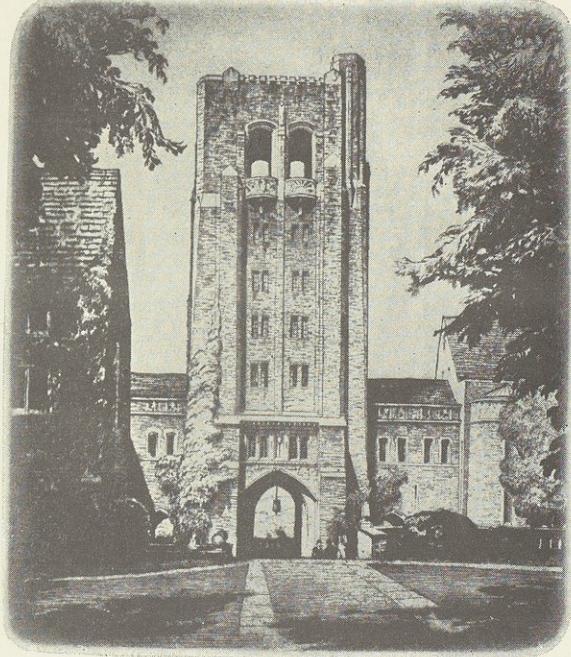


KBL

S58
1970



Cornell Law School Library

Provided by the Library of Congress
Public Law 480 Program

71-962714

(Jol. 1)

دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية
٤
الجزء الأول من

روضۃ القضاۃ وطریق البجاء

للعلامة أبي الفاسد علي بن محمد بن احمد
الرجبي السمناف

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حقها وقدم لها وترجم لتصنفها

المحامي

الدكتور صالح الدين الناصحي

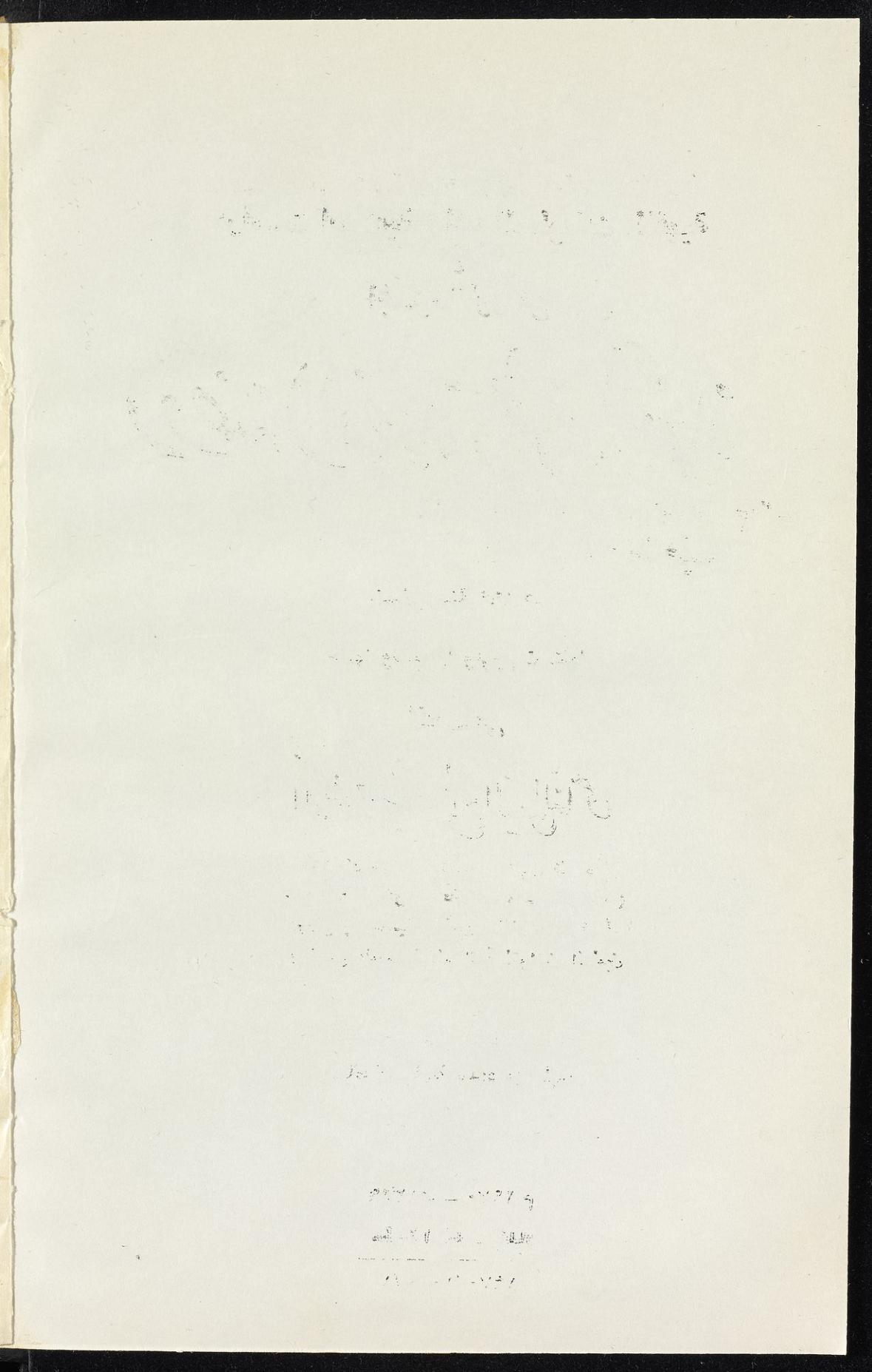
الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقا)
ورئيس جمعية التأمين المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

ساعدت جامعة بغداد على طبعه

١٣٨٩ - ١٩٧٠ م

مطبعة اسعد - بغداد

١٩٧٠ / ١٠٠ / ١



Rawdat al-qudāh wa-tarīq al-najāh.

دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية

21-Simānātī, 'Alī ibn Muhammād, d. 1100.

روضۃ القضاۃ وطریق النجاة

للعلامة أبي الفاسد علی بن محمد بن احمد
الرصيبي السناف

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققتها وقدم لها وترجم لمستيتها

الحاممي

الدكتور صالح الدين الناصري

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

ساعدت جامعة بغداد على طبعه

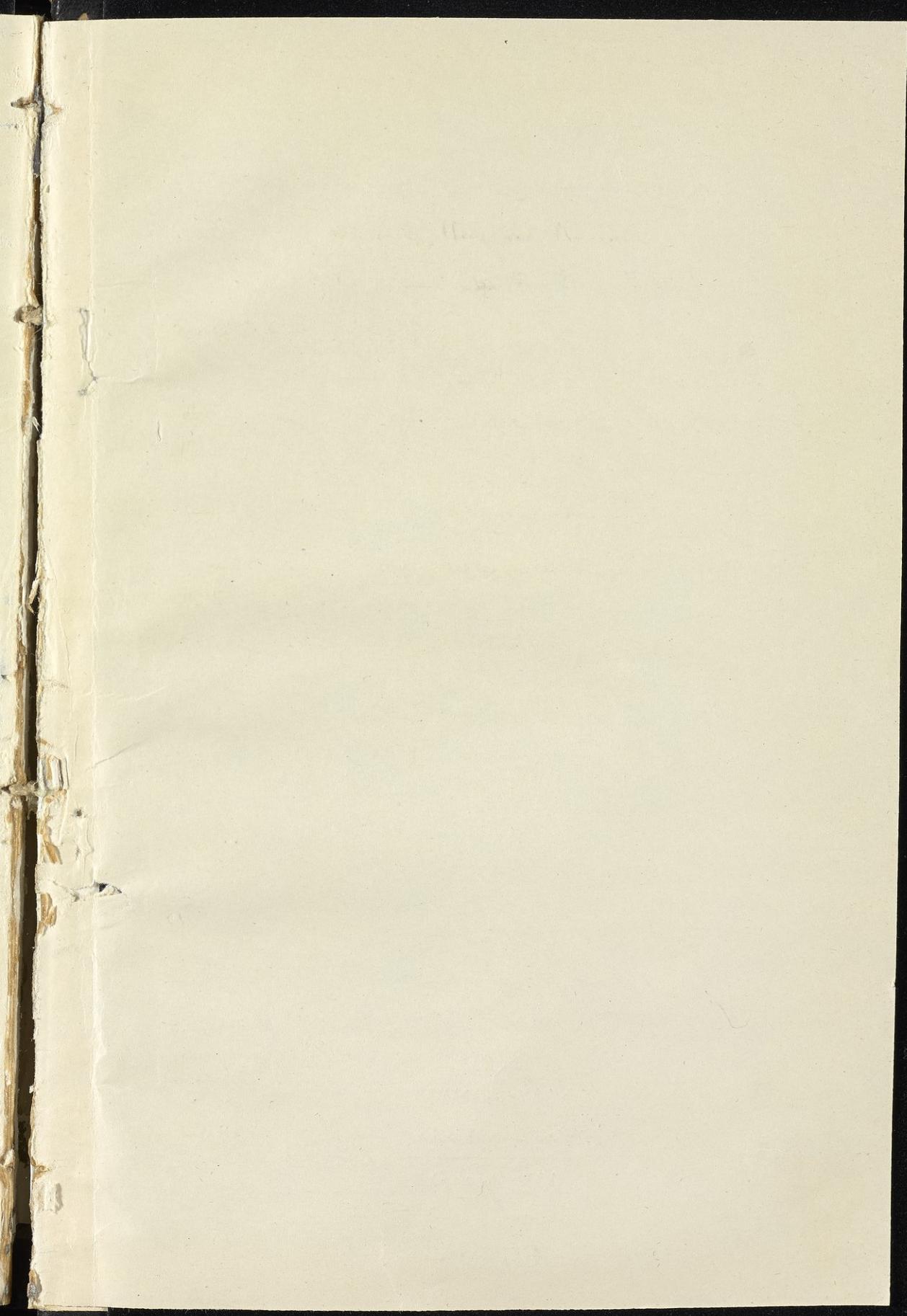
١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م

مطبعة اسعد - بغداد

١٩٧٠ / ١٠٠٠ / ١

65679

2374
N 2374



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 جلت المكتبة المركزية لجامعة بغداد مشكورة نسخة ميكروفيلمية
من هذه المخطوطة بناء على طلبي ، وصورت هذه النسخة في المجمع العلمي
العربي لحساب مكتبتي الخاصة تمديدا لقيامي بدراستها ونشرها محققة ، ولذا
فقد رأيت من المناسب ان اعرفها ومصنفها و موضوعها للقراء الكرام تمديدا
لنشرها في سلسلة دراسات اسلامية : أهم المخطوطات الفقهية ، تلك المجموعة
التي اضطلعت بنشرها منذ عام ١٩٦٥ ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الاخيرة
الي ترکية في صيف ١٩٦٧ على نسخة خطية اخرى من هذا المصنف هي نسخة
قليل على باشا فصورت مكتبتي .

لقد جاء في اول ورقة من النسخة الاولى من هذه المخطوطة : كتاب
ادب القاضي المسنی بروضة القضاة تأليف العلامة علي بن محمد السمناني
تعمهد الله برحمته وهو بخط مؤلفه .

وذكر في آخر هذه المخطوطة انه «فرغ من تأليفه صيحة يوم الجمعة
مستهل سنة ثمان وأربعينه (كذا) . وجاء في أول ورقة من نسخة قليل على
باشا : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة تأليف الامام العلامة قدوة المحققين
ودرة المدققين ابي القاسم علي بن محمد بن احمد السمناني الحنفي .

* نشرت هذه المقدمة بعنوان « التعريف بكتاب روضة القضاة وطريق
النجاة » في المجلد الخامس عشر من مجلة الجمع العلمي العراقي وقد أضفنا إليها
حين جعلناها جزءا من مباحث هذا الكتاب بعض الزيادات .

و ظاهر ان الصحيفة الاولى من نسخة معهد المخطوطات من هذه المخطوطة
ليست من اصل الكتاب وانها اضيفت اليه أما الصحيفة الاخيرة من الكتاب
فيستفاد منها ان ناسخ المخطوطة هو أبو عبدالله محمد بن علي ٠٠ محمد بن
المنظفر الشامي أقضى القضاة ٠٠ وانه « وقع الفراغ من تأليف هذا الكتاب
صحيحة يوم الجمعة مستهل صفر من سنة ثم (كذا) واربعمائة ، وكتب على بن
محمد السمناني مؤلف هذا الكتاب ، وهو يحمد الله ويصلى على محمد النبي
والله ، 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 (نم) يحتمل أن تكون مختزلة من الكلمة ثمانية أو
ثمانين ، فيكون تاريخ الكتاب هو سنة ثمانين واربعمائة اي قبل وفاة مؤلفه بعده
تتراوح بين ١٩-١٣ سنة ، على أن كتب الطبقات تشير - كما سرني - الى
تاريخ آخر . وقد جاء في نسخة قليج علي باشا أن مصنف الروضة فرغ من
تأليفها سنة ٤٧٨ هـ

(١) لقد صورت مخطوطة روضة القضاة لمعهد المخطوطات على (٣٣١) سليدة كل سليدة منها تحتوي على صحيحتين ، عدا السليدة الاولى فانها مولفة من صحيفتين واحدة وفراغ ، وبذلك تكون صفحات الكتاب عبارة عن (٦٦١) صحيفتين في كل صحيفتين قرابة ١٩ سطرا وفي كل سطر قرابة (١١) كلمة . أما نسخة قليج علي باشا فيبلغ عدد صفحاتها (٥٢٠) صحيفتين في كل صحيفتين قرابة (٢٩) سطرا وفي كل سطر قرابة (١٧) كلمة (٢)

(١) من الكلمة الانكليزية وتعني قطعة من الفلم

(٢) ثمة نسخ خطية اخرى من روضة القضاة للسماني في كل من مكتبة
منيغ برقم ٣٦٠ وداماد زاده في استانبول برقم ٧٣٦/٧ والزيتونة بتونس
برقم ١٧ وقد أهدت لي المكتبة العامة في منيغ ميكروفilm النسخة المحفوظة لديها
شاكرا *

وبالرغم مما ورد في أول صحيفه من هذه المخطوطة من أنها بخط مصنفها
فإن ما ورد في خاتمتها ينقض هذا الرعم كما ان اسلوب الكتاب ، وما جاء فيه
من اختزال بعض الكلمات او سقوطها ومن اغلاق نحويه ليدل على أن هذه
المخطوطة نسخت عن مخطوطة اخرى كانت بخط المصنف .

من صنفت الروضة ؟

ويستفاد من مقدمة الكتاب ان السمناني صنفه بناء على طلب :
« نظام الملك وقيام الدين ، العادل ، العالم ، المنصور ، المظفر ٠٠٠

ابي على الحسن بن (الحسين) بن علي بن ابي حمزة ، رضي أمير المؤمنين » .
ونظام الملك هو الوزير السلاجقى الشهير مؤسس المدارس النظامية فى
بغداد وغيرها من حواضر الامبراطورية السلاجوقية . 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 ، ولاغروا فقد
كانت تلك السلطنة الناشئة الفتية بحاجة الى تنظيم ادارى تحصل به الموازنة
بين السيف والقلم ، وتستقر به دعائم المملكة السنينة الناشئة على انقضى الدولة
البوئية الشيعية ولشدة حرصه على تنظيم دولة السلاجقة ألف بالفارسية كتابا
فى السياسة عنوانه « سياساتنا » . وكان مزاج ذلك العصر يميل الى ربط كل
دولة من دول الطوائف بمذهب تعنتها الدولة وتعصب له وهي خطوة ممقوته
تركت اثارها السيئة فى المجتمع الاسلامى عصورا طويلا الى ان افاق من بدعتها
المسلمون والتزمت معظم الدول الاسلامية المعاصرة جانب الحيدار تجاه المذاهب
وان شدت عن هذه السياسة ايران وافغانستان اذ اتخذت الاولى من الامامية
الائتى عشرية واتخذت الثانية من الحنفية مذهبها رسميا مع ان الاسلام ولد ولا
مذاهب فيه ويمكنه ان يستمر في الاضطلاع برسالته دون التقيد بمذهب
او التزام قول دون قول .

عصر البوهين والسلجقة وحفظ الثقافة الاسلامية فيه :

ومهما يكن فأن العصر الذي عاش في ظل حضارته كل من السمناني ونظام الملك وظهرت آثاره في عمق ثقافة أولئك وتوعها ومساعي ثانئهما وجهوده، إن هذا العصر يتسم بقيام الدولة السلجوقية السنية على أنقاض الدولة البوهية التي أصطنت التشيع واسرت في تقييد سلطة الخلافة العباسية واذلال الخلفاء العباسيين بالعزل وسمل العيون .

ولقد حققت القبائل التركية الموحدة في ظل زعامة السلجقة ماعجز أسلافهم قبل الاسلام عن تحقيقه من استقلال عن تسلط الحكم الفارسي الساساني والسيطرة الفارسية على الشعوب التركية المحاربة ، فتهيأ بذلك للامة التركية - كما تهيأ من قبل لامة العربية - ان تبدأ مرحلة تكونها القومي الحديث بفضل اعتناق تلك القبائل المهاجرة الاسلام وتحولها من قبائل مبعثرة الى امة مجاهدة تضطلع بر رسالة الدين الاسلامي الحنيف وتدین للإسلام - كما دان العرب من قبل - بهذا التحول في البنية الاجتماعية فتسارع الخلافة العباسية الى اصطناعها والاستعانة بها على التحرر من نير البوهين ، وما أصطنعه البوهيون من سياسة اذلال الخلافة العباسية ، وما أدخلوه على المجتمع الاسلامي في العراق من عادات غير مألوفة هي في نظر أهل السنة وعقلاه الشيعة أنفسهم من البدع التي لا يقرها الاسلام . ومع ذلك فأن هذا السلطان السياسي والتولى القومي الذي تحقق في ظل الدولة السلجوقية لا يعني قيام القطيعة بين عناصر الثقافة الاسلامية التي أصطلع برسالتها الانسانية الجامحة جميع العناصر القومية الاسلامية من عربية وفارسية تركية ، فقد كانت تلك الثقافة من القوة والفتواة بحيث لم يزدها قيام دول الطوائف الا متناه ونتولا ، ولذا فأن الدولة السلجوقية التركية احتضنت في مضمون الادارة والثقافة كلما من المقتين العربية والفارسية ، ولا غرو فان القوميات الاسلامية تختلف مفاهيمها عن القوميات الغربية لأنها تقوم على أساس مما دعى اليه الاسلام من التعارف والتواضع لا التباين والتعالي ومن الاخوة البشرية لا البغض الشعوبية ومن أواصر القربي في الانسانية التي تمت في البداية بأدم وتنتهي في النهاية الى التراب .

هذه الحقيقة هي التي تفسر لنا أن الدولة السلجوقية الناشئة لم تك تسد
لها أسباب الملك والسلطنة حتى سعت إلى حماية تلك الثقافة الإسلامية الجامعية،
وتجنحت إلى المذاهب المعتدلة في تصوير الخلافة ولم تجنب إلى سياسة شعوبية
قائمة تبصق في وجهه الفلك من فرط حقدتها، وشجعت تأسيس المدارس
والجامعات وأتاحت فرصة استمرار انتشار النبوغ في جميع أرجاء إمبراطوريتها،
فنشأ في عصرها مفكرون وفلاسفة وفقهاء عظام، وكل ذلك بالرغم من عوامل
الاضطراب التي كانت تشيع في العالم الإسلامي يومئذ، في داخله وتحيط به في
خارجه وعوامل الفساد في الادارة وجبائية الضرائب، تلك العوامل التي كانت
تبذر مصادرة أموال الوزراء والولاة وتعذيبهم بين فينة وآخرى، ذلك ان قيام
دول الطوائف المتنافسة في قلب الخلافة الإسلامية من بوئية وسلجوقية وغيرهما
واستقرار سلطات تلك الدول المتوبة بعد فترة الاستيلاء العنيفة كان لابد له
من الشعور بعد ذلك بالحاجة الماسة إلى الاستقرار والتنظيم وإلى طائفة من
رجال الفكر والإدارة والفقه وسائر ضروب المعرفة كيما يعود للدولة وللمجتمع
ما فقداه من طمأنينة وأمن ◦

والحاصل فقد كانت منجزات السلجوقة - كما وصفها أحد الباحثين
الناشئين^(١) - رائعة فقد قاومت الغزو الصليبي وأدركت مخاطر المذاهب الباطنية،
ونشطت نشاطاً كبيراً في إنشاء المدارس ودور العلم والعناية بالدارسين والباحثين
«فكان محظ نظرهم هو أن العلم من أهم الأسلحة التي ينبغي أن توفر لlama
تصد العداون عنها ورد كيد الطامعين فيها والطاغيين عليها»^(٢) ◦

وهكذا فإن القلق السياسي الذي كان شائعاً يومئذ لم يحل دون الاستقرار
الثقافي والتحول الفكري في المجتمع الإسلامي، فكان ما يحصل بالعالم الإسلامي من
زعزع وقلق وكوارث سرعان ما يضمن التقدم الثقافي له سيل المدavia
والرشاد والتوجيه في ظل مبدأ دستوري إسلامي شهير هو مبدأ الامر بالمعروف

(١) هو الدكتور حمد عبد الكبيري في رسالته التي حقق فيها كتاب شفاء
الغليل للغزالى ◦

(٢) أيضاً، ص : (ج)

والنهي عن المنكر ، فلا عجب أن وجدنا دول الطوائف مرهفة الشعور بالحاجة الماسة إلى اصطناع الطبقة المتقدمة ثقافة موسوعية جامعة ، وقد كان من أعلام تلك الطبقة أسماء خلدها التاريخ كالغزالى والماوردي والسمتاني ونظم الملك الذي أخذ بيد السمنانى لما لمسه فيه من سبعة الثقافة والدرایة بالفقه والتاريخ وصنفت الروضة تعيراً عن عميق الولاء لذلك الوزير .

أهداف المصنف وخطته :

لقد رمى مصنف الروضة بتأليفه أن يكون كتاباً جاماً مبسطاً بحيث « يحتاج إليه العلماء والمتعلمون والخاصة والعامة ، ولا يستغني عنه في أدب الفقه (القضاء) على جميع مذاهب الفقهاء .

والواقع أن هذا الغرض المزدوج الجامع بين افادة المتعلمين من ناشئة الفقهاء والمتعلعين منهم من الأغراض التي حرص على اتباعها في مصنف آخر مكمل لهذا الكتاب وردت إليه الاشارة في الروضة في باب « كاتب القاضي » حيث جاء « وقد صنفتنا في الشروط كتاباً سميته كنز العلماء والمتعلمين في علم الشروط » .

والي مثل هذا الغرض رمى امام الهدى الفقيه ابو الليث نصر بن محمد السمرقندى عند تصنيفه كتاب خزانة الفقه^(١) .

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

صنف في ذلك كتب كثيرة كالذى صنفه الخصاف والطحاوى والاصطخرى ومحمد بن الحسن (الشيبانى) وسائل شروح الصالعين^(٢) فمنهم من اطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم ما لا يحتاج اليه ، ومنهم من آخر ، ولم يرتب

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

(٢) في نسخة قليع علي باشا (الطايفتين) .

الابواب ، ولا عقد الفصول ، ولا تكشف قناع العلم ، ولا تأتى ما يحتاج اليه على
نحو الحاجة .

فالسمتاني - كما ترى - مؤلف ناقد مصطلح احاط بما كتب السابقون عليه في
موضوعه من اعلام وظالعين فلم يتردد في نقد ما في كتب هؤلاء وهؤلاء وما وقعوا
فيه من هنات .

وتحن اذن امام مصنف فقهى على جانب من الاهمية كبير احتط مصنفه
لنفسه خطة وتمسك بمنهج ي匪 فى رأيه بالحاجة فلا تطويل فيه ولا تقصير ولا
عجز عن النقاد الى صميم الموضوع . وهؤلاء الذين ذكرتهم السمنتاني كانوا
من اعلام الفقه فى المذهبين الحنفى والشافعى فالخصاف هو احمد بن عمرو
الشيبانى المتوفى ببغداد سنة ٢٦١ هـ ومن مصنفاته كتاب أدب القاضى ، وكتاب
الشروط الكبير وكتاب الشروط الصغير وكتاب المحاضر والسجلات وهى جميعا
من المراجع النظرية العلمية فى دراسة نظام القضاء فى الاسلام .
أما الطحاوى فهو أبو جعفر احمد بن محمد بن سلامة الازدى ابن اخت
الفقيه المزنى الشهير فى المذهب الشافعى . وقد انتقل الطحاوى من مذهب
الشافعية الى مذهب الحنفية ولف مختصرا شهيرا فى الفقه وتوفي بمصر سنة
٣٢١ هـ ^(١) .

ومن مصنفات الطحاوى نظام القضاء والفقه العملي :-

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

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

(٢) الجوادر المصيّة ج ١ ص ١٠٣ - ١٠٥ ويقوم طالب الماجستير التركى
الجنسية السيد روحى اوزجان بتحقيق كتاب الشروط والوراقه باشرافنا تمهدى
لتقديمه اطروحة للماجستير .

وقد اشار السمناني الى ان للطحاوى ادب الحكم الصغير وادب الحكم
الكبير ونقل عنهما *

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

كان قاضى قم ، وولى الحسبة ، وكان ورعا متقللا ، ولد فى سنة ٢٤٤
ومات فى سنة ٣٢٨ هـ وصنف كتابا حسنا فى أدب القضاء *
وأضاف السبكى في طبقات الشافعية الكبرى انه كان أحد الرفعاء
من أصحاب الوجوه وقال الخطيب كان أحد الأئمة المذكورين ومن شيوخ الفقهاء
الشافعيين *

وقد ورد ذكره في البداية والنهاية لابن كثير في حوادث سنة ٣٢٨ هـ فجاء
علاوة على ذلك انه ولد قضاة قم « حسبة بغداد »، فكان يدور بها ، ويصلى
على بنته ، وهو دائز بين الأزقة ، وله كتاب القضاء لم يصنف مثله في بابه ،
توفي وقد قارب السبعين » *

مراجع أخرى :

واما محمد بن الحسن الشيباني فهو من اعلام المذهب الحنفى فقد كان
صاحب الامام ابى حنيفة ومدون المذهب صاحب ابى حنيفة واخذ الفقه عن ابى
يوسف دون الموطأ وحدث به عن مالك ^(١) وهو اليوم موضع عناية الفقهاء
الغربيين انفسهم فقد كتب عنه الدكتور اوتو شيس Otto Spies الاستاذ في
جامعة بون مقالة نشرت في اعمال المؤتمر الدولى الخامس للقانون الموازن ^(٢)
المعقد في بروكسل سنة ١٩٥١ (مجلد ١ ص ١٢٥-١٢٩) بعنوان فقيه عظيم
من فقهاء المسلمين ، وقد ذهب في هذه المقالة الى اعلاء شأن ابى يوسف
والشيباني في تطوير المذهب الحنفى وبيان ما كان لهما من جهود واثار *

(١) الجوادر المضية ج ٢ ص ٤٢

Rapport généraux au Ve Congrès de Droit Comparé

(٢)

على ان السمنانى لم يكتف بالرجوع الى ما صنفه هؤلاء في نظام القضاء بل رجع الى مراجع فقهية اخرى في المذهبين الحنفي والشافعى حيث نجد له شير في مواضع مختلفة إلى هذه المراجع باسمائها وأسماء مصنفاتها تارة أو بأسماء مصنفتها فقط بحيث يمكن أن نقول انه رجع الى :-

- ١ - المهدب للشيرازى
- ٢ - الخلاف للقدورى
- ٣ - كتاب المتنى (المختصر)
- ٤ - مختصر الطحاوى ، وادب الحكم وادب القضاة الصغير
- ٥ - شرح الدامغانى لمختصر الحاكم
- ٦ - مختصر الكرخى
- ٧ - محمد بن الحسن الشيبانى فى كتاب الدعوى
- ٨ - الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيبانى والاصول والزيادات
- ٩ - الامالى لابى يوسف
- ١٠ - القدورى فى التجريد
- ١١ - المخصاف فى المفصل ، وادب القضاة
- ١٢ - علي بن موسى القمي : احكام القرآن الصغير
- ١٣ - أبا عبيدة فى الغريب
- ١٤ - مختصر ابى موسى الضرير
- ١٥ - ابن سماعه : النوادر والامالى
- ١٦ - القضاة للاصطخرى (الشافعى)

١٧ - شروط الاصبع

١٨ - عيون المسائل لابي الليث السمرقندى

ومما يتحقق الاشارة في هذا الصدد ان روضة القضاة خلت من الاشارة الى ماتبه الماوردي في الحاوي^(٢) عن ادب القاضي مع أن الماوردي توفي قبل السمناني بسنتين 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 :

ما سلف يتبيّن لنا ان مصنف روضة القضاة كان نقاداً والكتاب يعالج موضوعاً لم يزل يحتاج الى المزيد من الدرس والعناية ، لقلة ما حقق ونشر عنه ، وتهمج 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 المואزن وتعرب عن اصالتها وطراقتها ومحاسنها وهناتها •

والى جانب كل ذلك فهذا الكتاب صنف بعد مرحلة طويلة من النمو والتطور خطا فيها بحث ادب القضاة خطوات متقدمة ، والذى فيه فقهاء اعلام من ذكرهم السمناني وغيرهم والعصر الذى الف فيه هذا الكتاب بلغت فيه حركة التأليف في شتى فروع الفقة مرحلة بالغة من التطور والنجس 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
نبسط 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 ادب الدنيا والدين وله مطول في الفقه اسمه الحاوي ، يقوم صديقنا السيد هلال السرحان بنشر الجزء المتعلق منه بأدب القضاء •

٢ - سيرة مصنف الكتاب وأئمته وثقافته *

٣ - ما اضافه هذا الكتاب الى موضوع نظام القضاء من جديد سواء من حيث صياغة المباديء أو تعليل الفروق بين مختلف آراء المذاهب أو النزام الاسلوب العقلى الهدائى المحايد الى حد كبير من الحياد العلمى الذى اتى لابناء ذلك العصر *

خصائص النظام القضائي فى الاسلام :

للنظام القضائى فى الاسلام تاريخ طويل حافل بالحركة والنشاط فى سبيل العدل والانسان والحق والشرع ، ولامامح جذابة لما فيها من طرافة ، ولقد توافق طلبي بهذا النظام منذ ان صفت كتابى «الوجيز فى المرافعات المدنية والتاجرية» الى ان درسته فى جانبيه الفقهى النظرى والتارىخى واعددت فيه بحثاً مخطوطاً رأيت ان أخدمها بنشر بعض ما صنف فى أدب القضاء لتزداد ثروتنا ومبراجعنا فى هذا المضمار *

والواقع ان النظام القضائى فى الاسلام تمكן فى خلال تاريخه اليافع فى بعض العصور بالحركة والكافح والتطور والمناقضات ان يملأ على صفحة الفقه والقضاء أروع القواعد والمبادئ التي تكفلت برعاية حقوق الانسان وصيانة كرامته وعرضه ومآلاته من التعدى والاتلاف والجور والشطط *

وحسبيك ان تعلم ان المدين كان يباع بالدين فى شريعة روما ومصر واعراف العرب قبل الاسلام فلما هيمن الشرع الاسلامى على مصر وطلب القضاء الاسلامى بيع المدين بالدين تقرر ان المدين لا يباع بالدين كالسلعة ولكن يترك ليسعى لنفسه وللمدائين^(١) *

ولقد خاض هذا النظام فى سبيل تحقيق ذلك اعنف المعارك وامتحن فيه بعض القضاة أقسى امتحان وحفل بأكثر الآراء والجلول تنوعاً ومراعاة لجوانب مختلفة من العدالة المحسنة والمصلحة والضرورة ودون تاريخه سطوراً من نور

(١) بحثنا عن النظام القضائى فى الاسلام *

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

والى جانب كل ذلك فان للنظام القضائي الاسلامي خصائصه الخاصة ببنائه
وتركييه 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 التقاضي لدى حكم او كاهن فرد ولا صلة له بطراز المحاكم
في الشرائع القديمة الاخرى .

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

وهذا اغرب ما فى هذا النظام بالقياس الى سائر النظم القضائية فى
مختلف الشرائع المعروفة ودليل على مدى تغلغل مبدأ سيادة القانون 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 و Anat به مهام خطيرة ، ولكنه
جعله مسؤولاً مسؤولة 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 فقضى
فيه القاضي نفذ قضاؤه ، وليس لقاض آخر ابطاله » والى مثل هذا القول ذهب
الشافعى كما في ادب القاضي للماوردي (٢٤٧ / ٢) و مختصر المزنى ٥ / ٢٤٢ والأم
٦ / ٢٠٧ - ٢٠٨ .

لقد كان القضاء في عصور طويلة يتمتع بأخطر مرأى بعد مرأى الخلافة ، ولذا كانت دراسة تاريخه من الأمور الممتعة والجديرة بالبحث لأنها قمينة بان تكشف لنا النقاب عن طبيعة نظام الحكم في الإسلام ، وعن نوع من الديمقراطية والعدالة حاول الإسلام اناطه تحقيقها بالقضاء ، وأكد فيها على العدالة والمساواة أمام الشرع وعلى سيادة الشرع على جميع المكلفين حكاماً ومحكومين وعلى التزام القضاء الحياد التام بين المراكز والحقوق فسيطر بذلك انبى ما رمت إلى تحقيقه الثورة الفرنسية من حقوق الإنسان قبل ان تولد هذه الثورة ، وان تسقط فلسفتها بعصور وعصور . ولكن الفقه أ Anat بالقضاة مهمة النضال في سبيل هذه المبادئ ولم ينط ذلك بقواعد موضوعية أو اجراءات محددة معقدة مضمونة الجواب اللهم باستثناء حق القاضي في تقدير السجون واطلاق سراح المساجونين ظلماً .

ولذا فقد تشدد الفقه الإسلامي في صفات القضاة وأعوانهم والشهود وتزكيتهم وتعديلهم ، وتشدد السمناني أكثر من غيره لعلة سنثير إليها ، ولكنه لم يخدع بما اشتربطه هو والفقهاء من قبله فقد اعترف لنا بمرارة الواقع الحال حيث اتيح له معاشرة شيخه قاضي القضاة الدامغاني ثلاثين سنة تولى فيها الشيخ قاضي القضاة منصب القضاء فحدثنا في مواضع مختلفة عن واقع القضاة وعن مجلس شيخه .

تلك هي خصائص النظم القضائي في الإسلام ، ولسنا بحاجة إلى ان نطيل القول فيها أكثر من ذلك ولا ان نعرض على القارئ القواعد الدستورية التي حررها الفقه في هذا المضمار لأن كل ذلك سيذكر في كتابنا المفرد لنظام القضاء الإسلامي ولكننا سنكتفي في آخر هذا البحث باستباط بعض هذه القواعد من كتاب السمناني ليكون مجموعها انموذجاً لهذا الدستور .

لم يكن السمناني اذن نقالة جماعة في تصنيفه بل كان نقاده رسم لنا الجانب النظري ولم يخف علينا واقع حال القضاء في حصره فنقل الينا من تجاربه وملاحظاته سير الواقع ومجرى الاحداث ما يجعل المتعة المرجوة من كتابه مضاعفة ، ولا غرو فقد اكتوى السمناني نفسه بنار القضاء - كما سترى - وقد أتيح له

أن يختبر ما سن من القواعد المثالية لدستور القضاء في ساحة القضاة 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 ٠

وثمة أشياء أخرى يكشف عنها النقاب كتاب الروضة فان مؤلفه لم يكتف بتقرير احكام نظام القضاء في الاسلام ولكنها بين لنا وجه استنباط تلك الاحكام والقواعد فلم يكن يكتفي بالقياس على نظم الفقه الخاص^(١) من وكالة ونيابة بل كان يلاحظ الفرق بين الامرين احياناً و كان في مواضع أخرى يعتمد في الاستنباط إلى مقتضيات الحاجة والمصلحة ٠

والواقع ان جميع هذه الحقائق تبدو جلية في كتاب روضة القضاة حيث يقرر السمناني في مواضع مختلفة منها أوجه القياس على الوكالة ، ويقرر احياناً وجود الفارق بين القضاة والأمامه وبين الوكالة ، وحيث يذكر بصرامة ان الامامة نيابة عن الامة ، وحيث يعرض علينا محاولة الفقه تخفيف عبء الحساب والمسؤولية عن عاتق القاضي المعزول يجعل القول قوله فيما يدعى عليه ٠

ترجمة السمناني :

مؤلفه و دراسته :

وردت ترجمة السمناني في كل من الجوادر المصية (ج ١ ص ٣٧٥-٣٧٧) والفوائد البهية (ص ١٢٤ - ١٢٣) ومنهما يستفاد انه علي بن محمد بن أحمد الرحيبي أبو القاسم ويعرف بابن السمناني ذكره أبو عبدالله محمد بن عبد الملك بن ابراهيم الهمданى في طبقات أبي حنيفة فقال : « مولده رحبة مالك بن طوق^(١) »

(١) مصطلح أردنا به المقابلة مع القانون الخاص كما ان الفقه العام نريده به ما يقابل القانون العام ٠

(٢) جاء في القاموس المحيط في مادة الرحبا رحبة المكان وتسكن ساحتها ومتسعها ، ومن الوادي مسيل مائة من جانبيه فيه ٠٠٠ والارض الواسعة المبنات المحلال ٠٠٠ ورحبة مالك بن طوق (التغلبي) على الفرات ٠

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

وقرأ الكلام والاصول على أبي علي بن الوليد^(٢) .

وَكَانَتْ لَهُ تَصَانِيفٌ فِي الْفَقَهِ وَالشَّرُوطِ وَالتَّوَارِيخِ وَكِتَابٌ فِي أَدْبَرِ الْقَضَايَا
سَمَاهُ رَوْضَةُ الْقَضَايَا وَهُوَ تَصَنِيفٌ لطِيفٌ فَرَغَ مِنْهُ سَنَةُ ثَمَانٍ وَسَبْعِينَ وَارْبَعِمَائَةٍ
وَقَدْ نَسَبَ لِفَخْرِ الدِّينِ الرِّزِيلِيِّ كِتَابًا يُسَمِّي رَوْضَةَ الْقَضَايَا وَطَرِيقَ النَّجَاهَ،
وَلَكِنَّ صَاحِبَ الْفَوَائِدِ الْبَهِيَّةِ يَقُولُ أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا خَطَأً (ص ١٢٤ مِنْهُ)
وَئِمَّةُ كِتَابٍ أَخْرَى يُسَمِّي رَوْضَةَ الْقَضَايَا فِي الْمَحَاضِرِ وَالسَّجَلَاتِ تَالِيفُ
مُصْطَفَى بْنِ الشَّيْخِ مُحَمَّدِ الرُّومِيِّ الْحَنْفِيِّ^(٣) الْمُتَوْفِيُّ سَنَةُ ١٠٩٧ أَشَارَ إِلَيْهِ ذِيلُ
كِشْفِ الظُّنُونِ (مَجْلِدُ ١ ص ٥٩٦) وَلَا نَدِرَى هُلَّ الْعَلَاقَةُ بَيْنَ الْكَتَبَيْنِ وَقَرْصَةِ
عَلَى اقْتِبَاسِ اسْمِ الشَّانِيِّ مِنَ الْأَوَّلِ أَمْ أَنَّ الثَّانِيَ رَجَعَ إِلَى الْأَوَّلِ فِي مَوْضِعِهِ
وَمَادِهِ أَيْضًا^(٤) .

(١) هو محمد بن علي بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب الدامغاني الكبير أبو عبدالله (٣٩٣ - ٤٧٧ هـ ببغداد) قاضي القضاة الإمام العلامية تفقه على الصميري ببغداد وسمع من أبي عبدالله محمد بن علي الصورى وروى عنه عبدالله الاتماطى وغيره واصحابه كثيرون لا يحصلون ، وكان متضالعا في الخلاف . وفي مكتبة الاوقاف ببغداد رسالة فقهية للدامغاني ضمن مجموعة مخطوطة رقمها ٣٢٧ أما عنوان هذه الرسالة فهو مسائل في دعوى الحيطان والطرق والأبواب في الفقه وقد اطلعت على هذه الرسالة فانتهيت الى أنها ليست من تصنيف الدامغاني وإنما هي مؤلف مجهول نقل عن الدامغاني وعن الذخير وغيرهما .

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

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

(٤) ومن الكتب التي استعارت من روضة القضاة عنوانها كتاب «روضة الاحكام و زينة الحكماء» وهو مختصر في القضاياء لابي نصر القاضي شريح بن عبد الكريم الرومي الشافعى وقد وردت الاشارة اليه فى كشف الظنون مجلد ١ ص ١٩٢٣ .

ثقافته :

فالسماني اذن كان فقيها ومؤرخا ولغويا شفف بثقافة عصره من فقه وكلام وأصول وتاريخ الحج ، وصنف روضة القضاة وطريق النجاة في موضوع من اهم موضوعات الفقه الإسلامي ، ومما يستدل به على ثقافته اللغوية مشاركته في حركة شرح النصوص الأدبية فإن في حوزة مكتبة الاوقاف العراقية مخطوطا عنوانه :

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

آثاره :

صنف السمناني في موضوعات متعددة في الفقه وأصوله وتاريخ اللغة وروضته من أهم ما صنفه في الفقه فلتعد إليها : فإنها محور هذا التعريف :

لقد أشرنا من قبل إلى أن أحكام منصب القضاء تثير لنا أهم جوانب الفقه الإسلامي ونعني بذلك الجانب العام من هذا الفقه المعنى بتصوير هذه السلطة من سلط الدولة سلطة القضاء ، فالحاكم القضاء إذن من أهم موضوعات « الفقه العام » المقابل للقانون العام في القوانين الوضعية في عصرنا هذا وإن لم يعرف الفقه الإسلامي هذه التفرقة بين الفقه العام والفقه الخاص كما عرفت القوانين الوضعية تفرقة مثلها بين القانونين العام والخاص .

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

فمنهم من عالجها باعتبار موضوعها من جملة موضوعات الفقه فلم يفرد لها بمؤلف فرد مستقل ، ومنهم من أفرد لها بمؤلف خاص كما فعل السمناني حين أفرد لها بكتابه الفرد الجامع لباحث هذه السلطة وقواعدها على أن من الفريق الأول من أسهب في التأليف وأطنب حتى جاء بحثه في أدب القضاء أشبه بمصنف فرد في الموضوع كما فعل الماوردي في الحاوي .

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

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

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

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

شأنه في ذلك شأن الماوردى وان لم يبلغ شأن الماوردى لقلله وأكثر الماوردى فيما صنف من كتب في حقل الفقه العام ٠

٢ - وقد عقد السمناني في آخر كتابه فصولاً أرخ فيها للقضاة إلى زمانه فدل بذلك على مدى تضليله في تاريخ الإسلام ٠

والى جانب ذلك فان مؤلف روضة القضاة كان نسيج وحده كما يظهر من مقدمة كتابه ، فإنه لم يقتصر على جمع اقوال من تقدمه من المؤلفين السابقين في هذا الموضوع ولكنه نظر فيما ألغوه نظرة الناقد الفاحص فتكتشف له عيوب تأليفهم من تقصير وتقديم ما لا يحتاج اليه من مقدمات الى غير ذلك من المأخذ فيحاول أن يحترز منها ٠ والواقع ان طريقة هذا المؤلف في الجمع بين اسلوبى النقد والتجميع ان دلت على شيء فانما تدل على سعة اطلاعه وتؤكد ذكائه في تلك الحياة المضطربة التي قاسى آلامها وشدائدها ولم تتصفه في أعز الاشياء عليه وعلى كل انسان كما سنرى ٠

(٢) هذا عن الروضة وللسمناني في موضوع القضاء العملي كتاب أشار إليه اسماعيل باشا البغدادي في كتابه هدية العارفين^(١) واسماء « العروة الوثقى في الشروط » ٠

وحذتنا السمناني نفسه عن كتاب له في هذا الفن سماه « كنز العلماء والمتعلمين في علم الشروط فهل بما كتاب واحد أم كتابان ؟

هذا ما لا نستطيع الاجابة عليه جواباً جازماً فلنكتف بالنظر الى ما ذكره السمناني نفسه عن كنزه حيث قال في روضة القضاة في باب كاتب القاضي :

وقد كنا صنفنا في الشروط كتاباً سميته كنز العلماء والمتعلمين في علم الشروط على نمط يخالف في الترتيب سائر كتب من تقدم وهو مما لا يستعني عنه عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليق لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه ٠

(١) المجلد ١ ص ٦٩٤ ٠

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

(ف فيه ما يعين على هذا الكتاب (الروضة) ، كما ان في هذا الكتاب ما يعين على ذاك)

٣ - والى جانب كتابي الروضة والكتنز 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 التواریخ^(٢) .

٥ - وللسمناني كما قلنا شرح على مقامات الحريري منه نسخة مخطوطة في مكتبة الاوقاف العراقية وقد اطلعت عليها فوجدت في آخرها العبارة الخاتمية الآتية « تم الكتاب بعون الملك الوهاب على يد مؤلفه العبد الفقير الى الله الغنى به على بن محمد المدعو بعلاء السمناني ، بلغة الله كل ما يهواه من المطالب والامانى ليلة السبت وقت العشاء السابع عشر من شعبان ٠٠٠٠ » ومن المؤسف له ان تاريخ سنة الكتابة قد طمس بحيث لا يقرؤ .

٦ - وله أيضا سراج المصلى وشروط الصلاة اشار اليه بروكلمان في الملحق ١ ص ٦٣٨ وذكر ان نسخة خطية منه في مكتبة قلبح برقم ١، ٣٧٨ .

(١) على ان السمناني يحدثنا في كتاب روضة القضاة ان له في هذا المضمamar كتاب « الهادي الى النظر في المسائل وطلب الدلائل » وكتاب التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة العلوم وشرحه رسالة عنوانها « المسئلة النظمية في الاشربة » وقد حدثنا في موضع آخر من الروضة ان كتابه المسمى بالتشويق الى العلوم يحتوى على مقدمة في الحساب مهد بها لغواص مسائل الميراث وأنه أودع في كتابه هذا أصول الدين وأصول الفقه ومسائل الفروع والحساب والفرائض ونواتر المسائل التي تراخي بها العلماء .

(٢) فقد أشار السمناني في الروضة الى كتابه المسمى المرشد النظمي وهو كتاب في التاريخ واسمه الكامل المرشد الى معرفة اصحاب النبي (ص) والتتابعين بعدهم والخلفاء والخوارج وظاهر ان هذا الكتاب من قبيل تواریخ الاعلام .

حياة السمناني المضطربة

هذا المصنف المثقف المتعدد جوانب الفكر والثقافة النقاد الفاحص المتأمل لم يهنا 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 شاعت الأقدار أن تحمل به أمه وان تناصبها العداء زوجة حرة فتحمل زوجها على بع تلك الجارية المنكودة قبل أن تظهر عليها علامات الحمل من يحملها الى خارج العراق ويسدل الستار عليها وعلى من ستلده ◦

كانت حياة السمناني اذن مضطربة قاسى فيها الامرين من الشدائـد والآلام في مجتمع كان يضع أبناء الجواري في منزلة دنيا ، ولا يفسح لهم مجال التقدم الا بشق الانفس ، فقد ولد من جارية ولادة مغمورة ونشأ في رحمة مالك بن طوق على الفرات ، بعيدا عن كتف أبيه محروما من شفنته ومن اخوة أخيه لابيه ، ولكنه تمكن من شق طريق الحياة بصبر و أناة وكانت أمه حريرة على أن ترفعه إلى المنزلة التي اريد اقصاؤها عنها دفعته إلى دور العلم وأوصته أن يعود أدراجه إلى موطن آبائه وأجداده إلى العراق ليدرس الفقه على الدامغاني قاضي القضاة ، وييلو حلو الحياة ومرها فتمكن من شق طريق الحياة بصبر و أناة ولم يعلن الثورة على المجتمع اعلان مستهتر بالقيم والتقاليد ولا اعلان ناقم على الاوضاع والنظم ولكنه أعلنها اعلان مؤمن بالحق والمثل العليا ووجد ضالتـه في القضاء فتمسك بكل ما يتحقق مثله الاعلى فيه من شروط الكمال فبرهن بذلك على أصلـة نفسه وكان - كما قيل - كثير الشبه بأبيه ◦

وحين تمكن من ثقافة عصر وبلغ فيها مابلغ توفي اخوه من الزوجة الحرة، فأراد أن يثبت نسبـه من أبيه ، وأن يبرهن ان أمه الجارية كانت في الحقيقة ام ولد ، وانها حملت به من قاضي الموصل أبي جعفر السمناني ، ولكنه أخفـق في اثبات هذا النسب ، ولم يلتفـت إلى 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 اخسست تلك الدعوى الفاشلة وجهوده المتواصلة في التظلم منها
بالمصالحة على ست مائة دينار يؤدي قاضي القضاة منها أربعين مائة دينار .

صاحب الخبر :

ولكن مافقده الرجبي من جاه النسب عوض عنه بعض العوض فقد نفق
سوقه لدى نظام الملك الوزير السلاجوقى فجعله صاحب خبره^(١) ببغداد ،
واجرى له في كل سنة نحوا من سبع مائة دينار .

عقد نفسية :

هذا النسب الذي اخفق الرجبي في اثباته ، وهذا المنصب المعمور الذي
حصل عليه لم يدخل الطمأنينة والراحة على نفس هذا الفقيه المؤرخ اللغوى على
ما يظهر ، فقد ساءت حالته النفسية رغم المعاش الذى اجرى عليه ونفة الوزير به .
وقد جرت عليه تلك « العقد النفسية » آلاما شديدة ومصائب متالية ،
لأن نسبة المفقود لم يعوض بمنصب غير مغمور ، ولأن الناس في عصره لم تكن
لتتكرر الفقيه اذا ارتقى منصب القضاء فكيف بمن قعن بأن يكون « صاحب خبر »
أي رئيسا للمخابرات السرية التي أقامها الوزير السلاجوقى الدكتاتور لرصد
أخبار العراق واخبار الخلافة العباسية التي جردت من كثير من سلطاتها واصبحت
 مجرد اطار يزين شرعيه السلطنة السلاجوقية وان حرست أن تستبقي القضاء
في قبضتها ، وقد حدتنا المصادر حديثا مقتضيا عن تلك الحياة المضطربة التي
قضها الرجبي السمناني في بغداد في منصبه الجديد غير قرير ، حيث تقول
الجواهر المضية ان السمناني « ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير أبي
شجاع فخرج توقيع المقتدى بأمر الله بتأدبه ، وقريء التوقيع في المركب في
اول شهر سنة ثمان وسبعين واربعين مائة » .

وتناول 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

« وتداول أهل بغداد مخارج بي معناه ، وجلس أيام في دار بالقرب من دار الخليفة وجنس ، واطلق ولازم منزله ، فورد نظام الملك الى بغداد ، وخطب الخليفة فيه ، وورد بعد ذلك بستين عيد الملك أبو منصور بن جهير فراعنه لاحظه » ◦

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

دعواه اثباته النسب :

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

لقد روى لنا حوادث هذه القضية ، وسير المحاكمة فيها وطرق التظلم منها كتاب الجوادر 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 الرجبي غداة ، وقد خرق ثيابه ، وشوش عمامته وتحفى في مشيته ، وفعل فعل اهل المصائب ، وذكر انه اخوه ، وادعى ان القاضي أبا جعفر السمناني أبوه ◦

وتساءل الناس عن اسرة السمناني وعن سمنان التي تنسب اليها ؟

وبعد أن رفعت الستارة عن هذه البداية المسرحية واسكت الجلاوزة اللغط
وقطع على المتهامين المهمس واستمع إلى أقوال أبي القاسم » لم يلتفت قاضي
القضاة إلى دعواه « وكتب محضراً وأخذ فيه خطوط جماعة » .
وخرج أبو القاسم منكس الرأس يخط برجليه خطوط اليأس والغيظ
والناس بين شامت به وبين ناقم على قاضي القضاة .

وفي الفصل الثاني من هذه المسرحية تجد إبا القاسم يطرق باب الخليفة
متظلماً بأسلوب مسرحي آخر حتى « تقدم القائم بأمر الله بأن يعقد لاجله مجلس
في دار الاستاذ أبي الفضل محمد بن عامر وكيله في المخزن » وسدلت الستارة
قليلاً لترفع عن فصل آخر حيث « حضره كافة أهل العلم والقضاة والشهداء
ورفعت الستارة عن هذا الفصل الجديد المتواتر وقد انحنت الرؤوس من ثقل
العمائم واشتبكت الأصابع باللحى ، وقد تصدى للمدعي ابن المحسن وكيل زوجة
المتوءني » .

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

— لقد أعددت لكل شيء ي قوله ابن المحسن وكيل الزوجة جواباً .
ولكنه ما يكاد يخطو خطوتين حتى ينبري له ابن المحسن مخاطباً القاضي
أبا الحسين محمد بن محمد البيضاوي :

— أيها القاضي إن هذه الدعوى لا تصح من هذا ثم يشير إلى المدعي قائلاً
له بسخرية لاذعة واحقاراً :

— أنت ! أنت لا تصح منك الدعوى ، لأنك مملوك !
ويتهمس جمهور الحاضرين .

ويذهل على السمناني من تلك التهمة التي رافقته من الرحمة إلى بغداد .
ويهم بالجواب ولكن الوكيل يفحمه قائلاً :

- واسمك ! اسمك ظاهر

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

- رباه ! ما أظلم الانسان

لقد تحيرت في أمري

وها أنا ذا لا أجد من ينصرني

أنا مملوك حقا ؟

ولست حرًا ؟

فتواتي القهقات وهو يقول :

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

- ياللصعلوك انه يتحدى المقدور ؟

وتسدل الستارة بسرعة لترتفع عن قوم يتهمون :

صوت - لقد عاد الفقيه الملوك أخيرا

آخر - صه صه لقد عاد اليانا وكأنما هو غيره

ثالث - وكيف أيها الرجل

الصوت الثاني - انه اليوم صاحب الخبر ببغداد ومن ورائه نظام الملك
الوزير وجندي من جنود السلاغقة يتبعه كالظل لينقض كالصاعقة على من يشير
إليه بطرف بنانه .

الصوت الثالث - انه سينتقم

رابع كلا ، انه اليوم في محنـة فقد ظهر منه تهجم في القول في مجلس الوزير
ابي شجاع فخرج توقيع المقتدي بأمر الله بتأدبه وسيقرأ التوقيع في المركب
ثم يحبس .

صوت آخر : والدولة السلجوقية ؟ ان نظام الملك من ورائه ، انه سيعود
إلى سابق عهده ان السلاغقة لا يرضون الهوان لاتبعهم .

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

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

ما اثرته روضة القضاة :

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

أجل لقد أثرت كل الاتر ولكنه تمسك وتجدد 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 والخاصية فقط بل للمتعلمين وال العامة ليتعلم الجميع حقوقهم المقررة شرعا وليتعلم الانسان ان له كرامة وحقوقا .

وأكبر الظن ان تلك الاحداث أثرت في نفسه تأثيرا عميقا فحذر من توبيخ القاضي الجاهل لأن « إليه به أشد ، لا سيما اذا اختصما في المعاملات والمواريث والسائل المشكلة في الفروع التي يتجاد بها شبه الاصول » .

وحذر من توبيخ « متهم في الحكم لشلا يجور » وكتب يقول : لا ينبغي أن يختار للقضاء « الا من يغلب على الظن أنه أوفا مختار ، وأكملا إنسان ». وينبغي لمن تملك الولاية أن يختار لهذه الرتبة من لا يقدر العالم على اصلاح منه ، ولا أفضل ولا أكملا ، كما اختار الله تعالى لرسالته صفة كل عالم ، هذا

التشدد في اختيار القضاة وطلب الكمال فيمن يولى القضاء لا نجد له نظيراً في أدب القضاة للماوردي - مثلاً - فان الماوردي مال إلى الاعتدال في اشتيراط الفضل في القاضي لما هو معروف عنده من واقعيته ، ولذا فان الماوردي صاغ القاعدة المعبدلة الواقعية الآتية فقال :

« اذا تكاملت شروط القضاء في جماعة ، كان الأولى بالامام أن يقلد أفضليهم ، فان عدل عن الأفضل الى المقصر انعقدت ولايته ، لأن الزيادة على كمال الشروط غير معتبرة » (أدب القضاة له ٢٥١)

وهكذا كان السمناني يتمنى أن لا يرقى الى دست القضاء الا انسان كامل علماً وعدلاً واجتهاه لينصف أمثاله من جشع الارملة وغيره الضرة .
نماذج من قواعد الفقه الإسلامي كما صاغها السمناني :

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

العتد 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) .

آخرى بعكسها

للينعقد شيء من العقود موقوفاً على الاجازة .

تولية المرأة القضاء :

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

« وأجمعوا على أنها يجوز أن تكون وصياً ، ووكيلاً ، وفاسِماً ، وأميناً ، وأنها كالرجل في سائر العقود .

وانها أولى من الرجل بالحضانة والتربيه وانها يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ، ولا يقبل قول الرجال في ذلك »

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

- أ - للمرأة أن تكون وصيا ووكيلا وقادما وأمينا •
- ب - وهي كالرجل في سائر العقود ، وأولى منه بالحضانة والتربيه •
- ج - ويقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال دون اقول الرجال •

باب في الامامة

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

قاعدة - يتعين الامام بالاختيار •

آخرى :

يتعين بالنص (الامامية)

قاعدة - اذا عقد للامام فالعبرة بالعقد الاول • و اذا وقع عقدان معا ينعقد نلافضل (وقيل بالبطلان وبالقرعة) •

قاعدة - يقع اختيار الامام بأن يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهمل الحل والعقد والعلم والامانة فيعقدوا للامام ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك •

قاعدة - الدعوه طريق للامامة وهي أن يباين الانسان الظلمة ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر وتحجّم فيه شروط الامامة فيكون اماما وان لم يبايع على ذلك (الزيدية) •

آخرى • لا يكون

قاعدة - لايجوز أن يتعدد الامام في العصر •

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون ذا رأي وسياسة وشجاعة وإن يكن
في ظاهره عدلا ، فإن كان فاسقا لم يؤمر ، ولم يعقد له ولية ولم تجب طاعة .
قاعدة - ليس للإمام أن يجبي ما لا يستحقه ، ولا أن يعطي ما يجب (المصالح
العامة وشؤون الرعية) لنفسه ولا لغيره مستحقه .

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

قاعدة - للإمام على الرعية أن يسلموه إليه ما وجب من حق في المال له
أخذه وله عليهم السمع والطاعة فيما يأمر وينهى عنه ، مالم يكن معصية لـ أحكام
الشرع .

وأن يمكنوه من إقامة الحدود عليهم في أنفسهم واتباعهم .
وهكذا يمكن أن نضيف إلى هذه القواعد الدستورية قواعد أخرى
مستخرجة من هذا الكتاب بعد تعديل يسير وتجريد قليل .

فقول مثلا :

قاعدة - لا يصح عقد الإمامة خاصة ، بل لاتقع إلا عامة عموما لا تخصيص
في بحال .

قاعدة - الإمام نائب عن المسلمين يستوفي ما وجب لهم من الحقوق ويوفيهم
ما يجب لهم ، ويستوفي منهم ما يجب استيفاؤه من الحقوق العامة وينفذ عليهم
الأحكام .

قاعدة - إذا جار الإمام واعتدى وتمرد واحتوى على الأموال وجب على
المسلمين خلعه ومنعه والاستبدال به .

قاعدة - يشترط في الإمام أن يكون قريشا (مذهب الجمهور) .
آخر - لا يشترط (رأي الخوارج وبعض أصحاب الحديث) فيجوز
أن تكون الإمامة في غير قريش وغير العرب .

قاعدة - الإمامة حق لكافة المسلمين ولهم أن يصرفوها إلى من شاؤا من
يعلمون أنه يقوم بها .

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

قاعدة - لا يشترط في القاضي ان يكون عربيا .

قاعدة - يقضى القاضي على الامير ، ويقضى 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 الخارج^(١) الا ما

ينقض من أحكام غيرهم ، كل ذلك بشرط أن لا يكون فاضيهم ممن يستبيح
دماء اهل العدل وأموالهم وان يكون عدلا مجتهدا .

قاعدة - يشترط في الحكم أن يكون ذكرها بالغا عاقلا حررا ، مسلما عدلا ،

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) .

اخرى - يجوز أن تتولى المرأة القضاء في جميع ذلك ((الخارج)) .

قاعدة - لا ينبغي أن يولي القضاء الا المؤتوق في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه
وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه (عن مختصر الطحاوي) .

قاعدة - لا يولي الحكم الا رجل من اهل الاجتهاد (الروضة) ولا تنعقد
ولاية العامي (الشافعى ومحمد بن الحسن عن الروضة) .

قاعدة - لا يشاور القاضي اذا نزل به المشكك الا أئمتنا عالما بالكتاب والسنّة
والآثار وأقوایل الناس (أي الفقهاء) والقياس وانساب العرب (عن المزني) .

قاعدة - يولي القاضي من جهة الامام .

قاعدة - يشترط في الامام أن يكون ذكرها (وشدت الخارج فأجازت
امامة الانشى) .

(١) يراد بالخارج فى كتاب الروضة ما يراد بالمحاربين فى القانون الدولى
العام المعاصر حين يكسب الشوار صفة المحاربين وذلك قياسا على فرقة الخارج
التي خرجت على الامام على (س) .

قاعدة — اذا عزل الامام القاضي فاحكماته نافذة وقضياته ماضية حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك ◦

قاعدة — اذا ادعى على القاضي المعزول أنه ارتكب في قضائه السابق ظلماً أو تعدياً فالقول قول القاضي المعزول ولا يمين عليه ◦

قاعدة — اذا تظلم من القاضي المعزول متنظمه ، 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 :-
ما هو حقوق الله كالحدود فهو في بيت المال ◦

وما هو حق العبادة فذلك واقع على من حكم له به ، يغرن ذلك المقصي له ، ولا شيء على القاضي فيه ، والمال اذا لم يقدر على رده فيه غرم المثل ، والقيمة والديمة ◦ وان كان قائماً 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 رجلاً واحداً ، ويجوز أن يحكماً رجلين فيما زاد ولهمما أن يخرجاً الحكيمين من الحكم ◦

قاعدة — لا ينفذ الحكم من الحكم على غير الخصم الذي حكمه ◦

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

الختام :

والحاصل فان كتاب روضة القضاة جدير بعنایة الجامعة والباحثين وبأن
يتخد مرجعا للدرس في معاهد الدراسة العالية في الفقه الاسلامي والقانون لكن
ما ذكرناه من مزاياه وفي سيرة مؤلفه ما يصلاح نواعة لمسرحية او رواية سينمائية
تمثل نتائج ذلك العصر ومظالمه وماسيه والصراع بين القوى والطبقات .

ولحسن الحظ فقد عثرت في سفرتي الاخيرة الى الجمهورية التركية صيف
سنة ١٩٦٧ على نسخ اخرى من كتاب الروضة في بعض مكتبات الاستانة فطلبت
من مكتبة السليمانية تصويرها وساواصل تحقيق هذا الكتاب ونشره باذن الله
وتوفيقه ، وساختار من بعد ذلك للنشر ماكتب عن القضاء في أهم مخطوطات
الفقه التي لم تنشر لما ترخر به هذه الفصول من القواعد التي دبرتها يراعة الفقه
الاسلامي كالقاعدة التي قرأتها في مخطوطة شرح الزيدات للاوزجندى 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 لدفع
الظلم وا يصل الحقوق الى أربابها فيحتاط لايئتها ويتحرز عن تعطيلها . ان هذه
العبارة يمكن أن نستخلص منها القاعدة الآتية :-

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

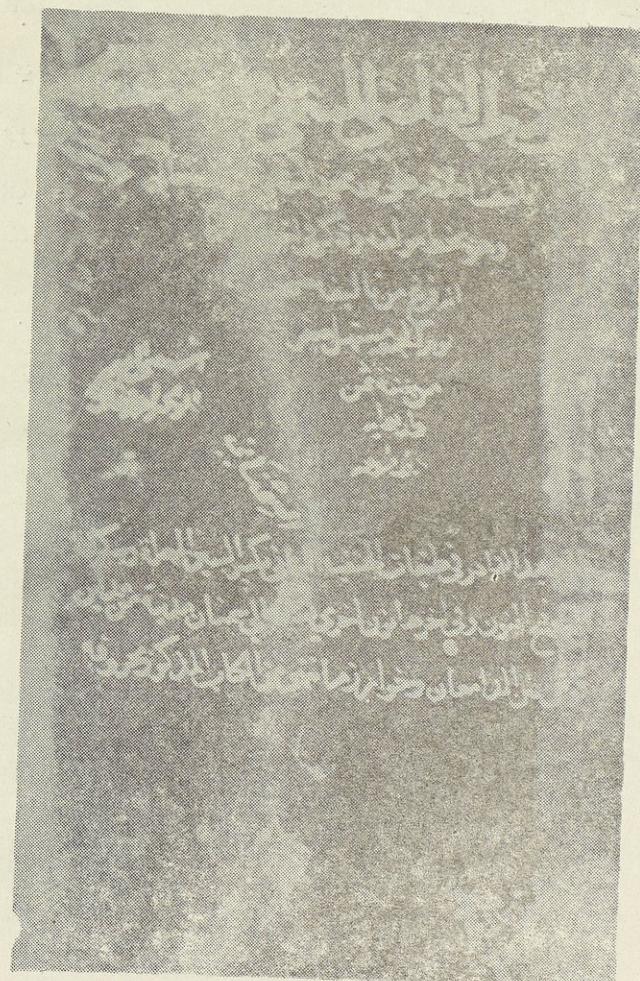
وهذا شيء بما تقرر في القواعد الوضعية أي في فقه الدساتير وقوانين
السلطة القضائية والرافعات من أن القاضي منع من انكار العدالة بحجة عدم
النص كالمادة (٣٠ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩) .

والخلاصة فنحن أمام تراث فقهي دستوري ، قضائي جدير بالعناية والتقدير
والتاريخ .

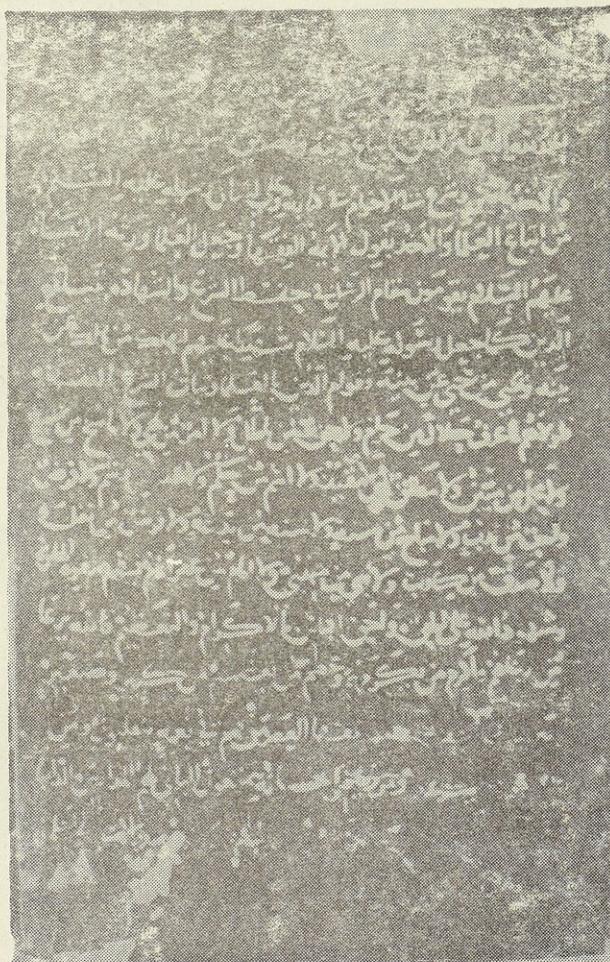
مراجع البحث

- ١ - الجوادر المضيّة
- ٢ - الفوائد البهية
- ٣ - كشاف مخطوطات الاوقاف •
- ٤ - طبقات الفقهاء لعلي القاريء • مخطوط الاوقاف
- ٥ - الكامل لابن الاثير
- ٦ - تاريخ بغداد للخطيب
- ٧ - طبقات الفقهاء للشيرازي
- ٨ - بروكل ٣٧٣/١ 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 وشارحه حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة الشهيد (- ٥٣٦) • منه نسخة خطية بمكتبة الاوقاف برقم ٣٥٠٥ •
- ١١ - لوازم القضاة والحكام في أصلاح أمور الانام لضحاكي (مصطفى بن ميرزا بن محمد بن ياردم السيروزي (١٠٩٠ هـ) مخطوط بمكتبة الاوقاف برقم ٣٩٠٤ •
- ١٢ - معين الحكم فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام للطرايسى القدسي (علاء الدين علي بن خليل) (٨٤٤٠ هـ) • طبع
- ١٣ - معين الحكم على معرفة غواص الاحكام للغزى الدمشقى (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 لذكرى الانصاري (- ٩١٠ هـ) مجموع رقمه ٣٢٠١ (أوقاف) ومجموع آخر رقمه ٣٢٢٣ (أوقاف)
- ١٧ - رسالة في التناقض للملأ محمد الحنفي مجموع رقمه ٣٣٣٨ (أوقاف)
- ١٨ - أدب القضاة لابي يوسف ٠ مخطوط مصور في مكتبة المجمع العلمي ٠
- ١٩ - طبقات الشافية الكبرى للسبكي (تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي الكافي تحقيق محمود الصاحي وعبد الفتاح محمد الحلبي ٠
- ٢٠ - روضة الحكم وزينة الاحكام للقاضي أبي نصر شريح بن عبدالكريم بن الشيخ ابى العباس احمد الرويانى المتوفى سنة ٥٠٥ هـ مخطوط بالمكتبة الظاهرية بدمشق رقمه ٢١٧٤ (فقه شافعى ٢٣٧) ٠
- ٢١ - البداية والنهاية لابن كثير ٠
- ٢٢ - أدب القاضي من الحاوي للماوردي (علي بن محمد بن جيب- ٤٥٠ هـ) تحقيق محىي هلال السرحان ٠
- ٢٣ - أسد الغابة في معرفة الصحابة ٠



صحيفة الغلاف من النسخة المعتمدة



اول صحيفه من النسخه المعتمده

ملاحظتان

ملاحظة : ولا يفوتنا اخيراً أن نشير الى اننا اعتمدنا في تحقيق روضة القضاة نسخة معهد المخطوطات العربية واشرنا في الهوامش الى ما ورد زائداً او مغایراً لها من نسختى منيخ وقلبيج علي باشا *

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

صورة ماجاء في الصحيفة الاولى

من مخطوطات الكتاب

كتاب أدب القاضي المسمى بروضة القضاة^(١)

تأليف

الشيخ الامام العلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد

السمناني

تعمله 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 واربعمائة °
قال عبدالقادر في طبقات الحنفية : السمناني بكسر السين المهملة وسكون
الميم وفتح النون وفي آخرها نون اخرى ، نسبة الى سمنان مدينة من مدن
قومن بين الدامغان وخروارزم °

انتهى من الكتاب المذكور بحروفه^(٢) °

(١) في نسخة منيغ : كتاب روضة القضاة وطريق النجاة °

(٢) في نسخة منيغ : قرأ على قاضي القضاة أبي عبدالله الدامGANI الكبير ،
وينقل عنه في هذا الكتاب اشياء في مواضع .. كما ذكره صاحب الكتاب
في ترجمة أبي عبدالله الدامGANI الكبير °

مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

نصر من الله وفتح قريب ، وما توفيقي الا بالله^(١) ، الحمد لله الذي أمر
الخلق باتباع دينه ، وتصديق رسوله ، وامر بالاقتداء بأحكامه ، والأخذ بما
سن^(٢) وشرع من الاحكام في كتابه وعلى لسان رسوله^(٣) عليه السلام من أتباع
العلماء والأخذ^(٤) بقول الائمه الفقهاء ، وجعل العلماء ورثة الانبياء عليهم السلام ،
يقومون مقام الرسل في حفظ الشرع ، والشهادة بتبلیغ الدين ، كما جعل رسوله
عليه السلام شهیداً عليهم « ليهلك من هلك عن بيته ويحيى من حي عن بيته»^(٥) .

فقوم الدين بالعلماء وثبات الشرع بالفقهاء ، فلو لاهم لما عرف حلال من
حرام ، ولا حق من باطل ، ولا أمر من نهي ، ولا ناسخ من منسوخ ، ولا مجمل
من هبّيان^(٦) ولا مباح من سنة ، ولا سنة من بدعة ، ولا فرض من نفل ، ولا
صدق من كذب ، ولا نبی من متب ، ولا امام من ائم^(٧) ، فهم صفة المخلق ،
وشهود الله على الحق ، وأحق الناس بالاكرام والتعظيم ، فالله يرعى من
رعاهم ويكرم من يكرّهم ويعظم من يعظّهم من كبير أو صغير [وجليل
وحقير ، وحقيـه^(٨) على فقهاء العصر من هم في نعمة يتّقـلـون ومن بحار جـودـه
يـعـتـرـفـونـ وـفيـ رـيـاضـ اـحـسـانـهـ^(٩) يـتـمـعـونـ ،ـ البـانـيـ لـهـذهـ^(١٠)ـ المـدرـسـ ،ـ

(١) في نسخة منيغ بدلـاً من ذلك : وبـهـ الـاعـانـةـ وـالتـوفـيقـ .

(٢) في نسخة منيغ : بما بين .

(٣) في نسخة منيغ : نبـيـهـ .

(٤) في نسخة منيغ : والاقتـادـاءـ .

(٥) الانفال .

(٦) في نسخة منيغ بعد هذا : ولا مطلق من مقيد ولا اسم من حكم ولا حد من
رسم ولا واجب من ندب .

(٧) في النسختين الاخريـنـ : من غير امام .

(٨) في نسخة منيغ : وحفظ .

(٩) في نسخة منيغ : جـودـهـ .

(١٠) في نسخة منيغ : لهم .

والذاب عنهم في المجالس والمكرم لهم عند السلطان ، والمقرب لهم في كل مكان صدر الاسلام وال المسلمين^(١) نظام ملك و قوام^(٢) الدين العادل العالم المنصور المظفر الذي من اسمه شتق الاسماء ، ومن افعاله تتلقب^(٣) ومن طهارته تقدم وهو أبو علي الحسن^(٤) بن علي بن اسحق رضي أمير المؤمنين رضي الله عنه^(٥) واعلا ذكره .

ولما كانت نعمة عندي جسيمة وأيديه عظيمة ، أحبت أن أودع ذكره كتابا يحتاج اليه العلماء وال المتعلمون ، وال خاصة وال العامة ، ولا يستغنى عنه في أدب الفقه على جميع مذهب الفقهاء ، القبه من لقبه وأرسمه^(٦) من أدبه ، وأودعه من تقول^(٧) علمه .

اسمه روضة القضاة وطريق النجاة ، الناظم للشرع والمقيم للدين ، وأودعه ما لا يوجد لأحد تقدم من العلماء في كتاب في هذا الشأن ، فقد صنف في ذلك كتب كثيرة كالذى صنفه الخصاف والطحاوى ، والاصطخري ، ومحمد بن الحسن [الشيباني] وسائل شروح الصالحين^(٨) فمنهم من أطال ، ومنهم من قصر ، ومنهم من قدم مالا يحتاج اليه ، ومنهم من آخر ، 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 المقصى له ، وذكر المقصى عليه ، وذكر ما يقع

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

(٢) في نسخة منيخ : قوام الدين .

(٣) كذا أيضا في نسخة منيخ ولعلها تتلقف .

(٤) في نسخة منيخ : الحسين .

(٥) في النسختين بعد ذلك : واعز نصره .

(٦) في نسخة قليع علي باشا : ومنيخ : اسمه .

(٧) في نسخة قليع علي باشا : ومنيخ : فنون .

(٨) في النسختين : شيوخ الطائفتين .

(٩) في نسخة منيخ : مما .

[القضاء به^(١) من الامور كالبينة وعلم القاضي وما يمنعه^(٢) وذكر ما يقضي
 به^(٣) وذكر ما يجوز أن يقضي به مالا يجوز أن يقضي به ، وذكر الاذمان
 والأمكنة في القضايا والشهادات^(٤) مما^(٥) لا يوجد لاحق قد جمعه في كتاب لجميع
 من تقدم من العلماء فأما من تأخر فلا علم لنا به ، وبما يكون منه
 وأنا أرتب أولاً عدد الابواب في كل فصل ثم أرجع واشرح الحال في كل
 باب^(٦) ، واستوفي ما فيه من الفصول ، وأحكي في كل فصل ما هو متყق عليه ،
 وما هو مختلف ، وما يجب أن يفعل في المنازعات والدعوى والبيانات والإيمان
 وكيفيتها ، والنكول وكيفيته وموضعه ، وسائر ما يتبع ذلك . وأنا أسأل الله تعالى
 تسهيل هذا الذي قصدت إليه ، ويسيره على التوفيق والسديد وأن يصلى على
 محمد النبي وآلها وأصحابه ، ويرحم جميع العلماء من جميع أمته ، آمين
 رب العالمين .

(١) من النسختين الاخريين .

(٢) في نسخة منيغ : وما يتبعه .

(٣) في النسختين : وذكر صفة المقضي به .

(٤) في نسخة منيغ : وتاريخ الشهادات .

(٥) في نسخة منيغ : ما .

(٦) في نسخة منيغ : واشرح الباب في كل حال .

تعداد موضوعات الكتاب باب صفات القاضي وشروطه

وهذا باب ما يختص بالقاضي من الصفات والشروط والاحكام

وهو يشتمل على أبواب وفصول :-

منها اعتبار الذكرية •

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 يشتراك فيها الوالي [والمولى] •

ومنها ولایة الخوارج للقضاء وما قيل في ذلك •

ومنها اذا « حكم » الرجال حكما •

ومنها جواز الدخول في القضاء وذمه وجواز [أخذ الرزق على] القضاة

وحكم الرشوة عليه ، ومنها « احوال » القاضي التي يقضى فيها وما يتفرع عليها ،

ومنها دخول البلد الذي وليه ، وما يفعله وما يستحب له ويكره ، وفصول ذلك •

ومنها كيفية جلوسه وأحواله والمكان الذي يقضي فيه « وما يكره له ويستحب

ويقضي به » •

ومنها قبض ديوان الحكم وتسلمه •

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

باب أعون القضاة

- ومنها ذكر كاتب القاضي وما ينفي أن يكون عليه من الصفات .
- ومنها ذكر حاجب القاضي .
- ومنها ذكر وكلاء القاضي وما يجب عليهم .
- ومنها ذكر أعون القاضي وأتباعه والمحضرین .
- ومنها ذكر أصحاب امسائله عن الشهود .
- ومنها ذكر صاحب الحبس الذي يكون عليه .
- ومنها ذكر بـواب 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 يبطل ولایة القاضي .
- ومنها موت القاضي والامام .
- ومنها عزل القاضي وخلع الامام .

ومنها معاملة القاضي والامام في ماله ومال غيره ويدخل في هذه الجملة
قصول كثيرة وخلاف كثير وسائل جمة ، تراها في هذه الابواب ان شاء الله .
فهذه الابواب جملة ما يقع «الكلام» فيها في القاضي وطريق لا يتموا حواله .

باب المقضى له

فاما ما يقع في المقضى له ، وهو لمدعي فهو على^(٢) أبواب منها من المدعي
والصفة التي يكون عليها ومنها جواز العدوى بقبول المدعي .

(١) الجلواز ههنا بمعنى الشرطى القضائى .

(٢) في نسخة منيغ : 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 عليهم •
 ومنها دعوى العبد والمكاتب ومن فيه ورق •
 ومنها دعوى الغير عن الغير ، ويشتمل على أبواب :
 منها دعوى الولي للصغير •
 ومنها دعوى الوكيل لغيره •
 ومنها دعوى الامين •
 ومنها دعوى الوصي للطفل والميت •
 ومنها دعوى الشريك والدعوى عليه •
 ومنها دعوى المضارب والدعوى عليه •
 ومنها دعوى المولى عن العبد •
 ويدخل في هذه الجملة فصول كثيرة وسائل جمة سنراها عند التفصيل في
 ذكر ما يجوز القضاء فيه ، وما لا يجوز •

باب المقصى عليه

فاما الكلام في ذكر المقصى 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 •

نسخة منيغ : الدعوى والصواب ما ثبتناه من النسخة المعتمدة والعدوى
 طلبك الى وال ليعديك على من ظلمك اي ينتقم منه يقال استعديت الامير على
 فلان فأعداني اي استعننت به عليه فأعانتني • 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 وتنبأ ويدخل في هذه
 الجملة فصول كثيرة ومسائل جمة نراها في مواضعها ◦

باب ما يقع القضاء به

فأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبينة وعلم القاضي والاقرارات
 والایمان فيشتمل على جملة من الابواب نحن نرتباها ونقسمها ◦
 منها الكلام في الشهود ◦
 منها الكلام في عدد الشهود ◦
 ومنها الكلام في صفة الشهود ◦
 ومنها ما يقبل فيه شهادة النساء خاصة ◦
 ومنها الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة ◦
 ومنها الموضع الذي تقبل فيه شهادة الرجال والنساء ◦
 ومنها ما تقبل فيه شهادة العبد ◦
 ومنها ما يقبل فيه من ظاهره العدالة ◦
 ومنها ما يقبل فيه قول الناس ويصبح به ◦
 ومنها ذكر الشاهد واليمين وما يقضى به فيه ◦
 ومنها ما يقبل فيه^(١) الاستفاضة ◦
 ومنها الشهادة وما يعبر في جوازها وطريق حصولها ، والتزكية وشروطها
 وطريقها ◦
 ومنها ما ترد به شهادة الشاهد ◦
 ومنها ذكر الشهادة على الشهادة ◦
 ومنها الموضع الذي يقبل ذلك فيه ◦

(١) في نسخة منيغ : وذكر ما يقبل فيه ◦

ومنها عدد شهود الفرع في موضع قبولها ، وما يلحق بذلك النكول عن
 اليمان اذا وجهت اليدين ◦
 ومنها الموضع الذي يقضي فيه بالنكول ◦
 ومنها كيفية القضاء بالنكول وفصوله ◦
 ومنها اليدين وما يجب في معرفتها ◦
 ومنها صفة اليدين وكيف يختلف ◦
 ومنها مالا يجب فيه اليدين وما لا يختلف عليه^(١) ◦
 ومنها الموضع الذي يختلف فيه على البت^(٢) والعلم ◦
 ومنها رد اليدين ، والموضع الذي ترد^(٣) فيه ◦
 ومنها اقامة البينة بعد اليدين ◦
 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

فاما الكلام في المقضي فيه فيشتمل على أبواب كثيرة ومعان جمة منها اقوال
 ومنها أفعال ، فاما الاقوال فيقع القضاء فيها بما يلزمـه^(٤) تملك المال ، ومنها
 ما يلزمـه^(٥) عقوبة ، فالاول العقود كلها ، والاقرارات والايقادات^(٦) وكل
 ما طريق ثبوته القول ◦

(١) في نسخة منيغ : فيه ◦

(٢) البت : القطع ◦

(٣) في نسخة منيغ : لا رد ◦

(٤) في نسخة منيغ : يتبعه ◦

(٥) في نسخة منيغ : يتبعه ◦

(٦) في نسخة منيغ : (والايقادات) وهو غلط ◦

ونحن نرتّب هذه الأبواب والكتب على هذا النحو ، بخلاف ترتيب الكتب في
 الخلاف والمذهب^(١) ، ونبين تعلق بعضها ببعض ، فنبدأ بما طرّيقه القول إلى العقود
 والأقرارات فأول ذلك النوع : الرهن والتفليس ، الحجر ، الضمان والكفالة ،
 الحوالة ، الإجارة ، المزارعة ، المسافة ، الهبة ، العارية أحياء الموات . الشركة •
 المضاربة ، المأذون ، الوديعة ، الوكالة ، الوصية ، الأقرارات • الصلح • الوقف •
 القسمة ، الشفعة ، النكاح ، الصداق ، القسم ، الرضاع • المخلع • الطلاق •
 الرجعة^(٢) ، الإيلاء ، الظهار ، اللعان ، النفقات ، العناق • المكاتبنة • التدبير •
 الاستيلاد • الإيمان • الجنایات^(٣) قتل أهل البغي ، المرتد ، الحصول ، السيرة ،
 الغنيمة ، الغصب + الأكراء • الحدود • الزنا والقذف • السرقة وقطع الطرق •
 الأشربة والاطعمة والضحايا والصيد ، والذبائح والسبق ، والرمي ، اللقطة ،
 اللقيط • المواريث • أبواب شتى مختلفة الوضع^(٤) ، وباب يذكر فيه من ولـي
 القضاء إلى هذا الوقت •

فهذا ترتيب الكتب ٠٠

وأنت تجد في كل كتاب من المسائل والأبواب والفصلـات مـا لا تجـدـه في غير
 هذا الكتاب مـجمـوعـا ، وـنـحـنـ نـبـتـدـيـءـ بـمـاـ رـتـبـنـاـ أـوـلـاـ ، وـنـسـيـوـقـ الخـلـافـ
 وـالـوـفـاقـ الـوـاقـعـ فـيـ آـنـ شـاءـ اللهـ «ـتـعـالـىـ»ـ •

(١) يقصد بالخلاف كتب علم الخلاف وبالمذهب منهـبـ هو أي المذهب الحنفي .

(٢) في نسخة منيغ : العدد ، الرجعة •

(٣) في نسخة منيغ : وأما الأفعال (فتـشـمـلـ) الجنـايـاتـ والـديـاتـ •

(٤) تختلف النسخ جميعـهاـ في ترتـبـ هـذـهـ المـوـضـوـعـاتـ •

الكتاب الأول

التنظيم القضائي

١ - صفات القاضي

وشروطه

١ - اعلم ان الكلام في هذا الباب يجب أن نعلم أولاً 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 اشتقت منه لفاعله اسم ، وكذلك الحكم^(٢) .

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

(١) القضاء لغة الاتقان والاحكام وهو في الشرع فصل الخصومات (تبين الحقائق للزيلعى ١٧٥/٤) . وفي كتاب سبل السلام للصنعاني ان القضاء في الشرع هو الولاية المعروفة ، وهو في اللغة مشترك بين احكام الشيء والفراغ منه ، ومنه فقضاهن سبع سموات ، وبمعنى امضاء الامر ، ومنه وقضينا الى بنى اسرائيل ، وبمعنى الحتم والالتزام ، ومنه وقضى ربك الا تعبدوا الا آياته . وفي الشرع الزام ذى الولاية بعد الترافق ، وقيل هو الامر بحكم الشرع في الواقع الخاصة لمعين او جهة ، والمراد بالجهة كالحكم لبيت المال أو عليه . (سبل السلام ٤/١١٥) .

(٢) الحكم : القضاء ، وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما . وحكم له وحكم عليه . والحكم أيضاً الحكمة من العلم ، والحكم بفتحتدين الحاكم ، وحكمه في ماله تحكيمًا اذا جعل اليه الحاكم فيه ، فاحتكم عليه في ذلك واحتكموا الى الحاكم وتحاكموا بمعنى . والمحاكمة المخاصة الى الحاكم (مختر الصلاح) .

والحاكم نائب عن الله في أرضه ، في انصاف المظلوم من الظالم وایصال الحق الى المستحق ، ودفع الظلم عن العباد ، والامر بالمعروف والنهي عن المنكر . (تبين الحقائق للزيلعى ٤/١٧٥) .

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

قيل ان معنى ذلك أنه أمر

وقال :

« فقضاهن سبع سموات في يومين »^(١)

قيل خلق

وقال :

« والله يقضي بالحق »^(٢)

يعني يحكم

وقال :

« وقضينا الى بنى اسرائيل في الكتاب »^(٣)

قال اعلمهم بأضافة القضاء الى نفسه ، وتمدح بهذا الاسم وذكره في عدة

مواضع مضافا اليه ، وقد اضاف الحكم اليه فقال :

« والله يحكم لا يعقب لحكمه »^(٤)

وأمر أبنائه عليهم السلام بالحكم بما أنزل ، ونهام عن الهوى وأمر
باتباع ما في التوراة والإنجيل ، وحث نبيه على + الحكم بما أنزل اليه ، وجعل
ذلك مهيمنا على ما أنزل على غيره فقال :

« وان حكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع اهوائهم واحذرهم ان يفتونك 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

مساوئ؟

(١) السجدة ١٢

(٢) الرعد (٤٣)

(٣) المائدة

(٤) (المائدة ٥١)

فمنهم من قال :

ان اسم القاضي أشرف في اللغة ◦

وامنهم قال بالعكس من هذا ◦

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

ورايت كثيرا من القضاة يكره أن يخاطب بالحاكم ويائس في القاضي ◦

وكان شيخنا فاضي القضاة ابو عبدالله رحمه الله يتذلل ابدا هذا الاسم

يعني الحاكم ويلح على الخطاب بالقاضي ، ولا أعلم هل قرأ ماصنف في الفرق

بينما ام لا ، او يقوله شهوة ولا شك انه اسم مدح ◦

شرف رتبة القضاء

٥ - والقضاء رتبة شريفة ، ومنزلة رفيعة لا منزلة فوقها بين المنازل ، ولا رتبة اوفا منها اذا اجتمعت شرائطها وحصلت في القاضي ما يفتقر اليه من الخصال ، لأنها التي تولاه الله تعالى بنفسه ، وبعث بها رسلا عليهم السلام ، وتولاه 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 لرسالته صفة كل عالم ورئيس كل جيل وافضل اهل كل زمان ، كما قال تعالى :

ولقد اخترناهم على علم العالمين^(١) ◦

وقال تعالى :

الله اعلم حيث يجعل رسالته^(٢) ◦

وقال تعالى :

الله يصطفى من الملائكة رسلا ومن الناس^(٤) ◦

وقال :

(٢) الدخان ٣٢

(١) المائدة ١٢٤

اولئك الذين هداهم الله^(١) •

وقال :

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

وقال :

كل من الاخيار^(٣) •

٦ - فلا ينبغي أن يختار الا من يغلب على الظن انه أوفي مختار ، واكميل انسان •

شرائط تولي القضاء

٧ - فمن الشرائط التي لابد منها في الحكم أن توجد : أن يكون ذكرا بالغا ، ويكون عاقلا ، لأن بالبلوغ يخرج من الصبا وبالعقل يصير مكلفا • لأن من ليس بعاقل فهو مولى عليه كالجنون 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 نعلم^(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) وتمام 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 ، لأن الفاسق لا يقبل قوله^(١) ، وقد أمر الله

بالتوقف في قوله ، بقوله :

« يا أيها الذين آمنوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبْأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تَصْسِيوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ »^(٢)

ولأنه متهم في الحكم لئلا يجوز^(٣) .

١١ - وخالف في جواز ولایة النساء للقضاء والحكم ، فقال أبو حنيفة

وسائر أصحابه : يجوز أن يلعن القضاء فيما يجوز أن تقبل شهادتهن فيه وحدهن

أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص لأن شهادتهن لا تقبل في ذلك .

١٢ - وقال الخوارج يجوز ذلك في الجميع .

١٣ - وقال الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء لا مدخل للنساء في ولایة

القضاء والحكم بحال .

١٤ - فأبو حنيفة جعل تضاعفها بمنزلة شهادتها . قال : وقبول قولها في الشهادة

على غيرها كقبول حكمها على غيرها لأن في الشهادة معنى الولاية .

والشافعي يقول : لو جاز قضاوها في الاموال لجاز في الحدود والقصاص

كالرجل ، ولجاز أن تكون اماما للجماعة .

وقيل له : الحدود لا تقبل شهادتها فيها . ويجوز أن يقضي من لا يكون

اماماً كغير قريش من الناس .

(١) ماذكره السمناني من كون الفاسق لا يصلح قاضيا هو ماروى عن علماء الحنفية الثلاثة في النواذر كما جاء في تبيين الحقائق للزيلعي . ولكن هذه الرواية ليست هي الظاهر من المذهب الحنفي ففي الكنز أن الفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة الا أنه لا ينبغي أن يقلد ، ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا ينزعز ، ويستحق العزل ، وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا (١٧٥/٤ منه) . وفي تبيين الحقائق (٤/١٧٥) « قال بعض مشايخنا : اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو اقلد وهو عدل ينزعز بالفسق لأن 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 رصيماً ووكيلاً وفاسماً وأميناً وإنها كالرجل فيسائر العقود والحدود وإنها أولى من الرجل بالحضانة والتربية ، وإنها يقبل قولها فيما لا يطلع عليه الرجال ولا يقبل قول الرجال في ذلك . واتختلفوا 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 بالغاً عاقلاً صالحًا ورعاً حراً مسلماً عدلاً له تميز ورأي في ولابته ، حتى يكون عالماً لأن العلم للقاضي كلاماً بالنسبة لسائر الصناع .

أنواع العلوم الشرعية

- والعلم علماً :-

علم الأصول وعلم الفروع .

١٨ - فعلم الأصول هو علم التوحيد وما يجوز على الله تعالى وما لا يجوز عليه، وعلم النبوات ونسخ الشرائع واقامة الدلائل على ذلك ، وابطال أقوال مخالفي آئلة والقائلين بنفي الصانع + والطبائع والناسخ ، والفرق بين المعجزة والشبيهة ، وطريق هذا العلم إنما هو سلامة الحواس ، وكمال العقل والتفكير في الموجودات ، ومتى اختل طريق معرفتها أو دخل في ذلك ليس لم يحصل للإنسان علم بذلك . وللهذا اتفقت الشرائع كلها في ذلك ولم يختلف فيها التكليف بل سوى فيها بين الرسول والمرسل إليه ، والحر والعبد ، والذكر والأنثى ، وال العامة والعلماء ، واستوى في ذلك التعبد فيسائر 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 ، وانختلف فيه من التكليف بين المسافر والمقيم ، والمريض والصحيح ، والحامل والحاصل والحاصل والطاهرة والذكر والاشي ، والحر والعبد ، والصغرى والكبير ، والعاقل والجنون ، والمركره والنطاع ، والذذكر والناسي ، والقادص^(١) والهازل ، ومختلف الاحكام باختلاف احوال الانسان ، ويجوز عنه النيابة في بعضها وفي بعضها لا يجوز ، وفي بعضها يلزم الحكم لغير الفاعل ولا يلزم الفاعل ، وفي بعضها يشترط كأن ، وفي بعضها لا يجب شيء أصلا ، وفي بعضها يستوفي المثل وفي بعضها تستوفي القيمة ٠

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 قضاياها^(٢) + و بت 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 سلامه 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 مبقاء على ما كانت عليه في اللغة ٠ ويعرف بعد ذلك الاوامر والنواهي ، وينميز بين ذلك بما وضع للتمييز بينها ، ويعرف العموم والخصوص وما يستعملان عليه من الاحكام ، كما يعرف أنواع الامر والنهي ومسائلهما ٠

(١) في نسخة منيغ (والفضل) ولا محل لها اذا يختل نسق الجملة معها ، وتقابل الاضداد والمراد بالقادص من له قصد صحيح الى ما يوقعه من التصرفات والعقود فهو بذلك يقابل الهازل والمركره ٠

(٢) في نسخة منيغ : (في فصلها) ٠

(٣) المجاز : خلاف الحقيقة ولا يصار الى القول به الا اذا تعذر اعمال الحقيقة (أنظر في الحقيقة والمجاز كتاب الاحكام في أصول الاحكام للإمامي : سيف الدين ابي الحسن علي بن ابي علي بن محمد - ط القاهرة ج ١ ص ٢٧ وما بعدها)

ويعرف المجمل والمبين وحدهما وما يتعلق بهما من المسائل المتفق عليهما
وال مختلف فيها ، ويعرف المطلق والمقييد ، وما يقيد الكلام وحدهما ويعرف الاستثناء
في الكلام ، والصفات الداخلة عليه . ويعرف الناسخ والمنسوخ ، وما يجوز نسخه
ومالا يجوز من الأحكام ، وما يجوز نسخ حكمه وتبقية رسمه ، وما لا يجوز من
ذلك . ويعرف الاخبار التي هي الطريق إلى اعترافه هذه الجملة وتفصيل احكام
الاخبار وأنواعها ومسائلها . ويعرف الاجماع وحده ومسائله ، وما هو حجة فيه ،
وما ليس بحجة منه ، ويعرف بعد ذلك الافعال وأحكامها وتفاصيلها «واقسمها» +
ويعرف القياس وحده وسائله وابوابه وفروعه وشروطه .

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

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

وسندين فيما بعد تفصيل هذه الابواب عند ذكر صفة المجتهد والوالي والمولى .
٢١ - فإذا كان القاضي جاهلا بهذه الجملة فجهله بالتفصيل اعظم ، والبلية
به أشد ، لاسيما إذا اختصما في المعاملات والمواريث والمسائل المشكلة في الفروع
التي يتجاد بها شبه الأصول .

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

- بكتاب الله .

قال :

- فإن لم تجد في الكتاب ؟

قال :

- اطلبه في السنة .

قال :

فإن لم تجد ؟

قال :

- اجتهد رأيي ولا آلو^(١) •

قال عليه السلام :

« الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي الله ورسوله »^(٢)

فذكر وجوه الحكم •

فمن لا يعرف الكتاب وما فيه ، ولا السنة وما فيها ولا الاجتهاد وما فيه

فبأي شيء يحكم ؟ والى أي قول يذهب

٢٣ - وقد كانت الصحابة رضي 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 : لايفتي أحد بمكة غير عطاء بن أبي

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

وفي المدينة مالك بن أنس •

٢٥ - واذا نظر الى + قضاة الصحابة والتابعين رضي الله عنهم رأيت العجب ،

وانهذه الجملة لابد من ذكر من ولي القضاء في زمن النبي صلى الله عليه وسلم

وبعده في باب اختسم به الكتاب أن شاع الله تعالى في فصل أحکى فيه الفاظ المصنفين في هذا

الباب (و) ما قالوا على جملتها ان غير تحرير ، ثم أحکى الخلاف بعد ذلك من اين

دخل عليهم ، والشبهة من أي وجه عرضت :

٢٦ - فحکی الطحاوی في مختصره^(٤) من غير خلاف ذكره انه قال :

(١)

(٢) تلخيص العجيز رقم ٢٠٧٦ وذخائر المواريث رقم ٦٢٩٨ •

(٣) من فقهاء التابعين واسم أبي رباح اسلم ، وكان مفلل الشعر اسود افطس

أشيل اعور ثم عمى ، وكان مولى فهر أو جمع • مات سنة ١٥/١١٤ هـ وهو

ابن ثمان وثمانين ، وكان من اجلاء الفقهاء •

قال ابراهيم بن عمر بن كيسان انبني أمية كانوا يأمرؤن بالحج صائحا

يصبح :

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

(٤) ص ٣٣٢ من مختصر الطحاوی •

ولا يولي القضاء^(١) الا الموثوق به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه ، ولا يولي صاحب رأي لا علم له بالسنة والاحاديث ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه ، ولا ينبغي^(٢) أن يقتني الا من كان هكذا ، الا أن يقتني بشيء قد سمعه *

فصل

٢٧ - ومن أصحابنا من قال لا يولي 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 «ما لا يعلم ثبوته لا يقاس عليه ولا يستدل به *

قال : وهذا القدر ، يعني عن أن يقول لابد للمقاييس أو المستدل بهذه الاصول على الاجتهاد أن يكون عالما بالناسخ والمنسوخ والخاص والعام والحقيقة والمجاز + والمحكم والمتشبه ، وجميع ما عدنا فيما تقدم ، لانه لا يمكن عالما بشيء من ذلك حتى يعلم جميع الاقسام المتقدمة . لانه اذا لم يعلم الناسخ لم يمكنه أن يعرف حكم الطارئ الذي هو ثابت في الشرع *

٢٨ - وقد طول الجماعة الكلام في ذلك ، واحصر ما يمكن أن يقال أن يكون عارفا بالخطاب^(٤) وما يتفرع عليه ويستفاد به ، والافعال وما يتفرع عليها ويستفاد حكمه بها ، أو يرجع الى هذين الاصطرين . فهذا احصر ما يمكن . ويدخل فيه جميع ما ذكرناه (والحمد لله) *

(١) في المختصر المطبوع : ولا ينبغي أن يولي القضاء *

(٢) أصل العبارة في المخطوط المعتمدة : ولا ينبغي له وما ذكرناه موافق لما في نسخة منيغ *

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

(٤) أي خطاب الشارع في المصطلح الاسلامي والقاعدة القانونية في المصطلح الحديث في اتفاقه الغربي *

فصل

٢٩- والمحكى في الخلاف عن أصحابنا أنه يجوز أن يكون القاضى عامياً ، ويرجع إلى أهل العلم فيعلم بما يفتون به ، لأن الخصاف قال في أدب القضاء :

« وان كان القاضي لا تمييز له بعد ذكره لما يقضى به ، وتفضيله بما سند كره فيما بعد ان شاء الله فأخذ بقول الفقيه رجواناً أن لا يكون عليه شيء »^(١) .

٣٠- وقال الشافعى وغيره من العلماء وهو قول محمد بن الحسن : لاتعتقد ولایة العامي ، ولا يجوز لأحد أن يستفتني غيره ويحكم به على غيره • وليس ذلك لأحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم •

٣١- قال في كتاب المزنى^(٢) في أول باب : « ولا يشاور اذا نزل به المشكك الا أمنيا عالما بالكتاب والسننة 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 ، او بدلالة عليه او 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 : اذا اشکل عليه شيء فشاور في ذلك رجالاً فقيها واحداً ، فهو في سعة أن يأخذ بقوله ، اذا لم يكن للقاضي في ذلك رأى » .

(٢) هو أبو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى من أصحاب الشافعى ولد سنة ٢٧٥ هـ وتوفي سنة ٣٦٤ وقد صنف في مذهب الشافعى : المبسوط والختصر والمنتور والوسائل وكتاب الوثائق ، ثم تفرد بالمذهب وصنف كتاباً مفرداً على مذهب لا على مذهب الشافعى (صفات الشافعية للمصنف ص ٥) ولعل المقصود بالاشارة إليه في روضة الفقهاء هو الكتاب الأخير .

(٣) يلاحظ أن قوله عالما بأقاويل الناس ينصرف إلى اختلاف الفقهاء وبهمة الاشارة إلى ضرورة احاطته عالما باقضية القضاة في عصر الاجتهد المطلق أما السمرقندى في خزانة الفقه فقد كان ادق عبارة حين اشترط علمه بسيرة من مضى قبله من القضاة والفرق بين العبارتين مرجعه إلى تغلب الفقه على القضاء في عصر السمنانى (انظر خزانة الفقه لابن الليث السمرقندى ص ٣٩٩) .

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

٣٢ - (قال الشافعي) ^(١) : وان لم يكن في (عقله) ^(٢) ماذا اعتد القياس عقله ،
و اذا اسمع القياس ميزه فلا ينبغي أن يقضي ولا لاحد ان يستقضيه » .

٣٣ - اعلم ان ما اعتمد الشافعي رحمه الله لا يوجد لاحد في الدنيا على ما قال ، وانما العمل اليوم في الولادة على ما ذهب اليه اصحابنا ، وان كان ما قاله اذا وجد اولى وأصوب لأن الله تعالى قال : « فاسألو أهل الذكر ان كتم لا تعلمون » ^(٣) و اذا حكم بقول أهل الذكر فقد أدى ما وجب عليه لأن فصل القضاء فرض توجه عليه فعله فهو كما لو استقى في حق نفسه وما يوجه عليه من الحكم ولا خلاف بيننا أنه يقلد في حق نفسه ، وهو يقول قال الله تعالى :

« وان احکم بینہم بما انزل الله » ^(٤) وهذا أمر للحاكم لا لغيره ، ولانه لا يجوز أن يكون مفتيا ، فلا يكون حاكما كالكافر والصسي ولأن العلم رأس مال المحاكم والله له ، فكيف يصح عمل من لا آلة له ، وهذه الجملة نكتة المسألة وأبوحنيفه جعل حكمه كشهادته ، فإذا وجدت جميع الشرائط في المحاكم من المولى للحكم وهذا باب يذكر فيه صفة المولى وما يجب أن يكون عليه من الشرائط « والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمثاب » .

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

(٢) من نسخة منيغ وفيها : « وان لم يكن في عقله ما اذا اعتد القياس عنده (٣) المائدة ٤٩ .

فصل

ما يجب أن يكون عليه الامام من الشرائط

٣٤ - أعلم ان القضاء لا يجوز ان يواه القاضي من جهة العوام ، وانما يواه من جهة الامام ، فيجب أن تذكر صفة الامام ، وطريق امامته فنقول ان كل صفة اعتبرت في القاضي من الذكورة^(١) والعقل والبلوغ والصلاح والورع + والعدالة والامانة والعفة فهي معبرة في الامام الاعظم ٠

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 قضاوته اماما ، لأن القضاء رتبة انتص من الامامة ، كما أنه يجوز أن يكون الملك رسولا ، ولا يجب أن يكون الرسول ملكا ، وكلنبي فهو امام ، وليس كل امام نبيا ٠

٣٦ - فشروط الامامة ضربان : أحدهما أن يعلم بالشرع ، والآخر يعلم بالشرع والعقل جميعا ، فالاول نحو أن يكون من قريش او من قبل مخصوص منها ، وهذا ائما يعلم بالشرع ، وما يعلم شرعا وعقلا فهو ما لا يتم الفرض بالامامة الا به ، ونحن نذكر ما فيه من الخلاف : منها أن يكون عالما بأصول الدين ، ومن أهل الاجتهاد في فروعه ليتمكنه حل الشبه^(٢) وارشاد الصال وفتيا المستفتى والحكم بين الخصوم ، وهذا شرط عليه سائر فرق المسلمين في اعتباره من الفقهاء أصحاب أبي حنيفة والشافعي وممالك وسائر المختلفين ، وعليه جماعة فرق المتكلمين على اختلاف مذاهبهم لا يعرف بينهم خلاف في ذلك ٠

٣٧ - وقال بعض اهل العلم في عصرنا وهو شيخنا أبو علي محمد بن أحمد ابن الوليد^(٣) رحمة الله ان اعتبار العلم بما ذكرناه يؤدى الى ان لا يصح لامام امامه في العصر ، بل يجب أن يكون له بصر^(٤) وعقل ورأي ويقوى كل

(١) في نسخة قليج ومنيغ : الذكورية ٠

(٢) في نسخة منيغ : الشبهة ٠

(٣) انظر المقدمة ، ص ١٧ الهاشم (٢) ٠

(٤) في نسخة قليج (تمييز) ٠

فريق في الاصول والفروع « ويتولون ذلك عنه » كما يتولاه بنفسه ، ولو للفناه العلم بذلك مع ضيق الزمان وكثره الاشغال لادى ذلك الى انقطاع زمانه ، وفوات تدبير امور الخلق ^(١) ، لأن العلم كثير ووسائله صعبة ، ولا يكاد يجتمع جميع العلوم في الشخص الواحد الا نادرا شادا ، ويجتمع مجموع العلوم في الاشخاص فاذا احتاج الى نوع من ذلك رجع الى اهله ، وفاس ذلك على القضاء ، وعمل في ذلك مثله على طريق التقدير ، ان احدا من العلماء الماضين لم يكن ملما بجميع العلوم ، وتفصيل الجملة التي ذكرناها مع معرفة الفروع اجمع ، ولكن قوله يؤدي الى ان يكون كل من قام بما ذكره يجوز ان يكون اماما ٠

والاجماع من الجمهور بخلافه على أن الامام ائمما يكون واحدا في العصر ، والقضاة كثيرون ، فيتحقق أن تعتبر في الواحد جميع الشرائط ، ومنها أن يكون ذلك رأي وسياسة ليذر السلم وال الحرب ، ويوضع الامور مواضعها فيلين في موضوع اللين ، ويشتمد في موضع الشدة ، ومنها أن يكون شجاعا حتى لا يجبن في اقامته الحدود ، ومقاومة أهل الحروب ٠ ومنها أن يكون في ظاهرة ^(٢) عدلا غير فاسق ، لانه ابن فسق بوجه من وجوه الفسق لم يوثق بعلمه ^(٣) ، ولم يؤمن أن يحيف في الاحكام ، وان يجيئ ما لا يستحقه من المال ويصرفه الى من لا يستحقه لانه أمين فيما يأخذ ويعطي فإذا كان فاسقا لم يؤمر أميرا ^(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 - منها ان يكون ذكرا ٠
ومن المخوارج من اجاز اماماة المرأة ٠

(١) في نسخة منيغ : الجيش ٠

(٢) في النسختين (في ظاهر أحسن) ٠

(٣) في النسختين (بعد الله) ٠

(٤) في النسختين (لم يكن أمينا) ٠

والجمهور من الناس وال المسلمين على خلافه و كيف تصلح لهذا الامر ،
العظيم ، وهي لا تصلح لصلة الرجال ، وقد قال عليه السلام :
ـ ما أفلح قوم ولی أمرهم امرأة ٠

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

ـ اطعوا ولو ولی عليكم عبد اجدع ٠

وهذا لا يصح ، لأن العبد مشغول بمنافع مولاه ، ولا تکاد النفوس تنقاد له
ولا ترجع اليه ، وليس من حيث جاز ان يكون اميرا يجوز ان يكون اماما ، لأن
الامير يتصرف من قبل الامام فهو كتصرف الامام ، وزلامام يتصرف من جهة نفسه
فيجب ان يكون مالكا لنفسه ٠

شرط النسب

٤٠ - ومنها ان يكون قرشيا ، ومن اصحاب الحديث ومن المخوارج من لم
يشترط ذلك ، وهو مذهب جماعة من المسلمين^(١) قالوا لأن عمر بن الخطاب
رضي الله عنه لما عين اصحاب الشورى بحضورة المسلمين قال لهم :

ـ لو كان سالم حيا ما خالجني فيه^(٢) شك ٠

ـ لو كان سالم حيا ما خالجني فيه^(٢) شك ٠
و سالم مولى امرأة ابى حذيفة ٠
و لم ينكر عليه احد من الحضور ٠
وحجة الجمهور قوله عليه السلام :

(١)

(٢) في نسخة منيغ : (ما تبالجني فيه) وهذه الصيغة وردت في العثمانية
للحافظ (ص ٢١٧ منه) ٠

(٢) وفي مقالات الاسلاميين للاشعري (ص ٤٦١) ان المعنيين بذلك هم جماعة
من المعتزلة وقد حکى الجاحظ في العثمانية رأى هذه الجماعة واورد
حججها النقلية والعلقانية ومنها حديث عمر المذكور (ص ٢٠٢ - ٢١٨
من العثمانية) ٠

الائمة من قريش^(٣)

والالف واللام لامتنغراف الجنس وقال :

- ان هذا الامر لا يصلح لقرיש^(١) .

اختلافهم في مفهوم لفظة قريش

٤١ - و اختلف القائلون بأنها في قريش من عناه النبي (صلى الله عليه وسلم)
بقوله : الائمة من قريش ^(٢) ، واسم هو لرجل او لقب عرف به ، وقد جهل كثير
من العلماء والفقهاء ذلك ◦ وسألت أنا جماعة فلم يعلموا هل هو اسم رجل أو
قبيلة ، وهذا يعرض اذا ذكرت لك نسب النبي عليه السلام ، وهو أبو القاسم
محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن مرة بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن
مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نزار بن عدنان
فاذ عرفت ذلك فقرىش اختلفت فيه من هو ؟ فمن الناس من قال هو بدر
ابن النضر دليل بني كنانة ، هو قريش ، وهو صاحب بئر بدر التي لقى عليها
النبي صلى الله عليه وسلم قريشا ◦

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

ومنهم من قال النصر بن كلناه هو قريش ، وإن من ليس من ولد النصر فليس

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

(٢) جاء في الفصل (٤/٨٩): «اختلف القائلون بوجوب الامامة على قريش فذهب أهل السنة وجميع الشيعة وبعض المعتزلة وجمهور المرجئة إلى أن الامامة لا تجوز إلا في قريش ، خاصة من كان من ولد فهر بن مالك ٠٠٠ وذهبوا الخوارج كلها وجمهور المعتزلة وبعض المرجئة إلى أنها جائزه في كل من قام بالكتاب والسنّة قريشياً أو عربياً أو ابن عبد» .

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

من قريش وان كل ولد دونه فهم أهل الامامة كائنا من كان من اولاده
وأولاد اولاده .

فمن قال انه بدر بن النضر فهى فى ولده وهو أحق بها^(١) ، وليس يكون
في اجداد النبي صلى الله عليه وسلم حيئذ ، وهذا قول مرغوب عنه ، وهو قريب
من قول من قال انها تكون في غير قريش ، وغير العرب ، وهذا يحتاج الى بيان
وشرح ، وليس هذا موضع له .

فصل

٤٢ - واما القول انها لقريش^(٢) على المخلاف في ذلك فاختلقوا هل تختص
بقبيل عينه أم لا ؟

٤٣ - فعنهم من قال تختص بالفارطين 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 المهدى^(٣) .

٤٦ - وقالت الرواندية^(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 بقريش .

(٣) بذلك نادى المختار بن يوسف الثقفي في ثورته التي اعلنها على الامويين
مطالبا بثار الحسين ، فقد كان يحاول دعم ثورته بأسنانها الى محمد بن
الحنفية باعتباره هو المهدى المرتقب تاريخا لاطرى والفضل ابن حزم ٩٤/٤
أنظر الفصل لابن حزم ٩٠/٤ - ٩١ و فيه ان حجة هؤلاء ان العباس عصب
الرسول ووراثة ورد عليهم ان المرتبة لا تورث .

(٤) الظاهر ان قصده : عبدالله بن معاوية بن عبدالله بن جعفر بن ابي طالب
(الفصل ٩٠/٤) .

نقد مختلف الأقوال في تخصيص الخلافة

٤٨ - وَالْخَلَافُ بَيْنَ هَذِهِ الْفَرَقِ كَثِيرٌ وَكُلُّهَا مَسَافَةُ اَقَوِيلٍ مُتَدَافِعَةٍ وَكُلُّ

اَدْلِهَا مَدْعَةٌ •

امامة المفضول

٤٩ - وَاحْتَلَفَ فِي كُونِهِ أَفْضَلُ أَهْلِ زَمَانٍ فَشَرَطَتِ الْأَمَامِيَّةُ ذَلِكَ ، وَالْيَهُ
ذَهْبُ عَبَادِ بْنِ سَلِيمَانَ ^(١) وَالزِّيَادِيَّةُ وَاصْحَابُ أَبْنِ الْجَارُونَ ^(٢) ، فَمَا الْفَقَهَاءُ
وَالزِّيَادِيَّةُ الصَّالِحِيَّةُ ^(٣) وَفَرَقٌ كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ يُجِيزُونَ اِمَامَةَ المَفْضُولِ •

٥٠ - وَقَالَتْ طَائِفَةٌ مِنْ مُتَكَلِّمِي الْبَصْرَةِ كَأْبِي عَلِيٍّ وَابْنِهِ لَا يَجُوزُ أَلَا يَكُونَ
فِي الْفَاضِلِ عَلَةً •

٥٠ - فَحَجَّةٌ مِنْ لَمْ يَشْرُطْ ذَلِكَ اَجْمَاعُ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ : مِنْ ذَلِكَ
قُولُ ابْنِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَوْمَ السُّقِيفَةِ :
- وَقَدْ رَضِيَتْ لَكُمْ هَذِينَ
يُعْنِي عَمْرٌ وَابَا عِيَّدَةَ بْنَ الْجَرَاحَ
فَبَاعُوهُ اِيَّهُمَا شَتَّىمْ

(١) الظاهر انه من زعماء الشيعة .

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

(٣) جاء في الملل والنحل للشهرستاني ان الصالحيه هم أصحاب صالح بن عمرو
الصالحي ومحمد بن شبيب وابي شمر وغيلان ، كلهم جمعوا بين القدر
والارجاء (الملل والنحل ٢٣٢/١) . أما ابن حزم في الفصل ٩٢/٤ فيشير
إلى ان القول بجواز امامه المفضول وصححة امامته أبي بكر وعمر وعثمان
وأن عليا طابت نفسه بتسلیم حقه إلى أبي بكر وعمر ، ان هذا هو مذهب
الفقيه الحسن بن صالح بن حي الهمданى .

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

وأتفقوا أن العلم بالصانع وسائر الاعمال لا يرجح به وهو فضيلة لم علمه .

الإمامية حق لكافة المسلمين

٥١ - وختلف هل الإمامة حق لكافة المسلمين أو هل هي حق عليهم ؟ فمنهم من قال هي حق لهم ، ولهم أن يصرفوها إلى من شاؤوا من يعلمون أنه يقوم بها ، قال أبو بكر رضي الله عنه حين دعا بعلي والزبير ومن تخلف عن بيته من بنى هاشم رضي الله عنهم بعد الخطبة :

إيها الناس ان هذا الامر امركم ليس لأحد فيه الا مأوليتموه ، وانا اسمعكم واطوعكم لمن وليه ^(٢) ، الا وانت بالخير من امركم ، وانت يا ابا الحسن والنفر الذين معك بالخير .

الإمامية حق على المسلمين

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

العصمة

٥٣ - وختلف في عصمة الإمام فلم يشترط ذلك سائر الفرق ، واشترط ذلك الإمامية من الشيعة ^(٢) .

معنى العصمة

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

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

(٢) في نسخة منيغ : وليتموه .

(٣) يفهم من كلام السمناني أن شرط العصمة لم يشترطه من فرق الشيعة
غير الإمامية .

نقد القول بالعصمة

٥٥- وهم يشترطون في ذلك شروطاً لعلها قط لم توجد في بشر، ولو وجب عصمة الامام لوجب عصمة القاضي والامير والجند وأصحاب الاخبار، ونافلي الشرع إلى الغير من أهل البلاد، ولو جب عصمة رسول الامام، وهذا فيه كلام كثير.

الامام في بلد بعيد

٥٦- واختلف في الامام اذا كان بلد بعيد لا يقدر على استعلام حاله وما يعرض له، هل لأهل ذلك الموضع ان ينصبو وغيره ام لا؟
ف عند جمهورنا^(١) ليس لهم ذلك.

٥٧- وقال أبو سحق الاسفرايني^(٢) وجماعة من أصحاب الشافعي لهم ذلك

وقال: ليس حال الامام أكثر من حال النبوة. وقد بعث الله تعالى موسى وهرون عليهما السلام إلى امة واحدة، وقال في سورة ياسين « فعزز بثالث »^(٣).
هذا مع امكان البلاع بالواحد، فكيف اذا تعزز ذلك

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

واجبات الامام

٥٩- واتفقوا على ان على الامام حقوقاً يجب بدخوله في الامامة لكافة المسلمين، وهي: التسوية بينهم في الاحكام والعطاء وقسمة الفيء، ووضع كل حق في

(١) في نسخة قليح (جمهور الامة) وفي نسخة منيغ: (جمهور العلماء).
(٢) من معاصرى القدورى (أبو الحسن احمد بن محمد البغدادى الحنفى)، فقيه شافعى كان يناظره هو أبو حامد الاسفرايني فهل هو المقصود في المتن؟
(٣)

موضعه ، ومنع الطالم ، والأخذ على يديه ، وتقوية يد المظلوم حتى يصل إلى حقه .

واجبات المسلمين تجاه الامام

٦٠- وله على المسلمين ان يسلموه اليه ما وجب 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 واباعهم .

معرفة الامام

٦١- واختلفت في معرفة الامام ووجوهاها .
فمنهم من قال : لا يجب على كل مسلم معرفة عين الامام في الزمان ، بل يفرض
على الكفاية ، اذا قام به البعض سقط عن الباقيين كدفن الميت والصلة 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 الصلة والصوم
والحج ، وهذا يقتضي ان نذكر بماذا يصير الامام اماما ، لانه اذا كان لا بد من امام
للمسلمين فبماذا يكون اماما .
٦٣- وهذا باب القول في طريق الامام الى الامامة .

باب في طريق الامام الى الامامة

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 واحد ، اما بالقرعة او الرضاء منهم .
٦٥- واختلف بعد ذلك في الاختيار فذهب جماعة من الفقهاء والمتكلمين
إلى كون الاختيار طريقاً إليها .

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

^{٦٦} - وقالت الإمامية : لاطريق الى نصب الامام غير النص .

٦٧- وحجة الجماعة ان بيعة ابى بكر رضى الله عنه بالاختيار وكذلك عمر
وعلى رضى الله عنهمَا ، وهو فعل المسلمين في سائر الامصار .
وقوالم : الاختيار يؤدى الى المنازعه فلا يصح ، لأننا لم نر الامر جرى على
ما قالوا ١

٦٨ - وإذا عقدوا فالعقد الاول دون الثاني ◊

٦٩ - وان وقع العقدان معا فقد قيل بالبطلان ، وقيل يقرع بينهما ، وقيل يعقد للافضل منهما ◆

٧٠- وقد كان النص عندهم موجوداً والخلاف واقعاً فلا يصح قولهم في ذلك.

في اختيار الامام

٧١- والاختيار ان يجتمع جماعة من صلحاء الامة واهل الحل والعقد والعلم
والامانة فيقدوا للامام ◦

• ولا يفتقر الى جميع الامة في ذلك ، كما ينعقد نكاح المرأة بعض الاولياء

٧٣- واحتَّلَفَ فِي الْبَعْضِ النَّذِي تَنْعَدُ بِهِ (الْأَمَامَةُ) فَأَكْثَرُ اصْحَابِنَا يَقُولُونَ :

• جميع الناس^(١) كما كان يوم السقيفة ويوم الشورى •

(١) هذا ويلاحظ ان عبارة المتن مقتصبة والظاهر انها كانت « جميع الناس ومنهم من قال خمسة كما كان الحال . 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) 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 تتعقد به منهم الامامة خمسة يجتمعون على عقدها او يعقدها احدهم برضاء الاربعة استدلالا بأمرین » بيعه ابي بكر والشوري « وهذا قول اكثر الفقهاء والمتكلمين من اهل البصرة » .

واما سائر الفقهاء فقد ورد في الفصل لابن حزم (١٦٧/٥) «ذهب قوم إلى أن الإمامة لا تصح إلا بجماع فضلاء الأمة في اقطار البلاد ، وذهب آخرون إلى أن الإمامة إنما تصح بعدد أهل حضرة الإمام والوضع الذي فيه قرار الأئمة .

٧٣ - ومنهم من قال : اربعة كشهود الزنا *

٧٤ - ومنهم من قال : ثلاثة كالحاكم والشاهدin^(١) *

٧٥ - ومنهم من قال : يعقد (باثنين) كالحكمين يوم صفين وجزء الصيد^(٢) *

٧٦ - ومنهم من قال : يعقد بوحد كما قال العباس رضي الله عنه لعلي ابن أبي طالب رضي الله عنه : امدد يدك اباعك لا يختلف علينا الناس ، ويقال عم رسول الله بائع ابن أخيه *

وكما يعقد نكاح الحرة بوحد من الاولىء كذلك هذا *

فصل

الدعوة

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

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

بطريق *

والدعوة أن يبيان الانسانظلمة ويأمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر
وتجتمع فيه شروط الامامة ، فيكون اماما وأن لم يباع على ذلك * وهذا لا يصح
لأنه يؤدي الى أن يطلب ذلك كل واحد ، وي فعل فعل صاحبه ، فيجتمع للناس
عدة أئمة ، وهذا لا يجوز *

(١) في الاحكام السلطانية للماوردي « قال آخرون من علماء الكوفة تتعقد
بنثلاثة يتولاها احدهم برضاء الاثنين ليكونوا حاكما وشاهدين كما يصح
عقد النكاح بولي وشاهدين »

(٢) كما في جميع النسخ *

فصل

هل تورث الامامة؟

٧٨ - واختلف في الميراث هل تورث الامامة؟
فقال بعض الزيدية والعباسية أنها تورث ، وتكون لأولى الوارثين ، ولا يرثها
صبي ولا مجنون ولا امرأة ، ولا من ليس له صفة الائمة .
والجماعة من الناس على أنها لا تورث ، لأن الارث يستوي في الجماعة كمالاً .

فصل

في كيفية النص

٧٩ - هل تكفي مشافهة المخصوص عليه أم يحتاج إلى شهود معه؟ وما عدد
الشهود؟ وهل هم كعدد (شهود) حقوق الاموال أم لا؟ وهل يكون النص جلياً
أو خفياً؟ وهل يفتقر إلى من يخالف الامام في رأيه أو يوافقه؟ كل ذلك
مختلف فيه .
فهذه جملة ممتعة « مقنعة » في الامامة .

باب

كيفية الولاية

٨٠ - وهذا باب نذكر فيه كيفية الولاية :
اعلم ان الامامة لا يصح عقدها خاصة بل لاتقع الا عامة عموماً لا تخصيص
فيه بحال .

وأما ولادة القضاء فتقع تارة عامة بأأن يقول الامام : وليتك القضاء والحكم
فيهم الاشخاص والموضع ((والايم))^(١) ، وتارة تكون خاصة .

(١) هذه الزيادة ذكرناها بالاستناد الى ماجاء 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 نبينه فيه فيما بعد ان شاء الله تعالى .

٨٢ - وان عين المحكوم عليه ، ولم يبين (يذكر) الموضع الذي ولاه الامم ولا عين بقعة بعینها من المواقع والبلاد والمحال التي تعين أبدا بالولايات والعقود التي بيد القضاة « تنشأ للقضاة » والحكام المنصوبين ، جاز ذلك ، وكان له أن يحكم بين العينين له بالحكم في كل الموضع .

٨٣ - 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 .

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

٨٥ - وهل يقتصر في الكتابة اليه بالقضاء أن يشهد عليه الامام ؟ ويكون كالكتب الحكيمية ؟ أم يكتفى مجرد الكتاب اليه ؟

فالذى ذكره الخصاف فى أدب القضاء عن (محمد بن الحسن) قال : قال أبو حنيفة : وان قرأ عليهم الكتاب ، يعني القاضى اذا كتب الى قاض ولم يختتم بحضورتهم ، وهم لا يحفظون ما فيه ، وليس سخته معهم لم يجز ذلك .

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

٨٧ - وقياس قول أبي حنيفة انه لا يقبل .

٨٨ - وقد حكى أصحاب الشافعى 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 يقضى لنفسه ، ولا لاولاده ولا لاحد من أجداده وسيأتي « وسبعين » ذلك في باب من يجوز أن يقضى له ومن لا يجوز ◦

فالأمام والقاضي في ذلك سواء ◦

٩١ - ويقتربان في اعتبار كونه من قريش ، فالقاضي يجوز أن يكون عربياً وأعجمياً ، ومن سائر أنواع الأمم اذا وجد فيه شرائط القضاء التي قدمناها ◦
ويقتربان في خصوص الولاية وعمومها ◦

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

٩٢ - ويجوز أن يولي الإمام ابنه للإماماة بعده بالنص عليه ، والقاضي لا يولي ابنه القضاء في حياته ولا بعد موته الا أن يجعل الإمام 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 الإمام ويقضي له وإن كان يستفيد النظر من جهته ◦

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

٩٥ - ويجوز أن يكون القاضي في محله ومعه قضاة ، ولا يجوز أن يكون أمaman في دار الإسلام ◦

(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 القاضيان في قضية ، ولا يجوز ذلك في حق
الامامين ◦

[مطلب : انتهاخ الولاية]

٩٧ - والامام لا تقتضي ولايته ◦
والقاضي تقتضي ولايته ◦
[مطلب : ما ينفرد به الامام]^(٢)

[مطلب : الاقطاع]

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

[مطلب : بيان حدود الولاية]

٩٩ - والامام لا يحتاج إلى بيان ماله أن يتصرف فيه ، والقاضي يحتاج إلى
بيان الحكم والقضاء ◦

١٠٠ - وليس للقاضي أن يتصرف إلا فيما يجوز للامام أن يتصرف فيه ◦
١٠١ - والامام يتصرف فيما ليس لاحد من أهل الحل والعقد أن يتصرفوا
فيه ، فهو يستفيد بالولاية مالم يكن له ولاه أن يفعله ◦

١٠٢ - فان قيل : فهذا يدل على بطidan الاختيار لأن من ولاه الامر لا يملك
ما^(١) ولاه 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 ولاته ولا يملك وطئها ، والزوج يجوز أن يستوفي منفعة البضم ويملك ذلك ولا يجوز أن يملكه غيره .
وسبعين في باب النيابة ما يجوز أن يستتاب فيه ومالم يجوز ان شاء الله .

باب

ولاية الخوارج للقضاء

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

تعريف الخوارج

١٠٤ - اعلم ان الخوارج كل فرقه اظهرت رأيا ودعت اليه وقاتلت عليه ،
وصار لها منعة وشوكة وتحيزت بخطة ^(١) (بحيزه) .
١٠٥ - وسند ذكر في كتاب أهل البغي ما يجب عليهم ومالم يجب من الاحكام
عند بلوغنا اليه ان شاء الله .

[قضاة الخوارج]

١٠٦ - وإنما الكلام هنا في صحة الولاية :

في حكم الخصاف في أدب القضاء له : إنهم إذا ولوا رجالاً القضاء قضى بقضايا
وحد ناساً « وحكم بأشياء » ثم ظهر أهل العدل بعد ذلك على البلد فولوا قاضياً ،
ثم رفعت أحكام أهل التأويل إليه ، فإنه ينقض منها ما ينقض من أحكام غيرهم .
١٠٧ - وقال الطحاوي رحمة الله في مختصره في كتاب أهل البغي : ولا ينقض
من أحكامهم إلا ما كان ينقض من أحكام غيرهم ^(٢) .

(١) يستفاد من هذا ان مصطلح الخوارج لا يقصد به هنا مجرد الفرق الدينية
المعروفة التي خرجت على الإمام علي ونادت بأن لا حكم الا لله وإنما يقصد
بهذا المصطلح حالة المحاربين في الحرب الداخلية في مصطلح عصرنا .

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

١٠٨ - وحكى الشيرازي رحمة الله من أصحاب الشافعى رحمة الله في كتاب التهذيب^(١) له عن مذهبهم

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

وان كان من لا يستبيح ذلك نفذ من حكمه ما ينفذ من حكم قاضي أهل العدل ، ورد من حكمه ما يرد من حكم قاضي أهل العدل ، لأن لهم تأويلا يسوع فيه الاجتهاد

١٠٩ - وقال : واستحب أن لا يقبل كتاب قاضيهم استهانة وكسر اقلوبهم ، فان قبله جاز

وجوب تحقيق الامام في أسباب خروج الخوارج عليه وانصافهم ممن ظلمهم

١١٠ - والذي مال اليه الطحاوى في المختصر أنه يسألها عما دعاها الى الخروج فان ذكرت شيئاً ظلمت فيه أنصفت من ظلمها والا دعيت الى الرجوع الى الجماعة والدخول في طاعة الامام الذي يجب عليها طاعته فإن فعلت والآتونك^(٢) فشرط أن يكون اماماً تجب عليها طاعته ليكونوا خوارج

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

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

فصل

خلو الزمان من الامام

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

(١) « المذهب » في النسختين .

(٢) ص ٢٥٧ من مختصر الطحاوى المطبوع .

اذا لم يكن امام للمسلمين ثابت الامامة فمن تغلب على الارض وملكتها 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 واحرى بجواز الولاية من قبله ٠

١١٤- ونذا خلا الزمان من الامام والمتغلبين على سبيل الفرض والتقدير فكل حكم يلزم العامة والامام بين اظهارهم فهو لازم لهم مع عدمه ، وكل حكم لا يلزمهم ولا يجوز لهم فعله مع وجوده فيه أيضاً مع عدمه غير مخاطبين بفعله ، وال الاول كالزكاة والصلوة وسائر العبادات التي يتفردون بها ، والعقود التي يعقدونها ٠

١١٥- والثاني كالحدود والقطع في السرقة وضرب الجزية والاحياء وما هو مفوض الى الامام ، فأنه لا يستوفي ولا يأخذ بعضهم من بعض ، وكذلك الاحكام وتوليهما ٠

باب التحكيم

وهذا باب نذكر فيه التحكيم من الرجلين لغيرهما :

١١٦- اعلم انه يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً واحداً ، ويجوز أن يحكمما رجلين فما زاد ٠

١١٧- وقد حكم علي عليه السلام أباً موسى الأشعري ، وحكم معاوية عمرو بن العاص ، ورضياً بحكمهما ، وحكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه وابي بن كعب زيد^(١) بن ثابت ، وحكم عثمان وطلحة رضي الله عنهما جبير بن مطعم^(٢)

(١) كذا وفي طبقات الفقهاء للشيرازي أن ابي بن كعب بن المنذر منبني النجار تجاكم اليه عمر والعباس في دار كانت للعباس الى جنب المسجد فقضى للعباس على عمر (ص ١٣ منه) ٠

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدی بن نوفل بن عبد مناف ٠ (ترجمته في اسد الغابة ٢٧١/١) ٠

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

١١٨- ولهم أن يخرجا الحكم من الحكم ولاحدهما ما لم يحكم ويمضى الحكم عليهم .

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

١٢٠- وقال الشافعي لا يلزم الحكم إلا برضاهما بعد الحكم في أحد قوله، لأن في الزام حكمه افتئتا على القاضي والأمام ، ولا نرضاهما معتبر في التحكيم ، فكذلك في الحكم ، والثاني مثل قولنا لا يعتبر رضاهما لأن من جاز حكمه لزمه حكمه .

ما يجوز فيه التحكيم

١٢١- وخالف أصحاب الشافعي فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما يتحاكم فيه الأخصمان كما يجوز حكم الحاكم الذي ولاه الإمام .

١٢٢- ومنهم من قال يجوز في الأموال فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف فلا يجوز لأنها بنيت على الاحتياط ، فهذا قولهم في هذا الباب^(١) .

١٢٣- وقال أصحابنا : إذا حكم الحكم بشيء ثم رفع إلى القاضي نظر في ذلك ، فإن كان موافقاً للحق ورأيه أ مضاه ، وإن كان لا يوافق رأيه والحق رد .

١٢٤- وقال بعضهم إذا كان مخالفًا لرأيه ومذهبـه فهو بال اختيار : إن شاء

(١) في تبيين الحقائق ٤/١٩٣ « شرط لنفوذ حكمه أن يكون في غير حد وقد ودية على العاقلة لأن تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما ، وليس لهم ولاية على دمهم ، ولهذا لا يملكان اباحتـه ، وكـنا لا ولـاية لهـما على العـاقـلـة ، فلا يـنـفـذـ حـكـمـ منـ حـكـمـاهـ عـلـىـ عـاقـلـتهـ ولاـ عـلـىـ القـاتـلـ لـعـدـمـ التـزـامـ العـاقـلـةـ حـكـمـهـ وـلـكـونـهـ مـخـالـفـاـ لـحـكـمـ الشـرـعـ لـأـنـ الـدـيـةـ تـجـبـ عـلـىـ عـاقـلـةـ لـأـنـ القـاتـلـ ». .

أمضاه وان 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 يجتمعوا عليه

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

١٢٨ - قال الخصاف :

« ولا يجوز أن يحكمما في حد ولا قصاص ، وان حكماء في دم خطأ فحكم على العاقلة بالدية لم يجز لأن العاقلة لم ترض به »

١٢٩ - وان قضى ما بيا (كتنا) يمين أو اقرار أو بينة فذلك جائز (٢)

١٣٠ - ولو قال الحكم : قد أقررت عندي بكتنا أو شهد عليك هذا ، وعدلت الشهود وقد أزمنت ذلك وحكمت عليك [به لهذا وانكر المضى عليه] أن يكون أقر عنده أو قامت بينة عليه لم يلتفت الى قوله وامضى القضاء عليه مادام لم يخرجه من التحكيم (٣)

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

(١) بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يسيطره وان خالف منهبه ، الا ان يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع ٠٠ لأن المولى من جهة الامام له ولالية على الناس كافة لأن مقلده له ولالية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاوه حجة في حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه بأصطلاح الخصميين فلا يكون له ولالية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه » (تبيين الحقائق ٤ / ١٩٤)

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

(٣) علل الزييري ذلك في تبيين الحقائق ٤ / ١٩٤ بقوله « لأن الحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيما يملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بأقرارك أو بينة قامت عندي بذلك فأنه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المضى عليه فكتنا هذا »

كالقاضى 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 او ابنته
او من ذكرناه ابطل القاضى حكمه ، وان قضى عليه امضاه كما يمضى الشهادة .

١٣٢ - ولا يحكم فاسقا ولا صبيا مالم يبلغ ، كما لا يصح منهما ولاية القضاء
ولا ينفذ الحكم من الحكم على غير الشخص 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 يجتمعوا على شيء واحد ، وكان وجود حكم
احدهما كعدمه .

١٣٤ - ولو شهد عند الحكمين شاهدان بالحق فلم يحكمما حتى غابا او ماتا ،
او حكما فسألا المدعي الحكمين ان يشهدوا عند المحاكم على شهادة من شهدوا عندهما
لم يكن للحكمين ذلك .

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

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

فصل

عدد من يولي القضاء في البلد الواحد

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

(١) في النسختين « ويجوز في الشيء الواحد كما لا يجوز أن يبيع الوكيلان ٠٠٠ 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
استثنابة كالوكالة التي يجوز أن يجتمع فيها وكيلان على الاجتماع وانفراد » .

والبلد الواحد لأنهما قد يختلفان فلا تفصل الحكومة ، ومنهم من أجاز ذلك كما
قلناه فقد ذكرنا أحكام 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 القضاة قد دخل
فيه رجال صالحون وأئمة 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
احد يقوم بفرضها لزمه الفرض ، ووجب عليه الطلب والقتال حتى يؤدي الى
استقامة الدين وازالة المنكر ، ولو أدى ذلك الى اهلاك نفسه وماليه 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 وائمه زائل ، ولا يصح
اجباره عليها لا او اكرراه على الدخول فيها .

١٤١ - واتفقوا على أن القاضي لا يجب عليه الدخول في القضاء وان كان عالما
وليس في الناس مثله .

١٤٢ - وقد روی عن النبي صلی الله عليه انه قال « من تقلد القضاء فكأنما
ذبح بغير سکین » .

١٤٣ - ولا يعرف لاصحابنا لفظ في كتاب يقتضي وجوب الدخول في
القضاء ففيه

١٤٤ - وقال أصحاب الشافعى : اذا كان لا يصلح للقضاء الا واحد تعيين
ولزمه فعله ، فإذا امتنع اجر عليه ، لأن الكفاية لا تحصل الا به وجعله هذا القائل
فرض على الكفاية ، فإذا لم يقم به غيره وجب عليه ، قال وإن كان هناك غيره يصلح
له نظرت فإنه كان خاماً وإذا ولـي القضاء انتشر علمه استحب له طلبه^(١) لما
يحصل به من المفعمة بـنشر العلم ، وإن كان مشهوراً فإن كانت له كفاية كرهت
له الدخول فيه لأنـه ربما يعجز عن القيام بذلك ويحتاج إلى أن يلتزم الامانات
فكـره له ذلك ، وهذا يقتضي أن يكره الدخـول فيه ، وإن لم يكن غيره لأنـه
يجـوز أن لا يـأمن ذلك أـيضاً ، وليس القـضاء أمرـاً يـسـيراً بل عـظـيم ، وليس كلـاً
عـالمـاً يصلـحـ للـقـضـاءـ والـصـرـفـ فـيـ الـأـمـوـرـ ، وقد رأـيـناـ مـنـ يـتـقـلـدـ القـضـاءـ وـهـوـ يـعـتـقـدـ
إـنـهـ إـعـالـمـ الـكـافـيـ الـقـيـمـ بـمـاـ يـرـدـ فـيـ ذـلـكـ ، فـلاـ يـلـبـثـ حـتـىـ يـظـهـرـ عـجـزـهـ وـحـيـرـتـهـ
وـتـبـلـدـ فـيـ الـاحـوالـ ، حـتـىـ يـتـغـيـرـ طـبـعـهـ ، وـتـبـدـلـ اـخـلـاقـهـ ، وـلـوـ لـكـراـهـةـ ذـكـرـ النـاسـ
لـحـكـيـتـ فـيـ ذـلـكـ مـاـ رـأـيـتـ وـعـدـتـ النـاسـ ، وـلـكـنـ كـلـ زـمـانـ لـاـ يـخـلـوـ أـمـرـهـ مـنـ مـثـلـ
مـاـ رـأـيـناـ .

١٤٥ - وقال أصحاب الشافعى : وإنـ كانـ فـقـيرـاـ يـرـجـوـ بـالـقـضـاءـ كـفـاـيـةـ مـنـ بـيـتـ
الـمـالـ لـمـ يـكـرـهـ لـهـ الدـخـولـ فـيـ لـانـهـ يـكـسـبـ كـفـاـيـةـ بـسـبـبـ مـبـاحـ

١٤٦ - قالوا : وإنـ كانواـ جـمـاعـةـ يـصـلـحـونـ لـلـقـضـاءـ اـخـتـارـ الـأـمـامـ اـفـضـلـهـمـ
وـأـوـرـعـهـمـ فـقـلـدـهـ ، وـبـهـذاـ قـولـنـاـ أـيـضاـ إـذـ اـخـتـارـ الـحـاـكـمـ ذـلـكـ وـرـغـبـ فـيـ وـغـلـبـ عـلـىـ

(١) كـذـاـ وـالـعـبـارـةـ مـضـطـرـبـةـ وـصـوـابـهـ ماـ جـاءـ فـيـ الـمـغـنـىـ لـابـنـ قـدـامـةـ جـ٩ـ صـ٣ـ٦ـ فـيـ
هـذـاـ الصـدـدـ حـكـيـةـ عـنـ مـذـهـبـيـ الـجـنـبـلـيـةـ وـالـشـافـعـيـةـ حـيـثـ جـاءـ :
وـقـالـ أـبـوـ عـبـدـالـلـهـ بـنـ حـامـدـ أـنـ كـانـ رـجـلـاـ خـامـلاـ لـاـ يـرـجـعـ إـلـيـهـ فـيـ الـاـحـكـامـ وـلـاـ
يـعـرـفـ ، فـالـأـوـلـىـ لـهـ تـوـلـيـهـ لـيـرـجـعـ إـلـيـهـ فـيـ الـاـحـكـامـ وـيـقـومـ بـهـ الـعـقـدـ وـيـنـتـفـعـ بـهـ
الـمـسـلـمـونـ وـإـنـ كـانـ مـشـهـورـاـ فـيـ النـاسـ بـالـعـلـمـ ، يـرـجـعـ إـلـيـهـ فـيـ تـعـلـيمـ الـعـلـمـ
وـالـفـتوـيـ ، فـالـأـوـلـىـ الـاشـتـغـالـ بـذـلـكـ لـمـ فـيـهـ مـنـ النـفـعـ مـعـ الـأـمـنـ مـنـ الـغـرـرـ وـنـحـوـ
هـذـاـ قـالـ اـصـحـابـ الـشـافـعـيـ .

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

وان اختيار الامام غير الافضل انعقد العقد له ، وهذا يبنى على جواز امامته المفوضول ، وقد جعل عمر بن الخطاب (رض) الخلافة شورى في ستة نفر وهم يتفضلون عند جميع الناس ، فلولا انه يجوز العقد للمفوضول لما خبر عن فاضل ومفوضول ، وهذا في القاضى اجوز من الامامة *

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

[الاجبار على تولي القضاء]

١٤٩ - قال : وهل للامام اجبار واحد على القضاء ام لا ؟ ففيه وجهان : احدهما لا يجبر لانه فرض على الكفاية فلو اجبر عليه لتعيين عليه ، والثانى يجبر لانه لابد من قاض لل المسلمين *

١٥٠ - وهذا الوجه لا يصح لأن الامام نصب للحكم بين المسلمين ، فالفرض يتوجه عليه ، فلا يجوز له اجبار غيره عليه واسقاط فرضه عن نفسه *

١٥٠ - وذكر الخصاف حديث انس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « من سأله القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أُجبر عليه وكل به ملك يسده » ومن طريق آخر :

من طلب القضاء وطلب عليه الشفاعة وكل إليه ومن أكره على القضاء وكل به ملك يسده ^(٢) *

١٥١ - واد صح هذا الخبر جاز للرجل الدخول في القضاء بالأكراء *

(١) المذهب للشيرازي

(٢) جاء في المغني ج ٣٦ ص ٣٦ ان أنسا روى عن النبي (ص) انه قال : « من ابتغى القضاء وسائل فيه شفاعة وكل الى نفسه ، ومن أكره عليه انزل الله عليه ملكا يسده » قال الترمذى : هذا حديث حسن غريب *

١٥٢ - وكره له سؤال القضاء في كل حال .

١٥٣ - وقد ذكر الخصاف عن الحسن (بن زياد المؤذن) ان الله تعالى اخذ

على الحكام ثلاثة : ان لا يبتعوا الهوى وان يخشووه ولا يخشوا الناس ولا يشتروا
بآياته ثمنا قليلا لقوله : « ياداود الآية^(١) وانـا انزلنا التوراة الآية » ، ولانه قال
عنه : لاجر حاكم عدل يوما واحدا افضل من اجر رجل يصلى في بيته سبعين سنة
لانه يدخل من عمله في ذلك اليوم على كل أهل بيته من المسلمين .

١٥٤ - واذ قد بینا الرخصة في الدخول في القضاء ، وما في الدخول فيه ،

فلنذكر اخذ^(٢) الرزق عليه وما قبل .

باب أخذ الرزق على القضاء

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

بمصالح الجميع .

١٥٦ - وقد قال اصحابنا جمیعا : لا بأس ان يطلق الامام للقاضي من الرزق

ما يکفيه من بيت امثال ، حتى لا يلزمه ولا أحد على بابه مؤونه ولا كلفة ، ولا
أحد أسبابه^(٣) ، فأن جميع ما يأخذه من على بابه يفضحه ويضع من قدره، وان علم به فلم
ينکر له حقه وزر :

كذا قال الطحاوی في أدب القضاة الصغير له .

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

(١) ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى
فيضلك عن سبيل الله .

وقد فسر الماوردي الخلافة الواردة في الآية بقوله في ادب القضاة 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 محيي هلال السرحان

١/١) .

(٢) في المخطوطة : قولنا أخذ .

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

لأنه عامل المسلمين ، وقد أوجب الله له اجرا ، والنبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك
وابو بكر وعمر رضي الله عنهم فرض الانفسيهما من بيت المال ، وهكذا فعل الأنبياء .

١٥٨ - ويفرض له ما يكفيه ، ويتوسّع عليه حتى لا يشره إلى أموال المسلمين .

١٥٩ - وذكر في الباب أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح
ومعاذ بن جبل بالشام ^(١) أن انظروا رجالاً 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 أجراً وارزق على عليه السلام
شريحاً خمس مائة درهم .

وارزق النبي صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسد ^(٢) حين استعمله على مكة أربعين
أوقية في السنة .

قال اسحق : لا ادرى ذهب أو فضة .

وارزق عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبا موسى في السنة ستة آلاف درهم
وهو على البصرة ، وكان مسروق لا يأخذ على القضاء رزقاً ، وكان شريحة يأخذ .

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

١٦٢ - فاما الشافعي فقال :

« ومن تعين عليه القضاء وهو في كفاية لم يجز أن يأخذ رزقاً ، لأن فرض
تعين عليه ، وإن لم يكن له كفاية فله أن يأخذ الرزق عليه ، لأن الكفاية لابد منها ،

(١) جاء في المغني ج ٩ ص ٣٧ أن عمر بن الخطاب كتب إلى معاذ بن جبل وإلى
أبي عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظروا رجالاً من صالحاني من قبلكم
فاستعملوهم على القضاء ، واوسعوا عليهم وارزقوهم وأكفواهم من بيت
مال المسلمين .

(٢) هو عتاب بن أسد بن أبي العيص الصحابي أسلم يوم الفتح واستعمله النبي
على مكة بعد الفتح لما سار إلى حنين (اسد الغابة ٣٥٨/٣)

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

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

١٦٣ - ويعطيه مع ذلك شيئاً لاعوانه ، وما يصرفه في القرطاس ◦

واصحابنا لم يفصلوا هذا التفصيل بل لفظهم في الكتب مطلق ◦

١٦٤ - واذ كان (القاضي) عاملاً على المسلمين فهو كالعامل على الزكاة يجوز ان يأخذ الاجر والرزق مع غناه فكذلك هذا ، فهذا ما قبل في هذا الباب ◦

فصل

في الرشوة على الحكم

١٦٥ - فاما الرشوة على الحكم فاجتمع اصحابنا جميعاً على انه ذا قبل (القاضي) الهدية على اقامته الحق فقد فسق ، واكل الحرام ◦

قال الطحاوى : لان رسول الله قال :

هدايا العمال غلول^(١)

واكبر العمال القضاة

(١) جاء في المغني ج ٩ ص ٣٧ انه « يجوز للقاضيأخذ الرزق ، ورخص فيه شريعة وابن سيرين والشافعى وأكثر أهل العلم » . وظاهر ان ابن قدامة المقدسى يختلف نقله عن الشافعى فى هذه القضية عن نقل السمنانى فقد اطلق الاول ما رواه الثانى مقيداً .

(٢) جاء في القاموس المحيط أغلب خان وأبله اساء سقيها فلم ترو ، وقد غلت هبى ، وفي الجلد اخذ بعض اللحم والثديـم فى السليخ . . . وقلنا نسبة الى الغلول والخيـانة ، وغل غلولا خان كأغـل أو خاص بالـفى عـجـافـى أساسـ البلاغـة للزمـخـشـرى « لا اغـلـالـ ولا اسـلـالـ ، وهـداـيـاـ الـوـلاـةـ غـلـولـ ، يـقـالـ غـلـ منـ المـخـنـمـ اوـغـلـ ، وـتـقـوـلـ : يـدـ المؤـمـنـ لـاتـغـلـ وـقـلـبـ المؤـمـنـ لـاـيـغـلـ منـ الغـلـ وـهـوـ العـقـدـ المـنـغـلـ أـىـ الـكـامـنـ هـذـاـ وـقـدـ وـرـدـ حـدـيـثـ هـداـيـاـ العـمـالـ غـلـولـ بـصـيـغـةـ هـداـيـاـ الـأـمـرـاءـ غـلـولـ .

١٦٦ - وقال الخصاف :

« ومن خشي سلطانا على نفسه أو ولده أو ماله فصانعه على شيء
فلا اثم عليه ^(١) .

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

١٦٧ - وإذا 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 القاضى او كاتبه او جاره حتى ساعده على الحكم
فيحكم القاضى وهو لا يعلم والطالب محق فهو آثم وما حكم به له فهو
جائز لازم ^(٣) .

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

وهذا قول الشافعى في الهدية فيمن كان يهاديه .

ما جاء في تحرير الرشوة من الآثار

١٧١ - وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لعن الرئشى والمرتشى

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

(٢) أي أن حكمه يكون حينئذ باطلأ بطلا مطلقا بحتم الشرع .

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

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

في الحكم ، وقال « هما في النار » وذكر الخبر ثوبان^(١) وقال فيه : « والرائش الذي يمشي بينهما » ٠

وعن ابن مسعود : ان الرشوة في الحكم كفر ، انما أنسحت ان يهدى الرجل الى الرجل هدية كيما يعين على حاجته ٠

وقال مسروق : ان القاضي اذا أتل الهدية فقد اكل السحت ٠
وقيل لعمر بن عبد العزيز : مالك لا تقبل الهدية وقد قبلها رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

ـ قال تلك هدية وهذا لنا رشوة ٠

وحدثت ابي حميد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل بن اللتينية على صدقات بنى سليم ، فلما جاء قال :
ـ هذا لله وهذا اهدى الى ٠

فقام صلى الله عليه وسلم فصعد المنبر فحمد الله واتنى عليه ثم قال :
ـ ما بال رجال نوليهم أمورا مما ولانا الله فيجيء احدهم فيقول هذا لكم وهذا اهدى الى ، فهلا جلس في بيت ابيه وامه حتى تأتيه هدية ان كان صادقا^(٢) !

اتقاء الظلم بالرشوة

١٧٢ - وروى عن جابر بن زيد قال :

ـ لا يأس بالرشوة اذا خاف الرجل على نفسه الظلم ٠

وقال :

ـ لم نجد في زمن عبدالله بن زياد اذنع لنا من الرشوة ٠

وقال أنسبي وأبراهيم :

(١) هذه العبارة مقتضية واصلها في كتب الفقه يتضح مما ورد في المغني ج ٩ ص ٧٨ حيث جاء : « وروى عبدالله بن عمر قال « لعن رسول الله (ص) الراشي والمرتشي » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ، ورواه أبو هريرة وزاد في الحكم ، ورواه أبو بكر ٠٠ وزاد : والرائش وهو السفير بينهما » . وثوبان هو مولى رسول الله (ص) وهو ثوبان بن بعجدة وقيل ابن بن جحد ويكن ابا عبدالله وقيل أبو عبد الرحمن والواول 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 ٠

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

— اجعل مالك جنة^(١) دون دينك ، ولا تجعل دينك جنة مالك .
وكان الحسن لا يرى بأساً بان يعطي الرجل من ماله ما يصون به عرضه .
وفي هذا الباب اخبار كثيرة ذكرها المخraf باستاد لكل منها ، وفي الذي ذكرته كفاية .

١٧٣ — واذ قد ذكرنا احوال الدخول في القضاء واحوال الرزق عليه ،
فلنذكر احوال القاضي التي يكون عليها .

احوال القاضي التي يقضى فيها

١٧٤ — وهذا باب احوال القاضي التي يقضى فيها ، وما يتقدم ذلك ،
ويترتب عليه .

١٧٥ — اعلم ان القاضي اذا ولاه الامام بلدا غير البلد الذي هو فيه وكتب
عهده فقد قلنا انه يشهد على العهد في قول ، وفي آخر بكفى مجرد العهد ،
وثبت الولاية بالاستفاضة .

١٧٦ — فاذا اقترب من البلد غير بزته ، 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 اذلت »

ورب الارضين السبع وما اقتلت

ورب الشياطين وما اخسلت

ورب الرياح وما ذرت

اسألك خير هذه البلدة ، وخير اهلها وما فيها »^(٢)

(١) الجنة : الدرع وفي اساس البلاغة للزمخشري : ستراه فاجتن واستجن
بحنه : استتر بها ، واستجن الولد في البطن .

(٢) في نسخة منيغ : وخير ما فيها .

وروى هذا الخبر الطحاوى فى ادب الحكام ٠

دعاة القاضى 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 ٠

وروى عنه انه كان يقول اذا دخل مدينة (اعوذ به من الاسد والاسود والحيث والعقرب ومن شر ساكنى البلد ، ومن شر والد وما ولد ، ومن شر كل احد) ٠

هكذا روى الطحاوى رحمه الله ٠

فصل

في صفة لباسه وفرشه

١٧٩ - ويسىحب له ان يلبس السواد ، فان لم يكن فعمامة سوداء ، لان

النبي عليه السلام دخل يوم (فتح مكة) وعلى رأسه عمامة سوداء ٠

رواه جابر وانس ٠

وتكون العَذَبة^(٢) على كمه الايسر ٠

(١) لبس السواد عادة عربية قديمة وكانتوا يلبسون السواد في الجاهلية علامة

على طلب الثأر . وقد اتخد العباسيون السواد شعارا لهم بتأثير هذا العرف القديم لخروجهم مطالبين بأمر عظيم هو انتزاع الخلافة والحكم من الامويين .

(٢) جاء في أساس البلاغة للزمخشري : « خفقت على رأسه العنب وهي خرق الالوية ، وعذب سوطه وهذبه جعل له علاقة وفي القاموس المحيط العذب بالتحريك : القذى وما يخرج في أثر الولد من الرحم ٠٠ والخيط الذي

يرفع من الميزان ، وطرف كل شيء ومن البعير قضيبه ، والجلدة المعلقة خلف مؤخرة الرحل الواحدة بهاء في الكل . والعدبة بكسر الذال ما يخرج من

الطعام فيرمى والقذاة وما أحاط من الدرة والاعتذاب ان تسيل للعمامة عذبتين من خلفها » .

١٨٠ - ويختار له من الفرش في الشتاء للبود البيض وفي الصيف
الحصر والبوارى .

مركب القاضى

١٨١ - قال الطحاوى :
يستحب له ان تكون مراكبه البغال الذكور فانه احسن من الاناث ، وتنادى
البغال اشيه بالحكام من البراذين ، والبراذين اشيه بالحكام من الخيل العراب .
وما رأيت قط شيخنا قاضى القضاة رحمة الله ركب فرسما ، وكان يركب +
اثان البغال الكبير السن منها .

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

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

أحوال قاضى القضاة الدامغاني

١٨٤ - وقد شاهدت شيخنا قاضى القضاة رحمة الله اذا ركب حدث من
سايره ، وكان اذا جلس فى مجلسه لم يخل من حكاية يوردها ومضحكه
يحكىها ، وبقى فى القضاء فوق من ثلاثين سنة لانه ولى من ذى القعدة من سنه
سبعين واربعين واربعمائة ومات فى ليلة السبت رابع وعشرين من ربى سنة ثمان
وسبعين ، وما نقصه ذاكر ولا عائب ^(١) ولا خط عند احد من قدره لعظم ^(٢) فى
نفسه ، وما رأيته قط حلف خصما ولا حكم بملك احد لاحد ، ولا قال قط
ثبت عندي كذا ، ولا صح لدى ، بل يقول : شهد بذلك فى مجلس الحكم ،
وأقر فى مجلس الحكم ، وشهد المعدلون بذلك ، وهذه شهادة المعدلين وخطوطهم

(١) فى نسخة منيغ : وما نقصه ذاكر ولا عابه .

(٢) فى نسخة منيغ : لعظمته .

وقول الأصل الذي هو شهادة الشهود ، وما قال قط صحيح عندي ان هذا الملك
لنيلان ، وقد حكمت به لفلان وواوجبت على فلان الخروج منه .
وكان يقضى في ذرء ، وربما سمع الشهادة على الطريق وفي المسكة^(١)
اذا عبر وعلى باب الديوان وما رأيته عقد قط مجلس حكم في الجامع ولا في
المسجد ، رحمة الله ورحمنا اذا صارت ارواحنا اليه .

فصل

ما يفعله القاضي قبل مصيره الى البلد الذي وليه

- ١٨٥ - وينبغى للقاضى قبل مصيره الى البلد الذى وليه أن يتعرف احوال
من به من الفقهاء وتشهود والاعيان .
- ١٨٦ - وينفذ قبل ذلك الى الموضع من يشعر الناس بقدومه ليكونوا على
آهبة من قدمه واسنبلاته .
- ١٨٧ - وان يرجع اليه من انفذه ليكون الى جانبه (عند دخوله) يعرف
كل انسان ليكرمه بما يجب اكرامه ، فلا يرفع وضيعا ولا يحط من مرتبة كريم
ويكون رسوله ثقة ادينا بما يخبر به .

كيفية دخول البلد الذي وليه

- وهذا باب كيفية دخول البلد الذي وليه :
- ١٨٨ - اعلم ان القاضى ان كان لا محمل^(٢) له ولا تبع فالمستحب له ان يدخل
ليلًا الى البلد ، ويكون قبل ذلك قد أخذ منزلًا يصلاح للقضاء والحكم فلا يطلع
الناس على حاله ولا ما دخل فيه^(٣) .

(١) في نسخة منيخ : السفينة .

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

(٣) في نسخة منيخ : ولا مكان فيه .

وان- كان له محمل وطبع^(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 ، ويعتذر 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 ، واحتل في سنة صلى الله عليه وسلم ، فقال ابن عباس وعائشة وابن المسيب رضي 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 فصلبي فيه ركعتين ، ثم يأمر بعهده^(٣) فيقرأ على من بحضرته ، ثم يأمر مناديا ينادي : من كانت له حاجة فليحضر فينظر فيما رفع اليه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من سفر بدأ بالمسجد فصلبي ركعتين ثم جلس للناس فقضى بينهم روى ذلك كعب بن مالك^(٤) وام هانى^(٥) .

(١) في نسخة منيغ : « وان كان له تجمل ومال » لا مناسبة له .

(٢) في نسخة منيغ : ثانى عشر شهر ربيع اول .

(٣) العهد هنا بمعنى منشور توليته القضاء

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

قضينا من تهامة كل وتر

وخابر ثم اغمدنا السبيوفا

تخبرنا ولو نقطت لقالت

اقواطهن دوسا او تقيفا

فقالت دوس : انطلقا ، فخذوا لانفسكم لا ينزل بكم ما نزل بشقيق .

١٩١ - وان لم يقرأ العهد ومضى الى منزله اذن للناس اذا عاما وقرئ
عهده عليهم في منزله والاول احب اليها من الثاني .

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

ما ورد في كتابة العهد من الآثار

١٩٣ - وانما قلنا يكتب له العهد لأن النبي صلى الله عليه وسلم كتب
لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمين .

وكتب أبو بكر الصديق رضي الله عنه للاشتراط^(١) حين بعثه إلى اليمين^(٢)
كتابا وختمه بخاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم .

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

(٥) اللواتي عرفن باسم هانيء في اسد الغابة اثنتان هما : ام هانيء الانصارية
لم يوقف على نسبها وختلف في اسمها فقيل ام قيس وقيل ام هانيء
والظاهر انها ليست هي المقصودة في السندي المذكور ، اما الأخرى فهي ام
هانيء بنت ابي طالب القرشية اخت علي بن ابي طالب ، وقد اختلف في
اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاخته . وكانت تحت هيبة بن عمرو
بن عائذ بن عمران بن مخزوم المخزومي . اسلمت عام الفتح ، وهرب زوجها
هيبة إلى نجران ، وقال معتذرا بأنه لم يفر جينا ولا خوفا من القتل وقد
اعجب ببابياته في اعتذاره خلف الأحمر النقادرة القديم ورواية الشعر الشهير
اما الآيات المذكورة فهي :

لعمرك ما وليت ظهرى محمدا

واصحابه جبنا ولا خيفة القتل

ولكننى قلبت أمري فلم أجد

لسيفي غناء ان ضربت ولا نبل

واقفت فلما خفت ضيقه موقفى

رجعت لعود كالهزير الى الشبل

(اسد الغابة ٥ / ٦٢٣ - ٦٢٤)

(١) كنا في جميع التسخين والاشتر هو مالك بن الحارث الاشتراط وقد وله على
مصر وعهد إليه (نهج البلاغة) شرح محمد عبد (٤/٨٢)

(٢) في نسختي منيغ وقليل البحرين .

وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى أهل الكوفة :
 « أما بعد ، فاني بعثت اليكم عمار بن ياسر أميراً وعبد الله قاضياً وزيراً^(١)
 فاسموا لهما اطيعوهما فقد آثرتم بهما » يعني عماراً وابن مسعود^(٢) .

الاشهاد على التولية

١٩٤ - وقال الشافعي :

اذا كان البلد بعيداً اشهد على التولية شاهدين لثبت بهما التولية .

١٩٥ - وقال اصحابه :

وان كان قريباً بحيث يتصل به الخبر بالтолية فيه وجهان :
 احدهما يجب الاشهاد لانه عقد فلا يثبت بالاستفاضة كالبيع ، وهو قول
 ابي اسحق ، وقال الاصطخري : لا يجب الاشهاد لانه يتثبت بالاستفاضة فلا يفتقر
 الى الشهادة ، وقد تقدم ما قلناه في ذلك .

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

باب كيفية جلوس القاضي واحواله

والمكان الذي يقضى 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 كضيق من الطعام ولا كسلان .

١٩٨ - ولا يقضى وهو غضبان .

(١) في تاريخ الطبرى ٤/٢٤٧ انه كتب :

« اني بعثت اليكم عمار بن ياسر أميراً وجعلت عبد الله بن مسعود معلماً
 وزيراً . ووليت حذيفة بن اليمان ما سقت دجلة وما وراءها . . . الخ » .

(٢) في نسخة قليع : قوله اثرتم بهما يعني عماراً وابن مسعود .

- ١٩٩ - ولا يمزح مع خصم ولا يساره ولا يضحك في وجهه ولا يبعث بثيابه .
 ٢٠٠ - ولا يضجر ولا يعجل .
 ٢٠١ - ولا يلتفت عن خصم .
 ٢٠٢ - ولا يتکيء على وسادة حال القضاء .
 ٢٠٣ - ولا يلقن خصما حجته^(١) .
 ٢٠٤ - ولا يقضى (في) حالة مرض ولا حزن ولا حر شديد ولا برد مؤلم .
 ولا في حالة فتنه .

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يقضى القاضى وهو غضبان »^(٢) .

ولأن هذه الامور تسله عن النهم ، وتنفعه من الحكم ، فإذا حدث له شيء ذكرناه وجب أن يقوم أو يسكن ، حتى يذهب ذلك عنه .
 ٢٠٥ - وقد كان شريح اذا جاء قام ولم يقض .

فصل : فضلاء النبي (ص) في شرائح الحرمة

٢٠٦ - فإن حكم في هذه الأحوال بحكم نفذ حكمه وجاز قضاؤه ، إذا كان مما يجوز في حال اعتداله ، وذلك لما روى أن الزبير ورجلان من الانصار^(٣) اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في شرائح^(٤) الحرمة فقال النبي صلى الله عليه للزبير :

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

(٢) روى هذا الحديث ثلاثة من الصحاة هم : أبو بكرة وأم سلمة ، وجنادة بن أبي أمية في البخاري ومسلم وأحمد وابي داود والترمذى والنسائى وأبن ماجه .

(٣) في أدب القضاء للماوردي (٧/١) أن هذا الانصارى « شهد بدرأ ، وقيل انه حاطب بن بلنتعة » كان عبداً لفكتاب ، شهد بدرأ والمديبية . (أنظر ترجمته في طبقات بن سعد ٣/١-٨٠، سير اعلام النبلاء ٢-٩ رقم ٩ ، النووي ق-١٥١-١٥١-ج طبقات ابن خياط ، ص ١٥١) .

(٤) الشراج جمع شرجة وهي سيل الماء (تهذيب الاسماء واللغات ١/١٦١) والحرمة : ارض ذات حجارة سود والجمع حرار (المصباح ١/٢٠١) والحرمة هي اللابة وحرم النبي (ص) ما بين لابتى المدينة ، وهما حرثان تكتنفانها . (القاموس المحيط في مادة اللوب) .

- اسوق زرعك ثم ارسل الماء الى جارك فقال الانصاري :

- ان كان ابن عمتك !

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

- اسوق زرعك واحبس الماء حتى يبلغ الجدر ثم ارسله الى جارك (فنزل

قوله تعالى : فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في
أنفسهم حرجا مما قضيت)^(١) .

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

فصل

القضاء في المسجد

٢٠٧ - قال اصحابنا جميعا :

والمستحب ان يجلس في مجلس الحكم في الجامع ، فان كان مسجد بجنب
داره فله ذلك وان قضي في داره جاز ، والجامع ارفق الموضع بالناس وأبادر 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
بالسواند^(٢) .

(١) استندنا في ايراد هذه الزيادة الى ما جاء في ادب القاضي للماوردي
تحقيق السرحان (٦/١) والالية 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 ، وعنده عطاء بن السائب وأبو اسحق والاعشى وسعيد
بن مسروق اوشريك وزبيد اليامي اومسعر وغيرهم . روى له الستة . وكان من
ثقات التابعين . مات سنة ست عشرة ومائة .

وقد قضى النبي في مسجده بين الأنصار في مواريث ، وكان الأئمة يقضون في المسجد ولأن المسجد أرفع الموضع واسعها عليهم ٠

٢٠٩ - وقال الشافعي :

وكره ان يجلس للقضاء في المسجد لأن الخصومة يحضرها الملغط والسفلة ، فنزعه المسجد من ذلك ، ولأنه قد يقضي بين الحائض والجنب فلا يمكنهما المقام في المسجد ٠

٢١٠ - قال :

وان جلس في المسجد لغير الحكم فحضر خصمان أكره له^(١) ان يحكم بينهما^(٢) وذكر في الحجة حديث الحسن بن عثمان رضي الله عنه انه دخل المسجد ورأى سقاء على رقبته قربة فحيطها ومعه خصم قضى بينهما عثمان رضي الله عنه^(٣) ٠

٢١١ - وقد قال عمر بن عبد العزيز :

(١) في نسخة منيغ : لم يكره له ٠

(٢) في أدب القضاء للماوردي علامة على ذلك :

« قال مالك وأحمد واسحق لا يكره ، وهو قول الشعبي وعن أبي حنيفة في كراهيته روایتان » (٧٨/١) ٠

(٣) هذه العبارة نقلها السمناتي عن ادب القاضي للخصاف من باب « القاضي يقضى في المسجد واصل عبارة الخصاف » :

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

- أتيت المدينة فدخلت مسجد رسول الله يوما بالهاجرة ، فإذا أنا باب عفان قد كوم من الحصى ودفع رداءه ثم اتكىء ، وإذا هو رجل حسن اللحية ، وإذا بجيئه نكات من أثر الجدرى ، وإذا الشعر قد كسى ساعديه ، قال : فجاء سقاء يخاصم رجلا معه ، قال فيجعل ينظر بينهما ، ففي هذا دلالة على أن القاضي في سعة من تنفيذ الحكم في المسجد الجامع أه ٠

وفي ادب القاضي للماوردي تفصيل اخر حيث ذكر ان كراهية القضاء في المسجد وردت فيها عن أبي حنيفة « روایتان استدلا برؤایة الشعبي ، قال : رأيت عمر بن الخطاب مستندًا إلى القبلة يقضى بين الناس ، وقال الحسن دخلت المسجد فرأيت عثمان بن عفان الخ » ٠

لا يقعد قاض في المسجد فيدخل فيه المشركون فانهم نجس ، وتلا الآية ٢١٢
وكان يحيى بن عمر يقضى في الطريق ، وقصدهه رجل إلى منزله فقال :

القاضى لا يؤتى في منزله^(١) .

٢١٣ - قال الشافعى :
والمستحب ان يجلس للحكم في موضع بارز يصل اليه ذل واحد ولا يتحجب
من غير عذر .

٢١٤ - ويستحب له ان يكون المجلس فسيحا حتى لا يتاذى بضيقه الخصوم
ولا يزاحم فيه الشيخ والعجز ، ويكون موضعا لا يتاذى فيه بحر ولا برد
ولا برائحة نتنة .

فصل

٢١٥ - ويجب ان يعرف للعالم والشريف والشيخ واهل الفضل حقوقهم ،
فقد روی عن النبي صلی الله عليه وسلم انه قال :
اذا اتاكم كریم قوم فاکرموه ، ونـزلوا الناس منازلهم ، واقیلوا ذوى
الهیئات زلاتهم .

٢١٦ - وينبغى له اذا دخل عليه سلطان ان يرفعه ويوسع له ويكرمه .
٢١٧ - وكذلك يكرم صاحب العلم والقرآن فقد روی عن النبي صلی الله
عليه وسلم انه قال :

- « من اکرام الله اکرام ذى الشیب المسلم وحامل القرآن ، وغير الغالى
فيه ، ولا الجافى عنه » .

٢١٨ - وان قام لرجل من اهل العلم في مجلسه كان حسنا لا يأس به ،
فقد قام النبي صلی 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 أبي جهل لما جاءه مسلماً ، وقال للأنصار :
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 النبي صلى الله
عليه وسلم كان اذا قام يدخل منزله قمنا له قياما حتى يدخل^٠

٢٢٠ - وانما كره اصحابنا القيام على التكبير كما قال صلى الله عليه :
« الاعاجم يقوم بعضهم ببعض تكفيرا » .

٢٢١ - وان قام الى انسان فعائقه فلا يأس ، فقد قام النبي صلى الله عليه
وسلم لزید بن حارثة فعائقه وقام لجعفر بن ابى طالب لما اتاه يوم خير فقال :
« لست ادرى باى الفتحين اسر بقدوم جعفر او بفتح خير » .

٢٢٢ - قال الطحاوى :

وإذا استأذنَهُ إنسانٌ ليقبلَ رأسَهُ ويديهِ ورجلٍ فعلَ !

٢٢٣ - وقال ابو حنيفة اكره من الرجل ان يقبل من الرجل يده او فمه
واكره المعاشرة ولا يأس بالتصافحة .

٢٢٤ - وروى عن ابى يوسف انه قال :

تجوز القبلة والمعاشرة والمصافحة ، ذكر الخلاف » في كتاب الكراهة
أبو الليث^(١) وغيره ، والذى ذكره الطحاوى قاله في ادب الحكم الصغير له .

(١) ورد ذكر سعد بن معاذ في رسالة العثمانية للجاحظ ووصف بأنه
كان « سيد الانصار وأفضلهم » وقد تولى يوم بدر حراسة عريش النبي في
نفر من الانصار (العثمانية ، ص ٥٣-٥٤ ، أسد الغابة / 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 المعاشرة والقبلة ، ولا يرى بالتصافحة بأسا
ورخص ابو يوسف في القبلة والمعاشرة » .

٢٢٥ - وروى عن بريدة الاسلامي^(١) ان اعرابيا قال للنبي صلى الله عليه :

اذن لي فقبل رأسك ورجلتك

فاذن له فقبل رأسه ورجلته *

٢٢٦ - وان قال رجل للقاضي جعلت فداك جاز ، فقد قال ابن عمر ذلك

للنبي صلى الله عليه وسلم وقاله عقبة بن عامر وابو بكر وعمرو وابن عباس وعمرو

بن عتبة وأبو ذر وقرة المزنى^(٢) ، كذا روى الطحاوى رحمة 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 وقادص :

ارم فداك ابى وأمي *

وجمع النبي صلى الله عليه للزبير يوم الخندق بين أبويه *

٢٢٩ - وان قال له رجل :

(١) هو بريدة بن سفيان الاسلامي وردت ترجمته في اسد الغابة ١٧٧-١٧٦ وورد أيضا انه ليس من الصحابة وليس هو بذلك في الرواية .

(٢) ترجم في اسد الغابة لصحابي بن عقبة بن عامر ادھما عقبة بن عامر بن عيسى الجهنمي 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 الحير وعلي بن رباح وأبو قبييل وسعيد بن المسيب وغيرهم . والظاهر انه هو المقصود اما الاخر فهو عقبة بن عامر بن نابى بن زيد الانصارى الاسلامي شهد العقبة الاولى وبدرها واحد ، واستشهد يوم اليمامة (اسد الغابة ٤١٧-٤١٨) .

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

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

◦ - 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 روی ذلك عن النبي صلی الله علیہ انہ قیل له واجب عنه^(١) ◦

◦ ٢٣١ - وان دعاء داع فلبه ، أو قال :- ليك وسعدتك أو قال له : جملك الله فلا بأس به ، فقد روی ذلك كله عن النبي صلی الله علیہ وسلم ◦

◦ ٢٣٢ - ولو أمر رجلا بشيء فقال : سمعا وطاعة فلا بأس ◦ قال ظهير^(٢) ذلك للنبي عليه السلام ◦

◦ ٢٣٣ - وان اخربه رجل بخبر فقال : بخ بخ فحسن (فقد) قال النبي صلی الله علیہ وسلم لابن عمر : بخ بخ ◦

◦ ٢٣٤ - قال الطحاوى :

◦ - وان حبس رجلا ليؤدبه فتشفع فيه شافع شفعه ، فقد روی فهد^(٣) بن حکیم عن ابیه عن جده أن اباه اتى النبي صلی الله علیہ وسلم فقال له : جرابی^(٤) فيما اخذوا ?

◦ فقال النبي صلی الله علیہ وسلم : خلوأ له عن جرابه ◦

فصل

◦ ٢٣٥ - قال أصحاب الشافعی :

(١) في نسخة قليج : بمثله ◦

(٢) في اسد الغابة (٣٧٠ - ٧١ / ٣) ترجم لصحابيین يدعی کل منهما ظهیرا او لهما ظهیر بن رافع بن عدی شهد العقبة الثانية وبدرها والثاني ظهیر بن سنان الاسدی والظاهر ان المقصود هو الاول لطول صحبته ◦

(٣) في نسخة قليج الحص بن حکیم وليس في اسد الغابة سوى حص بن قطن واخوه حارثة بن قطن بن زابر الكلبي او انهم واقدا على رسول الله (ص) فكتب لهم كتابا في الصدقات : (اسد الغابة ١ / ٣٥٧ و ٢ / ٢٣) ◦

(٤) في نسخة منيخ : جiranی ◦

ويكره ان يكون القاضي جبارا عسوفا وان يكون ضعيفا مهينا
لان الجبار يهابه الخصم ، ولا يستوفي حاجته ، 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 رضي الله عنه في خطبته ان اقوالكم عندى لضعيف حتى
اخذ له الحق ، وان اضعفكم عندى لقوى حتى اخذ منه الحق ، فان استقمت
فاعينوني وان زغت فقوموني ^(١) .

فصل

٢٣٦ - قال الطحاوى رحمه الله :

وينبغي له في اليوم الذي يريد الجلوس للحكم ان يتخلص ^(٢) ، وان تافت
نفسه الى اصابة النساء فعل ، وكذلك الطعام والشراب ، ويقدم ليسقط له في الجامع
ليعلم الناس موضعه ، وان جعل بد ابيض ووسادة فلا بأس ، ويطرح للشهود
الحضر والبوارى اذا لم يكن حصر .

٢٣٧ - وان قدر القاضي ان يجلس على مثل اشهاده فعل ، فان المصليات
والخداد والمرافق ليس من آلة ^(٣) الحكم .

٢٣٨ - ولا يتروح بالمراروح الطوال ولا للمخصوص القيام على رأسه بالمداؤد ^(٤)

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

(١) انظر نص هذه الخطبة في تاريخ الرسل والملوك للطبرى طبعه دار
المعارف بمصر ج ٣ ص ٢١٠

(٢) التخلص : تكليف الخشوع .

(٣) في نسخة منيغ : أمر .

(٤) في نسخة منيغ : بالمذاب .

الناس سوءاً ، ويرسم لهمأخذ القصص^(١) من غير ان ينظروا الى ما فيها أو عليها .
٢٤٠ - ويتقدم الى الشهود والامانة ان لا يلزموا^(٢) انساناً لهم ولا يأتوا
احدا في أمر الحكم والشهادة الا بامره ، وان يجتبوا الضحك في المجلس وشرب
الماء والمراوح وما يدعوا الى الوضع من قدرهم .

فصل

٢٤١ - واذا خرج الى المسجد بعد الاكل والشرب وما يحتاج اليه من
فعل^(٣) حاجة خرج متواضعاً متذلاً اثلاً يعلم انه يزيد امراً عظيمـاً .
٢٤٢ - فلا يأكل من الطعام ما يكنته^(٤) ويوجه الى كثرة شرب الماء ،
فإن ذلك يضع من قدره ، والعطش يشغل قلبه ، والامتلاء يقل بدنـه ، والجوع
يضجره ويعسر^(٥) خلقـه .

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 جلس مجلس القضاة فنكس
رأسه فجعل يبكي والخصوم ناحية ، ثم دعاهم اثنين اثنين ففصل بلا شاهد انما هو
الاقرار .

(١) جمع قصة وهي عريضة الدعوى اى الورقة التي كانوا يسردون
فيها مدعاهـم ويقصـون قضـيتـهم ويبـينـون شـكـواـهم .

(٢) في نسخة منيـخ : ان يلزمـوا وفي نسخـة قـلـيـع : ان يلزمـوا منازـلـهـم .

(٣) في نسخـة قـلـيـع : من قـضـاء حاجـة .

(٤) الكـلـة بالـكـسـر البـطـنة وـشـء يـعـتـرـى من اـمـتـلـاة الطـعـام ، كـظـهـ الطـعـام :
مـلـأـهـ حـتـىـ لاـ يـطـيقـ النـفـسـ فـاـكـتـظـ ، وـكـظـهـ الـاـمـرـ كـظـاظـاـ وـكـظـاظـةـ بـهـضـهـ وـكـرـبـهـ
وـجـهـهـ . (القاموس المحيط) .

(٥) في نسخـة قـلـيـع : ويـغـيرـ .

(٦) القـمـطـرـ خـزانـةـ يـحـفـظـ بـهـ القـاضـىـ الرـقـاعـ وـغـيرـهـ مـنـ اـورـاقـ القـضـاءـ .
جـاءـ فـيـ مـختـارـ الصـحـاحـ انـ القـمـطـرـ بـوزـنـ الـهـزـبـرـ وـالـقـمـطـرـةـ مـاـ يـصـانـ فـيـهـ الـكـتـبـ
وـلـاـ يـقـالـ بـالتـشـدـيدـ .

فصل

- ٢٤٦ - وبعد دخوله المسجد ينبغي ان يصل فيه ركعین او أربعا ، ان احب اذا كان في وقت تجوز فيه الصلاة ويخفف ذلك ويدعو الله تعالى ان يفرغ عليه السداد ويجري على لسانه الصواب ، ويستعين بالله من الشيطان الرجيم ٠
- ٢٤٧ - ول يكن من قوله : ما شاء الله ، توكلت على الله ، اعتصمت بالله ٠
- ٢٤٨ - ويقول : اللهم سلمني من مجلسى هذا ، وأعني عليه ٠
- ٢٤٩ - ويجعل القمطر عن يمينه ٠
- ٢٥٠ - قال الطحاوى :
ولا احب له القيام الى من جرت عادة بالقيام اليه اذا جلس للحكم ، ولكن
يرد السلام ٠
- ٢٥١ - ويجلس الشهد والاماء مجلسا لا يسمعون كلامه حيث يراهم كلهم ٠
- ٢٥٢ - ويكون اجتماع الخصوم بين يديه ، يكون بينهم وبينه مكان واسع ٠
- ٢٥٣ - وأن يتقدم الى الحاجب بأن يأمر بكف الا صوات والسكوت وان
لا يسار احد بين يديه اخر ولا يحدثه ، فأن ذلك يشغل قلبه ٠

مجلس قاضي القضاة الدامغانى

- ٢٥٤ - وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمة الله يقعد في مجلسه وسط الدست ^(١) المضروب ، والشهد حوله ، يتقدم من يشهد اولا على من تأخر ، والقمطر بين يديه والمحاد على يساره ، والمسد ^(٢) خلف ظهره ، والناس حوله فمنهم من يقعد في طرف المحاد ومنهم في مجلس خلف المحاد ومنهم من يستند

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

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

هذا وقد جاء في نسخة قليح بدلا من لفظه المسد لفظه : المسند ٠

إلى 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 عنت بعض الوكلاء والشهود ، وربما مزح مع بعضهم ، وكان إذا دخل عليه داخل ممن يقام اليه قام له ولا يبالي ، وربما خرج متظليساً وربما ترك الطيسان وإذا أراد الاستجال^(١) جرت له عادة تحكيمها في اثناء الكتاب عند ذكر كيفية ما يثبت عند الحاكم ، وكيفية استجاله في باب مفرد إن شاء الله .

فصل

(الفقهاء المشاورن)

- ٢٥٥ - وان احب ان يحضر القاضى 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) كما أيضا في النسختين الآخريين .

(٢) جاء في مختصر الطحاوى (ص ٣٢٧) : « فان اشكال عليه شاور رهطا من اهل الفقه ، ثم نظر الى احسن اقوالهم واسبهها بالحق فقضى به . وان رأى خلاف رأيهم احسن واسبه بالحق قضى به » .

(٣) يتضح من هذا ان صلة الفقهاء والفقهاء بالقضاء قديمة وهى تقوم على التعاون والتشاور مع عدم تقييد القاضى برأى الفقهاء المشاورين ، وقد وهم المؤرخ الانكليزى المعاصر برنارد لويس فى كتابه « بزوغ تركية الحديثة » حين لاحظ تأثر بناء المساجد فى تركية بطراز الكنائس البيزنطية فاستنتج فى شيء من الافتراضات المتكلفة أن هذه الصلة فى العمارة تفسر ما زعمه من احتمال ظهور نظام التدرج الوظائفى فى طبقة علماء الدين والفقهاء فى الاسلام فى ظل العثمانين لأول مرة على غرار التدرج الكنسى بين رجال الكنيسة البيزنطية مستندًا فى ذلك إلى ترؤس المفتين المحاكم المحلية تحت السلطة العليا لشیخ الاسلام (كذا) مع هفتى العاصمة الذى شببه ووصفه فى شيء من العبر بالبطيرق الاول فى الدولة العثمانية فيالها من خفة فى البحث !

قال : ما رأيت احدا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اكتر مشاوره لاصحابه منه ◦

٢٥٧ - وكان الحسن يقول في قوله تعالى : [وشاورهم في الامر] «والله ما

تشاور قوم قط الا وفهم الله لافضل ما بحضرتهم ◦

٢٥٨ - روی عن زياد انه قال :

ان الرجال ثلاثة : رجل ونصف رجل ولا شيء فالرجل هو الذي له رأي ولا يحتاج الى غيره ونصف الرجل الذي لا رأي له ، و اذا احضره أمر شاور ذا الرأي ، والذى لا شيء لا رأي له ولا يشاور ◦

٢٥٩ - و اذا كان الحكم في الكتاب والسنة أو الاجماع وهو يعلم ثبوته لم يتحتاج الى مشاورة ، وان كان في القياس والاستدلال يشاور ولا يعجل في ذلك بحكم حتى ينقطع العدد ، وان شاور فقيها واحدا اجزاء ◦

فصل

ادلة الاحكام

٢٦٠ - وينبغي للقاضى أن يقضى بنصوص الكتاب الناسخة ، فإن لم يوجد ذلك ووجد الحكم في السنة قضى ، وان كان فيه اجماع من الصحابة قضى به ◦

٢٦١ - وقد قال محمد بن الحسن (الشیعی) الاصول اربعة : الكتاب وما في معناه والسنة وما في معناها والاجماع وما في معناه ◦

وحرصا على امانة البحث ننقل للقارئ عبارة هذا المؤرخ ليتأمل بنفسه ما حكيناه عنه فقد جاء في 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 إن كان له رأى^(١) .

٢٦٢ - واعلم انه لا فرق عندنا بين ما ثبت بتصريح اللفظ^(٢) في الكتاب والسنة أو ثبت بفحواه^(٣) أو كان نصا^(٤) جنباً أو خفياً أو لفظاً وضع لفائدة واحدة

(١) نقل السمناني ههنا عن أدب القضاء للخصاف وقد جاء فيه بعد هذا : لأن المشاورة ليست فرضاً واجباً عليه حتى لا يجوز له انفاذ القضاء إلا بها ، وإنما هي مندوب إليها الخ . راجع ترتيب أدلة القاعدة الشرعية في مختصر الطحاوي ص ٣٢٧ .

ويستفاد مما جاء في أدب القضاء للماوردي أن الفقه الشافعى اميل إلى توكييد المشاورة فقد جاء فيه أن « القاضى مأمور بالمشاورة فى احكامه وقضياته » ولكن بعد هذا الاطلاق قيد ذلك بالنوازل الحادثة التى لم يتقدم فيها قول لم تبعه وبما اختلف فيه العلماء من مسائل الاجتهاد « فهو الذى يؤمر بالمشاورة فيما دون ما كان ظاهر جلياً او انعقد الاجماع عليه . على ان القاضى انما يحكم فى جميع الاحوال باجتهاده دون اجتهاد المشاوريين » كما ان ان القاضى « ان لم يشاور وحكم نفذ حكمه اذا لم يخالف فيه نصاً او اجماعاً او قياساً جلياً غير محتمل أه . (عن أدب القضاء للماوردي تحقيق السرحان ١١١/١) .

(٢) و (٣) قوله : ما ثبت بتصريح اللفظ ينطبق على ما يسمى فى ترتيب أصول الفقه بالظاهر وقد عرف الظاهر بأنه اسم لكل كلام ظهر المراد به للسامع بصفته (أصول البذدوى وشرحه لعبد العزيز البخارى ٤٦/١) وقد استخدم السمناني مصطلح صريح اللفظ للدلالة على الظاهر ويقابله عنده الفحوى وهو ما لا يظهر المراد به للسامع بصفته وإنما يحتاج إلى تأمل خلافاً للظاهر وبعبارة أخرى فصريح اللفظ هو الذى لا يحتاج سامعه إلى التأمل فى معناه لانه « يسبق إلى العقول والأوهام لظهوره موضوعاً فيما هو المراد به » (أصول السرخمي ١٦٤/١) وحكم الظاهر فى أصول 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 واظهاره اما فى اصطلاح الاصوليين فقد قال فيه الدبوسي « هو الزائد على الظاهر بياناً اذا قوبل به » وقد زاد البذدوى على ذلك ان هذه الزيادة تكون « بمعنى من المتكلم لا فى نفس الصيغة (تقويم الأدلة للدبوسي ٢٠١ - ٢٠٢ واصول البذدوى ٤٦/١ وقد جلى السرخى هذا المعنى بقوله ان النص هو « ما يزداد وضوها بقرينة تقترب باللفظ من المتكلم ، ليس فى

أو لفوائد كثيرة أو كان عاماً أو خاصاً^(١) بعد أن يكون ثابتاً ناسحاً

٢٦٣ - ولا يثبت نسخ القرآن إلا بقرآن مثله أو بسنة مجتمع عليها غير مختلف فيها ولا ينسخ بخبر واحد ولا قياس^(٢) •

٢٦٤ - وخالف في جواز تخصيص القرآن بخبر الواحد والقياس فمن أصحابنا من منع من ذلك ومنهم من اجازه في حال دون حال وخالف في تفصيل تلك الحال فمنهم من قال إذا دخله تخصيص جاز تخصيصه ، ومنهم من منع ذلك •

٢٦٥ - وكذلك خلافهم في السنة

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

٢٦٦ - وما ثبت بالأجماع فيقدم على القياس •

اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة (أصول السريسي ١٦٤/١ ، تفسير النصوص لمحمد أديب صالح ، ص ٩٠) .

فالظاهر والنصل صورتان من صور البيان الواضح وقد اطلق السمناني على أولهما مصطلح المفهوم الصريح وعلى الثانية مصطلح النص الجلي أما النص الخفي فهو جزء من أجزاء البيان البهم وهو يقابل الظاهر من أجزاء البيان الواضح والخفى لغة ماخوذ من الحفاء وهو الستر والتكمان وعدم الظهور وفي اصطلاح الأصوليين « ما اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غير الصيغة ، لا ينال إلا بالطلب » (أصول البزدوى ٥٢/١) وحكم الخفي وجوب النظر فيه والطلب أى الاجتهاد والتأمل في معناه (تفسير النصوص لمحمد أديب صالح ص ١٦٥) .

(١) العام من الألفاظ ما دل على الشمول والاستغراف لكل ما يصلح له من أفراده كلفظة من وكل ودابة والعام يوجب الحكم في جميع الأفراد الدالة تحته . أما التخصيص فهو صرف العام عن عمومه وارادة بعض ما ينطوي تحته من أفراد الدليل يدل على ذلك والدليل المخصوص أما أن يكون مستقلاً أو غير مستقل (تفسير النصوص ص ٦٣٨ - ٦٣٩) .

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

ويُخْص 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 بأصول الاقوال عنده في رأيه
ان كان له رأى •

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

٢٧٠ - وان تساوت الادلة والحجج عنده فمن أصحابنا من قال يقف الحكم
حتى يظهر له وجهه مرجح ، ومنهم من قال هو بال الخيار في ذلك يعمل بأيتها 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 يرآه عنده خفيا وان قال به بعض العلماء •

٢٧٣ - وفي هذا الباب علم كثير وسائل صعبة واذ قد ذكرنا هذه الاحوال
والصفات فلتذكر بعد ذلك قبض ديوان الحكم وتسلمه •

باب قبض ديوان الحكم

وهذا باب نذكر فيه قبض ديوان الحكم وتسليمها + 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 صرحت السمنانى الا فرق بين ان يكون العمل عمل العامة
او العلماء ، وفي هذه التفرقة ما يشبه التفرقة المعروفة في فقه القوانين الوضعية
بين العادات والاعراف •

وأئمـيات^(١) وبـه يتـذكر الحـاكم ما حـكـم به من العـقـود وـشـهـادـة من شـهـدـعـنـهـ من الشـهـود ، وـأـوقـاتـ القـضـايا وـتـوـارـيـخـ اـزـمـانـ السـجـلـاتـ وـالـمـاحـاضـرـ ، وـفـيـهـ تـعـدـيلـ الشـهـودـ وـمـنـ عـدـلـهـ ، وـفـيـهـ ذـكـرـ الـجـرـحـ مـنـ شـهـدـ وـبـيـانـ ماـرـدـتـ بـهـ شـهـادـةـ المـجـرـوحـ فـهـوـ أـمـيـنـ القـاضـىـ الـذـىـ لـاـ يـخـوـنـ وـخـلـيـفـتـهـ الـذـىـ لـاـ يـشـيـنـ فـلـاـ يـنـبـغـىـ لـهـ انـ يـتوـانـىـ فـيـ حـفـظـهـ ، وـلـاـ يـقـسـرـ عـنـ مـرـاعـاتـهـ وـضـبـطـهـ ، وـهـوـ الـذـىـ يـجـبـ انـ يـبـدـأـ بـالـنـظـرـ فـيـهـ وـيـتـسـلـمـ مـنـ الـمـوـكـلـ بـهـ ، وـانـ كـانـ لـهـ حـافـظـاـ وـعـلـيـهـ قـائـماـ

٢٧٥ - والـقـاضـىـ الـأـوـلـ اـمـاـ انـ يـكـونـ مـيـتاـ اوـ مـعـزـولاـ ، فـالـقـاضـىـ الثـانـىـ يـجـبـ عـلـيـهـ حـفـظـ الـدـيـوـانـ وـتـسـلـمـ مـمـنـ هوـ تـحـتـ يـدـهـ

٢٧٦ - فـنـ اـحـبـ انـ يـحـضـرـ بـنـفـسـهـ وـأـلـثـقـاتـ فـيـتـسـلـمـ ذـلـكـ وـيـثـبـتـ ذـلـكـ فـيـ سـمـخـ وـتـكـوـنـ وـاحـدـةـ فـيـ دـيـوـانـ الـحـكـمـ ، وـالـثـانـيـةـ حـجـجـةـ فـيـ يـدـ مـنـ تـسـلـمـ ذـلـكـ مـنـهـ وـأـلـثـلـثـةـ تـكـوـنـ فـيـ يـدـ النـفـرـ الـذـينـ حـضـرـوـاـ مـعـهـ ، وـانـ اـخـتـارـ انـ يـقـبـضـهـ بـغـيرـهـ فـيـنـبـغـىـ لـهـ انـ يـوـكـلـ رـجـلـ ثـقـةـ ، وـيـشـهـدـ عـلـىـ وـكـيلـهـ بـقـبـضـ الـدـيـوـانـ مـنـ الـحـاـكـمـ الـمـعـرـوفـ اوـ مـنـ وـكـيلـهـ الـذـىـ كـانـ الـدـيـوـانـ تـحـتـ يـدـهـ

٢٧٧ - وـانـ شـاءـ اـرـسـلـ كـاتـبـهـ وـاـرـسـلـ مـعـهـ مـنـ ثـقـةـ الـبـلـدـ مـنـ الـمـقـبـولـ قـوـلـهـ اوـ مـنـ ثـقـةـ غـيرـهـ فـيـأـمـرـهـ بـتـسـلـمـ الـدـيـوـانـ مـنـ الـحـاـكـمـ اوـ مـنـ دـفـعـهـ إـلـيـهـ ، يـفـرـدـ هـوـ لـذـلـكـ مـوـضـعـاـ لـيـكـونـ تـحـتـ يـدـهـ وـقـبـصـتـهـ اوـ تـحـتـ يـدـ كـاتـبـهـ

٢٧٨ - وـيـكـتـبـ مـاـ يـقـبـضـ جـمـيعـهـ كـتـابـاـ كـتـابـاـ وـسـجـلـاـ سـجـلـاـ

٢٧٩ - وـيـحـتـمـ ذـلـكـ كـلـهـ بـعـدـ انـ يـثـبـتـ عـنـهـ اـنـ ذـلـكـ مـحـكـومـ بـهـ وـيـثـبـتـهـ عـلـىـ اـمـيـنـهـ اوـ كـاتـبـهـ

٢٨٠ - وـاـذـ قـدـ ذـكـرـنـاـ الـكـاتـبـ فـيـنـبـغـىـ اـنـ ذـكـرـ الصـفـةـ الـتـىـ يـكـونـ عـلـيـهـاـ

(١) اـوـضـحـ الـمـاـوـرـدـىـ هـذـاـ الـمـعـنـىـ بـقـوـلـهـ فـيـ أـدـبـ الـقـضـاءـ فـيـ الـحاـواـيـ انـ «ـالـحـاـكـمـ يـسـتـظـهـرـونـ فـيـ حـفـظـ الـحـقـوقـ عـلـىـ أـرـبـابـهـ بـحـفـظـ حـجـجـهـ وـوـثـائقـهـ فـيـ نـسـختـيـنـ يـتـسـلـمـ الـمـحـكـومـ لـهـ أـحـدـاـهـ ، وـتـكـوـنـ الـأـوـلـىـ فـيـ دـيـوـانـهـ حـجـجـةـ يـرـجـعـ إـلـيـهـاـ اـذـ اـحـتـاجـ لـيـكـونـ عـلـىـ ثـقـةـ مـاـ فـيـ يـدـهـ » (٩٠/١١) وـعـرـفـ دـيـوـانـ الـقـاضـىـ فـيـ الـهـدـاـيـةـ لـلـمـرـغـيـنـانـيـ ١٠٢/٣ بـأـنـهـ عـبـارـةـ عـنـ الـخـرـائـطـ الـتـىـ فـيـهـ السـجـلـاتـ وـغـيرـهـاـ

باب كاتب القاضي

وهذا باب ذكر كاتب القاضي وما ينبغي ان يكون عليه من الصفات ◦

٢٨١ - اعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم كان له كتاب منهم علي ابن ابي طالب عليه السلام وزيد بن ثابت ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم ◦

٢٨٢ - وكان لابي بكر الصديق عليه السلام ورضوان الله زيد بن ثابت وعثمان بن عنان رضي الله عنهم يكتبان ◦

٢٨٣ - وكان كاتب عمر رضوان الله عليه عبدالله بن ارقم^(١) وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ◦

٢٨٤ - وكانت عثمان مروان ◦

٢٨٥ - وكتب علي بن ابي طائب عليه السلام عبدالله بن ابي رافع رضي الله عنهم أجمعين ◦

٢٨٦ - وهو فعل ائمه ائدلة وولة الجور ◦

٢٨٧ - واذا استكتب القاضي رجلا فقد اقامه مقاما يجب عليه ان يختاره ، وان يستقرغ الوسع والجهود في ذلك فيكون معروفا بالسداد في مذاهبه والاستقامة في طرائقه ، ويكون عدلا في دينه ◦

٢٨٨ - قال الخصاف :

ويتخد كاتبا ورعا مسلما عارفا بالفقه وقاله غيره من اصحابنا كالطحاوى وابن الحسن وغيرهما والفاظهم متقاربة ◦

٢٨٩ - فقال الطحاوى في مختصره في الفقه : وينبغي ان يتخد كاتبا من اهل الصلاح والعناف ، ولا ينبغي ان يتخد كاتبا ذميا ولا عبدا ولا مكتابا ولا محدودا في قذف ولا من لا تجوز شهادته ◦

٢٩٠ - وقال غيره :

ينبغي ان يكون مع هذه الشرائط مستقلأ بما يتلقده ، ومؤثرا البر بين من

(١) هو عبدالله بن ارقم بن عبد يغوث الزهرى اسلم عام الفتح وكتب للنبي ثم لابي بكر وعمر ◦

يصحبه ويكون أميناً فقيها ، يجري على هذا فتيوخى الصدق فيما يحضره ويفيد
عن مشاهدته ، صادقاً فان القاضى قد امنه من أمر الحكم على من لا يؤمن على
مثله الا أمين ، وفوض إليه (من) حجج الخصوم والمرفوعين إليه ما لا يفوضه
الى ذوى العفاف والدين .

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

سيرة نظام الملك واصلاحاته

٢٩٢ - وقد شاهدنا في عصرنا هذا من الصاحب الاجل نظام الملك قوام
الذين العالم العادل المنظر المنصور مولى النعم أبي علي الحسن بن على بن اسحق
رضي أمير المؤمنين اعز الله نصره الصدر المأمون على الدين والملatin وأهل
الذمة والمعاهدين ، الذين تكلمت فيه صفات الامامة واشتهرت بسيرته السير ،
العفيف نفسه الكرييم طبعه الحافظ سره الرؤوف في نظره المنزه عن دنس الكتاب
والوزراء المحافظ على تلاوة القرآن وسماع الآثار والصوم في الهواجر والقفار ،
البانى المدارس في كل خطة وديار ، لا يستغل بسماع وتر ولا صوت فتنة ولا
نظر في لهو ولا لعب بندرا ولا شطرينج ولا ينادم على خمر ، ولا يستحسن
قيحا ولا يقبح حسنة فجزاه الله أحسن الجزاء عن الخلوق وعن سلطانه الذى
فعله يناسب خلقه واصله يسد^(١) فرعه ، الذى اسقط فى وقته جميع الموارثير
التي من بغداد الى جيرون ، في سائر اعماله ، ولا يعرف له حبس ولا قيد ،
ولا قتل ولا فساد طريق ولا نظر الى حرمة السلطان المعظم جلال الدولة وجمال
الملة ركن الاسلام وال المسلمين معز الدنيا والدين ابى الفتح ملك شاه عضد الدولة
الب 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 الشلة كمدّ اصلاحها ووثقها .

(٢) قوله رضي أمير المؤمنين ويمينه من الالقاب التي شاع اطلاقها من
طرف الخلفاء العباسيين على امراء البوبيهين والسلاجقة ووزرائهم على سبيل التكرير
والابهة .

تصفح عمل الكاتب

٢٩٣ - وينبغي للقاضى مع ذلك ان يتقد امر كاتبه ويتصفح عمله ، ويشرف على ما تحت يده حتى يؤدى ذلك الى حفظ احكامه وضبطه فيؤمن من وقوع خلل فيما يكتبه ويحكيه ويدونه ويمضيه من الاحكام التى تبقى على الدهر ولا ينقضها عمر عصر ويكون مع ذلك حسن الخلق لا يقبل هدية ولا يتبسط فى حاجة ، يتتجنب ما يتتجنبه القاضى ، ولا يأنس بكل أحد فان ذلك يضع من قدره فيض من قدر صاحبه .

٢٩٤ - اذا امره القاضى بشيء فيه غلط أو خطأ فينبغي للكاتب ان يقول نعم ، ثم يعود فيوافقه على سبيل التعلم من القاضى لا على سبيل الرد عليه فان الاول يقربه منه والثانى 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 القاضى عن يمينه أو عن شماله ، ومجلس الشهود لقراءة الكتب والشهادات عن يمينه وعن يساره ، وان كثروا مجلس 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 بحضورته يكون الاصل في يد آخر من الشهود ينظر فيه وآخر ينظر في النسخة الأخرى .

٢٩٨ - وكان الشهود اذا شهدوا قال لهم :

- هكذا شهدتما ؟

فإذا قالا : نعم علمَ عليه .

٢٩٩ - وكان في بعض الاحوال اذا فربت 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 ؟

فإذا 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 القاضى للمدعى :

- هكذا ادعيت ؟

فإذا قال نعم ، يقول للمدعى عليه :

- انت فلان بن فلان *

فإذا قال نعم ، قال *

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

فإذا قال لا ، قال للشهود *

- اشـهـدوا *

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 أسفلها *

٣٠٥ - وكان يعلم في الكتب المشهود بها في أعلاها وتحت شهادة من شهد بها ، وكان في السجل يحتزى بالعلامة^(١) في رأسه ، ويؤرخ اليوم المحکوم فيه بيده في خلال السجل *

٣٠٦ - وينبغي للمكاتب ان رأى في الكتاب خللاً ان ينهى ذلك الى القاضى

(١) في نسخة منيغ : بالكتابة *

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

٣٠٧ - ولا ينبغي للمكاتب ان يفتشي لصاحبها سرا ولا يتحجّث عنه بكتاب
ولا يقتاب عنده احدا ولا يعارضه فى أمره ، ولا يعترض عليه ، ولا يقطع
امراً + دونه

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

كتاب كنز العلماء والمتعلمين

٣٠٩ - وقد صنفتنا في الشروط كتابا سمينا كنز العلماء والمتكلمين في علم
الشروط على نمط يخالف في الترتيب سائر كتب من تقدم ، وهو مما لا يستغني عنه
عالم ولا متعلم ، وفيه من الفقه والتعليق لكل شرط ، وذكرت خلاف الناس فيه ،
وخدمت به أيضا الصاحب مولانا نظام الملك خلد الله ملكه وحليلته باسمه ولاجله ،
فينبغي لمن حصل لهذا الكتاب اليه ان لا يطلب الاجر فهو مجلد مقصود لا كبير
ولا صغير ففيه ما يعين على هذا الكتاب ، كما ان في هذا الكتاب ما يعين على ذاك

رفع قدر الكاتب

٣١٠ - وينبغي للقاضى ان يرفع من قدر كاته ويعظمه ويدكره باحسن
ما فيه حتى يعرف له تقديمه عنده وتعظيمه اياه

الشروط الواجبة في كاتب القاضى في 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 :

احدهما ان ذلك شرط ، ولا يجوز ان يكون كافرا كما قلنا نحن في ذلك لان ابا موسى الاشعري قدم على عمر و معه كتاب نصراوي فانتهزه عمر رضي الله عنه و قال له :

باينوهم فقد خذلهم الله ، ولا تدنوهم فقد ابعدهم الله ولا تعزوهם فقد اذلهم الله

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

٣١٣ - ولا يجوز ان يكون فاسقا لانه لا يؤمن ان يجور

٣١٤ - والوجه الآخر لهم ان ذلك مستحب لان ما يكتبه لابد ان يقف عليه القاضى ثم يمضي فتؤمن به الخيانة ، وما فعله عمر رضي الله عنه يدل على ابطال هذا الوجه لانه لم ينكر عليه من السلف والخلف ذلك

٣١٥ - والوجهان حكاهما الشيرازى رحمة الله فى المذهب فى المذهب ، واظنه لما رأى ما عليه النصارى واليهود من كتاب دار الخلافة وما يذللون به المسلمين ويتمهون بهم فى المعاملات وأرباب الدواوبين والجهابذة على الاموال خرج هذا الوجه ، وخرجه غيره من الاصحاب لهم

٣١٦ - يواز قد ذكرنا صفة الكاتب والكاتب يحتاج الى سفير بينه وبين القاضى يتعدد فى الامور والاحوال ، وليس ذلك الا الحاجب

باب الحاجب

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

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

البيت الحرام ، وقد حجب النبي صلى الله عليه وسلم أنس^(١) ، وكان لا يبي بكر الصديق رضي الله عنه حاجب هو سديف^(٢) مولاه ، وكان لعثمان بن عفان حمران ، ولعلي ابن أبي طالب عليه السلام قبر مولاه ٠

٣١٨ - وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم :

عليكم بستي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدى فقضوا عليها بالنواخذ ٠

٣١٩ - وقد فعل ذلك أئمة العدل وولاة الجور ، وهو فعل الناس في كل زمان ، ومع كل امام وسلطان ٠

٣٢٠ - وقال أصحابنا :

ينبغي ان يختار (من) الحجية من لا يتهم الخصوم ولا يختص بعضهم دون بعض بالوصول وتكون له معرفة باوقات ما يجوز ان يستاذن فيها بالحضور لمن يقصد القاضي ٠ ويعرف من جاء خصما او زائرا أو سائلا له أو طالبا لرفده^(٣) أو مستقلا له في الحكم والشرع ٠

(١) هو أنس بن مالك الانصاري الخزرجي النجاري من بني عدى بن عبد النجار ، خادم رسول الله (ص) خدم النبي عشر سنين وكان غلاماً كاتباً يوم التحق بخدمته ، وهو اخر من توفي بالبصرة من الصحابة ٠ (أسد الغابة ١٤٧-١٢٩) وقد امتحن في زمن الحجاج بتهمة قعوده عن نصرة عثمان مع آخرين من الصحابة فختم معهم في عنقه حتى ورد عليه كتاب عبد الملك بن مروان فيه وقد عدل هذا الاجراء التعسفي بأن الحجاج أراد بذلك اذلال تلك الفتنة القليلة من معارضيه من الصحابة وأن يجتنبهم الناس ولا يسمعوا منهم (أسد الغابة ٢٢٦٦/٢) ٠

(٢)

(٣) الرفد بالكسر العطاء والصلة ، والارفاد الاعانة والاعطاء ، والرفادة شيء كانت تترافق به قريش في الجاهلية تخرج فيما بينها مالا تشترى به للمحاج طعاماً وزبيباً ، والارتفاع الكسب والاسترداد الاستئنان ، والترافق التعاون (القاموس المحيط) ٠ ورفادة قريش نوع من الاشتراكية البدائية حيث كانت القبائل والمدن الصغيرة في الشعوب القديمة تتناول الطعام على موائد عامة ، ويمكن القول ان الرفادة بمعناها هنا كانت من الواجبات الوظيفية المنوطة بزعamas الجماعات العشائرية في الجاهلية ٠

٣٢١ - ويوعز القاضى أليه فى بسط الوجه ولين الكتف^(١) وحسن اللفظ
ورفع المؤونة ، وكف الاذية والسرعة فى أمره ، بادخال كل إنسان مع خصمه
اذا اذن بدخوله من غير تأخير لاحد منهمما عن صاحبه باوجز بيان ، ويسهل
لهمما السبيل .

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

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

٣٢٤ - وسنحکى فى آخر الكتاب (شيئاً) من ملح قضاياه ان شاء الله .

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

- ما جرت العادة بذلك .

(١) الكتف هو الجانب والظل والناحية كالكتفة محركة ومن الطائر
جناحه وأنت فى كتف الله تعالى محركة فى حرزه وستره . او كتف الابل والغنم
يكتفها بضم لثون وكسره عمل لها حظيرة يؤويها ليها ، وكتف عنه عدل ،
(قاموس المحيط) .

فقال :

- أنا صاحب الوزير ، وقد أتيت في حاجة فقال :

- ما جرت العادة فان كان لك شغل ترجع وقت العصر حتى تصل اليه .
فقد الحاجب في مسجد قرب داره ، وكان يوما صائفا شديدا الحر ،
فقام كل اذى من الصبر ، فلما كان وقت العصر خرج الباب ورش الباب ،
ودخل المسجد فقال للحاجب :
قد جلس القاضي .

فقام الحاجب ودخل على ابي خازم وعرفه ما فعل الباب من الجفاء وسوء
ال العشرة اعتقادا منه انه يتقدم بهوانه ، فقال له :

- كذا جرت العادة ، وما اذن له بعد قيامي ان يستاذن لاحد فاغتاظ الحاجب ،
وبلغ الرسالة باحسن لفظ ، فقال له ابن خازم :
ليس هذا الرجل في حبس فاخرجه ، وانما هو في حبس صاحب الدين
فسلوه او اعطوه حقه حتى يخرج .

فقام الحاجب أشد غضبا مما كان فقصد ابا عمر فساعة رأوه أصحابه بادر
إليه حاجب ابي عمر وسائر الاعوان فاستقبلوه واكرمه ودخلوا بين يديه ، فقال
له أبو عمر وعظمته وأكرمه ، وادى الحاجب الرسالة ، فقال له أبو عمر .

- ذاك المولى والغضد والسمع والطاعة ، لتنظر بما حبس عليه من دفتر
المحسن ، فلما وقف على ذلك قال لأمينه .

- لك هذا المثال عن الرجل وفك حبسنا عنه ، واعتذر اليه .

فقام الحاجب مسرورا بما لقى ، وحدت الوزير بما جرى واحسن فيما
بلغ عن ابي عمر ، وقع ما قال له أبو خازم وما فعل معه بغایة ما قدر
عليه ، فقال علي بن عيسى :
- أى الرجلين اعظم .

فقال الحاجب :

- أبو عمر .

قال له الوزير *

— أبو عمر عقل كله (أبو خازم) دين كله ، وصدق أبو خازم فيما قال لك ، وهذا كان الواجب أن يفعل في المحبوس * ٣٢٦

نكره له أن يتخذ حاجبا لانه ربما منع من له ظلامة ، وإذا كان كما وصفناه أمن ذلك (١) *

وقد قال لا يكره للامام ان يتخذ الحاجب فالقاضي ينبغي ان يكون مثله *

٣٢٧ — واذ قد ذكرنا صفة الحاجب ، وهو يتقدم في الدخول على الوكاء ، وجب ذكر صفة الوكلا *

باب الوكاء

وهذا باب نذكر فيه وكلاء القاضي وما يجب عليهم *

٣٢٨ — قال اصحابنا :

— وينبغي للقاضي ان يتخذ من الوكاء الشيوخ والكهول من اهل الستر والعدل والغفاف ، ومن يكون مأمونا على الخصومة ، وعلى دقيق ما يجري فيها ولا يخضع فریئن يتوكل له « كذا » ولا يتوقف عن حجة اذا لاحت له على خصمته فإنه قد اقامه مقام نفسه *

٣٢٩ — ولا ينبغي ان يغش موكله ولا يستجعل جعلا على حجة من خصمته ، ولا يوانطىء عليه في الباطن ، فمتى فعل ذلك فقيد باه باته وتحمل وزره والله حبيبه *

٣٣٠ — ويقيم الحجة للصغير الذي يتكلم عنه كما يقيمها المكبير *

٣٣١ — وينبغي ان يكون مأمونا على الحرم ، فما زلت يتوكل للنساء فينبغي ان يكون من لا يتهم بريبة 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 والختصر ٢٤١/٥ والام ٢٠١/٦ والمهذب ٢٩٥/٢

« من خاًصٌ فِي باطِلٍ وَهُوَ يَعْلَمُ لَمْ يَزُلْ فِي سُخْطِ اللَّهِ حَتَّى يَفْرَغْ » ٠
وروى أيضاً عن النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَالَ :

« مَنْ أَعْانَ عَلَىٰ خَصْوَمِهِ بِظُلْمٍ فَقَدْ بَاءَ بِغُضْبِهِ مِنَ اللَّهِ ٠

٣٣٣ - وإنما اعتبرنا هذه الشرائط لأن أبا حنيفة يحيى اقرار الوكيل على
موكله في مجلس الحكم ٠

٣٣٤ - وسنذكر في كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك ، وما لا يجوز ،
ونذكر الخلاف في ذلك ٠

نقد وكلاء قاضي القضاة

٣٣٥ - وقد شاهدنا وكلاء شيخنا قاضي القضاة رحمة الله ، وهم بالقصد
من هذه الصفات التي ذكرها أصحابنا ، وكان فيهم إنسان يتباهى بالشر في
الخصام ، ويقول :

- إنما ينبغي أن بين الوكيل بما يصره ، وإنني أكره أن أحكي صفات
كل واحد منهم وما فعله في حال حياته وابتساطهم عليه والتلاهي في الأحكام
عليه بالكتاب والمحسينين ؟ وكان فيهم من يؤثر الوكالة وفيهم من لا يؤثر ذلك
وتركتها مع القدرة عليها لما رأى أحوال الناس والمخلوط ٠

٣٣٦ - واذ قد ذكرنا الوكلاء فلنذكر أدعوان الوكلاء وأتباعهم ٠

باب أدعوان القاضي^(١) وأتباعهم

وهذا باب أدعوان القاضي وأتباعه والمحضرين ٠

٣٣٧ - قال أصحابنا :

ينبغي أن يتقدَّم من على بابه من أصحابه وأعوانه والمحضرين ، ومن
يجري مجراهم ، ويمنعهم من المأكلي الرديئة ويقوم منهم من يجب تقويمه ،
ويبعد منهم من كان معروفاً بالفساد والخيانة ويبعده عن بابه لأن عيدهم راجع
عليه وفعلهم عار عليه ٠

(١) في المخطوطة : الوكلاء ٠

٣٣٨ - واذا اطلع منهم على الفساد والخيانة ولم ينكر ذلك شاركهم في
الاثم ، وربما كان ذلك مما يوجب فسقه اذا أمرهم عليه مع قدرته على انكاره
وازالته لانهم أعون الشرع والدين فيجب عليهم أن يكونوا أعرف بالشرع
وأقوم بالدين والله أعلم .

فصل : تفقد النواب

٣٣٩ - واذ قلنا يجب عليه تفقد الوكلاء والاتباع فتفقد الخلفاء والنائين
عنه في الموضع أولى وأخرى .

٣٤٠ - ويجب أن يسأل عنهم في السر من حيث لا يعلمون فمن انتهى
إليه أنه أمن أقره وأكرمه وزاد في الإحسان إليه وأعظمه ، وإن كان بخلاف
ذلك أسرع في صرفه ، وأشهره ونادي عليه حتى لا يستعمله آخر غيره ولا
يغتر به سواه ، ويصلح البعيد بالقريب واللاحق بالسابق ، وسنذكر لخلفائه
باباً أن شاء الله .

٣٤١ - واذ قد ذكرنا الوكلاء والاتباع فينبغي أن نذكر أصحاب المسائل 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 عدلاً ، وما يصير به فاسقاً
والمحظوظ الحال والطريق إلى ذلك إنما هو بأصحاب المسائل فينبغي أن يذكر
هناك ، غير أن أصحاب المسائل لما كانوا في حكم أعون القاضي وأتباعه وحاشيته
وجب ذكرهم في هذا الموضع تبعاً لما ذكرناه في الأعون .

٣٤٣ - ونذكر هناك كيفية الجرح والتعديل ، وهنـا صفة أصحاب
المسائل .

٣٤٤ - قال الطحاوي :

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

٣٤٥ - وان وقف على أنه موضع للشهادة عرف الحكم الذى سأله بما
وقف عليه من أمره الذى يصلح .
قاله (الطحاوى) فى أدب الحكم الصغير له .
وقال الخصاف :

٣٤٦ - قال أبو يوسف : ويجوز في التزكية سراً تزكية العبد والمرأة
والمحدود في القذف اذا كانوا عدولاً ، لانه خبر وليس بشهادة ◦

٣٤٧ - وسئل ذكر في باب الجرح والتعديل ما قاله هو وغيره في ذلك
ان شاء الله ◦

٣٤٨ - وأما أصحاب الشافعی فقالوا^(١) :
» ويتخذ قوماً من أصحاب المسائل ليعرف بهم أحوال من جهلت عدالتهم
من الشهود ◦

٣٤٩ - وينبغي أن يكونوا عدوا ، براء من الشحنة بينهم وبين الناس
بعداء من المعصية في تكسب أو مذهب حتى لا يحملهم ذلك على جرح عدل أو
تزكية غير عدل . وأن يكونوا وافر العقول يصلوا بوفور عقولهم إلى المطلوب
ولا يستر سلوا فسألا عدوا أو صدقا .

ويختهد حتى لا يحتالوا في تعدل الشهود ولا عند (كذا) المشهود عليه : قالوا ٣٥٠

(١) جاء في أدب القاضي للماوردي (٥٠٥/٢) قال الشافعى : واجب أن يكون أصحاب مسألة جامعين للعفاف في الطعمه والأنفس وافرى العقول بعيدين ، براء من الشحنة بينهم وبين الناس والجيف عليهم أو الجيف على أحد ، وأن لا يكونوا من أهل الاهواء والعصبية والمماطلة للناس .. الخ .. وفي القاموس ماظطته ومماطلته ومظاظله ومظاظل شارته وناظعته ..

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 الأعداء في الجرح ولا الأصدقاء في التعديل^(١) .

٣٥١ - ويجتهد أن لا يعلم أصحاب المسائل بعضهم بعض فيجمعهم الهوى على التواطئ على الجرح أو التعديل .

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

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

باب صاحب السجن

وهذا باب ذكر السجان وما يجب أن يكون عليه :

٣٥٤ - اعلم ان هذا باب كان ينبغي أن نذكره عند ذكر ما يقضى به القاضي من العقوبة وهي حبس الخصم .

٣٥٥ - وكان ذكر السجان هناك يجب تبعاً لذكر الالبس ، غير أنه لما كان ذكر السجان مع جماعة الاعوان وجب ذكره ههنا .

٣٥٦ - واذا فعلنا ذلك وجب ذكر الحبس وجوازه في الشرع ليصح أن يكون له حافظاً .

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 الموازن مع عبارات الماوردي في أدب القاضي (٥٠٨/١) أن على صاحب المسائل أن يجتهد فلا يسترسل في تعديل الشهود وجرحهم أى لا تركبه الغفلة قيساً على مبايننا ولا صديقاً موصلاً ، لأن العدو يظهر القبيح ويخفى الحسن والصديق يظهر الحسن ويخفى القبيح ، وليعدل إلى سؤال من خرج عن الفريقين فلم يعرف بعدواه ولا صداقته ، حتى لا يحتال لهم الأعداء في الجرح ولا الأصدقاء في التعديل .

فمن ذلك ما ذكره الخصاف بأسناد عن الحسن (بن زياد المؤذن) أن
أناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً فبعث إليهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم فجسدهم • وذكر عن ٠٠٠ بن حكيم عن أبيه
عن جده أن رسول الله صلى الله عليه جبس في تهمة • •

٣٥٩ - وعن أبي مخلد انه عليه السلام حس رجلاً من جهنمة أعتق

شخساً له في مملوك حتى باع غنيمة له •

٣٦٠ - وعن عمر رحمة الله عليه أنه أتاه رجل بالجایة؟ فقال :

عبدى وجدته على أمرأتي

قال :

- انظر ما تقول فإنك مأخوذ بما تقول

فأعاد الرجل القول

فأمر عمر أبا واقد الليثي^(١) فقال :

(١) أبو واقد الليثي الصحابي : قيل اسمه العمار بن مالك ، وقيل ابن عوف ، روى عنه ابنه واقد وعبدالملك وجماعته ، مات سنة ثمان وستين ولد سبعون سنة • وقد وردت القصة في الموطأ فجاء في كتاب المحدود منه : حدثني مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن أبي واقد الليثي أن عمر بن الخطاب أتاه رجل وهو بالشام فذكر له أنه وجد مع امرأته رجلاً ، فبعث عمر بن الخطاب أبا واقد الليثي إلى امرأته يسألها عن ذلك ، فاتتها وعندها نسوة حولها ، فذكر لها الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب وأخبرها أنها لا تؤخذ بقوله ، وجعل يلقنها أشباه ذلك لتنزع^(٢) فأبانت أن تنزع وتمت على الاعتراف^(٢) ، فامر بها عمر فترجمت (ج ٢ ص ١٦٨ من الموطأ) •

(١) نزعه من مكانه ينزعه قلعه كانتزعه ويده أخرجها من جيبه ٠٠ وعن الامور نزواها أنتهى عنها • القاموس المحيط •

(٢) قوله تمت على الاعتراف أي أصرت واستمرت لهجة حجازية ولم يزل هذا الاستعمال شائعاً في لهجة العامة في العراق حتى يومنا هذا جاء في بيت من شعر العامة :

تميت أحومي اعل مودك بس اروحن ورد
وابغي وصالك واروم من المراسف ورد

خذ بيده فأجنه عندك ، حتى تندو أنت وهو عليها ، فانظر أحق ما قال
أم باطل فعد علينا ، وقد حفرت حفيرة .
قال لها أبو واقد :

- أحق أن هذا جاء عليك بأمر ينكر ؟ فان كان كذلك فلا تصدقه .
رجاء أن تتوب
قالت :

- صدق ، لا والله لا أتحملها مرتين .
فأمر بها عمر رضي الله عنه فرجمت .

٣٦١ - وذكر غير الحضاف في كتابه أن عمر رضي الله عنه اشتري دارا
بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجنًا ، وحبس عمر رضي الله عنه الحطيبة
الشاعر قال :

ماذا تقول لافراح بذى مرخ
حرم^(١) الحصول لا ماء ولا شىجر
أليت كاسبهم فى قعر مظلمة
فارحم^(٢) عليك سلام الله يا عمر
وحبس آخر قال :

يا عمر الفاروق طال حبسى
فى حد سكر تفترى^(٣) نفسى
ألا ترى ضوء شعاع الشمس

٣٦٢ - وروى عن علي عليه السلام أنه لما بني السجن قال :

ألا ترانى كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا

٣٦٣ - وروى عنه أنه حبس في الدين .

(١) كذا في جميع النسخ أيضاً ويروى البيت أيضاً : زغب الحصول .

(٢) كذا في جميع النسخ وقيل : فامتن .

(٣) كذا ولعلها تجتويه أي تكرهه ويقال جويت نفسه منه وعنده
(قاموس المحيط) .

٣٦٤ - وقد كان للحسن وشريح والشعبي وأبن سيرين وغيرهم من القضاة

حبس ، 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

لأنه عقوبة .

٣٦٦ - وقد قال أصحابنا :

إذا ثبت الدين على الغريم بينة أو باقرار وطلب الخصم حبسه فإن القاضي

لا يعجل في ذلك ويأمره بالدفع ^(١) .

٣٦٧ - وان اعاده وطلب حبسه وقد امتنع من قضائه فعل به ذلك ، وكتب

له حبسه في ديوانه ، وشرح الحال .

٣٦٨ - وقال بعض أصحابنا - وهو اختيار الخصاف - :

الصواب أن لا يحبسه حتى يسئله ألم مال ؟ ويستخلفه على ذلك ، فإن

أقر أن له مالا حبسه .

٣٦٩ - وقد ذكر الخصاف أن عليا رضي الله عنه كان إذا أتاه الرجل

بالرجل فقال :

- أي دين عليه

قال : ألم مال ؟ ان كان أخذنا ذلك .

فإن قال نعم قد أخفاه

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

وان قال أحبسه قال : لا أعينك على ظلمه

(فان) قال فاني أزمه قال ان لزمه كت له ظلما ، ولا أحوال بينك وبينه .

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

قال أبو هريرة :

- هل تعلم له مالا فآخذه به ؟

(١) لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها (الهداية ٣/١٠٤)

قال : لا

قال : فهل تعلم له عقارا

قال : لا

قال : فما تريده ؟

قال : أحبسه

قال : لا ، ولكن أدعه يطلب لك ولنفسه ولعياله *

٣٧١ - وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد يحبسه حتى يتبين عدمه ما بين شهرين أو ثلاثة فيما روى محمد بن الحسن *

وفي 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 معاشته أطلق القاضي سراحه وأخرجه ولم يحل بينهما أن أرأد خصمته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف *

٣٧٢ - ومن أصحابنا من قال يحول بيته وبين ملازمته وهو قول الشافعى

ومالك *

٣٧٣ - وقال أبو حنيفة أنه مؤمن ؟ فيما يطالب به إلا في المهر والكفالة وكل ما لم يأخذ به مالا فيصير به غنيا وفي المال الظاهر بقوه في يده فهو غني حتى يثبت عدمه *

٣٧٤ - وإذا أحضر بيته فشهدت بالعدم قبل المدة المعروفة سمعها القاضي وأخرجه وفلسسه ، ولا تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة *

٣٧٥ - وقال الشافعى يسمع منه البينة قبل الحبس أيضا ، ويفلسse ، ولا تسمع قبل الحبس عند أبي حنيفة *

(١) انتقد الفقه الحنفى بعد ذلك تقدير مدة الحبس فجاء فى مجمع الانھر فى شرح ملتقى الابحر « يحبسه مدة يغلب على ظنه انه لو كان له مال لا ظهره وهو الصحيح وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء من التقدير بشهرين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة أو شهر اتفاقى وليس بتقدير حتما (ج ٢ ص ١٥٣) *

٣٧٦ - واذا جبس وله مال او عقار فامتنع من قضاء انددين ، قال أبو حنيفة
أدعه في الحبس ولا أبيع عليه ولا أحجر .

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

٣٧٨ - وان غاب الطالب وثبت عدم المحبس أخذ منه كفلا وأطلقه القاضي
من الحبس عند أبي يوسف .

٣٧٩ - وقال محمد بن الحسن اذا طلب الطالب ملازمة الغريم بعد ثبوت
الدين عليه ، وطلب المديون للحبس فللطالب أن يلزمه ولا يحبسه ، وقال
محمد ان أشكل أمره حبسه وسائل بعد الحبس عنه ، وان لم يشكل سأل عاجلا
وأطلقه وفلسه .

٣٨٠ - قال أصحابنا :

واذا مرض في الحبس ، فان كان له من يخدمه في الحبس وهو لا
يستضر به لم يخرجه ، وان كان لا خادم له وهو يستضر بالسكون فيه اخرجه
وخلی سبile^(١) لان الحبس عقوبة فلا تثبت في حال المريض كالتعزير واقامة
الحد .

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

٣٨٢ - وقد قال أصحابنا :

لا يمنعه في الحبس ان يطأ جاريته ان كان الموضع خاليًا ، وان كان فيه
غيره يمنعه من ذلك ، ولا يخرجه الى خارج الحبس ليطأ ، لأن في ذلك فك
الحبس .

٣٨٣ - فإذا عرفت هذه الجملة وكان الحبس عقوبة لم يكن بد للقاضي
أن يكون له عليه حافظا فيجب أن يكون السجان أمينا حافظا ، له يقطنة ومعرفة

(١) قيد مجمع الانهر في شرح ملتقى الابحر ذلك بوجوب الكفيل (ج ٢
ص ١٥٥) .

بأحوال المحبسين وأعينهم فيكتب يوم دخول المحبوس اليه وصفه وما أخذ به ويكون عارفا بكل أحد منهم ، حتى اذا وقع اليه القاضى باطلاق رجل لم يغلط فيه ولم يخرج سواه ، ويكون صادق اللهجة ليعرف منه بأحوال المحبسين وأمراضهم وما كلهم ومشاربهم ومن يتربد 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 بربة أمينة عارفة بأحوال النساء وما يحتاجن اليه ، كما اعتبرناه في الرجل اذا كان حافظا .

٣٨٧ - وينبغي أن ينهي السجان كل يوم بأحوال المحبسين الى القاضى ، وما يجرى في الحبس .

٣٨٨ - واد قد ذكرنا صفة السجان وحافظة الحبس فلنذكر صفة بوابة القاضى .

باب ذكر بوابة القاضى

وهذا باب ذكر بوابة القاضى .

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

٣٩٠ - وينبغي أن يكون الباب شيئا ورعا صالحاما متدينا ، له عفة ، وله كفاية ، ولا يكون فقيرا معرضا شرها يحجب عن القاضى الخصوم ، ويدخل من لا يريد القاضى ادخاله ، ويمنع من يريد القاضى دخوله ، فهو لرعاة الاحوال أولى ولتفقد طرائقه أخرى .

٣٩١ - ويكون رزقه من بيت مال المسلمين بحسب كفائه ، وكذلك سائر أعون القاضى حتى لا يأخذ ما لا يجب أخذه ، وهم كالقاضى في ذلك لأنهم في مصالح المسلمين ، فكما لا يجوز للقاضى أن يأخذ من أحد الخصوم شيئا فكذلك أعوانه .

نقد بباب قاضي القضاة ومحضره

٣٩٢ - وهذه صفات انما ترد في الكتب وتذكر في الالسنة ، فاما أن يكون لهذه الصفات وجود فهذا أمر كالمأيوس منه اليوم ، لأن الامر يجري اليوم في أحوال الحكم على خلاف ذلك ، فقد رأيت بباب شيخنا قاضي القضاة رحمة الله وسائر المحضرين والوكلاء يأخذون الاجر على الاحضار والفتاوی والوكالات ويوافقون على الاجر في المحاكمات .

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

باب ذكر الجلواز بين يديه وفي مجلسه

٣٩٤ - اعلم ان الجلواز^(٢) هو الذى يقوم على رأس القاضى ويدعوه بين يديه اذا ركب ويقيم الخصوم اذا انتهت الخصومة .

٣٩٥ - وقد ذكر الخصاف أن شريحا كان على رأسه شرطي بيده سوط .

٣٩٦ - وذكر عمرو بن قيس قال : رأيت رجلا قائما على رأس شريح ، وكان يقول للمخصوصين : ايكم المدعي

فليتكلم .

٣٩٧ - والجلواز يأخذ الرفاع بين يدى القاضى ويوصلها اليه ، ويحد

(١) ما ورد بعد هذه الكلمة لا ذكر له فى النسخة المعتمدة ولم يرد فى غير نسخة منيخ .

(٢) فى لسان العرب فى مادة جلز : الجلواز التئور وقيل هو الشرطي ، وجلوزته خفته بين يدي العامل فى ذهابه ومجيئه والجمع الجلاوزة . وفى مادة ثار : التئور الجلواز وقد تقدم فى حرف التاء انه التئور بالباء عن الفارسى .

وفى مادة ثار : تأر اثار اليه النظر أحده التئور العون يكون مع السلطان بلا رزق وقيل هو الجلواز ، وذهب الفارسى الى انه تعمول من الآر وهو الدفع وانشد ابن السكيت :

تالله لولا خشية الأمير

وخشية الشرطى والتئور
قال : التئور اتباع الشرط .

الناس عن القاضى 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 مضحكه فلا
يؤمن أن يؤدى ذلك الى ما يكره .

٣٩٩ - وقد شاهدت قاضيا^(١) على باب دار الخلافة المعظمه يقضى في دهليز
باب النوبة ، والخصوم قيام بين يديه ، وأعوان الشرطة وال العامة والهداد^(٢)
يسمعون ما يجري ويجتمعون على ذلك كما يجتمع العوام على حلق المشعوذين
والمساخرة ، ولا ينكر القاضى على أحد (و) منذ ثلاثين سنة وفوقها وشيخنا قاضى
القضاة رحمة الله يبلغه ذلك من أعوانه على الحكم ودقيق ما يجرى فلا ينكر ذلك
على خليفته ولا غيره حتى صار ذلك شرعا مأثورا يعتقد أن غيره لا يجوز .

جلواز قاضى القضاة

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

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

الركابية

٤٠١ - وبين يديه الركابية يقولون :

بروه بروه بروه^(١) ! ويباعدون ويدفعون الناس عن الطريق يمينا وشمالا .
٤٠٢ - والذى قاله الفقهاء في كثرتهم غير الذى شاهدناه من جميع هذه
الاحوال كلها ، ولعل القانون تغير !

(١) فى نسخة منيخ : (لا قاض واحد) .

(٢) فى القاموس المحيط ان الهداد هو صاحب مسائل القاضى .

(٣) بروه كلمة فارسية معناها ابتعد واذهب وانصرف .

٤٠٣ - واذ قد ذكرنا حكم الاتباع وسائل ما في هذه الابواب ، وجب ذكر
ما يبدأ به *

باب ما يبدأ به من النظر بعد الولاية والجلوس

النظر في أمر المحبسين

٤٠٤ - قال اصحابنا :

ويستحب للقاضى ان يبدأ بالنظر فى أمر المحبسين وعددهم وفيما حبسوا
والاوقات التي حبسوا فيها ، والاسباب التي من أجلها حبسوا ، فان الحبس عقوبة ،
ولعل فى الجبس من لا يجب جسنه ، أو من قد توجه على القاضى اخراجه
من الجبس *

٤٠٥ - ويسأل كل محبس عن ذنبه ، وما جلس لأجله لانه لا يجب على
الثاني أن يصدق الاول ولا السجان يعرف ما عندهم *

٤٠٦ - ويتقدم بالنداء في البلد بأن القاضى يريد النظر في المسجونين ،
فمن كان له على رجل حق أو في جسنه فليحضر إلى القاضى في الوقت الفلاني
فيجمع بينهم وبين خصومهم *

٤٠٧ - فان ذكروا ما يجب به الجبس حبسهم ان طلب ذلك من له حق
الجنس منه ، وان لم يطلب لم يجس *

٤٠٨ - وان انكروا ان يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم الكشف ^(١) عن كل واحد
مع خصميه ولتعاد دعوته عليه ، فان اقر له بما يجب الجبس حبس ، وان انكروا
ذلك طلب البيينة العادلة *

٤٠٩ - فان قامت بيته عليه أمره بالخروج مما شهدوا به ، وان لم يخرج
منه أعلم الخصم ما ثبت ، فان طلب الجبس منه جسنه واعاده الى الجبس *

(١) وردت في نسخة قليج محركة على النحو الآتي : يلزمهم الكشف

- ٤١٠ - وان عدم اندىعى عليه اليينة او كانت غير أنها لم تزك عنده اطلق المحبوس من الحبس واخذ منه كفيلا بنفسه .
- ٤١١ - ان عدلت اليينة او صدق الخصم او قامت اليينة 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 ايا ما : من كان له على فلان بن فلان حق فليحضر ليحكم بينهما .
- ٤١٣ - فان لم يحضر احد يتأنى فى الاطلاقه 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 فجسنى احضره القاضى فان عرفه او عرفه الشهود ، او قال المقر هذا هو ، وقد احضرت ماله عندي فقل له يأخذه ويخرجنى من الحبس ، اخذ الرجل ماله .
- ٤١٥ - ثم ينظر القاضى هل له خصم سواه ، فان لم يوجد له خصما اطلقه .
- ٤١٦ - وان لم يقف على حقيقة الحال اخذ منه كفيلا واطلقه ، وان اراد المقر له اخراجه من الحبس بغير اخذ مال بل رفقا به تأنى فى ذلك خوفا ان يكون محبوسا لغيره ثم يطلقه بعد اخذ 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 ، لجوائز أن تكون حيلة من المحبوس ، ولكنه ينادى عليه ايا ما ثم يطلقه .
- ٤١٨ - فان قال المحبوس لا كفيل لي او لا يجب على ذلك لاني قد دفعت ما على فمن اصحابنا من قال : يتأنى القاضى فى ذلك نحو من شهر بعد النداء ثم يطلقه ، ومنهم من قال هذا على حسب ما يراه القاضى ، ويشهد له الظاهر ويراه مصلحة من غير حد .

(١) الى هنا تنتهي عبارة نسخة منيغ .

٤١٩ - فان قال المحسوس :

انما جبستى لاني اقررت بالزنا الاربع مرات وانا ممحضن او غير ممحضن او
اقررت بشرب الخمر ليقيم على الحد فان القاضى يستأنف الامر فى ذلك ويجعل
كانه حضر الان ، فإذا اقر بالزنا أربع مرات على ما يعتبر فى المرات من خلاف
اصحابنا فمنهم من يقول أربع مجالس من مجالس القاضى ؟ ومنهم من قال اربع
مجالس من مجالس المقرر يذهب ويجهى فيقر على ما سند كره فى كتاب المحدود
ان شاء الله من اعتبار الاربع عندنا • وعند الشافعى ، ونذكر حكم الاقرار
والشهادة على المحدود ان شاء الله ، فانه يقيم الحد عندنا في الزنا •

٤٢٠ - أما الشرب فلا يقيم الا ان يكون ريحها يوجد منه في الاقرار والشهادة ، وان كان قد ياما (لم) يأخذه به ، ويكون ذلك حدا لكل ، قذف تقدم ذلك .

٤٢١ - فان أقر المحبوس بقطع طرف رجل عمداً، أو حضر المقر له وطلب القصاص (اقتصر) .

٤٢٢ - وكل حق يقر به المحبوب غيره وهو حق صحيح عند القاضي يلزم الحكم والخروج اليه وابتغائه منه فان القاضي الثاني يستوفه منه ويأخذنه به

٤٢٣ - ولو أقر بما لا يجب به عنده ضمان ولا عقوبة ولا قود ولا دية
بان يكون مذهب بخلاف مذهب الاول في ذلك لم يأخذنه به ، الا أن يكون الاول
قد قضى فيه ، وهو مما لا ينقض حكمه به لانه غير مخالف للاصول التي يجب
رده اذا خالفها .

٤٢٤ - وسندكر ذلك في الباب الذى ينقض فيه قضاء القاضى اذا قضى به ان شاء الله .

فصل

النظر في امر الوقوف

٤٢٥ - فإذا فرغ من أمر المحسين وبقى الديوان وما ذكرناه ، نظر بعد ذلك في امر الوقوف *

٤٢٦ - وينبغي للقاضي بعد ذلك ان يأمر مناديه فینادي على بابه :
الآن القاضي يقول لمن كان يتولى شيئاً من أموال الوقوف والآيتام والودائع
والاماء من قبل القاضي فلان الميت أو المعزول على مال صغير أو كبير محجور
عليه او غائب او غير ذلك مما ينظر فيه القاضي فليتوجه البنا ، ولا يقصر أحد
فيما أمر به من الحضور في البلد وليحضر ولا يتأخر الامن له عذر ، وليلغع
الشاهد الغائب *

٤٢٧ - فإذا حضروا عنده نظر في احوالهم ، وصحح ما باليديهم ، فمن
أحب ان يقره على نظره اقره ، وان رأى صرفه صرفه *
٤٢٨ - والمستحب له ان يجري فيهم بسنة الاول ان كان حسن السيرة
وأن لا يستبدل بهم ان كانوا ثقة ، 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 من هو ، فان
القاضي الثاني يقبل قول الاول المعزول في المال ويسلمه الى من قال *

٤٣١ - وهذا حكم الاموال والعقارات والعروض كلها لأن هذا كله في يد القاضى اذا اقر الامين انه هو الذى سلمه اليه .

فصل

اختلاف المعزول والذى بيده المال

٤٣٢ - قال اصحابنا :

اذا اختلف المعزول والذى بيده المال فقال المعزول هو لفلان ، وقال الامين بل هو لفلان ، انسان آخر ، فالقول قول الامين الذى فى بيده المال ، لانه فى بيده (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 لي أنه لفلان ، وقال القاضى بل هو لانسان آخر ، فالقول قول القاضى ، ومن فى بيده المال بمنزلة الشاهد .

فصل

٤٣٤ - وان كان المال فى يد الامين ، فقال الامين ما فى يدى لفلان بن فلان دفعه الى القاضى ، وقال انه له ، فقال القاضى بل هو الفلان لانسان آخر ، فان الامين يدفع المال الى الذى اقر له به ، ويغفر مثل ذلك للذى ذكره له القاضى لانه اعترف بأنه اخذه من القاضى فعليه رده اليه ، لانه سلمه اليه بقوله واقراره انه له .

فصل

٤٣٥ - وادا 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 فلما ينهم ، ولا يقبل فول
القاضى ولا الأمين على الورثة °
- ٤٣٧ - وكذلك الضياع والعرض °
- ٤٣٨ - ويستحلف الورثة لليتيم على ما يجب عليهم ، ولا نعرف 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 لباقي الورثة من ذلك شيء ولا خصومة بينهم وبين القاضى ،
ولهم خصومة اليتيم بعد البلوغ °

فصل

- ٤٤١ - ولو قال القاضى المعزول :
بنت عندي بشهادة الشهود ان فلانا وقف الضياعة المعروفة بكذا على جمة
كذا وانى حكمت بذلك وجعلتها وقفا على يد فلان لينفق دخلها على سيلها ،
وصدقه الامين وورثة الموقف امضى القاضى الثاني اقرار الورثة °
- ٤٤٢ - وكذلك ان قامت بينه على حكم المعزول بذلك °
- ٤٤٣ - وان جحد الورثة ذلك ولا بينة استحلفوها على ذلك وردت فى
الميراث °
- ٤٤٤ - وان قال القاضى : هذه هي صدقة ووقف وصدقه الامين ولم يزد
على ذلك فهى على ما قال ولا يكلف المعزول التفسير °

محاسبة الاماء

٤٤٥ - واذا حوسب الاماء على ما في ايديهم من اموال اليامي ، فمن كان القاضى أقامه قبل قوله فيما يقبل فيه قول الوصى .

٤٤٦ - ومن لم يقمه القاضى وصيا ، وانما جعله قيما فى الضيعة وقابضا وان ينفق على اليتيم فى كل شهر كذا قبل قوله فيما يدعى من النفقه على الضيعة اذا كان مثل ذلك ينفق فى المدة ، وفيما صار فى يده من (الاتمار) والامان .

٤٤٧ - وان اتهم أحد منهم استحلله على ما نرى .

ادعاء الامين الاجر

٤٤٨ - قال أصحابنا :

ولا يقبل قول الامين ان القاضى المعزول فرض له أجرا على ذلك الا ببينة (تشهد) أن المعزول فرض له ذلك .

٤٤٩ - وان كان قد أخذ من ذلك شيئا رده على اليتيم .

٤٥٠ - واذا لم يكن للامين بينة على أن المعزول أقامه وصيا وقيما لم يقبل قوله لهم ولزمهم رد ما ادعوا انفاقه فى العمارة وغيرها من المال .

فصل

٤٥١ - قال أصحابنا :

واذ أقر أحد الاماء أن الضيعة التي في يده لليتيم ، وان في يده من دخلها كذا ولم يقل بعث ولا أنفقت شيئا ، فالقول قوله فيما أقر به ، وللقاضى المولى احلافه ان رأى ذلك .

فصل

٤٥٢ - قال أصحابنا :

وإذا قال القاضى المولى أدوا حساب جميع ما جرى فى أيديكم سنة سنتها ،
لجميع الامنان أو بعضهم فقلوا قد حاسبنا القاضى المعزول الى وقت كذا وأبرأنا
وأنروا على ذلك بينة قبل ذلك منهم وحاسبهم على ذلك فى المستقبل .

فصل

٤٥٣ - وان قالوا تخشى أن نقر لك فيلزم منا اقرارنا ، ولا بينة لنا على ما فعل
القاضى معنا وفعلنا والذى بأيدينا إنما هو كذا وكذا لم يكن للقاضى أن يحملهم على
الاقرار ، وينظر فى هذا بما هو الاصلح ، فمن كان معروفاً بالامانة قبل قوله ،
وان كان مدغلاً^(١) طالبه بالتفسیر^(٢) .

٤٥٤ - وله أن يستحلف الامين منهم على ما يرى .

٤٥٥ - قال الخصاف :

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

فصل

٤٥٦ - وهذا حكم الامنان والقاضى اذا كان معزولاً وإذا كان ميتاً ، فيسئل
القاضى فى الامنان 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 ، لأن الاصل عدم ذلك .
٤٥٧ - وإذا أقام بينه على الوصية والامانة فان كان عدلاً قوياً أقره على

(١) الدغل محركة : دخل فى الامر مفسد ، والشجر الكثير الملتطف ،
ومدغل كمحسن ذو دغل وادغل غاب فيه وبه خانه واغتاله ووشى به ، وفى الامر
ادخل ما يفسده ، والداغلة الحقد المكتنتم ، والقوم يلتمسون عييك وخيانتك
ودغل فيه كمنع دخول المريب والدغاول الدواهي بلا واحد وغلط فيه الجوهري
فقال الدواغل ، والدغيلة كسفينة الدغل . القاموس المحيط . مادة دغل .

(٢) رجع السمنانى فى هذا الى ادب القاضى للخصاف .

الوصية ، وان كان فاسقا لم يقره على الوصية ، عند الشافعى ، لأن الوصية ولاية
والفاسق ليس من أهل الولاية .

٤٥٨ - وعند أصحابنا يقر على الوصية اذا تاب ويصبح ، كما يقر على
الوکالة ، وكما يقر على التصرف في مال نفسه .

٤٥٩ - فان كان عدلا ضعيفا لا يقوم بها ضد اليه غيره ليتقوى به ، وهذا
قولنا ، وقول الشافعى في الذى لا يضطلع بما وصي به .

٤٦٠ - قال الشافعى :
واذا انفذ القاضى الوصية لم يسئل عن عدالته لان الظاهر ان القاضى الاول

لم ينفذ الا وهو عدل .

٤٦١ - وهذا قولنا أيضا .

٤٦٢ - فان كان وصيا في تفرقه ثلثه ، فان كان لم يفرقه فالحكم في
اقراره على الوجه الذي ذكرناه .
وان كان قد فرق الثلث :

فان كان عدلا لم يلزمته شيء بالاتفاق وان كان فاسقا فان كانت الوصية لمعين
لم يلزمته 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 أجدى الوجهين لاصحاب الشافعى ، والوجه الآخر
لهم أنه يغرن ما فرقه ، قالوا لانه فرق ما لم يكن له تفريقه كما لو فرق ما لم
يسند اليه ، وهذا لا يصح ، لأن ما لم يسند اليه يلزمته الغرم في الوکالة فيلزم
في الوصية وما فوق الا ما جعل اليه .

في الضوال

٤٦٤ - ثم ينظر بعد ذلك في أمر الضوال ، وما 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 أخرنا ذلك إلى الموضع

التي تستدعيها والمسائل والكتبة وهناك ذكر كيفيةأخذ الرقاع^(١) وتقديم بعض
الخصوم على بعض وترتيب القاضى والخصوم والشهود والوئاء لأن ذكره فى
موضوعه أليق ، وان كان الطحاوى والخساف وغيرهما قد ذكروا هذه الأبواب
المؤخرة فى أوائل كتبهم ، ولم يرتبوا الكلام فيها على ما رتبناه نحن ٤٦٦
وله أن ينظر في ذلك بغيره وجب ذكر أحوال النيابة عنه ٤٦٧

باب النيابة في القضاء

- ٤٦٧ - وهذا باب يذكر فيه حالة النيابة عنه وما قيل فى ذلك
- ٤٦٨ - اعلم ان أصحابنا قالوا لا يجوز أن يستخلف رجلا يحكم بين
الناس ، الا أن يكون الامام الذى ولاه قد جعل اليه ذلك ونص عليه فيجوز ذلك
وان نها ، لم يجز له أن يستخلف أحدا ٤٦٩
- ٤٦٩ - وهو عندنا بين أن يطلق القول ولا يقيده وبين أن يسكت عن ذكر
النيابة ، في أنه لا يجوز له أن يستتب لانه نائب عنه فيتبع أمره ونهيه ٤٧٠
- ٤٧٠ - وقال أصحاب الشافعى : اذا لم يأذن له وله ينبه نظرت فان كان
ما قبله يقدر أن ينظر فيه بنفسه فيه وجهان أحدهما وهو قول أبي سعيد
الاصطخري أنه يجوز أن يستخلف لانه ينظر في المصالح فجاز أن ينظر بنفسه
وبغيره والثانى قالوا وهو المذهب أنه لا يجوز له ، لأن الذى ولاه لم يرض بنظر
غیره

(١) الرقاع جمع رقة اي عريضة الدعوى وصكوك الدين جاء في لسان العرب الرقعة واحدة الرقاع التي تكتب في مجمع الانهر (لا يستخلف قاض) على القضاء ولا ينفذ قضاء خليفته ولو مريضا ، وقال الطحاوى انه نافذ فلا يبطله حاكم اعتبارا بالحكم (ج ١ ص ١٦٠ منه) ومن هنا يفهم ان في المذهب الحنفى قوله متاخرًا الجاز النيابة .

٤٧١ - وان كان ما ولاه لا يقدر أن ينظر فيه بنفسه لكرته جاز أن يستخلف فيما لا يقدر عليه لأن تقليله لما لا يقدر عليه بنفسه أذن له في الاستخلاف فيما لا يقدر عليه ، كما أن وكيل الوكيل فيما لا يقدر عليه بنفسه أذن له في استئناف غيره .

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

تقدير الفاضي بسماع الأدلة والبيانات

٤٧٣ - قال أصحابنا :

ولو استخلف رجلا فقضى بين الناس لم يجز قضاوه ، وان رفع الى غيره أبطله ، ولا ينفذ ذلك بحال ، وان كان الخليفة قد أمره أن يسمع من الخصوم ويثبتوا عنده الينة والاقرار^(١) ولا يقطع حكمه بذلك على ما جعله لا يتتجاوزه ، ثم يرفعه الى القاضي فيكون هو الحكم بما يصح عنده من ذلك .

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

٤٧٥ - وقد كان شيخنا قاضي القضاة رحمه الله لا يجعل الى القضاة سماع بينة ولا حكم ويطالعنه بما ثبت ثم يقدم بفصل الحكم اليهم أو بالشهادة عنده (فيما)^(٢) جرى ، وكذلك قضاة المسود ، وكان يفعل معهم ذلك وكان يشهد

(١) في المخطوطة المعتمدة ويثبت الاقرار .

(٢) زيادة يقتضيها سباق الكلام .

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

٤٧٦ - قال أصحابنا :

وان كان الشهود عند خليفته قد غابوا أو ماتوا ، فأعلمه خليفته بحالهم لم يقبل ذلك ، ولم يحكم حتى يعيدوا الشهادة اذا لم يجعل لهم بت الحكم •
٤٧٧ - وكذلك الأقرار اذا غاب المدعى عليه او جحد الاقرار لم يقبل من خليفته انه اقر 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 يستختلف كل من يجوز للامام أن يستقضيه ، ولا يجوز له أن يستخلف في القضاء من لا يجوز أن يكون قاضيا •

٤٧٩ - وقد ذكر ابن الصبغ^(١) في شروطه وكان صاحبا لابي الحسن الكرخي رحمة الله انه لا يجوز له أن يولي ابنه القضاء ، وقال غيره ولا من لا تجوز شهادته له ، وجعل ذلك كالوكيل لا يجوز أن يبيع بمطلق الوكالة من ابنه ولا أبيه ولا من لا تجوز شهادته له عند أبي حنيفة •

٤٨٠ - وقال الطحاوى في ادب الحكم الصغير له : « وله ان يستعمل آباء واخاه وجميع ذوى أرحامه ، اذا كانوا عنده ثقة فيما أنسنه اليهم ، ويحتاط في جميع من يستعمله من يكون أح祸ط عليه واعود بصلاحه فيما حمله واكتسبه من الثواب وسلمه من التبعات في الدنيا والآخرة •

٤٨١ - قال الشافعى :

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

(١) في نسخة منيغ : الصبغ •

مجرى نفسه ، ثم يجوز أن يحكم في أعماله فجاز أن يستخلفهم في الحكم
في ذلك ٠

٤٨٢ - قال :

وإذا فوض الإمام إلى رجل أن يختار قاضيا لم يجز أن يختار والده ولا
ولده لأنه لا يجوز له أن يختار نفسه ٠
وهذا قولنا أيضاً في الاختيار ٠

٤٨٣ - وإن صير له الإمام أن يختار ولده أو والده جاز ذلك بالاتفاق ٠

٤٨٤ - واد قد ذكرنا جواز التباهة عنه فهل يجوز أن يقف الحكم على
اجازته أم لا ؟

باب وقوف الحكم على اجازته

٤٨٥ - أعلم أن أصحابنا قالوا :

يجوز أن يقف الحكم على اجازة حاكم البلد إذا كان حكم الحاكم به
لا ينفذ ، فقالوا لو أن الخليفة لم يجعل إلى القاضي أن يستخلف فاستخلف
رجلًا فحكم لم يجز ذلك الحكم ، فإن أجازه القاضي وانفذه جاز إذا كان الحاكم
به ، من لو كان حاكماً نفذ حكمه ، وإن كان من لا يجوز حكمه لم يجز
بأجازته وكان باطلًا وجعلوا ذلك كسائر العقود الموقوفة على الاجازة ٠

العقد الموقوف

٤٨٦ - وقالوا : كل عقد لو تقدم عليه الاذن نفذ اذا تأخر عنه الاذن انعقد
موقوفاً على من له حق العقد ٠

٤٨٧ - فجعل القضاء مثل ذلك ، واعتبروا صفة الحاكم كما اعتبروا صفة
العقد أن يكون من أهل العقد والمعقود له من أهل العقد والمحل قابلاً للعقد ٠

٤٨٨ - وقال الشافعي : لايُنعقد شيء من العقود موقوفاً على الاجازة ، واجاز
أن ينعقد الاذن موقوفاً على العقد ، فإذا وجد العقد لزم ، واجاز أن يقف

الايحاب على القبول والوصية على القبول بعد الموت ، وجوز لزوم البيع على المجلس ومدة الخيار ، ووقف احكاما كثيرة على الصلح من المدعين ٠

٤٨٩- وسنذكر في النكاح والموت ما قال من ذلك أن شاء الله ٠

٤٩٠- واذ قد ذكرنا جواز ولایة القاضى ، وما يصح به وما لا يجوز له
أن يستخلف فيه ، وجب أن يذكر ما يبطل ولایته ٠

تصريف القاضى بعد الفسق
باب ما يبطل ولایة القاضى والأمام

٤٩١- اعلم ان القاضى يتصرف بأذن الامام كما يتصرف الوكيل بأذن
الموكل ، فله أن يبطل ولایته فيما ولاه ، وهذا قول أصحابنا ان للامام عزل
القاضى عن القضاء كما للموكل عزل الوكيل ٠

٤٩٢- وقال أصحاب الشافعى :

ليس للامام أن يعزل (القاضى) عن القضاء ، ولا يعزل بعزله ، وإنما يعزل
إذا فسق وخرج عن الصفة التي يصلح أن يكون قاضيا ٠

٤٩٣- وقال الفريقان : إذا فسق بطلت ولایته بالفسق ، وكذلك الامام
بطل امامته^(١) ٠

٤٩٤- وقال القدوري رحمه الله في خلافه ان من أصحابنا من قال :
تصريف القاضى بعد الفسق جائز حتى يخرجه الامام من القضاء ، حكمه عن
بعض أصحابنا ٠

(١) من هنا يتبيّن ان قواعد الدستور الاسلامي مبنية لا على المصلحة
وحدها ولكن على مكارم الاخلاق ايضا ولذا كان الفسق سبباً بالبطلان الامامة والقضاء ٠

بطلان الولاية بطرق العمى

نقد القول بصحة تصرف القاضى بعد فسقه

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

٤٩٦ - وتبطل ولاية الامام والقاضى 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 يلزم جواز قصائه وان يكون لا يبطل قضاe ، وهذا قول شريح والشعبي والزهرى 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 بالنسبيان

٥٠٠ - وكذلك يبطل ولايته نسباً على قوله من جعل ذلك شرطاً في الصحة .

ردة القاضى والامام

٥٠١ - وتبطل ولاية القاضى والامام اذا ارتدا عن الدين لأن ردتهمما توجب زوال ملكهما عن مالهما ويحل دمهمما .

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 المسلط لا يملك الولاية وإن ملك ، وليس من حيث جاز أن يكون العبد وكيلاً يجوز أن يكون قاضياً ، لأن الكافر يجوز أن يكون وكيلاً ولا يجوز أن يكون قاضياً •
ومن ذكر في الشهادات حكم شهادة العبد إن شاء الله •

سقوط ولاية الامام باسره

٥٠٤ - وإذا أسر الامام وحصل في دار الحرب وتعدى على الناس الوصول إلى اذنه جاز لهم نصب غيره ، وسقط عنهم حكم ولايته •
٥٠٥ - وقد بينما ما يتفق فيه الامام والقاضي ويفرقان من الصفات ففي باب متقدم فلا معنى لذكره هنا •

طريق الخرس

٥٠٦ - وتبطل ولايته بالخرس الذي لا يبقى معه كلام ، ولا يقضى بالاشارة ومن أجاز شهادة الآخرين يلزمهم جواز قضاة •

القاعدة فيما يطرأ على القاضي من الأحوال

٥٠٧ - واتفق أصحابنا أن كل صفة لو كان عليها لم يصح أن يتولى الحكم اذا صار إليها يبطل حكمه فيما يستقبل •
٥٠٨ - وكذلك الشهادة وهذا كالجنون والخرس وزوال العقل والفسق •
٥٠٩ - واجتذبوا في العمى فأجاز أبو يوسف في الشهادة ما شهد له وبصير 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 إذا مات لا يبطل 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 والامام

- ٥١٢ - اعلم ان أصحابنا قالوا :
اذا مات الخليفة او خلع ، وله قضاة قد ولهم ، فأنهم على ما كانوا عليه
نافذة احكامهم ماضية قضيا لهم ، لأن القضاة 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 اهل الحل والعقد . وكما لا يبطل ولاية
الامام بموت من ولاه وكذلك لا يبطل ولاية القاضي اذا مات من ولاه ، وكذلك
قاضي القضاة اذا مات لا يبطل ولاية قضايه بمותו ، كما لا يبطل ولايته بموت
الخليفة الذي ولاه .

- ٥١٣ - ولا اعرف في هذا خلافا بين العلماء لأن العلماء على قولين : منهم
من قال ليس للخليفة أن يعزله بعد ولاته بقوله ، ومنهم من قال له ذلك وهم
أصحابنا .

وفي الموت نصوا على أنه لا يبطل ولايته .

- ٥١٤ - وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقول :
ـ « في الناس من يقول ببطل ولايته بموت الخليفة » . ولم أر ذلك في
كتاب فأحكيه وليس من حيث بطلت الوكالة بموت الموكل ينبغي أن ينبعي

ولاية القاضى ، لأن الوكالة ان بطلت بالموت لأنها مستفادة بالأذن ، فألوصية تصح بعد الموت بالأذن ، والقضاء بالوصية أشبه منه بالوكالة ◦
٥١٥ - واذ قد ذكرنا موت القاضى فلنذكر حكم العزل له ◦

باب عزل القاضى وخلع الامام

وهذا باب عزل القاضى وخلع الامام ◦
٥١٦ - اعلم ان حكم قضاة الامام بعد خلعه حكمهم بعد موته نافذة احكامهم جائزه قضايهم ◦

متى يخلع الامام

٥١٧ - والامام انما يخلع اذا ارتكب من الامور مالا يجوز أن يتبدىء له معه ولاية ، ولأنه نائب عن المسلمين ، يستوفى ما وجب لهم من الحقوق ويوفيهما ما يجب لهم ، ويستوفي منهم ما يجب استيفاؤه للله تعالى ، فهو الامين ، والذائد عن الدين ، فإذا جار واعتدى وتمرد 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 يتمتنع خلع الامام

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

الفرق بين عزل القاضى وعزل الامام

٥١٩ - فان قيل : قد قلتم ان للامام عزل القاضى من غير سبب يوجب العزل ،

فقولوا للامة نصب امام من غير سبب وعزل الاول ، قيل ان القضاء يقع مخصوصاً بين الناس ، ويجوز أن يقضى بين الفين واهل بلدة ، فإذا خربت أو انتقل اهلها لم يجز قضاوته على غيرهم ، وكذلك اذا مات الخصم الذان على الامام الحكم بينهما لم يجز له أن يقضى على غيرهما ، فكان مقصوراً على الاذن .
والامامة بخلاف ذلك لا تختص بالشخص والبقاع ، ولا يجوز ان يشترك امامان في النظر في الامة فهذا فرق ما بينهما .

اقضية القاضي قبل عزله

٥٢٠ - وإذا عزل الامام القاضي فأحكامه نافذة وقضاياها ماضية ، حتى يصله كتاب العزل وشهادة الرسول بذلك ، فحينئذ لا ينفذ له حكم في المستقبل .

تصرفات الوكيل قبل العزل

٥٢١ - وكذلك قال أصحابنا في الوكيل هو على وكالته وتصرفه جائز إلى أن يرد عزله إليه أو يشاهده بذلك الموكل .

متى يعزل اتوكييل نفسه

٥٢٢ - وكذلك الوكيل ليس له عزل نفسه بغير علم الموكل .

٥٢٣ - وقد خالفنا الشافعي في الفصلين جميعاً وقال لكل واحد منهما أن يعزل هذا العزل الوكيل ، والوكيل يعزل نفسه ، وقال في عزل القاضي بخلاف ذلك أنه لا يملك الامام عزله .

فصل

ما يدعى على القاضي بعد العزل

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

٥٢٥— قال أصحابنا :

وإذا ادعى رجل على القاضي المعزول انه قتل ابنه وهو قاض ، أو اخذ ماله ، أو أرضه ، أو مافي يده ، أو شيئاً ذكره من العقود والطلاق والعتاق ، وانك فعلت بي ذلك ظلماً و تعدياً ف قال القاضي :

قامت عليك البينة عندي بما فعلت ، او اقررت بذلك لمن حكمت له بما حكمت ، فالقول قول القاضي المعزول ، ولا يمين عليه في ذلك كائناً ما كان ذلك ، ولا تقبل بینة يقييمها على ذلك ٠

٥٢٦— ولو قال الطالب للمعزول :

— ما اقر ابني عندك ، ولا قامت عليه بینة انه فعل ما يجب به القود ، وحضر الرجل الذي ذكر المعزول انه قضى له بالقود والحق وكذب القاضي في ذلك ، وقال لم يقر لي عندك ، ولا قامت بینة بذلك ، فالقول قول المعزول في ذلك ، ولا يسئل عليه اذا كان المدعى يقر أنه فعل ذلك وهو قاض ٠

٥٢٧— وكذلك سائر الحقوق اذا كانت مستهلكة ليست بقائمة ٠

٥٢٨— وان كانت داراً أو عقاراً ف قال المدعى :

— اخرج هذا القاضي من يدي هذا الشيء ودفعه الى هذا ظلماً ف قال القاضي : كانت عليك بینة أو اقرار فلا شيء على القاضي في ذلك ٠

٥٢٩— واما ما هو في يده فان صدق القاضي أنه حكم له بهذا الشيء لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول ودفعه الى الطالب ، الا أن يقدم بینة انه قضى به و « هو قاض » ٠

٥٣٠— وهذا حكم كل شيء قائم في الحال ٠

٥٣١— وان قال الذي في يده الشيء :

هذا لي ، وما حكم به هذا أبداً لي ، فالقول قول من في يديه الشيء ، ولا يقبل قول المخض ولا القاضي في ذلك ٠^٠
ولا ضمان على القاضي لأنه يقول حكمت بالحق اللازم ، فلا شيء عليه ٠

٥٣٢ - وكل موضع اعترف الذي في يديه الشيء انه اخذه بالحكم فأنه يرد على الطالب الا ان يقيم بنية على الحكم .

٥٣٣ - وان كان الشيء مستهلكا فالقول قول الذي هلك في يديه ، وقول القاضي المعزول ، ولا ضمان على واحد منهما .

٥٣٤ - وانما لم يقبل اقرار القاضي بعد العزل لانه لا يملك انشاء الحكم بذلك فلا يملك الاقرار اذا كان قائما ، وليس عن أصحابنا نص أن يكون في ذلك بمنزلة الشاهد ، الا ما حكيناه في خلائقه الذي لم يجعل له استخلافه ، انه لا يقبل منه الا أن يأتي معه من يشهد بذلك ، فيقبل قوله مثله ؟

٥٣٥ - واحتل了一 أصحاب الشافعي في ذلك :

هل يكون بمنزلة الشاهد ؟ على وجهين :

أحدهما يكون بمنزلة الشاهد ، لانه ليس فيه اكثرا 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 لأن شهادته لنفسه بالحكم تثبت له العدالة وهذا ينبغي أن يكون قوله .

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 كتاباته .

٥٣٧ - وقال الشافعي تقبل ، كما تقبل اذا مات .

فصل

التظلم من القاضي المعزول

٥٣٨ - واذا تظلم من المعزول متظلم ، وسأل القاضي 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
حضره ، وهذا أيضا قولنا في الدعوى عليه .
٥٤٠ - قالوا :

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

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

فصل

الادعاء على القاضى بالجور فى الحكم

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

٥٤٣ - وهذا قول الشافعي أيضا في هذا الفصل .

فصل

الادعاء بأن القاضى اخطأ فى حكمه

٥٤٤ - واذا ادعى عليه الخطأ فى حكمه فهو يترب على خطأ القاضى اذا
كان قاضيا قبل العزل .

(٥) ما بين قوسين من نسخة منيحة

٥٤٥ - وخطأ القاضى على وجهين :

أولهما^(١) ما هو من حقوق الله تعالى كالحدود فهو فى بيت المال .
والثانى حق العباد فذلك راجع على من حكم له به ، يغرن ذلك المرضى
له ، ولا شيء على القاضى فيه كالقتل والمال اذا لم يقدر على ردء بعينه غرم المثل
او القيمة او الديمة ، فان كان قائما بعينه ردء على صاحبه ، وبهذا بأن يتىء ان
الشهود ذمة او محدودون فى قذف او عيده ، وترد المرأة الى زوجها والعبد^(٢)
يرد الى الرق والمال الى صاحبه ، ولا غرم على القاضى لانه تعلق على الحكم
الظاهر وما كلف بعلم الغيب .

فصل

اقرار القاضى المعزول بتعهد الجور

٥٤٦ - وإذا أقر المعزول انه فعل ذلك عمدا ، وانه جار وقضى بما لا يلزم

لنزمه ذلك فى ماله ، وزالت عدالته .

٥٤٧ - ويعزل ان كان واليا ويؤدب مع الضمان وان كان معزوا لا

هذا قول أصحابنا جميعا .

٥٤٨ - وقد قال أصحابنا اذا أقر القاضى 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 معزا لا أو قال ذلك وهو
قاض .

٥٤٩ - وكذلك قالوا : لا يقبل قول الشهود انهم شهدوا بباطل اذا كان
الحكم قد نفذ ومضى .

وستذكر فى الشهادات من ذلك ما يجب .

(١) في المخطوطه المعتمدة : منها وما ذكرناه من نسخة قليع .

(٢) كما سياق الكلام . وفي النسخة المعتمدة : المرأة .

٥٥٠ . واذ 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 الطحاوى رحمة الله فى أدب الحكماء :

الحاكم أجير المسلمين^(١) فلا ينبغي له أن يتضاعل بمتجرب يقطعه عن النظر فى أمورهم ، فان نظر فى متجر أو صنعة من غير أن ينقطع بذلك عما اسند إليه جاز .

٥٥٢ . قال أصحابنا :

— ولا يكره له الشراء والبيع بنفسه لأن النبي عليه السلام باع واشترى ، و كذلك الآئمة الاربعة باعوا واشتروا ، وفعلهم حجة واتباعهم سنة .

٥٥٣ . وقال الشافعى : يكره له البيع والشراء بنفسه .

٥٥٤ . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم عن طريق أبي الاسود الدؤلى^(١)

(١) يلاحظ ان الفقه الاسلامي يصدر عن اعتبار المسلمين أو الجماعة « مجموعا » يمارس الخليفة ونوابه جميع سلطاتهم بالنيابة عنه ويمثلون لهذه الكتلة المترادفة باليد استنادا الى حديث المسلمين تكافؤ دمائهم .. وهم يد على من سواهم ، وفي قول الفقه ان الحاكم أجير تأييد للمبدأ المذكور الذى يرى أن « الجماعة » هي صاحبة السلطان والحكام أجزاء ينوبون عن الجماعة فيما يضططعون بالقيام به من الاعمال ولقد كان اعتبار الامة مصدرا للسلطة ومن فى أيديهم مقاييس الحكم أجزاء لها ، ونوابا عنها ، من الافكار السائدة فى تاريخ الفكر الاسلامى ، وعن هذا التصوير صدر المجرى فى نقاذه امراء عصره فى قوله :

مل المقام فكم أعاشر أمة أمرت بغير صلاحها أمراؤها
ظلموا الرعية واستجذروا كيدها وعدوا مصالحها وهم أجراوها

(١) ترجم له في ديوان العمامسة لابي تمام حبيب بن اوس الطائي شرح العلامة التبريزى (ج ٤ ص ١٢٧) وقد جاء في الترجمة ان اسمه ظالم بن عمرو ابن سفيان أحد بنى الدليل بن بكر بن عبد مناة ، وكان أبو الاسود من وجوه التابعين وفقهائهم ومحدثيهم ، روى عن أكابر الصحابة رضى الله عنهم واستعمله علي (ر) على البصرة بعد ابن عباس (ر) وكان من وجوه شيعته ، وكذلك استعمله

أنه قال : (ماعدل والاتجر في رعيته أبداً) ٥٥٥

ـ ٥٥٥ـ وذكر عن شريح أنه قال :

شرط على عمر رحمة الله حين ولائي القضاء أن لا أبيع ولا ابساع ولا
أرتشى ولا أقضى وانا غمبان ·
ولانه يحابي ·

ـ ٥٥٦ـ فان احتاج الى ذلك وكل وكيلاب ينوب عنه ، ولا يكون معروفا ،
فإن عرف استبدل به من لا يعرف ، فان لم يوجد تولي بنفسه ، لانه لابد له منه ·

ـ ٥٥٧ـ فإذا وقعت لمن يباعه حكومة^(١) استختلف من يحكم بينه وبين
خصمه لانه لا يؤمن أن يملي معه ·

ـ ٥٥٨ـ ولو كان ما قالوه يقوى عند الله ويلزمهم بين الناس لما كان اولى بأن
يفعل ذلك الا ائمة العدل ، والعدالة والأمانة يمنعان الميل وهم رأس مال القاضي
فإذا لم يوجدا لم يصح القضاء ، ولو كره ذلك للقاضي لكره الشاهد ، ولمنع قول
الشهادة ، وهذا لا يجوز ·

وقد قال تعالى : (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ·

فصل

الاشراف على كتابه وأصحاب مسائله

ـ ٥٥٩ـ وينبغى للمقاضى أن يشرف على كاته وأصحاب مسائله وأمنائه ،

عمر وعثمان (ر) وكتان هو الاصل في بناء النحو وعقد أصوله برأى من على (ر) ومن
أظرف ما ترجم له ترجمة للجاحظ نقلها التبريزى المذكور فى شرحه هذا جاء فيما
كان أبو الاسود معدوداً فى طبقات من الناس وهو فيها كلها مقدم ومؤثر عنه
الفضل فى جمعيها ، كان معدوداً فى التابعين والفقهاء والمحدثين والشعراء والاشراف
والفرسان والامراء والدهاء والنحوين والحاضرى الجواب والشيعة والبخلاء
والصلح الاشراف ! كان بينه وبين عدى بن حاتم الطائى مهاجة وملحاجة ما كان
ينبغى لشتمها على جلالتهما وعلى شأنهما ان يقعوا فيها . وروى له أبو تمام فى
حماسته بيتهن شباب فيما بعجزه كبرد يمانى تقاصد عهده ولم تبل جدة رقته
في العين واليد .

(١) حكومة هبنا بمعنى خصومة وفي لستان العرب : أصل الحكومة رد
الرجل عن الظلم . وقد حكم عليه بالأمر يحكم حكماً وحكومة . وحكمه في الأمر
فاحتكم جاز فيه حكمه والاسم الا حكومة والحكومة .

ويتفقد أمورهم ، ويجوز له أن يحاسب نفسه الاماء والوصاية ، ويقتصر في أمر الرزق على من يستعمله على مال يتيم أو وقف .
٥٦٠ - وما كان من مال يتيم في يد وصيه ، وهو أمين عليه قيم به فامره إليه .

٥٦١ - وإن لم يكن له وصي اختار له وصيا من قرابته ممن يوثق به ،
فإن لم يكن فمن الجيران ، فإن لم يكن في الجيران من يصلح لذلك فمن غيرهم
فيجعله وصيا ، ويفرض له رزقاً ويشهد له بذلك ويصير كالوصي ، يجوز له
ما يجوز للوصي .

٥٦٢ - وإن لم يجعله وصيا بل حافظاً ماله ولدخله ونفقة وخرجه لم يجز
له إلا ما جعله إليه من ذلك .

فصل

اقراض أموال الأيتام بشرط قيام المفترض بمؤنة الصبي

٥٦٣ - وللقارض أن يقرض أموال الأيتام على الثقات ويكتب عليهم بذلك
 فهو أحوط من الودائع وأمن العواقب .

٥٦٤ - ويتفقد أحوال من يقرضه ذلك في كل مدة فان وقف على تغير
حال أبدل به سواه من الموسرين من الثقات لانه قد يصير معسراً بعد اليسار .
٥٦٥ - ويفعل في ذلك ما يرى انه أحوط واصلح للتيتيم .

٥٦٦ - وقد رأينا شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يodus ذلك عند الاماء
ويجري على الأيتام ويبعى عليهم حتى يأكلوا ذلك .

٥٦٧ - وربما أعطى في بعض الأحوال من يتجر للصبي .
٥٦٨ - وكان في بعضها يكتب المال على من يسلمه إليه ويكلفه مؤنة الصبي
من عنده وهذا أحوط اذا كان المدفوع إليه ثقة .

٥٦٩ - وقد روى عن النبي (ص) انه قال اسعوا في أموال اليتامي لاتأكلها النفقة ،
ودفعت عائشة رضى الله عنها مال أيتام إلى مولاهما اسلم تجارة .

فصل تعيين أيام للقضاء

٥٧٠ - وللقاضى أن يخص نفسه بزمان يصرفة فى مصالحه وحوالجه وانظر فى أهله وخلوته ، ويعين للقضاء يوماً يكون قد صرف اليه وسعه ويحضر فيه الناس ويعرونه به ، فيقصد فى ذلك اليوم وليس عليه صرف زمانه اجمع الى القضاء .
قضاء الرابع (١)

٥٧١ - وكل ربع له قاض يقضى فيه ، وعلى بابه من يقضى فى الفرض والدين .

يوم مجلس الدامغاني

٥٧٢ - وكان شيخنا قاضى القضاة رحمة الله يوم مجلسه الثلاثاء فيحضره الشهود والوكالء والخصوم ويستعرق اليوم جميعه فى المحاضر والسجلات وقراءة الكتب ، فلما صارت شهوده من التجار والمعيشين فى البيع واشراء جعل مجلسه فى يوم السبت .

٥٧٣ - وكان يجلس طرفى النهار فيدخل عليه الناس ، وربما وصل الدرس ، وأكثر الأحوال لا يصله لاسيما بعد توليه القضاء .

تعليقة الخلاف على الدامغاني

٥٧٤ - وما عرفت أحداً من جماعة أصحابه علق عليه تعليقة كاملة من أول الفقه إلى آخره لا في الخلاف ولا في المذهب ، وقد علق كل إنسان غير ماعلق الآخر ، ولعله إذا جمع يكمل الخلاف ، وما أظنه يكمل لأحد من الناس .

فصل

عيادة القاضي المريض ١٠٠٠ الخ

٥٧٥ - قال أصحابنا وللقاضى أن يعود المريض ويشهد الجنازة ، ويجب إلى الدعوة العامة والخاصة إذا كان من جرت عادته به .

(١) في لسان العرب : ربع بالمكان يربع رباعاً أطمأن والربع المنزل والمدار بعينها والموصى متى كان وبأى مكان كان ، وهو مشتق من ذلك وجمعه أربع ورباع ورباع وأربعاء وربع القوم محلتهم والربع جماعة الناس . ويستفاد من عبارة السمناني أن المحلات الكبيرة كان عليها اقضاة يقضون في القرض والدين . وإن بغداد كانت تقسم إلى ربع قضائية على باب كل ربع قاض .

قبول الهدية

٥٧٦— وقل الشافعى ان كانت له عادة بان يهدى اليه من ذوى رحم أو مودة ، فان كانت له حاجة فى الحال لم يقبل الهدية ، وان لم تكن له حاجة نظر : فان كان ما اهدى له أزيد مما جرت به العادة أو ارفع لم يجز له قبولها لان الزيادة بالولاية ، وان كانت مثل الاول جاز له قبولها .
٥٧٧— (و) قال بعض اصحابه : الاولى أن لا يقبل (اذا) يجوز ان تكون له حكومة منتظرة فى المستقبل .

حضوره الولائم

٥٧٨— قالوا : ويجوز أن يحضر الولائم لان وليمة غير العرس تستحب الاجابة اليها .
٥٧٩— قالوا : وفي وليمة العرس وجهان : احدهما أنها فرض على الاعيان والثاني فرض على الكفاية ، ولا يخص بعضهم بالاجابة دون بعض لان فى ذلك ميلا وترك العدل .
٥٨٠— فأن كثرت عليه وقطعته عن الحكم ترك الحضور في حق الجميع لان الاجابة أما أن تكون سنة أو فرضا على الكفاية أو فرضا على الاعيان ، وذلك كله لا يضر بال المسلمين تركه ، وترك القضاء يضر بال المسلمين فكان تقديم القضاء أولى .

٥٨١— وسنذكر في ابواب المدعى من يجوز له أن يدعى عليه ومن لا يجوز ومن يجوز أن يقضى له ومن لا يجوز ، وما يحله قضاوه لغيره وما لا يحله قضاوه وحكم القضاء له وعليه ، وعلى من يتعلق به من الناس ، فهذه الابواب يقع الكلام فيها في القاضي ، وما يتعلق به من المسائل والشروط .

٥٨٢— واما الكلام في المرضى له وهو المدعى عليه وما يتعلق به من الابواب والفصول فأول ذلك :

ذكر المدعى والصفة التي يكون عليها

٥٨٣ - اعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :
البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه^(١) .

٥٨٤ - وهذا كلام : يجب أن يعرف من المدعى ليعمل بيته ، والمدعى
عليه ليعمل على يمينه .

٥٨٥ - والذى قاله شيخنا قاضى القضاة رحمة الله فى شرح كتاب الدعوى
من مختصر الحاكم مما علقناه عنه ودرستناه عليه فذكر الدعوى وذكر بعدها
المدعى ، وهذا أصح ، لأن المدعى من له دعوى^(٢) ، فقال :

تعريف الدعوى

٥٨٦ - الدعوى عبارة عن قول يقصد به اثبات شيء عار عن برهان
ومتى كان فيها حجة أو برهان لم تكن^(٣) دعوى .

٥٨٧ - ولهذا لا يقال للنبي^(٤) انه مدع بعد قيام العجز على ما قاله ، ولا من
استدل بذلك على قوله أنه مدع . ويقال لمن ليس له حجة مدع .

هذا حسنه في اللغة .

٥٨٨ - واختلف أصحابنا فيه هل يعتبر بالشرع أم لا ؟

(١) ورد هذا الحديث في كتاب الآثار لأبي يوسف في الرقم ٧٣٨ وأخذ
به محمد بن الحسن الشيباني وهو قول أبي حنيفة .

(٢) ادعى كذا زعم أن له حقا أو باطلا ، والاسم الدعوة والدعاوة ويكسران
« القاموس المعطي » .

(٣) في نسخة ميناخ : لم تكن له .

(٤) في نسخة ميناخ : للنبي صلى الله عليه وسلم . وهذا وهم من الناسخ
لأن قصد المؤلف مطلق النبي .

- ٥٨٩- فكان أبو سعيد البردعي ^(١) يقول هو على ما كان لم يتغير •
- ٥٩٠- وقال غيره قد تغير ونقل إلى شيء دون شيء •
- ٥٩١- وقد كانت في شرع من تقدم أيضاً بذلك •
- ٥٩٢- روى عن قتادة في قوله (تعالى) : وآتيناه الحكم وفصل الخطاب •
قال : البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ^(٢) •
- وقال الحسن البصري رحمة الله «فصل الخطاب» ^(٣) طلب العلم بالقضاء •
وقال شريح : الشهود واليمان •
- ٥٩٣- وروى الخصاف عن مجاهد في قوله (تعالى) «يؤتي الحكمة من
شتاء» ^(٤) ، قال : ليست النبوة ولكنه العلم والقرآن والفقه •
- ٥٩٤- وذكر عن عمر بن عبد العزيز (أنه) قال :
خمس اذا اخطأ القاضي فيهن خصلة كانت فيه وصمة :

(١) هو الأحمد بن الحسين لاقاضي أبو سعيد البردعي أخذ عن اسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وأخذ عن أبي علي الدقاد عن موسى بن نصير الرازي عن محمد عن أبي حنيفة . وتفقه عليه ابو الحسن الكرخي (عبد الله) وأبو طاهر الدباس وأبو عمر الطبرى ، وقتل في واقعة القرامطة مع الحاج سنة سبع عشرة وتلثمانية (الفوائد البهية ، ص ١٩٠-٢٠) وبرد بكسر الباء وسكون الراء المهملة وفتح الدال المهملة في آخره عين مهملة بلدة من أقصى بلاد اذربيجان . كلها ضبطه عبدالقادر في الجوادر المضيئة .

(٢) جاء في سبل السلام للتصانعاني (٤٣٢/٤) في صدد حديث : البينة على المدعى واليمين على من انكر : «والحديث دال على انه لا يقبل قول أحد فيما يدعوه مجرد دعوه ، بل يحتاج إلى البينة أو تصديق المدعى عليه ، فان طلب يمين المدعى عليه فله ذلك ، وإلى هذا ذهب سلف الأمة وخلفها . قال العلماء : والحكمة في كون البينة على المدعى ان جانب المدعى ضعيف لانه يدعى خلاف الظاهر ، فكلف الحجة القوية وهي البينة ، فيقوى بها ضعف المدعى ، وجانب المدعى عليه قوى ، لأن الاصل فراغ ذمته ، فاكتفى منه باليمين ، وهي حجة ضعيفة » .

(٣) في نسخة مينخ بعد هذه العبارة : (قال البينة على المدعى فصل الخطاب) . وال الصحيح ما أثبتناه من النسخة المعتمدة وفي نسخة مينخ اضطراب في هذا الصدد .

(٤)

أن يكون فهيماً
وأن يكون عفيفاً
وأن يكون صابراً
وأن يكون عادلاً
سؤولاً عن العلم^(١)

فصل

٥٩٥ - واختلف أصحابنا في^(٢) المدعى من هو؟

٥٩٦ - فقال الكرخي رحمه الله:

هو الذي يقصد بدعواه اثبات حق على الغير في يده أو في ذمته^(٣)، والمدعى
عليه من لا توجد هذه الصفة فيه

٥٩٧ - واعتراض عليه بأن من في يديه الشيء اذا ادعاه على الخارج^(٤) أنه
اشتراء منه فهو مدع ، ولا يقصد ما قال

٥٩٨ - ومن أصحابنا من قال المدعى هو الذي يقصد أمراً خفياً ليزيل به
أمراً جلياً^(٤)

٥٩٩ - ومنهم من قال:

المدعى هو الذي يدعى أمراً حادثاً ، والمدعى عليه من يتسلك بالظاهر ،
والزرم عليه مسئلة الشك

٦٠٠ - ومنهم من قال:

(١) في نسخة ميناخ : وان يكون علاماً مسؤولاً

(٢) في نسخة ميناخ : عن

(٣) من هذا يستفاد ان الحقوق في الفقه الاسلامي تقسم الى حق في العين
وحق في الذمة (العين والدين) .

(٤) الخارج ه هنا يقابل في مصطلح المراافعات المدنية الشخص الثالث .

المدعى هو الذى فى قوله نعم و بلى 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 في كتاب الدعوى :

المدعى هو الطالب ◦

والمدعى عليه هو المنكر ◦

٦٠٤ - وكل هذه الوجوه ذكرها رحمه الله وعليها كلام حذفه ◦

شرط الصفة (المصلحة)

٦٠٥ - وينبغي أن يكون المدعى عاقلا على صفة يصح معها قوله ، وتسمع دعواه ، ولا فرق في المدعى بين الحر والعبد ، والذكر والاثني ، والبالغ والصبي المأذون له ، والطالب لنفسه أو لغيره ، اذا كان له ولایة على الغير أو قد اذن له في ذلك مما تجوز فيه النية ◦

٦٠٦ - واذ قد ذكرنا صفة المدعى فينبغي أن نذكر جواز العدوى بقوله :

(١) من نسختى قلبيج ومينخ ◦

(٤) عبارة : « ليزيل به أمراً جلياً » من نسختى مينخ وقلبيج ، أما النسخة المعتمدة فمضطربة ، فقد ورد فيها بدلاً من ذلك « ليس يلزم ألم جلياً » ◦

جواز العدوى بقول المدعى^(١)

٦٠٧ - اتفق اصحابنا على جواز العدوى بقول المدعى قبل أن يعلم انه محق أو مبطل^(٢) اذا كان المدعى عليه في مصر .

٦٠٨ - قال ابو يوسف : على هذا ادركتنا الناس ، وكان ابن ابي ليلى يفعله ولا ينكره ابو حنيفة ولا يعييه .

٦٠٩ - وهو قول الشافعى ايضا واصحابه .

٦١٠ - وقد رأيت شيخنا قاضى القضاة رحمه الله اذا جاءه أحد يستعدى على بعض الكبار رأسه وقال له :

- أما ان ترضى خصمك او تحضر مجلس الحكم وكان ربما انفذ الى كل واحد بوكيله على باب الحكم .

وكان لا يعجل بالاستدعاء ، وهو فعل لا يبعد عن الصواب ، ولو وجه .

٦١١ - وقال الطحاوى فى أدبه :

- اذا استعدى على رجل قال له :

من هو ؟

فإذا قال : فلان .

قال له :

- ادعه الى

فإن قال : دعوته فلم يجب

قال :

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري :

- استعدىت عليه الامير فاعذاني ، ولی أقبله عدوی ، أی استدعاء وفي القاموس المحيط في مادة عدا :

- اعدى الامر جاوز غيره اليه ، وزيداً عليه نصره واعانه وقواه ، واستعداه استغاثه واستنصره .

(٢) في نسخة مينيخت أو باطل والصواب ما ابنتهما كما في نسخة قليبيج .

سادفع اليه طابعا^(١) « حيئذ » وان شاء الله احلفه انه امتنع وهو قادر على المجبىء »

٦١٢ - فإذا دفع اليه طابعا^(١) فان قال لا يحضر بهذا الطابع فلان فلو ناديناه بشاهدين على امتناعه ، كان ذلك صوابا

٦١٣ - وقد روی الخصاف في جواز العدوی بقول الخصم اخبارا منها ان رجلا من ارش (كذا) قدم مکة بابل وقباعها من ابی جهل فمطله وظلمه فقام في المسجد فقال :

- يا عشر قريش ! اثني رجل غريب ابن سبيل ، واني بعت ابلا من ابی جهل فمطلي وظلمني ، فمن رجل يعديني عليه فياخذنى بحقي ؟

قال ، ورسول الله صلی الله عليه وسلم في المجلس جالس ، فقالوا : ذلك الرجل يعديك عليه ، فانتطلق اليه فذكر له ذلك فقام معه

وبعثت قريش في اثرهما رجلا ، وانما فعلوا ذلك استهزاء لما قد علموا بين النبي صلی الله عليه وسلم وبين ابی جهل من العداوة .

قال فأتى الباب فضربه ، فقيل من هذا ؟

قال محمد :

فخرج أبو جهل وما في وجهه رائعة^(٣) من الذعر .

قال :

- اعط هذا حقه .

قال :

(١) في القاموس المحيط في مادة الطبع : طبع عليه كمنع ختم ، والطبع المثال والصيغة والختم ، وهو التأثير في العين ونحوه ، والطبع وتكسر الباء ميسّم الفرائض ، وهذا طبعان الامير بالضم طينه الذي يختتم به .

(٢) هذه الزيادة من نسخة مينخ وقليج .

(٣) كذا وفي نسختي مينخ وقليج : رايحة .

نعم ، فدخل فاخراج حقه واعطاه اياده فجاء الرسول فأخبرهم ، وجاء
الرجل فوقف عليهم فقال :

- جزاء الله خيرا فقد أخذ لي بحقى .

قال فلم ينصرفوا^(١) ان جاء أبو جهل فقالوا :

- ويلك ما صنعت ؟!

فقال :

- والله ما هو ان ضرب على الباب .

قال محمد فذهب قوامي^(٢) فخرجت اليه واذا معه فحل ما رأيت مثل
هامته وانيابه لفحل قط ان كاد ليأكلنى لو امتنع ، فوا الله ما ملكت نفسي ان
اعطيت حقه .

٦١٤ - وهذا الخبر قد دل على جواز العدوى بقول الخصم ، لانه قبل
عليه السلام قوله في ذلك ، ودل على أن الفحل الذى معه وما لحق ابا جهل منه
معجزة له صلى الله عليه اذ مثل ذلك لا يكون الا تبى والشاهد له بذلك مثل
ابى جهل الذى لو قدر على غير ذلك لفعل .

٦١٥ - وقد تقدم حديث عمر رضى الله عنه وانفاذه الى زوجة الذى
قال له انه وجد معها عبده بأبي واقد^(٣) .

٦١٦ - وقد روی في ذلك اخبار (كثيرة) وهو فعل الحكم اليوم في البلاد .

٦١٧ - ورأيت في بلد الرحبة في باب الجامع مسمارا عليه ختم القاضي ،
فإذا أراد أحد احضار خصمه قصد باب الجامع وطبع عليه الشمع ، وحمل خصمه
إلى 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 شيئاً فاحكيه .

٦١٨ - وذكر الخصاف انه كان على خاتم سعيد بن اشوع الهمданى قاضى
الكوفة : اجب (القاضى) سعيد بن اشوع .

(١) في نسختى مينيخ وقليج : فلم يتفرقوا .

(٢) كذا وفي نسخة قليج : قدامي .

(٣) انظر ترجمته فى الرقم ٣٦٠ ص ١٢٧ .

٦١٩ - واذ تد ذكرنا جواز العدوى بقوله فالى أى موضع يدعى عليه
القاضى *

باب الموضع الذى يدعى عليه

وهذا باب الموضع الذى يدعى القاضى على الخصوم :

٦٢٠ - اتفق اصحابنا وأصحاب الشافعى على انه يدعى على المخصم اذا
كان في مصر أو خارجا عن مصر في موضع يمكن الرجوع اليه ، وان بيته
المدعى عليه فيه في بقية يومه ، فاما اذا كان خارجا عن مصر ، 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 مصر
الشهود على رد الخاتم ^(١) ، وفي الحاضر لا يصعب ذلك *

٦٢١ - وقد قال اصحاب الشافعى في الغائب انه لا يحضره حتى يتحقق
الحق ، غير انهم قالوا ان كان الغائب في موضع فيه حاكم كتب اليه لينظر بينهما ،
وان لم يكن من ينظر بينهما يحضره حتى يتحقق الدعوى كما يقول ، قالوا لانه
يجوز أن يكون ما يدعى عنه لا يستحق احضاره كثمن الكلب وقيمة الخمر
للنصارى ^(٢) *

« لانه يشق عليه الحضور لما لا يجب عليه ، وليس هذا كالحاضر فانه
لا يشق عليه الحضور . قالوا فإذا حقق الدعوى على الغائب احضره لأن ابا بكر
رضي الله عنه كتب الى المهاجر بن أمية ^(٣) ان ابعث الى بقيس بن المكشوح واحلفه

(١) في نسخة منيغ : الخاتم *

(٢) ما بعد هذه الكلمة من نسخة منيغ وقلبيج *

(٣) جاء في اسد الغابة (٤٢٢/٤) انه المهاجر بن أمية بن المغيرة
ابن عبدالله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي أخو أم سلمة زوج النبي ^(ص)
لأبيها وأمهها ، 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) .

لأنه لو لم يلزمهم الحضور ادى ذلك الى ابطال حقه .

٦٢٢ - واذ قد بینا الموضع يحضر منه في البلد وخارجه فلنذكر كیفیة

احضار الخصم^(١) .

باب کیفیة احضار الخصم انی الناضی

٦٢٣ - وینبغی للقاضی اذا أراد احضار خصم أن یدعوه بأرفق الوجوه ، وأجمل الاقوال ، لأنه یدعوه الى حکم الله ودینه .

٦٢٤ - وعلى المدعى عليه الاجابة الى ذلك ، ولا یسعه التأخیر .

دلیل المقادمة

٦٢٥ - قال الله تعالى :

« واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ، وإن يكن لهم الحق يأتوا اليه مذعنين ، في قلوبهم مرض ، أم ارتابوا ، أم يخافون أن یحیف^(١) الله عليهم ورسوله ، بل أوئلهم هم الظالمون ، إنما كان قول المؤمنين

رسول الله (ص) بتبوك فرجع رسول الله (ص) وهو عاتب عليه فشافت فيه أخته أم سلمة فقبل شفاعتها ، فاحضرته فاعتذر الى النبي ، فرضي عليه ، واستعمله رسول الله على صدقات كندة والصادف ، فتوفى رسول الله (ص) ولم یسر اليها ، فبعثه أبو بكر (رض) الى قتال من باليمين من المرتدين ، فلما فرغ سار الى عمله ، فسأر الى ما ذكره له أبو بكر ، وهو الذى فتح حصن الخير بحضوره مع زياد بن لبید الانصاری ، وسیر الاشعث بن قيس الى أبي بكر اسيراً ، وله في قتال الردة باليمين أثر كبير » . أهـ .

(١) الى هنا تنتهي عبارة نسختى مینخ وقلیج .

(٢) الحیف المیل فی الحکم والجور والظلم ، حاف عليه فی حکمه یحیف حینما مال حار ، ورجل حائق من قوم حافة وحیف وحیف ۰۰۰ وفی التنزيل ان یحیف الله عليهم ورسوله أی یجور ، وفی حديث عمر (ر) « حتی لا یطمع شریف فی حیفك أی فی میلك معه لشرفه (لسان العرب) ۰

أن يقولوا سمعنا وأطعنا^(١) »

فأدب الله تعالى أحسن الأداب ، وقوله أصدق القول ٠

٦٢٦ - فكما يجب على المدعى الترافق بخصمه ليتمكن من استيفاء حقه ، فكذلك يجب على المطلوب الاجابة الى ما يدعى اليه ، وأيهمما تعدى ما قلناه اثيم ، وربما فسق ان لم يكن له عذر ٠

٦٢٧ - وان امتنع عليه : فان كان لغير عذر اثم ، وان كان لعذر لم يائمه ٠

٦٢٨ - وهذا يوجب ان نذكر العذر الذى يسقط الحضور ٠

باب العذر الذى يسقط الحضور

وهذا باب العذر الذى يسقط الحضور ٠

٦٢٩ - اتفق الفقهاء على أن المرض الذى لا يستطيع معه الحضور بنفسه^٤ الى الحكم يسقط الحضور عنه ، لأن المرض يسقط الصيام وأركان الصلاة الواجبة والصوم ، فجاز أن يسقط الحضور ٠

٦٣٠ - ويسقط الحضور أن تكون امرأة غير برزة ، لأن الحياة في النساء يمنع من استيفاء^(١) مالها من الحق ٠

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « واغد يا انس على امرأة هذا فان اعترفت فارجعها » ولم يكلفها الحضور مع اعتراف من اعترف انه زنا بها ٠

وكذلك قال عمر لابى واقد الليثى في امرأة الرجل الذى زعم انه وزجده عبده معها ولم يكلفها الحضور ٠

٦٣١ - والجنون يسقط الحضور ، وكذلك زوال العقل بالسكر والاغماء ٠

(١) النسور ٠

(٢) الكلمة استيفاء لم ترد في نسخة منيغ وإنما وردت في نسخة قليج ٠

٦٣٢ - وأما كيفية القضاء عليهم فسئل ذكر ذلك في باب ما يجوز القضاء على المريض والمخدرة ان شاء الله .
٦٣٣ - واذ قد ذكرنا العذر فلنذكر الامتناع .

باب الامتناع من الحضور الى القاضى

وهذا باب يذكر فيه الامتناع من الحضور الى القاضى :
٦٣٤ - واذا امتنع الشخص من الحضور مع خصمه قبل أن يدعوه القاضى الى الحكم لم يكن للحاكم تأدبه على ذلك اذا صبح عنده ، وان قلنا انه يأثم .
٦٣٥ - وأما اذا وردته طينة القاضى وخاتمه والمحضر فان القاضى يحضره بالوالى .
٦٣٦ - ويتقدم بما يراه من تأدبه اذا شهد عنده شاهدان بامتناعه ، ولا يسأل عنهم بعد ان يكونا مستورين ، ان شاء حبسه قليلا وان شاء كثيرا وان رأى تأدبه بكشف الرأس وغير ذلك مما يكون فيه اقامة حشمة 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 القاضى من غير قرعة . والرجل يستعدى على الرجل يريد اشخاصه الى المصر فيقيم عليه شاهدين بحق يدعيه قبله .

(١) فى لسان العرب : الطينة قطعة من الطين يختتم بها الصك ونحوه ، وطننت الكتاب طينا ، جعلت عليه طينا لاختتمه به ، وطنن الكتاب طينا وطينة ختمه بالطين .

٦٣٨ - وقال ابن سماعة^(١) : اسأل عن شاهدى رد الطينة والاشخاص ◦

٦٣٩ - وان حضر المدعى وقال :

- قد توارى خصمى فى منزله ولا يحضر معى الحكم ◦

فانه يأمر الوالى باحضاره ◦

٦٤٠ - فان قال الوالى لم أظفر بالرجل وانا اطلبه، واذا ظفرت به احضرته^(٢)

فقال المدعى للقاضى :

- اختم لى على منزله فانه فيه ◦

لم يجيء القاضى الى ذلك حتى يشهد عنده اثنان انه فى منزله ، بعد ان يقولوا آليوم رأيناه او امس او منذ ثلاثة أيام فيجيء الى ذلك ويختتم ◦

٦٤١ - وان كانت رؤية قديمة لم يختتم ◦

٦٤٢ - فاذا ختم على منزله بشهادة الشهود فحضر المدعى عليه ، والخاتم على بابه ، فقال المدعى انه لا يحضر ، وقد جلس فى منزله فانصب له وكيل ، واستمع من شهودى عليه ، فان ابا حنيفة ومحمد قالا : لا ينصب له وكيل ولا يقضى ◦

لان نصب الوكيل قضاء عليه ◦

٦٤٣ - وقال أبو يوسف :

اذا صح عند القاضى انه فى منزله نادى على بابه ثلاثة : انه ان لم تحضر قضيت عليك ◦

فان لم يحضر اقام فيما وسمع من البينة ◦

٦٤٤ - وقد روى عن ابى يوسف مثل قول ابى حنيفة انه لا ينصب عنه وكيل ◦

(١) هو محمد بن سماعة العراقي من تلامذة ابى يوسف ◦

(٢) الظفر بالفتح الفوز بالمطلوب وقد ظفر به وعليه وظفره ظفراً مثل لحق به ولحقه فهو ظفر ، والظفره الله به وعليه وظفره به تظفيرا (لسان العرب) ◦

٦٤٥ - وقال الخصاف عنه انه قال في كتاب أدب القاضي^(١) : « ولو حضر
كتاب الى قاض بحق على رجل فلم يحضر المطلوب ، ولم يوكل فشهد بذلك
الشهود فإنه يقبل كتاب القاضي والبينة ويفقد القضاء عليه .

الهجوم على الغائب والتسمير

٦٤٦ - وقد حكى الطحاوى في 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 :

أجلس رجلا على بابه ، ويمنع من الدخول والخروج من منزله ، الا من
الطعام والشراب فإنه لا يمنع عنهما ، ويضيق عليه حتى يخرج فيحكم عليه .

ترتيب الهجوم

٦٤٨ - قال الخصاف :

ومن رأى الهجوم من اصحابنا على المخصم في منزله اذا تبين ذلك فيكون
ذلك بالنساء والخدم والرجال فيقدم النساء في الدخول ويدخلون نساء المطلوب
في بيت ثم يفتش الدار ثم يدخل البيت الذي فيه النساء خاصة ، فإذا وجد
آخر .

الهجوم على غفله

٦٤٩ - ولا يكون الهجوم الا على غفلة من غير استئمار ، يدخل النساء
اولا ، فإذا تقدمن في المنزل من النساء دخل الرجال .

(١) الاشارة هبها الى كتاب أدب القاضي لابى يوسف .

نقد مبدأ الهجوم على الغائب

٦٥٠ - وهذا الوجه عندى ضعيف ، لانه ربما كان الخصم وحده فى البيت ، فكما لا يجوز دخول الرجال على النساء ، لا يجوز أيضا دخول النساء على الرجال ، وهذا أمر يتوهם^(١) ، فعلة المتن حاصلة ، فينبغي ان لا يجوز ٠

٦٥١ - وقد روى الخصاف ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه استعمل عبد الرحمن بن محزم على الرى فأخذ المال وتوارى عند نعيم بن دجاجة الاسدي ، فارسل عليه رضي الله عنه من يخرجه من دار نعيم ، فجاء نعيم معهم الى علي فقال له :

ـ ان مفارقتك لكفر وان المقام معك لذل ٠

فأمر بالكف عنه ٠

٦٥٢ - وعن عمر رضي الله عنه انه بلغه عن نائحة^(٢) في ناحية في المدينة يجتمع عندها^(٣) فأناها فهجم عليها في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها^(٤) ٠

فقال له :

ـ يا أمير المؤمنين ! ان خمارها قد سقط ٠

فقال :

لا حرمة لها :

ذكره الخصاف أيضا ٠

٦٥٣ - ولا اعرف لاصحاب الشافعى في الهجوم والتسمير وما ذكرناه قوله فاحكيه ، الا ما قدمناه ان الوالى يحضره اذا امتنع ، فاما هذا التفصيل فلم أره فيما حضر من كتبهم عند تأليف هذا الكتاب ٠

(١) يتوهם همنا بمعنى يتصور . اي انه من الامور الممكنة ٠

(٢) اي ان بيتها كان من بيوت الدعاارة وانها كانت تجمع فيه بين الرجال والنساء ، وقد كان البغاء معروفا في الجاهلية فجرم في الاسلام ٠

(٣) في لسان العرب : الدرة بالكسر التي تضرب بها غريبة معروفة ، وفي التهذيب الدرة سلطان التي يضرب بها ٠

٦٥٤ - واذ قد ذكرنا حكم الامتناع من الحضور فهل يسمى الرجال
والنساء ام يختلفون ؟

وهذا يتضمن ذكر ما لهن وعليهن *

باب دعوى النساء والدعوى عليهن

وهذا باب يذكر فيه دعوى النساء والدعوى عليهن *

٦٥٥ - اعلم ان حكم النساء حكم الرجال في الخصام والمنازعات : الحرمة كالحر والامة كالعبد لا يختلفان في الدعاء واليinات ولا الإيمان ولا المحاكمات : ملكها كملك الرجل فيما يملك من الأموال وحدها كجده وقندفها كقندفه وقتلها كقتله ، وما يفترقان فيه من الأحكام فانما هو مستثنى من هذا الأصل

٦٥٦ - وأذا استعدى رجل على امرأة او امرأة على امرأة الى القاضي ،
وادعى عليها مالا في يدها او دينا في ذمتها او حقا يجب القضاء به والحكم اذا
وجد شرط الحكم فان القاضي يحضرها كما يحضر الرجل الا ان تكون غير
برزه فلا يحضرها ولكنه ينفذ اليها من يسألها عن دعوى خصمها *

٦٥٧ - وسنذكر كيفية القضاء عليها في 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 القاضي وسألته العدوى على خصمها ، فانه ينفذ اليها
شاهددين وبعض الوكلاء فتوكل في 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 قوله فيه بلا يمين ، وما يقبل مع
يمينها ، ونذكر الخلاف في ذلك في مواضعه ان شاء الله تعالى *

٦٦٠ - هنا حكم الاحرار والحرار اذا كانوا من أهل التكليف قد ذكرناه . وبقي حكم الرقيق .

باب دعوى العبيد والمكاتبین

ومن فيه رق

٦٦١ - والعبيد والرقيق على ضربان : منهم من يتصرف لنفسه ومنهم من يتصرف لغيره .

٦٦٢ - فالمكاتب يتصرف لنفسه فيسائر عقود المعاملات من البيع والشراء والشركة والمضاربات والمطالبة بالشفعية والاجارات . وهو كالحر فيما يدعى على غيره من العقود والجنبيات ، ويثبت بينه وبين مولاه اروش الجنبيات ، وقيم المخلفات والشفع والاشرية والرد بالعيوب ، وهو في هذه الاحكام معه كالاجنبي وهو كالعبد في النكاح والهبة والتبرعات وعتق 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 ادعي رجل على مكاتب دعوى في نفس او طرف او مال او غصب او اتلاف فان القاضي يسمع الدعوى ويعدى عليه .

٦٦٧ - وكذلك اذا ادعي 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 - والمكتبة كالمكاتب ، والمؤذنة كالمأذون ، وكذلك المعتق بعضها
كالمعتق بعضه *

٦٧٠ - وأما عبد القرن والامة القرن ^(١) فهما في الدعاوى بخلاف من ذكرنا
الا في دعوى العتق والكتابة والتدبیر على المولى ، فان دعوى العبد القرن على
مولاه تسمع ، ويسأل المولى عنها ، وكذلك الندبیر والكتابة والاستيلاد *

٦٧١ - فأما الجنایات والعقود بغير اذن المولى لا تسمع ، بل الشخص في
ذلك هو المولى *

٦٧٢ - واذ قد ذكرنا حكم دعوى البالغ الحر والعبد المأذون ومن ذكرناه
فبقي دعوى الغير عن الغير *

باب دعوى الولي عن الصغير

وهذا باب دعوى الولي عن الصغير :

٦٧٣ - اعلم ان الصغير لما كان غير مكثف وكان يحتاج الى ما يحتاج البالغ
من المأكول والمشروب والملبس والتعليم ، وكان عاجزا عن ذلك غير كامل
ولا مكلف رخص الشرع في التصرف في ماله لوليه كأبيه وجده اذا كانوا من
أهل الولاية *

(١) يراد بالعبد القرن غير المدبیر ولا المكاتب ولا من اعتق بعضه لأن العبد
القرن في اللغة هو العبد للتعبیدة أو هو الذي ملك هو وابوه وخالص العبودة
وقال اللحیانی العبد القرن الذي ولد عندك ولا يستطيع ان يخرج عنك والقرن
يقال للمفرد والاثنين والجمع والمؤنث وقد حکي في جمعه اقنان واقنة والاخيرة
نادرة . قال جریر :

ان سليطا في الخسار انه ابناء قوم خلقوا أقنه
والانشى قن بغير هاء ويقابل العبد القرن عبد المملكة وكأن القرن مأخوذ من
القنية وهي الملك *
واقتن قنا اتخذه وانه لعبد بين القنانة أو القنانة والقنونة *

صفات الولي على الصغير

٦٧٤ - وإنما يكونان كذلك إذا كانوا عدلين أمينين ، لا اختلاف بينهما في دين ولا دار ولهمما ضبط وتميز ◦

شرط تصرف الولي عليه

٦٧٥ - ولا يجوز تصرف الولي عليه حتى يكون للصبي فيه النفع ، ولا يكون عليه فيه مضره ◦

٦٧٦ - ولا يبيع ما فيه غبن ماله ◦

٦٧٧ - وليس له اسقاط حقوقه الواجبة له بغير عوض يحصل له ، أو غرض يوفى على ذلك ◦

٦٧٨ - وسبعين في العاملات ما يجب من ذلك وأما الغرض هنا انه يجوز للولي أن يدعى الحق الذى يجب للصغير على غيره من أثمان البياعات وقيمة المخلفات واروش الجنایات ◦

٦٧٩ - وله أن يقيم البينة بذلك ◦

٦٨٠ - ويسلم ما قضى به للصبي من ثمن أو مهر أو أجراة أو نفقة ◦

٦٨١ - وهو أولى بالتصرف من الحاكم والام وسائر الاقارب ◦

٦٨٢ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « أنت ومالك لا ينك » ◦

٦٨٣ - وأول فائدة هذه الاضافة ان تفيد جواز التصرف ◦

٦٨٤ - وله أن يستتب بي الخصومة ◦ ويوكى 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 نياحة
الغير •

باب جواز دعوى الوكيل لغيره

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى الوكيل لغيره •

٦٨٧ - اعلم ان الوكيل اذا صحت وكتاته ولزمت حجته جاز للقاضي ان
يسمع دعواه ، والدعوى عليه فيما يصح أن يتولاه لغيره •

٦٨٨ - وهو كالولى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية
الضرى^(١) في تزويج أم حبيبة ، وعروة البارقى^(٢) في شراء اضحية • وكذلك
أئمة العدل ووجوه الصحابة والتابعين ، وهو عمل الناس في جميع الامصار •

٦٨٩ - وللوكيل المخالصة فيما وكل به ما لم يخرج من الوكالة بموت

(١) هو عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله الكىالى الضرى ، يكنى ابا
أميم ، بعثه النبي (ص) وحده عينا الى قريش فحمل حبيب بن عدى من الخشبة
التي صلب عليها ، وارسله الى النجاشى وكيلها فعقد له على أم حبيبة بنت ابى سفيان
واسلم قدیما وهو من مهاجرة الحبشة ثم هاجر الى المدينة واول مشاهده بئر
معونة ، كان رسول الله يبعثه في اموره وكان من انجاد العرب نجدة وجراة ،
رأى عنه اولاده جعفر والفضل وعبد الله وابن أخيه الزبرقان بن عبد الله بن
أميم ، وهو معدود من اهل الحجاز ، وتوفى في اخر أيام معاوية قبل السنتين
اسد الغابة ٤/٨٥-٨٦ .

(٢) هو عروة بن عياض بن ابى الجعد البارقى ، وبارق من الاzd ،
ويقال ان بارقا جبل نزله بعض الاzd فنسبوا اليه ، استعمله عمر بن الخطاب
على قضاء الكوفة وضم اليه سلمان من ربيعة الباھلی وذلك قيل ان يستقضى
شریحا . وهو من جلة من سير الى الشام من أهل الكوفة في خلافة عثمان بن
عفان (ر) (اسد الغابة ٣/٤٠٤ - ٤٠٥) .

الموكل أو موت من وكل عليه أو عزل نفسه او عزل من وكله أو بلوغ من وكل له من الصغار أو موتهم

٦٩٠ - وسنذكر في كتاب الوكالة ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، ونذكر الخلاف في مسائل الخلاف في ذلك

٦٩١ - وتصرف الوكيل موقوف على الأمر ، فليس له ان يتصرف في غير ما امر به

٦٩٢ - وقد يتصرف عن البالغ تارة وعن الصغير أخرى

٦٩٣ - ولما جاز أن يموت الوكيل والولي ويحتاج الصغير إلى من يتصرف عليه وجب ذكر ذلك ، وليس ذلك الا إلى الأمين وهذا باب يذكر فيه دعوى الأمين

نصب الامانة

٦٩٤ - ولما كان القاضي منصوبا للتصرف في مصالح المسلمين ، وهو نائب عن الإمام ، وكان يجب عليه حفظ ما انتهى إليه من أمر او مال او حفظ ضالة او تسلم مال تركه او وقف او وصية ، وكان لا يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه ، ولا يقوم بحفظ ما يجب عليه لكتبه ، جعل الشرع له ان ينصب الاماناء على الايتام والوقف ومال من غاب من الناس ، وبيع ما يجب بيعه وحفظ ثمنه ، وكان مصونا عن ان يدعى عليه الدعاوى في عقوده وما يأمر به جعل ذلك الى أمينه ليخرج من هذه العهدة^(١) فلهذا قلنا يجوز للأمين 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 ، وعهده على فلان ما ادرك فيه من درك فاصلاحه عليه واستعهد من صاحبه اشترط عليه وكتب عليه عهدة ، وفلانا من نفسه ضمنه حوادث نفسه . وكتفت هن يتعاهد الامور والولايات (القاموس المحيط)

٦٩٥ - ويكون الامين كالولى والوكيل فى ذلك

٦٩٦ - وهذا لا خلاف فيه ان للقاضى ان يفعله بمطلق الولاية ، ويستفيده

بنظر الحكم .

اطلاق التصرف للامين وتقييده

٦٩٧ - وقد يجعل القاضى الى الامين التصرف على سبيل العموم تارة وعلى

سبيل الشخصوص اخرى .

٦٩٨ - وهذا يتضمن ذكر ما يصير به تصرفه عاما ، وذلك انما يكون بان

يجعله وصيا .

باب دعوى الوصى

وهذا باب يذكر فيه دعوى الوصى :

٦٩٩ - اعلم انه لما كان التصرف يقع على وجهين عن الغير : في حال الحياة

وفىما 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 في هذه الجملة .

٧٠١ - ويكون الوصى وصيا من جهة الانسان في ماله ، وفيما يتعلق به ،

ويكون وصيا فيما يتعلق بغيره كولده .

٧٠٢ - وتثبت الوصية للوصى بالاب والجد وأن علا في حق صغار ولده ،

ويكون وصيا بقول القاضى له : جعلك وصيا على مال فلان أو ورثة الصغار .

٧٠٣ - وسنذكر في الوصايا ما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز ، ونذكر

الخلاف في مسائل الوصايا ان شاء الله ، وإنما ذكرنا هنـا جواز دعوانـه

والدعوى عليه .

٧٠٤ - واذ قد ذكرنا ذلك ، وجب ان نذكر حكم الدعوى له ولغيره *

باب دعوى الشريك والدعوى عليه

وهذا باب دعوى الشريك ووالدعوى عليه *

أنواع الشركات

٧٠٥ - والشركة على ضربين : شركة عقود ، وشركة املاك *

شركة الاملاك

٧٠٦ - وشركة الاملاك تصح ويثبت حكمها من المكلف وغير المكلف
كاميليات والوصية واروش الاللاف ، وما يدعى على الميت ويدعى له ، فالواحد
ينوب فيه عن الجماعة *

شركة العقود وانواعها

٧٠٧ - والشركة في العقود تنقسم الى اربعة اقسام :

منها مفاوضة *

ومنها عنان *

ومنها شركة ابدان *

والرابع شركة وجوه *

٧٠٨ - وسنذكر في كتاب الشركة حكم ذلك ، والخلاف فيه *
وانما ذكرنا هنا دعوى الشريك على غيره بما يجب لشريكه ، والدعوى
عليه . وهذا مجمع على صحته اذا صحت الشركة بأن يدعى انه اشتري
له ولشريكه *

٧٠٩ - واذ قد ذكرنا جواز دعوى الشريك في الوجوه الاربعة ، وكان
من الشركة ما يكون من أحد الجانيين مال ومن الآخر عمل وجب ذكر ذلك *

باب دعوى المضارب^(١)

وهذا باب دعوى المضارب

٧١٠ - والمضاربة اذا صحت جاز للعامل الدعوى على غيره مال المضاربة ، و تكون كدعواه ودعوى رب المال اذا اجتمعا في الدعوى لذلك

٧١١ - وسنذكر في كتاب المضاربة ما يدعى كل واحد على صاحبه ، وعلى غيره ونذكر الخلاف فيما فيه خلاف والاتفاق فيما فيه وفاق

٧١٢ - واذ قد ذكرنا ذلك وجب ذكر دعوى المولى عن العيد

باب دعوى المولى على عبده وعن عبده

وهذا باب يذكر فيه جواز دعوى المولى على عبده وعن عبده

٧١٣ - أما ما يدعى عن عبده فهو كل حق يجب للمولى ويكون قوله فيه مقبولا كالجناية عليه خطأ

٧١٤ - وكل مالا يقبل فيه قوله على العبد فالشخص فيه العبد ، وهذا كالقتل العمد والردة والزنا والقذف والسرقة اذا كانت الدعوى لطلب القطع ، وان كانت لوجوب الضمان سمعت على المولى

٧١٥ - وسنذكر في العتق والتكتابة والتدبير والاستيلاد دعوى العبد على مولاه ، ودعوى المولى عليه ان شاء الله ، ونذكر الخلاف في ذلك والاتفاق ، ونرتب ذلك كما رتبنا غيره

٧١٦ - واذ قد ذكرنا حكم المقتضى له ، وهو المدعى فلنذكر حكم المقتضى عليه وهو المدعى عليه

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضرب : ضرب في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله ، وضاربه في المال مضاربة ، وهي القراض [في مصطلح الفقه المالكي] والمضاربة ان تعطي انسانا من مالك ما يتجر فيه ، على ان يكون الربح بينهما ، او يكون له سهم معلوم من الربح ، وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق ، قال تعالى « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله » . قال وعلى قياس هذا يقال للعامل ضارب ، لأنه هو الذي يضرب في الأرض . قال وجائز ان يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربا لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه وكذلك المقارض .

باب المقتضى عليه

وهذا باب نذكر فيه أحوال المدعى عليه وصفاته التي يكون عليها •

أهلية المدعى عليه

٧١٧ - والدعوى لا تصح على من لا يقبل قوله لو اعترف بها وصدق

المدعى ، وهذا كالدعوى على الصغير والجنون ومن ليس له تميز •

شرط الصفة

٧١٨ - ولا على من له تميز ولكن الحق لا يلزمه وإنما يلزم غيره اذا

لم يكن بينهما شيء يوجب قبول قوله عليه •

٧١٩ - فاما اذا كان كالنائب عن غيره أو يتصرف عليه بالولاية فسنتين في كل كتاب ما يقبل اقراره فيه وما لا يقبل ، ونذكر الخلاف في ذلك ان شاء الله ونبين كيفية القضاء عليه وله في الدعاوى ، فيحتاج ان يكون عاقلا مميزا •

٧٢٠ - وقد يجوز ان يكون حرا ، ويجوز ان يكون عبدا ، ويجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون اشبا ، ويجوز ان يكون ماذونا له في التجارة عاقلا غير بالغ ، ويجوز ان يكون مسلما ، ويجوز ان يكون كافرا ، وهذه صفة المدعى عليه اذا 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 اذا كان صحيححا سالما انه يدعى عليه ويحضره مجلس الحكم •

٧٢٢ - فإذا حضر سمع من المدعى دعوah وسائل المدعى عليه عن الدعوى
إذا صحت ، فإن أقر امره بالخروج مما أقر به .

٧٢٣ - وإن لم يقر سأله المدعى البينة .

٧٢٤ - ولا يسمع البينة إلا بعد الإنكار وهذا فصل لا خلاف فيه انه لا
يسمع البينة اذا سكت ، ولابد من الإنكار ليصح سماع البينة .

٧٢٥ - وهو اصلنا في القضاء على الغائب ، انه لا يقضى عليه حتى يوجد
الإنكار الذي هو شرط سماع البينة .

٧٢٦ - وقد قال اصحابنا :

لو كان غائبا عن المصر على مسيرة أقل من نصف يوم لم يعد عليه
البينة تشهد عليه ان له عليه هذه الدعوى ، فيحضره له .

٧٢٧ - قال الطحاوى :

« وهذا قول ابي يوسف ، وكان لا يسأل عن شهود العدوى » ، وقد
ذكرنا الرواية فيما تقدم من رواية ابن سماعة .

٧٢٨ - وقال مالك ان كان غائبا على اقل من مسيرة تقصر فيها الصلة
سمع من المدعى بيته في الدين ، ولم يسمع بيته على العقار .

٧٢٩ - وقال الشافعى : لم يعد عليه بلد فيه حاكم ، ويقال للشخص
امض فخاصمه هناك .

٧٣٠ - واحتلـف اصحاب الشافعى اذا كان في البلد هل يسمع بيته
على وجهين :

اـحدـهما أنه يسمع ويقضى عليه كالغائب .
والثانـى وهو المذهب انـها لا تـسمع كالـحاضـر في مجلسـ الحكم .

الدعوى على العليل ومن إليه

٧٣١ - فإذا كان المدعى عليه عللا لا يمكنه حضور مجلس الحكم ،

وصح ذلك عند القاضى قال للمدعي :

- اصبر حتى يصير خصمك الى حال يمكنه الحضور .

فإن أمكنه الحضور احضره .

٧٣٢ - فان لم يصبر وطلب ائدعى الحكم فان القاضى يرسل اليه أمنيا من
امنائه ومعه شاهدين ممن يعرف المريض ، وكذلك ان كانت امرأة غير براز
فهى مثل المريض ، فيذكر الامين صفة المدعى ودعواه وان القاضى أمره ان
يسألك ذلك ، فان جحدت احلفتك كما أمر القاضى .

٧٣٣ - فإن أقر المريض او المرأة شهد الشاهدان وامر الامين ان يوكل

وكيلا يحضر معه مجلس الحكم ليخاصم المدعى .

٧٣٤ - فإذا وكل حضر الشاهدان وشهادا بما أقر به بمحضر من وكيله
وذلك اذا جحد يقيم خصما له أو عليه بينة المدعى ، وان كان قد حلف أيضا .

٧٣٥ - وإذا ابى ان يحلف عرض عليه اليمين ثلاث مرات ، فإذا تتحقق
النکول حضر وكيله فشهد بذلك الشاهدان بمحضر من الوكيل والزم القاضى
ذلك الحق .

٧٣٦ - وسنذكر ما في اليمين والنکول في موضعه ان شاء الله .

٧٣٧ - وللمدعي ان يصبر حتى يبرا المريض فيحضره الى القاضى
فيستحلقه على الدعوى .

٧٣٨ - وهذا حكم الدعوى على العليل والمرأة التي لم تبرز .

فصل

في الترجمة

- ٧٣٩ - فان كان المدعى او المدعي عليه اعجميا او لا يعرف القاضي لغته ،
وهما او احدهما على هذه الصفة او لا يعرف احدهما الاخر فعلى القاضي ان
يأمر عدلين يترجمان للمدعى وللمدعي عليه وله ، ويفهم هو ايضا ذلك .
٧٤٠ - وهذا قول محمد بن الحسن (الشيباني) وزفر ، والظاهر من
قول الشافعى انه يعتبر في الترجمة اثنين ، ولا يقبل اقل من ذلك .
٧٤١ - وقال ابو حنيفة وابو يوسف يقبل قول الواحد العدل في الترجمة

فصل

في الاخرس

- 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
استحلفه بالاشارة على ما يفهمه ، لأن الاخرس في الدعاوى والعقود كالناطق
٧٤٣ - وانما الخلاف في شهادته ولعنه .
٧٤٤ - ومن الفقهاء من قال لا يصح اقراره بالاشارة لانها لا تقوم مقام
الكلام ، ذكر الخلاف الخصاف 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 وكيله يدفع
عنه ويقول :
لا علم لي بما يدعوه على فلان .

٧٤٦ - وان حضر طفل الى القاضي وقال :

- ان لي مالاً ولا قيم لي عليه .

فإن القاضي يقيم له قيمة بما يحفظ ما يذكر انه له .

٧٤٧ - وحال الحاضر لا يخلو من هذه الأقسام كلها .

٧٤٨ - واذ 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 - وروي عن أبي يوسف انه كان يأخذ في ذلك بالاعذار فيقول :

ان يغب ولم يحضر وصح ذلك عند الحاكم انه في منزله نادى على بابه على

ما ذكرناه فيما تقدم ، وأقام عنه قيماً 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 وله 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 - واذ 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 وختار الشفعة والقبول ◦

٧٥٦ - وأجمعوا على أن حقوقه المالية تستوفى له بعد الموت على حكم ملكه ، وتقضى منها ديونه وتتفقد منها وصاياه ◦

٧٥٧ - وان موته لا يبطل ما عليه من حق اذا خلف ترثة ◦

٧٥٨ - والحكم على الميت لا على ورثته ، ولهذا يجوز الحكم بحضور بعض الورثة او الوصي ، وهذا لا خلاف فيه بين العلماء نعلم ◦

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 او الوصي عنه او وصي يقيمه القاضي عنه ◦

٧٦٢ - ولا يثبت الحق عليه بدعوى على غريم له عليه دين ، ولا موصى له بشيء من ماله ، ولا يكون أحد منهم عنه خصمأ ◦

٧٦٣ - واذا ثبت الحق عليه يستحلف المقضي له انه ما استوفاه ولا ابرأه ولا اعتراض عنه ، ولا وجد من جهته ما يبطل حقه ^(٢) ◦

٧٦٤ - وسنذكر عند اليمان 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 أُسقط الوارث يمينه لم يسقط لأنها يمين على حق للميت •
 ٧٦٦ - واذ 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 ، يستوفى ما وجب له ، دون ما لم يجب له ، فذا ادعى رجل وله وارث سواه لزم المقر في حصته حتى يستغرق حصته عندنا •

٧٦٨ - وقال الشافعي يلزم 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 فيديلي بحجة الصغار ، فاذا ثبت الحق لم يسلمه اليه حتى يستحلف مع البينة •
 ٧٧١ - فاذا كان الورثة في بلد والغرماء والمال في آخر ، فطلب الغرماء ان يسمع بيتهم ويقضى 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 بيته 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 المكتوب اليه بعد الثبوت بما كان يعمله من القضاء واليمين ، ويسمع من الورثة مالهم من حجة ثم يكتب الى الاول يعرفه ما فعل يستوفي لهم ما لهم من التركة وما عليهم من اليمان •
 ٧٧٣ - وقال الشافعي :

يثبت الحق عليهم ، وهي مسئلة القضاء على الغائب ، ويثبت الحكم دون نقل الشهادة •

- ٧٧٤ - وإذا قال الغريم : إن مال الميت قد تفرقه الورثة وأتلفوه فاحجر عليه حتى أسمى بينة بحقه ، لم يجبه إلى ذلك حتى يثبت حقه .
- ٧٧٥ - وقد نال بعض أصحابنا : أن رأى القاضى ذلك على سبيل الاحتياط أياماً فعل ذلك^(١) ، فإن لم يثبت له شيء والا أطلق يد الوارث .
- هذا ان كان الوارث غير مأمون ، وان كان مأموناً لم يفعل ذلك .
و كذلك ان ادعى رجل وصية واستحسن القاضى ذلك فعله .
وهذا على حسب اجتهاد القاضى وما يقع في قلبه .
- ٧٧٦ - وان كان بعض الورثة صغيراً حاضراً وبعضاً غائباً ، نصب عن الصغير وصيا ، فإذا قضى عليه كان القضاء على الصغير والكبير الغائب .
- ٧٧٧ - وهذا قولهم جميعاً .
- ٧٧٨ - ولو كان للميت ولدان كباراً أحدهما غائب والآخر حاضر ، فقال الحاضر :
- لابي على فلان ألف درهم ، ولـى مثل ذلك على أبي .
فإنه يسمع بينة الاب على الأجنبي ، ولا يسمع بينة الوارث إلا على الوارث أو الوصي .
- ٧٧٩ - وقال الشافعى : يسمع أيضاً بينة الوارث .
وهو فرع لمسئلة القضاء على الغائب .
- ٧٨٠ - واقرار الوصي بعين من التركة أثر دين لا يقبل ، وان كان وارثاً قبل في حصته .
- ٧٨١ - وإذا ترك الرجل الميت ألف درهم وعليه دين ، وترك ابناً ، فقال ابناً :
- هذه وديعة كانت عند أبي لفلان . وصدقه فلان وغريم الميت أو كذبواه أو قال الغريم لا أدري لمن هي ، أو قال ابناً : لا أدري لمن هي ، ولكن ليست
-
- (١) هذا شبيه بالحجز الاحتياطي في قانون المرافعات المدنية .

لابي ، فانها للغرماء دون مدعى الوديعة ، ولا يصدق الغرماء في كونها وديعة
لأنهم يجعلون الميت مرتهنا في قبره ◦

٧٨٢ - ولا يمين على الوارث للمدعي لأن اقراره لا يقبل ◦

٧٨٣ - فان قال الغرماء : انا نعلم انها لهذا المدعي فان القاضى يقضى بهم
الالف ، ويرجع المدعي للوديعة عليهم فيأخذ الالف منهم باقرارهم انها له ◦

٧٨٤ - وإذا قد ذكرنا القضاة على الميت ومن ذكرناه ، وجب ذكر اقضاء

على من هرب من الخصم ◦

باب القضاة على من هرب من الخصم

وهذا باب يذكر فيه القضاة على من هرب وتنبأ ◦

٧٨٥ - اذا هرب الخصم من الحكم فلا يخلو :
اما ان يكون قبل سماع الدعوى والبينة ◦

او بعد سماع الدعوى والبينة ◦

او بعد سماع الدعوى قبل سماع البينة ◦

٧٨٦ - فان هرب قبل ذلك كله فهو كالغائب عن القاضى على اختلاف

المذاهب :

فمن يقضى على الغائب يقضي عليه ◦

ومن لا يقضى على الغائب لا يقضى عليه ◦

٧٨٧ - وان كان بعد سماع البينة لم يؤثر هربه في الحكم ، وكان
للقاضى أن يقضى عليه وينفذ الحكم الذى يوجبه عليه اذا كانت البينة معدلة ◦

٧٨٨ - وان كان مما يجب على المدعى اليمين مع البينة استحلف المدعى
لانه يستحلف وان لم يطلب ذلك الخصم في مواضع منها الرد بالعيوب والشفاعة
والدين على الميت ◦

٧٨٩ - وسبعين ذلك فيما بعد ان شاء الله ◦

٧٩٠ - وقد ذكرنا ما قال أبو يوسف في النداء على بابه ثلثا ، ثم نصب الخصم عنه ، ثم القضاء عليه . وذكرنا قوله فيما تقدم من هذا الكتاب ، وبيننا كيفية الطلب والاحضار والهجوم ^(١) على البيوت ، وختم الأبواب ، وما في ذلك من خلاف .

٧٩١ - وليس في هرب الخصم اعتراف منه بالدعوى ، ولا تصدق
لللمدعي فيما ادعاه ، وقد يجوز أن يكون عاجزا عن الجواب فيلزم مه ما لا يتوجه
عليه *

فالقاضى يفعل فى ذلك ما يؤدى اليه اجتهاده ورأيه فى الحكم عليه ،
والامتناع من الحكم عليه ◊

٧٩٢ - وادى قد ذكرنا صفة المتقضى عليه وأحواله ، فلذنذكر ما يقع القضاء
• به من الامور .

(١) في لسان العرب : هجوم على القوم يهجم هجوما انتهي اليهم بفتحة . . .
وهجوم البيت يهجم بهجما هدمه .

باب ما يقع القضاء به

٧٩٣ - وأما الكلام فيما يقع القضاء به من الامور كالبيئة والعلم والأفوار والآيمان فيشتمل على أبواب : منها الكلام في الشهود •

باب الشهادة

٧٩٤ - اعلم ان الشهادة^(١) على الحق للمدعي أحد طرق الحكم الى الحكم والقضاء •

٧٩٥ - وهي أكذ البهيج والطرق ، لانه لا خلاف في وجوب العمل بها في الحدود والقصاص والأموال والفروج •

٧٩٦ - واختلقو في علم القاضي هل يقضى به ألم لا ، على ما نسينه 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 .. وشهادته كسمعة شهودا : حضره فهو شاهد ، ح : شهود وشهاده . وشهاده لزيد بكذا شهادة ادى ما عنده من الشهادة فهو شاهد . ج شهد بالفتح ، جع شهود وشهاده .

واستشهاده : سأله ان يشهد

والشهيد وتكسر شيئا : الشاهد ، والامين في شهادة ، والذي لا يغيب عن علمه شيء ، والقتيل في سبيل الله ، لأن ملائكة الرحمة تشهد ، أو لأن الله تعالى وملائكته شهود له بالجنة ، أو لأنه من يشهد يوم القيمة على الامم الخالية ، أو لسقوطه على الشاهدة أى الأرض ، أو لأنه حي عند ربه حاضر أو لأنه يشهد ملكوت الله وملكه ج شهادة . والاسم الشهادة .

واشهد بكذا : اي احلف

واشاهده : عاينه ..

واشهاده : احضره .

وفي لسان العرب : رجل شاهد وكذلك الانثى ، والشهادة خبر قاطع .

« شهد الله انه لا اله الا هو والملائكة وأولوا العلم ، قائمًا بالقسط »^(١) .
وقال تعالى :

كتسم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرن بالمعروف وتنهون عن المنكر^(٢) .
وقال :

« لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا »^(٣) .
٧٩٩ - فالله تعالى شهيد على رسالته بما اوحى اليهم ، وبما فعلوه في اداء
الرسالة ، والرسول شهيد على الصحابة واتباعه بما أدى اليهم من الشرع وبين
لهم من الدين وافتراض 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 ،
وجعلتهم 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 ١٨/٣ .

(٢) آل عمران ١١٠/٣ .

(٣) البقرة ٤٣/٢ .

(٤) من الآيات الواردة بوجوب أداء الشهادة وصفة الشهود الخ :

١ - ومن أظلم من كتم شهادة عنده من الله (١٤٠/٢) .

٢ - فإذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم (٣١/٤) .

٣ - يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا 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 ان تضل احداهما فتذكرة احداهما الاخرى ، ولا يأب
الشهداء اذا ما دعوا (٢٨٢/٢) .

٥ - وابشدو اذا تباعيتم (٢٨٢/٢) .

٨٠٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « الْبَيْنَةُ عَلَى
الْمَدْعِي وَالْيَمْنَى عَلَى الْمَدْعُى عَلَيْهِ »^(١)

وقال : « اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع » .

وقال الله تعالى :

• « الا من شهد بالحق وهم يعلمون »^(٢) •

٨٠٤ - فالشهود أمناء 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 وعظمته ، فيسمى بين ظاهره وباطنه وسره وعلانيته *

اختیار القاضی شهوده

٨٥٥ - وعلى القاضي أن يختار من الشهود كل معروف السريرة طاهر السيرة ميمون التقية^(٣) طاهر الاخلاق .

وينصيin في (باب) ذكر العدالة ما يجب من ذلك ويشرط .

٨٠٦- فيوفي كل شاهد حقه من الأكرام وموضعيه من الدين ، ويزيد في منزلة من ظاهره أجمل وباطنه أسلم ، ليقتدى به في الطريقة بقية الشهود ويسلّكوا سبله في التحرج والتحفظ والتيقظ .

٨٠٧ - وهذا باب طويل وفيه علم كثير يشعب الى شعب كثيرة وأمور
جمة ، وهذا كلام في الجملة دون التفصيل ◊

٦ - يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء الله ولو على أنفسكم أو الوالدين والآقربين . فلا تتبعوا الهوى ان تعذلوا ، وان تلوّوا أو تعرضاً فان الله كان بما تعملون خبيرا (٤/١٣٥) .

٧ - يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين لله ، شهداء بالقسط ، ولا يجر منكم

شنان قوم على الا تعدلوا ، اعدلوا هو اقرب للتتفوى .

(١) انظر الهاشم (١) في ، ص ١٦٣ والهاشم (٢) في ، ص ١٦٣ .
(٢) ولا يملك الذين يدعون من دونه الشفاعة ، الا من شهد بالحق وهم

يعلمون (الزخرف ٤٢/٨٦) .

(٣) في لسان العرب : هو حسن النقيبة أى جميل الخلقة .

٨٠٨ - واذ قد ذكرنا حكم الجملة فلتذكر 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 النهاء على قبول الشهادة في ذلك من العرب والعجم وسائر أصناف الناس اذا كانوا عدول ، وسبعين صفة العدل في بابه ◦

٨١٢ - وليس من شرط الشهادة أن يكون فرشيا 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 - والاربعة 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

عندها ◦

(١) كلمة : به الحدود لم ترد في النسخة المعتمدة ◦

٨١٩ - فأكمل الشهادات أربعة رجال وبعدها رجلان وبعدهما رجل
وامرأتان .

شهادة الواحد

٨٢٠ - وشهادة الواحد مقبولة^(١) ، ولها بُنْبَيْجِيَّةُ وانسَاءُ لَهْنَ بَابُ «

٨٢١ - واذ قد ذكرنا العدد في الشهادة فقد بقى أن نصف العدد بصفة

باب الكلام في صفة المشهود

وهذا باب الكلام في صفة الشهود .

٨٢٢ - اعلم ان اسم الشاهد يقع على الحق والمبطل ، فيقال شاهد عدل
وشاهد جور .

٨٢٣ - واذا قلت : شاهد ، اشتمل على مشهود به ، ومشهود له ،
ومشهود عليه ، ومشهود عنده .

٨٢٤ - فالمشهود به : الحق المقصى به .

٨٢٥ - والمشهود له : المدعى .

٨٢٦ - والمشهود عليه : المدعى عليه .

٨٢٧ - والمشهود عنده : الحاكم .

وقد تقدم ذكر ذلك الا المقصى به .

شروط الشاهد

٨٣٠ - ولا يكون شاهدا في اشرع 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 فيسائر الحقوق المحكوم بها ، وهذا قولنا وقول الشافعي إن الصبي لا يقبل قوله في الشهادة على غيره وقال مالك تقبل شهادة الصبيان في الجراح قبل أن يفترقا^(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 ثلات : عن الصبي حتى يحتمل » .

شرط العقل

٨٣٣ - وأما اعتبار العقل فمجمع عليه ، وقد قال عليه السلام « والمجنون حتى يفique» 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 ومجاحد ومكحول وعطاء وعامر واياس بن معاوية والحسن (البصري) ورواه عمرو بن شعيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

٨٣٥ - وقد روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه انه كان يحيز شهادة العبيد ، وهو قول مالك بن أنس واحمد .

٨٣٦ - وعن ابراهيم انه قال : تجوز شهادة العبيد في الشيء الطفيف .

(١) قوله مالك أحد أقوال في المذهب الحنبلي وان يكن الاصل عند الحنبليه عدم قبول شهادة لصبيان بحال (التحرير في الفقه لا يبي البركات ٢٨٣ - ٢٨٤) .

(٢) عبارة : وكان المعنى الخ لم ترد في نسخة قليج .

(٣) في نسختي منيخ وقليج : في القاضي وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه .

اعادة الشهادة بعد العتق

٨٣٧ - قال أصحابنا : وان شهد وهو عبد فرد الحكم شهادته لعلة الرق

ثم اعتقد فأعاد الشهادة جازت وحكم بها الحكم لانه لم يردها للتهمة

٨٣٨ - وهو قول الشافعي ايضاً

قبول خبر العبد في الشرعيات

٨٣٩ - واجمعوا على قبول خبره في الشرعيات

شرط الاسلام

٨٤٠ - وأما اعتبار الاسلام في الشاهد ، فهو قولنا وقول عامة الفقهاء اذا

كان المشهود عليه مسلماً ، الا شيء سمعناه عن الحتابلة انهم أجازوا شهادة الذمى

على المسلم في الوصية لظاهر الآية^(١)

٨٤١ - وقد روى عن مجاهد وعبيدة السلماني وسعيد بن المسيب وابراهيم

النخعي « أو آخران من غيركم من المشركين »

وهو قول ابن عباس

٨٤٢ - فأما شهادة الكفار بعضهم على بعض فهي جائزة : اختلفت مللهم

أو اتفقت ، لأن الكفر عند اصحابنا ملة واحدة

٨٤٣ - وقد روى عن عمرو بن ميمون انه أجاز شهادة مجوسي على

نصراني أو يهودي ^١ وهو قول ابن سيرين ونافع وابراهيم ووكيع وحمدان

والضحاك

(١) في منتهی الارادات فى جمع المقنع مع التنقیح والزيادات لتقى الدين
محمد بن احمد الفتوحی الحنبلي المصری (ج ٢ ص ٦٥٨) أن من شروط الشهادة
« الاسلام فلا تقبل من كافر - ولو على مثله - غير رجلين كتابيين عند عدم
(مسلم) بوصية هيئت بسفر مسلم او كافر »

وفي المحرر فى الفقه لأبي البركات (٢٧٢/٢) : « لا تقبل شهادة الكفارة الا
بالوصية فى السفر من حضره الموت من مسلم او كافر اذا لم يوجد غيره ، وفى
اعتبار كونهم من أهل الكتاب روايتان ، ويحلفهم الحكم بعد العصر : ماخانوا ولا
ولا حرروا ، وانها لوصية الرجل » . والآية المشار إليها هي قوله تعالى « أو آخران
من غيركم » وقد جاء في لسان العرب في مادة شهد أو آخران من غير دينكم من اليهود
والنصارى ، هذا للسفر والضرورة ، إذ لا تجوز شهادة كافر على مسلم الا في هذا

٨٤٤ - و قال قنادة :

لا تجوز شهادة النصراني على اليهودي ، ولا اليهودي على النصراني •

٨٤٥ - و قال ابراهيم (النخعى) :

لا يتوارث اهل ملتين ، ولا تجوز شهادة بعضهم على بعض •

٨٤٦ - و قال أبو سلمة^(١) بن عبد الرحمن :

« لا تجوز شهادة ملة على ملة الا المسلمين وهو قول عطاء بن أبي ربيح والشافعى » •

٨٤٧ - قال أصحابنا :

ولو شهد الذمى على مثله فأسلم المشهود عليه قبل الحكم والقضاء بطلت الشهادة ، وان كان بعد الحكم لم تبطل^(٢) ، كما لو فسق الشهود •

٨٤٨ - وهذا فيسائر الحقوق كلها انها لا تبطل ، الا الحدود والقتل العمد والقصاص في النفس وفيما دون النفس فاني ادرأ ذلك ، وادرأ عنه القطع في السرقة واضمنه المال •

٨٤٩ - و قال ابو يوسف : ادرأ عن القصاص في النفس وفيما دونها ، وأضمنه دية ذلك ، ولا يرجع المشهود عليه بذلك على الشاهدين •

٨٥٠ - ولو اسلم الشاهدان بعد اسلامه وقد قضى القاضى بذلك في الحدود والقصاص فجحد الشهادة عليه أمضيت القصاص وانفذته ويدرأ عنـه الحدود •

٨٥١ - و قال الخصاف :

« والقياس عنـى ان أمضـيه عليه وان أسلـم لـا نـهما صـارـا الى حـالـة يـجـوز شـهـادـتـهـمـا عـلـيـهـ » •

٨٥٢ - ولو كان الشاهدان اسلما اولا ، ثم أسلم بعد ذلك المشهود عليه فجحدا الشهادة ولم يكن الحاكم ابطـلـهـاـ أـمـضـيـتـ الشـهـادـةـ وـالـحـكـمـ •

٨٥٣ - وقد قال أصحابنا : اذا شهدـاـ عـلـىـ ذـمـىـ فـيـ حـالـكـفـرـ فـرـدـ الـحـاـكـمـ

(١) في النسخة المعتمدة : أبو سلمة عبد الله •

(٢) جاء في النسخة المعتمدة بعد قوله لم تبطل : لـاـنـهـ جـرـحـ مـنـ اـنـ يـكـونـ شـاهـدـاـ يـقـبـلـ قـوـلـهـ عـلـيـهـ وـبـعـدـ الـحـكـمـ لـمـ تـبـطـلـ •

شهادتهما لاجل التهمة ، ثم أسلموا بعد ذلك فأعادا الشهادة به لم تقبل ، لانه
رددهما للتهمة ◦

٨٥٤ - ولو كانت شهادة على مسلم فأبطلها لاجل الكفر ثم أسلموا فشهادها
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 ،

لأن 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 - فاما 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 ، وحقيقة التسوية
بين الامرين او الخصمين وترك الميل الى أحدهما^(٣) ◦

(١) جاء في ادب 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 لالعدالة 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 تستطعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل اتيل^(١) .

٨٦١ - والعدل هو كل فعل تدعى الفاعل ، وسواء كان ضررا بالغير أو نفعا له . يقال حكم الحاكم بالعدل بين الخصمين ، وان كان قد نفع أحدهما وأضر بالآخر .

٨٦٢ - وقد تعورف استعماله في فاعل العدل ، يقال ملك عدل وعادل ، فعدل ضد الجور وعادل ضد الجائز ، وهو يوضع موضع المدح للشخص ، ولهذا لا يوصف من عدل بين اثنين في الظلم ، وقسمة الموصوص لما أخذوا انه عدل ولا عادل الا بتقسيم وتقيد ، وكذلك اذا استووا 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 يجتب الكبائر وما يستخف بفعله من الامور ويذهب بالمرؤة عند العموم ، لأن مرتكب ذلك فاسق بجماع المسلمين .

٨٦٥ - وال fasق غير معمول بقوله ، وقد دل القرآن على التشتبث في خبره .

تعريف الفسق

٨٦٦ - والفسق هو الخروج عن الشيء في اللغة^(١) . وقد جاء في الشرع مطلقاً من فعل الكبائر انه خارج عن أمر مولاهم .

(١) النساء ١٢٩ .

(٢) الضمير يعود إلى صفة مقدرة هي : صفة الشاهد العدل .

(٣) في لسان العرب : الفسق العصيان والترك لامر الله عز وجل والخروج عن طريق الحق فسق يفسق ويُفسق فسقا وفسقا وفسقا 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 - وسئل ذكر 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 ،

لأنه لا يصح أن يكون عدلا غير العادل ◦

٨٧١ - ومنها أن لا يكون كاذبا لأن الكذب معصية توجب اتهامه في خبره

فلا يحصل الظن بمحبه فلا يكون عدلا ◦

٨٧٢ - وقد ذكرنا البلوغ والعقل لأن به يجتب المعاصي ويسارع إلى

الطاعات ◦

الفسق من طريق الاعتقادات

٨٧٣ - واختلف في الفسق من طريق الاعتقادات هل يمنع قبول الشهادة

والخبر أم لا ◦

فمنهم من قال يمنع وإن كان متحرجا في أفعاله ، نافرا من الكذب ◦

وذهب جل الفقهاء من أصحابنا وغيرهم إلى قبول خبره وشهادته ◦

٨٧٤ - واتفقوا على أن فسقه من طريق الجرح ، وأنه يمنع كالزنا

والسرقة ◦

اللحيانى أي فجر قال رواه عنه الأحمر ، ولم يعرف الكسائي الضم ، وقيل الفسق
الخروج عن الدين وكذلك الميل إلى المعصية ، لما فسق ابليس عن أمر ربه ، وفسق
عن أمر ربه أي جار ومال عن طاعته ۰۰۰

وحكى شمر عن قطرب : فسق فلان في الدنيا فسقاً إذا اتسع فيها ، وهو نـ
على نفسه واتسع بر كوبه لها ولم يضيقها عليه ، وفسق فلان ماله إذا أهلكه وانفقه ،
وقال : انه لفسق أي خروج عن الحق ، أبو الهيثم ۰۰۰ ورجل فاسق وفسيق
وفسق : دائم الفسق ، ويقال في النساء يا فسق ويا خبـت وللانشـي يا فـسـاقـ
مثل قطام يريده يا أيها الفاسق ويا أيها الخبيث ۰۰۰ قال : أصل الفسق الخروج عن
الاستقامة والجور ، وبه سمي العاصي فاسقاً ◦

٨٧٥ - وقد قبل الفقهاء رواية الصدر الاول بعد وقوع الفرقه بينهم
واختلاف الكلمة وقتل بعضهم بعض بالتأويل ◦
وقبل التابعون جميعاً رواية الفريقيين جميعاً للأحكام ◦
ولولا ذلك لما عرفنا ما جرى بصفين والجمل والدار واخبار الدولتين ◦

٨٧٦ - والعدالة شرط في قبول الخبر فكذلك الشهادة ◦

٨٧٧ - وسئل ذكر 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 رضي الله عنه في الشاهد اذا عرف خطه في
الكتاب ولم يتذكر الشهادة انه لا يجوز له أن يشهد بذلك ◦

٨٨١ - واذا شهد فعلم 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 (البصري) واحيه سعيد انهما شهدا على
شهادة ثم دعا الى اقامتها فسيها الحسن وذكرها سعيد ، فقال سعيد للحسن :
اشهدانا قد شهدنا عليهما أنا وأنت ◦

قال : كذلك ؟

قال : نعم

فذهب الحسن فشهاد معه ◦

٨٨٤ - واد قد ذكرنا الكلام في صفة الشهود فلتذكر مواضع الشهادة ◦

باب الموضع الذي يعتبر فيه قول الرجال خاصة

- ٨٨٥ - أما الحدود والقصاص في النفس إذا أطرف واقتصر في السرقة وحد القذف وقاطع الطريق فإنه لا يثبت إلا بشهادة الرجال العدول خاصة .
- ٨٨٦ - ولا يحكم بشهادة الشهود في ذلك إلا بعد المسألة عن عدالتهم .
- ٨٨٧ - وقد ذكرنا في باب ما يعتبر في جواز الشهادة وطريق حصولها ما يعتبر في التركية ليكون الرجل عدلا^(١) .
- ٨٨٨ - وهذه الجملة لا خلاف فيها إنها لا تثبت بشهادة النساء ولا بشهادة الرجال والنساء .
- ٨٨٩ - وإذا شهد الرجال والنساء بذلك في القتل الخطأ ثبت المال والديمة 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 كأنكاح أو الرجعة والطلاق والعراق على مال ، وسائر ما يثبت عند المحاكم 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 إلى مال إلا بالرجال خاصة إلا الرضاع .
- ٨٩٣ - وكان ينبغي له أن لا يثبت الموت والإسلام بشهادة الرجال والنساء ، فإن قالوا ذلك سمع قولهم وادى ذلك إلى أن لا يصلى على مسلم ويرثه الكافر ، ويُدفن في مقابر الكفار .
- ٨٩٤ - والامر عندنا بخلاف ذلك .

(١) إلى هنا تنتهي الزيادة الواردة في نسختي مني مني وقلبي 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 او ثيب .

٨٩٦ - ولا تقبل شهادة الرجال بذلك ، كما لا تقبل شهادة النساء اذا شهدن انه خصي او فحل .

٨٩٧ - وقبل أبو حنيفة شهادة القابلة وحدها اذا كان هناك حمل ظاهر او اقرار من الرجل بالحمل ، او كان النكاح باقياً .

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 الموضع ، وقبل الشافعي ^(١) شهادة النساء وحدهن في الرضاع .

٩٠١ - ولم يقبل ذلك أصحابنا حتى يكون معهن رجل فيقبل ذلك .

٩٠٢ - وسند ذكرنا في كل كتاب مسائله .

٩٠٣ - وقد قبل الجميع قول النساء في الحيض والنفاس والذبحة واخبار الشرع الواردة في الاحكام فيما يسقط بالشهادة وما لا يسقط .

٩٠٤ - وقد ذكرنا ما يجوز ان يتصرف فيه النساء من حقهن وحق غيرهن فيما مضى .

٩٠٥ - واذ قد ذكرنا ما يقبل قولهن فيه ، فهذا ما يقبل فيه قول النساء والرجال .

باب ما يقبل من قول النساء والرجال

٩٠٦ - اتفق الفقهاء على قبول شهادتهن في البيع والاجارة والرهن والمضاربة

(١) هذه الزيادة من نسخة قليج .

والغضب وسائر ما يجب به أمال ، اذا كان معهن رجل ، ولا تقبل شهادتن اذا انفردن وان كثرن في العدد .

٩٠٦ - وعندنا تقبل على كتاب القاضي الى القاضي وفي الاحسان والرجعة والطلاق والتعاقق 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 الشافعى الشهادة على الشهادة فى النكاح والرجعة والكتاب الوارد من القاضي الى القاضي ، ولم يقبل فيه شهادة الرجال والنساء .

٩١١ - وارتکب 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 فاعتبر مذهبنا على أحد الوجهين الذين قد بينا .

٩١٢ - فاما تفريع الشافعى 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 بالعيوب 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 كالاحرار .

٩١٦ - واجاز أبو حنيفة امانه اذا اذن له مولاه .

٩١٧ - وقال الشافعي يجوز بغير اذن مولاه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد .

٩١٨ - واجاز الجميع طلاقه بغير اذن مولاه ، وانه في (الحنث) كالحر في اليمان والظهور والقتل والسرقة 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 يجزه أصحابنا والشافعي .

٩٢٢ - وانه في الكفاره بغير المال مثل الحر العاجز عن المال .

٩٢٣ - واختار أصحابنا اجباره على النكاح ولم يجزه الشافعي وان كان مكلفاً .

٩٢٤ - وفي الصغير اختلف أصحابه .

٩٢٥ - واختلف في قتل الحر به فعندهما هما سواء .

٩٢٦ - وعند الشافعي لا يقتل به الحر .

٩٢٧ - وسيجيء في كل كتاب ما فيه من المسائل ان شاء الله .

٩٢٨ - واذا قد ذكرنا ذلك فلنذكر من ظاهره العدالة :

باب من ظاهره العدالة

وهذا باب ما يقبل فيه قول من ظاهره العدالة .

٩٢٩ - قال أبو حنيفة : ويقبل قول من ظاهرة العدالة في الشهادة فيسائر الحقوق المالية أو ما يجري مجريها إلا أن يطعن فيه الخصم ، فيسئل عنه سرًا ويزكى في العلانية .

٩٣٠ - وقال أبو يوسف ومحمد : يقبل قوله حتى يشك فيه ، كما في الحدود .

٩٣١ - وهو قول الشافعي^(١) .

٩٣٢ - واتفق الفريقان على أنه ينعقد بحضوره النكاح ، ويكتفى في ذلك عدالة الظاهر .

٩٣٣ - ومن أصحابنا من قال لا ينعقد ، وخبره مقبول في الشرعيات .

٩٣٤ - وسائر ما يقبل فيه قول العبد يقبل قوله فيه .

٩٣٥ - وهو كالعبد عند الجميع في الوصية . وولاية النكاح .

٩٣٦ - وإذا حكمه رجالان جاز أن يحكم بينهما .

٩٣٧ - وفي جواز الصلوة خلفه وقبول فتواه والرجوع إلى تعريفه في الشهادة وخبره في العزل والولاية ورؤية الهلال وأحكام آخر تمر^(٢) في الكتاب في مواضعها .

وإذ 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 فيسائر 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 الشافعى : ان كان العقد فى حق نفسه صح بقوله ، وان
كان فى حق غيره لم يقبل فى النكاح وقبل فىسائر العقود اذا كان وكيلا .

شهادة الفاسق على النكاح

٩٤٠ - وعندنا يعقد النكاح بشهادة الفاسق وعند الشافعى لا يعقد .

امامة الفاسق في الصلاة

٩٤١ - ويصح امامه الفاسق في الجمعة وغيرها عندنا وعند الشافعى .

٩٤٢ - وقال مالك لا يصح أن يؤم الفاسق العدل في الصلوة .

٩٤٣ - ولا يقبل قوله في الشهادة على الحقوق لا أنا حكمنا بكذبه وانما
ردنا شهادته لانه لم يوجد شرط قبول شهادته ، لانه تعالى قال « ممن ترضون
من الشهداء »^(١) وقال :

« فَيَسِّنُوا أَنْ تَصْبِيُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ »^(٢) .

٩٤٤ - وقد قبل اصحابنا قوله في رد الطينة ، وامتناع الخصم من الحضور
وعملوا على قوله في قبول الهدية ، وقبلوا قوله في نجاسه الماء وطهارة الشوب
وكون الشاة ذكية أو ميتة والأذن 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 وهو عدل انها قبل ويحكم بها
- ٩٤٨ - وانه في الحدود والعقود مثل العدل
- ٩٤٩ - وسنذكر في باب الحجر ما يؤثر فيه الفسق ولا يؤثر لأنه اشبه موضع بذكرة
- ٩٥٠ - واذا قد ذكرنا حكم الشهود ، اذا كملت صفاتهم وعدهم 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 (التخعي) والزهري^(٢)
- ٩٥٣ - وقد روی عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال شاهدك أو يمينه ليس لك الا ذلك ، رواه الجماعة وتلقته الامة بالقبول
- وقال الشافعي يقبل الشاهد ويبين الطالب^(٣)

(١) جاء في الموطأ تحت عنوان «القضاء باليدين مع الشاهد» قال يحيى ، قال مالك ، عن جعفر بن محمد عن أبيه ، ان رسول الله (ص) قضى باليدين مع الشاهد . وعن مالك عن أبي الزناد ان عمر بن عبد العزيز كتب الى عبدالحميد ابن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب وهو عامل على الكوفة «ان اقض باليدين مع الشاهد قال مالك : مضت السنة في القضاء باليدين مع الشاهد الواحد ، يحلف صاحب الحق مع شاهده ويستتحق حقه ، فان نكل وأبى أن يحلف احلف المطلوب ، فان حلف سقط عنه ذلك الحق ، فان ابى ان يحلف ثبت عليه الحق لصاحبها ، قال مالك وانما يكون ذلك في الاموال خاصة ، ولا يقع ذلك في شيء من الحدود ، ولا في نكاح ولا في طلاق ، ولا في عتقة 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 البيينة 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 يحتاج الى بيان ما زاد على ذلك .

٩٥٥ - وقد طعن اصحاب الحديث في حديث الشاهد واليمين فحملوه على

كل طريق ممكناً^(٢) .

٩٥٦ - والاصل ان مال الغير لا يجوز ان يقبل فيه قول غيره ، ويسلم

إلى المدعى الا في موضع اتفق الناس عليه ، ولم يتفق على الشاهد الواحد واليمين

فإن 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 ، وإنما ذكر هذين النوعين من البيانات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه . قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تدابنتم الى اجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يكتب ان يكتب كما علمه الله . . . واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان من ترجون من الشهداء فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب . . . ثم امر من له الحق ان يستشهد . . . وما تحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء آخر (طرق القضاء لاحمد 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 روينا ، ولأنه يرويه ربعة عن سهيل بن أبي صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضًا للمشاہير ولأنه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما الخ » .

واحتاج للشافعي ومن معه بأن احاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها جمع اعظم من الصحابة واشتهرت بين المحدثين ، وروى كثير منها في الكتب السنّة ما عدا صحيح البخاري ، واما حديث البيينة على المدعى فلم يروه أحد من أصحاب الكتب الستة ، واما انكار سهيل الحديث الذي رواه عنه ربعة فسببه انه اصاب سهيلا علة أذهبت بعض عقله ونسى حديثه ، فهو انما قال لا احفظه ولا أتذكرة وهذا لا يضرنا بعد ان ثبتت رواية الحديث من طرق أخرى عديدة بعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات (طرق القضاء لاحمد ابراهيم ، ص ٢٧١ - ٢٧٢) .

(٣) وهكذا نجد ان المسئلاني امزج قواعد الابيات بقواعد الكسب دون سبب

٩٥٧ - قال الشافعى : واللينة بينان بينة كاملة عدد الشهود لا يحلف معها وينه ناقصة العدد فى المال يحلف مقيمها معها ◦

٩٥٨ - قال : وكل ما كان من مال تحول من المالك الى مالك غيره حتى يصير فيه مثله او مثل معناه قضى فيه باليمين مع الشاهد ، وكذلك كل ما وجب مال من قتل او جرح لا قصاص فيه ، او اقرار او غير ذلك مما يوجب المال ◦

٩٥٩ - قال : ولو اتى قوم بشاهد ان لا يهم على فلان حقا او ان فلانا قد اوصى لهم ، فمن حلف منهم مع شاهده استحق موروثه او وصيته دون من لم يحلف ◦

٩٦٠ - فان كان فيهم معتوه وقف حقه حتى يعقل فيحلف او يموت فيقوم وارثه مقامه فيحلف ويستحق ◦

٩٦١ - ولا يستحق اخ بيمين أخيه ◦

٩٦٢ - وليس الغريم والموصى له فى معنى الوارث فى شئ ◦

٩٦٣ - ولو اقام شاهدا انه سرق له متاعا من حرز يساوى ما تقطع فيه اليد حلف مع شاهده واستحق المال ، ولا تقطع اليد لأن الحد ليس بمال ◦ كرجل قال امرأته طلاق وعبدى حر ان كنت غصبت فلانا هذا العبد فشهد له عليه بغضبه شاهد واحد ، فيحلف ويستحق الغصب ولا يتثبت عليه الطلاق ولا العتق لانه ليس حكم الحد حكم المال ◦

٩٦٤ - قال : ولو اقام شاهدا على جارية اتها له ، وابنها ولد منه حلف وقضى له بالجارية وكانت أم ولده باقراره ، لأن أم الولد مملوكة ولا يقضى له بالابن لانه لا يملكه على انه ابنه ◦

فاستخرج هذه القاعدة عن طريق التحليل العقلى والتركيب بين نظامين أحدهما مشتق من قواعد الأثبات والآخر متسلسل من القواعد العامة فى الكسب دون سبب ، وفي هذا ايضا ما يؤيد ان مبدأ لكسب دون سبب يصدر فى الفقه الاسلامي عن قاعدة عامة لا عن تطبيقات جزئية محصورة ، ولو لا ذلك لما صح هذا المزج بين النظامين المذكورين واستخراج الاصل المذكور ◦

٩٦٥ - قال المزني : وقد قال في موضع اخر يأخذها وولدها ويكون ابنه .

قال المزني وهذا ابنه بقوله الخ لم يختلف وهو قوله لو أقام شاهدا على عبد في يدي اخر سرقة انه كان عبدا له فاعتقه ثم غصبه هذا بعد العتق انه يحلف ويأخذنه ويكون مولاهم وهو لا يأخذ مولاهم على أن يسترقه كما لا يأخذ ابنه على انه يسترقه ، فإذا اجازه في المولى لزمه في الابن .

٩٦٦ - قال ولو أقام شاهدا ان اباه تصدق بهذه الدار عليه صدقة محرومة موقوفة ، وعلى اخوين له ، فإذا انفروا فعلى اولادهم او على المساكين فمن حلف منهم ثبت حقه وصار ما بقى ميراثا .

وان حلفوا معا خرجت الدار من مال صاحبها وصارت الى من جعلت له حياته ومضى الحكم لهم فيها .

وان جاء بعدهم من وفت عليه اذا ماتوا فقام مقام الوارث وان لم يحلف الا واحد فنصيه منها وهو الثالث صدقة على ما شهد به شاهده ثم نصيه على من تصدق به ابوه عليه بعده وبعد اخويه .

٩٦٧ - واعتراض المزني على الشافعى 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 اعتنق 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 ، وبالغ 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 ؟ ف منهم من نقضه ومنهم من لا ينقضه .

٩٧٠ - وسنفرد ببابا فيما ينقض فيه قضاء القاضى ولا ينقض وما يدخله وما لا يدخله ان شاء الله *

٩٧١ - واذ قد ذكرنا ما يقضى به من طريق معرفة الشاهد وعلمه فلنذكر ما يسمع من غيره *

باب ما يقبل فيه شهادة الاستفاضة من الاشياء^(١)

٩٧٢ - اعلم ان هنالك مسائل اجمع الفقهاء على قبول شهادة الاستفاضة فيها، ومسائل اختلفوا فيها *

٩٧٣ - فاما المسائل التي اجمعوا على قبول شهادة الاستفاضة فيها فمنها : النسب فانه يجوز ان يشهد بحسب لم يدركه ، لانا نشهد ان محمدا النبي صلى الله عليه وسلم (هو) ابن عبدالله وابا بكر (هو) ابن قحافة وعمر (هو) ابن الخطاب واعثمان (هو) ابن عنان وعلي (هو) ابن ابي طالب رضي الله عنهم ، ولم ندرك ذلك ولا شهدنا الاباء ولا البنين *

٩٧٤ - ولا فرق بين النسب الى الاب او الى الام لانا نشهد ان الحسن والحسين (هما) ابناء فاطمة عليهم السلام *

٩٧٥ - ومن رأى رجلا ينسب الى فلان بن فلان وهو لم يشاهد المنسوب اليه ولكنه سمع الناس يقولون ذلك وسعه الشهادة له بالنسبة *

٩٧٦ - ولو رأى رجلا يقول انا ابن فلان الفلانى لم يسعه ان يشهد

(١) في لسان العرب في مادة فيض : فاض الحديث والخبر واستفاض ذاع وانتشر ، وحديث مستفيض ذاتع ، ومستفاض قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، وياها أكثرهم حتى يقال مستفاض فيه ، وبعضهم يقول استفاضوه فهو مستفاض التهنيب ، وحديث مستفاض مأخوذ فيه ، قد استفاضوه أي أخذوا فيه ، ومن قال مستفيض فانه يقول ذاتع 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 بالنسبة حتى يسمع ذلك من العامة ويظهر الخبر بذلك بين الناس من غير
توطئىء .

٩٧٦ - ولو نزل بين قوم وهم لا يعرفونه فقال : أنا فلان بن فلان لم
يسعهم أن يشهدوا له (بالنسبة) حتى تقع معرفة ما قال في قلوبهم .

٩٧٧ - وقد حد بعض أصحابنا ذلك بان يقيم معهم سنة .

٩٧٨ - وان وقع ذلك في قلوبهم قبل السنة لم يسعهم أن يشهدوا بنسبة .

٩٧٩ - وقال محمد : لا تسعم الشهادة حتى يسمع ذلك من رجلين عدلين
من أهل البلدة التي هي بلده^(١) .

الشهادة على الموت

٩٨٠ - والشهادة على الموت : ثبت بالاستفاضة كالتالي .

٩٨١ - وإذا شهدوا انه وارثه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث .

٩٨٢ - وإذا قضيت بنسبة إلى رجل وحكمت بميراثه ثم قامت بينة انه فلان
ابن فلان « الفلانى »^(٢) نسبة إلى أب آخر غير الذي نسبة إليه الأول وانه عصبه
ووارثه لم يعلموا وارثا غيره لم اقبل الشهادة ولم احول نسبة عن الأول ، ولا من
محتد^(٣) إلى غيره ولا من عشيرة إلى غيرها اذا كان الأول محكوما به .

٩٨٣ - ولا يكلف الشهود أن يقولوا انه لا وارث لفلان غير هذا لانه
غيب ، وقولهم لا نعلم يكفى في الشهادة .

(١) في نسخة قليج : من أهل بلده .

(٢) الزيادة من نسخة قليج .

(٣) في لسان العرب المحتد الأصل والطبع ورجع إلى محتده اذا فعل شيئاً
من المعروف ثم رجع عنه .

٩٨٤ - وان قالوا : لا نعلم له وارثا في العراق غير فلان ، فالشهادة جائزة عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز حتى ينهوا الشهادة ويقولون لا يعلمون *

٩٨٥ - ويجوز للمجيران ولمن عرف انسانا ان يشهد انه ابن فلان ، لأن الشهادة على النسب بالسماع المتواتر جائزة ، ويسعه ان يشهد بقول النساء والخادم ومن لا يعرف بعدلة 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 يتراكمها اياما ثم ينظر اليها بحضوره نسوة اخر فيعرفنه ايها كما عرفته (في) الاولى ويتراكم اليها شهرين او ثلاثة ، فإذا 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 رحمة الله ، فيقولون : - نشهد - اطال الله يقاه سيدنا السيد الاجل الامام الاوحد قاضي القضاة - على اقرار فلانة بنت فلان ، وقد عرفها بعينها واسمها ونسبها ، وما رجعوا الالى من ذكرناه في التعريف *

قبول الاستفاضة على الولاية والخلع

٩٨٨ - وتقبل الاستفاضة على الولاية والعزل والخلع لأن بذلك نعرف الولايات وكثير لا يشهد بيعة ولا خلعا *

(١) في نسخة قليج : يقول شهد رجال ونساء بذلك وعليها

فصل : الشهادة على موت انسان

٩٨٩ - فإذا أخبر الشاهد بالموت رجل او امرأة ثقة ، وقالوا نحن عاينـا مـوت فـلان ، وسـعـهـ الشـهـادـةـ بـمـوـتـهـ ، وـلـاـ يـسـعـهـ آـنـ يـشـهـدـ عـلـىـ ماـ يـصـنـعـ آـهـلـ مـنـ بـعـيـ اليـهـمـ آـنـ مـاتـ حـتـىـ يـخـبـرـ بـذـلـكـ مـنـ شـهـدـ موـتـهـ ، فيـجـوـزـ آـنـ يـشـهـدـ .
ولـيـسـ كـلـ مـنـ شـهـدـنـاـ بـمـوـتـهـ عـاـيـنـاـ ذـلـكـ لـاـنـ نـشـهـدـ بـمـوـتـ الصـحـابـةـ رـضـيـ اللهـ عـنـهـ . وـالـعـلـمـاءـ وـلـمـ نـرـ ذـلـكـ .

فصل : الشهادة على النكاح بالسماع

٩٩٠ - ويـجـوـزـ آـنـ يـشـهـدـ بـنـكـاحـ لـمـ يـحـضـرـهـ آـنـ فـلـانـةـ زـوـجـةـ فـلـانـ وـانـ فـلـانـاـ زـوـجـةـ فـلـانـةـ بـالـسـمـاعـ مـنـ الـجـيـرانـ مـمـنـ يـعـرـفـ اـمـرـهـ ، كـمـاـ يـشـهـدـ آـنـ عـائـشـةـ (رـ) زـوـجـةـ النـبـيـ (صـ) وـانـ عـلـيـاـ زـوـجـ فـاطـمـةـ وـانـ عـمـرـ زـوـجـ بـنـتـهاـ اـمـ كـلـثـومـ رـضـيـ اللهـ عـنـهـمـ أـجـمـعـينـ ، وـانـ لـمـ يـشـاهـدـوـ ذـلـكـ ، الاـ تـرـىـ آـنـ الغـائبـ يـقـدـمـ فـيـقـالـ لـهـ قـدـ تـزـوـجـ فـلـانـ بـفـلـانـةـ وـيـمـضـيـ عـلـىـ ذـلـكـ الشـهـورـ الاـ يـشـهـدـ لـهـ بـالـنـكـاحـ ؟

٩٩١ - وكـذـلـكـ الصـغـيرـ يـكـبـرـ فـلـوـ كـانـ بـيـنـهـمـاـ وـلـدـ يـنـسـبـ اليـهـمـاـ اـمـاـ يـشـهـدـ بـنـسـبـهـ اليـهـمـاـ ؟

٩٩٢ - كـلـ ذـلـكـ يـجـوـزـ آـنـ يـشـهـدـ بـهـ .

٩٩٣ - وهذا لا خـلـافـ فـيـهـ بـيـنـ النـاسـ نـعـلمـهـ .

ادعـاءـ رـجـلـينـ نـكـاحـ اـمـرـأـةـ

٩٩٤ - قال أصحابنا : اذا ادعـيـ رـجـلـانـ نـكـاحـ اـمـرـأـةـ فـأـقـرـتـ لـاـ حـدـهـمـاـ فـهـيـ اـمـرـأـتـهـ ، فـانـ اـقـامـ الـآـخـرـ بـيـنـهـاـ اـمـرـأـتـهـ قـضـيـتـ بـهـاـ لـهـ وـابـطـلـتـ اـقـرـارـهـ لـلـأـوـلـ .
٩٩٥ - وـانـ اـقـاماـ بـيـنـهـاـ لـكـلـ وـاحـدـ اـنـهـاـ اـمـرـأـتـهـ فـهـيـ لـصـاحـبـ الـوقـتـ الـأـوـلـ اذاـ وـقـتاـ ، وـانـ لـمـ يـوـقـتاـ لـمـ أـحـكـمـ بـهـاـ لـوـاحـدـ مـنـهـمـاـ .

- ٩٩٦ - وقد قال اصحابنا : انها اذا كانت في منزل احدهما وتحت يده والبينة مطلقة فصاحب اليد اولى •
- ٩٩٧ - وقد اختلف اصحابنا اذا وقت أحدهما ولم يوقت الاخر في الملك ، انه يقضى للذى لم يوقت عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يقضى لصاحب الوقت •
- ٩٩٨ - وسندكر هذه المسئلة واشباهها في الدعاوى ان شاء الله •

تنازع على نكاح امرأة

٩٩٩ - واذا ادعى نكاح امرأة وهي تجحد فأقام بينه وقضى له بها ، فباء ، فباء رجل آخر واقام البينة على مثل ذلك لم احكم بها له وهي زوجة للاول الا ان يوقت وقتا قبل وفاة الذي قضى بها له ، وهي لصاحب الوقت الاقدم منهما •

الشهادة على المعاملات

١٠٠٠ - وقال اصحابنا : ولا تجوز الشهادة على العنق والطلاق والقتل والغصب والجراحات والبیوع والديون وما يدور بين الناس من المعاملات الا بمعاينة او اقرار •

الولاء المشهور

١٠٠١ - واختلف اصحابنا في الولاء المشهور ، فلم يقبل أبو حنيفة ومحمد فيه الاستفاضة وجعله كالعتق •

١٠٠٢ - وقال أبو يوسف تجوز كالنسبة •

لainقل الولاء بعد ثبوته

١٠٠٣ - واذا ثبت الولاء من رجل بان شهد الشهود انه مولاه الذي اعتمده

وقد مات فقضى له بالولاء والميراث فلو حضر آخر فادعا ولاءه وشهد له الشهود انه مولاه لم يقض بهذه البينة ولم ينقل الولاء بعد ثبوته كما لا ينقل النسب بعد ثبوته .

فصل : الملك المشهور الخ

١٠٠٤ - وقال أصحابنا : لا تجوز الاستفاضة في الملك المشهور ، وقبل ذلك الشافعى .

١٠٠٥ - وفي الوقف المشهور خلاف برواية عن أبي يوسف انه يقبل في الملك ائمها هو من يتصرف في ذلك بالبيع والعقود والاجارة والارث والوصية ،

١٠٠٦ - وقال أبو حنيفة : اذا رأيت الدار في يدي رجل او الثوب او الدابة وسعك ان تشهد ان ذلك له بظاهر اليد .

١٠٠٧ - واختلف اصحاب الشافعى 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 أبي حنيفة في الجامع الصغير .
- اذا رأى الشاهد في يد انسان شيئاً وسعه ان يشهد له بالملك الا العبد والامة .

١٠١٠ - وقال أبو يوسف لا يسع ذلك حتى يقع في قلب الشاهد ذلك ،
ولم يفرق في الامال^(١) بين الحيوان والرقيق .

١٠١١ - وقال الخصاف :

اذا اشهد من ادرك الملك ولم يعاني الملك كامرأة لا تخرج ولا يراها الرجال ، فان كان ذلك مشهورا عند العوام فالشهادة على ذلك جائزة ، وان لم

(١) في نسخة قليج : الامال .

يُكَنُّ الْمَلِكُ وَالْمَالِكُ مَشْهُورًا لَمْ تَجْزُ الشَّهادَةُ عَلَى مَلِكٍ ذَلِكُ الْأَنْ يَشْهُدُ مِنْ عَائِنْ
الشَّيْءِ فِي يَدِهِ

١٠١٢ - وَانْ شَهَدَ عَلَى اَنْتَكَ مِنْ لَمْ يَعَاينَ الْمَلِكَ ، وَلَكِنْ عَاينَ مِنْ يَنْسَبُ
إِلَيْهِ الشَّيْءَ فِرَأَى الْمَالِكَ^(١) لَمْ تَجْزُ لَهُ الشَّهادَةُ ، اِنَّمَا تَجْوِزُ الشَّهادَةُ اِذَا كَانَ الشَّاهِدُ
قَدْ عَاينَ الدَّارَ وَلَمْ يَعَاينَ الْمَالِكَ اِذَا كَنَّ مَشْهُورًا فِي الْاِسْتِحْسَانِ ، وَفِي الْقِيَاسِ
لَا يَجْوِزُ ذَلِكَ

١٠١٣ - وَقَدْ ارْتَكَبَ بَعْضُ اَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ اَنَّ الْعُقُودَ تَبَثَتْ بِالْاسْتِفاضَةِ ،
وَلَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْاسْتِفاضَةِ لَمَا اعْتَدَ عِلْمُ الشَّاهِدِ فِي شَيْءٍ مِنَ الشَّهَادَاتِ

١٠١٤ - وَاَذْ قَدْ ذَكَرْنَا حَكْمَ مَا يَشْهُدُ بِهِ الشَّاهِدُ مِنْ طَرِيقِ الْعِلْمِ وَمَا يَثْبِتُ
مِنْ طَرِيقِ الْاسْتِفاضَةِ وَجْبُ ذَكْرِ الشَّهادَةِ وَمَا يَعْتَدُ فِي جَوَازِهَا وَطَرِيقِ حَصْولِهَا
وَمَا يَعْتَدُ فِي التَّزْكِيَّةِ

بَابُ الشَّهادَةِ وَمَا يَعْتَدُ فِي جَوَازِهَا وَطَرِيقِ حَصْولِهَا وَالتَّزْكِيَّةِ

- وَهَذَا بَابُ الشَّهادَةِ وَمَا يَعْتَدُ فِي جَوَازِهَا وَطَرِيقِ حَصْولِهَا وَالتَّزْكِيَّةِ

١٠١٥ - وَقَدْ كَانَ الْوَاجِبُ اَنْ يَذْكُرَ هَذَا الْبَابُ فِي اُولِ ابْوَابِ الشَّهَادَاتِ
اَلَا اَخْرَنَاهُ لَانَّهُ كَلَامٌ فِي الطَّرِيقِ إِلَى مَعْرِفَةِ مَا قَدْمَنَاهُ

١٠١٦ - وَقَدْ ذَكَرْنَا صَفَةَ اَصْحَابِ الْمَسَائِلِ عَنِ الشَّهِيدِ فِيمَا تَقْدِمُ ، وَذَكَرْنَا
صَفَةَ الْعَدْلِ وَبَيْنَا مِنْ ذَلِكَ فِي اُولِ الْابْوَابِ الْمُقْدَمَةِ مَا فِيهِ كَفَائِيَّةٌ

١٠١٧ - وَنَحْنُ نَذْكُرُ فِي هَذَا مَا قَالَهُ الْعُلَمَاءُ وَشَرْطُوهُ فِي جَوَازِ قَبْوِلِهِ
وَقَدْ قَالَ اَهْلُ الْعِلْمِ وَمَنْ صَنَفَ فِي هَذَا الشَّأنَ اَقْوَالًا كَثِيرَةً ، وَنَحْنُ نَحْكِي
فِي هَذَا الْبَابِ جَمِلاً مِنْهَا مَقْصُورَهُ بَيْنَ بَيْنَ بَعْضِهَا عَرْضُ اَنْ شَاءَ اللَّهُ

١٠١٨ - فَقَالَ اِبْرَاهِيمُ النَّخْعَنِي :

(١) جَمْلَةُ « فِرَأَى الْمَالِكَ » لَمْ تَرُدْ فِي نَسْخَةِ قَلْيَجٍ

العدل في المسلمين من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج .
١٠١٩ - وقال الشعبي :

شهادة الرجل جائزة ما لم يضرب حدا أو يعلم عليه فريمة^(١) في دينه .
١٠٢٠ - وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه سأله رجلا عن
رجل فقال له : ما علمت عنه الا خيرا ، فقال له : حسبيك .

١٠٢١ - وعن شريح انه قال لخصم ايت ؟ شهود عدل فانا قد امرنا بالعدل
وأنتم 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 وروي بالكم !

لم ردت شهادة هذا ؟ أما بلغك ان رسول الله (ص) قال : من استقبل
قبلتنا واكل ذبيحتنا فذلك المسلم .

قال : ايها الشيخ ان الله يقول « فمن ترضون من الشهداء » وان هذا من
ليس يرضى من الشهداء قال ديميد بن الحسن فشخص اياس الحسن .
١٠٤ - وقد روى الحذاء^(٣) ان اياس بن معاوية قضى في يوم قضية
ماصيرا^(٤) فيها يمين ولا سأله فيها بينة .

(١) هكذا اجتهدنا في قرائتها ولعلها : خربة . والفرية الكذب والخرابة
سرقة الأبل وكل خيانة او هي الفساد في الدين .

(٢) كذا في جميع النسخ ولعلها : فهم يعرضون انه مريب .

(٣) يستفاد من كتاب أخبار القضاة لوكيح (٣١٧/١) ان خالد الحذاء كان
فيها مشاورا لقاضي البصرة اياس بن معاوية بن قرة المزنوي .

(٤) كذا في جميع النسخ ولعلها ما سمع .

من كتاب عمر بن الخطاب الى ابى موسى الاشعري

١٠٢٥ - وقد روى ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى ابى موسى :

« المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في حد او مجربا عليه شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة »^(١)

١٠٢٦ - وقد روى عن محمد بن عبد الرحمن الموصلى^(٢) :

انه قال :

قلت ليايس 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 يغرس بدينه ويمكنوا عدوهم منهم من أجل طمع الدنيا فعرفت ان هؤلاء ان اعطي أحدهم درهماين في شهادتهم لم يتخرج بعد تغير رهم بدينه

واما الذين يتجررون في قرى فارس فانهم يطعمونهم الربا وهم يعلمون ، أفالجيز شهادة اكلة الربا ؟

واما الاشراف فان الاشراف بالعراق اذا ثابت احدا منهم نائبة اتى الى سيد قومه فشهاد له ، وشفع ، وقد كنت ارسلت الى عبد الالى بن عبد الله بن عامر الياتي بشهادة

(١) أصل هذه الفقرة من رسالة عمر حدث المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في فريدة واقىء الورد الماوردي في أدب القاضي هذه النبذة من رسالة عمر واحتاج بها وقال : وهذا عهد عمل به المسلمين وتلقوه بالقبول فصار كالاجماع (بند ١٨٤٠) انظر ايضا كتابنا نصوص قانونية وشرعية ، ص ١٤٣-١٤٥ وحجج تبيان في التشكيك من صحة هذه الرسالة في كتابة تاريخ التنظيم القضائي في ديار الاسلام ، ص ٨٧-٨٢

(٢) جاء في أخبار القضاة لوكيع (١/٣٥٩) « حدثني أحمد بن علي قال حدثنا ابن وهب ، عن عبدالله بن لهيعة ، عن محمد بن عبد الرحمن القرشى الخ »

وقد كن علي بن موسى يجيز شهادة أهل الاهواء ويراهم أهلا لها اذا ادخلهم في الهوى الدين الا الخطابية فان بعضهم يقبل يمين بعض ويشهد له فلا اجيز شهادة هؤلاء ، وهو قول ابي حنيفة وأبى يوسف ، وقلا بجواز الشهادة في هذا على النكاح^(٢) ٠

١٠٢٧ - وقد روى عن ابن شبرمة انه قال :
ثلاث لم يعمل بها احد قبل ولا يتركهن أحد بعدى :
المسئلة عن الشهود في السر ٠
وابيات ححج الخصمين ٠
وتحلية الشهود في المسئلة^(٣) ٠

طريق معرفة العدل أو التزكية

١٠٢٨ - وطريق معرفة العدل انما هو سؤال القاضي عنه ٠

(١) الخطابية فرقه غالبة ذهبت الى القول بالوهبة الائمة من آل البيت وكان زعيمهم أبو الخطاب محمد بن أبي زينب الأسدي الاجدع يقول بالوهبة ابى عبدالله جعفر بن محمد الصادق ، وقد جاء في الملل والنحل للشهرستاني أن الصادق تبرأ منه ولعنه ، وأخبر أصحابه بالبراءة منه ، وشدد القول في ذلك ٠٠ فلما اعتزل عنه ادعى الأمر لنفسه . زعم ابو الخطاب ان الائمة انباء ثم آلهة ، وقال بالاهية جعفر بن محمد والاهية آبائه ، وهم أبناء الله وأحباؤه ، والاهية نور في النبوة ، والنبوة نور في الامامة ، ولا يخلو العالم من هذه الآثار والانوار ، زعم أن جعفرا هو الاله في زمانه ، وليس هو المحسوس الذى يرونـه ولكنـه لما نـزلـ الىـ هـذـاـ الـعـالـمـ لـبـسـ تـلـكـ الصـورـةـ فـرـآـ النـاسـ فـيـهاـ ، وـلـمـ وـقـفـ عـيسـىـ بـنـ مـوسـىـ صـاحـبـ المنـصـورـ عـلـىـ خـبـثـ دـعـوـتـهـ قـتـلـهـ بـسـبـخـةـ الـكـوـفـةـ وـافـتـرـقـتـ الـخـطـابـيـةـ بـعـدـهـ فـرـقـاـ الخـ «ـ المـلـلـ وـالـنـحـلـ ٣٠٠ـ وـمـاـ بـعـدـهـ)ـ ٠

(٢) كذا في النسخ والظاهر ان صواب الجملة : جواز شهادة هؤلاء ٠
(٣) في أدب القاضي للماوردي (١٨٦٩) وقد حكى عن ابن شبرمة انه قال : « شيئاً ما عمل بهما قبلى ، ولا يتركهما بعدى أحد » ولم يذكر اثبات ححج الخصمين ٠

١٠٢٩ - وقد ذكرنا صفة اصحاب المسائل فيما تقدم ، وه هنا نذكر

كيفية المسئلة *

١٠٣٠ - قال اصحابنا : يسئل في السر ، عن انسابهم وحالهم ومحاسنهم
فيسائل أهل الثقة والامانة من جيرانهم من يصلاح لذلك ، وليس كل عدل يصلح
ان يسئل عن الشهود لانه قد يكون عدلا فيه غفلة ، فاذا سئل فقيل هو عدل
جائز الشهادة اخبر القاضي بذلك في السر فيقبل القاضي ما يأنبه من التعديل
في قول ابى حنيفة وابى يوسف *

١٠٣١ - وقال ابى حنيفة رجلان افضل ، وقال محمد لا يقبل الا رجلين ،

وهو قول الشافعى *

١٠٣٢ - والرأى للقاضى ان يستظر برجل آخر في المسائل ، فاذا اتاه
الاول بشيء من أمر الشهود دفع الى الآخر ايضا اسماء الشهود وأمره بالمسئلة
ولم يعلمه بما جاءه به الاول ، فان اتفقا اخذ به وأمر الطالب ان يأتي بقوم يعدلونهم
في العلانية فاذا فعل ذلك احضر الخصم والشهود ثم يسأل المعذلين عن رجل
رجل من الشهود عن اسمه او اسم ابيه وعدالته فاذا بينوا ذلك اخذ بشهادتهم *

١٠٣٣ - وانما يعدل في العلانية لثلا يقع اسم على اسم فلهذا وجب في العلانية *

١٠٣٤ - واذا اختلف اصحاب المسائل على الشاهد فاتى هذا بما تقبل معه
الشهادة وهذا بما يوجب الرد امتحن القاضى ذلك بنفسه ، ونظر ما السبب في
ذلك فان صح احد الامررين امضاه واذا لم يكن في الجيران من يصلح للمسئلة
سؤال من في اسواقهم من يصلاح لذلك *

١٠٣٥ - وان كانت الشهادة بحد او قصاص سأله الجيران ذلك

وبحث واستقصى المسئلة في معرفة ذلك *

١٠٣٦ - واذا لم تثبت العدالة عنده بالمسئلة قال للمطالب : زدني شهودا ولا

يعرفه القدر في شهوده *

١٠٣٧ - فان قال الطالب :

- شهودى هم عدول ، وعندى من يزكيهم من العدول ، واتى بذلك اعاد القاضى المسئلة وكشف عنهم وعن من جر حهم .
١٠٣٨ - فإذا عرف الجرح حكم به وترده على التعديل لانه زيادة علم بحال الشهود .

١٠٣٩ - وإذا عدله اثنان فيما زاد وجرحه واحد فالتعديل أولى .
١٠٤٠ - فان جرحه اثنان وعدله مائة فالجرح أولى عندنا ، وهو قول الشافعى أيضا .

١٠٤١ - وإذا عدله واحد وجرحه واحد فالجرح أولى .
١٠٤٢ - وقال الشافعى لا يحكم بواحد منها .

١٠٤٣ - ولا يجب بيان سبب الجرح عند اصحابنا جميعا ، ويكتفى ان يقول ليس بعدل .

١٠٤٤ - وقال الشافعى ينبغي بيان ما جرحه به لانه ربما يكون ذلك لا يوجد رد شهادته .

وإذا ثبتت العدالة فقال الشهود بالتزكية ليس هو عدل كلها بيان ما يبطل العدالة من افعاله .

١٠٤٥ - وذكر ذلك الخصاف عن محمد بن الحسن وعندنا لا يحكم بالفسق وعنه يحكم .

١٠٤٦ - وإذا شهد على المطلوب بالحق شهود فاقام المطلوب بينة ان الطالب استأجرهم ليشهدوا له بهذه الشهادة لم يقبل من بينه المطلوب ، وهذا تهاتر عند ابي حنيفة ويقبل غيره وترد الشهادة .

١٠٤٧ - وقبل ابو حنيفة تعديل الولد لوالده والوالد لولده ، وكل ذي رحم فانه يقبل تعديله لرحمه .

١٠٤٨ - وقال الشافعى يعمل فى العدالة والفسق بعلمه •

١٠٤٩ - وإذا جهل اسلامه لم يحكم حتى يسئل عن اسلامه ، ولا يعمل
باسلامه بظاهر الدار كما يعمل فى المقيط بسلامه بظاهر الدار لأن النبي صلى
الله عليه وسلم سأله الاعرابي عن اسلامه لما شهد برؤيه شهر رمضان^(١) •

١٠٥٠ - ويرجع فى اسلامه الى قوله ، كما رجع النبي عليه السلام الى
قول الاعرابي وهذا قول الجميع •

اثبات الحرية عند جهل القاضى بها

١٠٥١ - وإذا جهل حريته او قال المشهود عليه هما عبدان ، فقا لا نحن
احرار لم نملك قط لم يقبل الشهادة عندنا حتى ثبت الحرية • ولو كان يسأل
عن حريتها فاخبر بذلك ثقة تفتد الشهادة عند بعض اصحابنا واختار القول
الاول الخصاف •

١٠٥٢ - وقال اصحاب الشافعى فى ذلك وجهان احدهما انه يقبل قولهما
لان الظاهر من الدار حرية اهلها كما ان الظاهر الاسلام ؟ ثم ثبت الاسلام بقوله
كذلك الحرية ، والوجه الثاني قالوا وهو الاظهر انها لا ثبت 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 - وإذا عرفت عدالته كتب اسمه وكتبه وصنعته وسوقه ومسكنه حتى
لا يشتبه بغيره ، ويذكر من شهد له حتى لا يكون من لا تقبل شهادته له من

(١) جاء في أدب القاضي للماوردي أن أعرابياً شهد عند رسول الله (ص)
برؤية الهلال فقال له : أتشهد أن لا إله إلا الله وإن محمداً رسول الله ؟ قال نعم ،
فأمر بلاه أن 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 من لا تجوز شهادته عليه ، ويذكر قدر ما شهد به لانه قد يكون من يقبل قوله في قليل ولا يقبل في كثير

فصل

١٠٥٤ - واحتل了一 أصحاب الشافعى هل يحكم القاضى فى الجرح والتعديل باصحاب المسائل او بمن عدل او جرح من الجيران ؟

فقال أبو اسحق يحكم بشهادة الجيران لأنهم يشهدون بالجرح والتعديل ، قال فعلى هذا يجوز أن يصر على الواحد من أصحاب 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 الشافعى في العدد على الجيران .

١٠٥٥ - وقال الاصطخري يحكم بشهادة أصحاب المسائل لأن الجيران لا يلزمهم الحضور ، فعلى هذا لا يكون أصحاب المسائل أقل من اثنين ويجوز أن يكون من أخبرهم من الجيران واحدا ، اذا وقع في تفوسهم صدقه ، ويجب أن يشهد أصحاب المسائل عند القاضى على طريق الشهادة ، ولفظ الشهادة . وحمل قول الشافعى في العدد على أصحاب المسائل .

١٠٥٦ - وان بعث باثنين فعادوا بالجرح حكم بالجرح وان عادوا بالتعديل حكم بالتعديل ، وان عاد واحد بالجرح وعاد الآخر بالتعديل لم يحكم بالتعديل ولا بالجرح بقول واحد منها^(١) .

١٠٥٧ - قال بعض أصحابنا :

- ويكتفى ان يقول الشاهد هو عدل في قبول شهادته .

١٠٥٨ - وقال الشافعى لا يقبل في التعديل حتى يقول عدل لي وعلى .

(١) في نسخة منييخ لم يحكم بقول واحد منها في جرح ولا تعديل .

- ١٠٥٩ - ومن أصحابه من قال : يكفى قوله عدل ، كما قلناه ، وهو الاصطخرى لأن قوله عدل يقتضى ان يكون عدلا له وعليه
- ١٠٦٠ - وما ذكره الشافعى على سبيل الاستحسان^(١)
- ١٠٦١ - ومنهم من قال هو شرط ، وهو أبو اسحاق لأن قوله عدل لا يقتضى العدالة
- ١٠٦٢ - ولا يقبل التعديل الا من تقدّت معرفته وطالت صحبته وخبره بالشاهد لأن المقصود معونة العدالة من الباطن ، ولا يعرف ذلك لمن لم تقدم صحبته ، وفي الجرح يقبل ممن تقدّمت صحبته وممن تأخرت منه المعرفة
- ١٠٦٣ - ويعيد المسئلة عن الشهود بعد اشهر او سنة اذا كثرت شهاداتهم ، فان ذلك احوط
- ١٠٦٤ - وقد قال اصحاب الشافعى اذا اعاد الشهادة في مدة قربة لم يسئل عن الشاهد وان طال الزمان فيه وجهان : احدهما لا يجب لأن الاصل بقاء العدالة والثانى انه يجوز ان يتغير بطول الزمان الحال فلا يحكم حتى يسئل

نقد قاضي القضاة لتهاونه في اعادة السؤال عن شهوده

- ١٠٦٥ - وقد رأينا شيوخ شيخنا 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 في ذلك يتين امره
- ١٠٦٧ - والعدلان المميز ان اذا عدلا رجلا عند رجل وسعه أن يعدله اذا وقع في قلبه انهما صادقان وليس الرجل أكثر حالا من القاضى

(١) في نسخة قليع : الاستحباب

١٠٦٨ - ويقبل ذلك أيضا من رجل وامرأتين ، ولا يسئل من النساء الا من تعرف الاحوال وتخالط القاضى فاما من هى فى البيوت فلا

فصل : طعن الخصم في عدالة الشهود

١٠٦٩ - واذا شهد عند^(١) القاضى رجال فقال الخصم : انا اقيم بينة عندك انهم عيد او فساق او محدودون فى قذف او فيهم مانع يمنع الشهادة على ، وأتى بشهود فشهدوا بذلك قبل ذلك وآخر جهم من العدالة

١٠٧٠ - ولو شهدوا بأمر قد يجوز أن يتايب منه ويصفح لم يقبل ذلك ، ولم يخر جهم من العدالة ، وان كان فى أمر يسير قبل ذلك

فصل : تعديل المشهود عليه الشهود

١٠٧١ - واذا شهد على رجل بحق فعله المشهود عليه ، قال أبو حنيفة : ان كان بعد الشهادة فقال لهم عدول على ولی امضى المحاکم الحكم ، وان كان قبل الشهادة عليه ثم انكر ما شهدوا لم ينفذ عليه ، وسائل عنهم ، فان عدلوا انفذ الحكم وان عدل احدهما بعد الشهادة وقال قد غلط على لم يقبل تعديله وکان للحاکم ان يسأل

١٠٧٢ - ولو انه قال : ما شهد به فلان أو بما 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 جائزها الشهادة لى وعلى انفذ ذلك ولا يسئل عنهما

(١) في نسخة منيغ : اذا عدل

- ١٠٧٤ - وقال ابو يوسف لا يجتازى بذلك فان عدلا انفذ الحكم والا رده ذكره في الامالي كذا ورواه الخصاف في أدبه .
- ١٠٧٥ - ولاصحاب الشافعى وجهاز : الاول يقبل تعديل الخصم والثانى لا يقبل من غير تفصيل ذكره لأن المسئلة حق له فإذا اسقطها نفذ الحكم عليه والثانى 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 في هذه الشهادة التي شهدا بها انفذ الحكم بقوله ، ولا يحتاج الى أن يسئل لأن هذا اقرار منه .

فصل

العدل

- ١٠٧٧ - واذا كانت اكثرا امور الانسان حسنة فهو عدل اذا لم يرتكب كبيرة ، وان كان قد ارتكب كبيرة وتاب واصلح قبلت شهادته في قول ابي يوسف
- ١٠٧٨ - وقال غيره اذا كان الرجل ملازما للمجامعة مؤديا للفرائض ، معروفاً بصدق المعاملة مؤديا لللامانة ، صدوق اللسان فهو عدل ، وان كانت منه السقطة من الصغار يستغفر منها ولا يعود الى مثلها فهو عدل .
- ١٠٧٩ - واذا شهد عند الحاكم الشهود وارتبا منهم فله ان يسألهم عن تحمل الشهادة ويفرقهم ويسائل كل واحد منهم على الانفراد عن صفة التحمل ، ومكانه و زمانه ، لما روى ان أربعة شهودوا على امرأة بازنا عند دانيال عليه السلام ففرقهم وسائلهم فاختلقو فدعوا عليهم فنزلت عليهم نار فاحرقتهم^(١) .
- ١٠٨٠ - فان فرقهم فاختلقو سقطت شهادتهم وان اتفقوا فالمستحب ان يعظهم

(١) اشار الماوردي في أدب القاضي الى ماروى عن دانيال (النبذة ١٨٧٩)

فقد روی ابو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار^(١) وهو قاضی الكوفة فجاءه
رجل وادعى على رجل حقا فأنکرہ ، فاحضر المدعى شاهدین فشهدا له ، فقال
المشهدود عليه : والذی تقوم به السموات والارض لقد كذبا على فی الشهادة ،
وكان محارب بن دثار متکئا فاستوى جالسا وقال :

— سمعت ابن عمر يقول : سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم يقول :
« ان الطیر تتحقق اجنحتها وترمی بما في حواصلها من هول يوم القيمة ، وان
شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » ثان صدقتما فأتبا وان
كذبتما فغطيا رأسکما وانصرفا .
فغطيا رأسهما وانصرفا^(٢) .

فصل

١٠٨١ — ويقبل في تزكية السر العبد والمحدود في القذف والمرأة ومن
ظاهره العدالة لانه خبر كما قبلوا في هلال رمضان ، ولم يقبلوا في شهادة العلانية
الا شهادة من تجوز شهادته بالحقوق أما رجلان أو رجل وامرأتان .

١٠٨٢ — وقد ذكرنا فيما تقدم خلاف الشافعی .

١٠٨٣ — واذا قد ذكرنا الشهادة وما يعتبر في 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 واحتلّ فيه :

١٠٨٤ — اتفق علماء الامصار على أن الفسق يمنع قبول الشهادة وانه اذا
فسق الشاهد لم يجز للحاكم الحكم بها .

(١) سبقت ترجمته .

(٢) وردت هذه الروایة في أدب القاضي للماوردي ايضا (النیذة ١٨٨٤) .

الحكم بشهادة الفاسق

١٠٨٥ - وحکى القدوری رحمه الله في التجرید في مسئلة ولاية الفاسق
ان من اصحابنا من قال اذا حكم بشهادته نفذ حكمه .

نقطة

١٠٨٦ - وهذا قول يرده الاجماع ويدفعه النظر ، لأن شرط قبول قول الشاهد يقف على وجود العدالة ورضاء المسلمين عن الشهود ، والفاسق غير مرضي ولا عدل فلا يجوز الحكم بشهادته ، والحاكم اذا حكم بذلك مع العلم فقد فسق وخرج من الحكم ، وفساد هذا القول اوضح من تكليف الدلالة عليه .

شهادة الماجن

١٠٨٧ - وترد شهادة من يكثر الكذب ويتظاهر بالمجون والفحور ويكثر البحث في المذاهب والمقابلات .

١٠٨٨ - وكذلك اذا تظاهر بالمذاهب الرديئة والبدع الظاهرة .

١٠٨٩ - وترد شهادة من يلعب بالحمام ويطيرها من الموضع ^(١) ومن يناطح بالاكباش والحيوان كله ويقاوم .

شهادة لاعب الشطرنج

١٠٩٠ - ورد اصحابنا شهادة من يلعب بالشطرنج .

١٠٩١ - وقال الشافعى لا ترد شهادته بذلك .
وحکى الخصاف في المفصل ^(٢) انه اذا كان لا يقطعه ذلك عن الصلاة ولا يشغله عن الدين ولا يكثر الحلف عليه ولا يقاوم فشهادته جائزة .

(١) كان شريعاً القاضى لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام (تاريخ القضاة لوكيج ٣٠٨ / ٢) .

(٢) فى نسخة قليج : فى ادبه للقضاء .

- ١٠٩٢ - وقال انه يرد شهادة من ترك صلوة الجمعة ثلاثة من غير تأويله .
- ١٠٩٣ - وترد شهادة من يشتم الصحابة رضي الله عنهم .
- ١٠٩٤ - قال ابو يوسف لأن شتم الجيران يمنع قبول الشهادة فشتم الصحابة رضي الله عنهم اولى (ان ترد به الشهادة) .
- ١٠٩٥ - وترد شهادة شارب الخمر ومن يسكت عن النبیذ لانه بذلك يفسق .
- ١٠٩٦ - وترد شهادة من يلعب بالملاهی .
- ١٠٩٧ - وقال الخصف : اذا كان يلعب بهذه الملاهي ولا تشغله عن الطاعات ولا ينسب اهلها الى المجانة والفجور وافعال الصلاح عليه اغلب قبلت شهادته .
- ١٠٩٨ - وترد شهادته بخصلة واحدة من الفسق ، ولا تقبل شهادته حتى يكون عدلا في افعاله ، ولا يقرف بريبة .
- ١٠٩٩ - وترد شهادة من يكرر منه الكذب الفاحش ولا يتحفظ في اقواله وان كان يقع منه في البدرات^(١) والخير عليه اغلب قبلت شهادته ، هكذا ذكر الخصف .
- ١١٠٠ - وترد شهادة النائح والنائحة ، والمغنى والمغنية ، ومن يقطع الطريق ويتصصن ، وأهل العصبية ، والعشر ، وأكل الربا ومرتكب الربا ، ومن يلوط بالصبيان والنساء .
- ١١٠١ - وقال ابو يوسف : من يتهم بشتم الصحابة رضي 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 تحتمل ان تكون بالنون او بالباء فان تكن بالنون فلفظة ندر الشيء ندورا تعنى سقط من جوف شيء او من بين اشياء ظهر ۰۰۰ ونادر الكلام ما شد وخرج من الجمهور ، ولقبته ندرة وفي الندرة مفتوحتين ، وندرى وفي ندرى والندرى وفي الندرى محرّكات : اي بين الايام ، واندر عنه من ماله كذا أخرجه والشيء اسقطه (القاموس المحيط) وأما بدر بالباء فتدل على الاسراع يقال بدرت الى الشيء ابدر بدورا واستيقنا البدرى أي مبادرین (لسان العرب) .

وذكر في الفرق بينهما أن من يتهم بذلك في الشتم فقد أثبت له العدالة ، والشتم لا يقبل إلا بالسماع فإذا قالوا يتهم بالفجور فما اثبوا له العدالة
١١٠٣ - وترد شهادة من لا يؤدي زكاته وصدقته .

فصل

١١٠٤ - ولا ترد شهادة الاخ لأخيه وهو قول عروة بن الزبير وابن سيرين والشعبي وابراهيم (النخعى) وقتادة ، وهو قول الشافعى واصحابنا^(١) .

١١٠٥ - وقال الحسن (بن زياد المؤلوى) لا تجوز شهادة الاخ لأخيه ، وهو قول مالك لأن القصاص يجرى بينهما فهو كالاجنبى ، وليس من حيث لم تجر مناكحة الاخ لأخيه ينبغي ان لا تقبل شهادته كما لو شهد لام زوجته وبناته .

فصل

من لا تجوز شهادتهم

١١٠٦ - روت عائشة رضى الله عنها عن النبي (ص) انه قال : لا تجوز شهادة الابن لابيه ، ولا الاب لابنه ولا المرأة لنزوجها ولا الزوج للمرأة ولا الاجير من استأجره ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا الشريك لشريكه .

١١٠٧ - وذكره الخصاف ، وهو قول ابراهيم (النخعى) وشريح (القاضى) .

١١٠٨ - وكان الشعبي لا يجيز شهادة الرجل لابنه ، ولا شهادة المرأة لزوجها ، ويجيز شهادة الابن لابيه والرجل لامرأته .

١١٠٩ - وكان سفيان (الثورى) يرى جواز شهادة الرجل لامرأته ولا يجيز شهادتها له .

(١) كان شريح أيضا يجيز شهادة الاخ لأخيه (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 المكتاب لولاه ، ولا المولى له ، وكذلك المدبر وام الولد ، والمعتق بعضه ولا ولد ولده وان سفلوا ، ولا فرق بين ولد البنت وبين ولد (ابن) ^(١) ولا لاجداده ولا جداته من قبل ابيه ومن قبل امه *

١١١٢ - واجاز الشافعى شهادة الزوج لزوجته وكذلك الزوجة لزوجها لأنه ليست بينهما عصبية *

١١١٣ - ونحن نقول بينهما سبب يوجب انتوارث من غير حجب كالولادة *

١١١٤ - وقد اجاز بعضهم شهادة الوالد لولده والولد لوالده وان سفلوا وعلوا ، وهو قول المزنى وابي ثور من اصحاب الشافعى *

١١١٥ - وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

- انت ومالك لا يك *

ولأنه متهم فجري مجرى الشهادة لنفسه فلا تقبل *

فصل

١١١٦ - وقالوا : لا تقبل شهادة من لا مرؤة له كالقوال والرقص ، ومن يضحك الناس وي奚رون منه ^(٢) ومن يمشي مكسوف الرأس والبدن في الموضع التي لا يعتاد أهلها ذلك ، ويأكل في الأسواق بحضورة الناس ، لأن المرأة من الإنسانية ، لأنها مشتقة من المرأة ، وقد روى أبو مسعود البدرى ^(٢) عن النبي

(١) في نسخة قليع : ولا فرق بين ولد البنين والبنات *

(٢) في نسخة قليع : وي奚تر به *

(٣) في ترجمته اضطراب اشير اليه في اسد الغابة (٢٩٧/٥) وجاء فيه : ابو مسعود غير منسوب اورده ابو بكر بن ابي علي على ان لم يكن البدرى فغيره ٠٠ اورجح ابن الاثير ان ابا مسعود البدرى هو ابن عمرو بن ثعلبة ثم من بنى عبد عوف بن الحارث بن الخزرج وانه عرف بالبدرى لأنه سكن او نزل ماء بدر وشهد العقبة ولم يشهد بدر ا عند أكثر أهل السير وقبل شهد بدر ا 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 اقبح لا يستقبح الكذب فلا يوثق بقوله •

فصل

١١١٧ - واختلف في شهادة اصحاب الصنائع الدينية كالكتناس والزبال والحمام والقيم في الحمام والنخال اذا حسنت طريقتهم في الدين ، فمنهم من قال لا تقبل شهادتهم لدنائتهم في صناعتهم •

١١١٨ - وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعى •

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^(١) •

١١١٩ - وكره اصحابنا شهادة التخاس والصيرفي وتجار الاسواق ، وردوا شهادة من يكره الحلف منهم على ما يبيعه ويشربه •

١١٢٠ - فاما من استقام منهم في الطريقة وعرف بصدق اللهجة في بيته وشرائه فليست الصناعة بضائرة له ، ولو لا ذلك لما عرفنا بشهادتهم قيم الدواب والاواني وعيوب الحيوان ، ولابد في كل صنعة من مستور وصالح مستقيمين ، وعلى هذه الاحوال وجد الناس بعضهم بعضا •

فصل

اللعبة بالشطرنج

١١٢١ - قال الشافعى : اذا لعب بالشطرنج على عوض نظرت : فان اخرج كل واحد منهما مالا على ان من غالب منهما اخذ المال ، فهو قمار تسقط به العدالة وتترد به الشهادة •

وان اخرج واحد منهما مالا على انه ان غالب احدهما (فهو) له ، وان

^(١) الحجرات ٤٩ / ١٣

غلب صاحبه أخذ 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 يفتن او يغrom ومهما احدهما يفتن ولا يغrom ، وهذا عندنا هو القمار [لان القمار هو] ^{أن يفتن أحدهما ولا يغrom}

١١٢٢ - قالوا وان اشتغل به عن الصلة في وقتها مع العلم ، فان لم يتكرر ذلك منه ^(١) لم ترد شهادته ، وان أكثر منه ردت شهادته لانه من الصغار ، وفرق بين قليلها وكثيرها ^٠

١١٢٣ - قالوا : ان ترك فيه المروءة بأن لعب على الطريق أو تكلم في لعبها سخيف من الكلام أو اشتغل به الليل والنهار ردت شهادته لتركه المروءة ^٠

١١٢٤ - قالوا : وقد لعب به ابن عباس وأبن الزبير وأبو هريرة وسعيد بن المسيب وان سعيد بن حمير كان يلعب مزويا ^(٢) ^٠

١١٢٥ - قال اصحابنا : هذا لعب لا حاجة بنا اليه في الدين ولا الدنيا ، فهو كاربعة عشر ^٠ وقد قل الله تعالى : « انما الخمر والميسر » الآية ^(٣) والميسر هو القمار ^(٤) ^٠

١١٢٦ - وقد روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه من بقوم يلعبون فتلا قوله تعالى : « يعکفون على أصنام لهم » ^(٥) ^٠

١١٢٧ - واختلف أصحاب الشافعی في الترد فمنهم من قال انه حرام وترد به الشهادة ، وقال أبو اسحق هو كالشطرنج ^٠

١١٢٨ - وقد روى ابو موسى الاشعري عن النبي (ص) انه قال : من لعب بالترد فقد عصى الله ورسوله ^٠

(١) في نسخة قليج فان لم يكن ذلك منه

(٢) كذا وفي نسخة قليج : يلعب من وراء

(٣) المائدة ٣٦ / ٩٠

(٤) في لسان العرب : قامر الرجل مقامرة وقامرا راهنه وهو التقامر والقامرة وتقامروا لعبوا القمار وقامرك الذي يقامرك عن ابن جنی وجمعه أقامار ، عنه ايضا وهو شاذ ^٠

(٥) الاعراف ٧ / ١٣٨

وروى أبو بريده أن رسول الله (ص) قال :

« من لعب بالتردشير ^(١) فكانما غمس يده في لحم الخنزير ودمه ، ولأن المعلول فيه على ما يخرجه الفص فاشبه الأذلام ^(٢) »

١١٢٩ - قالوا : ويختلف الشطرنج ذن المعلول عليه على رأيه ، وهذا لا يصح لأن الترد يحتاج مع العصى إلى رأى ووضع وعمرنة بالنقل والبيوت ، ويختلف اللعب به كالشطرنج سواء ◦

(١) في لسان العرب : الترد معروف شيء يلعب به فارسي مغرب وليس بعربي وهو التردشير . . . وشير بمعنى حلو ولم يرد في المقرب للجواليقى زيادة على هذا ◦

(٢) جاء في لسان العرب في مادة زلم : والزَّلْمُ والزَّلَمُ القدح الذي لا ريش عليه ، والجمع أَذَلَامُ ، الجوهرى : الزَّلَمُ بالتحريك القدح . قال الشاعر :
بات يقاسيها غلام كالزلم ليس براعي ابل ولا غنم
قال : وكذلك الزلم بضم الزاي والجمع الأذلام ، وهي السهام التي كان أهل الجاهلية يستقسمون بها ، وزَلَمُ القدح سواه ولينه ، وزَلَمُ الرحي أدارها وأخذ من حروفها . . . وفي التنزيل العزيز : « وَان تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَذْلَامِ ذَلَمْ فَسْقَ » .
قال الأزهري : . . . الأذلام كانت لقريش في الجاهلية مكتوب عليها : أمر ونهي ، وأفعل ولا تفعل ، قد زلت وسويت ووضعت في الكعبية يقوم بها سدنة البيت فإذا أراد رجل سفرا أو نكاحا اتى السادس فقال : اخرج لي زلما فيخرجه وينظر إليه ، فإذا خرج قدح الأمر مضى على ما عزم عليه ، وإن خرج قدح النهي قعد عما أراده ، وربما كان مع الرجل زمان وضعهما في قرابة ، فإذا أراد الاستقسام أخرج أحدهما .
وجاء في مادة قسم : استقسموا بالقدح قسموا الجزور على مقدار حظوظهم منها ، الزجاج في قوله تعالى : « وَان تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَذْلَامِ » قال موضع ان رفع ، المعنى وحرم عليكم الاستقسام بالأذلام ، والأذلام سهام كانت لأهل الجاهلية مكتوب على بعضها : أمرني ربى ، وعلى بعضها : نهاني ربى ، فإذا أراد الرجل سفرا أو أمرا ضرب تلك القدح ، فإن خرج أنسهم الذي عليه أمرني ربى مضى ل حاجته ، وإن خرج السهم الذي عليه نهاني ربى ، لم يمض في أمره ، فاعلم الله عز وجل إن ذلك حرام ، قال الأزهري : ومعنى قوله : « وَان تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَذْلَامِ » أى تطلبوا من جهة الأذلام ما قسم لكم من أحد الامرين . . . [و] الأذلام قدح الأمر والنهي لقادح الميسر ، قال : وقد قال المؤرخ وجماعة من أهل اللغة إن الأذلام قدح الميسر ، قال وهو وهم . . . وفي حديث الفتح : دخل البيت فرأى إبراهيم واسماعيل بآيديهما الأذلام فقال : « قاتلهم الله ، والله لقد علموا أنهم لم يستقسموا بها قط » ◦

١٤٣٠ - وَقَالُوا : لَا يَحْجُزُ النَّعْبَ بِالْأَرْبَعَةِ عَشَرَ وَلَمْ يَخْلُفُوا ، وَهَذِهِ الْجَمِيلَةُ حُكُومًا فِي هَذَا الْبَابِ .

فصل

شرب قدیل من النیز

١١٣١ - واختلف أصحاب الشافعى فيمن شرب فليلاً من النبيذ ، فمنهم
من قال إن كان يعتقد بحرمةه فسق ورددتشهادته ، ومنهم من قال لا يفسق ولا
ترد شهادته لما قلبه ، قالوا وهو المذهب لأن استحلال الشيء اعلم من فعله
بدليل من استحل الriba كفر ولا يكفر من فعله ، فإذا لم ترد شهادة المستحل
فمن لا يستحل أولى .

١١٣٢ - واختلفوا في وجوب الحد عليه مع قبول شهادته ، نقل المزنى لا يجب الحد كما لاترد الشهادة به ، وقال غيره منهم: يجب لانه يردع عن الشرب ويحتاج الى رادع كالخمر ، وهذا لا يصح لأن [شارب] الخمر يفسق ويكتفر المستحل ، وكيف يجب الحد بأمر مختلف فيه والاجتهد فيه يسوعن .

فصل

المغنی بغير آلة

١١٣٣ - قد قلنا انه لا تقبل شهادة المغى لما ورد عن ابن مسعود عن النبي (ص) انه قال : الغناء ينبت النفاق (؟) في القلب كما ينبت الماء المقل .

١١٣٤- واذا كان بغير آلة مطربة فليس بمحرم .

١١٣٥ - وقد روی ان النبي (ص) مر بخاریه لحسان و هي تقول :

هل على وبحكم ان اهوت من حرج

• فقال (ص) لا حرج ان شاء الله

دروی عن عائشة رضی الله عنها انها قالت :

كان عندي جاريتان تغنيان فدخل ابو بكر (ر) فقال : مزמור الشيطان في
بيت رسول الله ! (ص) فقال رسول الله (ص) : دعها فانها ايات عيد .

ترنم عمر بن الخطاب في بيته

١١٣٦ - فان غنى لنفسه او سمع غناء جارية ولم يكتر منه لم ترد شهادته
لان عمر بن الخطاب (ر) كان اذا خلا في داره ترنم بالبيت والبيتين .
وانه مر عليه عبد الرحمن بن عوف وهو يترنم فقال :
- اسمعتني يا عبد الرحمن ؟

قال : نعم .

قال : انا اذا خلونا في بناء لنا ^(١) نقول كما يقول الناس .
وروى عن ابي الدرداء ^(٢) وهو من زهاد الصحابة وفقهائها انه قال : اني
لأجم قلبي بشيء من الباطل استعين به على الحق .

(١) في نسخة قليع : في منازلنا .

(٢) هو عمرير 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 وعويمير لقبه
كان فقيها عالما حكيمآ آخر رسول الله (ص) بينه وبين سلمان الفارسي . قال عنه
النبي (ص) عويمير حكيم أمتى . وولى أبو الدرداء اقضاء دمشق في خلافة عثمان
وتوفي قبل أن يقتل عثمان بستين (اسد الغابة ١٨٥ / ٥ - ١٨٦) وقد اشتهر
عويمير بكنته وروى عنه أنس بن مالك ، وفضالة بن عبيد وابو امامه وعبد الله
ابن عمر وابن عباس او أبو ادريس الخولاني وجبير بن نفير وابن المسيب وغيرهم
ومن حكمه الماثورة انه مر على رجل قد اصاب ذنبها وکانوا يسبونه فقال :
أرأيتم ان وجدتموه في قليع (بئر) ألم تكونوا مستخرجيء ؟

قالوا :

بلى .

قال :

فلا تسبووا احراكم واحمدوا الله الذي عافاكم .

قالوا :

- افلا تبغضه ؟

قال أبغض عمله فإذا تركه فهو أخي (اسد الغابة ٤ / ١٥٩ - ١٦٠) .

فضائل أبي حنيفة للصميري

١١٣٧ - وقد سمعنا من شيخنا قاضى القضاة رحمة الله فى فضائل أبي حنيفة
التي صنفها استاذه القاضى أبو عبدالله الصميري رحمة الله ان أبي حنيفة كان فى
جواره رجل فكان يصعد السطح ويتغنى بهذا الشعر :

اضاعونى واى فتى اضعوا ليوم كريمه وسداد ثغر
كأنى لم اكن فيه ولدا ولم تك نسبتى فى آل عمرو
فاخذنے الوالى فلم يسمع كلامه وصوته كما جرت العادة ، فسأل عنه فاخبر
بخبره فقصد الوالى واخرجه من الجبس وقال له :

- ما أضعناك يا فتى ٠

١١٣٨ - وقد صنف فى السماع كتب مفردة وطول فيها القول واختصر ،
وام ار لاصحابنا فى هذا الباب الا كلاما مجملأ غير مفصل ولا مشروح ، ولعل
قولهم فى المغني الذى ترد شهادته من اتخاذ الغناء أو يغشاه الناس للسماع لأن
في ذلك ترك للمروعة ، وكذلك ان اتخاذ جارية وقصده الناس لسماع الغناء منها ،
او حملها الى الموضع لتغنى فهذا هو الذى ترد شهادته لا محالة لانه قد جمع
إلى ترك المرأة الدياثة^(١) ٠

تفشى الصوفية بين أهل العلم في عصر السمنانى

١١٣٩ - وقدرأيت جماعة من أهل العلم وشيوخا من اصحابنا ومن اصحاب
الشافعى يستمعون القول ويقومون يرقصون مع الصوفية ٠

١١٤٠ - ورأيت بهمنان غير واحد من اصحاب الشافعى يجمعون مع
القصب الدف في الاوقات وفيهم أمم وقضاة وشراff من أصحاب الحديث والرواية

(١) في السبان العرب في مادة ديد : دَيْثُ الْأَمْر لِيْنَه ، وديث الطريق
وطاه وطريق مدیث أي مذلل ٠٠ [و] الدياثة الالتواء في اللسان ، ولعله من التذليل
والتنبيه ٠٠ والديوث : القواد على أهله والذي لا يغار على أهله ديوث والتذليث

تحرير آلات الطرب من غير غناء

١١٤١ - ويحرم استعمال الآلات التي تطرب من غير غناء كالعود والطنبور

والمعزفة والطلبل والمزمار والرباب •

١١٤٢ - وقد حكى عن محمد بن سعيد الزهري انه كان يلعب بالعود

ويتخذه^(١) وفيه خلاف لا يعتد به •

١١٤٣ - وقد روى عن ابن عباس (ر) تفسير قوله تعالى : « ومن الناس

من يشتري لهو الحديث ليظل 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 والكونية والكببة والطلبل والقنين البربط^(٣) •

١١٤٤ - وروى عن النبي (ص) انه قال :

مسخ أمة من أمتي بشربهم الخمر وضربهم بالكونية والمعاذف •

١١٤٥ - قال الشيرازي رحمة الله في كتاب المذهب له :

القيادة ، وفي المحكم الديوث والديبوث الذي يدخل الرجال على حرمتنه بحيث يراهم

كانه لين نفسه على ذلك وقال ثعلب : هو الذي تؤتى أهله ، وهو يعلم ، مشتق

من ذلك ، أنت ثعلب الأهل على معنى المرأة ، وأصل الحرف بالسريانية اعرب

وفي الحديث تحرم العجنة على الديوث ، هو الذي لا يغار على أهله • أهله •

ويرتضض العامة في العراق الكنة الاعجمية في نطق كلمة ديوث فيقلبون النساء

سينا • وقد خلط السمناني بين الدياثة والتدييث فاستعمل الاولى بمعنى الثانية •

(١) في نسخة قليع : ويبينه •

(٢) لقمان ٣١ •

(٣) جاء في لسان العرب في مادة يسر : الميسير قمار العرب بالازلام ٠٠٠
[و] الياسير من الميسير وهو القمار •

وجاء في مادة مزر : المزر نبيذ الشعير والحنطة والحبوب ، وقيل نبيذ الذرة

خاصة ، غيره : المزر ضرب من الاشربة ٠٠٠ والمزر والتمزر : التروق والشرب

القليل ، وقيل الشرب بمَرْة ، والمِزْرُ الاحمق والمِزْرُ بالفتح الحسو للذوق ،

يقال تمزرت الشراب اذا شربته قليلاً قليلاً •

وأنشد الاموي يصف خمرا :

تكون بعد الحسو والتمزر في فمه مثل عصير السكر

والتمزر شرب الشراب قليلاً قليلاً بالرءاء ومثله التمزّر وهو أقل من التمزّر

ويكره التفضيل الذى يزيد الغناء طربا ولا يطرأ اذا انفرد لانه تابع للغناء
لنان حكمه حكم الغناء ◦

رد الشهادة بالاكتمار من الصغار

١١٤٦ - وترد الشهادة بما يكثر من الصغير كما ترد بالكثير اذا انتهت دة،

ناما اذا نلت الصغار وندرت فلا ترد بها اشهاده لانه تعالى قال :

— ان تجتنبوا كبار ما تنهون عنه تكفر عنكم سبعاً لكم^(١) .

ولأن أحداً من الخاق لا يخلو من الصغائر أو الهم بها .

الخط

١٤٧ - وَقَالَ الْجَمِيعُ أَنَّ الْحَدَاءَ مِنْحَ لَا يَكْرَهُ لَمَّا رُوِيَ عَنْ أَبِينِ مُسْعَودٍ (ر)

قال : كان مع رسول الله (ص) ليلة نام بالوادي حاديان .

وجاء في مادة كوب : الكوبة الشطرنجية والكوبة الطبل والنرد ، وفي المصحاح الطبل الصغير المُخَصَّر ، وقال أبو عبيدة : أما الكوبة فأن محمد بن كثير أخبرني أن الكوبة النرد في كلام أهل اليمن ، وقال غيره : الكوبة الطبل وفي الحديث أن الله حرم الخمر والكوبة ، قال ابن الأثير هي النرد ، وقيل الطبل وقيل البربط ومنه حديث على : « أمرنا بكسر الكوبة والكتنارة والشیعاء » .

القنين : طنبور الحبشه عن الزجاجي ، وفي الحديث « ان الله حرم الخمر والكوبه والقنين » . قال ابن افتبيه : القنين لعبه للروم يتقامرون بهما ، قال الازهرى ويروى عن ابن الاعرابي قال التقنين الضرب بالقنين وهو الطنبور بالحبشية ، والكوبه الطبل ويقال النرد ، قال الازهرى وهذا هو الصحيح ، وورد في حديث علي عليه السلام « نهينا عن الكوبه والغبراء والقنين » قال ابن الاعرابي الكوبه الطبل والغبراء خمرة تعمل من الغبراء والقنين طنبور الحبشه .

و جاء في ضد البربط : البربط العود اعجمي ليس من ملاهي العرب ، فاعتبرته حين سمعت به ، التهذيب : البربط من ملاهي العجم شبه بصدر البط والصدر بالفارسية (بر) فقيل بر بط ٠٠٠ قال ابن الأثير أصله بر بت فان الضارب يضعه على صدره واسم الصدر (بر) .

٤/٣ النساء

وروت عائشة رضي الله عنها قالت :
 كنا مع رسول الله (ص) في سفر ، وكان عبدالله بن رواحة^(١) جيد
 الحداء وكان مع الرجال ٠ ٠ وكان انجشة^(٢) مع النساء فقال صلى الله عليه
 وسلم لعبدالله بن رواحة : حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعد انجشة فاعنت الأبل
 في السير ٠ فقال صلى الله عليه وسلم :
 يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير ٠

نشيد الاعراب

١١٤٨ - ويجوز استماع نشيد الاعراب لما روى عمرو بن الشريد عن
 امه قال : اردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم وراءه ثم قال : امعك من شعر
 أمية بن أبي الصلت شيء^(٣) ؟
 قلت : نعم ، فاشدته بيتأ ، فقال : هيه فاشدته بيتأ آخر فقال هيه :
 حتى اشدهه مائة بيت^(٤) ٠

(١) كذا وفي اسد الغابة ان البراء بن مالك اخا انس بن مالك كان حسن
 الصوت يحدو بالنبي (ص) في أسفاره ، فكان هو حادى الرجال وانجشة حادى
 النساء (أسد الغابة ١٧٣/١) ٠

(٢) جاء في اسد الغابة (١٢١/١) انجشة العبد الاسود وكان حسن
 الصوت بالحداء فحدا بأزواج النبي (ص) في حجة الوداع فاسرعا مت الأبل فقال
 النبي (ص) يا انجشة رويدك رفقا بالقوارير ٠

(٣) من شعراء حماسة أبي تمام واسمها عبدالله بن ربيعة بن عوف بن أمية
 وهو من تقييف ادرك الجاهلية والاسلام ، وصح انه عاش حتى رثى أهل بدر ،
 قال الاصمعي ذهب أمية في شعره بعامة ما يكون في الآخرة وعنترة بعامة ما يكون
 في الحرب ، وقد صدقه النبي (ص) في بعض شعره ، وكان (ص) يحب ان يسمع
 من شعره ، وكان أمية قدقرأ الكتب القديمة وارد ان يتبع النبي (ص) ويهاجر
 فقدم الحجاز فلما علم بقتلى بدر من المشركين جزع عليهم فجدع أنف ناقته وشق
 ثوبه وبكي 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 التبريزى عليها
 انها تروى لابن عبدالاعلى وقيل هي لابي العباس الاعمى (الحماسة ٣١٤/١) وأول
 هذه المقطوعة :

تحسين الصوت بالقرآن

- ١١٤٩ - قال الشافعى : ويستحب تحسين الصوت بالقرآن ، واما اذا فرأ بالحان فقال اصحابنا انه قال فى موضع يكره وقال فى موضع آخر لا اكره هذا
- ١١٥٠ - قالوا : وليس ذلك اختلاف موضعين وانما هو اخلاف حالين ، فالذى قال يكره اذا تجاوز الحد ، ولا يعلم بين اصحابنا خلاف يخالف هذه الجملة وانتفصيل ، ولعل ذلك وفاق ٠
- ١١٥١ - وقد روى عن ابى موسى الاشعرى انه كان يطرب بالقرآن وان النبي صلى الله عليه وسلم كان سمعه وهو لا يعلم فلما علم به قال : يا رسول الله لو علمت الخبر ته تحييرا^(١) ٠
- وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ما أذن الله بشيء مثل ما أذن لنبي ان يتربى بالقرآن ٠
- وقال صلى الله عليه وسلم : ليس منا معاشر الانبياء من ام يفرد ؟ بالقرآن ٠
- وذكر أبو عبيد فى الغريب له ؟ قال معناه الاستغفاء ؟ بالقرآن ٠
- وقال الشافعى : لو كان المراد به الاستغفاء ؟ لكان قال من لم يتغافل بالقرآن ، وحمل الخبر على تحسين الصوت ، وهو الظاهر من الخبر ولا ان قراءته بالحان يوجب الاصفاء اليه وفراغ القلب نحوه ، وهذا أمر معلوم ٠

قول الشعر

- ١١٥٢ - ويجوز قول الشعر وحمله ، وقد كان للنبي صلى الله عليه شعراء

غنوتوك مولودا وعلتك يافعا تتعل بما ادنى اليك وتنهل
وأند ترجم بروكلمان لامية بن أبي الصلت فى كتابه تاريخ الادب العربى
ترجمة عبد الحليم النجاشى ، ص ١١٣ - ١١٤ فذكر ان أكثر ما روى من شعره
منحول عليه وفند قول القائلين بأن شعره من كان مصادر القرآن ٠

(١) تحرير الخط والشعر وغيرهما تحسينه (القاموس المحيط) ٠

منهم كعب بن مالك وعبدالله بن رواحة وحسان بن ثابت ، وقال الشعر علي بن ابى طالب حتى روی عنہ ، وَذَان فِي الْمَابِعِينَ وَالصَّاحِبَةِ الْعَدُدِ الْكَثِيرِ (من اشعراء) وَذَان معاویة ابن ابی سفیان يقوله ثم ترکه ، وقد وفت الشعراء على النبي صلی الله علیه وسلم ومدحوه فمدحه كعب بن زهیر بقصيدة :

بانت سعاد فقلبي اليوم متبول مitim اثرها لم يجز مكبول
فوهبه ؟ بردته فباعها لمعاویة بعشرة الاف درهم ، وهى التي مع المخلفاء الى
اليوم من بنى العباس (ر) *

- ١١٥٣ - وهو كالكلام مباحه كمباحة ومحظوره كمحظوره وفيه كفيحة .
 ١١٥٤ - وقد روی عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي (ص) انه
 قال : « الشعر بمنزلة الكلام حسن الكلام وفيه كفيح الكلام » .
 فيما 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 روی خريم بن

(١) هو كعب بن زهير بن ابى سلمى المزنى صاحبى وشاعر من فحول المخضرمين ، وقد كان وابوه من نوابغ شعراء مزينة احدى قبائل مصر ، وقد طبع شرح ديوان كعب من زهير للمام السكري (ابو سعيد الحسن بن الحسين بن عبيد الله) فى مطبعة دار الكتب المصرية . واشتهر كعب بن زهير بقصيدة « بانت سعاد » التى استعطف بها الرسول ومدحه والماجرين فغفى عما اقترفه قبل ذلك من جرائم ، وفى هذه القصيدة يقول :

انبئت ان رسول الله اوعدني والعفو عند رسول الله مأمول ويقول :

ان الرسول لسيف يستضاء به مهند من سيف الله هسلول
 في عصبة من قريش قال قاتلهم ببطن مكة لما اسلموا زولوا
 زالوا فما زال انكسا ولا كشف عند اللقاء ولا ميل معاذيل
 شم العرائين ابطال ، لبوسهم من نسج داود ، في الهيجا سرابيل

فاتك^(١) قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلوة الصبح فلما انصرف فلم
قائما ثم قال عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثلاث مرات ، ثم تلا قوله تعالى :

ـ فاجتبوا الرجس من الاوثان واجتبوا قول الزور ـ

١١٥٦ - وقد تقدم ما رواه أبو حنيفة عن محارب بن دثار فيما تقدم من
هذا الباب في المصل الذي قلنا انه يفرق الشهود مع التهمة ـ

١١٥٧ - ويعلم انه شاهد زور بثلاثة اشياء :

ـ احدها ان يقر على نفسه انه شهد بالزور ـ

ـ والثاني ان تقوم عليه بذلك بينة ـ

ـ والثالث ان يشهد بما تكذبه العقول وشاهد الحال ـ

١١٥٨ - فان أقر على نفسه لم يبطل ما شهد به قبل هذا القول ، وكمدّ
اذا ومت عليه بينة بعد القضاء لان هذا تهاتر ـ

(١) خريم بن فاتك بن الاخرم ، وقبل خريم بن الاخرم بن شداد بن عمرو
ابن الفاتك الاسدي وابو الاخرم يقال له فاتك وقيل ان فاتكا هو أبو الاخرم يكتسي
خريم بن فاتك ابا يحيى وقبل ابا ايمان بابنه ايمان بن خريم ، شهد بدرا مع أخيه
سبرة بن فاتك ، وقيل ان خريما هذا وابنه ايمان أسلمما يوم فتح مكة ، والاول
اصح ، وقد صحح البخاري وغيره ان خريما واخاه سبرة بن فاتك شهدا بدرا وهو
الصحيح ، وعدده في الشاميين ، وقيل في انكوفين ، نزل الرقة ، روى عنه
المعروف بن سويد وشمر بن عطية والربيع بن عمilla وحبيب بن النعمان الاسدي
روى اسماعيل بن ابي خالد عن الشعبي ان مروان بن الحكم قال : لايمان
ابن خريم ليقاتل معه يوم مرج راهط ، فقال ان ابي وعمي شهدا بدرا ونهياني
ان اقاتل مسلما ـ

روى اسرائيل 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 تسibil ازارك ، وترخي شعرك ـ

قلت : لا جرم ـ

فجز شعره ورفع ازاره ـ (اسد الغابة ٢/١١٢) وتحيط اسلام خريم بن
فاتك اسطورة فتنزهه الى صاحبى من الجن ! اسمه مالك بن مالك الجنى (اسد
الغابة ٤/٢٩٣ - ٢٩٢) ـ

١١٥٩ - ولو انه شهد بحق لرجل وشهد آخر به لغيره لم يكن واحداً منهما شاهد زور ، لانه ليس احدهما بان يكذب اولى من الآخر ٠

اشهار من ثبت تزويجه

١١٦٠ - واذا أثبت أنه زور ، قال ابو حنيفة :

أشهر حاله ولا يضر به ٠

١١٦١ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لللامام ان يعزره اذا رأى ذلك ٠

١١٦٢ - وان كان من ذوى الهيئات لم يناد عليه عند بعضهم ، وهو قول أبي علي^(١) من اصحاب الشافعى ٠

١١٦٣ - وعندنا ينادى عليه ليحذرنه الناس ٠

١١٦٤ - وقد روی (أبو هريرة)^(٢) عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

قل ما في الفاسق ليحذرنه الناس ٠

وروى عنه انه قال :

اقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم ٠

شهادة الظنين والجبار ان نفسيه غنمها اتخ

١١٦٥ - قال أصحابنا : ولا تقبل شهادة ظنين ، ولا جار الى نفسه غنما ، ولا دافع عنها غرما ، ولا شهادة الوكيل لمن وكله ، ولا الشريك عما هو شريك فيه ولا من هو وصي للبييم ولا عليه ٠

١١٦٦ - وقد روی عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

(١) في المخطوطه المعتمدة : ابى علي ابى هريرة وفي نسخة قليج ومنيخ ابى علي بن بن ابى هريرة ٠

(٢) في نسخة قليج وقد روی عن النبي ٠

١١٦٧ - لا تقبل شهادة ظنين^(١) ولا مريب ◦

١١٦٨ - فان عزل الوكيل وشهد بعد العزل فيما كان وكل بالخصوصة فيه ،
فان كان قد خاصم لم تقبل شهادته أبدا ◦

١١٦٩ - وان كان لم يخاصم في ذلك فقد اختلف في ذلك فمنهم من يقبل
شهادته وهو ابو حنيفة ومنهم من لا يقبل ذلك وهو صاحباه ◦

١١٧٠ - 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 الشخصي والاقلف

١١٧١ - وأجاز أصحابنا شهادة الشخصي اذا كان الشخصي عدلا في جميع
الحقوق والحدود وقد قبل عمر بن الخطاب (ر) شهادة علامة الشخصي على
قدامة بن مظعون ◦

١١٧٢ - واختلف في شهادة الاقلف فقال ابن عباس :
- الاقلف لا تجوز شهادته ، ولا تقبل له صلوة ولا تؤكل له ذبيحة ،
وهو قول جابر بن زيد ◦

١١٧٣ - وروى الحصاف ان النبي (ص) سئل عن الاقلف أيحج بيت الله؟
قال :

- لا ، حتى يختتن ◦

١١٧٤ - وروى شداد بن اوس ، قال ، قال رسول الله (ص) : الختان
للرجال سنة وللنساء مكرمة ◦

١١٧٥ - والختان عند أصحابنا واجب وليس بفرض^(٢) ◦

(١) في نسخة منيخ وكيل وتنتفق نسخة قليع مع النسخة المعتمدة .

(٢) يفرق الحنفية بين الواجب والفرض كما هو معروف في كتب اصول الفقه .

١١٧٥ - وقول الشاعي هو فرض ، وقول مالك فرض في الرجل سنة في المرأة .

١١٧٦ - وقد روى عن الحسن في الشيخ يسلم ، قال : لا عليه ان لا يخنن ، ولا يضره ذلك في شهادته ولا في امامته .

١١٧٧ - وقول اصحابنا ان كمن يخاف الضرر على نفسه فلا شيء عليه بعد ذلك .

فصل

شهادة ولد الزنا

١١٧٨ - واختلف في شهادة ولد الزنا فقال اصحابنا :
ـ شهادته في كل شيء جثرة ، وفي الحدود اذا كان عدلا ، وهو قول الشاعي وعطاء .

١١٧٩ - وقول مالك ويحيى بن سعيد : شهادته مقبولة في كل شيء الا في الزنا خاصة .

١١٨٠ - وقد روى عن عمر بن عبدالعزيز رحمة الله أن رجلاً شهد عنده على رجل شهادة فقال المشهود عليه ، انه لا تقبل شهادته ، قال : لم ؟
قال : لانه لا يدرى من أبوه فقال انسى بشاهدين سواء .

فصل

شهادة المتسمع

١١٨١ - واختلف في شهادة المتسمع ، وهو الذي يختبئ ولا يراه المشهود عليه فليس مع قوله ويشهد عليه ، من غير أن يشهد على نفسه .
ـ فقال اصحابنا يجوز ذلك ولا تحتاج الشهادة الى أن يحملهم المقر ^(١) .

١١٨٢ - وقال مالك : لا تجوز حتى يشهد الشهود ويقول لهم اشهدوا ،
وان كان الشاهد لا يرى الخصم لم يشهد عليه لانه لا يعلم انه عين المقر .

(١) انظر عيون المسائل للمسيرقندى تحقيق صلاح الدين الناھى
بنـد ١٠٨٢ .

- ١١٨٣ - وفرق مالك بين الطلاق والعقد ثُجَاز ذلك في الطلاق والعقد
وان لم يشهدهم اذا سمع الشاهد ذلك •
- ١١٨٤ - وقال ابراهيم والشعبي : لا تجوز شهادة المختبئ •
- ١١٨٥ - وقال أصحابنا :
- اذا قال الجماعة او المتعقدان المشاهد :
- لا تشهد علينا بما تقول كان له أن يشهد ، وفيه خلاف منقدم ، وهو
قول مالك •

شهادة رجلين على جرحه اخا نهما انفع

- ١١٨٦ - ولو شهد رجالان على رجل انه جرح أخاهما وهمه وارثاه قبل
الأندماج لم يقبل ، لانه قد يسرى الى نفسه ، وتجب الديمة لهما •
- ١١٨٧ - وان شهدا له بمال وهو مريض فعنهم من قل : لا تقبل الشهادة
لانهما متهمان لانه قد يموت ويكون المال لهم فلم يقبل كما لو شهدا بالجرحة •
- ١١٨٨ - ومنهم من قال :
- تقبل لأن الحق ثبت للمريض ثم ينتقل بالموت اليهما ، وفي الجنائية اذا
وجبت الديمة وجبت لهما لانها تجب بموته نعم تقبل •
- ١١٨٩ - ولو شهدا له بالجرحة وله ابن فلت شهادتهما لانهما غير
متهمين •
- ١١٩٠ - ولو مات الابن وصار الاخوان وارثين فلن مات قبل الحكم
بشهادتهما بطلت الشهادة ، ولو مات بعد القضاء والحكم لم تبطل الشهادة ،
يعتبر ذلك بالفسق والعمى •

شهادة من يدفع ضررا عن نفسه

- ١١٩١ - ولو شهد المولى على غريم المكاتب أو الوصي على غريم الميت
أو الوكيل على غريم الموكيل بالأبراء من الدين او بفسق الشهود بالدين لم تقبل
الشهادة ، لانه قد يدفع بذلك عن نفسه ضررا •

- ١١٩٢ - و اختلف اصحابنا في شهادة أهل المحلة والعاقلة اذا شهدوا بالقتل على غيرهم فلم يقبل ذلك أبو حنيفة ، و قبله أصحابه ٠
- ١١٩٣ - وقال الشافعي : ان كانوا موسرين لم تقبل شهادتهما لانهما يدفعان عن نفسهما الغرم من الديه ، وان كانوا فقيرين أجزت شهادتهما ٠
- ١١٩٤ - وقال في موضع اخر : ان كانوا من ابعد العصبات بحيث لا يصل العقل اليهما حتى يموت من قبلهما قبلت شهادتهما ٠
- ١١٩٥ - ومن أصحابه من جعل المسئلة على قولين ونقل جواب احدى المسئلتين الى الاخرى ، ومنهم من جعل كل مسئلة على وصفها وقال : تقبل شهادة الابعد ، ولا تقبل شهادة الاقرب الفقير لانه معدود في العاقلة ، واليسار يعتبر عند الحول ٠

شهادة الوالد والولد

- ١١٩٦ - وتقبل شهادة الوالد على ولده ، والولد على والده فيسائر الحقوق ٠
- ١١٩٧ - ومن أصحاب الشافعي من قال : لا تقبل شهادة الولد على والده في ايجاب القصاص وحد القذف لانه لا يلزمه القصاص بقتله ، ولا حد القذف بقذفه فلا يلزمه ذلك ٠
- ١١٩٨ - نقول : والمذهب ما نقول لانه غير متهم ٠
- ١١٩٩ - و اختلف فيمن شهدا على رجل انه قذف ضرة امهما : فقال الشافعي في القديم : لا تقبل لانهما يجران الى امهما نفعا لانه يجب عليه بقذفها الحد فيحتاج الى اللعان فيفرق بينه وبين ضرة الام ٠
- ١٢٠٠ - وقال في الجديد تقبل وهو قولنا لان حق امهما لا يزيد بمفارقة الضرة ٠
- ١٢٠١ - وكذلك اختلفوا في طلاق الضرة على هذا الخلاف سواء ٠

فصل

شهادة العدو

- ١٢٠٢ - وقبل اصحابنا شهادة العدو على عدوه ٠

١٢٠٣ - وقال الشافعى لا تقبل لأن العداوة تمنع العدالة ونحن نقبل
شهادة المسلم على الذمى وهم أشد عداوة .

١٢٠٤ - وقال الشافعى : العدو متهم في الشهادة .

فصل

شهادة من لا تجوز ته اشهادة وملن تجوز

١٢٠٥ - اذا شهد من لا تجوز الشهادة له ولم يجوز له الشهادة ،
فاتفق أصحابنا انه تبطل الشهادة فى حق من لا تجوز له الشهادة ، واختلف فى
حق الآخر ، فمنهم من قال تبطل ايضاً فى حقه لأن الشهادة اذا ابطل بعضها
بطل جميعها ، ومنهم من قال لا تبطل فى حق الآخر لانه يجوز أن يتندىء
بالشهادة فى حقه .

فصل

شهادة التائب

١٢٠٦ - ومن فسوق بنوع من أنواع الفسق وتاب من الذنب وأصلاح قبلت
شهادته كالسارق وشارب الخمر والزانى .

٢٠٧ - وقد روى الحسن أن رجلاً من قريش سرق بغيراً على عهد
رسول الله فقطع يده ثم كان يشهد بعد ذلك فيحيى شهادته .

١٢٠٨ - وروى عن أبي خيرة ، انه قطع يده على ابن أبي طالب عليه
السلام من المفصل ، وأنه شهد عند المغيرة بن عبد الله فقال له :
- من قطعك ؟

فقال :

- علي بن أبي طالب .

قال :

- ما أراه إلا ظلمك !

قال :

- والله ما ظلمنى

فأجاز شهادته

١٢٠٩ - وهو قول شريح وعطاء والشافعى ومالك ، ولا نعلم فيه خلافا بين الفقهاء المعروفين

شهادة المحدود فى القذف

١٢١٠ - وخالف فى المحدود فى القذف اذا تاب ، فقال أصحابنا جميعا ان شهادته لا تقبل وتبنته فيما بين الله وبينه

١٢١١ - وروى عن النبي انه قال :

« المسلمين عدول بعضهم على بعض الا محدودا في القذف » وهو المروى في كتاب عمر بن الخطاب الى ابى موسى ، وهو قول الحسن وشريح وابراهيم وابن عباس

١٢١٢ - وقال عطاء وطاووس ومجاهد وعكرمة ومسروق والشعبي وعبدالله بن عبيد والزهرى والعوام بن حوشب وسليمان بن يسار ويزيد بن عبد الله بن قسيط ويحيى بن سعيد^(١) وربيعة رضى الله عنها قالوا اذا تاب قبلت شهادته وهو قول مالك بن انس والشافعى فى اخرين

فصل

في كيفية التوبة من القاذف

١٢١٣ - روى عن الشعبي وطاووس والصحابى أنهم قالوا : توبته ان يكذب نفسه عند السلطان ، وهو قول الشافعى ان توبته اكذاب نفسه ، وخالف أصحابه : فقال أبو سعيد الاصطخري : توبته أن يقول كذبت فيما قلت ولا أعود الى مثله ، وقال أبو اسحق وأبو علي بن أبي هريرة يقول : قذفى له كان باطل ، ولا يقول كنت كاذبا

(١) هو ابو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس الانصاري المتوفى سنة ١٤٣ هـ ، كان قاضيا لابي جعفر (طبقات الفقهاء للشيرازى ، ص ٣٩)

١٢١٤ - قال علي بن موسى القمي^(١) من أصحابنا في أحكام القرآن الصغير : لا سبيل لنا إلى تصحیح توبه انماذف لانه ان قال كذبت فقد علمنا ذلك وحكمنا به ، ولكن به حدناه ، وقد قال تعالى : فَأُولَئِكَ عَنِ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ^(١) ، وان كان صادقا فيما قال فلا يجوز أن يشهد على نفسه بالكذب ، وان قال كنت صادقا فهذا نكران للقذف هذا معنى كلامه

١٢١٥ - وقل أصحابنا في قوله تعالى : وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ خبر ، قوله الا الذين تابوا فرجع الى اقرب المذكورين وهو الخبر دون ما تقدم لاختلاف الجمل المتقدمة^(١) .

١٢١٦ - ولا خلاف انه يحد مع توبته فلو كانت التوبة ترجع الى ما تقدم سقط الحد .

فصل

التوبة من المعصية

١٢١٧ - والتوبة من المعصية ان يعزز 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 فالنوبة ان يؤدى ذلك الحق الى مالكه او يسئلته حتى يبرئه .

١٢١٩ - وقد روى ابراهيم النخعي ان عمر رضي الله عنه رأى رجلا يصلي مع النساء فصربه بالدرة فقال الرجل :

(١) جاء في الجواهر المضيفة (ج ١ ص ٣٨٠) علي بن موسى بن يزداد ، وقيل يزيد القمي ، صاحب أحكام القرآن ، أمام الحنفية في عصره ، سمع من حميد الرأزي وغيره ، وروى عنه أبو الفضل أحمد بن أحمد الكاغدي وغيره . وتوفي سنة خمس وثلاثمائة ، كذا ذكره السمعاني .

قال أبو اسحق في الطبقات : وله كتب في الرد على أصحاب الشافعية » .

(٢) النور ٢٤
(٣) جاء في أدب القاضي للماوردي (٦٣٤ / ١ - ٦٣٥) ان التوبة عند أبي حنيفة ترجع الى الفسق وحده لانه أقرب مذكور ، وعند الشافعية ترجع الى الفسق وقبول الشهادة اعتبارا بالعموم .

- والله لئن احسنت فقد ظلمتني • وان كنت اسأّت فما علمتني فقال عمر (ر) :

- اقص :

قال :

- لا اقص :

قال :

فاغف عنّي

قال :

لا اعفو 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 او فاه حقه •

فصل

تعلق حد الله

١٢٢١ - واذا تعلق بالمعصية حد الله تعالى كحد الزنا والشرب ، فان لم يظهر ذلك فلاؤلى ان يستره على نفسه لما روى عن النبي (ص) انه قال : « من اتى من هذه القاذورات فليستر بستر الله تعالى ، فانه من ابدا لنا صفحته اقمنا عليه حد الله » •

١٢٢٢ - فان اظهاره لم ياثم لان امامعزًا والغامدية اعترفا عند رسول الله (ص) بالزنا فرجحهما ولم ينكر عليهما •

فصل

التوبة المعتبرة

١٢٢٣ والتوبة التي ترد التائب الى حال الشهادة من الزنا والسرقة والشرب

(١) الزيادة من نسخة قليبيج .

فحكم عليه^(١) ثم تاب اذا صلح عمله وفارق طريقته المذمومة لقوله تعالى : « الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحو^(٢) »

١٢٢٤ - واختلف اصحابنا في مقدار المدة بعد التوبة فمنهم من قال سنة كاملة لأنها تجمع الفصول الاربعة التي تتغير فيها الطياع ، ومنهم من لم يقدر ذلك (وردها)^(٣) الى اجتهاد الحاكم

١٢٢٥ - والتوبة من الردة اظهار الشهادتين والرجوع الى ملازمة الدين والقيام بفرضه و فعل نوافله وستنه مع الامكان

فصل

التوبة على من يحد

١٢٢٦ - واختلف أصحاب الشافعي فيمن شهد ولم تقبل شهادته بالقىد هل يحد أم لا ؟ وبنوا التوبة على القول بوجوب الحد ، فقالوا ان قلنا يحد تجب عليه التوبة ، وان قلنا لا يحد فلا توبة عليه

فصل

شهادة المولى لكتابه الخ

١٢٢٧ - واذا شهد المولى لكتابه بمال فردت شهادته ثم أدى المكتب المال وعتق واعد المولى له الشهادة بمال 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 بالعقل . ورد عليه اصحابه وقالوا مثل قولنا ، لانه رد للتهمة فهو كالفاشق

(١) في نسخة قليع : فانا نحكم له

(٢) آل عمران ٣

(٣) الزيادة من نسخة قليع

فصل

الشهادة المتبادلة

١٢٣٠ - قال أصحابنا : ومن ترك مالا وورثة فشهد رجالان لرجلين على الميت بدين وشهد المشهود لهما للشاهدين بمثل ذلك فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة وابي يوسف وابن أبي ليلى لأنهم يشتركون في التركة^(١) .

١٢٣١ - وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير ان الشهادة جائزة ◦

١٢٣٢ - وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهم جاءوا جميعا فالشهادة باطلة وان جاءوا هفترين فشهد الاولان من ادعى ثم عادا وادعوا وشهد الاخرين شهادتها جميعا جائزة ◦

١٢٣٣ - وقد ضعف أصحابنا ذلك لأنه يجب مقاسمة الاولين بما أخذاه اذا لم يترك غير ما أخذاه^(٢) ◦

١٢٣٤ - ولو شهد أحد الفريقين بدين على الميت وشهد أولئك من شهدوا بأرض أو عرض في يد الميت فالشهادة جائزة ◦

الشهادة على ما يجب 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 الآخرين بمثل ذلك فهي كالشهادة بالدين على الخلاف من الصحة والبطلان ◦

(١) أي ان الرد ه هنا للتهمة أيضا عملا بقاعدة رد الشهادة بالتهمة ◦

(٢) اي عملا بقواعد الدين المشترك ◦

فصل

الشهادة على طلاق الامة

١٢٣٨ - واذا شهد الموليان ان الزوج طلق الامة، وهي تدعي ذلك، لم تجز في قولهم جميعا ، وان لم تدع جازت شهادتهما في قول ابى يوسف ولا تجوز في قول محمد ، ولا رواية عن ابى حنيفة تعرف في ذلك ◦

١٢٣٩ - ولو شهد رجالان لرجل انه ابن الميت ثم شهد ابن ورجل للشاهدين بدين على الميت الف درهم فالشهادة باطلة عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند غيرهما تجوز ◦ والله أعلم ◦

فصل

شهادة الاعمى والاخرين

١٢٤٠ - قد ذكرنا ان العمى يمنع قبول الشهادة اذا طرىء قبل الحلم خلافا لابى يوسف والشافعى ، وان زال العمى فشهادته جازت الشهادة وهو كالخرس اذا زال ، والعقل اذا رجع ، وقبل الشافعى شهادته فيما قبل فيه الاستفاضة من غير تفصيل ، اذا ضبط ولم يجره على القتل والافعال ولا على العقود التي ثبتت 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 - واذ قد ذكرنا حكم الشهادة في ابواب 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 اليانا 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 فاكتفوا فيه بالعلم أو قاسوا ذلك
ذلك على الأخبار في الدين ووجوب العمل بها *

الشهادة على شهادة الميت

١٢٤٥ - وقد روى الخصاف في أدب القضاء عن علي بن أبي 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 النفر على شهادة رجل واحد فهو واحد والاثنان على
الاثنين فرجل واحد *

١٢٤٨ - وان شريحا كان اذا شهد عنده رجل على شهادة رجل قال :
ـ قل اشهدني ذوو عدل *

١٢٤٩ - فهذا ما روى في الباب ويكتفى ان يكون فيه أمير المؤمنين علي (ر)
قائلا به : وهو فقيه الصحابة ، وهو قول اصحابنا جميعا وبه قال مالك والشافعي ولا
تعلم فيه خلافا بين أهل العلم ، وال الحاجة اليه داعية اذا غاب الشهود او ماتوا فينبغي
ان يكون ذلك جائزا *

١٢٥٠ - واذ قد ذكرنا جواز ذلك في الشرع فلنذكر موضع قبول ذلك *

باب الموضع الذي تقبل فيه الشهادة على الشهادة

وهذا باب الموضع الذي يقبل فيه ذلك :

١٢٥١ - اجمع اصحابنا جميعا انها مقبولة في كل حق ثبت في المال ، وما لا
يسقط بالشبهة من الحقوق *

١٢٥١ - فاما الحدود والقصاص 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 والسرقة وقطع الطريق وشرب الخمر

ففيهما قولان :

أحدهما يجوز لأنه يثبت بالشهادة فجاز ان يثبت بالشهادة على الشهادة كحقوق

الآدميين .

والثاني لا يجوز لأن المقصود بالشهادة التوقي للحق ، وحقوق الله تعالى مبنية على الدرء والاسقاط وهذا ليس هو الوجه ، ولكن الوجه عندنا ان الحدود لا يجوز ان تستوفي الا بنسخ او اتفاق ، ولا نص ولا اتفاق في ذلك فلا يجوز ان يفعله ولا قياس ذلك على الأموال لأن الأموال يجوز دخول البدل والاباحة فيها ويثبت حكم ذلك لها ، وفي الحدود والقصاص لا يجوز ، لأن الرجل لو ادعى عليه قتلا فقل : ما قتلت ولكن يقتلني ^(١) فقد وثبتت نفسى له لم يجز له القتل ، وفي المال يجوز اذا وهب ، وقال لا شيء له على وقد وثبت له .

١٢٥٤ - وعلى المذهبين ان كل ما يجوز ان يثبت بالشهادة على الشهادة يثبت

بكتاب القاضي الى القاضي لانه يحتاج الى تحمل الشهود الكتاب المكتوب فهو كشاهد 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 وباقى الشهود لا يجوز بالواحد، بل يعتبر كما يتثبت بالشهود اثنان أو رجل وامرأتان .
- ١٢٦٠ - وقال الشافعى ، في أحد قوله لا يجوز حتى يكون على شهادة كل واحد اثنان ، والقول الآخر كقولنا .
- ١٢٦١ - ويجوز عندنا بشهادة رجل وامرأتين كما يجوز في الحق المشهود به .
- ١٢٦٢ - وقال الشافعى لا تجوز الا بргلتين .
- ١٢٦٣ - وقال لو كان شهود الأصل رجالا وامرأتين قبل في أحد القولين شهادة اثنين على شهادة كل واحد منهم . ولا يقبل في القول الآخر الا ستة يشهد كل اثنين على شهادة كل واحد منهم .
- ١٢٦٤ - وان كان شهود الأصل اربع نسوة في الولادة والرضاع قبل في أحد القولين شهادة رجلين على كل واحدة منهم ، ولا يقبل في الآخر الا شهادة ثمانية يشهد كل اثنين على شهادة [كل] واحدة منهم .

فصل

(الشهود على شهود الأصل ان كانوا اربعة)

- ١٢٦٥ - وان كان شهود الأصل أربعة من الرجال وهو حد الزنا ، وقال انه تقبل فيه الشهادة على الشهادة ، فان قلنا تقبل من شاهدين على شاهدى الأصل في غير الزنا ففي حد الزنا قولان احدهما انه يكفى شاهدان في اثبات شهادة الاربعة ، كما يكفى في اثبات شهادة اثنين ، والثانى انه يحتاج الى اربعة لان فيما يتثبت باثنين يحتاج في شهادة كل واحد منها الى العدد الذى يتثبت به أصل الحق وهو اثنان ، وأصل الحق هنا لا يتثبت بدون الاربعة فلم تثبت شهادتهم الا بأربعة .

- ١٢٦٦ - قالوا : وان قلنا فيما يتثبت بشاهدين لا يقبل الا أربعة ففي حد الزنا قولان احدهما انه يحتاج الى ثمانية لثبت شهادة كل شاهد بشهادة واحد . والثانى انه يحتاج الى ستة عشر رجلا لان شهادة كل واحد لا تثبت الا بما يتثبت به أصل الحق وذلك أربعة ، وقد نقض هذا الأصل بأنه يتثبت الأصل بالرجال والنساء في المال ولا يعتبر في الفرع مثل ذلك ، ونجيزه [كذا] .

فصل

١٢٦٧ - واذا شهد عشرة على الواحد فهى شهادة واحد ، واذا شهد عشرة على رجل فهى شهادة رجل [واحد] وان شهدوا على امرأة فهى شهادة واحدة ، ولو شهد اثنان على شهادة عشرة رجال جاز ذلك وحكم به الحاكم عندنا .
١٢٦٨ - وينبغي على قول الشافعى ان لا تثبت شهادة العشرة (الا) بعشرين في أحد قوله .

١٢٦٩ - ولو شهدا على امرأة جاز ذلك ، وعلى (المدعى) ان يتم البينة .
١٢٧٠ - ولو شهد عشر من النساء على شهادة رجل وامرأتين او امرأة لم يقبل الحاكم ذلك حتى يشهد معهن رجل .

فصل

١٢٧١ - قال (الشافعى ؟) : وليس من سمع الشاهد يشهد غيره ان يشهد عليه حتى يشهد شاهد الاصل ، لانه لو اخبر رجلا بان فلانا اقر لفلان بكذا لم يكن للمخبر ان يشهد بذلك على شهادته .
١٢٧٢ - قال اصحاب الشافعى : ولا تصح الشهادة على الشهادة الا من ثلاثة او же :

احدها ان يسمع رجلا (يقول) اشهد ان لفلان على فلان كذا فيضاف الى سبب يوجبه من ثمن مبيع او مهر لانه لا يحتمل مع ذكر السبب الا الوجوب .
والثاني : ان يسمعه يشهد عند الحاكم على رجل بحق ، لانه لا يشهد عند الحاكم الا بما يلزم الحكم به .

والثالث : ان يستدعيه رجل بأن يقول : اشهد ان لفلان على رجل كذا وشاهد على شهادتي بذلك ، لانه لا يستدعيه (الا) على واجب ، لأن الاستدعاء وثيقة والواثق لا تكون الا على واجب ، واما اذا سمع رجلا في دكانه أو طريقه يقول : اشهد ان لفلان على فلان ألف درهم ولم يقل : أشهد على شهادتي لم يحكم به لانه قد يكون وعدا وعده فلم يجز تحمل الشهادة عليه .

١٢٧٣ - قالوا : وان سمع رجلا يقول : لفلان على ألف درهم فهل يجوز ان يشهد عليه بذلك ؟

فهو وجهان :

احدهما انه لا يجوز ان يشهد عليه ، كما لا يجوز ان يتتحمل الشهادة عليه
 والثاني ، قالوا وهو المقصوص انه يجوز أن يشهد عليه
 والفرق بينه وبين التحمل ان المقر يجب الحق على نفسه فجاز من غير
 استدعاء والشاهد يجب الحق على غيره فاعتبر فيه الاستدعاء ، ولان الشهادة آكدة ؟

فصل

كيفية شهادة شاهدي الفرع

١٢٧٤ – فاما اصحابنا فقالوا :

سؤال القاضي شاهدي الفرع كيف يشهادان فان قالا : نشهد ان فلان بن فلان
 اشهدنا على شهادته انه يشهد ان فلان بن فلان أقر عندنا وشهادتنا على نفسه ان لفلان
 هذا عليه الفا ، وقال لنا اشهدنا على شهادتي : اني اشهد ان فلانا اقر على أن لفلان
 الفا فهذه شهادة صحيحة والحكم بها واجب •

**١٢٧٥ – وان قالا : انه قال لنا : اشهدنا اني اشهد على اقرار فلان لفلان بهذا
 وكذا فان ابا حنيفة قال : لا اقبل ذلك ، وقال ابو يوسف في الاملاء هو جائز •**

**١٢٧٦ – قوله : لو قال اني اشهد لفلان على فلان بالف درهم اقر بها فأشهد
 بذلك فشهادته فهو جائز •**

١٢٧٧ – وقال ابو حنيفة : لا يجوز حتى يقول : اشهد على شهادتي •

فصل

السؤال عن عدالة شاهد الاصل

**١٢٧٨ – واذا شهدا على شهادة غيرهما سألهما عن عدالة الذى شهدا على
 شهادته فان قالا هو عدل ، او كان يعرف عدالتهما او اخراجه بعد التهمما لم يسئل •**

١٢٧٩ – وان قالا لا نجيز هما لم يقبل شهادتهما على شهادتهما •

**١٢٨٠ – فان قال الطالب : انا آتىكم بمن يعدل لم يقبل ذلك ولا يحكم بهذه
 الشهادة لأنهما لم يعدلها فلم يصدق ، وذلك طعن فيهما •**

١٢٨٠ – وهذا قول محمد

١٢٨١ – وقال ابو يوسف : اقبل ذلك واسئل عنهما •

١٢٨٢ - ويجب ان يذكر المقر والمقر له ويعرفانهما بابلغ ما يعرف به كل واحد منها

١٢٨٣ - وقال اصحاب الشافعى عنه :

- وان قالا نشهد على شهادة عدلين ، لم يحكم لانه يجوز ان يكونوا عدوا لا عندهم غير عدول عند المحاكم ويجب ان يوردا الشهادة على الصفة التى 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 يقدرون على الحضور ، او يكونوا على مسافة تقصى في مثلها الصلاة عند ابى حنيفة .

وقال ابو موسى والشافعى : اذا كن بحيث لا يرجع في يومه الى منزله فهو عذر تجوز معه الشهادة ، وان كان يقدر على الرجوع الى منزله في يومه وليلته لم يجز ، لأن الاصل ان قدر عليه لم يجز الحكم بالبدل الا لضرورة .

واتفق الجميع على انهمما (ان حضر ابا) مجلس الحكم قبل الشهادة او بعد الشهادة قبل الحكم انه لا يحكم (بشهادة الفرع) وانما يحكم بالأصل .
وكذلك ، لو رجع شهود الاصل قبل الحكم وقبل السمع بطلت شهادة شهود الفرع .

فصل

الشهادة على شهادة الاب وقضائه

١٢٨٥ - قال اصحابنا

(ان) شهد رجلان على شهادة ابيهما بحق لرجل على آخر جاز ذلك ، ولو شهدا على قضية ابيهما انه قضى لرجل على رجل بحق من الحقوق وقد كان أبوهما

فاضيا لم يجز ذلك ، لأن القضية فعل ابيهما فلا يجوز ذلك [وقد ذكر هذه]
المسئلة الخصاف ◦

تسمية شهود الاصل

١٢٨٦ - ولابد في الشهادة من تسمية شهود الاصل وهو ان يقولوا : نحن
نعرفهما ولكن لا نعرف اسميهما ◦
وفي الاخبار يقبل ذلك ولا يجب عندنا ذكر اسم الرواى ، وهو خلاف في
الخبر ◦

١٢٨٧ - واد قد ذكرنا حكم الشهادة على الشهادة وشهادة الرجل ، وكان
الحكم يقع بغير الشهادة وب الحكم الحاكم بذلك وهو النكول وما يتبعه من الايمان
والعلم والاقرار وجوب ذكر ذلك ◦

باب النكول عن الايمان^(١)

وهذا باب النكول عن الايمان اذا توجهت اليدين وعدمت البينة •

١٢٨٨ - كان الواجب ان نذكر هذا الباب بعد توجه اليدين على المدعى عليه وعدم البينة وانما قدمناه في الموضع لأنه طريق الى الحكم والقضاء وان القاضي يجب ان يكون عارفا بطرق القضاء قبل حضور الخصم وامعازى حتى اذا حضر حكم بما يجب الحكم به وحمل الامر على ما يجب ، لأن علمه يجب ان يكون سابقا لمواضع الحكم وكيفية القضاء وماله ان يفعل وما عليه ان يترك ، وللهذا المعنى قدمنا الكلام على ما ذكرناه وقدمنا النكول على الايمان ، لأن اليدين يترب على بذلك الحالف والنكول سكوت عن الجواب وهو الاصل فلهذا قدمنا ذلك •

الآثار المروية في النكول

١٢٨٩ - اعلم ان النكول والحكم به ليس فيه نص من كتب ولا سنة ، وانما هو أمر فعله الصحابة والتابعون رضي الله عنهم^(٢) •

١٢٩٠ - واجمع اهل العلم على ان له حكمها يتعين به القضاء ، وسبعين ذلك في بابه في كيفية القضاء •

١٢٩١ - والذى روی فى ذلك من الآثار عن الصحابة ومن في عصرهم من التابعين ممن لم ينقرض العصر الا وهم من أهل الاجتيهاد ويُعد خلافهم معهم •

١٢٩٢ - ذكر الخصاف عن ابن ابي مليكه عن ابن عباس رحمه الله انه امره ان يستحلف امرأة فابت ان تحلف فالزمها ذلك •

١٢٩٣ - وروى عن سالم ان ابن عمر باع غلاما بثمانمائة درهم فوجد به المشترى عينا فخاصمه الى عثمان رضي الله عنه فقال :

(١) جاء في لسان العرب : نكل عنه ينكيل وينكّل نكولا ونكل نكّاص ، يقال نكل عن العدو وعن اليدين ينكل بالضم أي جبن ونكله عن الشيء صرفه •

(٢) جاء في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية (ص ٧) : هل القضاة بالنكول الا رجوع الى مجرد القرينة الظاهرة لتنى علمنا بها ظاهرا انه لولا صدق المدعى لدفع المدعى عليه دعواه باليدين ، فلما نكل عنها كان نكوله قرينة ظاهرة دالة على صدق المدعى فتقادمت على اصل براءة الذمة » .

- بعنه بالبراءة

قال :

- احلف لقد بعنه وما به عيب تعلمه

قال :

- بعنه بالبراءة ، واي ان يحلف

فرده عثمان عليه^(١)

١٢٩٤ - وروى الحارث^(٢) قال :

- نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه ، فقال الرجل :

- انا احلف

قال :

- قد قضى قضائي

١٢٩٥ - وروى عن مغيرة وابن شبرمة انهما قالا :

- اشتري عبدالله غلاما لامرأة فلما ذهب الى منزله حم الغلام ، فجاء ليرد

الغلام فخاصم الى الشعبي فقال لعبد الله

- ينتك على آن لك ذلك^(٣) ؟

قال :

- ليس اي بيته

قال الرجل :

- احلف انه لم يبعه *

قال الرجل :

- انا ارد على عبدالله

فقضى الشعبي باليمين

قال :

- 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 دليس لك ذلك .

١٢٩٦ - فهذا مما روى فيه عن الصحابة والتابعين ٠

١٢٩٧ - وقضاء الصحابة والأئمة منشر في^(١) الأمة ، ولو كان ذلك لا يجوز

لانكروه ٠

١٢٩٨ - وقد اجمع الفقهاء جمِيعاً على أنه بعد النكول على قولين :

منهم من يرد اليمين فيحلف المدعى ويأخذ الحق ٠

ومنهم من قال يأخذ الحق ولا يمين عليه ، ولو ان للنكول حكماً ليس لغيره

لما جاز الحكم بيمين المدعى ، ولهذا لو حلف ابتداء لما استحق الحق ٠

١٢٩٩ - وسند كر في باب رد اليمين ما قيل في ذلك ٠

١٣٠٠ - فإذا عرفت أن النكول هو طريق إلى الحكم وجب أن نذكر الموضع

الذى يقضى فيه بالنكول ٠

باب الموضع الذى يتضىء فيه بالنكول

وهذا باب الموضع الذى يُقضى فيه بالنكول وما لا يُقضى فيه ، وما قيل في ذلك ٠

تكييف النكول

١٣٠١ - اعلم أن عمدة الباب أن النكول عند أبي حنيفة رحمه الله يقوم مقام

البذل فكل ما يصبح بذلك يجوز أن يحكم فيه بالنكول ٠

وكل موضع لا يصبح بذلك لا يحكم فيه بنكول ٠

١٣٠٢ - وقول أبو يوسف ومحمد : هو بمنزلة الاقرار ، فما يصح باقراره

يجوز أن يحكم فيه بنكوله ٠

١٣٠٣ - وهو فرع على توجيه اليمين عند أبي حنيفة ، فما لا يمين فيه لا يقضى

فيه بالنكول ٠

١٣٠٤ - والذى لا يمين فيه عنده : الحدود وهي الزنا والسرقة وشرب

الخمر والقذف وقطع الطريق ، والنكاح والرجعة والفاء والإلاه والولاء

والنسب والرق ٠

١٣٠٥ - وقال أبو يوسف وزفر : يستحلف في كل شيء إلا في الحدود

خاصة ٠

(١) في نسخة قليج : معتبر ٠

١٣٠٦ - وهو قول محمد

١٣٠٧ - فالنکول يقضى به عند ابى حنيفة في الاموال كلها والطلاق والعدق
وما يصح بذله وكل الحقوق عنده سواء الا القود والقصاص فانه اذا ادعى القود في
النفس فنكل عن اليمين فابو حنيفة يحبسه حتى يقر او يحلف ، ويقضى بالنکول
فيما دون النفس .

١٣٠٨ - وقال ابوبوسف ومحمد يقضى في النفس وفيما دونها بالاروش
والديات لا بالقصاص .

١٣٠٩ - فأبوبوسف 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 ويفضي في الجميع بالنکول اذا
نكل اقصى كما يقضى بالمال .

١٣١١ - وقال الشافعى وما لك : لا يقضى بالنکول في شيء ، ويرد اليمين
فإن حلف المدعى قضى له بالحق .

١٣١٢ - هنا في كل موضع يدعى الحق^(١) ودين ويرد فيه اليمين الا في
مواضع منها انهم قالوا اذا ادعى حق ليت ورثة المسلمين فانكر ذلك ونكل عن
اليمين فقال الاصطخري يقضى بالنکول لانه لا يمكن رد اليمين على المسلمين ولا على
القاضى فقضى للضرورة .

١٣١٣ - وقال غيره من اصحابه يحبس المدعى عليه حتى يقر او يحلف ولا
يقضى بالنکول .

١٣١٤ - وقضى في اثبات لعان الزوج بالحد عليه ، وفي نکول المرأة بالحد
والرجم ان كانت قد دخل بها .

١٣١٥ - وفي القساممة بنکول 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 وتفریعه في رد اليمين سندكره في بابه ان شاء الله .

(١) في نسخة قليج : بحق .

١٣١٨ - بهذه الموضع التي يقضى فيها والتي لا يقضى فيها

١٣١٩ - واذ قد ذكرنا مواضع القضاء والمواضع التي لا يقضى فيها وجب

ذكر كيفية القضاء [بالنکول] •

باب كيفية القضاء بالنکول

وهذا باب كيفية القضاء بالنکول

صيغة القضاء بالنکول

١٣٢٠ - قال اصحابنا : اذا ادعى رجل حقا على رجل وحضر عند المحاكم ولا بينة

له وطلب اليمين بعد توجيهها نحوه فامتنع عن اليمين فان القاضي يقول :

- احلف على ذلك بالله ملء ما يدعى عليك من الحق

يكسر ذلك ثلاث مرات

فإن لم يحلف الزمه الحق وحكم عليه •

١٣٢١ - ومن اصحابنا من قال :

يقول القاضي له :

- اني اعرض عليك اليمين • ثلاث مرات فان حلفت والا الزمتك دعوى

خصمك بنکولك عن اليمين وامتناعك عنها ، اتحلف بالله على ما انكرت من دعوى

خصمك ويعقد واحدا بيده ، اتحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك ثانية ،

ويعقد اثنين ، اتحلف بالله على ما انكرت من دعوى خصمك • ثلاثا ويعقد ثالثا ،

ثم يعلم انه قد الزمه ما ادعاه خصمك 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 بالنکول •

اقتران النکول بالقضاء

١٣٢٣ - وهذا انما ذكرناه لأنه بعد النکول يحتاج الى القضاء ، ولا يلزم

الحق بالنكول حتى ينضم اليه القضاء كما لا يلزم الحق بالشهود حتى ينضم الي الشهادة حكم المحاكم بها فيلزم حينئذ الحق ◦

١٣٢٤ - وقد كان ابو حنيفة يقول : النكول مرة واحدة انه اذا نكل عن اليمين وأبى ان يحلف لزمه دعوى المدعى من غير ان يعرض عليه ، لما ذكره ابو موسى الصرير في مختصره ◦

استئناف العرض

١٣٢٥ - قوله^(١) الطحاوى في ادبه عن بعض اصحابنا ومن نكل عن اليمين مرة او مرتين ثم سأله المدعى ان يؤخره يوما او يومين لينظر في أمره ثم احضره بعد فان القاضي يستأنف العرض عليه ولا يعتمد بما مضى من العرض ◦

امتناع المدعى عليه عن الاقرار والانكار

١٣٢٦ - قال اصحابنا اذا قال المدعى عليه لا اقر ولا انكر او دعوه القاضي في جسده حتى يقر او ينكر ◦

١٣٢٧ - وقال الشافعى يقول له القاضى :

- ان اجبت والا جعلتك ناكلا ◦

١٣٢٨ - ويستحب ان يقول له ذلك ثلاثة فان لم يجب جعله ناكلا وحلف المدعى وقضى له ، قال لأنّه لا يخلو اذا اجاب ان يقر او ينكر ، فان اقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر اذا انكر فقد وصل انكاره بالنكول عن اليمين فقضينا بما يجب انكاره ◦

١٣٢٩ - وهذا التقسيم لا يصح لأنّه يتحمل ان يقر بعض الحق وينكر البعض فلا يكون قد قضى عليه باقرار ولا انكار فما قال اصحابنا اولى ◦

(١) في نسخة قليج : وقال

فصل

دعوى المدعى عليه وجود حساب بيته وبين المدعى

١٣٣٠ - وان قال بيني وبينه حساب او مناظرة قال له القاضى : ذلك اليه .

١٣٣١ - وقال الشافعى يؤخره ثلاثة اىام لأنها مدة قريبة ، وان لم يذكر عددًا جعله ناكلا وحول اليمين .

فصل

دعوى المدعى عليه ان المدعى كان قد استحلقه

١٣٣٢ - فان قال قد استحلقنى على هذه الدعوى ، فان كان القاضى يحفظ ذلك لم يستحلقه وان كان لا يحفظ استحلقه .

١٣٣٣ - وان قال : قد احلقنى عند رجل من الرعية ، احلقه القاضى ، اذا سأله ، ولم يمنع من ذلك ما استحلقه غيره .

طلب الخصم اليمين

١٣٣٤ - وكذلك اذا حلقه القاضى قبل طلب الخصم اليمين لم يعتد بيمينه على ذلك .

فصل

طلب المدعى عليه التأجيل مع اقراره

١٣٣٥ - وان اقر بما ادعى عليه وسأله الخصم ان يؤجله شفع القاضى له اذا سأله ، وليس ذلك بواجب على القاضى لما روى ابن عباس رحمه الله عن النبي (ص) ان رجلا رفع اليه غريما له فسألة الغريم ان ينظره شهرا ، فقال له عليه السلام : انظره فأبى فتحمل عنه .

١٣٣٦ - وان سكت فلم يتكلم المدعى عليه بعد المدعوى لم يجعل المحاكم عليه واستكشف عن أمره وهل به صمم او خرس ، فإذا اتضح له حاله وانه لا آفة به عرض عليه اليمين ثلاثة وقضى عليه بنكوله .

١٣٣٧ - هكذا ذكر المسئلة الخصاف اذا لم يقر ولم يتكلم *

١٣٣٨ - وقد ذكرنا انه اذا قال : لا اقر ولا انكر يحبسه ، وان الطحاوى روى ذلك ، وهذا خلاف رواية الخصاف (وقول) الخصاف يوافق مذهب الشافعى في رد اليمين *

١٣٣٩ - وال الصحيح عندنا ما قاله الطحاوى في ذلك لما ذكرناه من الوجه فيه ، ولان البينة لا تسمع عليه في هذه الحال عندنا حتى يحصل الانكار الذى هو شرط سماعها فذلك الحكم بالنكول *

١٣٤٠ - واذ قد ذكرنا حكم النكول وموضع الحكم به وكيفيته ، وجب ان نذكر اليمين وصفتها ومواضع وجوبها ، وسقوطها ، وما يثبت من حكمها وما يثبت *

باب اليمين^(١)

وهذا باب اليمين وما يجب في اعرفتها وشروطها *

١٣٤١ - اعلم ان اليمين وضعت لقطع الخصم 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 ليقطيع بها هل رجل مسلم لقى الله وهو

(١) جاء في لسان العرب في مادة يمين : قال أبو منصور : اليمين في كلام العرب على وجوه : يقال لليد اليمنى يمين ، واليمين القوة والقدرة . . . واليمين المنزلة ، الاصمعي هو عندنا باليمين أي منزلة حسنة . . . وأما قوله تعالى « فراغ عليهم ضربا باليمين » (ك ٣٧/٩٣) ففيه أقاويل : أحدهما بيمنه ، وقيل بالقوة ، وقيل بيمنه التي حلف حين قال : « وتالله لا يكيد اصنامكم بعد أن تولوا مدبرين » (٥٧ ك الانبياء ٢١) . . .

واليمين الحلف والقسم ، انشى والجمع ايمان وايمان . . . قال الجوهرى : سمييت اليمين كذلك لأنهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل أمرىء منهم بيمنه على يمين صاحبه *

عليه غضبان ، وتلا الآية فقال الاشعث ^(١) : في والله نزلت كان بيني وبين رجل من اليهود ارض فجحدتى فقدمته الى النبي (ص) فقال :

ـ الک بینة

ـ فقلت : لا

فقال : لليهودي : احلف

فقلت : يا رسول الله اذا يحلف فیذهب بما لي فانزل الله « الذين يشترون بعهد الله » الآية *

١٣٤٣ - وقد روی عبد الله بن عوف ^(١) ان النبي (ص) أمر مناديا فنادى حتى

بلغ اليه ^(٢) :

ـ 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 نسبة ابن منه وابو نعيم ، والذى 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 وفده كنده وكانوا سنتين راكبا فأسلموا وخطب أم فروة أخت أبيي بكر فأجيب الى ذلك وعاد الى اليمين وأرتد بعد موته (ص) فاسرق فاستيقاه ابو بكر وزوجه اخته فاطمة وهي أم محمد بن الاشعث . شهد الاشعث اليرموك ففقت عينه ثم سار الى العراق فشهد القادسية والمدائن وجلواء ونهاؤند وسكن الكوفة وأبتنى بها دارا وشهد صفين مع علي ، وكان من الزم عليا بالتحكيم وشهد الحكمين بدومة الجندي ، وكان عثمان قد استعمله على اذربيجان ، وروى عن النبي احاديث روى عنه قيس بن ابي حازم او ابو وايل وغيرهما ، ونزل فيه قوله تعالى « ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا » الآية لانه خاصم رجلا في بئر فنزلت . وتوفي سنة اثننتين واربعين هـ . (اسد الغابة ٩٧ / ١ - ٩٨) *

(٢) الذين عرفوا بهذه الاسم من الصحابة والتابعين كما ورد في اسد الغابة (٣/٢٤٠ - ٢٣٩) هـ :

١ - عبد الله بن عوف الذي روى عن النبي قوله (ص) اليمان يمان . وكان من تابعي اهل الشام من الطبقة الثالثة من عمال عمر بن عبد العزيز .

٢ - عبد الله بن عوف الاشج من الوفد نزل البصرة .

٣ - عبد الله بن عوف بن عبد عوف بن الحارث بن زهرة اخو عبد الرحمن بن عوف ، اسلم يوم الفتح .

(٣) في نسخة قلبيج : البيينة .

مضت السنة ان اليمين على المدعى عليه وفي ذلك اجماع الصحابة والفقهاء رضي الله عنهم ، ان المدعى اذا لم يجد بينة على ما يدعي ان اليمين على المدعى عليه الا في مواضع نذكرها اختلقو فيها ، وان الخصومة ترتفع حتى يجد ما يوجب الحق كما ان البينة تقطع الخصومة ٠

١٣٤٥ - واليمين ليست عندنا بينة ولا تجري بجري البينة في اثبات الحقوق، وإنما وضعت لدفع الدعوى ، فإذا ثبت انها معمول بها ، وهي طريق الى قطع الخصومة وأحد اسباب القاضي التي يستوفيها وجوب ذكر صفة اليمين ٠

باب صفة اليمين

وهذا باب صفة اليمين وكيف يحلف القاضي ٠

١٣٤٦ - اعلم ان الناس اختلقو في تأكيد اليمين والفالظها ٠

١٣٤٧ - فالذى روى في خبر ابن ركانة^(١) ان النبي (ص) حلله حين طلق

(١) فى نسختى قليج وہنیج خبر ركانة . والذى فى اسد الغابة ركانة بن عبد يزيد بن هاشم بن المطلب المطلبي من مسلمة الفتح نزل المدينة ومن حديث عن النبي « ان لكل دين خلقا وخلق هذا الدين الحباء » . وتوفى ركانة فى خلافة عثمان وقيل توفى سنة اثننتين واربعين ٠

والحديث المروى فى متن الروضة ورد تفصيله فى اسد الغابة حيث جاء ان ركانة هذا « هو الذى طلق امرأته سهيمة بنت عويم بالمدينة اخبرنا أبو اسحاق ابراهيم بن محمد الفقيه وغيره ، قالوا باسنادهم الى ابى عيسى الترمذى ، قال حدثنا هناد ، حدثنا قبيصه عن جرير بن حازم عن الزبير بن سعيد عن عبدالله ابن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال :

اتيت النبي (ص) فقلت يا رسول الله !

انى طلقت امرأنى البتة ٠

قال : ما اردت بها ؟

قال واحدة ٠

قال : الله

قال : الله

قال : الله

قال : فهو كما ذكرت ٠ (اسد الغابة ٢/١٨٨ ، ٥/١١٠) ٠

البئنة ، والله ما اردت الا واحده ، فقال : والله ما اردت الا واحده 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 حنث
ووجب عليه الكفارة بالحلف باسم الله وحده ◦

٣٤٩ - وكذلك كل اسم لله تعالى مثل الرحمن والرحيم والقادر والغـلب
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
المدرک الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا
المال الذي ادعاه ، وهو كذلك ، ولا شيء منه اذا كانت الدعوى في المال ◦

١٣٥١ - وسبعين في كل كتاب كيف يحلف على دعوه ان شاء الله ◦

١٣٥٢ - هكذا قال الخصاف ◦ وقال الطحاوى : يضم الى الطالب الغـالب
واسقط المدرک ، وقال الذي يعلم السر والعلانية ، هكذا ذكر في المختصر ◦

١٣٥٣ - ويضم في يمين اليهودي : بالله الذى انزل التوراة على موسى
والنصارى بالله الذى انزل الانجيل على عيسى ، والمجوسى بالله الذى خلق النار
وباقى الناس بالله^(١) ◦

فصل

(عظمة القاضى الخصم قبل الاستخلاف)

١٣٥٤ - واذا اراد الاستخلاف فينبغي للقاضى ان يعظ الخصم ، ويقرأ عليه :
« الذين يشترون بعهد الله » الآية والخبر الذى رويناه عن ابن مسعود في الباب
الاول ◦

١٣٥٥ - وينبغي ان تكون اليمين على نسق دعوى المدعي ◦

(١) وعن الامام ابى حنيفة انه لا يستخلف احدا الا بالله خالصا (مجمع
الانهر ٢٤٩/٢) .

١٣٥٦ - ويجب ان يقع الحالف لنظر القاضي على الاختض دون الرفع والنصب ويحفظ ما يدعى المدعي وما يستحلف المدعي 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 المدعي القاضي قطعها ، وقال حسبي اذا او حسبي احلافه لم يتممها عليه ◦

فصل

(تغليظ اليمين)

١٣٥٨ - ولا تغليظ اليمين عندنا بالمكان ولا الزمان ◦

١٣٥٩ - وقال الشافعى : 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 يقسموا هناك ◦

١٣٦١ - وقال الشافعى : يستحلفهم في مواضع عبادتهم 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 الأرض لله جميما ، وهو بكل مكان تعالى ◦

١٣٦٣ - واذا قد ذكرنا صفة اليمين وعلى من تجب [فلنذكر ما لا تجب فيه] ◦

باب لا ١٥ يجب فيه يمين

وهذا باب ما لا يجب فيه يمين ، ولا يحلف القاضي فيه ◦

(١) في مجمع الانهر ٢٥٠/٢ « لا يحلون في معايدتهم لأن فيه تعظيم لها ، والقاضي ممنوع عن ان يحضرها وكذا امينه ٠٠ لا انه ليس له حق الدخول »

١٣٦٤ - اتفق اصحابنا جميعا ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد ونفر والحسن
ابن زياد وسائر اصحابنا على ان الحدود كلها لا يستحلف فيها ولا يجب فيها يمين
على من ادعى 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 ٠

١٣٦٥ - وقد حكينا فيما تقدم ان ابو حنيفة لا يستحلف في النكاح ،
والرجعة ، والولاء والرق والفى في مدة الايلاء ، والنسب ، وان باقي اصحابنا
يختلفون في ذلك كله ، وان النكول بذل عند ابى حنيفة وعند سائر اصحابنا يقوم
مقام الاقرار ، ولو قام مقام الاقرار لكان ينبغي ان يثبت في الحدود لأنها ثبتت
بالاقرار ٠

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 كلامين 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 نسبة كالميراث والنفقة ، فان نكل عن اليمين
شاركه في المال الذى في يديه كالاخ مع الاخ ولا يثبت النسب ٠

لا يمين فيما لا يقبل اقراره به

١٣٦٧ - قال اصحابنا : ولو ادعى رجل على آخر انه وصى لفلان ، وقد مات
او وكيل له وان على فلان مالا له فانكر ذلك فلا يمين عليه اذا لم يكن وارثا لأنه
لو اقر لم يقبل منه ٠

١٣٦٨ - ولو ادعى رجلان عبدا في يد آخر انهما اشترياه منه فاقر لاحدهما
بالشراء وانكر الآخر وطلب يمينه لم يحلفه القاضي ، لأنه لو اقر لما قبل ٠

١٣٦٩ - وكذلك لو نكل عن اليمين لأحدهما فقضى له وطلب الآخر اليمين
لم يحلف ٠

١٣٧٠ - وكذلك المرأة يدعىها رجلان فقر لاحدهما فهي لل الاول والاصل ^(١)

(١) في نسخة قليج : والعقد ٠

في هذا الباب ان كل ما لا يقبل اقراره لو اقر به لم يستحلف عليه كالهبة والصدقة
وغير ذلك فانه لا يحلفه للآخر ◦

١٣٧١ - و قالوا : لو ادعى احدهما الشراء والآخر الرهن او الاجارة فاقر
بالرهن والاجارة وطلب المشترى تحليفه فانه يحلفه ، وان اقر بالشراء فالمشتري
بال الخيار 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 فاقر لاحدهما لم يستحلف
الآخر ، وان اقر لهما جميعا فهما بال الخيار على قول من يجيز اجرة المشاع ◦

١٣٧٤ - وقال لو ان رجلا ادعى على آخر انه اشتري الدار التي في موضع
كذا ، وحددها بالف درهم وانه شفيعها 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 شفيعها ، فانه اراد بهذا الاقرار دفعي عن حقي فانه لا يمين عليه لأنه لو
اقر بالشراء بعد ذلك لم يقبل ، وهو خصم عن ابنه ، فان اقام المدعى بینة بالشراء
فالاب خصم ويقضى عليه ◦

١٣٧٥ - و قالوا : 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 بینة سمعها وجعله وصيا معه ◦

١٣٧٦ - وهذه موضع لا يستحلف فيها وكل ما يرد من هذا الجنس فهو
مثله ◦

١٣٧٧ - فاما ما يجب فيه اليمين فهو اکثر من ان يحصل في هذا الكتاب ،
واذ نحن ذكرنا الدع او في المسائل من الكتب جاءت المسائل مشرورة في مواضعها
ان شاء الله ◦

١٣٧٨ - ونحن نذكر ما يجب فيه اليمين على الجملة على البتات والعلم ◦

باب ما يجب فيه اليمين على البت

وما يجب على العلم والفرق بينهما

١٣٧٩ - واصل هذا الباب أن كل حق ادعى على الانسان انه فعله او عقده

او اعطاه او اخذه فاليمن فيه على البت والقطع .

١٣٨٠ - وكل ما ادعى على غيره او بسبب غيره فهو على العلم .

١٣٨١ - هذا قول اصحابنا .

١٣٨٢ - وكن شريح يحلف على البت والقطع فيما يدعى على المدعى عليه

من دين .

فإن حلف ولا اخذه به .

١٣٨٣ - وقال اذا كان لا يك^(١) على انسان دين يدعنه ويقيم بيته فإن حلف

المدعى مع بيته والا لم يعطنه .

١٣٨٤ - قوله ابراهيم [النخعي] يستحلف في هذا على العلم مثل قول

اصحابنا .

وبقولنا قال الشافعى فى هذا الباب .

١٣٨٥ - قال اصحابنا : اذا ادعى رجل على آخر ان اباه مات وله عليه الف

درهم فان اقر بموته سأله عن الدين ، فان انكر الدين حلفه : ما تعلم لهذا على

ابيك هذا المال ولا شيئا منه .

١٣٨٦ - وان قال لم يصل الى من مال ابى شيء وادعى على أنه وصل اليه

ما ادعاه وزيادة فاته يحلف على انه ما وصل اليك شيء من مال ابيك .

١٣٨٧ - ولو قال المدعى عليه ليس على يمين لأبيه لم يصل الى شيء لم يقبل

منه ويحلفه على علمه ما يعلم ان احدا^(٢) على ابيك المال الذي يدعى ولا شيء منه

«لأن المدعى»^(٣) يثبت المال على الميت ويتابع تركته في يد من هي .

(١) كذا في جمیع النسخ .

(٢) في نسخة قلیج : ان لهذا .

(٣) الزيادة من نسخة قلیج .

- ١٣٨٨ - وان ادعى على الوارث حقاً سماه 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 اشتري مالا ادعاه قبله *
- ١٣٩٠ - وان عرض بذكر اقالة اورد بعيب حلف انه ما يعلم ان هذا الشيء شرى لهذا من فلان قبل ان تشرئيه انت *
- ١٣٩١ - وان ادعى رجل على آخر ان عبده اتلف مالا او جنى جنائية في نفس او دونها خطأ فان المولى يحلف على علمه ، وان كان قتل عمد لم يكن على المولى يمين ، لأنه لا يقبل قوله على العبد *
- ١٣٩٢ - وكذلك اذا ادعى الرجل على غيره انه دفع الى وكيله بما يجب او ما عليه ، حلف الموكِل 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 ارت فانه يحلف على البت ولا يقبل قوله في الارث *
- ١٣٩٥ - وان قلل المدعى عليه للقاضي أحلف المدعى انها ما وصلت الى من ميراث أبي حلف على العلم ، فإذا حلف المدعى له على علمه أحلف 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 فقال المدعى عليه : قد مات ابي ولهذا عليه ما ذكر ، فقال المدعى قد ترك بملا سماه ، مثل ما اقر له به او اكثر ، فقال المدعى عليه ترك ابي هذا المال وهو لأخوتى وهم اثنان او ثلاثة كبيرة او بعضهم صغير وبعضهم كبير فان القاضي يجعل الالف كلها للغريم ، ولا يقبل قول الابن ان هؤلاء اخوته بعد ما ثبت الدين على الميت ، اذا كانوا لا يعرفون الا بقوله ، وان كانوا يعرفون لم يقبل اقراره الا بمحضته 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 فعل هذا الاصل . اذا كانت الدعوى على الغير فاليمن على العلم ، وان كانت على الخصم فهي على البت .
- ١٣٩٨ - واذ قد ذكرنا حكم اليمين على المدعى عليه فقد بقى ان نذكر ردتها على المدعى .

باب رد اليمين على المدعى

من قل ترد اليمين ومن قل لا ترد على المدعى .

- ١٣٩٩ - اتفق الفقهاء فيسائر الاعصار على العمل بما روی عن النبي (ص) من قوله البيضة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فجمع في هذا الخبر جميع البيانات وجميع الایمان فلا يجوز ان [توجه] يمين نبی جانب المدعى^(١) .
- ١٤٠٠ - وليس في رد اليمين سنة ثابتة تلقتها الامة باقتصار ، وانما في ذلك خلاف بين الصحابة والتابعين والفقهاء .

خلاف الفقهاء في تحويل اليمين

- ١٤٠١ - فالذى ذهب اليه اصحابنا ان اليمين لا تتحول عن الموضع الذى وضعها رسول الله (ص) وهو قول ابن عباس والحكم وابراهيم .
- ١٤٠٢ - وقول 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 الشافعى اذا نكل المدعى عليه حلف المدعى فان حلف استحق وان أبي لم يستحق .
- ١٤٠٤ - فان قال المدعى عليه : انا احلف قبل ان يستحلف المدعى ، قال ليس له ذلك لأنه قد ابطل اليمين عنه حيث جعلها على المدعى .

(١) جملة فجمع في هذا الخ لم ترد في نسخة منيچ

قضية بين عثمان والمقداد بن الأسود

١٤٠٥ - وقد روى الشعبي أن المقداد بن الأسود^(١) استسلف من عثمان بن عثمان (رض) سبعة آلاف درهم فاتاه باربعة آلاف درهم ، فقال عثمان : كنت سبعة ألف ، قال المقداد بما كانت الاربعة ، فارتفعا إلى عمر بن الخطاب (رض) وذلك في خلافته فقال المقداد : يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول ولیأخذها .
قال عمر : قد انصفك أخلف كما تقول وخذها .

قال عثمان : لا أخلف
قال (عمر بن الخطاب) : فاما الآن فخذ ما اعطاك
قال فأخذها
فلما قام المقداد قال عثمان :

(١) جاء في اسد الغابة : ان المقداد هو : ابن عمر بن ثقلة البهراوي المعروف بالمقداد بن الأسود ، وهذا الأسود الذي ينسب إليه هو الأسود بن عبد يغوث الزهرى ، وإنما نسب إليه لأن المقداد حالفه ، فتبناه الأسود فنسب ويقال له أيضاً المقداد التندى ، وإنما قيل له ذلك لأن اصاب دماً في براءه فهرب منها إلى كنده فحالقهم ، ثم اصاب فيهم دماً فهرب إلى مكة فحالف الأسود ابن عبد يغوث ، وقال أَحْمَدُ بْنُ صَالِحٍ هُوَ حَضْرَمَيٌّ ، وَحَالَفَ أَبُوهُ كَنْدَةَ فَنَسَبَ إِلَيْهَا وَحَالَفَ هُوَ الْأَسْوَدُ بْنُ عَبْدِ يَغْوَثٍ فَنَسَبَ إِلَيْهِ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ بَهْرَاءِي ، كَنْيَتُهُ أَبُو مَعْبُودَ وَقَبْلَ أَبُو الْأَسْوَدِ ، وَهُوَ قَدِيمُ الْإِسْلَامِ مِنِ السَّابِقِينَ ، وَهَاجَرَ إِلَى أَرْضِ الْجَيْشِيَّةِ ثُمَّ عَادَ إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْهِجَرَةِ إِلَى الْمَدِينَةِ لِمَا هَاجَرَ إِلَيْهَا رَسُولُ اللَّهِ (ص) فَبَقَى إِلَى أَنْ تَمْكَنَ مِنَ الْأَنْجِيَازِ إِلَى الْمُسْلِمِينَ فِي إِحْدَى الْغَزْوَاتِ ، وَشَهَدَ بَدْرًا ، وَلَهُ فِيهَا مَقَامٌ مَشْهُورٌ ، وَفِي مَوْقِعِهِ بَدْرًا قَالَ لِرَسُولِ اللَّهِ «أَمْضَى لِمَا أُمِرْتَ بِهِ فَنَحَنْ مَعَكَ ۖ ۖ ۖ أَذْهَبْ أَنْتَ وَرَبُّكَ فَقَاتِلَا إِنَّا مَعَكُمَا مَقَاطِلُونَ ۖ ۖ ۖ وَكَانَ الْمُقْدَادُ أَوَّلُ مَنْ أَظْهَرَ الْإِسْلَامَ بِمَكَّةَ ، قَالَ ابْنُ مُسْعُودٍ أَوَّلُ مَنْ أَظْهَرَ الْإِسْلَامَ بِمَكَّةَ سَبْعَةٌ مِنْهُمُ الْمُقْدَادُ ، وَشَهَدَ أَحَدُ أَيْضًا وَالْمُشَاهِدُ كُلُّهُمْ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ (ص) وَلَهُ مَنَاقِبٌ كَثِيرَةٌ وَشَهَدَ الْمُقْدَادُ فَتْحَ مِصْرَ ، رَوَى عَنِ النَّبِيِّ وَرَوَى عَنْهُ مِنَ الصَّحَابَةِ عَلَى وَابْنِ عَبَاسٍ وَالْمُسْتُورِدِ بْنِ شَدَادٍ وَطَارِقِ بْنِ شَهَابٍ وَغَيْرِهِمْ وَمِنَ التَّابِعِينَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ أَبِي لَيْلَى وَمِيمُونَ بْنَ أَبِي شَبِيبٍ وَعَبْدِ اللَّهِ بْنَ عَدَى بْنَ الْخِيَارِ وَجِيرِ بْنَ نَفِيرٍ وَغَيْرِهِمْ ۖ ۖ ۖ كَانَتْ وَفَاتَهُ بِالْمَدِينَةِ فِي خَلَافَةِ عُثْمَانَ ، وَمَاتَ بِارْضِهِ بِالْجَرْفِ وَحَمَلَ إِلَى الْمَدِينَةِ وَكَانَ عُمْرُهُ سَبْعِينَ سَنَةً (اسْدُ الْغَابَةُ ٤١١ - ٤٠٩)

والله ان كانت لسبعة الاف فقال عمر : فما منعتك ان تختلف وقد جعل ذلك
اليك ، والله ان هذه لسماء وان هذه لا ارض ، وان هذه الشمس وان هذا لنهار .
فقال عثمان : حشيت ان يوافق قدر بلا فيقال يمينه ! [كذا] ١٤٠٥

(من كان يرد اليمين)

١٤٠٦ - وكان شريح يرد اليمين وكذلك الشعبي ويحيى بن سعيد وغيره
ابن عبد العزيز وعبد الله بن عتبة .

فصل قول الشافعي في النكول

١٤٠٧ - واحتل了一 قول الشافعي في نكول المدعى عليه مع يمين المدعى .
فقال في أحد القولين مما ينزله البيهقي انه حجة من جهة المدعى ، وقال في
القول الآخر بمنزلة الاقرار لأن النكول صار من جهة المدعى عليه واليمين ترتبت
عليه فصار كافراه .

١٤٠٨ - فمن نكل المدعى عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، وفرق بين المدعى
عليه وبينه حين لم يسئل لأن نكول المدعى عليه اوجب للمدعى حقا في رد اليمين
والقضاء له ، فلم يجز سؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعى لا يجب لغيره حق يسقط
بسؤاله ، فإن ذكر سبب أو خيار فهو على حقه من اليمين ولا يضيق عليه في المدة
وترک ما تارک .

١٤٠٩ - وفي المدعى عليه تقدّر ثلاثة أيام ، قال معنى أبي 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 ، لأن حكم الدعوى الاولى قد سقط .

١٤١٢ - قال :

وان حلف المدعى عليه في الدعوى الاولى سقطت عنه المطالبة ، وان نكل
عن اليدين له لم يقض عليه بنكوله وشاهد المدعى .

١٤١٣ - وهل يرد اليدين على المدعى ليحلف مع الشاهد ؟ فيه قولان احدهما
انها لا ترد لأنها كانت في جانبه وقد اسقطها وصارت الى جانب غيره فلم تعد اليه
كمدعى عليه اذا نكل عن اليدين فردت على المدعى فتكل عنها فانها لا ترد الى المدعى
عليه .

١٤١٤ - والقول الثاني انها ترد لأنها غير الاولى لأن اليدين الاولى لا يحكم
بها الا في المال وما يقصد به المال والثانية يقضى بها في جميع الحقوق التي تسمى
بها المدعوى .

١٤١٥ - قال :

وان قلنا لا ترد حبس المدعى عليه حتى يحلف او يقر ، وان قلنا ترد حلف
مع الشاهد واستحق .

١٤١٦ - واذ قد ذكرنا اليدين وردتها فلتذكر البينة بعد اليدين ما حكمها ؟

اقامة البينة بعد اليدين

١٤١٧ - اعلم ان الدعوى اذا توجحت وصحت وحصل الانكار من المخصم
فان القاضي يسئل المدعى الك بيته ؟

فان قال : نعم

سؤاله :

احاضره هي أم غائب ؟

فان قال :

هي حاضرة

فان ابا حنيفة قال :

لا استحلله واطلب البينة

وقال ابو يوسف :

اذا طلب الخصم استخلافه فانه يستخلفه لانه ربما يتورع ويقر فينلى
الخصم عن اقامة البينة وتعديل الشهود ، ولا استخلفه 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 بالبينة ويبطل اليمين لما روى (ابو) سعيد
الخدرى عن عمر بن الخطاب رض الله عنه انه قال :
اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة .
وهو قول شريح وطاوس وابراهيم .

وبه قال الشافعى وغيره .

١٤٢٠ - وقال ابن ابى ليلى وغيره : قد مضى القضاء ولا يقضى بالبينة .

الاقرار بعد البينة

١٤٢١ - ولا خلاف انه لو اقر بعد اليمين قبل اقراره وحكم عليه فكذلك
اذا قامت البينة .

١٤٢٢ - وعكس ذلك اذا ابرأ من الحق فانه لا يقبل الامررين .

فصل

١٤٢٣ - ولا فرق عندنا بين ان يقول :
احلف وانت برب امرئك . او :
اذا حلفت فانت برب امرئك .

بالبينة لان البراءة لا تقف على شرط فلا تصح البراءة اذا حلف .

فصل

١٤٢٤ - فان قال المدعى عليه احلفه لى انه يستحق ما شهدت به البينة
لم يحلقه لان فى ذلك طعن فى البينة العادلة ، ولانه لا يجمع عليه اقامة
البينة واليمين .

١٤٢٥ - وكذا قال الشافعى ايضا .

فصل

١٤٢٦ - فان ادعى انه ابرأني من الحق او قضيته اياديه فانه يحلفه انه لم يبره ولم يقضه لانه ليس في ذلك قبح في البينة ، وما يدعوه محتمل فحلف عليه ٠

فصل

١٤٢٧ - فان قال :

ليس لي بيضة حاضرة ولا غائبة ، وكل بيضة تشهد لي فهي كاذبة ، وطلب احلافه فحلف ثم اقام البينة فان أبي حنيفة قال :

احكم بالبيضة ٠

١٤٢٨ - وان قال :

لا بيضة لي ولا شهادة لي عند فلان فيما ادعى ولا عند فلان ، ثم ادعى شهادتهما ، او قال :

كل شهادة يشهدون لي بها على هذا الحق فلا حق لي بها ثم احضر البينة

حكم بها ٠

١٤٢٩ - هكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ٠

١٤٣٠ - وقال بمحمد :

اذا قال ليست لي بيضة عليه بهذه على هذا الحق ثم احضر بيضة لم اسمعها ولم احکم بها ٠

١٤٣١ - وقال اصحاب الشافعى في ذلك ثلاثة اوجه :

احدما انها لا تسمع لانه كذبها بقوله ٠

والثانى : انه اذ كان هو الذى استوثق باليضة لم تسمع لانه كذبها ٠

وان كان غيره استوثق باليضة سمعت لانه لم يعلم باليضة فرجع قوله الى

ما عنده ٠

والثالث انها تسمع بكل حال لانه يجوز ان يكون بما علم ، وان علم فلم يعلم نسي فرجع قوله لا بيضة لي الى ما يعتقده ٠

١٤٣٢ - وقد ذهب بعض اصحابنا الى هذه الجملة ٠

فصل

أخذ الكفيل من المدعى عليه

١٤٣٣ - وان قال :

- لى بينة بما ادعى فخذلى كفيلا لا حضرها أخذ منه كفيلا ثلاثة ايام اذا كان من أهل مصر .

١٤٣٤ - وقال ابو يوسف أخذ منه كفيلا الى وقت يمكنه التقدم فيه .

١٤٣٥ - وقال قتادة وابو هاشم ليس عليه اقامة كفيل .
وهو قول الشعبي .

١٤٣٦ - وعن شریح انه قال لا كفاله في حد .

١٤٣٧ - وقال بعض اصحابنا :

هذا يدل على انهم كانوا يأخذون في غير الحد .

١٤٣٨ - وقال ابو يوسف :

وعلى أخذ الكفيل ادراكنا قضاتنا يعلمون .

١٤٣٩ - وقال الشافعى :

ليس له ملازمته ولا أخذ الكفيل .

١٤٤٠ - قال اصحابنا :

وان كان الرجل مسافرا اجله الى حين قيامه من المجلس ، فان الحضر
بينة والا خلي سبيله .

١٤٤١ - افان اشكل عليه هل هو مسافر او مقيم فان اقر الطالب انه مسافر
اجله المجلس وان انكر وادعى انه مقيم عمل على ما يصح عنده من ذلك .

١٤٤٢ - وان كانت الدعوى في حد القذف او تقصاص في النفس او فيما
دونها من طرف او جراحة فان ابا حنيفة قال لا كفاله في ذلك .

وقال ابو يوسف آخذه بالكفيل ثلاثة ايام ، وان اقر المطلوب او قامست
بينة حبسه ولم يأخذ كفيلا .

١٤٤٣ - وان كانت الجراحة يجب بها المال ولا حكم للقصاص في ذلك
آخذه بالكفيل .

فصل

- ١٤٤٤ - وان شهد له عليه شاهد واحد عدل جبسه القاضى الى ان يتم الشهادة ، وان لم يعرف الشاهد لم يجتبه .
١٤٤٥ - وقال بعض اصحاب الشافعى فى ذلك قولين :
احدهما مثل ما قلناه . والثانى لا يجتبه .
١٤٤٦ - ومنهم من فرق وقال :
ان كان الحق مما يثبت بالبين مع الشاهد جبسه لأن الخصم يمكن من وصوله الى حقه بيمنه مع الشاهد .
وان كان بخلاف ذلك لم يجتبه .
١٤٤٧ - وقال ابو يوسف ومحمد اذا شهد واحد عدل كفلناته ولم يجتبه .
١٤٤٨ - وقال اصحابنا :
وان كانت الدعوى في حد الزنا وشرب العمن والسكر من النيلم وطلب الكفيل لم يؤخذ به ولم يلزمته ، 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 أخذ في دعوى القصاص الكفيل وفيما يتعلق بحقوق الناس وكذلك اذا قام الشهود ولم يعدلوا وطلب الكفيل حتى يعدلهم فله ذلك .
١٤٥١ - ويختبر كفيل موثوق به وله مال .
١٤٥٢ - وخالف اصحاب الشافعى اذا طلب الخصم جبسه حتى يسأل عن البينة في الباطن :
فمنهم من قال يجتب وهو الصحيح لأن الظاهر العدالة .
والثانى وهو قول الأصطخري ولا يجتب بلان 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 :

- (شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك) °

١٤٥٥ - وانما قلنا له ذلك لثلا يؤذى الى هرمه 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

جبيعاً فله ذلك وان ابى امر القاضى ان يلزممه ويلزم ذلك الشيء حتى يعطيه
كفيلاً بهما °

١٤٥٨ - وقال الشافعى :

ليس له الملازمة ولا لزوم ذلك الشيء °

١٤٥٩ - وقال اصحابنا :

في العقار يأخذ كفيلاً بنفسه دون العقار °

١٤٦٠ - وان اعطاه فيما ينقل ويحول بالشيء كفيلاً دون نفسه فله ان
يلزمه حتى يعطيه كفيلاً بنفسه ° وان قال انا اقيم وكيلاً عن نفسي جائز ما صنع
على ، وقد اقمت بالشيء كفيلاً قبل ذلك منه °

١٤٦١ - وان كانت الدعوى في دين كان عليه ان يقيم كفيلاً مع الوكيل
بنفسه °

١٤٦٢ - وان قال انا اعطيته كفيلاً بالمال والمسئلة بحالها لم يقبل منه
الا برضا الشخص °

١٤٦٣ - واما العقار اذا اعطاه وكيلاً في خصوصاته وأخذ من الوكيل كفيلاً
بنفسه دفع العقار الى الوكيل وابا ان يعطيه كفيلاً بنفسه لم يجر على ذلك °

فصل

هل يحكم بعد البيينة في غيبة المدعى عليه ؟

١٤٦٤ - واذا قامت البينة بشيء من ذلك ثم غاب المدعى عليه ، ولم يكن له

كفيل او كان فغاب الكفيل او غاب الوكيل وذكيت اليينة واراد المدعى من القاضى الحكم فانه لا يقضى بشيء من ذلك .

١٤٥ - وهذا قول محمد بن الحسن لانه قضاء على غاء -^{١٠}

١٤٦٩ - و قال ابو يوسف انه اذا كان قد سمع اليه على الشخص او وكيله ثم تغيب هو او وكيله فانه يحكم عليه ويتفقد القضاة ويجعله على حجه .

٦٧ - **وقال المسافع:** لا يجيئك من شرطه إلا شر

يُفْصَى عَلَيْهِ مِنْ الْغَنَمِ

فصل ثالث أثبات الوصية والوكالة

١٤٦٨ - وان ادعى الوصية او الوكالة من الغير وطلب الكفيل حتى يقيس
البينة بالوصية والدين لمن وكله لم يجده الى ذلك

١٤٦٩ - ولو كانت الوصية والوكالة ثابتة عنده وطلب الكفيل أخذ لـ
الكفيل واحده ثلاثة ايام كما اذا أدعى الحق نفسه .

١٤٧٠ - ولو شهد له بالوصية والوكالة ولم تترك البينة وطلب الكفيل ، لم يكن له ذلك ، إنما له ذلك اذا شهدت البينة وحكم بالوصية والوكالة وهو قوئٌ ^{أمسحناها} جسعاً .

١٤٧١ - ولو أدعى الدين والوصية في مجلس واحد وأقام بذلك شهوده
فأنه تسمع بيته الوصية والوكالة ، وتسمع الشهادة على الحق ويقضى به ويفسذ

الجمع استحساناً ٤٠
الراجح في ذلك مسلم في البخاري
١٤٧٢ - والقياس أن لا يثبت الحق ولا ينفي عليه حتى تثبت الوصية

والوکالات اولاً، فإذا حکم بذلك سمع بعده ذلك الدعوى على الحق الذى يدعى به .

١٤٢٣ - وحدى الحصاف حلاف ابى حيافة وابى يوسف فقال :

على قول أبي حنيفة لا يقبل وعلى قول أبي يوسف يسمع على الجميع
دفعة واحدة ◆

فصل

١٤٧٤ - ولو أن رجلاً أحضر رجلاً إلى الحاكم وقال له أن هذا وصي فلان أو وكيله وطلب من الحاكم أن يأخذ منه كفلاً حتى يثبت الوصية أو الوكالة لم يجيء إلى ذلك، وكذلك أن أقر بالوصية وقال ليس في يدي للميت حق فالقول قوله في ذلك ، وان طلب المدعى ان يأخذ منه كفلاً ليثبت الحق عليه ثم يبيع مال المت اجابه الى ذلك .

فصل

١٤٧٥ - وأن ادعى على رجل أن أباً مات وانه وارثه وان أخيه مات وهو وارثه وان على هذا الرجل حقاً لهما وأريد أن آخذ منه كفلاً حتى أقيم البينة بما ذكرت آخذ منه كفلاً لمدة ثلاثة أيام .

١٤٧٦ - وكل حق ادعاء انسان لنفسه وطلب الكفيل آخذ به الا المسافر وما لا يجوز آخذ الكفيل به مما تقدم .

فصل

١٤٧٧ - ويؤخذ للرجل من المرأة والمرأة من الرجل اذا كان كل واحد يدعى النكاح على الآخر ، حتى يقين البينة أو يعدل ، وكذلك اذا ادعى رق العبد أو الامة .

فصل

١٤٧٨ - وإذا مات المطلوب بالحق أو مات الكفيل بطلت الكفالة (١) وأن مات الطالب فالكفيل على حاله .

١٤٧٩ - وأن سلم الكفيل المكفول به إلى وصي الميت بريء وأن سلمه إلى وارثه بريء من حصة ذلك الوارث ، ولمن بقي حقه من الكفالة بحاله .

(١) والحكم يعكس ذلك في القانون المدني العراقي فقد نصت المادة ١٠٤٧ على أنه :

« اذا مات الكفيل بمال يطالب بمال المكفول به من تركته » .

فصل

١٤٨٠ - وإذا قدم الرجل الى المحاكم رجلا فانكر فالخلفه ثم قدمه ثانية
فقال المدعى عليه بجميع دعواه لم يجرمه القاضي على ذلك اذا رأى ذلك وان علم
انه بيته أمره ان يجمع الدعوى .

فصل

١٤٨١ - وان شهد على الرجل عند المحاكم بحق عدوان ، 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 اتي بما يوجب الجرح وفت الشهادة .

١٤٨٢ - هذا اذا كان لا يعلم المدعى عليه ذلك ، فان كان عالما بذلك
فللحاكم أن يقول له ذلك وله ان يسكت .

١٤٨٣ - وعند ابى حنيفة الحكم ماض مالم يطعن الشخص وقد مضت .

١٤٨٤ - وان قال :

لي بيته بالقضاء او الابراء أجل ثلاثة أيام فى ذلك والا حلف المدعى عليه
انه لم يبره ولم يقضه ، وله أن يلازمه الى أن يقيم البينة بالجرح أو القضاء لأن
الحق قد ثبت في الظاهر ، وكل هذا قول الشافعى ايضا في هذا الباب .

١٤٨٥ - وادى قد ذكرنا حكم الشهادة والنكول والايمان وما تقدم في هذه
الابواب وجوب ذكر الرجوع عن الشهادة .

باب الرجوع عن الشهادة^(١)

وهذا باب الرجوع عن الشهادة :

١٤٨٦ - كان الواجب أن يؤخر هذا الباب إلى بعد الفراغ من جميع ما يخص القاضى من الحقوق غير أن فى تقاديمه معرفة حكم الرجوع قبل علم ما يرجع عنه ، لانه ينبغي أن يكون مضموماً إلى الشهادة لانه يتلوها في الكتب ، فلهذا قدمنا ذلك لأننا زتبنا 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 على

١٤٨٨ - ونجن نفصل مسائل الرجوع فى ذلك على الوفاق والخلاف .

١٤٨٩ - والاحصل فى هذا الباب ما روى الشعبي أن رجلين أتيا عليه رضي الله عنه برجل فشهادا عليه انه سرق فقط على يده ، ثم جاءا بعد ذلك بأخر وفقالا غلطنا في الاول انما كان هذا الذى سرق فباطل 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 بشيء وهو قول عامة الفقهاء .

١٤٩١ - وقال أبو نور يحكم بشهادتهما لأنهما يحتمل أن يكونا صادقين في الشهادة كاذبين في الرجوع . ويحتمل أن يكونا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة فلا يحكم مع الشك كما إذا جهل عدالة الشهود .

الرجوع بعد القضاء في المال

١٤٩٢ - وإن رجعا بعد القضاء في المال غرما ما شهدا به ، ولا يرد الحكم .

الرجوع قبل الاستيفاء

١٤٩٣ - وإن رجعا بعد الحكم قبل الاستيفاء فإن كان في حد أو قصاص

(١) ربع السمناني في أكثر مسائل هذا الباب إلى ما جاء في مختصر الطحاوى بهذا العنوان (ص ٣٤٤ وما بعدها) .

لم يجز الاستيفاء لأن 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 بطل ، ويضمنان للمقاضي له
مثل الحق .

١٤٩٥ - وكان أبو حنيفة يقول ذلك ثم رجع الى انه لا يبطل القضاء فصار
اياضا هذا شبهة في منع الاستيفاء .

١٤٩٦ - وان كان المشهود به مالا او عقارا او دينا فانه يستوفى ذلك كله
وعليهما الضمان ، وهو ظاهر مذهب الشافعى .

١٤٩٧ - وقال أصحابه ينقض لأن الحكم غير مستقر قبل الاستيفاء وهذا
لا يصح لأن الحكم نفذ والشبهة لا تؤثر فيه فجاز الاستيفاء .

(١) في نسخة قليح : حماد بن أبي سليمان وهو الصواب فهو حماد بن
أبي سليمان مسلم الاشعرى مولاهم ابو اسماعيل الكوفي الفقيه روى عن أنس
وزيد بن وهب وابن المسيب وسعيد بن جبير وعكرمة وابي وائل وابراهيم
النخعى والشعبي وغيرهم ، وعن ابنته اسماعيل وعاصم الاحول وشعبة والثورى
وحماد بن سلامة ومسعر وهشام الدستواطي وابو حنيفة والحكم والاعمش
والبغرة ، وهم من اقرانه وجماعته وكان حماد النخعى شيخوخ الاعلام ابى حنيفة وعليه
مدار حديثه وفقهه ، لرمه 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 الشافعى ينظر فان قالوا تعمدنا القتل بشهادتنا وجب عليهم القود ، وهو قول الحسن وابراهيم .

١٤٩٩ - لنا ان ^(١) الشهود لم يقتلوا وهم سبب يجوز ان ينفك مسييه عنه فلا يجب القود .

١٥٠٠ - وهم يقولون هما الجاه الى قتل المشهود عليه فصارا كما لو اكرهاه .

١٥٠١ - وفرق أصحابنا بين الامرين بان الولى بالختار ان شاء قتل وان شاء لم يقتل بخلاف المكره فانه ملجاً .

١٥٠٢ - ولو كان المحاكم كالمكره لوجب القصاص على المحاكم .

١٥٠٣ - قال (أبي الشافعى) وان قالوا تعمدنا الشهادة ولم نعلم انه يقتل ، وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مخفة لما فيه من العمد ومؤجلة ^(٢) لما فيه من الخطأ .

١٥٠٤ - وان قالوا اخطأنا وجبت عليهم دية مخفة لانه خطأ لا يتحمله المألة لأنها وجبت باعترافهم وهذا يبين لك انهم ليسوا في حكم المكرهين للقاضى .

(١) اصل العبارة في جميع النسخ (لان) ولا يستقيم المعنى بها فابدلتها بها ما ذكر ليستقيم ولتكون العبارة اللاحقة حجة للمعنة على قول الشافعى والحسن وابراهيم . وعلى كل حال فان اسلوب السمبانى يستدل منه على انه كثيراً ما يبدأ احتجاجه لاقوال منهبه وتقضى منهبه مخالفته : بقوله لان .

(٢) كذا في جميع النسخ وسياق الكلام ان يقول : مخفة في مقابلة مخفة .

فصل

١٥٠٥ - وان اتفقوا على ان بعضهم تعمد وبعضهم اخطأ وجب على المخطئ قيشه من الديمة المخففة وعلى المتعمد قيشه من الديمة المغلظة ، ولا يحيط عليه القود شاركة المخطيء له ٠

١٥٠٦ - قال ربعة^(١) : اذا رجعوا عن القتل والقطع فعليهم العقل ولا عقوبة عليهم لأن التائب لا يعاقب مخففة ان لا ينزع أحد^(٢) ، وان نزع بعضهم واقام بعض كان العقل على من نزع ٠

فصل

١٥٠٧ - قال الشافعى :

وان اختلفوا فقال بعضهم تعمدنا كلنا وقول بعضهم بل اخطأنا كلنا وجب على المقر بعد الجميع القود ، وعلى المقر بخطأ الجميع قيشه من الديمة المخففة فجمع بين القود والمال في نفس واحدة ٠

فصل

١٥٠٨ - وان كانوا أربعة شهود بالرجم فقل اثنان منهم عمداً وآخطاً هذان وقال الآخران بل عمداً وآخطاً الاولان فيه قولان :

احدهما انه يجب القود على الجميع لأن كل واحد اقر بالعمد ٠
والثاني لا قود على احد منهم بل يجب على كل واحد قيشه من الديمة المغلظة لانه لا يؤخذ احد الا باقراره ، وكل واحد منهم اقر بعد شاركة فيه

في خطأ فلابد يجب عليه القود باقرار غيره بالعمد^(١) .
فالواضح^(٢) وهو الصحيح^(٣) .

(١) لعل المقصود به ربعة الرأي . فقه الحجاز الشهير .
(٢) نزع عن الصبي والامر ينزع نزوعاً كف وانتهى وربما قالوا : نزع
(٣) (لسان العرب) ٠

فصل

- ١٥٠٩ - وأن قال اثنان : تعمدنا كلنا ، وقال الآخرون عمداً واخطأ الأولان ، فعلى الاولين القود وفي الآخرين قولان أحدهما يجب عليهما القود والثاني وهو المذهب لا يجب ، ويجب عليهما قسطهما من الديمة المغلظة .
- ١٥١٠ - وإن قال بعضهم عمدة ولا أعلم حال البقرين ، فإن قال الباقيون عمداً وجب القود على الجميع ، وإن قالوا اخطأنا سقط القود على الجميع .

فصل

رجوع الشهود بالزنا

١٥١١ - وإذا شهد أربعة بالزنا ، فإن رجعوا قبل القضاء حدوا جميعا ،
وان رجعوا بعد القضاء والاستيفاء غرموا الديمة . ووجب عليهم الحد .

١٥١٢ - وقيل زفر : يغرون الديمة ولا حد .

١٥١٣ - وقال ابن أبي ليل : يقتلون جميعا والشافعى قوله تقدم .

١٥١٤ - وان رجع واحد منهم بعد القضاء والحكم والاستيفاء فعلى الراجع
ربع الديمة والحد في قول الثلاثة من علمائنا . وقال زفر لا حد لأن المقذوف
ميت ولا حد على الثلاثة في قولهم جميعا .

فصل

١٥١٥ - وان رجع قبل القضاء والامضاء فعلى الجميع الحد الراجع ومن
بقى في قول ابى حنيفة وابى يوسف و محمد . وقال زفر يحد الراجع وحده ،
وهو قول الشافعى .

فصل

١٥١٦ - وان رجع بعد القضاء قبل الامضاء حد وحد من بقى في قول
ابى حنيفة وابى يوسف الآخر ، 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 الأربع فلا
حد عليه ولا ضمان لبقاء من يثبت معه الحد من الشهود .

١٥١٩ - وكذلك قال الشافعى لا قود على من رجع مع بقاء الأربع .

١٥٢٠ - وهل يجب عليه من الديمة شيء ؟

قالوا فيه وجهان احدهما انه لا يجب لبقاء وجوب القتل عليه ، والثانى
يجب خمس الدية لأن الرجم هو ^(١) بشهادتهم وال الصحيح عندهم مثل قولنا .

فصل

١٥٢١ - واذا رجع اثنان من الخمسة وقالوا اخطأنا كلنا في الديمة وجهان
احدهما انهم يضمنان الخمسين اعتبارا بعدهم ، والثانى انهم يضمنان ربعة
الديمة ، وهو قولنا في الرجوع تعتبر ابدا من بقى من الشهود فثبتت به ما ثبت
من البينة والباقي ثلاثة اربعاء الديمة .

رجوع شهود الاحسان

١٥٢٢ - واذا رجع شهود الزنا وشهود الاحسان بعد الرجم فالضمان
عندنا على شهود الزنا خاصة ، ولاضمان على شهود الاحسان .

١٥٢٣ - وقال زفر الضمان على الفريقيين بينهم نصفان بالسوية .

١٥٢٤ - وقال اصحاب الشافعى في شهود الاحسان ثلاثة أوجه :

١٥٢٥ - احدهما انه لا يجب لانهم لم يشهدوا بما يجب القتل وهذا
قولنا .

والثانى انه يجب على الجميع لأن الرجم لم يستوف الا بهم ، وهذا
قول زفر .

والثالث انهما ان شهدا بالاحسان قبل ثبوت الزنا يضمنان على وجهين
احدهما نصف الديمة والثانى يجب عليهم ثلث الديمة لانه رجم بشهادة سبعة
فوجب على الاثنين ثلث الديمة .

فصل

١٥٢٦ - وان شهد اربعة بالزنا ، وشهد اثنان منهما بالاحسان قبلت
شهادتهم .

(١) في نسخة قليع : حصل

١٥٢٧ - وقال الشافعى تقبل الا فيما يجران بهذه الشهادة الى انفسهما
نفعاً أو يدفعان بها عنهما غرماً

فصل

١٥٢٨ - فان شهدوا رجم الشهود عليه ثم رجعوا فالدية عليهم ارباعاً لان
شهود الاحسان لا يضمنون

١٥٢٩ - وقال أصحاب الشافعى اذا قلنا يجب القسمان على شهود الاحسان
ففي هذه المسئلة وجهان :

أحدهما انه لا يجب لأجل الشهادة بالاحسان بشيء بل يجب على من
شهد بالاحسان نصف الديمة كأربعة انسف جنا اثنان منهما جنائيين واثنان أربعة
جنائيات

والثاني انه يجب القسمان لأجل الشهادة بالاحسان
وإذا قلنا يجب على شاهدى الاحسان نصف الديمة وعلى شاهدى الزنا
النصف وجب هنها على الشاهدين بشهادتهما بالاحسان نصف الديمة وقسم النصف
بينهم نصفين على شاهدى الاحسان النصف وعلى الآخرين النصف فيصير على
شاهدى الاحسان ثلاثة أرباع الديمة وعلى الآخرين رباعها

وإذا قلنا يجب على شاهدى الاحسان ثلث الديمة وجب هنها عليهما الثلث
بشهادتهما بالاحسان وقسم الباقي بينهم نصفين فيصير على شهود الاحسان ثلاثة
الديمة وعلى شهود الزنا الثلث

فصل

ضمان شهود التزكية

١٥٣٠ - واذا شهد على رجل اربعة بالزنا وشهد اثنان بتزكيتهم ثم بان أن الشهود كانوا كفارا أو عبيدا وجب الضمان لأن المرجوم قتل بغير حق ولا شيء على شهود الزنا لأنهم يقولون انا شهدنا بالحق ولوى الدم ان يطالب من شاء من الامام والمذكين لأن الامام رجم والمذكين العاجة فان طالب الامام رجع على المذكين لانه رجمه بشهادتهما

وان طلب المذكين لم يرجعا على الامام لأنهما كآلة له
وهذا قول الشافعي

١٥٣١ - وقال أصحابنا :

ما كان من حطا الامام في الحدود فالضمان في بيت المال وما كان من أحوال الناس فالضمان على المحكوم له ، وكذلك القصاص

١٥٣٢ - وان رجع المذكور في الزنا او بان أن الشهود عبيد او كفار وقد رجم المشهود عليه غرموا الذية في قول ابي حنيفة

ضمان الديمة

١٥٣٣ - وعندنا اذا بان رق الشهود او كفرهم فالديمة في بيت المال
وهذا في الزنا

١٥٣٤ - وقد اختلف عن ابي حنيفة في الديمة اذا استوفى الولي القود فروى عنه ان ضمان الديمة في مال المشهود له [للمشهود 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 المسألة هي :

« وقد اختلف عن ابي حنيفة رضي الله عنه ، فروى عنه من ذلك ان ضمان الديمة في مال المشهود له ، وروى عنه انها على عاقلته ، وبه تأخذ »

فصل

الرجوع عن الشهادة بالعتق

- ١٥٣٥ - واذا شهدا بالعتق ثم رجعوا بعد الحكم وجب عليهم ما قيمة العبد
لأنهما اتلفاه عليه حكمًا فضمناه كما لو اتلفاه (حقيقة)^(١)

فصل

الرجوع عن الشهادة بالتدبير

- ١٥٣٦ - ولو شهدا بالتدبير ثم رجعوا بعد الحكم فعليهم ضمان ما بين قيمة
انعبد مدبرا الى قيمته غير مدبر ◦
١٥٣٧ - فان مات المولى بعد ذلك وعق العبد من الثالث كان عليهم ضمان
بقية قيمته عبدا للورثة ◦

فصل

الرجوع عن الشهادة بالكتابة

- ١٥٣٨ - ولو شهدا بالكتابة انه كاتبه على الفي درهم الى سنة وقيمة العبد
ألف فقضى بذلك ثم رجعوا فان المولى بال الخيار ان شاء ضمن الشاهدين الف درهم
حالة وان شاء اتبع المكاتب بالفيفي درهم ، الخيار له ، فان ضمن الشاهدين
رجعوا على المكاتب بمال الكتابة الى أجله فإذا قضيا بذلك احتسبا من ذلك ألف
درهم لانفسهما وتصدق بالفضل من ذلك لانه ربع ما لم يضمن^(٢) ◦
١٥٣٩ - واى الوجهين كان وعوق المكاتب فان ولاؤه لمولاه ◦
ولو لم يعوق المكاتب وعجز فعاد رقيقا برؤى الشاهدان من الضمان ووجب
على المولى رد شيء ان كان قبضة منهمما من قيمته عليهما^(٣) ◦

(١) زدنا ما بين قوسين لتنسقجم الجملة ولم ترد هذه الزيادة في نسخة
قليل . وقد وردت هذه المسألة في مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨) وزاد فيها
قوله : ويكون ولاؤه لمولاه دونهما ◦

(٢) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨ - ٣٤٩) ◦

(٣) ايضا (ص ٣٤٩) ◦

فصل

رجوع شاهدى 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 اتفاها .

١٥٤١ - وقال الشافعى :

يجب عليهم 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 المتعة فعليهما ما يقضى عليه من ذلك لأنهما قررا عليه ما هو بعرض السقوط .

١٥٤٣ - ولاصحاب الشافعى طريقان في وجوب الضمان .

فصل

رجوع شاهدى الطلاق وشاهدى الدخول

١٥٤٤ - واذا شهد اثنان بالطلاق وآخران بالدخول ، ثم رجع الجميع ، والصداق المقضى به لها الف فان القاضى يقضى بضمان الصداق عليهم ارباعا ، على شاهدى الطلاق من ذلك الرابع وعلى شاهدى الدخول من ذلك ثلاثة ارباعه .

فصل

١٥٤٥ - واذا شهدتا 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 يضمنا ايضا لانهما اتلفا ما ليس له قيمة ^(١) .

١٥٤٦ - وعن ابى يوسف انهما يضمنان تمام مهر المثل ^(٢) .

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ .

(٢) لم يرد اقول ابى يوسف فى مختصر الطحاوى ، ص ٣٤٥ .

١٥٤٧ - وان كانت المرأة هي المدعية ضمنا للزوج ما زاد على قدر مهر

المرأة لأنه مال اتفاه عليه ◦

فصل

رجوع شاهدى البيع

١٥٤٨ - واذا شهدا بالبيع وقضى به القاضى وسلم البيع ثم رجعا فان كان الثمن بقيمة البيع فلا رجوع عليهمما بحال ، وان كان فى ذلك نقص عن (قيمة) البيع رجع عليهمما ب تمام القيمة وفاضل الثمن ايهمما كان المنكر بخلاف النكاح فى ذلك ◦

فصل

رجوع شاهدى الاجارة

١٥٤٩ - وان كان رجوعهما عن الاجارة :
ان كان المدعى صاحب الدار فلا ضمان عليهمما فيما زاد من اجرة المثل وانما ينظر الى الاجرة المقضي بها فان كانت المنفعة التي استوفاها المستأجر فيها بقيمة الاجرة فلا شيء عليهمما وان كانت أكثر من القيمة رجع بالفضل عليهمما ◦

فصل

رجوع الشاهدين في شهادتهم على ولد المقتول بالعفو عن القاتل

١٥٥٠ - واذا شهدا على ولد المقتول بالعفو عن القاتل وقضى عليه بذلك ثم رجعوا عن الشهادة فان أبي حنيفة ومحمدا قالا لا ضمان عليهمما ، وهو قول أبي يوسف الذي رواه محمد ، وروى أصحاب الامال عن أبي يوسف انه قال عليهمما ضمان الديمة لولي المقتول ◦

رجوع الشاهدين على الصلح بين

ولي المقتول والقاتل على مال

١٥٥١ - ولو لم يشهد على العفو ولكنهما شهدا على القاتل انه صالح ولد المقتول من الدم على مال ثم رجعوا عن شادتهم فانه ينظر فيما شهدا عليه من المال:
فان كان مقدار الديمة أو دونها فلا ضمان عليهمما ، وان كان أفضل من ذلك فعليهمما ضمان الفضل لأن العفو ليس بمال ، وما زاد على الديمة فقد اتفاه عليه ◦

فصل

العَدْ فِي الرُّجُوع

١٥٥٢ - واذا شهد رجل وامرأتان بالمال ثم رجعوا وجب على الرجل النصف وعلى كل واحدة من النساء الرابع لان كل امرأتين كالرجل .

١٥٥٣ - وان شهد ثلاثة رجال ثم رجعوا وجب على كل واحد الثالث وان رجع واحد وبقى اثنان فلا ضمان عليه عندنا .

١٥٥٤ - وقال أصحاب الشافعي يلزمهم ضمان الثالث لان المال يثبت بشهادة الجميع في أحد الوجهين ، والثاني مثل قولنا .

فصل

١٥٥٥ - فإن رجع اثنان وبقي واحد فعلى الراجعين النصف كل واحد الرابع .

١٥٥٦ - وان شهد رجلان وامرأة وقضى بالحق ثم رجعوا جميعا فالضمان على الرجلين دون المرأة .

فصل

رجوع عن شهادة شهد فيها رجل وعشر نسوة

١٥٥٧ - وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا عن الشهادة فعل الرجل السادس وعلى النسوة خمسة أسداس ، لان كل امرأتين ب الرجل . وقال أبو يوسف ومحمد على الرجل النصف وعلى جميع النسوة النصف ولاصحاب الشافعي وجهان مثل الخلاف بين أصحابنا .

١٥٥٨ - قالوا والمذهب قول ابي حنيفة ^(١) .

فصل

١٥٥٩ - وان رجع ثمانين نسوة فلا ضمان عليهم عند اصحابنا جميعا .

(١) صرخ الطحاوي في مختصره (ص ٣٤٧) انه يأخذ بقول ابي يوسف ومحمد في هذه المسألة .

١٥٦٠ - قال أصحاب الشافعى وهو الصحيح عندنا *

١٥٦١ - وان رجع تسع نسوة فعليهن الرابع لانه بقى ما يثبت به ثلاثة
أرباع الحق *

١٥٦٢ - ولو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق لأنه
قد بقى امرأتان شهدا بالحق *

فصل

١٥٦٣ - اذا شهد ذميان على ذمي بخمر ثم رجعا فاسلم المطلوب فلا ضمان
على الشاهدين وان اسلم الشاهدان يضمنان في قول محمد وهذا مثل غصب
الخمر *

فصل

١٥٦٤ - اذا شهد شاهدان على شهادة اربعة ، وشهد آخران على شهادة
شاهدين ثم رجع الفريقان فأبوا يوسف يجعل الضمان على من شهد على الاربعة
الثثان والثالث على من شهد للاثنين ^(١) *

١٥٦٥ - وقال محمد الضمان على الفريقين نصفان *

١٥٦٦ - اذا 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 ابى يوسف *

١٥٦٧ - وقال في الجامع الكبير : على الراجعين ثمان ونصف ثمن ،
ويقال هو قول محمد *

فصل

١٥٦٨ - اذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين وقضى وحضر الاولان
فانكرا الاشهاد فلا ضمان على أحد الفريقين في قولهم جميعا *

١٥٦٩ - ولو أقر اثنان بالاشهاد ورجعا وقالا كذبنا فلا ضمان عليهمما في قول
ابي حنيفة وابي يوسف *

(١) في نسخة قليبي : على الاثنين *

١٥٧٠ - وقال محمد يجب الضمان •

١٥٧١ - ولو رجع شهود الفرع ضمنا في قولهم جميعا •

١٥٧٢ - وقال الخصاف ان محمدا روى انه لاشيء على شاهدى الاصل

اذ رجعا •

١٥٧٣ - وقال روى أبو يوسف في الامالي عن أبي حنيفة انه قال :
ان قالا قد اشهدناهما ورجعنا ضمنا ذلك الحق ، وان قالا لم نشهدهما
بهذه الشهادة وما شهد به عنا باطل لم يكن عليهما ضمان •

فصل

١٥٧٤ - ولو قال شهود الفرع : قد اشهدانا بهذه الشهادة ولكنهما كذبا
فيها وقد نفذ الحكم لم يلتفت الى هذا القول ولا يلزمهما بذلك الضمان لأنهما
لم يرجعا عن شهادتهما •

١٥٧٥ - وكذلك لو قالا قد اشهدانا وقد رجعوا أو أخبرنا انهما قد رجعا
فعليهما الضمان •

١٥٧٦ - ولو قالا لم يشهدانا بهذه الشهادة او قد غلطوا في 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 ولكن نحن نشهد بذلك وهو حق ثابت على المطلوب فالضمان
على الذين شهدوا عند الحاكم •

فصل

١٥٧٩ - وان ادعى الخصم على الشهود انهما قد رجعوا عن شهادتهما وهما
ينكرا ان ذلك لم يكونا خصمين •

١٥٨٠ - وان أقام بيته لم تسمع عليهما^(١) •

(١) مختصر الطحاوى (ص ٣٤٩) .

فصل

رجوع شاهدى الهمة

١٥٨١ - واذا شهدا بالهمة وهو يجحد فقضى عليه بذلك ثم رجع الشاهدان فعليهما ضمان قيمة ما شهدا به للمشهود عليه ، فإذا قبض ذلك لم يكن له الرجوع عن الهمة أبدا لانه قد اعتراض عن ذلك^(١) .

فصل

١٥٨٢ - واذا شهدا على رجل انه أقر ان هذه الامة ولدت منه وهو ينكر فقضى بشهادتهما عليه بذلك ثم رجعا عن شهادتهما كان له عليهما ضمان ما يدين قيمة مملوكة وقيمتها أم ولد ، فان توفي المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقيمة قيمتها أمة يرد ذلك الى تركة مولاها فيكون حكمه حكمها .

١٥٨٣ - ولو كانا شهدوا أن مولاها أقر أنها ولدت منه أبنا لها في يده ، والمسألة على حالها كان عليهما مولاها في الامة ما ذكرنا وفي الولد ضمان قيمته .

١٥٨٤ - فأن قبض المولى ذلك ثم مات فوره هذا الابن ، كان عليه از يرد على الشاهدين مما ورث مثل ما أخذته (الموثر) من الشاهدين في حياته من قيمة أمه^(٣) لأنه يقول ان الميت أخذ ذلك ظلما وانه باق في تركته لهم .

١٥٨٥ - واذ قد ذكرنا حكم الشهادات والرجوع عنها فقد بقى لنا علم القاضي وما يجوز الحكم به والمحاضر وكيفية ذلك .

(١) أي ان رجوعه يعد كسبا بدون حق ، لأن العوض قد وصله ولو من غير الموهوب له .

(٢) في مختصر الطحاوى (ص ٣٤٨) من قيمته ومن قيمة أمه .

باب

علم القاضي وما يجوز ان يقتضي 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 البيينة .

١٥٨٧ - وانما يحصل له العلم بأن يسمع قوله يجب به على قائله حق او يجب به على غيره او يشاهد فعلا يلزم لفاعله او لغير فاعله .

١٥٨٨ - وعلم القاضي يكون على ضرورب منه ما يعلم به قبل البلوغ وقبل الولاية من الاقوال الى يسمعها والافعال التي يشاهدتها ، ومنه ما يعلمه بعد البلوغ قبل الولاية ، ومنه ما يعلمه ^{بعد} الولاية ولكنه في غير عمله الذى وليه ، ومنه ما يعلمه بعد الولاية فى عمله الذى وليه :

علمه قبل البلوغ والولاية

١٥٨٩ - أما ما علمه قبل البلوغ والولاية في غير عمله ثم ولد وحضر عمله فدفع اليه ما سمع من العقود او شاهد من الافعال التي يتعلق بها الاحكام فن أبا حنيفة يقول : لا يقضى بعلمه في شيء من ذلك بحال .

١٥٩٠ - وروى الحصاف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الاملاء ازه قال :

- لو سمع طلاق أماته او عتق أمته ثم استقضى فرفع اليه ذلك فأنه يحول بين الرجل وبين المرأة والامة ولا يقضى به ولا يحكم بالطلاق والعلاق^(١) .

١٥٩١ - وقال ابو يوسف ومحمد يقضى بما علمه قبل الولاية في غير عمله في جميع الحقوق والأموال وعلمه أكثر من الشهادة عنده لانه يقين .

١٥٩٢ - و قالا لا يحكم في الحد والزنا والسرقة وشرب الخمر والسكر بعلمه .

(١) هذه حالة طريقة يحال فيها بين الرجل وبين زوجته ويمنع الزوج من معاشرة زوجته دون ان يحكم بالطلاق .

١٥٩٣ - وللشافعي قوله :

احدهما لا يقضى بعلمه فى شيء

والثانى انه يقضى فى كل شيء

١٥٩٤ - وقد ذكر أبو موسى الضرير فى مختصره ان من أصحابنا من
قال يقضى بعلمه فى كل شيء حتى الحدود
قال أبو حنيفة :

وانما لم يجز لانه بمزاولة الشاهد وقول الشاهد لا يقضى به في الحقوق

١٥٩٥ - واتفق جميع الفقهاء على انه لو شهد عنده قبل الولاية في غير
عمله انه لا يقضى به في عمله
فجعل أبو حنيفة علمه كذلك

فصل

علمه في عمله بعد الولاية

١٥٩٦ - وأما علمه في عمله وبعد الولاية فانه يقضى به عندهم جميعا في
الأشياء الا الحدود فانه لا يقضى بها ، واستثنوا من ذلك حد القذف فقالوا
يقضي به

وهذا قول أصحابنا

١٥٩٧ - وروى عن محمد بن الحسن أنه لا يقضى حتى يكون معه في
المال شاهد آخر وفي الزنا ثلاثة عدول
وقد قال به بعض أصحاب الشافعى

فصل

١٥٩٨ - وقال أبو حنيفة وابو يوسف

اذا 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 المأمور
قطع يده

(١) ما بين موسى من مختصر الطحاوى ، ص ٣٣٧

و كذلك ان قال ذلك في الزنا وهو ممحض و سعه الرجم ٠

١٥٩٩ - وقال محمد في آخر قوله على ما حكمه الطحاوي في المختصر^(٢) انه لا يسعه ذلك حتى يكون القاضي عدلا عنده وغير متهم ، ويكون معه في الزنا ثلاثة سواء عدول وفي السرقة آخر ، وقياس قوله في المال مثل ذلك ٠

فصل

١٦٠٠ - ولو ان رجلا قال للقاضي :

- انك حكمت لي على فلان بكتنا والقاضي لا يذكر ذلك وأحضر المدعى بينة تشهد على القاضي بما ادعاه فان أبا يوسف قال : لا يجيئه الى ذلك ، ولا يسمع من البينة ذلك لانها تشهد على انه كان منه ما لا يعلمه من نفسه ٠

١٦٠١ - وقال محمد : يجيئه الى ذلك ويسمع من البينة ويقضى به ادا

ثبت عنده ٠

١٦٠٢ - وبه قال سماويل بن حماد بن ابي حنيفة ، وقال : انا اقبل ذلك ،

ووافقه محمد بن سماعة وقالا :

ليس هذا اكتر من قضية قاض دفعت اليه وهو لا يعلمها ٠

١٦٠٣ - وفرق ابو يوسف بين المتسائلين 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 ٠

١٦٠٤ - واختلف أصحاب الشافعى في ذلك على وجهين كالخلاف الذي

بيناه ٠

وذهب كل واحد من أصحابه الى قول واحد من أصحابنا ٠

فصل

نسيان القاضى ما في ديوانه

١٦٠٥ - وقال أبى حنيفة :

(١) تفصيل ذلك في مختصر الطحاوى ، ص ٣٣٧

(٢) يستفاد مما جاء في مختصر الطحاوى (ص ٣٣٧) ان مقصوده ان « قول القاضى أقر عندى هذا الرجل الخ » يقبل عند ابى حنيفة وابى يوسف وان محمد قولين أحدهما كقولهما وقياس الثاني ان قول القاضى بذلك لا يقبل » .

« وكل أمر يجده الحاكم في ديوانه وتحت ختمه وهو لا يذكره فإنه لا يقضى به »

يُحکم بذلك لله لأنه لا يتذكر للما عنده .

١٦٠٧ - وأختار الشافعى قول أبي حنيفة •

شهادة كاتب القاضي

١٦٠٨ - وقال محمد : لو ضاع محضر رجل من الديوان او لم يكتب
محضر فشهد كتاب القاضي عنده ان شهود هذا المحضر شهدوا عندهما بما كان
في محضره وهو كذا والقاضي لا يذكر ذلك ، لم يقبل شهادتهما لانهما لم
يشهدا بالحق ولا شهدا على شهادة الشهود .

١٦٠٩ - وقد ذكرنا في الشهادة على الشهادة ان لاصحاب الشافعى ثلاثة اوجه فى تحمل شهود الفرع فى أحدهما انه يجوز مثل هذا من كتبى الحاكم .

١٦١٠ - واتفق الفريقيان انه لو قال الكتابان - والمحضر قد ضاع - :
ان المقر في المحضر كان قد أقر عندك بكتاباً وسمعنه حين أقر بذلك فانه
يقلل هذه الشهادة على اقراره لا باقراره عنده ◦

فصل

ما يجده التناصي في ديوان غيره

١٦١١ - وَمَا وُجِدَ فِي دِيْوَانِ غَيْرِهِ مِمَّنْ تَقدَّمَهُ مِنْ اقْرَارٍ أَوْ بَيْنَهُ لَمْ يَنْفُذْهُ، وَيُسْتَأْنَفُ الْحُكْمُ ◦

١٦١٢ - وهذا لا خلاف فيه لأنَّه غير مشهود به عندَه

فصل

١٦٣٦ م - ذلو عزل عن الفضاء ورد الله فان ابا يوسف قال :

لَا يقضى 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 يعدها
فيشهد عنده دفعه أخرى ، لأن هذا عمل مستأنف .

فصل

١٦١٤ يحكم به القاضي

١٦١٤ - وما يحكم به القاضي على ثلاثة أوجه :
منها ما يثبته بالبينة من الاحكام .
ومنها ما يثبته بعلمه من ذلك .
ومنها ما يحكم به غيره ويرتفع اليه أما بينة او كتاب حكمي يصل اليه .
أو اعلام اعلمه قاض غيره .

لا ينقض القاضي حكمه باجتهاد جديد

١٦١٥ - فاما ما يثبته من الحكم عن نفسه فليس له ان يتعرض لفسخه بعد ذلك ولا ابطله 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 ومذهبة ، وهو لا يذكر ذلك ولكن على ما قضى به بعض العلماء فإن أبي حنيفة قال :
- يمضي هذا الفصل ولا يرجع عنه .

١٦١٧ - وقال أبو يوسف :

يرد ذلك ، ويقضى بما كان عليه رأيه ، وهذا حكمه بما يذهب اليه الشافعي أو مالك في مسألة يخالف ابو حنيفة والقاضي على مذهب ابي حنيفة ، والمسائل على ذلك كثيرة .

فصل هل ينقض الحكم 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 يرده ٠

نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً

١٦١٩ - اعلم ان الفقهاء اختلفوا في حكم المحاكم هل ينفذ ظاهراً او باطناً أم لا ؟ فقال أبو حنيفة :

كل حكم يملك المحاكم انشاء مثله بولاية الحكم ، فإنه اذا حكم به ينفذ ظاهراً وباطناً ويجعل الحلال حراماً والحرام عليه حلالاً ٠
وكل ما ليس له فعل مثله بولاية الحكم لا ينفذ الا في الظاهر ٠

١٦٢٠ - وقال أبو يوسف ومحمد :

حكم المحاكم لا يغير صفة المحكوم به فنه على ما كان عليه عند الله ، وإنما ينفذ في الظاهر خاصة ، وهو قول الشافعي ٠

١٦٢١ - ومثال الاول العقود التي يملكونها على الصغار والكبار ، والثاني الغصوب والجنيات والأموال الظاهرة ٠

ما ورد في القضايا بالظاهر من الآثار

١٦٢٢ - ونحن نذكر من ذلك مسائل ليعرف الحال فيها ، ونقدم ما روى في ذلك من الآثار ليكون القاضي قد عرف الحال وما يتربّ عليه :

الاثر الاول

١٦٢٣ - فروت أم سلمة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال :
انكم تختصرون الى وان بعضكم الحن بحجه من بعض ، وإنما أنا بشر ،
فمی قضيت له من مال أخيه شيئاً فلا يأخذنه ، إنما أقطع له قطعة من النار ٠

١٦٢٤ - وقد ذكر المقهاء خبر أبي هريرة عنه عليه السلام ان رجلين احتكما اليه احدهما أعلم بالخصوصة والآخر بها جاهم فلم يلبت العالم ان قضى له فقام فمضى المضى له وبقى الممضى عليه فقال :

- والله الذي لا اله الا هو ان حقي لحق ◦

فقال عليه السلام :

عليـ بالرجل

فأئـى به فـأخـبرـه بما كـانـ منـ الـآخـرـ فـقـلـ :

- ان شـئتـ عـاـوـدـتـهـ فـعـاـوـدـهـ فـلـمـ يـلـبـتـ انـ قـضـىـ لـهـ فـقـامـ الرـجـلـ وـحـلـفـ الـآخـرـ فـلـمـ يـزـلـ كـذـلـكـ يـفـعـلـ ثـلـاثـ مـرـاتـ فـقـالـ الرـابـعـةـ انـ شـئتـ عـاـوـدـتـهـ وـلـكـنـ اـعـلـمـ انـ مـنـ اـقـطـعـ بـخـصـوـمـتـهـ وـجـدـ لـهـ مـالـ اـمـرـىـءـ مـسـلـمـ بـغـيـرـ حـقـ فـانـمـاـ يـقـطـعـ قـطـعـةـ مـنـ النـارـ ◦

فـقـالـ الرـجـلـ فـنـ الحـقـ مـعـهـ ◦

وـكـانـ رـسـوـلـ اللـهـ صـلـىـ اللـهـ عـلـيـهـ وـسـلـمـ مـتـكـأـ فـجـلـسـ فـقـلـ :

- مـنـ اـقـطـعـ بـخـصـوـمـتـهـ وـجـدـ لـهـ مـالـ اـمـرـىـءـ مـسـلـمـ بـغـيـرـ حـقـ فـلـيـتـبـوـاـ مـقـعـدـهـ مـنـ

الـنـارـ^(١) ◦

قالـ أـبـوـ هـرـيـرـةـ :

فـكـانـ الـآخـرـةـ أـشـدـ مـنـ الـأـوـلـىـ ◦

١٦٢٥ - وـرـوـىـ المـقـدـادـ^(٢) عنـ أـبـيـهـ انـ رـجـلـ خـطـبـ اـمـرـأـةـ وـهـ دـونـهـ فـيـ

الـحـسـبـ فـأـبـتـ انـ تـزـوـجـهـ فـأـدـعـيـ أـنـهـ تـزـوـجـهـ وـأـقـامـ شـاهـدـيـنـ عـنـدـ عـلـيـ بـنـ أـبـيـ طـالـبـ

رـضـيـ عـنـهـ فـقـالتـ :

- أـبـيـ لـمـ اـتـزـوـجـهـ ◦

قالـ :

قدـ زـوـجـكـ الشـاهـدـاـنـ ◦

وـأـمـضـيـ عـلـيـهـ النـكـاحـ ◦

١٦٢٦ - قالـ أـبـوـ يـوـسـفـ :

(١) هذه صياغة خلقية دينية لقاعدة إلكسب دون سبب .

(٢) في النسختين المقدام .

وكتب الى سعيد يرويه عن يزيد ان رجلا شهدا على رجل انه طلق امرأته
بزور ففرق القاضي بينهما ، ثم تزوجها أحد الشاهدين
قال الشعبي :

ذلك جائز ◦

١٦٢٧ - فيجعل أبو حنيفة ما روی عن النبي عليه السلام محمولا على الاموال
الظاهرة والجنایات وما روی علي رضي الله عنه والشعبي محمولا على العقود وجمع
بين العملين ◦

١٦٢٨ - فعلى هذا الاصل امرأة استأجرت رجلا شهدا لها على زوجها
بالطلاق الثلاث وهو زور ففرق بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين فهو جائز وتحل
للشاهد وتحرم على الزوج الاول عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد
والشافعي تقع الفرقة في الظاهر دون الباطن ولا يحل لها ان تتزوج بأحد من
الناس ولا بأحد الشاهدين ، ولا يتزوج الرجل باختها ولا اربعها 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 منها وقد قالوا يحد ◦

١٦٣٠ - وقالوا لو تزوجها رجل جاهل بحالها كانت حلالا له فكيف يحل
فرج واحد لاثنين ؟ ولو بلي الثاني بمثل ما بلي 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 العينين
والمؤلى اذا لم يفريء زوجته ويزوج من لا ولد لها ، فإذا حكم بالنكاح والطلاق
صار من طريق الحكم كأنه هو الذي طلق بنفسه وتزوج بنفسه وباع ورد بالعيوب ◦

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 للتفرقة بين زوجين تعتبر الزوجية قائمة بينهما ◦

١٦٣٤ - وابو يوسف ومحمد قالا في الكل إنما يقع في الظاهر ، والمعان والطلاق سواء في ذلك ، وهذا حكم النكاح والطلاق والعتاق والاقالة والبيع والردد بالعيوب .

١٦٣٥ - وأما إذا أدعى مالاً في يد غيره أو حيواناً أو رقيقاً أو مهماً كان وشهد له شهود زور فقضى له بذلك لم يسعه أن يأكل ذلك ولا يسع أحد الشاهدين أن يشتري ذلك ولا يأكله أن ورثه وإن قدر المحكوم عليه علىأخذ ذلك وتغبيبه عن الذي قضى له به وسعة ذلك ، ولكن في الجارية لا يحل له أن يطأها خوفاً من وجوب الحد عليه ، فاما ان سرقها وغيتها فأنها تحل له .

١٦٣٦ - وإن اشترى رجل جاهلاً بالحال ذلك المقصى به وسعه التصرف فيه .

١٦٣٧ - وإذا شهد له بقتل ولد له بالزور فقضى بالقصاص أو الديمة لم يكن له ذلك ، وكان محرماً عليه ، وكذلك هبة المال في روایة وفي أخرى هو مثل العقود .

١٦٣٨ - وسائل هذا الباب كثيرة والاصل فيها واحد .

فصل

مالاً يهمضيه القاضي من أقضية غيره

١٦٣٩ - وإذا ثبت ذلك ثم رفع هذا الحكم إلى قاضٍ آخر فكل ما كان من قضاء سائق غير شنيع امضاه وإن كان جوراً أو خلاف نص أو اجماع لم يمسه .

١٦٤٠ - وإن كان الأول فاسقاً أو محدوداً أو من لا يجوز شهادته ، لو شهد لم ينفذ حكمه ، وينفذ ما فيه خلاف بين الفقهاء وإن كان خلاف رأيه إلا في مسائل نذكرها في فصل مفرد استثناءها أصحابنا .

١٦٤١ - فإن نقضه الثاني ثم ارتفع إلى ثالث نفذ قضاء الأول وباطل قضاء الثاني ، وهذا مثل أن يحكم حاكماً بأنه إذا زنا بأمرأة لم تحرم الزوجة ولا وطىء بنتها وقضى بصحبة نكاح المرأة ثم رفع ذلك إلى من يرى تجريمها بذلك الفعل أقضى النكاح ونفذ قضاء الأول لأنه مختلف فيه .

١٦٤٢ - واختلف اصحابنا في الزوج فمنهم من قال إن كان يعلم أن ذلك الفعل يحرم لم يسعه المقام مع الزوجة ، وإن كان جاهلاً وسعه المقام ◦
١٦٤٣ - وكذلك حال الزوجة ، وكذلك لو حلف فقال إن تزوجت فلانة فهي طلاق ثلاثة فتزوج امرأة فرافعته إلى من يرى أبطال يمينه فحكم بابطالها ورفعتم بعد ذلك إلى من يرى صحتها بعد الحكم الأول وجعلها زوجة وحكم الزوج والزوجة في ذلك ^(١) سواء إن كان يعلم أن ذلك عامل فيه ^(٢) لم يسعه المقام ◦ وإن كان جاهلاً وسعه المقام ◦

١٦٤٤ - ومنهم من قال يسعه المقام في الحالين ◦

١٦٤٥ - وكذلك طلاق المكره إذا أبطله ثم رفع إلى آخر فأوقعه ثم رفع إلى ثالث نفذ الأول وأبطل الثاني ◦
١٦٤٦ - وكذلك إذا قضى بالكافه ^(٣) والقرعة في رقيق الميت أو رد نكاح امرأة بعيب ◦

١٦٤٧ - وكل ما لا يخالف نصاً أو كتاباً أو سنة أو اجماعاً فإنه ينفذ وهذا قول أصحابنا ◦

١٦٤٨ - وقال الشافعي :

ـ إن كان القاضي الأول عامياً وحكم أبطل حكمه وجعله كمن لا ينفذ حكمه إذا حكم ◦

فصل

١٦٤٩ - واختلف اصحابنا فيما قضى بالشاهد واليمين أو بقتل في قسمة

(١) في نسخة قليج في التحرير ◦

(٢) أي مؤثر فيه ◦

(٣) في نسخة قليج بالناقلة والظاهر أنها القيافة جاء في لسان العرب في مادة (قوف) إن القائفل الذي يعرف الآثار ، يقال قفت أثره إذا تتبعته ، مثل قفوت أثره . . . ويقال هو اقوف الناس ، وفي الحديث أن مجززاً كان قائفاً ، القائفل الذي يتبع الآثار ويعرفها ، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه ، ويقال : فلان يقوف الآثر ويقتافه قيافه مثل قفا الآثر واقتافه ، ابن سنيده: قاف الآثر قيافة واقتافه اقتيفاً ، وقافه يقوفه قوفاً ، وتقوفه تتبعه ◦

أو بيع ام ولد او متعة الى أجل ، واذا قضى على من اعتقد نصف عبده أو نصف امته قضى بابطل ذلك او قضى بالخلاص فى الدار والرقيق او بابطل حقه لتركه سين لم يطالب من دار ، او لا حق للنساء فى القود وانه للأولئك فانه ينقض القضاء في هذا كله عند اكثرا اصحابنا ٠

١٦٥٠ - وحکی ذلك الخصاف من غير خلاف

وقال غيره من اصحابنا ان ذلك كله ينفذ ولا يبطله ٠

١٦٥١ - واذا كان الجاني حيا فهو موضع الخلاف وان كان قد أقيد لم يحكم في ذلك بشيء ٠

١٦٥٢ - ولو قضى برد عبد اصابته حمى عند المشترى فرد على بائعه بغير بينة ولا اقرار فانه يبطله ولا ينفذه ٠

١٦٥٣ - واذا حكم بابطل ما فعلت المرأة بغير اذن زوجها في بيع وتصرف ورفع الى اخر ابطل ذلك واجاز تصرفها اذا كانت بالغة عاقلة وحكمها في ذلك حكم الرجل ، وبهذا جاء الشرع والقرآن ٠

١٦٥٤ - وكذلك اذا دفع اليها المهر قبل الدخول فاشترت به الجهاز ثم طلقها قبل الدخول فقضى للزوج بنصف الجهاز ثم رفع الى قاض ابطله ولم ينفذه لانه غير المفروض ٠

١٦٥٥ - واذا طلق امرأته وهي حبلى او حائض او قبل الدخول بها قضى قاض بابطل ذلك او نقضه ثم رفع الى من لا يرى ذلك ابطله ونفذ على الزوج ما كان منه ٠

١٦٥٦ - وقالوا لو ضرب قاض رجلا حدا في التعریض وابطل شهادته ابطلنا الحد واطلقنا شهادته ٠

١٦٥٧ - وان قضى في العين انه لا يؤجل نقضه واجل العين لانه خلاف الاجماع من العلماء ٠

١٦٥٨ - وان قضى بما فيه خلاف متقدم فلن كان خطأ عند العلماء رد ذلك ٠

١٦٥٩ - وان كان عند اهل زمانه أنه صواب انفذه ٠

١٦٦٠ - وانما يرد ما كان خلاف العلماء وخارجا عن لسان الامة والكتاب
والسنة .

١٦٦١ - وقالوا لو كان له مال على آخر فقال ان لم أقضى اليوم فأمرأته طالق ثلاثة وعدي حر فتغيب عنه المطالب فيخشى المطلوب ان يحيث فرفع ذلك الى الحاكم وأخبره بالحال فنصب وكيلا وأمره بقبض المال وحكم بذلك ثم رفع الى آخر قل أبو وسف : 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 واخف ان يتوارى هذا فرأى قضى ان يجعله وكيلا لايده وقبل بيته على المال وحكم به ثم رفع الى آخر ابطله .
١٦٦٣ - قالوا ويستحسن ان يحيز هذا في المفقود ان جعل ابنه وكيلا في طلب حقوق ابيه .

فصل

فسق القاضي بعد الحكم وما إليه

١٦٦٤ - واذا بان ان القاضي عبد او محدود في قذف او فاسق او مرتش في الحكم منذ ولد فان قضاكه يرد ولا ينفذ منه شيء .

١٦٦٥ - وان ولد وهو أمين فقضى وحكم ثم فسق بعد ذلك او عمى او صار الى حالة لا تنفذ احكامه فيما كان قبل ذلك نفذ وما كان بعد تلك الحالة لا .

١٦٦٦ - وحکی القدوری في التجرید في كتاب النکاح ان من اصحابنا من قال اذا فسق فهو على حکمه الى ان يخرجه الامام من القضاء وليس هذا بالذهب وانما ارتكبه في مسیلة الفاسق هل يكون ولدا .

١٦٦٧ - والمرأة اذا قضت في الحدود والقصاص ترد ، ولا يرد قضاها فيما تجوز شهادتها فيه .

فصل

قضاء القاضي لمن ولد ولولد الامام

١٦٦٨ - ويجوز قضاء القاضي لمن ولد ولولد عليه ويجوز قضاوه لولد الامام عليه .

١٦٦٩ - ويجوز قضاوه لأخيه واخته وعمه وخاله وختنه وعمته .

١٦٧٠ - ولقاضى القضاة وعليه .

١٦٧١ - وكل من تجوز شهادته له .

فصل

من لا يجوز قضاوه له

١٦٧٢ - ولا يجوز ان يقضى لولده ولا ولد ولده وان سفل ، ولا لابيه
ولا لجده وآبائه وان علو .

ولا لزوجته ولا عبده المأذون ولا مكاتبته وان كان على عبده دين او لم يكن

من يجوز قضاوه له

١٦٧٣ - ويجوز قضاوه لاب امرأته ولامها 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 قضاوه من سائر ما ذكرنا فانه
لا ينظر بينهما .

فإن فعل وتوجه الحكم على من لا يجوز قضاوه له فحكم عليه فيحكمه جائز .
وان تقدم اليه ابوه وامه فتوجه القضاء لاحدهما على الآخر فيه خلاف بين
اصحابنا في جواز ذلك ورده .

١٦٧٥ - وكذلك اذا شهد على ابيه بالنكاح وهو يجحد فيه خلاف بين ابى
يوسف ومحمد .

وقد ذكرنا خلاف الناس في الشهادة في ذلك والقضاء مثله مع ابى ثور
وسفيان وغيرهما .

١٦٧٦ - وقالوا لو شهد عند القاضى شهود لرجل بحق على آخر فحكم او

لم يحكم حتى عزل فمات الشهود او غابوا فسأل الخصم المعزول ان يشهد على
شهادة الشهود عنده فانه لا يقبل ذلك وان شهد ردت شهادته
١٦٧٧ - ومن اصحاب الشافعی من قل قبل ويكون شاهد فرع

شهادة القاضی المعزول على اقرار

١٦٧٨ - واتفق الفريقيان على انه لو اقر لرجل بحق عند المعزول فان
المعزول يجوز له ان يشهد عند الثاني على اقراره ، ويحكم القاضی بذلك اذا كان
عدلا .

١٦٧٩ - واذا قد ذكرنا حکم علم القاضی وما يتضمن به من البينة والاقرار ،
وما ينفذ فيه حکمه وما لا ينفذ ، وجوب ذكر كتاب القاضی الى القاضی لانه طریق
الحکم به أيضا .

باب كتاب القاضى إلى القاضى

وهذا باب يذكر فيه كتاب القاضى إلى القاضى

١٦٨٠ - اعلم ان كتب القضاة الى القضاة يقع الكلام فيها في موضع :

منها جواز ذلك في الجملة

ومنها كيفية قبولها

ومنها الموضع الذي يقبل فيه

ومنها فيما يقبل ولا يقبل

ومنها من الذى يقبلها من القضاة

جواز قبول كتب القاضى إلى القاضى

١٦٨١ - اما جواز قبولها في الجملة فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم

انه كتب الى الضحاك بن سفيان الكلابي^(١) ان يورث امرأة اشيم الصبابي عن

ديمة زوجها

(١) جاء في اسد الغابة (٣٦/٣) « الضحاك بن سفيان بن عوف بن كعب ابن أبي بكر بن كلاب بن ربيعة بن عامر بن صعصعة العامري الكلابي يكنى أبا سعيد ، اسلم وصاحب النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان ينزل في بادية المدينة ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم على من اسلم من قومه ، وكتب إليه إن يورث امرأة اشيم الصبابي من من دية زوجها ، أو كان 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 إلى فتح مكة أمره على بنى سليم لأنهم كانوا تسعمائة فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم في رجل يعدل مائة يوفيكم الفا ؟ فوفاهم بالضحاك وكان رئيسهم وإنما جعله عليهم لأنهم جميعاً من قيس عيلان . . . روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصري . . . كان عمر بن الخطاب يقول :

الديمة للعاقلة ولا ثرت المرأة من دية زوجها شيئاً ، حتى قال له الضحاك بن سفيان الكلابي :

كتب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اورث امرأة اشيم الصبابي من دية زوجها . رواه جماعة من الأئمة عن الزهرى . أخرجه الثلثة » .

ولان الناس حاجة الى ذلك ، وهو فعل ائمة العدل وولاة الجور وفعل
سائر الحكم في سائر الاعصار فوجب ان يكون ذلك

فصل

١٦٨٢ - ويكتب بما ثبت عنده من الحقوق ليحكم به وبما حكم به لينفذه
الثاني ، وهذا لا خلاف فيه ان يكتب به

فصل

كيفية قبول كتاب القاضي

١٦٨٣ - وأما كيفية القبول فلا يقبل بغير بينة

١٦٨٤ - وقال أبو ثور يقبل بغير بينة

وذكر المخraf عن الشعبي انه كان يجيز كتاب القاضي اذا جاءه بغير بينة
وذكر عن ابن ابي زائد قال :
جئت بكتاب قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية فقبله ولم يسألني بينة عليه
ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسين
درهم فقال لرجل على رأسه :

ـ اذهب الى زياد فقل له ارسل الى فلان بن فلان فخذ منه خمسين 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 فى هذا الصدد وكان عرفهم يقضى بعدم توريث الزوجة من ديته
زوجها وحصر وراثة الديمة فى العاقلة . وان السنة النبوية عدلت هذا العرف
بجعل الزوجة ترث من ديته زوجها .

ويستفاد من هذا ان الصحابة لم يكونوا يذهبون الى اعتبار عرف العرب
قبل الاسلام منسوحا جملة وانما كانوا يفترضون بقائه حتى يثبت لهم نسخة
او 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
إلى شهود على ذلك لقوله عليه السلام : البينة على المدعي ◦

فصل

١٦٨٦ - ولا يقبل الكتاب وان عرف الخط والختم ◦

١٦٨٧ - وقال أبو سعيد الاصطخري :

- اذا عرف المكتوب اليه خط القاضي الكاتب وختمه جاز قوله ، 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 تقصص فيها الصلة
كالشهادة على الشهادة ◦

١٦٨٩ - وان كان قد حكم لم يعتبر ذلك وهو قول الشافعي أيضا في
الفصلين ◦

فصل

سماع البينة على غائب

١٦٩٠ - وادا 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 ويدرك اسمه ونسبة ان كن معروفا عنده ، وان كان لا يعرفه سأله الشهود
عن ذلك ثم اثبته ، وكذلك اسم المدعى عليه ونسبة الى أبيه وجده وقبيلته
وصناعته ، وان لم يذكروا القليلة وذكروا الاب والجد قبل ذلك أيضا ، ولا
يقبل ان قالوا : زيد الكوفي أو البصري لأن ذلك غير معروف ◦

١٦٩١ - ولا يكتب القاضي حتى ثبت عدالة الشهود عنده ، فاذا عدلوا كتب

بما ثبت عنده من حقه وثبت اسماء الشهود الذين شهدوا عنده وانسابهم وحالهم
ومواضعهم وانه قد سأله عنهم فعدلوا عنده ◦

فصل

١٦٩٢ - ولابد ان يقرأ كتابه على الشهود الذين يشهدون على الكتاب ،
ويدفع اليهم نسخة تكون معهم ويختتم الكتاب بحضورتهم ويشهدون ان هذا كتابه
الى القاضي فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وهذا خاتمي عليه ويدفع الكتاب الى
الطالب ◦

١٦٩٣ - وقال الشافعى :

استحب ذلك ولا اوجبه ◦

١٦٩٤ - وقال الحسن : قال أبو حنيفة :
« وان قرأ عليهم الكتاب ولم يختمه بحضورتهم وهم لا يحفظون ما فيه
وليس نسخة معهم لم يجز ذلك ◦ »

١٦٩٥ - وقال أبو يوسف :

يجوز الكتاب ويقبله الذى يرد عليه وان لم يقرأ عليهم بعد ان يشهدون
على نفسه انه كتابه وخاتمه ، وهو قول الشافعى ◦

فصل

١٦٩٦ - قال أبو يوسف :

- وانفذ كتب الخلفاء بغير بينة ، وينفذ المخلفاء كتب القضاة بغير بينة ◦

١٦٩٧ - وقال أبو حنيفة والشافعى لا يقبل الجميع بغير بينة ◦

فصل

وقال أبو يوسف :

١٦٩٨ - ويقبل كتاب القاضى 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 ابى حنيفة على هذا الاطلاق ◦

١٧٠٠ - كما لا يقبل كتاب من يكتب فيقول : من قاض من قضاة المسلمين ◦
ولا يذكر نسبة واسمه ◦

١٧٠١ - وأول من عمل بالعراق من القضاة على قول ابى يوسف هو شيخنا قاضي القضاة رحمة الله لانه امتنع ان يخاطب قضاة خراسان فسلك هذه الطريقة وكانت غريبة في العمل ، فعمل بها جميع قضاة الوقت وكتبوا هم اليه بمثل ذلك ، وصار سنة مأثورة^(١) لطول نظره وعمله بها ولو كان هذا مذهبنا لما سبق الناس اليه في العمل وحده ◦

فصل

ما يجوز فيه كتاب القاضي الى القاضي

١٧٠٢ - وكتب القضاة الى القضاة جائزة في سائر حقوق الناس : الديون والعقارات والشركات والغصوب والودائع ◦

١٧٠٣ - واتفق أصحابنا على أنه لا يكتب في الحيوان الدواب والرقيق وجميع ما ينقل ويتحول ◦
وختلفوا في العبد فقال أبو يوسف :

(١) ان أهمية ما ذكره السمنانى من تاريخ هذه السنة القضائية ظاهرة لأنها تدل دلالة واضحة على ان الفقه الاسلامي لم يكن بمعزل عن سوح القضاء والتطبيق العملى كما زعم بعض المستشرقين وعلماء القانون الموزن الغربيون ، بل كان القضاء يستهدي باجتهادات المجتهدین وكانت آراء المجتهدین نقطة الانطلاق فى التمهيد للعارف والسنن والقضائية ، كما كانت اجتهادات القضاة فى عصر الصحابة والتابعين منطلق العمل الفقهي والاجتهاد فيما أثير فى القضاة يومئذ من المسائل وقضى من الاقضية ◦

أكتب في العبد اذا حلوه ووصفوه فإذا ورد الكتاب على القاضي ختم في
عنق العبد وبعث به مع الرجل الذي أتاه بهذا الكتاب وأخذ منه كفيلا بالعبد حتى
يسير العبد الى الكاتب فيشهد الشهود على عين العبد ثم يكتب القاضي كتابا آخر
الى القاضي فيحكم بالعبد للطالب ويبرئه كفيليه ، وأجاز ذلك في العبد دون
الامامة .

- ١٧٠٤ - وأبو حنيفة سوى في جميع المقولات .
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 او أنه وهبها لي أو ابرأني 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 :
أكتب له بذلك .
١٧١٣ - ولا يكتب لامرأة ادعت طلاقا على زوجها وهو غائب وقلت لا
آمن ان يتعرض لي هناك .

فصل

١٧١٤ - وقالوا لو حضر المطلوب بالدين والمشترى والزوجة وقال : قدمني خصمي الى قاضى كذا فقضى علي بالدين والشراء والنكاح ، وقد كان استوفى ذلك مني وسقطت شفعته عنى وطلقت منه ، وأقام كل واحد بيته بذلك فإنه يكتب له ويسمع ، وهذا اتفاق الاول على الخلاف .

فصل

١٧١٥ - واذا كتب فيما يجوز ان يكتب فيه فضاع الكتاب من المدعى ، فسأل ان يكتب له بدله فإنه يفعل ، ويدرك فى الكتاب الثانى ان الخصم ذكر انه ضاع الكتاب الاول .

١٧١٦ - وكذلك ان انتقل المطلوب الى بلد آخر كتب له كتابا آخر الى البلد الآخر .

فصل

١٧١٧ - قال أصحابنا :

لو ثبت حقه وكتب له فحضر المطلوب عند الكاتب ، فإنه لا يحكم بشهادة من شهد عنده حتى يعيدوا الشهادة بحضوره لانها شهادة على غائب .

١٧١٨ - واذا ثبت نسب او ارث وعدد ورثة عنده كتب بذلك كله .

فصل

١٧١٩ - ويكتب لكل جنائية يجب بها المال قليلاً كان أو كثيراً اذا ثبت عنده .

١٧٢٠ - ولا يكتب في دار حتى يحددها بأربعة حدود او ثلاثة عند ابي حنيفة ، وعند زفر والشافعي لا بد من ذكر الحدود كلها . وعند ابي يوسف ومحمد يكفى اذا كان ذلك مشهوراً .

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 يقتضي بما علمه قبل القضاء لم يقبل ذلك ، وان كان رأيه انه يجوز ، نبل ذلك .

١٧٢٢ - ولو علم وهو يهودي فأسلم او هو عبد فأعتقد او صبي بلغ ثم استقضى بعد العتق والاسلام والبلوغ وسأله الطالب ان يكتب له فكتب بذلك فان أبو حنيفة قال :

لا ينفذ المكتوب اليه .

١٧٢٣ - وقل أبو يوسف ينفذ وجعل ذلك كالشهادة اذا زال المانع .

١٧٢٤ - وهو قول الشافعي .

١٧٢٥ - وفرق أبو حنيفة بين الحكم والشهادة لأن المحاكم لا يحكم بعلمها وان لم يكن هناك منع ، فمع المانع اولى .

فصل

١٧٢٦ - وتكتب له شهادة الرجل الواحد والمرأة الواحدة ، فإذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه قال للمحتمم .
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 وأنه معروف النسب منهما ، ونحن نقيم البينة بذلك عنده فاكتبه لنا بذلك الى فلان القاضي فإنه يكتب في قول أبي يوسف .

١٧٢٨ - وقال أبو حنيفة .

لا يكتب بذلك ◦

١٧٢٩ - وقال أبو يوسف :

لا أكتب للحرار الا اب او الام او الزوج يدعى المرأة ، ولا أكتب
لسا سوى الابوين ماداماً أحياء فإذا مات الابوان كتب لكل وارث ◦

فصل

١٧٣٠ - قالوا : لو استحق رجل أمة قضى القاضي للمستحق بها ، فقال

المطلوب :

- أمتى اشتريتها من فلان بن فلان وهو في بلد كذا ، ودفعت اليه
الشمن ، وشهودي ههنا فاسمع منهم واكتب لي فإن القاضي يكتب له ما يصح عنده
من ذلك ◦

وهذه اتفاق ◦

فصل

أدعت أنها حرة

١٧٣١ - وإذا ادعت جارية في يد رجل أنها حرة الأصل ، وقد كانت
أقرت بالرق وأقامت بينة بحرية الأصل فجعلها القاضي حرة ، فقال الشخص :
اشتريتها من فلان وهو في موضع كذا فاسمع من شهودي واكتب لي ،
فإنه يفعل ويكتب له بما سمع ◦

١٧٣٢ - ولو لم تقم البينة بحرية الأصل ولا كانت أقرت بالرق ولا بينة
من هي في يده بالرق عليها فجعلها القاضي حرة ، فقال من هي في يده للقاضي :
اسمع بيتي انى اشتريتها من فلان ونقتته الشمن وقد كانت مقره بالرق
فإنه لا يسمع من شهوده ولا يكتب له ، وليس هذا كالبينة في المسئلة الاولى ،
لأن ذلك شهادة على من كانت في يده من الباعة والمشترين والقاضي في مسئلتنا
أخرجها من يد المشتري بانكار الرق ودعواها أنها حرة افليس هذا حكما على
البائع ، لأن البائع والمشتري قد أجمعا على أنها كانت مقرة بالرق ، ولهذا لو

حضر البائع فأقر له المشتري برقها واعترف هذا بالبيع والتسليم لم يلزم رد الثمن لأن الاستحقاق ليس باليته *

فصل

١٧٣٣ - ولو قال المشتري للقاضي :

حلف البائع أنها ليست بحرة الاصل حلفه القاضى *
فأن حلف فلا شيء عليه ، وان نكل عن اليمين الزمه القاضي برد الثمن
على المشتري *

فصل

كتابة القاضي في عقار فى يد غائب

١٧٣٤ - ولو ادعى عقارا في بلد القاضي وحدده وقال :

انه لي ، وهو في يد فلان الغائب فاسمع بيته واكتب لي فإنه يفعل ذلك
ويكتب ، وإنما فعل ذلك لأن الغائب هو الشخص فلا بد من سماع حجته ، فإذا
وصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه أحضر الشخص وقرأ عليه الكتاب وسأله
عن حجة يدللي بها ، فإن أدى بحججه والا حكم عليه *

فصل

العقار في بلد المكتوب إليه

١٧٣٥ - وإن كان الشيء في بلد المكتوب إليه فإنه إن أدى بحججه والا
أمره بالتسليم ثم سجل للطالب بذلك ، ويشهد على نفسه ، فإذا أورد الطالب
القضية على الكاتب وأقام بينة عليها وليس خصمها حاضرا لم يقبل ذلك ولم
ينفذ الحكم ، ولكن المكتوب إليه إذا حكم للطالب وأمر المطلوب بالتسليم إليه ،
فإن أمتنع من ذلك والدار في بلد الكاتب فإنه يكتب إليه كتابا معه يحكي كتابه
الذى وصله بما ثبت لفلان عنده ، ويخبره أنه جمع بين الطالب والمطلوب
وقرأه عليهما بعد الشهادة بأنه كتابك إلى وخاتمك ، فدعوتهم بحججه فلم يأت بما
يدفع ما ثبت لفلان عليه ، وإن حكمت لفلان عليه بذلك وسجلت به سجلها ،
وأمرت بتسليم ذلك إلى فلان ، والخروج إليه منه فامتنع من تسليميه إليه ،

وذلك قبلك وفي عملك ، وسائلى الكتاب اليك واعلامك قضيتى له بذلك لتسليم
إيه الدار وتأمر بدفعها اليه فاجبته الى ذلك فأعلمتك 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 - وإذا ورد الكتاب على القاضي من قاضٍ بحق لرجل يجوز ان
يكتب به ، فإن القاضي يجمع بين الذى جاء بالكتاب وبين خصميه والشهود الذين
يشهدون على الكتاب ، فإذا حضر الخصم وادعى عليه الحق فإن أقر فلا كلام ،
وحكم باقراره وإن انكر احضر الكتاب ، فإذا شهد الشهود ان هذا كتاب فلان
إلك وهو قضي ببلد تذا وكذا وهذا خاتمة فإن القاضي يسألهم هل قرأوا عليهم
وختمه بحضورتهم أم لا ؟

فإن شهدوا بذلك كله قبله وإن قالوا لم يقرأ علينا ولكنه ختمه بحضورتنا
او قرأ علينا ولم يخمنه بحضورتنا لم يقبله ولم يحكم بما فيه .

١٧٣٧ - وقيل ابو يوسف يقبله في ذلك كله ويحكم به .
وهو قول الشافعى ايضاً .

ويحكم حينئذ بما فيه اذا كان شرط «الحكم» ^(١) به موجوداً فيه .

١٧٣٨ - وإذا كان العنوان : فلان بن فلان الى فلان لم يقبله .
وكذلك اذا قال : من ابي فلان الى ابي فلان ، لم يقبله عند ابي حنيفة الا
ان تكون الكنية معروفة مشهورة كأبى حنيفة .

١٧٣٩ - وقيل ابو يوسف يقبل اذا قالوا هذا كتاب القاضى اليك .

١٧٤٠ - وقال أبو حنيفة : اذا ذكرروا اسم الجد ولم ينسبه الى ابيه لم يقبل .

١٧٤١ - وعند ابى يوسف يقبل اذا قالوا كتاب القاضى اليك .

١٧٤٢ - وقال محمد بن الحسن : اذا لم تكن الاسماء والكنى في داخل
وكان على العنوان لم يقبله ولم يحكم به .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

١٧٤٣ - ويقبل عند أبي يوسف والشافعى *

فصل

تعديل الشهود على كتاب القاضى

- ١٧٤٤ - وإذا شهدوا على الكتاب وخاتم القاضى وهو كتاب صحيح لم يفضه (١) القاضى حتى ثبت عنده عدالة الشهود ، فإذا ثبتت فضه بحضور الطالب والمطلوب ، وان لم ثبت العدالة لم يفضه وجعله فى 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 القاضى الكاتب وعزله

- ١٧٤٦ - وان لم يصل الكتاب حتى مات القاضى الكاتب ، او عزل ، او عمي او فسق ، او صار فى حالة لا يقبل حكمه ، لم يقبل الكتاب ولم ينفذه عندنا *
- ١٧٤٧ - وقال الشافعى 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 المدعى ان يكتب له كتابا الى القاضى الكاتب ، او الى البلد الذى صار اليه الخصم ، ويعرف صورة الحال ، فليس عليه ان يفعل ذلك عندنا *

موت المكتوب اليه الخ

- ١٧٤٩ - وقال اصحابنا :
لو مات المكتوب اليه او عزل او فسق ثم ولى غيره القضاء لم يجز له قبوله
والحكم به *

(١) في نسخة خليج لم يقضه وهو غلط .
وفي لسان العرب فى مادة (فضض) : ففضضت الشئ فأفضضه فضا فهو مفضوض ، كسرته وفرقته ، وفضضه وفضاضته ما يكسر منه .
(٢) في نسخة قليع (شهد) وهو غلط صحيح فى هامش المخطوط المذكورة .

١٧٥٠ - وقال الشافعي :

لمن ولی ان يقبله ويحكم به لأن المعول على^(١) ما حفظه شهود الكتاب
وتتحملوه و من 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 ابدا حتى يتنهى الى البلد الذي فيه الخصم .

فصل

مرض الشهود في الطريق

١٧٥٣ - وقل لو مرض الشهود في الطريق فاشهدوا على شهادتهم لقوم
آخرين فان القاضي يقبل ذلك ويسمع الشهادة على الشهادة مثل الشهود بالكتاب ،
وكذلك ان بدا للشهود من السفر^(٢) .

فصل

١٧٥٤ - ولو قال الطالب للقاضي : أكتب الى قاضي كذا فان كان خصي
هناك والا اكتب الى قاضي كذا ، فانه يفعل ذلك ، فإذا ورد الكتاب على الاول
وسألة ان يكتب الى الثاني فانه يفعل ذلك ويكتب على ما سأله .

(١) في لسان العرب في مادة «عول» :
العول والوعيل الاستغاثة ، ومنه قولهم معولى على فلان أي اتكلسي
عليه واستغاثتي به فالمعلوم عليه هو المعتمد .
(٢) في لسان العرب في مادة « بدا » : « بدا لى بداعة أي تغير رأيي على
ما كان عليه» فقوله بدا للشهود من السفر أي عدلوا عن السفر وغيروا وجهتهم .

فصل

إلى فلان أو فلان

١٧٥٥ - وإن كتب الكتاب إلى فلان أو فلان فأى القاضيين ورد عليه الكتاب إنفذه وعمل به عند أبي يوسف لانه لو كتب إلى من يصل إليه من القضاة جاز ذلك عنده اذا كانت ولايته قبل ان ينفذ الكتاب وإنفذه واجازه *

١٧٥٦ - وعند الشافعي ينفذه وإن ولى بعد الكتاب *

١٧٥٧ - وقال أبو حنيفة لا ينفذ الكتاب ولا يقبله الا اذا عين واحدا من الناس *

فصل

Herb الخصم بعد فض الكتاب

١٧٥٨ - وإذا هرب الخصم بعد فض الكتاب وقراءته عليه قبل الحكم به ، فسأل الطالب القاضي ان يكتب له الى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فعند ابى يوسف ينصب له وكيلا ويحكم كما لو اقام رجل بينة على دعواه بمحضر من خصمه ثم غاب المطلوب ، فإنه ينصب عنه وكيلا وينفذ الحكم عليه * وقال ههنا لا يكتب *

١٧٥٩ - وقال محمد :

- لا يقضى عليه بشيء حتى يحضر الا ان يكون المطلوب اقر بالحق ثم غاب فانه يحكم عليه *

١٧٦٠ - وقال أبو يوسف هما سواء ، ويحكم عليه اذا غاب *

١٧٦١ - وقال محمد في كتاب القاضي اذا كان قد سمع من البينة بمحضر من المطلوب ثم غاب ولم ير الحكم عليه فإنه يكتب الى 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 ان كان تاريخ الكتاب قبل الموت او بعده *

فصل

كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه

١٧٦٤ - وان ورد كتاب القاضي بما لا يراه المكتوب اليه جائزًا مما قد

اختلف فيه العلماء لم ينفيه لانه ليس بقضية ، إنما هو بمنزلة الشهادة ٠

١٧٦٥ - وان كان قد حكم وامضى الحكم بذلك امضاه ، لانه بمنزلة ما

حكم به مما يختلف فيه العلماء ٠

١٧٦٦ - وهو قول الشافعى في القصاص ايضا ٠

فصل

الاضافة للأب والجد

١٧٦٧ - وان كان في الكتاب ان فلان اقام عندي 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 بینة انه هو المكتوب فيه الكتاب ٠

فصل

تشابه الاسماء في البلد

١٧٦٨ - وان لم يكن انفذ الحاكم الكتاب فقال المطلوب انا اقيم بینة ان في

هذا البلد رجلاً كان على هذا الاسم وانه مات ، لم أقبل ذلك الا ان يكون حيَا ،

ولا انظر في حال من مات الا ان يكون موته بعد تاريخ الشهادة بالحق الذي

في الكتاب ٠

فإن كان بعد التاريخ ابطلت الكتاب حتى ينسب إلى شيء اعلم انه هو ٠

وان كان الذي على ذلك الاسم قد مات قبل ذلك بزمان ودهر انفذت

الكتاب على الحي ٠

١٧٦٩ - وقال الشافعى :

وإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه فحضر الخصم وقال :

لست بفلان بن فلان فالقول قوله مع يمينه ، لأن الأصل أنه لا مطالبة عليه ٠

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 ، لأن 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 منها ◦

فصل

١٧٧١ - اذا حكم المكتوب اليه على المدعى عليه بالحق ، فقال المحكوم عليه: أكتب نبي الى الحاكم الكاتب انك حكمت علي حتى لا يدعني ثانيا ، فقد اختلف في ذلك :

فمنهم من قال يلزمـه لـانـه لا يـأـمـنـ انـيـدـعـيـ عـلـيـ ثـانـيـاـ ويـقـيمـ عـلـيـ البـيـنـةـ فـيـقـضـيـ عـلـيـ ثـانـيـاـ ◦

ومنهم من قال لا يلزمـه لـانـ الحـاـكـمـ اـنـمـاـ يـكـتـبـ مـاـحـكـمـ بـهـ اوـ ثـبـتـ عـنـهـ ، والـكـاتـبـ هوـ النـىـ حـكـمـ اوـ ثـبـتـ عـنـهـ دـوـنـ المـكـتـوبـ اليـهـ ◦

فصل

الاشهاد على مثبت من الاقرار

١٧٧٢ - اذا ثبت عند القاضي حق الاقرار فسأل المقر له ان يشهد على نفسه بما ثبت عنده من الاقرار لزمه ذلك لـانـ لا يـؤـمـنـ انـ يـنـكـرـ المـقـرـ فـيـلـزـمـهـ الاـشـهـادـ ليـكـونـ حـجـةـ لـهـ اـذـاـ انـكـرـهـ ◦

فصل

الاشهاد على ثبوت الحق بيمين المدعى

١٧٧٣ - قال أصحاب الشافعي :

وان ثبت عنده الحق بيمين المدعى بعد نكول المدعى عليه ، فسأل المدعى ان يشهد على نفسه ، لزمه لـانـ لاـحـجـةـ لـمـدـعـيـ غـيرـ الاـشـهـادـ ◦

الاشهاد على ثبوت الحق بالبينة

١٧٧٤ - وان ثبت عنده الحق بالبينة فسأل الاشهاد فيه وجهان : احدهما

انه لا يجب لان له بالحق بينة فلم يلزم القاضي تجديد بينة اخرى ، وهذا قول
عامة صحابنا ٠

والثاني يلزم لان في اشهاده على نفسه تعديلاً لبنته وأساساً لحقه
والزاماً لخصمه ٠

فصل الاشهاد على براءة الحالف

١٧٧٥ - واذا 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 ٠

فصل اثبات ما جرى في الخصومة في المحضر

١٧٧٦ - واحتل了一 في لزوم القاضي ان يثبت في المحضر بما جرى في
الخصومة اذا طلب احد الخصمين : فمنهم من أوجبه ومنهم من لم يوجبه
١٧٧٧ - واتفق الجميع على أنه لا يجب الاشهاد عليه والتسجيل اذا لم يكن
عنه كاغد من بيت المال وان كان عنده أو دفع اليه الشخص الكاغد فعنده لا يلزم ،
وعند اصحاب الشافعي يلزم في أحد الوجهين وكذاك قولهم في المحضر ٠

أخذ القاضي الاجر 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 فولب^(١) عليه أبو
بكر بن داود الخصم ، وقال له :

(١) كذا في جميع النسخ والصواب ألب عليه .
لان ولب معناها دخل يقال ولب في البيت والوجه دخل (لسان العرب)
اما ألب يأlb فمعناها اجتماع وتالب القوم تجمعوا وألبهم (بالتشديد) جمعهم .
وهم عليه ألب واحد والب الاولى اعرف . . أي مجتمعون عليه بالظلم والعداوة
وقد تألبوا عليه تألبوا اذا تضافروا عليه . (لسان العرب) فألبهم عليه معناها
حرضهم عليه .

طالبه بالدنانير ، وشنع عليه

فلما اجتمع الخصم به وعزم على المطالبة قال له ابن شريح :

- من ترضى من أهل العلم يحكم بيننا فهل ترضى بابن داود ؟

قال الرجل :

نعم فيحضر عنده والرجل يعرف باطن ابن دادود في القضية ، فلما رأى ابن

شريح قد أقبل إليه قام له واستقبله *

قال ابن شريح له :

- أيها الشيخ هل يجب على الحاكم أن يسجل على نفسه بما ثبت عنده ؟

قال :

- لا يجب عليه ذلك

قال ابن شريح :

- فما لا يجب عليه هل يجوز أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟

قال : له أن يأخذ عنه العوض *

قال له :

- فاعلم هذا الشيخ أنه لا يجب على رد ما أخذت على سجلي على نفسي *

١٧٧٩ - وهذا مذهب لا يصح ، لأنه قد لا يجب على الإنسان الشيء ومع هذا

لا يجوز أن يأخذ العوض عليه كصلة النافلة *

١٧٨٠ - وقد ذكرنا فيما تقدم قولهم في الاجرة على الشهادة والرزق على

الحكم عندنا فلا معنى لعادته *

فصل

١٧٨١ - ولا يقبل الكتاب اذا قال فيه : على فلان بن فلان البكري 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 اتي مخرجا بذلك قبل

القاضي ذلك منه

١٧٨٤ - وان قال :

لست بفلان بن فلان الفلانى والقاضي لا يعرفه ، فالقول قوله ، وقد مضت

فصل

رسول القاضى الى القاضى ومشافهته

١٧٨٥ - اذا أرسل القاضى الى القاضى رسولا بما كتب به او شافهه به في

عمله لم يقبل ذلك ولم ينفذه لأن الكتاب بمنزلة الشهادة

عمل قاضى القضاة بالشافهة

١٧٨٦ - وكان شيخنا قاضى القضاة رحمة الله يعلم خلفاء ما ثبت عنده من

الحقوق مشافهة وبرسالة ويحكمون بذلك على الخصوم ويستوفون الحقوق

ويحبسون بذلك القول لهم ، والنصل فى الرواية ما ذكرناه دون ما كان يعلمه

فصل

١٧٨٧ - اذا مات الكاتب او عزل بعد وصول الكتاب وقراءة ما فيه امضاه

ولو فسق او صار فى حال لا يجوز حكمه من ذهاب عقله بعد وصول

الكتاب لم ينفذما فيه ورده هذا القاضى

١٧٨٨ - وقال أبو يوسف : اذا عمى بعد الوصول انفذ ، كما لو مات ، وهو

قول الشافعى

كتاب العامل وقاضى الرستاق

١٧٨٩ - ولا يقبل القاضى كتاب عامل ولا قاضى رستاق ولا قرية

الا قاضى مصر من الامصار او مدينة فيها منبر ^(١) وكان شيخنا قاضى القضاة رحمة

الله يقبل كتب قضاة السواد ويحكم بها ، غير ان سواد العراق فى كل موضع منبر

وخطبة ، وفي بعضه اسواق وحكمه حكم المدن فى غير العراق

فصل

١٧٩٠ - وقالوا لو كتب القاضى الى الامير الذى استعمله وهو معه فى المصر

(١) من أول الفصل ٢٢٨٦ الى ه هنا ورد في نسخة قليع فقط

— اصلاح الله الامير

نم 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 وشهادتنا 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 والشافعى في هذه الوجوه كلها *

١٧٩٢ — وفي قول ابي حنيفة لا يقبل *

فصل

الطعن في الشهود والقاضي والكاتب

١٧٩٣ — واذا طعن المطلوب بالحق في الشهود أو القاضي الكاتب وذكر
فيهم ما يوجب وقوف حكمه وشهادتهم ، وأقام بينة بأنهم فسقة أو مسندون في
قذف أو عيد أو ذمة ، فهذا شبهة توقف الحكم وتمنع من امضائه ، وهذا في قول
جميع من نعلم من الفقهاء من لا يقبل شهادة محدود او عبد او ذمي في ذلك
على ماتقدم بيان ذلك *

كتابة القاضي بما تسمع فيه البينة

١٧٩٤ — وكل ما تسمع فيه بينة ويحكم بها اذا كان حاضرا فانه يكتب بها
اذا كان غائبا الا الموضع التي ذكرناها من الحدود والقصاص وما ذكرناه ، وفي
هذه الابواب والفصول مسائل كثيرة نذكرها في المحکوم به *

١٧٩٥ — واذا قد ذكرنا صفة القاضي وما يجب كونه عليه من الامور والمقضي
له وطريق القضاء ، وذكرنا ما في ذلك من المسائل والابواب ، وجوب ذكر المقضي
به من الحقوق وهذا يتضمن ان نذكر الكتب والمعاملات وسائل الافعال والاقوال ،
ونرتب ذلك على ترتيب الكتب ، ونبداً 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 تحريره 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

او فساده او في قبضه ، او في شمنه ، او في مقداره او في تأجيل الشمن او

في الشمن والمبيع جميما او شرط الخيار او في مقداره او في الرهن المشروط فيه

او كفيل فيه او يدعى المتعاقدان لهما او لغيرهما او ورثتهما او ورثته أحدهما او

وكيلهما او في العيب بالعوضين او 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 والمتناظر

فيه اليوم دون ما بعد وشد القائل به *

باب الرجل يدعى على غيره بيع سلعة

١٧٩٩ - واذا ادعى على رجل بيع سلعة او عقار او حيوان او شيء تسمع

الدعوى عليه فان القاضي يدعى عليه ، فإذا احضر اليه سوى بینهما في المجلس ولم

يرفع شريطا على وضيع ولا مسلما على ذمئ ، ولم يخص احدهما بأمر ولا تقريب

ولا سر [كذا] ولا يسئله عن حاله وبذلك جاءت السنة وثبتت القضيا^(١) *

(١) هذا التفصيل تكرار لادب القضاء حيث لا تمس الحاجة اليه ولا

يخلو مع ذلك من أهمية لاشارة الى تقاليد القضاء بما جاءت به السنة *

١٨٠٠ - فإذا حضرا بين يديه سأّل المدعى عن دعوه فان كانت في منقول
اعتبر حضوره عنده وان كانت في عقار اعتبر ان يحده بحدوده ويصفه ويميزه

ترتيب التسليم

١٨٠١ - وإذا ادعى عليه البيع بالشمن المعلوم وصحت الدعوى من وجوه
الفساد والجهالات سأّل المدعى عليه ، فان أقر أمر بتسليم البيع اولاً عند الشافعى
ثم يأمر المشتري بتسليم الثمن

١٨٠٢ - وقال أصحابنا جميعاً اذا أقر بالبيع أمر المشتري بتسليم الثمن اذا
كان ديناً واذا كان عيناً او ثمناً بشمن سلماً معاً

١٨٠٣ - وللشافعى في ذلك ثلاثة أقوال :

احدها كما قلنا

والثاني الخيار الى الحاكم

والثالث يقرع بينهما

حالة جحد البيع

١٨٠٤ - وان جحد البيع سأّل المدعى عن البينة ،

- لك بذلك بينة أم لا ؟

فإن قال لا بينة لي ، قال له :

- لك اليمين على الخصم

ثم اعلم المدعى عليه بذلك ، وقال له :

- اتحلف ؟

فإذا قال نعم وبذل اليمين ، قال للمدعى :

تريد ان احلفه 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 :

ـ بالله ما بعثه الذي ادعاه من العبد او الدار بالشمن الذي ادعى ٠

تعريف البائع

١٨٠٥ ـ الا ان يعرض البائع ان الانسان قد يبيع ثم يرجع اليه بأمر آخر

فانه يحلفه :

ـ ما بينك وبين هذا بيع تام قائم الساعة فيما ادعى ٠

١٨٠٦ ـ وروى عن ابن زياد انه قال :

لا احلفه الا على هذا الاخير عرض الخصم او لم يعرض ، لأن حلفه على
هذا يأتي على دعوى المدعى ٠

١٨٠٧ ـ وقال بعض أصحاب الشافعي :

ـ يحلفه : لا يستحق عليك هذا الذي يدعى بالبيع ٠

١٨٠٨ ـ ومن اصحابنا من قال :

احلفه ما هذه الدار شراء لهذه الساعة بما ادعى من الشمن ؟

١٨٠٩ ـ وان شاء حلفه :

ما هذا البيع الذي ادعى عليك في ذلك قائم له فيها الساعة بهذا الشمن على
ما ادعى ٠

١٨١٠ ـ فان حلف بربئه من الدعوى

وان نكل عن اليمين قضى عليه بالبيع عندنا ، وعند الشافعي ومالك برد الشمن

فصل

١٨١١ ـ وان قال :

لي بينة ولكن غائبة عن المجلس فحلفه لي :

(١) في نسخة قيلج : (بما وصفنا في اليمين) ١

فأبو حنيفة لا يحلفه •

وابو يوسف يحلفه ، وبه قال الشافعى ، وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم •

١٨١٢ - وانما جعلنا القول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم التباع ، فمن
ادعى البيع فهو المدعى •

١٨١٣ - وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال :

- « اذا اختلف المتباعان فالقول ما قال البائع »^(١) ولأن الاصل بقاء ذلك
وزواله مشكوك فيه ، وهذا شأن جميع العقود التي يدعى بها بعض الناس على بعض ،
فاجعل الاصل عدم ما يدعى به الانسان على غيره من سائر الدعاوى ، لأن الاصل
براءة الذمة وفراغ الساحة وطريق شغلها انما هو الشرع •

١٨١٤ - وكذلك ان كان المدعى للبيع صاحب السلعة والمشترى هو المنكر
للبيع فالحكم في ذلك سواء ، ولا فرق في هذا بين دعوى الرجل لنفسه او لغيره
او لولده او لشريكه او لمولاه او لعيده ، فالحكم في ذلك سواء •

١٨١٥ - ولا خلاف بين العلماء ان القول قول المنكر للبيع مع يمينه ، وانه
لابد من اليمين لتسقط الدعوى في البيع وفيما يصح بذلك عند أبي حنيفة •

١٨١٦ - وما لا يصح فقد ذكرنا فيما تقدم ما يستحلف فيه وما لا يستحلف
فيه فلا وجه لاعادته •

(١) ورد هنا الحديث في كتاب الآثار لأبي يوسف ورقمه ٨٣٠ وصيغته
« اذا اختلف المتباعان فالقول قول البائع أو يترادان البيع » والمراد بالاختلاف
ه هنا الاختلاف في الشمن كما هو ظاهر من سبب الحديث وانه روى في صدد نزاع
على ثمن مبيع ، وقد جاء في موطن ماتك اخراج محمد بن الحسن الشيباني ان
صفة الحديث المذكور هي « ايما بيّعان تباعيا ، فالقول قول البائع أو يترادان » .
قال محمد :

وبهذا نأخذ ، اذا اختلفا في الشمن تحالفا وترادا البيع ، وهو قول ابي
حنيفه ، والعامة من فقهائنا ، واما كان المبيع قائما بعينه ، فان كان المشترى
قد استهلكه فالقول ما قال المشترى في الشمن ، في قول ابي حنيفة ، واما في
قولنا فيتحالفان ويترادان القيمة » .

فصل

اتفاقهما على البيع واختلافهما في فساده

الاصل في العقود الصحة

- ١٨١٧ - واما اذا اتفقا على البيع ، واختلفا في فساده فالاصل عدم الفساد ، لأن دخول كل متعاقدين في عقد اعتراف منهما بصححة ذلك العقد .
- ١٨١٨ - والوجه الآخر : القول من يدعى الفساد .
- ١٨١٩ - الا ان يكون العقد يشهد بالفساد أو فيما يقتضي الفساد فيعمل بذلك فيه ، ويجعل القول قول من يدعى كالمشترى لام ولد أو مكاتب أو مدبر أو مالا يجوز شراؤه ولا بيعه عند المحاكم الذى ارتفع اليه فلا يسمع الداعوى .

فصل

اختلافهما في القبض

الاصل عدم القبض

- ١٨٢٠ - واذا اختلفا في قبض البيع او قبض الشمن فالقول قول الذي ينفي ذلك ، وبالبينة بينة المثبت للقبض منها اذا اقاما بينة .
- ١٨٢١ - وهذا لا خلاف فيه لان الاصل عدم القبض ، والقبض أمر حادث فمن ادعاه فهو المدعى ، فإذا شهدت بينة بأنه لم يقبض ، والآخرى بالقبض فيبينه القبض مثبتة للمحکم والآخرى نافية ، ف تكون بينة القبض أولى .

فصل

- ١٨٢٢ - واذا اشتري الرجل سمنا او غيره في زق فائزنه ، ثم جاء بالزق ليردده ، فقال البائع :

- ليس هذا زقي ، فالقول قول المشترى مع يمينه ، لأنه مشترى للسمن

ومؤمن في الزق فالقول قول المشترى ، اذا جاء بما هو مؤمن عليه فقال :
ـ 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 اشتري عبدين فقبض احدهما فمات عنده ، ومات الآخر عند
البائع ، ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشترى
قال محمد :

الا ترى انه لو اشتري طعاما فقبض بعضا وترك الباقي عند البائع فقال قبضت
ثلثه وقال البائع قبضت نصفه فالقول قول المشترى لانه الضامن ، ولانه لو انكر
لكان القول قوله

فصل

موت أحد المبعين عند المشترى ورد الآخر بالعيوب

واختلافهما في قيمة الميت

١٨٤ - ولو كان المشترى قبض العبددين فمات احدهما عنده وجاء بالآخر
يرده بالعيوب واحتلما في قيمة الميت كان القول قول البائع مع يمينه ، لأن
المشتري يدعى براءة نفسه بعد هذا العبد اليه زيادة على ما يقوله البائع ، ولا
يشبه المسئلة الاولى لأن التسليم واجب على البائع بالبيع فلا يصدق البائع في انه
قد برع منه ، ولانه دخل في ضمان المشترى ، ويقسم الثمن على قيمة الذي
يرده غير عيوب 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 كنا جميعا في ضمان المشتري

١٨٢٥ – وان اقاما بيته كانت البينة بينة البائع ايضا ، لأنه أقام البينة على زيادة قيمة الميت ، والوجه الذي قبلنا بيته غير الوجه الذي جعلنا القول قوله فيما يسقط عن المشتري من الثمن ، وقبلنا بيته في زيادة الثمن للميت

١٨٢٦ – وكذلك لو كان مكان العبدين عدلا رطب فانه يقسم الثمن كذلك عند التنازع على سواء

فصل

اختلافهما في المبيع أو الثمن

١٨٢٧ – قال أصحابنا :

وإذا اختلف المتباعان في المبيع او الثمن فانهما يتحالفان ، سواء أكان ذلك عينا او في الذمة ، فإن كان في الذمة ، فكل ما كان معقودا عليه فإنه يثبت التحالف فيه عندنا ، والتحالف يثبت في الجملة بين المتعاقدين

١٨٢٨ – وقال داود (الظاهري) لا يثبت

١٨٢٩ – لنا خبر ابن مسعود انه عليه السلام قال :

« اذا اختلف المتباعان تحالفوا وترادوا »

أو لأن كل واحد منهم يدعى على صاحبه عقدا غير العقد الذي يدعوه الآخر
فيجب على كل واحد اليمين على دعوى الآخر

فصل

اختلافهما في الثمن مع قيام السّلعة

١٨٣٠ – وإذا اختلف البائع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يدي
البائع أو المشتري فالقول قول البائع لأنه عليه التسليم

قال : « اذا اختلف المتباعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع »^(١)

(١) وردت هذه الجملة في الهاشم الاعلى من نسخة قليج

قال ابو الحسن رحمة الله كان القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمة الله ان يكون القول قول المشترى مع يمينه ، لكنهم ترکوا القياس لاجل الخبر .
١٨٣١ - وقال أبو خازم القاضي اذا كانت السلعة معهما فالقياس ان يكون القول قول المشترى وان كانت السلعة فى يدى البائع فالقياس ان يتحالف على ماورد به الخبر ، لأن السلعة اذا كانت فى يدى البائع فكل واحد منهما يدعى حقا على صاحبه فيجب ان يتحالفا ، واذا قبضت فلا حق للمشتري في الدعوى لأن الملك قد وصل اليه بالقبض وانما الدعوى للبائع عليه ، فيجب ان يجعل القول قوله الا انهم يتحالفان للخبر .

١٨٣٢ - وقال الحسن بن ابي مالك وابو عبدالله البلاخي القياس ان يجعل
القول قول المشترى في الوجهين جميعا ، وانما ترك للاثر لانهما اتفقا على ان
الملك للمشتري والبائع يدعى عليه الزiyادة وهو ينكرها فالقول قوله *

١٨٣٣ - وقال بعض اصحابنا هذا خطأ لأن الخلاف في العقد وعليه يتحالفان
ولو كان ذلك اختلافا في الدين لكن على الزiyادة دون مايعرف به من الدين *

١٨٣٤ - وقال في كتاب الدعوى :

كان ينبغي في القياس انهم متى حلفا انه بيع بالف درهم كفى ولكن تركتنا هذا القياس للاثر ، لأنهما اتفقا على ان الملك للمشتري وقد اتفقا على قدر ما اتفقا عليه من الثمن ، والبائع يدعى الزيادة ، فكان القول قول المشتري ، لأنـه يدعى الظاهر والبينة بينـة البائع ، لأنـه يدعى خلاف الظاهر ، وإنما تركتـنا ذلك قوله عليه السلام : « اذا اختلف المتبـيان وليس بينـهمـا بينـة فالقول قول رب السلعة او يترـادـان » ◦

قال الكرخي رحمه الله : هذا الخبر ورد بخلاف قياس الاصول ، فقد ورد بضرب آخر من القياس لانه لا خلاف انهما لو اجمعوا على ان المك كان لنزيد ثم اجمعوا انه انتقل الى عمرو واحتلما في الجهة التي انتقل منها اليه فقال عمرو

ملكت ذلك ببهة او صدقة وقال زيد ملكت ذلك بالشراء فالقول قول زيد ، كما انه لو ادعى عليه الملك وانكره كان القول قوله دون قول مدعى الملك ، واذا حسح 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 بأنه في الهبة لم يوافقه على جهة الملك وفي مسئلتنا قد وافق البائع المشترى على انه ملك بالشراء فيبني ان يكون القياس بخلاف الخبر ◦

١٨٣٦ - وانما يكون القول قوله مع يمينه وان لم ترد اليدين في الخبر لان من دفع دعوى غيره عليه حقا كان القول قوله مع يمينه ويحلف المشترى ايضا لان المشترى يدعى عليه البدل الذى يدعى البائع فيجب ان يحلف ◦

١٨٣٧ - وهذا أصل جار فيما يصح بذلك عند ابي حنيفة مما يستحلف فيه وعند ابي يوسف والشافعى فى كل ما يصح الاقرار به الا الحدود خاصة وايهما نكل عن اليدين لزمه دعوى صاحبه ولا يرد اليدين ، وقال الشافعى برد اليدين ◦

فصل

من الذى يبدأ به فى اليدين

١٨٣٨ - والذى يبدأ به فى اليدين البائع ، وهذا قول ابي يوسف الاول ، وهو قول زفر ثم رجع وقال الذى يبدأ به فى اليدين هو المشترى ، وهو قول محمد لانه المبتدأ به فى الثمن اذا كان غير معين ◦

١٨٣٩ - وقد بينا ان الشافعى يبدأ بتسليم المبيع فيبدأ بيمين البائع ◦

١٨٤٠ - وقال الطحاوى في أدب الحكم الصغير له :

قال أبو حنيفة :

اذا اختلف المتباعون في الثمن قبل القبض وبعده فانهما يتحالثان ويترادان وبدأ بيمين البائع ◦

١٨٤١ - وذكر ان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة انهما اذا اختلفا في الثمن بدأت بالمشترى وان اختلفا في المبيع بدأت بالبائع ◦

١٨٤٢- واحتلافهم في المبيع ان يقول المشتري اشتريت منك ثوبين ويقول البائع بعثك ثوبا واحدا ، فيبدأ هنا بالبائع ◦

١٨٤٣- والخلاف في الشمن ان يقول :

الف بـعـت

♦ ويقول المشتري بخمسينات ، قبلاً هنا بالمشتري

فَصَلِّ

في العين والعين والدين بالدين

١٨٤٤- وهذا اذا كان الثمن دينا .

فإن كان عيناً بعين، أو كان الشمن والميسع ديناً فإن الحكم بال الخيار في البداية
بأيدهما شاء لأنه ليس هناك ما يوجب تقديم أحدهما على الآخر.

١٨٤٥ - وكان الكرخي رحمة الله يقول :

• الرواية في العين بالعين ، والدين بالدين قياس المذهب .

فصل

١٨٤٦ - وان اختلفا في الثمن والسلعة مستهلكة في يدي المشتري باستهلاك
أو أكل فالقول قول المشتري مع يمينه ، ويلزمه ما أقر به من الثمن عند ابى
حنيفة وابى يوسف ◆

١٨٤٧ - وقال محمد والشافعي يتحالفان ، ويكون على المشترى قيمة المسلاعة
والقول في القيمة قول المشترى مع يمينه ◦

١٨٤٨ - ولو اقاماً بينه البائع لانه يثبت الزيادة على المشترى
وانما لم يثبت التحالف مع هلاك السلعة لان الخبر ورد معللاً بقيام السلعة، ولأن
بعد الهلاك لا يصح فسخ البيع بالغيب وكذلك بالتحالف والاقالة لانه لا فائدة من
اليمين الاولى لأن القول قوله في القيمة ◦

فصل

السلام

المبيع في الذمة

١٨٤٩ - واذا كان المبيع في الذمة سلما واحتلفا في الجودة او الرداءة او الوسط او في قدره فانهما يتحالفان لأن هذه المعانى معقود عليها في السلام فالاختلاف فيها اختلف في نفس المعقود عليه \bullet
وان كان الخلاف في صفات العين لم يثبت التحالف لأنها غير معقود عليها

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٠ - وكيف يحلف البائع هننا ؟

قال اصحابنا :

- يقول بالله ما بعت بالف وانما بعت بالفين \bullet
قالوا : الثمن انما يكون على النفي ولكن هننا يدعى الشراء فيه بالف وهو يرد ذلك فيمينه هننا على الايات ولا يكون يمينا على الايات الا هننا ولكنها على وجه التبع للنفي ، ومثل هذا جائز ، لأن المودع اذا قال رددت الوديعة ، وان كانت اليمين على الايات الا ان معناه انه لا يستحق على الوديعة فكذلك هذا ، لكن في هذه الزيادة فائدة ، لانه اذا حلف انه ماباع بالف يجوز ان يقول قد بعت بالف وخمسماة ، فاذا قال بعت بالفين لم يمكن ان يدعى بعد ذلك \bullet

١٨٥١ - والمشترى يحلف فيقول :

بالله ما اشتريت بالفين وانما اشتريت بالف كما قلناه في البائع \bullet

فصل

كيف يحلف البائع

١٨٥٢ - واذا حلفا جميعا فانه يبقى المبيع بينهما قائما ولا يفسخه الحاكم

حتى يسئل ذلك أحدهما لأن دعوى كل واحد قد بطلت بيمين الآخر فصار
بيعاً بغير بدل فيفسد ، والبيع الفاسد يحتاج في رفعه إلى حكم الحكم ، لأنه يجوز
أن يرجع أحدهما إلى تصديق الآخر ، وليس هذا كفرقة المغان عندنا لأن الفرقة
حق لله تعالى ، ولو تراضياً على البقاء على النكاح لم يجز ذلك فلهذا فرق من
غير مسئلة •

فصل

اختلافهما في جنس ما اسلم فيه

١٨٥٣ - وإذا قال أحدهما اسلمت اليك في كر^(١) حنطة ، وقال المطلوب
في كر شعر تحالفًا لأنه اختلاف في المعقود عليه •
ولا يشبه هذا اختلافهما في ذرع الثوب إذا كان عيناً أنه لا تختلف لأنهما ليس
معقوداً على الصفة في البيع لأن زيادة الذرع عندما يكون للمشتري ونقصانه
لا يوجب حط جزء من الثمن ، ويفسخ العقد بينهما •

١٨٥٤ - وقال أصحاب الشافعي في فسخ العقد بعد التحالف وجهان :
أحدهما كما قلناه •

والثاني ينفسخ بنفس التحالف

اليمين في السلم

١٨٥٥ - ويدأ في السلم بيمين المطلوب في قول أبي يوسف الأول ، وهو
قول زفر •

(١) جاء في لسان العرب في مادة (كرر) : الكلُّ مكيال لأهل العراق ،
وفي حديث ابن سيرين : إذا بلغ الماء كرا لم يجعل نجساً ، وفي رواية «إذا كان الماء
قدْرَ كر لم يحمل القدر» والكر ستة أو قار حمار ، وهو عند أهل العراق ستون
قفيزاً ويقال للحسى كرا أيضاً ، والكر وأحد أكرار الطعام ، ابن سعيد : يكون بالصرى
اردباً ، قال أبو منصور : الكر ستون قفيزاً ، والقفيز ثمان مكاكيك ، والمكوك صاع
ونصف وهو ثلاثة كيلجات ، قال الأزهري : والكر من هذا الحساب اثنى عشر
وسقاً كل وسق ستون صاعاً •

وفي الثاني بيعين الطالب وهو قول محمد لانه جعل المطلوب كالبائع ،
والطالب كالمشتري ◦

فصل

١٨٥٦ - وان اقاما جميعا بينة اخذت بينة الطالب لانه ادعى جسما وانكره
الآخر فوجب ان تكون البينة بيته ، لانه اثبت ما ادعاه ، والمطلوب أقام البينة على
شيء قد ابرأه عنه ورد اقراره فيه ◦

فصل

اختلافهما في مكان الايفاء

١٨٥٧ - وان اختلفا في مكان الايفاء فالقول قول المطلوب والبينة بينة انظالب
في قول ابي حنيفة ◦

١٨٥٨ - وقال ابو يوسف ومحمد يتحالفان وهو قول الشافعي لان المكان
اختلاف في غير المحلوف عليه فصار كاختلاف في الرد بالعيب ، وهما يقولان
القيمة تختلف بالأماكن فصار كالمعقود عليه ◦

فصل

اختلافهما في الثمن بعد هلاك احدى العينين

١٨٥٩ - واذا كان البيع عينين فهلكت أحدهما ثم اختلفا في المثلث فان أبا
حنبيقة قال :

- لا يثبت التحالف الا ان يرضي البائع ان لا يأخذ من الهالك ثمنا ولا قيمة
ويجعله كأنه لم يكن فحيثئذ يتحالفان ويرد الباقي ◦

١٨٦٠ - وقال أبو يوسف يتحالفان في الباقي ويلزمه عن الهالك الثمن والقول
قول المشتري فيه ◦

١٨٦١ - وقال محمد والشافعي :

يتحالفان ويرد الباقي وقيمة الهالك ، وهذا اذا كان المشترى قد قبض .

١٨٦٢ - وجعل ابو يوسف ذلك كالرود بالعيوب اذا هلك البعض رد الباقي

١٨٦٣ - ومحمد يوجب التحالف مع قيم المبيع ومع هلاكه كله ويرد القيمة

١٨٦٤ - وابو حنيفة جعل ذلك كالأقالة ومضى على اصله من التفاس .

١٨٦٥ - وان اقاما جميعاً بينة فالبينة بينة الطالب لانه اجتمع بيتان أحدهما

لـه والاخرى عليه فكانت التي عليه اولى .

فصل

اختلافهما فى المسلم والمسلم به

١٨٦٦ - واذا اختلفا فقال أحدهما اسلمت اليك عشرة دراهم في كرى
حنطة وقال الآخر بل اسلمت لي عشرين درهما في كـر واحد فانهما يتحالفان
وايهمما نكل لزمه دعوى صاحبه .

١٨٦٧ - وان اقاما البينة جميعاً قبلت بينة الطالب في كـرين وبينة المطلوب
في عشرين درهماً لاما نأخذ بالزيادة من البينتين وكل واحدة ثبت حقاً على الآخر
فينبغي ان يقضى به .

فصل

١٨٦٨ - وان قال الطالب : خمسة دراهم في كـر حنطة وقال المسلم اليه :
عشرة دراهم في كـر شعير فأقاما جميعاً البينة فإنه يقبل بينة الطالب في الحنطة
وبينة المطلوب في العشرة فتقبل بينة كل واحد منهمما في الزيادة .

١٨٦٩ - وقال الشافعي تتهاجر اليـتان .

١٨٧٠ - وقال محمد : ذلك سلمان : خمسة في كـر حنطة وخمسة في كـر
شعير .

١٨٧١ - وقد روـى عن النبي صـلـى الله عـلـيـه وـسـلـمـ ، ان رـجـلـيـنـ تـنـازـعاـ فـيـ

بعير واقم كل واحد منهما البينة على النتاج فقضى به بينهما نصفين ، وهذا على الشافعي لانه سوى المسئلين وعلى محمد أنه لم يجر بينهما الا عقد واحد فلا يجوز أن يلزمهما عقдан ◦

١٨٧٢ - وليس كذلك اذا كان رأس المال جنسين لانه لا يمكن أن يدخل أحدهما في الآخر وفي مسئلتنا يدخل الأقل في الاكثر ◦

١٨٧٣ - ومحمد يقول يجب أن تصحح البيستان جميعا ◦

١٨٧٤ - وكل واحد يدعى غير ما يدعى الآخر من المعقود عليه فهو كما لو ادعى أحدهما عبدا والآخر جارية ◦

فصل

الاختلاف في الاجل أو الخيار أو الرهن ١٠٠٠ الغ

١٨٧٥ - واذا اختلفا في الاجل أو الخيار أو الرهن أو الكفيل أو الضمين فإنهما لا يتحالفان عندنا ويكون القول قول من ينفي ذلك ◦

١٨٧٦ - وقال زفر والشافعي يتحالفان ، لانهختلف في غير المعقود عليه فلا يتحالفان وهو ما قاسا ذلك على اختلافهما في المعقود عليه ◦

فصل

١٨٧٧ - واذا كان الاختلاف في الاجل فقال الطالب شرطتك كذا من الاجل وقد مضى وادعى المطلوب أجلًا ابعد منه وانه لم يجعل فالقول قول الطالب مع يمينه ◦

١٨٧٨ - والاجل حق للمطلوب لانه لو اسقط الاجل وعجل المسلم فيه اجبر رب المسلم على قبوله ، وهو يدعى الزيادة على ما اقر به الطالب فالقول قول من ينفي الزيادة ◦

فإذا أدعى الطالب ايفاءه لم يصدق وعليه البينة انه قد اوفاه الذي اقر به كمن اقر بدين وادعى ايفاءه ◦

١٨٧٩ - وان أقاما بيته فالبينة بيته المطلوب ◦

١٨٨٠ - ولو قال الطالب : أجلتك شهرًا وقد مضى ◦

وقال المطلوب لم يمض انما أخذت مثلاً الساعة فالقول قول المطلوب أيضاً، وكان القياس أن تكون البينة بينة الطالب لأنه يدعى الایفاء فصار كمن يدعى ایفاء الدين وانما جعلنا بينة المطلوب أولى لأنه يثبت اختلافهما بعمل فيه التأجيز عن الشهر الذي أقام البينة على ايقائه به فهو مثل أن يقيم البينة أنه أوفاه الدرارهم وأقام الذي له الدين أن عليه مائة دينار ولم تعارضه بينة في ذلك، وكذلك في الشهر الذي اثبت هو الاجل لم تعارضه فيه بية الطائب، ولو جه الذى جعلنا القول قوله غير الوجه الذى قبلنا بنته.

فصل

نفي أحدهما شرط الاجل وادعاء الآخر

١٨٨١ - وان نفى أحدهما شرط الاجل وادعاء الآخر فاقول قوله الذى ادعاه ايهما كان.

١٨٨٢ - ولا يصدق الآخر على القسمان للسلم والقياس أن يكون القول قول من ينكر الاجل لأن الاجل يدعى عن الصواب وهو جاحد فلا يصدق عليه كما لا تصدق في زيادة الشمن، وكما لو أنكر السلم رئيساً والاستحسان أن يكون القول قول من يدعى الاجل إلا أن يكون المثبت للاجل هو الذى يستحق عليه فلا يكون ذلك استحساناً، ويكون قياساً، وبكون السلم فاسداً عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة يثبت السلم استحساناً.

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 يدعى لأن تسمية السلم تقضي ثبوت الاجل، لأنه عبارة عن تقديم أحد العوضين وتأخير الآخر، وقد أجمعوا 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 منهمما لأن المنكر بعد ذلك مدع لفساد العقد الذي اعترفا به، وليس يمنع أن يستحق بما يجري

مجرى الاعتراف لأن البائع لو قال بعث مالم يكن لـي أو قال المشترى اشتريت ما لم يكن للبائع بعد اعترافهما بالبيع لم يصدق فى ذلك ، وكمـا لو أقرـا يعـقد نـكاح وادعـى أحـدـهـما أنه كان بـغـير شـهـودـ لم يـصـدقـ فيـ ذـلـكـ .

١٨٨٥ - ويثبت الأجل وان كان مجـهـولاـ ويرـجـعـ إلى قولـ المـسـلمـ اليـهـ اذاـ كانـ ماـ اـدـعـاهـ فـىـ العـادـةـ ، وـانـ اـدـعـىـ شـيـئـاـ منـعـ مـنـهـ العـادـةـ التـيـ يـتـعـارـفـ النـاسـ ذـلـكـ فلاـ يـكـوـنـ القـوـلـ قـوـلـهـ وـيرـجـعـ فـيـهـ إـلـىـ العـادـةـ ، وـلاـ يـتـحـالـفـ وـلاـ يـتـرـادـانـ فـيـ اختـلـافـ الأـجـلـ خـلـافـ لـلـشـافـعـيـ .

فصل

قاعدة من لزمه شيء فالقول قوله مع يمينه

١٨٨٦ - واذا تـنـارـ كـاـ السـلـمـ بـعـدـ قـبـضـ رـأـسـ المـالـ ثـمـ اـخـتـلـفـ فـىـ رـأـسـ المـالـ فالـقـوـلـ قـوـلـ المـطـلـوبـ معـ يـمـيـنـهـ ، لـاـنـهـ يـدـعـيـ عـلـيـهـ زـيـادـةـ وـهـ يـنـكـرـهـ فـالـقـوـلـ قـوـلـهـ .

١٨٨٧ - وـقـالـوـاـ لـوـ ردـ المـيـعـ عـلـىـ الـبـاـيـعـ بـعـيـبـ ثـمـ اـخـتـلـفـ فـيـ الثـمـنـ جـعـلـ القـوـلـ قولـ البـائـعـ أـنـهـ مـاقـبـضـ إـلـاـ ذـلـكـ الـقـدـرـ لـاـنـ مـنـ لـزـمـهـ شـيـءـ فـالـقـوـلـ قـوـلـهـ معـ يـمـيـنـهـ .

فصل

اختلافهما في المعقود عليه في الإسلام

١٨٨٨ - واذا اـخـتـلـفـ فـقـالـ ربـ السـلـمـ اـسـلـمـتـ اليـكـ فـيـ ثـوـبـ هـرـوـيـ^(١) وـقـالـ الـذـىـ عـلـيـهـ السـلـمـ بـلـ هـوـ زـطـيـ^(٢) فـاـنـهـ يـحـلـفـ الـذـىـ عـلـيـهـ السـلـمـ بـالـلـهـ مـاـهـوـ بـهـرـوـيـ فـاـنـ حـلـفـ بـرـىـءـ ، وـعـلـىـ الطـالـبـ أـنـ يـحـلـفـ بـالـلـهـ مـاـهـوـ زـطـيـ ، فـاـذاـ حـلـفـ ردـ رـأـسـ المـالـ لـاـنـهـ اـخـتـلـفـ فـىـ نـفـسـ الـمـعـقـودـ عـلـيـهـ فـوـجـبـ التـحـالـفـ .

١٨٨٩ - واـيـهـمـاـ نـكـلـ لـزـمـهـ دـعـوىـ صـاحـبـهـ وـيـصـيرـ كـاـنـهـ صـدـقـهـ فـيـماـ يـدـعـيـ عـلـيـهـ .

١٨٩٠ - وـانـ أـقـامـاـ جـمـيـعـاـ بـيـنـهـ فـالـبـيـنـةـ بـيـنـهـ الطـالـبـ لـاـنـهـ اـبـتـ المـطـلـوبـ بـيـتهـ

(١) نسبة الى هرآة .

(٢) نسبة الى الزط وهم قبيل من الناس كانوا يعيشون في سواد العراق . وفي لسان العرب : "الزط" جيل اسود من السنديين تنسب الشياطين ، وقيل بالزط اعراب جـتـ بالهندية وهم جيل من أهل الهند وقيل الزط السبابحة قوم من السنديين بالبصرة .

ثوبا زطيا ، وقد ابرأه الطالب منه والبراءة تصح لأنها في الذمة ، وقد اثبتت الطالب
بينته ثوبا هرويا فوجب أن تقبل بيته عليه لأنه ما ادعاه ◦
١٨٩١ - وان اتفقا على أنه ثوب يهودي غير ان الطالب قال : هو سته أذرع
في ثلاثة أذرع ، وقال المطلوب هو خمسة أذرع في ثلاثة فهذا الاول في
القياس سواء يتحالفان ويترادان ، وبالقياس نأخذ ◦

١٨٩٢ - وأما في الاستحسان فينبعي ان يكون القول قول المطلوب مع
بينه لأن الدرع 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 المبعة ، والذرعان في المبيع صفة
فيه وليس بمعقود عليه لأنه لا ينقص بقصاصه ولا يزيد بزيادته عندنا ◦

فصل

اختلافا في السلم وفي رأس المال

١٨٩٤ - وإذا اختلفا في السلم وفي رأس المال ولم يقبضه ولم يتفرقا فقال
ال المسلم اليه : اسلمت الى هذه الجارية في مائة مختوم حنطة ، وقال رب السلم :
بل اسلمت اليك هذا العبد في مائتي مختوم حنطة تحالفتا وترادا لأنه اختلف في
المعقود عليه ◦

١٨٩٥ - وان اقاما بينه لزمه الجارية بمائة مختوم حنطة ، ولزم العبد
بمائتي مختوم حنطة لأن كل واحد منهما قد اثبت عقدا غير العقد الذي اثبته الآخر
ولم يعارض فيه الآخر لأن عقد الجارية بمائة ، وعقد العبد بمائتين ◦

فصل

إنكار قبض رأس المال

١٨٩٦ - وإذا قال الرجل : اسلمت الى عشرة دراهم في كر حنطة ، ثم

قال بعدهما سكت : ولكن لم أقبض رأس المال ، أو قال رب اسلام : قد قبضت ،
فالقول 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 التوب والدرهم ، لأن قوله : أسلمت
لي ليس هو اقرارا بالقبض وإنما هو اخبار عن العقد ، وإن كان اقراره يحتمل
أنه بالعقد والقبض فوجب أن لا يلزم الآيدين ، والاستحسان انه قد جعل قوله
أسلمت لي في العادة بمنزلة قوله اسلفت إلى ، وهي عبارة عن القبض فقوله
بعد ذلك : لم أقبض رأس المال رجوع فلا يصدق فيه .

١٨٩٨ - وعلى هذا قال أصحابنا :

إذا قل لفلان علي ألف درهم ثمن جارية باعنها ، ثم قال : لم أقبضها ،
وقال الآخر : قد قبضت كان المال عليه لانه لا يلزم منه المال الا بالقبض فقراره بالمال
قرار بالقبض وصل او قطع في قول أبي حنيفة .

١٨٩٩ - وعند أبي يوسف يقبل أن وصل ولا يقبل ان قطع .
وقول الشافعي : يقبل وصل او قطع ولا يشبه هذا عندنا اذا أشار الى عبد
بعينه لأن الثمن يجوز أن يكون ثابتا في المعين .

فصل

١٩٠٠ - واذا اختلفا فقال رب السلم :

أسلمت اليك هذا التوب في كر حنطة وقال المسلم اليه :
بل أسلمت الي هذين التوبيين في كر حنطة تحالفوا وترادا لانه اختلاف
في المعقود عليه وان أقاما بينة فلينتهي بينة المسلم اليه بالقولين جمیعا لأن البينة على
شيء حصل الاقرار معه لا تقبل ، وإنما تقبل على شيء حصل الانكار (معه) وهو
التوب الزائد .

فإن قال المسلم اليه : اسلمت الي ثوبين في كر حنطة ، وقال رب
السلم : بل اسلمت اليك أحدهما وهو هذا يعنيه في كر حنطة وكر شعير
« واقاما اليينة قضى للمسلم اليه الثوبين جميعاً وقضى عليه بكر حنطة وكر
شعير »^(١) لأن هذا ادعى زيادة المسلم فيه

فصل

اختلافهما في قبض رأس المال في المجلس

١٩٠١ - وان اختلفا في قبض رأس المال في المجلس فقال احدهما :
تفرقنا من غير قبض وهو رب السلم ، واقاما بينه بذلك فالبينة بينة المسلم
اليه لان بينة رب السلم بينة على النفي ، وذلك لا يقبل ، وبينة الآخر ثبت صحة
السلم .

١٩٠٢ - ولو كانت الدرة في يد رب العمل بأعيانها فقال المسلم إليه أودعنيها أو غصبتها بعد قبضي لها ، وقد قامت البينة بالقبض كان القول قوله ويقضي له بالدرة ان أقام البينة على القبض وان تلك الدرة له .

فصل

اختلاف ورثة البائع والمشتري في الثمن

١٩٠٣— واذا كان البائع قد مات و اختلف في الثمن ورثة البائع والمشترى
فالقول قول ورثة البائع ان كان المبيع في أيديهم
والقول قول المشترى ان كان المبيع في يده ، وكذلك لو مات المشترى
وبقى البائع كان القول قول الذى فى يده منهم ، وهذا استحسان والقياس فى هذا

١) مابین قوسین من نسخة قلیج

والاول سواء ان يكون القول قول المشترى فى ذلك كله ، فتركوا ذلك للآخر ،
وهو قول أبي حنيفة وأبى يوسف ◦

١٩٠٤ - وقال محمد والشافعى يتحلغان ويترادان وحياتهما وموتهما سواء
ادا لم يعتبر اقيم السلعة فابو حنيفة حصر الحلف بحياتهما وقيام السلعة للخبر ،
فما عدا موضع الخبر فهو متروك على ما يوجبه القياس ، وان تختلف^(١) بين
الورثة بعضهم في بعض ، فإذا كان في يد ورثة البائع لم تزل يدهم الا بالقبض ،
وان كان في يد ورثة المشترى فقد اقر البائع بزوال ملكه ، وهو يدعى عليه الشمن
وليس من حيث قم الورثة مقام الميت في الرد بالعيب يجب أن يقوموا هنـا
مقامه ، لأن في العيب قد بقى عند البائع حصة من الشمن للمشتري فيصح لهم
المطالبة بذلك ◦

فصل

ازدياد السلعة خيراً

١٩٠٥ - وان كانت السلعة في يد المشترى قد زادت خيرا ، وكانت جارية
فولدت ، أو جنى عليها ، واخذ المشترى ارثها لم يكن بينهما تحالف على ماتقدم
في القياس عند ابى حنيفة وابى يوسف ◦

نقصان السلعة

١٩٠٦ - وان كانت نقصت أو جنى عليها المشترى فالقول قول المشترى أيضا
الا أن يرضى البائع بأخذها ناقصة ، لانه اذا هلك بعض المبيع فليس المبيع قائما
بعينه ، واما اذا رضى فقد اخرج منقص من المبيع فصار في الحكم كأن البيع لم
يقع الا على هذا القائم ، دون الحال ، لأن الاختلاف بين المتباعين لا يقع فيه ، لانه
خرج من جملة المبيع ، والاختلاف انما هو في تصحیح الشمن ، وصار هذا كما

(١) نسخة قليج تحالف والنسيخة الأخرى غير منقوطة وسياق الكلام
ما أثبتناه ◦

لو كان المبيع عبدين فمات أحدهما ورضي البائع أن يأخذ الحي ولا يطالب بثمن
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 وابي يوسف ، لأن القياس يوجب المنع من موجب خبر التحالف ، والخبر مشروط بقيام السلعة ، والامر هنا بخلافه *

فصل

رجوع السلعة إلى المشتري بغير الوجه الذي خرجت به من يديه

١٩٠٨ - وكذلك ان رجعت اليه بوجه غير الوجه الذي خرجت به من يديه فالقول قول المشتري لأن الملك محمد فلا يجوز ان يفسخ الملك لأجل الاختلاف في العقد الاول *

١٩٠٩ - وهذا قول أبي حنيفة وابي يوسف *

١٩١٠ - وقال محمد : يتحالفان ويترادان ، لأن الذي أوجب التحالف مع بقاء السلعة على حالها هو أنه لا يجوز أن يستحق كل واحد منها على صاحبه ملكه بقوله *

١٩١١ - وأما إذا خرج عن ملكه لم يصح فيه الترداد 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 المشترى الذى باع نصفه ويتحالفان على حصة الآخر .

١٩١٣- قال الكرخي رحمة الله : وهذا عندي اذا رضي البائع أن يأخذ هذا النصف لأن في ذلك تفريق الصنفة عليه كائنين اشترياً عبداً ثم وجداً به عبياً فليس لواحد منهما أن يرد على قول أبي حنيفة ، وقال يحتمل أن يكون مسألة الكتاب على قول أبي يوسف ومحمد أيضاً لأن البائع يقول : أنا لم أرض بتفريق الصنفة علي ، ولا يشبه هذا العيب عندهما لأنه كان موجوداً في حالة العقد .

١٩١٤- واذا اشتري عدلاً^(١) زطياً وأقر أنه زططي فلم يره وبقشه ثم جاء بعد ذلك بربده وقال وجده كرابيس^(٢) لم يصدق لأنه قد أقر بالاستيفاء لما اشتري فدعواه بعد الاقرار انه لم يستوف تكذيب لما اقر به فوجب أن لا يصدق .

١٩١٥- ولو كان قال : لا أدرى ازططي هو أم لا لكن أخذته على قوله فانظر اليه ، ثم جاء به فرده وقال وجده كرابيس ، كان مصدقاً لأنه لم يتقدم منه اقرار بقبض ما اشتراه ، ولأنه اذا كان فيه خيار الرؤية فإنه اذا نقض المبيع المشترى انقض .

١٩١٦- فإذا قال المشترى هذا ثوبك وقد نقضت البيع فيه حصل في يده

(١) في لسان العرب عن سيبويه أن العدل بالكسر لا يكون إلا للمتنازع ، واجاز غير سيبويه أن يقال عندي عدل غلامك أي مثله وعدله بالفتح لا غير قيمته ، قال ابن الأثير (العدل) بالفتح ماعادله من جنسه أو بالكسر ماليسي من جنسه وقيل بالعكس ٠٠٠ والعدل نصف العمل يكون على أحد جنبي البعير ، وقال الأزهرى العدل اسم حمل معدول بحمل أي مسوى به ، والجمع [عدل] وعدول عن سيبويه . وقال الفراء في قوله تعالى او عدل ذلك صياماً قال : العدل ماعادل الشيء من غير جنسه ، ومعناه أي فداء ذلك والعدل مثل العمل .

(٢) في لسان العرب في مادة كربس : الكرباس والكرباسة ثوب ، فارسية وبياعه كرابيسى التهذيب : الكرباس بكسر الكاف فارسی معرب . ينسب إليه بياعه فيقال كرابيسى والكرباسة أخص منه والجمع كرابيس . وفي حديث عمر (ر) وعليه قميص من كرابيس ، هي جمع كرباس وهو القطن ٠٠٠ والكرباس رأوق الخمر .

ثوب لغيره ، فالقول قوله ، اذا لم يكن فيه خيار وانكر البائع أن يكون هذا ثوبه
فالقول قوله ولا يصدق المشتري *

فصل

١٩١٧ - اذا اشتري ثوبا وقال البائع (هو) هروي وقال المشتري * لا ادرى
وقد رأه ولكن أخذه على ما يقول ثم جاء به يرده وقال وجدته يهوديا ، لم يصدق
لأنه لم يكن فيه خيار وقد كان رأه ، ولا يشبهه هذا اذا اشتري عبدا لم يره
أن له فيه خيار الرؤية ، الا ترى أنه لو قال اشتريت هذا الفرس وشار عليه فاذا
هو بربون لم يكن له ردها *

١٩١٨ - اذا نظر الى عدل مطوى ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يرده
الا من عيب ، لأن العادة أن يكون مطويما ، كذلك هذا *

فصل

اختلاف الصفات

١٩١٩ - لو اشتري جارية على أنها خراسانية فوجدها سندية جاز له ردها
وهذا بمنزلة العيب فيها لأن معانيها تختلف وتتفاوت تفاوتا كثيرا فصار كاختلاف
الجنس ، وإن كان بنو آدم كلهم جنسا واحدا ، الا ترى ان الأجسام كلها وإن
كانت جنسا واحدا فانها اذا اختلفت الصفات التي هي عليها وتفاوت المعاني المطلوبة
منها صارت في الحكم والتعارف كالاجناس المختلفة في الاصل ، وإن كانت
الجسمية لها جامدة وكان كونها جوهرًا يقتضي فيها المماثلة *

فصل

اشتراط الخيار للامر

١٩٢٠ - اذا اشتري لغيره شيئا واشترط الخيار للامر ، فقال البائع قد

رضي الأمر بأسقاط الخيار ، وانكر الوكيل فالقول قوله ولا يمتن عليه، قالوا : ولو كانت اليمين عليه لم يكن له ان يرده حتى يحضر الأمر ولوه ان يرده بغير يمين ، وهو بمنزلة الاجنبي فيما يدعى البائع على الأمر ، والوكليل انما يكون خصما فيما بينهما من حقوق العقد ، والبائع بما يدعى يريد ابطال ما هو مستحق عليه من الفسخ فوجب أن لا يصدق ◦

١٩٢١ - والوكليل فيما يدعى على الموكيل كالوصي فيما يدعى على الميت والورثة من الحقوق ، وان أقام البائع بينة ان الأمر قد رضي فالبيع لازم للأمر لانه اذا ثبت رضا الأمر سقط الخيار الذى للوكليل لأن خيار الموكيل هو الخيار الذى ثبت له لأن ذلك لا يثبت الا للعائد ، الا انه اذا ثبت فلا فصل عن أن يثبت لزيد أو لعمرو ، فإذا ثبت لهما فأيهما اجازه جاز وان لم يقم البينة وصادقه المشتري فيه وقال الأمر في الثلاث بحضور البائع قد ابطلت لزم المشتري ، لأن اقرار الوكيل برضاء الآخر يمنعه من رده على البائع ولا يجوز اقراره على البائع ، وابطال الأمر البيع بحضور البائع جائز ، فإذا كان كذلك لزم البيع الوكيل الا ان يرى أن الوكيل لو رضي بالتعيب لزمه ولا يلزم الأمر ، ويكون الأمر على خياره ◦
١٩٢٢ - وان كانت هذه المقالة منهم بعد الثلاث لزم الأمر لأن مضي المدة يصحح البيع ، ويسقط الخيار ، ولا يمكن فسخه فجاز البيع بنفسه ، وبعد ذلك لا يصدق الأمر على دعوى النقض مع أن البيع قد لزمه ◦

فصل

١٩٢٣ - واذا اشتري رجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالختار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عند المشتري فليس له أن يرد الباقي ◦
١٩٢٤ - وكذلك ان اصابه عيب من عمله أو من غير عمله لأن الخيار اذا ثبت منع من اتمامه ◦
١٩٢٥ - وفوات بعض البيع في ضمان المشتري يمنع من الفسخ فيه فيجب أن يكون مانعا من الفسخ فيما بقى ، لأن ليس له أن يتم البيع في بعض ما وقع عليه العقد دون بعض فوجب أن يبطل خياره ◦

١٩٢٦ - وان كان الخيار في أن يأخذ أحدهما دون الآخر فهلك أحدهما
أو دخله عيب لزمه ثمنه ورد الباقى ^(١)
١٩٢٧ - وهذا استحسان فى الاثنين والثلاثة ولا يجوز فى الاربعة وفىما
زاد ووجه القياس والاستحسان معلوم ^٠

فصل

الالتزام التحيرى (صار التعين)

١٩٢٨ - وإذا اشتري الرجل عبدين أحدهما بألف درهم والآخر بخمسمائة
على أن يأخذ أحدهما ، ايهما شاء ويرد الآخر فمثلاً قال البائع مات الذى بألف ،
قبل وقال المشتري مات الذى بخمسمائه ، قبل ، لم يصدق واحد منهما على
ما قال ، ويحلف المشتري ما يعلم أنه مات الذى بالف قبل ، ويحلف البائع ما يعلم
أن الذى بخمسائة مات أولاً ، لأن البائع يدعى أنه لزمه الثمن ألف درهم ،
والمشتري ينكر ذلك فيحتاج ان يحلف عليه والمشتري يدعى أن الامانة حدثت
في يد البائع فله أن يحلف البائع ، لأنه لو امتنع البائع أن يحلف سقط عن
المشتري الزيادة على ما أقر به من الثمن ، فله أن يحلف البائع عليه ، فان حلفا
جيمعاً لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لانه لم يثبت واحد منهما بعينه ، أنه
المبيع فصار كأنهما ماتا معاً ، وهذه اليمين لا على جهة التحالف ، وهذا قول أبي
يوسف الاول ، وقال أبو يوسف بعد ذلك : القول قول المشتري الا أن يقيس
الآخر البينة ، وهو قول محمد لنا لو حلقا هما جيمعاً فتكللا أو حلفا لم تتوصل
إلى الحكم بأحد المبيعين بل يبقى ^(٢) الآخر بعد اليمين كما كان فوجب أن يسقط
اليمين ، ويجعل القول قول المشتري لأن الخيار في ذلك كان للبائع فوجب أن
يكون القول قوله فيما حصل عليه من الثمن ، لأن أحدهما كان مضموناً ، والآخر
أمانة فان لم يعلم المبيع من ذلك غرم نصف ثمن كل واحد منهما ، فان قامت لهما
بينة لزم الالف ^٠

(١) هذا شبيه بالالتزام البديل (م ٣٠٢ من القانون المدني العراقي) ^٠

(٢) في النسخة المعتمدة يسقط ^٠

١٩٢٩ - وكذلك لو حدث بهما عيب فاختلفا في الذي أصابه العيب اولا ثم أقاما البينة لأن البائع ادعى زيادة على ما اقر له به وثبت ذلك بالبينة ، بما هو خلاف الظاهر فوجب أن يحكم به ، ويلزم المشترى ◦

فصل

هل يقع الفسخ ظاهراً وباطناً؟

١٩٣٠ - وإذا فسخ الحاكم العقد عن المتداعين فهو فسخ للعقد في الظاهر والباطن عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف انه يفسخ في الظاهر ◦

١٩٣١ - ولاصحاب الشافعى ثلاثة أوجه :

أحدهما كقول أبي حنيفة ◦

والثاني كقول أبي يوسف ◦

والثالث : ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن ◦

١٩٣٢ - أبو حنيفة جعله كفرقة المغان والرد بالعيب لانه لا جل الفلامدة ◦

وابو يوسف قال السبب هو الجهل بالشمن ، وهو في الباطن معلوم مجهول

في الظاهر فوق الفسخ في الظاهر ◦

والثالث لهم أن البائع يمكنه تصديق المشترى فيزول الظلم فان كان مظلوما

وقع الفسخ في الظاهر والباطن ◦

فصل

اختلاف ورثة المتعاقدين في البيع

١٩٣٣ - وإذا اختلف ورثة المتعاقدين في المبيع لم يتمالقا والقول قول ورثة المشترى ◦

١٩٣٤ - وقال الشافعى يتمالقا لأن الاصل عندنا ترك التحالف على مامضى

وهو يقول اختلفا في المال فهم كالمتعاقدين ◦

١٩٣٥ - وابو حنيفة يفرق بينهم كما فرق الجميع في المغان ◦

فصل

اختلاف الوكيلين في الشمن

١٩٣٦ - وإذا كان المبيع بين وكيلين فاختلفا في الشمن ففيه وجهان :
أحدهما يتحالفان لأنهما عاقدان ◦
والثاني لا يتحالف لأن أحدهما إذا نكل لزمه في نفسه دون موكله ◦

فصل

اختلافهما في عين المبيع

١٩٣٧ - وإذا اختلفا في عين المبيع فقال البائع : بعنك هذا العبد ◦
وقال المشتري : اشتريت هذه الجارية وكل واحد يحلف على دعوى صاحبه
على جهة التحالف ◦
١٩٣٨ ولا أصحاب الشفاعة في ذلك وجهان :
أحدهما يثبت التحالف كالمخالف في المبيع الواحد ◦
والثاني مثل قولنا :
١٩٣٩ - وإنما قلنا ذلك لأن هننا خلافاً في ميعين لا واحد ، وكل واحد
ينكر دعوى الآخر ◦
١٩٤٠ - وإن أقاما بينة قضي لكل واحد بما ادعاه على صاحبه ◦
١٩٤١ - وقال أصحاب الشفاعة :

وان أقام البائع بينة انه باعه العبد وجب على المشتري الشمن ، فان كان في
يده أقر في يده ، وإن كان في يد البائع فيه وجهان :
أحدهما يجبر المشتري على قبضه لأن البينة قد شهدت له بالملك وهذا قولناه
والثاني لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعه فلم يسلم اليه ، فعلى هذا
يسلم الى المحاكم ليحفظه ◦

فصل

١٩٤٢ - واذا 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 وقدرها لانه لا اختلاف في عين المعقود عليه البيع .
١٩٤٣ - وقال الشافعي يتحالفاً وقد مضت أيضاً .

فصل

اختلاف في شرط مفسدة

١٩٤٤ - وان اختلفا في شرط يفسد البيع لم يتحالفا ، ويكون القول قول من يدعى الصحة .
١٩٤٥ - ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان في التحالف بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة : أحدهما مثل قولنا .
والثاني أن القول قول من يدعى الفساد لأن الاصل قال عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك ، وهذا لا يصح لأنهما قد اعترفا بالعقد والاصيل عدم الفساد .

فصل

اختلافهما في الصرف بعد التفرق

١٩٤٦ - وان اختلفا في الصرف بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا من غير قبض .
وقال الآخر تفرقنا بعد القبض فمنهم من قال القول قول من يدعى التفرق قبل القبض ، لأن الاصل عدم القبض ، والثاني القول قول من يدعى التفرق بعد القبض لأن الاصل صحة العقد وينبغي أن يحكم القبض ، فإن كان في يد

كل واحد منها ماعقد عليه فالقول قول من يدعى القبض في المجلس لانه الظاهر .
وان كان لم يقبض فالاصل عدمه وهو مستدام لم يوجد .

فصل

اختلافهما بعد التفرق في التراضي والفسخ

١٩٤٧ - وان اخلما بعد التفرق فقل أحدهما : تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر : تفرقنا عن فسخ فالقول قول من يدعى التراضي لأن الاصل عدم الفسخ وبقاء العقد .

١٩٤٨ - ومن أصحاب الشافعي من قال :
القول قول من يدعى الفسخ لأن الاصل عدم المزوم ومنع المشتري من التصرف وهذا بناء على أصلهم في خيار المجلس انه بثبت لكل واحد حتى يتفرق او يتخارا وقد مضت .

باب الاختلاف في الرد بالعيوب

١٩٤٩ - قل أصحابنا :
وإذا أدعى عينا 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 بالعيوب

١٩٥٠ - فان قال : قد علم بالعيوب حين اشتراه أو على أنني برأي من العيب أو من كل عيب أو قد علم بعد الشراء ورضي به فجihad ذلك كله فإنه يحلف له : ماعلم بهذا العيب حين اشتراه ولا برأته منه ، ولا رضي به منذ رأيته ولا عرضته على بيع بعد علمك به ولا خرج عن ملكك ولا شيء منه .

١٩٥١ - و قال أبو حنيفة ومحمد : لا يحلف القاضي حتى يطلب المدعى

لذلك وهو البائع يمينه وان لم يطلب لم يحلفه *

١٩٥٢ - و قال أبو يوسف : يستحلفه وان لم يطلب *

وكذلك الخلاف في الشفيع *

فصل

١٩٥٣ - اذا 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 تصح

دعواه له *

فصل

١٩٥٤ - فان قال : البائع يعلم ان العيب به في هذه الحال ، سأله عنه فان

أقر به وبوجوده سأله : هل بعنته وبه العيب ؟

فان قال : انما حدث عند المشتري فالقول قوله مع يمينه : لقد بعنته هذا

العبد وسلمته اليه ، وما به هذا العيب ، فإذا 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 ماتقدم *

فصل

١٩٥٥ - وان كان العيب من طريق الحكم مثل الاباق والسرقة والجنون

والبول في الفراش ، فانه يسأل البائع فان انكر وجوده بالعبد في الحال وطلب

المشتري يمينه على ذلك ، فان ابا يوسف ومحمد فالا : يحلف البائع بالله ما يعلم

بهذا العبد جن عند المشتري ولا اباق ولا سرق ولا بال في الفراش *

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

١٩٥٦ - فلو حلف قيل للمشتري :

ثبت ان هذا العبد في هذه الحالة حتى استحلله لك البتة
فإن نكل عن اليمين الأولى التي هي على العلم ، حلفه يميناً أخرى على البتة
لقد باعه وقبضه وما جن قبل ذلك نطف ولا سرق ولا بال في فراشه منذ بلغ
مبلغ الرجال ولا ابقى ، فان حلف فلا شيء عليه حتى ثبت ذلك بالبينة .
وان نكل رده عليه .

فصل

١٩٥٧ - والجرون عيب لازم في الصغير والكبير ، والسرقة والباقي والبول
ليس بعيوب في الصغير ، وله أن يرد بذلك في الصغر 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 أقواله ، 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 البيع ، 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 جاريته ، فوجد

بها عيناً كان له أن يردها به ، وكذلك لو شهدا على البراءة من الباقي ثم اشتراها أحدهما فوجدها آبقة فله أن يردها لأن الشهاد بالبراءة ليست باقرار بالعيوب من الشاهد ولا من البائع ولا من المشتري ٠

فصل

١٩٦٢ - وأن اشتري جارية ولم يبرأ اليه من عيوبها فوطئها المشتري ثم وجد بها عيناً لم يكن له أن يردها عندنا ، سواء كانت بكرًا أو ثياباً ٠

١٩٦٣ - وقال زفر ومالك يردها في الحالين ٠

١٩٦٤ - وقال الشافعى : يردها اذا كانت ثياباً ولا يرد في البكر ٠

١٩٦٥ - وقال ابن أبي ليلى يردها ويرد معها مهرها ٠

١٩٦٦ - وعندنا يرجع بأرش العيب كما لو هلكت عند المشتري ، والوطيء عيب فيها فهو كما لو حدث بها عيب عند المشتري فإنه يمنع الرد بالعيوب ، لأنه يؤدي إلى تفريق الصفقة على البائع ، ويؤدي إلى ردها إليه على خلاف ما خرجت من ملكه ، وهذا لا يجوز ، ولو حدث بها عيب فلم يختلفوا في أنه يمنع الرد بالعيوب إلا على قول بعضهم ان الخيار للمشتري ان شاء أخذ أرش العيب وامسك وان شاء رد أرش العيب ورد ، وهو قول الحنابلة ، وقياس قول ابن أبي ليلى في الوطء ٠

فصل

١٩٦٧ - وكل موضع كان له الرد فأمسكها ولم يرد ، سقط حقه من الرجوع ، وكذلك اذا رضي البائع فأخذها معية فامتنع من الرد فلا أرش له عليه ، وقد ابطل حقه بأمتناعه من الرد ٠

فصل

١٩٦٨ - واذا باعها بعد الوطىء فقد سقط حقه من الارش لانه كان للبائع
أن يقبلها ويسقط حكم الوطىء وهذا لا خلاف فيه^(١)

فصل

١٩٦٩ - وان وطئها غير المشترى بزنا أو نكاح أو زوجها المشترى ولم يطأها الزوج ، ثم وجد بها عيما لم يكن له أن يردها ، ولكنه يرجع بنقصان العيب لأن هذه الأمور عيب بها حدث ، ولهذا من اشتري أمة فخرج لها زوج ثبت له الخيار لانه عيب ◊

فصل

١٩٧٠ - ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها عند المنشرى ، كان له أن يردها بالعيوب ، لانه وطأ الزوج لم يجب عقرا ، لانه كان واجبا بالعقد ولو انه مستحق على البائع قبل البيع وعلى المشترى قبل الشراء فلا يمكن الرجوع كالاستخدام ، وان كانت بكرأ فوطئها الزوج منع الرد لانه فوت جزءا منها فنضار كقطع طرفها ، وقد وافقنا الشافعى على ذلك ◊

فصل

١٩٧١ - ولو صبغ الثوب أو خاطه قميصا سقط حقه من الرجوع ، وله أرش العيب ، فان باعه بعد الصبغ والخياطة فله أرش العيب لانه لم يكن للبائع أن يقول أنا أقبل ذلك ، لأن الصبغ للمشتري زيادة مال فلا يجوز تسليمها للبائع^(٢)

(١) في نسخة قليج : لا كلام فيه ◊

(٢) مبدأ الكسب دون سبب ◊

فصل

١٩٧٢ - واذا ولدت الجارية عند رجل ولداً أو وطئها وباعها وكتم ذلك ، ثم علم المشتري بذلك فليس له الرد بذلك لانه لم يشرط له البكارة ، ولا أنه ما ولدت ، وذلك تصرف مباح فهو كالاستخدام .

فصل

ظهور عيب بالجارية بعد اعtractها او تدبيرها

١٩٧٣ - قالوا ولو أعتق الجارية أو دبرها أو استولدها ثم وجد بها عيباً

فله الرجوع بالارش استحساناً ، والقياس أن لا يرجع بشيء لانه من الجارية من الرد بفعل مضمون فصار كما لو باع (والاستحسان)^(١) ان العتق لا يتعلق به الضمان في جميع الاحوال اذا كان احد الشريكين معسراً فهو كالموت الذي لا يسقط الضمان .

فصل

تعذر الرد بفعل مضمون

١٩٧٤ - وان كان المبيع عبداً فقتله المشتري أو طاعماً فأكله أو أكل بعضه أو باعه أو وهبه ثم أطلع على عيب فإنه لا يرجع بأرش ولا يرد ما باقى عند أبي حنيفة ومحمد .

١٩٧٥ - وروى عن أبي يوسف أنه يرجع في العتق ويرد ما باقى وهو قول الشافعي .

١٩٧٦ - وقد روى عن أبي حنيفة مثل ذلك وال الاول عنه اشهر لانه تعذر الرد بفعل مضمون في ملك العين في جميع الاحوال فهو كالبيع ، وابو يوسف جعل ذلك كالعقد والموت في الرجوع بالارش .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

فصل

١٩٧٧ - وإذا باع المشترى العبد فاطلع المشتري الثاني على عيب به فرده عليه لم يكن له ان يرده على البائع الاول اذا كان الرد بغير قضاء قاض ، وان كان بقضاء قاض رجع به ، لأنه اذا كان القضاء كان فسخاً للملك فعاد الملك الاول وان كان بغير قضاء فهو تملك مبتدأ وليس له ان يرد بغير الملك الاول *

١٩٧٨ - وقال الشافعى : الجميع سواء ويرد على البائع الاول اذا كان لم يعلم بذلك ، وإذا علم لم يكن له الرد *
وهو يقول ان فسخ العقد بالعيوب قطع للملك فى الحال ، ولهذا يرد مع الوطى *

فصل

١٩٨٩ - وكل ما كان نقصاناً في الخلقة أو زيادة فيها فهو عيب ، ويحد ذلك بأن كل ما كان عند التجار عيناً يؤثر نقصان القيمة فهو عيب ، ولا فرق بين ما هو زيادة أو نقصان أو من طريق الحكم كالزن والسرقة والفسق *

١٩٨٠ - وقد فرق أصحابنا بين الغلام والجارية فقالوا : الزنا عيب في الجارية دون الغلام وكذلك البحر^(١) والتن *

١٩٨١ - وسوى في ذلك الشافعى ، وقال : الجميع عيب *

١٩٨٢ - وقد ذكر أصحابنا عيوباً كثيرة في باب مفرد في الأصول ، وكل ذلك المرجع فيه إلى العادة وما يقول التجار *

فصل

١٩٨٣ - وإذا ادعى انه باعه الجارية وشرط له البكاره ، وهى الان غير بكر *

قال : بعت بكرًا وسلمت بكرًا *
فإن القاضى يريها للنساء فأن قلن بكرًا فلا شيء للمشتري وان قلن شيئاً

(١) البَخْرَ الرائحة المتغيرة من الفم ، قال أبو حنيفة : البَخْرَ البنين يكون في الفم وغيره ، بَخْرَ بَخْرَا وهو بخار وهو بخار وهو بخار (السان العرب) *

حلف البائع : لقد بعثها وسلمتها له وهي بكر ، فان حلف فلا شيء عليه لأن زوال
البكارية يجوز ان يحدث في يد المشترى وان نكل عن اليمين ردت اليه

١٩٨٤ - فان قال ان بها حملأ اراها النساء ، فان قلن : ليس بها حمل فلا
سييل للمشتري على البائع ، وان قلن انها حامل حلف البائع لقد باعها وسلمتها وما
بها هذا الحمل .

١٩٨٥ - وقد ذكر الخصاف ان بعض اصحابنا قال : 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 والامراض التي ليست بظاهرة .

فصل

١٩٨٧ - واذا كانت الدعوى بعد موت الجاربة والعبد ، فعل المشترى ان
يثبت ذلك فان كان عند البائع لم يستحلف البائع على علمه ، فان شهدوا ان العيب
كان عند المشترى فقال المشترى كان به ذلك عند البائع استحلف له البائع وان
قال البائع يعلم انه كان به عنده حلف على علمه فان نكل الزمه يمينا أخرى
على البت ، فان نكل رد على المشترى حصة العيب من الثمن .

فصل

العيوب في موضع لا ينظر اليه الا النساء

١٩٨٨ - وان كان العيب في موضع لا ينظر اليه الا النساء مثل الرتق^(١)

(١) الرتق ضد الفتق ، ابن سيده : الرتق الحام الفتق ، رتقه يرتفعه
ويرتفعه رتقا فارتقا أى التأم ، يقال : رتقنا فتقهم حتى ارتفق المرتق ، وفي
التنزيل : « أولم ير الذين كفروا أن السموات والارض كانتا رتقا فتقناهما »
والررق بالتحريك مصدر قولك رتق المرأة ررقا ، وهي ررق ، بينة الررق التصدق
ختانها فلم تقبل لارتفاع ذلك الموضع منها فهي لا يستطيع جماعها (لسان العرب)
وفي تحفة التسولى (٣١٨-١) أن الررق انسداد مسلك الذكر والتحمامه،
بحيث لا يمكن معه الوطء الا انه ان انسد بلحم امكن علاجه وبعظام فلا .

والعقل^(١) وغيره مما في البدن فشهد النساء به ، فإن البائع يحلف :
◆ لقى باعها وسلمها وما بها هذا العيب ◆

١٩٨٩ - ولا ترد عليه شهادة النساء اذا كان قد قبضها ، وهذا قول ابي يوسف ، وان كان قبل القبض ردها بشهادة النساء .
١٩٩٠ - وقال محمد هذا والاول سواء ، ولا اردها بشهادة النساء وأختلف

١٩٩٢ - وكل موضع وجب الرد على المبائع استحقاق المشترى على ما تقدمه
 ١٩٩١ - وقال بعض أصحابنا اردتها بشهادة النساء لأن الرد من طريق
 الحكم فهو كشهادتة القائلة، ويثبت الميراث من طريق الحكم

فصل

مصراء نقص لبنيها بالحلب

١٩٩٣ - واذا اشتري مصراة فحلبها فتنص اللبن لـم يكن له ان يردها

على البائع

وقال أبو يوسف في رواية الخيار اليه ان شاء رهها وان شاء أمسكها

١٩٩٤ - وكذلك ان وجد بها عيما لم يرد لها

١٩٩٥ - والنمواء الحادث يمنع الرد ، وسواء كان منفصلاً أو كان متصلة

اذا كان ياقنا في يده

١٩٩٦ - وقال الشافعى : ترد ولا يمنع النساء الرد ، وقال الشافعى ان اختار

رد المصارف رد بدل اللمن الذي اخذه^(٢)

(١) في القاموس المحيط العفل لحم يبرز في قبّل المرأة يشبه ادرة (١)
الرجل ، ولا يسلم غالباً من الرشح .

وفي لسان العرب العفلة بضارة المرأة ، وحكى الازهري عن ابن الاعرابي قال : العفلة نبات لحم نبت في قبائل المرأة وهو القرنَ .

قال : العفل نبات لحم ينبع في قبل المرأة وهو القرن .

قال أبو عمرو القرن بالناقة مثل العفل بالمرأة ٠٠ قال الليث عقلت المرأة

عفلا فھي عفلاء ۰۰ و منه حديث ابن عباس :

«أربع لا يجزن في البيع ولا النكاح : المجنونة والمجنونة والبرصاء والعلفاء ،

قال : والتعفيف اصلاح ذلك .

٤) من تطبيقات الكسب دون سبب .

١٩٩٧ - واختلف اصحابه في الذي يرد فقل ابن شريح : يرد في كل بلد من غالب قوته وحمل حديث أبي هريرة على من قوت بلده التمر ، وحدث ابن عمر على من قوت بلده القمح . كما قال في الفطرة ، وقال أبو اسحاق : الواجب التمر ، وهو قول أبي يوسف في الرواية التي ترد ، واختلفوا إذا كان الصاع أكثر من قيمة الشاة أو مثل قيمتها ، فمنهم من قال تجب قيمة صاع بالحجاز لأنها لو أوجبنا صاعاً قيمة مثل الشاة لصار للبائع الشاة وبدلها فوجب قيمة الصاع بالحجاز^(١) .

١٩٩٨ - وقال بعض أصحابه : يلزم صاع وان كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة لانه ليس ببدل عن الشاة وإنما هو بدل عن اللبن كما لو غصب عبد فخواه فإنه يرد مع قيمته ، وعندنا لا يرد العبد وقيمة بدل الخيار الى المالك في الغصب .

١٩٩٩ - وقد قالوا ان النساء الحادث في يد المشتري يكون للمشتري ولا يرد مع الأصل ، وهنها قالوا يرد قيمته ، وهذا تناقض من القول ، وقد قالوا لو كان اللبن باقياً فراراً رده فقال أبو اسحاق لا يجب البائع على أحده لان بالحلب ينقص لأنه يسرع اليه الفساد فأن رضي جاز ، ومن اصحابه من قال يخاف .
٢٠٠٠ - لأن نقصانه حصل بمعنى يستلزم به العيب فلم يمنع الرد .

فصل

الجارية المصرأة

٢٠٠١ - وان اشتري جارية مصرأة ففيه أربعة أوجه :
أحدها انه يردها ويرد معها صاعاً لأنها يقصد لبنها فثبت بالتدليس فيه الخيار ، والثاني انه يردها ولا يرد بدل اللبن لأنها لا يقصد بالعوض .
والثالث لا يردها لأن المقصود عينها دون لبنها .
والرابع لا يردها ويرجع بالأرش .

٢٠٠٢ - قالوا : ان اشتري اتنا مصرأة فإنه يردها ويرد بدل لبنها اذا قالوا

(١) مبدأ الكسب دون سبب .

ان اللبن ظاهر كالشاة ، وان قالوا انه نجس ففيه وجهان احدهما انه يبرده ولا يبرد بدل اللبن لأنه لا قيمة له ، والثاني يمسكها ويأخذ بالأرشن .

فصل

اشترى شاة بشرط أن تحلب

٢٠٠٣ - وان ابتاع شاه بشرط ان تحلب كل يوم خمسة أرطل فلهم وجهان في فساد البيع وصحته ، وعندنا البيع فاسد ، وحكمه حكم البياعات الفاسدة .

فصل

ايجاب المبيع لاثنين

٢٠٠٤ - اذا اوجب المبيع لاثنين وووجدا به عبيا ، او كان مبيعا لسم يرباه فليس لاحدهما ان ينفرد بالرد دون صاحبه عند ابى حنيفة .

٢٠٠٥ - وقال ابو يوسف ومحمد له ذلك .

وهو قول الشافعي ، لأن فى رد احدهما تفریقا للصفقة على البائع ، وذلك عن特^(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 ارش العيب

٢٠٠٧ - ويجوز الصلح على ارش العيب مع امكان الرد عندنا .

٢٠٠٨ - وقال الشافعي لا يجوز لأنه يأخذ بدل الفائت من المبيع كما لو

تعذر الرد .

(١) في نسخة قليج عيب وإن الكلمة في النسخة الأخرى غير منقوطة والظاهر ان الصواب ما اخترناه لأن العنت هو دخول المشقة على الانسان ولقاء الشدة ، يقال اعنت فلانا اعنتا اذا ادخل عليه اعنتا أي مشقة (لسان العرب) .

فصل

اشترى عبدا بشرط انه كافر أو كاتب

٢٠٠٩ - واذا اشتري عبدا بشرط انه كافر فكان مسلما فلا خيار في الرد
وقال الشافعي له الخيار كما لو شرط كتابا فكان لا يكتب
وعندنا الاسلام زيادة في العبد ، وليس بنقص فلم يثبت الخيار

فصل

الزنا والبخر

٢٠١٠ - والزنا والبخر ليس عيب في الغلام وهو عيب في الجارية
وقال الشافعي هو عيب فيما الا ان يكون من داء يرد به في الجميع

فصل

٢٠١١ - واذا اشتري عبدين فقبضهما فوجد باحدهما عينا كان له رده على
البائع وان كان قبل القبض فهو بالخيار ان شاء اخذهما وان شاء رد هما ، وليس له
رد المعيب منهمما

٢٠١٢ - وقال زفر يرد في الفصلين ، وهو أحد قولي الشافعي

فصل

امتناع الرجوع بالأرش

٢٠١٣ - واذا قتل المشتري العبد المشتري او أكل الطعام ثم اطلع على عيب
فليس له الرجوع بأرش

٢٠١٤ - وقال الشافعي له الرجوع بالأرش

٢٠١٥ - وفرق أبو يوسف ومحمد بين الأكل والقتل فقلالا :
يرجع في الأكل ولا يرجع في القتل ، وقد ذكرنا وجه ذلك فيما تقدم

فصل الرجوع بأرش العيب

٢٠١٦ - وإذا اشتري الرجل ما مأكوله في جوفه كالبيض والرمان والبطيخ
فوجده فاسدا فانه لا يرده ، ولكن يرجع بأرش العيب

٢٠١٧ - وقال الشافعى : له رده ، وهذا خطأ لأنه ادخل عليه بالكسر عينا
آخر لم يكن في يد البائع فضار كما لو جنى على العبد واراد ان يرده

٢٠١٨ - وقد حکى عن بعض الفقهاء انه يرده ويرد أرش ما نقص بالكسر ،
وهو قول الخاتمة في ذلك ، والرد انما يكون على ما وقع عليه العقد والأرش
المندود 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 اصحاب الشافعى في ذلك قولين احدهما انه باطل
والثاني مثل قولنا

وأختلف في موضع القولين فمنهم من قال في العمد ومنهم من قال في
الخطأ ومنهم من سوى بين الجميع

٢٠٢١ - وكذلك الخلاف في العبد المرتد

٢٠٢٢ - وإذا قتل في يد المشتري بقصاص او ردة كانت في يد البائع رجع
المشتري بجمع الثمن على البائع ، وكذلك القطع في السرقة

٢٠٢٣ - وقال ابو يوسف ومحمد يرجع بما بين قيمته مباح الدم وغير
سارق ، وذكر الشافعى القولين جميعا

فصل

٢٠٢٤ - وأختلف في العبد هل يملك الاموال^(١) اذا 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 بالتمليك وهو أحد قولى الشافعى لأنه يملك البعض كالحر والبعض انما يستفاد بالعقد ، ولا يملك حقيقة ولهذا لا يملك نقله بالسبب الذى ملكه به الى غيره بعوض ولا بغير عوض ، ولو ملك المال ملك أرش 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 الشافعى يكون للمشتري بغير شيء ولا ينقسم الثمن وان كان موجودا عند العقد فيه قوله ، وهذا يؤدي الى سلامنة النماء للمشتري بغير عوض ، وبرد الاصل بالعيوب ، وهذا لا نظير له في الاصل^(١) ◦

فصل

حق البائع في حبس المبيع لمشترين دفع أحدهما نصيبيه من الثمن

٢٠٢٨ - واذا اشتري الرجلان سلعة فدفع أحدهما نصيبيه من الثمن لم يكن له ان يأخذ نصيبيه [من السلعة] حتى يستوفى البائع جميع الثمن عند ابى حنيفة ومحمد ◦

٢٢٠٩ - وقال أبو يوسف له ذلك اذا دفع نصيبيه ، وان دفع جميع الثمن له قبض جميع السلعة ولا يكون متطوعا عند ابى حنيفة ◦

٢٩٣٠ - وقال ابو يوسف ومحمد ليس له قبضه ، ويكون متطوعا فيما وزن وهو قول الشافعى ◦

فصل

قطع البائع يد العبد قبل القبض

٢٠٣١ - واذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض فالمشتري بال اختيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذه بنصف الثمن ◦

(١) فكرة الكسب دون سبب هي التي تكمن وراء الاصل في هذا الاعتقاد راض ◦

٢٠٣٢ - وقال الشافعى : ان اجاز البيع اخذه بكل الثمن لأن البائع احتبس جزءاً من البيع ومنع من تسليمه فسقط من الثمن بقدرة كما لو باعه ثوبين فاتلف أحدهما .

٢٠٣٣ - ولو جنى عليه أجنبي فالمشتري بال الخيار ان شاء أجاز البيع واتبع الجانبي فأخذ أرش الجنائية ، وان شاء فسخ وكان للبائع ان يتبعه بالجنائية .

فصل

٢٠٣٤ - واذا ذهب بافة من السماء فالمشتري بالختار أن شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء فسخ لأن الاوصاف داخلة في العقد ولها حكم الجملة وان لم تكن مضمونة ، وانما دخلت على وجه التبع .

اشتراط ان يكون العبد اقطع

٢٠٣٥ - ولو اشتري عبداً على انه اقطع^(١) فكان صحيحاً كان له ولا خيار ولو حدث به عيب ثبت الخيار لما ذكرناه .

اذا قطع المشتري يد العبد

٢٠٣٦ - واذا قطع المشتري يد العبد صار قابضاً لجميعه ، ودخل في ضمانه ، لأنه فعل فيه فعلاً صار به مضموناً عليه ، ولا يختص فعله بما فعل لأنه دخل الجملة عيب بفعله فكان قابضاً لجميعه .

فصل

٢٠٣٧ - وان تلف العبد من الجنائية ولم يكن البائع معه من التسليم او هلك

(١) الاقطع : المقطوع اليه والجمع قطع وقطعان مثل أسود وسودان ويد قطعاء مقطوعة (لسان العرب) .

غير ذلك فالثمن لازم للمشتري لأنه قد قبضه وصار مضمونا عليه وان كان في
يد الغير *

فصل

٢٠٣٨ - وان كان البائع قد منعه من التسليم فان مات من الجنائية فالضمان
على المشتري ويلزمه جميع الثمن لأن النصف يضمن بالجنائية والنصف الآخر
بالسردية فيلزم الجميع *

٢٠٣٩ - وان كان هلك من غير الجنائية لزم المشتري نصف الثمن لأن البائع
باتمنع صار مستر جدا 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 منها فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن
الذى أعطاه ، لأنه كان المشتري بالخيار لما جنى البائع لأنه فرق عليه الصفة ، فإذا
فعل بعد ذلك ما يقتضي ابطال خياره وانه يصير راضيا بما بقى من المبيع فلهذا لزم
ضمان نصف الثمن وسقط النصف عنه *

فصل

٢٠٤١ - ولو قطع المشتري يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم برىء
منها كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد واعطاه ثلاثة اربعين الثمن ، وان
شاء تركه وعليه نصف الثمن بقطع اليد لأنه لما جنى المشتري صار المبيع معينا كله
فصار قابضا لجميع المبيع ، وكان حق البائع قائما في الجنس ^(١) فإذا جنى صار
مستردا لما بقى وخير المشتري لأن البائع فرق عليه الصفة فيما بقى ، فإذا اختار
لزمه قيمة ما بقى دون ما اخذه البائع لأن ما يأخذه البائع يتضمن البيع فيه

(١) في نسخة قليج : «الحبس»

فصل

٢٠٤٢ - ولو كان المشتري نقد الشمن 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 أتلف ، كما يكون على الأجنبي سواء ، لأنه لم يبق له قيمة حق ولا حبس والذى يجب نصف قيمة العبد مقطوع يد لا نصف قيمة العبد كاملاً كمن قطع يد عبد مقطوع اليد وجب عليه نصف القيمة في الحال والوقت .

٢٠٤٣ - وان كان البائع قطع يده او لا والمسئلة بحالها ثم قطع المشتري رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذى 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 اليدين أو من غير ذلك ، فان كان مات من قطع اليدين فقد بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لأن البائع قد استرجعه بالجناية عليه فكانه مات في يده وان مات من غير ذلك فعل المشتري نصف الثمن لأن البائع قد استرد نصف العبد بالجناية ، ولم تسر الجناية فيكون بها مسترداً للباقي فلنمه ضمانه .

باب

من الخيارات في المراقبة (١) والتولية (٢)

٢٠٤٥ - وإذا خانه في بيع المراقبة ، وعلم بذلك المشتري فهو بالختار :

(١) في لسان العرب : اعطاء مالاً مراقبة أي على الربح بينهما ، وبعث الشيء مراقبة ، ويقال بعنته السلعة مراقبة على كل عشرة دراهم دراهم ، وكذلك اشتريته مراقبة ، ولابد من تسمية الربح (مادة ربح) .

(٢) في لسان العرب : توقي الشيء لزمه ٠٠ والتولية في البيع أن تستترى سلعة بشمن معلوم ثم توليها رجلا آخر بذلك الثمن .

ان شاء فسخ البيع وان شاء اخذه بما قال عند ابى حنيفة ومحمد .

٢٠٤٦ - وقال ابى يوسف وابن ابى ليلى والشافعى يحظر الخيانة وبحصتها من الربح لأن العقد لا يخرج عن موضوعه بالخيانة .

٢٠٤٧ - واتفق الجميع على انه يحظر في التولية لأن التولية ان تكون بمثل الثمن الذى اشتراه من غير زيادة ، والرابحة ان تكون بزيادة والخطيئة ان يحظر من الشن الاول .

٢٠٤٨ - واذا تصرف المشتري فى المبيع سقط حقه ولا شيء له عند ابى حنيفة ومحمد ، وعند ابى يوسف يرجع بالخيانة وببحصتها من الربح .

فصل

٢٠٤٩ - واذا حط البائع المشتري من الثمن شيئاً باعه مرابحة بما بقى من الثمن عند ابى حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال الشافعى وزفرا يبيعه بالثمن الذى اشتراه من غير خطيئة .

فصل

٢٠٥٠ - واذا اشتري عبداً بالف الى شهر ثم باعه من البائع بأقل من ذلك لم يجز عند أصحابنا استحساناً ، والقياس ان يجوز ، وهو قول الشافعى وتعرف بمسألة زيد بن ارقم^(١) .

(١) فى نسخة قليج : (لا يخرج) .

(١) فى أنسا الغابة (٢١٩-٢) زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الانصارى الخزرجي روى عنه بن عباس وأنس بن مالك وابو اسحق السبئى وابن ليلى ويزيد بن حيان ، شهد مع رسول الله (ص) سبع عشرة غزوة واستصغر يوم أحد ، وكان يتيمماً فى حجر عبدالله بن رواحة ، وسار معه الى مؤتة ٠٠٠ سكن الكوفة وابتدىء بها داراً فى 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 اخرجه ثلاثة ١٠ هـ .

ومسألة زيد بن ارقم هي كما رويت فى كتاب الآثار لابى يوسف (رقم ٨٤٣ ص ١٨٦) ان امراة سألت عائشة (ر) فقالت « ان زيد بن ارقم باعنى جارية بثمانمائة درهم نسيئة ، والشتراها بستمائة » ، فقالت عائشة « ابلغي زيداً بن ارقم ان الله تعالى قد ابطل جهاده ان لم يتتب .

فصل

٢٠٥١ – اذا اشتري ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة
واراد بيعه مرابحة باعه بخمسة • وان باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه
مرابحة حتى يبين ، وهذا قول ابي حنيفة •

٢٠٥٢ – وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يبيعه مرابحة على الشمن البقى
قليلًا كان أو كثيرا •

٢٠٥٣ – وكان الكرخي رحمة الله يقول : لا اعرف لهذه المسألة وجها ،
وكان غيره يقول هذا من الورع قاله ابو حنيفة •

٢٠٥٤ – ومنهم من قال ان المرابحة تجمع فيها جميع العقود وتجعل كالعقد
الواحد كأجرة القصار والمطرز وغير ذلك •

فصل

٢٠٥٥ – اذا اشتري من لا تجوز له شهادته من ذوى الارحام لم يجز
له ان يبيعه حتى يبين ذلك عند ابي حنيفة •

٢٠٥٦ – وقال أبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان •

٢٠٥٧ – ولو اشتري من عبده او مكتابته لم يبعه حتى يبين فى قولهم جميما •

فصل

٢٠٥٨ – اذا اسلم ثوبين على صفة واحدة وقبضهما لم يجز له ان يبيع
أحدهما مرابحة عند ابي حنيفة ويجوز عندهما ، وهو قول الشافعي •

فصل

٢٠٥٩ – اذا ولدت الجارية او اتمن الشجر او تنتائج الحيوان فلا يأس ببيع
الأصل والزيادة معه مرابحة لأن هذه الزيادات جزء من الأصل ، وهي داخلة في
البيع فصار كأنه اشتراها مع الأصل •

فصل

٢٠٦٠ – فان كان قد استهلك الزيادة لم يبع الأصل مرابحة حتى يبين ما

أصاب الأصل من ذلك ، وكذلك الالبان والاصوات والسمون وكل ما يوجد من الحيوان حتى يبين ذلك للمشتري ٠

فصل

٢٠٦١ - وان هلكت هذه الزيادات من غير فعل مضمون او منتفع به فله ان يبيعه مرابحة ولا يبين وان كانت قد نقصت اصولها لان المرابحة بيع بما حصل الاصل عليه من الثمن ٠

فصل

٢٠٦٢ - واذا اشترى متاعا فله ان يحمل عليه اجرة القصار والكري ، ويقول : قام على بكذا ولا يقول اشتريت بكذا ٠

فصل

اشترى طعاما فأكل نصفه

٢٠٦٣ - واذا اشترى طعاما فأكل نصفه فله ان يبيع النصف الثاني مرابحة من غير بيان ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن من ذوات الامثال ٠

٢٠٦٤ - واذا اشترى ثيابا كل ثوب بعشرة افله ان يبيع كل ثوب مرابحة بعشرة عند ابى حنيفة وابى يوسف ٠

٢٠٦٥ - واذا اشترى بالحنطة والشعير فله ان يبيع بذلك مرابحة وهو كالثمن ٠

فصل

٢٠٦٦ - ويباع ما اشتراه من شريكه وصديقه مرابحة ولا يبين لأنه لا تقبل شهادته له فهو كالاجنبي ٠

٢٠٦٧ - واذا اشترى معينا ورضى بالعيوب باع ولم يبين ذلك كما لو دخله عيب ، وفي هذا الباب مسائل كثيرة ٠

باب من البيوع الفاسدة

- ٢٠٦٨ - وهذا باب يجمع فيه ما يقول اصحابنا ان بيعه فاسد ، وما يقول المخالف لهم أنه فاسد وغير فاسد .
- ٢٠٦٩ - فمن ذلك اذا اشتري عدلاً زطياً على انه خمسون ثوباً بـألف فوجده أحد وخمسين ثوباً او تسعه واربعين فالبيع فاسد لانه باع ما يتناوله العقد وما لم يتناوله فصار الشمن والمبيع مجهولين ، ولأنه لو باع خمسين ثوباً من أحد وخمسين كان البيع باطلاً كذلك هذا ، وحصة الناقص من الألف مجهولة لا تعلم فلم يصح .

فصل

- ٢٠٧٠ - واذا اشتري عبدين صفة واحدة فإذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما عند ابى حنيفة ولا فرق بين ان يسمى لهما ثمناً واحداً او بين لـكل واحد ثمناً .
- ٢٠٧١ - وقولاً ان سمي لـكل واحد ثمن صحيحة فى العبد لـانه جعل ما لا يجوز بيعه شرطاً فيما يجوز فابطل العقد ، ولهذا لا يجوز له ان يقبل الشراء فى أحد العبدین .
- ٢٠٧٢ - وقال الشافعى يصح البيع فى العبد فى أحد قوله ، وما الذى يلزم من الثمن فيه قولان أحدهما تلزمـه الحصة والثانـى جميع الثمن وجعل ذلك كالنـكاح لـاجنبـية واحتـته .

فصل

باع عبده وعبد غيره

- ٢٠٧٣ - واذا باع عبده وعبد غيره صح البيع فى عبده ووقف فى عبد الغير .
- ٢٠٧٤ - وقال الشافعى لا يصح فى أحد قوله بناء على تفريـق الصـفـقة .

فصل

باع صبرة كل قفيز بدرهم

- ٢٠٧٥ - واذا باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم صح البيع في قفيز واحداً ويبطل فيما زاد .
- ٢٠٧٦ - وقل أبو يوسف ومحمد يصح في الجميع وبه قول الشافعي .
- ٢٠٧٧ - لأن الثمن مجهول عند العقد فواجب بطلان البيع فيما زاد على القفيز .

فصل

بيع ذراع من دار

- ٢٠٧٨ - واذا باع ذراعاً من دار لم يجز حتى يبين الموضع .
- ٢٠٧٩ - وقالا والشافعي يجوز ويقسم على جملة الذرعات .
- ٢٠٨٠ - لأن البيع مجهول وموضعه غير معروف .

فصل

- ٢٠٨١ - واذا اشتري شاتين فإذا واحدة منها ذبيحة مجوسى أو قد ترك المسلم التسمية عليها عمداً أو ميتة فالبيع فاسد .
- ٢٠٨٢ - وكذلك لو اشتري دينين خلا فإذا أحدهما خمر لأن البيع اشتمل على الصحيح والفاسد والفساد في نفس المعقود عليه فيبطل .

فصل

- ٢٠٨٣ - واذا اشتري 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 أبي حنيفة ، وعندهما يصح وهو قول الشافعي .

فصل

٢٠٨٥ - وإذا اشتري ثوباً على أنه عشرة اذرع بعشرة دراهم فكان أحد عشر ذراعاً فالجميع للمشتري ولا خيار له ، وإن وجده تسعة اذرع فهو بال الخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ لأن الذرع صفة في المذروعات لا يقابلها قسط من الثمن ، وهو بخلاف المكيل والموزون ، فإن الموزون والمكيل إذا زاد يكون المبائع ، وإذا نقص عن القدر يكونباقي المشتري بحصته من الثمن لأنه معقود عليه وليس بصفة *

فصل

٢٠٨٦ - وإذا اشتري سلعة بشمن إن عجله كن كذا وإن كان مؤجلاً فبكتذا وتفرقاً على هذا فهو فاسد لأنه صفقتان في صفة *

فصل

اشترى عبداً بشرط العتق

٢٠٨٧ - وإن اشتري عبداً بشرط العتق فالبيع باطل *

٢٠٨٨ - وقال الشافعي البيع جائز بشرط العتق *

٢٠٨٩ - ولو شرط الكتابة أو التدبير أو البيع أو الاستيلاد فالبيع باطل بالاتفاق فجعل أبو حنيفة البيع بشرط العتق مثل ذلك *

٢٠٩٠ - فإذا قبضه المشتري واعتقه لزمه الثمن استحساناً عند أبي حنيفة ، وفلا يلزم القيمة ، وقد روى ذلك عنه أيضاً *

٢٠٩١ - لأنه بيع مضمون بالقيمة لفساده كسائر البيوع الفاسدة *

وأبو حنيفة جعل ذلك كالعتق على مال اعتبر المسمى في ذلك *

فصل

بيع العبد المغصوب .. الخ

٢٠٩٢ - وقال أصحابنا بيع العبد المغصوب والرهن والآبق موقوف ، فإن حضر

وسلم تم البيع ولا خيار للمشتري ، وليس ذلك اسوأ حالاً من [بيع] ملك الغير .
٢٠٩٣ – وكذلك ان باع سماكا محصوراً في حظيرة فان كان يحتاج الى
صيد فالبيع باطل ، واذا كان لا يحتاج الى ذلك فالبيع صحيح .

فصل

اشترى فصا على انه ياقوت

٢٠٩٤ – فإذا اشترى فصاً على انه ياقوت فإذا هو غير ذلك فالبيع باطل لأنه
خلاف ما اشتراه .

فصل

٢٠٩٥ – ولا يجوز بيع مكتب ولا مدبر ولا أم ولد ولا ولدها ولا التحل
ولا دود القز ولا أراضي مكة ولا بيع الوقوف فيسائر الأرض ولا بن الآدميات
وكل هذا فيه خلاف الشافعي وغيره .

الخيار العجم

٢٠٩٦ – ويجوز بيع الاعمى وشراؤه وله الخيار بالجنس اذا كان مما
ينجس فإذا جس (سقط خياره) ^(١) .

الخيار الرؤية

٢٠٩٧ – وبيع ماله المشتري جائز وشراؤه جائز للمشتري الخيار اذا
رأه ، لأنه بيع مقدور على تسليمه عند وجوب التسليم فهو كالجوز واللوز ، وفي
ذلك خبر مروي أيضاً وقياس علىسائر العقود انه لا يعتبر فيها الرؤية .

فصل

شراء الكافر للعبد المسلم

٢٠٩٨ – وشراء الكافر للعبد المسلم جائز وقال الشافعي لا يجوز .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

- ٢٠٩٩ - وكذلك المصحف *
- ٢١٠٠ - واتفق الفريقيان على أن الكافر يجوز له أن يبيع العبد المسلم له أو لغيره يجعل أبو حنيفة الشراء مثل ذلك *
- ٢١٠١ - واتفقوا على أنه يملك بالميراث والوصية على الخلاف *
- ٢١٠٢ - واجاز أبو حنيفة أن يوكل المسلم ذميماً فيشتري له خمراً أو خنزيراً ويلزمه الثمن وقاولاً والشافعى لا تجوز الوكالة *
- ٢١٠٣ - وكذلك قالوا في الصيد إذا وكل المحرم حلالاً فاشترى له يجوز على الأمر عند أبي حنيفة وقاولاً والشافعى لا يجوز *
- ٢١٠٤ - وفي المأذون يجوز عندهم جميعاً *
- ٢١٠٥ - وكذلك المكاتب إذا عجز انتقل الخمر إلى المولى *
- ٢١٠٦ - وفي هذا الباب مسائل كثيرة على الخلاف والوفاق لا تحصى كثرة *

فصل

باب الخيار في البيع من طريق الحكم والشرط

٢١٠٧ - وختار المجلس^(١) لا يثبت عندنا في شيءٍ من العقود *

(١) هو الخيار الثابت للمتبادرتين في الرجوع في العقد حتى يتفرقَا بآبادنَهُما والاصْل فيه حديث «المتبادران كل واحد منها بالخيار على صاحبه ماله يتفرقَا» رواه مالك في الموطأ ولم يعمل به وقيل انه دفعه بجماع أهل المدينة على ترك العمل به ، وكذلك رد الحنفية العمل بهذا الحديث وعمل به الشافعية (انظر تنویر الحوالك شرح موطأ الإمام مالك ٧٩/٢) 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) :

«إذا تعاقد الرجالان البيع الجائز بينهما بلا خيار اشترطه فيه واحد منهما فلي sis لو احد منهمما فسخه بعد ذلك، تفرقَا بآبادنَهُما عن موطن البيع أو لم يتفرقَا» .

وقد أول الحنفية الحديث المذكور على أن المقصود به التفرق بالاقوال (خيار القبول والرجوع في الإيجاب قبل ان يصادقه القبول) لا التفرق بالإبدان (خيار المجلس) وفي هذا يقول الطحاوى فى مختصره (ص ٧٤) والخيار الذى جاءت به السنة هو بين قول البائع قد بعتك وبين قول صاحبه قد قبلت منك .

- ٢١٠٨ - وقال الشافعي يثبت في البيع قوله واحداً وفي كل عقد معاوضة
يقصد به المال كالاجارة وغيرها .
- ٢١٠٩ - واتفقوا على انه يثبت في البيع خيار الشرط ثلاثة أيام .
- ٢١١٠ - وخالفوا فيما زاد على ذلك فقال أبو حنيفة لا يجوز ، وهو قول
الشافعي .
- ٢١١١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا كان معلوماً كالأجل ، وهو
قول مالك وأحمد .
- ٢١١٢ - ولا يجوز الخيار في بيع الرقيق والحيوان الا بالشرط .
- ٢١١٣ - وقال بعض الفقهاء عهدة الرقيق ثلاثة من غير شرط .
- ٢١١٤ - واذا اشتري سلعة على انه ان لم ينفذه الشمن الى 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 فيسائر المطعومات والمأكولات ^(١)
- ٢١١٧ - وقال الشافعي لا يجوز ولا يجوز في الصرف والسلم .
- ٢١١٨ - واجازه مالك ثلاثة أيام .
- ٢١١٩ - ولا يعتبر التقادس في المجلس في غير الصرف والسلم عندنا .
- ٢١٢٠ - وقال الشافعي يعتبر في المطعومات أيضاً .
- ٢١٢١ - لأنها تعتبر بالعقد ، فهي كالحيوان والثياب وسائر المئنات عندنا .

فصل

اشتراط الخيار للغير

- ٢١٢٢ - واذا اشترط الخيار لغيره صحيحة ، وكان الخيار للعقد لأنـه
من موجب العقد وحقوق العقد تتعلق بالعقد .

(١) في نسخة قليج : والمكيلات .

٢١٢٣ - وللشافعى قولان أحدهما لا يصح والثانى يصح لمن شرط له
ويكون كالوكيل .

فصل

٢١٢٤ - وختار الثلاث لا يورث لأنه خيار لتسهيم العقد كخيار القبول .

٢١٢٥ - وقال الشافعى يورث لأنه من حقوق العقد ، ليس لمن وجب
عليه ابطاله .

٢١٢٦ - واتفق الفريقان ان الأجل يبطل بالموت فجعل أبو حنيفة الخيار مثله
لأنه مدة ملحة بالعقد .

الخيار الروية

١٢١٧ - وفي خيار الروية روايتان في بطلانه بالموت .

انتقال خيار التعيين للورثة

٢١٢٨ - وختار التعيين لأحد العبددين اذا اشتري على ان (له) ان يأخذ ايهما
شاء فمات قبل الخيار انتقل الى الورثة .

بطلان العقد المقترن بختار التعيين

٢١٢٩ - وقال زفر والشافعى بيع عبد من عبدين باطل .

٢١٣٠ - واتفقوا على بطلان البيع فيما زاد على ثلاثة أعد .

فصل

ختار الغبن

٢١٣١ - وقال أصحابنا اذا غبن فى البيع لم يثبت الخيار .

٢١٣٢ - وقال مالك اذا كان الثالث 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 بالشمن كالشفيعي يأخذ تارة
بقيمة الشخص^(١) إذا كان عوضاً من ذوات القيم

(١) في لسان العرب في مادة شقص : الشقص والشقيق الطائفة من
الشيء ، والقطعة من الأرض ، تقول اعطاه شقصاً من ماله (أي جزءاً) وقيل هو
قليل من كثير ، وقيل هو العظ ، ولكل شقص هذا وشقيقه ، كما تقول نصفه
ونصيفه ، والجمع من كل ذلك اشخاص وشخاص ، قال الشافعي في باب الشفعة:
فإن اشتري شخصاً من ذلك ، أراد بالشخص نصيباً معلوماً غير مفروز ...
وفي الحديث أن رجلاً من هذيل اعتق شخصاً مملوكاً فأجاز رسول الله (ص)
وقال : ليس لله شريك . قال شمر قال خالد النصيبي والشرك والشخص واحد ،
قال شمر : والشقيق مثله ، وهو في العين المشتركة من كل شيء . قال
الإذوري : وإذا أفرز جاز أن يسمى شخصاً .

فصل

أنواع البيوع من حيث الصحة والبطلان والفساد والوقف

- ٢١٣٩ - والبيع على ثلاثة اضرب : بيع صحيح وبيع فاسد وبيع موقوف
- ٢١٤٠ - وقال الشافعى البيع الموقوف على الاجازة باطل
- ٢١٤١ - واتفق الفريقان على ان البيع يقف على الفسخ أى بيع الخيار
- ٢١٤٢ - وقنا ، والشافعى ان خيار الشرط شرط المفسخ لا للاجازة
- ٢١٤٣ - وقال مالك الاجازة شرط
- ٢١٤٤ - وفائدة الخلاف اذا مضت مدة الخيار ثم البيع عندنا وعنده يبطل
ويرجع الى البائع .

فصل

باب من بيوع ذوي الارحام

- ٢١٤٥ - واذا كان فى ملك الرجل عبдан أحدهما صغير والآخر كبير ،
فليس له أن يفرق بينهما فى البيع كالاب والابن والام والبنت
- ٢١٤٦ - وان فرق بينهما جاز البيع عند ابى حنيفة ومحمد وكان مكروها
- ٢١٤٧ - وقال ابو يوسف والشافعى البيع باطل حتى يجمع
- ٢١٤٨ - واتفقوا على انه لو باعهما جمیعا ثم وجد المشترى بأحدهما عيبا
كان له أن يردء خاصة
- ٢١٤٩ - وروى عن ابى يوسف انه ليس له أن يردء
- ٢١٥٠ - وروى عنه رواية اخرى ان سائر ذوى الارحام مثل الاب والام
- ٢١٥١ - وفرق الشافعى بين الاب وسائر ذوى الارحام كالاخ والعم والعمنة
والاخت .
- ٢١٥٢ - واتفقوا على انه يجوز ان يعتق أحدهما دون الآخر ، وان يكتاب
- ٢١٥٣ - وان استولد الامة أو دبرها فله ان يفرق

٢١٥٤ - وروى ابن زياد عن أبي حنيفة انه في التدبير والاستيلاد لا يفرق

لأنهما على ملكه ، والملك لم ينزل ، وفي العتق زال الملك فجاز له البيع بعد ذلك ٠

٢١٥٥ - وفي هذا البيع مسائل كثيرة وخلاف ووافق ٠ فمن ^(١) كان له

ولمكاتب له أو عبد تاجر عليه دين مملوكان فأراد أن يفرق بينهما فرق لأن ما في
يد المكاتب والمأذون خارج عن يده فهم كالاجنبي ، وغير ذلك من فروع المسائل ٠

باب

بيع الأمة الحامل

٢١٥٦ - وإذا كانت الأمة بين رجلين فباع أحدهما نصيه من رجل وهى
حامل وادعى المشترى الحبل وادعاه البائع والذي لم يبع معها فان ولدته لاقى من
ستة أشهر ثبت نسبه من البائع وشريكه ويتنقض البيع ، ويرد المشترى نصف
العمر على الذي لم يبع باقراره بالوطء ٠

٢١٥٧ - وقال الحاكم : قوله ويرد المشترى نصف العمر ليس بسديد ،
والصواب أن يرد جميع العمر على الشركين ٠

٢١٥٨ - وهذا في رواية أبي سليمان ، لأنها أم ولد لهما فيجب جميع
العمر لهما لأنه وطئها بشبهة ملكه ٠

٢١٥٩ - وإنما يثبت نسبه من الشركين لأن دعواهما دعوى علوق قبلت
في ملك الغير ولأن دعواهما أكثر من دعوى الأب ولد جارية ابنه لأن للأب
شبهة ملك ٠

فصل

٢١٦٠ - وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر ثبت نسبه من المشترى ومن
الذي لم يبع ، وعلى البائع نصف العمر للذي لم يبع لأن الملك لهم وقد انقطع

(١) في نسخة قليع : كمن ٠

حكم العلوق لانه ليس فيه دلالة على ان العلوق كان فى ملكها فوجب اعتبار الملك ، والملك دون الذى باع وانما لزم نصف العقر لان اقرار البائع بالوطء فى حال كان الملك لهما قبل بيعه فلا يلزم به باقرار غيره .

فصل

نزاع على حمل جارية من زوج

٢١٦١ - واذا أقر المولى ان حمل جاريته من زوج كان زوجها منه ثم أراد أن يدعى نفسه فان كان ذلك الزوج صدق المولى أو لم يصدقه ولم يكذبه لا تجوز دعواي المولى فى قولهم جمیعا ولا يثبت النسب .

٢١٦٢ - ولو انه كذبه ثم ادعاه المولى لنفسه فان قول أبي حنيفة لا تجوز دعواه ايضا .

٢١٦٣ - وفي قول أبي يوسف ومحمد تجوز .

باب الاستبراء في الجواري

٢١٦٤ - ولا نعلم خلافا بين العلماء فى أصل الاستبراء وقد روی عنه عليه السلام انه قال :

لا توطا حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحصة .

٢١٦٥ - ولا توطا الحامل حتى تضع ولا من تحيسن حتى تحيسن حصة ، وأن كانت لا تحيسن فشهر لانه أقيم مقام حصة فى حق الصغيرة والآية .

فصل

٢١٦٦ - واذا اشتري جارية حائضا فانه لا يحتسب بالحصة وعليه ان يستبرأ بها بحصة اخرى عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وروى عن ابي يوسف انه لا استبراء عليه ، وهو قول ابراهيم التخمي .

٢١٦٧ - وكذلك الخلاف لو حاضت فى يدى البائع أو كانت بكرأ فأن

الاستبراء واجب عند ابى حنيفة ومحمد ولا يجب عند ابى يوسف في احدى الروايتين لأن المقصود العلم ببراءة رحمها .

فصل

٢١٦٨ - وان ارتفع حি�ضها لا من حمل يعلم انه بها لمرض او عارض فان ابى حنيفة قال لا يطؤها^(١) حتى يمضى عليها ثلاثة أشهر فى روایة ومثله روى عن ابى يوسف ، وفي بعضها اربعة أشهر ، وفي روایة عنه حتى يعلم ان رحمة برىء من الحمل .

٢١٦٩ - وقال محمد بن الحسن يدعها اربعة أشهر وعشرا ، وهى عدة الوفاة ، وروى عنه ايضا انه قال شهرين وخمسة أيام عدة الأمة في الوفاة ، وإنما أعتبر هذه المدة لأن حيضها يجوز أن يتآخر ، وإنما حددوا ذلك بما ذكرنا لأن فى مثل ذلك يتبيّن الحمل ويتحرك الولد في الرحم .

فصل

٢١٧٠ - وإذا باع جارية فلم يقبضها المشترى حتى تقليلاً البيع فالقياس ان يجب على البائع الاستبراء في روایة ابى يوسف عن ابى حنيفة في الاملاء ، وهو قوله الاول ، وفي الاستحسان لا يجب الاستبراء وهو قول ابى حنيفة الآخر وهو قولهما .

فصل

٢١٧١ - ولو كان المشترى قبضها ثم اقاله فباعها فولدت عند المشترى فماتت الجارية وبقى الولد فادعى البائع الولد فان النسب يثبت ويرد البائع جميع الثمن في قول ابى 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 المعتمدة كتبت على هذا النحو : لا يطأها .

فصل

٢١٧٢ - ولو قبض المشتري الجارية فوجد بها عيماً فردها أو كان البائع قد باعه منها سهماً ثم ردها ثم أقاله في الشخص فعليه الاستبراء لأنَّه وجد سبباً للاستبراء *

فصل

٢١٧٣ - وإذا رجعت الآبة أو ردت المغصوبة أو فكت المرهونة أو عجزت المكابنة فلا استبراء على المولى في ذلك ، ولو وهبها نولد له صغير أو كبير ثم اشتراها لنفسه فعليه الاستبراء لأنَّه ملك جديد *

٢١٧٤ - ولو قبضها المشتري بشراء وفسخ القاضي البيع لاجل الفساد فعليه الاستبراء في الاستحسان ، وكان القياس أن لا يجب ، وكذلك كان القياس أن لا يجب الاستبراء على البائع إذا باع بشرط الخيار ثم فسخ ، وهذا مبني على أصلنا أن البيع الفاسد إذا قبض المشتري البيع ملك المشتري ، وعند الشافعـي لا يملك فيجب أن لا يجب الاستبراء كالمغصوبة *

فصل

٢١٧٥ - وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج قبل الدخول كان المولى أن يقربها بعد أن يستبرئها بمحضه ، لأنَّ الوطـيـء قد كان حلـ لغيره فيجب عليه الاستبراء ، ولم يسقط ذلك إذا لم تجب عدة *

٢١٧٦ - وأنَّ كان النكاح فاسداً وفرق فيه لم يكن عليه الاستبراء لأنَّه لا يستباح به الوطـيـء *

٢١٧٧ - ولو وهب جارية فرجع فيها فعليه الاستبراء *

فصل

لا استبراء على الزانية

٢١٧٨ - ولا يجب الاستبراء على الزانية ، فإنَّ حملت منه لم يطأها حتى تضع ، والأمة والحرة في ذلك سواء *

باب

بيع النخل وفيه ثمرة

٢١٧٩ - رجل اشتري ارضا ونخلاً بالف درهم ، والارض تساوى الفا
والنخل مثل ذلك فائمر النخل في يدي البائع ثمراً سواى الفا فاستهمل البائع
الثمر فانه يسقط عن المشتري ثلث الشمن وعليه ثلثا الشمن في قول أبي حنيفة
ومحمد وفي قياس أبي يوسف يسقط عنه رباع الشمن ويجب عليه ثلاثة ارباع
الشمن فهما يقسمان الشمن على الارض والنخل ثم يحط ذلك الهالك من الشمن ،
وعند أبي يوسف ان التمر دخل فيما يخص النخل خاصة ، لأن البيع واقع على
الارض والنخل كالتبع فهو يشابه من اشتري أمة فولدت ولدين فان الشمن يقسم
عليهم ، وخلاف آخر أنه لا خيار للمشتري ويأخذ بمقدار ما بقى عليه من الشمن
وعندنا للمشتري الخيار ٤

فصل

٢١٨٠ - واذا باع النخل وعليه ثمرة فهو للبائع سواء ابرت أم لم تؤبر ٤٠

(٤٠) في لسان العرب : أَبْرَ النخل وَالزَّرْعِ يَأْبِرُهُ وَيَأْبِرُهُ أَبْرًا وَأَبْارًا
وابارة أصلحة .
وأتبرت فلانا سأله أن يأبر نخلك ، وكذلك في الزرع اذا سأله أن يصلحه
لك ..

والأبر : العامل .

والمؤبر : رب الزرع .

والمبور : الزرع والنخل .

وزمن الآبار زمن تلقيح النخل واصلاحه .

وفي الحديث : « خير المال مهرة مأمورة وسكة مأمورة »

السكة الطريقة الصنفية من النخل ، والمأمورة الملحقة . يقال أبرت النخلة
وأبرتها فهي مأمورة ومؤبرة . وقيل السكة سكة الحرف ٠٠

وفي الحديث : من باع نخلاً قد أبرت فশمرتها للبائع الا أن يشترط المبتعث

وتأثير النخل : تلقيحه ، يقال نخلة مؤبرة مثل مأمورة ، والاسم منه الآبار على وزن
الآذار .

٢١٨١ - وقال الشافعى : اذا ابرت فهى للبائع وان لم تؤبر فهى للمشتري *

٢١٨٢ - وعند ابن أبي ليلى هي للمشتري فى الحالين *

٢١٨٣ - وعندنا لا يدخل فى البيع بغير شرط لانه يمكن افرادها بالبيع فهى

في حكم عين أخرى لأنها ثمرة ظاهرة كالمؤبورة *

فصل

٢١٨٤ - واذا باع الشمرة واطلق البيع جاز ووجب على المشتري قطعها *

٢١٨٥ - وقال الشافعى : لا يجوز مطلقا اذا كان لم يبد صلاحها الا بشرط

القطع ، لأن كل ثمرة جاز بيعها بشرط القطع جاز مطلقا كما لو بدا الصلاح ،

ولأن الشرط غرر في البيع *

فصل

٢١٨٦ - وان شرط تركها فأنه يبطل العقد عند ابى حنيفة وابى يوسف *

٢١٨٧ - وقال الشافعى : اذا كان قد بدا صلاحها لم يبطل البيع *

٢١٨٨ - لأن ماجاز بيعه بشرط القطع لا يجوز بشرط الترك كالتى لم يبد

صلاحها *

فصل

٢١٨٩ - ولا فرق بين أن يكون قد تناهى عظمها أو لم يتناه ان شرط الترك

يفسد البيع ، وقال محمد : يجوز استحسانا لانه شرط تركها فصار كما لو لم

يبد صلاحيتها *

فصل

٢١٩٠ - واذا اشتري رطبا على رؤوس التخل بخرصه تمرا لم يجز *

وقال الشافعى يجوز فيما دون خمسة أو سق ، ولا يجوز فيما زاد على ذلك *

٢١٩١ - ولو جاز ذلك لجاز في الزيادة ، وكان يجوز في سائر التمار والحبوب ، وقد أجمعنا على أن ذلك لا يجوز .

فصل

٢١٩٢ - ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلًا مثل عند أبي حنيفة وعندهما الشافعي لا يجوز .

٢١٩٣ - وأجمعوا على جواز بيع العتيق من التمر بالحديث^(١) .

٢١٩٤ - واختلف أبو يوسف ومحمد في بيع العنبر بالزبيب .

٢١٩٥ - واجاز أصحابنا بيع الحنطة بالدقيق إذا كان مع الحنطة ثمنه .

٢١٩٦ - وأختلف في جواز بيع الحنطة بالسويق فقال أبو حنيفة لا يجوز وقال أبو يوسف ومحمد يجوز .

٢١٩٧ - واجاز أصحابنا بيع الدقيق بالدقيق إذا كان على صفة واحدة .

٢١٩٨ - وقال الشافعي لا يجوز .

فصل

بيع الشاة باللحم

٢١٩٩ - وبيع الشاة باللحم جائز عند أبي حنيفة وابي يوسف .

٢٢٠٠ - وقال محمد يجوز على وجه الاعتبار .

٢٢٠١ - وقال الشافعي لا يجوز بحال لانه معدود بموزون فضار كالدرهم .

فصل

٢٢٠٢ - وبيع الشاة التي في ضرعها لين او على ظهرها صوف بلبن من

(١) في نسخة المعهد (الحديث) .

(٢) في لسان العرب : خرص يخرص بانضم خرضا وترخص أي كذب ورجل خراص أي كذاب ٠٠٠ وأصل الخرص التظني فما لاتستيقنه ، ومنه خرص النخل والكرم اذا حزرت التمر ، لأن العذر انما هو تقدير يظن لا احاطة والاسم الخرص بالكسر .

- جنس لبنيها 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 - واجازوا بيع الزيت بالزبتون والشيرج^(١) بالسمسم على وجه الاعتبار بأن يكون في الدهن مثل ما في السمسم وزيادة في مقابلة اللبن .
 ٢٣٠٥ - وقال زفر ومالك لا يجوز .

فصل

- ٢٣٠٦ - وإذا باع شاة واستثنى اطرافها لم يجز البيع .
 ٢٣٠٧ - وقال بعض الفقهاء يجوز وهم الحنابلة .
 ٢٣٠٨ - وفي هذا الضرب مسائل كثيرة .
 ٢٣٠٩ - وأجاز أصحابنا بيع الحنطة بالشعير متضاولاً ومتساوياً .
 ٢٣١٠ - قوله مالك لا يجوز لأنهما جنسان ، فهما كال DINARIS والدرام .

فصل

- ٢٣١١ - والربا يجري في مكيل جنس عندنا إذا بيع بمثله ، وكذلك الموزون .
 ٢٣١٢ - وقال الشافعي الربا يختص بالمطعومات والاثمان .

فصل

- ٢٣١٣ - والجنس يحرم عندنا النساء كما يحرم النساء بالمعنى المضوم إليه .

(١) هو دهن السمسم .

باب من السالم^(١)

٢٣١٤ - وكل ما تضيّط صفتة ويعلم قدره فالسلم فيه جائز اذا ذكر جنسا معنويا ونوعا وقدرا معلوما أو صفة معلومة ، وكان موجودا فالسلم في ايدي الناس من يوم العقد الى يوم المحال^(٢) وذكر الاجل في ذلك ، وبقى رأس المال في المجلس ، وسمى موضع تسليمه بذلك جائز باجتماع ، 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 وزون معلوم الى اجل معلوم » بعد نهيء عن بيع ما ليس عند الانسان ◦

فصل

تعجيز أحد البدلين

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 وسلام اذا أسلف وهو أن تعطي ذهبا وفضة في سلعة معلومة الى أحد معلوم ، فكأنك قد اسلمت الثمن الى صاحب السلعة وسلمته اليه ◦

وأسلم في الشيء او سلم وأسلف بمعنى واحد ◦

(٢) في نسخة (قلبيج) المحل ◦

(٣) في نسخة قلبيج (انعدم) ◦

بين ذلك ، لأن ذلك وقت يجوز أن يحل فيه بالموت ، والموت ^(١)، فكان وجوده شرطاً كالمحل المشروط خلاف الشافعي يكفي وجوده عند المحل المشروط .

فصل

ما يجوز السلم فيه

٢٣١٨ - واجاز أصحابنا السلم في الجوز واللوز والقستق والحنطة والشعير والبر والزيت والقطن والزعفران ، وكل ما يقال وكل ما يوزن وكل ما يعد ويقارب ولا يتفاوت كاللبن والأجر والنورة والطوابيق والمسوح ^(٢) والأكسية والثياب والزجاج والأية ، وفي بعض ذلك خلاف وفيه وفاق .

ومسائل السلم كثيرة

فصل

قرض مال بمثله

٢٣١٩ - اجاز أصحابنا قرض ماله مثل من المكيل والموزون .

٢٣٢٠ - وقالوا : لا يجوز قرض ذات القيمة .

٢٣٢١ - وقال الشافعي يجوز الا الحوار ^(٣) ومن اصحابه من اجاز الجميع .

فصل

٢٣٢٢ - وقالوا : لو اشتري بذهب وفضة وسمى وزنا معلوماً كان الثمن

منقسمًا من كل جنس نصفه .

٢٣٢٣ - وقال الشافعي لا يجوز حتى يبين كل واحد .

(١) في نسخة قليع : والشرغ .

(٢) كذا في النسختين ولعله الشيرج .

(٣) كذا ولعله الخبز الحواري . . . والحسواري من أدقائق الحالص

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 أصحابنا ان الدرارم والدنانير لا تتعين بالعقد .

٢٣٢٦ - وقال أبو الحسن تعين ولا تستحق أعيانها .

٢٣٢٧ - وقال زفر تعين وبه قال الشافعى .

٢٣٢٨ - ولو تعينت لما صح العقد عليها مع الاطلاق .

ومسائل البيوع كثيرة ، وسمعت شيخنا قاضي القضاة رحمه الله يقول
ان أبي 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 يفترض 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 او دار او مكيل او موزون غير مقسوم فالرهن فاسد عندنا ◦
- ٢٣٣٤ - وقال الشافعى : كل ما جاز بيعه جاز رهنه وعندنا ان كل ما جاز رهنه جاز بيعه ، ويجوز رهنه لأنه اعم من الرهن ◦
- ٢٣٣٥ - وبيع ما في الذمة يجوز ، ولا يجوز رهنه ◦
- ٢٣٣٦ - ويجوز بيع التركة قبل القبض ولا يجوز رهنه ◦
- ٢٣٣٧ - وعقد هذا الباب : ان كل ما يجوز رهنه ابتداء فانه يجوز في حالة البقاء فانظر ابدا الى ما يستحق من الرهن ، فان كانباقي يجوز ان يبدأ فيه الرهن فالرهن بحاله فيه ولا يبطل ، وان كان لا يجوز ابتداء فالرهن قد بطل ، ولا فرق بين الشريك وغيره ◦
- ٢٣٣٨ - وسائل الاموال في ذلك سواء العقار والعيدي والمكيل والموزون

(١) في لسان العرب : قال ابن سعيد : الرهن مواضع عند الانسان مما ينوب مناب ما أخذ منه ، يقال رهنت فلانا دارا رهنا ، وارتنهن اذا أخذه رهنا والجمع رهون ورهان ورهن بضم الهاء ◦ وكل شيء يحتبس به شيء فهو رهينة ومرتهن ، وارتنهن منه رهنا أخذه ◦

والثياب والنخل والشجر وسائر ضروب الاموال في ذلك سواء ، وإن قبض الجميع لم يصح الرهن أيضا ، وكذلك ان كان الرهن مقسوما فاستحق بعضه مشاعا بطل الرهن ، وإن كان معينا والباقي يجوز رهنه بحاله .

٢٣٣٩ - وسائل 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 لأهل الظاهر .

حظر الانتفاع بالرهن

٢٣٤١ - ولا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن .

وقال الشافعى له الانتفاع اذا كان له منفعة .

رهن العين المقصوبة

٢٣٤٢ - وإذا رهن العين المقصوبة عند الغاصب جاز الرهن وزال ضمان الغصب .

٢٣٤٣ - وقال الشافعى ضمان الغصب بحاله .

اعتقاق العبد المرهون

٢٣٤٤ - وإذا اعتقد الراهن العبد المرهون جاز عتقه موسرا كان أو معاشر .

وللشافعى في ذلك ثلاثة أقوال : مثل قولنا ولا يعتقد ، والثالث الفرق بين المعاشر والموسر .

تعبييل الجارية المرهونة

٢٣٤٥ - وإن قبل المرتهن الجارية المرهونة من غير شبهة^(١) لم يجب الحد في أحدي الروايتين لأنها محبوسة في يديه بحق له في رقتها .

(١) كذا في النسختين والظاهر أنها شهوة وأول العبارة في نسخة منيغ : وإذا وطئ .

فصل

- ٢٣٤٦ — وان وطىء باذن الراهن فولدت منه فالولد عبد ◦
٢٣٤٧ — وقال الشافعى حر ◦
٢٣٤٨ — لان اذنه ليس اكثرب من تزويجه بها ولو تزوجها كان الولد عبدا◦
٢٣٤٩ — واذا باع المرتهن الرهن قبل حلول الدين باذن الراهن فالبيع جائز والثمن رهن ◦
٢٣٥٠ — خلاف الشافعى لا يكون رهنا ◦
ولو شرط له ذلك أو شرط ان يعجل الدين فالبيع جائز ويلزم تسليم ذلك
٢٣٥١ — خلاف الشافعى البيع باطل على هذا الشرط ◦
٢٣٥٢ — ورهن العبد الجانى والمرتد جائز كما يجوز البيع ◦
٢٣٥٣ — وقال الشافعى لا يصح في أحد قوله ◦

الزيادة في الرهن والدين

- ٢٣٥٤ — وتجوز الزيادة في الرهن ◦
٢٣٥٥ — ولا تجوز في الدين ◦
٢٣٥٦ — وقال ابو يوسف يجوز فيما
٢٣٥٧ — وقال زفر لا يجوز فيما ◦
٢٣٥٨ — وللشافعى قولان في ذلك ◦

اقرار الراهن بجناية العبد المرهون

- ٢٣٥٩ — ولا يجوز اقرار الراهن على العبد المرهون بالجناية ◦
٢٣٦٠ — وقال الشافعى في أحد قوله يجوز ◦
٢٣٦١ — واذا قتل العبد المرهون في يد المرتهن بالردة ثبت الخيار في فسخ
البيع ◦

- ٢٣٦٢ — خلاف الشافعى لا يثبت ◦
٢٣٦٣ — واذا علق عنق عبده بصفة ثم رهنه جاز الرهن ◦

٢٣٦٤ - وقال الشافعى لا يجوز رهنه ، وله تفصيل في تعجيل الصفة
وتأخيرها على محل الدين لانه يجوز بيعه فجاز رهنه .

تحول العصير المرهون خمرا

٢٣٦٥ - اذا رهن عصيرا فصار خمرا لم يبطل الرهن .

٢٣٦٦ - وقال الشافعى يبطل .

٢٣٦٧ - وان عادت خلا فلمرتهن أحق بها من الغرماء .

رهن ما يسرع اليه الفساد

٢٣٦٨ - ورهن ما يسرع اليه الفساد بالدين الحال أو المؤجل جائز .

٢٣٦٩ - وقال الشافعى لا يجوز .

فصل

وكيل المرتهن ببيع الرهن

٢٣٧٠ - ويجوز أن يكون المرتهن وكيلا ببيع الرهن عند محله .

٢٣٧١ - وقال الشافعى لا يجوز .

٢٣٧٢ - ولا يملك الراهن عزل الوكيل عن بيع الرهن اذا وكله باليبيع ،

٢٣٧٣ - وقال الشافعى يملك .

فصل

تبعة هلاك ثمن الرهن

٢٣٧٤ - اذا باع العدل الرهن فهلك الثمن فهو من ملك المرتهن لأن
اليد للمرتهن دون الراهن لأن الراهن لو اراد فسخ يد العدل لم يكن له ذلك
والمرتهن له ذلك .

٢٣٧٥ - وقال الشافعى يكون من مال الراهن .

فصل

استحقاق الرهن

- ٢٣٧٦ - وإذا استحق الرهن بعد البيع على المشتري رجع على العدل البائع ٠
- ٢٣٧٧ - وقال الشافعي يرجع على الراهن ٠
- ٢٣٧٨ - لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد عندنا دون من عقد له ففي كل ما تصح اضافته إلى العقد من العقود ٠
- ٢٣٧٩ - وإذا ادعى العدل تسليم الشمن إلى المرتهن فالقول قوله ٠
- ٢٣٨٠ - وقال الشافعي لا يقبل قوله عليه ٠
- ٢٣٨١ - لأنه أمين له واليد يد المرتهن وإن تعلق بها حق الراهن ٠

دفع العبد الرهن في الجنائية

- ٢٣٨٢ - وإذا دفع العبد الرهن في الجنائية بطل من الدين بحساب ذلك ٠
- ٢٣٨٣ - وقال الشافعي لا يبطل ٠
- ٢٣٨٤ - والرهن مضمون عندنا بالأقل من قيمته ومن الدين ٠
- ٢٣٨٥ - وقال الشافعي هو امانة ٠
- ٢٣٨٦ - ولو كان امانة قبل قول المرتهن في الرد على الراهن كسائر
الامانات ، ولكن المرتهن وغيره في ثمنه سواء ٠

فصل

رهن المكاتب

- ٢٣٨٧ - ويجوز رهن المكاتب بدين المكابية ٠
- ٢٣٨٨ - وقال الشافعي لا يجوز ٠
- ٢٣٨٩ - لأنه دين واجب كسائر ديونه ٠

فصل

ترزيع الامة المرهونة

٢٣٩٠ - ويجوز للراهن ترزيع الامة المرهونة بغير اذن المرتهن .

٢٣٩١ - وقال الشافعى لا يجوز .

فصل

الزيادة من الرهن

٢٣٩٢ - والزيادة من الرهن تدخل في الرهن .

٢٣٩٣ - وقال الشافعى لا يدخل المنفصل ويدخل المتصل .

٢٣٩٤ - لانه حق ثابت في الام فسرى إلى الولد كملكه والعتاق .

فصل

الشرط الفاسد في الرهن

٢٣٩٥ - واذا شرط في الرهن شرطا فاسدا بطل الشرط وصبح الرهن .

وقال الشافعى بطله 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 اليقنة فاليقنة بينة المرتهن لأنها ثبتت الزيادة .

فصل

٢٣٩٩ - وان قال الراهن رهنت بخمس مائة وقال المرتهن بل بالف ،

والدين الف على الراهن فالقول قول الراهن ، كما لو انكر الرهن كان القول قوله في ذلك ٠

٢٤٠٠ - واذا قال المترهن قبضت خمرا ٠

وقال الراهن بل صارت العين خمرا عندك ، فالقول قول المترهن ٠

٢٤٠١ - وقال الشافعي القول قول الراهن ٠

٢٤٠٢ - لانه لم يقر بقبض يوجب الضمان ٠

فصل

٢٤٠٣ - وان قال الراهن رهنتها عندك بجميع مالك من الدين وهو الف ،
وقال المترهن رهنتها بخمسمائة والجارية الرهن تساوى الفا فان الحسن بن زياد

قال عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويترادان بعد التحالف ٠

٢٤٠٤ - وان مات الراهن قبل التحالف كانت بما قال المترهن لانه ينكر
الضمان ٠

فصل

اختلافهما في قيمة الرهن

٢٤٠٥ - ولو اتفقا على ان الجارية رهن واجتلبا في قيمة الجارية ، وقد
هلكت في يد المترهن فقال المترهن كانت قيمتها خمسمائة . وقال الراهن الفا فالقول
قول المترهن في قيمة المالك ٠

٢٤٠٦ - وان اقاما بينة فالبينة بينة الراهن لانها ثبتت الضمان والتزيادة ٠

فصل

٢٤٠٧ - وان اختلفا فقال المترهن رهنتي هذين العدين بالف ٠

وقال الراهن بل احدهما بالف لم تقبل دعوى احدهما على صاحبه ،
ويحلف كل واحد منهم على دعوى صاحبه ٠

فصل

٢٤٠٨ - واذا كان الرهن أمة فولدت ثم ماتت الامة وبقي الولد ، واجتلبا
في قيمة الام فالقول قول المترهن والبينة بينة الراهن ، وكذلك الحيوان والشجر
والثياب وسائر الاشياء مثل ذلك ٠

فصل

٢٤٠٩ - واذا اختلفا فقال الراهن :

قبضت مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن :
بل بقبضته انت مني فهلك في يدك فالقول قول الراهن مع يمينه لأن المرتهن
قد اقر بقبضه فهو في ضمانه .

٢٤١٠ - وان اقاما جمیعاً البینة على ما قالا اخذت بینة الراهن لأن المدعی
للقضاء ، لأن هلاك الرهن في يد المرتهن بمنزلة القضاء .

فصل

٢٤١١ - وان قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقضه ، وقال الراهن
هلك في يد المرتهن فالقول قول المرتهن لأن لم يغير مقتضى شيء ، فان اقاما
البینة اخذت بینة الراهن لأنها تثبت القضاء وتشهد بعين الظاهر .

فصل

٢٤١٢ - وان قال المرتهن : رهنتى هذين الثوبين وقبضتهما فقال الراهن :
رهنتك أحدهما فالقول قول الراهن .

٢٤١٣ - وان اقاما بینة ، اخذت بینة المرتهن .

فصل

٢٤٤ - واذا كان الرهن عبداً والدين الفين والعبد يساوى الفا وقد ذهب
عيه واختلفا في قيمته فقال الراهن كانت قيمته يوم رهنتك الفين فقد ذهب نصف
دينك ، وقال المرتهن بل كانت قيمته خمسمائة وانا زاد بعد ذلك وانما ذهب ربع
حقي فالقول قول الراهن مع يمينه .

٢٤١٥ - فان اقاما جمیعاً بینة على ما ادّيوا اخذت بینة الراهن لأنه يدعى
القضاء والبراءة ، والعبد مضمون على المرتهن ، وهو يتصرف في ملك الراهن
فهو كالغاصب .

٢٤١٦ - وإذا اختلف هو والمغصوب منه فالقول قول المغصوب منه لانه لا يصدق فيما يوجب سقوط الضمان عنه ◦

فصل

٢٤١٧ - وإذا ادعى الراهن وانكر الراهن او أقر بالرهن وانكر التسليم فالقول قوله وعلى المدعي البينة انه ارتهن وبقى ◦
٢٤١٨ - فان أقام بيضة 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 لأنهما ابنا الراهن بالشهادة ◦

فصل

٢٤٢٠ - ولو شهد أحدهما انه رهن بمائة وشهد الآخر بمائتين ، والمرتهن يدعى مائتين فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة ◦
٢٤٤١ - وقلا يكون رهنا بمائة والقول قول الراهن في الزباده ◦
٢٤٢٢ - وعند الشافعي يحلف مع الشاهد الواحد ، ويكون رهنا بمائتين ◦
٢٤٢٣ - واتفق الجميع على انه لو شهد أحدهما بمحضه والآخر بشعير أو شهد بدنانير والآخر بدرارهم أو شهد أحدهما بعد الآخر بثوب 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 جائزه 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 أقاما جميعا بيضة فالبيضة بينة الراهن لانها تثبت الزباده والقضاء

فصل

اشتراط الرهن بالثمن

٢٤٢٧ - واذا باعه متاعا على ان يرهنه عبدا بالشمن فجحد المشتري ذلك وأقام عليه بينة بالبيع والرهن فإنه لا يجبر الراهن على تسلم 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 يرضي به المرتهن فيجبر على ذلك لأن الرهن لا يلزم من غير قبض ، وقد شرط في الشمن صفة فابت الخيار له في ذلك .

فصل

٢٤٢٨ - اذا ادعى الرهن رجالن كل واحد يقول رهنه عندي والرهن في يدي الراهن ، وأقام كل واحد بينة بما ادعاه فليس الرهن عند واحد منهمما في القياس وبه نأخذ والاستحسان ان يكون بينهما ، وان كان في ايديهما فهو كذلك ايضا في القياس والاستحسان .

٢٤٢٩ - وان كان في يدي احدهما فهو له الا ان يقيم الآخر البينة انه رهنه قبله بوقت واذا وقتا وقين فهو لل الاول 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 ، فإنه يباع لهما ويقضى دينهما ، وضربا مع الغرماء بما فضل لهما في تركة الميت ، ويأخذ الغرماء ما فضل من ثمن الرهن عند ابي حنيفة ومحمد واستحسانا ٢٤٣١ - والقياس ان الرهن باطل وهو قول ابي يوسف ويكون بين الغرماء بالحصص ولا يسلم لهما .

فصل

٢٤٣٢ - اذا كان المرتهن اثنين فوضع احدهما الرهن عند صاحبه والرهن مما يتحمل القسمة فالدافع ضامن قيمته عند ابي حنيفة .

٢٤٣٣ - و قال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا ضمان على القابض في
قولهم جميعاً

فصل

الرهن لدى عدل

٢٤٣٤ - وإذا وضع الرهن على يدي عدل فهو جائز عندنا
و عند الشافعي و مالك

٢٤٣٥ - و قال ابن أبي ليل لا يجوز الرهن حتى يكون في يد المترهن

٢٤٣٦ - لأن يد العدل للمرتهن عندنا^(١) لأنه يملك اخراجه متى شاء
ويبطل الرهن

٢٤٣٧ - فان باع العدل العبد الرهن وذهب الثمن كله او بعضه قبل القبض
جاز في قول ابن حنيفة و محمد

٢٤٣٨ - و قال أبو يوسف والشافعي هبة الوكيل الثمن قبل القبض باطلة ،
كما لو وهب بعد القبض

فصل

٢٤٣٩ - إذا ادعى رجل الرهن والآخر الشراء والرهن في يد الراهن
فيينة المشترى أولى

٢٤٤٠ - و ان كان في يد المترهن فالمترهن أولى به ، الا ان يقيم المشترى
البينة انه قبل ، ويقدم الاول في العقددين معاً على الآخر ايهما كان

فصل

٢٤٤١ - إذا ادعى الرجل على غيره انه رهنه هذا العبد بـألف ، وهو في
يد المدعى عليه والآخر ينكر ذلك قبل بينة الراهن

٢٤٤٢ - و ان هلك لزمه جميع قيمة العبد لأنه صار بالتجهود غاصباً فلزمه
جميع قيمته

(١) أي أن حيازة الرهن للمرتهن والعدل يجوز الرهن باليابسة عن المرتهن
اذ المرتهن هو الحائز الاصلي

فصل

٢٤٤٣ - وإذا رهن عند صبي لا يعقل القبض فالرهن باطل ، فإن كبر وبلغ جاز بيده « بتسليط الراهن عند أبي يوسف ومحمد^(١) » وذكر الخصاف أنه لا يجوز عند أبي حنيفة البيع بعد الكبر لأنه لم يصح الرهن .

فصل

ابراء المرتهن الراهن

٢٤٤٤ - وإذا ابرأ المرتهن الراهن من الدين أو وبه والرهن في يديه فتلقى قبل رده على الراهن من غير تعد فلا ضمان على المرتهن عند أبي حنيفة ومحمد وابي يوسف .

٢٤٤٥ - والقياس أن يضمن قدر الرهن وهو قول زفر بن الهذيل .

فيصل

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 والمشترى دون المتطوع بذلك .

فصل

جنائية الرهن

٢٤٤٨ - وإن كان فيه فضل فضى فهو متقطع إن كان الراهن حاضراً ، وإن كان غائباً فليس بمتقطع في رواية محمد عن أبي حنيفة .

٢٤٤٩ - وروى الحسن عنه بالضد إن كان غائباً فهو متقطع وإن كان حاضراً فليس بمتقطع .

٢٤٥٠ - وقال هو متقطع في الحالين .

فصل

٢٤٥١ - وإذا رهن الأب أو الوصي مال اليتيم في دين نفسه جاز عند أبي حنيفة ومحمد .

(١) ما بين قوسين من نسخة قليج .

٢٤٥٢ - وروى عن أبي يوسف انه لا يجوز ا

فصل

قضاء جزء من الدين الموقت برهن

٢٤٥٣ - واذا كان الرهن اعينا كل عين بعشرة فقضى الراهن عشره لم

يكن له ان يأخذ من الرهن شيئا حتى يؤدى الجميع في رواية الأصل .

٢٤٥٤ - وقال في الزياادات 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 فالارض رهن بخمسماهه وسقط من الدين خمسماهه ،

فإن نبت في الأرض نخل يساوى خمسماهه فان هذا النخل والأرض رهن بثلثي الدين عند ابى حنيفة ومحمد ، ولا فرق بين ان ينبع من عروق الاول او من الأرض .

٢٤٥٧ - وفي 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 في يدي المرتهن وهو لا يعلم

بما كان منه فهو من مال الراهن عند ابى حنيفة ، وكذلك اذا قطع في السرقة .

٢٤٥٩ - وعند صاحبيه يقوم حلال الدم وغير حلال ويعرم نقصان ذلك

من الدين كما قالا في البيع .

٢٤٦٠ - ولو ضرب حداً أو عزر فنقص قيمته ذهب من الدين بحساب

ذلك في قولهم جميعا .

فصل

رهن احد المتفاوضين

٢٤٦١ - ورهن أحد المتفاوضين جائز كما تجوز كفالته *

٢٤٦٢ - واذا ادعى الرهن فهو لنفسه وعندهما لا يجوز *

فصل

جناية ولد الرهن

٢٤٦٣ - واذا جنى ولد الرهن جناية فدفع بها لم يبطل من الدين شيء *

٢٤٦٤ - وان فقأت الأم عيني الابنة فدفعتها بها ، وأخذت الابنة مكانها فالابنة رهن بالدين كله ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف *

٢٤٦٥ - وقال محمد تكون رهنا بمحضتها ويسقط من الدين بمقدار نقصان العينين ، وال الخيار الى الراهن ان شاء افتكها وان شاء تركها فان فقأت الابنة عيني الأم بعد ذلك فدفعتها وأخذت الام 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 ان يسقط مما بقي من الدين نقصان العينين *

٢٤٦٨ - وفي الاستحسان ان يسقط نقصان العينين من جميع الدين *

٢٤٦٩ - وفي هذا الباب عجائب من المسائل *

باب رهن الفضة والذهب وذوات الامثال

٢٤٧٠ - واذا ارتهن قلب^(١) فضة فيه عشرة دراهم ، وقيمة القلب أقل من عشرة فانكسر عند المرتهن فانه ضامن لقيمتها مصوغاً من الذهب ويكون القلب له ويرجع بماله *

(١) في لسان العرب في مادة (قلب) : القلب عن الاسورة ما كان قدسا واحدا ، ويقولون سوار قلب ، وقيل سوار المرأة ، والقلب الحية البيضاء عسل التشبيه بالقلب من الاسورة *

٢٤٧١ - وان كان المال الى أجل كان الذهب الذى غرم المرتهن رهنا مكانه .

٢٤٧٢ - ولو لم ينكسر ولكنه هلك فاته يذهب بما فيه عند ابى حنيفة .

٢٤٧٣ - وقال أبو يوسف ومحمد يكون على المرتهن قيمة من الذهب

ويكون رهنا مكانه ويرجع بما له .

٢٤٧٤ - وهذا قولهم فى الأصل .

٢٤٧٥ - وقال الكرخي فى المختصر الذى له :

اذا ارتهن الرجل دراهم بيضاء والرهن سوداء وزن الدين والرهن

سواء فهلك الرهن فهو بالدين .

٢٤٧٦ - وكذلك لو كان قليا وزنه عشرة يساوى للصنعة اثنتي عشر .

او يساوى تسعه وهو رهن بعشرة فان هلك فهو بجميع الدين ، وهو بما فيه .

٢٤٧٧ - وان انهشم القلب فى يد المراهن من غير فعله او انكسرت

الدرامم فان المرتهن لا يضمن شيئاً ، ويقال للراهن أذ الدين كله وخذ الرهن ،

وهو قول ابى حنيفة ، وهو قياس قول زفر ، رواه الحسن وابو يوسف .

وقال محمد فى الزيدات هو قياس قول ابى حنيفة ورواه ابن سماعة فى

الأمالى ونواتره .

٢٤٧٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : اذا كان الرهن مساويا للدين الذى هو

رهن به فى الوزن او فى الرهن فضل عن قيمة فهلك فهو بما فيه .

٢٤٧٩ - وهذا قولهم جميعاً .

٢٤٨٠ - وان كان الفضل فى الوزن والرهن اتفصن قيمة ، وهما سواء فى

الوزن فهلك فان ابا يوسف قال :

ان كان الرهن دراهم او دنارين او ماله مثل ضمن مثله للراهن ورجوع

به ينفعه .

٢٤٨١ - وكذلك قال محمد فى المصنوع وغيره .

٢٤٨٢ - فان رضى المرتهن ان يجعل ذلك الرهن قصاصا بالدين اذا كان

يغنم مثله بذلك له .

٢٤٨٣ - قال الكرخي رحمة الله :

وهو عندي قول محمد ، ولا ينبغي ان يكون في الفصل خلاف .

٢٤٨٤ - وكذلك رهن المكيل بجنسه والموزون بجنسه .

٢٤٨٥ - وان كان الرهن فضة بفضة او ذهب فانكسر في يد المرتهن

من غير فعله ، وهو أكثر قيمة من الدين فهو في قول ابي حنيفة على ما ذكرت
لنك ولا يلتفت الى الوزن الفاضل اذا كان الوزن سواء ، وانما يعتبرون^(١) في
الدين وزن الرهن ، فإذا كان سواء فالرهن على حاله .

٢٤٨٦ - وقال أبو يوسف ، اذا كان الفضل لصناعته . والفضل سدس

القيمة فانكسر فروعي محمد عن ابي حنيفة ان خمسة اسداس القلب مضمون
من الوزن والامانة وهو رواية محمد عن ابي يوسف .

٢٤٨٧ - وروى عنه بشر بن الوليد انه يضمن قيمة القلب كله ومثله في

كل المجموع .

٢٤٨٨ - وفي كتاب الرهن عجب من المسائل وهو كتاب كبير وما فيه من

الخلاف قد ذكرته وسائل التفريع لا يمكن ذكرها اجمع .

فصل

٢٤٨٩ - وجناية الرهن على الراهن او على ماله هدر في قولهم جميعا .

٢٤٩٠ - وان جنى على المرتهن فهو هدر عند ابي حنيفة .

٢٤٩١ - وقال أبو يوسف ومحمد يجب الدفع او الفداء ، هذا اذا كانت

قيمتها والدين سواء .

٢٤٩٢ - وان كانت قيمتها أكثر من الدين فان الجناية تعتبرة في قولهم

جميعا .

فصل

٢٤٩٣ - ولو كان الرهن عبدا فجني عليه عبد قيمته مائة فدفع به فهو رهن

بالألف [كذا] يجبر الراهن على فكاكه بذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف .

٢٤٩٤ - وقال محمد الخيار الى المولى ان شاء سلمه بالدين وان شاء افتكه .

(١) كذا في النسختين .

٢٤٩٥ - وقال زفر سقط من الدين تسع مائة ويفتكه بمائه ٠

فصل رهن المستعار

٢٤٩٦ - واذا استعار رجل من رجل ثوبا او عبدا او ما شاء من الاموال ليرهن ذلك جائز ، وله ان يرنه بما احب من الاموال او بما شاء من القدر قليلا كان او كثيرا ٠

٢٤٩٧ - واذا أطلق الرجل القول ولم يعين ففي هذه المسألة خلاف الشافعى في جواز ذلك في أحد قوله ٠

فصل

٢٤٩٨ - رجل له على آخر مائة درهم فاعطاء رهنا وقال هذا رهن بعض ملك فالرهن فاسد في قول زفر ويهلك بالقيمة ٠

٢٤٩٩ - وقال أبو يوسف يهلك بما شاء المرتهن ٠

فصل

٢٥٠٠ - رجالان لهما على رجل دين فارت هنا منه رهنا ^(١) بينهما فقضاهما ثم قال أحد المرتهنين ان المال الذى لنا على فلان باطل والارض فى ايدينا تلجهه قال أبو يوسف يبطل الرهن ٠

٢٥٠١ - وقال محمد : لا يبطل الرهن ويبرأ من حصة صاحبه ٠

فصل

ما يجوز به الرهن من الديون والاعيان

٢٥٠٢ - ولا يجوز الرهن الا بدين صحيح او عين مضمونة ولا يجوز بالامانات كالعوارى والمضاربة والشركة والودائع ٠

٢٥٠٣ - واذ قد ذكرنا بعض المسائل في الرهن فوجب ان نذكر التفليس والحجر لانه اسقاط حق وابتات رجوع في أمر فكان ذكره بعد الرهن اولى بالتقديم على الحجر ^(٢) ٠

(١) في نسخة قليج : أرضا ٠

(٢) عبارة «على الحجر» لم ترد في نسخة قليج ٠

كتاب التفليس^(١)

٢٥٠٤ - والمفلس بالشمن في حال حياته ، وإذا مات مفلساً فوجد رجل عين ماله الذي باعه فهو أسوة الغرماء ، ولا يكون أحق به في حال الحسية ولا بعد الموت .

٢٥٠٥ - وان أفلس المشترى قبل قبض السلعة من البائع فانها تباع له .

٢٥٠٦ - وقال الشافعى يرجع فى سلطته فى جميع الاحوال فى الحياة والموت مالم يزد فيها أو يخرج عن ملكه .

٢٥٠٧ - وقال مالك : يرجع في الحياة دون الموت ، لأنّه اسقط حقه عن الملك باليبيع ، وعن الحبس بالتسليم فلا يثبت له رجوع فيه كالمترهن اذا رد الرهن وابطله وكما لو باعه او زاد فيه او نقص نقصاً تعلق به حق الغير .

فصل

قاعدة التنفيذ جبرا على المدين المتنمّع

٢٥٠٨ —وإذا امتنع من عليه الدين من قضائه جبسه القاضي ، ويكلف أن يبيع ماله بنفسه وكان القياس أن لا يقضى عنه الدرارهم في الدنائر وهو مذهب ابن أبي ليلٍ ◦

٢٥٠٩ - وقال أبو يوسف ومحمد: يبيع القاضي عليه اذا امتنع .

٢٥١٠ - وهو قول الشافعى

(١) جاء في لسان العرب في مادة أفلس : (الفلس معروف والجمع في القلة أفلس ، وفلوس في الكثير .. وافلس الرجل صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم يفلس أفلسا ، صار مفلسا ، لأنما صارت دراهمه فلوسا زيفا ، كما يقال : أخبت الرجل إذا صار أصحابه خباء ، واقتطف صارت داته قطوفا ..

وفي الحديث : «من ادرك ماله عند رجل قد افليس فهو احق به ». أليس الرجل اذا لم يبق له مال ، يراد به انه صار الى حال يقال فيهما ليس معه فليس ، كما يقال : اقهر الرجل صار الى حال يقهر عليها وأذل الرجل صار الى حال يذل فيها .

وقد فلسه الحكم تفليسا : نادى عليه أنه أفلس ٠٠٠ وحب فلس لا نيل
فـ .

فصل البينة على الاعسار

- ٢٥١١ - ولا تسمع بيته باعسارة قبل المدة في رواية .
٢٥١٢ - وفي أخرى تسمع ، وقد مضت في أول الكتاب .

لا يمين مع البينة على الاعسار

- ٢٥١٣ - ولا يمين عليه اذا أقام بيته بالاعسار .
وقال الشافعي يحلف مع ذلك .

الظفر (١) بجنس الحق

- ٢٥١٤ - و قالوا جميعا : لو وجد رجل جنس حقه عند غريميه فله أخذه
بحقه (١)

- ٢٥١٥ - و ان كان غير جنسه لم يأخذه عندنا الا برضائه .
٢٥١٦ - وقال الشافعي له أخذه .

فصل

قاعدية

- ٢٥١٧ - واتفق الفقهاء باسرهم انه اذا لم يوجد ماله بعينه فانه اسوة الغرماء .
٢٥١٨ - وكذلك ان رجع اليه بملك جديد .

فصل

- ٢٥١٩ - ولو باعه حنطا - وهو البستان بلغة الحجاز - لا ثمرة فيه ، او
ارضا لا زرع فيها ثم أفسس المشترى ، وكان قد أمر أو زرع ، فإن كان البخل قد

(١) جاء في لسان العرب : الظفر بالفتح . الفوز بالمطلوب والفلح على من خاصمت ، اي قد ظفر به وعليه وظفره ظفرا مثل لحق به فهو ظفر ، واظفره الله به وعليه وظفره به تظفيرا ، ويقال ظفر الله افلانا على فلان ، وكذلك اظفره الله ، ورجل مظفر وظفر وظفير : لا يحاول امرا الا ظفر به .

(٢) أخذ القانون المدني العراقي بهذه القاعدة في المادة ٣٩١ .

أبر والارض قد زرعت كان له الخيار في الارض والنخل ، ويبقى الشمار الى الجداج^(١) والزرع الى الحصاد اذا أراد الغرماء تأخير ذلك ، وان أراد الغرماء بيع الشمرة قبل الجداج والزرع قبل الحصاد فلهم ذلك

٢٥٢٠ - وكذلك لو باع أمة فولدت ثم أفلس كانت له ان شاء والولد للغرماء

وان كانت حبلى كانت له حبلى

٢٥٢١ - واذا لم يؤبر حتى أفلس فلم يخبر (؟) البائع حتى ابرت كان له النخل دون الشمرة لانه لا يملك عين ماله الا بالفلس ولا خيار له ، وكذلك كل ما كان يخرج من ثمر النخل في الاكمام فتشق كمامته وما يشبهه ، فاذا انشق قبل النخل وان لم يؤبر

فصل

٢٥٢٢ - ولو قال المالك : أخذت عين مالى قبل الايبار ، وقال المفلس بعده فالقول قوله مع يمينه ، وعلى البائع البينة . وان صدقه الغرماء لم يجعل لهم شيئاً لأنهم أقروا انه للبائع .

فصل

٢٥٢٣ - وان صدقه المفلس وكذبه الغرماء فمن اجاز اقراره اجازه ومن بن لم يجزه ، لم يجزه واحلف الغرماء الذين يدفعونه ، وان وجد بعض ماله كان له بحصته ، ويضرب مع الغرماء في بيته .

فصل

٢٥٢٤ - وقال : وان كانت ارضا فبنيت او غرس ست خيرته بين ان يعطي مابنى وغرس وبين ان يسلم البناء والغرس للغرماء الا ان يشاء المفلس والغرماء ان يقلعواه ويضمونه ما نقص القلع والتقص ف يكون لهم ، وقال في موضع آخر ان لم يأخذه بالعمارة وابى الغرماء ان يقلعواه لم يكن له الا الشمن يحاص الغرماء به .

٢٥٢٥ - قال المزني الاول بقوله اشبه واولى .

وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة واصوله ما ذكرت ، ولما كان المفلس تارة يقضى الدين وتارة يباع عليه ، وتارة يحجر عليه وجوب ذكر الحجر .

(١) الجد : القطع

كتاب العجر

٢٥٢٦ - الحجر في اللغة المنع وهو في الشرع منع مخصوص^(١) .

أسباب العجر

٢٥٢٧ - واسباب العجر عند أبي حنيفة ثلاثة :

الجنون والصغر والرق الذي فيه معنى العجر لكن لأجل حق المولى ، فما لا يتعلق به حق المولى فإنه جائز التصرف فيه .

٢٥٢٨ - وانختلف الفقهاء في العجر لأجل الفساد والتبذير .

٢٥٢٩ - فذكر الطحاوي في باب العجر على السفيه الذي في عقله نقصان وفي افعاله اسراف وتبذير وهو مضيع للمال لا يحفظه ولا يحوطه ان القاضي يحجر عليه .

٢٥٣٠ - وإنما قال أبو حنيفة لا يحجر حر في الدين أى لا يحجر على من جنسه القاضي للغرماء ، وروى عنه أبو يوسف ومحمد انه لا يحجر على حر بفساد ولا غيره ، وهذا قوله في الخلاف ، والذي رواه الخصاف انه قال العجر باطل على الحر .

٢٥٣١ - وإنما أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعي فيحجرون على السفيه .

(١) [الحجر ساكن مصدر حجر عليه القاضي يحجر حجراً إذا منعه من التصرف في ماله . . . او منه حجر القاضي على الصغير والسفيه . . . حجر عليه يحجر حجراً وحجراً وحجراً وحجراً أنا وحجراً أنا ، ولا حجر عنه أى لا دفع ولا منع . . . والعرب تقول عند الامر تنكره . . . حجرا له بالضم أى دفعا ، وهو استعارة من الامر (لسان العرب) .]

وتعريف العجر شرعاً بأنه منع مخصوص هو أوجز تعريف للحجر . وقد فصل الكاكبي في معراج الدرایة في شرح الهدایة هذا التعريف بعد ذلك بقوله أنه «منع مخصوص» ، وهو المنع من التصرف قوله لشخص معروف مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأى سبب كان» (انظر في سائر التعريفات الفقهية كتاب العجر على المدين لحق الغرماء في الفقه الاسلامي والقانون المقارن للدكتور احمد علي الخطيب بند ٤٢) .

من يحجر عليهم عند أبي حنيفة

- ٢٥٣٢ - وذكر ابو الليث السمرقندى فى خلاف اصحابنا له^(١) ان ابا حنيفة
كان لا يحجر على الحر الا على ثلات :
- على جهال المفتيين
 - وعلى التطبيبة الجهال
 - وعلى السفهاء المفاليس

٢٥٣٣ - واتفقت الرواية عنه ان الغلام اذا بلغ مفسداً انه لا يدفع اليه ماله
حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة^(١) .

٢٥٣٤ - وقال الشافعى ومالك لا يدفع ، وانه ان باع بعد بلوغه واشتري
أو وهب أو تصدق فهو جائز ما صنع ، وانه يحال بينه وبين ماله الى المدة التي
ذكرت وان تصرفه مع هذا بالبيع جائز ويدفع اليه المال مع فساده بعد هذه المدة
المضروبة ويكون اولى بماله من سائر الناس .

٢٥٣٥ - قال أرأيت لو بلغ ستين سنة او ثمانين سنة ، وله أولاد قد صاروا
حكاماً أكان ينبغي لابنه ان يحجر عليه ؟ هذا عندى قيبح :
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى لا يدفع اليه المال حتى يؤنس رشهده .

٢٥٣٦ - وقالا : ما باعه واشتراه نظر القاضى فى ذلك فاجاز ماله فيه حظ
وابطل مالا خط له فيه الا فى اشياء منها انه يخرج من ولاية القاضى ولا يجوز
أمر الوصى عليه ويجوز عقنه ويسعى العبد فى قيمته ، وكذلك تدبیره ويسعى العبد
المدبب بعد موته وتجوز وصيته بالحجيج وابواب البر واقراره بجميع الحدود وتجوز
دعوته ولد جاريته ونصير أم ولد له ، وتسعى فى شيء بعد موته .

(١) الظاهر ان هذا اشارات الى مختلف الرواية المتسبوب لابي الليث فان
صح هذه فهذه أقسام اشارات الى نسبة هذه الكتاب لابي الليث .

(١) ان هذه السن هي سن البلوغ التى يدفع بها المال للصغير فى القانون
الرومى أيضاً ففى هذا الحد يتفق قول ابى حنيفة مع القانون الرومى ويتفق
الشرع الاسلامى مع القانون الرومى فى نظام ايتاء الايتام أموالهم تجربة لهم قبل
سن الرشد على وجه النظر وهذا هو النظام المسمى فى القانون الرومى بنظام
« فينيا ايتاتيس » .

٢٥٣٧ - وان ادعى نسب مملوك له يولد مثله صحت دعوته وثبت
نسبة ويسمى في قيمته وهو بمنزلة مريض وهب له ابنه وعليه دين له يسمى
في قيمته ، ويدفع الى الغرماء .

٢٥٣٨ - ويجوز نكاحه وطلاقه ، وان حنت في يمين كفر بالصوم ، ولم
يكن عليه ان يكفر في ماله ، وكذلك ان ظاهر فعليه الصوم وان اعتق عن ظهارة
جاز العتق وسعى العبد ولم يجزه من كفارة الفلهار ، وكذلك القتل .

٢٥٣٩ - ولا يمنع من حجة الاسلام وزكاة ماله ، وتدفع النفقه الى ثقة
يحج فينفق عليه جميع ما يلزمها في كفارات الحج فهؤ فيها كالعبد الذي يحج بأذن
مولاه .

٢٥٤٠ - والمرأة والرجل سواء الا في الخلع مع زوجها على مال فان الخلع
جائزة ولا يلزمها المال .

من بلغ مفسدا كان محجورا لذاته

٢٥٤١ - وقال محمد :
اذا بلغ مفسدا غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضي او لم يحجر .
ولا يجوز تصرفه في ماله الا ما فيه توفر عليه .

من بلغ مفسدا لا يبعد محجورا لذاته

٢٥٤٢ - وقال ابو يوسف والشافعي :
لا يكون محجورا عليه حتى يحجر القاضي ، فإذا طرى اصلاح فك
الحجر واذا طرى الفساد حجر .

تصرف المحجور في ماله

٢٥٤٣ - واجمع القائلون بالحجر على انه الا يجوز تصرفه في ماله .
٢٥٤٤ - وقال محمد :
ان امر القاضي ببيع او شراء قبل فهو جائز ، وكان امر القاضي اخر اجا
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 واقبل ما كان بمعاينة الشهود فهو كما قال .

٢٥٤٧ - وقالوا في الصبي المأذون والعبد لو قال الولي والمولى ذلك السم يصح ولزمهما ما أقر ، لأن المفسد يؤخذ له على وجه النظر والتوفير عليه .

تكامل أهلية المرأة بالبلوغ

٢٥٤٨ - وقال أصحابنا : اذا بلغت الجارية رشيدة دفع اليها مالها وإن لم

تزوج .

٢٥٤٩ - وهو قول الشافعي ، لأن الله سوى بينها وبين الغلام .

خلاف مالك في أهلية المرأة

٢٥٥٠ - وقال مالك :

لا يدفع اليها حتى تزوج .

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 فيما .

امارات البلوغ

٢٥٥٤ - ويكون البلوغ بالسن كما يكون بالحلم .

٢٥٥٥ - وقال داود لا يكون البلوغ الا بالحلم خاصة دون السن .

٢٥٥٦ ، والآتيان لا يدل على البلوغ عند أبي حنيفة ومحمد .

٢٥٥٧ - وروى عن أبي يوسف انه يدل على البلوغ وهو قول الشافعي .

٢٥٥٨ - وهل يكون بلوغاً أو دلالة عليه ؟

فيه خلاف بينهم

الحجر بطرق السفقة

٢٥٥٩ - اذا طرى السفة والتبذير على الحجر لم يحجر عليه ، وقال الشافعى يحجر ، وهو قولهما *

هل يحجر بطرق الفسق ؟

٢٥٦٠ - اذا طرى الفسق على الرجل لم يحجر عليه *

٢٥٦١ - وقال الشافعى 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 مفسداً ماله

لا يبالى ما صنع به *

حالة الفساد مع حفظ المال

٢٥٦٤ - وقال أصحابنا اذا كان فاسد الدين صاحب فجور حافظاً ماله لـ م يستحق الحجر ، وقال الشافعى يحجر *

٢٥٦٥ - وقال محمد :

يحجر على من اسرف من الرجال في تضييع ماله في شرب النبيذ والملاهي والفجور *

فصل

اطلاق القاضي محجور قاض آخر

٢٥٦٦ - اذا حجر القاضي على رجل فاطلقه قاض آخر واجاز ما صنع كان اطلاقه جائز ، وجاز ما صنع فى ماله قبل الاطلاق وبعد من جميع تصرفه الا ما ابطله قاض قبل ذلك من عقوده فإنه ينفذ قضاوه *

٢٥٧٦ - وان لم يفعل القاضي ذلك واجاز اقرار المحجور عليه وضعيته ثم رفع الى قاض آخر فإنه ينفذ ما صنع الاول ويرد ما فعل الثاني *

٢٥٦٨ - وان باع المفسد وقضى الشمن 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 آراء ولها^(١) .

(١) هذه هي مسألة سقوط ولایة الولى على المولى عليه بالفسق ولم ينفرد بالقول بسقوطها محمد بن الحسن الشيباني وقد حكمت المحكمة الشرعية في الاعظمية في حكم حديث صادر في ١٩٧٠-٤٢٦ بسقوط ولایة الاب على أولاده الصغار بشبوث فسقه بالاقرار وما إليه وجاء في قرار المحكمة المذكورة :

وبالرجوع إلى أمهات المصادر الفقهية في المذهب الحنفي وغيره من المذاهب الإسلامية وجد أنها تجمع على أن الفاسق لا حضانة له وقد جاء أولاً [في] رد المحتر لشرح الدر المختار لأبن عابدين ج ٢ ص ١٠٥١ (ثم العصبات في ترتيب الأرض يتقدم الاب ثم الجد ثم الاخ الشقيق ... وإذا اجتمعوا فالاول رع ثم الاسن ٠٠٠ سوى فاسق) ثانياً - فتح القدير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٣١٦ (ولو كانت المحرام من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي أو صبية لفسقه ليس له حق الامساك) .

ثالثاً - بدائع الصنائع للعلامة علاء الدين الكاساني ج ٤ ص ١٤٣ - (اذا كان الصغير جارية ان تكون عصبتها من يؤمن عليها فان كان لا يؤمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق لأن كفالته لها ضرر عليها وهذه ولایة نظر فلا ثبت مع الضرر .

رابعاً - تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٣ ص ٥٠ (اذا كان لها

عصبة مفسد فللقارضي ان ينظر في حالها) .

خامساً - شرح الأحكام الشرعية للإبياني ج ٢ ص ٧١ (وإذا كان العاصب المسلم فاسقاً يخشى على الولد منه او كان متصفاً بوصف يوجب ضياع الولد وعدم القيام بشؤونه فلا حق له في الحضانة بل ينتقل إلى من يليه من العصباب اذا كان والا فالى ذي رحم محرم) . وقال ص ٧٠ (فان تساووا في الأصلحية قدم الورعهم وهو من يترك الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات (وهذه الكتب كلها من الفقه الحنفي) .

سادساً - في الفقه الشافعى نهاية المحتاج شرح المنهاج للرملى ج ٧ ص ٢١٨ (ولا حضانة لرقيق أو مجنون ... وفاسق لأنها ولایة . نعم يكفى مستورها كما قاله ولا يكلف اثبات العدالة ، أى حيث وقع النزاع بعد التسلّم فان وقع قبله الاحتياج المدعى الى اثباتها ويحمل عليه افتاء المصنف) .

- سابعا - المذهب للشيرازي ج ٢ ص ١٦٩ (ولا تثبت الحضانة لرقيق . . . ولا تثبت لفاسق ، لانه لا يوفي الحضانة حقها ولأن الحضانة انما جعلت لحظ الولد ، ولاحظ للولد في حضانة الفاسق ، لانه ينشأ على طريقته)
- ثامنا - في الفقه المالكي المدونة لابن رشد ج ٢ ص ٢٥٩ (فصل وانما اختلف الناس في الاولى من الاولياء اذ اختلفوا في كفالته وتنازعوا في ذلك والولياء الذين لهم الحضانة عصبيته من الرجال وقرابته من النساء الخ . . . فصل وهبى اننى الحضانة مرتبة فيه بحسب الحنان والرفق لا يراعى في ذلك قوة الولاية كالنكاح . . . الخ)
- تاسعا - شرح الخرشفي على مختصر خليل ج ٤ ص ٢١١ (وشرط العاضن . . . والامانة يعني ان الحاضن من حيث هو ولو كان ابا او اما يشترط فيه ان يكون مأمونا في نفسه فرب اب شرير يذهب يشرب ويترك ابنته . . . فيأخذها منه . . . الأبعد يقصد الولي الأبعد)
- عاشرًا - القوانين الفقهية لابن جزى ج ١ ص ٢٢٤ / ط فاس (اذا استوطن الوالد او غيره من أولياء الصبي بلده غير بلد الام فله حضانة أولاده دونها ، ونقلهم معه ان كان مأمونا عليهم . . .
- حادي عشر - في الفقه الحنبلي منتهي الارادات في جمع المقنع مع التتفريح وزياادات لتفقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلي ج ٢ ، ص ٣٧٨ (ولا حضانة لم فيه رق ولا لفاسق ولا كافر على مسلم . . . الخ)
- ثاني عشر - المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل لابي البركات ج ١ ص ٣٤٦ (والولاية . . . قبل ذلك الباب مالم يعلم فسقه ثم لوصيه بهذا الشرط ثم للمحاكم) . . .
- ثالث عشر - المغني لابن قدامه ج ١١ ص ٥٢١ (لاحضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم . . . والحضانة انما تثبت لحظ الولد فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه) . . .
- رابع عشر - كشف النقاع ج ٢ ص ٢٢٣ (او كان الاب موجودا او فقد شيء من الصفات المعتبرة فيه تثبت الولاية عليها الحاكم) . . .
- خامس عشر - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسويقى ج ٢ ص ٥٢٨ . . . (وشرط الحاضن . . . والامانة اى امانة الحاضن ولو ابا او اما في الدين فلا حضانة لفاسق كشريبي ومشتهرا بزنا وهو محرم . . . الخ) . . .
- سادس عشر - أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة للاستاذ أحمد ابراهيم ص ٥٣ قال : (اذا كان الاب مقاما او سكينا مدمينا . . . و يجب أن يحال بينه وبين النظر في شؤون أولاده نفسها ، ويجب في هذه الحالة على الامهه كلها وجوبا كفائيا بحكم الحسبة عمل ما فيه الخير لهؤلاء الضعفاء ومنعا للفوضى . . .)

ولا معنى للمجاملة ولو كان الاب من ذوى العجاه ومن البارزين وأولى المراكز العظيمة في الهيئة الاجتماعية ، ولتعمل هنا الشجاعة الادبية عملها كاملا وفق المصلحة وما يقتضي 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 ولبيقولوا قولوا سديدا) ١٠١ هـ ص ٥٤ في الحاشية .

سابع عشر فى الفقه الامامي - كتاب مفاتيح التترائى لـ محسن الفيض الكاشانى (مخطوط) ويشترط فيما - الحاضرين - الحرية والاسلام والعقل اجتماعا ٠٠٠ والامانة اى عدم ظهور الفسق (لعدم اهلية الفاسق للحضانة) الخ ٠ ثامن عشر - الجواهر - للشيخ محمد حسن النجفي ص ٢٨٥ طبعة سنة ١٣٢٥ - (باعتبار ان الفاسق لا ولائية له ولا يؤتمن ان يخون في حفظه فلا حظر له في حضانته) الى آخر ما نقل من خلاف فى هذه المسألة .

تاسع عشر - في الفقه الظاهري المحلي لـ ابن حزم ج ١٠ ص ٣٢٣ - ٣٢٤ الميرية (واما تقديم الدين فلنقوله 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 يدرسان على سماع الكفر ويتمرنان على جحود نبوة رسول الله (ص) وعلى ترك الصلاة والاكل فى رمضان وشرب الخمر والانس اليها حتى يسهل عليهم شرائع الكفر او صحبة من لا خير 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 أذلهما عن المكان الذى فيه ما ذكرنا الى حيث يدرسان على الصلاة والصوم وتعلم القرآن وشرائع الاسلام والمعرفة بنبوة رسول الله والتغير عن الخمر والفواحش فقد عاون على البر والتقوى ولم يعاون على الاثم والعدوان وترك ظاهر الاثم وباطنه وأدلى الفرض في ذلك) ٠٠٠

عشرون - في الفقه الزيدى - البحر الزخار ج ٣ ص ٢٨٥ حق الحضانة ثابت اجتماعا ٠٠٠ ويبطل حق مستحقه بالجنون اذ لا يحفظ ، والرق اذ لا ولائية لها على نفسها وبأى فسق ، اذ لا امانة ولئلا تتغير الطياع ١٠١ هـ .

حادي وعشرون - في رأى المعاصرین - الاحوال الشخصية للعلامة الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ص ٤٩٠ (فان لم يكن عصبة صالح دفع القاضي القاصر ومن في حكمه الى من يحافظ عليه ، ولا فرق في هذه الاحكام بين الاب والجد وغيرهما من العصبات ، لأن شرط الامانة والصلاح والقدرة على الحفظ والصيانة شرط عام ينطبق على الاب والجد كما ينطبق على غيرهما) ٠٠٠ ثم قال : (فإذا كان الفقهاء يقرؤن ان الاب ينزع منه مال ولده اذا كان مبذرًا متلقاً يخشى منه على مال ولده فأولى من ذلك اذ أدى فساده الى ان يخشي منه على الوالد نفسه فإنه منه ، ويعطى من يليه من العصبات)

باب اختلاف المحجور عليه ومن عامله

٢٥٧١ - واذا طرى الفساد وكان قد باع وانشترى فاختلفا هو والمشتري ،
فقال المشتري اشتريت قبل الحجر ، وقال المحجور عليه بل بعد الحجر على ،
فالقول قول المحجور عليه ^(١) .

٢٥٧٢ - وان اقاما بينة فالبينة المشترى لانه يدعى الصحة .
٢٥٧٣ - وان اختلفا بعد الاطلاق من الحجر ، فقال المشتري اشتريت بعد
الاطلاق وقال الآخر بل وانا محجور على ، فالقول قول المشتري هنا اعتبارا بحاله
الاطلاق .

٢٥٧٤ - وان اقاما بينة ، فمنهم من قال بينة المشترى الاولى ، ومنهم من قال
بالعكس ، وفي هذه المسألة نظر .
وسنذكر في الاقرار ما يشبه هذا ان شاء الله .

فصل الاشهاد على الحجر

٢٥٧٥ - واذا حجر الامام لسفه او فساد اشهد عليه بذلك وبين الوقت ان
حجر .

ثاني وعشرون - الاحوال الشخصية للدكتور عبد العزيز عامر ص ٢٨٤
(وانه نص في كتب الفقه في باب الحضانة والولاية على انه اذا تعارض حق
الصغير من اوجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه ، مع حق ابيه في ضمه اليه ،
وجب على القاضي بما له من الولاية العامة وبما له من حق الاشراف على أصحاب
ال الولاية الخاصة . وحق النظر في امور الكافة . رعاية حق الصغير بقدر ما يستطيع
ولو ترتب على ذلك سقوط حق ابيه رعاية لارجح المصلحتين اذا ان حق الصغير في باب
الحضانة مقدم شرعا على حق ابيه ولذلك نص الفقهاء على ضرورة سلب ولاية
الاب عن الصغير في النفس والمال اذا كان في بقائهما ضياع نفسه او ماله .
واذا كان قانون الاحوال الشخصية العراقي لم ينص على هذا الحكم صراحة فانما
تركه لاحكام الشريعة الاسلامية بمقتضى احكام الفقرة الثانية من المادة الاولى منه
وهذه هي احكام الشريعة كما بسطناها اعلاه .

(١) لأن الاصل في تصرفات البالغ وعقود الصحة قبل الحجر عليه
ويرتفع هنا الاصل بحكم القاضي بالحجر عليه .

فصل

طلب الحجر حسبة^(١)

٢٥٧٦ - وإذا احضر، معه رجلاً فذكر أنه يحتسب فيما يتكلم به ، فذكر المقاولي^(١) انه الذي احضره سفيه مضيع ماله مفسد له غير مأمون عليه ، سأله البينة العادلة على ما قال .

٢٥٧٧ - فإن أقام بيته حجر عندهما ، وعند الشافعي ، ولا يحجر عند أبي حنيفة إلا أن يكون صغيراً .

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 ولى اميناً من امنائه مال اليسم ، والقيام به كتب : اني وليته إلى حين بلوغه وايناس رشده .

ما يكتب في حكم الحجر بآليتين

٢٥٨١ ، وإذا كان الحجر بسبب دين لرجل او ديون بين ذلك في كتب الحجر^(١) .

(١) ان المحاكم المختصة بالحجر على السفيه في العراق هي المحاكم الشرعية بالنظر لما جاء في الفقرة (٤) من المادة ٣٠٠ من قانون المراقبات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٧٩ وقد جعلت المادة (٣٠٧) من هذا القانون «للناقض ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد » . وأوجبت الفقرة الثامنة منها « على القاضي » حين ينظر في قضية حجر لسفهه « استدعاء المطلوب حجره » « وسماع أقواله » ودفعه فيما يتعلق بحجره » .

(٢) يمكن تخریج هذا بالنسبة لقانون المراقبات على ما تقرر في هذا القانون من وجوب بسبب الأحكام (م ١٥٩) .

فصل

٢٥٨٣ - و اذا باع المحجور عليه ماله لمن حجر عليه جاز ، و انما لا يجوز مع غيره لان الحق له عليه فهو كما لو قضاه اجزت ذلك و فككت الحجر *

مشاركة الغرماء من استوفى منهم شيئاً

٢٥٨٤ - و ان قضى بعض الغرماء شيئاً شاركه من بقى ، ولم يسلم له ذلك ^(١)

استهلاك المحجور عليه مالاً لغيره

٢٥٨٥ - ولو استهلك الغيره مالاً بمعاينته الشهود لزمه و شارك الغرماء *

فصل

الزام المحجور بالاقتصاد

٢٥٨٦ - ولا يمكن ان يسرف في المأكول والملبوس بعد الحجر ولا في الحبس و انما يجوز من ذلك ما فيه اقتضاد *

فصل

مهر من تزوجها محبوس بالدين

٢٥٨٧ - و اذا تزوج امرأة في الحبس فزاد على مهر مثلها كان لها ان تخاصم الغرماء بمقدار مهر مثلها ، لوما زاد يلزمها فيما استفاد من المال ، ولا يلزمها فيما بين يديه *

فصل

٢٥٨٨ - وكذلك لو اشتري جارية لم يجز الا ما فيه الحظ والتوفير عليه *

(١) يمكن ان يخرج على أساس من هذا حكم الفقرة (٢) من المادة ٢٧١ م.غ

المحجور عليه كالمريض

٢٥٨٨ - وهو كالمريض في امره و فعله

فصل

الحجر على المدين المختفي

٢٥٨٩ - وإذا أخْتَفَى المطلوب فقال الطالب :

أخاف أن يلْجأ ماله فاحجر ايها القاضي عليه حجر ان كان المال ثابتا
وان كان غير ثابت لم يحجر .

فصل

اقرار المحجور عليه بدين

٢٥٩٠ - وإذا أقر بدين بعد الحجر لم يقبل الا ببينة 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 ولني التوفيق .

(١) بهذا ايضا المادة ٢٧٤ م ع

(٢) يفهم من هذا ان الحجر في المذاهب الحنفية لا يسرى الا على اموال المحجور القائمة عند الحجر عليه دون ما يستفيده في المستقبل ، وهذا أيضا هو المعنى المستفاد من المادة ٢٧٠ م ع . وقد ذهب الى مثل مذهب الحنفية المالكية وظاهر مذهب الزيدية واحد قوله الشافعية وذهب الى تعدد اثر الحجر الى اموال المحجور العادلة بعد الحجر فقهاء آخرون وهذا هو مذهب الحنابلة وجمهور فقهاء الجعفريه وظاهر مذهب الاباطيه والقول الراجح في مذهب الشافعى (انظر تفصيل هذه المذاهب في كتابه الحجر على المدين لحق الغرماء للدكتور أحمد على الخطيب بند ٢٨٩ وما بعده) .

كتاب الضمان والكافلة^(١)

تعريف

٢٥٩٤ - والضمان ضم ذمة الى ذمة *

٢٥٩٥ - والكافلة مثل ذلك *

٢٥٩٦ - ولا فرق بين الكفالة والضمان والحملة والقبالة^(٢) *

(١) جاء في لسان العرب في مادة ضمن : الضميين الكفيلي ، ضمن الشيء وبه ضمناً أو ضماناً كفل به ، وضمنه أيام كفله ، ابن الاعرابي : فلان ضمان وضمين وسما من وناسن ونصير وكافل وكفيلي ، يقال ضمنت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضمان أو هو مضمون وجاء في مادة كفل يكفله ، وكفله من الاجر والاثم وعم به بعضهم والنصيب والكافل العائل كفله يكفله ، وكفله أيام ، وفي القرآن العزيز وكفلها زكرياء ، وقد قرئت بالتشقيل ونصب زكرياء . وذكر الاخفش انه قرئ وكفيلاً زكرياء بكسر الغاء . والكافل القائم بأمر اليتيم المربى له ، وهو من الكفيلي الضميين . ومنه حديث « الراب كافل » الراب زوج أم اليتيم لانه يكفل تربيته ويقوم بأمره مع أنه . والكافل والكفيلي الضامن والانتي كفيلي أيضاً وجمع الكافل كفل وجمع الكفيلي كفلاً . وقالوا قال للجمع كفيلي كما قيل في الجمع صديق . وكفل المال بالمال ضمنه ، وكفل بالرجل يكفل كفلاً وكفولاً وكفالة وكفل وتكفل به كله ضمنه وكفله أيام وكفله ضمنه ، وكفلت عنه بالمال لغريمه وتكفل بيده تكفل . وجعل الاعرابي : كفيلي وكافل وضمن وضمان بمعنى واحد ، التهذيب ، وأما الكافل فهو الذي كفل إنساناً يعوله ، وينفق عليه ، وفي الحديث الربيب كافل وهو زوج أم اليتيم كأنه كفل وفقة اليتيم والمكافل للمجاور المحالف وهو أيضاً المعاقد المعاهد .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (حمل) أن الحمالة بالفتح الديمة والغرامة التي يحملها قوم عن قوم ، وقد تطرح منها الهاء ، وتحمّل الحمالة أي حملها ، الاصمعي : الحمالة الغرم تحمله عن القوم و نحو ذلك .

قال الليث : ويقال أيضاً حمال . ورجل حمال يحمل الكل عن الناس ، الأزهري : الحمل : الكفيلي ، وفي الحديث (الحميل غارم) هو الكفيلي ، أي الكفيلي ضامن ، وفي حديث ابن عمر ، كان لا يرى بأساً بالسلالم بالحميل أي الكفيلي . وفي مادة (قبل) قبلت بفلان قبالة فإن ان اقيبل أي كفيلي . والكفيلي والعريف ، وقد قبل به يقبل ويقبل قبالة كفله ، ونحن في قبالته أي في عرفته . ويقال : قبّلت العامل تقبيلاً ، والاسم القبالة ، وتقبل العامل تقبلاً ، وفي حديث

- ٢٥٩٧ - وهو عقد يقتصر الى ايجاب وقبول ورضى المضمون له شرط في
صحة الضمان عند ابى حنيفة و محمد ◦
- ٢٥٩٨ - وقال ابو يوسف والشافعى ليس شرط ◦
- ٢٥٩٩ - ويصح ضمان النفس ، كما يصح ضمان المال ◦
- ٢٦٠٠ - وقد ابطل الشافعى الكفالة بالنفس ◦

الفاظ الكفالة

- ٢٦٠١ - ولا فرق عندنا بين ان يقول :
- كفلت لك بنفس فلان او روحه او جسمه او جسده او رأسه او 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 - وذا كفل بنفس رجل على ان يسلمه في مصره ، او كفل في مصر
ولم يشرط ، فسلمه اليه في مفارزة لا يبرأ في قوله جميعا ◦
- ٢٦٠٤ - وان سلمه في مصر آخر له سلطان غير مصره بربى منه عند
ابي حنيفة ، وعد ابى يوسف ومحمد لا يبرأ حتى يدفعه في مصر الذى
كفل فيه ◦

ابن عباس : (اياكم والقبيلات فانها صغار ، وفضلها ربها) هو ان يتقبل بخراج
او جباية أكثر مما اعطي فذلك الفضل ربها . والقبالة بالفتح (الكفالة) ، وهي في
الاصل مصدر قبل اذا كفل قبل بالضم اذا صار قبيلا أو كفيلا وقبل به تكفل
كقبل ، وقال قبلت العامل تقبلا وهذا نادر والاسم القبالة . وقبلة العامل تقبيلا
نادر أيضا .

فصل المبادرة بكافالة النفس

- ٢٦٠٥ - وان كفل بنفسه رجل ولم يخاطبه أحد فانه لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد .
٢٦٠٦ - ويجوز في قول أبي يوسف الاخير لأن ذلك شطر العقد .

توقف الكفالة بالنفس على اجازة الطالب

- ٢٦٠٧ - وان خاطبه انسان اجنبي فهو جائز اذا اجازه الطالب لانه عقد موقوف تام فوقف على الاجازة .
٢٦٠٨ - فان خاطبه المطلوب وهو صحيح لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد ايضاً .
٢٦٠٩ - ولو كان المطلوب مريضاً فقال لورثته اكفلوا عنى فالقياس ان لا يجوز عندهما أيضاً ، والاسحسان ان يجوز .
٢٦١٠ - خلاف أبي يوسف والشافعى فى الفصلين .

فصل

- ٢٦١١ - ولو قال المريض لاجنبي اكفل عنى فتكفل فمن اصحابنا من قال هو مثل الورثة .
٢٦١٢ - وقال بعضهم لا يجوز وهو خلاف الورثة .
٢٦١٣ - وعند أبي يوسف في قوله الاخير هذا جائز وهو قول الشافعى .

فصل الكافالة البديلية (١)

- ٢٦١٤ - ولو تكفل بنفسه المطلوب على انه ان لم يسلمه الى الطالب غدا

(١) وزن هذا بالالتزام البديل من القانون المدني العراقي م ٣٠٢ .

او في وقت وقته فعليه نفس فلان آخر فالكافالة الاولى جائزة بالاتفاق ، وكفالة الثاني جائزة عند ابي حنيفة وقول ابي يوسف الاخير ولا تجوز في قوله الاول وهو قول محمد .

فصل

التكفل بمال ان لم يحضر المكفول

٢٦١٥ - ولو أنه قال :

ان لم اسلمه غدا فمالك عليه على فهو جائز في قولهم جميعا .

٢٦١٦ - فان احضره في الوقت لم يلزمها ضمان المال ، وان لم يحضره لزمها مال وبطلت كفالة النفس عندهم جميعا .

فصل

٢٦١٧ - ولو قال له : ان لم أوفقك به غدا فمالك على فلان انسان آخر فعل او فلك على ألف درهم فهو على المخلاف المتقدم ، لأن الكفالة يجوز تعليقها بالشرط كالطلاق .

خلاف الشافعي .

٢٦١٨ - وتصح في المجهول وبالتجهول

٢٦١٩ - خلاف الشافعي . لقوله عليه السلام الزعيم غارم .

وقال « وانا به زعيم »

والغرم المزوم في اللغة

فصل

٢٦٢٠ - وقالوا لو قال له : ان لم أوفقك به غدا فما لفلان على فلان علي او لي لازم فالكافالة الاولى جائزة والثانية باطلة في قولهم جميعا .

فصل

٢٦٢١ - واذا كفل العبد بمال عن سيده بغير اذنه لم يجز واذا كان بأذنه
فان اعتقد المولى العبد فادى المال الى الطالب، لم يرجع على المولى عند علمائنا الثلاثة
وقال زفر يرجع *

فصل

٢٦٢٢ - ولو كان على العبد دين فكفل به باذنه المولى لم يجز ، فان اعتقد
المولى في مرضه ثم مات لم تجز الكفالة عند ابي حنيفة مالم يؤخذ السعاية *
٢٦٢٣ - وفي قولهما صحت الكفالة بالموت ، لأن الحرج ما دام يسعى فهو
كالعبد عنده *

فصل

٢٦٢٤ - واذا تكفل عن ميت بدين ، فان كان له وفاء صحت الكفالة باتفاق
وكذلك ان كان له ضامن ، وان كان لم يخلف وفاء ولا ضمنا 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 ليصلح عليه فامتنع لاجل
الدين فقال أبو قتادة : هما على دين وانت منهما برئ فعلى عليه وقياسا على
دين الحي فأنه يصح ابراؤه منه *

فصل

٢٦٢٦ - واذا اقرض النصراني من النصراني خمرا وكفل نصراني بهما
فاسلم الطالب برئ الكفيل والمطلوب باتفاق *

٢٦٢٧ - وإذا أسلم المطلوب برأ الكفيل والمطلوب في قول أبي حنيفة
وابي يوسف

٢٦٢٨ - وقال محمد : الطالب بالختار ان شاء أخذ من الكفيل الخمر وان
شاء أخذ من المطلوب القيمة ، فان أخذ من الكفيل يرجع على المطلوب بالقيمة .
وهذه رواية علقة بن مرثد ^(١) بن يزيد عن أبي حنيفة .

٢٦٢٩ - ولو أسلم الكفيل فان في قول أبي حنيفة وابي يوسف لاشيء على
الكفيل ويرجع الطالب على المطلوب بالخمر .

٢٦٣٠ - وعند محمد الطالب بالختار ان شاء أخذ من الكفيل القيمة وان شاء
أخذ من المطلوب الخمر ، فان أخذ من الكفيل لم يرجع على المطلوب بشيء يعني
الكافيل .

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 - وإن أسلم الكفيل فهو على الخلاف .

٢٦٣٣ - وعند الشافعى البيع باطل والقرض ولا يصح الصمان بناء على
أصله ان الخمر ليست بمال فى حق أحد ، وحكم الذمى والمسلم فى ذلك سواء .

فصل

٢٦٣٤ - وإذا أبرأ الكفيل برأه ولا يرجع على المكفول بشيء يعني الكفيل .
ولو قال الطالب برئت الى برأ الكفيل ويرجع الكفيل على المطلوب في
هذين الفصلين باتفاق .

(١) علقة بن مرثد - الحضرمي أبو الحارث الكوفى ، روى عن
سعد بن عيينة وزر بن حبيش وطارق بن شهاب والمستورد بن الأحنف وسلمان بن
بريده وعبد الرحمن بن سابط والقاسم بن مخيمرة وأبي جعفر محمد بن علي ومقاتل
ابن حيان وغيرهم . وعنده شعبنة والثورى ومسعر والمسعودى وأبو حنيفة وغيرهم .
وروى له الستة . وثقة غير واحد ومات فى ولادة القسرى على العراق (تهذيب
التهذيب) .

فصل

٢٦٣٥ - ولو قال : برئت ، ولم يقل الى فان في قول ابي يوسف يرجح على المطلوب ، وهو بمنزلة قوله برئت الى ◦
وقال محمد لا يرجع ، وهو مثل قوله ابرأتك ◦

فصل

٢٦٣٦ - ولو ان رجلا مات وعليه دين فابرأ الطالب الميت **قبل 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 - فاما المحجور عليه لسفه فلا يصح ضمانه عند من يرى الحجو
جائزا ، ويصح عند من ابطله ◦
٢٦٤٠ - ولا يصح ضمان صبي ولا مجنون لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح
من الصبي والمجنون كالبيع ◦

فصل

ضمان من حجر عليه لاجل الفلس

٢٦٤١ - واتفق الجميع على أن من حجر عليه لاجل الفلس ان ضمانه
يصح لانه ايجاب مال في الذمة بالعقد فصح من المفسن كالشراء بمال في الذمة ◦

فصل

ضمان العبد بغير اذن

٢٦٤٢ - وخالف في العبد اذا ضمن بغير اذن المولى فمنهم من قال يصح

ضمانه ويتبغ 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 الحجر لحقه فرال باذنه
٢٦٤٥ - واختلف فيه من أين يقضي فقالوا : ان قال اقض من كسبك قضاه
من الكسب .

٢٦٤٦ - وان قال مما في يديك من مالى قضى من ذلك
٢٦٤٧ - وان لم يذكر القضاة فمنهم من قال يتبع به اذا اعتق لانه اذن في
الضمان دون الاداء^(١) .

٢٦٤٨ - ومنهم من قال يقضي من كسبه ان كان له كسب ، او من الذى
في يديه ان كان في يديه مال ، ويتعلق عندنا برقبته .

فصل

ضمان المكاتب

٢٦٤٩ - واختلف في ضمان المكاتب .
قال أصحابنا :

لا يصح بغير دين المكتابة لانه تبرع ، وان كان اذن له مولاه
٢٦٥٠ - وقال الشافعي في المكتب وترعه باذن المولى على قولين ثم بناء
[ذلك]^(٢) على ذلك في الصحة والفساد .

(١) هنا مثال التفرقة الفقه الاسلامي بين عنصرين في الالتزام بين
المديونية (الضمان) وبين المسؤولية (الاداء) والى مثل هذه التفرقة يذهب الفقه
الالماني .

(٢) من نسخة قليج .

فصل

معرفة المضمون عنه اوله

٢٦٥١ - واحتلَّف في معرفة المضمون عنه والمضمون له من لم يعتبر الرضا،
فمنهم من شرط ذلك ، ومنهم من لم يشترطه ٠

فصل

٢٦٥٢ - وان باعه بشرط أن يضمن له الثمن ضامن لم يجز حتى يعين
الضامن ، لأن الغرض يختلف باختلاف من يضمن فهو كالرهن ٠

فصل

٢٦٥٣ - وان عين الضامن فالقياس ان يبطل البيع والاستحسان أن يصح ٠
٢٦٥٤ - وكذلك قالوا اذا شرط رهن لانه ليس من مقتضى عقد البيع ،
والاستحسان انه وثيقة بالثمن وصفة فيه فهو كالأجل ٠

فصل

ما يصح الضمان به من الديون

٢٦٥٥ - ويصح الضمان بكل دين لازم كالثمن والاجرة وعوض القرض
ودين السلم وأرش الجنابة وغرامة المتلف ٠
وكل دين جاز أخذ الرهن به جاز ضمانه لانه وثيقة يستوفى منها الحق ٠
٢٦٥٦ - واحتلَّف في دين الكتابة فقال اصحابنا يصح الرهن به وضمانه
من أحد المكتبين ولا يضمنه حر عنه ٠
٢٦٥٧ - وقال الشافعي لا يصح لانه لا يلزم اداؤه عنده ٠
٢٦٥٨ - وعندنا ليس له أن يعجز نفسه ٠

فصل ضمان المجهول

- ٢٦٥٩ - يصح ضمان المجهول لانه اثبات مال في الذمة فهو كالاقرار .
٢٦٦٠ - وقال الشافعي لا يصح كالشمن في السع .
٢٦٦١ - وخالف اصحابنا في ضمان ابل الديمة فمنهم من قال لا يصح لانه مجهول اللون والصفة .
ومنهم من قال يصح لانه معلوم السن والعدد ، ويرجع في اللون والصفة
إلى عرف البلد .

فصل ضمان ما لم يجب

- ٢٦٦٢ - ويصح ضمان ما لم يجب كقوله :
ماذا ينفع فلاناً فعل ضمانه لانه عند المطالبة معلوم فهو كضمان الدرك .
٢٦٦٣ - وقال الشافعي لا يصح ضمانه ما لم يجب .

فصل

ضمان الدرك (١)

- ٢٦٦٤ - وخالف اصحابه في ضمان الدرك ، وفيه اجماع سابق لمن ارتكب ذلك .
٢٦٦٥ - وقد قال الجميع انه لو قال لرجل :
الق متاعك فن البحر وعلى ضمانه أنه يصح .

(١) جاء في السان العربي في مادة (درك) :
الدرك اللحاق وقد أدركه . . . الليث : الدرك الدرارك [ال الحاجة ومطلبها ،
يقال بكر فيه دراك ، والدرارك ، اللحق من التبعية ، ومنه ضمان الدرك في عهدة
البيع ، والدرك اسم من الدرارك مثل اللحق . . . والدركة التبعية يسكن ويحرك ،
يقال : مالحقك من ذرك فعل خلاصه .]

فصل

تعليق الضمان على شرط

- ٢٦٦٦ - ويجوز تعليقه على شرط لانه يصح مع الجهة ، ويجوز تعليقه بخطر^(١) وغره فهو كالطلاق والعتاق .
- ٢٦٦٧ - وقال الشافعي : لا يصح لانه اثبات مال لآدمي كالثمن .

فصل

الضمان المؤجل

- ٢٦٦٨ - ويجوز الضمان حالاً ومؤجلاً على حسب ما يشترط .
- ٢٦٦٩ - وقال الشافعي : يجوز ضمان الحال الى أجل لانه رفق و معروف .
- ٢٦٧٠ - وعندنا انه لا يجوز تأجيل الدين الحال وان كان رفقاً و معروفاً .
- ٢٦٧١ - واختلف اصحابنا هل يجوز أن يضمّن المؤجل حالاً ؟
فمنهم من أجاز كما يضمن الحال مؤجلاً ومنهم من قال لا يجوز لانه فرع
لما على الضمون عنه فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً والاصل مؤجلاً وبهذا
يبطل^(٢) اذا كان حالاً وضمن مؤجلاً ، 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
ال fasida ، وقال الشافعي يبطل .

(١) في نسخة قليج على شرط لانه يصح مع الجهة ويجوز تعليقه بشرط
وغيره .

(٢) في نسخة المعهد : وهذا يبطل به وما اثبتناه من نسخة قليج .

فصل

موت المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٤ - وإذا مات المكفول عنه بالنفس بربه الكفيل لانه سقط عنه المحضور فسقط عن كفيله ، كما لو بربه من امثال بربه الكفيل .

فصل

تعذر احضار المكفول عنه بالنفس

٢٦٧٥ - وإذا تعذر على الكفيل احضاره لبعده وغيته تأخرت المطالبة عن الكفيل ولا يحبس ولكن يؤجل مدة ذهابه ومجيئه ، فإن جاء به والا حبس ، لأن التسليم يجب بحسب الامكان .

فصل

الكافلة 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 يطالب القاضي لأن المقصود بالكافلة التوثيق والقاضي مأمور بالتوصل إلى درء 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 - قوله أن يطالب المكفول والكفيل جميعا ايهما شاء ، ولا تكون مطالبتهم لاحدهما ابراء الآخرين من الطلب .

٢٦٨٢ - وهذا قول الشافعى أيضاً

٢٦٨٣ - وفرق أصحابنا بين هذا وبين غاصب الغاصب فقالوا :

اذا طلب احدهما لم يكن له أن يطالب الآخر ، لانه مال ثابت في ذمتهما
فله أن يطالب كل واحد منهم .

٢٦٨٤ - وقال ابن أبي ليلى : ليس له أن يطالب الأصيل وقد برئ بالضمان

كما ليس له أن يطالب المحيل .

٢٦٨٥ - وفرق أصحابنا بين المحيل وبين المكفول عنه في المطالبة .

٢٦٨٦ - وسوى زفر وعافية بن زيد^(١) بين الجميع ، وقال له أن يطالب

الأصيل والفرع جميعاً في الحالة كالضمان .

فصل

٢٦٨٧ - وان ضمن الضامن آخر [جاز الضمان]^(١) لانه دين ثابت كالاصل ،

والاول وان ضمن المضمون عنه عن الضامن لم يجز لان المضمون عنه اصل

والضامن فرع فلا يجوز ان يصير الفرع اصلاً والاصل فرعاً ، ولانه يضمن
بالضمان ما في ذمته .

فصل

وفاء المضمون عنه الدين

٢٦٨٨ - واذا قبض المضمون له الحق من المضمون عنه برئ الضامن ،

لانه وثيقة فانحلت بقبض الحق كالرهن .

٢٦٨٩ - وان قبض من القاضي برئ المضمون عنه لانه استوفى الحق من

الوثيقة برئ من عليه الدين كما لو قضى الدين من ثمن الرهن .

(١)

فصل ابراء المضمون عنه

٢٦٩٠ - وان ابرأ المضمون عنه ببراء الكفيل ، وان ابرأ الكفيل لم يبرأ المضمون عنه عندنا والشافعية ومنهم من قال يبرأ أيضاً ، وهو قول داود^(١) فيما رأيت في الخلاف .

فصل باب اختلافهما في الكفالاة والضمان

٢٦٩١ - واذا قال الطالب للكفيل : كفلت مالي على فلان وهو ألف درهم فقال الكفيل بل هو خمسمائة أو كفلت بالنصف من ذلك فالقول قسول الكفيل والبيينة بينة الطالب لأنها تثبت الضمان .

فصل

٢٦٩٢ - فان قال : مالك على فلان فهو على فاقام البيينة عليه بمالي لزم الكفيل ذلك ، وان لم يقم البيينة فالقول قول الكفيل فيما يقر به من الحق عليه .

فصل

٢٦٩٣ - واذا ادعى على عبد رجل فانكر العبد والمولى فأقام بينة بحضوره المولى فان العبد يحبس ويؤخذ منه كفيل ، في قول ابي حنيفة .

٢٦٩٤ - وقال أبو يوسف : يأخذ من العبد كفيلا ولا يأخذ من مولاه .

فصل

٢٦٩٥ - واذا ادعى على عبد رجل انه كفل بنفسه فلان فانكر الكفيل فـ

القاضي يحلف بالله :

(١) المقصود به داود مؤسس المذهب الظاهري .

(٢) فى نسخة قليج : واذا ادعى على عبد رجل قنفأ .

ماله قبلك هذه الكفالة ، ولا يحلقه ما كفلت له في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد *

٢٦٩٦ - وروى عن أبي يوسف رواية أخرى إنما يحلقه بالله ما كفلت *

فصل

٢٦٩٧ - وإن كانت الدعوى في القرض ، يحلف بالله ما استقرضت ، إلا أن يعرض المطلوب بأن الإنسان قد يستقرض ويرد فحيثئذ يحلفه بالله ماله قبلك هذا الحق *

فصل

٢٦٩٨ - وإذا أدعى على رجل أنه كفل عن فلان بأمره وإنكر الكفيل فالقول قوله ، فإن أقام المدعى البينة وقضى عليه بها وأخذ منه كفيلاً كان له أن يرجع على المطلوب في قول الثلاثة من علمائنا *

٢٦٩٩ - وقال زفر لا يرجع لأنها قد انكر في أول أمره *

فصل

٢٧٠٠ - ولو كفل عن رجل إلى سنة فمات الكفيل قبل السنة حل ماعليه وللطالب أن يأخذ من ماله كما يأخذ من مال الأصيل لو مات ، ثم لا يرجع ورثة الكفيل إلا بعد ما يحل الأجل في قول علمائنا الثلاثة ، ويرجع في قول زفر في الحال *

فصل

٢٧٠١ - وكل عين أمانة في يد الغير كالوديعة والعارية والمستأجرة أو مضمونة بغيرها كالبيع في يد البائع والرهن في يد الراهن فإن ضمان ذلك لا يصح لأنها أمانة *

٢٧٠٢ - وكل عين مضمونة على الإنسان كملغصوب وأبيع الفاسد والمقبوض
على سوم البيع فإنه يصح ضمانه ويلزم تسليمه وإن هلك وجب على الضامن القيمة .
٢٧٠٣ - فإن ضمن تسليم البيع وما يجب تسليمه على من هو في يده صبح
الضمان .

٢٧٠٤ - وفي هذا الكتاب مسائل كثيرة وما ذكرنا أصوله^(١) ، ولما كان الضمان
ضم ذاته إلى أخرى وكانت الحوالة تشبه الضمان في أنها يستوفي فيها الحق وجب
ذكرها .

رجاء بالتعليق على المدخل « شارعها وعلان ينتهي منه وبيان رأيه » (٢)

(١) انظر ما قلناه بصدق خصب جواب الكفالة في الفقه الإسلامي مقالتنا ،
الصلة بين عقد التأمين في القانون وبين عقد الكفالة في الفقه الإسلامي ، مستلة من
من العدد الأول 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 مليء فليبعه [وقوله فضل الغنى ظلم ، واذا اتبع احدكم على مليء فليبع]

٢٧٠٦ - وقال أصحابنا :

ولا تجوز الا بالديون الثابتة في الذمم ولا تجوز بالاعيان ، لأنها مأخوذة من التحويل وتحويل ما في ذمة الى اخرى ممكنا ، والاعيان يجب تسليمها ، والتسليم لا يتحول من عين الى اخرى

٢٧٠٧ - وسائل الديون سواء

٢٧٠٨ - وقال الشافعى :

لاتجوز الا على كل دين يجوز بيعه كعوض القرض وبذل المخلف ، فاما مالا يجوز بيعه كدين المسلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به

قال لان الحوالة بيع فى الحقيقة لان المحتال يبيع ما فى ذمة المحيل بما فى ذمة

المحال عليه ، والمحيل يبيع ما فى ذمة المحل عليه بما عليه من الدين فلا يجوز

الا فيما يجوز بيعه

(١) أحوال الغريم زجاه عنه الى آخر والاسم الحوالة . اللحيانى : يقال للرجل اذا تحول من مكان الى مكان او تحول على رجل بدراهم حال او هو يتحول حولا ، ويقال : احلت فلانا على فلان بدراهم احيله احواله واحالا ، فإذا ذكرت فعل الرجل قلت : حال حولا ، واحتال احتيالا اذا تحول هو من ذات نفسه .
اللبيث : الحوالة احتالتك غريما ، وتحول ماء من نهر الى نهر ، ابو منصور :
يقال : احلت فلانا بماله على وهو كذا درهما على رجل آخر لى عليه كذا درهما
احيله احواله فاحتال بها عليه ، ومنه قول النبي (ص) « اذا احيل احدكم على آخر
فليحتمل » ، قال ابو سعيد : يقال لمن يحال عليه بالحق حيّل والذى يقبل
الحوالة حيّل وهما الجيلان كما يقال البيعان او احوال عليه بدینه والاسم الحوالة
(لسان العرب) .

(٢) من نسخة قليج

فصل

جنس المال المحال

٢٧٠٩ - وخالف في جنس المال الذي يقبل الحوالة وتجوز به

٢٧١٠ - فمنهم من قال لا تجوز الا فيما له مثل كالاثمار والمحبوب وأشياء اشبهها لأن المقصود بالحوالة ايصال الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكن ذلك الا فيما له مثل ، ولا يجوز فيما سواه

٢٧١١ - ومنهم من قال : تجوز بكل مثبت 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 - واتختلف اصحاب الشافعي في ابل الديمة فمنهم من قال لا يجوز بيعها

قالوا وهو الصحيح لانه مجهول الصفة ولا يجوز السلم فيه
ومنهم من جوزه لانه معلوم العدد وال السن فجاز الحوالة به

فصل

تساوي الحقدين

٢٧١٤ - ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساوين في الصفة والحلول
والتأجيل

٢٧١٥ - فان اختلفا في شيء من ذلك لم تصح الحوالة لانها ارفاق كالقرض

فصل

٢٧١٦ - وان كان لرجل على رجلين ألف ، على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه الخمسمائة التي عليه فأحال عليهمما رجلا له عليه ألف على ان 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 ، ولأن الحوالة بيع فإذا خيره بين الرجلين صار كأنه قال : بعثك أحد هذين الشوين ، وينبغي على قول أصحابنا 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 مافي الذمة بما في الذمة .
٢٧٧١ - وقال بعض أصحابه يطالب بتخليصه كما يطالب الضامن المضمون عنه فان قضاه باذنه رجع على المحيل وان قضاه غير 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 ٠

٢٧٢٤ - وقال الشافعى ان كان لا حق له عليه اعتبر رضاه اذا صحيح الحواله ،
وان كان له عليه حق فرضاه شرط عند المزني والاصطخرى ، قالوا والمنهـ
انه لا يعتبر رضاه ٠

لان رضا المحال شرط وكذلك المحـال عليه ، ولا يشبه الوكيل بالقبض ،
لانه لا يجب عليه الدفع اليه ولا التسلـيم ، وهو يقـضـى نفس ما عليه لا على سـيـلـ
الـعـوـضـ ، وفي مـسـئـلـتـنـا بـخـلـافـهـ ٠

فصل

٢٧٢٥ - واذا صحت الحوالـة فليس له أن يطالب المحـيل مـادـامـ الحقـ يـقـدرـ
على استيفائه ٠

٢٧٢٦ - وقال الشافعـى : قد برئت ذمة المحـيل ولا يرجع على المحـيل بـحالـهـ ٠

٢٧٢٧ - وقال زفر وعافية بن زيد : له المطالـة لـكـلـ وـاحـدـ منـهـماـ كماـ نـقـولـ
في الصـمـانـ لـأـنـهـ نـقـلـ الـحـقـ إـلـىـ مـيـلـ أـخـرـ فـصـارـ كـمـاـ لـوـ باـعـهـ عـنـاـ كـمـاـ وـلـاـهـ قـادـرـ عـلـىـ
استيفـاءـ حـقـهـ فـهـوـ كـمـاـ لـوـ آـجـرـهـ عـنـاـ بـمـاـ عـلـيـهـ ٠

فصل افلاس المحال عليه وجحوده

٢٧٢٨ - واذا احالـهـ عـلـىـ مـلـجـاـ فـنـلـسـ أـوـ جـحدـ الـحـقـ وـحـلـفـ أـوـ مـاتـ مـفـلسـاـ
فـأـنـهـ يـرـجـعـ عـلـىـ المحـيلـ عـنـ أـبـيـ بـوـسـفـ وـمـحـمـدـ فـيـ هـذـهـ الـوـجـوهـ التـلـاثـةـ ٠

٢٧٢٩ - وقال أـبـوـ حـنـيفـةـ لـأـنـهـ لـيـرـجـعـ إـلـاـ جـحدـ وـحـلـفـ أـوـ مـاتـ مـفـلسـاـ ، فـأـمـاـ
إـذـ فـلـسـهـ القـاضـيـ وـحـجـرـ فـلـيـسـ لـهـ الرـجـوعـ ٠

٢٧٣٠ - وقال الشافـعـىـ لـأـنـهـ لـيـرـجـعـ بـحـالـهـ ٠

٢٧٣١ - لانه لم يسلم له ما عاوضه عن حقه فكان له الرجوع ، كما لو باعه عيناً فهلكت قبل القبض ، لانه قد تعذر عليه الوصول الى حقه قبل قبضه فصار كالمبيع اذا هلك في يد البائع رجع المشترى بالشمن عليه ، كذلك هذا

فصل

٢٧٣٢ - وختلف أصحاب الشافعى اذا احاله على رجل بشرط انه ملىء

فإن انه معسر

٢٧٣٣ - قال المزني لا خيار له

٢٧٣٤ - وانكر ابو العباس هذا وقال :

له الخيار لانه غره بالشرط

فصل

٢٧٣٥ - واذا اشتري رجل سلعة بالف ثم أحل المشترى البائع بألف على رجل ، ثم وجد بالمبيع عيماً فرده فقال ابو حنيفة واصحابه وهو اختيار ابي على الطبرى لا تبطل الحوالة ، ويطلب البائع المحال عليه بمال ، ويرجع المشترى على البائع بالشمن لانه قد تصرف في أحد العوضين فلا يبطل بالرد

٢٧٢٦ - وقال المزني وابو اسحق تبطل الحوالة

٢٧٣٧ - وهو قول زفر ، لأن الحوالة بالشمن ، وقد انفسخ البيع فيه فبطلت الحوالة ببطلان ماترتب عليه

٢٧٣٨ - ولو استحق المبيع أو وجد حرا بطلت الحوالة باتفاق لان التصرف

وقع باطلاً في الابتداء

المجيء والمحتمل

٢٧٣٩ - قال أصحابنا :

وإذا طال المصال عليه بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله ، وكان عليه مثل الدين لأن المصال عليه لما قبل الحوالة وجب له
في الظاهر مثلها لما على المحيل ، فإذا أدعى المحيل انه كان له عليه مثله فقد أدعى
خلاف الظاهر ، والاصل براءة المصال عليه فلا يقبل قوله عليه بغير بينة ٠

فصل

٢٧٤٠ - وإن طال المحيل المصال بما أحاله به وقال : إنني أحلتك لتقبضه
لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك ، فالقول قول المحيل لأنه قد
يحيله ليستوفي ، ويستوفي لنفسه ، فلا يوجب عليه المال بالشك ٠

فصل

٢٧٤١ - وإن أحال رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ، ثم اختلفا :

قال المحيل :

وكلتك ٠

وقال المحتال :

بل أحلتني ٠

فالقول قول المحيل إذا اختلفا في المفظ بلا خلاف لأنهما اختلفا في المفظ
فكان القول قول من يستفاد من جهته الحكم ٠

٢٧٤٢ - وإن اتفقا على لفظ الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل :

وكلتك ٠

وقال المحتال :

بل أحلتني ٠

فمنهم من قال : القول قول المحتال لأنه المفظ يشهد له بما قال ، ومنهم
من قال القول قول المحتال لأنه يدعى بقاء الحق في النزعة ، والمحتال يدعى انتقال
الحق ٠

فصل

٢٧٤٣ - وإن قال المحيل أحلتك ٠

وقال المحتال بل وكلتني فهو على الخلاف المتقدم أيضاً ، منهم من قال
الصحيح قول المحتال لانه ينفي الضمان ، ولهذا اذا اقاما بينة قبلت بينة المحيل
لانها تثبت القضاء *

فصل

السـ فاتح (١)

٢٧٤٤- قال أصحابنا :

ونكره السفتجة لانها قرض استفيد فيه خطر الطريق ، وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن قرض جرّ منفعة ، ولانها تسلك دراهم بمثلها ، فإذا
اشترط الدفع في بلد آخر فقد صار مؤجلاً والأجل لا يصح في الأعيان ، وهذا
هو القياس . اذا لم يشترط الدفع نبي بلد آخر فستحسنوا وقالوا لا يكره لاز
المردود في القرض جعل المقبوض ابتداءً فصار ذالاعيان ، وتاجيل العين لا يصح
فلم يكن ذلك تأجيلاً فلذلك لم يكن *

فصل

٢٧٤٥- واذا قال المحال عليه للمحتال :

ابرأني من المال وانكر فالقول قول المحتال انه لم يبرئ ، فان اقاما بينة
فالبينة بينة المحتال عليه لانها شهادة بخلاف الظاهر *
وان نكل عن اليمين ببرء المحال عليه ، وليس له أن يرجع على المحيل في
البراءة والنکول لانه قد سقط حقه فلا يثبت له الرجوع *

وليس ذلك كما لو جحد الحوالة وحلف لانه لم يستوف ما وجب له *

٢٧٤٦- وهذه اصول هذا الكتاب ، وفيه فروع كثيرة ، واذ قد ذكرنا حكم
اليوم وما ذكرنا من الحوالة بالثمن والكفالة والرهن وما قدمناه ، وكتبت الاجزء
في حكم بيع المنافع وجب أن نذكرها في هذا الموضع *

(١) السفتجة هي البوبيصة في مصطلح قانون التجارة العراقي المرعى
انظر آلهامش (١) في الصحيفة ٦٧ من كتابنا المبسوط في الأوراق التجارية

كتاب الاجارة

وهذا كتاب الاجارة (١)

تعريف

٢٧٤٧ - اعلم ان الاجارة عقد على منفعة ببدل

جوائزها

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 أجر ، والاجارة من أجر يأجر . وهو ما أعطيت من أجر في عمل .

والاجر الثواب ، وقد اجره الله ياجره وياجره أجر ، وآجره الله ايجار
وأتجره الرجل تصدق وطلب الآخر ، وفي الحديث الاصلحى : « كلوا وادخروا

وأتبغرو » أي تصدقوا طالبين للاجر بذلك

اجره يؤجره اذا أثابه او اعطاه والاجر والجزاء ، وكذلك أجره ياجره وياجره
والامر منها : آجرني واجرني . وأجر الملوك يأجره اجر فهو مأجور ،
وآجره يؤجره ايجاراً ومؤاجرة ، وكل حسن من كلام العرب .
وأجرت عبدي او جره ايجاراً فهو مؤجر .

وأجر المرأة : مهرها ، وفي التنزيل : « يا ايها النبي انا احللنا لك ازواجاك
اللاتي آتيت اجرهن » .

وأجرت الامة البغية نفسها مؤاجرة أباحت نفسها باجر ، وآجر الانسان
وستأجره .

والاجر المستأجر وجمعه اجراء . . . والاسم منه الاجارة .

والاجرة : الكراء ، تقول المستأجرت الرجل فهو يأجرني ثمانى حجج اي
يصير أجيري واتجر عليه كذا من الاجرة . . .

وأجرته الدار اكريتها والعامة تقول : واجرته .

والاجرة والاجارة والااجارة ما أعطيت من أجر . قال ابن سيده : وأرى
نعلبها حكى فيه الاجارة بالفتح .

وفي التنزيل العزيز : « على ان تأجرني ثمانى حجج » قال الفراء يقول :
ان يجعل ثوابي ان ترعى على غنمى ثمانى حجج ، وروى يونس معناها على ان
تشيني على الاجارة .

أبو حنيفة وصاحباه^(١) •

٢٧٤٩ - والاسحسان ان تجوز لأن الله تعالى قال :

«فإن أرضعن لكم فاتوهن أجورهن»^(١) واجر النبي عليه السلام والصحابية استأجرت وأجرت ، وهو فعل جميع المسلمين فيسائر الاعصار •

قاعدة

ما تجوز اجراته

٢٧٥٠ - وكل عين لها منفعة تجوز اجرتها وان كان بيعها لا يجوز كالحر وأم الولد والوقف ، لأنه عقد على منفعة فهو كالنکاح يجوز على الحر والعبد •

٢٧٥١ - وتجوز اجارة العقار والضياع والمنازل والحوائط والسفن والحيوان الجمال والدواب والرقيق والبغال والحمير والبقر والآلات الصناع كلها والمكاييل والموازين والبسط والزلالى^(١) والغرف والبساتين •

أنواع الاجارة

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 : الا حمر وصاحبہ وفي نسخة قليع : (لا) ثم فراغ قليل ثم (وصاحبہ) وهو غلط او الصواب ما اثبتناه •

(١) كذلك وفي نسخة (قليع) الزلال ولا معنى له هنا 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 والزوالية وجمعها زوالى هي فراش منسوج من الصوف ، يفرش في الغرف شتاء طلبها للتدافئة •

وان شرط عملاً 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 شهراً لم يحتاج الى بيان ما يعمل فيها ◦

٢٧٥٦ - وان استأجر رجلاً مدة ليستعمله في عمل من الاعمال جاز ◦

٢٧٥٧ - فان قال له على انه يحيط اليوم هذا القميص فالاجارة فاسدة ،
فإن خاط القميص فله الأقل من أجرة المثل والمعنى عندنا ◦

٢٧٥٨ - وهذا شأن جميع الاجارات الفاسدة ◦

٢٧٥٩ - وقال الشافعي تجب اجرة المثل بالغاً ما بلغ ◦

فصل

٢٧٥٩ - ولا تجب اجرة المثل في الاجارة الفاسدة الا باستيفاء المنفعة دون
التمكن كما لا يجب المهر في النكاح الفاسد الا بالوطىء دون العقد ◦

٢٧٦٠ - وقال الشافعي تجب الاجرة بالتمكن كما تجب في الصحيح وفرق
بين النكاح الصحيح وال fasid ◦

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 قوله
أحدهما لا تجوز فوق ثلاثة سنين ، وفي قوله آخر فوق ثلاثة سنين 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 (قليلج) السنين ◦

يعيش اليها ، فمنهم من اجز ذلك ، ومنهم من قال لا تجوز اجارة 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 وهو 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 الاجارة

- ٢٧٦٨ - وهل للمؤجر ان يبيع العين قبل المدة ؟
فيه روایتان :
احداهما يجوز ، والآخر لا يجوز .

فصل اجارة المشاع

- ٢٧٦٩ - ولا تجوز اجارة المشاع عند ابى حنيفة من غير الشريك ، وفي الشريك روایتان احداهما لا تجوز ، وهو قول زفر .
وفي الاشاعة الطارئة روایتان في ابطال الاجارة :
وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي اجارة المشاع جائزة .
ولا فرق بين الشريك وغيره .
ولا فرق بين ما يحتمل القسمة ومالا يحتمل .
ولا بين الطارئ والمقارن في ذلك لأن كل ما جاز يعده جازت اجراته .
كلمرفرز .

فصل

اجارة شهر بدرهم

٢٧٧١ - وتصح في الشهر الواحد

وكلما دخل من شهر يوم صحت اجارة جميعه كذلك ابداً

وقل الشافعى باطلة في الجميع

٢٧٧٢ - فاتفق الجميع على انه لو باع صبرة كل قفيز بدرهم صحي في

القفيز الواحد وفيما زاد اجازه الشافعى في جميعها

فصل

بيان أول المدة

٢٧٧٣ - اذا استأجر دارا شهرا وأطلق المدة صحي العقد وكان أول المدة

عقد العقد

٢٧٧٤ - وقال الشافعى لا يجوز حتى بين أول المدة وينذكره

فصل

ما يجوز وما لا يجوز في الاجارات

٢٧٧٥ - لا تجوز اجارة دار بدار

٢٧٧٦ - وتجوز اجارة عبد بدار

٢٧٧٧ - واجاز الشافعى الجميع

٢٧٧٨ - واتفقوا انه لا يجوز ان يكون النفع في مقابلة البعض

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 - فاوقف اصحابنا البيع فيه

٢٧٨٢ - وقال أبو يوسف الاجارة كالعب فن رضي لزمه البيع ، وإن لم

يعلم فهو بال الخيار في فسخ البيع

٢٧٨٣ - واجاز الشافعى البيع في جميع الاحوال

فصل اجارة الحيوان

- ٢٧٨٤ - واجاز اصحابنا اجارة الكلب وسائر الحيوان وبيعه ◦
٢٧٨٥ - وقال الشافعى لا يجوز (بيعه) وفي اجراته وجهان احدهما
لا تجوز والآخر تجوز ◦

فصل اجارة الفحل للعذاب

- ٢٧٨٦ - ولم يجز أصحابنا اجارة الفحل للضراب ^(١) ◦
٢٧٨٧ - وهو المذهب عند الشافعى ◦
٢٧٨٨ - ومن أصحابه من اجاز الاجارة ◦
٢٧٨٩ - وهو قول مالك ◦
٢٧٩٠ - لانه لا قيمة له ، وهو محرم ، وفيه نهى عن النبي عليه السلام ◦

فصل

بيان حصة السنة

- ٢٧٩١ - واذا استأجر دارا سينين ولم يبين حصة كل سنة جاز ◦
٢٧٩٢ - وقال الشافعى لا يجوز حتى يبين ◦
٢٧٩٣ - ولو وجب بيان الحصة للسينين لوجب بيان حصة الشهور والايات ◦

(١) ضرب الفحل الناقلة يضر بها ضرابة نكحها ، قال سيبويه ضربها الفحل ضرابة كالنکاح والقياس ضرابة ولا يقوله كما لا يقولون نكحها وهو القياس ٠٠ وفي الحديث انه نهى عن ضراب الجمل وهو نزوه على الانشى ، والمراد بالنهى ما يؤخذ عليه من الاجرة لا عن نفس الضراب ، او تقديره نهى عن ثمن ضراب الجمل ، كنهيه عن عسيب الفحل أى عن ثمنه ، فقال ضرب الجمل الناقلة يضر بها 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 الاجارة

٢٧٩٦ - الاجارة تبطل بموت كل واحد من التعاقددين عندنا *

٢٧٩٧ - وقال الشافعى لا تبطل *

٢٧٩٨ - والنكاح لا يبقى بعد الموت ، ولا تستوفى المنافع من ملك غير

العائد *

فصل

كيفية حلول اجرة الدار والعمل

٢٧٩٩ - وتحب اجرة الدار حالا ، وان كان عملا فعند الفراغ من

العمل لان المنافع غير مملوكة فلا يملك الاجرة *

٢٨٠٠ - وقال الشافعى تجب بنفس العقد ، وهو قول زفر *

٢٨٠١ - وقد روى عن ابى حنيفة ان الاجرة لا تجب الا بعد انقضاء المدة

والفراغ من العمل فى قوله الاول *

فصل

استئجار ما اجره

٢٨٠٢ - واذا استأجر ما اجره لم يجز عندنا *

٢٨٠٣ - وقال الشافعى يجوز ، لانه يستوفى على حكم ملكه فلا يجوز

استيفاء المنفعة بحكم عقد الغير كما لو اشتري زوجته من المولى *

فصل

٢٨٠٤ - ولا يجوز ان يؤجر ما استأجره قبل قبضه كما لا يجوز بيع ما

اشتراه قبل القبض *

٢٨٠٥ - وقال الشافعى يجوز *

فصل

شرط الخيار في الاجارة

٢٨٠٦ - ويجوز شرط الخيار في الاجارة •

٢٨٠٧ - وقال الشافعي لا يجوز •

فصل

خيار العيب

٢٨٠٨ - واتفق الجميع على انه يثبت خيار العيب في ذلك •

فصل

المهم—المفظى

٢٨٠٩ - ولو اكترى محملًا مغطى 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

اجارة المجهول

٢٨١٣ - ولا تجوز اجارة مجهول ، ولا بدل غير معلوم كما لا يجوز في

البيع •

اجارة الظئر

٢٨١٤ - واختلف في الظئر اذا استأجرها بطعمها وكسوتها •

فاجاز ذلك أبو حنيفة ، وجعل ذلك موكلًا الى أهل الصبي •

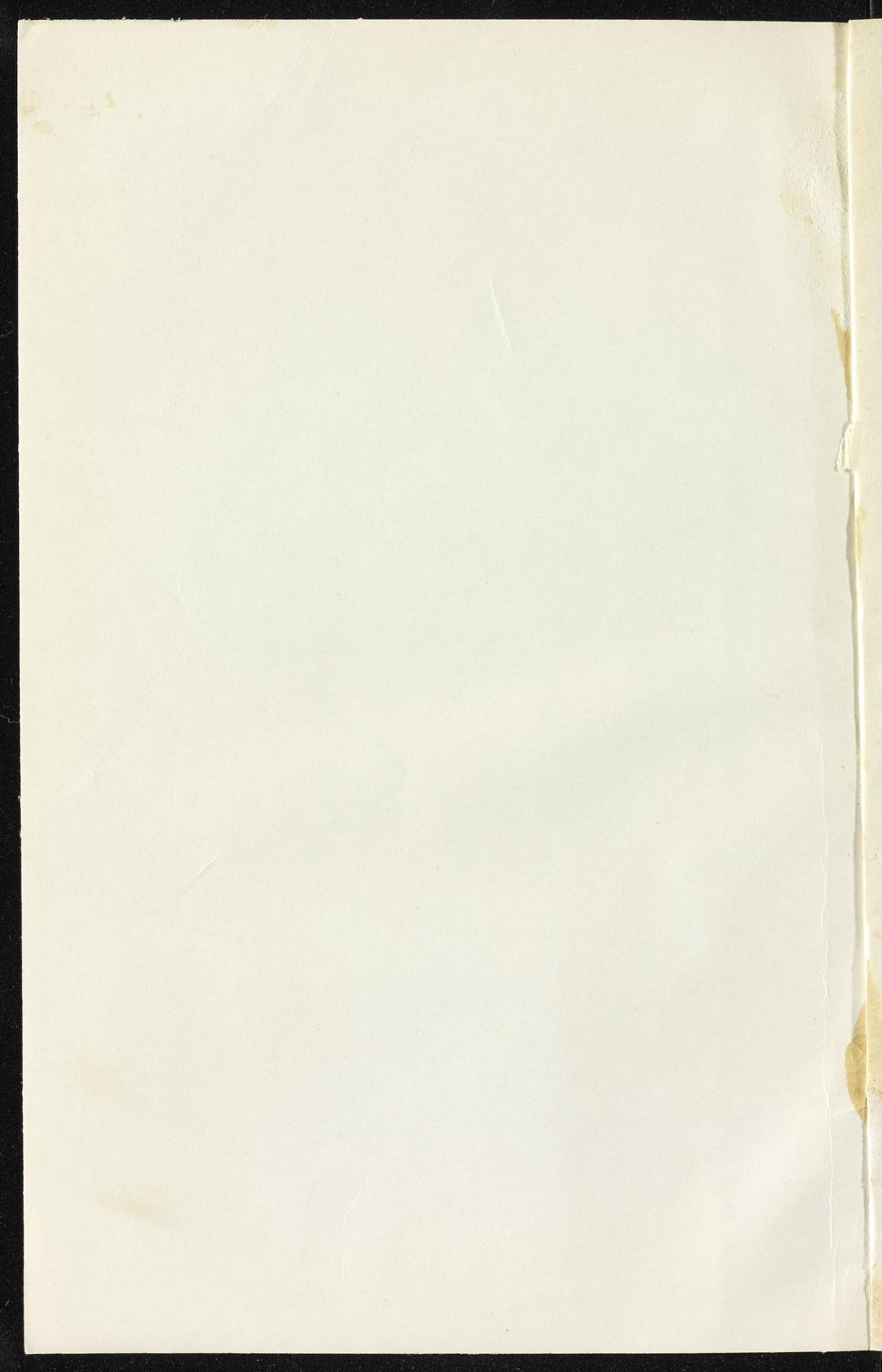
٢٨١٥ - وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز ، وهو قول الشافعي •

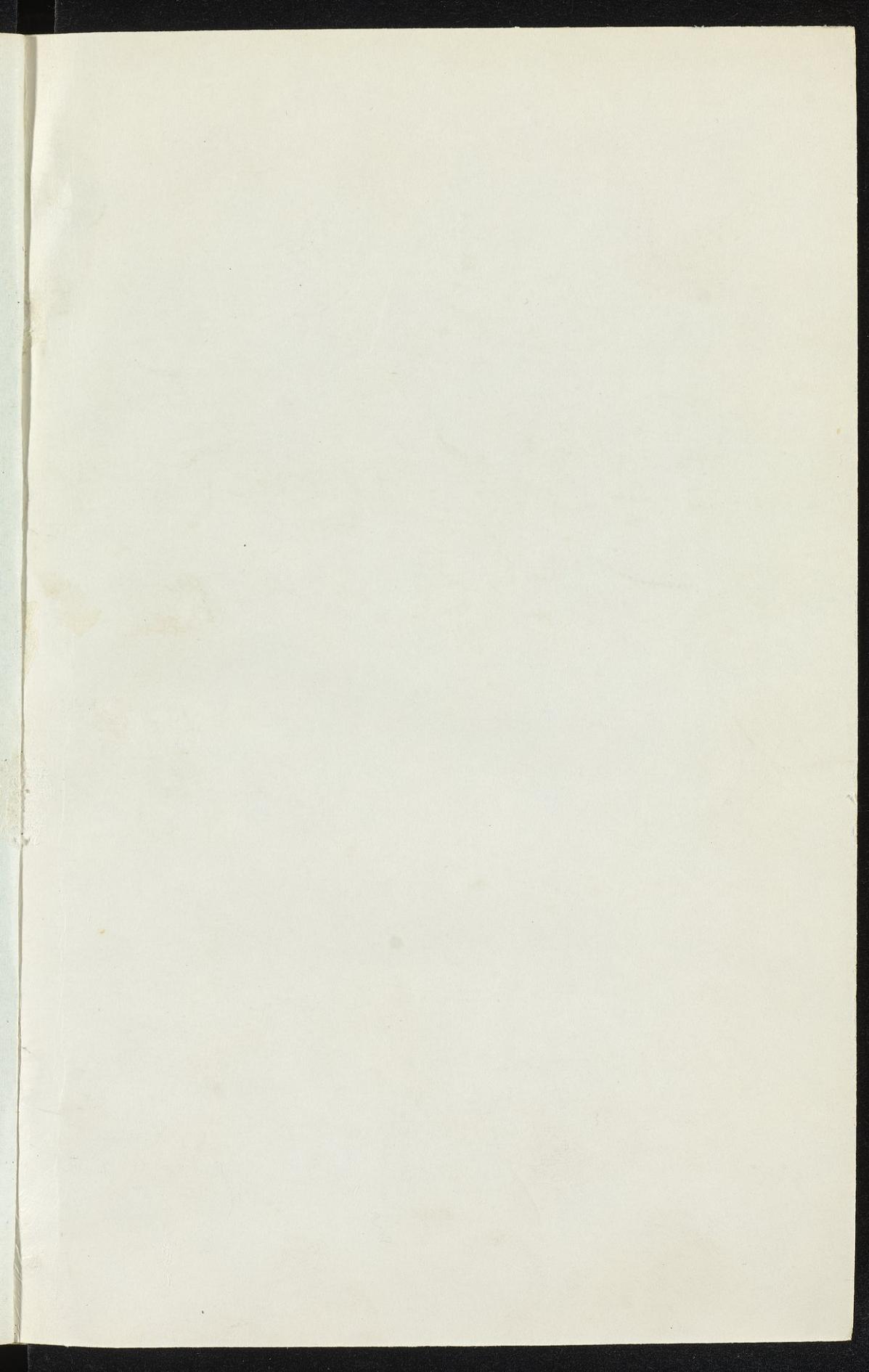
فصل

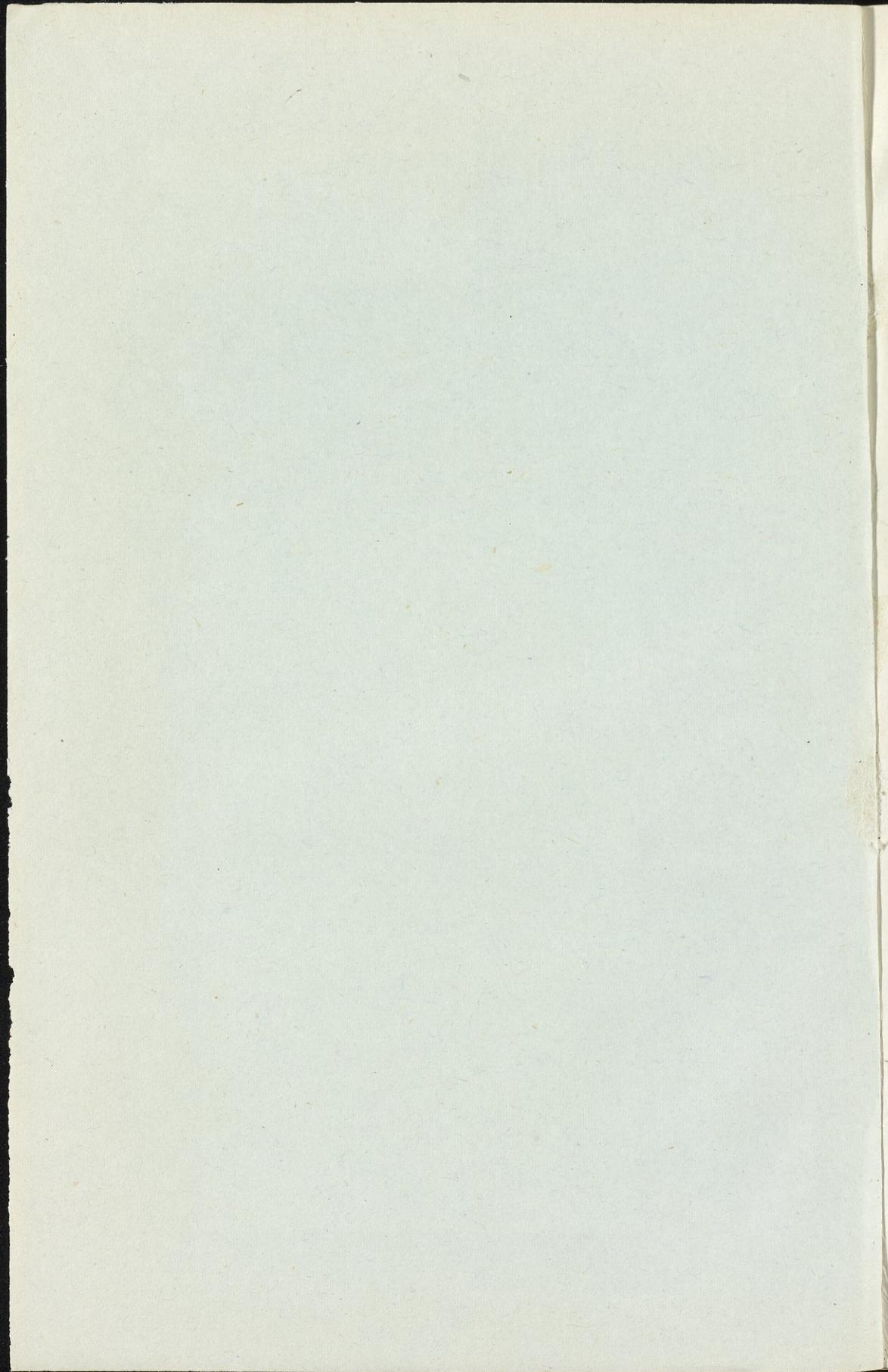
٢٨١٥ - واذا أجر بجنس ما استأجر لم يطب له الربح حتى يعمل في الدار

عملاً يزيد به النفع •

٢٨١٦ - وقال الشافعي يطيب •







Cornell University Library

K 804.C2S58

v.1

Rawdat al-gudah wa-tariq al-najah



3 1924 022 074 391

law

DATE DUE

Demco, Inc. 38-293

