضي رسولا بما كتب به أو شافه به في عمله لم يقبل ذلك ولم ينفذه لأن الكتاب بمنزلة الشهادة •

عمل قاضي القضاة بالمشافهة

١٧٨٦ - 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 في الرواية ما ذكرناه دون ما كان يعمل به •

فصل

١٧٨٧ - وإذا مات الكاتب أو عزل بعد وصول الكتاب وقراءة ما فيه امضاء • ولو فسق أو صار في حال لا يجوز حكمه من ذهاب عقله بعد وصول الكتاب لم ينفذ ما فيه وردد هذا القاضي •

١٧٨٨ - وقال أبو يوسف : إذا عمى بعد الوصول انفذ ، كما لو مات ، وهو قول الشافعي •

كتاب العامل وقاضي الرستاق

١٧٨٩ - ولا يقبل القاضي كتاب عامل ولا قاضي رستاق ولا قرية الا قاضي مصر من الامصار أو مدينة فيها منبر ^(١) وكان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقبل كتب قضاة السواد ويحكم بها ، غير ان سواد العراق في كل موضع منبر وخطبة ، وفي بعضه اسواق وحكمه حكم المدن في غير العراق •

فصل

١٧٩٠ - وقالوا لو كتب القاضي إلى الأمير الذي استعمله وهو معه في مصر

(١) من أول الفصل ٢٢٨٦ إلى هنا ورد في نسخة قليج فقط •

- اصلح الله الامير
ثم قص القصة وبعثه مع ثقة ولم يشهد على الكتاب جاز
وقال محمد :

استحسن ان ينفذه
وان كان في مصر آخر لم ينفذه حتى يكتب اسم الامير واسم ابيه واسم
القاضي واسم ابيه •

فصل

١٧٩١ - وان انكسر خاتم القاضي وعليه خواتم الشهود فان القاضي يقبله ،
وكذلك لو شهدوا انه قرأه علينا واشهدنا عليه فانه يقبله ، وكذلك ان كان الكتاب
منشورا او في اسفله خاتم فانه يقبله اذا شهد الشهود عليه ، وانه قرأه عليهم ،
وهكذا قول ابي يوسف والشافعي في هذه الوجوه كلها •
١٧٩٢ - وفي قول ابي حنيفة لا يقبل •

فصل

الظعن في الشهود والقاضي والكاتب

١٧٩٣ - واذا ظعن المطلوب بالحق في الشهود أو القاضي الكاتب وذكر
فيهم ما يوجب وقوف حكمه وشهادتهم ، وأقام بينة بانهم فسقة او محدودون فني
قدف أو عييد أو ذمة ، فهذا شبهة توقف الحكم وتمنع من امضائه ، وهذا في قول
جميع من نعلمه من الفقهاء ممن لا يقبل شهادة محدود او عبد او ذمي في ذلك
على ما تقدم بيان ذلك •

كتابه القاضي بما تسمع فيه البينة

١٧٩٤ - 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 ، وفي
هذه الابواب والفصول مسائل كثيرة نذكرها في المحكوم به •
١٧٩٥ - واذا قد ذكرنا صفة القاضي وما يجب كونه عليه من الامور والمقتضى
له وطريق القضاء ، وذكرنا ما في ذلك من المسائل والابواب ، وجب ذكر المقتضى
به من الحقوق وهذا يقتضي ان نذكر الكتب والمعاملات وسائلا الافعال والاقوال ،
ونرتب ذلك على ترتيب الكتب ، ونبدأ في ذلك ان شاء الله بكتاب البيوع •

المقضي به من الحقوق

كتاب البيوع

وهذا كتاب البيوع

أنواع البيوع

١٧٩٦ - 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 - والخلاف الواقع في البيع اما ان يكون في أصل البيع او في صحته

أو فساده أو في قبضه ، أو في ثمنه ، أو في مقداره أو في تأجيل الثمن أو في الثمن والمبيع جميعا أو شرط الخيار أو في مقداره أو في الرهن المشروط فيه أو كفيل فيه أو يدعيه المتعاقدان لهما أو لغيرهما أو ورثتهما أو ورثة أحدهما أو وكيلهما أو في العيب بالعوضين أو أحدهما .

١٧٩٨ - 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 بعد وشد القائل به .

باب الرجل يدعي على غيره بيع سلعة

١٧٩٩ - وإذا ادعى على رجل بيع سلعة أو عقار أو حيوان أو شيء تسمع

الدعوى عليه فإن القاضي يعدى عليه ، فإذا حضر اليه سوى بينهما في المجلس ولم يرفع شريفا على وضع ولا مسلما على ذمى ، ولم يخص أحدهما بأمر ولا تقريب ولا سر [كذا] ولا يستلّه عن حاله وبذلك جاءت السنة وثبتت القضايا^(١) .

(١) هذا التفصيل تكرر لأدب القضاء حيث لا تمس الحاجة اليه ولا

يخلو مع ذلك من أهمية لإشارته الى تقاليد القضاء بما جاءت به السنة .

١٨٠٠ - فإذا حضرا بين يديه سأل المدعى عن دعواه فإن كانت فى منقول اعتبر حضوره عنده وإن كانت فى عقار اعتبر أن يحده بحدوده ويصفه ويميزه .

ترتيب التسليم

١٨٠١ - وإذا ادعى عليه البيع بالثمن المعلوم وصحت الدعوى من وجوه الفساد والجهالات سأل المدعى عليه ، فإن أقر أمر بتسليم المبيع أولا عند الشافعي ثم يأمر المشتري بتسليم الثمن .

١٨٠٢ - وقال أصحابنا جميعا إذا أقر بالبيع أمر المشتري بتسليم الثمن إذا كان ديننا وإذا كان عينا بعين أو ثمننا بثمن سلما معا .

١٨٠٣ - وللشافعي فى ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها كما قلنا

والثاني الخيار الى الحاكم

والثالث يقرع بينهما

حالة جحد البيع

١٨٠٤ - وإن جحد البيع سأل المدعى عن البينة ،

- الك بذلك بينة أم لا ؟

فإن قل لا بينة لى ، قال له :

- لك اليمين على الخصم .

ثم اعلم المدعى عليه بذلك ، وقال له :

- اتحلف ؟

فإذا قال نعم وبذل اليمين ، قل للمدعى :

تريد أن أحلفه لك ؟

فإن قال نعم

قال للمدعى عليه :

اتحلف ؟

فإذا قال :

نعم

قال له :

قل والله ، وحلفه بهذه اليمين التي وصفناها^(١) وبما وصفنا ،
ويقول له :

— بالله ما بعته الذي ادعاه من العبد او الدار بالثمن الذي ادعى •

تعريض البائع

١٨٠٥ — الا ان يعرض البائع ان الانسان قد يبيع ثم يرجع اليه بأمر آخر
فانه يحلفه :

— ما بينك وبين هذا بيع تام قائم الساعة فيما ادعى •

١٨٠٦ — 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 — وقال بعض أصحاب الشافعي :

— يحلفه : لا يستحق عليك هذا الذي يدعيه بالبيع •

١٨٠٨ — ومن اصحابنا من قال :

احلفه ما هذه الدار شراء لهذه الساعة بما ادعى من الثمن ؟

١٨٠٩ — وان شاء حلفه :

ما هذا البيع الذي ادعى عليك في ذلك قائم له فيها الساعة بهذا الثمن على
ما ادعى •

١٨١٠ — فان حلف برىء من الدعوى

وان نكل عن اليمين قضى عليه بالبيع عندنا ، وعند الشافعي ومالك برد الثمن

فصل

١٨١١ — وان قال :

لي بينة ولكن غائبة عن المجلس فحلفه لي :

(١) في نسخة قيلج : (بما وصفنا في اليمين) •

فأبو حنيفة لا يحلفه •

وأبو يوسف يحلفه ، وبه قال الشافعي ، وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم •

١٨١٢ - وإنما جمعنا القول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التبايع ، فمن ادعى البيع فهو المدعى •

١٨١٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :

- « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قال البائع » ^(١) ولأن الأصل بقاء ذلك وزواله مشكوك فيه ، وهذا شأن جميع العقود التي يدعيها بعض الناس على بعض ، فاجعل الأصل عدم ما يدعيه الإنسان على غيره من سائر الدعاوى ، لأن الأصل براءة الذمة وفراغ الساحة وطريق شغلها إنما هو الشرع •

١٨١٤ - وكذلك إن كان المدعى للمبيع صاحب السلعة والمشتري هو المنكر للمبيع فالحكم في ذلك سواء ، ولا فرق في هذا بين دعوى الرجل لنفسه أو لغيره أو لولده أو لشريكه أو لمولاه أو لعيده ، فالحكم في ذلك سواء •

١٨١٥ - ولا خلاف بين العلماء أن القول قول المنكر للمبيع مع يمينه ، وأنه لا بد من اليمين لتسقط الدعوى في البيع وفيما يصح بدله عند أبي حنيفة •

١٨١٦ - وما لا يصح فقد ذكرنا فيما تقدم ما يستحلف فيه وما لا يستحلف فيه فلا وجه لاعادته •

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لأبي يوسف ورقمه ٨٣٠ وصيغته « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان البيع » والمراد بالاختلاف ههنا الاختلاف في الثمن كما هو ظاهر من سبب الحديث وأنه روى في صدد نزاع على ثمن مبيع ، وقد جاء في موطأ مالك إخراج محمد بن الحسن الشيباني أن صفة الحديث المذكور هي « أيما بيّعان تبايعا ، فالقول قول البائع أو يترادان » قال محمد :

وبهذا نأخذ ، إذا اختلفا في الثمن تحالفا وترادا البيع ، وهو قول أبي حنيفة ، والعامّة من فقهاءنا ، وإذا كان المبيع قائما بعيته ، فإن كان المشتري قد استهلكه فالقول ما قال المشتري في الثمن ، في قول أبي حنيفة ، وإما في قولنا فيتحالفاً ويترادان القيمة •

فصل

اتفاقهما على البيع واختلافهما في فساده

الأصل في العقود الصحة

- ١٨١٧ - وأما إذا اتفقا على البيع ، واختلفا في فساده فالأصل عدم الفساد ، لأن دخول كل متعاقدين في عقد اعتراف منهما بصحة ذلك العقد •
- ١٨١٨ - والوجه الآخر : القول لمن يدعى الفساد •
- ١٨١٩ - إلا أن يكون العقد يشهد بالفساد أو فيما يقضى الفساد فيعمل بذلك فيه ، ويجعل القول قول من يدعيه كالمشتري لأم ولد أو لمكاتب أو مدبر أو مالا يجوز شراؤه ولا يبعه عند الحاكم الذي ارتفع إليه فلا يسمع الدعوى •

فصل

اختلافهما في القبض

الأصل عدم القبض

- ١٨٢٠ - وإذا اختلفا في قبض المبيع أو قبض الثمن فالقول قول الذي ينفي ذلك ، والبينة بينة المثبت للقبض منهما إذا أقاما بينة •
- ١٨٢١ - وهذا لا خلاف فيه لأن الأصل عدم القبض ، والقبض أمر حادث فمن ادعاه فهو المدعى ، فإذا شهدت بينة بأنه لم يقبض ، والاخرى بالقبض فيينة القبض مثبتة للحكم والاخرى نافية ، فتكون بينة القبض أولى •

فصل

- ١٨٢٢ - وإذا اشترى الرجل سمنا أو غيره في زق فأتزنه ، ثم جاء بالزق ليرده ، فقال البائع :

- ليس هذا زقي ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه مشتر للسمن

ومؤمن في الزق فالقول قول المشتري ، اذا جاء بما هو مؤتمن عليه فقال :
- هذا هو :

كان القول قوله

وجعل المضمون عليه من الزق^(١) ما يقوله ، والبائع يدعى عليه الزيادة
فالقول قوله انه لم يستوف الا ما يقوله •

فصل

الاختلاف في قيمة المقبوض وقيمة غير المقبوض

١٨٢٣ - واذا اشترى عبدان قبض احدهما فمات عنده ، ومات الآخر عند
البائع ، ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشتري •
قال محمد :

الا ترى انه لو اشترى طعاما قبض بعضه وهلك الباقي عند البائع فقال قبضت
كله وقال البائع قبضت نصفه فالقول قول المشتري لانه الضامن ، ولانه لو انكر
لكان القول قوله •

فصل

موت أحد المبيعين عند المشتري ورد الآخر بالعيب

واختلافهما في قيمة الميت

١٨٢٤ - ولو كان المشتري قبض العبدان فمات احدهما عنده وجاء بالآخر
يرده بالعيب واختلفا في قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه ، لان
المشتري 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 في انه
قد برى منه ، ولانه دخل في ضمان المشتري ، ويقسم الثمن على قيمة الذي
يرده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البائع فيرده بما يخصه ويلزمه حصة

(١) في النسختين : الزيت •

الميت ، لأننا جعلنا القول قول البائع فيما يخص هذا العبد اذ كانا جميعا في ضمان المشتري •

١٨٢٥ - 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 المشتري من الثمن ، وقبلنا بينته فى زيادة الثمن للميت •

١٨٢٦ - وكذلك لو كان مكان العبدین عدلا رطب فانه يقسم الثمن كذلك عند التنازع على سواء •

فصل

اختلافهما في المبيع أو الثمن

١٨٢٧ - قال أصحابنا :

واذا اختلف المتبايعان فى المبيع او الثمن فانهما يتحالفان ، سواء أكان ذلك عينا او فى الذمة ، فإن كان فى الذمة ، فكل ما كان معقودا عليه فانه يثبت التحالف فيه عندنا ، والتحالف يثبت فى الجملة بين المتعاقدين •

١٨٢٨ - وقال داود (الظاهرى) لا يثبت •

١٨٢٩ - 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 في الثمن مع قيام السلعة

١٨٣٠ - واذا اختلف البائع والمشتري فى الثمن والسلعة قائمة فى يدى البائع أو المشتري 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 وابي يوسف رحمه الله ان يكون القول قول المشتري مع يمينه ، لكنهم تركوا القياس لاجل الخبر .
١٨٣١ - وقال أبو خازم القاضي اذا كانت السلعة معهما فالقياس ان يكون القول قول المشتري وان كانت السلعة في يدي البائع فالقياس ان يتحالفا على ماورد به الخبر ، لان السلعة اذا كانت في يدي البائع فكل واحد منهما يدعى حقا على صاحبه فيجب ان يتحالفا ، واذا قبضت فلا حق للمشتري 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 عبد الله البلخي القياس ان يجعل القول قول المشتري في الوجهين جميعا ، وانما ترك للآخر لانهما اتفقا على ان الملك للمشتري 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 في القياس انهما متى حلفا انه بيع بألف درهم كفى ولكن تركنا هذا القياس للآخر ، لانهما اتفقا على ان الملك للمشتري وقد اتفقا على قدر ما اتفقا عليه من الثمن ، والبائع يدعي الزيادة ، فكان القول قول المشتري ، 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

ملكك ذلك بهبة او صدقة وقال زيد ملكك 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 في الجهة التي انتقل بها الملك ، وقد فرق بين الموضعين بانه في الهبة لم يوافقه على جهة الملك وفي مسألتنا قد وافق البائع المشتري 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 المشتري ايضا لان المشتري يدعى عليه البذل الذي يدعيه البائع فيجب ان يحلف •

١٨٣٧- وهذا أصل جار فيما يصح بذله عند ابي حنيفة مما يستحلف فيه وعند ابي يوسف والشافعي في كل ما يصح الاقرار به الا الحدود خاصة وايهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه ولا يرد اليمين ، وقال الشافعي ببرد اليمين •

فصل

من الذي يبدأ به في اليمين

١٨٣٨- والذي يبدأ به في اليمين البائع ، وهذا قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر ثم رجع وقال الذي يبدأ به في اليمين هو المشتري ، 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 الطحاوي في أدب الحكام الصغير له :
قال أبو حنيفة :

اذا اختلف المتبايعان في الثمن قبل القبض وبعده فانهما يتحالفان ويتراذان ويبدأ باليمين البائع •

١٨٤١- وذكر ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انهما اذا اختلفا في الثمن بدأت بالمشتري وان اختلفا في المبيع بدأت بالبائع •

- ١٨٤٢- واختلافهما في المبيع ان يقول المشتري اشترت منك ثوبين ويقول
البائع بعثك ثوبا واحدا ، فيبدأ ههنا بالبائع •
١٨٤٣- والخلاف في الثمن ان يقول :
بعث بالف
ويقول المشتري بخمسائة ، فيبدأ ههنا بالمشتري •

فصل

في العين بالعين والدين بالدين

- ١٨٤٤- وهذا اذا كان الثمن ديناً •
فان كان عينا بعين ، او كان الثمن والمبيع ديناً 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

اختلاف في الثمن والسلعة مستهلكة

- ١٨٤٦- وان اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة في يدى المشتري باستهلاك
أو اكل فالقول قول المشتري مع يمينه ، ويلزمه ما أقر به من الثمن عند ابي
حنيفة وابي يوسف •
١٨٤٧- وقال محمد والشافعي يتحالفان ، ويكون على المشتري قيمة السلعة
والقول في القيمة قول المشتري مع يمينه •
١٨٤٨- ولو اقاما بينة اخذت بينة البائع لانه يثبت الزيادة على المشتري
وانما لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة لان الخبر ورد معللاً بقيام السلعة ، ولان
بعد الهلاك لا يصح فسخ البيع بالعيب وكذلك بالتحالف والاقالة لانه لا فائدة من
اليمين الاولى لان القول قوله في القيمة •

فصل

السلم

المبيع في الذمة

١٨٤٩- وإذا 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 معقود عليها

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٠- وكيف يحلف البائع هنا ؟

قال اصحابنا :

- يقول بالله ما بعث بالف وانما بعث بالفين •

قالوا : الثمن انما يكون على النفي ولكن هنا يدعي الشراء فيه بالف وهو يرد ذلك فيمينه هنا على الاثبات ولا يكون يميننا على الاثبات الا هنا ولكنها على وجه التبعية 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 في هذه الزيادة فائدة ، لانه اذا حلف انه ما باع بألف يجوز أن يقول قد بعث بألف وخمسمائة ، فاذا قال بعث بالفين لم يمكن ان يدعي بعد ذلك •

١٨٥١- والمشتري يحلف فيقول :

بالله ما اشتريت بالفين وانما اشتريت بالف كما قلناه في البائع •

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٢- واذا حلفا جميعا فانه يبقى المبيع بينهما قائما ولا يفسخه الحاكم

حتى يسأل 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 اللعان عندنا لان الفرقة
حق لله تعالى ، فلو تراضيا على البقاء على النكاح لم يحز ذلك فلهذا فرق من
غير مسألة •

فصل

اختلافهما في جنس ما أسلم فيه

١٨٥٣ - واذا قال احدهما اسلمت اليك في كره^(١) خنطة ، وقال المطلوب
في كره شعير تحالفا لانه اختلاف في المعقود عليه •
ولا يشبه هذا اختلافهما في ذرع الثوب اذا كان عينا انه لا يخالف لانه ليس
معقودا على الصفة في البيع لان زيادة الذرع عندما يكون للمشترى ونقصانه
لا يوجب حط جزء من الثمن ، ويفسخ العقد بينهما •
١٨٥٤ - وقال اصحاب الشافعي في فسخ العقد بعد التحالف وجهان :
أحدهما كما قلناه •
والثاني يفسخ بنفس التحالف

اليمين في السلم

١٨٥٥ - ويبدأ في السلم بيمين المطلوب في قول ابي يوسف الاول ، وهو
قول زفر •

(١) جاء في لسان العرب في مادة (ك ر ر) : الكر كرم مكيا لاهل العراق ،
وفي حديث ابن سيرين : اذا بلغ الماء كرا لم يجعل نجسا ، وفي رواية « اذا كان الماء
قد كره لم يحمل القدر » والكر ستة أوقار حمار ، وهو عند أهل العراق ستون
قفيزا ويقال للحصى كرا ايضا ، 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 اثني عشر
وسقا كل وسق ستون صاعا •

وفي الثاني يمين الطالب وهو قول محمد لانه جعل المطلوب كالبايع ،
والطالب كالمشتري •

فصل

١٨٥٦- وان أقاما جميعا بينة اخذت بينة الطالب لانه ادعى جنسا وانكره
الآخر فوجب ان تكون البينة بينته ، لانه اثبت ما ادعاه ، والمطلوب أقام البينة على
شيء قد ابرأه عنه ورد اقراره فيه •

فصل

اختلافهما في مكان الإيفاء

١٨٥٧- وان اختلفا في مكان الايفاء فالقول قول المطلوب والبينة بينة الطالب
في قول ابي حنيفة •

١٨٥٨- وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وهو قول الشافعي لان المكان
اختلاف في غير المحلوف عليه فصار كالاختلاف في الرد بالعيب ، وهما يقولان
القيمة تختلف بالاماكن فصار كالمعتود عليه •

فصل

اختلافهما في الثمن بعد هلاك إحدى العينين

١٨٥٩- واذا كان المبيع عينين فهلكت أحدهما ثم اختلفا في الثمن 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 المشتري فيه •

- ١٨٦١- وقال محمد والشافعي :
- ١٨٦٢- يتخالفان ويرد الباقي وقيمة الهالك ، وهذا اذا كان المشتري قد قبض .
- ١٨٦٣- وجعل ابو يوسف ذلك كالرد بالعيب اذا هلك البعض رد الباقي
- ١٨٦٤- ومحمد يوجب التحالف مع قيام المبيع ومنع هلاكه كله ويرد القيمة
- ١٨٦٥- وابو حنيفة جعل ذلك كالأقالة ومضى على اصله من القياس .
- ١٨٦٥- وان اقاما جميعا بينة فالينة بينة الطالب لانه اجتمع بيتان أحدهما له والاخرى عليه فكانت التي عليه اولى .

فصل

اختلافهما في المسلم والمسلم به

- ١٨٦٦- واذا اختلفا فقال احدهما اسلمت اليك عشرة دراهم في كرى حنطة وقال الآخر بل اسلمت لي عشرين درهما في كرى واحد فانهما يتخالفان وايهما نكل لزمته دعوى صاحبه .
- ١٨٦٧- وان اقاما البينة جميعا قبلت بينة الطالب في كرين وبينة المطلوب في عشرين درهما لانا نأخذ بالزيادة من السنتين وكل واحدة تثبت حقا على الآخر فينبغي ان يقضى به .

فصل

- ١٨٦٨- وان قال الطالب : خمسة دراهم في كرى حنطة وقال المسلم اليه : عشرة دراهم في كرى شعير فأقاما جميعا البينة فإنه يقبل بينة الطالب في الحنطة وبينة المطلوب في العشرة فتقبل بينة كل واحد منهما في الزيادة .
- ١٨٦٩- وقال الشافعي تنهاتر البيتان .
- ١٨٧٠- وقال محمد : ذلك سلمان : خمسة في كرى حنطة وخمسة في كرى شعير .

١٨٧١- وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ان رجلين تنازعا في

بغير واقام كل واحد منهما البينة على النتائج ففضى به بينهما نصفين ، وهذا على الشافعي لانه سوى المسئلتين وعلى محمد أنه لم يجز بينهما الا عقد واحد فلا يجوز أن يلزمهما عقدان •

١٨٧٢- وليس كذلك اذا كان رأس المال جنسين لانه لا يمكن أن يدخل احدهما في الآخر وفي مسئلتنا يدخل الاقل في الاكثر •

١٨٧٣- ومحمد يقول يجب أن تصحح البيتان جميعا •

١٨٧٤- وكل واحد يدعي غير ما يدعيه الآخر من المعقود عليه فهو كما لو ادعى أحدهما عبدا والآخر جارية •

فصل

الاختلاف في الاجل أو الخيار أو الرهن . . . إلخ

١٨٧٥- واذا اختلفا في الاجل أو الخيار أو الرهن أو الكفيل أو الضمين فأنهما لا يتحالفان عندنا ويكون القول قول من ينفي ذلك •

١٨٧٦- وقال زفر والشافعي يتحالفان ، لانه اختلاف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان وهما قاسا ذلك على اختلافهما في المعقود عليه •

فصل

١٨٧٧- 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- 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 ادعى الطالب ايفاءه لم يصدق وعليه البينة انه قد اوفاه الذي اقر به كمن اقر بدين وادعى ايفاءه •

١٨٧٩- وان أقاما بينة فالبينة بينة المطلوب •

١٨٨٠- 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 الإيفاء فصار كمن يدعي إيفاء الدين • وانما جعلنا بينة المطلوب أولى لانه يثبت اختلافهما بعمل فيه التأجيل عن الشهر الذي أقام البينة على إيفائه به فنهى مثل أن يقيم البينة أنه أوفاه الدراهم وأقام الذي له الدين أن عليه مائة دينار ولم تعارضه بينة فني ذلك ، وكذلك في الشهر الذي اثبت هو الاجل لم تعارضه فيه بينة الطالب ، والوجه الذي جعلنا القول قوله غير الوجه الذي قبلنا بينته •

فصل

نفى أحدهما شرط الأجل وادعاء الآخر

١٨٨١- وان نفى أحدهما شرط الاجل وادعاء الآخر فالقول قول الذي ادعاه ايهما كان •

١٨٨٢- ولا يصدق الآخر على الفساد للسام والقياس أن يكون القول قول من ينكر الاجل لان الاجل يدعي عن الطالب وهو جاحد فلا يصدق عليه كما لا تصديق في زيادة الثمن ، وكما لو أنكر السلم رأسا والاستحسان أن يكون القول قول من يدعي الاجل الا أن يكون المثبت للاجل هو الذي 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 عندي ، 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 كأنما 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 الذي اعترفا به ، وليس يمنع ان يستحق بما يجرى

مجري الاعتراف لان البائع لو قال بعث مالم يكن لسي أو قال المشتري اشتريت ما لم يكن للبائع بعد اعترافهما بالبيع لم يصدق في ذلك ، وكما لو أقرا يعقبد 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 في 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 تاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه ، لانه يدعي عليه زيادة وهو ينكرها فالقول قوله •
١٨٨٧- وقالوا لو رد المبيع على البائع بعيب ثم اختلفا في الثمن جعل القول قول البائع أنه ما قبض الا ذلك القدر لان من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه •

فصل

اختلافهما في المعقود عليه في السلم

١٨٨٨- واذا اختلفا فقال رب السلم اسلمت اليك في ثوب هروي^(١) وقال الذي عليه السلم بل هو زطي^(٢) فإنه يحلف الذي عليه السلم بالله ماهو بهروي فان حلف برى ، وعلى الطالب أن يحلف بالله ماهو زطي ، فاذا حلف رد رأس المال لانه اختلاف في نفس المعقود عليه فوجب التحالف •
١٨٨٩- وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ويصير كأنه صدقه فيما يدعي عليه •

١٨٩٠- وان أقاما جميعا بينة فالينة بينة الطالب لانه اثبت المطلوب بينته

(١) نسبة الى هراة •

(٢) نسبة الى الزط وهم قبيل من الناس كانوا يعيشون في سواد العراق • وفي لسان العرب : الزط جيل اسود من السند اليهم تنسب الثياب الزطية ، وقيل بالزط اعراب جت بالهندية وهم جيل من أهل الهند وقيل الزط السبابجة قوم من السند بالبصرة •

ثوباً زطياً ، وقد أبرأ الطالب منه والبراءة تصح لأنها في الذمة ، وقد اثبت الطالب بيئته ثوباً هروبياً فوجب أن تقبل بيئته عليه لأنه ما ادعاه •

١٨٩١- وان اتفقا على أنه ثوب يهودي غير ان الطالب قال : هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع ، وقال المطلوب هو خمسة أذرع في ثلاثة فهذا والاول في القياس سواء يتحالفان ويترادان ، وبالقياس نأخذ •

١٨٩٢- وأما في الاستحسان فينبغي ان يكون القول قول المطلوب مع يمينه لان الذرع صفة ، والاختلاف في الصفات لا يوجب التحالف والتراد ، كما لا يوجب ذلك في البيع •

١٨٩٣- والقياس أن السلم عقد على صفة ثبتت في الذمة ، فهو اختلاف في نفس المعقود عليه كما لو اختلفوا في العين المبيعة ، والذرعان في المبيع صفة فيه وليس بمعقود عليه لأنه لا ينقص بنقصانه ولا يزيد بزيادته عندنا •

فصل

اختلفا في السلم وفي رأس المال

١٨٩٤- واذا اختلفا في السلم وفي رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا فقال المسلم اليه : اسلمت الى هذه الجارية في مائة مختوم خنطة ، وقال رب السلم : بل اسلمت اليك هذا العبد في مائتي مختوم خنطة تحالفا وترادا لأنه اختلاف في المعقود عليه •

١٨٩٥- وان اقاما بينة لزمته الجارية بمائة مختوم خنطة ، ولزمه العبد بمائتي مختوم خنطة لان كل واحد منهما قد اثبت عقدا غير العقد الذي اثبته الآخر ولم يعارض فيه الآخر لان عقد الجارية بمائة ، وعقد العبد بمائتين •

فصل

إنكار قبض رأس المال

١٨٩٦- واذا قال الرجل : اسلمت الى عشرة دراهم في كسر خنطة ، ثم

قال بعدما سكت : ولكن لم أقبض رأس المال ، أو قال رب انسلم : قد قبضت ،
فأقول قول رب السلم •

١٨٩٧- وكذلك لو قال :

أسلمت لي ثوبا في كر حنطة فهو مثل ذلك ، وهذا استحسان ، وكان
القياس أن لا يكون قابضا من يقول قبضت الثوب والدرهم ، لان قوله : أسلمت
لي ليس هو اقرارا بالقبض وانما هو اخبار عن العقد ، وان كان اقراره يحتمل
أنه بالعقد والقبض فوجب أن لا يلزم الابقين ، والاستحسان انه قد جعل قوله
أسلمت لي في العادة بمنزلة قوله أسلمت الي ، وهي عبارة عن القبض فقوله
بعد ذلك : لم أقبض رأس المال رجوع فلا يصدق فيه •

١٨٩٨- وعلى هذا قال أصحابنا :

إذا قال لفلان علي ألف درهم ثمن جارية باعنيها ، ثم قال : لم أقبضها ،
وقال الآخر : قد قبضت كان المال عليه لانه لا يلزمه المال الا بالقبض فأقراره بالمال
أقرار بالقبض وصل أو قطع في 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
بعيه لان الثمن يجوز أن يكون ثابتا في المعين •

فصل

١٩٠٠- واذا اختلفا فقال رب السلم :

أسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المسلم اليه :
بل أسلمت الي هذين التوبين في كر حنطة تحالفا وترادا لانه اختلاف
في المعنود عليه وان أقاما بينة فاليينة بينة المسلم اليه بالتولين جميعا لان البينة على
شيء حصل الاقرار معه لا تقبل ، وانما تقبل على شيء حصل الانكار (معه) وهو
الثوب الزائد •

فإن قال المسلم إليه : أسلمت الي ثوبين في كرا خنطة ، وقال رب السلم : بل أسلمت اليك أحدهما وهو هذا بعينه في كرا خنطة وكرا شعير « وأقاما البينة قضى للمسلم اليه الثوبين جميعا وقضى عليه بكر خنطة وكرا شعير »^(١) لأن هذا ادعى زيادة المسلم فيه

فصل

اختلافهما في قبض رأس المال في المجلس

١٩٠١- وإن اختلفا في قبض رأس المال في المجلس فقال أحدهما : نفرقنا من غير قبض وهو رب السلم ، وأقاما بينة بذلك فالبينة بينة المسلم اليه لأن بينة رب السلم بينة على النفي ، وذلك لا يقبل ، 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 إن أقام البينة على القبض وإن تلك الدراهم له .

فصل

اختلاف ورثة البائع والمشتري في الثمن

١٩٠٣- وإذا كان البائع قد مات واختلف في الثمن ورثة البائع والمشتري فالقول قول ورثة البائع إن كان المبيع في أيديهم .

والقول قول المشتري إن كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشتري وبقي البائع كان القول قول الذي في يده منهم ، وهذا استحسان والقياس في هذا

(١) مابين قوسين من نسخة قليج .

والاول سواء أن يكون القول قول المشتري في ذلك كله ، فتركوا ذلك للآخر ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف •

١٩٠٤- وقال محمد والشافعي يتحالفان ويترادان وحياتهما وموتهما سواء اذا لم يعتبرا قيام السلعة فأبو حنيفة حصر الحلف بحياتهما وقيام السلعة للخبر ، فما عدا موضع الخبر فهو متروك على ما يوجب القياس ، وان تخالف^(١) بين الورثة بعضهم في بعض ، فاذا كان في يد ورثة البائع لم تزل يدهم الا بالقبض ، وان كان في يد ورقة المشتري فقد اقر البائع بزوال ملكه ، وهو يدعي عليه الثمن وليس من حيث قلم الورثة مقام الميت في الرد بالعيب يجب أن يقوموا ههنا مقامه ، لان في العيب قد بقي عند البائع حصة من الثمن للمشتري فيصح لهم المطالبة بذلك •

فصل

ازدياد السلعة خيراً

١٩٠٥- وان كانت السلعة في يد المشتري قد زادت خيراً ، وكانت جارية فولدت ، أو جني عليها ، واخذ المشتري ارثها لم يكن بينهما تحالف على ما تقدم في القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف •

نقصان السلعة

١٩٠٦- وان كانت نقصت أو جنى عليها المشتري فالقول قول المشتري أيضاً الا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة ، لانه اذا هلك بعض المبيع فليس المبيع قائماً بعينه ، واما اذا رضى فقد اخرج ما نقص من المبيع فصار في الحكم كأن البيع لم يقع الا على هذا القائم ، دون الهالك ، لان الاختلاف بين المتبايعين لا يقع فيه ، لانه خرج من جملة المبيع ، والاختلاف انما هو في تصحيح الثمن ، وصار هذا كما

(١) نسخة فليح تحالف والنسخة الاخرى غير منقوطة وسياق الكلام

ما أثبتناه •

لو كان المبيع عبيدين فمات أحدهما ورضى البائع أن يأخذ الحي ولا يطالبه بـمن الميت .

فصل

اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشتري

١٩٠٧- وإذا اختلفا وقد خرجت السلعة من ملك المشتري فالقول قول المشتري في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن القياس يوجب المنع من موجب خبر التحالف ، والخبر مشروط بقيام السلعة ، والأمر ههنا بخلافه .

فصل

رجوع السلعة إلى المشتري بغير الوجه الذي

خرجت به من يديه

١٩٠٨- وكذلك إن رجعت إليه بوجه غير الوجه الذي خرجت به من يديه فالقول قول المشتري لأن الملك محدد فلا يجوز أن يفسخ الملك لأجل الاختلاف في العقد الأول .

١٩٠٩- وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

١٩١٠- وقال محمد : يتحالفان ويترادان ، لأن الذي أوجب التحالف مع بقاء السلعة على حالها هو أنه لا يجوز أن يستحق كل واحد منهما على صاحبه ملكه بقوله .

١٩١١- وأما إذا خرج عن ملكه لم يصح فيه التراد لفوات المبيع ، وفوات المبيع يسقط التحالف .

فصل

باعها البائع من رجلين

١٩١٢- فإن كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصفه من شريكه

ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الذي باع نصفه ويتحالفان على حصة الآخر .

١٩١٣- قال الكرخي رحمه الله : وهذا عندي اذا رضي البائع أن يأخذ هذا النصف لأن في ذلك تفريق الصفقة عليه كائين اشتريا عبدا ثم وجدا به عيا فليس لواحد منهما أن يرد على قول أبي حنيفة ، وقال يحتمل أن يكون مسألة الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أيضا لأن البائع يقول : أنا لم أرض بتفريق الصفقة علي ، ولا يشبه هذا العيب عندهما لأنه كان موجودا في حالة العقد .

١٩١٤- واذا اشترى عدلا^(١) زطيا وأقر أنه زطي فلم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك برده وقال وجدته كرايس^(٢) لم يصدق لانه قد أقر بالاستيلاء لما اشترى فدعواه بعد الاقرار انه لم يستوف تكذيب لما اقر به فوجب أن لا يصدق .

١٩١٥- ولو كان قال : لا أدري ازطي هو أم لا لكن أخذته على قولك فانظر اليه ، ثم جاء به فردده وقال وجدته كرايس ، كان مصدقا لانه لم يتقدم منه اقرار بقبض ما اشتراه ، ولانه اذا كان فيه خيار الرؤية فانه اذا نقض المبيع المشتري انتقض .

١٩١٦- فاذا قال المشتري هذا ثوبك وقد نقضت البيع فيه حصل في يده

(١) في لسان العرب عن سيبويه أن العدل بالكسر لا يكون الا للمتاع ، واجاز غير سيبويه أن يقال عندي عدل غلامك أي مثله وعدله بالفتح لا غير قيمته ، قال ابن الاثير (العدل) بالفتح ماعادله من جنسه وبالكسر مالميس من جنسه وقيل بالعكس . . . والعدل نصف الحمل يكون على أحد جنبي البعير ، وقال الأزهري العدل اسم حمل معدول بحمل أي مسوى به ، والجمع اعدال وعدول عن سيبويه . وقال الفراء في قوله تعالى او عدل ذلك صياما قال : العدل ماعادل الشيء من غير جنسه ، ومعناه أي فداء ذلك والعدل المثل مثل الحمل .

(٢) في لسان العرب في مادة كريس : الكرياس والكرباسة ثوب ، فارسية وبياعه كرايسى التهذيب : الكرياس بكسر الكاف فارسي معرب . ينسب اليه بيعه فيقال كرايسى والكرباسة أخص منه والجمع الكرايس . وفي حديث عمر (ر) وعليه قميص من كرايس ، هي جمع كرياس وهو القطن . . . والكرياس راوق الخمر .

ثوب لغيره ، فالقول قوله ، واذا لم يكن فيه خيار وانكر البائع أن يكون هذا ثوبه
فالقول قوله ولا يصدق المشتري •

فصل

١٩١٧- واذا اشترى ثوبا وقال البائع (هو) هروى وقال المشتري • لا ادري
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 عبدا لم يره
أن له فيه خيار الرؤية ، الا ترى أنه لو قال اشتريت هذا الفرس وأشار اليه فإذا
هو برذون لم يكن له ردها •

١٩١٨- واذا نظر الى عدل مطوى ولم يشره ثم اشتراه فليس له أن يرده
الا من عيب ، لان العادة أن يكون مطويا ، كذلك هذا •

فصل

اختلاف الصفات

١٩١٩- ولو اشترى جارية على أنها خراسانية فوجدها سندية جاز له ردها
وهذا بمنزلة العيب فيها لان معانيها تختلف وتفاوتت تفاوتا كثيرا فصار باختلاف
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 في الحكم والتعارف كالاجناس المختلفة في الاصل ، وان كانت
الجسمية لها جامعة وكان كونها جوهرًا يقتضي فيها المماثلة •

فصل

اشتراط الخيار للآمر

١٩٢٠ - واذا اشترى لغيره شيئا واشترط الخيار للآمر ، فقال البائع قد

رضي الأمر باسقاط الخيار ، وانكر الوكيل فالقول قوله ولا يمين عليه ، قالوا : ولو كانت اليمين عليه لم يكن له ان يردده حتى يحضر الأمر وله ان يردده بغير يمين ، وهو بمنزلة الاجنبي فيما يدعي البائع على الأمر ، والوكيل انما يكون خصما فيما بينهما من حقوق العقد ، والبائع بما يدعي يريد ابطال ما هو مستحق عليه من الفسخ فوجب أن لا يصدق .

١٩٢١- والوكيل فيما يدعي على الموكل كالوصي فيما يدعي على الميت والنورثة من الحقوق ، وان أقام البائع بينة ان الأمر قد رضي فالباع لازم للأمر لانه اذا ثبت رضا الأمر سقط الخيار الذي للوكيل لان خيار الموكل هو الخيار الذي ثبت له لان ذلك لا يثبت الا للعاقدة ، الا انه اذا ثبت فلا فصل عن أن يثبت لزيد أو لعمر أو لغيره ، فاذا ثبت لهما فأيهما اجازة جاز وان لم يقم البينة وصدقه المشتري فيه وقال الأمر في الثلاث بحضرة البائع قد ابطلت لزوم المشتري ، لان اقرار الوكيل برضا الآخر يمنعه من رده على البائع ولا يجوز اقراره على البائع ، وابطال الأمر البيع بحضرة البائع جائز ، فاذا كان كذلك لزوم البيع الوكيل الا ان يرى أن الوكيل لو رضي بالعيب لزمه ولا يلزم الأمر ، ويكون الأمر على خياره .

١٩٢٢ وان كانت هذه المقالة منهم بعد الثلاث لزوم الأمر لان مضي المدة يصحح البيع ، ويسقط الخيار ، ولا يمكن فسخه فجاز البيع بنفسه ، فبعد ذلك لا يصدق الأمر على دعوى النقص مع أن البيع قد لزمه .

فصل

١٩٢٣- واذا اشترى رجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك احدهما عند المشتري 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 المشتري يمنع من الفسخ فيه فيجب أن يكون مانعا من الفسخ فيما بقي ، لان ليس له أن يتم البيع في بعض ما وقع عليه العقد دون بعض فوجب ان يبطل خياره .

١٩٢٦ - وان كان الخيار في أن يأخذ احدهما دون الآخر فهلك احدهما أو دخله عيب لزمه ثمنه ورد الباقي (١) .

١٩٢٧ - وهذا استحسان في الاثنين والثلاثة ولا يجوز في الاربعة وفيما زاد ووجه القياس والاستحسان معلوم .

فصل

الالتزام التحيري (صار التمين)

١٩٢٨ - وإذا اشترى الرجل عشرين احدهما بالف درهم والآخر بخمسمائة على أن يأخذ احدهما ، ايهما شاء ويرد الآخر فمات البائع مات الذي بألف ، قبل وقال المشتري مات الذي بخمسمائة ، قبل ، لم يصدق واحد منهما على ما قال ، ويحلف المشتري ما يعلم أنه مات الذي بالف قبل ، ويحلف البائع ما يعلم أن الذي بخمسمائة مات أولاً ، لان البائع يدعي أنه لزمه الثمن ألف درهم ، والمشتري ينكر ذلك فيحتاج ان يحلف عليه والمشتري يدعي أن الامانة حدثت في يد البائع فله أن يحلف البائع ، لانه لو امتنع البائع أن يحلف سقط عن المشتري 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 المشتري الا أن يقيم الآخر البينة ، وهو قول محمد لانا لو حلفناهما جميعا فنكلا أو حلفا لم تتوصل الى الحكم بأحد المبيعين بل يبقى (٢) الامر بعد اليمين كما كان فوجب أن يسقط اليمين ، ويجعل القول قول المشتري 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 شبيهه بالالتزام البديل (م ٣٠٢ من القانون المدني العراقي) .

(٢) في النسخة المعتمدة يسقط .

١٩٢٩- وكذلك لو حدث بهما عيب فاختلغا في الذي أصابه العيب اولاً ثم أقاما البينة لان البائع ادعى زيادة على ما اقر له به واثبت ذلك بالبينة ، بما هو خلاف الظاهر فوجب أن يحكم به ، ويلزم المشتري •

فصل

هل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً؟

- ١٩٣٠- واذا فسخ الحاكم العقد عن المتداعين فهو فسخ للعقد في الظاهر والباطن عند ابي حنيفة ، وعن أبي يوسف انه يفسخ في الظاهر •
- ١٩٣١- ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه :
- أحدهما كقول ابي حنيفة •
 - والثاني كقول أبي يوسف •
 - والثالث : ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن •
- ١٩٣٢- 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 المشتري فيزول الظلم فان كان مظلوماً وقع الفسخ في الظاهر والباطن •

فصل

اختلاف ورثة المتعاقدين في البيع

- ١٩٣٣- واذا اختلف ورثة المتعاقدين في المبيع لم يتحالفا والقول قول ورثة المشتري •
- ١٩٣٤- وقال الشافعي يتحالفا لان الاصل عندنا ترك التحالف على ماضى وهو يقول اختلغا في المال فهم كالتعاقدين •
- ١٩٣٥ - وابو حنيفة يفرق بينهم كما فرق الجميع في اللعان •

فصل

اختلاف الوكيلين في الثمن

- ١٩٣٦- وإذا كان المبيع بين وكيلين فاختلغا في الثمن ففيه وجهان :
- أحدهما يتحالفان لأنهما عاقدان
 - والثاني لا تحالف لان أحدهما اذا نكل لزمه في نفسه دون موكله

فصل

اختلافهما في عين المبيع

- ١٩٣٧- وإذا اختلفا في عين المبيع فقال البائع : بعك هذا العبد
- وقال المشتري : اشتريت هذه الجارية فكل واحد يحلف على دعوى صاحبه على جهة التحالف
- ١٩٣٨- ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان
- أحدهما يشب 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 المشتري الثمن ، فان كان في يده أقر في يده ، وان كان في يد البائع ففيه وجهان :

أحدهما يجبر المشتري على قبضه لان البينة قد شهدت له بالملك وهذا قولنا .
والثاني لا يجبر لان البينة شهدت له بما لا يدعيه فلم يسلم اليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه

فصل

- ١٩٤٢- وإذا اختلفا في الاجل أو قدره ، أو الرهن أو قدره ، أو الكفيل فلا تحالف بينهما ، ويكون القول قول من ينفي الاجل وقوله في القدر ، وكذلك الرهن وقدره لانه لا اختلاف في عين المعقود عليه البيع .
- ١٩٤٣- وقال الشافعي يتحالفان وقد مضت أيضا .

فصل

اختلاف في شرط مفسد

- ١٩٤٤- وان اختلفا في شرط يفسد البيع لم يتحالفا ، ويكون القول قول من يدعي الصحة .
- ١٩٤٥ - ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان في التحالف بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة :
- أحدهما مثل قولنا .
- والثاني أن القول قول من يدعي الفساد لان الاصل قال عدم العقد فكان القول قول من يدعي ذلك ، وهذا لا يصح لانهما قد اعترفا بالعقد والاصل عدم الفساد .

فصل

اختلافهما في الصرف بعد التفرق

- ١٩٤٦ - وأن اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال احدهما تفرقا من غير قبض .
- وقال الآخر تفرقا 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 ما عقد عليه فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لانه الظاهر •
وان كان لم يقبض فالاصل عدمه وهو مستدام لم يوجد •

فصل

اختلافهما بعد التفرق في التراضي والفسخ

١٩٤٧- وان اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما : تفرقنا عن تراض ، وقال
الآخر : تفرقنا عن فسخ فالقول قول من يدعي التراضي لان الاصل عدم الفسخ
وبقاء العقد •

١٩٤٨- ومن أصحاب الشافعي من قال :
القول قول من يدعي الفسخ لان الاصل عدم اللزوم ومنع المشتري من
التصرف وهذا بناء على أصلهم في خيار المجلس انه ثبت لكل واحد حتى يتفرقا
أو يتخaira وقد مضت •

باب الاختلاف في الرد بالعيب

١٩٤٩- قول أصحابنا :
واذا ادعى 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 المشتري في الرد بالعيب

١٩٥٠- فان قال : قد علم بالعيب حين اشتراه أو على أني برىء من العيب
أو من كل عيب أو قد علم بعد الشراء ورضى به فبحمد ذلك كله فانه يحلفه :
ما علم بهذا العيب حين اشتراه ولا برأته منه ، ولا رضيت به منذ رأيت ولا عرضته
على بيع بعد علمك به ولا خرج عن ملك ولا شيء منه •

- ١٩٥١- وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يحلف القاضي حتى يطلب المدعى لذلك وهو البائع يمينه وان لم يطلب لم يحلفه •
- ١٩٥٢- وقال أبو يوسف : يستحلفه وان لم يطلب •
- وكذلك الخلاف في الشفيع •

فصل

- ١٩٥٣- واذا كان العيب غير ظاهر في عبد أو أمة ، أو لا يعرف القاضي أنه عيب « فان القاضي لا يسأل البائع عنه حتى يثبت أنه عيب في الحال » (١) •
- لان الخلاف فيه فرع على وجوده في الحال فما لم يكن موجودا لا يصح دعواه له •

فصل

- ١٩٥٤- فان قال : البائع يعلم ان العيب به في هذه الحال ، سأل عنه فان أقر به وبوجوده سأل : هل بعته وبه العيب ؟
- فان قال : انما حدث عند المشتري فالقول قوله مع يمينه : لقد بعته بهذا العبد وسلمته اليه ، وما به هذا العيب ، فاذا حلف طلب من المشتري البينة انه كان في يد البائع هذا في العيب الذي يحدث مثله في يد المشتري ، وان كان لا يحدث مثله فالقول قول المشتري على ما تقدم •

فصل

- ١٩٥٥- وان كان العيب من طريق الحكم مثل الاباق والسرقة والجنون والبول في الفراش ، فانه يسأل البائع فان أنكر وجوده بالعبد في الحال وطلب المشتري يمينه على ذلك ، فان ابا يوسف ومحمد قالا : يحلف البائع بالله ما يعلم بهذا العبد جن عند المشتري ولا ابق ولا سرق ولا بال في الفراش •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

١٩٥٦- فلو حلف قيل للمشتري :

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 بلغ
مبلغ الرجال ولا ابق ، فان حلف فلا شيء عليه حتى يثبت ذلك بالينة •
وان نكل رده عليه •

فصل

١٩٥٧- والجنون عيب لازم في الصغير والكبير ، والسرقه والاباق والبول
ليس بعيب في الصغير ، وله أن يرد بذلك في الصغير ولا يرد به بعد الكبر ، لأن
ذلك قد زال وخرج عن عادة الصبيان •

فصل

البيع بالبراءة

١٩٥٨- والبيع بالبراءة من العيوب جائز ، ويدخل في ذلك سائر العيوب ،
ما علمه البائع وما لم يعلمه ، وما وقف عليه المشتري وما لم يقف عليه ، وسائر
الاموال في ذلك سواء •

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 : بعث هذا الموجود الحاضر خاصة دون ما يقتضي اسم العبد واطلاقه من
سلامة البينة •

فصل

١٩٦١- واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في جارية ، فوجد

بها عيباً كان له أن يردّها به ، وكذلك لو شهدا على البراءة من الأباقي ثم اشترها
أحدهما فوجدها آبقه فله أن يردّها لان الشهاد بالبراءة ليست باقرار بالعيب من
الشاهد ولا من البائع ولا من المشتري •

فصل

١٩٦٢ - وأن اشترى جارية ولم يبرأ اليه من عيوبها فوطئها المشتري ثم
وجد بها عيباً لم يكن له أن يردّها عندنا ، سواء كانت بكراً أو ثيباً •

١٩٦٣ - وقال زفر ومالك يردّها في الحالين •

١٩٦٤ - وقال الشافعي : يردّها اذا كانت ثيباً ولا يرد في البكر •

١٩٦٥ - وقال ابن أبي ليلى يردّها ويرد معها مهرها •

١٩٦٦ - وعندنا يرجع بأرشي العيب كما لو هلكت عند المشتري ، والوطء
عيب فيها فهو كما لو حدث بها عيب عند المشتري فإنه 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 في أنه يمنع الرد
بالعيب الا على قول بعضهم ان الخيار للمشتري ان شاء أخذ أرشي العيب وامسك
وان شاء رد أرشي العيب ورد ، وهو قول الحنابلة ، وقياس قول ابن أبي ليلى
في الوطاء •

فصل

١٩٦٧ - وكل موضع كان له الرد فأمسكها ولم يرد ، سقط حقه من
الرجوع ، وكذلك اذا رضي البائع فأخذها معيبة فامتنع من الرد فلا أرشي له
عليه ، وقد ابطال حقه بامتناعه من الرد •

فصل

١٩٦٨- وإذا باعها بعد الوطء فقد سقط حقه من الارش لانه كان للبائع أن يقبلها ويسقط حكم الوطء وهذا لا خلاف فيه^(١)

فصل

١٩٦٩- وإن وطئها غير المشتري بزنا أو نكاح أو زوجها المشتري ولم يطأها الزوج ، ثم وجد بها عيباً لم يكن له أن يردّها ، ولكنه يرجع بنقصان العيب لأن هذه الأمور غيب 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 المشتري ، كان له أن يردّها بالعيب ، لانه وطأ الزوج لم يوجب عقراً ، لانه كان واجباً بالعقد ، ولانه مستحق على البائع قبل البيع وعلى المشتري قبل الشراء فلا يمنع الرجوع كالاستخدام ، وإن كانت بكرًا فوطئها الزوج منع الرد لانه فوت جزءاً منها فصار كقطع طرفها ، وقد وافقنا الشافعي على ذلك •

فصل

١٩٧١- ولو صبغ الثوب أو خاطه قميصاً سقط حقه من الرجوع ، وله أرش العيب ، فإن باعه بعد الصبغ والخياطة فله أرش العيب لانه لم يكن للبائع أن يقول أنا أقبل ذلك ، لأن الصبغ للمشتري زيادة مال فلا يجوز تسليمها للبائع^(٢)

(١) في نسخة قليج : لا كلام فيه •

(٢) مبدأ الكسب دون سبب •

فصل

١٩٧٢- وإذا ولدت الجارية عند رجل ولدا أو وطئها وباعها وكنتم ذلك ،
ثم علم المشتري بذلك فليس له الرد بذلك لأنه لم يشترط له البكارة ، ولا أنها
ماولدت ، وذلك تصرف مباح فهو كالاستخدام •

فصل

ظهور عيب بالجارية بعد إعتاقها أو تدبيرها

١٩٧٣- قالوا ولو أعتق الجارية أو دبرها أو استولدها ثم وجد بها عيبا

فله الرجوع بالارش استحسانا ، والقياس أن لا يرجع بشيء لأنه منع الجارية من
الرد بفعل مضمون فصار كما لو باع (والاستحسان)^(١) ان العتاق لا يتعلق به
الضمان في جميع الاحوال اذا كان احد أثريكين معسرا فهو كالموت الذي
لا يسقط الضمان •

فصل

تعذر الرد بفعل مضمون

١٩٧٤- وان كان المبيع عبدا فقتله المشتري أو طعاما فأكله أو اكل بعضه
أو باعه أو وهبه ثم أطلع على عيب فإنه لا يرجع بأرش ولا يرد مابقى عند ابني
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 لأنه تعذر
الرد بفعل مضمون في ملك العين في جميع الاحوال فهو كالباع ، وابو يوسف
جعل ذلك كالعتق والموت في الرجوع بالارش •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

فصل

١٩٧٧- وإذا باع المشتري العبد فاطلع المشتري الثاني على عيب به فردده عليه لم يكن له ان يردده على البائع الاول اذا كان الرد بغير قضاء قاض ، وان كان بقضاء قاض رجع به ، لانه اذا كان القضاء كان فسخا للملك فعاد الملك الاول وان كان بغير قضاء فهو تملك مبتداً وليس له ان يرد بغير الملك الاول .

١٩٧٨- 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 في الحال ، ولهذا يرد مع الوطى .

فصل

١٩٨٩- وكل ما كان نقصانا في الخلقة أو زيادة فيها فهو عيب ، ويحد ذلك بأن كل ما كان عند التجار عيباً يؤثر نقصان القيمة فهو عيب ، ولا فرق بين ما هو زيادة او نقصان أو من طريق الحكم كالزنا والسرقة والفسق .

١٩٨٠- وقد فرق أصحابنا بين الغلام والجارية فقلوا : الزنا عيب في الجارية دون الغلام وكذلك البخر^(١) والتتن .

١٩٨١- وسوى في ذلك الشافعي ، وقال : الجميع عيب .

١٩٨٢- وقد ذكر أصحابنا عيوباً كثيرة في باب مفرد في الاصول ، وكل ذلك المرجع فيه الى العادة وما يقول التجار .

فصل

١٩٨٣- واذا ادعى انه باعه الجارية وشرط له البكارة ، وهي الان غير بكر .

فقال : بعث بكراً وسلمت بكراً .

فان القاضي يريها للنساء فان فلن بكراً فلا شيء للمشتري وان قلن ثيباً

(١) البَخَرُ الرائحة المتغيرة من الفم ، قال أبو حنيفة : البَخَرُ النتن يكون في الفم وغيره ، بَخَرٌ بَخَرًا وهو ابخر وهي بخراء (لسان العرب) .

حلف البائع : لقد بعثها وسلمتها له وهي بكر ، فان حلف فلا شيء عليه لأن زوال البكارة يجوز ان يحدث في يد المشتري وان نكل عن اليمين ردت اليه .
 ١٩٨٤ - فان قال ان بها حملا أراها النساء ، فلن قلن : ليس بها حمل فلا سبيل للمشتري على البائع ، وان قلن انها حامل حلف البائع لقد باعها وسلمها وما بها هذا الحمل .

١٩٨٥ - وقد ذكر الخصاص ان بعض اصحابنا قل : لا أحلف على ذلك لأن هذا لا يعلم ، وشهادة النساء في هذا شهادة على عيب .
 ١٩٨٦ - وقال أصحابنا ان الشهادة في هذا شهادة على مثل شهادة الطب بالداء الباطن ، مثل وجع الطحال والكبد والأمراض التي ليست بظاهرة .

فصل

١٩٨٧ - واذا كانت الدعوى بعد موت الجارية والعبد ، فعلى المشتري ان يثبت ذلك فان كان عند البائع لم يستحلف البائع على علمه ، فان شهدوا ان العيب كان عند المشتري فقال المشتري 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 المشتري حصة العيب من الثمن .

فصل

العيب في موضع لا ينظر إليه إلا النساء

١٩٨٨ - وان كان العيب في موضع لا ينظر اليه الا النساء مثل الرتق^(١)

(١) الرتق ضد الفتق ، ابن سيده : الرتق إلحام الفتق ، رتقه يرتقه ويرتقه رتقا فارتق أى التأم ، يقال : رتقنا فتقهم حتى ارتق المرتوق ، وفي التنزيل : « أولم ير الذين كفروا أن السموات والأرض كانتا رتقا ففتقناهما » . . . والرتق بالتحريك مصدر قولك رتقت المرأة رتقا ، وهي رتقاء ، بينة الرتق التصق ختانها فلم تنل لارتناق ذلك الموضع منها فهي لا يستطيع جماعها (لسان العرب) . وفي تحفة السؤل (١-٣١٨) أن الرتق انسداد مسلك الذكر والتحامه ، بحيث لا يمكن معه الوطء الا انه أن انسد بلحم امكن علاجه وبعضم فلا .

والعقل^(١) وغيره مما في البدن فشهد النساء به ، فإن البائع يحلف :

« لقد باعها وسلمها وما بها هذا العيب » .

١٩٨٩ - ولا ترد عليه شهادة النساء إذا كان قد قبضها ، وهذا قول أبي

يوسف ، وإن كان قبل القبض ردها بشهادة النساء .

١٩٩٠ - وقال محمد هذا والاول سواء ، ولا اردھا بشهادة النساء وأحلف

البائع .

١٩٩١ - وقال بعض أصحابنا اردھا بشهادة النساء لأن الرد من طريق

الحكم ، فهو كشهادة القابلة ، ويثبت الميراث من طريق الحكم .

١٩٩٢ - وكل موضع وجب الرد على البائع استجلف المشتري على ما قدمناه .

فصل

مصرأة نقص لبنها

١٩٩٣ - وإذا اشترى مصرأة فحلبها فنقص اللبن لم يكن له ان يردها

على البائع .

وقال أبو يوسف في رواية الخيار اليه ان شاء ردها وان شاء أمسكها .

١٩٩٤ - وكذلك ان وجد بها عيبا لم يردها .

١٩٩٥ - والنماء الحادث يمنع الرد ، وسواء كان منفصلا أو كان متصلا

إذا كان باقيا في يده .

١٩٩٦ - وقال الشافعي : ترد ولا يمنع النماء الرد ، وقال الشافعي ان اختار

رد المصراة رد بدل اللبن الذي اخذه^(٢) .

(١) في القاموس المحيط العقل لحم يبرز في قبل المرأة يشبه ادرّة (١)

الرجل ، ولا يسلم غالبا من الرشح .

وفي لسان العرب العقله بضارة المرأة ، وحكى الازهرى عن ابن الاعرابي

قال : العقل نبات لحم ينبت في قبل المرأة وهو القرن .

قال أبو عمرو القرن بالناقعة مثل العقل بالمرأة . قال الليث عقلت المرأة

عقلا فهي عقلاء . ومنه حديث ابن عباس :

« أربع لا يجزن في البيع ولا النكاح : المجنونة والمجنومة والبرصاء والعقلاء ،

قال : والتعجيل اصلاح ذلك .

(٢) من تطبيقات الكسب دون سبب .

١٩٩٧- واختلف اصحابه في الذي يرد فقل ابن شريح : يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث ابي هريرة على من قوت بانه التمر ، وحديث ابن عمر على من قوت ببلده القمح • كما قال في الفطرة ، وقال ابو اسحق : الواجب التمر ، وهو قول ابي يوسف في الرواية التي ترد ، واختلفوا اذا كان الصاع أكثر من قيمة الشاة أو مثل قيمتها ، فمنهم من قال تجب قيمة صاع بالحجاز لأننا لو أوجبنا صاعا قيمته مثل الشاة لصار للبائع الشاة وبذلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز^(١) •

١٩٩٨ - وقال بعض أصحابه : يلزمه صاع وان كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة لانه ليس ببذل عن الشاة وانما هو بدل عن اللبن كما لو غصب عبدا فخصاه فانه يردده مع قيمته ، وعندنا لا يرد العبد وقيمته بل الخيار الى المالك في الغصب •

١٩٩٩ - وقد قالوا ان النماء الحادث في يد المشتري يكون للمشتري ولا يردده 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 - لأن نقصانه حصل بمعنى يستعلم به العيب فلم يمنع الرد •

فصل

الجارية المصراة

٢٠٠١ - وان اشترى جارية مصراة ففيه أربعة أوجه :
أحدها انه يردها ويرد معها صاعا لأنه يقصد لبنها فثبت بالدليس فيه الخيار ،
والثاني انه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنه لا يقصد بالعوض •
والثالث لا يردها لان المقصود عنها دون لبنها •
والرابع لا يردها ويرجع بالأرش •
٢٠٠٢ - وقالوا : ان اشترى اثانا مصراة فانه يردها ويرد بدل لبنها اذا قالوا

(١) مبدأ الكسب دون سبب •

ان اللبن طاهر كالشاة ، وان قالوا انه نجس فيه وجهان احدهما انه يردده ولا يرد
بدل اللبن لأنه لا قيمة له ، والثاني يمسكها ويأخذ بالأرث .

فصل

اشترى شاة بشرط أن تحلب

٢٠٠٣ - وان ابتاع شاة بشرط ان تحلب كل يوم خمسة أرطال فلهم وجهان
فى فساد البيع وصحته ، وعندنا البيع فاسد ، وحكمه حكم البياعات الفاسدة .

فصل

إيجاب المبيع لاثنين

٢٠٠٤ - واذا أوجب المبيع لاثنين ووجدنا به عيبا ، أو كان ميبعا لم يرياه
فليس لاحدهما ان ينفرد بالرد دون صاحبه عند ابي حنيفة .
٢٠٠٥ - وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك .
وهو قول الشافعي ، لان فى رد احدهما تفريقا للمصفقة على البائع ، وذلك
عن^(١) .

٢٠٠٦ - 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 أرش العيب

٢٠٠٧ - ويجوز الصلح على أرش العيب مع امكان الرد عندنا .
٢٠٠٨ - وقال الشافعي لا يجوز لأنه يأخذ بدل الفائت من المبيع كما لو
تعذر الرد .

(١) فى نسخة قليج عيب والكلمة فى النسخة الاخرى غير منقوطة
والظاهر ان الصواب ما اخترناه لان العنت هو دخول المشقة على الانسان ولقاء
الشدة ، يقال اعنت فلانا اذا ادخل عليه عنتا أى مشقة (لسان العرب) .

فصل

اشترى عبداً بشرط أنه كافر أو كاتب

- ٢٠٠٩ - وإذا اشترى عبداً بشرط أنه كافر فكان مسلماً فلا خيار في الرد .
- وقال الشافعي له الخيار كما لو شرط كاتباً فكان لا يكتب .
- وعندنا الاسلام زيادة في العبد ، وليس بنقص فلم يثبت الخيار .

فصل

الزنا والبخر

- ٢٠١٠ - والزنا والبخر ليس بعيب في الغلام وهو عيب في الجارية .
- وقال الشافعي هو عيب فيهما الا ان يكون من داء يرد به في الجميع .

فصل

- ٢٠١١ - وإذا اشترى عبيدين فقبضهما فوجد باحدهما عيباً كان له رده على البائع وان كان قبل القبض فهو بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء ردهما ، وليس له رد المصيب منهما .
- ٢٠١٢ - وقال زفر يرد في الفصلين ، وهو أحد قولي الشافعي .

فصل

امتناع الرجوع بالأرث

- ٢٠١٣ - وإذا قتل المشتري العبد المشتري أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بأرث .
- ٢٠١٤ - وقال الشافعي له الرجوع بالأرث .
- ٢٠١٥ - وفرق أبو يوسف ومحمد بين الأكل والقتل فقالا :
يرجع في الأكل ولا يرجع في القتل ، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم .

فصل

الرجوع بأرش العيب

- ٢٠١٦ - وإذا اشترى الرجل ما مأكوله في جوفه كالبيض والرمان والبطيخ فوجده فاسدا فإنه لا يردده ، ولكن يرجع بأرش العيب .
- ٢٠١٧ - وقال الشافعي : له رده ، وهذا خطأ لأنه ادخل عليه بالكسرية آخر لم يكن في يد البائع فصار كما لو جنى على العبد وأراد أن يردده .
- ٢٠١٨ - وقد حكى عن بعض الفقهاء أنه يردده ويرد أرش ما نقص بالكسر ، وهو قول الحنابلة في ذلك ، والرد إنما يكون على ما وقع عليه العقد والأرش المردود لم يكن عند العقد فلا يقع عليه الفسخ .

فصل

بيع العبد الجاني

- ٢٠١٩ - وبيع العبد الجاني جائز ، ولا فرق بين الخطأ والعمد في ذلك .
- ٢٠٢٠ - وقال بعض أصحاب الشافعي في ذلك قولين أحدهما أنه باطل .
والثاني مثل قولنا .
- وأختلف في موضع القولين فمنهم من قال في العمد ومنهم من قال في الخطأ ومنهم من سوى بين الجميع .
- ٢٠٢١ - وكذلك الخلاف في العبد المرتد .
- ٢٠٢٢ - وإذا قتل في يد المشتري بقصاص أو ردة كانت في يد البائع رجع المشتري بجمع الثمن على البائع ، وكذلك القطع في السرقة .
- ٢٠٢٣ - وقال أبو يوسف ومحمد يرجع بما بين قيمته مباح الدم وغير سارق ، وذكر الشافعي القولين جميعا .

فصل

- ٢٠٢٤ - وأختلف في العبد هل يملك الاموال^(١) إذا ملك ؟ فقال أصحابنا لا يملك لأنه مملوك والمملوك لا يملك .

(١) عبارة : هل يملك الاموال لم ترد في نسخة قليج .

٢٠٢٥ - وقال مالك ودادود يملك بالتملك وهو أحد قولي الشافعي لأنه يملك البضع كالحر والبعث انما يستفاد بالعقد ، ولا يملك حقيقة ولهذا لا يملك نقله بالسبب الذي ملكه به الى غيره بعوض ولا بغير عوض ، ولو ملك المال لملك أرض اطرافه لأنهما أقرب اليه •

فصل

حكم النماء الحادث

٢٠٢٦ - والنماء الحادث من الولد والثمرة قبل القبض يدخل في المبيع وينقسم الثمن عليه ، وان هلك هلك بغير شيء •
٢٠٢٧ - وقال الشافعي يكون للمشتري بغير شيء ولا ينقسم الثمن وان كان موجودا عند العقد ففيه قولان ، وهذا يؤدي الى سلامة النماء للمشتري بغير عوض ، ويرد الاصل بالعيب ، وهذا لا نظير له في الاصل^(١) •

فصل

حق البائع في حبس المبيع لمشتريين دفع أحدهما نصيبه من الثمن

٢٠٢٨ - واذا اشترى الرجلان سلعة فدفعت أحدهما نصيبه من الثمن لم يكن له ان يأخذ نصيبه [من السلعة] حتى يستوفي البائع جميع الثمن عند أبي حنيفة ومحمد •
٢٢٠٩ - وقال أبو يوسف له ذلك اذا دفع نصيبه ، وان دفع جميع الثمن له قبض جميع السلعة ولا يكون متطوعا عند أبي حنيفة •
٢٩٣٠ - وقال أبو يوسف ومحمد ليس له قبضه ، ويكون متطوعا فيما وزن وهو قول الشافعي •

فصل

قطع البائع يد العبد قبل القبض

٢٠٣١ - واذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بنصف الثمن •

(١) فكرة الكسب دون سبب هي التي تكمن وراء الاصل في هذا

الاعتراض •

٢٠٣٢ - وقال الشافعي : ان اجاز البيع اخذه بكل الثمن لان البائع احتبس جزءا من المبيع ومنع من تسليمه فسقط من الثمن بقدره كما لو باعه ثوبين فانلف أحدهما •

٢٠٣٣ - ولو جنى عليه أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء أجاز البيع واتبع الجاني فأخذ أرش الجناية ، وان شاء فسخ وكان للبائع ان يتبعه بالجناية •

فصل

٢٠٣٤ - واذا ذهب بأفة من السماء فالمشتري بالخيار أن شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ لأن الاوصاف داخلة في العتد ولها حكم الجملة وان لم تكن مضمونة ، وانما دخلت على وجه التبع •

فصل

اشتراط أن يكون العبد أقطع

٢٠٣٥ - ولو اشترى عبدا على انه أقطع^(١) فكان صحيحا كان له ولا خيار ولو حدث به عيب ثبت الخيار لما ذكرناه •

فصل

إذا قطع المشتري يد العبد

٢٠٣٦ - واذا قطع المشتري يد العبد صار قابضا لجميعه ، ودخل في 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 للمشتري لأنه قد قبضه وصار مضمونا عليه وان كان فسي
يد الغير •

فصل

٢٠٣٨ - وان كان البائع قد منعه من التسليم فان مات من الجناية فالضمان
على المشتري ويلزمه جميع الثمن لأن النصف يضمن بالجناية والنصف الاخر
بالسراية فيلزمه الجميع •

٢٠٣٩ - وان كان هلك من غير الجناية لزم المشتري نصف الثمن لأن البائع
بالمنع صار مسترجعا لما بقى من العبد فيلزم المشتري حصة ما اتلف وارشه فحسب •

فصل

٢٠٤٠ - واذا قطع البائع يده أولا ، ثم قطع المشتري رجله من خلاف
فسرى منهما فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن
الذى أعطاه ، لأنه كان المشتري 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 - ولو قطع المشتري يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم برى •
منهما كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد واعطاه ثلاثة ارباع الثمن ، وان
شاء تركه وعليه نصف الثمن بقطع اليد لأنه لما جنى المشتري صار المبيع معيا كله
فصار قابضا لجميع المبيع ، وكان حق البائع قالما فى الجنس^(١) فاذا جنى صار
مستردا لما بقى وخير المشتري لأن البائع فرق عليه الصفقة فيسا 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 - ولو كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض العبد ثم قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فسرى فالعبد للمشتري ولا خيار له لأن البائع لم يكن له حق في الاسترداد ، ويكون على البائع قيمة ما أتلّف ، كما يكون على الاجنبي سواء ، لانه لم يبق له قيمة حق ولا حبس والذي يجب نصف قيمة العبد مقطوع يد لا نصف قيمة العبد كاملا كمن قطع يد عبد مقطوع اليد وجب عليه نصف القيمة في الحال والوقت .

٢٠٤٣ - وان كان البائع قطع يده اولا والمسألة بحالها ثم قطع المشتري رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذي اعطاه ، وقد مضى الوجه في ذلك .

فصل

٢٠٤٤ - وان قبض المشتري العبد بغير اذن البائع ولم يكن نقده الثمن فجاء البائع وقطع يده في يد المشتري ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو من غير ذلك ، فان كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لأن البائع قد استرجعه بالجناية عليه فكأنه مات في يده .

وان مات من غير ذلك فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع قد استرد نصف العبد بالجناية ، ولم تسر الجناية فيكون بها مستردا للباقي فلزمه ضمانه .

باب

من الخيار في المراجعة^(١) والتولية^(٢)

٢٠٤٥ - واذا خانه في بيع المراجعة ، وعلم بذلك المشتري فهو بالخيار :

- (١) في لسان العرب : اعطاء مالا مرابحة أى على الربح بينهما ، وبعث الشيء مرابحة ، ويقال بعته السلعة مرابحة على كل عشرة دراهم درهم ، وكذلك اشتريته مرابحة ، ولا بد من تسمية الربح (مادة بيع) .
- (٢) في لسان العرب : تولى الشيء لزمه . والتولية في البيع أن تشتري سلعة بشمن معلوم ثم توليها رجلا آخر بذلك الثمن .

ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بما قال عند ابي حنيفة ومحمد .
٢٠٤٦ - وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى والشافعي يحط بالخيانة وحصلتها من الربح لان العقد لا يخرج^(١) عن موضوعه بالخيانة .

٢٠٤٧ - واتفق الجميع على انه يحط في التولية لان التولية ان تكون بمثل الثمن الذي اشتراه من غير زيادة ، والمراوحة ان تكون بزيادة والحطية ان يحط من الثمن الاول .

٢٠٤٨ - واذا تصرف المشتري في المبيع سقط حقه ولا شيء له عند ابي حنيفة ومحمد ، وعند ابي يوسف يرجع بالخيانة وبحصلتها من الربح .

فصل

٢٠٤٩ - واذا حط البائع المشتري من الثمن شيئاً باعه مراوحة بما بقي من الثمن عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال الشافعي وزفر يبيعه بالثمن الذي اشتراه من غير حطية .

فصل

٢٠٥٠ - واذا اشترى عبداً بألف الى شهر ثم باعه من البائع بأقل من ذلك لم يجز عند أصحابنا استحساناً ، والقياس ان يجوز ، وهو قول الشافعي وتعرف بمسألة زيد بن ارقم^(٢) .

(١) في نسخة قليج : (لا يخرج) .

(١) في أسد الغابة (٢-٢١٩) زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الانصاري الخزرجي روى عنه بن عباس وأنس بن مالك وأبو اسحق السبيعي وابن ليلى ويزيد بن حيان ، شهد مع رسول الله (ص) سبع عشرة غزوة واستصغر يوم أحد ، وكان يتيماً في حجر عبدالله بن رواحة ، وسار معه الى مؤتة ٠٠٠ سكن الكوفة وابتنى بها داراً في كندة وتوفي بالكوفة سنة ثمان وستين ، وقيل مات بعد مقتل الحسين (ر) بقليل ، وشهد مع علي صفين ، وهو معدود من خاصة أصحابه ، وروى حديثاً كثيراً عن النبي أخرجه الثلاثة ١٠ هـ .

ومسألة زيد بن ارقم هي كما رويت في كتاب الآثار لابن يوسف (رقم ٨٤٣ ص ١٨٦) ان امرأة سألت عائشة (ر) فقالت « ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، واشتراها بستمائة ، فقالت عائشة « ابغني زيد بن ارقم ان الله تعالى قد ابطال جهاده ان لم يتب .

فصل

- ٢٠٥١ - واذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة وأراد يبعه مرابحة باعه بخمسة • وإن باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة حتى يبين ، وهذا قول أبي حنيفة •
- ٢٠٥٢ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يبعه مرابحة على الثمن الباقي قليلا كان أو كثيرا •
- ٢٠٥٣ - وكان الكرخي رحمه الله يقول : لا اعرف لهذه المسألة وجهها ، وكان غيره يقول هذا من الورع قاله أبو حنيفة •
- ٢٠٥٤ - ومنهم من قال ان المرابحة تجمع فيها جميع العقود وتجعل كالعقد الواحد كأجرة القصار والمطرز وغير ذلك •

فصل

- ٢٠٥٥ - واذا اشترى ممن لا تجوز له شهادته من ذوى الارحام لم يجز له ان يبعه حتى يبين ذلك عند أبي حنيفة •
- ٢٠٥٦ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان •
- ٢٠٥٧ - ولو اشترى من عبده أو مكاتبه لم يبعه حتى يبين فى قولهم جميعا •

فصل

- ٢٠٥٨ - واذا اسلم ثوبين على صفة واحدة وقبضهما لم يجز له ان يبيع أحدهما مرابحة عند أبي حنيفة ويجوز عندهما ، وهو قول الشافعي •

فصل

- ٢٠٥٩ - واذا ولدت الجارية أو اثمر الشجر أو تناتج الحيوان فلا بأس ببيع الأصل والزيادة معه مرابحة لأن هذه الزيادات جزء من الأصل ، وهى داخلة فى البيع فصار كأنه اشتراها مع الأصل •

فصل

- ٢٠٦٠ - فإن كان قد استهلك الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما

أصاب الأصل من ذلك ، وكذلك الالبان والاصواف والسمون وكل ما يوجد من الحيوان حتى يبين ذلك للمشتري •

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 المراجعة بيع بما حصل الاصل عليه من الثمن •

فصل

٢٠٦٢ - واذا اشترى متاعا فله ان يحمل عليه اجرة القصار والكري ، ويقول : قام على بكذا ولا يقول اشتريت بكذا •

فصل

اشترى طعاماً فأكل نصفه

٢٠٦٣ - واذا اشترى طعاماً 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 ابي حنيفة وابي يوسف •
٣٠٦٥ - واذا اشترى بالحنة 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 كالأجنبي •
٢٠٦٧ - واذا اشترى معيا ورضى بالغيب باع ولم يبين ذلك كما لو دخله عيب ، وفي هذا الباب مسائل كثيرة •

باب من البيوع الفاسدة

- ٢٠٦٨ - وهذا باب يجمع فيه ما يقول اصحابنا ان بيعه فاسد ، وما يقول المخالف لهم انه فاسد وغير فاسد •
- ٢٠٦٩ - فمن ذلك اذا اشترى عدلاً زطياً على انه خمسون ثوباً بالالف فوجده أحد وخمسين ثوباً او تسعة واربعين فالباع فاسد لانه باع ما تناوله العقد وما لم يتناوله فصار الثمن والمبيع مجهولين ، ولانه لو باع خمسين ثوباً من أحد وخمسين كان البيع باطلاً كذلك هذا ، وحصة الناقص من الألف مجهولة لا تعلم فلم يصح •

فصل

- ٢٠٧٠ - واذا اشترى عبدان صفقة واحدة فاذا احدهما حر فالباع فاسد فيهما عند ابي حنيفة ولا فرق بين ان يسمى لهما ثمن واحد أو يبين لكل واحد ثمن •
- ٢٠٧١ - وقالوا ان سمي لكل واحد ثمن صح في العبد لانه جعل ما لا يجوز بيعه شرطاً فيما يجوز فباطل العقد ، ولهذا لا يجوز له ان يقبل الشراء في أحد العبدان •
- ٢٠٧٢ - وقال الشافعي يصح البيع في العبد في أحد قوله ، وما الذي يلزمه من الثمن فيه قولان أحدهما تلزمه الحصة والثاني جميع الثمن وجعل ذلك كالنكاح لاجنية واخته •

فصل

باع عبده وعبد غيره

- ٢٠٧٣ - واذا باع عبده وعبد غيره صح البيع في عبده ووقف في عبد الغير •
- ٢٠٧٤ - وقال الشافعي لا يصح في أحد قوله بناء على تفريق الصفقة •

فصل

باع صبرة كل قفيز بدرهم

- ٢٠٧٥- وإذا باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحدا •
ويبطل فيما زاد •
- ٢٠٧٦- وقال أبو يوسف ومحمد يصح في الجميع وبه قال الشافعي •
- ٢٠٧٧- لأن الثمن مجهول عند العقد فأوجب بطلان البيع فيما زاد على القفيز •

فصل

بيع ذراع من دار

- ٢٠٧٨- وإذا باع ذراعا من دار لم يجز حتى يبين الموضع •
- ٢٠٧٩- وقالوا والشافعي يجوز ويقسم على جملة الذراعات •
- ٢٠٨٠- لأن المبيع مجهول وموضعه غير معلوم •

فصل

- ٢٠٨١- وإذا اشترى شاتين فاذا واحدة منهما ذبيحة مجوسى أو قد ترك المسلم التسمية عليها عمداً أو ميتة فالبيع فاسد •
- ٢٠٨٢- وكذلك لو اشترى ذنين خلا فاذا احدهما خمر لأن البيع اشتمل على الصحيح والفساد والفساد في نفس العقود عليه فيبطل •

فصل

- ٢٠٨٣- وإذا اشترى دارا كل ذراع بدرهم ولم يبين موضع الذراع فالبيع باطل في الجميع ، وفرق بين هذا وبين قفيز من صبرة ، انه يصح على قفيز واحد
- ٢٠٨٤- وهذا قول ابى حنيفة ، وعندهما يصح وهو قول الشافعي •

فصل

٢٠٨٥- وإذا اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فكان أحد عشر ذراعا فالجميع للمشتري ولا خيار له ، وان وجده تسعة اذرع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ لان الذرع صفة في المذروعات لا يقابله تسط من الثمن ، وهو بخلاف المكيل والموزون ، فان الموزون والمكيل اذا زاد يكون للبائع ، واذا نقص عن القدر يكون الباقي للمشتري بحصته من الثمن لأنه معقود عليه وليس بصفة .

فصل

٢٠٨٦- وإذا اشترى سلعة بثمان ان عجله كان كذا وان كان مؤجلا فكذا وتفرقا على هذا فهو فاسد لأنه صفتان في صفقة .

فصل

اشترى عبداً بشرط العتق

- ٢٠٨٧- وان اشترى عبداً بشرط العتق فالبيع باطل .
- ٢٠٨٨- وقال الشافعي البيع جائز بشرط العتق .
- ٢٠٨٩- ولو شرط الكتابة أو التدبير أو البيع أو الاستيلاء فالبيع باطل بالاتفاق فجعل أبو حنيفة البيع بشرط العتق مثل ذلك .
- ٢٠٩٠- فإذا قبضه المشتري واعتقه لزمه الثمن استحسانا عند أبي حنيفة ، وقالوا يلزمه القيمة ، وقد روى ذلك عنه أيضا .
- ٢٠٩١- لأنه بيع مضمون بالقيمة لفساده كسائر البيوع الفاسدة .
- وأبو حنيفة جعل ذلك كالعتق على مال اعتبر المسمى في ذلك .

فصل

بيع العبد المغصوب .. إلخ

٢٠٩٢- وقال أصحابنا بيع العبد المغصوب والرهن والابق موقوف ، فان حضر

وسلم تم البيع ولا خيار للمشتري ، وليس ذلك اسوأ حالا من [بيع] ملك الغير .
٢٠٩٣ - وكذلك ان باع سمكا محصوراً في حظيرة فان كان يحتاج الى
صيد فالبيع باطل ، واذا كان لا يحتاج الى ذلك فالبيع صحيح .

فصل

اشترى فصاً على أنه ياقوت

٢٠٩٤ - فاذا اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع باطل لأنه
خلاف ما اشتراه .

فصل

٢٠٩٥ - ولا يجوز بيع مكاتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا ولدها ولا النحل
ولا دود القز ولا أراضي مكة ولا بيع الوقوف في سائر الارض ولا لبن الآدميات
وكل هذا فيه خلاف الشافعي وغيره .

خيار الجس

٢٠٩٦ - ويجوز بيع الاعمى وشراؤه وله الخيار بالجس اذا كان مما
يجس فاذا جس (سقط خياره)^(١) .

خيار الرؤية

٢٠٩٧ - وبيع مال يره المشتري جائز وشراؤه جائز وللمشتري الخيار اذا
رآه ، لأنه بيع مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فهو كالجوز واللوز ، وفي
ذلك خبر مروي أيضاً وقياس على سائر العقود انه لا يعتبر فيها الرؤية .

فصل

شراء الكافر العبد المسلم

٢٠٩٨ - وشراء الكافر للعبد المسلم جائز وقال الشافعي لا يجوز .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

- ٢٠٩٩ - وكذلك المصحف •
 ٢١٠٠ - واتفق الفريقان على ان الكافر يجوز له ان يبيع العبد المسلم له
 أو لغيره فجعل أبو حنيفة الشراء مثل ذلك •
 ٢١٠١ - واتفقوا على أنه يملك بالميراث والوصية على الخلاف •
 ٢١٠٢ - واجاز أبو حنيفة ان يوكل المسلم ذميا فيشتري له خمرا أو خنزيرا
 ويلزمه الثمن وقالوا والشافعي لا تجوز الوكالة •
 ٢١٠٣ - وكذلك قالوا في الصيد اذا وكل المحرم حلالا فاشترى يجوز على
 الأمر عند أبي حنيفة وقالوا والشافعي لا يجوز •
 ٢١٠٤ - وفي المأذون يجوز عندهم جميعا •
 ٢١٠٥ - وكذلك المكاتب اذا عجز انتقل الخمر الى المولى •
 ٢١٠٦ - وفي هذا الباب مسائل كثيرة على الخلاف والوفاق لا تحصى كثره •

فصل

باب الخيار في البيع من طريق الحكم والشرط

- ٢١٠٧ - وخيار المجلس^(١) لا يثبت عندنا في شيء من العقود •

(١) هو الخيار الثابت للمتبايعين في الرجوع في العقد حتى يتفرقا بأبدانهم والأصل فيه حديث « المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم 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 الطحاوي قاعدة لزوم البيع بدون خيار مجلس صياغة بارعة يتضح منها الخلاف بين الحنفية والشافعية في صدد هذا الخيار بقوله في المختصر (ص ٧٤) :

« اذا تعاقدا الرجلان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما فليس لواحد منهما فسخه بعد ذلك، تفرقا بأبدانهم عن موطن البيع أو لم يتفرقا » .

وقد أول الحنفية الحديث المذكور على أن المقصود به « التفرق بالاقوال (خيار القبول والرجوع في الإيجاب قبل ان يصادقه القبول) لا التفرق بالأبدان (خيار المجلس) وفي هذا يقول الطحاوي في مختصره (ص ٧٤) والخيار الذي جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعثك وبين قول صاحبه قد قبلت منك •

٢١٠٨ - وقال الشافعي يثبت في البيع قولاً واحداً وفي كل عقد معاوضه
يقصد به المال كالأجارة وغيرها •

٢١٠٩ - واتفقوا على أنه يثبت في البيع خيار الشرط ثلاثة أيام •

٢١١٠ - واختلفوا فيما زاد على ذلك فقال أبو حنيفة لا يجوز ، وهو قول

الشافعي •

٢١١١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا كان معلوماً كالأجل ، وهو

قول مالك وأحمد •

٢١١٢ - ولا يجوز الخيار في بيع الرقيق والحيوان إلا بالشرط •

٢١١٣ - وقال بعض الفقهاء عهدة الرقيق ثلاثاً من غير شرط •

٢١١٤ - وإذا اشترى سلعة على أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع

بينهما فهو كشرط الخيار يجوز عند أبي حنيفة في الثلاث ، وعندهما فيما زاد •

٢١١٥ - وقال زفر والشافعي البيع باطل •

فصل

شرط الخيار في المطعومات والمأكولات

٢١١٦ - وشرط الخيار يجوز في سائر المطعومات والمأكولات^(١) •

٢١١٧ - وقال الشافعي لا يجوز ولا يجوز في الصرف والسلم •

٢١١٨ - وإجازه مالك ثلاثة أيام •

٢١١٩ - ولا يعتبر التقابض في المجلس في غير الصرف والسلم عندنا •

٢١٢٠ - وقال الشافعي يعتبر في المطعومات أيضاً •

٢١٢١ - لأنها تعتبر بالعقد ، فهي كالحيوان والثياب وسائر الثمنات عندنا •

فصل

اشتراط الخيار للغير

٢١٢٢ - وإذا اشترط الخيار لغيره صح عندنا ، وكان الخيار للعقد لأنه

من موجب العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد •

(١) في نسخة قليج : والمكيلات •

٢١٢٣ - وللشافعي قولان أحدهما لا يصح والثاني يصح لمن شرط له
ويكون كالوكيل •

فصل

- ٢١٢٤ - وخيار الثلاث لا يورث لأنه خيار لتسيم العقد كخيار القبول •
٢١٢٥ - وقال الشافعي يورث لأنه من حقوق العقد ، ليس لمن وجب
عليه إبطاله •
٢١٢٦ - واتفق الفريقان أن الأجل يبطل بالموت فجعل أبو حنيفة الخيار مثله
لأنه مدة ملحقة بالعقد •

خيار الرؤية

- ١٢١٧- وفي خيار الرؤية روايتان في بطلانه بالموت •

انتقال خيار التعيين للورثة

- ٢١٢٨ - وخيار التعيين لأحد العبدین إذا اشترى على أن (له) أن يأخذ أيهما
شاء فمات قبل الخيار انتقل إلى الورثة •

بطلان العقد المقترن بخيار التعيين

- ٢١٢٩ - وقال زفر والشافعي يبيع عبد من عبيدين باطل •
٢١٣٠ - واتفقوا على بطلان البيع فيما زاد على ثلاثة عبيد •

فصل

خيار الغبن

- ٢١٣١ - وقال أصحابنا إذا غبن في البيع لم يثبت الخيار •
٢١٣٢ - وقال مالك إذا كان الثلث فما زاد يثبت له الخيار •

فصل

القبض في البيع الفاسد

٢١٣٣ - وإذا قبض في البيع الفاسد بأذن البائع ملك المشتري المبيع بالقيمة عندنا •

٢١٣٤ - وقال الشافعي لا يملك •

٢١٣٥ - وإن تصرف المشتري فيه بعد كل تصرف لا يلحقه الفسخ ومنع حق الرجوع فيه •

٢١٣٦ - وكذلك إذا زاد فيه زيادة لها قيمة •

٢١٣٧ - وإذا تصرف بما يلحقه الفسخ لم يمنع البائع ولا المشتري من الفسخ •

٢١٣٨ - وإذا فسخ في الموضع الذي يجب فيه الفسخ تتبعه الزوائد في الفسخ عند الجميع ، وقد تملك المبيع بالقيمة كما تملك بالثمن كالشفيع يأخذ تارة بقيمة الشقص^(١) إذا كان عوضا من ذوات القيم •

(١) في لسان العرب في مادة شقص : الشقص والشقيص الطائفة من الشيء ، والقطعة من الأرض ، تقول اعطاء 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 : فإن اشترى شقصا من ذلك ، أراد بالشقص نصيبا معلوما غير مفروز ... وفي الحديث أن رجلا من هذيل اعتق شقصا مملوك فأجاز رسول الله (ص) وقال : ليس لله شريك • قال شمر قال خالد النصيب والشرك والشقص واحد ، قال شمر : والشقيص مثله ، وهو في العين المشتركة من كل شيء • قال الأزهرى : وإذا أفرز جاز أن يسمى شقصا •

فصل

أنواع البيوع من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف

- ٢١٣٩ - والبيع على ثلاثة اضرب : بيع صحيح وبيع فاسد وبيع موقوف .
- ٢١٤٠ - وقال الشافعي البيع الموقوف على الاجازة باطل .
- ٢١٤١ - واتفق الفريقان على ان البيع يقف على الفسخ في بيع الخيار .
- ٢١٤٢ - وقلنا ، والشافعي ان خيار الشرط شرط للفسخ لا للاجازة .
- ٢١٤٣ - وقال مالك الاجازة شرط .
- ٢١٤٤ - وفائدة الخلاف اذا مضت مدة الخيار ثم البيع عندها وعنده يبطل ويرجع الى البائع .

فصل

باب من يبيع ذوي الأرحام

- ٢١٤٥ - واذا كان في ملك الرجل عبدان أحدهما صغير والآخر كبير ، فليس له أن يفرق بينهما في البيع كالأب والابن والام والبنت .
- ٢١٤٦ - وان فرق بينهما جاز البيع عند أبي حنيفة ومحمد وكان مكروها .
- ٢١٤٧ - وقال أبو يوسف والشافعي البيع باطل حتى يجمع .
- ٢١٤٨ - واتفقوا على انه لو باعهما جميعا ثم وجد المشتري بأحدهما عيبا كان له أن يردده خاصة .
- ٢١٤٩ - وروى عن أبي يوسف انه ليس له أن يرد .
- ٢١٥٠ - وروى عنه رواية أخرى ان سائر ذوى الارحام مثل الاب والام .
- ٢١٥١ - وفرق الشافعي بين الاب وسائر ذوى الارحام كالاخ والعم والعمة والاخت .

- ٢١٥٢ واتفقوا على انه يجوز ان يعتق احدهما دون الآخر ، وان يكتب .
- ٢١٥٣ - وان استولد الامة أو دبرها فله ان يفرق .

٢١٥٤ - وروى ابن زياد عن ابي حنيفة انه فى التدبير والاستيلاء لا يفرق
 لانهما على ملكه ، والمملك لم يزل ، وفى العتق زال الملك فجاز له البيع بعد ذلك •
 ٢١٥٥ - وفى هذا البيع مسائل كثيرة وخلاف ووافق • فمن ^(١) كان له
 والمكاتب له أو عبد تاجر عليه دين مملوك كان فأراد أن يفرق بينهما فرق لان ما فى
 يد المكاتب والمأذون خارج عن يده فهم كالأجنبي ، وغير ذلك من فروع المسائل •

باب

بيع الأمة الحامل

٢١٥٦ - واذا كانت الأمة بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل وهى
 حامل وادعى المشتري الحمل وادعاه البائع والذي لم يبع معا فان ولدته لاقل من
 ستة اشهر ثبت نسبه من البائع وشريكه وينتقض البيع ، ويرد المشتري نصف
 العقر على الذي لم يبع باقراره بالوطء •
 ٢١٥٧ - وقال الحاكم : قوله ويرد المشتري نصف العقر ليس بسديد ،
 والصواب أن يرد جميع العقر على الشريكين •
 ٢١٥٨ - وهذا فى رواية ابي سليمان ، لانها ام ولد لهما فيجب جميع
 العقر لهما لانه وطئها بشبهة ملكه •
 ٢١٥٩ - وانما يثبت نسبه من الشريكين لأن دعواهما دعوى علوق قبلت
 فى ملك الغير ولان دعواهما أكثر من دعوى الاب ولد جارية ابنه لأن للأب
 شبهة ملك •

فصل

٢١٦٠ - وان جاءت به لأكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشتري ومن
 الذى لم يبع ، وعلى البائع نصف العقر للذى لم يبع لان الملك لهما وقد انقطع

(١) فى نسخة قليج : كمن •

حكم العلوق لانه ليس فيه دلالة على ان العلوق كان في ملكها فوجب اعتباره الملك ، والملك دون الذي 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 - 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 في قولهم جميعا ولا يثبت النسب .
٢١٦٢ - ولو انه كذبه ثم ادعاه المولى لنفسه فان في قول أبي حنيفة لا تجوز دعواه ايضا .

٢١٦٣ - وفي قول أبي يوسف ومحمد تجوز .

باب الاستبراء في الجواري

٢١٦٤ - ولا نعلم خلافا بين العلماء في أصل الاستبراء وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة .

٢١٦٥ - ولا توطأ الحامل حتى تضع ولا من تحيض حتى تحيض حيضة ، وأن كانت لا تحيض فشهرا لانه أقيم مقام حيضة في حق الصغيرة والآيسة .

فصل

٢١٦٦ - واذا اشترى جارية حائضا فانه لا يحتسب بالحيضة وعليه ان يستبرئها بحيضة اخرى عند أبي حنيفة ومحمد واحدى الروایتين عن أبي يوسف وروى عن أبي يوسف انه لا استبراء عليه ، وهو قول ابراهيم النخعي .
٢١٦٧ - وكذلك الخلاف لو حاضت في يدي البائع أو كانت بكرافان

الاستبراء واجب عند ابي حنيفة ومحمد ولا يجب عند ابي يوسف في احدى الروایتين لان المقصود العلم ببراءة رحمها •

فصل

٢١٦٨ - وان ارتفع حيضها لا من حمل يعلم انه بها لمرض أو عارض فان أبا حنيفة قال لا يطؤها^(١) حتى يمضي عليها ثلاثة أشهر في رواية ومثله روى عن ابي يوسف ، وفي بعضها اربعة أشهر ، وفي رواية عنه حتى يعلم ان رحمها برىء من الحمل •

٢١٦٩ - وقال محمد بن الحسن يدعها اربعة أشهر وعشرا ، وهي عدة الوفاة ، وروى عنه ايضا انه قال شهرين وخمسة أيام عدة الأمة في الوفاة ، وانما اعتبر هذه المدة لان حيضها يجوز أن يتأخر ، وانما حددوا ذلك بما ذكرنا لان في مثل ذلك يتبين الحمل ويتحرك الولد في الرحم •

فصل

٢١٧٠ - واذا باع جارية فلم يقبضها المشتري حتى تقايلا البيع فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء في رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملاء ، وهو قوله الاول ، وفي الاستحسان لا يجب الاستبراء وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما •

فصل

٢١٧١ - ولو كان المشتري قبضها ثم اقاله فباعها فولدت عند المشتري فعمات الجارية وبقي الولد فادعى البائع الولد فان النسب يثبت ويرد البائع جميع الثمن في قول ابي حنيفة ولا يمسك لاجل الولد شيئا ، وفي قولهما لا يرد حصة الأم من الثمن ، وهذا فرع لمسألة اخرى ان أم الولد ليست بمال •

(١) في النسخة العتمدة كتبت على هذا النحو : لا يطأها •

فصل

٢١٧٢ - ولو قبض المشتري الجارية فوجد بها عيبا فردها أو كان البائع قد باعها منها سهما ثم ردّها ثم أقاله في الشقص فعليه الاستبراء لانه وجد سبب الاستبراء •

فصل

٢١٧٣ - وإذا رجعت الآبقة أو ردت المفصوبة أو فكّت المرهونة أو عجزت المكاتبه فلا استبراء على المولى في ذلك ، ولو وهبها لولد له صغير أو كبير ثم اشتراها لنفسه فعليه الاستبراء لانه ملك جديد •

٢١٧٤ - ولو قبضها المشتري بشراء وفسخ القاضى البيع لاجل الفساد فعليه الاستبراء في 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 المشتري المبيع ملك المشتري ، وعند الشافعي لا يملك فيجب أن لا يجب الاستبراء كالمفصوبة •

فصل

٢١٧٥ - وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى أن يقربها بعد أن يستبرئها بحيضة ، لأن الوطء قد كان حل لغيره فيجب عليه الاستبراء ، ولم يسقط ذلك اذا لم تجب عدة •

٢١٧٦ - وأن كان النكاح فاسدا وفرق فيه لم يكن عليه الاستبراء لانه لا يستباح به الوطء •

٢١٧٧ - ولو وهب جارية فرجع فيها فعليه الاستبراء •

فصل

لا استبراء على الزانية

٢١٧٨ - ولا يجب الاستبراء على الزانية ، فان حملت منه لم يطأها حتى تضع ، والأمة والحرّة في ذلك سواء •

باب بيع النخل وفيه ثمرة

٢١٧٩ - رجل اشترى ارضا ونخلا بالف درهم ، والارض تساوى الفا والنخل مثل ذلك فامر النخل فى يدى البائع ثمرا يساوى الفا فاستهلك البائع التمر فانه يسقط عن المشتري ثلث الثمن وعليه ثلثا الثمن في قول أبى حنيفة ومحمد وفي قياس أبى يوسف يسقط عنه ربع الثمن ويجب عليه ثلاثة ارباع الثمن فهما يقسمان الثمن على الارض والنخل ثم يحط ذلك الهالك من الثمن ، وعند أبى 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 للمشتري ويأخذ بمقدار مابقى عليه من الثمن وعندنا للمشتري الخيار •

فصل

٢١٨٠ - واذا باع النخل وعليه تمر فهو للبائع سواء أبرت أم لم تؤبر^(١) •

(١) في لسان العرب : أبر النخل والزروع يأبره ويأبره أبراً وإباراً وإبارة أصلحه •
وأبرت فلانا سألته أن يأبر نخلك ، وكذلك في الزرع اذا سألته أن يصلحه لك ••

والآبر : العامل •
والمؤبر : 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 وأبرتها فهي مأبورة ومؤبرة • وقيل السكة سكة الحرث ••
وفي الحديث : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترط المبتاع •
وتأبر النخل : تلقيحه ، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة ، والاسم منه الابار على وزن الازار •

- ٢١٨١- وقال الشافعي : اذا ابرت فهي للبائع وان لم تؤبر فهي للمشتري •
- ٢١٨٢- وعند ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين •
- ٢١٨٣- وعندنا لا يدخل في 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 المشتري 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 فانه يبطل العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف •
- ٢١٨٧- وقال الشافعي : اذا كان قد بدا صلاحها لم يبطل البيع •
- ٢١٨٨- لان ما جاز بيعه بشرط القطع لا يجوز بشرط الترك كالتي لم يبد صلاحها •

فصل

- ٢١٨٩- ولا فرق بين أن يكون قد تاهى 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 رطباً على رؤوس النخل بخرصه تمرا لم يجز •
- وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة أوسق ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك •

- ٢١٩١- ولو جاز ذلك لجاز في الزيادة ، وكان يجوز في سائر الثمار والحبوب ، وقد أجمعنا على أن ذلك لا يجوز •

فصل

- ٢١٩٢- ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة •
وعندهما والشافعي لا يجوز •
- ٢١٩٣- وأجمعوا على جواز بيع العتيق من التمر بالحديث^(١) •
- ٢١٩٤- واختلف أبو يوسف ومحمد في بيع الغنبل بالزبيب •
- ٢١٩٦- وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالدقيق إذا كان مع الحنطة ثمن •
- ٢١٩٥- واختلف في جواز بيع الحنطة بالسويق فقال أبو حنيفة لا يجوز •
وقال أبو يوسف ومحمد يجوز •
- ٢١٩٦- وأجاز أصحابنا بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة •
- ٢١٩٧- وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

بيع الشاة باللحم

- ٢١٩٨- وبيع الشاة باللحم جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف •
- ٢١٩٩- وقال محمد يجوز على وجه الاعتبار •
- ٢٣٠٠- وقال الشافعي لا يجوز بحال لأنه معدود بموزون فصار كالدرهم •

فصل

- ٢٣٠١- وبيع الشاة التي في ضرعها لبن أو على ظهرها صوف بلبن من

(١) في نسخة المعبد (الحديث) •

(١) في لسان العرب : خرص يخرص بانضم خرصا وتخرص أي كذب ورجل خراص أي كذاب • وأصل الخرص التظني فما لا يستيقنه ، ومنه خرص النخل والكرم إذا حزرت التمر ، لأن الحزر إنما هو تقدير يظن لا إحاطة والاسم الخرص بالكسر •

- جنس لبنها أو صوف من جنس صوفها جائز عند أبي حنيفة على وجه الاعتبار •
- ٢٣٠٢ - وقال غيره لا يجوز •
- ٢٣٠٣ - ومن أصحابنا من فرق بين الصوف واللبن ومنهم من سوى في ذلك وقال : الخلاف في الجميع واحد •

فصل

- ٢٣٠٤ - وأجازوا بيع الزيت بالزيتون والشيرج^(١) بالسمس على وجه الاعتبار بأن يكون في الدهن مثل ما في السمس وزيادة في مقابلة اللبن •
- ٢٣٠٥ - وقال زفر ومالك لا يجوز •

فصل

- ٢٣٠٦ - وإذا باع شاة واستثنى أطرافها لم يجز البيع •
- ٢٣٠٧ - وقال بعض الفقهاء يجوز وهم الحنابلة •
- ٢٣٠٨ - وفي هذا الضرب مسائل كثيرة •
- ٢٣٠٩ - وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالشعير متفاضلا ومتساويا •
- ٢٣١٠ - وقال مالك لا يجوز لأنهما جنسان ، فهما كالدنانير والدراهم •

فصل

- ٢٣١١ - والربا يجري في مكيل جنس عندنا إذا بيع بمثله ، وكذلك الموزون •
- ٢٣١٢ - وقال الشافعي الربا يختص بالمطعومات والائمان •

فصل

- ٢٣١ - والجنس يحرم عندنا النساء كما يحرم النساء بالمعنى المضموم إليه •

(١) هو دهن السمس

باب من السلم^(١)

٢٣١٤ - وكل ما تضبط صفته ويعلم قدره فالسلم فيه جائز اذا ذكر جنسا معلوما ونوعا وقدر معلوما أو صفة معلومة ، وكان موجودا فالسلم في ايدي الناس من يوم العقد الى يوم المحال^(٢) وذكر الاجل في ذلك ، وقبض رأس المال في المجلس ، وسمى موضع تسليمه فذلك جائز باجماع ، اذا كان رأس المال معلوما ، وكلما انخرم^(٣) من هذه الشروط شرط دخل الخلاف في العقد لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« من اسلم فاسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » بعد نهيه عن بيع ما ليس عند الانسان •

فصل

تمجيل أحد البديلين

٢٣١٨ - واجاز الشافعي السلم حالا ومؤجلا وامتنع أصحابنا من ذلك ، وقالوا : لا يجوز الا بأجل لانه لا فرق بين السلف والسلم واللفظ واذا كان حالا لم يتمكن من التسليم عقب العقد •

فصل

السلم في المعدوم

٢٣١٦ - واجاز السلم في المعدوم اذا كان موجودا عند المحل •

٣١٧ - وقال أصحابنا لا يجوز حتى يكون موجودا عند الطرفين ، وفيما

(١) جاء في لسان العرب : يقال أسلم وسلم اذا أسلف وهو أن تعطي ذهباً وفضة في سلعة معلومة الى أمد معلوم ، فكانك قد أسلمت الثمن الى صاحب السلعة وسلمته اليه •

وأسلم في الشيء إرساله وأسلف بمعنى واحد •

(١) في نسخة (قليج) المحل •

(٢) في نسخة (انعدم) •

بين ذلك ، لان ذلك وقت يجوز ان يحل فيه بالموت ، والموت^(١) ، فكان وجوده شرطا كالمحل المشروط خلاف الشافعي يكفي وجوده عند المحل المشروط •

فصل

ما يجوز السلم فيه

٢٣١٨ - واجاز اصحابنا السلم فى الجوز واللوز والفسق والحنطة والشعير والبر والزيت والقطن والزعفران ، وكل ما يكال وكل ما يوزن وكل ما يعد ويتقارب ولا يتفاوت كاللبن والآجر والنورة والطوايق والمستوح^(٢) والاكسية والنياب والزجاج والآنية ، وفي بعض ذلك خلاف وفيه وفاق •

ومسائل السلم كثيرة

فصل

قرض مال بمثله

- ٢٣١٩ - اجاز اصحابنا قرض ماله مثل من المكيل والموزون •
٢٣٢٠ - وقالوا : لا يجوز قرض ذوات القيم •
٢٣٢١ - وقال الشافعي يجوز الا الحوار^(٣) ومن اصحابه من اجاز الجميع •

فصل

- ٢٣٢٢ - وقالوا : لو اشترى بذهب وفضة وسمى وزنا معلوما كان الثمن منقسما من كل جنس نصفه •
٢٣٢٣ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين كل واحد •

(١) فى نسخة قليج : والشرع •

(٢) كذا فى النسختين ولعله الشيرج •

(٣) كذا ولعله الخبز الحوارى • • • والحصواري من الدقيق الخالص

المنقى (راجع لسان العرب مادة حور) •

فصل

- ٢٣٢٤ - واجاز الجميع صرف ما في ذمة كل واحد في ذمة الآخر ،
واعتبروا القبض في الصرف في المجلس •
- ٢٣٢٥ - وقال اصحابنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالعقد •
- ٢٣٢٦ - وقال أبو الحسن تتعين ولا تستحق أعيانها •
- ٢٣٢٧ - وقال زفر تتعين وبه قال الشافعي •
- ٢٣٢٨ - 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 - وفي 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 - الرهن عقد وثيقة يفتقر الى ايجاب وقبول ، وهو جائز قبل القبض غير لازم ، وانما يلزم بالقبض .
- ٢٣٣١ - وقال مالك : يلزم من غير قبض .
- ٢٣٣٢ - وهو لازم للراهن ليس له ابطاله الا (ان) يقضى ما هو رهن به ، لأنه قد تعلق به حق غيره .

فصل

- ٢٣٣٣ - ولو رهن نصف عبد أو دار أو مكيل أو موزون غير مقسوم فالرهن فاسد عندنا .
- ٢٣٣٤ - وقال الشافعي : كل ما جاز بيعه جاز رهنه وعندنا ان كل ما جاز رهنه جاز بيعه ، ويجوز رهنه لانه اعم من الرهن .
- ٢٣٣٥ - وبيع ما في الذمة يجوز ، ولا يجوز رهنه .
- ٢٣٣٦ - ويجوز بيع التركة قبل القبض ولا يجوز رهنها .
- ٢٣٣٧ - وعقد هذا الباب : ان كل ما يجوز رهنه ابتداء فانه يجوز في حالة البقاء فانظر ابدا الى ما يستحق من الرهن ، فان كان الباقي يجوز ان يتدا فيه الرهن فالرهن بحاله فيه ولا يطل ، وان كان لا يجوز ابتداء فالرهن قد بطل ، ولا فرق بين الشريك وغيره .
- ٢٣٣٨ - وسائر الاموال في ذلك سواء العقار والعبيد والمكيل والموزون

(١) في لسان العرب : قال ابن سيدة : الرهن ماوضع عند الانسان مما يتوب متاب ما أخذ منه ، يقال رهننت 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 .

والتياب والنخل والشجر وسائر ضروب الاموال في ذلك سواء ، وان قبض الجميع لم يصح الرهن أيضا ، وكذلك ان كان الرهن مقسوما فاستحق بعضه مشاعا بطل الرهن ، وان كان معينا والباقي يجوز رهنه بحاله •
٢٣٣٩ - ومسائل هذا الباب كثيرة ، والاصل واحد ، ولا فرق بين ان يأذن الشريك في ذلك أو لا يأذن ان الرهن لا يصح •

فصل

الرهن في السفر

٢٣٤٠ - ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر خلافا لاهل الظاهر •

حظر الانتفاع بالرهن

٢٣٤١ - ولا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن •
وقال الشافعي له الانتفاع اذا كان له منفعة •

رهن العين المغصوبة

٢٣٤٢ - واذا رهن العين المغصوبة عند الغاصب جاز الرهن وزال ضمان النصب •

٢٣٤٣ - وقال الشافعي ضمان النصب بحاله •

إعتاق العبد المرهون

٢٣٤٤ - واذا اعتق الراهن العبد المرهون جاز عتقه موسرا كان أو مسرا •
وللشافعي في ذلك ثلاثة أقول : مثل قولنا ولا يعتق ، والثالث الفرق بين المنسر والموسر •

تقبيل الجارية المرهونة

٢٣٤٥ - وان قبل المرتهن الجارية المرهونة من غير شبهة^(١) لم يجب الحد في إحدى الروايتين لأنها مجبوسة في يديه بحق له في رقبته •

(١) كذا في النسختين والظاهر انها شهوة واول العبارة في نسخة منيخ : واذا وطئ •

فصل

- ٢٣٤٦- وان وطىء باذن الراهن فولدت منه فالولد عبد •
- ٢٣٤٧- وقال الشافعي حر •
- ٢٣٤٨- لان اذنه ليس اكثر من تزويجه بها ولو تزوجها كان الولد عبدا •
- ٢٣٤٩- واذا باع المرتهن الرهن قبل حلول الدين باذن الراهن فالبيع جائز والثمن رهن •
- ٢٣٥٠- خلاف الشافعي لا يكون رهنا •
- ولو شرط له ذلك أو شرط ان يجعل الدين فالبيع جائز ويلزم تسليم ذلك
- ٢٣٥١- خلاف الشافعي البيع باطل على هذا الشرط •
- ٢٣٥٢- ورهن العبد الجاني والمترد جائز كما يجوز البيع •
- ٢٣٥٣- وقال الشافعي لا يصح في أحد قوله •

الزيادة في الرهن والدين

- ٢٣٥٤- وتجوز الزيادة في الرهن •
- ٢٣٥٥- ولا تجوز في الدين •
- ٢٣٥٦- وقال ابو يوسف يجوز فيهما
- ٢٣٥٧- وقال زفر لا يجوز فيهما •
- ٢٣٥٨- وللشافعي قولان في ذلك •

إقرار الراهن بجناية العبد المرهون

- ٢٣٥٩- ولا يجوز إقرار الراهن على العبد المرهون بالجناية •
- ٢٣٦٠- وقال الشافعي في أحد قوله يجوز •
- ٢٣٦١- واذا قتل العبد المرهون في يد المرتهن بالردة ثبت الخيار في فسخ البيع •
- ٢٣٦٢- خلاف الشافعي لا يثبت •
- ٢٣٦٣- واذا علق عتق عبده بصفة ثم رهنه جاز الرهن •

٢٣٦٤- وقال الشافعي لا يجوز رهنه ، وله تفصيل في تعجيل الصفقة وتأخيرها على محل الدين لانه يجوز بيعه فجاز رهنه •

تحول العصير المرهون خمرأ

٢٣٦٥- واذا رهن عصيرا فصار خمرأ لم يبطل الرهن •

٢٣٦٦- وقال الشافعي يبطل •

٢٣٦٧- وان عادت خلا فالمرتهن أحق بها من الغرماء •

رهن ما يسرع إليه الفساد

٢٣٦٨- ورهن ما يسرع اليه الفساد بالدين الحال أو المؤجل جائز •

٢٣٦٩- وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

توكيل المرتهن ببيع الرهن

٢٣٧٠- ويجوز أن يكون المرتهن وكيلاً ببيع الرهن عند محله •

٢٣٧١- وقال الشافعي لا يجوز •

٢٣٧٢- ولا يملك الراهن عزل الوكيل عن بيع الرهن اذا وكله بالبيع ،

٢٣٧٣- وقال الشافعي يملك •

فصل

تبعة هلاك ثمن الرهن

٢٣٧٤- 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- وقال الشافعي يكون من مال الراهن •

فصل إستحقاق الرهن

- ٢٣٧٦- وإذا استحق الرهن بعد البيع على المشتري رجع على العدل البائع •
- ٢٣٧٧- وقال الشافعي يرجع على الراهن •
- ٢٣٧٨- لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد عندنا دون من عقد له ففى كل ما تصح اضافته الى العاقد من العقود •
- ٢٣٧٩- وإذا ادعى العدل تسليم الثمن الى المرتهن فالقول قوله •
- ٢٣٨٠- وقال الشافعي لا يقبل قوله عليه •
- ٢٣٨١- لأنه أمين له واليد المرتهن وإن تعلق بها حق الراهن •

دفع العبد الرهن في الجناية

- ٢٣٨٢- وإذا دفع العبد الرهن فى الجناية بطل من الدين بحساب ذلك •
- ٢٣٨٣- وقال الشافعي لا يبطل •
- ٢٣٨٤- والرهن مضمون عندنا بالاقبل من قيمته ومن الدين •
- ٢٣٨٥- وقال الشافعي هو امانة •
- ٢٣٨٦- ولو كان امانة لقبول قول المرتهن في الرد على الراهن كسائر الامانات ، ولكن المرتهن وغيره في ثمنه سواء •

فصل

رهن المكاتب

- ٢٣٨٧- ويجوز رهن المكاتب بدين المكاتبه •
- ٢٣٨٨- وقال الشافعي لايجوز •
- ٢٣٨٩- لانه دين واجب كسائر ديونه •

فصل تزويج الأمة المرهونة

- ٢٣٩٠- ويجوز للراهن تزويج الأمة المرهونة بغير اذن المرتهن
- ٢٣٩١- وقال الشافعي لا يجوز

فصل الزيادة من الرهن

- ٢٣٩٢- والزيادة من الرهن تدخل في الرهن
- ٢٣٩٣- وقال الشافعي لا يدخل المنفصل ويدخل المتصل
- ٢٣٩٤- لانه حق ثابت في الام فسرى الى الولد كالمالك والعناق

فصل الشرط الفاسد في الرهن

- ٢٣٩٥- واذا شرط في الرهن شرطا فاسدا بطل الشرط وصح الرهن
- وقال الشافعي يبطل الرهن
- ٢٣٩٦- لانه عقد شرط في لزومه القبض كالهبة

باب اختلاف الراهن والمرتهن

- ٢٣٩٧- واذا اختلف الراهن والمرتهن في الدين فالقول قول الراهن في الدين مع يمينه ، ولا خلاف في ذلك
- ٢٣٩٨- وان اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت الزيادة

- ٢٣٩٩- وان قال الراهن رهنه بخمسمائة وقال المرتهن بل بالف ،

والدين الف على الراهن فالقول قول الراهن ، كما لو انكر الرهن كان القول قوله في ذلك •

٢٤٠٠ - وإذا قال المرتهن قبضت خمرا •

وقال الراهن بل صارت العين خمرا عندك ، فالقول قول المرتهن •

٢٤٠١ - وقال الشافعي القول قول الراهن •

٢٤٠٢ - لأنه لم يقر بقبض يوجب الضمان •

فصل

٢٤٠٣ - وإن قال الراهن رهنتها عندك بجميع مالك من الدين وهو الف ،

وقال المرتهن رهنتها بخمسائة والجارية الرهن تساوى الف فان الحسن بن زياد

قال عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويترادان بعد التحالف •

٢٤٠٤ - وإن مات الراهن قبل التحالف كانت بما قال المرتهن لأنه ينكر

الضمان •

فصل

اختلافها في قيمة الرهن

٢٤٠٥ - ولو اتفقا على ان الجارية رهن واختلفا في قيمة الجارية ، وقد

هلكت في يد المرتهن فقال المرتهن كانت قيمتها خمسمائة وقال الراهن الف فالقول

قول المرتهن في قيمة الهالك •

٢٤٠٦ - وإن أقام بينة فالبينة بينة الراهن لأنها تثبت الضمان والزيادة •

فصل

٢٤٠٧ - وإن اختلفا فقال المرتهن رهنتي هذين العبدین بألف •

وقال الراهن بل احدهما بألف لم تقبل دعوى احدهما على صاحبه ،

ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه •

فصل

٢٤٠٨ - وإذا كان الرهن أمة فولدت ثم ماتت الأمة وبقي الولد ، واختلفا

في قيمة الام فالقول قول المرتهن والبينة بينة الراهن ، وكذلك الحيوان والشجر

والثياب وسائر الاعيان مثل ذلك •

فصل

- ٢٤٠٩- وإذا 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 يد الراهن 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 : رهننتي هذين الثوبين وقبضتهما فقال الراهن :
رهنتك أحدهما فالقول قول الراهن •
- ٢٤١٣- وان اقاما بينة ، اخذت بينة المرتهن •

فصل

- ٢١٤٤- واذا كان الرهن عبدا والدين الفين والعبد يساوى الفا وقد ذهبت
عنه 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 ادعيها اخذت بينة الراهن لانه يدعي
القضاء والبراءة ، والعبد مضمون على المرتهن ، وهو يتصرف في ملك الراهن
فهو كالغاصب •

٢٤١٦ - وإذا اختلف هو والمفصوب منه فالقول قول المفصوب منه لانه لا يصدق فيما يوجب سقوط الضمان عنه .

فصل

٢٤١٧ - وإذا ادعى الرهن وانكر الراهن الرهن او أقر بالرهن وانكر التسليم فالقول قوله وعلى المدعي البينة انه ارتهن وقبض .
٢٤١٨ - فان أقام بينة رجلين أو رجلا وامرأتين انه ارتهن وشهدوا على معاينة القبض او اقرار الراهن بذلك فهو سواء .
٢٤١٩ - وهذا قول ابي حنيفة الاخير ، وهو قول ابي يوسف ومحمد لانهما اثبتا الرهن بالشهادة .

فصل

٢٤٢٠ - ولو شهد احدهما انه رهن بمائة وشهد الآخر بمائتين ، والمرتهن يدعى مائتين فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة .
٢٤٤١ - وقالوا يكون رهنا بمائة والقول قول الراهن في الزيادة .
٢٤٢٢ - وعند الشافعي يحلف مع الشاهد الواحد ، ويكون رهنا بمائتين .
٢٤٢٣ - واتفق الجميع على انه لو شهد احدهما بخطة والآخر بشعر أو شهد بدنانير والآخر بدراهم أو شهد احدهما بعد والآخر ثوب ان الشهادة باطلة ولا شيء على الراهن من ذلك .
٢٤٢٤ - واتفقوا على انه لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائة وخمسين والمرتهن يدعى مائة وخمسين فالشهادة جائزة في مائة ، ويكون على الراهن .
٢٤٢٥ - 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 .
٢٤٢٦ - وان اقاما جميعا بينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الزيادة والقضاء

فصل

اشترط الرهن بالثمن

٢٤٢٧ - وإذا باعه متاعا على ان يرهنه عبدا بالثمن فجحد المشتري ذلك وأقام عليه بينة بالبيع والرهن فانه لا يجبر الراهن على تسليم الرهن ، لانه غير مقبوض ، ولكن له الخيار في 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 لا يلزم من غير قبض ، وقد شرط في الثمن صفة فأثبت الخيار له في ذلك .

فصل

٢٤٢٨ - وإذا ادعى الرهن رجلان كل واحد يقول رهنه عندي 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 .

٢٤٢٩ - وان كان في يدى احدهما فهو له الا ان يقيم الآخر البينة انه رهنه قبله بوقت واذا وقتا وقتين فهو للاول منهما ، واذا لم يوقتا فليس برهن لاحدهما في القياس ، وهذا هو المذهب لانه يقتضي اشاعة الرهن ورهن المشاع لا يصح .

فصل

٢٤٣٠ - ولو مات الراهن والرهن في ايديهما واقاما بينة كل واحد انه رهن عنده ، فانه يباع لهما ويقضي دينهما ، وضربا مع الغرماء بما فضل لهما في تركة الميت ، ويأخذ الغرماء ما فضل من ثمن الرهن عند ابي حنيفة ومحمدا واستحسانا ٢٤٣١ - والقياس ان الرهن باطل وهو قول ابي يوسف ويكون بين الغرماء بالحصص ولا يسلم لهما .

فصل

٢٤٣٢ - واذا كان المرتهن اثنين فوضع احدهما الرهن عند صاحبه والرهن مما يحتمل القسمة فالدافع ضامن قيمته عند ابي حنيفة .

٢٤٣٣ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا ضمان على القابض في قولهم جميعا •

فصل الرهن لدى عدل

٢٤٣٤ - وإذا وضع الرهن على يدى عدل فهو جائز عندنا •
وعند الشافعي ومالك •

٢٤٣٥ - وقال ابن ابي ليلى لا يجوز الرهن حتى يكون فى يد المرتهن •

٢٤٣٦ - لأن يد العدل للمرتهن عندنا^(١) لأنه يملك اخراجه متى شاء
ويبطل الرهن •

٢٤٣٧ - فإن باع العدل العبد الرهن وذهب الثمن كله او بعضه قبل القبض
جاز في قول ابي حنيفة ومحمد •

٢٤٣٨ - وقال أبو يوسف والشافعي هبة الوكيل الثمن قبل القبض باطلة ،
كما لو وهب بعد القبض •

فصل

٢٤٣٩ - وإذا ادعى رجل الرهن والآخر الشراء والرهن فى يدى الراهن
فيئة المشتري أولى •

٢٤٤٠ - وإن كان فى يدى المرتهن فالمرتهن أولى به ، الا ان يقيم المشتري
البينة انه قبل ، ويقدم الاول فى العقدين معا على الآخر ايهما كان •

فصل

٢٤٤١ - وإذا ادعى الرجل على غيره انه رهنه هذا العبد بألف ، وهو فى
يدى المدعى عليه والآخر ينكر ذلك قبل بينة الراهن •

٢٤٤٢ - وإن هلك لزمه جميع قيمة العبد لأنه صار بالجحود غاصبا فلزمه
جميع قيمته •

(١) أي أن حيازة الرهن للمرتهن والعدل يجوز الرهن باليابة عن المرتهن
اذ المرتهن هو الحائز الاصلي •

فصل

٢٤٤٣- وإذا رهن عند صبي لا يعقل القبض فالرهن باطل ، فإن كبر وبلغ جاز بيعه « بتسليط الراهن عند أبي يوسف ومحمد^(١) » وذكر الخفاف أنه لا يجوز عند أبي حنيفة البيع بعد الكبر لأنه لم يصح الرهن •

فصل

إبراء المرتهن الراهن

٢٤٤٤- وإذا أبرأ المرتهن الراهن من الدين أو وهبه والرهن في يديه فتلغ قبل رده على الراهن من غير تعد فلا ضمان على المرتهن عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف •

٢٤٤٥- والقياس أن يضمن قدر الرهن وهو قول زفر بن الهذيل •

فصل

٢٤٤٦- وإذا تطوع الرجل بفضل ثمن المبيع أو طلاق الزوجة ثم استحق المبيع أو رد بعيب أو طلقت المرأة قبل الدخول فإن المتطوع يرجع بما له على البائع ويرجع الصداق إليه عند علمائنا الثلاثة •

٢٤٤٧- وقال زفر يرجع على الزوج والمشتري دون المتطوع بذلك •

فصل

جناية الرهن

٢٤٤٨- وإن كان فيه فضل ففدى فهو متطوع إن كان الراهن حاضراً ، وإن كان غائباً فليس بمتطوع في رواية محمد عن أبي حنيفة •

٢٤٤٩- وروى الحسن عنه بالضد إن كان غائباً فهو متطوع وإن كان حاضراً فليس بمتطوع •

٢٤٥٠- وقال هو متطوع في الحالين •

فصل

٢٤٥١- وإذا رهن الأب أو الوصي مال اليتيم في دين نفسه جائز عند أبي حنيفة ومحمد •

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج •

٢٤٥٢ - وروى عن ابى يوسف انه لا يجوز •

فصل

قضاء جزء من الدين الموثق برهن

- ٢٤٥٣ - واذا كان الرهن اعيانا كل عين بعشرة ففضى الراهن عشرة لم يكن له ان يأخذ من الرهن شيئا حتى يؤدي الجميع فى رواية الأصل •
٢٤٥٤ - وقال فى الزيادات له ان يأخذ ما أدى عنه •
٢٤٥٥ - ويقال هو قول محمد خاصة •

فصل

رهن أرض فيها نخل

- ٢٤٥٦ - واذا رهن أرضا فيها نخل بألف ، وقيمة الأرض وقيمة النخل مثل ذلك فاحترق النخل فالأرض رهن بخمسائة وسقط من الدين خمسمائة ، فان نبت فى الأرض نخل يساوى خمسمائة فان هذا النخل والأرض رهن بثلاثي الدين عند ابى حنيفة ومحمد ، ولا فرق بين ان ينبت من عروق الاول أو من الأرض •

- ٢٤٥٧ - 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 - واذا رهن العبد الجاني والمرتد فقتل فى يدي المرتهن وهو لا يعلم بما كان منه فهو من مال الراهن عند ابى حنيفة ، وكذلك اذا قطع فى السرقة •
٢٤٥٩ - وعند صاحبيه يقوم حلال الدم وغير حلال ويغرم نقصان ذلك من الدين كما قالوا فى البيع •
٢٤٦٠ - ولو ضرب حداً أو عزز فنقص قيمته ذهب من الدين بحسب ذلك فى قولهم جميعا •

فصل

رهن أحد المتفاوضين

- ٢٤٦١ - ورهن أحد المتفاوضين جائز كما تجوز كفالته
- ٢٤٦٢ - وإذا ادعى الرهن فهو لنفسه وعندهما لا يجوز

فصل

جناية ولد الرهن

- ٢٤٦٣ - وإذا جنى ولد الرهن جناية فدفع بها لم يبطل من الدين شيء
- ٢٤٦٤ - وإن فقأت الأم عيني الابنة فدفعت بها ، وأخذت الابنة مكانها فالابنة رهن بالدين كله ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف
- ٢٤٦٥ - وقال محمد تكون رهنا بحصتها ويسقط من الدين بمقدار نقصان العينين ، والخيار إلى الراهن أن شاء افتكها وأن شاء تركها فإن فقأت الابنة عيني الأم بعد ذلك فدفعت وأخذت الأم قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ينبغي أن تكون رهنا بجميع الدين
- ٢٤٦٦ - وفي القياس يسقط من الدين بحسب ذلك من العينين
- ٢٤٦٧ - وفي قول محمد ينبغي في القياس أن يسقط مما بقى من الدين نقصان العينين
- ٢٤٦٨ - وفي الاستحسان أن يسقط نقصان العينين من جميع الدين
- ٢٤٦٩ - وفي هذا الباب عجائب من المسائل

باب رهن الفضة والذهب وذوات الأمثال

- ٢٤٧٠ - وإذا ارتهن قلب^(١) فضة فيه عشرة دراهم ، وقيمة القلب أقل من عشرة فانكسر عند المرتهن فإنه ضامن لقيمته مصوغا من الذهب ويكون القلب له ويرجع بماله

(١) في لسان العرب في مادة (قلب) : القلب من الاسورة ما كان قلدا واحدا ، ويقولون سوار قلب ، وقيل سوار المرأة ، والقلب الحية البيضاء على التشبيه بالقلب من الاسورة

- ٢٤٧١ - وان كان المال الى أجل كان الذهب الذى غرم المرتهن رهنا مكانه .
 ٢٤٧٢ - ولو لم ينكسر ولكنه هلك فانه يذهب بما فيه عند ابي حنيفة .
 ٢٤٧٣ - وقال أبو يوسف ومحمد يكون على المرتهن قيمته من الذهب
 ويكون رهنا مكانه ويرجع بما له .
 ٢٤٧٤ - وهذا قولهم فى الأصل .
 ٢٤٧٥ - وقال الكرخي فى المختصر الذى له :

إذا ارتهن الرجل دراهم بفضاء والرهن سوداء ووزن الدين والرهن
 سواء فهلك الرهن فهو بالدين .

- ٢٤٧٦ - وكذلك لو كان قلبا ووزنه عشرة يساوى للصنعة اثني عشر .
 أو يساوي تسعة وهو رهن بعشرة فان هلك فهو بجميع الدين ، وهو بما فيه .
 ٢٤٧٧ - وان انهشم القلب فى يد المرتهن من غير فعله او انكسرت
 الدراهم فان المرتهن لا يضمن شيئا ، ويقال للراهن أد الدين كله وخذ الرهن ،
 وهو قول ابي حنيفة ، وهو قياس قول زفر ، رواه الحسن وابو يوسف .
 وقال محمد فى الزيادات هو قياس قول ابي حنيفة ورواه ابن سنانة فى
 الأمالي ونوادره .

- ٢٤٧٨ - 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 - وهذا قولهم جميعا .

- ٢٤٨٠ - وان كان الفضل فى الوزن والرهن انقص قيمة ، وهما سواء فى
 الوزن فهلك فان أبا يوسف قال :
 ان كان الرهن دراهم أو دنائير أو ماله مثل ضمن مثله للراهن ورجع
 بدينه .

- ٢٤٨١ - وكذلك قال محمد فى المصنوع وغيره .
 ٢٤٨٢ - فان رضى المرتهن ان يجعل ذلك الرهن قصاصا بالدين اذا كان
 يغرم مثله فذلك له .

- ٢٤٨٣ - قال الكرخي رحمه الله :

- وهو عندى قول محمد ، ولا ينبغي ان يكون فى الفصل خلاف •
- ٢٤٨٤ - وكذلك رهن المكيل بجنسه والموزون بجنسه •
- ٢٤٨٥ - وان كان الرهن فضة بفضة أو ذهباً بذهب فانكسر فى يد المرتهن من غير فعله ، وهو أكثر قيمة من الدين فهو فى قول أبى حنيفة على ما ذكرت لك ولا يلتفت الى الوزن الفاضل اذا كان الوزن سواء ، وانما يعتبرون^(١) فسي الدين وزن الرهن ، فاذا كان سواء فالرهن على حاله •
- ٢٤٨٦ - وقال أبو يوسف ، اذا كان الفضل لصناعته والفضل سدس القيمة فانكسر فروى محمد عن أبى حنيفة ان خمسة اسداس القلب مضمون من الوزن والامانة وهو رواية محمد عن أبى يوسف •
- ٢٤٨٧ - وروى عنه بشر بن الوليد انه يضمن قيمة القلب كله ومثله فى كل المصوغ •
- ٢٤٨٨ - وفى كتاب الرهن عجب من المسائل وهو كتاب كبير وما فيه من الخلاف قد ذكرته ومسائل التفريع لا يمكن ذكرها اجمع •

فصل

- ٢٤٨٩ - وجناية الرهن على الراهن او على ماله هدر فى قولهم جميعا •
- ٢٤٩٠ - وان جنى على المرتهن فهو هدر عند أبى حنيفة •
- ٢٤٩١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجب الدفع او الفداء ، هذا اذا كانت قيمته والدين سواء •
- ٢٤٩٢ - وان كانت قيمته أكثر من الدين فان العجاية معتبرة فى قولهم جميعا •

فصل

- ٢٤٩٣ - ولو كان الرهن عبدا فجنى عليه بعد قيمته مائة فدفع به فهو رهن بألف [كذا] يجبر الراهن على فكاكه بذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف •
- ٢٤٩٤ - وقال محمد الخيار الى المولى ان شاء سلمه بالدين وان شاء افكه •

(١) كذا فى النسختين •

٢٤٩٥ - وقال زفر سقط من الدين تسع مائة ويفتكه بماله •

فصل

رهن المستعار

٢٤٩٦ - واذا استعار رجل من رجل ثوبا او عبداً او ما شاء من الاموال ليرهنه فذلك جائز ، وله ان يرهنه بما احب من الاموال او بما شاء من القدر قليلا كان او كثيرا •

٢٤٩٧ - واذا أطلق الرجل القول ولم يعين ففي هذه المسألة خلاف الشافعي في جواز ذلك في أحد قوليّه •

فصل

٢٤٩٨ - رجل له على آخر مائة درهم فاعطاء رهنا وقال هذا رهن ببعض مالك فالرهن فاسد في قول زفر ويهلك بالقيمة •

٢٤٩٩ - وقال أبو يوسف يهلك بما شاء المرتهن •

فصل

٢٥٠٠ - رجلان لهما على رجل دين فارتبنا منه رهنا^(١) بينهما فقضاهما ثم قال أحد المرتهنين ان المال الذي لنا على فلان باطل والارض في ايدينا تلجئه قال أبو يوسف يبطل الرهن •

٢٥٠١ - وقال محمد : لا يبطل الرهن ويبرأ من حصة صاحبه •

فصل

ما يجوز به الرهن من الديون والأعيان

٢٥٠٢ - ولا يجوز الرهن الا بدين صحيح او عين مضمونة ولا يجوز بالامانات كالعواري والمضاربة والشركة والودائع •

٢٥٠٣ - واذا قد ذكرنا بعض المسائل في الرهن فوجب ان نذكر التفليس والحجر لانه اسقاط حق واثبات رجوع في أمر فكان ذكره بعد الرهن أولى بالتقديم على الحجر^(٢) •

(١) في نسخة قليج : أرضا •

(٢) عبارة «على الحجر» لم ترد في نسخة قليج •

كتاب التفليس (١)

٢٥٠٤ - والمفلس بالثمن في حال حياته ، واذا مات مفلساً فوجد رجل عين ماله الذي باعه فهو اسوة الغرماء ، ولا يكون أحق به في حال الحياة ولا بعد الموت .

٢٥٠٥ - وان أفلس المشتري قبل قبض السلعة من البائع فانها تباع له .
٢٥٠٦ - وقال الشافعي يرجع في سلعته في جميع الاحوال في الحياة والموت مالم يزد فيها أو يخرج عن ملكه .

٢٥٠٧ - وقال مالك : يرجع في الحياة دون الموت ، لأنه اسقط حقه عن الملك بالبيع ، وعن الجبس 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 جبراً على المدين المتمنع

٢٥٠٨ - واذا امتنع من عليه الدين من قضائه حبسه القاضي ، ويكلف ان يبيع ماله بنفسه وكان القياس ان لا يقضي عنه الدراهم في الدناير وهو مذهب ابن ابي ليلى .

٢٥٠٩ - وقال أبو يوسف ومحمد : يبيع القاضي عليه اذا امتنع .

٢٥١٠ - وهو قول الشافعي .

(١) جاء في لسان العرب في مادة فلس : أفلس معروف والجمع في القلة أفلس ، وفلوس في الكثير . . . وأفلس الرجل صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم . . . أفلس أفلساً ، صار مفلساً ، كأنما صارت دراهمه فلوساً زيوفاً ، كما يقال : أخبت الرجل اذا صار أصحابه خبيثاء ، واقطف صارت دابته قطوفاً .

وفي الحديث : «من ادرك ماله عند رجل قد أفلس 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 تفليساً : نادى عليه أنه أفلس وحب فلس لا نيل

فيه .

فصل

البينة على الأعراس

- ٢٥١١ - ولا تسمع بينة بأعراسه قبل المدة في رواية •
- ٢٥١٢ - وفي أخرى تسمع ، وقد مضت في اول الكتاب •

لا يمين مع البينة على الأعراس

- ٢٥١٣ - ولا يمين عليه اذا أقام بينة بالأعراس •
- وقال الشافعي يحلف مع ذلك •

الظفر^(١) بجنس الحق

- ٢٥١٤ - وقالوا جميعا : لو وجد رجل جنس حقه عند غريمه فله أخذه بحقه^(١) •
- ٢٥١٥ - وإن كان غير جنسه لم يأخذه عندنا الا برضائه •
- ٢٥١٦ - وقال الشافعي له أخذه •

فصل

قاعدة

- ٢٥١٧ - واتفق الفقهاء بأسرهم انه اذا لم يجد ماله بعينه فانه اسوة الغرماء •
- ٢٥١٨ - وكذلك ان رجع اليه بملك جديد •

فصل

- ٢٥١٩ - ولو باعه حائطاً - وهو البستان ببلغة الحجاز - لا ثمرة فيه ، أو أرضاً لا زرع فيها ثم أفلس المشتري ، وكان قد أثمر أو زرع ، فإن كان النخل قد

(١) جاء في لسان العرب : الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب والفلح على من خاصمت ، وقد ظفر به وعليه وظفّره ظفراً مثل لحق به فهو ظفر ، واطفّره الله به وعليه وظفّره به تظفيرا ، ويقال ظفر الله فلانا على فلان ، وكذلك اظفّره الله ، ورجل مظفر وظفر وظفّر : لا يحاول أمرا الا ظفر به •

- (١) أخذ القانون المدني العراقي بهذه القاعدة في المادة ٣٩١ •

أبر والأرض قد زرعت كان له الخيار في الأرض والنخل ، ويبقى الثمار الى الجذاذ^(١) والزرع الى الحصاد اذا أراد الغرماء تأخير ذلك ، وان أراد الغرماء بيع الثمرة قبل الجذاد والزرع قبل الحصاد فلهم ذلك •
٢٥٢٠ - وكذلك لو باع أمة فولدت ثم أفلس كانت له ان شاء والولد للغرماء وان كانت حبل كانت له حبل •

٢٥٢١ - واذا لم يؤبر حتى أفلس فلم يخبر (٢) 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 في الاكام فتشقق كمائمه وما يشبهه ، فاذا انشق قبل النخل وان لم يؤبر •

فصل

٢٥٢٢ - ولو قال المالك : أخذت عين مالي قبل الايبار ، وقال المفلس بعده فاقول قوله مع يمينه ، وعلى البائع البينة • وان صدقه الغرماء لم اجعل لهم شيئاً لأنهم أقرؤا انه للبائع •

فصل

٢٥٢٣ - 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 - وقال : وان كانت أرضاً فبنيت أو غرست خيرته بين ان يعطى مابنى وعرس وبين ان يسلم البناء والعرس للغرماء الا ان يشاء المفلس والغرماء ان يقلعوه ويضمنونه ما نقص القلع والنقص فيكون لهم ، وقال في موضع آخر ان لم يأخذه بالعمارة وابى الغرماء ان يقلعوه لم يكن له الا الثمن يحاص الغرماء به •
٢٥٢٥ - قال المزني والاول بقوله اشبه واولى •

وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة واصوله ما ذكرت ، ولما كان المفلس تارة يقضى الدين وتارة يباع عليه ، وتارة يحجر عليه وجب ذكر الحجر •

كتاب الحجر

٢٥٢٦ - الحجر في اللغة المنع وهو في الشرع منع مخصوص (١) .

أسباب الحجر

٢٥٢٧ - وأسباب الحجر عند أبي حنيفة ثلاثة :

الجنون والصغر والرق الذي فيه معنى الحجر لكن لأجل حق المولى ، فمما لا يتعلق به حق المولى فإنه جائز التصرف فيه .

٢٥٢٨ - واختلف الفقهاء في الحجر لأجل الفساد والتبذير .

٢٥٢٩ - فذكر الطحاوي في باب الحجر على السفية الذي في عقله نقصان وفي أفعاله اسراف وتبذير وهو مضيع للمال لا يحفظه ولا يحسوطه ان القاضي يحجر عليه .

٢٥٣٠ - وإنما قال أبو حنيفة لا يحجر حر في الدين أى لا يحجر على من حبسه القاضي للغرماء ، وروى عنه أبو يوسف ومحمد انه لا يحجر على حر بفساد ولا غيره ، وهذا قوله في الخلاف ، والذي رآه الخفاف انه قال الحجر باطل على الحر .

٢٥٣١ - وأما أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي فيحجرون على السفية .

(١) الحجر ساكن مصدر حجر عليه القاضي يحجر حجراً اذا منعه من التصرف في ماله . . . ومنه حجر القاضي على الصغير والسفيه .
حجر عليه يحجر حجراً وحجراً وحجراً وحجراً وحجراً ، ولا حجر عنه أى لا دفع ولا منع .

والعرب تقول عند الامر تنكره . . حجراً له بالضم أى دفعا ، وهو استعارة من الامر (لسان العرب) .

وتعريف الحجر شرعاً بأنه منع مخصوص هو أوجز تعريف للحجر . وقد فصل الكاكي في معراج الدراية في شرح الهداية هذا التعريف بعد ذلك بقوله أنه ممنوع مخصوص ، وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأى سبب كان (انظر في سائر التعريفات الفقهية كتاب الحجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن للدكتور احمد علي الخطيب بند ٤٢) .

من يحجر عليهم عند أبي حنيفة

٢٥٣٢ - وذكر أبو الليث السمرقندي في خلاف اصحابنا له^(١) ان ابا حنيفة كان لا يحجر على الحر الا على ثلاث :

- على جهال المفتين
- وعلى المتطية الجهال
- وعلى السفهاء المفاليس

٢٥٣٣ - واتفقت الرواية عنه ان الغلام اذا بلغ مفسداً انه لا يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة^(١) .

٢٥٣٤ - وقالوا 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 فسادته بعد هذه المدة المضروبة ويكون اولى بماله من سائر الناس .

٢٥٣٥ - قال أرايت 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 والشافعي لا يدفع اليه المال حتى يؤنس رشده .

٢٥٣٦ - وقالوا : ما باعه واشتراه نظر القاضي في ذلك فاجاز ماله فيه حظ وابطل ما لاخط له فيه الا في اشيء منها انه يخرج من ولاية القاضي ولا يجوز أمر الوصى عليه ويجوز عتقه ويسعى العبد في قيمته ، وكذلك تدبيره ويسعى العبد المدبر بعد موته وتجوز وصيته بالحج وابواب البر واقاراره بجميع الحدود وتجوز دعوته ولد جاريته وتصير أم ولد له ، وتسعى في شيء بعد موته .

(١) الظاهر ان هذا اشارة الى مختلف الرواية المنسوب لابي الليث فان صح هذا فهذه اقدم اشارة الى نسبة هذا الكتاب لابي الليث .

(١) ان هذه السن هي سن البلوغ التي يدفع بها المال للصغير في القانون الرومي أيضا ففي هذا الحد يتفق قول ابي حنيفة مع القانون الرومي ويتفق الشرع الاسلامي مع القانون الرومي في نظام ابتاء الايتام أموالهم تجربة لهم قبل سن الرشد على وجه النظر وهذا هو النظام المسمى في القانون الرومي بنظام « فينيا ايتاتيس » .

٢٥٣٧ - وان ادعى نسب مملوك له يولد مثله لمثله صحت دعوته وثبت نسبه ويسعى في قيمته وهو بمنزلة مريض وهب له ابنه وعليه دين له يسعى في قيمته ، ويدفع الى الغرماء .

٢٥٣٨ - ويجوز نكاحه وطلاقه ، وان حنث في يمين كفر بالصوم ، ولم يكن عليه ان يكفر في ماله ، وكذلك ان ظاهر فعله الصوم وان اعتق عن ظهارة جاز العتق وسعى العبد ولم يجزه من كفارة الظهار ، وكذلك القتل .

٢٥٣٩ - ولا يمنع من حجة الاسلام وزكاة ماله ، وتدفع النفقة الى نفقة يحج فينفق عليه جميع ما يلزمه في كفارات الحج فهو فيها كالعبد الذي يحج بأذن مولاه .

٢٥٤٠ - والمرأة والرجل سواء الا في الخلع مع زوجها على مال فان الخلع جائز ولا يلزمها المال .

من بلغ مفسداً كان محجوراً لذاته

٢٥٤١ - وقال محمد :

اذا بلغ مفسداً غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضي أو لم يحجر .
ولا يجوز تصرفه في ماله الا ما فيه توفر عليه .

من بلغ مفلساً لا يعد محجوراً لذاته

٢٥٤٢ وقال ابو يوسف والشافعي :

لا يكون محجوراً عليه حتى يحجر القاضي ، فاذا طرى اصلاح فك الحجر واذا طرى الفساد حجر .

تصرف المحجور في ماله

٢٥٤٣ - واجمع القائلون بالحجر على انه لا يجوز تصرفه في ماله .

٢٥٤٤ - وقال محمد :

ان امره القاضي يبيع او شراء فقبل فهو جائز ، وكان أمر القاضي اخراجا له من الحجر .

٢٥٤٥ - وان اذن في شراء البر خاصة فهو اطلاق من الحجر .

- ٢٥٤٦ - ولو اذن بمحضر من أهل سوقه وقال :
 - لا أقبل اقراره وأقبل ما كان بمعاينة الشهود فهو كما قال •
 ٢٥٤٧ - وقالوا في الصبي المأذون والعبد لو قال الولي والمولى ذلك لم
 يصح ولزمهما ما أقر ، لأن المفسد يؤذن له على وجه النظر والتوفير عليه •

تكمال أهلية المرأة بالبلوغ

- ٢٥٤٨ - وقال أصحابنا : اذا بلغت الجارية رشيدة دفع اليها مالها وان لم
 تتزوج •
 ٢٥٤٩ - وهو قول الشافعي ، لان الله سوى بينها وبين الغلام •

خلاف مالك في أهلية المرأة

- ٢٥٥٠ - وقال مالك :
 لا يدفع اليها حتى تتزوج •
 ٢٥٥١ ، ولو كان تزويجها شرطاً في الدفع كان الغلام مثلها كالعقل والبلوغ •

مدة البلوغ

- ٢٥٥٢ - وقال أبو حنيفة :
 مدة البلوغ في الغلام ثمان عشرة سنة وفي الجارية سبع عشرة سنة •
 ٢٥٥٣ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي خمس عشرة فيهما •

إمارات البلوغ

- ٢٥٥٤ - ويكون البلوغ بالسن كما يكون بالحلم •
 ٢٥٥٥ - وقال داود لا يكون البلوغ الا بالحلم خاصة دون السن •
 ٢٥٥٦ ، والاتبان لا يدل على البلوغ عند ابي حنيفة ومحمد •
 ٢٥٥٧ - وروى عن ابي يوسف انه يدل على البلوغ وهو قول الشافعي •
 ٢٥٥٨ - وهل يكون بلوغاً أو دلالة عليه ؟
 فيه خلاف بينهم

الحجر بطرؤ السفه

٢٥٥٩ - واذا طرى السفه والتبذير على الحجر لم يحجر عليه ، وقال الشافعي يحجر ، وهو قولهما •

هل يحجر بطرؤ الفسق؟

٢٥٦٠ - واذا طرى الفسق على الرجل لم يحجر عليه •

٢٥٦١ - وقال الشافعي يحجر •

٢٥٦٢ - وكل ما كان من تصرف قبل ذلك فهو جائز ، وما كان بعد ذلك لم يجز •

٢٥٦٣ - والفساد الذى يستحق به الحجر [هو فعل] من كان مفسدا لماله لا يبالى ما صنع به •

حالة الفساد مع حفظ المال

٢٥٦٤ - وقال أصحابنا اذا كان فاسد الدين صاحب فجور حافظا لماله لم يستحق الحجر ، وقال الشافعي يحجر •

٢٥٦٥ - وقال محمد :

يحجر على من اسرف من الرجال فى تضييع ماله فى شرب النبيذ والملاهي والفجور •

فصل

إطلاق القاضي محجور قاضٍ آخر

٢٥٦٦ - واذا حجر القاضي على رجل فاطلقه قاضٍ آخر واجاز ما صنع كان اطلاقه جائزا ، واجاز ما صنع فى ماله قبل الاطلاق وبعده من جميع تصرفه الا ما ابطله قاض قبل ذلك من عقوده فانه ينفذ قضاؤه •

٢٥٦٧ - وان لم يفعل القاضي ذلك واجاز اقرار المحجور عليه وضعه ثم رفع الى قاض آخر فانه ينفذ ما صنع الاول ويرد ما فعل الثاني •

٢٥٦٨ - وان باع المفسد وقبض الثمن لم يكن لمن دفع المال اليه ان يرجع عليه بماله .

٢٥٦٩ - والسفيه والمفسد سواء في الحجر عليهما .

٢٥٧٠ - وقال محمد لا يجوز ان يزوج ابنته واخته وهما صغيرتان فان فعل فهو باطل ، ولا أراه ولياً^(١) .

(١) هذه هي مسألة سقوط ولاية الولي على المولى عليه بالفسق ولم ينفرد بالقول بسقوطها محمد بن الحسن الشيباني وقد حكمت المحكمة الشرعية في الاعظمية في حكم حديث صادر في ٢٦-٤-١٩٧٠ بسقوط ولاية الاب على أولاده الصغار بثبوت فسقه بالاقرار وما اليه وجاء في قرار المحكمة المذكورة :

وبالرجوع الى أمهات المصادر الفقهية في المنصب الحنفى وغيره من المذاهب الاسلامية وجد انها تجمع على ان الفاسق لا حضانة له وقد جاء أولا [في] رد المختار لشرح الدر المختار لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٥١ (ثم العصباء في ترتيب الارث يتقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ٠٠٠ واذا اجتمعوا فالاورع ثم الاسن ٠٠٠ سوى فاسق) ثانيا - فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٣١٦ (ولو كانت المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي أو صبية لفسقه ليس له حق الامساك) .

ثالثا - بدائع الصنائع للعلامة علاء الدين الكاساني ج ٤ ص ١٤٣ - (اذا كان الصغير جارية ان تكون عصبتها ممن يؤمن عليها فان كان لا يؤمن لفسقه وخيانته لم يكن له فيها حق لان كفالته لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر .

رابعا - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٣ ص ٥٠ (اذا كان لها عصبه مفسد فللقاضي ان ينظر في حالها) .

خامسا - شرح الاحكام الشرعية للابيانى ج ٢ ص ٧١ (واذا كان العاصب المسلم فاسقا يخشى على الولد منه او كان متصفا بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل الى من يليه من العصباء اذا كان والا فالى ذي رحم محرم) . وقال ص ٧٠ (فان تساوا في الاصلحية قدم اورعهم وهو من يترك الشبهات خوفا من الوقوع في المحرمات) وهذه الكتب كلها من الفقه الحنفى .

سادسا - في الفقه الشافعى نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى ج ٧ ص ٢١٨ (ولا حضانة لرقيق أو مجنون . . وفاسق لانها ولاية . نعم يكفي مستورها كما قاله ولا يكلف اثبات العدالة ، أى حيث وقع النزاع بعد التسلم فان وقع قبله احتاج المدعى الى اثباتها ويحمل عليه افتاء المصنف) .

سابعاً - المذهب للشيرازي ج ٢ ص ١٦٩ (ولا تثبت الحضانة لرقيق ٠٠٠ ولا تثبت لفاسق ، لانه لا يوفي الحضانة حقها ولأن الحضانة انما جعلت لحظ الولد ، ولا حظ للولد في حضانة الفاسق ، لانه ينشأ على طريقته) .
ثامناً - في الفقه المالكي المدونة لابن رشد ج ٢ ص ٢٥٩ (فصل وانما يختلف الناس في الاولى من الاولياء اذ اختلفوا في كفالتهم وتنازعوا في ذلك والاولياء الذين لهم الحضانة عصبته من الرجال وقرابته من النساء الخ ٠٠ فصل وهي اعني الحضانة مرتبة فيه بحسب الحنان والرفق لا يراعي في ذلك قوة الولاية كالنكاح ٠٠٠ الخ) .

تاسعاً - شرح الخرشي على مختصر خليل ج ٤ ص ٢١١ (وشرط الحاضن ٠٠٠ والامانة يعني ان الحاضن من حيث هو ولو كان ابا أو أما يشترط فيه ان يكون مأموناً في نفسه قرب أب شريب يذهب يشرب ويترك ابنته ٠٠٠ فيأخذها منه الأبعد يقصد الولي الأبعد .

عاشراً - القوانين الفقهية لابن جزي ج ١ ص ٢٢٤ ط فاس (اذا استوطن الوالد أو غيره من أولياء الصبي بلداً غير بلد الام فله حضانة اولاده دونها ، ونقلهم معه ان كان مأموناً عليهم .

حادى عشر - في الفقه الحنبلي منتهى الارادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلي ج ٢ ، ص ٣٧٨ (ولا حضانة لمن فيه رق ولا لفاسق ولا كافر على مسلم ٠٠ الخ) .

ثانى عشر - المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل لابي البركات ج ١ ص ٣٤٦ (والولاية ٠٠٠ قبل ذلك للاب مالم يعلم فسقه ثم لوصيه بهذا الشرط ثم للمحاكم) .

ثالث عشر - المغنى لابن قدامة ج ١١ ص ٥٢١ (لاحضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ٠٠٠ والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه) .

رابع عشر - كشاف القناع ج ٢ ص ٢٢٣ (او كان الاب موجوداً او فقد شيء من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية عليها الحاكم) .

خامس عشر - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي ج ٢ ص ٥٢٨ ٠٠ (وشرط الحاضن ٠٠٠ والامانة أى امانة الحاضن ولو أباً أو أما في الدين فلا حضانة لفاسق كشريب ومشتهر بزنا ولهو محرم ٠٠٠ الخ) .

سادس عشر - أحكام التصرف عن الغير بطريق النياية للاستاذ أحمد إبراهيم ص ٥٣ قال : (اذا كان الاب مقامراً أو سكيراً مدمناً ٠٠٠ وجب أن يحال بينه وبين النظر في شؤون اولاده نفساً ، ويجب في هذه الحالة على الامة كلها وجوباً كفاً بحكم الحسبة عمل ما فيه الخير لهؤلاء الضعفاء ومنعاً للفوضى ٠٠٠

ولا معنى للمجاملة ولو كان الأب من ذوى الجاه ومن البارزين وأولى المراكز العظيمة في الهيئة الاجتماعية ، ولتعمل هنا الشجاعة الأدبية 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 قولاً سديداً) ٥١ هـ ص ٥٤ في الحاشية .

سابع عشر في الفقه الامامى - كتاب مفاتيح الشرائع لملا محسن الفيض الكاشاني (مخطوط) ويشترط فيهما - الحاضنين - الحرية والاسلام والعقل اجماعاً ٠٠٠ والامانة أى عدم ظهور الفسق (لعدم أهلية الفاسق للحضانة) النج ٠ ثامن عشر - الجواهر - للشيخ محمد حسن النجفي ص ٢٨٥ طبعة سنة ١٣٢٥ - (باعتبار ان الفاسق لا ولاية له ولا يؤتمن ان يخون في حفظه فلا حظ له في حضانتها) الى آخر ما نقل من خلاف في هذه المسألة .

تاسع عشر - في الفقه الظاهري المحلي لابن حزم ج ١٠ ص ٣٢٣ - ٣٢٤ ط النيرية (واما تقديم الدين فبقوله عز وجل (وتعاونوا 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 في رمضان وشرب الخمر والانس اليها حتى يسهل عليهما شرائع الكفر او صجبة من لاخير فيه والانهماك على البلاء فقد تعاون على الاثم والعدوان ولم يعاون على البر والتقوى ولم يقم بالقسط ولا ترك 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 - في الفقه الزيدى - البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨٥ حق الحضانة ثابت اجماعاً ٠٠٠ ويبطل حق مستحقه بالجنون اذ لا يحفظ ، والرق اذ لا ولاية لها على نفسها وبأى فسق ، اذ لا امانة ولثلا تتغير الطباع ١ هـ .

حادى وعشرون - في رأى المعاصرين - الاحوال الشخصية للعلامة الجليل الشيخ محمد أبى زهره ص ٤٩٠ (فان لم يكن عصبية صالح دفع القاضي القاصر ومن فى حكمه الى من يحافظ عليه ، ولا فرق فى هذه الاحكام بين الاب والجدة وغيرهما من العصبات ، لان شرط الامانة ولصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الاب والجدة كما ينطبق على غيرهما) ٠٠ ثم قال : (فاذا كان الفقهاء يقررون ان الاب ينزع منه مال ولده ذا كان مبذرا متلفا يخشى منه على مال ولده فأولى من ذلك اذ أدى فسادة الى ان يخشى منه على الولد نفسه فانه منه ، ويعطى لمن يليه من العصبات) .

باب اختلاف المحجور عليه ومن عامله

٢٥٧١ - وإذا طرى الفساد وكان قد باع واشترى فاختلعا هو والمشتري ، فقال المشتري اشتريت قبل الحجر ، وقال المحجور عليه بل بعد الحجر على ، فالقول قول المحجور عليه^(١) .

٢٥٧٢ - وإن أقاما بينة فالبينة المشري لانه يدعى الصحة .

٢٥٧٣ - وإن اختلفا بعد الاطلاق من الحجر ، فقال المشتري اشتريت بعد الاطلاق وقال الآخر بل وأنا محجور على ، فالقول قول المشتري ههنا اعتبارا بحاله . الاطلاق .

٢٥٧٤ - وإن أقاما بينة ، فمنهم من قال بينة المشتري اولى ، ومنهم من قال بالعكس ، وفي هذه المسألة نظر . وسنذكر في الاقرار ما يشبه هذا ان شاء الله .

فصل

الإشهاد على الحجر

٢٥٧٥ - وإذا حجر الامام لسفه او فساد اشهد عليه بذلك وبين الوقت ان حجر .

ثاني وعشرون - 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 في أمور الكافة . رعاية حق الصغير بقدر ما يستطيع ولو ترتب على ذلك سقوط حق أبيه رعاية لارجع المصلحتين إذ ان حق الصغير في باب الحضانة مقدم شرعا على حق أبيه ولذلك نص الفقهاء على ضرورة سلب ولاية الاب عن الصغير في النفس والمال اذا كان في بقائها ضياع لنفسه أو ماله . وإذا كان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينص على هذا الحكم صراحة فانما تركه لاحكام الشريعة الاسلامية بمقتضى أحكام الفقرة الثانية من المادة الاولى منه وهذه هي أحكام الشريعة كما بسطناها أعلاه .

(١) لان الاصل في تصرفات البالغ وعقود الصحة قبل الحجر عليه ويرتفع هذا الاصل بحكم القاضي بالحجر عليه .

فصل

طلب الحجر حصة^(١)

- ٢٥٧٦ - وإذا حضر معه رجلا فذكر أنه يحسب فيما يتكلم به ، فذكر للقاضي^(١) انه الذي حضره سفيه مضيع لماله مفسد له غير مأمون عليه ، سأله البينة العادلة على ما قال •
- ٢٥٧٧ - فان أقام بينة حجر عندهما ، وعند الشافعي ، ولا يحجر عند ابي حنيفة الا ان يكون صغيرا •

سقوط الحجر بالبلوغ

- ٢٥٧٨ - والبلوغ يسقط الحجر بنفسه •
- قاعدة ما ينبغي ذكره في حكم الحجر
- ٢٥٧٩ - وإذا حجر ذكر في الكتاب صفة الرجل وانه مضيع مفسد •

ما يكتب في كتاب التولية على مال الصغير

- ٢٥٨٠ - وإذا ولي امينا من امثله مال اليم ، والقيام به كتب : اني وليته الى حين بلوغه وايناس رشده •

ما يكتب في حكم الحجر بالدين

- ٢٥٨١ ، وإذا كان الحجر بسبب دين لرجل او ديون بين ذلك في كتاب الحجر^(١) •

(١) ان المحاكم المختصة بالحجر على السفه في 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 « للقاضي ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد » • وأوجب الفقرة الثامنة منها « على القاضي ، حين ينظر في قضية حجر لسفه » استدعاء المطلوب حجره « وسماع أقواله ودفعه فيما يتعلق بحجره » •

(٢) يمكن تخريج هذا بالنسبة لقانون المرافعات على ما تقرر في هذا القانون من وجوب بسبب الاحكام (م ١٥٩) •

فصل

٢٥٨٢ - وإذا باع المحجور عليه ماله لمن حجر عليه جاز ، وإنما لا يجوز مع غيره لأن الحق له عليه فهو كما لو قضاء اجزت ذلك وفككت الحجر •

مشاركة الغرماء من استوفى منهم شيئاً

٢٥٨٣ - وإن قضى بعض الغرماء شيئاً شاركه من بقى ، ولم يسلم له ذلك (١)

استهلاك المحجور عليه مالا لغيره

٢٥٨٤ - ولو استهلك لغيره مالا بمعينة الشهود لزمه وشارك الغرماء •

فصل

إلزام المحجور بالاقتصاد

٢٥٨٥ - ولا يمكن أن يسرف في المأكول والملبوس بعد الحجر ولا في العبس وإنما يجوز من ذلك ما فيه اقتصاد •

فصل

مهر من تزوجها محبوس بالدين

٢٥٨٦ - وإذا تزوج امرأة في الحبس فزاد على مهر مثلها كان لها أن تخاصم الغرماء بمقدار مهر مثلها ، وما زاد يلزمه فيما استفاد من المال ، ولا يلزمه فيما بين يديه •

فصل

٢٥٨٧ - وكذلك لو اشترى جارية لم يجز إلا ما فيه الحظ والتوفير عليه •

(١) يمكن أن يخرج على أصاس من هذا حكمهم الفقرة (٢) من المادة ٢٧١ م.ع

المحجور عليه كالريض

٢٥٨٨- وهو كالريض في امره وفعله •

فصل

الحجر على المدين المختفي

٢٥٨٩، وإذا اختفى المطلوب فقال الطالب :

اخاف ان يلجا ماله فاحجر ايها القاضي عليه حجر ان كان المال ثابتا •
وان كان غير ثابت لم يحجر •

فصل

إقرار المحجور عليه بدين

٢٥٩٠- وإذا أقر بدين بعد الحجر لم يقبل الا بيينة تشهد انه كان عليه قبل الحجر (١) •

فإذا قضى الاول قضى بعد ذلك الثاني •

٢٥٩١- ويجوز اقراره فيما يستفيد من المال (٢) •

٢٥٩٢، ولا يجوز في المال الذي حجر عليه الغرماء •

٢٥٩٣- وفي 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 م٠ ع٠

(٢) يفهم من هذا ان الحجر في المذاهب الحنفي لايسرى الا على أموال المحجور القائمة عند الحجر عليه دون ما يستفيده في المستقبل ، وهذا أيضا هو المعنى المستفاد من المادة (٢٧٠ م٠ ع٠) • وقد ذهب الى مثل مذهب الحنفية المالكية وظاهر مذهب الزيدية واحد قولي الشافعية وذهب الى تعدي اثر الحجر الى أموال المحجور العادنة بعد الحجر فقهاء آخرون وهذا هو مذهب الحنابلة وجمهور فقهاء الجعفرية وظاهر مذهب الإباضية والقول الراجح في مذهب الشافعي (انظر تفصيل هذه المذاهب في كتاب الحجر على المدين لحق الغرماء للدكتور أحمد علي الخطيب بند ٢٨٩ وما بعده) •

كتاب الضمان والكفالة^(١)

تعريف

- ٢٥٩٤- والضمان ضم ذمة الى ذمة •
- ٢٥٩٥- والكفالة مثل ذلك •
- ٢٥٩٦- ولا فرق بين الكفالة والضمان والحمالة والقبالة^(١) •

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضمن : الضمين الكفيل ، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا كفل به ، وضمنه اياه كفّله ، ابن الاعرابي : فلان ضامن وضمين وسامن وسمين وناضر ونضير وكافل وكفيل ، يقال ضمننت الشيء أضمنه ضمانا فأنا ضامن وهو مضمون وجاء في مادة كفل ان الكفل الحظ والضعف من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العائل كفله يكفله ، وكفّله اياه ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكريا ، وقد قرئت بالثقل ونصب زكريا • وذكر الاخفش انه قرئ وكفيلها زكريا بكسر الفاء • والكافل القائم بأمر اليتيم المربي له ، وهو من الكفيل الضمين • ومنه حديث « الراب كافل » الراب زوج أم اليتيم لانه يكفل تربيته ويقوم بأمره مع أمه • والكافل والكفيل الضامن والانثى كفيل أيضا وجمع الكافل كفل وجمع الكفيل كفلاء • وقالوا قال للجمع كفيل كما قيل في الجمع صديق • وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجل يكفل كفلا وكفولا وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه واكفله اياه وكفله اياه وكفله ضمنه ، وكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بدينه تكفلا • وجعل الاعرابي : كفيل وكافل وضمين وضامن بمعنى واحد ، التهذيب ، وأما الكافل فهو الذي كفل انسانا يعوله ، وينفق عليه ، وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج أم اليتيم كأنه كفل وفقه اليتيم والمكافل المجاور للمحالف وهو أيضا المعاهد المعاهد •

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (حمل) ان الحاملة بالفتح الدية والغرامة التي يحملها قوم عن قوم ، وقد تطرح منها الهاء ، وتحمل الحاملة أي حملها ، الاصعي : الحاملة الغرم تحمله عن القوم ونحو ذلك • قال الليث : ويقال أيضا حمال • • • ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الازهري : الحمل : الكفيل ، وفي الحديث (الحميل غارم) هو الكفيل ، أي الكفيل ضامن ، وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى بأسا بالسلم بالحميل أي الكفيل • وفي مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فنان قبيل أي كفيل • • • والقبيل الكفيل والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالة أي في عرافته • ويقال : قبلت العامل تقييلا ، والاسم القبالة ، وتقبل العامل تقبلا ، وفي حديث

- ٢٥٩٧- وهو عقد يفترق الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في صحة الضمان عند ابي حنيفة ومحمد .
- ٢٥٩٨- وقال ابو يوسف والشافعي ليس بشرط .
- ٢٥٩٩- ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال .
- ٢٦٠٠- وقد ابطال الشافعي الكفالة بالنفس .

ألفاظ الكفالة

- ٢٦٠١- ولا فرق عندنا بين ان يقول :
- كفلت لك بنفس فلان او روحه او جسمه او جسده او رأسه أو جزء منه شائع في صحة الكفالة .
- ٢٦٠٢- وكل عضو لو اضاف اليه الطلاق او جزء وقع ، فالكفالة اذا اضافها اليه تصح وتكون الكفالة باحضاره الى الحاكم .

فصل

مكان التسليم

- ٢٦٠٣- وإذا كفّل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفّل في المصر ولم يشترط ، فسلمه اليه في مفازة لا يبرأ في قولهم جميعا .
- ٢٦٠٤- وان سلمه في مصر آخر له سلطان غير مصره برىء منه عند ابي حنيفة ، وعند ابي يوسف ومحمد لا يبرأ حتى يدفعه في المصر الذي كفّل فيه .

ابن عباس : (اياكم والقبالات فانها صغار ، وفضلها ربا) هو ان يتقبل بخراج أو جباية أكثر مما اعطي فذلك الفضل ربا . . . والقبالة بالفتح الكفالة ، وهي في الاصل مصدر قبل اذا كفّل وقبل بالضم اذا صار قبيلة أي كفيلا وتقبل به تكفل تقبل ، وقال قبلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة . وتقبله العامل تتبيلا نادر أيضا .

فصل

المبادرة بكفالة النفس

٢٦٠٥- وان كفل بنفس رجل ولم يخاطبه أحد فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد .

٢٦٠٦- ويجوز في قول ابي يوسف الاخير لان ذلك شطر العقد .

توقف الكفالة بالنفس على إجازة الطالب

٢٦٠٧- وان خاطبه انسان اجنبي فهو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقد موقوف تام فوقف على الإجازة .

٢٦٠٨- فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قول ابي حنيفة ومحمد أيضاً .

٢٦٠٩- ولو كان المطلوب مريضاً فقال لورثته اكفلوا عني فلقياس ان لا يجوز عندهما أيضاً ، والاستحسان ان يجوز .

٢٦١٠- خلاف ابي يوسف والشافعي في الفصلين .

فصل

٢٦١١- ولو قال المريض لاجنبي اكفل عني فتكفل فمن اصحابنا من قال هو مثل الورثة .

٢٦١٢- وقال بعضهم لا يجوز 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 غداً

(١) واذن هذا بالالتزام البدلي من القانون المدني العراقي م ٣٠٢ .

او فى وقت وقته فعلبه نفس فلان آخر فالكفالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفالة
الثاني جائزة عند ابي خنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول
وهو قول محمد •

فصل

التكفل بمال إن لم يحضر المكفول

٢٦١٥ - ولو أنه قال :

ان لم اسلمه غدا فمالك عليه على فهو جائز في قولهم جميعا •
٢٦١٦ - فان احضره في الوقت لم يلزمه ضمان المال ، وان لم يحضره لزمه
المال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا •

فصل

٢٦١٧ - ولو قال له : ان لم أوافك به غدا فمالك على فلان انسان آخر فعلى أو
فلك على ألف درهم فهو على الخلاف المتقدم ، لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط
كالطلاق •

• خلاف الشافعي

٢٦١٨ - وتصح في المجهول وبالمجهول

٢٦١٩ - خلاف الشافعي • لقوله عليه السلام الزعيم غارم •

وقال « وانا به زعيم »

والغرم اللزوم في اللغة

فصل

٢٦٢٠ - 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 - وإذا كفّل العبد بمال عن سيده بغير اذنه لم يجوز وإذا كان بأذنه فان اعتق المولى العبد فادى المال الى الطالب لم يرجع على المولى عند علمائنا الثلاثة وقال زفر يرجع •

فصل

٢٦٢٢ - ولو كان على العبد دين فكفّل به بأذنه المولى لم يجوز ، فان اعتقه المولى في مرضه ثم مات لم تجز الكفالة عند ابي حنيفة مالم يؤد السعاية •
٢٦٢٣ - وفي قولهما صحت الكفالة بالموت ، لان الحر ما دام يسعى فهو كالعبد عنده •

فصل

٢٦٢٤ - وإذا 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 التأييد فلم تجز الكفالة به كما لو ابرأ منه •

٢٦٢٥ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تجوز الكفالة لما روى في خبر أبي قتادة انه قال للنبي عليه السلام في الميت الذي قدم ليصلى عليه فامتنع لاجل الدين فقال أبو قتادة : هما على دين وانت منهما برىء فعلى عليه وقياسا على دين الحي فانه يصح ابرأؤه منه •

فصل

٢٦٢٦ - وإذا اقترض النصراني من النصراني خمرا وكفّل نصراني بهما فاسلم الطالب برىء الكفيل والمطلوب باتفاق •

٢٦٢٧- وإذا 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 ^(١) بن يزيد عن أبي حنيفة •

٢٦٢٩ - ولو اسلم الكفيل فان في قول ابي حنيفة وابي يوسف لاشيء 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 بشيء يعني
الكفيل •

فصل

٢٦٣١- ولو لم يكن قرضا ، ولكن كان ثمن مبيع وبه كفيل فاسلم البائع
أو المشتري 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 في حق أحد ، وحكم الذمي والمسلم في ذلك سواء •

فصل

٢٦٣٤- وإذا أبرأ 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 الكوفي ، روى عن
سعد بن عيينة ووزر بن حبيش وطارق بن شهاب والمستورد بن الاخنف وسلمان بن
بريده وعبد الرحمن بن سابط والقاسم بن مخيمرة وأبي جعفر محمد بن علي ومقاتل
ابن حيان وغيرهم • وعنه شعبة والثوري ومسعر والمسعودي وابو حنيفة وغيرهم •
وروى له الستة • وثقة غير واحد ومات في 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 لا يرجع ، وهو مثل قوله ابرأتك •

فصل

٢٦٣٦- ولو ان رجلا مات وعليه دين فابراً 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 جائزاً ، 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 لأجل الفلوس

٢٦٤١- واتفق الجميع على أن من حجر عليه لأجل الفلوس ان ضمانه يصح لانه ايجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفلس كالشراء بمال في الذمة •

فصل

ضمان العبد بغير إذن

٢٦٤٢- واختلف في العبد اذا ضمن بغير إذن 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 لا يصح لان عقد يتضمن ايجاب مال فلم يصح
بغير اذن كالنكاح ، وهذا قولنا •

فصل

٢٦٤٤ - واذا ضمن باذن المولى صح ضمانه لان الحبر لحقه فزال باذنه •
٢٦٤٥ - واختلف فيه من أين يقضي فقالوا : ان قال اقض من كسبك قضاء
من الكسب •

٢٦٤٦ - وان قال مما في يدك من مالى قضى من ذلك •
٢٦٤٧ - وان لم يذكر القضاء فمنهم من قال يتبع به اذا اعتق لانه اذن في
الضمان دون الاداء^(١) •

٢٦٤٨ - ومنهم من قال يقضى 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 :
لا يصح بغير دين المكاتب لانه تبرع ، وان كان اذن له مولاه •
٢٦٥٠ - وقال الشافعي في المكاتب وتبرعه باذن المولى على قولين ثم بناء
[ذلك]^(٢) 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 ينذهب الفقه
الاماني •

(١) من نسخة قليج •

فصل

معرفة المضمون عنه أوله

٢٦٥١- واختلف في معرفة المضمون عنه والمضمون له من لم يعتبر الرضا، فمنهم من شرط ذلك، ومنهم من لم يشترطه •

فصل

٢٦٥٢- وإن باعه بشرط أن يضمن له الثمن ضامن لم يجز حتى يعين الضامن، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن فهو كالرهن •

فصل

٢٦٥٣- وإن عين الضامن فالقياس أن يبطل البيع والاستحسان أن يصح •
٢٦٥٤- وكذلك قالوا إذا شرط رهن لأنه ليس من مقتضى عقد البيع، والاستحسان أنه وثيقة بالثمن وصفة فيه فهو كالاجل •

فصل

ما يصح الضمان به من الديون

٢٦٥٥- ويصح الضمان بكل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض ودين السلم وأرش الجناية وإغرامة التلغف •
وكل دين جاز أخذ الرهن به جاز ضمانه لأنه وثيقة يستوفي منها الحق •
٢٦٥٦- واختلف في دين الكتابة فقال أصحابنا يصح الرهن به وضمانه من أحد المكاتبين ولا يضمنه حر عنه •
٢٦٥٧- وقال الشافعي لا يصح لأنه لا يلزمه ادأؤه عنده •
٢٦٥٨- وعندنا ليس له أن يعجز نفسه •

فصل ضمان المجهول

- ٢٦٥٩- يصح ضمان المجهول لانه اثبات مال في الذمة فهو كالاقرار .
٢٦٦٠- وقال الشافعي لا يصح كالثمن في البيع .
٢٦٦١- واختلف اصحابنا في ضمان اهل الدية فمنهم من قال لا يصح لانه مجهول اللون والصفة .
ومنهم من قال يصح لانه معلوم السن والعدد ، ويرجع في اللون والصفة الى عرف البلد .

فصل ضمان ما لم يجب

- ٢٦٦٢- ويصح ضمان ما لم يجب كقوله :
مادانت به فلانا فعلى ضمانه لانه عند المطالبة معلوم فهو كضمان الدرك .
٢٦٦٣- وقال الشافعي لا يصح ضمانه ما لم يجب .

فصل ضمان الدرك^(١)

- ٢٦٦٤- واختلف اصحابه في ضمان الدرك ، وفيه اجماع سابق لمن ارتكب ذلك .
٢٦٦٥- وقد قال الجميع انه لو قال لرجل :
القي متاعك فن البحر وعلى ضمانه أنه يصح .

(١) جاء في السان العرب في مادة (درك) :
الدَّرَكُ اللِّحَاقُ وَقَدْ أَدْرَكَهُ . . . اللَّيْثُ : الدَّرَكُ ادْرَاكُ الْحَاجَةِ وَمَطْلَبُهُ ،
يُقَالُ بَكَرَ فُفِيهِ دَرَكٌ ، وَالدَّرَكُ ، التَّلَحُّقُ مِنَ التَّبَعَةِ ، وَمِنْهُ ضَمَانُ الدَّرَكِ فِي عَهْدَةِ
الْبَيْعِ ، وَالدَّرَكُ اسْمٌ مِنَ الْادْرَاكِ مِثْلُ التَّلَحُّقِ . . . وَالدَّرَكَةُ التَّبَعَةُ يَسْكُنُ وَيَحْرُكُ ،
يُقَالُ : مَا لِحَقَّكَ مِنْ دَرَكٍ فَعَلَى خِلَاصَتِهِ .

فصل

تعليق الضمان على شرط

- ٢٦٦٦- ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهالة ، ويجوز تعليقه بخطر^(١) وغرر فهو كالطلاق والعناق •
- ٢٦٦٧- وقال الشافعي : لا يصح لانه اثبات مال لأدمي كالثمن •

فصل

الضمان المؤجل

- ٢٦٦٨- ويجوز الضمان حالا ومؤجلا على حسب ما يشترط •
- ٢٦٦٩- وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق ومعروف •
- ٢٦٧٠- وعندنا انه لا يجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقاً ومعروفاً •
- ٢٦٧١- واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمن المؤجل حالا ؟
- فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلا ومنهم من قال لا يجوز 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

- ٢٦٧٢- ويجوز شرط الخيار في الضمان عندنا •
- ٢٦٧٣- وقال الشافعي لا يصح 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) في نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليج •

فصل

موت المكفول عنه بالنفس

- ٢٦٧٤- وإذا مات المكفول عنه بالنفس برىء الكفيل لانه سقط عنه الحضور
فسقط عن كفيله ، كما لو برىء من المال برىء الكفيل •

فصل

تعذر إحضار المكفول عنه بالنفس

- ٢٦٧٥- وإذا تعذر على الكفيل إحضاره لبعده وغيبته تأخرت المطالبة عن
الكفيل ولا يجبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فان جاء به والا جبس ، لأن
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- وإنما لا يطالبه القاضي لأن المقصود بالكفالة التوثيق والقاضي مأمور
بالتوصل الى درىء الحدود فلا يتوثق •
٢٦٨٠- واتفقوا على أن الكفالة بنفس الحد والقصاص لا تجوز ، لانه
لا يمكن استيفاء ذلك من الكفيل •

فصل

مطالبة الكفيل والمكفول

- ٢٦٨١- وله أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكون
مطالبته لاحدهما ابراء للآخر من الطلب •

٢٦٨٢- وهذا قول الشافعي أيضا •

٢٦٨٣ - وفرق أصحابنا بين هذا وبين غاصب الغاصب فقالوا :

إذا طالب أحدهما لم يكن له أن يطالب الآخر ، لأنه مال ثابت في ذمتها
فله أن يطالب كل واحد منهما •

٢٦٨٤- وقال ابن أبي 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 بين الجميع ، وقال له أن يطالب
الاصيل والفرع جميعا في الحوالة كالضمان •

فصل

٢٦٨٧ - وان ضمن الضامن آخر [جاز الضمان] لأنه 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 فرعاً ، ولانه يضمن
بالضمان ما في ذمته •

فصل

وفاء المضمون عنه الدين

٢٦٨٨ - واذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برىء الضامن ،
لانه وثيقة فأنحلت 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 •

فصل

إبراء 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^(١) 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 فاقام بيته بحضرة المولى فان العبد يجلس 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 الظاهري •

(٢) فى نسخة قليج : واذا ادعى على عبد رجل قذفا •

ماله قبلك هذه الكفالة ، ولا يحلفه ماكفلت له في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٢٦٩٦- وروى عن أبي يوسف رواية اخرى انه يحلفه بالله ماكفلت •

فصل

٢٦٩٧- وان كانت الدعوى في 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 في قول الثلاثة من علمائنا •

٢٦٩٩- وقال زفر لا يرجع لانه قد انكر في أول أمره •

فصل

٢٧٠٠- ولو كفل عن رجل الى سنة فمات الكفيل قبل السنة حل ما عليه وللطالب أن يأخذ من ماله كما يأخذ من مال الاصيل لو مات ، ثم لا يرجع وورثة الكفيل الا بعد ما يحل الاجل في قول علمائنا الثلاثة ، ويرجع في قول زفر في الحال •

فصل

٢٧٠١- وكل عين أمانة في يد الغير كالوديعة والغارية والمستأجرة أو مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع والرهن في يد الراهن فان ضمان ذلك لا يصح 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^(١) ، 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 في الفقه الاسلامي مقالتنا ، الصلة بين عقد التأمين في القانون وبين عقد الكفالة في الفقه الاسلامي ، مستلة من من العدد الاول من مجلة القانون والاقتصاد .

كتاب الحوالة

جواز الحوالة^(١)

٢٧٠٥- 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] .
٢٧٠٦- وقال أصحابنا :

ولا تجوز الا بالديون الثابتة في الذمم ولا تجوز بالاعيان ، لانها مأخوذة من التحويل وتحويل ما في ذمة الى اخرى ممكن ، والاعيان يجب تسليمها ، والتسليم لا يتحول من عين الى اخرى .
٢٧٠٧- وسائر الديون سواء .
٢٧٠٨- وقال الشافعي :

لا تجوز الا على كل دين يجوز بيعه كعوض القرض وبذل المتلف ، فأبى ما لا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به .
قال لان الحوالة بيع في الحقيقة لان المحتال يبيع مافي ذمة المحيل بما في ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيع مافي ذمة المحال عليه بما عليه من الدين فلا يجوز الا فيما يجوز بيعه .

(١) أحال الغريم زجاء عنه الى آخر والاسم الحوالة . اللحياني: يقال للرجل اذا تحول من مكان الى مكان أو تحول على رجل بدراهم حال وهو يحول حولا ، ويقال : احلت فلانا على فلان بدراهم احياله احالة واحالا ، فاذا ذكرت فعـال الرجل قلت : حال حولا ، واحتمل احتيالا اذا تحول هو من ذات نفسه .
الليث : الجوالة احالتك غريما ، وتحول ماء من نهر الى نهر ، ابو منصور : يقال : احلت فلانا بماله علي وهو كذا درهمما على رجل آخر لى عليه كذا درهمما احياله احالة فاحتمل بها عليه ، ومنه قول النبي (ص) «اذا احيل احدكم على آخر فليحتل» ، قال ابو سعيد : يقال الذي يحال عليه بالحق حيـل والذي يقبـل الحوالة حيل وهما الحيلان كما يقال البيعان واحال عليه بدينه والاسم الحوالة (لسان العرب) .

(٢) من نسخة قليج .

فصل

جنس المال المحال

- ٢٧٠٩- واختلف في جنس المال الذي يقبل الحوالة وتجوز به .
- ٢٧١٠- فمنهم من قال لا تجوز الا فيما له مثل كالاثمار والحبوب وما اشبهها لان المقصد بالحوالة ايهال 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 مائت في الذمة بعقد السلم لانه مال ثبت في الذمة يجوز بيعه كذوات الامثال .

فصل

معلومية المال في الحوالة

- ٢٧١٢- ولا تجوز الا بمال معلوم لانه لا يجوز الرجوع الى احد منهما دون صاحبه .
- ٢٧١٣- واختلف اصحاب الشافعي في ابل الدية فمنهم من قال لا يجوز بيعها .
- قالوا وهو الصحيح لانه مجهول الصفة ولا يجوز السلم فيه .
- ومنهم من أجازته لانه معلوم العدد والسن فجاز الحوالة به .

فصل

تساوي الحقين

- ٢٧١٤- ولا تجوز إلا أن يكون الحقان منساويين في الصفة والحلول والتأجيل .
- ٢٧١٥- فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لانها ارفاق كالقرض .

فصل

٢٧١٦ - وإن كان لرجل على رجلين ألف ، على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه الخمسمائة التي عليه فأحال عليهما رجلا له عليه ألف على أن يطالب من شاء منهما بألف فقد اختلف في ذلك •

٢٧١٧ - فمنهم من جوز ذلك ، وقال تصح الحوالة لانه لا يأخذ الا قدر حقه •

٢٧١٨ - ومنهم من قال لا تصح لانه سيستفيد بالحوالة زيادة في المطالبة وذلك لا يصح ، ولان الحوالة بيع فاذا خيره بين الرجلين صار كأنه قال : بعك أحد هذين الثوبين ، وينبغي على قول اصحابنا أن يشترط الخيار كالبيع •

فصل

الحوالة على من لا دين عليه

٢٧١٩ - وتجوز الحوالة على من له عليه دين ومن لا دين له عليه كما تجوز الكفالة •

٢٧٢٠ - ومن أصحاب الشافعي من قال لا تجوز الا على من له عليه دين لانه بيع ما في الذمة بما في الذمة •

٢٧٢١ - وقال بعض اصحابه يطالب بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه فان قضاها باذنه رجع على المحيل وان قضاها بغير اذنه لم يرجع •

فصل

رضا المحتال

٢٧٢٢ - 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 صحح الحوالة،
وان كان له عليه حق فرضاه شرط عند المزني والاصطخري ، 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 مسألتنا 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 أجره عينا بمال عليه •

فصل

إفلاس المحال عليه وجحوده

- ٢٧٢٨- واذا احواله على ملجأ فافلس او 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 - لأنه لم يسلم له ما عاوضه عن حقه فكان له الرجوع ، كما لو باعه عينا فهلك قبل القبض ، لأنه قد تعذر عليه الوصول الى حقه قبل قبضه فصار كالبيع اذا هلك في يد البائع رجع المشتري بالثمن عليه ، كذلك هذا .

فصل

٢٧٣٢ - واختلف أصحاب الشافعي اذا احال على رجل بشرط أنه ملى .
فبان انه معسر .

٢٧٣٣ - قال المزني لا خيار له .

٢٧٣٤ - وانكر ابو العباس هذا وقال :

له الخيار لأنه غره بالشرط .

فصل

٢٧٣٥ - واذا اشترى رجل سلعة بالف ثم أحل المشتري البائع بألف على رجل ، ثم وجد بالمبيع عيبا فردده فقال ابو حنيفة وصاحباؤه وهو اختيار ابى على الطبرى لا تبطل الحوالة ، ويطالب البائع المحال عليه بالمال ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لأنه قد تصرف في أحد العوضين فلا يبطل بالرد .

٢٧٣٦ - وقال المزني وابو اسحق تبطل الحوالة .

٢٧٣٧ - وهو قول زفر ، لان الحوالة بالثمن ، وقد انفسخ البيع فيه فبطلت الحوالة لبطان ما ترتب عليه .

٢٧٣٨ - ولو اسحق المبيع أو وجد حرا بطلت الحوالة باتفاق لان التصرف وقع باطلا في الابتداء .

المحيل والمحال

٢٧٣٩ - 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 المحال بل احلتنى 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 المحال :

• بل أحلتنى •

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 المحال :

• بل أحلتنى •

فمنهم من قال : القول قول المحال لانه اللفظ يشهد له بما قال ، ومنهم
من قال القول قول المحتل لانه يدعي بقاء الحق في الذمة ، والمحال يدعي انتقال
الحق •

فصل

٢٧٤٣- وان قال المحيل احلتك •

وقال المحتال بل وكلتني فهو على الخلاف المتقدم أيضا ، منهم من قال الصحيح قول المحتال لأنه ينفي الضمان ، ولهذا اذا اقاما بينة قبلت بينة المحيل لأنها تثبت القضاء •

فصل

السفاتج^(١)

٢٧٤٤- قال أصحابنا :

ونكره السفاتج لأنها قرض استفيد فيه خطر الطريق ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة ، ولأنها تملك دراهم بمثلها ، فإذا اشترط الدفع في بلد آخر فقد صار مؤجلا والاجل لا يصح في الاعيان ، وهذا هو القياس • اذا لم يشترط الدفع في بلد آخر فاستحسنوا وقالوا لا يكبره لأن المردود في القرض جعل كالمقبوض ابتداءً فصار كالاعيان ، وتأجيل العين لا يصح ، فلم يكن ذلك تأجيلا فلذلك لم يكن •

فصل

٢٧٤٥- واذا قال المحال عليه للمحيل :

ابرائي من المال وانكر فالقول قول المحيل انه لم يبرئ ، فان اقاما بينة فالبينة بينة المحال عليه لأنها تشهد بخلاف الظاهر •

وان نكل عن اليمين برئ المحال عليه ، وليس له أن يرجع على المحيل في البراءة والنكول لأنه قد سقط حقه فلا يثبت له الرجوع •

وليس ذلك كما لو جحد الحوالة وحلف لأنه 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) السفاتجة هي البيوع في مصطلح قانون التجارة العراقي المرعي •
انظر الهامش (١) في الصحيفة (٦٧) من كتابنا المبسوط في الاوراق التجارية

كتاب الإجارة

وهذا كتاب الإجارة^(١)

تعريف

٢٧٤٧ - اعلم ان الاجارة عقد على منفعة ببدل •

جوازاها

٢٧٤٨ - 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 • وهو ما أعطيت من أجر في عمل •

والاجر الثواب ، وقد اجره الله يأجره ويأجره أجرا ، وأجره الله ايجار وأتجر الرجل تصلق وطلب الأجر ، وفي الحديث الاضاحي : « كلوا وادخروا وأتجرو » أي تصدقوا طالبن للاجر بذلك ...

أجره يؤجره اذا أنابه او اعطاه والاجر والجزاء ، وكذلك أجره يأجره ويأجره والامر منهما : أجرينى واجرنى • وأجر المملوك يأجره اجرا فهو مأجور ، وأجره يؤجره ايجارا ومؤجرة ، وكل حسن من كلام العرب •

وأجرت عبدي اوجره ايجاراً فهو مؤجر •

وأجر المرأة : مهرها ، وفي التنزيل : « يا أيها النبي انا أحللتنا لك ازواجك اللاتي آتيت أجورهن » •

وأجرت الامة البغية نفسها مؤجرة أباحت نفسها باجر ، وأجر الانسان وستأجره •

والاجير المستأجر وجمعه اجراء • والاسم منه الاجارة •

والاجرة : الكراء ، تقول استأجرت الرجل فهو يأجرنى ثمانى حجج اى يصير أجيرى وأتجر عليه كذا من الاجرة ••

وأجرتة الدار اكريتها والعامة تقول : واجرتة •

والاجرة والاجارة والاجارة ما اعطيت من أجر • قال ابن سيده : وأرى ثعلباً حكى فيه الاجارة بالفتح •

وفي التنزيل العزيز : « على أن تأجرنى ثمانى حجج » قال الفراء يقول : ان تجعل ثوابى ان ترمى على غنمى ثمانى حجج ، وروى يونس معناها على ان تسيبنى على الاجارة •

أبو حنيفة وصاحبه^(١) .

٢٧٤٩ - والاستحسان ان تجوز لأن الله تعالى قال :

« فان أرضعن لكم فاتهم أجورهن »^(١) واجر النبي عليه السلام والصحابة
استأجرت وأجرت ، وهو فعل جميع المسلمين في سائر الاعصار .

قاعدة

ما تجوز إجازته

٢٧٥٠ - وكل عين لها منفعة تجوز اجارتها وان كان بيعها لا يجوز
كالحر وأم الولد والوقف ، لأنه عقد على منفعة فهو كالنكاح يجوز على الحر
والعبد .

٢٧٥١ - وتجوز اجارة العقار والضياع والمنازل والحيوانات والسفن
والحيوان الجمال والدواب والرقيق والبغال والحمير والبقر والآت الصنائع كلها
والمكايل والموازين والبسط والزلال^(١) والغرف والبساتين .

أنواع الإجازة

٢٧٥٢ - والاجارة على نوعين :

اجارة مدة واجارة عمل .

ذكر المدة والعمل

٢٧٥٣ - فكل عين يجوز ان يستأجرها مدة معلومة لينتفع بها فيها فهو جائز .

(١) في نسخة المعهد : الاحمر وصاحبه وفي نسخة قليج : (لا) ثم فراغ
قليل ثم (وصاحبه) وهو غلط والصواب ما أثبتناه .

(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 في لهجة
العراق الى اليوم هو نوع من المنسوجات الصوفية تفرش في الغرف شتاء والزولية
وجمعها زوال هي فراش منسوج من الصوف ، يفرش في الغرف شتاء طلبا
للتدفئة .

• وان شرط عملا في المدة بطلت الاجارة لانه لا يجمع ذكر المدة والعمل في العقد •

٢٧٥٤ - فان ذكر المدة سكت عن العمل ، وان ذكر العمل سكت عن المدة •

٢٧٥٥ - فان استأجر دارا شهرا لم يحتج الى بيان ما يعمل فيها •

٢٧٥٦ - وان استأجر رجلا مدة ليستعمله في عمل من الاعمال جاز •

٢٧٥٧ - فان قال له على ان يخطط اليوم هذا القميص فالاجارة فاسدة ،

فان خاط القميص فله الاقل من اجرة المثل والمسمى عندنا •

٢٧٥٧ - وهذا شأن جميع الاجارات الفاسدة •

٢٧٥٨ - وقال الشافعي تجب اجرة المثل بالغما ما بلغ •

فصل

٢٧٥٩ - ولا تجب اجرة المثل في الاجارة الفاسدة الا باستيفاء المنفعة دون

التمكن كما لا يجب المهر في النكاح الفاسد الا بالوطى • دون العقد •

٢٧٦٠ - وقال الشافعي تجب الاجرة بالتمكن كما تجب في الصحيح وفرق

بين النكاح الصحيح والفاسد •

٢٧٦١ - ولا فرق بين فاسد الاجارة وفاسد النكاح •

فصل

المدة

٢٧٦٢ - وكل مدة معلومة تجوز الاجارة اليها عندنا •

٢٧٦٣ - وقال الشافعي : لا تجوز أكثر من سنة ، وفيما زاد على ذلك قولان

أحدهما لا تجوز فوق ثلاث سنين ، وفي قول آخر فوق ثلاثين سنة ، لأنها مدة

معلومة فصارت كالسنة والعمل^(١) على القول الآخر •

استئجار العبد

٢٧٦٤ - واختلف أصحابنا في استئجار العبد مدة لا يمكن في الظاهر أن

(١) الكلمة غير واضحة في نسخة المعهد وفي نسخة (قليج) السنين •

يعيش اليها ، فمنهم من أجز ذلك ، ومنهم من قال لا تجوز كإجارة 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 اجر [في] شعبان وهما في 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 الإجارة

- ٢٧٦٨ - وهل للمؤجر ان يبيع العين قبل المدة ؟
فيه روايتان :
احدهما يجوز ، والاخرى لا يجوز •

فصل

إجارة المشاع

- ٢٧٦٩ - ولا تجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة من غير الشريك ، وفي الشريك روايتان احدهما لا تجوز ، وهو قول زفر •
- وفي الاشاعة الطائفة روايتان في ابطال الاجارة :
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي اجارة المشاع جائزة •
- ولا فرق بين الشريك وغيره
- ولا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل •
- ولا بين الطائفة والمقارن في ذلك لان كل ما جاز بيعه جازت اجارته كالمفروز •

فصل

إجارة شهر بدرهم

- ٢٧٧١ - وتصح في الشهر الواحد .
- وكلما دخل من شهر يوم صحت اجارة جميعه كذلك ابدا .
- وقال الشافعي باطلة في الجميع .
- ٢٧٧٢ - فاتفق الجميع على انه لو باع صبرة كل قفيز بدرهم صح في القفيز الواحد وفيما زاد اجازه الشافعي في جميعها .

فصل

بيان أول المدة

- ٢٧٧٣ - واذا استأجر دارا شهرا وأطلق المدة صح العقد وكان أول المدة عقد العقد .
- ٢٧٧٤ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين أول المدة ويذكره .

فصل

ما يجوز وما لا يجوز في الإجازات

- ٢٧٧٥ - لا تجوز اجارة دار بدار .
- ٢٧٧٦ - وتجوز اجارة عبد بدار .
- ٢٧٧٧ - واجاز الشافعي الجميع .
- ٢٧٧٨ - واتفقوا انه لا يجوز ان يكون النفع في مقابلة البضع .
- ٢٧٧٩ - واجازوا ان يكون ما عليه من الدين في مقابلة ما عمله له .

فصل

بيع ما أجره

- ٢٧٨٠ - واختلفوا في بيع ما أجره في المدة .
- ٢٧٨١ - فوافق اصحابنا البيع فيه .
- ٢٧٨٢ - وقال أبو يوسف الاجارة كالبيع فان رضى لزمه البيع ، وان لم يعلم فهو بالخيار في فسخ البيع .
- ٢٧٨٣ - واجاز الشافعي البيع في جميع الاحوال .

فصل

إجارة الحيوان

- ٢٧٨٤ - وأجاز أصحابنا إجارة الكلب وسائر الحيوان وبيعه .
- ٢٧٨٥ - وقال الشافعي لا يجوز (بيعه) وفي إجارته وجهان أحدهما لا تجوز والآخر تجوز .

فصل

إجارة الفحل للمزاب

- ٢٧٨٦ - ولم يجز أصحابنا إجارة الفحل للضراب^(١) .
- ٢٧٨٧ - وهو المذهب عند الشافعي .
- ٢٧٨٨ - ومن أصحابه من أجاز الإجارة .
- ٢٧٨٩ - وهو قول مالك .
- ٢٧٩٠ - لأنه لا قيمة له ، وهو محرم ، وفيه نهى عن النبي عليه السلام .

فصل

بيان حصة السنة

- ٢٧٩١ - وإذا استأجر دارا سنين ولم يبين حصة كل سنة جاز .
- ٢٧٩٢ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين .
- ٢٧٩٣ - ولو وجب بيان الحصة للسنين لوجب بيان حصة الشهور والأيام .

(١) ضرب الفحل الناقة يضربها ضرابا نكحها ، قال سيبويه ضربها الفحل ضرابا كالنكاح والقياس ضربا ، ولا يقوله كما لا يقولون نكحا وهو القياس . . . وفي الحديث انه نهى عن ضرب الجمل وهو نزوه على الانثى ، والمراد بالنهي ما يؤخذ عليه من الاجرة لا عن نفس الضراب ، وتقديره نهى عن ثمن ضرب 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 - ولو مات العبد المستأجر قبل مدة الاجارة لم تجب اجرة ما بقى

عندنا •

٢٧٩٥ - وقال بعض الفقهاء تجب كما يجب المهر •

فصل

انقضاء الإجارة

٢٧٩٦ - الاجارة تبطل بموت كل واحد من المتعاقدين عندنا •

٢٧٩٧ - وقال الشافعي لا تبطل •

٢٧٩٨ - والنكاح لا يبقى بعد الموت ، ولا تستوفى المنافع من ملك غير

العائد •

فصل

كيفية حلول اجرة الدار والعمل

٢٧٩٩ - وتجب اجرة الدار حالا فحالا ، وان كان عملا فعند الفراغ من

العمل لان المنافع غير مملوكة فلا يملك الاجرة •

٢٨٠٠ - وقال الشافعي تجب بنفس العقد ، وهو قول زفر •

٢٨٠١ - وقد روى عن ابي حنيفة ان الاجرة لا تجب الا بعد انقضاء المدة

والفراغ من العمل في قوله الاول •

فصل

استئجار ما أجره

٢٨٠٢ - واذا استأجر ما أجره لم يجز عندنا •

٢٨٠٣ - وقال الشافعي يجوز ، لأنه يستوفى على حكم ملكه فلا يجوز

استيفاء المنفعة بحكم عقد الغير كما لو اشترى زوجته من المولى •

فصل

٢٨٠٤ - ولا يجوز ان يؤجر ما استأجره قبل قبضه كما لا يجوز بيع ما

اشتراه قبل القبض •

٢٨٠٥ - وقال الشافعي يجوز •

فصل

شرط الخيار في الإجارة

- ٢٨٠٦ - ويجوز شرط الخيار في الإجارة .
- ٢٨٠٧ - وقال الشافعي لا يجوز .

فصل

خيار العيب

- ٢٨٠٨ - واتفق الجميع على انه يثبت خيار العيب في ذلك .

فصل

المحمل المنطى

- ٢٨٠٩ - ولو اكترى محملا منطى الى مكة ولم يشاهده جاز .
- ٢٨١٠ - وقال الشافعي لا يجوز .

فصل

- ٢٨١١ - واذا استأجر دابة فله ان يرد بدل ما أكل من زاد وشرب من ماء بحسب العادة .

- ٢٨١٢ - وقال الشافعي لا يجوز .

فصل

إجارة الجهول

- ٢٨١٣ - ولا تجوز إجارة مجهول ، ولا بدل غير معلوم كما لا يجوز في البيع .

إجارة الظئر

- ٢٨١٤ - واختلف في الظئر اذا استأجرها بطعامها وكسوتها .
- فجاز ذلك أبو حنيفة ، وجعل ذلك موكولا الى أهل الصبي .
- ٢٨١٥ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز ، وهو قول الشافعي .

فصل

- ٢٨١٥ - واذا أجر بجنس ما استأجر لم يطب له الربح حتى يعمل في الدار عملا يزيد به النفع .
- ٢٨١٦ - وقال الشافعي يطيب .