

كتاب القضاء

وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات

لقاضي شهاب الدين أبي إسحاق إبراهيم بن عبد الله

المعروف
بأبي الرزم الغوري الشافعي

المتوفى سنة ٦٤٩ هـ

محقق
الدكتور محمد مصطفى الزحبي

الأستاذ بكلية الحقوق، جامعة دمشق

منتدى اقرأ الثقافي

www.iqra.ahlamontada.com

كِتَابُ الْحَاكِمِ الْقَضَاءِ

وَهُوَ الدَّرَرُ الْمَنْظُومَاتُ فِي الْأَقْضِيَةِ وَالْحُكُومَاتِ

لِلْقَاضِي شِهَابِ الدِّينِ أَبِي إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ

المعروف
بأبي الدرم الحموي السَّافِي
المتوفى سنة ٦٤٢ هـ

تمت
الدكتور محمد مصطفى الزجيلي
الأستاذ بكلية الشريعة - جامعة دمشق

الطبعة الثانية ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٢ م

جميع الحقوق محفوظة

يمنع طبع هذا الكتاب ، أو جزء منه بأية طريقة من طرق الطبع أو التصوير ، كما يمنع الاقتباس منه أو التمثيل أو الترجمة لأية لغة أخرى إلا بإذن خطي من دار الفكر بدمشق .

طبع بأجهزة الصف التصويري والأوفست في

دار الفكر ، هاتف (١١١١٦٦) ، برقياً (فكر)

ص .ب (٩٦٢) ، دمشق - سورية



دمشق - ساحة المحلة ص .ب ٩٦٢

إهداء

- إلى المربي الذي أنار لي الطريق .
وعلمني الإسلام عقيدة وسلوكاً
والذي رحمه الله تعالى
- ليكون هذا الجهد المتواضع ثمرة من غراسه .
وثواباً في صحيفة أعماله ، وزيادة في حسناته .
- راجياً الله تعالى أن يتغمده برحمته ، ويظله تحت ظل عرشه .

محمد

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله الذي شرفنا بنعمة الإيمان والإسلام ، وحفظ لنا هذه الشريعة الغراء ، وسخر لها العلماء الأفذاذ ، ليكونوا منارات الهدى للأنام .
والصلاة والسلام على رسول الله ﷺ ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وأصحابه ، ومن تبع هداه ، وسلك نهجه ، واقتدى بسيرته ، وتمسك بسنته ، وسار على شريعته إلى يوم الدين .
وبعد :

فقد قام جمع اللغة العربية بدمشق بنشر هذا الكتاب القيم في طبعته الأولى عام ١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م ، فتلقفته الأيدي والمؤسسات والجامعات والدوائر العلمية ، وتسابق الجميع على اقتنائه ، وطلبت منه إحدى الجهات الرسمية أكثر من ثلاثة أضعاف العدد المطبوع ، فاستحال تلبية الطلب ، ونفدت النسخ بسرعة ، وحالت الظروف دون إعادة الطباعة .

وإن دلَّ هذا الأمر على شيء فإنما يدل على الإقبال العظيم لكتب التراث الإسلامي الزاخر الذي يضم بين جنباته الخير العميم للناس أجمع ، كما يدل على وجود الخير في هذه الأمة ، واستمراره إلى قيام الساعة ، وأنها تمسك بدينها القويم ، وشريعته الغراء ، وعقيدتها السمحاء ، وأنها تتلمس الإشعاع والنور من مصادره الصحيحة ، ومنابعه الصافية ، وتضع يدها على تراث السلف الصالح ، لتسير وراه على هدي القرآن العظيم ، وسنة الرسول الكريم ، كما يعتبر هذا

الأمر رداً حاسماً وقوياً على الهجمة الاستعمارية الشرسة على عقيدة هذه الأمة ومقدساتها .

وتناول عدد من رجال الفكر والعلم هذا الكتاب بالتقريظ والتقييم ،
نقتبس طرفاً منه :

فكتب فضيلة الأستاذ المرحوم عبد الوهاب الأزرق - النائب العام لدولة الإمارات العربية المتحدة - مقالاً في تقريظ الكتاب ، وبدأ حديثه بالثناء على جمع اللغة العربية لإسهامه بنشر التراث العلمي الجليل ، وكشف الذخائر الثمينة ، فقال :

« وكل من قدر له الوقوف على ما قدمه منذ نشأته من ذخائر ممتعة حقاً ، لا بدّ له إلا أن يثني أطيب الثناء ، وأصدقه وأبقاه ، لهذا النشاط الجاد الذي لا يفتر ، والهمة المضاء التي لاتضعف ، والتطلع الذكي المشرق الذي لا يتضاءل ، مع استقامة في العمل ، والتزام في الرسالة » .

وقال : « وإن الكتب التي أخرجها للناس ليست من الكتب السهلة اليسيرة التي لاتكلف الباحث عناءً طويلاً ، ولا القارئ جهداً ثقيلاً ، ويستطيع الباحث والقارئ أن يراها مرأً سريعاً ، وإنما ... فإنّ القارئ يلمس أي جهدٍ وعناء كابده منتجوها ، وماأرقوه من أجلها من سهر الليل ، وصفوة النهار ، حتى خلصوا إلى ماخلصوا إليه من الدراسات التي تثري الثقافة ، وتنقي العقل ، وتفتح آفاق البحث » .

ثم قال فضيلته : « وأظن أن ما قدمناه ليس إلا قليلاً من كثير مما لهذا الجمع في أعناق الذين يغارون على العربية - سواء كانوا عرباً أو مستشرقين - من دُينٍ أبدي من الشكر والتقدير ، وقديماً قيل : « إن في الشكر وإن قلّ وفاءً بالنعمة ، وإن جل ... » .

ثم قال رحمه الله تعالى : « ومن الإنصاف أن أقرر أن المحقق الفاضل أنفق الشيء الكثير من القوة والجهد والاستقصاء في تحقيق هذا الكتاب ، وقد وفق إلى إحياء هذا التراث العظيم ، ويستحق أن يثنى عليه الثناء الخالص ، وقدم بين يدي تحقيقه بدءاً متمعة تتصل بالتنظيم القضائي في الإسلام » .

وتحدث فضيلة الأستاذ المرحوم الأزرق عن المكان المرموق للقضاء الإسلامي ، وما يتمتع به ذووه من الفضل والسمو والنزاهة ، وقدم « إلمامة مقتضبة عن ابن أبي الدم » رحمه الله ، وعن مكانته العلمية والقضائية ، وماتركه من مؤلفات ، ثم عرض صورة عن أبواب الكتاب وفصوله ومباحثه ، ثم قال :

« ولاشك عندي أن المحقق قد أجاد الإجادة كلها يوم تحدث عن مكانة هذا الكتاب التشريعية في العصر الحاضر » إلى آخر مقاله القيم الطويل .

وقال سيادة الأستاذ الدكتور صلاح الدين الناهي - الأستاذ المتمرس بجامعة بغداد - :

« وهاهو كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الزحيلي ، يتهادى اليوم إلى موضعه في المكتبة ، مشيراً إلى جهدين كبيرين بذلا في سبيل تصنيفه وتحقيقه ، فأما جهد المصنف فقد حدثنا عنه الأستاذ الزحيلي حديث العالم المدقق ، الناقد المنصف ، فأفاض التحدث عن صاحبه الذي جمع الثقافة العربية الإسلامية في عصره من أطرافها ، فنصف في التاريخ والفقهاء وعلم القضاء وكتابة الشروط والسجلات ، واضطلع بالمهام الخطيرة في عصره ، ومن جيد قول المحقق في تقدير هذا الأثر أنه : « قمة كتب أدب القضاء عند الشافعية » ...

وأشار سيادة الدكتور الناهي - حفظه الله - إلى الداء الخطير الذي أصاب

الأمة عندما تولى قيادها شرارها ، وفرضوا عليها القوانين الأجنبية والتشريعات
الوضعية ، وحرموها من رحمة السماء وأحكامها الغراء ، وأداروا ظهورهم للتراث
الإسلامي الزاخر ، وكشف فضيلته عن الباعث الخبيث لهذا العمل ، وأزال
الستار عن الحجة الواهية التي يوهمون بها أنفسهم ، ويضحكون بها على غيرهم ،
عند ارتكابهم هذه الجريمة فقال :

« ولقد أشار المحقق الفاضل إشارة خفيفة إلى خلاف جوهرى في خصائص
المرافعات والمحامات الإسلامية ، ومامتاز به من تخفيف كبير من الأشكال
والإجراءات بالقياس إلى ثقل وطأة نظام المرافعات الغربى الذى تسرب إلى
ربوع الضاد والإسلام منذ أن لقن أبناء هذه الربوع الاعتقاد بأن تفوق الغرب
في الصناعة والأشياء المادية والعلوم الطبيعية والتكنولوجية معناه تقدمه في
سائر الأمور الثقافية والتشريعية ، وهو قياس فاسد ، أثبتت الأيام عفوته بما
ثبت من البون الشاسع بين التقدمين المادى والمعنوى ، وأن تحقيق أولهما لايعنى
تقدم الثانى ، وأن تفوق الشكل والصناعة لايعنى ضرورة تفوق المحتوى
والجوهر ، وأن من ارتفع بوسائله المادية في أجواء النقاء لاعاصم يعصمه من
التمرغ في أحوال الرشا والسحت وتسخير الشعوب الملونة لشهواته بكل وسائل
الفتك والدس ، ولطالما تقدم المادى ، والمعنوى قابع في عقر داره لايجد سبيلا
للحرية الخفاقة ، والديمقراطية الحققة المنزهة عن الفجوات والثغرات ، ولاسبيل
لفرض سلطانه ، وإملاء كلمته »

ثم بين سيادته تفوق القضاء الإسلامى ومزاياه ، فقال ::

« ومهما يكن فإن « علم القضاء والأفضية » وفن التقاضى والترافع فى
الإسلام يفوق كل منها ما كان مقرراً فى شريعة روما التى يكبل عدالتها
الشكليات والصيغ ، ومايزال الشرع الإسلامى متفوقاً على مااشتق من شريعة

روما من شرائع غربية في مضار تيسير سبل التقاضي دون تجشم المرافعات البطيئة والأشكال ، ولعل تطور الشريعة الغربية في هذا المضمار مدين للقضاء الإسلامي الذي مارسه المسلمون في الأجزاء التي حكموها في أوربا قرونا عديدة ، ولعل التعمق في دراسة هذه الحقائق يمهّد مجال النظر في مدى تأثير الشرائع الغربية بالشرع الإسلامي ، فقد تستر الغربيون على هذه النواحي ، وعلى أكثر ما استعاروه من تراثنا القديم فلم يسيروا إلى أصوله الغربية الإسلامية حتى برح الحفاء ... »

إلى أن يقول : « ومهما يكن فإن سمو التشريع الإسلامي في مضار التقاضي والترافع والتحاكم والمعاملات يرجع إلى العناصر الخلقية والدينية ، إلى الجمع بين المثاليات وبين الواقع ، كما أشار المحقق الفاضل في تقديمه للكتاب ، وليته أطال التحدث في هذه الأمور » .

ثم قال فضيلة الدكتور الناهي - مبيناً ظمناً الأمة إلى تراثها الخالد ، وفقها العظم - : « ولنا أن نضيف إلى شهادته أن هذا التراث الذي لم يزل متسماً بطابع الحياة والحيوية ، يصح لا لإلهام المشرع العربي وحده ، بل لإلهام إخوته مشرعي البلاد الإسلامية ، فإننا نعيش اليوم في فترة تلهف للاطلاع عن التراث الإسلامي في كل بقعة من بقاع الأرض تعيش فيه جماعة مسلمة ، أكثرية كانت أم أقلية ، ولذا فإن في تحقيق هذه الأثرية الفريدة ما يسعف حاجة هذه الجماعات ومشرعيها ومفتيها ورجال التعليم الديني والشرعي فيها ومفكريها ورجال الرأي فيها ، وما يسعف حاجة علماء القانون الموازن (المقارن) على اختلاف أديانهم ومعتقداتهم إلى كل جهد يبذل في هذا التراث على النحو الذي خدم عليه كتاب « أدب القضاء » لابن أبي الدم ، فقد وفق محققه الفاضل بما بذل في هذا المضمار من جهد وتمحيص إلى خدمة الإسلام والإنسانية

بأسرها في تطلعها للعدل الإسلامي ، وإدراك رسالة السماء التي مهدت السبيل لكل خير» .

وقال فضيلة العلامة الأستاذ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي - رئيس قسم الفقه حالياً ، وعميد كلية الشريعة سابقاً - قال :

« حقاً إن الدكتور الزحيلي قد تجاوز في عمله في تحقيق هذا الكتاب الفقهي الهام حدود ما يكفي أن يسمى تحقيقاً وإخراجاً لمخطوط ، ولأن يجعله جاهزاً للاستفادة الميسرة بين أيدي القراء ، لقد تجاوز ذلك إلى النهوض بالتزامات هو الذي ألزم نفسه بها ، فتحمل من جراء ذلك عبء عمل علمي شاق ، كشف لنا عن الكثير من كفاءته وبصيرته العلمية النافذة ، وصره على البحث والتنقيب » .

ثم بين فضيلته مكانة الكتاب التشريعية ، وحاجة المسلمين اليوم إلى تراثهم ، فقال :

« إن إخراج مثل هذا المرجع العلمي من كتب التراث بمثل هذا التحقيق يرفد الجانب التشريعي عامة ، والقضائي خاصة ، ويقدم للباحثين والمهتمين بالشريعة الإسلامية زاداً جديداً ، يؤكد صلاحية هذه الشريعة الإسلامية للحياة والحكم » .

واليوم أقدم هذا السفر الخالد للطبعة الثانية على حالته السابقة ، وقد استدركت فيه بعض الجوانب التي أشرت إليها في خاتمة الطبعة الأولى ، من تصويب بعض الأمور ، وتغيير بعض العبارات ، وحذف بعض الأقواس والهوامش ، والتعليق على بعض النقاط ، وشرح بعض الألفاظ ؛ وبيان بعض المسائل ، والإشارة - في الهامش - إلى الكتاب النفيس الذي ظهر حديثاً للإمام

النووي رحمه الله تعالى « روضة الطالبين » ، كما أضفت ترجمة هند بنت عتبة رضي الله عنها ، التي سقطت ترجمتها في الطبعة الأولى ، وصححت ترجمة الإمام الماترجسي التي جاءت خطأ في الطبعة الأولى ، وأكلت النقص الذي وقع في الفهارس .

وقد استفدت من الملاحظات الكتابية والشفهية التي أهداها لنا بعض العلماء من الإخوة والأحبة والزملاء ، وتفضلوا ببيانها مشكورين .
وقد بادرت مطبعة « دار الفكر » مشكورة لطباعة هذا الكتاب الجليل على أحدث الوسائل العلمية والتقنية الحديثة في الطباعة ، لتظهر هذه الطبعة الثانية بهذا الأسلوب القشيب والحلة الجميلة والإخراج البديع ، فجزى الله القائمين عليها كل خير ، وبارك الله فيهم ، ووفقنا وإياهم لما يحبه ويرضاه .

وكنتم أرغب بالتوسع في تحقيق جميع مسائل الكتاب ، وبيان المراجع والكتب التي تبحث كل مسألة فيه ، ولكنني عدلت عن ذلك حتى لا أثقل كاهل الكتاب الأصلي ، وأرهق نصوصه بالبحوث والتعليقات ، فيصبح التحقيق كالشرح أو الحاشية عليه ، ولكن ذلك لم يمنعني من تحقيق بعض المسائل التي رأيتها بحاجة لذلك .

نسأل الله العلي القدير أن يقبل منا هذا العمل المتواضع ، وأن ينفعني به ، وينفع به المسلمين - قضاة ومحامين وفقهاء ورجال تشريع وإدارة - وأن يوفقنا لما يحبه ويرضاه من القول والعمل ، وأن يثبت أقدامنا ، وأن ينصرنا على القوم الكافرين .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

دمشق ١٨ صفر الحير ١٤٠٢ هـ

١٥ كانون الأول ١٩٨١ م

محمد مصطفى الزحيلي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقديم

١ - إن الحمد لله ، نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضلَّ له ، ومن يضلل فلا نجاه له هادياً ولا نصيراً .

ونصلي ونسلم على سيدنا رسول الله ﷺ ، المبعوث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه ، ومن تبع هديه إلى يوم الدين .

قال تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ ، وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ ، لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾^(١)

وقال تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ، وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنْ تَوَلَّوْا فاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ، وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾^(٢) .

وقال رسول الله ﷺ : « مَنْ يَرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »^(٣) .

وقال عليه الصلاة والسلام : « الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ ، قَاضِيَانِ فِي النَّارِ ، وَقَاضٍ

(١) سورة الحديد / ٢٥ .

(٢) سورة المائد / ٤٩ .

(٣) رواه البخاري ومسلم وأحمد عن معاوية ، ورواه الترمذي وأحمد عن ابن عباس ، ورواه ابن ماجه عن أبي هريرة ، (انظر : صحيح البخاري مجاشية السندي : ١ / ١٦ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٧ / ١٢٨ ، جامع الترمذي مع شرح تحفة الأحوذني : ٧ / ٤٠٤ ، سنن ابن ماجه : ١ / ٨٠ ، مسند أحمد : ١ / ٣٠٦) .

في الجنة ، قاضٍ عَرَفَ الحقَّ ففضى به ، فهو في الجنة ، وقاضٍ قَضَى بجهلٍ فهو في النار ، وقاضٍ عَرَفَ الحقَّ فجَارَ فهو في النار»^(١).

وبعد :

٢ - فإنَّ القضاء ، وما يتعلق به من آداب القاضي ونظام التقاضي ، يمثل باباً من أبواب الفقه ، وجزءاً من أجزائه ، فلا يخلو كتاب فقهي من بحوث القضاء والدعوى والبيانات ، ويحتل هذا الجزء مكاناً مرموقاً في كتب الفقه الإسلامي ، وهو أكثر أبواب الفقه تطبيقاً وصلة بالحياة ، كما أنه من أكثر الأبواب العملية التي يحتاج إليها القاضي في عمله وفي حكمه ، ويهتم العلماء به اهتماماً خاصاً ، ويرجع اهتمامهم بهذا البحث إلى الأثر العظيم الذي يتبوأه القضاء في الشريعة ، سواء من الناحية التشريعية والنظرية أم من الناحية التطبيقية والعملية .

٣ - ولقد كان نظام القضاء في الإسلام مُحَكِّماً ومصوناً ومؤدياً للدور الذي أُعِدَّ له ، على نحو فاق به غيره من الأنظمة الأخرى التي تبدو ناصعة براقه ، ودليلنا على ذلك النتائج الطيبة التي حققها أثناء التطبيق ، فإن الأعمال بخواتمها ، وقيمة النظريات والمبادئ بحسب صلاحها ونجاحها ، بعد التجربة والتنفيذ ، ويظهر هذا التفوق في حيز اختيار القضاة ، وإقامة العدالة ، وتحقيق القسط ، وحفظ النظام والأنفس والأموال ، وتأمين الطمأنينة والأمن في ربوع المجتمع .

٤ - وكان القضاء في الإسلام يمثلون صفحة مشرقة من صفحات التاريخ

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والحام وصححه ، (انظر : سنن أبي داود ٢٠ / ٢٦٨ ، سنن ابن ماجه :

٣٧٦ / ٢ ، المستدرک : ٤ / ٩٠) .

الإسلامي اللامع ، وكانت أحكامهم ونزاهتهم واستقلالهم وتجردهم مَضْرِبَ المثل ، ومحطَ الأنظار ، وكانت المساواة بين الخصوم ، وإقامة العدالة بينهم ، مهما تفتوت مكاتبتهم الاجتماعية والدينية ، سبباً مباشراً لكثير من الناس في اعتناق الإسلام ، والانضواء مع المسلمين في العقيدة .

ولكن هذه المكانة العظيمة التي احتلها القضاة ، والدور الفعال الذي يقوم به القضاء ، لفت الأنظار نحوه ، فطمع به أصحاب الأهواء ، وتنافس عليه السوق ، ووصل إلى منصة العدالة الجهلة ... فأساءوا إليه ، وشوهوا أغراضه ، وكانوا وصمة عار في جبين التاريخ ، وسادت الرشوة والجور وشراء الوظائف في بعض الأحيان ، فتنبه إلى ذلك العلماء والصالحون ، وحذروا منه ، وبيّنوا شروط القاضي ، وشروط تعيينه ، وأبرزوا مخاطر القضاء ، وأعلنوا التخويف منه ، ونشروا الأحاديث الواردة في التشديد من قضاء الجور ، وذهبوا إلى تفضيل ترك القضاء على قبوله ، بالنسبة لمن توفرت فيه الأهلية والشروط ، فكيف بمن يفقدها ؟

٥ - ثم أفرده عدد كبير من السلف بمصنفات خاصة ، وبيّنوا الأحكام الشرعية فيه حسب المذاهب الفقهية^(١) ، ويمكننا تصنيف المؤلفين في أدب القضاء إلى فريقين :

الفريق الأول : وهم الذين لمساو أهمية الموضوع ، وخطورة الموقف ، وصعوبة الخطب على القاضي ، فبيّنوا واجبات القاضي وحقوقه ، وواجبات الخصوم وحقوقهم ، وطرق القضاء والإثبات ، ومناط الأحكام ، والقواعد التي يستتير بها القاضي .

(١) انظر : مفتاح السعادة : ٦٠٠/٢ .

الفريق الثاني : وهم جماعة من القضاة ، تولوا هذا المنصب ، واكتسبوا الخبرة والحكمة والتجربة منه ، ومنهم ابن أبي الدم ، فصاغوا ذلك في الكتب والمؤلفات ، وكانت تجربتهم القضائية ، وتطبيق الأحكام العملية ، سبباً في ترجيح القول الذي يتناسب مع الواقع ، ولذلك قال الحنفية مثلاً : يقدم قول القاضي أبي يوسف في مسائل القضاء على قول الإمام أبي حنيفة عند التعارض^(١) .

ونضرب أمثلة مما وصل إلينا من كتب أدب القضاء في مختلف المذاهب ، للدلالة على الأهمية القصوى التي نالها هذا الموضوع على مدارج التاريخ ، وذلك بتعداد الكتب التي وضعها العلماء في أدب القاضي ، أو نظام القضاء ، في ملحق مستقل مع الفهارس في نهاية الكتاب .

والآن نقدم بُدَّةً عن حياة ابن أبي الدم ، لنلقي الضوء على كتابه أدب القضاء .

حياة ابن أبي الدم^(٢) :

٦ - اسمه ونسبه : هو شهاب الدين ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن عبد الله بن عبد المنعم بن علي بن محمد بن فاتك ، وقيل : مالك^(٣) ، بن محمد ،

(١) نقل ابن عابدين في « حاشيته » أقوال المحققين من علماء الحنفية في هذا المجال ، فقال : الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء كما في القنية والبرازية ، أي لحصول زيادة العلم له بالتجربة ، ولذا رجح أبو حنيفة عن القول بأن الصدقة أفضل من حج الطلوع لما حج وعرف مشقته ، وفي شرح البيهقي أن الفتوى على قول أبي يوسف أيضاً في الشهادات ، (انظر : رد المحتار على الدر المختار : ١ / ٧١ ، رسائل ابن عابدين : ١٣٠/٢) .

(٢) انظر : طبقات الشافعية ، الإستوي : ٥٤٦/١ ، كشف الظنون : ٤٧/١ ، ٢٢٢ ، و جـ ٤٥٧/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٥/٨ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، ابن العباد : ٢١٣/٥ ، هدية العارفين : ١١/١ ، الأعلام ، الزركلي : ٤٢/١ ، تبصير المنتبه : ١٤١/٣ ، تمة المختصر في أخبار البشر ، تاريخ ابن الوردي : ٢٥٥/٢ ، المختصر في أخبار البشر ، أبو الفداء : ١٣٣/٣ ، تاريخ الأدب العربي ، كارل بروكلمان : ١٣٨/٦ .

(٣) كتب على الورقة الأولى من المخطوطة : « ابن مالك ، وقيل : فاتك » واقتصر ابن السبكي على قوله : ابن =

المعروف بابن أبي الدم^(١)، الحموي الهمداني، الشافعي، القاضي.

فالحموي: نسبة إلى حماة التي ولد فيها، وولي قضاءها، وتوفي ودفن فيها، والهمداني: نسبة إلى همدان، وهي قبيلة عظيمة في اليمن^(٢).

٧ - ولادته ووفاته: ولد ابن أبي الدم بحماة في ٢١ جمادى الآخرة سنة ٥٨٢ هـ، ٢٩ / ٩ / ١١٨٧ م، ولما كان قاضياً توجه رسولاً إلى بغداد فرض بالمرعة، فعاد إلى حماة، ومات فيها في منتصف جمادى الآخرة سنة ٦٤٢ هـ، ١٩ / ١١ / ١٢٤٤ م^(٣).

٨ - نشأته وحياته: نشأ القاضي ابن أبي الدم في حماة، وترعرع في جنباتها، واكتسب منها معارفه الأولية^(٤).

وكانت بغداد عاصمة الخلافة الإسلامية، ومركز العلم، وموئل العلماء، يتوافدون إليها من كل حذب وصوب، ويقصدها طلاب العلم أيضاً، ينهلون من علومها، ويستفيدون من مكتباتها، ويتزودون من معارفها، ثم يؤوبون إلى بلدانهم، أو يتابعون السير والترحال إلى العواصم والمدن الأخرى التي كانت

= فاتك بن زيد، (طبقات الشافعية الكبرى: ١١٦/٨).

(١) كتب على المخطوطة أنه: «ابن محمد بن زيد بن أبي الدم الهمداني»، وهو ما ذكره ابن السبكي أيضاً.

(٢) تبصير المنتبه: ١٤٦١/٣، لب الألباب في تحرير الأنساب، السيوطي: ٢٧٦، قال الحافظ أبو بكر الحازمي (في عجاله المبتدي وفضالة المنتهي: ١٢٣): الهمداني منسوب إلى همدان، واسمه أوسلة بن مالك بن زيد بن ربيعة بن أوسلة بن الحيار بن مالك بن زيد بن كهلان بن سبأ، الشعب العظيم، ينسب إليه شعب كثير من الصحابة والتابعين فمن بعدهم من العلماء والشعراء.

(٣) التاريخ الميلادي من (الأعلام، للزركلي: ٤٢/١)، تاريخ الأدب العربي: ١٢٨/٦، وقال ابن العباد الحنبلي: إنه ولد في جمادى الأولى سنة ٥٨٢ هـ، بينما ذكر ابن السبكي وغيره أنه ولد في جمادى الثانية، وهو الراجح، انظر: الأعلام: ٤٢/١، تبتة المختصر: ٢٥٥/٢، المختصر: ١٧٣/٣، طبقات الشافعية، الإسنوي: ٥٤٢/١.

(٤) شذرات الذهب: ٢١٣/٥.

تحتضن العلم والعلماء ، فكان الطالب أو العالم ينتقل من مدينة إلى أخرى ، ليحضر مجالس العلماء فيها ، ويتلقى العلم منهم مباشرة ، ولذا اقترن العلم مع الترحال في العصور السالفة ، كما هو الأمر في وقتنا الحاضر .

وقد سار القاضي أبو إسحاق ، ابن أبي الدم ، على هذا المنوال ، فانتقل من حماة إلى بغداد وتفقه فيها^(١) ، ثم انتقل إلى القاهرة وسمع من المحدثين فيها^(٢) ، ودرس بالموصل على مشايخها ، كما صرح بنفسه على ذلك ، فقال : وأقننا على ذلك بعض مشايخنا بالموصل^(٣) ، ودرس بالشام ، واتخذ فيها أصحاباً وأحبة ، كما عبر عن ذلك^(٤) .

وبعد أن قوي عوده ، واشتد صلبه ، ونضج علمه ، وجمع العلوم ، وقطع البلاد ، ولقي العلماء ، وأخذ منهم ، بدأ في العطاء والإنتاج ، واشتغل بالتدريس والتعليم ، فحدث بالقاهرة بعد أن استكمل علمه فيها ، كما حدث وعلم في كثير من بلاد الشام ، ثم استقر به المطاف بحماة فحدث فيها ، ونشر علمه على أهلها ، ثم تولى قضاءها ، واشتهر بذلك ، واستمر عليه ، إلى أن وافاه أجله^(٥) .

وتشير بعض المصادر إلى أنه تولى قضاء همّذان ، بالتحريك والذال المُفجّمة ، وهي مدينة في وسط الجبال ، في بلادهم العجم ، اشتهرت بالماء العذب ، والهواء الطيب ، والبرد الشديد ، وهي أكبر مدينة فيها ، ولا صحة

(١) المرجع السابق ، الصفحة نفسها .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر صفحة ٣١٦ ف ٣١٥ من هذا الكتاب .

(٤) طبقات الشافعية ، الإنسوي : ٥٤٧/١ ، شذرات الذهب : ٢١٢/٥ ، وانظر : صفحة ٣١٦ من هذا الكتاب .

(٥) شذرات الذهب : ٢١٢/٥ .

لهذه الرواية ، وأن نسبته إلى قبيلة هَمْدان اليمانية ، وليس إلى بلدة هَمْدان العجمية^(١) .

مكانة ابن أبي الدم العلمية :

٩ - تفقه ابن أبي الدم على المذهب الشافعي ، وصار إماماً فيه ، كما يقول ابن العماد^(٢) ، وكان صاحب حلقة وطلاب ، ويبدو هذا واضحاً من مقدمة كتابه « الدرر المنظومات » : « وأن جماعة من أصحابه المشتغلين عليه بعلم المذهب الشافعي سألوه وضع كتاب في أدب القضاء ... وأن الموانع تمنع ، والاشتغال بتنقيح المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، وأن علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله هو المنية القصوى ، إذ هو النافع في الدنيا والأخرى^(٣) » .

ويشير في كلامه - رحمه الله - إلى تصنيف كتابه في الفقه الشافعي « شرح الوسيط » الذي بذل فيه جهداً رائعاً ، ويدل على غزارة علمه ، وتبحره في المذهب ، كما سنشير إليه .

واشتغل ابن أبي الدم بالحديث ، فسمعه من العلماء في بغداد والقاهرة ودمشق ، وحدث بها ، كما كان عالماً باللغة والأدب ، وله نظم ونثر^(٤) ، وكان عالماً بالتاريخ والأخبار ، وألف كتابين في ذلك .

فهو مؤرخ ، ومباحث ، ومحدث ، وفقهه ، وأديب ، وشاعر ، وقاض .

(١) يقول ابن العماد الحنبلي : « ولي قضاء بلدة هَمْدان باسكان الميم » ، وهذا خطأ ، وكأنه اشتبه عليه ذلك مع قبيلة هَمْدان ، باسكان الميم وبمدها دال ، ولم أجد مرجعاً ذكر ذلك إلا ابن العماد ، (انظر : مرصع الاطلاع : ١٤٦٤/٣ ، تقويم البلدان ، أبو الفداء : ٤٠٦ ، ٤١٦ ، معجم البلدان : ٤١٠/٥) ، وقد تسرب هذا الخطأ إلى الأستاذ محي هلال سرحان الذي حقق (أدب القاضي لماوردي : ٤٥٩/٢) .

(٢) شذرات الذهب : ٢١٣/٥ .

(٣) صفحة ٥٤ ف ٣ .

(٤) شذرات الذهب ، المرجع السابق ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦٨ ، هامش ٢

ويضاف إلى ذلك تلك الخطوة التي وصل إليها ، والمكانة السامية في نفس حاكم حماة ، فاختره ليكون مندوبه إلى عدة بلدان .. ومن وصل إلى هذا المقام يعتبر من عليّة القوم الذين يشار إليهم بالبنان ، مع علمه وفضله ومنصبه الرسمي كقاض للقضاة .

وكان مطلعاً على المذاهب الأخرى ومصادرها ، ويظهر ذلك في كتابه « الدرر المنظومات » ، عند مقارنة الأحكام مع المذهبين الحنفي والمالكي ، وهذا يدل على غزارة علمه ، وسعة اطلاعه ، وكثرة بحثه .

مصنفات ابن أبي الدم :

١٠ - كان ابن أبي الدم ذا شخصية علمية متعددة الجوانب ، فألف وصنف في علوم مختلفة ، وترك آثاراً خالدة تدل على علمه وفضله ومكانته ، كما قال الذهبي^(١) ، ولعله ألف كتباً كثيرة ، لم يصلنا منها إلا ما يلي :

أ - شرح مشكل الوسيط للغزالي ، ويتألف مع تكمته « المطلب العالي في شرح وسيط الغزالي » لنجم الدين ، أحمد بن محمد ، المعروف بابن الرفعة ، المتوفى سنة ٧١٠ هـ ، بما يزيد عن ستة وعشرين جزءاً^(٢) ، وهذا الكتاب يأتي تنويحاً لاشتغاله بالمذهب الشافعي بحثاً وتدريساً .

(١) شذرات الذهب : ٢١٢/٥ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ هامش ٣ تقلا عن الطبقات الوسطى ،

طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية الله : ٩٩

(٢) الجزء الأول منه موجود بدار الكتب المصرية برقم ٤٢١ فقه تيمور ، خط قديم ، ويوجد منه صورة كاملة في

معهد المخطوطات في الجامعة العربية ، مصور رقم ٢٦٨ ، فقه شافعي ، عن مكتبة أحد الثالث بتركيا ، وجاء ذكره في

(شذرات الذهب : ٢١٢/٥ ، هدية العارفين : ١١/١ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥٤٧/١) ، وقد سماه ابن السبكي

« شرح الوسيط » ، (طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨) ، واشتهر بذلك ، (انظر : فهرس المخطوطات المصورة ، فؤاد

سيد : ٣١٥/١ ، فهرس دار الكتب المصرية : ٢٧٦/٣ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥٧٦/٨) ، وقد كثرت الكتب في

شرح مشكل الوسيط كما يظهر ذلك من كتب الفهارس السابقة ، ويوجد منها مخطوطات متعددة في دار الكتب

المصرية ، ودار الكتب الظاهرية بدمشق ، وجاء في (معجم المصنفين : ٢١٢/٣) عن ابن أبي الدم : « وشرح كتاب

الوسيط للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي في نحو حجم الوسيط مرتين » .

٢ - أدب القضاء ، وعنوانه « الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات » ، وهو الذي تقوم بتحقيقه ونشره .

٣ - كتاب التاريخ الكبير ، المسمى بالتاريخ المظفري ، أو تاريخ الملة الإسلامية ، وهو تاريخ مفصل للأمم الإسلامية إلى سنة ٦٢٧ هـ ، ويقع في ستة مجلدات كبار ، ألفه باسم المظفر تقي الدين محمود ملك حماة ، وأمير ميفارقين^(١) ، وترجم الايطاليون القسم المختص بصقلية ، وطبعوه ، وترجم مقتطفات منه إلى اللاتينية ، ثم أعيد طبعه مرة ثانية^(٢) .

٤ - تاريخ النبي ﷺ والخلفاء إلى سنة ٦٢٨ هـ/١٢٣١ م^(٣) .

٥ - تدقيق العناية في تحقيق الرواية^(٤) .

٦ - الفرق الإسلامية^(٥) .

(١) هو الملك المظفر تقي الدين محمود بن الملك المنصور محمد بن المظفر تقي الدين عمر بن شاهنشاه بن أيوب ، استمر ملكاً على حماة خمس عشرة سنة وسبعة أشهر وعشرة أيام ، ثم مرض فيها بالفالج سنتين وكسراً ، وعاش ثلاثاً وأربعين سنة ، توفي في جادى الأولى سنة ٦٤٢ هـ ، أي قبل شهر من وفاة ابن أبي الدم ، وكان أميراً على ميفارقين ، وهي أشهر مدن ديار بكر من بناء الروم ، وكان شهياً فطناً يحب العلم وأهله ، وبنى أبراج حماة ، وطاحوناً على العاصي ، وصنع له كرة مدهونة ، عليها جميع الكواكب ، وجدّه عمر صاحب الأوقاف بحماة ومصر والفيوم ، وكان والده صاحب حماة أيضاً ، (انظر : تمة المختصر : ٢٥٤/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٤٢/٧ ، وفيات الأعيان : ١٢٨٨٢ ، فوات الوفيات : ٤٩٨/٢ ، المختصر : أبو الفداء : ١٧٢/٣ ، النجوم الزاهرة ٧٥/١٠ ، مرصاد الإطلاع : ١٣٤١/٣ ، تاريخ الأدب العربي : ١٣٩/٦) .

(٢) الأعلام : ٤٢/١ ، ٧/١٠ ، تمة المختصر : ٢٥٥/٢ ، كشف الظنون : ٢٣٢/١ وج ٤٥٧/٢ ، المختصر : ١٧٣/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسني : ٥٤٧/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ ، معجم المصنفين ٢١٢/٣ ، تاريخ الأدب العربي : ١٣٩/٦ .

(٣) انظر تاريخ الأدب العربي ، بروكلمان : ١٣٩/٦ .

(٤) مخطوط ذكره الزركلي في (الأعلام : ٤٢/١) ، وذكره بروكلمان في (تاريخ الأدب العربي : ١٤٠/٦) ، ويوجد منه نسخة مخطوطة في مكتبة متحف الجزائر ، برقم ٥٤٤ .

(٥) هدية العارفين : ١١/١ ، طبقات الشافعية ، الإسني : ٥٤٧/١ ، شذرات الذهب : ٢١٢/٥ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦/٨ تقلا عن الوسطى ، معجم المصنفين : ٢١١/٣ ، تاريخ الأدب العربي : ١٤٠/٦ .

٦ - إيضاح الأغاليط الموجودة في الوسيط^(١) .

٨ - الفتاوى^(٢) .

أهمية كتاب « الدرر المنظومات » في الفقه الإسلامي :

١١ - لاشك أن كتاب « الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات » يأتي في قمة كتب أدب القضاء عند الشافعية ، من حيث التنظيم والترتيب والتبويب ، ومن حيث الموضوع وتلخيص الأقوال الفقهية ، وبيان أوجه الأصحاب في أحكام القضاء والدعوى والإثبات والأحكام .

١٢ - أما من حيث الترتيب والتبويب ، فقد جاء كتابه في مقدمة وستة أبواب وخاتمة ، وكل باب يتضمن فصولاً ومسائل وفروعاً .

أما المقدمة فبين فيها دواعي التأليف ، وسؤال طلابه في المذهب وضع كتاب في أدب القضاء ، فأجاب سؤلتهم بهذا الكتاب الذي يضم المسائل الحسنة الغربية ، والفروع المستحسنة العجيبة ، ويجمع بين طريقي العراق وخراسان ، ويحتوي على المراسم والاصطلاحات ، والوقائع الحكيمة ، والفوائد الغزيرة ، والناذج من علم الشروط ، كما بين في المقدمة فضل علم الفقه عامة ، وعلم الأفضية والأحكام خاصة^(٣) .

وفي الباب الأول تكلم عن صفة القضاء وفضله وحكم الدخول فيه ، والنصوص والآثار الواردة فيه ، وذكر صفة القاضي ، وشروطه ، وكيفية عقد القضاء ، وآداب القاضي .

(١) هدية العارفين : ١١/١ ، وانظر صفحة ٢٦٤ من هذا الكتاب ، والمهامش ٣ فيها .

(٢) هدية العارفين : ١١/١ ، كشف الظنون : ١٦٤/٢ ، معجم المصنفين ٢١٢/٣ ، وهذا الكتاب يشير إليه

المؤلف كثيراً ، فيقول مثلاً : ص ٤٢١ : وقعت هذه المسألة عندنا في الفتاوى ، فقلت :

(٣) صفحة ٥٤ - ٥٥ ف ٢

وفي الباب الثاني يبيّن ما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود وأرباب المسائل ، وبحث في الباب الثالث الدعاوى والبيّنات ومجامع الخصومات ، وخصص الباب الرابع للشهادات بأنواعها ، ووصف في الباب الخامس كيفية إنهاء ماجرى عند الحاكم المتنازع لديه إلى قاضٍ آخر ، وأفرد الباب السادس للشروط المكتتبة من المحاضر والسجلات والكتب الحكيمة ، وكتب الابتیاعات والوثائق والإجازات ، وهو باب فريد من نوعه في كتب أدب القضاء ، وقد أفرده كثيرون بالتأليف والتوسع ، كما يشير ابن أبي الدم كثيراً ، بينما اختصره في هذا الباب ، ولم يطبع من كتب الشروط على المذهب الشافعي - فيما أعلم - إلا كتاب جواهر العقود للأسيوطي ، ويأتي هذا الباب في « الدرر المنظومات » ، مكملاً له ومتماً لأحكامه ، ويعتبر هذا الباب مع الخاتمة انفتاحاً على أبواب الفقه الأخرى في بيان الأحكام الفقهية والقواعد الكلية ، والمبادئ العامة والاختلافات المذهبية ، وذلك عند عرضه بصورة كتاب في البيع والشفعة والهبة والإجارة والنكاح وغير ذلك ، وهو ما يزيد الكتاب أهمية وفائدة .

وذكر في الخاتمة مسائل وقواعد كلية ، كثيرة التداول لدى الحكام ، كثيرة النفع لمن يتعلمها^(١) ، فيكون بذلك قد أحاط بالموضوع من مختلف جوانبه ، مكتفياً بالأصول العامة ، والقواعد الشاملة ، وضرب المثال والأنموذج ، ليسير على منواله الفقيه والقاضي ، ويستنير به كاتب السجلات والمحاضر ، ليتجنب الثغرات التي تكون سبباً للاختلاف ، ويدفع الضرر عن المتعاقدين والمتخاصمين^(٢) ، بينما ترك ماتندر حوادثه وتقل المحاكمات فيه ، كالجنایات والسير والمهادنة والجزية والحدود^(٣) .

(١) صفحة ٥٩١ ، ف ٧٤٨

(٢) صفحة ٤٩٤ ، ف ٥٩٦

(٣) صفحة ٦٩٢ ف ١٠٠٠

١٣ - أما من الناحية الموضوعية فقد جمع أقوال أئمة الشافعية وآراءهم في كتابه القيم ، واطلع - كما يبدو من كلامه - على كل ما كتب في أدب القضاء ، من المصادر الفقهية العامة ، كالأم للإمام الشافعي ، ومختصر المزني ، ونهاية المطلب لإمام الحرمين ، والحاوي للماوردي ، والمهذب للشيرازي ، والبسيط والوسيط للغزالي ، وكذلك اطلع على ما ألف من مصنفات خاصة في أدب القضاء في المذهب الشافعي ، كصنف الإصطخري ، وابن القاص ، والقفال الشاشي ، والعبّادي ، والهروي ، فجمع بين هذه المصادر ، وصاغ مافيهما بأسلوب رصين ، وعبارة قوية واضحة ، ويبدو تأثره الواضح واعتماده الظاهر - مع التلخيص والتصرف بالعبارة - على الماوردي في أدب القاضي من كتابه الحاوي الكبير ، وقد يشير إليه أحياناً ، ويصرح كثيراً^(١) .

أهداف المصنف وخطته :

١٤ - كان هدف ابن أبي الدم من كتابه أن يجمع أحكام أدب القضاء في المذهب الشافعي ، باختصار من جهة ، وبالنص على الأحكام المهمة والمبادئ العامة في المذهب من جهة ثانية ، وأنه يريد أن يضرب بعض الأمثلة التطبيقية ، أو يذكر نماذج من التوثيقات والشروط ... التي تتضمن الأسس العامة في كل جانب ، أو في كل نوع من العقود ، ويصرح - في أكثر من موضع - أنه لا يريد التوسع والإحاطة والتفصيل ، لأن من لا يدرك القليل ليقبس عليه ، فلا يفيد الكثير ، ويبغي أن يكون كتابه جامعاً مبسطاً ، يحتاج إليه الطالب والعالم والفقير والمتفقه .

ويمكننا أن نستعرض خطة المصنف ، ومزايا كتابه ، بالأمور الآتية :

(١) وتكفي المقارنة بين الكتابين لتظهر قوة أسلوبه وحسن ترتيبه ، انظر : مقدمة المقدم وصفته ولزومه ،

صفحة ٨٩ ف ٢٣ وما بعدها .

١٥ - منطق القاضي : يتكلم المصنف بمنطق القاضي ، ويستفيد من خبرته في القضاء ، وتجربته العملية في ذلك ، ورأيه جيد لا بأس به^(١) .

١٦ - الواقعية والبعد عن الأمور النظرية : وهذه الصفة فرع عن سابقتها ، وهي من شية القضاة الذي يتصلون بالناس ، وينظرون في التعامل اليومي ، وكانت خبرته القضائية مناراً له في اختيار الأحكام الشرعية والآراء الفقهية التي يتعرض لها القاضي ، كما صرح كثيراً^(٢) ، مثال ذلك أنه بعد أن ذكر شروط القاضي ، وخاصة شرط الاجتهاد ، بين أن هذه الشروط غير متوفرة ، وأنه يصح تولية العالم الذي يعرف أحكام مذهبه^(٣) .

١٧ - تعدد الأقوال في المذهب : يأتي ابن أبي الدم بالأقوال الكثيرة ، وآراء الأصحاب في المذهب ، ويوفق بينها ، ويوجه كل قول^(٤) ، وقد التزم هذا في أغلب الحالات ، فكان يكثر من ذلك في كل مسألة جزئية ، وفي كل فرع ، ويبين مافيه من الوجهين أو القولين أو أكثر ، ويذكر كل قول وينسبه إلى صاحبه مع التعليل ، وبيان القول أو الوجه الراجح ، على أنه في كثير من الأحيان كان يسكت عن الترجيح ، ويكتفي بذكر القولين أو الوجهين في المسألة ، ويشير أحياناً إلى غرضه في ذلك ، فيقول : وهذا الوجه بعيد ، لكننا نذكر هذه الوجوه لغرابتها وحسنها ، وحصرها والاطلاع عليها^(٥) .

١٨ - المقارنة مع المذاهب : كان - رحمه الله - يقارن في المسائل مع المذاهب الأخرى ، بأسلوب يسوده التسامح والاحترام لأئمة المذاهب ، ولكن

(١) انظر صفحة ١١٩ وما بعدها ، ١٢٧ ، ١٢٩ ، ٣٠٤ .

(٢) صفحة ٨١ ف ١٣ ، ١٥٥ ، ٤٩٦ ف ٥٩٦ .

(٣) صفحة ٧٦ ، ٨٠ ، ٨١ ، وانظر بشكل خاص تقده العنيف للافتراضات الخيالية صفحة ٤٤١ ف ٥٠٥ .

(٤) صفحة ٨١ - ٨٣ ، ٣٣٥ .

(٥) صفحة ٢٣٥ ، ٤٧٦ .

لا يشير إلى المذهب الحنبلي وأقوال الإمام أحمد ، إلا نادراً ، وكان في نقله أقوال وآراء المذهبين الحنفي والمالكي دقيقاً وأميناً ، وقد تتبعناه في ذلك ، فلم نجد له إلا بعض المسائل التي نسب القول فيها للإمام أبي حنيفة ، أو للإمام مالك خلافاً للشافعي ، بينما يتفق الإمام مالك مع الإمام الشافعي في حكمها ، منها :
أولاً : عدم العمل بكتاب القاضي إذا مات أو عزل المكتوب إليه^(١) .

ثانياً : الشفعة لمن يشترك في ممر الدار^(٢) .

ثالثاً : رهن المشاع ، فقد أشار إلى « جوازه في مذهبنا ، خلافاً للمذهبين » ، علماً بأن مذهب الإمام مالك الجواز ، وأنه يوافق الشافعية في ذلك^(٣) .

رابعاً : نقل رأي أبي حنيفة بعدم سماع شهادة شاهد الفرع على شهادة شاهد الأصل ، حتى يزكيه هذا الفرع^(٤) ، وهذا رأي الإمام محمد بن الحسن ، وهو المرجوح في المذهب الحنفي ، وأما المختار الراجح فهو رأي الإمام أبي يوسف ، وهو أن شهادة الفرع تقبل ، وإن لم يعدل الأصل ، وهو الموافق لرأي الشافعية^(٥) .

خامساً : نقل الاتفاق بين الشافعية والحنفية في سماع الدعوى على الغائب

(١) فقرة ٥٨٢ .

(٢) فقرة ٨٨٥ .

(٣) فقرة ٦٦٨ .

(٤) فقرة ٤٥٥ صفحة ٤١٠ ، ٤١١ .

(٥) نقل المحصفي الحنفي رحمه الله في كتابه « الدر المختار » قولاً للشافعي وهو رأي المزني المرجوح في المذهب ، (انظر : صفحة ٤٠٤ هامش ٨) ، وهذا الأمر يقع كثيراً في كتب الفقه ، فينقل أحدهم رأياً عن غير مذهبه ، وقد يكون النقل خطأ ، أو أن هذا الرأي لأحد علماء المذهب ، وقد يكون رأياً مرجوحاً ، أو ضعيفاً في المذهب ، فينقله على أنه رأي المذهب ، ولهذا منع العلماء نقل الآراء المذهبية من غير كتب المذهب نفسه .

في مسافة القصر^(١) ، بينما يرى الحنفية عدم جواز القضاء على الغائب عن مجلس القضاء مطلقاً ، وهو ما نقله المصنف بعد ذلك عن الحنفية^(٢) .

١٩ - وقد خالف المؤلف الصواب في نقاط محصورة ، تعقبته فيها ، وبينت الصواب في كل منها^(٣) ، وهذا لا يعيب الكتاب ، ولا ينقص من فضل المصنف ومكانته العلمية ، فالعظيم من تحصى أخطاؤه ، وتعدُّ هفواته ، فقامت بتحقيق هذه المسائل ، وبينت القول الصحيح فيها ، مع ذكر المراجع والمصادر في ذلك .

٢٠ - ذكر القواعد الأصولية : كان ابن أبي الدم - رحمه الله - يتعرض أحياناً للمسائل الأصولية ، فيحررها ، ويبين أن الاختلاف في الفروع ناتج عن الاختلاف في الأصول ، وهو منشأ النزاع بين الفقهاء^(٤) ، ثم يحرر القاعدة الأصولية ويشرحها ، ويبين مناط الخلاف ، وتحقيق الأقوال ، ونتائج الاختلاف الواقع فيها ، مثاله : مسألة : هل المجتهد المصيب واحد أو أكثر^(٥) ؟

٢١ - الدقة العلمية : وفوق كل ذلك فقد كان يحرر المسائل الفقهية تحريراً دقيقاً ، ويفصلها تفصيلاً أصولياً ، فيبين منشأ الخلاف ، ويعين الأحكام المتفق عليها ، والحالات المختلف فيها ، ويذكر آراء الفقهاء في كل ذلك .

٢٢ - قوة الشخصية : ويظهر من خلال البحث شخصية ابن أبي الدم في فقرات الكتاب ، وذلك أنه ينقل الأقوال والاختلافات ، ويوجه كل قول ، ثم يبين رأيه وتعليقه بصراحة وجراً ، ويعلله بما يقتنع به ، أو بما يراه مناسباً

(١) فقرة ٢٦٨ .

(٢) فقرة ٢٧٣ ، فقرة ٢٧٤ .

(٣) صفحة ٧١ ، ١٤٤ ، ١٤٨ ، ٢٦١ ، ٤٧١ ، ٤٧٣ ، ٥٤٣ ، ٥٩٤ .

(٤) فقرة ١٢٩ .

(٥) فقرة ١٢٢ .

مع الواقع والحياة ، أو متناقضاً مع مجريات الأمور ، وينقد هذه النصوص بمنظار العالم المطلع ، والقاضي الخبير^(١) ، مثال ذلك أنه تقل واختصر كلام الماوردي في مقدمة عقد القضاء ولفظه ولزومه بأسلوب جيد ، ثم عقب على الماوردي ، وبين المسائل التي يخالفه فيها^(٢) ، مع الالتزام بأخلاق العلماء ، وتواضع الأتقياء ، واحترام المشايخ^(٣) .

٢٣ - الابتكار : لم يكن ابن أبي الدم يعتمد على مجرد النقل ، بل كان له - أحيانا - ابتكارات يشير إلى عدم النص عليها من سبقه ، وأنها من بنات فكره^(٤) .

٢٤ - الترجيح بين الأقوال : وكان يحقق بعض المسائل ، مبيناً مناط الخلاف ، ثم يبين ما يراه صالحاً للتطبيق ، أو أقوى دليلاً ، أو أسدّ نظراً ، أو أقرب قياساً وموافقة لغيره من الأحكام أو المقدمات أو الأشباه والنظائر^(٥) .

٢٥ - الأسلوب القويم : أما أسلوبه فهو منطقي تربوي علمي ، فينتقل من المعلوم إلى المجهول ، ومن البسيط إلى المركب ، ومن المقدمات إلى النتائج ، فكان في مطلع كل فصل أو باب يقدم له بمقدمة تتعلق به ، أو بقاعدة عامة تنضوي تحتها المسائل ، وكان في نهاية كل فصل يمهّد للفصل الذي يليه ، وكان لا يغفل عن بيان غايته وغرضه من البحث ، سواء فيما أثبتته أو فيما تعمد إغفاله ، وأسلوبه رصين متين ، وفيه أدب رفيع^(٦) .

(١) فقرة ٧١ ، ٧٢ ، ٧٨ ، ٢٢٥ ، ٢٤٤ ، ٢٦٧ ، ٢٨٤ .

(٢) فقرة ٢٣ وما بعدها ، ٤٧١ ، ٥٨٩ .

(٣) فقرة ٤٧٤ / ٢ ، ٥٨٤ .

(٤) فقرة ١٤٥ ، ٦٢٢ ، ٧٢٦ ، وانظر بمحة القيم عن القيمة ، فقرة ٥٢٩ .

(٥) فقرة ٨٧٧ .

(٦) انظر : الفقرات ١ - ٢ ، ١٨ ، ٢١ ، ٣٥ ، ٣٦ ، ٣٩ .

٢٦ - أمانته العلمية : سبق القول أن المصنف اطلع على غالبية المؤلفات في الموضوع ، ورجع إلى مصنفات كثيرة في المذهب ، فكان أميناً في نقله منها ، وإيرادها في خلال كلامه ، وكان يذكر أسماء المؤلفين كثيراً ، وفي بعض الأحيان يذكر اسم الكتاب فقط ، فيقول : قال صاحب التقريب ، وقال صاحب التهذيب ، وفي التتمة ، وقال صاحب التلخيص ، وفي الانتصار كذا ، وفي البسيط أو الوسيط كذا وكذا^(١) ، وغير ذلك من الكتب الكثيرة ، والمراجع المرموقة التي لا تزال مخطوطة في دور الكتب ، لم تر النور بعد ، أو فقدت مع ما فقد من تراث الإسلام وذخائره في أيام التاريخ الأسود التي حلت في دار الإسلام والمسلمين ، سواء في الفتن الداخلية أو في الهجمات الخارجية على ثغور البلاد ، وعواصم الدولة الإسلامية .

عمل القضاة في بناء صرح الفقه الشامخ :

٢٧ - وكان القضاة باستمرار يرددون الفقه والفقهاء بمعين لا ينضب من الأحكام والقواعد التي تتبع من الواقع ، وتستمد أسسها وجذورها من مقاصد الشريعة ونصوصها المحفوظة ، ويحق لنا أن نقول : إن جهود القضاة في التصنيف والتأليف والشروح يشكل شطر تراثنا الفقهي في مختلف المذاهب ، وإن كتب الفقه ناطقة وشاهدة على صدق ما نقول ، وكان دافعهم إلى ذلك حماية الحقوق ، والفصل بين الأفراد ، والصمود والإصرار على الحق ، لا يخافون في الله لومة لائم ، مع كل ما يتعرض له القاضي ، أحياناً ، في سبيل ذلك ، من عزل وإهانة ، ومضايقة واضطهاد ، وسجن ونفي وقتل .

مكانة الكتاب التشريعية ، وفائدة نشره :

٢٨ - لئن كان هذا الكتاب يمثل الذروة في المذهب الشافعي من جهة ،

(١) انظر فهرس الكتب الواردة في النص في آخر الكتاب .

وفي الفقه الإسلامي من جهة أخرى ، فإنه لا يقل عن ذلك من الناحية التشريعية في العصر الحاضر الذي تعيش فيه أمتنا العربية والإسلامية مرحلة خطيرة ، وتقف فيها على مفترق الطرق ، وهي تنشأ النهضة والتقدم الفكري والحضاري والثقافي والقانوني ، وتتطلع إلى إصدار التشريع المناسب ، واختيار الأحكام والقوانين والأنظمة التي تحقق لها الآمال العريضة ، وتضمن الحياة الرغيدة لأفراد المجتمع ، وتحفظ لهم حقوقهم ، وتصون أنفسهم ، وتحمي أرواحهم ، وتؤمن لهم العدل والأمن والطمأنينة ، فيأتي هذا الكتاب ليقدم للمشروع في البلاد العربية والإسلامية أنموذجاً مثالياً في نظام القضاء من الناحيتين العلمية والعملية ، ويضع بين يدي رجال التشريع أثراً فريداً في القضاء والمرافعات وأصول التقاضي ، ويقرب للأذهان الصورة الواقعية التي تجري عليها الدعاوى ، بدءاً من رفعها ، وانتهاءً بإصدار الحكم وتنفيذه والوصول إلى غايته .

٢٩ - وهذا الكتاب في مجموعه لا يختلف كثيراً عن القواعد العامة في المرافعات وأصول المحاكمات التي تسربت إلينا من الغرب إبّان الاستعمار البغيض ، وبقيت نافذة في بلادنا حتى اليوم ، على الرغم من جلاء المستعمر عن الوطن ، وعلى الرغم من المساوئ الكثيرة ، والأعباء الثقيلة التي يزرخ تحتها المواطن العادي ، كالأجراءات المعقدة ، والمواعيد المسترسلة في أروقة المحاكم ، ودور القضاء^(١) .

٣٠ - وهذا الكتاب يعتبر مرجعاً خصباً للقضاة والمحامين ورجال القضاء ، في حل المشاكل والمعضلات الكثيرة التي يواجهونها في أعمالهم ، ويمتاز - عما وصل إلينا من الشرق والغرب - أنه من وضع وتصنيف وترتيب سلفنا

(١) انظر : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، للمحقق : ص ٩٣ ، ٩٧ ، ٣٨١ .

الصالح ، وأنه يعالج الأمور بحسب البيئة الخاصة ، والتقاليد والعادات التي يعيشها المواطن العربي اليوم ، كما يتضمن خصائص وميزات الفقه الإسلامي^(١) ، ذلك أن التنظيم القضائي في الإسلام يختص بخاصية فريدة ، ويمتاز بميزة عظيمة ، تؤكد سموه ، وتؤمن تطبيقه ، وتواكب سيره في إقامة الحق والعدل بين الناس ، وتصون أحكامه ، وتضمن تطبيقه وتنفيذه ، وتكفل نزاهته واستقامته ، وهي اعتماده على العقيدة والأخلاق ، فالعقيدة أساس القضاء والأخلاق غذاؤه ، ويظهر ذلك في كل مرحلة ، وفي كل جانب من جوانب القضاء ، سواء في ذلك عند اختيار القاضي ، أو رفع الدعوى ، أو معاملة الخصوم ، أو في إصدار الحكم ، أو في تنفيذه ، وهذا ما يعبر عنه بالجانب التعبدي في الأحكام الشرعية ، وهو السبب في ظهور اصطلاحين يعرفان بالاعتبار القضائي ، والاعتبار الدياني ، وما ذلك إلا لأن الأحكام الشرعية ، ومنها التنظيم القضائي في الإسلام ، يستمد أحكامه من الديانة التي تربي الضمير ، وتخطب الوجدان ، وتصلح الظاهر والباطن ، وتقوّم السلوك ، وتفرض العبادات ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية تشارك القوانين الوضعية في الاعتبار القضائي ، فإنها تمتاز عنها ، وتنفرد بالاعتبار الدياني ، والمعنى الروحي ، وأساس فكرة الحلال والحرام ، والثواب والعقاب ، التي تقوم عليها عقيدة المسلم ، وتجعل من وازعه الديني مراقباً له في حياته عامة ، وفي القضاء والدعوى والإثبات والأحكام خاصة ، كما تمتاز الشريعة بقيامها على الأخلاق التي تعتبر عنوان المسلم في حياته ، ورائدته في معاملاته مع الآخرين ، ولذلك كانت أحكام الفقه الإسلامي تستند إلى دعامتين متينتين هما العقيدة والأخلاق ، أو الوازع الديني والوازع الخلقي ، وقد حرص الإسلام على غرس العقيدة قبل التكليف بالأحكام ، لأنها الحامي لصحة التنفيذ ، وحسن

(١) انظر : التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، للمحقق : ص ١٩ .

السلوك ، والبعد عن الانحراف ، وهي الرقيب على الطاعة الحقيقية في التطبيق ، ولذلك فإن العقيدة وتعاليم الأخلاق ذواتا أثر عظيم وخطير في مجال القضاء ، وإن وجود العقيدة ، والتحلي بالأخلاق ، يعتبران المهام الأساسية في القضاء ، والاطمئنان إلى صحته وسلامته .

٣١ - والشريعة الإسلامية دين وقانون ، وهما قيمان متعاونان متكاملان ، يلتقيان في شخصية الفرد المسلم ، فالناحية الروحية ، في العبادة والتربية والأخلاق ، تتصل بخفايا النفوس ، وتكوّن المسؤولية أمام الله تعالى الذي يعلم السر وأخفى ، كما تتمزج القواعد الخلقية والقواعد الدينية مع القواعد التشريعية .

مخطوطات الكتاب :

٣٢ - وكتاب « الدرر المنظومات » ، الذي تقوم بتحقيقه ونشره ، كتبه ابن أبي الدم ، وأملاه على طلابه ، ويظهر أن النسخ الأصلية قد فقدت مع ما فقد من تراث الإسلام ، وإنني أعتمد في التحقيق على ثلاث نسخ ، إحداها في دار الكتب المصرية بالقاهرة ، وهي الأصل ، والثانية في المكتبة الأهلية بباريس ، واطلقت عليها نسخة ف ، والثالثة في المكتبة الظاهرية بدمشق ، واطلقت عليها نسخة ب ، وتقدم تعريفاً بكل نسخة مع بيان الوصف الحالي لها .

دراسة النسخة الأصلية :

٣٣ - هذه النسخة هي النسخة الوحيدة الكاملة في العالم - فيما أعلم - التي وصلت إلينا ، وهي من كتابة محمد بن محمد بن بهادر ، كتبها سنة ٨٤٦ هـ^(١) .

(١) لم أجد في كتاب الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، للسخاوي ، ترجمة للاسم المذكور ، وإنما ذكر ترجمة باسم محمد بن علي بن محمد بن بهادر ، الكمال بن العلاء ، ناصر الدين القاهري ، الشافعي القادري ، ويعرف بالطويل ، وقد جمع الفقه والحديث والنحو والقرآن والعربية وغير ذلك ، ويظهر أنه ليس هو الناسخ ، (انظر : الضوء اللامع :

وهذه النسخة إحدى مخطوطات دار الكتب المصرية ، تحت رقم ١٢ فقه حنفي حلیم ، ونسبت إلى مخطوطات المذهب الحنفي خطأ ، وذلك أن المؤلف كان يقارن مع المذهبين الحنفي والمالكي ، فتوهم مراقب المخطوطات بذلك ، وصنفها في المذهب الحنفي ، وهي ضمن مكتبة حلیم التي ضمت إلى دار الكتب ، وصورت الدار المخطوطة برقم ٣٤٦ ، وعدد الأوراق ١٤٦ ورقة ، بقياس ١٨ × ٢٤ سم ، وفي كل صفحة ٢٥ سطراً^(١) ، وأخذت هذه النسخة إلى الخابئ ، واحتفظت الدار « بيكروفيلم » لها تحت رقم ٢٦٢٤ ، وقد حصلت على نسخة من « الميكروفيلم » وكبرته ، واعتمدت عليه .

٣٤ - وهذه النسخة جيدة بشكل عام ، وتميل النفس إلى الاعتقاد بالصحة الكاملة لنصوصها ، وذلك أنه ثابت بين سطورها أنها قوبلت على نسخة مقابلة على نسخة المصنف^(٢) ، ووجد على الهامش تصحيحات وتصويبات ، مع استدراك النقص فيها ، وأن كتابة هذه النسخة التي بين أيدينا قريبة العهد من حياة المؤلف ، كما أثبت كاتبها المقابلة في الهامش بلفظ « بلغ مقابلة » في عدد كبير من الصفحات ، وإن نسبة هذا الكتاب إلى المصنف أمر لا يتطرق إليه شك ، فقد ذكر ذلك كل من تكلم عن حياة ابن أبي الدم ، كما أن معظم فقهاء الشافعية نقلوا عنه في أبواب الدعوى والقضاء والإثبات بالشهادة واليمين .

٣٥ - ولكن هذه النسخة التي بين أيدينا لم تنج من عوادي الزمن وحوادث الأيام ، فأصابها العفن والرطوبة التي أتت على أجزاء من الورقات الأخيرة منها ، وكانت الرطوبة شديدة في الورقتين الأخيرتين ، مما دعا القائمين

(١) على الصفحة الأولى ذكر لبعض ملاك الكتاب ، بعضها ظاهر واضح مقروء ، وبعضها مشطوب عليه ، وأقدم تاريخ للتلك عليها عام ٩٣١ هـ ، كما كتب على الصفحة الأولى اسم الكتاب ، واسم مؤلفه ووفاته ، نقلنا عن كشف الظنون .

(٢) انظر صفحة ٢٩٨ من هذا الكتاب ، هامش ٢ .

على المخطوطات في دار الكتب إلى إصلاح العطب ، وإصاق قطعتي ورق على مكان الإصابة ، فطمس الكلام تماماً ، فأتمت النقص من النسخة الثانية ، وقد اعتمدت على هذه النسخة في التحقيق ، واعتبرتها هي الأصل ، وهي مكتوبة بخط نسخ ، ويندر فيها التنقيط والشكل ، وفي بعض الأحيان يكون الشكل خطأ .

نسخة ف :

٣٦ - ويوجد لهذا المخطوط نسخة في المكتبة الأهلية في باريس برقم ٩٩٦ ، وكتب على الصفحة الأولى منها : كتاب أدب القضاء ، الشيخ الإمام العلامة قاضي القضاة ، شرف الدين ، ابن أبي الدم الشافعي ، رحمه الله ، وجاء في الصفحة الأخيرة منها : وكان الفراغ من تعليقه في اليوم المبارك ، نهار السبت ، عاشر شوال المبارك ، سنة اثنتين وخمسين وثمان مائة ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

٣٧ - وأحضرت « الميكروفيلم » لهذه النسخة من فرنسا ، ويتكون من ١٥٧ ورقة ، وفي كل ورقة ١٩ سطراً ، ولم يُذكر عليها اسم الناسخ ، وقد كتبت سنة ٨٥٢ هـ ، وهو وقت قريب من نسخة الأصل ، أي بعدها بست سنوات فقط ، ويظهر من المقابلة أنها مأخوذة من أصل آخر غير الأصل الذي نقلت منه المخطوطة السابقة .

٣٨ - وهذه النسخة جيدة مكتوبة بخط نسخ واضح مقروء ، الشكل فيها كثير ، وفيها سقط كثير جداً ، وقد يسقط منها كلمة أو كلمتان ، وأحياناً يسقط سطر وسطران ، وفي بعض الأحيان بضعة أسطر ، ولا يوجد عليها ما يدل على أنها قوبلت على الأصل المنقولة عنه .

٣٩ - وهذه النسخة ناقصة في وسطها ، فقد ترك الناسخ كتابة الباب السادس بأجمعه ، وهو بعنوان : في الشروط المكتتبه في المحاضر والسجلات

والكتب الحكيمية ، ويتكون هذا الباب من ثلاثين ورقة في نسخة الأصل (٩١ / ب - ١٢١ / أ) ، وهو من (٤٩٤ - ٥٩٠) من هذا الكتاب ، وانتقل الناسخ فوراً إلى خاتمة الكتاب ، ورقة ١٢٦ / أ من النسخة ف ، على الرغم من أنه ذكر خطبة المؤلف في أول الكتاب ، وأنه رتبته على مقدمة وستة أبواب وخاتمة .

٤٠ - وقد استفدت من هذه النسخة كثيراً ، واعتمدت عليها بما يلي :

١ - صححت منها بعض الألفاظ والاصطلاحات والعبارات التي وردت في نسخة الأصل خطأ ، أو يغلب على الظن فيها الخطأ ، أو لا تتفق مع السياق والمعنى ، ووضعت اللفظ أو العبارة المأخوذة من نسخة ف بين قوسين ، هكذا () ، وأشارت في الهامش إلى مقابله في الأصل .

٢ - قابلت بين النصين بشكل كامل ، وأثبت الفرق بينهما ، فإن اتفق النصان فذلك من فضل الله وتيسيره ، وإن اختلف اللفظ أو العبارة بين الأصل ونسخة ف قارنت بينهما ، فإن ثبت لدي - قطعاً - صحة الأصل أثبتته ، ولا أشير في الهامش إلى نسخة ف إلا نادراً ، وفي حالات قليلة ، بغية الاختصار ، وخشية الإطالة بما لا فائدة منه ، وإن ترجح لدي - بناء على الظن الغالب - عبارة الأصل فقد أثبتته في المتن ، وأشارت في الهامش إلى عبارة أو لفظة نسخة ف ، ليكون أمام القارئ وجهتان محتملتان مع ترجيح الأولى ، وإن ترجح لدي - على الظن الغالب - العبارة في نسخة ف فقد أثبتتها في المتن ، ووضعتها بين قوسين () ، وأشارت في الهامش إلى نص الأصل ، وإن تساوى الأمران والاحتمالان في الأصل وفي نسخة ف ، أبقيت عبارة الأصل في المتن ، وأشارت إلى نسخة ف في الهامش ، وإذا كانت عبارة الأصل صحيحة واضحة ، ولكن يوجد في نسخة ف لفظ أو عبارة أخرى تدل على معنى صحيح آخر ، فإني أذكره غالباً في الهامش : فأقول : وفي نسخة ف كذا .

٣ - اكلت من نسخة ف ما وجدته ناقصاً أو ساقطاً أو متأكلاً أو مطموساً في نسخة الأصل ، ووضعت ذلك ضمن قوسين () ، وأشرت في الهامش أن اللفظ أو العبارة من نسخة ف .

نسخة ب :

٤١ - وهي عبارة عن ورقات محدودة منقولة من كتاب أدب القضاء ، لابن أبي الدم ، ضمن كتاب يتحدث عن أحكام النكاح ، وقد عثرت على هذه النسخة أثناء البحث والتفتيش عن نسخ الكتاب في فهارس المخطوطات ودور الكتب ، فقد وجدت أثناء بحثي في المكتبة الظاهرية بدمشق بطاقة تحمل العنوان التالي : « كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم » ، ورقم المخطوطة ٤٣٨٢ عام ، وفي السطر الثاني كتب على البطاقة : فصول متفرقة منه ، نقلت في الثلث الأخير من كتاب في أحكام النكاح لعله للرواياني .

٤٢ - وبعد الاطلاع على هذه المخطوطة تبين لي أنها لا تحمل اسم المؤلف ، وأنها ناقصة من أولها بمقدار ملزمتين ، وكتب على ورقة الغلاف بقلم رصاص رقمها ، وهو ٤٣٨٢ ، وكتب بقلم رصاص على الوجه الثاني من ورقة الغلاف : كتاب في أحكام النكاح وفروعه ، نمرة ١٤٧ .

٤٣ - والمخطوط يبحث عن أحكام النكاح ، ويبدأ الكلام - في القسم الموجود - عن اختيار الزوجة ... وفي الورقة ٩٢ وضع الناسخ عنواناً بالأحمر : فصول متفرقة من كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم ، فنقل حوالي عشرين ورقة ، ثم تابع كلامه عن ولاية الزواج ، وولاية المال والنفقات ، اعتباراً من الورقة ١١٢ / أ .

٤٤ - ويظهر لي من مقابلة هذه النسخة مع نسخة الأصل ونسخة ف أن هذه الورقات منقولة إما من نسخة ف مباشرة ، وإما أنها منقولة من الأصل

الذي نقلت عنه نسخة ف ، وهذا يشير إلى أن نسخة ف الموجودة في فرنسا مأخوذة من دمشق إبان الاستعمار الفرنسي لسوريا ، وجاء في آخر هذه النسخة ، في الورقة ١٤١/أ ، ما يلي : قال مؤلفه رحمه الله : فرغت من تعليقه بعد عصر ثاني أيام التشريق سنة إحدى وتسعين وسبع مائة ، وكان الفراغ من تعليق هذه النسخة يوم السبت ، ثاني جمادى الثانية ، عام إحدى وثمانين وثمان مائة ، والحمد لله وحده .

٤٥ - ومؤلف هذا الكتاب مجهول ، وما ورد من نسبه للروياتي خطأ فاحش ، لأن الروياتي صاحب البحر توفي سنة ٥٠٢ هـ^(١) ، والروياتي القاضي ، هو شريح ابن عم صاحب البحر ، توفي سنة ٥٠٥ هـ^(٢) ، بينما ثبت في آخر المخطوطة أن مؤلفها فرغ منها سنة ٧٩١ هـ ، وينقل عن الروضة للنووي ، المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ، والعز ابن عبد السلام ، المتوفى سنة ٦٦٠ هـ ، وغيرهما من توفي في القرن السابع ، وينقل عن الروياتي كثيراً ، مما دفع كاتب البطاقات إلى نسبة الكتاب إليه .

والنسخة بشكل عام قديمة ، وقد أكلت الأرضة بعض جوانبها ، ويظهر في أولها آثار الرطوبة والعفونة على الجوانب ، ولكن الخط واضح ومقروء .
أما القسم المنقول عن ابن أبي الدم فهو فصول متفرقة وغير مرتبة من أدب القضاء ، وكان المصنف يتصرف في العبارات ويحذف ما لا يراه لازماً ، ويختصر الجمل ويعقب عليها أحياناً بقوله : قلت^(٣) .

٤٦ - واعتمدت على هذه النسخة في التحقيق بإصلاح بعض الألفاظ ،

(١) طبقات الشافعية الكبرى : ١١٥/٧ .

(٢) المرجع السابق : ١٠٢/٧ .

(٣) انظر ورقة ٩١/ب من هذه النسخة .

واستكمال بعض العبارات ، وأشرت إليها باسم « نسخة ب » عند اللزوم ، وذلك في إتمام معنى ، أو ترجيح أحد الاحتمالات للعبارة ، دون أن أملاً الصفحات بالهوامش التي تبين سقوط حرف أو زيادة كلمة لا تؤثر ، ولا تضر في المعنى ، مثل عبارات الترحيم والترضي التي أثبتتها هذه النسخة باستمرار ، إلا إذا كانت العبارة تحمل معنى ثانياً ، فأشير إليه .

اصطلاحات ابن أبي الدم في « الدرر المنظومات » :

٤٧ - كان المصنف رحمه الله يشير إلى كثير من المصادر والمراجع ، ويرمز إلى العلماء والقضاة باختصار ، ويستخدم بعض الاصطلاحات والرموز فيها ، وهي في مجملها مصطلحات معروفة في المذهب الشافعي ، وذكرها كثير من فقهاء الشافعية في مقدمات كتبهم^(١) ، نستعرض بعضها فيما يلي :

أولاً - أبو إسحاق : يطلقه على ثلاثة أشخاص مفرقاً بينهم بما يلي :

١ - إذا قال : الشيخ أبو إسحاق ، فيقصد الشيرازي صاحب « المهذب » و « التنبيه » ، المتوفى سنة ٤٧٨ هـ .

٢ - إذا قال : الأستاذ أبو إسحاق ، فيريد إبراهيم بن محمد الإسفرايني ، المتوفى سنة ٤١٨ هـ .

٣ - وإذا أطلق ، وقال : أبو إسحاق ، فيعني إبراهيم بن أحمد المروزي ، المتوفى سنة ٣٤٠ هـ .

ثانياً : أبو علي : إذا أطلقه أراد به أبا علي السنجي ، وقد يذكره بلفظ « الشيخ أبو علي » .

(١) انظر : معني المحتاج : ١٢/١ ، المجموع شرح المهذب : ١٠٧/١ .

ثالثاً : أصحابنا : تقل هذا اللفظ عن أبي نصر ، وقال : وهذا دليل على وقوع الخلاف عندنا (أي في المذهب) .

رابعاً : يشير إلى الاختلاف في الحكم في المذهب الشافعي بعبارات ، منها : لفظة « قولين » للدلالة على وجود الاختلاف عند الإمام الشافعي رحمه الله ، ولفظة « وجهين ، أو أكثر » للدلالة على الخلاف بين الأصحاب ، وهم من بلغوا مرتبة الاجتهاد في المذهب ، ولفظة « قيل » للدلالة على القول الضعيف ، ويعبر عن الراجح بلفظ : الأصح أو الصحيح أو المذهب ..

خامساً : طريقة العراق : وهي إحدى طريقتين للمذهب الشافعي ، في القرن الرابع والخامس الهجريين ، بزعامته أبي حامد الإسفرايني (٤٠٦ هـ) ، والطريقة الثانية : هي طريقة خراسان بزعامته القفال المروزي (٤١٧ هـ) ، ثم جاء الشيخ أبو علي السنجي (٤٣٠ هـ) ، تلميذ القفال ، فجمع بين الطريقتين ، بعد أن درس في العراق على الشيخ أبي حامد الإسفرايني أيضاً ، وقد تركت هاتان الطريقتان أثراً ظاهراً واتجاهاً بارزاً في كتب المذهب الشافعي ومصنفات علمائه فيه .

عملي في التحقيق :

٤٨ - يتجلى العمل في التحقيق بالنظر في الكتاب من حيث النص ، ومن حيث الدراسة والهوامش التي تمت على النص ، ويمكن تلخيص ذلك بما يلي :

أ - تقويم النص وإصلاحه ، لإظهاره بأفضل عبارة ، أو صياغة ، أو ترتيب ، يتفق مع المعنى ، ومع مقتضى الأسلوب ، وبما يناسب الأحكام الشرعية الصحيحة ، وذلك بالاعتماد على كتب الفقهاء التي تتناول الموضوع ، وبالمقارنة مع الكتب التي اقتبس منها بعض النصوص ، كالمهذب والتنبيه

للشيرازي ، والوجيز للغزالي ، والأم للشافعي ، ومختصر المزني ، وأدب القاضي
للماوردي .

٢ - ضبط المفردات اللغوية والاصطلاحات الفقهية ، بالرجوع إلى معاجم
اللغة وكتب الاصطلاحات والكشافات ، مثل كتاب التعريفات للجرجاني ،
وموسوعة كشاف اصطلاحات الفنون للتهانوي ، وتعليقات النووي على
التنبيه ، وأثبت بالهامش معنى الكلمات الغامضة ، وتعريف الاصطلاحات
الفقهية ، وأعجمت الكلمات بوضع النقط في محلها^(١) .

٣ - ذكرت أرقام الآيات القرآنية الكريمة ، وموردها في السور ، وأكملت
الآيات التي وردت ناقصة ، وهذا أمر له أهميته من ناحية العقيدة ، كما هو
ظاهر .

٤ - حققت وخرجت الأحاديث الشريفة التي ذكرها المصنف ، أو أشار
إليها ، أو ضمنها كلامه ، وذلك بالاعتماد على أمهات كتب السنة ، وهي
الصحاح الستة ، وعلى مصادر كتب التخريج والتبويب ، مثل نصب الراية
للزيلي ، والتلخيص الحبير لابن حجر ، ونيل الأوطار للشوكاني ، وسبل
السلام للصنعاني ، والفتح الكبير للسيوطي ، وتيسير المنفعة لفؤاد عبد الباقي ،
ومفتاح كنوز السنة لعبد الباقي أيضاً ، وذخائر المواريث للنابلسي ، وغيرها .

٥ - تحقيق المسائل العلمية وذلك بأمرين :

الأول : بيان المراجع الفقهية المعتمدة التي تتفق مع نقل المصنف في إظهار
الأقوال المتفق عليها ، والقول الراجح أو المعتمد في المذهب .

الثاني : بيان القول الأصح ، أو الوجه الراجح ، أو الدليل الأقوى في

(١) انظر فهرس المصطلحات والمفردات في آخر الكتاب .

المذهب ، وذلك في كثير من الحالات التي يذكر فيها المصنف قولين أو وجهين أو ثلاثة ، دون أن يبين الراجح أو الأصح منها ، وذلك بالرجوع إلى كتب المذهب المحققة ، كالمناهج للنووي وشروحه .

٦ - السعي بقدر الإمكان لتحقيق النصوص التي اقتبسها المصنف من كتب سابقه ، وذلك أن كثيراً من الكتب التي اعتمد عليها قد فقدت ، كما سيظهر من الفهارس ، وكانت الإشارة إليها إحياءً لاسمها ، وذكرى لأصحابها ، وبعضها لا يزال مخطوطاً في دور الكتب والمتاحف الأثرية والبيوتات المجهولة ، دون إمكان الرجوع إليها ، وماعدا ذلك فقد أجهدنا أنفسنا في البحث عن الكتب والنصوص التي اعتمد عليها أو أشار إليها ، متى وقع تحت أيدينا ، وخاصة « كتاب الأم » للشافعي ، و « المهذب » للشيرازي ، و « الحاوي الكبير » للماوردي .

٧ - تعرض المؤلف للمقارنة والموازنة لبيان أقوال المذاهب الأخرى ، وقد حققت هذه المسائل ، ورجعت إلى كتب كل مذهب التي يعتمدها أصحابه ، وبينت المصادر والمراجع التي يمكن الاطلاع عليها للتوسع في هذه المسائل ، مثل : رد المحتار لابن عابدين ، وبدائع الصنائع للكاساني ، وفتح القدير لابن الهمام ، ودرر الحكام لمن لا خسرو ، ومختصر الطحاوي ، في الفقه الحنفي ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، والفروق للقرافي ، وتحفة الحكام ، وشرح ميارة ، وحاشية العدوي ، وبلغة السالك ، وقوانين الأحكام الشرعية ، وتبصرة الحكام ، وبداية المجتهد ، في الفقه المالكي ، والمغني لابن قدامة ، والمحزر في الفقه ، وكشاف القناع ، والقواعد لابن رجب ، والإفصاح لابن هبيرة ، في الفقه الحنبلي ، ومغني المحتاج ، ونهاية المحتاج ، وشرح المحلي ، والمجموع ، والمهذب ، وحاشية البجيرمي ، وحاشية الباجوري ، وجواهر العقود ، في الفقه الشافعي .

٨ - ترجمت لجميع الأعلام والشخصيات التي وردت في الكتاب ، وبذلت جهداً كبيراً في استقصاء ذلك ومعرفة الأشخاص المقصودين في النص ، وذلك أن المصنف كان يكتفي أحياناً بذكر اللقب الذي يشترك فيه عدد كبير من الأعلام ، كالجرجاني والحاملي والحضري ، ولم آل جهداً في البحث عن حياة هؤلاء ، وتاريخ ولادتهم ووفاتهم ، وشيوخهم وتلاميذهم ، ومكانتهم الاجتماعية والعلمية ، ومؤلفاتهم ، وطرفٍ من أخبارهم ، وبينت بعد كل ترجمة المصادر التي رجعت إليها ، أو اطلعت عليها ، لمن يريد التوسع في ذلك ، مثل : وفيات الأعيان ، وفوات الوفيات ، وطبقات الشافعية الكبرى ، والدرر الكامنة ، والضوء اللامع ، والبدر الطالع ، والنجوم الزاهرة ، والبداية والنهاية ، وحسن المحاضرة ، ونكت الهميان ، والمعارف ، والأعلام ، وغير ذلك .

٩ - أتمت النقص الواقع في المخطوطة ، وخاصة في الورقات الأخيرة منها التي تعرضت للتلف والرطوبة والأرضة ، وذلك بما يتفق مع العبارات المتقطعة الموجودة ، وبالرجوع إلى النسخة الثانية التي أحضرت من فرنسا صورة عنها ، كما اعتمدت على نسخة ب في إكمال بعض العبارات والجمل والأحكام .

١٠ - وضعت عناوين للمسائل التي تحدث عنها المصنف وذكرها تحت عنوان عام وشامل ، أو جاءت عرضاً واستطراداً في حديثه ، وتأكيداً للأمانة العلمية ، وحفظاً لعبارات المصنف فقد وضعت هذه العناوين وجميع الجمل والعبارات التي أكملتها وأضفتها من عندي ضمن معقوفتين هكذا [] ، بينما وضعت المفردات والجمل التي وجدتها في الهامش ، أو من نسخة ف أو نسخة ب ، بين قوسين هكذا () ، كما وضعت أرقاماً متسلسلة للمفردات ليسهل الرجوع إليها والإحالة عليها .

١١ - عملت في آخر الكتاب فهرس تفصيلية للموضوعات والمراجع

والآيات والأحاديث ، والأشخاص والكتب والمصطلحات التي وردت في النص .

صعوبات التحقيق :

٤٩ - لقد واجهت صعوبات جمة في تحقيق هذا المخطوط ، وإخراجه على الوجه الذي أنشده ، وهذه الصعوبات تواجه كل إنسان يسير في طريق التحقيق ، وخاصة في المخطوطات النادرة والقديمة ، وأهم هذه الصعوبات اثنتان :

الأولى : أن دار الكتب المصرية قد عبأت معظم المخطوطات الثمينة والنادرة والقديمة في صناديق ، وأرسلتها إلى الخبائى والكهوف السرية ، من أجل الحفاظ عليها وتأمين سلامتها من الاعتداءات الطائشة من العدو الصهيوني اللئيم ، كما قامت المكتبة الظاهرية بنفس العمل ، فوضعت مخطوطات المذهب الشافعي في صناديق مقفلة لا يمكن الاطلاع عليها ، وبذلك استحال الرجوع إلى المخطوطات التي أشار إليها المؤلف ، أو أحال عليها ، أو اعتمد عليها ، أو احتاج إليها النص .

الثانية : أن المصنف كثيراً ما يشير إلى كتب مفقودة لا يوجد لها أثر في دور الكتب ، ولا في فهرس المخطوطات الموجودة بين أيدينا ، وهذا يعرقل الخطة التي سرت عليها بتحقيق الأقوال التي وردت في كلام المصنف ، أو تحقيق النصوص التي أخذها من غيره ، وذلك مثل : « التعليقة » للقاضي حسين ، و « التلخيص » لابن القاص ، و « الشرح الكبير » للشيخ أبي علي السنجي ، و « أدب القاضي » للإصطخري .

٥٠ - وأخيراً .. هذا هو كتاب « الدرر المنظومات في الأفضية والحكومات » ، لابن أبي الدم ، أقدمه بين يدي القارئ ، وقد سعت أن

يكون قريباً من الكمال ، وملبياً لحاجة القارئ ، سواء أكان طالباً أو باحثاً أو عالماً أو قاضياً أو محامياً ، على أمل أن أتلقى كل تصويب ، أو وجهة نظر علمية ، أستفيد منها ، أو يستفيد منها القارئ في الطبعة الثانية ، وأضع هذا الكتاب بين يدي الفقيه والقانوني ، ليكون مثلاً وأ نموذجاً لتنظيم القضاء في الإسلام .

ولا يسعني إلا أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى مجمع اللغة العربية بدمشق ، الذي تفضل بالموافقة على إصدار هذا الكتاب ونشره ، مساهمة منه بإحياء التراث الإسلامي الزاخر ، وإنقاذ المخطوطات الكثيرة ، وأبراز النواحي الحضارية في تاريخنا ، لنصل بين ماضي هذه الأمة وحاضرها ، ونرسي حجر الأساس لمستقبلها ، كما أشكر لجنة التراث في المجمع ، وأشكر جميع الأساتذة والزملاء الذين أسدوا إليّ معروفاً ومساعدة في هذا الكتاب . راجياً الله تعالى أن يقبل منا هذا العمل في خدمة الشريعة الغراء ، وأن يكون خالصاً لوجهه الكريم ، ومُدخراً لنا في صحيفة الأعمال ، يوم لا ينفع مالٌ ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

محمد مصطفى الزحيلي

كلية الشريعة بدمشق



در خلافت و مذهب و غیر مطالبه
در خلافت و مذهب و غیر مطالبه
در خلافت و مذهب و غیر مطالبه

کتاب

ادب القضاء وهو الدرر المنظومات في الانصبة والحکومات

مصنفه شیخ الاسلام قاضی القضاة شهاب الدین
ابن عبد الله بن عبد المنعم بن علی بن محمد بن مالک

فقہ حنفی
علم

مؤید فانک بن محمد بن زید بن ابی الدلم

الهدای الموی مصنف شرح الوشیط

و غیره ولد سنة ۱۰۸۰ م

و بیضا حاه و توفی فی ۱۱۰۰ م

جماد الاخره سنة ۱۱۰۰ م
و ستاندره

الکتاب
قسطی
مکتوب

کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی



کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی

م

۱۱۶۷

کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی

کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی

کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی

کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی



کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی
کتاب الفقه الی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شهدت العقول بقدرة ووجدانته، ووقفت دُونَ
إدراك جلاله وعظمته، الذي ابتدع المخلوقات بديع حكيمته،
وصور الكائنات بلطيف صنعته، وكلف الخلائق الاعترافَ
بربوبيته، وأمرهم بالاتباع دينه وشريعته أجمل على توالي نعمته
وأشكر على توالي الآيه ومنته، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا
شريك له شهادةً شريفةً، فأبلىها منازلة كرامته، وأشهد أن محمداً
عبد ورسوله أطهر البرية مولداً، وأطيبهم محمداً، وأصلبهم محمداً
وأرفعهم علماً، من اصطفاه الله جل جلاله من خلقه وأرضاه لنبوته
ورسالته، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأعزته وأعزته
فأولى ما عملت فيه التاريخ، وعلمت بدلائل انكار الباطل، وعنى
العالم بجمعهم وتصنيفه، واجهد نفسه في ترتيبه والتقييم، ما فيه
صلاح العواقب، ونجاح المطالب، وسهولة المناقب، وعلو المراتب،
وهو علم فروع الشريعة من الحلال والحرام، والواجب والمندوب،
وأخصها بالأولوية علم الأفضلية والأحكام المتداولة بين القضاء
والحكام، فإن الانتداب للاصلاح بين المتخاصمين والانتصاب للمطالب
من المظلوم فيما جري بين المتخاصمين من فصل المراتب وأرواح الطامعات
وقد كان جماعة من اصحابي المشتغلين بعلم المذهب سألوا وضع كتاب
في آداب القضاء ضمن جملة من احكامه وآداب وجهه من الدعاوي

ما مره فتمطت بجانها ولعززها بالاجنبي عما اذا تزوجت الام بمثل
 الحضانة كبر الوالد في حضانة الشهور لا وفيه وجهان فاقط ولا
 حتى تموت ~~الاجنبي~~ الحضانة لمدة ام الام فترجحت مجد
 الطمحين ~~الاجنبي~~ والمفروق بينه وبين العم على الخواص
 الحضانة ~~الاجنبي~~ زوجها فلاحق لمدة على
 الوصي ~~الاجنبي~~ لا يقطع حق الحضانة برضى
 الاب وقد تجرت هذه المسئلة قول الله تعالى وقد رته ولطنه وما ينبغي
 بعد هذا من ابواب الفقه فهو اما جنائيات وما يتعلق بها او سيرها ذمه
 وجزية او خذود وكل هذا ما سنذكره وادنه ونقل المحاكمات فيه وما ورا
 هذا من الاقضية والدعاوى والبيانات والشهادات فقد ذكرنا من مسائله
 ما فيه الكفاية اذ هذا الكتاب موضوع له وكان الغرض من ذلك
 المسائل المذهبية ان تسهل تناولها من على الوكيل الذي وضعه ملازمة
 مجالس المحاكم والانتضا للمحاضرات في الاحكام وقما يكون من هذا شأنه
 مبرز في علم المذهب حافظا له متقنا لتواعده قادر اعلى الاستطلاع على
 المسائل من كتب الفقه المصنعة فيه ولا سيما الشروح المطولة فانما احكام
 الغامضات في العلم البرزخية والفقهاء الحافظين المتقنين لتواعده واول
 وفروعه ففني عن جملة هذا الكتاب والتطريفه فان هذا الكتاب قليل
 من كثير لا يعري العالم عن الاضافة بها والله عز وجل هو المتول ان يعفينا

من الزمان وبوقتنا الصالح القول والعمل

بمنه وكرمه . وكان الفراغ من نسخه

سابع عشر شهر شوال

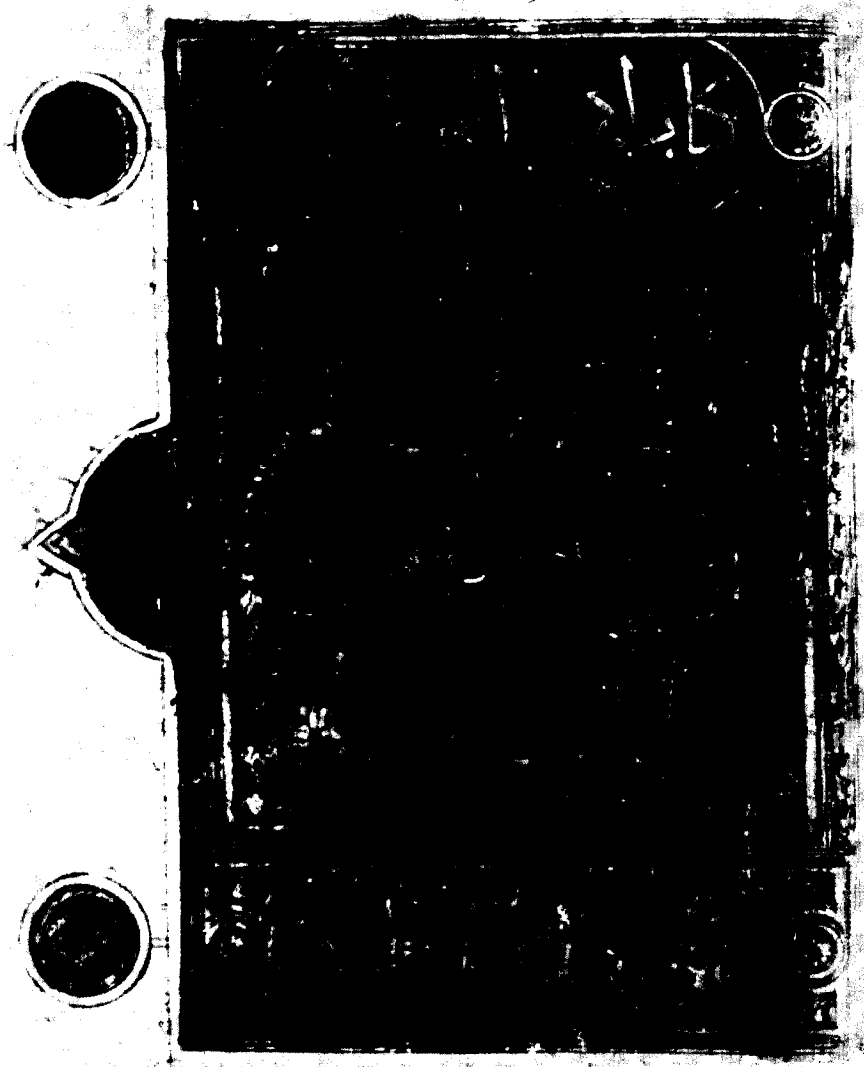
سنة وربعين مائة

على يد الفقير الى الله تعالى محمد بن محمد بن بكير

عزله له ولوالديه ولجميع المسلمين

وَمَلُوتٌ عَلٰى اٰمَلٍ الْخَلْقِ سَيِّدُنَا مُحَمَّدًا وَصِيْبُهُ وَمَلَكُهُ هَبْنَاهُ نَوْمَ النَّوْمِ

الصفحة الأخيرة من نسخة دار الكتب المصرية «الأصل»



صورة الغلاف من نسخة المكتبة الأهلية بباريس « نسخة ف »

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شهدت العقول بقدومه ووجدانيته . ووقفت دون اذراكه
جلاله وعظمته ، الذي ابتدع المخلوقات بديع حكمته . وصور الكائنات بطريق
صنعه ، وكلف الخلايق الاعتراف برؤيته ، وامرهم بانباغ دينه وشرعته
اجمده على توالي نعمته ، واشكره على تواتر الاية وصفته ، واشهد ان لا اله
الا الله وحده لا شريك له شهادة تواليها ما نزل كرامته . واشهد ان محمدا
عنده ورسوله اطهر البرية مولدا واطيبهم محمدا واصلهم معجا وارفعهم علما من اضلما
الله جل جلاله من خلقته ، وارتضاه لنبوته ورسالته . صلى الله عليه وعلى اله
تؤتي قلوبها شريف شفاعته وبعد فان اولها عملت فيه القراح . وعلقت
به الابتكار اللوايح . وعني العالم بجمعها وتصنيفه . واجهد نفسه في ترتيبه واليفة
ما فيه صلاح العواقب . وساجح المطالب وسهول الناقب وعلو المراتب . وهو عظيم
فروع الشريعة من الحلال والحرام والواجب والمندوب واخصها بالاولوية
علم الانضية والاحكام المتداولية بين الفضاة والحكام . فان الاستدباب للاصلاح بين
المحاكين والانتصار للظلم من الظالم فيما يجري بين المتخاصمين من افضل القربات
وارفع الطاعات وقد كان جماعة من اصحابي الشغلين على تعلم المذهب الشافعي
ثالوا وضع كتاب في ادب الفضاة ضمن جملة من ادابه واحكامه وبدء من الندوب
والبينات وما يجري لدى الحكام من المصوبات وطروا من علم الشروط الموسومة
فلا العصري في هذا الشأن واستمرسوا لهم ذلك مدة سنين والموانع تمنع والانت مال
بتنفيذ المذهب وتحقيقه بشغل من ذلك ويقطع فان علم المذهب هو المنة العليا
وتحصيله المنة الفضوي اذ هو النافع في الدنيا والاخرى وما زال خوالهم يتكروم مرة
بعد اخرى الى ان اضعفت الله تعالى واستخرنه واستمددته توفيقه وهدايته
واجبت سؤالم وانصفتم طلبهم لوجوب حقهم وتعينه وعلقت ما حضر في فم
العلم من المسائل المحسنة القدرية . والفروع المستحسنة العينية المذكورة في بيان
طريقي الجرائد وخراسان . والتي اغنيي بجمعها من فم من لمة الزمان . وما اضطر
عليه الحكام من المراسم الشرعية . والوقايح الحكيمه . جلالكثرة وتوالي غزيرة .

منه على الوكيل وصفة ملازمة مجالس المحاكم والانتصاب للمخاصمات في
الأحكام وحكما يكون من مذاكرة في علم المذهب حافظا له متقنا
لخواصه قادرا على الاستطلاع في المسائل من كتب الفقه المصنفة
فيه ولا سيما الشروح المطولة فأما الحاكم العالي المرتبة في العلم
المهرفيه والفقيه الحافظ المتقن لخواصه وأصوله وفروعه

٤ فعني عن جملة هذا الكتاب والتظريف فان هذا الكتاب ٤

٥ قليل من كثير لا يوي العالم من الإحاطة بها ٥

٥ والله تعالى هو المسؤول ان يعصمنا من الزلل ٥

٥ ويوفقنا لصالح القول والتعل ممت ٥

٥ وكرمه وكان الفراغ من ٥

٥ تعليقه في اليوم المبارك هذا ٥

٥ السبت عاشر شهر شوال ٥

٥ المبارك سنة اشكان ٥

٥ وخمسين وثمان ٥

٥ ههنايه وصبناه ٥

٥ بالله ونعم ٥

٥ الوفاء ٥

٥ كرامه ٥

م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[مقدمة المؤلف]

١ - الحمدُ لله الذي شهدَ العقولُ بِقَدَمِهِ وِوحدانيته ، ووقفتُ دون إدراكِ جلاله وعظمتِه ، الذي ابتدع المخلوقات ببدیع حکته ، وصور الكائنات بلطيف صنعته ، وكلفَ الخلائق الاعتراف بربوبيته ، وأمرهم باتباع دينه وشريعته ، أحده على توالي نعمته ، وأشكره على تَوَاتُرِ آلائِهِ (وَمِنْتِه)^(١) ، وأشهدُ أن لا إله إلا الله وحده لا شريكَ له ، شهادة تبوئُ قائلها منازل كرامته ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أظهر البرية مؤلداً ، وأطيبهم محمداً^(٢) ، وأصلبهم معجماً^(٣) ، وأرفعهم علماً ، من اصطفاه الله جل جلاله من خليقته ، وارتضاه لنبوته ورسالته ، صلى الله عليه وعلى آله (وأصحابه وعترته)^(٤) صلاة تؤتي قائلها شريفَ شفاعته .

٢ - وبعد : فإنَّ أُولَى ما أَعْمِلت فيه القرائح ، وَعَلِقْت به الأفكار اللواقح ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وصفته .

(٢) المحمّد : الأصل والطبع ، والخالص الأصل ، من حمّد حتدا كان خالص الأصل فهو حمّد ، (القاموس

المحيط : ٢٨٦/١ ، المنجد : ١١٧) .

(٣) مَعْجَمًا : رجل صلب المعجم كقعد : أي شديد عند الاختبار والتجربة ، أو شديد النفس (القاموس

المحيط : ١٤٧/٤) .

(٤) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

وعني العالم بجمعه وتصنيفه ، وأجهد نفسه في ترتيبه وتأليفه ما فيه صلاح العواقب ، ونجاح المطالب ، وسمو المناقب ، وعلو المراتب ، وهو علم فروع الشريعة : من الحلال والحرام ، والواجب والندوب ، وأخصها بالأولية علم الأفضية^(١) ، والأحكام المتداولة بين القضاة والحكام ، فإن الانتداب للإصلاح بين المتحاكين ، والانتصار للمظلوم من الظالم فيما يجري بين المتخاصمين ، من أفضل القربات ، وأرفع الطاعات .

٣ - وقد كان جماعة من أصحابي المشتغلين عليّ بعلم المذهب الشافعي سألوا وضع كتاب في أدب القضاء ، يتضمن جملة من آدابه وأحكامه ، ونبذة من الدعاوي والبيانات وما يجري لدى الحكام من الخصومات ، وطرفاً من علم الشروط^(٢) المرسومة بين علماء العصر في هذا الشأن ، واستمر سؤالهم ذلك مدة سنين ، والموانع تمنع ، والاشتغال بتنقيح المذهب وتحقيقه يشغل عن ذلك ويقطع ، وإن علم المذهب هو المرتبة العليا ، وتحصيله النيئة القصوى ، إذ هو النافع في الدنيا والأخرى ، وما زال سؤالهم يتكرر مرة بعد أخرى ، إلى أن استعنت الله تعالى واستخرته ، واستمدته توفيقه وهدايته ، وأجبت سؤالهم ، (وأسعفت^(٣)) طلبتهم ، لوجوب حقهم وتعينه ، وعلقت ما حضرنى من هذا العلم من المسائل الحسنة الغريبة ، والفروع المستحسنة العجيبة ، المذكورة في

(١) علم القضاء : هو علم باحث عن آداب تختص بالقضاة ، وقد اعتنى العلماء بشأن القضاة فأوردوا آداب القضاء في تصنيف مستقل ، (مفتاح السعادة : ٦٠٠/٢) .

(٢) علم الشروط هو من فروع الفقه ، وهو علم يبحث فيه عن إنشاء الكلمات المتعلقة بالأحكام الشرعية ، وعن كيفية سوق الأحكام الشرعية المتعلقة بالمعاملات في الرقاع والدفاتر ليحتج بها عند الحاجة ، (انظر مفتاح السعادة : ٦٠٠/٢ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٧٥٢/٣ وما بعدها) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأسعفتهم .

طريقتي العراق وخراسان^(١) (التي)^(٢) اعتنى بجمعها من تقدم من أئمة الزمان ،
 (وذكرت مما)^(٣) اصطلاح عليه الحكام من المراسم الشرعية ، والوقائع الحكيمية ،
 جملاً كثيرةً وفوائد غزيرةً [٢ / أ] ينتفع بها الحكام وتابعوهم من الكتاب
 والوكلاء ، والمتداعيين المتناظرين ، ثم أتبع ذلك (ذكر)^(٤) أمثودجات في علم
 كتابة الشروط على مصطلح بلادنا وزماننا ، مع موافقته لاصطلاح من تقدم
 في المعنى ، وفي كثير^(٥) من الألفاظ ، إلا في الألفاظ القليلة [التي]^(٦) يستدل
 الكاتب المتيقظ بها على ما سواها ، ويتعرف بها ما عداها ، قضاءً لحقهم إذ هم
 أجل الأصحاب ، ورجاء من الله جل جلاله جزيل الأجر والثواب .

هذا ، مع أن هذا العلم هو على الحقيقة (كالغلاوة في)^(٧) بقية علم المذهب
 وغيره ، والله تعالى يعصمنا^(٨) من الزلل ، ويوفقنا^(٩) للصواب في القول
 والعمل ، بمنه وكرمه .

(١) انقسم علماء الشافعية في أسلوب البحث والاجتهاد والتفريع في القرن الرابع والخامس الهجريين إلى
 طريقتين ، طريقة العراق بزعامة أبي حامد ، أحمد بن محمد بن أحمد ، الاسفراييني (ت ٤٠٦ هـ) ، وطريقة خراسان أو
 المراوزة بزعامة الامام أبي بكر ، عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، المعروف بالففال الروزي (ت ٤١٧ هـ) ، وتلميذه
 القاضي حسين بن محمد بن أحمد المروروزي (ت ٤٦٢ هـ) ، وكان علماء خراسان إذا أطلقوا مذهب الحديث أرادوا به
 مذهب الشافعية ، ثم جاء الشيخ أبو علي ، الحسين بن شعيب بن محمد السنجي (ت ٤٢٠ هـ) ، من تلاميذ الففال وجمع
 بين طريقتي العراق وخراسان .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والتي .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وفي الأصل : وبما اصطلاح ، وفي هامش الأصل : ذكرت . صح .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بذكر .

(٥) في نسخة ب زيادة : وذكرت من كثير .

(٦) اللفظ ساقط من الأصل ، ومن نسخة ف .

(٧) غلاوة الشيء : بالضم أرفعه ، وعلم القضاء من أجل العلوم قدراً وأعزها مكاناً وأشرفها ذكراً ، وفي الأصل

كالغلاوة على ، وما أثبتته في الأعلى من نسخة ف .

(٨) في نسخة ف : يميم .

(٩) في نسخة ف : يوفق .

ا خطة الكتاب | :

٤ - وهو مرتبّ على ستة أبواب ، كلُّ باب منها يتضمّن فصلاً^(١) .

الباب الأول : في صفة القضاء .

الباب الثاني : فيما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود^(٢) .

الباب الثالث : في الدعاوي والبيّنات ومجامع الخصومات .

الباب الرابع : في الشهادات .

الباب الخامس : في إنهاء ما جرى عند الحاكم المتنازع^(٣) لديه إلى قاض آخر .

الباب السادس : في الشروط المكتتبه من المحاضر والسجلات والكتب الحكيمة ، وكتب الابتیاعات والوثائق والإجراءات وغير ذلك .



(١) في الأصل : فصلاً فيه .

(٢) في نسخة ف : فيما يجب على الحاكم والشهود والخصوم ، وما في الأصل أصح لأن هذا الباب للحديث عن

واجبات الحاكم في الشهود والخصوم .

(٣) في نسخة ف : المتنازع .

البابُ الأوّل

في

صفة القضاء

وفيه أربعة فصول

الفصلُ الأوّل

فما ورد فيه من الآيات والنصوص والآثار في التّرجيب فيه والنهي عنه ، واختلاف العلماء في إجابة من يصحّ تقليده القضاء إذا دُعِيَ إليه ، وامتناعه عنه ، أيها أولى ؟

[التّرجيب في القضاء] :

٥ - القضاء تَلَوُ^(١) النبوة ، وخلق الله تعالى الخلق ، وكلفهم الأخذ بالشرائع ، وابتعث^(٢) رسله صلوات الله وسلامه عليهم قضاةً ؛ ليحكموا بينهم ، قال الله تعالى : ﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ ، وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ ، لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِيمَا اخْتَلَفُوا

(١) التلو : ما يتلو الشيء ، والتلّو : التابع ، ورجل تلو كعدو لا يزال متبعاً ، والتلو الرفيع ، (القاموس

المحيط : ٣٠٦/٤) .

(٢) في نسخة ف : وبعث .

فيه ﴿^(١)﴾ ، وقال تعالى لرسوله محمد المصطفى ﷺ : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ] بما أنزلَ اللهُ [^(٢)﴾ ^(٣)﴾ ، وقال تعالى : ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللهُ ﴾ ^(٤)﴾ ، وقال تعالى : ﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى ﴾ ^(٥)﴾ ، وذمَّ قوماً على امتناعهم من إجابة ^(٦) داعي الحاكم إلى مجلس حكمه ، فقال تعالى : ﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴾ ^(٧)﴾ ، ومدح آخرين على إتيانهم إليه ^(٨)﴾ ، مُذْعنين إليه ^(٩)﴾ ، مُنْقَادين لرسْلِ القضاة ، قائلين سمعاً وطاعة ، إذا دعاهم القاضي إلى إتيان ^(١٠) مجلس حكمه وقضائه ^(١١)﴾ ، فقال تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ﴾ الآية ^(١٢)﴾ ، فاستحب بعض أصحابنا من ههنا أن يقول من دعاه القاضي : سمعاً وطاعة ، وقال [ب / ٢] عليه السلام : « إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ ، وَإِنْ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ » ^(١٣)﴾ ، وإنما أوجر على اجتهاده وبذل وسعِهِ ، لا على خطئه ، وقال عليه

(١) سورة البقرة / ٢١٣ .

(٢) مابين القوسين بياض في الأصل .

(٣) سورة المائدة / ٤٩ .

(٤) سورة المائدة / ٤٨ .

(٥) سورة ص / ٢٦ .

(٦) في هامش الأصل : قف على ذم من امتنع عن اجابة داعي . قال الزمخشري : « منعه الشيء ومنع منه

وعنه وامتنع منه » ، (أساس البلاغة : ٩١٧) .

(٧) سورة النور / ٤٨ .

(٨) في نسخة ف : إليهم .

(٩) نقص لفظ « إليه » في نسخة ف .

(١٠) نقص لفظ « إتيان » في نسخة ف .

(١١) نقص لفظ « وقضائه » في نسخة ف .

(١٢) سورة النور / ٥١ ، وتام الآية : ﴿ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾ .

(١٣) رواه البخاري ومسلم وأبو داود وابن ماجه والشافعي عن عمرو بن العاص ، ورواه الترمذي والنسائي عن =

السلام : « القضاة ثلاثة : اثنان في النار ، وواحد في الجنة ، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، وقاض قضى بجهل فهو في النار ، وقاض عرف الحق فجار فهو في النار »^(١) ، وقال عليه السلام لمُعَاذٍ^(٢) ، حين بعثه إلى اليمن : « كيف تقضي إن عرض لك قضاء ؟ قال : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : (فبِسُنَّةِ)^(٣) رسول الله ، قال : فإن لم يكن ؟ قال : اجتهد رأيي ، ولا آلو^(٤) ، ف ضرب صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول (رسول الله)^(٥) لما يرضيه »^(٦) ، وما ورد من السنة في الترغيب في القضاء قوله عليه

= أبي هريرة ، واللفظ عند الجميع « إذا حكم الحاكم فاجتهد » ورواه الحاكم عن عمرو بلفظ « إن أصبت فلك عشرة أجور » (انظر : صحيح البخاري مجاشية السدي : ١٨١ / ٤ ، صحيح مسلم شرح النووي : ١٢/١٢ ، سنن أبي داود : ٢٦٨/٢ ، سنن النسائي : ١٩٧/٤ ، تحفة الأحوذني : ٥٥٥/٤ ، سنن ابن ماجه : ٧٧٧/٢ ، بدائع المنن : ٢٣١/٢ ، المستدرک : ٨٨/٤) .

(١) رواه أبو داود وقال : هذا أصح شيء فيه ، (سنن أبي داود : ٢٦٨/٢) ، وابن ماجه واللفظ له ، (سنن ابن ماجه : ٧٧٧/٢) ، والحاكم في (المستدرک : ٩٠/٤) وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم ، وزاد فيه : قالوا فما ذنب هذا الذي يجهل ؟ قال : ذنبه أن لا يكون قاضياً حتى يعلم ، وذكر الصنعاني في (سبل السلام : ١١٥/٤) ، وابن حجر في (التلخيص الحبير : ١٨٥/٤) أنه رواه الأربعة ، بينما اقتصر الشوكاني في (نيل الأوطار : ٢٣٣/٨) ، والزليفي في (نصب الراية : ٤ ص ٦٥) : على رواية أبي داود وابن ماجه والحاكم ، ولم أجد في كتاب الأقضية في سنن الترمذي والنسائي شيئاً من ذلك .

(٢) معاذ بن جبل ، أبو عبد الرحمن ، الصحابي الأنصاري الخزرجي ، الإمام المقدم في علم الحلال والحرام ، وروى عن النبي ﷺ أحاديث ، روى عنه عدد من الصحابة وكبار التابعين ، وشهد بدمراً وهو ابن إحدى وعشرين سنة ، وأمّرة النبي ﷺ على البن قاضياً ووالياً ، ودعا له النبي ﷺ عند ذلك ، وعده أنس بن مالك فين جمع القرآن على عهد النبي ﷺ ، وشهد العقبة ودمراً والمشاهد كلها ، وكانت وفاته بالطاعون في الشام سنة سبع عشرة أو التي بعدها ، وعاش أربعاً وثلاثين سنة ، (انظر : الإصابة : ٩٠٦/٦ ، الاستيعاب : ١٤٠٢/٣) .

(٣) من نسخة ف ، وهو المتفق مع لفظ أبي داود والترمذي ، وفي نسخة الأصل : بسنة .

(٤) لا آلو : لا أقصر ولا أترك الجهد ، (النهاية في غريب الحديث : ٦٣/١) .

(٥) ما بين القوسين من نسخة ف وهو الموافق لنص أبي داود والترمذي ، وفي الأصل : رسوله .

(٦) رواه أبو داود في سننه (٢٧٢/٢) ، ورواه الترمذي : (٥٥٦/٤) ، وقال ليس إسناده عندي بمتصل ،

= وانظر تفصيل ذلك في (مختصر سنن أبي داود للمنذري ومعه تهذيب ابن القيم له : ٢١٢/٥ ، ونصب الراية : ٦٣/٤) ،

السلام : « لَيَوْمٍ وَاحِدٍ مِنْ إِمَامٍ عَادِلٍ أَفْضَلُ ، أَوْ خَيْرٌ ، مِنْ عِبَادَةِ سِتِينَ سَنَةً ، وَحَدٌّ يُقَامُ فِي أَرْضٍ بِحَقِّهِ أَزْكَى مِنْ مَطَرِ أَرْبَعِينَ خَرِيفاً »^(١) ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « سَبْعَةٌ يُظْلَمُهُمُ اللَّهُ فِي ظِلِّهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ ، وَذَكَرَ مِنْهُمْ : إِمَاماً عَادِلاً »^(٢) ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ : رَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ مَالاً فَسَلَّطَهُ عَلَيْهِ هَلَكَتُهُ بِالْحَقِّ ، وَرَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ الْحِكْمَةَ فَعَلَّمَهَا النَّاسَ ، وَقَضَى بِهَا بَيْنَ النَّاسِ »^(٣) ، وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « مَا مِنْ رَجُلٍ يَحْكُمُ إِلَّا وَكَّلَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ مَلَكَئِينَ ، يُسَدِّدَانِهِ وَيُرْشِدَانِهِ وَيُؤَفِّقَانِهِ ، فَإِنْ خَانَ تَرَكَاهُ وَعَرَجَا إِلَى السَّمَاءِ »^(٤) ، وَقَالَ ابْنُ

= وَقَالَ ابْنُ حَجْرٍ فِي (التَّلْخِيسِ : ١٨٢/٤) : رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ عَدِي وَالتَّطَبَّرِيُّ وَالبَيْهَقِيُّ ، وَرَوَى النَّسَائِيُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ مِثْلَ حَدِيثِ مَعَاذٍ ، (سنن النسائي : ٢٠٣/٨) ، وَانظُرْ : كِتَابَ الإِحْكَامِ فِي تَمْيِيزِ الْفَتَاوَى مِنَ الْأَحْكَامِ ، لِلْقُرَافِيِّ : ص ٣٤ .

(١) رَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ رَاهُوَيْهِ فِي مَسْنَدِهِ وَالتَّطَبَّرِيُّ فِي الْكَبِيرِ وَالْأَوْسَطِ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي الْأَمْوَالِ ، (انظُرْ : نَسَبِ الرِّيَاةِ : ٦٧/٤ ، الْأَمْوَالِ : ١٣) .

(٢) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَالنَّسَائِيُّ وَأَحْمَدُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَرَوَاهُ مَالِكٌ وَالتِّرْمِذِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَأَبِي سَعِيدٍ ، وَرَوَاهُ مُسْلِمٌ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ أَيْضاً ، وَبَقِيَّةُ الْحَدِيثِ كَمَا فِي الْبُخَارِيِّ وَمُسْلِمٍ : « الإِمَامُ الْعَادِلُ ، وَشَابَّ نَشَأً فِي عِبَادَةِ اللَّهِ ، وَرَجُلٌ قَلْبُهُ مَلْعُقٌ فِي الْمَسَاجِدِ ، وَرَجُلَانِ تَحَابَّا فِي اللَّهِ اجْتَمَعَا عَلَيْهِ وَتَفَرَّقَا عَلَيْهِ ، وَرَجُلٌ دَعَتْهُ امْرَأَةٌ ذَاتَ مَنْصَبٍ وَجَمَالَ فَقَالَ : إِنِّي أَخَافُ اللَّهَ ، وَرَجُلٌ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ فَأَخْفَاهَا حَتَّى لَا تَعْلَمَ شَهَالَهُ مَا تَفْتَقُ بَيْنَهُ ، وَرَجُلٌ ذَكَرَ اللَّهَ خَالِياً فَفَاضَتْ عَيْنَاهُ » ، (انظُرْ : صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ بِمَاجِيَةِ السَّنَدِيِّ : ١٧٠/٨ ، صَحِيحُ مُسْلِمٍ بِشَرْحِ النَّوَوِيِّ : ١٢٠/٧ ، سنن النسائي : ١٩٦/٨ ، الفتح الكبير : ١٥٣/٢ ، تحفة الأحمدي بشرح الترمذي : ٦٧/٧) .

(٣) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَابْنُ مَاجَةَ وَالبَيْهَقِيُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ بِلَفْظِ « فَهُوَ يَقْضِي بِهَا وَيَعْلَمُهَا » (انظُرْ : صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ بِمَاجِيَةِ السَّنَدِيِّ : ١٦/١ ، صَحِيحُ مُسْلِمٍ بِشَرْحِ النَّوَوِيِّ : ٩٨/٦ ، سنن ابن ماجه : ١٤٠٨/٢ ، السنن الكبرى : ٨٨/١٠) .

(٤) أَخْرَجَهُ البَيْهَقِيُّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ بِلَفْظِ « إِذَا جَلَسَ الْحَاكِمُ فِي مَكَانِهِ هَبَطَ عَلَيْهِ مَلَكَانِ يَسُدُّانِهِ وَيُؤَفِّقَانِهِ وَيُرْشِدَانِهِ مَا مِنْ يَجْرٍ ، فَإِذَا جَارَ عَرَجَا وَتَرَكَاهُ » إِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ ، وَقَالَ صَالِحُ جَزْرَةَ : هَذَا لَيْسَ لَهُ أَصْلٌ ، (انظُرْ : نَيْلِ الْأَوْطَارِ : ٣٧٢/٨ ، التَّلْخِيسُ الْحَبِيرِيُّ : ١٨١/٤) ، وَرَوَاهُ التَّطَبَّرِيُّ فِي الْكَبِيرِ ، (جَمْعُ الزَّوَائِدِ : ١٩٤/٤) ، وَرَوَى الْحَاكِمُ وَابْنُ مَاجَةَ وَالتِّرْمِذِيُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى : « إِنْ اللَّهُ مَعَ الْقَاضِي مَا مِنْ يَجْرٍ ، فَإِذَا جَارَ تَبَرَّأَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِنْهُ ، وَفِي رِوَايَةٍ : فَإِذَا جَارَ تَخَلَّى اللَّهُ عَنْهُ وَلَزِمَهُ الشَّيْطَانُ » (الْمُسْتَدْرَكُ : ٩٢/٤ ، نَيْلِ الْأَوْطَارِ : ٣٦٩/٨ ، تحفة الأحمدي : ٥٦/٤) ، وَرَوَاهُ مَالِكٌ عَنْ ابْنِ عَمْرِو ، (الْمَوْطَأُ : ٤٤٨) .

مسعود^(١): لَأَنْ أَجْلِسُ فَأَقْضِي بَيْنَ النَّاسِ بِحَقِّ وَاجِبٍ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ عِبَادَةِ سَبْعِينَ سَنَةً^(٢).

[الترهيب من القضاء] :

٦ - فهذه سنن وآثار دلت على الترغيب في القضاء ، وقد وَرَدَ من السنة ما يستحثُّ على الزَّهْدِ فِيهِ ، والرَّغْبَةِ عَنْهُ ، رُوِيَ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ جَعَلَ قَاضِيًا فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ »^(٣) ، وفي رواية « مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ » (وقيل في جوابه)^(٤) معنيان : أحدهما أَنَّهُ بتوليته يصير كالمذبوح ، لَأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُمَيِّتَ شَهْوَاتِهِ ، وَيُكْسِرَ نَفْسَهُ ، وَيَقْهَرَهَا وَيَمْنَعَهَا عَنِ التَّبَسُّطِ وَمُخَالَطَةِ النَّاسِ ، وقيل : معناه أَنَّهُ وقع في أمرٍ عَظِيمٍ يصعب عليه الوفاء بشروطه ، ومن العلماء من جعل هذا الحديث دالًّا على الترغيب في القضاء ، زاعماً أَنَّهُ يدل على أجر عظيم ، مقابل لما يعانیه من أمور القضاء ونَصَبِهِ ، تشبيهاً له بالذبح بغير سكين ، فإنه مبالغة في وصف المذبوح بأبلغ درجات الألم ، وروي عنه عليه السلام أَنَّهُ قَالَ : « يَأْتِي عَلَى الْقَاضِيِ يَوْمٌ يَوْدُ أَنْ لَمْ يَقْضِ بَيْنَ اثْنَيْنِ

(١) عبد الله بن مسعود ، أبو عبد الرحمن ، أحد السابقين الأولين للإسلام ، هاجر المجرتين وشهد بدرًا والمشاهد بعدها ، ولازم النبي ﷺ وحدث عنه ٨٤٨ حديثاً ، قال : لقد رأيتني سادس ستة وما على الأرض مسلم غيرنا ، وهو أول من جهر بالقرآن بمكة ، بعثه عمر على الكوفة ليعلمهم أمور دينهم ، وأمره عثمان عليها ثم عزله ، مات سنة ٣٢ هـ ، وله ستون سنة . (انظر : الإصابة : ١٢٧/٤ ، تذكرة الحفاظ : ١٢/١ ، خلاصة : ٩٩/٢ ، البداية والنهاية : ١٦٢/٧ ، الاستيعاب : ٩٨٦/٣ ، تهذيب الأسماء : ٢٨٨/١) .

(٢) رفعه الحجاج بن أرسطاة إلى ابن مسعود منقطعاً ، وإنما يروى عن مسروق ، (انظر السنن الكبرى :

٨٩٨٠) .

(٣) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد والحاكم وصححه الذهبي عن أبي هريرة ، (انظر : سنن أبي داود : ٣٦٨٢ ، تحفة الأحوزي : ٥٥٥/٤ ، سنن ابن ماجه : ٧٧٤/٢ ، المستدرک : ٩١/٤ ، نيل الأوطار : ٢٦٧/٨ ، نصب الراية : ٦٤/٤ ، التلخيص الحبير : ١٨٤/٤ ، سبل السلام : ١١٦/٤) ، وذكر الصنعاني وابن حجر أن الحديث رواه النسائي وصححه ابن حبان وابن خزيمة .

(٤) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : قيل فيه .

في تمرة»^(١)، وقال عليه السلام: « ما مِنْ حاكمٍ يَحْكُمُ بين النَّاسِ إلا وُكِّلَ به ملكٌ آخِذٌ بقفاه ، حتى يقفَ به على شفيرِ جهنم ، فيرفَعُ رأسَه إلى السماء ، فإن أميراً نُ يقذفُه فيهوي فيها أربعين خريفاً »^(٢).

فهذه الأحاديث يجملتها ، بعضها مرغَّب ، وبعضها مرهَب ، والمرغَّبُ منها محمول على الصالح للقضاء [٣/أ] المطبق لحملِ عبئِه ، والقيام بواجبه ، والمرهَبُ منها محمولٌ على العاجز عنه ، وعلى ذلك يحمل دخول من دَخَلَ فيه من العلماء ، وامتناع من امتنع عنه ، فقد تقلَّده بعدَ المصطفى صلواتُ الله عليه وسلامَةُ الخلفاء الراشدين^(٣) ، ساداتُ الإسلام ، وقضوا بين الناس بالحق ، ودخولهم فيه (أولُ)^(٤) دليل على علو قدره ، ووفورِ أجره ، فإن مَنْ بَعْدَهُمْ تَبَعَ لهم ، ووليه بعدَهُم أئمةُ المسلمين من أكابرِ التابعين وتابعيهم .

الامتناع عن القضاء :

٧ - ومن كره الدخول فيه من الأئمة مع فضلهم وصلاحيتهم وصلاحهم فهو محمول على مبالغة في حفظ أنفسهم ، وسلوكٍ لطريق السلامة ، فإن الأمر فيه

(١) رواه أحمد باسناد حسن والبيهقي والطبراني في الأوسط والعقيلي وابن حبان في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها ، وفيه : « أنه لم يقض بين اثنين في عمره » (انظر : نصب الراية : ٦٥/٤ ، مجمع الزوائد : ١٩٢/٤ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٨ - ٢٧٠ ، التلخيص الحبير : ١٨٤/٤ ، الفتح الكبير : ٥٢ / ٢ ، سيل السلام : ١٢٢/٤) .

(٢) رواه ابن ماجه وأحمد عن عبد الله بن مسعود بمعناه ، ورواه البيهقي في شعب الإيمان والبرار ، وفيه جالد بن سعيد ، وثقه النسائي وضعفه جماعة ، وقد ورد في معناه أحاديث صحيحة كثيرة ، (انظر : سنن ابن ماجه : ٧٧٥/٢ ، نيل الأوطار : ٢٦٩/٨ ، مجمع الزوائد : ١٩٢/٤) .

(٣) وهم الخلفاء الراشدون السابقون إلى الإسلام والمبشرون بالجنة ، وهم أبو بكر الصديق عبد الله بن عثمان بن عامر ، القرظي التيمي ، خليفة الله ﷺ ، المتوفى سنة ١٣ هـ ، وعمر بن الخطاب ، أبو حفص الصديقي ، أمير المؤمنين الفاروق ثاني الخلفاء الراشدين ، المتوفى سنة ٢٣ هـ ، وعثمان بن عفان ثالث الخلفاء الراشدين المتوفى سنة ٣٥ هـ ، وعلي بن أبي طالب ، كرم الله وجهه ، ابن عم رسول الله ﷺ وزوج ابنته فاطمة الزهراء ، المتوفى سنة ٤٠ هـ ، (انظر : الاصابة : ١٠١/٤ ، ٢٧٩ ، ٢٢٣ ، ٢٦٩ ، الاستيعاب : ١٠٣٧/٣ ، ١١٤٤ ، ١٠٨٩) .

(٤) اللفظة من نسخة ف ، وفي الأصل : أولي .

(خطيرٌ)^(١) على خطره ، ولعلهم رأوا من أنفسهم ضعفاً أو قُتوراً ، أو خافوا من الاشتغال به (الإقلال من أورداهم)^(٢) ووظائفهم من العبادات وتحصيل العلوم .

ومن امتنع من تولية القضاء ، وكره الدخول فيه بعد أن طُلب له ، إمامنا الشافعي رضي الله عنه^(٣) ، رَوَى القاضي أبو الطيب الطبري^(٤) أن المأمون^(٥) كتب إلى الشافعي يستدعيه ليوليّه القضاء في الشرق والغرب فأبى ، ودعا بالمزني^(٦) في مرض موته ونهاه عن تولى القضاء ، وأظهر له كتاب

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خطر .

(٢) في نسخة ف : الإخلال بأورداهم .

(٣) الإمام أبو عبد الله ، محمد بن ادريس ، الشافعي القرشي المطلبي ، إمام المذهب الشافعي ، كان كثير المناقب ، اجتمعت فيه العلوم من كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ وكلام الصحابة وآثارهم واختلاف العلماء ، وغير ذلك من معرفة كلام العرب واللغة العربية والشعر ، حفظ القرآن الكريم والوطأ صغيراً ، وأذن له بالإفتاء وهو ابن خمس عشرة سنة ، قال الإمام أحمد : ما أحد ممن بيده عبدة أورق إلا وللشافعي في رقبته منة ، روى عنه مسلم وأصحاب السنن الأربعة ، ومن تصانيفه الأم والرسالة والحجة ، ولد بغزة سنة ١٥٠ هـ ، وتوفي بمصر سنة ٢٠٤ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان ، ٣٠٥/٣ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١٩٣/١ ، تذكرة الحفاظ : ٣٦١/١ ، تهذيب الأسماء : ٤٤/١ ، حسن المحاضرة : ٣٠٢/١ ، الشافعي ، لاستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، الإمام الشافعي ، عبد الحلیم الجندي) .

(٤) القاضي أبو الطيب ، طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر الطبري ، كان إماماً جليلاً بجرأ غواصاً ، أحد حملة المذهب الشافعي ، تفرّد في زمانه ، وعنه أخذ العراقيون العلم ، وحلوا المذهب ، وإذا أطلق أبو اسحاق الشيرازي والعراقيون لفظ القاضي فإياه يعنون ، بينما يطلق الحراسانيون لفظ القاضي على القاضي حسين ، ولي الطبري القضاء بالكرك، وشرح مختصر المزني : وصف في الخلاف والأصول والجدل ، ولد بأمل طبرستان سنة ٣٤٨ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٠ هـ ، عن مائة وستين ولم يحتل عقله ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٢/٥ ، وفيات الأعيان : ١٩٢/٢ ، طبقات الفقهاء : ١٢٧ ، البداية والنهاية : ٧٩/١٢ ، تهذيب الأسماء : ٢٤٧/٢) .

(٥) المأمون أبو العباس ، عبد الله بن الرشيد بن المهدي ، ولد سنة ١٧٠ هـ ، سمع الحديث من أبيه ، وبرع في الفقه والعربية وأيام الناس ، ولما كبر عني بالفلسفة فجره ذلك إلى القول بخلق القرآن ، استقل بالخلافة بعد قتل أخيه الأمين سنة ١٩٨ هـ ، وكان أفضل رجال بني العباس حزمًا وعزمًا وحملاً ورأياً ودهاءً وهيبه وشجاعة ، توفي أثناء ذهابه للجهاد مع الروم . ودفن بطرسوس سنة ٢١٨ هـ ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٣٠٦ ، فوات الوفيات : ٥٠١/١ ، البداية والنهاية : ٢٧٤/١٠) .

(٦) أبو ابراهيم ، اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق المزني ، صاحب الإمام الشافعي ، ولد سنة =

المأمون ، وقال : إني لم أظهِرُهُ لأحدٍ غيرِكَ .

ومنهم سفيانُ الثوريُّ^(١) ، وأبو حنيفة^(٢) رضي الله عنهما ، رَوَى القاضي أبو الطيب أنَّ المنصور^(٣) استدعاهما وشريكاً^(٤) فهرب سفيان من الطريق ، وأحضَرَ أبا حنيفة وشريكاً فعرضَ على أبي حنيفة القضاءَ فامتنع ، وقال أنا لا أصلح له ، وعرض على شريك ، فاعتذر بعلم فأزاحها ، وقلَّده القضاءَ ، وروى أبو

= ١٧٥ هـ ، وكان زاهداً عالماً مجتهداً ، قال الشافعي : الزني ناصر مذهبي ، صنف كتباً كثيرة منها الجامع الكبير والصغير والمختصر والمنثور والترغيب في العلم وكتاب الوثائق ، توفي سنة ٢٦٤ هـ ، ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي بمقطم بصر ، (انظر : تهذيب الأسماء : ٢٨٥/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٩٢/٢ ، وفيات الأعيان : ١٩٧/١ ، الانتقاء : ١١٠ ، عجالة المتدي وفضالة المنتهى في النسب : ١١٢) .

(١) أبو عبد الله ، سفيان بن سعيد بن مسروق ، الثوري الكوفي ، أمير المؤمنين في الحديث ، أجمع الناس على دينه وورعه وزهده ، وهو أحد الأئمة المجتهدين ، عين على قضاء الكوفة فامتنع واختفى ، وروى عنه أصحاب الكتب الستة ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وتوفي بالبصرة سنة ١٦١ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ١٢٧/٢ ، تذكرة الحفاظ : ٢٠٣/١ ، عجالة المتدي : ٣٦ ، البداية والنهاية : ١٣٤/١٠ ، خلاصة تهذيب تهذيب الكمال : ٣٩٦/١ ، التاج المكلل : ٥٠) .

(٢) الإمام أبو حنيفة ، النعمان بن ثابت بن زوطي التيمي الكوفي ، أحد الإئمة المجتهدين ، ولد سنة ٨٠ هـ ، وأدرك أربعة من الصحابة ، أخذ الفقه عن حماد ، وكان عالماً عاملاً زاهداً ، كثير الخشوع ، قال الشافعي : الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة ، روى له النسائي ، توفي سنة ١٥٠ هـ في بغداد ، وقبره فيها مشهور . (انظر : وفيات الأعيان : ٣٩/٥ ، تذكرة الحفاظ : ١٦٨/١ ، مفتاح السعادة : ١٩٢/٢ ، البداية والنهاية : ١٠٧/١٠ ، تهذيب الأسماء : ٢١٦/٢ ، الطبقات السننية في تراجم الحنفية : ٨٦/١ ، خلاصة : ٩٥/٣ ، التاج المكلل : ١٣٦ ، أبو حنيفة ، أبو زهرة ، الإمام أبو حنيفة ، الجندي) .

(٣) أبو جعفر ، عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس ، ثاني خلفاء بني العباس ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وبويع بالخلافة سنة ١٣٧ هـ ، وكان مهيباً شجاعاً حازماً كامل العقل ، يشارك في العلم والأدب والفقه ، بنى مدينة بغداد ، وتوفي أثناء ذهابه للحج سنة ١٥٨ هـ ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٢٥٩ ، البداية والنهاية : ١٢١/١٠ ، فوات الوفيات : ٤٨٨/١ ، تهذيب الأسماء : ٢٠٣/٢) .

(٤) القاضي شريك بن عبد الله بن أبي شريك النخعي ، تولى القضاء بالكوفة أيام المهدي ثم عزله الهادي ، وكان عالماً فقيهاً فطناً محدثاً ذكياً فيها عادلاً في قضاؤه ، كثير الصواب ، حاضر الجواب ، ولد ببخارى سنة ٩٥ هـ ، استشهد به البخاري ، وخرج له مسلم متابعة وأصحاب السنن الأربعة ، وثقه يحيى بن معين ، توفي سنة ١٧٧ هـ . (انظر : وفيات الأعيان : ١٦٩/٢ ، تذكرة الحفاظ : ٢٣٢/١ ، خلاصة : ٤٤٨/١ ، البداية والنهاية : ١٧١/١٠ ، إجماع الأعلام ، محمود مصطفى : ١٣٥) .

جعفر محمد بن جرير الطبري^(١) في تاريخه الكبير^(٢) ، وأبو نُعَيْمِ الأصفهاني^(٣) في « حليته » ، والخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي^(٤) في « تاريخ بغداد »^(٥) أن المنصور طلب أبا حنيفة للقضاء فأبى ، فحلف المنصور ليفعلنَّ ، وحلف أبو حنيفة إنه لا يفعل ، فقال له الربيع^(٦) : يحلفُ أمير المؤمنين وتحلف أنت !؟ فقال : أمير المؤمنين أقدر على كفارة يمينه مني ، فحبسه المنصور أياماً ، ثم أحضره ، فقال له أبو حنيفة ، يا أمير المؤمنين : أنا لا أصلح للقضاء ، فإن كنت صادقاً فلا أصلح ، وإن كنت كاذباً فلا أصلح للكذب ، فردّه إلى الحبس ، وضربه بالسياط فلم يَلِ ، فأطلقه ، هذه هي الرواية الصحيحة ، وفي رواية : أنه لما (توعده)^(٧) إن لم يَلِ أجابَ ، فولاه قضاء الرصافة التي بناها

(١) أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري ، صاحب التفسير الكبير والتاريخ الشهير وغير ذلك من كتب الحديث والأصول والفروع ، كان إماماً مجتهداً ، وكان عالماً بالتفسير والحديث والفقه والتاريخ ، ولد سنة ٢٢٤ ، وتوفي سنة ٣١٠ هـ ببغداد ، (انظر : وفيات الأعيان : ٥٤٢/٣ ، طبقات الفقهاء : ٩٣ ، البداية والنهاية : ١٤٥/١٠ ، التاج المكلل : ١٥٨) .

(٢) تاريخ الطبري : ٦١٩/٧ ، ط دار المعارف بمصر ١٩٦٦ .

(٣) الحافظ أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني ، كان من الأئمة الأعلام المحدثين ، وأكابر الحفاظ الثقات ، وكتابه حلية الأولياء من أحسن الكتب ، وله كتاب « تاريخ أصبهان » ومعجم الصحابة وصفة الجنة ودلائل النبوة وكتاب في الطب النبوي والمستخرج على البخاري ، والمستخرج على مسلم ، جمع بين الفقه والتصوف ، قال الذهبي ، صدوق ، تكلم فيه بلا حجة ، ولد سنة ٣٣٦ هـ ، وتوفي سنة ٤٣٠ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٧٥/١ ، البداية والنهاية : ٤٥/١٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١٨/٤ ، ميزان الاعتدال : ١١١/١) .

(٤) الحافظ أبو بكر ، أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد بن مهدي البغدادي ، المعروف بالخطيب البغدادي ، كان من الحفاظ المتقين ، والعلماء المتبحرين ، وصنف قريباً من مائة مصنف ، أهمها تاريخ بغداد ، فإنه يدل على اطلاع عظيم ، وكان فقيهاً ومحدثاً ومؤرخاً ، ولد سنة ٢٩٢ هـ ، وتوفي سنة ٤٦٣ هـ ، ودفن ببغداد ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢٩/٤ ، وفيات الأعيان : ٧٦/١ ، البداية والنهاية : ١٠١/١٢ ، التاج المكلل : ٣٢) .

(٥) تاريخ بغداد : ٣٢٦/١٢ .

(٦) الربيع بن يونس بن محمد بن أبي قرظة حاجب المنصور ومولاه ووزيره ، وقلده المهدي الوزارة ، ولما جاء الهادي عزله وأقره على الدواوين ، فلم يزل حتى توفي سنة ١٦٩ هـ ، وله ٥٨ سنة ، وصلى عليه الرشيد وهو ولي عهد ، (انظر : الوزراء والكتاب ، الجهمياري : ١٦٧ ، البداية والنهاية : ١٥٨/١٠) .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تواعده ، وهما بمعنى واحد ، أي هدده ، (انظر : القاموس المحيط :

(٣٤٦/١) .

المنصور لابنه المهدي^(١) ، فقعد يومين لم يأتَهُ أحدٌ ، فلما كان اليوم الثالث حضره رجلان فادعى أحدهما على الآخر درهمين وأربعة دَوَانِيقَ ، فأنكره ، فطلب يمينه ، فقال له : قل والله ، فشرع في اليمين ، فلما رأى إقدامه على اليمين ، دَفَعَ إليه من ماله ذلك ، ثم مرضَ من بعد يومين ، ثم مات بعد ستة أيام . [٣/ب] وروى الخطيب أبو بكر البغدادي أن يزيد بن عمر^(٢) بن هبيرة^(٣) ، أراد أبا حنيفة على ولاية قضاء الكوفة فأبى ، فضربه مائة سوطٍ وعشرة أسواط في كل يوم عشرة أسواط ، فلم يجبه ، فأطلقه ثم كَلَّمه في ولاية بيت المال ، فأبى ، فضربه بالسَّيَاطِ ، ثم أطلقه^(٤) ، وروى الخطيب أبو بكر أن الشافعي رضي الله عنه وليَ القضاء بنجران من بلاد اليمن يومين أو ثلاثة ، ثم حمل إلى بغداد ، وهذه رواية ضعيفة جداً ، والصحيح أن أبا حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لم يليا القضاء البتة ، غير أن أصحاب أبي حنيفة وُلُوا القضاء ، فوليه أبو يوسف^(٥) ، وهو أول من دُعِيَ بقاضي القضاة في الإسلام في ولاية

(١) المهدي : أبو عبد الله ، محمد بن المنصور ، ثالث خلفاء بني العباس ، ولد سنة ١٢٧ هـ ، درس الأدب وجالس العلماء ويوبع بالخلافة سنة ١٥٨ هـ ، وكان جواداً محبباً إلى الرعية ، تتبع الزنادقة والملحدين ورد المظالم ، عمل البريد ووسع الحرم المكي ، توفي سنة ١٦٩ هـ ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٢٧١ ، فوات الوفيات : ٤٤٨/٢ ، البداية والنهاية : ١٠/١٥١) .

(٢) في الأصل ونسخة ف : عمرو ، وهو تصحيف ، والصواب : عمر .

(٣) يزيد بن عمر بن هبيرة الفزاري ، أبو خالد ، أمير العراقيين ، أصله من الشام ، ولي قنشرين للوليد بن يزيد بن عبد الملك ، وكان مع مروان بن محمد آخر ملوك بني أمية يوم غلب على دمشق ، وجمع له ولاية العراقيين (البصرة والكوفة) ، حاربه بنو العباس حتى غلبوه وهرب إلى واسط ثم أعطي الأمان ، ثم قتله أبو جعفر المنصور بأمر من أبي العباس السفاح وهو ساجد سنة ١٢٢ هـ . وهو ابن عمر وليس ابن عمرو كما جاء في المخطوط ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢٥٧/٥) ، وانظر القصة التي ذكرها المصنف في ترجمة الإمام أبي حنيفة في (وفيات الأعيان : ٤٨/٥ ، المعارف : ٣٦٩ وما بعدها ، البداية والنهاية : ١٠/٥٤) .

(٤) تاريخ بغداد : ٢٢٧/١٣ وفيه : حدثنا عبيد الله بن عمرو عن ابن هبيرة ، وانظر : الطبقات السنية :

١١٩/١ .

(٥) الإمام أبو يوسف ، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب ، قاضي القضاة ، صاحب أبي حنيفة ، الفقيه المجتهد ، كان الغالب عليه مذهب أبي حنيفة ، تولى القضاء لثلاثة من الخلفاء ، المهدي والهادي وهارون الرشيد ، من =

موسى الهادي^(١)، ثم أقره الرشيد^(٢) عليه، ثم ابنه يوسف^(٣)، ثم محمد بن الحسن^(٤)، ومازال قضاة بغداد من أصحاب أبي حنيفة من ذلك الزمن وهلم جرا، وكانت الرياسة لهم يومئذ ببغداد، وكان أصحاب الشافعي رضي الله عنهم يكرهون الدخول فيه في قديم الزمن اقتفاءً لأثر الشافعي فيه، واقتداءً به، وكان أبو علي بن خيران^(٥)، صاحب أبي العباس بن

= سنة ١٦٦ هـ، وكان الرشيد يكرمه ويحمله، وهو أول من دعي بقاضي القضاة، وأول من غير لباس العلماء، وبث علم أبي حنيفة في الأقطار، ولد سنة ١١٢ هـ، ومات وهو على القضاة سنة ١٨٢ هـ، (انظر: وفيات الأعيان: ٤٢١/٥، تاج التراجم: ٨١، المعارف: ٤٩٩، البداية والنهاية: ١٨٠/١٠، طبقات الفقهاء: ١٣٤).

(١) الهادي أبو محمد، موسى بن المهدي بن المنصور، رابع خلفاء بني العباس، ولد بالري سنة ١٤٧ هـ، جد في قتل الزنادقة بوسية من أبيه، كان فصيحاً أديباً مهيباً شهياً، لم يل الخلافة قبله أحد أصغر منه في السن، مات سنة ١٧٠ هـ، واختلف في سبب موته، (انظر: تاريخ الخلفاء: ٢٧٩، البداية والنهاية: ١٥٩/١٠).

(٢) هارون بن المهدي محمد بن المنصور، خامس خلفاء بني العباس، تولى الخلافة سنة ١٧٠ هـ، وكان من أمير الخلفاء، وأجل ملوك الدنيا، كثير الغزو والحج، ولد سنة ١٤٨ هـ، وكان كثير الورع والعبادة، يحب العلم وأهله، ويعظم حرمت الإسلام، توفي سنة ١٩٣ هـ بطوس أثناء الجهاد، (انظر: فوات الوفيات: ٦١٦/٢، تاريخ الخلفاء: ٢٨٣، البداية والنهاية: ٢١٣/١٠).

(٣) يوسف بن يعقوب بن إبراهيم، ابن القاضي أبي يوسف، نظر في الرأي والفقه وسمع الحديث، وصلى بالناس الجمعة ببغداد بأمر هارون الرشيد، وولي القضاة بالجانب الغربي من بغداد في حياة أبيه، وقال ابن كثير: ولي قضاة الجانب الشرقي ببغداد، ولم يزل على القضاة إلى أن مات سنة ١٩٢ هـ ببغداد، (انظر: البداية والنهاية: ٣١٢/١٠، المعارف: ٤٩٩، وفيات الأعيان في ترجمة والده، ٤٣١/٥).

(٤) محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، أبو عبد الله، أصله من حرستا، قدم أبوه من الشام إلى العراق وأقام بواسط فولد له بها، ونشأ بالكوفة، وطلب الحديث في المدينة على الإمام مالك، وحضر مجلس أبي حنيفة سنين، وتفقه على أبي يوسف، وصف الكتب الكثيرة منها الجامع الكبير والجامع الصغير، والأصل أو المبسوط والسير والآثار وكتب النوادر، وكان من أفصح الناس، ودون ونشر علم أبي حنيفة، ولاة الرشيد قضاة الرقة ثم عزله عنها، وقدم ببغداد، ولد سنة ١٣٥ هـ، وتوفي سنة ١٨٩ هـ، توفي هو والكسائي في يوم واحد، فقال الرشيد: دفنت اليوم اللغة والفقه جميعاً، (انظر: وفيات الأعيان: ٣٢٤/٣، تاج التراجم: ٥٤، طبقات الفقهاء: ١٣٥، المعارف: ٥٠٠، التاج الملكل: ١٠٥، البداية والنهاية: ٢٠٢/١٠، تهذيب الأسماء: ٨٠/١).

(٥) الحسين بن صالح بن خيران أبو علي الفقيه الشافعي، كان فقيهاً متورعاً فاضلاً زاهداً من كبار الأئمة، عرض عليه القضاة فلم يقبله، وذكر ابن خلكان القصة المذكورة في المتن، توفي سنة ٢٢٠ هـ، (انظر: وفيات الأعيان: ٤٠٠/١، طبقات الشافعية الكبرى: ٢٧١/٣، طبقات الفقهاء: ١١٠، البداية والنهاية: ١٧١/١١، تهذيب الأسماء: ٢٦١/٢).

سَرِيح^(١) ، يعاتب أبا العباس بن سَرِيح على تَوَلِيَةِ^(٢) القضاء ، ويقول (له)^(٣) : هذا الأمر لم يكن في أصحابنا ، (وإنما)^(٤) كان في أصحاب أبي حنيفة ، وقال القاضي أبو الطيب : طلب الوزير ابن^(٥) الفرات^(٦) للمقتدر بالله^(٧) ، أبا علي بن خَيْرَانَ الشَّافِعِيِّ لِيُوَلِّيَهُ (قاضي)^(٨) القضاة ببغداد فامتنع ، واختفى أياماً ، فحْتِمَتْ حوائثه ليظهر فلم يَفْعَل^(٩) .

(١) أحد بن عمر بن سريح ، القاضي أبو العباس البغدادي ، أحد أئمة مذهب الشافعي ، وعنه انتشر المذهب الشافعي في الأفاق ، ولي القضاء بشيراز في أول أمره ، ثم امتنع وسَمَّرَ باباه الوزير علي بن عيسى لِيَلِيَّ قضاء القضاة فامتنع ، له مصنفات بلغت ٤٠٠ مصنف ، وناظر داود الظاهري وابنه محمداً ورد عليها ، توفي سنة ٣٠٦ هـ ، وبلغ ٥٧ سنة وستة أشهر ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢١٣/٣ ، طبقات الفقهاء : ١٠٨ ، وفيات الأعيان : ٤٩٧/١ ، ضبط الأعلام : ٧٣ ، البداية والنهاية : ١٢٧/١١ ، تهذيب الأسماء : ٢٥١/٢) .

(٢) في نسخة ف : توليته .

(٣) اللفظ من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إنما .

(٥) في الأصل بن بدون ألف ، وهو خطأ .

(٦) أبو الحسن ، علي بن محمد بن موسى بن الحسن بن الفرات وزير المقتدر بالله ، تولى الوزارة له ثلاث دفعات ، وكان يقبض عليه في كل مرة ، وتصادر أملاكه ، كان يستغل من ضياعه أموالاً كثيرة وينفقها على أهل العلم والدين والفقراء ، وكان كاتباً كافيًا خبيراً ، يجلس للمظالم ، ولد سنة ٢٤١ هـ ، قتله نازوك صاحب الشرطة مع ابنه سنة ٣١٢ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٩٧/٣ ، الكامل ، لابن الأثير : ١٢٧/٦ ، ١٢٣ ، البداية والنهاية : ١٥١/١١) .

(٧) المقتدر بالله ، جعفر بن المعتضد أحمد بن طلحة بن المتوكل بن المعتمد ، من خلفاء بني العباس ، ولد سنة ٢٨٢ هـ ، ولي الخلافة وعمره ١٣ سنة ، فاستصغر وخرجوا عليه ، ثم استقام الأمر له ، فاستوزر أبا الحسن علي بن محمد بن الفرات ، فسار أحسن سيرة ، وكشف المظالم ، وكان جيد العقل ، صحيح الرأي ، لكنه مؤثر للشهوات واللهو والشراب والتبذير ، ولي الخلافة من أولاده ثلاثة ، وقد استكثر من الوزراء فبلغ عددهم ١٤ وزيراً ، وفي سنة ٣٢٠ هـ خرج مؤنس مع البربر فقاتلوه وقتلوه ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٣٧٨ ، البداية والنهاية : ١٦٧/١١) .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قضاء .

(٩) ذكر القصة ابن كثير في (البداية والنهاية : ١٧١/١١) ، وابن السبكي في (الطبقات الكبرى : ٢٧٣/٣) ، وذكر أن الوزير الذي طلبه هو علي بن عيسى وزير المقتدر ، وليس ابن الفرات ، وعلق علي بن عيسى على رفضه ، فقال : إنما أردنا أن نعلم الناس أن ببلدنا وفي مملكتنا من عرض عليه قضاء قضاة الدنيا في المشرق والمغرب فلم يقبل ، وروى ابن السبكي عنه أنه قال : ما أردنا به إلا خيراً ، (انظر : طبقات الفقهاء : ١١٠ ، مغني المحتاج : ٣٧٢/٤) . وانظر ترجمة علي بن عيسى في هامش الفقرة ٨٥ من هذا الكتاب .

ا حكم الدخول في القضاء :

٨ - فهذا ما صار إليه الأئمة قولاً وفعلاً في تقليد القضاء والامتناع منه ، ووراء هذا كله أمر لا بد من التنبه له ، وهو أننا سنذكر إن شاء الله تعالى انقسام الناس في القضاء على أَضْرَبٍ^(١) ، من جملتها من يتعين عليه فرضاً ، فهذا يجرم عليه الامتناع منه إذا طُلب ، ويجب عليه الطلب ، ومن جملتها من هو فرض كفاية في حقه ، فهو مع من يساويه متعرضون لللاثم إن امتنعوا كلهم ، على ما سنبينه ونصفه بأنه فرضٌ عليه مباشرته ، فهذان قسمان لا يسع مَنْ دخل فيها الامتناع منه أصلاً ، ومن جملتها من يُستحب له الدخول فيه إذا طُلب ، وهذا لا يُقال في حقه أن الأولى له الترك ، لأنَّ المندوبَ فعله خيرٌ من تركه بلا ارتياب ، ومن جملتها من يُباح له ، فهذا قد يُقال : إنَّ الأولى له الامتناع ، أما مَنْ يجرم عليه الدخول فيه أو يُكره فالامتناع خيرٌ له لاشك فيه^(٢) ، وسنكشف حقيقة هذه الأضرب إن شاء الله تعالى عقيب^(٣) هذا الفصل ، في فصل نعتده في صفة القاضي وما (يتعين)^(٤) فيه من الشروط .



(١) صفحة ٨١ فقرة ١٥ .

(٢) العبارة في نسخة ف : ومن جملتها من يجرم عليه الدخول فيه أو يكره ، فلا شك أن الامتناع خير له .

(٣) عقيب : خطأ شائع في كتب الفقه ، والصواب عقب ، انظر : المصباح المنير : ٤٥/٢ ط ١٢٩٢ .

(٤) في نسخة ف : يعتبر ، وهو الموافق لعنوان الفصل التالي .

الفصل الثاني

في

صفة القاضي وما يعتبر فيه من الشروط^(١)

٩ - شرائطُ القضاء عشرةٌ : الإسلامُ والحريةُ والذكورةُ والتكليفُ والعدالةُ والبصرُ والسمعُ والنطقُ والكتابةُ والعلمُ بالأحكام الشرعيةِ ، احتزنا بالإسلام والحريةِ والذكورةِ والتكليفِ عن الكافر والعبد والمرأة^(٢) والصبي ، فهؤلاء ليسوا من أصل القضاء ، وإن وُلوا لم تُتعقد ولايتهم ولا أحكامهم ، والمكاتبُ^(٣) في معنى العبد ، (وكذا المدبرُ^(٤) وحر البعض والخنثى^(٥)) ، والمجنون في معنى الصبي ، واحتزنا بالعدالة^(٦) عن الفاسق ، فلا تصحُّ ولايته ، ولا ينفذُ حكمه ،

(١) في هامش الأصل : قف على شروط القضاء .

(٢) هذا مذهب الشافعي ومالك وغيرهما من الفقهاء ، وذلك لأن القضاء ولاية ، والمرأة لا تصح ولايتها لما ثبت في السنة « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » وقال الإمام أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمرأة أن تتولى القضاء فيما تقبل فيه شهادتها وحدها أو مع الرجال ، ولا يجوز في الحدود والقصاص ، وقال الطبري والخواج : يجوز قضاؤها في كل شيء ، (انظر : روضة القضاء وطريق النجاة ، للسمناني ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي : ٥٣ / ١ ، أدب القاضي للماوردي : ٦٢٥ / ١ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٣٦٣ / ٢ ، المهذب : ٢٩١ / ٢ ، التنظيم القضائي ، لنا ص ٥٦) .

(٣) المكاتبه هو أن يتفق الرجل مع عبده كتابة على مال يؤديه منجماً عليه ، فإذا أداه فهو حر ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ النور الآية ٢٣ .

(٤) المدبر هو العبد الذي يعلق عتقه على موت سيده ، ويعتبر المدبر عبداً مادام سيده حياً ، ويعامل معاملة العبد ، وتطبق عليه أحكام الرقيق ، وكذلك المكاتب يبقى عبداً حتى يدفع للسيد جميع المال ، فالعبد عبداً ما بقي درهماً ، كما يقول الفقهاء ، وهاتان الوصيلتان للترغيب في عتق العبيد ، (انظر : الأم ، للشافعي : ١٩٨ / ٦) .

(٥) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٦) العدالة لغة التوسط ، واصطلاحاً ملكة في النفس تمنع صاحبها من ارتكاب الكبائر والرذائل ، ومن

الإصرار على الصفات

ولا يقبل قوله ، لأنه لا تقبل شهادته ، فعدم قبول حكه أولى^(١) ، فلو ولأه الإمام أو نائبه أو ذو الشوكة (فَحَكَمَ)^(٢) بين الناس على فسقه لم (تنفذ)^(٣) أحكامه قطعاً ، لا شك فيه ، لا نعرف فيه خلافاً ، وبه قطع العراقيون والمراورة إلا ما حكاه^(٤) الشيخ أبو حامد الغزالي^(٥) ، فإنه قال : يعصي السلطان بتفويض القضاء إلى الفاسق والجاهل ، ولكن بعد أن ولأه فلا بد من تنفيذ أحكامه للضرورة ، هذا كلامه^(٦) ، ولا أعلم أحداً نقله غيره مع تصفح شروح المذهب والمصنفات فيه^(٧) ، ونحن إذا نفذنا حكم قاضي البغاة فلا بد من أن

(١) زادت نسخة ب ما يلي : وقوله إذا لم تقبل شهادته فعدم قبول حكه أولى ، هنا قد يعترض عليه بالامام الأعظم ، فإنه يصح أن يكون ولياً في النكاح ، ولا ينعد النكاح بشهادته ، كما صرح به التولي في « التتمة » ، وأيضاً فإننا إذا نفذنا أحكام الإمام الأعظم إذا كان فاسقاً للضرورة ، نفذنا أحكام نوابه للضرورة ، وإلا لأدى إلى تعطيل الأحكام ، وإذا نفذنا الأحكام للضرورة ، ثم زالت ، وحصلت دولة عادلة وإمام عادل فالقياس تقض تلك الأحكام ، ويصير ذلك كالتيمم يبطل برؤية الماء ، وهذا صريح إطلاقه في البيئنة حيث قال : فإن كان الذي قبله لا يصلح للقضاء تقض أحكامه كلها ، أخطأ فيها أو أصاب ، وعلى هذا فتعاد عقود الأتكة وما توقفت صحته على حكم الحاكم ، ولا بد في الحاكم أن يكون مجتهداً . ق ١٠٥ / ب .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وحكم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ١٠٥ / أ ، وفي الأصل : تتعد ، وفي هامش الأصل : تنفذ .

(٤) في نسخة ف زيادة وهي : خلافاً للإمام ، حكاه الشيخ .

(٥) محمد بن محمد بن محمد بن أحمد ، حجة الإسلام الغزالي الطوسي ، الفقيه الشافعي ، درس على إمام الحرمين الجويني ، وتولى التدريس بالمدسة النظامية ببغداد ، وسلك طريق الزهد ، وصف الكتب المفيدة في الفقه والأصول والمجدل والفلسفة والأخلاق ، أهمها البسيط والوسيط والوجيز وإحياء علوم الدين والمستصفي والمنخول والمنتحل وتهافت الفلاسفة ، ولد سنة ٤٥٠ هـ ، وتوفي بالقرب من طوس سنة ٥٠٥ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٣ / ٣٥٥ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٦ / ١٩١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٧٢ ، التاج المكلل : ٣٨٨) .

(٦) الوجيز ، للغزالي : ٢ / ٢٣٧ ، وعبارته في الوجيز : « فإن تعذرت الشروط وغلب على الولايات متغلبون فسقة فكل من ولأه صاحب شوكة نفذ حكه للضرورة ، كما ينفذ حكم البغاة » .

(٧) قول الغزالي هو ما عليه المتأخرون من محققي المذهب الشافعي لئلا تتعطل مصالح الناس ، قال النووي في « المنهاج » : فإن تعذر جمع هذه الشروط فولى سلطان له شوكة فاسقاً أو مقلداً نفذ قضاؤه للضرورة ، « وعلق على ذلك جلال الدين الهلي ، فقال : « قاله الغزالي في الوسيط تفهماً ، قال في « الروضة » كأصلها : وهذا حسن ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٠ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٥٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٧ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح الهلي : ٤ / ٢٩٧ ، الروضة : ١١ / ٩٧) .

يكون مع علمه عدلاً متأولاً في خروجه مع البغاة^(١) ، ولا بد من تأويل حمل البغاة على بغيتهم ، هذا لا خلاف فيه ، فكيف ننفذ أحكام قاضي أهل العدل مع فسقه ، وعلمه^(٢) بفسقه ، الفسق الذي لا تأويل فيه

إ ضابط الفسق :

١٠ - ثم اعلم أن الفسق المانع من تولية القضاء هو الفسق بارتكاب المحرمات المتفق عليها ، أو التي يعتقدونها المكلف حراماً ، ويرتكبها تتبعاً شهوات نفسه^(٣) ، أما إن فسق باعتقاد تعلق فيه بشبهة أوجبت له تأويلاً ، تأول به خلاف الحق ، ففي جواز تقليده القضاء وجهان حكاهما المارودي^(٤) ، ثم قال : فلو صحت ولاية الحاكم العدل^(٥) ، ثم طرأ عليه الفسق بعد صحة

(١) البغي : الظلم والمدول عن الحق ، والبغاة جماعة من المسلمين خرجوا على الإمام بتأويل أو غيره كالخوارج الذين قال فيهم الإمام علي كرم الله وجهه : إخواننا بقوا علينا ، ولهم أحكام خاصة في كتب الفقه .

(٢) في نسخة ب ورقة ١٠٥ / ب : وعلم .

(٣) العبارة في نسخة ف : وترتكبها شهوات نفسه .

(٤) أدب القاضي ، له : ١ / ٦٣٥ .

والمارودي هو أبو الحسن ، علي بن محمد بن حبيب البصري المعروف بالمارودي ، من وجوه فقهاء الشافعية وكبارهم ، وكان حافظاً للمذهب ، وله كتاب « الحاروي الكبير » الذي يشهد له بالعلم الواسع والفضل الكبير والاطلاع على أحكام المذاهب وأدلتهم ، مع مناقشتها والرد عليها ، وهو مخطوط في ٢٤ مجلداً ، تولى القضاء في بلدان كثيرة ، ثم استوطن بغداد ، ومن كتبه الأحكام السلطانية وأدب الدين والدنيا وتفسير القرآن الكريم والعيون والنكت وقانون الوزارة والاتقان في المذهب وهو صغير ودلائل النبوة وغير ذلك في أصول الفقه والأدب ، توفي سنة ٤٥٠ هـ ، ودفن في بغداد وعمره ٨٦ سنة ، نسبه الذهبي إلى الاعتزال ، وهو بعيد ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٤٤٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٣٦٧ ، طبقات الفقهاء : ١٣١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٨٠ ، ميزان الاعتدال : ٣ / ١٥٥) .

(٥) تساءل بعض الأساتذة الأفاضل عن المقصود من عبارة المارودي « الحاكم العدل » ، وأنه لا يبعد أن يفسر القارئ : « الحاكم » (هنا) بالإمام الأعظم ، وإلا لغير عنه كشأنه بكلمة « القاضي » ثم أضافوا : « ومعلوم أن الحاكم الأعلى لا يجوز عزله بالفسق مهما كان سببه ، سلوكاً أو اعتقاداً ، وليس كما نقل المصنف .. وأنه يجب أن يرفع غاشية هذا الوهم » .

والحقيقة أنه لا محل لهذا التساؤل والاعتراض ، وأن الكلام الذي نقله المصنف عن المارودي رحمه الله واضح ، وليس فيه التباس ، لأن المارودي استعمل لفظة « الحاكم » بمعنى القاضي ، وذكره بعد قوله : « جواز تقليده القضاء » ، أما الحاكم الأعلى فساهه المصنف بعد النص مباشرة « بالإمام » .

ولايته ، إن طراً فسقه بأفعالٍ يتبعُ بها شهواته بطلتُ ولايته ، وإن طراً فسقه باعتقادٍ تأوّل به ، هل تبطل ولايته ؟ فيه وجهان : أصحها لا تبطل^(١) ، ثم اختلف الأصحاب في القاضي إذا فسق^(٢) ، هل ينزل بنفس الفسق ، أم لا بدّ من عزله من جهة الإمام ؟ فيه وجهان ، أصحها ينزل بمجرد فسقه ، ولم (ينفذ حكمه^(٣) أيضاً)^(٤) ، ويحرم عليه ، والحالة هذه متى فسق ، أن ينصب نفسه للحكم ، ويحكم بين اثنين ، ويجب عليه رفعُ (حاله)^(٥) السيئة إلى ولي الأمر ، ليوليّ على المسلمين عدلاً غيره ، قال الأصحاب : فلو تاب وحسنت حاله ، وقلنا ينزلُ بنفس الفسق ، هل يعود قاضياً من غير توليةٍ ؟ فيه وجهان ، أصحها عندي أنه لا يعودُ ، وعلى هذا : لو جُنّ أو أُغْمِيَ عليه ، هل ينزل ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا [٤ / ب] ينزل فتى أفاق ، هل يعود قاضياً ؟ فيه وجهان ، أصحها عندي أنه يعود^(٦) .

[القضاء من الأعمى] :

واحترزنا بالبصر عن الأعمى ، فلا يصح تقليده القضاء على المذهب ،

(١) أدب القاضي : ١ : ٦٢٦ ، وعبارته : فإن طراً عليه الفسق بعد صحة تقليده بطلت ولايته بالضرب الأول ، وفي بطلانها بالضرب الثاني وجهان ، أصحها هاهنا لا تبطل ، وأصحها هناك لا تتعقد : لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل ، ولا ينزل إلا بجرح كامل .

(٢) جاء في هامش الأصل : وكذا إذا أُغْمِيَ عليه أو عَمِيَ أو رم أو ارتد أو أخذ الرشوة أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفلة أو نسيان .

(٣) هذا ما عليه المحققون في المذهب ، (انظر : المنهاج للنووي وعليه شرح الهلي : ٤ / ٢٩٩ ، مغني المحتاج :

٢ / ٢٨٠) .

(٤) ما بين القوسين من هامش : الأصل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي هامش الأصل : حال . صح .

(٦) جاء في هامش الأصل : « الأصح أن ولايته لا تعود إلا بتوليه جديدة » .

قلت : قال النووي فإن زالت هذه الأحوال لم تعد ولايته في الأصح ، وبين ذلك وعلله الخطيب الشربيني ،

(انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٢٨١ ، الروضة : ١١ / ١٢٦) .

الصحيح ، وحكى الجُرْجاني^(١) قولاً قديماً بعيداً أنه يصح تَوَلِيته ، وهو قولٌ غريبٌ ، لم أرَ أحداً حكاه غيره ، ومثله لا يعدُّ من المذهب^(٢) .

واحترزنا بالسمعِ عن الأصمِّ ، فإن كان بحيث لا يسمع أصلاً لم تصحْ توليته ، وإن كان بحيث يسمع لو أسمع صحت^(٣) .

واحترزنا بالنطق عن الأخرس الذي تفهم إشارته ، ففي صحة ولايته قولان ، حكاهما الشيخ أبو علي^(٤) ، كالقولين في سماع شهادته ، وقطع البَغوي^(٥) بعدم

(١) عبد الملك بن محمد بن عدي الجرجاني ، أبو نعم الاسترابادي ، أحد أئمة المسلمين فقهاً وحديثاً ، رحل كثيراً ، ولم يكن في زمانه أحفظ منه في الفقهيات وأقاويل الصحابة ، ولد سنة ٢٤٢ هـ ، وتوفي سنة ٣٢٢ هـ ، وقال الحاكم ٣٢٢ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٣٢٥ ، طبقات الفقهاء : ١٠٤ ، البداية والنهاية : ١١٨٢ / ١١) .

(٢) يقال إن ابن أبي عصرون قاضي قضاة الشام عمي في آخر عمره واسترقاضياً ، وألف كتاباً في جواز قضاء الأعمى ، وسماه ملا كاتب جلي في (كشف الظنون : ١ / ٥٦١) : « رسالة في نفي قضاء الأعمى وجوازه ، لأبي سعد الله ، المعروف بابن أبي عصرون الشافعي الموصلني المتوفي سنة ٥٩٥ هـ » ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ١٣٥) ، وينسب بعض الفقهاء جواز قضاء الأعمى إلى الامام مالك ، وهو غير صحيح ، ورده ابن فرحون رداً قاطعاً ، وحكى في اشتراط البصر الإجماع من مالك وغيره ، ونسب ابن قدامة جواز قضاء الأعمى إلى بعض الشافعية أيضاً ، وبالجمله فإن البصر شرط في تولية القضاء عند المذاهب الأربعة . (انظر : حاشية الباجوري على شرح الغزي : ٢ / ٣٥٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٢٨ ، مفتي المحتاج : ٤ / ٣٧٥ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢٥ ، بلفظة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٣٠٦ ، المغني : ١٠ / ٣٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥ / ٣٥٤ ، الأحكام السلطانية : ٦٦ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٢٢) .

(٣) أدب القاضي للماوردي : ١ / ٦٢٢ .

(٤) الشيخ أبو علي ، الحسين بن شعيب بن محمد السنجي ، الإمام الجليل والفقهاء الكبير ، أول من جمع بين طريقتي العراق وخراسان ، وصف شرح المختصر الذي يسميه امام الحرمين بالمذهب الكبير ، وشرح تلخيص ابن القاص ، وشرح فروع ابن الحداد ، توفي سنة ٤٣٠ هـ ، ودفن بجوار أستاذه الفخال بمر (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٤٤ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٥٧ ، طبقات الفقهاء : ١٣٢ ، تهذيب الأسماء) ٢ / ٢٦١

(٥) أبو محمد ، الحسين بن مسعود بن محمد ، المعروف بالفراء البغوي ، أحد فقهاء الشافعية ، كان فقيهاً ومحدثاً ومفسراً ، صنّف في التفسير « معالم التنزيل » وفي السنة « شرح السنة » والمصاييح والجمع بين الصحيحين وفي الفقه التهذيب ، وكان ورعاً زاهداً ، يجمع بين العلم والعمل ، ولقب بحمى السنة ، توفي سنة ٥١٠ هـ ، ودفن عند شيخه =

واحترزنا بالكتابة عن الأمي وهو الذي لا يحسن الكتابة ، ففي صحة ولايته وجهان مشهوران^(٢) .

واحترزنا بالعلم بالأحكام الشرعية عن الجاهل بها فلا تصح توليته بلا خلاف^(٣) ، وشرط صحة تولية القضاء على مذهب إمامنا رضي الله عنه الاجتهاد المطلق ، وهو أن يكون عالماً بالكتاب والسنة والاجماع والقياس وأقاويل الناس ولسان العرب ، فعلمه (بالكتاب)^(٤) العزيز هو أن يعلم الآيات المتعلقة بالأحكام ، ويعرف ناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومحكمه ، ومبينه ومفصله ، وأن يعلم من السنة ما يتعلق بالأحكام ، وناسخه ومنسوخه ، وخاصه وعامه ، ومطلقه ومقيده ، ومجمله ومفصله ، والمتواتر منه والآحاد والمستفيض والمرسل ، والمسند والمنقطع والمتصل ، وحال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، ويعلم الإجماع ومسائله ،

= القاضي حسين بمرورود ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ٧٥ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠٢ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٩٣) .

(١) وهو الراجح عند الشافعية ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٨ ، شرح المهلي على المنهاج : ٤ / ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥) ، وذكر الشيرازي الوجيهين في (المهذب : ٢ / ٢٩١) ، وبين الماوردي أن القول بالجواز هو لأبي العباس بن سريج ، (أدب القاضي : ١ / ٦٢٤) ، وجاء في نسخة ب عبارة : الأخرس الذي لا تفهم إشارته ، وهو خطأ بزيادة « لا » وقد صرحت المصادر الفقهية بما جاء في الأصل ، وأن الذي لا تفهم إشارته لا تصح ولايته بالأولى ، (انظر : الروضة : ١١ / ٩٧)

(٢) اختار الأذري والزرکشي عدم صحة ولاية الأمي ، واختار النووي في الروضة صحة ذلك ، ورجحه الفزري ، (انظر : حاشية الجبرمي على الاقناع للخطيب : ٤ / ٣٠٣ ، شرح ابن القاسم الفزري على الاقناع : ٤ / ٣٥٦ ، الروضة : ١١ / ٩٧) .

(٣) قال الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ٦٣٧) : فإن كان عامياً من غير أهل الاجتهاد لم يميز أن يفقي ولا يقضي ، وكانت ولايته باطلة ، وحكمه وإن وافق الحق مردود ، خلافاً للخلفية ، كما سيأتي ، وسوف يشير إلى ذلك للمصنف فقرة ٧٢٥ ، (وانظر : المبسوط : ١٦ / ٧٢ ، الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٦٦ ، الدر المختار : ٤ / ٤٢٤ ، الروضة : ١١ / ٩٥) .

(٤) اللفظ من نسخة ب ، وفي الأصل : الكتاب .

والاختلاف الواقع بين أهله ، ويكون عالماً بالقياس وطُرُقِهِ ، وأصلِهِ (وفرعِهِ)^(١) ، وشروطه وما يفسد به ، ويكون متمكناً من استنباط الأحكام ودَرْكها واستخراجها من أصولها ، عارفاً بطرق النظر ، خبيراً بالأدلة ومعانيها وطرقها ومبانيها ونظمتها ، ووضعها وأنواع الأقيسة وما يعتبر فيها ، ويكون عارفاً بلسان العرب كالأمر والنهي ، والخبر والاستخبار ، والوعد والوعيد ، والنداء وأقسام الأسماء والأفعال والحروف ، وما لا بد منه في فهم معاني كلام الله تعالى من الكتاب العزيز ، وفهم ما جاء به الرسول ﷺ بلغة العرب من ألفاظه^(٢) .

١١ - إذا عرفتَ هذا فاعلم أنَّ هذه الشرائط يَعزُّ وجودها في زماننا هذا في شخص من العلماء ، بل لا يوجد في البسيطة اليوم مجتهداً مطلقاً ، هذا مع تدوين العلماء كتب التفسير والسنن والفقهِ والأقيسة والأصول والفروع ، والبحث عن أحوال الرواة وجرحهم وتعديلهم ، والتنقيب عن سيرتهم حتى مَلَأ العلماء الماضون الأرض من مصنفات صنّفوها وابتدعوها ، وسَهَّل [٥ / أ] على الفقيه المتأخر تناول ذلك وحفظه ، ودَرْكُ الأحكام منه ، ومعرفة ما يحفظ ما تعب عليه مَنْ تقدم ، ومع هذا فليس يوجد في صُفْع من الأصقاع مجتهداً مطلقاً ، بل ولا مجتهد في مذهب إمام واحد ، تُعتبر أقواله وجوهاً مخرجة في مذهب إمامه ، ما ذاك عندي إلا لأنَّ الله تعالى أعجز الخلائق في هذا ، وصرف هِمَّتِهِمْ^(٣) عن دَرْكِهِ وبلوغه ، إعلاماً منه جل جلاله عباده بتصرُّم الزمان ، وقرب الساعة ، وأن ذلك من أشراتها ودلائلها ، وقد قال الشيخ أبو بكر

(١) اللفظ من نسخة ب ، وفي الأصل : وفروعه ، وأركان القياس أربعة : أصل وفرع وعلة وحكم .

(٢) انظر : الروضة ، للنووي : ١١ / ٩٥ .

(٣) في نسخة ب : همهم ، ق ١٠٦ / أ .

القفال المرزوي^(١) ، إمام المراوزة وشيخهم رضي الله عنه : المسؤول قسمان : أحدهما من جمع شرائط الاجتهاد ، فيقضي ويفتي باجتهاده ، وهذا لا يوجد ، والثاني : من ينتحل مذهب واحد من الأئمة ، إما الشافعي ، أو أبو حنيفة أو غيرها ، وعرف مذهب إمامه ، وصار حاذقاً فيه ، (بحيث)^(٢) لا يشذُّ عنه شيء من أصول مذهبه ومنصوصاته ، فإذا سئل عن حادثة إن عرف^(٣) لصاحبه نصاً ، أجب عليه ، وإن لم تكن المسألة منصوصة ، له أن يجتهد فيها على مذهبه ، ويخرجها على أصول صاحبه ، ويفتي بما أذاه إليه اجتهاده ، وهذا أيضاً أعزُّ من الكبريت الأحمر .

فإذا كان هذا قول الشيخ القفال مع جلالة قدره في العلم ، وكونه صاحب وجه في المذهب الشافعي ، ومقالة منقولة عنه ، بل تلامذته وعلماؤه أصحاب وجوه في المذهب ، فكيف بعلماء عصرنا الذين لا يقربون من تلك الدرجة ، ومن جملة علمانه والمنتبين إليه القاضي حسين المرزودي^(٤) ، والشيخ أبو القاسم

(١) أبو بكر ، عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، المعروف بالقفال المرزوي وبالقفال الصغير ، الفقيه الشافعي ، ابتداء العلم على كبر السن بعد أن اشتغل في عمل الأقفال حتى سن الثلاثين ، وهو شيخ طريقة الخراسانيين أو المراوزة ، وكان معتمد المذهب في بلاده ، وله مؤلفات كثيرة ، وتخارجه جيدة ، وإذا أطلق القفال في كتب الفقه فهو المقصود ، فإن أرادوا القفال الشافعي قيده ، والشافعي أكثر ذكراً في الأصول والتفسير وغيرها فيما عدا الفقه . توفي القفال المرزوي سنة ٤١٧ هـ وهو ابن تسعين سنة ، ودفن بسجستان ، وقبره فيها معروف بزار ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥٠ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٥٣ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢١ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٢) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ونسخة ب ، ورقة ١٠٦ / أ ، وفي الأصل : فحيث .

(٣) في نسخة ب : إن وجد ، ورقة ١٠٦ / أ .

(٤) أبو علي ، الحسين بن محمد بن أحمد ، المرزودي الفقيه الشافعي المعروف بالقاضي ، صاحب « التليقة » في الفقه ، كان إماماً كبيراً ، صاحب وجه في المذهب ، وإذا أطلق الجويني والغزالي والخراسانيون القاضي فهو المقصود ، وصف في الأصول والفروع والخلاف ، ويقال له : حنبر الأمة وحبر المذهب ، وتخرج عليه عدد كثير من الأئمة ، توفي سنة ٤٦٢ هـ ، بمروروذ . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٥٦ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠٠ ، تهذيب الأسماء :

الفُوراني^(١) ، والشيخ أبو محمد الجُويَني^(٢) ، والدُ إمامِ الحرمين ، والمسعودي^(٣) ، والصيدلاني^(٤) ، والشيخُ أبو علي السنجي^(٥) وجماعةٌ غيرهم ، وبموتِ هؤلاء في خراسان وما قرب منها ، وموتِ أصحابِ الشيخ أبي حامد الاسفراييني^(٥) (في العراق)^(٦) ، ومنهم المَحاملي^(٧) وأقضى القضاة الماوردي^(٨) ، والقاضي أبو الطيب

(١) عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران ، الإمام الكبير ، الحافظ للمذهب ، وهو شيخ أهل مرو ، وله تصانيف عظيمة منها الإبانة والمُمد ، وتتبعه في الإبانة إمام الحرمين ونال منه كثيراً في كتابه نهاية المطلب ، توفي بمرو سنة ٤٦٦ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٠٩ / ٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٩٨ ، تهذيب الأسماء : ٢٨٠ / ٢) .

(٢) عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيويه ، كان عالماً ديناً زاهداً متقشفاً عابداً يلقب بركن الإسلام ، عالماً بالفقه والأصول والنحو والتفسير والأدب ، لازم القفال المروزي في مرو ، ثم قعد للتدريس والقنوى والمناظرة في نيسابور ، وتوفي بها سنة ٤٢٨ هـ ، ومن تصانيفه الفروق والسلسلة والتبصرة والتذكرة ومختصر المختصر وشرح الرسالة والتفسير والمهيض . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٧٣ / ٥ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥٠ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٥٥) .

(٣) أبو عبد الله ، محمد بن عبد الله بن مسعود بن أحمد المسعودي ، الفقيه الشافعي ، إمام فاضل ورع من أهل مرو ، تفقه على القفال وشرح مختصر المزني وأحسن فيه ، وروى قليلاً من الحديث عن القفال ، وحكى عنه الغزالي في « الوسيط » ، توفي سنة نيف وعشرين وأربعمائة بمرو . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٧١ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣٥٠ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٦) .

(٤) محمد بن داود بن محمد الداودي ، أبو بكر ، تلميذ أبي بكر القفال ، وحقق ابن السبكي أن الداودي هو الصيدلاني ، وعلق على « مختصر المزني » شرحاً مسمى عند الخراسانيين بطريقة الصيدلاني ، لأنه علقه على طريقة القفال التي كان يسمها عنه ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٤٨ ، ٥ / ٣٤٥) .

(٥) الشيخ أبو حامد ، أحمد بن أبي طاهر محمد بن أحمد الاسفراييني ، الفقيه الشافعي ، انتهت إليه رئاسة الدين والدنيا ببغداد ، كثير التلاميذ والأصحاب ، قوي الحجة والبرهان والمناظرة ، كان في أول أمره يجرس الدروب ويطلع العلم في زيت الحرس ، وأفتى وهو ابن ١٧ سنة ، واستمر في الإفتاء إلى أن مات ، كان له مكانة رفيعة ، فكتب إلى الخليفة يهدده بالعزل ، وصلى عليه بالصحراء للكثرة ، ولد سنة ٣٤٤ هـ ، وتوفي سنة ٤٠٦ هـ ببغداد ، ودفن بداره ، ثم نقل إلى باب حرب سنة ٤١٦ هـ . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٦١ ، وفيات الأعيان : ١ / ٥٥ ، طبقات الفقهاء : ١٣٣ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٠٨) .

(٦) في العراق : من نسخة ب ، ورقة ١٠٦ / ب ، وفي الأصل : بالعراق .

(٧) أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن اسماعيل ، أبو الحسن الضبّي ، المعروف بالمحامي ، أخذ الفقه عن أبي حامد الاسفراييني ، وله عليه تعليقة تنسب له ، كثير الذكاء والفهم ، درس الحديث وبرع في الفقه ، ودرس في حياة شيخه ، وصنف في المذهب كثيراً ، منها المجموع والمقنع واللباب والأوسط ، وصنف في الخلاف ، ولد سنة ٣٦٨ =

الطبري ، وبقية هذه الطبقة ، انقطع الاجتهاد ، وتخريج الوجوه في مذهب الشافعي ، فلا يعدُّ أحدٌ من بعد هؤلاء صاحبَ وجهٍ في المذهب ، ولا مقالةً فيه ، وإنما هم نقلَةٌ للمذهب ، وحفظةٌ لكتب مشايخهم ، وناقلون مذاهبهم ووجوههم ، ويقع التفاوت بينهم بكثرة النقل ، وجودة الحفظ والضبط ، وصفاء الذهن ، وحِدَّة الخاطر ، ورَكَانَةِ النظر ، وصحة الفكر ، فصارت الطبقة المتأخرة بالنسبة إلى مشايخهم ذوي الوجوه في المذهب ، كمشايخهم بالنسبة إلى من تقدمهم ، وقد رَوَيْنَا في كتبنا المصنفة في طبقات (الفقهاء)^(١) أن الحنفية كانوا يقولون في زمن الشيخ أبي حامد الاسفراييني : إنه أفتقه وأنظر [٥ / ب] من الشافعي ، قاصدين بذلك الحطُّ من الشافعي ، مع عظمة الشيخ أبي حامد عندهم ، فإنهم كانوا والشافعية وبقية الطوائف مجتمعين على تقديمه وتفضيله ، فلما سمع الشيخ أبو حامد ذلك بكى ، وقال : أين نحن من تلك الطبقة ، ما نحن وهم إلا كما قال الشاعر :

نَزَلُوا بِمَكَّةَ فِي قِبَائِلِ نَوْفَلٍ وَنَزَلْتُ بِالْبَطْحَاءِ أْبَعَدَ مَنْزِلٍ^(٢)
وكان إذا جرى ذكرُ أبي العباسِ بنِ سُرَيْجٍ وَعَلِمَهُ يَقُولُ : نَحْنُ نَجْرِي مَعَ

= هـ ، وتوفي سنة ٤١٥ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٤٨ ، وفيات الأعيان : ١ / ٥٧ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٨ ، طبقات الفقهاء : ١٢٩) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العلماء .

(٢) وهذه القصة وردت كلمة في كتاب (طبقات الفقهاء ، لأبي اسحاق الشيرازي : ١٢٤) ، ولفظ البيت في الشطر الثاني ، ونزلت بالبيداء ، بفتح التاء ، والبيداء بدل البطحاء . وهذا البيت ذكره القاضي في (الأمالي : ١ / ٢٠٠ ط مصطفى محمد) ولم يذكر قائله ، وأورده مع بيت آخر في معرض الغزل مع اختلاف اللفظ ، ولفظه :

نَزَلْتُ بِمَكَّةَ فِي قِبَائِلِ نَوْفَلٍ وَنَزَلْتُ خَلْفَ الْبَيْرِ أْبَعَدَ مَنْزِلٍ
حَذراً عَلَيْهَا مِنْ مَقَالَةٍ كَاشِفٍ زَرِبَ اللَّسَانَ يَقُولُ مَا لَمْ يَفْعَلُ

ويمكن ترجيح هذه الرواية التي يصف بها محبوبته بأنها نزلت بمكة ، بينما نزل هو خارجها ويعيداً عنها ، والبطحاء هو الأبطح : مكان بين مكة ومنى ، ويسمى المحصب ، والبطحاء في اللغة مجرى السيل إذا جف واستحجر ، أو هو الأرض الصلبة . (انظر : تهذيب الأسماء واللغات : ١ / ١٧ ، ٢٨ ، ٢٨ ، المصباح المنير : ١ / ٧١) .

أبي العباس في ظواهر الفقه ، فأما في بواطنه فلا تجري معه ، وهذا إنصافاً مستحسنٌ من العلماء في تقديم من تقدّم على من تأخر .

عُدنا إلى ما نحن بصدد وضعه ، وقال الأصحاب : المجتهد في مذهب واحد ، هل له أن يقضي أو يفتي ؟ فيه وجهان^(١) .

١٢ - والذي أراه بعد هذا كله أن الاجتهاد المطلق أو المقيد إنما كان يُشترط في الزمن الأول الذي ما يَعْرِى فيه كل إقليم عن جماعة من المجتهدين الصالحين للقضاء والفتوى ، فأما في زماننا هذا ، وقد خلت الدنيا منهم ، وشعر الزمان عنهم ، فلا بدّ من جزم القول ، والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم في مذهب إمام من الأئمة ، وهو أن يكون عارفاً بغالب مذهبه ومنصوّاته وأقواله المُخرجة ، وأقاويل أصحابه ، عالماً بذلك ، جيّد الذهن ، سليم (الفطنة)^(٢) ، صحيح الفكر والفطرة ، حافظاً للمذهب ، صوابه أكثر من خطئه ، مستحضراً لما قاله^(٣) أئمته ، قادراً على استخراج المعاني المفهومة من الألفاظ المنقولة ، عارفاً بطرق النظر ، وترجيح الأدلة ، قياساً ، فهماً ، فطناً ، قادراً على معرفة الأدلة ووضعها وترتيبها ، وإقامتها على الأحكام

(١) قال الخطيب الشربيني : وأما المجتهد المقيد بمذهب إمام خاص فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه ، وليراع فيها ما يراعيه المطلق في قوانين الشرع ، فإنه مع المجتهد كالمجتهد مع نصوص الشرع ، وليس له أن يعدل عن نص إمامه ، كما لا يسوغ الاجتهاد مع النص . (مغني المحتاج : ٤ / ٣٧) ، وقال أيضاً : حيث ينفذ قضاء المقلد لقوله تعالى : ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾ والحق ما دل عليه الدليل عند المجتهد ، فلا يجوز أن يحكم بغيره ، والمقلد ملحق بمن يقلده ، لأنه إنما يحكم بمعتقده ، فلذلك أُجري عليه حكمه ، (المرجع السابق : ٤ / ٣٧) ، وقال الرملي : فلا يتولى جاهل بالأحكام الشرعية ولا مقلد ، وهو من حفظ مذهب إمامه ، لكنه غير عارف بفواضله ، وقاصر عن تقرير أدلته ، لأنه لا يصلح للفتوى ، فالقضاء أولى ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٢٨) ، وانظر تفصيل قضاء المقلد في نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٢ ، شرح المهلي : ٤ / ٢٩٨ ، الروضة : ١١ / ٩٩) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الفطرة .

(٣) في نسخة ف : لقالة .

المختلف فيها ، متمكناً من ترجيح الأدلة ، بعضها على بعض ، فالتصّف بهذه الصفات هو الذي تصحّ توليته القضاء في زماننا هذا ، ولا أقلّ من ذلك ، ويجب القطعُ بنفوذ أحكامه ، وصحة تقليده ، وقبول فتواه ، في هذا الزمن الذي يعزّ فيه وجودٌ مثل من هذه صفته .

١٣ - ثم ينبغي أن يُضمّ إلى ما ذكرناه من الشروط وفاقاً وخلافاً الكفاية اللائقة بالقضاء ، وهي عبارة عن التّشهير والاستقلال بالأمر ومواتاة النفس على الجدّ فيما إليه ، وهذا يّضاهي من صفات الإمام النّجدة^(١) .

١٤ - وذكر بعض الأئمة استحباب صفاتٍ أخرى ، ظاهر استحبابها ، كسلامة أطرافه ، وبهجة صورته ، وزيادة ورعه ، ورّكانة تقواه ، وحسن الأخدوثة عنه ، وخلوّه عن الشبهات في الاعتقادات ، وتضلّعه من علم الشروط والأقضية والحكومات ، فإنها أمرٌ وراء الفقه ، واستمداده من علم الأدب المانع من اللّحن والسّقط^(٢) ، واتصافه بكل جميلة تزيده هيبته [٦ / أ] في النفوس وعظمة في القلوب ، وخلّوه عن كل ما ينقص من قدره ومنزله في أقواله وأفعاله ، وخلّوته وجلّوته^(٣) .

| حكم تولى وقبول القضاء | :

١٥ - إذا عرفت هذا ، فالرجل لا يخلو : إمّا إن اجتمعت فيه شرائط القضاء التي لا تصح توليته القضاء إلا بها ، أو لا :

- فإن لم تجتمع فيه لم تصح توليته .

(١) في هامش الأصل : قف ، وانظر : الروضة : ١١ / ٩٧ .

(٢) لفظ والسقط من هامش الأصل .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٩٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٥ .

- وإن اتصف بها لم يخل إمامًا :

أن لا يوجد في البلد غيره ففتعين عليه توليته إذا طلب والحالة هذه ،
ويجب على الإمام أن يُؤَلِّيه ، فإن امتنع من الإجابة أثم ، وهل للإمام
إجباره ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم^(١) .

وإن وُجد في البلد غيره ، وهو مساوٍ له ، فهو فرضٌ كفاية في حق كل
واحدٍ منهم ، فإذا وُلِّي سقطَ الفرضُ عن نفسه وعن الباقيين ، وهو فرض عين
على جميعهم ، على معنى أنهم إن امتنعوا كُلُّهم أثموا .

فلو امتنع واحدٌ منهم هل يُجبره الإمام ؟ فيه وجهان مرتبان على المتعيّن
عليه ، وأولى بأن لا يُجبره ، وهو أصحُّ الوجهين^(٢) .

وتوجيه الإجماع هو أننا لو قلنا : إنه لا يُجبر واحدًا منهم تاركًا ، وأدى
إلى امتناع الجميع^(٣) .

وقال بعض المصنفين في المذهب : من يجب عليه تولية القضاء هو الرجل
العالم الأمين ، الذي ليس في البلد سواه ، ومن (يُستحبُّ)^(٤) له توليته هو
العالم الفقير ، أو الخامل الذكر فيستحب له ذلك ، لتجري عليه كفايته من

(١) قال قليوبي : ويجبر عليه إن امتنع ، ولا يفسق بامتناعه ، (حاشية قليوبي على شرح المهلي : ٤ / ٢٩٦) ،
وقال الخطيب في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٣) : فإن امتنع عصى ولا يفسق ، ولالإمام إجباره على الأصح ، وانظر
تفصيل ذلك في (أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٤٤ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ٩٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦) .

(٢) قال الأسيوطي : وإن امتنع الجميع أثموا ، والصحيح أن الإمام يجبر أحدهم ، (جواهر العقود ، له :
٢ / ٣٥٥) ، وذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي الوجهين ولم يرجح . (المذهب : ٢ : ٢٩١) ، وقال الرملي في (نهاية
المحتاج : ٨ / ٢٣٦) : فإن امتنع الصالحون أثموا ، وأجبر الإمام أحدهم .

(٣) انظر أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٤٥ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : استحب .

بيت المال ، وينتشر علمه بذلك ، وينتفع الناس به ، ومن يُستحب له تركه هو المُكفَى في معاشه ودنياه ، الوجيه بين الناس ، (وفي مرتبته)^(١) المنتشر علمه ، فالأولى له تركه ، لأنه أسلم له ، ومن يحرم عليه فعله هو الجاهل ، أو العالم العاجز عن إقامة وظائفه ، أو الفاسق .



(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في مرتبته .

الفصل الثالث

في

كيفية عقد القضاء

ونقدم عليه أموراً :

أولها : [حكم القضاء التكليفي] :

١٦ - أنَّ القيامَ بالقضاءِ بين المسلمين ، (والانتصارَ)^(١) للمظلومين ، وقطَعَ الخصومةَ الناشئةَ بين المتخاصمين ، من أركان الدِّين ، وهو أهمُّ من الفروض المنعوتة بالكفاية ، فإذا قام به الصالحُ له سقط الفرض فيه عن الباقيين ، وإن امتنع كلُّ الصالحين له (أمثوا)^(٢) ، وقد ذكرنا ذلك^(٣) ، وذكرنا أخبار المتعيين له ، والخلاف في إجبار من لم يتعين له فيما إذا اجتمع صالحون له .

وثانيها : [ولاية المفضول] :

١٧ - أنَّ الإمامَ إذا وُلِّي حاكماً في بلدة ، وفيها من هو أفضل منه ، هل تنعقد ولايةُ المفضولِ ؟ فيه خلاف حكاه القاضي حسين وإمامَ الحرمين^(٤) ، قال

(١) اللفظ من نسخة ف . وفي الأصل « الانتصار » ، وقد سقطت الواو منها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حرجوا .

(٣) صفحة ٨٢ من هذا الكتاب .

(٤) هو أبو المعالي ، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن محمد بن يوسف بن حيويه الجويني =

الإمام: فيه خلاف بين الأصوليين ، والأكثرون قالوا : يجوزُ ، وهو المختارُ^(١) ، وإن (مَنَعَاه)^(٢) في الإمامة ، وقال الماورديُ : تنعقدُ ولايةُ المفضولِ في القضاء ، بخلاف الإمامة على أحد الرأيين^(٣) .

وثالثها : [طلب القضاء] :

١٨ - في طلب القضاء : قال الشيخ أبو نصر^(٤) : قال بعضُ [٦ / ب] أصحابنا يُستحب له طلبه ، حتى يجوزُ له أن يبذلَ في مقابلته عوضاً^(٥) ،

= الفقيه الشافعي ، المعروف بإمام الحرمين ، أعلم المتأخرين من أصحاب الشافعي ، الجمع على إمامته ، وكان عالماً في الأصول والفروع والأدب وغير ذلك ، كثير العبادة ، جمع مصنفات والده وزاد عليها ، ودرّس مكانه ، وجاور بمكة وبالمدينة أربع سنين يدرس ويفي ويجمع طرق المذهب ، ولذلك سمي بإمام الحرمين ، وبنى له نظام الملك المدرسة النظامية في نيسابور ، فدرس فيها ، مصنفاته كثيرة ، أهمها نهاية المطلب في دراية المذهب في الفقه ، والورقات في أصول الفقه ، والشامل في أصول الدين ، والبرهان في أصول الفقه ، ولد سنة ٤١٩ هـ ، ومات ودفن بنيسابور سنة ٤٧٨ هـ ، وإذا أُطلق لفظ الإمام في كتب الشافعية فالمقصود إمام الحرمين الجويني ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٤١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٦٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٨ ، العقد الثمين في تاريخ البلد الأمين : ٥ / ٥٠٧) .

(١) وهو الراجح في المذهب إذا بذل له بلا طلب ، وتنعقد توليته كالإمامة العظمى ، وفي قول لا يجوز له القبول ، فلا تنعقد توليته وتحرم ، لخبر البيهقي والحاكم : « من استعمل عاملاً على المسلمين وهو يعلم أن غيره أفضل منه » وفي رواية « رجلاً على عصابة ، وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه فقد خان الله رسوله والمؤمنين » قال الحاكم : هذا حديث صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه ، وسكت عنه الذهبي ، (انظر : نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٦ ، المهذب : ٢ / ٢٩١ ، حاشيتا قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٢ ، المستدرک : ٤ / ٩٢ ، الفتح الكبير : ٣ / ١٥٨) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ونسخة ب ، ورقة ١٠٧ / أ ، وفي الأصل : معناه .

(٣) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٤٤ ، ٦٤٣ ، وعبارته : « فإن عدل عن الأفضل إلى المقصر انعقدت

ولاية » ، وفي نسخة ف : لا تنعقد ، وهو خطأ في النسخ .

(٤) عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن أحمد بن جعفر ، أبو نصر بن الصباغ ، انتهت إليه رئاسة الأصحاب ، وكان ورعاً تقياً صالحاً زاهداً فقيهاً أصولياً محققاً ، صنف الشامل والكمال وعدة العالم والفتاوى وغيرها ، أول من درس بالمدرسة النظامية في بغداد ، وكان يضاهاي أبا اسحاق الشيرازي ، ولد سنة ٤٠٠ هـ ، وتوفي سنة ٤٧٧ هـ ، ودفن بداره ثم نقل إلى دار حرب ، وكان قد كف بصره قبل وفاته بسنين . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٢٢ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣٨٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٦ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٩٩) .

(٥) انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٦ ، الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٧٤ .

ومنهم من أبى ذلك^(١) ، ومن يجبُ عليه توليته يجب عليه طلبه ، وعلى الإمام توليته .

وقال إمام الحرمين : متى فرض القيام بالقضاء على حقه كان في مرتبة الجهاد ، بل أفضل منه^(٢) ، وموجب ما ذكرناه التعرض له وطلبه ، ولكن يُعارضه أن الاستمکان من مناصب الولايات يُورط النفس الزكية في الورطات ، ويستخرج منها خبايا البليات ، والنفس أمارة بالسوء ، وطالبة (للهوى)^(٣) والشهوات ، وباعثة على التورط في الشبهات ، وحاملة على الوقوع في المهلكات ، فسلك طريق السلامة أولى .

ثم قال القاضي حسين : إذا كان في الناحية من هو أصلح للقضاء ممن يطلبه ، (فالطلب)^(٤) من الطالب حرام ، ويكره للإمام توليته ، مع أنه لو ولاه انعقد^(٥) ، (وإن)^(٦) لم يكن في الناحية أصلح منه ، فلا يكره له الطلب ، بل يستحب له أن يتعرض ويطلب ، ولو لم يكن في الناحية من يصلح غيره ، افترض عليه أن يتعرض .

هذا كلام القاضي ، ونقله الإمام عنه ، ثم قال : قوله : إذا كان في الناحية من هو أصلح للقضاء ممن يطلبه فطلب الطالب حرام ، قال الإمام : هذا ، مع تصحيح نصب المفضل ، خطأ ، فإنه إذا جاز النصب (أو صح)^(٧) ،

(١) فصل الإمام النووي حكم هذه المسألة في (الروضة : ١١ / ٩٤) .

(٢) ذهب الغزالي إلى تفضيله على الجهاد للإجماع على فرضيته مع الاضطرار إليه ، (انظر : نهاية المحتاج :

٣ / ٨) .

(٣) في الأصل : اللهو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ونسخة ب ، ق ١٠٧ / أ ، وفي الأصل : والطلب .

(٥) وهذا ما عليه المحققون في المذهب كالتنوي . (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٣٣٦ ، أدب القاضي ، لماوردي :

١٤٦ / ١) .

(٦) من نسخة ف ، ونسخة ب ، ق ١٠٧ / أ ، وفي الأصل : فإن .

(٧) من نسخة ب ، ق ١٠٧ / ب ، وفي الأصل : وصح .

فطلبُ الجائزِ الصحيح كيف يَحرم ؟ فالوجهُ الاقتصارُ على كراهةِ الطلب^(١) ،
من المفضول مع وجود الفاضل^(٢) .

ا حكم قبول التعيين :

١٩ - ثم قال الإمام : والحق أن الإمام إذا نصبَ واحداً من المتائلين لم
يُكره له التقليدُ ، إلا إذا كان يغلبُ عليه استشعارُ الميلِ عن موافقته الشريعة ،
فإذا كان كذلك ، وتمكن من الاعتذار عن الإجابة بعذر ، فالذي يقتضيه الدين
الاجتنابُ ، فإنَّ الأمرَ ، وإن كانَ عظيمَ القَدْرِ ، بالغَ الأجر ، فالخطرُ أعظم ،
وإن لم يغلبِ استشعارُ المخالفة من نفسه ، وقلده الإمام بدءاً من غير طلب
(منه)^(٣) ، فينبغي أن يتقلدَ جرياً على قولِ المصطفى صلواتُ الله عليه
وسلامه : « إن أديتها من غير مسألة أعنتَ عليها »^(٤) .

وذكر العراقيون وجهين في وجوب الإجابة عند تقليد الإمام ، وهذا فيه

(١) زادت نسخة ب ما يلي : وما ذكره الإمام ممنوع فقد يمنع الطلب وتستحب الإجابة ، كما في السؤال بوجه
الله تبارك وتعالى ، فإنه يكره السؤال به ، وتستحب إجابة السائل ، ق ١٠٧ / ب ، ويظهر أن هذا التعليق من
الناقل ، وليس من أصل الكتاب ، ولهذا وضعته في الهامش .

(٢) هما قولان في المذهب ، والأصح كراهة الطلب ، مع انقضاء التولية ، قال النووي والرملي : فإن كان غيره
أصلح ندب للأصلح طلبه وقبوله ... وكان الأصلح يتولاه . فلمفضول القبول إذا بذل له بلا طلب ، وتنعقد توليته
كالإمامة العظمى . وقيل لا يجوز له القبول . فلا تنعقد ولايته وتحرم .. ويكره طلبه ، وقيل يحرم . وقال
المارودي : فيه خمسة أحوال : مستحب ومحظور ومباح ومكروه ومختلف فيه ، (انظر : نهاية المحتاج : ٢٣٦ / ٨ ،
٢٣٧ ، المذهب : ٢ / ٢٩١ ، أدب القاضي ، للمارودي : ١ / ١٤٦ ، ١٥١ ، الروضة : ١١ / ٩٢) .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) هذا جزء من حديث رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن عبد الرحمن بن سبرة ، وتكلمته من
البخاري : « لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها ،
وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك » ، (انظر : صحيح البخاري
بجاشية السندي : ٤ / ١١١ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١١ / ١١٦ ، سنن أبي داود : ٢ / ١١٨ ، تحفة الأحوذني : ٥ /
١٢٦ ، سنن النسائي : ٨ / ١٩٨) ، وروى ابن ماجه الشطر الأخير من الحديث عن عدي بن حاتم ، (سنن ابن
ماجة : ١ / ٦٨١) .

إذا كان تقليده جازماً ، أما إذا كان على خيرة فلا وجوب ، ثم الوجهان فيه إذا لم يستشعر المخالفة من نفسه ، فإن استشعرها فالجداد^(١) ما وجد إليه سبيلا .

| حالات طلب القضاء | :

٢٠ - هذا قولنا في النصيب مع تساوي من يصلح ، أما الطلب : فللطالب ثلاثة أحوال :

الأولى : أن يعلم من نفسه اغتلام^(٢) شهواته ، فالكراهة شديدة في حقه ، (إلا أن يقصد الخيانة فيحرم)^(٣) ، فإن قيل : انتهى الأمر في حقه إلى التحريم ، قلنا : إن طلب وأضر ما ذكرناه فيحرم عليه الطلب ، والحالة هذه ، وإن طلب [٧ / أ] ولم يقصد الخيانة وقصد التوقي جهده ، فيكره .

الحالة الثانية : أن لا يحس من نفسه هيجاً ، ولكنه لم يختبر نفسه قديماً في مخامرة الأمور العظيمة ، فهو على خطر من أمره ، فإذا أضر التقوى وهو فقير ، يبتغي كفافاً من رزق يدر عليه فلا يكره له الطلب ، وإن كان له كفاف ، وهو على غرر^(٤) من أمره فتطلق الكراهة في حقه ، ولكنها لا تشتد .

الحالة الثالثة : أن يكون قد اختبر نفسه في عظام الأمور ، ولم يجد هيجاً ولا مجاوزة حد ، فمن أصحابنا من قال : يكره له الطلب ، والرأي عندنا نفي الكراهة في هذا المقام^(٥) ، ثم مهما نفينا الكراهة ، هل يستحب الطلب ؟ فيه وجهان : أقيسها نعم .

(١) اللفظ إما من جَدٍّ أَوْحَدَ ، وهما بمعنى واحد ، فالجداد والجداد صرام النخل ، وجذبه أي قطعه ، والجداد والجداد القطع ، ورجل حديد وخذاد وخذاد يكون في السن والفهم والفضب ، ومعنى النص أن الرجل الكفه إذا قلده الإمام القضاء واستشعر من نفسه مخالفة أحكام الله تعالى فالقول الجازم هو ما وجد إليه مخلصاً وسبيلاً عند الله تعالى ، (انظر : القاموس المحيط : ١ / ٢٨١ ، ٢٨٢) .

(٢) غَلِمَ غَلْمًا وَغَلْمَةً بِالضَّمِّ وَاغْتَلَمَ : كَانَ مُتَقَادًا لَشَهَوَاتِهِ ، (القاموس المحيط : ٤ / ١٥٧) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ب ، ورقة ١٠٧ / ب .

(٤) في نسخة ب : عوز . ق ١٠٧ / ب .

(٥) رجح النووي الكراهة ، وقال : يكره له الطلب والقبول على الصحيح والله أعلم . وأرى ترجيح قولنا =

فإن قيل^(١) : إذا أطلقتم التحذير ولم تُخصَّصوه بشخصٍ انكفَّ النَّاسُ قاطبةً عن هذا الأمر المهم ، فإنهم يتواكلون ويتخاذلون فيتعطل الأمر ! قلنا : لا مخافة من هذا ، والمحذور التكالبُ على العملِ والازدحامُ عليه ، فإنَّ النفوسَ تستحثُّ أربابها على طلبِ أسبابِ الاستعلاء ، فمن حكمةِ الشرعِ تغليبُ التحذيرِ ، والجلباتُ تغالبه ، حتى يتوقع منه اعتدالٌ في الإقدام .

[كيفية عقد القضاء] :

٢٢ - فهذا منتهى الكلام في هذه الأمور ، والكلامُ بعده في كيفية عقد القضاء ، والنظر في مقدمة العقد ، ثم في صفته ، (ثم في لزومه)^(٢) ، ثم في كيفية التولية ، وتوافق الإمام والقاضي في المذهب ، وتخصيص التولية ، والحكم بذهبه أو مذهب الحاكم ، ثم في جواز استنابة القاضي نائباً عنه ، ثم في تقليد قاضيين في بلد واحد ، ثم في أخذِ القاضي الرزقَ على القضاء

النظر الأول : في مقدمته

١ معرفة المولى توفر الشروط في المولى :

٢٣ - وهو أن يكونَ المولى عارفاً بتكاملِ شروطِ القضاءِ في القاضي ، فيكتفي بعلمه ، وإن جهلها سأل عنها^(٣) ، فإن استفاض الخبرُ بمعرفته كانت الاستفاضة أوكدُ من الشهادة ، فلم يحتج معها إلى الاختبار ، وإن لم يستفص

= المصنف بنفي الكراهة لمن توفرت فيه الشروط وأمن على نفسه ، وذلك أن إقامة العدل ومنع الظلم والفصل بين الناس من الواجبات الشرعية التي قام بها الأنبياء والمرسلون ، وهي من المناصب الجليلة التي يجبها الله تعالى ﴿ إن الله يحب المقسطين ﴾ والقيام بالواجب الشرعي فيه ثواب وأجر ، وليس فيه كراهة وإثم ، وهذا ما رجحه الماوردي وابن فرحون ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٢٣٧ ، أدب القضاء ، الماوردي : ١٠ / ١٥٠ ، تبصرة الحكام : ١٥ / ١ ، الروضة : ٩٣ / ١١) .

(١) في الأصل : قال : فإن قيل .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) في نسخة ب : سأل عنه ، ورقة ١٠٧ / ب .

جازَ الاقتصارَ فيه على شهادة عدلين بتكامل^(١) شروطِ القضاءِ فيه ، ثم يختبره المولي ليتحقق^(٢) باختباره صحة معرفته ، وهل يكونُ اختبارُهُ بعدَ الشهادة واجباً أو مستحباً ؟ فيه وجهان .

اختبار المولى :

٢٤ - فلو لم يشهد شاهدان بتكاملِ شروطه ، لزمه اختباره قبلَ تقليده في كل شرط معتبر ، هذا ما ذكره الماوردي^(٣) ، ولا بد فيه من تفصيل .
أما عدالته فإن كانت مشهورة ، والامامَ يعلمها ، فلا حاجة إلى شهادة بذلك ، وإن لم يكن مشهوراً بها في هذا البلد ، ولا (يعلمها)^(٤) الإمام فلا بد من شاهدين يشهدان بعدالته ، وكذلك إن جهلت حريته ، ولم يعلمها الإمام فلا بد من ثبوتها بالبيّنة ، وبقية الشروط تُختبر بطرقها ، فبصره وسمعه [٧ / ب] محسوسان ، وكتابتها تظهر بالامتحان ، وأما علمه بالأحكام الشرعية فاختباره أن يجمع له الإمام العلماء في مجلس ، وينظروه بين يديه ، ويسألوه المسائل التي يظهر بها علمه .

النظر الثاني : في صفة العقد

صيغة العقد :

٢٥ - وهو اللفظُ في الحضورِ ، والمكاتبَةُ في الغيبةِ ، ولا يجوزُ الاقتصارُ على

(١) في نسخة ب : لتكامل ، ق ١٠٨ / أ .

(٢) في نسخة ف : ليعلم .

(٣) الكلام السابق ، ابتداء من مقدمته ، اختصار بتصرف من كلام الماوردي ، انظر أدب القاضي له : ١ /

١٧٥ - ١٧٦ ، ورجح محقق أدب القاضي للماوردي لفظ اختياره ، والصحيح ما أثبتناه في المتن ، فالكلام عن مشروعية الاختبار بعد الشهادة ، وكلام الماوردي بعده يؤكد خلاف ما اختاره المحقق ، فقال : « على وجهين : أحدهما أنه استحباب يستظهر به ، لأن صحة الشهادة توجب العمل بها ، والوجه الثاني أن اختباره واجب لجواز أن يطرأ عليه نسيان أو اختلال » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٢٣ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : علمها .

ولفظ العقد ينقسم إلى صريح ، وكناية . ومختلف فيه .

فالصريحُ قوله : قلدتكَ القضاءَ ، أو وليتكَ القضاءَ ، أو استخلفتكَ ، أو استنتبتكَ^(٢) .

والكنايةُ قوله : اعتمدتُ عليك في القضاءَ ، أو عوّلتُ عليك ، أو عهدتُ إليك ، أو وكّلتُ إليك ، فلا ينعقد بهذه الكنايات حتى يُقرنَ بها لفظٌ يزول به الاحتمال ، كقوله : فاحكم ، أو فانظر ، أو فاقض .

والمختلف فيه قوله : فوّضتُ إليك القضاءَ ، أو رددتُ إليك القضاءَ ، أو جعلتُ إليك ، وأسندتُ إليك ، ففيها وجهان ، أحدهما : أنها صريحة في التقليد ، والثاني : أنها كناية ، وهو الأصح^(٣) .

ثم لا بدُّ في التولية من ذكر البلد الذي يُقلده القضاءَ فيه ، ومن صفةِ الحكم من عمومٍ وخصوصٍ ، فإن أطلقَ كان على العمومِ دون الخصوصِ في المنازعات ، دون العمومِ في الولايات .

وتأمّمَ العقدُ معتبرٌ بقبولِ القاضي ، فإن كان حاضراً ، كان قبولُهُ بالقولِ على الفور ، فيقول : قبلتُ أو تقلدتُ ، وإن كان غائباً جاز قبولُهُ على

(١) في نسخة ب زيادة وهي : ويكتفي ذلك في الغيبة ، ق ١٠٨ / أ ، ويرجع إشار اللفظ على المكتبة في الحضور إلى أن اللفظ هو سيد التعبيرات في الفقه الاسلامي . وهذه السيادة ليست مقصورة على العقود الجارية بين الأفراد بل تشمل صكوك التعيين في إطار علاقة الدولة بالأفراد كما هو ظاهر في المتن ، (انظر : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ف ٢٧٠ وما بعدها . ص ٢٧٠ ، وما بعدها ، للدكتور وحيد سوار) .

(٢) في نسخة ب : أنتبتك ، ق ١٠٨ / أ .

(٣) هنا نقل حرفي تقريباً من كتاب (أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٧٨) بينا جعلها الماوردي كناية قولاً واحداً في كتابه « الأحكام السلطانية : ٦٩ » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٢٢ .

التراخي ، فلو شرع في النظر قبل القبول ، هل يكونُ شروعه فيه قبولاً ؟ فيه وجهان^(١) .

ثم لصحة قبوله شرطان : أحدهما : علم المتولي باستحقاقه تولية القضاء ، فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله^(٢) ، والثاني : علمه من نفسه استكمال الشرائط المعتبرة في القضاء ، فإن علم عدم استكمالها ، لم يصح قبوله ، وكان بالقبول مجروحاً .

النظر الثالث : في لزوم العقد

لزوم العقد | :

٢٦ - قال الماوردي : القضاء من العقود الجائزة في حق المولى والمولى دون اللازمة ، لأنه استنابة كالوكالة ، فلا يلزم في حق واحد منهما ، فلمولي أن يعزله متى شاء ، والأولى أن لا يعزله إلا لعذر ، ولمولى عزل نفسه متى شاء ، والأولى له أن لا يعزل نفسه إلا لعذر^(٣) ، فلو عزله المولى ، ولم يعلمه ، فحكم قبل العلم ، هل ينفذ حكمه قبل العلم ؟ فيه وجهان^(٤) ، ومتى عزل الحاكم

(١) الوجه الأول الجواز ، ويكون كالنطق ، والوجه الثاني عدم الجواز حتى ينطق بالقبول ، لأن الشروع في النظر فرع لعقد الولاية ، فلم ينعقد القبول بالشروع ، (انظر : الأحكام السلطانية : ٦٦ ، أدب القاضي : ١ / ١٨٠ ، الروضة : ١١ / ١٢٤) .

(٢) عبارة الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ١٧٩) : أن يكون المولى عالماً بأن المولى مستحق للولاية التي استنابه فيها ، فإن لم يعلم استحقاقه لها لم يصح قبوله .

(٣) نقل المصنف عبارة الماوردي بتصرف ، (أدب القاضي : ١ / ١٨١) ، وانظر : الأحكام السلطانية : ٧٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ .

(٤) الراجح أنه لا ينعزل قبل العلم ، وينفذ حكمه ، قال النووي ، والمذهب أنه لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥) ، وفي قول من الطريق الثاني أنه ينعزل كأرجح القولين في الوكيل ، (شرح المحلى : ٤ / ٢٩٩ ، الروضة : ١١ / ١٢٦ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨٢) . قارن المذهب الحنفي حيث يعد علم القاضي المعزول بالعزل شرطاً لصحة العزل بالإجماع ، وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض نفسه (أي استقالته) (راجع : د . وحيد سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، ف ١٦١ ، ص ١٥٣ هامش (٤) و (٦) وانظر بحثاً قماً في الكتاب =

نفسه ، ثم حكم لم ينفذ حكمة ، أما أهل عليه فعليهم الطاعة له ، والتزام أحكامه ، فإن امتنعوا لعذرٍ أوضحوه ، وإن كان لغيرِ عذرٍ حُوربوا^(١) .

٢٧ - ثم علمهم بولاية الحاكم عليهم يختلف بقربهم وبعدهم ، فإن بعدوا ولم يشع عندهم ، أشهد المولى عليه شاهدين ، فلو لم يشهد ، وورد القاضي عليهم ، وأخبرهم بولايته ، فإن لم يصدقوه لم يلزمهم قبول أحكامه ، وإن [٨ / أ] صدقوه هل تلزمهم طاعته ؟ فيه وجهان^(٢) .

هذا إذا كان (البلد)^(٣) بعيداً ، أما إذا كان قريباً ، وشاع الخبر بينهم بولايته ، هل تكفي الإشاعة ، دون الشهادة ؟ فيه وجهان^(٤) .

إعزال القاضي | :

٢٨ - هذا ما ذكره الماوردي^(٥) ، وهو كما قاله إلا في جواز إعزال القاضي من غير سبب ، وجعله القضاء عقداً جائزاً كالوكالة ، فإن الأصحاب ذكروا فيه

= المذكور حول تقسيم التعبيرات في الفقه الإسلامي إلى تعبير متلقى لا ينتج أثره إلا بعلم المخاطب به ، وتعبير ملقى ينتج أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، (التعبير عن الإرادة ، المرجع السابق ، ف ٨٢ وما بعدها ، ص ٧١ وما بعدها)

(١) عبارة الماوردي : « ارهبوا ، فإن أقاموا على الامتناع حوربوا » . (أدب القاضي ، له : ١ / ١٨١) .

(٢) قال الماوردي : أحدهما تلزمهم ، لأنهم اعترفوا بحق عليهم ، والوجه الثاني لا تلزمهم ، لما يتضمنها من

إقرارهم على المولى ، (أدب القاضي : ١ / ١٨٢) ، وقال الرملي : فإن صدقوه لزمهم طاعته في أوجه الوجهين ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٠) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بلدأ .

(٤) الراجح كفاية الإشاعة وهي الاستفاضة لأنها أكد من الشهادة ، ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ ، ولا عن

الخلفاء الراشدين إسهاد ، والوجه الثاني : منع الاستفاضة ، لأن التولية عقد ، والعقود لا تثبت بالاستفاضة ، كالإجارة

والوكالة ، قال النووي : وتكفي الاستفاضة في الأصح ، وذكر أبو إسحاق الشيرازي والماوردي الوجهين ، (انظر :

نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، مغني المحتاج : ٤ / ٢٨٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠١ ، المهذب : ٢ / ٢٩٢ ،

أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٨٢ وما بعدها) .

(٥) الكلام كله اختصار عن الماوردي ، ولكنه اختصار مفيد ، فالعبارة هنا أوضح وأسهل وأبعد عن التكرار ،

(قارن : أدب القاضي ، للماوردي : ١ / ١٨٠ - ١٨٢) .

تفصيلاً وخلافاً ، قال الإمام : للإمام عزلُ القاضي إذا رآه^(١) أمرٌ ، ويكفي فيه غلبةُ الظنِ بذلك ، فلو لم يظن غيرَ الخير ، قال الأصحاب : إن عزله بأفضل منه نفذ ، وبين هو دونه في الصلاحية لا ينفذ في ظاهر المذهب ، وبمثله فيه وجهان ، قال الإمام : وإطلاق القول على هذا النسق غفلةٌ ، فأقول : حقٌّ على الإمام ألا يُصدَرَ شيئاً من أمور المسلمين إلا عن رأيي (ثاقب^(٢)) ، ونظري في الصلاح ، فإنَّ عزلَ القاضي بمن هو دونه لمصلحةٍ رآها نفذ العزلُ ، ولا يجوز تقديرٌ خلافٍ فيه ، وإن فرض عزلٌ مطلقاً فلا اعتراض عليه مهما أمكن تطرق إمكان التطرق^(٣) ، ولا يجوز أن يكون خلاف .

ولو عزله (لا)^(٤) عن نظر ، هل ينفذ عزله ؟ فيه تردد لبعض المنتهين إلى الأصول ، والذي أقطع به أنه ينفذُ عزله^(٥) ، ولكن (يتعرَّضُ)^(٦) صاحبُ الأمرِ لخطرِ الإثم . ولو عزلَ القاضي نفسه انعزل ، فهذا ملخص ما ذكره الإمام .

وقال الشيخُ أبو عليٍّ في « شرحه الكبير » : إذا ولي الإمامُ قاضياً ، إن لم يتعين عليه فعزله بثلثه ، أو بمن هو أصلحُ منه ، قال الشيخُ القفال : لا ينعزل ، لأنه صار قاضياً من جهة الله تعالى ، وقال بعضُ شيوخنا :

(١) في نسخة ف : رآه منه ، وفي نسخة ب : رأى منه ، ق ١٠٧ / ب ، ومعنى رآه أمر أي ارتاب به وشك

فيه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ق ١٠٨ / ب ، وفي الأصل : ثابت .

(٣) هذا ما أيده النووي ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٨١ ، الروضة :

١١ / ١٢٦) .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ق ١٠٨ / ب .

(٥) وهو ما رجحه النووي عندما قال : لكن ينفذ العزل في الأصح ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، مغني

المحتاج : ٤ / ٣٨١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٩ ، الروضة : ١١ / ١٢٦) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ومن نسخة ب ، ق ١٠٨ / ب ، وفي الأصل : ولكن يعترض عليه .

ينعزل^(١) ، وعلى هذا لو أخبر الإمام أن قاضي بلد كذا قد مات ، فولى غيره ، ثم بان كونه حياً ، لم ينعزل الأول عند القفال ، وعلى الوجه الثاني ينعزل^(٢) ، وعلى هذا لو عزل القاضي نفسه ، إن تعين عليه ، لم ينعزل ، وإن لم يتعين عليه ، هل ينعزل ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم^(٣) .

النظر الرابع^(٤) : في توافق الإمام والقاضي

في المذهب ، وتخصيص المذهب

إ توافق الإمام والقاضي في المذهب] :

٢٩ - أجمع العلماء على أنه لا يُشترط توافقهما في المذهب ، بل إن (كانا)^(٥) مجتهدين على الإطلاق ، فالقاضي يحكمُ باجتهاده في المجتهدات ، سواء وافق اجتهاده اجتهاد الإمام أو لا ، وإن كانا مجتهدين على التقييد ، فيجوز للإمام الشافعي أن يولي القضاء الحنفي ، وبالعكس^(٦) .

٣٠ - وليس للإمام أن يشترط على الحاكم الحكم بخلاف اعتقاده ، أو خلاف اجتهاده^(٧) ، إذا جوزنا قضاء المجتهد المقيّد .

(١) الراجح أنه ينعزل خلافاً للقفال ، (انظر : نهاية المحتاج : ٨ / ٤٤٥ ، والمراجع في رقم ٦ ص ٩٤) .

(٢) انظر بيان ذلك في (مغني المحتاج : ٤ / ٢٨٢ ، الروضة : ١١ / ١٢٦)

(٣) في نسخة ف زيادة : نعم ينعزل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، بينما جاء في الأصل : الثاني ، وهو خطأ .

(٥) اللفظ من نسخة ب ، ق ١٠٩ / أ ، وفي الأصل : كان ، وفي نسخة ف : إن كان مجتهداً .

(٦) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٤ ، الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٦٧ ، الروضة : ١١ / ١٠٠ .

(٧) وهذا رد صريح على هؤلاء الذين يصابون بنوبة عصبية ويستحوذ عليهم الاستغراب عندما يسمعون كلمة المذاهب الإسلامية ، وذلك أن الالتزام بمذهب معين ، وتقليد إمام المذهب إنما هو بالنسبة للعامة أو الجاهل أو من في حكمها ، ويريد معرفة أحكام الشريعة ولا يستطيع أن يستد ذلك من الكتاب أو السنة ، فإن توفر له العلم والقدرة والملكة العملية فلا يجوز له التقليد ، ولا يجوز للإمام أن يشترط ذلك عليه ، وبإشارة الفقهاء قاطعة في هذا ، وقد بينه الشيرازي باختصار وتعليل في (المهذب : ٢ / ٢٩٢) ، فقال : « ولا يجوز أن يعقد تقلد القضاء على أن يحكم بمذهب بعينه ، لقوله عز وجل : ﴿ فاحكم بين الناس بالحق ﴾ والحق ما دل عليه الدليل ، وذلك لا يتعين في مذهب =

فلو كان الإمام شافعيًا ، فشرط على نائبه الحنفي أن يحكم على مذهب الشافعي ، فيحكم فيما اتفق عليه الإمامان^(١) ، وما [٨ / ب] اختلفا فيه لا يحكم فيه بشيء ، أما مذهب الشافعي فلأنه لا يعتقده ، وأما مذهب أبي حنيفة فلأنه لم يفوض إليه .

وقال الماوردي : إذا كان القاضي شافعيًا فأذاه اجتهاده إلى مذهب أبي حنيفة في حادثة ، جاز له الحكم بها ، وقال بعض أصحابنا : لا يجوز للمعتري إلى مذهب أن يحكم بغيره لتطرق التهمة إليه^(٢) .

فلو شرط الإمام على القاضي في عقد تولية القضاء أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعي مثلًا ، أو بمذهب أبي حنيفة ، (فإن كان^(٣) عامًا ، بأن قال له لا تحكم في جميع الأحكام ، إلا بمذهب الشافعي مثلًا ، أو بمذهب أبي حنيفة^(٤)) ، كان هذا الشرط باطلا ، سواء كان موافقاً لمذهب الإمام أو مخالفاً له ، وهل يبطل عقد تولية القضاء ؟ نظر :

إن كان عدل عن لفظ الشرط ، وأخرجه مخرج الأمر ، كقوله : احكم بمذهب الشافعي ، أو مخرج النهي ، كقوله : لا تحكم بمذهب أبي حنيفة^(٥) ، صح التقليد^(٦) .

= معينه ، فإن قلد على هذا الشرط بطلت التولية ، لأنه علقها على شرط ، وقد بطل الشرط ، فبطلت التولية ، والنصوص الفقهية في ذلك كثيرة .

(١) في نسخة ف : المذهبان .

(٢) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٥ .

(٣) أي الشرط .

(٤) ما بين القوسين مكرر في الأصل مرتين ، والعبارة في نسخة ب كما يلي : فإن كان عاماً كقوله لا تحكم إلا بمذهب الشافعي مثلًا أو بمذهب أبي حنيفة كان الشرط . ق ١٠٩ / ب .

(٥) عبارة نسخة ب : لا تحكم إلا بمذهب أبي حنيفة ، ق ١٠٩ / ب .

(٦) صح التقليد وإن بطل ما أمره به أو نهاه عنه ، كما قال الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ١٨٧) ، أي أن

بطلان التقليد يتجزأ في رأي الماوردي ، وانظر : الأحكام السلطانية ، له : ٦٨ .

وإن جعله بلفظ الشرط في العقد ، كقوله : ولَيْتَكَ عَلَى أَنْ تَحْكَمَ بِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، أَوْ بَأَنْ لَا تَحْكَمَ^(١) بِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ، بَطَلَ التَّقْلِيدَ^(٢) .

أما إن كان التقليدُ خاصاً في حكمٍ بعينه ، فإن كان أمراً ، كقوله : أقَدَ مِنَ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ^(٣) ، وَمَنِ الْحَرِّ بِالْعَبْدِ ، كَانَ هَذَا الشَّرْطُ بَاطِلاً ، فَإِنْ تَجَرَّدَ التَّقْلِيدُ عَنِ هَذَا الشَّرْطِ صَحَّ التَّقْلِيدُ^(٤) ، (مع فساد الشرط ، وإن قرنه بلفظ الشرط بطلَ التقليدُ)^(٥) .

وإن كان تهيئاً ، نُظِرَ : إنْ نَهَاهُ عَنِ الْحُكْمِ فِي قَتْلِ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ ، وَالْحَرِّ بِالْعَبْدِ ، وَلَا يَقْضِي^(٦) فِيهِ بِوَجُوبِ قَوْدٍ ، وَلَا بِإِسْقَاطِهِ ، فَهَذَا شَرْطٌ بَاطِلٌ ، وَتَّقْلِيدٌ صَحِيحٌ^(٧) ، وَإِنْ لَمْ يَنْهَهُ عَنِ الْحُكْمِ فِيهِ ، وَنَهَاهُ عَنِ الْقَضَاءِ بِالْقَصَاصِ ، فَقَدْ اِخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي هَذَا النَّهْيِ ، هَلْ يُوْجِبُ صَرْفَهُ عَنِ النَّظَرِ فِيهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانُ^(٨) .

قلت : وحكى القاضي أبو منصور^(٩) ، ابنُ أخي الشيخِ أبي نصر بن

(١) العبارة في نسخة ب هي : على أن لا تحكم ، ق ١٠٩ / ب .

(٢) بطلت التولية لأنه علقها على شرط ، وقد بطل الشرط فبطلت التولية ، كما نقلناه سابقاً عن « المهذب » ، وقال العراقيون : لا يبطل التقليد وإن بطل الشرط ، (انظر : المهذب : ٢ / ٢٩٢ ، منفي المحتاج : ٤ / ٣٧٨ ، شرح المحلى وحاشية قليوبي : ٤ / ٢٩٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٢٤٢ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٨) ، ويرجع الفرق في نظرنا بين الرأيين إلى أن الأول يجعل الشرط هو السبب الدافع إلى التولية بخلاف الثاني .

(٣) أي اقتصر من المسلم بسبب قتله للكافر ، وهي مسألة خلافة بين المذهب الشافعي والمذهب الحنفي ، فبينما يرى الشافعية أن المسلم لا يقتل بالكافر ، قال الحنيفة : يقتل به .

(٤) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٨ .

(٥) ما بين القوسين سقط من الأصل ، ولكنه موجود في نسخة ف ونسخة ب .

(٦) في نسخة ب « ألا يقضي » ق ١٠٩ / ب ، وعند الماوردي : ولا يقضي فيه ، (أدب القاضي : ١ / ١٨٩) .

(٧) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٨٩ .

(٨) ذكر الماوردي الوجهين بدون ترجيح ، (أدب القاضي ، له : ١ / ١٨٩) .

(٩) هو أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الواحد ، أبو منصور بن الصباغ البغدادي ، ابن أخي الشيخ أبي نصر ، =

الصباغ ، قال : سألت قاضي القضاة الدامغاني^(١) ، عما إذا ولى القاضي الحنفي نائباً شافعيّاً ، وشرط عليه أن لا يحكم إلا بمذهب أبي حنيفة ، هل يصح ؟ قال : نعم ، فإن قاضي القضاة أبا حازم^(٢) ، ولى أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد على أن لا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة فالتزمه .

النظر الخامس : في استنابة القاضي نائباً في الحكم عنه

[نائب القاضي] :

٣١ - والمستناب لا يخلو : إما إن ناه الإمام عن الاستخلاف ، حالة عقد التولية ، أو أطلق ، إن ناه لم يَجْز له الاستخلاف ، وإن أطلق فيه ثلاثة أوجه : يُفَرَّق في الثالث بين أن تتسع خطة البلد أو لا^(٣) .

= زوج ابنته ، إمام عالم جليل ، كثير الصلاة والصوم ، درس الفقه والحديث ، وكان ينوب عن القاضي محمد بن الدامغاني في القضاء برّيع الكرخ ، ثم ولي الحسبة في الجانب الغربي من بغداد ، له مصنفات ومجموعات منها « الإشعار بمعرفة اختلاف علماء الأمصار » توفي سنة ٤٩٤ هـ ، ودفن ببغداد ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٨٥ ، ١٥٣ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٦٠)

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن الحسين بن عبد الملك بن عبد الوهاب بن حموية ، أبو عبد الله الدامغاني ، قاضي القضاة ببغداد ، ولد سنة ٢٩٨ هـ ، وسمع الحديث وبرع بالفقه الحنفي ، وانتهد إليه رياسة الفقهاء ، وكان ذا عقل واسع وتواضع ، كثير العبادة ، باشر الحكم ثلاثين سنة في أحسن سيرة ، توفي سنة ٤٧٨ هـ ، وقد ناهز الثمانين ودفن بداره ثم نقل إلى مشهد أبي حنيفة ، وقيل إنه ولد سنة ٤١٨ ، (انظر : البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٩ ، تاريخ بغداد : ٢ / ١٠٩ ، الفوائد البهية : ١٨٢ ، النجوم الزاهرة : ٥ / ١٢١) ، ولم تُذكر ترجمته في تاج التراجم ، ولا في وفيات الأعيان ولا في فوات الوفيات ، وفي نسخة ف : الأفغاني ، وهو خطأ ، والدامغاني ، بفتح الميم المعجمة ، نسبة إلى دامغان من بلاد قورمس ، (لب الباب : ١٠١) .

(٢) هو عبد الحميد بن عبد العزيز ، قاضي القضاة ، أبو حازم من أهل البصرة ، ولي قضاء الشام والكوفة والكرخ من بغداد ، كان تقياً ورعاً عالماً بمذهب أبي حنيفة وبالفرائض والحساب والذرع والقصة والجبر والمقابلة والناسخات والوصايا ، له كتاب المحاضر والسجلات وأدب القاضي وكتاب الفرائض ، توفي سنة ٢٩٢ هـ ، (انظر : طبقات الفقهاء : ١٤١ ، تاج التراجم : ٢٣ ، الفوائد البهية : ٨٦ ، كشف الظنون : ١ / ٧٢ ، البداية والنهاية : ٩٩ / ١١) .

(٣) انظر تفصيل ذلك وتعليقه في (المهذب : ٢ / ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٨ ، أدب القاضي ،

الملاوردي : ٣ / ٣٨٧ ، الروضة : ١١ / ١١٨) .

هذا (إن)^(١) نهاء مع عقد التولية ، [٩ / أ] فلو أطلق التولية ، ومضت مدةً ، ثم نهاء عن الاستخلاف ، وقلنا : إن له الاستخلاف عند الإطلاق ، يقتضي أنه يتمكن^(٢) من الاستخلاف ، فإذا أطلق التولية أولاً ، فقد استحق أن يستخلف ، فإذا نهاء بعد ذلك ، هل يجب عليه الانتهاء أم لا ؟

هذا ينبغي أن ينبني على الخلاف السابق ، فعلى رأي الماوردي^(٣) ، يجب عليه أن ينتهي ، ولا يجوز له أن يستخلف ؛ لأن (عقد)^(٤) القضاء عقدٌ جائز ، ينفذ عزل المولى مهما شاء ، وعلى رأي الشيخ أبي علي وغيره القائلين بالتفصيل الذي ذكرناه عنهم^(٥) ، في نفوذ العزل وامتناعه ، فيه نظرٌ ، فهما قلنا بنفوذ عزله فلا خفاءً بوجوب الامتناع ، وعدم جواز الاستخلاف ، ومتى قلنا : لا ينفذُ عزله ، فإذا أطلق التولية ، ثم نهاء بعد فصل بينهما بزمان ، يُعدُّ مثله فصلاً في مثل ذلك ، فهل يجوز له أن يستخلف ، أو يجب عليه أن يمتنع ؟

هذا فيه نظرٌ عندي ، وقاعدة (الإنابة)^(٦) (تقتضي)^(٧) عندي : أنه متى نهاء ابتداءً أو دواماً لا يجوز له الاستخلاف ، ويجب عليه الامتناع .

[شروط النائب] :

٣٢ - ثم اعلم أن النائب للقاضي ، إن أذن له في الحكم بين الناس مطلقاً ،

(١) كلمة إن من نسخة ف ، وفي الأصل : إذا .

(٢) في نسخة ف : يُمكن .

(٣) وهو أن عقد القضاء من العقود الجائزة دون اللازمة ، (انظر : أدب القاضي : ١ / ١٨٠) ، وانظر : فقرة

٢٦ من هذا الكتاب ، وانظر : أدب القاضي ، الماوردي : ٢ / ٣٩٣ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عنده .

(٥) في نسخة ف بالتفصيل المذكور ، وانظر : فقرة ٢٨ من هذا الكتاب .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإيالة .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يقتضي .

فحكه في اشتراط العلم وبقية الشروط^(١) حكمٌ مستخلفه^(٢) .

وإن استنابه في أمورٍ خاصّة ، كسماع بينة على دَينٍ فقط ، (أو في)^(٣) سماع تزكية الشهود ، لم يُشترط أن يكون عالماً إلا بما يليق بما فُوض إليه ، وقال الإمام : كان شيخي^(٤) يقول : نائب القاضي في القرى إذا لم يفوض إليه إمضاء الأحكام ، بل فُوض إليه سماع البينة ونقلها ، فلا يشترط فيه بلوغ رتبة الاجتهاد ، بل المعتبر في حقه العلم اللائق بأحكام البينات^(٥) .

النظر السادس : في جواز تولية قاضيين في بلد واحد

[تعدد القضاة] :

٣٣ - وهو جائز إن عيّن لكل واحد منها عملاً مستقلاً من البلد ، مُفرداً به ، كجانِبٍ مخصوصٍ من جانِبِ بغداد ، أو محلّةٍ مخصوصةٍ أو صُقعٍ^(٦) مخصوص ، فيختص كل واحد منها بالموضع الذي فُوض إليه ، فمضى خرج منه إلى محلّةٍ فُوضتُ إلى غيره ، لم ينفذُ حكمه فيها ، ويصير ذلك كبلدين ، فُوض كلُّ بلدٍ منها إلى حاكمٍ^(٧) ، وهكذا لو فُوض إلى واحدٍ منها الحكم بين الرجال

(١) كلمة الشروط من هامش الأصل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١١٩ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وفي .

(٤) الإمام هو أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله إمام الحرمين الجويني ، وشيخه هو والده الشيخ أبو محمد ، وقد

مرت ترجمتها .

(٥) نقل النووي هذا الحكم عن الشيخ أبي محمد الجويني (انظر : الروضة : ١١ / ١١٩) .

(٦) الصُقع بالضم والسكون الناحية ، (القاموس المحيط : ٣ / ٥٠) ، وفي نسخة ف : موضع .

(٧) انظر تفصيل ذلك بإسهاب في (أدب القاضي للماوردي : ١ / ١٥٥ وما بعدها ، وفي الأحكام السلطانية ،

له : ٧٠ وما بعدها)

دون النساء ، وبالعكس ، تقيّد بما خصّ به ، ولا ينفذُ حكه إذا تعداه إلى غيره^(١) .

أما إنْ قلّد اثنين القضاء في بلد واحد ، كل منهما يقضي في جميع البلد بين جميع أهله ، ومن يرد إليه ، هل يجوز له ذلك ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ ، وأصحها الجواز ، والعمل عليه في الأمصار^(٢) .

ثم إذا وُلّي القضاء اثنان^(٣) في البلد على الشيوع في جميع البلد ، فاستحضر الحصان رجلاً ، قال الشيخ أبو علي : من سبق منها وجب عليه الحضور إليه ، وإن جاء معا أقرع بينهما^(٤) .

النظر [٩ / أ] السابع : في جواز أخذ القاضي

الرزق على القضاء

٣٤ - وإذا تقلّد شخص القضاء ، إن تعيّن عليه بالشروط السابقة ، وكانت له كفايةً من أمواله ، لم يجز أخذ الرزق عليه ، لفرضيته عليه وكفايته ، وإنْ

(١) انظر : المراجع السابقة ، الروضة : ١٢٤ / ١١ .

(٢) وهو ما رجحه المحققون في المذهب قياساً على تعيين وصيين أو وكيلين ، والقول الثاني : لا يجوز ، وصححه إمام الحرمين الجويني والغزالي وابن أبي عسرون ، قياساً على الإمامة العظمى التي لا يجوز فيها التعدد بالنص والإجماع ، (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٣٨٠ ، شرح المهلي : ٤ / ٢٩٨ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٥٨ ، الروضة : ١٢٤ / ١١) .

(٣) العبارة في نسخة ف : ثم إذا ولي القاضيان .

(٤) العبارة غير واضحة في الأصل ، وعبارة الماوردي هي : « فإن اختصم خصمان وجذب كل واحد منهما خصمه إلى أحدهما عمل على قول الطالب منها دون المطلوب ، وحاكاه إلى من أراده منها ، لأن حكم كل واحد من القاضيين نافذ عليها ، فإن كان كل واحد من المتنازعين طالباً ومطلوباً ، لتحاكمها في قسمة ملك يوجب تحالفها فيه ، عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين إليها ، فإن استويا في القرب ، ففيه وجهان : أحدهما يقرع بينهما ، والثاني يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما » ، (أدب القاضي ، له : ١ / ١٥٨ - ١٥٩) ، وفي كلام الماوردي نص صريح على اختصاص الحاكم المكاني ، وجاء في قانون أصول المحاكمات السوري في المادة ٨١ ما يتفق معه في ذلك .

كان فقيراً أو مسكيناً ، لا يكفيه ما يملكه ، جاز له أن يأخذَ عليه قدر كفايته من بيتِ المال .

وإن لم يتعين عليه ، فإن كان محتاجاً جاز له أخذُ الرزقِ على قدر الكفاية ، وإن كان غنياً فالأولى له أن لا يأخذَ شيئاً^(١) ، وقال الشيخ أبو علي : يكره له أخذه : والحالة هذه ، وذكر عيْن ما ذكرناه من التفصيل في الأجرة أيضاً ، إلا أنه حكى عن صاحب التقريب^(٢) قولاً أنه يجوز لمن تعين عليه ، وله كفاية ، أخذُ الرزقِ ، وقال : المعروف عند أصحابنا أنه لا يجوز^(٣) .



(١) انظر المذهب ، الشيرازي : ٢ / ٢٩١ ، وانظر : روضة القضاة ، السناني : ١ / ٨٥ ، فإنه ذكر رأي الحنفية ونصواً عن السلف ، ونقل رأي الشافعية كما جاء هنا .

(٢) هو القاسم بن محمد بن علي الشاشي ، صاحب التقريب ، الإمام الجليل ، ولد الإمام القفال الكبير ، قال العبادي في الطبقات : مشهور الفضل ، يشهد بذلك كتابه ، وبه تخرج فقهاء خراسان ، والتقريب من أجل كتب المذهب ، ويتألف من عشر مجلدات ، فهو من أوثق الناس في نصوص الشافعي والمزني ، توفي في حدود سنة ٤٠٠ هـ ، ونسب بعضهم كتاب التقريب إلى القفال الشاشي ، وهو غلط ، وقد خصه إمام الحرمين في كتبه ، وينقل عنه الغزالي ، وهذا التقريب غير التقريب الذي ألفه سَلِمُ الرازي المتوفى سنة ٤٤٧ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٤٧٢ ، ٤ / ٢٨٩ ، كشف الظنون : ١ / ٣١٩ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٣٨ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٧٨) .

(٣) في هامش الأصل : بلغ مقابلة ، وانظر تفصيل ذلك في (الروضة : ١١ / ١٣٧) .

الفصل الرابع

في

أدب القضاء

٣٥ - وينبغي للقاضي أن يتأدب في قضاؤه بأدابٍ شرعيةٍ ، بعضها مستحقٌ عليه ، وبعضها مستحبٌ له التأدب بها ، (وإنَّ مِنْ أَحَقِّ النَّاسِ بِالتَّأدبِ)^(١) بأدابِ الله تعالى ، ومطالبة^(٢) النفس بأحكامه ، ورعاية حقوقه ، مَنْ تَقَلَّدَ القِضَاءَ ، وانتصبَ لفصل الأحكام ، فاتقى^(٣) أمرَ ربه جل جلاله ، ونهى النفسَ عن الهوى ، وتذكرَ بوقوفِ الخصومِ بين يديه ، ومقامِهِ معهم ، يومَ القيامة ، يومَ يقومُ النَّاسُ لربِّ العالمين ، ويحكم بينهم أحكم الحاكمين ، يومَ لا ينفعُ الظالمين معذرتهم ، ولهم اللعنةُ ، ولهم سوءُ الدار ، واستعدَّ لمساءلةِ الربِّ تعالى جواباً ، وتذكرَ بين يديه وقوفاً وحساباً .

والآداب التي يتأدب بها الحاكم خمسة عشر أدباً .

[إعلام أهل البلد بقدمه] :

٣٦ - الأدب الأول : أنه متى أراد قصد عمله قدم بين يديه كتاباً أو

(١) ما بين القوسين من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : في مطالبة .

(٣) في نسخة ف : واقتنى .

رسولاً إلى أهله يُعلمهم بقدمه ليتهايؤوا^(١) للقاءه ، فإذا تلقَّوه أكرمهم على أقدارهم ، وينبغي أن يكون بين يديه من يُعرفه بذلك .

ثم يُختار له دخول البلدة بكرة الاثنين ، فإن تعذر فيوم الخميس ، ويُختار له الدخول وهو لابس السواد ، هكذا قاله (القاضي)^(٢) أبو الطيب الطبري ، قال : لأن النبي ﷺ « دخل مكة وعليه عمامة سوداء »^(٣) ، ولأنه أكثر هيبةً ، وما ذكره الماوردي وزاد فيه : استحباب لبس الطيالة السود في حق المازج^(٤) لأبناء الدنيا ، قال : ويزيد عليهم بما يميّز به ، ويزيد في هيئته بلباس لا يشاركه فيه غيره ، وسمي لا يشاركه فيه غيره ، قال : وإن كان موصوفاً بالزهد والتواضع والخشوع ، (كان)^(٥) أبلغ في هيئته ، وأزيد في رهبته^(٦) .

فإذا دخل البلدة جلس في المسجد الجامع ، وأمر من يقرأ على أهله كتاب عهد الإمام إليه ، وقد سبق ذكر الخلاف في الاكتفاء بالاستفاضة أو وجوب الإشهاد^(٧) .

(١) في نسخة ف : ليتأهبوا .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) وذلك يوم فتح مكة ، وهذا الحديث رواه مسلم والنسائي وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن جابر ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ١٣٣ / ٩ ، سنن أبي داود : ٣٧٦ / ٢ ، تحفة الأحوذني : ٤١٠ / ٥ ، سنن ابن ماجه : ١١٨٦ / ٢ ، سنن النسائي : ١٥٩ / ٥ ، ذخائر المواريث : ١٨٦ / ٨ ، ١٦٦ / ١ ، التلخيص الجبير : ١٨٨ / ٤) .

(٤) المازج : المخالط ، من مَرَج أي خلط ، ومازج خالط ، وامترج به اختلط ، (القاموس المحيط : ٢٠٧ / ١) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) أدب القاضي ، الماوردي : ١٩٢ / ١ وما بعدها ، ٢١٨ ، ١٣٢ .

(٧) فقرة ٢٧ من هذا الكتاب .

[النزول وسط البلد] :

٣٧ - الثاني : (ينبغي)^(١) أن ينزل في وسط البلد^(٢) ، [١٠ / أ] ويتخذ له مسكناً سرياً^(٣) يليق به ، ثم يتخذ له مكاناً واسعاً للجلوس فيه ، للحكم بين الناس ، فإن كان في فصل الصيف فليكن بارداً هويماً^(٤) فسيحاً ، وإن كان في الشتاء فليكن كئيباً^(٥) .

[البواب] :

٣٨ - الثالث : يختار له (اتخذ)^(١) يواب ، على أصح الوجهين ، يضبط الخصوم ، ويعلمهم بوقت جلوس الحاكم للحكم ، ووقت راحته ، (ويمنع)^(٢) الناس عنه ، ويعلم الحاكم أو الحاجب بمجيء من يرد عليه من العدول ليكرمه إذا دخل عليه ، فإنه يستحب للحاكم إكرام الشهود ، وذوي الهيئات ، إذا أتوه زائرين ، وإن جاءه محامياً عرف الحاكم أو الحاجب ليسوي بين المتخاصمين ، كيف كانا ، سواء تساوت مرتبتها أو تفاوتت ، وعلى هذا يستحب للبواب استعلام الحال من كل ذي هيئة يرد إلى باب الحاكم ، ويسأله في ماذا حاله ، ثم ينهي إلى الحاكم ما ذكر أنه جاء لأجله .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ١٩٤ .

(٣) البيت السري : الرفيع المقام ، قال تعالى : ﴿ قَدْ جَعَلْنَا لِكُلِّ شَيْءٍ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَإِن تَرَ التَّوْبَةَ نَهْرًا سَرِيًّا ﴾ ، وقيل بل ذلك من الشروء الرفعة (انظر : المفردات في غريب القرآن ، للراغب الأصفهاني : ٢٣١) .

(٤) في نسخة ف : هاويا .

(٥) الكين : جمعه أكنان وأكنة البيت ، والكنين السائر الذي يقيه من كل شيء (القاموس المحيط :

٤ / ٢٦٤) .

وفي نسخة ف : فليكن مكاناً كئيباً .

(٦) اللفظ من هامش الأصل .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ومنع .

وهذا عندي من أهم الأشياء (وأحسنها)^(١)، فكم من ذي خطر يدخل على الحاكم قاصداً الحكومة ، لا يشعر الحاكم به ، فيكرمه بقيام وإجلال إلى جانبه وبسطه معه ، ظناً منه أنه جاءه لزيارة ، أو أداء شهادة ، وإذا الخصم قد دخل وراءه ، ويكون إيداعه بمنزلة أوجب له الدخول على الحاكم قبل خصمه ، والنفوس مسيئة تحمل أربابها على التقدم وحبّ الرياسة والغلبة ، وإن كان فيه هلاكها عند الله (تعالى)^(٢) . ولا دافع لهذا المخدور عن الحاكم إلا سبق عليه بصفة مجيئه ، ولا طريق له إلا إعلام البواب أو الحاجب ، فكان هذا من أحبّ الأمور المختارة للحاكم .

نعم يشترط في البواب أن يكون ثقة أميناً عفيفاً نزهاً .

[الحاجب] :

٣٩ - الرابع : قال الشافعي رضي الله عنه : ينبغي للحاكم أن لا يتخذ حاجباً^(٣) ، ومن أصحابنا من قال : هذا في حال سكون الناس ، وخيرهم ، واجتماعهم على التقوى ، فأما إذا كثرت الهرج والسفهاء ، واستطال الأغنياء ، استحسب له أن يتخذ حاجباً .

وقال القاضي أبو الطيب الطبري : يستحب له أن يتخذ حاجباً يقوم على رأسه إذا قعد للقضاء ، ليقدم الخصوم ويؤخرهم .

قلت : هذا هو الصحيح^(٤) ، ولا سيما في زمننا هذا ، مع فساد العوام ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأحبها .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) الأم : ٢٠١ / ٦ ، وانظر : مختصر المزني : ٢٤١ / ٥ ، شرح الغزي على متن أبي شجاع : ٣٥٩ / ٢ ، أدب

القاضي ، الماوردي : ١٩٩ / ١ .

(٤) قال الشيرازي في (المهذب : ٢٩٥ / ٢) : « ولا يكره للإمام أن يتخذ حاجباً ، لأن يرفا كان حاجب

عمر ، والحسن البصري كان حاجب عثمان ، وقتبر كان حاجب علي عليه السلام ... » ، وانظر : حاشية الباجوري :

٣٥٩ / ٢ ، حاشية الشراوي على شرح التحرير : ٤٩٢ / ٢ .

فإنه متى كان للحاكم حاجبٌ رتب الخصومَ ، وقدم من حضر أولاً على من تأخر ، ومنعهم من الخاصمة على التقدم والتأخر ، وزجر الظالم منهم ، وأخذ بيد المظلوم ، وفيه أبهة عظيمة للحاكم ، (ومنصبه لا يخفى)^(١) ، ولكل زمن أحوالٌ ومراسمٌ تقتضيه وتناسبه ، ولولا الحجاب لما تميز أحدٌ بالسابقة ، ولا ترتب الناسُ بحسب فضائلهم وأقدارهم في زيارةٍ وأداء شهادة .

وكلام الشافعي رضي الله عنه محمولٌ على ما إذا قصد^(٢) بالحاجب [١٠ / ب] الاحتجاب عن الناس ، والاكتفاء به^(٣) ، أو خوفاً من ارتشاء الحاجب .

[شروط الحاجب] :

٤٠ - ثم قال الماوردي : يُشترط في الحاجب ثلاثة شروط مستحقة : العدالة والعفة والأمانة ، وخمسة مستحبة : [أن يكون]^(٤) حسن المنظر ، وجميل الخبر ، عارفاً بمقادير الناس ، بعيداً عن الهوى ، معتدلاً الأخلاق بين الشراسة واللين^(٥) .

ويقال : إن أول حاجب ارتشى في الإسلام يزُفأ^(٦) ، حاجبُ عمر بن

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ومنصبه لا تخفى .

(٢) في نسخة ف : أريد .

(٣) لما روى أبو داود والحاكم وأحمد والترمذي والطبراني والبيهقي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : من ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجب ، حبه الله يوم القيامة ، (انظر : سنن أبي داود : ١٢٢ / ٢ ، التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٨ ، السنن الكبرى : ١٠ / ١٠١ ، مسند أحمد : ٥ / ٢٩٩) .

(٤) ما بين القوسين من كتاب الماوردي ، أدب القاضي : ١ / ٢٠٤ .

(٥) أدب القاضي ، له : ١ / ٢٠٤ .

(٦) قال ابن قتيبة في (المعارف : ٥٥٨) : « وأول من رشا في الإسلام المغيرة بن شعبة ، وقال ربما عرق الدرهم في يدي أرفعه ليرفا ليسهل إذني على عمر ، ويرفا مولى عمر بن الخطاب رضي الله عنه » ، ونقل ابن حجر في (الإصابة : ٦ / ١٢١) عن البغوي عن المغيرة أن اسمه برقاء ، وذكر القصة ، وانظر : تهذيب الأسماء واللغات ، النووي : ٢ / ١٦٠ .

الخطاب رضي الله عنه^(١)، (فإن^(٢)) المغيرة بن شعبة^(٣) استصعب الإذن على عمر رضي الله عنه في خلوة أراها مع عمر، فرشا يرفا حتى سهل له الإذن^(٤)، (فكان المغيرة أول من رشى في الإسلام، ويرفا أول من ارتشى في الإسلام)^(٥)، وكان المغيرة يسأل يرفا أن يجلسه في الدهليز إذا تعذر عليه الوصول إلى عمر، حتى يظن الناس أنه قد وصل إلى عمر، فيعلموا أن له منزلة الاختصاص به .

[الأعران] :

٤١ - الخامس : أن يرتب له أعراناً ، وهم المسمون بالأجرباء ، المرتبون لإحضار الخصوم إذا استعدي عليهم^(٦) ، ويتبغى أن يكونوا من ذوي الدين ،

(١) عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى العدوي ، أبو حفص المدني الفاروق ، ثاني الخلفاء الراشدين ، وأحد فقهاء الصحابة ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، أول من سمي أمير المؤمنين ، وأول من دُون الدواوين ، وأول من اتخذ التاريخ ، وأول من اتخذ الدرّة ، روى ٥٢٩ حديثاً ، أسلم سنة ست من البعثة ، وأعز الله به الإسلام ، وهاجر جهاراً ، وكان شديداً في الحق ، ولد قبل البعثة بثلاثين سنة ، وكان له السفارة في الجاهلية . تولى الخلافة بعد أبي بكر رضي الله عنها ، وفتح الله في أيامه عدة أمصار ، واستشهد في آخر سنة ٢٣ هـ ، ودفن في أول سنة ٢٤ هـ ، وهو ابن ٦٣ سنة ، وصلى عليه صهيب . ودفن في الحجر النبوية ، (انظر الإصابة : ٤ / ٢٧٩ ، خلاصة : ٢ / ٢٦٨ ، العقد الثمين : ٦ / ٢٩١ ، المعارف : ١٧٩ ، الاستيعاب : ٣ / ١١٤٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٣ ، تاريخ الخلفاء للسيوطي ص ١٠٨) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال .

(٣) المغيرة بن شعبة بن أبي عامر الثقفي ، أبو عماد أو أبو عبد الله ، صحابي مشهور ، أسلم زمن الخندق ، وشهد الحديبية وبيعة الرضوان ، وشهد الجامة واليرموك والقادسية ، وفتح عدة بلدان لعمر رضي الله عنها ، روى له الجماعة ، وله ١٣٦ حديثاً ، وكان عاقلاً أديباً فطناً لبيباً ، وأحد الدهاة الأريفة مع معاوية وعمرو وزياد ، ولي لعمر الكوفة والبصرة ، وكذلك ولاء عثمان ومعاوية الكوفة ، وهو أول من سلم عليه بالإمارة ، اعتزل الفتنة ولم يشهد صفين ، وبعد تنازل الحسن بايع معاوية ، وتوفي سنة ٥٠ هـ بالكوفة ، (انظر الإصابة : ٦ / ١٣١ ، خلاصة : ٣ / ٥٠ ، العقد الثمين : ٧ / ٢٥٥ ، المعارف : ص ٢٩٤ ، الاستيعاب : ٤ / ١٤٤٥ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٠٩) .

(٤) في الأصل زيادة : « فكان المغيرة بن شعبة استصعب الإذن على عمر رضي الله عنه » وهي زيادة مكررة ، وليست موجودة في نسخة ف .

(٥) ما بين التوسين من نسخة ف ، وبعدها زيادة وهي : وكان هذا زلة من قائله المغيرة .

(٦) قال الشيرازي في (المذهب : ٢ / ٢٩٥) : « وإن احتاج إلى أجرباء لإحضار الخصوم اتخذ أجرباء أمناء ، يوصيهم بالرفق بالخصوم » .

وأهل الثقة والأمانة (والتعفف)^(١) والبعد عن الطمع .

[الكاتب] :

٤٢ - السادس : يُختار له اتخاذُ كاتبٍ عاقلٍ فاضلٍ أمينٍ عدلٍ ، عارفاً^(٢) بصناعةِ الشروطِ ، (وكتابةٍ)^(٣) السجلاتِ ، ووضعِ الأحكامِ وترتيبها ، جيدَ الخطِ ، حسنَ الضبطِ ، بعيداً عن الطمعِ ، وإن كان فقيهاً كان أشدَّ استحباباً^(٤) .

[القضاء في المسجد] :

٤٣ - السابعُ : نص الشافعيُّ رضي الله عنه على^(٥) أنه يُكره له الجلوسُ لفصلِ القضاءِ في المسجدِ قضاءً واعتماداً لذلك ، ونص في موضعٍ على أنه لا يُستحب^(٦) ، فمن الأصحاب من قال : لا يكره على هذا النص الثاني ، والمشهورُ في مذهبنا الكراهةُ ، إلا أنه لا خلافَ في أنها كراهة تنزيه^(٧) .

ثم إن كانَ في المسجدِ لغيرِ فصلِ الحكوماتِ ، فاتفقتُ عندهُ خصومةٌ أو خصوماتٌ ، فصلها بين أربابها بغيرِ كراهةٍ قولاً واحداً .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : القنع ، بفتحين من قنعت به قنعاً من باب تعب ، (المصباح المنير ،

باب قنع) .

(٢) في نسخة ف : عارفاً .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتب .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٣ ، الأم : ٦ / ٢١٦ ، المهذب : ٢ / ٢٩٤ ، الحاوي : ١٢ / ق ٦٣ ب مخطوط .

(٥) لفظ : على مكرر مرتين في الأصل .

(٦) الأم ، له : ٦ / ٢٠١ .

(٧) نهاية المحتاج : ٨ / ٤٥٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٠ ، الأم : ٦ / ٢٠١ ، المهذب : ٢ / ٢٩٤ ، مختصر المزني :

٥ / ٢٤١ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٠٥ .

إ حضور العلماء لمشاورتهم] :

٤٤ - الثامن : ينبغي له أن يرتب مع علماء الفريقين الحضور في مجلس حكمه ، لمشاورتهم في المشكلات ، ومناظرتهم في المجتهدات^(١) ، ثم لا يخرج من منزله حتى يجتمعوا .

والمشاوره مستحبه ، لا لأنه يقلدهم ، فإن تقليدهم غير جائز على الصحيح من المذهب ، وقال ابن سريج : إذا اتفقت خصومة لمسافر في واقعة ، ولم يغلب على ظنه فيها شيء ، وخاف فوت الرفقة ، فله تقليد غيره .
والصحيح هو الأول^(٢) ، وعليه - إن لم يتضح له الحق - تأخير الحكم إلى أن يتضح^(٣) ، بل المشاوره لسمع من العلماء ما عندهم ، ويعرضه على رأيه ، ويتنبه للأدلة والمشكلات ، فيكون ذلك معونة له على تذييل طرق الاجتهاد ، ومعرفة مسالك [العلة]^(٤) .

إ الخروج من البيت والدعاء] :

٤٥ - التاسع^(٥) : إذا أراد الخروج من منزله إلى مجلس حكمه خرج بسكينه ووقار ، وقال : اللهم [١١ / أ] إني أعوذ بك أن أزل أو أضل ، أو أظلم أو أظلم ، أو أجهل أو يجهل علي^(٦) ، ثم يجلس مستقبل القبلة في أصح

(١) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٦٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩١ ، المهذب : ٢ / ٢٩٧ ، نهاية المحتاج :

(٢) للمراجع السابقة .

(٣) المهذب : ٢ / ٢٩٧ .

(٤) اللفظ من عندي لإتمام الكلام .

(٥) في الأصل : النظر التاسع .

(٦) وهو دعاء رسول الله ﷺ فيما رواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه عن أم سلمة قالت : كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته قال : اللهم إني أعوذ بك من أن أزل أو أضل ، أو أضل أو أضل ، أو أظلم أو أظلم ، أو أجهل أو يجهل علي ، (انظر : سنن أبي داود : ٢ / ٦١٩ ، سنن النسائي : ٨ / ٢٣٦ ، ذخائر المواريث : ٤ / ٢٩٢ ، تحفة الأحوذى : ٩ / ٣٨٥ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ١٢٧٨) ، وهذا لفظ أبي داود ، ولفظ المتن عند النسائي .

الوجهين^(١)، وحكى الشيخ أبو عليّ وجهاً أنه (يَسْتَدْبِرُهَا)^(٢) في مجلسه ليكون
الخصومَ مستقبليها .

[أحواله الخاصة عند الحكم] :

٤٦ - العاشر : إذا أرادَ الجلوسَ للحكمَ تفقّدَ أحوالَ نفسه من جُوعه
وعطشه وغبه وقلقه ، فإنه يكرهُ له أن يقضيَ ، وهو غضبانٌ أو جائعٌ جوعاً
يُشوشُ فكره ، أو عطشانٌ أو حاقنٌ أو حاقبٌ^(٣) ، أو مشغولُ الفكرِ بحزْنٍ
مُفْرِطٍ ، أو ألمٍ مؤلِّمٍ ، والغرضُ أن لا يكونَ على صفة تشوش عليه نظره
وفكره^(٤) .

[العدول] :

٤٧ - الحادي عشر : يُختار له ترتيبُ عدولِ بلده على طبقاتهم بعد
سؤاله عنهم ، ويرتّب في التزكية عدولاً ، عندهم خبرةٌ بها وبشروطها ، وكذلك
يفعلُ بأربابِ مسائله ، وسنصفهم إن شاء الله تعالى^(٥) .
وليس له أن يرتّب شهوداً لا يسمعُ قولَ غيرهم ، لأنه لا فائدةَ فيه ، فإنّه
إذا شهدَ عنده غيرٌ من رتبهم ، بحقٍ شرعي ، وعرفه بالعدالة ، وجبَ عليه
سماعُ شهادته ، والعملُ بها إذا وجدَ شرطها ، ويحرمُ عليه الامتناعُ ، لكونِ
الشاهد غيرَ مرتّبٍ مع مَنْ رتبّه ، ولو فعلَ ذلك خالفَ الكتابَ والسنةَ
وإجماعَ الأئمة^(٦) .

(١) أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢١٩ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : استدبرها .

(٣) الحاقن الذي حبس غائطه ، من حقنه يحقنه فهو محقون وحقين ، واحتقن المريض احتبس بوله ، والحاقب
حابس البول ، من حقب كفرح تمسر عليه بوله ، (القاموس المحيط : ١ / ٥٧ ، ٤ / ٢١٦) .

(٤) الأم ، الشافعي : ٦ / ٢٠١ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢١٤ ، ٢١٨ ، الروضة : ١١ / ١٣٩ .

(٥) فقرة ٩٥ ، ١٠٢ .

(٦) انظر الروضة : ١١ / ١٦٧ .

ثم يَرْتَبُ المترجمين والمُسَمِّعَ ، وهو الذي يُسَمِّعُ القاضيَ الأصمَ الذي يجوز
قضاؤه ، أما المُزَكِّي فلا يَسَمِّعُ التزكيةَ إلا من عدلين ، وأما أرباب المسائل ففيه
خلافٌ وتفصيلٌ سنذكره إن شاء الله تعالى في موضعه^(١) .

المترجم وشروطه :

٤٨ - وأما المترجمُ فلا بدُّ أيضاً من العدد فيه ، هكذا قاله الأصحابُ ،
وقال الإمام : (الوجهُ أن يُقال :)^(٢) إن كنا يعرفان العريية لكنها
لا يحسنان النظمَ ، فهما كطرش القاضي ، ويكفي فيه مُسَمِّعٌ واحدٌ على أحد
الوجهين ، ولو كنا أعجميين ، وبالحضرة عدولٌ يسمعون ويعرفون ، ففي
اشتراط العددِ في المترجم وجهان ، والأظهر الاكتفاءُ بمترجم واحد ، ومسمع
واحد ، لأن الحاضرين لو سمعوا تغييراً لأبدؤوا نكراً^(٣) .

وقال الماوردي : يؤدي المترجمُ الترجمةَ بلفظِ الشهادةِ ، وقال بعض
أصحابنا : يذكره بلفظِ الخبرِ دون الشهادة^(٤) .

قلت أنا : فعلى هذا الوجه يُقبل فيه مترجمٌ واحدٌ ، كهلالٍ ومضان
وبقية الأخبار .

فإن كنا أعجميين ، فهل للمترجمين عن أحدهما أن (يترجما)^(٥) عن

(١) فقرة ٩٥ وما بعدها ، فقرة ١٠٣ وما بعدها ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٨ .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وعبارة الأصل : الوجه أن يقول .

(٣) الراجح اشتراط العدد في الترجمة ، وتطبيق عليه أحكام الشاهد من اللفظ وانتفاء التهمة كنع الأصل والفرع
وغير ذلك ، (انظر : حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠١ ، مغني المحتاج : ٤ / ٢٨٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٢ ، مختصر
المزني : ٥ / ٢٤٢) .

(٤) أدب القاضي : له : ١ / ٦٩٨ وما بعدها .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أن يترجم ، وهو خطأ وتصحيح ، والنص منقول بحرفه من (أدب

القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٩٩) .

الآخر؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في الشاهدين ، إذا تحملا عن شاهد أصل ، هل يتحملان عن الشاهد الآخر^(١)؟

وقال البغوي^(٢) : إذا كان الحقُّ مما يثبتُ بالشاهد واليمين ، قُبِلَ في الترجمة شاهدًا وامرأتان ؟ قال البغوي : وجب ألا يُقبل إلا رجلان ، كما لا (تُقبل)^(٣) الشهادة على الشهادة بقول النساء ، حتى لو [١١ / ب] كان الخصمُ امرأةً أعجميةً ، يُشترط أن يترجم قولها رجلان ، قال : وهل يجوزُ أن يكون المترجمُ أعمى ؟ فيه وجهان ، أحدهما لا ، كالشهادة ، والثاني : بلى ، لأنّه ينقلُ لفظَ الخصم ، والقاضي يراه ، فلا يحتاجُ إلى البصر^(٤) .

المسمع :

وفي المسمع ثلاثة أوجه ، في الثالث : أن العدة لا يُشترط إلا أن يكون الخصمان أصمّين ، وهذا له مزيدٌ شرح سيذكر .

كراهة البيع والشراء :

٤٩ - الثاني عشر : يُكره له مباشرة البيع والشراء بنفسه أو بوكيل خصيص به ، مشهور بوكالته ، وهكذا يُكره له ولَوْجُ الأسواق ، ومخالطة الناس في البيع والشراء ، وفي المواضع التي لا يليقُ بالعلماء والحكام الاجتياز بها^(٤) .

(١) الراجح قبول شهادة شاهدين فقط على الشاهدين الأصليين ، قال النووي رحمه الله تعالى : « ويكفي شهادة اثنين على الشاهدين ، وفي قول يشترط لكل رجل أو امرأة اثنان » ، (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، نهاية المحتاج : ٢ / ٣٢٦ ، شرح الهلي : ٤ / ٣٣٢ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٩٥ ، ٦٩٩) ، وسوف يذكر ذلك المصنف في فقرة ٤٤٢ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تثبت .

(٣) الراجح جواز ترجمة الأعمى ، قال النووي : « والأصح جواز أعمى » ، (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٣٨٩ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٦٩٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٢) .

(٤) أدب القاضي : ١ / ٣٣٩ ، الأم ، للشافعي : ٦ / ٢٠١ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ .

التحريم الهدية |

٥٠ - الثالث عشر : يحرم عليه قبول الهدية من الخصمين ، أو من أحدها ، فلو قبل مع التحريم ، هل يملكها ؟ فيه وجهان^(١) ، أما من لا خصومة له أصلاً ، فإن جرت له عادة بمهاداته قبل القضاء فلا بأس ، والأولى الترك ، وإن لم تجر له عادة بذلك (لم يجز له القبول^(٢)) ، والأولى له إن قبل أن يعوضه عنها ، أو يضعها في بيت المال ، والأولى له سد باب قبول الهدايا من كل أحد .

| حضور الولائم :

٥١ - أما الولائم العامة فلا يكره له الإجابة إليها ، ووليّة العرس يستحب إتيانها ، وهل تجب عليه^(٣) ؟ إن قلنا : لا تجب على غيره (فهو أولى ، وإن قلنا : تجب على غيره^(٤)) ، ففي وجوبها عليه (وجهان)^(٥) ، ولو كثرت الولائم

(١) ذهب المتأخرون إلى عدم ملكيتها ، قال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٢٩٢) : ولا يملكها ... لو قبلها ، ويردها على مالها ، فإن تعذر وضعها في بيت المال ، وقال قليوبي في (حاشيته : ٤ / ٢٠٣) : حرم قبولها ولا يملكها ، وقال الرملي في (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٥) : حرم عليه قبولها ولا يملكها ، لأنها توجب الميل ، ولما رواه البيهقي بإسناد حسن « هدايا العمال غلول » وفي رواية : سحت ، وانظر تفصيل ذلك بإسهاب ومقارنة في رسالة الزميل المفضل الدكتور عبد السلام عبادي ، (الملكية : ٢ / ٥٦ وما بعدها) ، وانظر : الأحكام السلطانية ، الماوردي : ٧٥ .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وعبارة الأصل : جاز القبول ، وهو خطأ ، وتمة الكلام في نسخة ف : ويعوضه عنها أو يدعها .

(٣) قال الشيرازي : ويجوز أن يحضر الولائم ، لأن الإجابة إلى ولية غير العرس مستحبة ، وفي ولية العرس وجهان : أحدها أنها فرض على الأعيان ، والثاني أنها فرض على الكفاية ... (انظر : المهذب : ٢ / ٢٩٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٢ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٢ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ ، الأم : ٦ / ٢٠٨ ، أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٤١ ، وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٦٥) .

(٤) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وهي ساقطة من الأصل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وساقط في الأصل ، لذا كانت عبارة الأصل غامضة ولا تفيد المعنى وهي : إن قلنا

لا تجب على غيره ففي وجوبها عليه .

العامة ، وقطعته عن الحكم ، امتنع عن الكل ، ولا يخص قوماً دون قوم بالإجابة .

إعيادة المرضى وتشيع الجنائز |

٥٢ - أما عيادة المرضى ، وتشيع الجنائز ، وإتيان الغائب عند مقدمه^(١) ، فيستحب ، فإن كثر ذلك أتى منه بما لا يقطع عن الحكم ، وما هيأه له أحد الخصمين من الطعام حكمه حكم الهدية .

قلت : وما يدور في خلدي ، ولم أجده منقولاً ، أنه لو مرض أحد الخصمين ، هل يُستحب له عيادته ؟ أو تكره أو تحرم ؟ أو لو مات أحدهما هل يشيع جنازته ؟ أو لو مات له حميم أو قريب أو ولد هل يشيع جنازته ؟ هذا كله فيه (ترددٌ عندي)^(٢) ، ولنظر فيه مجال^(٣) .

إضيافة الخصم |

٥٣ - ثم قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يُضيف أحدَ الخصمين^(٤) ، كان الشيخ الحِضْرِي^(٥) يقرأها : ولا يُضيف بفتح الياء ، يعني يكون القاضي ضيفاً

(١) في نسخة ف : قدومه .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : عندي تردد .

(٣) انظر حكم عيادة المريض وحكم تشيع الجنائز من الحاكم بشكل عام في (المهذب : ٢ / ٢٩٣ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤١ ، الأم : ٦ / ٢٠٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٣ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٢) ، وقال ابراهيم الباجوري في (حاشيته على شرح الفري : ٢ / ٣٦٠) : « وأن يعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويزور القادمين من السفر ، ولو كان لهم خصومة ، لأن ذلك قرينة » ، (وانظر : أدب القاضي ، الماوردي : ١ / ٢٤٥ ، الروضة : ١١ / ١٦٦) .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ ، قال الخطيب في شرحه (الإقناع على ألفاظ أبي شجاع على هامش حاشية البجيرمي : ٤ / ٣١٣) : « ليس للقاضي حضور ودية أحد الخصمين حالة الخصومة ، ولا حضور وليتها ، ولو في غير محل ولايته » ، (وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٦) .

(٥) محمد بن أحمد المروزي ، الإمام الكبير ، أبو عبد الله الحِضْرِي ، نسبة إلى الحضْر من جدوده ، الفقيه الشافعي ، إمام مرو ، ومقدم الفقهاء الشافعية ، يضرب به المثل في قوة حفظه وقلة النسيان ، وله معرفة بالحديث ، =

لأحدهما ، والجمهور قالوا : هي يُضيف بضم الياء ، يعني يكون أحدهما ضيفاً للقاضي ، وهما في الحكم سواء .

وقال أبو القاسم الداركي^(١) : هذا إذا كانت دار الخصم بعيدة عن دار القاضي ، فأما إن كان أحد الخصمين جاراً للحاكم أو من أقاربه ، جاز للقاضي أن يدعوه إلى داره وضيافته ، لأنّ فيه قضاء حق الجوار والقربة ، فلا تُهمّة .

قلت : وهذا عندي على العكس مما ذكره ، فإن [١٢ / أ] التهمة تتمكن من الجار والتقريب أكثر من البعيد ؛ لقربها من قلب الحاكم ومودته ، وكلما قَرِبَ الخصم من الحاكم بجوارٍ أو قرابة كانت التهمة أتمّ ، (وهذه)^(٢) حكمة منع الحكم للأصول والفروع على أحد الآراء وعدم قبول الشهادة لهم مطلقاً ، ولذلك لا تُقبل شهادة الزوج لزوجته على قول لنا ، ولا شهادة الصديق لصديقه ، عند الإمام مالك^(٣) رضي الله عنه^(٤) .

= وكان ثقة ، توفي في عشر الثمانين والثلاثمائة ، قال السيوطي : الحضر بالكسر جدّ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ١٠٠ ، لب الألباب : ٩٤) .

(١) أبو القاسم الداركي ، هو عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ، أحد الأئمة في مذهب الشافعية ، وكان محدثاً وربما اجتهد ، وروى عنه الحاكم ، ودرس الفقه بنيسابور سنين ، ثم خرج إلى بغداد فصار المجلس له إلى وفاته ، كان يتهم بالاعتزال ، وربما أفتى على خلاف مذهب الإمامين : الشافعي وأبي حنيفة ، ويحتج بالحديث ، توفي ببغداد سنة ٢٧٥ هـ ، وكان ثقة أميناً ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٣٦١ ، البداية والنهاية : ١١ / ٣٠٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٣٣٠ ، التاج المكلل : ٧٤) .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : وهذا .

(٣) قال المالكية : لا تقبل شهادة الصديق الملائف لصديقه إلا إذا كان مبرّزاً في العدالة ، ونسب ابن فرحون ذلك إلى ابن القاسم ، والملائف هو المختص بالرجل الذي يلاطف كل منها صاحبه ، ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة ، (انظر : حاشية الدسوقي : ٤ / ١٦٩ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٢٢٤ ، قوانين الأحكام الشرعية ، ابن جزوي : ٣٣٦ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢٢٧ ، شرح ميارة على تحفة الحكام : ١ / ٥٧ ، البيهجة في شرح التحفة ، التسولي : ١ / ٩٦) .

(٤) هو الإمام أبو عبد الله ، مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر ... إمام دار الهجرة ، وأحد الأئمة الأعلام ، جمع بين الفقه والحديث والرأي ، ولا يفتي أحد ومالك في المدينة ، وكلما أراد أن يحدث تَوْضُحاً وتبهاً لتعظيم حديث ≡

ثم يلزم على مساق ما ذكره جواز قبول هدية أحدهما ، إذا كان جاراً أو قريباً ، ولا قائل به مع قيام الخصومة ، فما ذكرناه أولى .

النظر في أمر المحسبين :

٥٤ - الرابع عشر : أول ما ينظر فيه^(١) أمر المحسبين ، وطريقه طلب ديوان الحكم ممن كان قاضياً قبله ، ففيها ذكر المحسبين ، فإذا حضرت بين يديه تصفحها ، واستعلم أحوالهم منها ، ثم يأمر منادياً ينادي ثلاثة أيام ، إن اتسعت خطة البلد ، ويوماً واحداً إن لم تتسع ، أن الحاكم عازم على (كشف حال)^(٢) ، المحسبين في اليوم الفلاني ، فمن كان له غريم محبوس فليحضر ، ثم إن أمكن إحضارهم جملة واحدة أحضرهم ، وقدم كشف حال واحدٍ واحدٍ بالقرعة ، (وإن لم يمكن أحضر واحداً واحداً من السجن بالقرعة)^(٣) ، فيقدم شخصاً ويسأله عن حبسه ، فإن قال حبسني تعزيراً للدد^(٤) كان مني فلا يطلقه في الحال ، بل ينادي في الناس أياماً ، أن فلاناً المحبوس ذكر أن الحاكم الأول حبسه لتعزير ، لا في حق مالي لخصم ، فإن حضر أحد وخالف قوله ، وإلا أطلقه بعد أن يحلفه أنه ما حبس بحق لخصم ، وإن قال حبسني لتعديل بينة شهدت علي ، ففي جواز حبسه بذلك الأول وجهان ، فإن قلنا : (يجوز أن

= رسول الله ﷺ ، ولم يركب دابة في المدينة ، ومناقبه كثيرة جداً ، جمع الحديث في الموطأ ، وروى له الستة ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وتوفي سنة ١٧٩ هـ ، وله ٨٤ سنة ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٨٢ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ٦٧ ، الديباج المذهب : ١٧ وما بعدها ، البداية والنهاية : ١٠ / ١٧٤ ، مفتاح السعادة : ٢ / ٢١٦ ، الرسالة المستطرفة : ١٢ ، خلاصة : ٣ / ٣) ، وانظر : الإمام مالك ، للجندي ، مالك ، أبو زهرة .

(١) اللفظ من هامش الأصل ، وفي الأصل : في .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : حال كشف .

(٣) ما بين قوسين من هامش الأصل ، وفي آخره : صح أصل .

(٤) اللدد شدة الخصومة .

بجبهه^(١)، لم يجوز للثاني إطلاقه ولا حبسه، إلا أن يطلب خصه^(٢)، وإن قلنا: لا يجوز للأول حبسه، أطلق، وقيل: ينظر: إن كان القاضي الأول قال: حكمتُ بجبهه، لزم الثاني حبسه، وإن لم يقل: قد حكمتُ بجبهه، وجب على الثاني إطلاقه، ولكن لا يعجل، بل (يصر حتى)^(٣) ينادي في الناس ثلاثة أيام أن القاضي قد حكم بإطلاق فلان من حبسه.

٥٥ - قلت: هذا ما ذكره الماوردي هكذا^(٤)، وفيه نظران:

أحدهما: أنه قال: وإن قلنا: لا يجوز حبسه، وفصل كما تراه، وكان من حقه أن يقول: إذا قلنا: لا يجوز حبسه للأول، فهذا إذا لم ير ذلك رأياً ومذهباً، وإلا فلو رأى الأول حبسه، جاز له ذلك قولاً واحداً، لأنها مسألة مجتهد فيها، ثم إذا رأى القاضي الأول حبسه، وحبسه، فالقاضي الثاني إن رأى حبسه سائغاً بذلك فله استدامة حبسه قولاً واحداً، وإن لم ير جواز حبسه، والتفريع على أن القاضي الأول رأى جواز حبسه وحبسه، فهل يديم الثاني حبسه بطلب الخصم، إمضاءً لفعل الحاكم الأول، [١٢ / ب] أو يطلقه؟ فيه وجهان.

[فعل الحاكم وأمره ليس حكماً]:

٥٦ - النظر الثاني: أنه قال: إن قال الأول: حكمتُ بجبهه لزم الثاني

(١) العبارة من نسخة ف، وفي الأصل: يجوز إن حبسه، وفي نسخة ب: بجواز حبسه.

(٢) في الأصل: إلا أن ألا يطلب خصه، وألا الثانية زائدة، وعبارة الماوردي هي: «فإن قيل بجواز حبسه لم يجوز إطلاقه، ولا إعادته إلى حبسه من غير استدعاء الخصوم لبقائه على حاله»، (أدب القاضي، له: ٢٢٥ / ١). وعبارة نسخة ب: هي: ولا حبسه الآن إلا بطلب. ق ١١١ / أ، وعبارة نسخة ف: إلا أن لا يطلب، (وانظر: المهذب، للشيرازي: ٢ / ٢٩٩).

(٣) العبارة بين القوسين من نسخة ف، وفي نسخة ب: حتى ينادي، ق ١١١ / أ، وهو متفق مع لفظ الماوردي في (أدب القاضي: ٢٢٤ / ١).

(٤) أدب القاضي، من كتاب الحاوي للماوردي، تحقيق محي هلال سرحان: ٢٢٥ / ١.

حبسة ، وإلا أطلقه الثاني ، وفي هذا إشارة إلى أن فعلَ الحاكم أو أمره بالفعل ليس بحكم ، إنما الحكم قوله لفظاً : حكمتُ بكذا ، أو بلفظ آخر يقوم مقامه ، ويلزم عليه أنه لو ثبت عنده قصاصٌ على قاتل عمداً عدواناً أجنبياً^(١) بالبينة العادلة في موضعٍ يجب فيه القصاص ، ولم يقل حكمتُ به ، ثم أمر بقتله ، أن أمره لا يكون حكماً ، وهكذا أمره صاحبُ الدِّين بعد ثبوته أخذ^(٢) دينه من مال (المدِين)^(٣) ، في موضعٍ يجوز ذلك ، أنه لا يكون حكماً ، بل لا بد من اللفظ بالحكم ، وهذا عندي فيه ترددٌ ظاهرٌ ، لا يخفي تجاذبُ أطرافه على الفقيه^(٤) .

ثم قد ناقض قوله هذا ، فإنه قال متصلاً بما ذكره^(٥) : أما إذا قال حسبي تعدياً بغير حق ، ولغير خصم ، فدعواه تخالف الظاهر من أحوال القضاة ، وحبسه حكمٌ فلا ينقض إلا بيقين الفساد ، فقوله : وحبسه حكمٌ دليلٌ على ما ذكرناه قطعاً .

٥٧ - ثم قال^(٦) : فيطلب منه البينة ، فإن شهدت أنه حبسه بحق عزَّره لكذبه على الحاكم الأول ، وإن شهدت أنه حبسه ظمناً ، نادى مُناديه ثلاثاً ، لحضور خصمه ، فإن لم يحضر له خصمٌ أطلقه بعد ثلاثٍ ، وإن لم تقم له بينةٌ

(١) أي ليس والداً ، لأن الوالد لا يقتل بولده .

(٢) العبارة في نسخة ف : وهكذا أمره لصاحب الدين بعد ثبوته بأخذه .

(٣) الكلمة من نسخة ب ، وفي الأصل : للدين ، وهو تصحيف .

(٤) يتكلم المصنف بمنطق القاضي وخبرته في الأمور ، وتجربته العملية ، ورأيه لأبأس به ، وانظر تفصيل ذلك

وأراه الفقهاء في شمول الحكم للثبوت وغيره من الألفاظ ، وللعمل ، (كتاب الفروق ، القرافي : ٤ / ٥٤ ، مغني المحتاج :

٤ / ٣٩٤ ، نظرية الدعوى ، للزميل الدكتور محمد نعم ياسين : ٢ / ٢١٣ ، والمراجع التي أشار إليها في الهامش ،

الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام : ص ١٢٣ ، ١٢٨) .

(٥) أدب القاضي من كتاب الحاوي ، لماوردي : ١ / ٢٢٥ .

(٦) المرجع السابق .

أعاده إلى الحبس ، وكشفَ عن حاله إلى أن يظهرَ للقاضي أنه لا خصم له ،
فيطالبه بكفيلٍ يكفل بدنه ثم يطلقه .

فإن قيل : فالكفالة بالبدن لا تصحُّ إلا من ثبت عليه حق ، قلنا :
وحبسه من جملة الحقوق .

فإن لم يجد كفيلاً استظهر القاضي في بقاء حبسه على طلب كفيلٍ
(مدة ^(١)) ، ثم يطلقه (عند ^(٢)) إعواز الكفيل ^(٣) .

٥٨ - أما إذا قال حبسني لخصم ذمي أرقّت له خمرًا ، فإن كان القاضي
الأول شافعيًا ، أطلقه الثاني إن كان شافعيًا أيضًا ، وإن كانا حنفيين ، أو كان
الثاني حنفيًا ، استدام حبسه بسؤال خصمه ، مع اعترافه بما يراه القاضي الثاني
حقًا واجباً عليه ، وإن كان الأول حنفيًا ، والثاني شافعيًا ، لم ينقض حكم
الأول لنفوذه في اجتهاد مشروع ، وفي وجوب إمضائه على الثاني قولان ^(٤) .

وقال الشيخ أبو نصر : إذا كان الحاكم الثاني لا يرى وجوب قيمة الخمر ،
ورآه الأول ، فيه قولان ، أحدهما لا يغرّمه الثاني ، بل يتوقف ويجتهد في
الصلح على شيء ، والثاني : ينفذ حكم الحاكم الأول .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مُدْبِئَةٌ .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : عن ، وهو تصحيف .

(٣) انتهى الاقتباس والنقل عن الماوردي في « أدب القاضي » من كتاب « الحاوي » مع التصرف ، (انظر :

أدب القاضي : ١ / ٢٦٦) ، كما اختلط النقل في نسخة ب ، وحذفت عدة جل فضاء المعنى منها ، ق ١١٢ / أ .

(٤) هنا إشارة إلى اختلاف الشافعية والحنفية في ضمان الخمر للذمي ، وهل هو مضمون أم لا ؟ قال الشافعية :

لا قيمة للخمر سواء كانت عند ذمي أم عند مسلم ، لتحريمها عندنا ، وأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة ، وقال
الحنفية : الخمر مال غير متقوم ، أي هو مال لتولده عند أهل الكتاب ، ولكنه غير متقوم أي لا يباح الانتفاع به من
المسلم ، باعتباره مالاً عند النصارى ، فإذا اتلف المسلم خمرًا للذمي فإنه يضمنه .

٥٩ - أما إذا قال : حَبَسَنِي بِحَقِّ لَغْرِيمٍ ، وَأَنَا مُعْسِرٌ ، فَيُحْضِرُ الْقَاضِي الْغَرِيمَ ، وَيَسْتَعْلَمُ مِنْهُ حَالَهُ ، وَطَرِيقَ أَمْرِ الْإِعْسَارِ لَا يَخْفَى فَلَا يَطُولُ بِهِ ، وَإِنْ قَالَ : حَبَسَنِي بِدَيْنٍ شَهِدَ [١٣ / أ] عَلَيَّ بِهِ فَاسْقَانٌ ، فَيَسْأَلُ عَنْ حَالِهِمَا ، فَإِنْ عُدَّلاً حَبَسَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُعَدَّلاً ، وَلَمْ يَأْتِ الْغَرِيمَ بَيْنَتَهُ أُخْرَى ، أَطْلَقَهُ .

وهل يحبسه في المدة التي يتعرف (فيها)^(١) أحوال الشهود ؟ فيه وجهان .

ال نظر في أمور اليتامى | :

٦٠ - ثم إذا فرغ من أحوال المُحْبَسِينَ والنظر في أمورهم ، نظر في أمر أموال الأيتام ، الذين هم تحت نظره وولايته ، وببليد عمله ، (واحترزنا بقولنا : الذين هم تحت نظره وولايته وببليد عمله)^(٢) ، عما إذا كان لليتيم مال (وعقار في عمل هذا الحاكم)^(٣) ، واليتيم في بلد آخر ، تحت نظر الحاكم به ، فولاية التصرف في ماله إلى قاضي البلد الذي فيه اليتيم على الأصح ، وقاضي بلد المال يتصرف فيه إذا أشرف على الهلاك ، كما يتصرف في كل مال غائب بالحفظ ، وأما عقارَه فينصب قيماً يحفظه ويرمه إن تداعى إلى الهلاك ، (ولا يجوز)^(٤) له بيعه قولاً واحداً ، لا ببغْطية ولا بغيرها ، وهل له أن يؤجره ؟ قال الإمام : لم يوافق أحد من الأئمة على جواز إيجاره ، ثم مال إلى أنه يجوز . وفي هذا نظر وبحث لا يمكن التطويل به .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بها .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعبده : صح أصل .

(٣) في الأصل تقديم وتأخير يضيع المعنى ، وعبارة الأصل : إذا كان لليتيم مال في عمل هذا الحكم ، وعقار

واليتيم في بلد آخر ، وفي نسخة ف : في عمل بلد الحاكم وعقار .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يجوز ، وهو خطأ .

النظر في أمر الأمانة والقوام :

٦١ - ثم إذا وقى أمر الأوصياء ، [نَظَرَ^(١)] في أمر الضَّوَالِّ واللَّقَطَةِ ، ثم في أمر الأمانة والقوام ، فيتفقد أحوالهم ، فيعزل من يرى عزله مصلحةً وجائزاً ، ويُبقي من يرى إبقاءه على ما يُسَوِّغه^(٢) الشرع ، وتقتضيه المصلحة .

ويحاسب الأمانة على ما هم مباشروه ، فإن اعترفوا بقبضِ أجره قدرها لهم المعزول ، فالقدرُ الزائدُ على أجرِ المثلِ يُسْتَرَدُّ ، وهل يُقبل قولهم في أنها قدرُ أجرِ المثل ؟ فيه وجهان .

تصفح ديوان الحكم :

٦٢ - ثم يتصفحُ ديوانَ الحكم الذي كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات ، فإن رأى شهودها أحياء ، وهي غير محتاجة إلى إثباتها عنده أبقاها ، وإن رأى فيها كتاباً ، قد مات معظم شهوده ، أو لم يبق فيه سوى شاهدين ، استدعى المسمى فيه ، وأشار عليه بإثباته عنده ، ليدعي هو به ، فإنه صاحبُ الحقِّ المتضمن فيه ، وإن رأى أن يظاهر على من فيه من الشهود ، ويُشهد على شهاداتهم شهودَ فروع ، فعل^(٣) .

والمطلوبُ سلوكُ طريقِ يُفضي إلى بقائها ، مشفَعاً بها ، إذا احتيج إليها ، فإنه حكمة اتخاذ سلة الحكم .

٦٣ - ثم ينبغي أن يرتبَ الكاتبُ أو غيره لجمع سلة حكمه إلى الأول ،

(١) ما بين القوسين من عندي ، وفي الأصل غير موجودة ، وموجودة مكانها كلمة : ثم .

(٢) في نسخة ب : ما يقتضيه ، ق ١١٢ / ب .

(٣) إلى هنا ينتهي النقل نهائيًا في نسخة ب ، ق ١١٢ / ب ، وصرح بذلك الناسخ ، فقال : انتهى النقل من

كلام ابن أبي الدم .

ويجمع محاضر كل أسبوع ، أو كل شهر في إضارة ، ويكتبُ عليها محاضر أسبوع كذا ، من شهر كذا ، من سنة كذا ، وكذلك في السجلات ، ويجعلها في قِمَطْره ، ويختم عليها ختمه ، ولا يستبدل بها أحداً يحفظها غيره ، فهو الأولى والأقرب إلى حفظها ، ويذكر ما تضمنته إذا طال الزمن عليها ، وإن وثِقَ وثوقاً تاماً يعدل مشهور العدالة [١٣ / ب] والعلم والدين والأمانة ، ورأى إيداعها عنده لو وثوقه به فلا بأس ، وإن اتصفَ بصفة الغنى والأصالة فهو أولى .

٦٤ - ثم مها طلب (منه)^(١) مدعٍ نسخة كتاب تضمنَ حقاً ثابتاً عنده ، أسقفه به ، فإن أحضر المدعى عليه ، وطالبه بالمدعى به ، فأنكر أن يكون له في ذمته شيء ، فإن تذكر القاضي الواقعة ، وأنه ثبت عنده هذا الحق^(٢) على المدعى عليه للمدعي ، وحكم عليه به ، أو ثبت عنده من غير حكم ، وعلم ذلك جملةً وتفصيلاً ، ألزمه به .

[الاعتماد على الخط] :

٦٥ - وإن لم يتذكر الواقعة لم يبين على مجرد خطه ، ولا يعتمد (عليه ، ولا)^(٣) على غلبة ظنه أن هذا خطه ، وكذلك الشاهد لا يجوز له أداء شهادة تحملها^(٤) ، ثم نسيها ، اعتماداً على رؤية خطه .

هذا متفق عليه عندنا ، وعند أبي حنيفة ، خلافاً لابن أبي ليلى^(٥) وأبي

يوسف .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في الأصل زيادة : هذا هو الحق ، ولفظ « هو » ليس موجوداً في نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) العبارة في نسخة ف : أداء الشهادة إذا تحملها .

(٥) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار ، وقيل داود بن بلال بن أحيحة بن الجلال الأنصاري ، كان من أصحاب الرأي ، وتولى القضاء بالكوفة ، وأقام حاكماً ٢٣ سنة ، ولِيّ لبني أمية ثم لبني العباس ، وكان فقيهاً مفتياً ، لم =

٦٦ - وذكر الإمام صورةً مختلفاً فيها ، فقال : كنا نراجع شيخنا الإمام أبا محمد ، في رجل شهدَ بشهادة وكتبها في دستوره ، وقفل عليه قفلاً ، وتحقق أنه لم تصل يد غيره إليه ، فهل له أن يشهد ، إذا لم يتذكر الشهادة ، والحالة هذه ؟ فكان يتردد في مثل هذه الصورة ، واختارَ غيره الجوازَ فيها^(١) .

وهذا بخلاف رواية الحديث ، فإنه لا يشترطُ علمَ الراوي وتذكره لكل حديث يرويه عن شيخه ، أنه سمعه منه تفصيلاً ، خلافاً لأبي حنيفة والصَّيدلانيّ (من أصحابنا)^(٢) فإنها اشترطتا ذلك ، كما في الشهادة ، والفرق (واضح)^(٣) .

فإذا لم يتذكر الحاكم الواقعة ، فأقام المدعي عنده بينة ، أنه ثبتَ عنده ، وحكمَ به ، لم يسمع البينة ، ولا يعملُ بها عندنا قولاً واحداً .

الخامس عشر : | تعقب حكم القاضي السابق | :

٦٧ - قال الشافعي : ليس (على القاضي)^(٤) أن يتعقبَ حكمَ مَنْ قبله ، إلى آخر كلام المزني عنه^(٥) . إذا عُزلَ حاكمٌ ، ووُلِّيَ آخرُ مكانه ، فليس عليه أن يتعقبَ أحكامَ مَنْ قبله ، لأن الظاهرَ من أحكامه الصحةُ .

= يدرك والده إلا قليلاً ، كانت بينه وبين أبي حنيفة جفوة يسيرة ، واعترض عليه في حكم ، فشكاه للأمير ، فنع أبا حنيفة من الفتيا ، تفقه على الشعبي ، وأخذ عن الثوري ثم تهاجر . . . ولد سنة ٩٤ هـ ، وتوفي سنة ١٤٨ هـ بالكوفة ، وهو باق على القضاء ، (انظر : وفيات الأعيان : ٣ / ٣٢٠ ، المعارف : ٤٩٤ ، البداية والنهاية : ١٠٥ / ١٠)

(١) انظر : تفصيل ذلك وأقوال العلماء في مشروعية الكتابة والاعتداد على ديوان القاضي ، والكتابة التي تتضمن شهادة وغير ذلك رسالتنا « وسائل الإثبات » : ٢ / ٤٢٠ ، ٤٥٩ ، ٤٦٤ ، وانظر مختصر المزني : ٥ / ٢٤٣ .
(٢) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ١١٠ / أ ، وفي الأصل : من أصحابها .
(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أوضح ؛ انظر كتاب (مغيث الخلق ، للجويني ص ١١) .
(٤) العبارة من نسخة ف ، وهو المتفق مع عبارة المزني في « المختصر » ، ومع عبارة الشافعي في « الأم » وفي الأصل : للقاضي .

(٥) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢ ، الأم ، الشافعي : ٦ / ٢٠٨ ، وانظر الروضة : ١١ / ١٢٩ .

فإن تعقب ذلك ، أو رُفعت إليه نَظَرَ فيها ، فما وجدَ منها مخالفاً للنص أو الإجماع أو القياس الجليّ أبطله ، وإن كان على وَفْق الشرع أمضاه ، وإن كان مجتهداً فيه لم ينقضه ، (وهل يحكم بصحته وينفذه إذا طلب منه ذلك ؟)^(١) أو يعرضُ عنه ؟ فيه قولان ، أصحهما عند القاضي حسين وغيره إمضاؤه .

٦٨ - وقال الماوردي : لا يجبُ عليه أن يتعقبَ حكمَ الحاكم قبله ، وهل يجوزُ له أن يتعقب ؟ فيه وجهان ، أحدهما : وهو قول أبي حامد (الاسفراييني)^(٢) ، أنه يجوزُ ، والثاني : وهو قولُ جمهور (الأصحاب)^(٣) البصريين ، أنه لا يجوزُ أن يتعقبه من غير (تَظَلُّمٍ)^(٤) ، قال : فإذا ذكرها متظلمٌ له ، لم يحضِرِ الحاكم الأولَ حتى يصفها ، فإن وصفها ، وذكر أنه حكم بما (خالفَ به نص الكتابِ أو الإجماع)^(٥) ، أو القياس الجلي ، هل يستحضره الآن [١٤ / أ] قبل إقامة البينة على ما ذكره ؟ فيه ثلاثة أوجه ، في الثالث : أنه إن اقرن^(٦) بدعواه أمانةً تدل على صحتها أحضره ، وإلا فلا ، فإن قلنا : إنه يستحضره^(٧) ، فأحضره ، استأنفَ المتظلمُ دعواه ، فإن لم تُوجب غُرمًا لم يسأل^(٨) هذا الحاكمَ عن جوابها ، وإن أوجبتُ غُرمًا سألَه ، فإن اعترف به

(١) ما بين القوسين مكرر في الأصل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الاسفرايني .

(٣) زيادة من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : متظلم .

(٥) ما بين القوسين من نسخة ب ، ق ١١٠ / ب ، وفي الأصل : خالف به الإجماع مثلا أو النص ، وهي عبارة

نسخة ف أيضا .

(٦) في نسخة ب : إن قرن ، ورقة ١١٠ / ب .

(٧) في نسخة ب : يحضره ، ورقة ١١٠ / ب ، وفي نسخة ف : يحضره وأحضره .

(٨) في نسخة ف ونسخة ب : يسأله .

ألزمه ، وإن أنكرَ ، هل يجب إحلافه ؟ فيه وجهان^(١) .

٦٩ - ولو ادعى المتظلم أنه ارتشى منه مالاً على الحكم ، جاز إحضاره بهذه الدعوى ، وإحلافه عليها .



(١) انتهى كلام الماوردي مع التصرف بالألفاظ ، والاختصار في النقل ، وحذف الأوجه والتفصيل الذي ذكره في (أدب القاضي من كتابه الحادي : ١ / ٦٩٠ - ٦٩٤) ، وانظر كتاب : الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، للقرافي : ١٢٨ .

الباب الثاني

فيما يجب على الحاكم في الخصوم والشهود
وفيه تسعة فصول

الفصل الأول

في

وجوب إنصاف الخصمين والتسوية بينهما
وفيه مسائل

الأولى - [العدل والإنصاف] :

٧٠ - الحاكم مأمور بالعدل والإنصاف بين المتحاكمين ، فيُسوي بينهما في الإذن بالدخول عليه معاً ، ولا يُفرد أحدهما به .

وقال القاضي أبو الطيب : يُستحب له أن يسوي بينهما في دخولها عليه ، وجلوستها بين يديه ، وإقباله عليهما ، وإصغائه إليهما ، والحكم فيما بينهما .

وقال الشيخ أبو نصر : ينبغي للقاضي استحباباً أن لا يخص أحد الخصمين بالإذن في الدخول ، بل يُستحب أن يسوي بينهما في دخولها عليه ، وإقباله عليها ، واستماعه منها .

٧١ - قلت : قد ذكر هذان الإمامان أن ذلك مستحب ، لا واجب ،

وجماعةً من أصحابنا (ذكروه بلفظة)^(١) : يَنْبغي أو الأولى ، وهي قريبة من الاستحباب .

والذي أراه أنَّ ذلك واجبٌ عليه ، لأدلة كثيرة ظاهرة ، غير أنَّ المنقول ما ذكرناه^(٢) ، ولفظُ الشيخ أبي إسحاق^(٣) في « المهذب » : وعلى (الحاكم)^(٤) ، أنَّ يسوي بين الخصمين في الدخول والإقبال عليهما ، والاستماع منها^(٥) . ولفظة « على » للوجوب .

إل القيام للخصوم :

٧٢ - فإذا دخلا لا يَنْخص^(٦) أحدهما بقيام .

قال الشيخ أبو علي : بل إما (أن)^(٧) يقومَ لهما جميعاً ، أو لا يقومَ لواحدٍ منها .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي نسخة ب : ذكروا لفظة ، ق ٩٥ / أ ، وفي الأصل : ذكره بلفظة .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٦١ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦١ ، وقال المحلي في (شرح المنهاج : ٤ / ٢٠٥) : « ليسوا القاضي وجوباً ، وقيل استحباباً بين الخصمين » ، وقال النووي : « ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح ، وبه قطع الأكتون ، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب » (الروضة : ١١ / ١٦١) .

(٣) هو إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الفيرزبادي ، الملقب جمال الدين ، سكن بغداد ، وتفقّه على أعيانها ، تولى التدريس في نظامية بغداد ، وبقي بها حتى مات ، وصنف التصانيف المباركة المفيدة ، منها المهذب والتنبيه في الفقه ، والملع وشرحها والتبصرة في الأصول ، والنكت في الخلاف ، والمعونة والتلخيص في الجدل ، وطبقات الفقهاء في الرجال : وله شعر حسن ، ويضرب به المثل في الجدل والمناظرة ، كان كثير الورع ، وُلد سنة ٣٩٢ هـ ، بفيروزباد ، وتوفي سنة ٤٧٦ هـ ، ببغداد ، ودفن بها ، كان يصلي ركعتين عند فراغ كل فصل من المهذب ، واستمر في تأليفه ١٤ سنة ، استقصى فيه الفروع مع أدلتها ، وهو كتاب مهم ، جليل القدر ، شرحه كثير من الفقهاء ، وأمّ شروحه المجموع للنووي والسبكي وتكلفتها للمطيعي ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٢١٥ ، وفيات الأعيان : ١ / ٩ ، كشف الظنون : ٢ / ٥٧٥ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٧٣) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، وهو المتفق مع نص (المهذب : ٢ / ٣٠٠) ، وفي الأصل : القاضي .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٠٠ ، التنبيه ، له : ١٥٣ .

(٦) في نسخة ب ، لم يخص ، ورقة ٩٥ / ب .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : إما يقوم .

وعندي : أنه (يُكره القيامُ لها)^(١) جميعاً ؛ فإنه قد يكون أحدهما شريفاً ، والآخر وضعياً ، فإذا قام لها علم الوضع أن قيامه للشريف ، وكذلك يَعْلَمُهُ^(٢) الشريف ، فيزدادُ تيهاً ، ويزدادُ الوضعُ كسراً ، (فترك)^(٣) القيامُ لها أقربُ إلى العدل^(٤) ، وأنفى للتهم^(٥) ، وعلى هذا (مضت)^(٦) سيرُ الحكامِ الماضين ، (فقد)^(٧) روي أن المهديَّ أمير المؤمنين ، محمد بن المنصور ، تقدّم مع خصوم له ، وهو أمير المؤمنين ، إلى قاضي البصرة ، عبد الله بن الحسن العنبري^(٨) ، فلما رآه القاضي (مقبلاً)^(٩) ، أطرق إلى الأرض حتى جلس المهديُّ مع خصومه مجلس المتحاكين ، فلما انتقضت الحكومة^(١٠) بينهم ، قام القاضي فوقف بين يديه ، فقال له المهديُّ : والله ، لو قتّ حين دخلتُ عليك لعزلتُك ، ولو لم تقم حين انتقض الحكم لعزلتُك .

والمهديُّ أخذَ هذا من أبيه ، فإنَّ أباه فعلَ [١٤ / ب] هكذا بالمدينة عند

(١) ما بين القوسين من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : يكره لها القيام .

(٢) في نسخة ف ، ونسخة ب ، يعلم ، ورقة ٩٥ / ب .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وترك .

(٤) هذا ما نقله عن ابن أبي الدم الخطيب الشيبني في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠) .

(٥) في نسخة ب ، للتهمة ، ورقة ٩٥ / ب .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : نصت .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وفي الأصل : وقد .

(٨) هو عبد الله ، أو عبيد الله بن الحسن بن الحسين بن أبي الحسن البصري ، قاضي البصرة بعد سوار ، كان ثقة

فقيهاً ، له اختيارات في الأصول والفروع ، ولد سنة مائة وقيل سنة ١٠٦ هـ ، ومات سنة ١٦٨ هـ ، قال الخطيب

البغدادي : ولم يشرك في القضاء بين أحد قط ، إلا بين عبيد الله بن الحسن العنبري وبين عمر بن عامر ، روى له مسلم

وأبو داود في الناسخ والنسوخ ، قال النسائي : ثقة فقيه . (انظر : طبقات الفقهاء : ٩١ ، البداية والنهاية : ١٠ /

١٥١ ، خلاصة : ٢ / ١٩٠ ، تاريخ بغداد : ١٠ / ٣٠٦ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٣١١) .

(٩) الكلمة زيادة من نسخة ف ، ونسخة ب ، ورقة ٩٥ / ب ، وهي غير موجودة في الأصل .

(١٠) في نسخة ف ، ونسخة ب : الخصومة ، ورقة ٩٥ / ب .

قاضيها^(١) . وكلاهما (اقتصياً أثر)^(٢) علي بن أبي طالب^(٣) كرم الله وجهه مع شريح^(٤) ، والقصة مشهورة^(٥) .

٧٣ - نعم ، إن دخل خصم ذو هيئة ، فقام له القاضي ، إما ظنا منه أنه لم يأت محاكياً ، أو جهل ذلك ، أو ارتكب المحذور فيه ، فإمّا أن يقوم لخصمه كقيامه له جبراً لما فعله ، أو يعتذر إليه ، بأنه (قام له ، و)^(٦) لم يشعر بجيئه مخاصماً .

رد السلام على الخصوم :

٧٤ - ثم إن دخلا ، وسلما معا ، ردّ عليهما السلام جملةً ، وإن دخل واحد

(١) وذلك أن الحالمين رفعوا دعوى على النصور ، عند قاضي المدينة محمد بن عمران الطلحي ، عندما قدم النصور حاجاً ، فاستدعاه ، وقضى عليه لهم ، وأمره بإنصافهم ، ولما انصرفوا قال له النصور : جزاء الله عن دينك وعن بيتك وعن حسابك وعن خليفتك أحسن الجزاء ، (انظر : الوزراء والكتاب : ١٣٧ - ١٣٨) .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : اقتصى .

(٣) هو أبو الحسن ، علي بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ ، وأول الناس إسلاماً ، ولد قبل البعثة بعشر سنين ، وربى في حجر النبي ﷺ ، وشهد جميع المشاهد إلا تبوك ، وتزوج فاطمة الزهراء ، وكان اللواء بيده في أكثر المشاهد ، روى عن النبي ﷺ كثيراً ، واشتهر بالفروسية والشجاعة ، كان عالماً بالقرآن واللغة والشعر ، وكان من أهل الثورى الذين نص عليهم عمر ، وباع عثان ، فلما قتل عثان بايعة الناس سنة ٢٥ هـ ، واستشهد في رمضان سنة ٤٠ هـ . (انظر : الإصابة : ٤ / ٢٦٩ ، تذكرة الحفاظ : ١ / ١٠ ، المعارف : ٢٠٣ ، الاستيعاب : ٣ / ١٠٨٩ ، أسد الغابة : ٤ / ٩١ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٣٤٤) .

(٤) شريح بن الحارث القاضي الكندي ، أبو أمية ، كان من كبار التابعين وأدرك الجاهلية ، استقضاه عمر على الكوفة ثم عثان وعلي فن بعدهما ، فأقام قاضياً خساً وسبعين سنة أو ستين سنة ، إلا ثلاث سنوات في فتنة ابن الزبير امتنع فيها عن القضاء ، ثم استعفى الحجاج فأغراه ، فلم يقض بين اثنين حتى مات سنة ٨٧ هـ ، وهو ابن مائة سنة وقيل غير ذلك ، وكان أعلم الناس بالقضاء مع الفطنة والذكاء والشعر ، وثقه ابن معين ، وروى عنه البخاري والنسائي ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ١٦٧ ، تذكرة الحفاظ : ١ / ٥٩ ، المعارف : ٤٣٣ ، خلاصة : ١ / ٤٤٧ ، البداية والنهاية : ٩ / ٢٢ ، ٧٤ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٢٤٣) .

(٥) وهي أن علياً رضي الله عنه جنس بجانب القاضي شريح في خصومة له مع يهودي ، وقال : لو كان خصمي مسلماً جلست معه بين يديك ، ولكن سمعت رسول الله ﷺ يقول : لا تساوموم في المجالس ، (انظر : التلخيص الحبير : ٤ / ١٩٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦١) .

(٦) ما بين القوسين من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٥ : ب ، وفي الأصل : ويعتذر إليه بأنه لم يشعر

بجيئه ...

أولاً وسلّم ، فهل يردُّ عليه السلام قبل دخول خصمه ، أو قبل سلامه ؟ فيه وجهان^(١) .

إجلوس الخصوم :

٧٥ - ثم يجلسها الحاجب ، أو الحاكم يأمرها بالجلوس بين يديه ، ويقبلُ عليها ، ويصفي إليهما على السواء^(٢) .

هذا إذا كانا مسلمين ، وإن كانا شريفين فلا بأس أن يجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن شماله^(٣) ، والأولى أن يجلسها بين يديه تعظيماً لحكم الله تعالى .

التسوية مع الذمي :

٧٦ - أما إذا كان أحدهما مسلماً والآخر ذميّاً ، فهل يرفع المسلم عليه ؟ فيه وجهان ، أصحهما نعم^(٤) .
ولو كانا كافرين سوى بينهما^(٥) .

المسألة الثانية - إحضار الخصوم :

٧٧ - إذا استعدى الحاكم رجلاً على رجل ، وطلب منه إحضاره إلى مجلس الحكم ، لمخاضته ، بعث الحاكم إليه رجلاً من أجريائه ، أو خاتمه ، أو طيناً

(١) قال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠) : « فإن سلم عليه أحدهما انتظر الآخر ، أو قال له سلم ، ليجيبها معاً إذا سلا ، قال الشيخان : وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل » ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦١ .
(٢) انظر الروضة : ١١ / ١٦١ .

(٣) اللفظ في نسخة ف : يساره ، وكذا في نسخة ب .

(٤) وهو ما رجحه المحققون في المذهب ، لحديث عليّ السابق ، قال النووي رحمه الله تعالى : « والأصح رفع مسلم على ذمي فيه » . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٥ ، الروضة : ١١ / ١٦١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦١ ، المذهب : ٢ / ٣٠٠) ، وفي هامش الأصل : بلغ مقابلة .

(٥) ينتهي النقل في نسخة ب ، من الورقة ١٦ / أ ، وينتقل الناسخ إلى المسألة الثالثة ، ويحذف الثانية نهائياً .

مختوماً بخاتمِهِ إلى المطلوب لإحضاره ، ويجبُ على المدعو الإجابة ، إلا أن يُوكَّلَ ، أو يقضي الحق إلى الطالب ، فإن امتنع من ذلك كله بعثَ الحاكم إلى صاحب الشرطة عرّفه ذلك ليحضره إليه ، فإذا حضرَ عزّره على امتناعه بما يليق به ، إن لم يبدِ عذراً .

الإجابة للحكم :

٧٨ - ولو استدعى ربُّ الدين (المدين)^(١) إلى حضور مجلس الحكم ، لم تلزمه إجابتُهُ ، بل يلزمه قضاءُ الدين ، بخلافِ إجابةِ داعي الحاكم^(٢) ، هكذا ذكره المرازقة .

وقال العراقيون : إذا كان بين اثنين حكومةً ، ودعا أحدهما الآخر إلى مجلس الحاكم ، وجبت عليه الإجابة ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ﴾^(٣) .

قلت : ويمكن أن يُقال : لا خلاف بين الطريقتين ، فالذي ذكره المرازقة ، فيما إذا قال : لي عليك كذا ، فاحضّرْ معي إلى الحاكم ، لم يلزمه الحضورُ ، وإنما عليه قضاءُ الدين ، إذا كان معترفاً به ، والذي قاله العراقيون : إذا قال له : بيني وبينك محاكمةٌ ، ولم يُعلمه بها ليخرجَ عنها ، فيجبُ عليه الحضورُ ، لأنه إذا لم يعلمه لها ، لا يمكنه أن يخرجَ إليه منها ، فأما إن أعلمهُ بالحق الذي يطالبه به ، ولم يُعرّف له به ، فهذا موضعُ النظر ، هل يجبُ عليه أن يحضّرَ معه باستدعائه ؟

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) في نسخة ف : القاضي .

(٣) سورة النور : ٥١ ، وانظر الاستدلال بهذه الآية في هذا المجال وما يؤيدها من الآثار في (أحكام القرآن ،

للجصاص : ٤٠٥ / ٣ ، وأحكام القرآن ، ابن العربي : ١٣٧٩ / ٣ ، المهذب : ٣٠١ / ٢) .

هذا لم يفصله الأصحابُ من الطرفين ، والترددُ فيه ظاهرٌ ، لا سيما إذا لم يعلم أن له عليه حقاً ، وأما الآية (فيمكن)^(١) حملها على إجابةِ داعي الحاكم ، ولا خلافَ في وجوبِ إجابته^(٢) . [١٥ / أ] .

المسألة الثالثة - [سؤال الخصمين] :

٧٩ - إذا جلسا بين يديه ، فإن بادر أحدهما بالدعوى سمعها ، وقال للآخر : ما تقولُ في دعواه ؟ وقيل : يسكتُ حتى يُجيبَ الآخرُ ، وليس بشيء ، لأنه لو تركَ وجوابه لم يجب ، وإن سكتا ، فلا بأس أن يقولَ الحاكمُ لها : مَنْ المدعي منكما ؟ أو ما خطبكما ؟ وقيل : يسكتُ ولا يقول شيئاً ، فإن ادعى واحداً منها ، وإلا أقبما من مكانها^(٣) .

قال الشافعيُّ : ويكره للقاضي أن (يَنْهَرَهَا)^(٤) ، لأنه إذا فعلَ ذلك بهما لحقها حصرٌ وخوفٌ وانقطاعٌ عن حجتها .

[تلقين الدعوى] :

٨٠ - ثم إذا ادعى واحداً منها فاضطرب في دعواه ، فالأصحُّ أنه لا يلقنه صحةً دعواه . وقال أبو سعيد الإصطخري^(٥) : لا بأس بالتلقين في الدعوى ،

(١) وفي الأصل : يمكن ، وهي غير واضحة ، فبينها المصحح على هامش الأصل .

(٢) يوجد في الأصل لفظ : صح ، بين قوسين صغيرين .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ١٦٢ .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ ، واللفظ من نسخة ف ، وهو الموافق لنص الشافعي ، وفي الأصل : ينتهرها .

(٥) هو الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى بن الفضل بن بشار بن عبد الحميد ، أبو سعيد الإصطخري ، قاضي قم ، أحد الرفعاء من أصحاب الوجوه ، ومن شيوخ الفقهاء الشافعيين ، ولي حبة بغداد ، وأقضى بقتل الصابئة ، واستقضاه المقتدر على سجستان ، وله أخبار طريفة في الحسبة ، وصنف كتاباً حسناً في أدب القضاء ، ولد سنة ٢٤٤ هـ ، وتوفي ببغداد سنة ٣٢٨ هـ ، ودفن بباب حرب ، وكان ورعاً متقلاً ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ٣٣٠ ، وفيات الأعيان : ١ / ٣٥٧ ، البداية والنهاية : ١١ / ١٩٣ ، طبقات الفقهاء : ١١١ ، تهذيب الأسماء :

لأنه^(١) لا ضرر على خصمه في ذلك .

هذا كله إذا حضر الخصمان بأنفسهما بين يدي الحاكم للحكومة .

٨١ - فأما إذا استعدى الحاكم رجلاً على رجلٍ ، أعداهُ عليه ، سواء عرفَ بينهما معاملة أو لم يعرف ، ومعنى إعدائه^(٢) عليه : أنه يبعثُ رجلاً معه من أعوانه لإحضار خصمه ، وقيل : إن كانت العادة جرت بإنفاذ ختمٍ يَخْتَمُهُ القاضي على شمعٍ أو طينٍ ، أو خطٍ من الحاكم إلى المدعو^(٣) ، حتى إذا رآه حضر عند الحاكم ، فعل .

ثم استحَب بعضُ الأئمة أنَّ الخصمَ إذا استعدى القاضي على خصمٍ ، أن يقولَ له القاضي : ما الذي تدعي عليه^(٤) ، فإن ذكرَ أنه يطلبُ منه أمراً يجوز طلبه شرعاً عند هذا الحاكمِ أعداه ، وإن ذكر ما لا يجوز طلبه^(٥) ، كثن كلبٍ أو قيمةٍ خبزٍ لدمي^(٦) ، لم يعُدّه ، وهذا حسنٌ بالغ^(٧) .

| ترتيب الدعوى | :

٨٢ - ولو حضرَ خصمان متسابقان ، فالدعوى للسابق ، ولو تساوقا ، وتشاحًا في التقديم ، أُقْرِعَ بينهما ، إلا أن يكونَ أحدهما مسافراً فيقدم المسافرُ على الأصح ، وفيه وجّةٌ أنه لا تقديم بالسفر أصلاً^(٧) .

(١) العبارة في نسخة ف : لا بأس بتلقين الدعوى ، فإنه .

(٢) في نسخة ف : أعداه .

(٣) في نسخة ب : المدعى عليه ، ق ٩٦ / ب .

(٤) في الأصل زيادة : به ، وليست موجودة في نسخة ف .

(٥) في نسخة ف ، ونسخة ب : ما لا يرى جواز طلبه .

(٦) لفظ : بالغ ، ساقط من نسختي ف ، وب .

(٧) انظر الروضة : ١١ / ١٦٣ .

ولو كانوا جماعة ، وفيهم قلة ، قدّمهم ، وإن كثروا فكانوا مثل الحاضرين
أو أكثر ، كالحجيج إذا نزلوا بمكة ، أو بالمدينة ، سوى بينهم .

[سماع الدعوى ولو من العامي على السلطان] :

٨٣ - ثم اعلم أنه تسمع دَعْوَى كل مُدْعٍ على كل إنسانٍ مكْتَفٍ ، بحق
صحيح ، سواء كان المدعى عليه جليلاً أو حقيراً كالسوقة ، [أو العامي]^(١) ،
إذا ادعى على السلطان القاهر حَبَّةً من ذهب ، تُسمع دعواه .

وقال أبو سعيد الإصطخري : (لا تُسمع دعواه ، والحالة هذه ، لأنَّ
العرفَ يكذِّبه .

قال الإمام : وقال الإصطخري^(٢) : إذا ادعى سفلةً على ملكٍ أنه أقرضه
مالاً ، أو أنكحه ابنته ، أو استأجره لسياسة دوابه ، لا تُسمع دعواه أخذاً من
حد المدعى عليه .

قال الإمام : ولا يَسُوغُ في الدين تشويشُ القواعدِ بمثلِ هذه الوسوس .

[التقديم بدعوى واحدة] :

٨٤ - ثم إذا قَدَّمَ واحد في دعواه بالقرعة ، فإنما يقدم بدعوى واحدة ،
وهل يقدم بدعوتين أو ثلاث ؟

قال القاضي حسين : يَحْتَمَلُ وجهين ، فإن جَوَزْنَا ، فلا زيادة على
الثلاث ، وكل هذا بعيدٌ ، والأصح أن لا تقديم إلا في [١٥ / ب] خصومة
واحدة^(٣) .

(١) في الأصل : العامي ، وقدرت « أو » لمقتضى السياق .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٣) وهذا ما أيده النووي رحمه الله تعالى ، (انظر : الروضة : ١١ / ١٦٤) .

المسألة الرابعة - [إكرام الشهود] :

٨٥ - إذا أَحْضَرَ المدعي شهودَهُ اسْتَحِبَّ للقاضي إكرامهم ، وَيُكْرَهُ له أَنْ يَتَعَنَّتَهُمْ^(١) ، أو يَنْتَهَرَهُمْ .

قال القاضي أبو الطيب : قال أصحابنا : التعتُّ أن يُفْرَقَها مع (وَفُورٍ)^(٢) عقولها ، (وشدّة)^(٣) ذكائها^(٤) .

وقال الشافعي رضي الله عنه : لا ينتهرُ الشاهدَ ، ولا يَتَعَنَّتَهُ^(٥) ، والتعتُّ أن يتلجلج الشاهدُ في كلامه ، يريد لا يَحُوجُه القاضي بانتهاره إلى أَنْ يَتَعَتَّعَ في كلامه ، ولا (أن)^(٦) يلجلجه فيه بصياحه عليه .

وقد روى القاضي أبو الطيب أن شاهداً شهدَ عند أبي عمر القاضي^(٧) ببيع بستان ، فقال له القاضي : كم غلّة في البستان ؟ فقال له : لا أشكُ في أن القاضي أعلمُ بداره مني بذلك البستان ، فقال له : نعم ، فقال له : فكم (فيها

(١) في نسخة ب : يتعسفهم ، ورقة ٩٧ / أ ، والأصل أصح ، لأنه سيشرح التعتت بعد ذلك .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شدة عقولها .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ووفور .

(٤) في نسخة ف : ديانتها .

(٥) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٥ .

(٦) الكلمة من نسخة ب ، ورقة ٩٧ / أ .

(٧) هو القاسم بن جعفر بن عبد الواحد بن العباس ، الهاشمي البصري الشافعي ، راوي سنن أبي داود ، ولد سنة ٣٢٢ هـ ، روى عنه الخطيب البغدادي ، وقال : كان ثقة أميناً ، ولي القضاء بالبصرة ، وسمعت منه سنن أبي داود ، مات سنة ٤١٤ هـ ، (انظر : البداية والنهاية : ١٢ / ١٧ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ٣١٠) .

وقد سبق الذهن في البحث إلى أن المقصود هو قاضي القضاة محمد بن يوسف بن يعقوب ، أبو عمر المالكي المتوفى سنة ٣٢٠ هـ ، لكثرة الإشارة إليه في كتب التراجم والتاريخ ، ولما يمتاز بالعلم والفضل والمنصب ، ثم رجعت عن ذلك ورجعت السابق لسببين : الأول : أن أبا الطيب الطبري الذي يروي القصة عاصر القاسم بن جعفر ، لأنه ولد سنة ٣٤٨ هـ ، وتوفى سنة ٤٥٠ هـ ، وتولى القضاء بربع الكرخ وتقدمت ترجمته صفحة ٦٣ ، الثاني : أن كليهما من الشافعية ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٥ / ١٢ ، الديباج المذهب : ١ / ٢٤١ ، البداية والنهاية :

من) (١) جذع؟ فسكت عنه ، وحكم بشهادته لما ظهر له من وفور عقله وتحصيله .

وحكى الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » (٢) : أن رجلين من السواد شهدا عند القاضي يحيى بن أكرم (٣) بيستان فيها نخل (٤) ، فأراد امتحانها وثبوت عقلها ، فقال : كم عدد النخيل فيها ؟ فقالا : لا ندري ، فقال : أتشهدان على ما لا تدریان ؟ فقالا : كم في هذا المسجد من الأسطوانات ؟ فقال : لا أدري ، فقالا : لو غصبه رجل (٥) ، أما كان يحلُّ لك أن تشهد بأن فيه أسطوانات ؟

والمقصود أن الشهود إن كانوا وافري العقل ، أو فقهاء ، فلا يفرِّقهم ، ولا يطالبهم في سؤاله بما لا يلزمهم ذكره ، كقوله : في أي وقت شهدتم ؟ وفي أي مكان ؟ ومع من كنتم ؟ وماذا أكلتم ؟ ، ولا يصيح عليهم ، ولا يَقْطَبُ في وجوههم ، ولا يزيد في الاستقصاء بما يَشُقُّ عليهم ، فإن ذلك يمنعه من تحمل الشهادة ، ومن أدائها ، فقد روى القاضي أبو الطيب أن رجلاً شهد عند

(١) ما بين القوسين من نسخة ف ، ونسخة ب ، وفي الأصل : فيها جذع .

(٢) شرح المختصر للشيخ أبي علي السنجي ، وكان إمام الحرمين يسمي هذا الكتاب بالمذهب الكبير ، (انظر :

طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٢٤٤) .

(٣) هو أبو محمد قاضي القضاة ، يحيى بن أكرم بن محمد بن قطن بن سمان المروزي ، كان فقيهاً ، عالماً بالفقه ، بصيراً بالأحكام ، روى عنه الترمذي وغيره ، وهو أحد أعلام الدنيا ، ذكره الدارقطني في أصحاب الشافعي ، غلب على المأمون حتى لم يتقدمه أحد من الناس عنده فقلده قاضي القضاة ، وكان قاضياً في البصرة أيضاً ، ووقف في وجه المأمون في حنة خلق القرآن ، وأقنعه بتحريم نكاح المتعة عندما أراد إباحتها ، وله كتب في الفقه تركها الناس لطولها ، وله كتب في الأصول ، وكتاب في الرد اسمه « التنبيه » ، توفي سنة ٢٤٢ هـ وقيل ٢٤٢ هـ ، وله ٨٢ سنة ، (انظر : وفيات الأعيان : ٥ / ١٩٧ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٤٤ ، خلاصة : ٣ / ١٤٣ ، التاج المكلل : ١٤٦ ، المعارف : ٥٢٠ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٥٠) .

(٤) في نسخة ف : نخيل .

(٥) في نسخة ب : غاصب ، ق ١٧ / ب .

علي بن عيسى^(١)، فقال له : أين شهدت ؟ قال : في فضاءٍ وسعني ووسع المشهود له والمشهود عليه . فقبلَ شهادته .

| تفريق الشهود | :

٨٦ - أما إن كان الشهود أغبياء جهلة ، يُظنُّ بهم خَبَلٌ ، وقلَّةٌ ضبطٍ (وحفظٍ)^(٢) ، ونقصُ رأيٍ ، وعدمُ تثبيتٍ في الشهادةِ ، وإقدامٌ عليها ، أو فُهمٌ منهم ، باستقراء أحوالهم ، تهاقتهم على الشهادةِ ، وإيثارهم لها ، وإقدامهم على أدائها من غير تذكُّرٍ لها ، لا سيما إذا انضاف إلى ذلك أخذُ الأجرةِ عليها ، فيستحبُّ للقاضي أن يفرِّقَ مثل هؤلاء الشهود ، ويسألَ كلَّ واحد منهم منفرداً ، فيقولُ : من شهد منكم أولاً ؟ وهل كتبتَ شهادتك بجزءٍ أو مدادٍ ، وعن وقتِ الشهادةِ ، فيقولُ : أيُّ وقتٍ شهدتَ ؟ وأيُّ مكانٍ شهدتَ ؟ وعن مكان الشهادةِ ، فيقولُ : في أيِّ محلةٍ شهدتَ ؟ وفي أيِّ دَرْبٍ شهدتَ ؟ وفي أيِّ دارٍ شهدتَ ؟ وفي أيِّ موضعٍ من الدارٍ شهدتَ ؟

هكذا ذكره القاضي [١٦ / أ] أبو الطيب ، وهو حسنٌ ، فإن (اتفقتُ شهادتهم قبلها ، وإن)^(٣) اختلفتُ شهادتهم وأقوالهم أبطلها وأسقطها ، وإن اتفقوا على كلمةٍ واحدةٍ ، وظهرتَ عنده دلائلُ الصديقِ سمعها بشروطها^(٤) .

(١) هو علي بن عيسى بن داود بن الجراح ، أبو الحسن الوزير للمقتدر والقاهر ، ولد سنة ٢٤٥ هـ ، وسمع الكثير ، وروى عنه الطبراني وغيره ، وكان ثقةً نبيلاً فاضلاً عفيفاً ، كثير التلاوة والصيام والصلاة ، يحب أهل العلم ، ويكثر مجالستهم ، كثير الانفاق ، دخل مكة حين نفي من بغداد ، وله أخبار صالحة ، وتوفي سنة ٣٢٥ هـ ، وقيل سنة ٣٢٤ هـ ، ولا يوجد ترجمة بهذا الاسم في طبقات الشافعية الكبرى ، لابن السبكي ، (انظر : البداية والنهاية : ١١ / ٢١٧ ، الكامل في التاريخ ، لابن الأثير : ٦ / ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٨٤ ، ١٩٢ ، تاريخ الخلفاء : ٣٨٠) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ٩٧ / ب ، وفي الأصل : خفض ، وقد تكون صحيحة ، لأن الحُفْض بمعنى الدعة ، وهو تمة في الشهادة ، (انظر : القاموس المحيط : ٢ / ٢٢٩) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ب ، ورقة ٩٧ / ب ، وليست موجودة في الأصل ، ولا في نسخة ف .

(٤) في نسخة ب زيادة ، وهي : وإذا قبل القاضي شهادة الشهود ، قال للدعي عليه : قد ثبت عليك الحق ، فإن كان لك دافع أو معارض فأبرزه ، وإلا فأعطه حقه ، ورقة ٩٨ / أ ، ويظهر أن الناقل نسخها من مكان آخر في =

المسألة الخامسة - [جواب المدعى عليه] :

٨٧ - إذا صحت دعوى المدعي ، وأجاب المدعى عليه ، لا يخلو : إما أن يُجيبَ بالإنكار ، أو بالاعتراف . (فإن)^(١) أجب بالإنكار ، وطلب من الحاكم إحلافه ، أحلفه ، ولا يُحلفه إلا بطلب المدعي ، وسنذكر كيفية اليمين في الدعاوى إن شاء الله (تعالى)^(٢) .

[سماع الشهادة] :

٨٨ - وإن أراد إقامة البينة عليه أحضر بينته ، وسأل الحاكم سماع شهادتهم ، والمستحب للقاضي أن يلتفت إلى الشاهد ، ويأذن له في أداء الشهادة ، والمستحب للشاهد أن يبجل قدر القاضي في إقامة الشهادة ، فيقول : أطل الله بقاء سيدنا الحاكم ، ويزيد من ألقابه ، والدعاء له ما يقتضيه حالة وقدره ، ثم يقول بعد ذلك : أشهد بكذا وكذا ، وسنذكر في الدعاوى إن شاء الله تعالى كيفية الشهادة وأنواعها وما يُشترط في ألفاظها^(٣) .

[تدوين الشهادة وتمييز الشهود] :

٨٩ - فإذا كُلت البينة ، وكان الشاهدان عدلين عنده ، أعلم تحت رقم شهادة كل شاهد بما صورته : شهد عندي بذلك ، إن كان كل واحدٍ (منهم)^(٤) شهد بجميع ما في الكتاب ، وإن (كان)^(٥) شهد ببعض ما في الكتاب كشهادته على البائع فقط في كتاب التبايع ، أو على المشتري فقط ، أو على

= آخر الورقة ص ١٤١ ، لأن الكلام ينتهي عند هذا الحد ، وينتقل إلى الكلام عن علم القاضي والإقرار عنده .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وانظر فقرة ٢٢٢ صفحة ٢٥٢ .

(٣) فقرة ٤٠٨ وما بعدها .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

المقرّر بالدين فقط ، دون إقراره بملاءة ، أو برهن ، كتب تحت رقم شهادته :
شهد عندي بما وضع به خطه .

هذا هو اصطلاحنا في أعمالنا ، ولكل قوم اصطلاح ، فليكتب الحاكم
ما اصطح عليه حكام بلده .

وإن لم يكونا عدلين عنده ، كتب تحت شهادتهما : شهد بذلك ، وقال
للمدعي : زدني في الشهود ، أو زك شاهديك .

وإن كانا متوسطي الحال في التعديل ، بأن كان الحاكم يقبل شهادتهما في
قليل المال دون كثيره ، كتب تحت شهادتهما : شهد بذلك عندي .

والمقصود تمييز الشهود على قدر مراتبهم في إكرامهم فعلاً ومجلساً وعلامة
ووضعاً في الترتيب على أحسن وضع ، فإنه إذا فعل ذلك ، وميّز بينهم رغب
الأكابر في حفظ حقوق الناس بشهاداتهم ، وإجابتهم إليها ، وقد روي عنه عليه
السلام أنه قال : « أكرموا الشهود ، فإن الله سبحانه يحيي بهم الحقوق »^(١) ،
وإن عاملهم بضد ذلك ، وسوى بين الأعيان منهم وبين من (هو)^(٢) دونهم ،
امتنعوا عن الشهادة وتحملها ، وانخرمت قواعد الحكم .

| ثبوت الحق بعد الشهادة |

٢/٨٩ - فإذا ثبت الحق بشهادة شاهدين عدلين ، أو بعد تزكية شاهدين

(١) هذا حديث ضعيف ، رواه العقيلي في الضعفاء من حديث ابن عباس ، وقال الذهبي : إنه منكر ، ورواه
المطيب في التاريخ وابن عساكر والباناسي في جزئه ، وقال الحافظ أبو الفيض الغفاري في كتابه (المغير : ٢٥) :
قلت : موضوع ظاهر البطلان ، وصرح الصفاني بوضعه ، وأقره العراقي . قلت : لكن معناه صحيح . (انظر : أسنى
المطالب : ٥٠ ، الفتح الكبير : ١ / ٢٢٦ ، المغير : ٢٥ ، كشف الحفا : ١ / ١٩٥ ، الفوائد المجموعة في الأحاديث
الموضوعة ، الشوكاني : ٢٠٠) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

مجهولين^(١)، وطلب المدعي من الحاكم إلزام المدعى عليه ، بما ثبت عنده ، قال الحاكم له : قد ثبت الحقُّ عليك ، فإن كان لك دافعٌ أو معارضٌ [١٦ / ب] فأبرزه ، وإلا فأعطيه حقه ، وسنذكر تمة ذلك في الدعاوى إن شاء الله تعالى .

إقرار المدعى عليه ، والقضاء بعلم القاضي :

٩٠ - هذا كله إن أنكر المدعى عليه ، (فإن)^(٢) أقرَّ حكمٌ عليه بموجب إقراره ، ولا تُسمعُ عليه بينةٌ بعد إقراره ، ثم إن أقرَّ بمجلس الحكم بحضور من حضره ، فليس هذا حكماً بالعلم على الصحيح ، سواء حقق الحاضرون إقراره ، أو لم يحققوه ، لغفلتهم واشتغالهم ، أو أنهم حققوه ، ولكنهم ليسوا عدولاً .

المقر عنده :

٩١ - هذا هو الصحيح من المذهب ، ورأيت المارودي قد ذكر شيئاً بديعاً في مواضع من كتابه ، فقال في الموضع الأول من الإقرار : الإقرار لا يصح إلا بأربعة شروط : الشرط الرابع منها ، وهو المقر عنده ، وهو من يصير الحقُّ به محفوظاً ، وهو أحد نفسين : إما حاكمٌ ملزمٌ ، أو شاهدٌ متحمِّلٌ ، فإن كان الإقرار عند حاكمٍ ، فن شرطه أن يكونَ بعد سماعه الدعوى عليه ، فإن أقرَّ عنده قبل سماعه الدعوى من غير دعوى ، ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان : أحدهما يصحُّ ، وحكاه ابن المنذر^(٣) عن الشافعي ، والثاني :

(١) العبارة في نسخة ف هي : أو بعدل يزكيه شاهدين ، وهي خطأ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٣) هو محمد بن إبراهيم بن المنذر ، الإمام أبو بكر النيسابوري ، نزيل مكة ، وأحد العلماء ، كان إماماً مجتهداً حافظاً ورعاً ، ألف كتاباً مفيدة هامة ، منها : كتاب الإشراف في اختلاف العلماء ، وكتاب الإجماع ، وكتاب التفسير ، وكتاب السنن والإجماع والاختلاف ، قال الذهبي : كان على نهاية من معرفة الحديث والاختلاف ، وكان مجتهداً لا يقلد أحداً ، وهو مجتهد مطلق مع كونه من أصحاب الشافعي ، قال الشيرازي : توفي سنة ٣٠٩ أو ٣١٠ هـ بكرة ، وأنكر الذهبي ذلك ، وقيل سنة ٣١٨ ، وقيل بعد ذلك . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى ١٠٢ / ٣ ، طبقات الفقهاء : ١٠٨ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٤٤ ، العقد الثمين : ١ / ٤٠٦) .

لا يصح ، ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجاً من اختلاف قوله ، في أن الحاكم ، هل له أن يحكم بعلمه أم لا ؟ هذا ما ذكره في الإقرار^(١) .

| شروط الحكم بعلمه | :

٩٢ - وقال في « كتاب القضاء »^(٢) : إذا قلنا بجواز حكمه بعلمه على أصح القولين كان نفوذ حكمه بعلمه معتبراً بشرطين ، أحدهما : أن يقول للمنكر قد علمت أن له عليك ما ادعاه ، والثاني : أن يقول له : وحكمت عليك بعلمي ، فإن اقتصر على أحد هذين الشرطين ، وأغفل الآخر لم ينفذ حكمه^(٣) .

وإن قلنا : ليس له أن يحكم بعلمه ، فقد قال مالك : إذا أقر عنده الخصم لم يجز أن يحكم على المقر إلا أن يشهد بإقراره شاهدان ؛ لئلا يصير حاكماً بعلمه^(٤) ، (واختلف)^(٥) أصحابنا في اعتبار هذا تفرعاً على منع الحكم بالعلم ،

(١) الحاوي الكبير ، له ، مجلد ٧ ق ١٧٣ / ب ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، برقم ٨٣ فقه شافعي .

(٢) في نسخة ب نص يختلف عما ورد هنا ، ويتقدمه قاعدة في القضاء بعلم القاضي لا توجد في الأصل ، ولذلك ثبت فيما يلي النص كما هو : فصل القاضي لا يقضي بعلمه في حقوق الله تعالى كالزنا واللواط ، وهل يقضي بعلمه في حقوق العباد ؟ قولان ، الأظهر نعم ، ولو كان الإقرار عند حاكم فن شرطه أن يكون بعد سماع الدعوى عليه ، فإن أقر عنده قبل سماع الدعوى من غير دعوى ، قال الماوردي : ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان ، أحدهما يصح ، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي رضي الله عنه ، والثاني لا يصح ، ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجاً من اختلاف قوله في القضاء بالعلم ، قال ذلك في كتاب الإقرار ، وقال في كتاب القضاء : وإن أقر في موضع خلوة الحاكم كان حكمه بالعلم ، وفيه قولان سيأتیان ، وإن أقر بمجلس الحكم البارز للناس ، وليس به أحد سوى الحصين ، أو كان فيه جمع ، لكن ساء القاضي بالإقرار ، هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم ، فيكون على قولين أم لا ؟ فيه : ٧٠٧ ورقة ٩٨ / أ ، انتهى كلامه وينتقل إلى فصل التزكية .

(٣) أدب القاضي ، له : ٢ / ٣٧٣ ، الحاوي الكبير ، له : مجلد ١٣ ق ١٠٠ / ب ، ق ١٠١ / أ ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، رقم ٥٠١ فقه شافعي .

(٤) انظر : تفصيل قول الإمام مالك في (الفروق : ٤ / ٤٧ ، بداية المجتهد : ٢ / ٥٠٨ ، تبصرة الحاكم : ٢ / ٢٦) ، وبه قال شريح ، وهو أحد قولين نقلها المزني عن الإمام الشافعي رحمه الله ، وانظر : تحقيق ذلك مع بيان آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشة الأدلة في (رسالتنا : وسائل الإثبات : ١ / ٢٥٠ ، وما بعدها ، ومختصر المزني : ٥ / ٢٤٦ ، الروضة : ١١ / ٢٥٦) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فاختلف .

فذهب بعضهم إلى اعتباره ، وأنه لا يجوز له أن يحكم على المقر بإقراره حتى يشهد له شاهدان ؛ لئلا يصير حاكماً بعلمه ، وذهب الأكثرون : إلى أن الشهادة غير معتبرة في إقراره في مجلس الحكم ، لأنه حكم بالإقرار ، وليس حكماً بالعلم .

الإقرار قبل سؤال القاضي | :

٩٣ - وقال في الموضوع الثالث من الأفضية : إذا ادعى رجل على رجل حقاً ، إن أجاب المدعى عليه بالإقرار قبل سؤال المدعي ، صار القاضي حاكماً فيه بعلمه ، فإن منع من الحكم بالعلم صار شاهداً فيه ، ولم يجز أن يحكم عليه إلا أن يقر بعد سؤاله^(١) .

هذا الذي ذكره غريب .

وإن أقر في موضع خلوة الحاكم ، كان حكماً بالعلم ، وفيه قولان سيأتيان ، وإن أقر بمجلس الحكم البارز للناس ، وليس به أحد سوى [١٧ / أ] الخصمين ، أو كان فيه جمع ، ولكن سار القاضي في الإقرار ، هل يكون هذا من باب الحكم بالعلم فيكون على قولين أم لا ؟ فيه قولان^(٢) .



(١) أدب القاضي : ٢ / ٣٣٧ ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ ، ١٦٧ .

(٢) اقتصر الإمام الغزالي على قول واحد ، واعتبره من القضاء بالعلم الذي رجح الغزالي عدم القضاء به ، فقال :

« ويقضي على من أقر في مجلس القضاء ، دون من أقر عنده سراً » ، (الوجيز : ٢ / ٢٤١) ، وانظر : الروضة : ١١ /

الفصل الثاني

في

التزكية

٩٤ - لا تُسَمَّعُ إلا في حق المجهول حاله عند الحاكم ، أمّا من يُعرَفُه بالفسق فلا يُسَمَّعُ تزكيتَه ، ومن يُعرَفُه بالعدالة يُسَمَّعُ قوله من غير تزكية على أصح القولين ، وفيه قولٌ أنّه لا يُسَمَّعُ قوله مستنيداً إلى علمه بعدالته ، بل لا بد من طلب استزكائه ، تفريراً على قولنا أنّه لا يقضي بعلمه^(١) .

أشروط المزكي :

٩٥ - واعلم أنّ التزكية لا تقبلُ إلا من عدلٍ خبيرٍ بأحوال من يزكيه ، خبرةً باطنيةً ، سفيراً وحضراً ، ومعاملةً بالدينارِ والدرهمِ ، وصُحبةً يُعرَفُ بها بواطنَ حاله^(٢) .

(١) في هذا القول نظر ، وذلك أن للشافعية قولين في قضاء القاضي بعلمه ، ولكنهم اتفقوا على جواز قضاء القاضي بعلمه في الجرح والتعديل ، وهذا الاتفاق مطرد مع القول بجواز القضاء بعلم الحاكم ، وهو استثناء من القول بعدم جواز القضاء بعلمه . ولم أجد في المصادر التي اطلعت عليها سوى قول واحد في مسألة العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل ، ونص الماوردي على ذلك صراحة في (الحاوي المخطوط : ١٢ ق ١٠٠ / ب) ، فقال : « ولا خلاف بين الفقهاء أن للقاضي أن يحكم بعلمه في الجرح والتعديل » . ثم رأيت النووي أشار إلى قول ضعيف في المسألة ، فقال : « فله أن يقضي ويفنيه علمه عن تزكيتها ، وفيه وجه ضعيف للتمهة » (الروضة : ١١ / ١٥٦ ، ١٦٧) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ ، ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٣ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٦ ، حاشية الباجوري : ٢ / ٣٩٤ ، أدب القضاء ، ابن أبي الدم في هذا الكتاب (١٥٧) ، وقال الرملي : وإذا شهد شهود فعرف [القاضي] عدالة أو فسقاً عمل بعلمه قطعاً ، ولم يحتج إلى تزكية ، وإن طلبها الخصم ، (نهاية المحتاج ، له : ٨ / ٣٦٤) ، وقضاء القاضي بعلمه في الجرح والتعديل متفق عليه بين المذاهب الأربعة ، إلا رواية عند الحنابلة ووجه ضعيف عند الشافعية ، (انظر تفصيل ذلك ومراجعته ومصادره وبيانه في رسالتنا : وسائل الإثبات : ٢ / ٥٢٣) ، وقارن ما سيذكره المصنف فقرة ١٠٩ .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٠ .

١ صورة التزكية | :

٩٦ - والتزكية المطلقة صورتها الكاملة أن يقول :

أشهد أن هذا ، ويشير إليه ، إن كان الشاهد المزكي لا يعرفه عيناً واسماً ونسباً ، أو كان الحاكم لا يعرفه ، والشاهد يعرفه ، فلا بد من تزكيته بمحضر منه ، والإشارة إليه ، وإن كان الحاكم والشاهد يعرفانه بعينه واسمه ونسبه ، فلا يشترط حضوره وقت التزكية ، فيقول : أشهد أن هذا ، أو أن فلاناً عدلاً عليّ وليّ ، مقبول الشهادة .

وإننا^(١) احتزنا بهذا القيد الأخير ، لأنه قد يكون عدلاً عليه وله ، ولا تقبل شهادته لتغفله^(٢) .

١ لفظة أشهد في التزكية | :

٩٧ - ولفظة : « أشهد » لا بد منها على المذهب الصحيح في التزكية وغيرها ، وحكى الإمام وجهاً بعيداً غريباً أنه لا (تتعين)^(٣) لفظة أشهد ، بل يقوم مقامها أعلم ، وأتحقق ، وغيرهما ، وهذا الوجه لم أر أحداً نقله سواه^(٤) .

(١) في نسخة ب زيادة ، وهي : قال ابن أبي الدم : وإنما ... ورقة ٩٨ / ب .

(٢) يعقب الناقل في نسخة ب على قول ابن أبي الدم السابق ، فيقول : « وما ذكره غير صحيح ، لأن المغفل

ليس يعدل له ولا عليه ، كما لا يكون عدلاً على غيره ولا له ، وليس الكلام فيما إذا قال : هو صادق فيما شهد به عليّ ، لأن الحكم حينئذ ليس بمجرد الشهادة بل بانضمام قوله : هو صادق ، ولا يختص هذا بالمغفل ، بل يشمل الفاسق أيضاً ، ورقة ٩٨ / ب ، وقال النووي رحمه الله : « ولا تقبل شهادة المغفل الذي لا يحفظ ، ولا يضبط » (الروضة : ٢٤١ / ١١) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يتعين .

(٤) الواقع أن في المسألة قولين في المذهب ، والأصح اشتراط لفظ الشهادة ، كما عبر النووي ، والقول الثاني : لا

يشترط لفظ الشهادة ، ويكتفي أعلم وأتقق ، قال الشريفي عن القول الثاني : وهو شاذ ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٤ ، المذهب : ٢ / ٢٩٦ ، شرح الهي على المنهاج : ٤ / ٣٠٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٦ ، الحاوي : ١٢ / ٦٢ ، أ ، الروضة : ١١ / ١٧٢) .

٩٨ - وقولة : عليّ ولي ، هل يُشترط ذكرُها في التزكية ؟ فيه وجهان^(١) ، مشهوران^(٢) .

[التزكية المقيدة] :

٩٩ - هذا في التزكية المطلقة ، فأما^(٣) التزكية المقيدة فهو^(٤) أن يشهد شاهدٌ بحق ، فيزكيه شاهدان في هذا المشهود به (خاصة^(٥)) ، وفي سماع هذه التزكية وقبولها خلاف مشهور ، المشهور في المذهب^(٦) عدم قبولها ، والعمل في بعض الأمصار على القبول ، للحاجة إليه .

[العدالة لا تتبع بعض] :

١٠٠ - وأصل هذا الخلاف أن العدالة هل تتبع أم لا ، المشهور في المذهب أنها لا تتبع ، وأن من كان عدلاً في درهم فهو عدلٌ في ألف ، لأن حدّ العدل (وشروط^(٧)) العدالة المعتبرة فيها ، إن وجدت كلها في هذا الشاهد ، كان عدلاً مطلقاً ، فيقبل قوله مطلقاً ، وإن اختل شرط من شروطها انحزمت عدالته ، ولا يقبل قوله أصلاً .

(١) القول الأول : أنه لا يشترط ذكر عبارة عليّ ولي ، قال النووي : وأنه يكفي هو عدل ، والقول الثاني : أنه يشترط ذكر عبارة « عليّ ولي » ، ونص عليه الشافعي في (الأم : ٦ / ٢١٠) ، والمزني في (المختصر : ٥ / ٢٤٣) ، قال القفال : ومعنى عليّ أنه ليس عدواً لي ، ومعنى لي أنه ليس ولداً لي مثلاً ، والأصح هو القول الأول ، لأنه أثبت العدالة ، ولذا عبر النووي عن الثاني فقال : وقيل : يزيد عليّ ولي . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٤ ، الحاوي : ١٢ / ٦٠ ب ، حاشية قليوبي ٤ / ٣٠٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٦ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٦) .

(٢) لفظ : مشهوران ، سقطت من نسخة ب ، وجاء مكانها : وجهان أصحهما لا . ق ٩٨ / ب .

(٣) في نسخة ف : أما .

(٤) في نسخة ف : وهو .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خاصاً .

(٦) في نسخة ب تقديم وتأخير ، وهو : خلاف مشهور في المذهب ، والمشهور ، ورقة ٩٩ / أ .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وشروطه .

وصاحبُ الوجه الآخر^(١) يقول : قد يكون الشخص عدلاً في القليل ، بمعنى وثوقِ النفسِ به ، وميلِ الحاكمِ إلى قوله فيه ، وركانةِ قلبه إلى سماعِ شهادته في هذا القدر دون غيره ، ولا شك أنَّ العاميَّ الجاهلَ الناقصَ المرتبة إذا حسنت طريقته في [١٧ / ب] الدِّينِ والمروءة تركزُ النفسُ إلى شهادته بالمالِ القليلِ الذي هو دون النصابِ مثلاً ، ولا تركزُ إليه في آلافِ مؤلفة ، ولا يحصلُ للحاكمِ غلبة ظنِّ شهادته في الكثير ، حصولها في القليل ، وهذا كما أنَّ غلبة الظن بقوله وشهادته لا تساوي غلبة الظنِّ الحاصلة من قولِ الفقيه العالم بالأحكام الشرعية ، المتصفِ مع العلم بالدينِ والورع وعلو المرتبة والأصالة ، فإنَّ لها أثراً عظيماً ، فكم من أصيلِ كريمِ الأبوة تمنَّعه أبوته عن الإقدام على ما يخرم^(٢) مروءته ودينه ، ولهذا قال عمر بن عبد العزيز^(٣) ، لسالم بن عبد الله بن عمر^(٤) : قد بليت هذا^(٥) الأمر ، فأشرف^(٦) عليَّ بمن أولي ،

(١) في نسخة ف : الأخير .

(٢) في نسخة ب لفظ : « شهادة » بدلا من عبارة « من قول » . ق ٩٩ / أ .

(٣) من خرم يخرم ، (القاموس المحيط : ١٠٤ / ٤) .

(٤) هو الخليفة الأموي عمر بن عبد العزيز بن مروان ، أبو حفص ، خامس الخلفاء الراشدين ، ولي الحكم بعد سليمان بن عبد الملك سنة ٩٩ هـ ، وكان خليفة عدلاً صالحاً عالماً ، أحد فقهاء المدينة ، ولد سنة ستين من الهجرة ، وأمهُ أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب ، ولد بجلوان مصر أيام كان أبوه والياً عليها ، وهو الذي بدأ عمارة حلوان . روى لعمر الجماعة ، ورد المظالم وأبطل البدع ، وكان منعماً قبل الخلافة ، ثم زهد في المال ، ومناقبه كثيرة ، توفي سنة ١٠١ هـ ، ودفن في ضاحية دمشق ، (انظر : فوات الوفيات : ٢ / ٢٠٦ ، تاريخ الخلفاء ، السيوطي : ٢٢٨ ، البداية والنهاية : ٩ / ١٩٢ ، طبقات الفقهاء : ٦٤ ، تهذيب الأسماء : ١٧ / ٢) .

(٥) هو أبو عمرو ، سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، أحد فقهاء المدينة السبعة ، من كبار التابعين ، روى عن الصحابة ، وروى عنه الزهري ونافع ، وأصح الأسانيد في الحديث : الزهري عن سالم عن أبيه ، وكان زاهداً ، لا يقبل من الخلفاء شيئا ، ويلبس الصوف .

توفي سنة ١٠٦ هـ ، وقيل ١٠٨ هـ ، وصلى عليه هشام بن عبد الملك أثناء مروره في المدينة من الحج ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٩٤ ، خلاصة : ١ / ٣٦١ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٢٤ ، طبقات الفقهاء : ٦٢ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٢٠٧) .

(٦) في نسخة ف : بهذا .

(٧) في نسخة ف : فأشرفه .

فقال له : عليك بأرباب البيوت فولهم ، فإنهم إن لم تمنعهم (دياتهم)^(١) منعتهم أحسابهم .

[التزكية حق الله تعالى] :

١٠١ - ويتصل بما ذكرناه النظر في أمور :

أحدها : أن التزكية حق لله تعالى ، فإن سكت الخصم ، ولم يطلب استزكاه ، وجب على القاضي طلب تزكيتيه ، إلا إذا كان يعلم عدالته ، (ففيه)^(٢) خلاف سبق ذكره^(٣) .

[تزكية الخصم للشاهد] :

١٠٢ - فلو قال الخصم هما عدلان ، لكن زلاً في هذه القضية ، ففي وجوب الاستزكاه وجهان ، أظهرهما^(٤) أنه يقضي عليه من غير استزكاه ، مؤاخذاً له بقوله^(٥) .

ولو قال : هما عدلان فيما شهدا عليّ ، أو صادقان ، حكم عليه بغير تزكية^(٦) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أديانهم .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٣) صفحة ١٤٤ ومابعدا من هذا الكتاب ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٦٧ .

(٤) في نسخة ف : أحدهما .

(٥) وذلك لأن الاستزكاه لحق المشهود عليه ، وذكر الشيرازي في (المهذب : ٢ / ٢٩٧) : قولين دون ترجيح ، والراجح خلاف المتن ، وأنه لا يكفي ذلك ، ولا بد من البحث والتعديل ، لأن الاستزكاه حق لله تعالى ، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة الفاسق ، وإن رضي الخصم به ، كما يقول الخطيب الشربيني ، وقال النووي : والأصح أن لا يكفي في التعديل قول المدعى عليه : هو عدل وقد غلط ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٥ ، الروضة : ١١ / ١٦٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٦٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٧ ، حاشية الباجوري على شرح ابن الغزوي : ٢ / ٣٩٤) ، وهذا ما ذكره المصنف رحمه الله قبل سطرين ثم ذكره صفحة ١٥٤ .

(٦) لأن هذا القول يعتبر بمثابة إقرار منه ، فيقبل ، والإقرار حجة ملزمة على المقر ، وانظر : الروضة :

ولو قال : هما عدلان فقط ، هل يقضي عليه ؟ فيه وجهان ، حكاها
الشيخ أبو علي ، وقال القاضي حسين : إن قال : صدق عليّ الشاهد ، أو هو
عدلّ فيما شهد علي كان إقراراً ، وهل يكون تعديلاً للشهود حتى لا يحتاج إلى
المسألة عنها ؟ فيه وجهان .

وهذا كله فيما إذا كان الشهود مجهولين ، لم يعرف فسقهم ، فإن عرف الحاكم
فسقهم لم يقض الحاكم باعتراف الخصم بصدقهم^(١) وتعديلهم ، قولاً واحداً ، هكذا
ذكره الشيخ أبو علي^(٢) ، ولننظر فيه مجالاً .



(١) في نسخة ف : بفسقهم .

(٢) وكذلك اقتصر عليه النووي ، (انظر : الروضة : ١١ / ١٦٧) .

الفصل الثالث

في

أرباب المسائل

١٠٣ - هذه لفظة أطلقها الشافعي رضي الله عنه ، فقال : (وأحبّ)^(١) أن يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف ، إلى آخر كلامه^(٢) .

واختلف الأصحاب في أصحاب المسائل ، فمنهم من قال : أراد بهم الزكّين ، ومنهم من قال : أراد بهم رسّله الذين يبعثهم إلى الزكّين ، ومنهم من قال : أراد (الذين)^(٣) يسألهم المزكّون عن أحوال الناس ، ثم إن الأصحاب بينهم تباينٌ يسيرٌ في هذه المسألة ، فلا بدّ من نقل ملخص كلامهم ومحصّله في الطريقتين .

قال القاضي أبو الطيب الطبري ، ونقله عنه تلميذاه ابن الصّباغ^(٤) والشيخ أبو إسحاق ، قال : لا يخلو : إما أن يبعث أرباب^(٥) مسائله إلى قوم معينين ليسألوهم^(٦) عن الشهود ، أو يفوض إليهم السؤال عنهم ، من غير تعيين

(١) اللفظ من نسخة ف ، وهو الموافق لنص الشافعي ، وفي الأصل : واجب .

(٢) الأم ، له : ٢٠٩ / ٦ ، وعبارته : « وأحب للقاضي أن يكون أصحاب مسائله جامعين للعفاف في الطعمة والأنفس ، وإفري العقل ، برأه من الشحاء بينهم وبين الناس ، أو الحيف على أحد . » وانظر : مختصر المزني : ٢٤٢ / ٥ ، الروضة : ١٦٨ / ١١ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، ونسخة ب ، وفي الأصل : اللذين ، وهو تصحيف .

(٤) هو أبو نصر بن الصباغ ، وقد سبقت ترجمته في صفحة ٨٥ .

(٥) في نسخة ف : أصحاب ، وكذا على هامش الأصل .

(٦) في نسخة ف : ليسألهم .

[١٨ / أ] من يسأَلونه ، فإن فَوْضَ إليهم السَّوَالُ عنهم جاز^(١) .

[اشتراط العدد] :

١٠٤ - والعددُ شرطٌ في السَّوَالِ ، كما في الشهادة ، والعدد^(٢) أيضاً شرطٌ فيمن يسألهم أربابُ المسائل كالشهادة ، فإذا وقفوا على حالهم شهدوا عنده بما يثبت عندهم من جرحٍ أو تعديل ، وهذا لا خلاف فيه بين أصحابنا .

أما إذا بعثَ بهم إلى قومٍ معينين ليسألوهم عنهم ، قال أبو إسحاق : ليس العددُ شرطاً في هذا الموضع ، بل إذا سألَ واحدًا^(٣) من أصحاب المسائل أو جماعةٍ منهم عن حال الشاهد ، فإن رجع بجرحه ، توقَّف القاضي ، وقال للمشهود له : زِدني في شهودك ، وإن رجع بالتركية استدعى الحاكم المزيين الذين سألهم صاحب المسألة ، وسألهم عن الشهود ، فإن شهدوا بالعدالة حكم بشهادتهم ، قال أبو إسحاق : لأنَّ إخبارَ صاحبِ المسألة عن المزيين شهادة على شهادة ، (فلا تُسمع^(٤)) مع حضورِ شاهد الأصل .

وقال أبو سعيد الإصطخري : العددُ شرطٌ في السَّوَالِ في هذا الموضع ، ولا يجوزُ الاقتصارُ على صاحبِ مسألةٍ واحدٍ ، كما في الشهادة ، وهو ظاهرُ كلام الشافعي^(٥) ، وهو شهادة على الشهادة ، كما قاله أبو إسحاق ، غير أنها تقبلُ في هذا الموضع للعدرِ ، كما تقبلُ الشهادة بعدر المرض والغيبية ، وههنا العذرُ قائمٌ ، لأنَّه لا يجبُ على المسؤولِ الحضورَ عندَ الحاكم ، لتركية من يسألُ عنه ، وليس

(١) انظر : المهذب ، للشيخ أبي إسحاق الشيرازي : ٢ / ٢٩٦ ، الروضة : ١١ / ١٦٨ .

(٢) في نسخة ف كالأصل ، وفي نسخة ب ، والعدالة ، ورقة ٩٩ / ب .

(٣) الراجح أنه فاعل مرفوع ، أي سألَ واحد من المبعوثين عن الشخص ، وفي نسخة ف : واحداً .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا يسمع .

(٥) قال الشافعي : « ومحصر الحاكم على أن لا يُعرف له صاحب مسألة فيحتال له » (الأم ، له : ٢٠٩ / ٦) .

مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ ، الروضة : ١١ / ١٦٩ .

للحاكم أن يجبره عليه ، ولا يجب على الحاكم أيضاً أن يحضره ليسأله ، فصار
عذراً في قبول شهادة أصحاب المسائل على شهادة المسؤولين ، كالمرض والغيبة في
شهادة شاهدي الفرع على شهادة شاهد الأصل .

وهذا هو المذهب ، فقد حصل في المسألة أن العدة شرط في التزكية ، بلا
خلاف ، والصحيح من المذهب أنه شرط في السؤال^(١) .

وقال الماوردي^(٢) ، زيادة على ما ذكره القاضي أبو الطيب : ومن جملة
احتياط الحاكم أن لا يكون أصحاب مسائلهم معروفين عند المشهود له ،
والمشهود عليه ، والشهود والمسؤولين [عن]^(٣) الشهود ، ثم يكتب القاضي لهم
اسم الشهود ومن شهدوا له ، وشهدوا عليه ، والحق المشهود به^(٤) ، وقد يسمي
أصحاب المسائل المزكين ، ثم يمضون لكشف حال الشهود ، ثم يخبرون الحاكم بما
عرفوه من أحوالهم .

١٠٥ - وهل يعمل الحاكم بقول أصحاب مسائله في الجرح والتعديل ؟ فيه
وجهان ، أحدهما : نعم ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقول أكثر أصحابه ،
فعلى هذا يجوز أن يكون ما سمعه أصحاب المسائل من الجيران بلفظ الخبر ، ولا
يعتبر في الجيران العدة ، بل المعتبر أن يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق
الخبر فيما أخبر به من [١٨ / ب] جرح وتعديل ، وربما وقع في نفوس
أصحاب المسائل صدق الواحد ، فجاز أن يقتصر عليه ، وربما ارتاب من قول
الاثنين ، فيلزماً أن يستزید .

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٠ ، المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

(٢) أدب القاضي : ٢ / ٢٧ .

(٣) الكلمة من عندي ، حسب عبارة الماوردي في (أدب القاضي : ٢ / ٢٧) ، وفي الأصل : عند .

(٤) هذه العبارة مقتبسة من « الأم » للشافعي مع الاختصار ، (الأم : ٦ / ٢٠٩) ، وانظر : الروضة ،

١٦٨ / ١١ ، المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

ويجوز لهم أن يسألوا الجار ، من أين علمَ تعديلَ الشاهدِ وجرحَه ، ولا يجوزُ للحاكم أن يسألَ أصحابَ المسائلِ من أينَ علموا تعديله وجرحه .

والوجه الثاني مَحْكِيٌّ عن أبي إسحاق : أن الشاهد بالجرح والتعديل هم الجيران^(١) ، ويكون أصحابُ المسائلِ رسلهم فيها ، ويجوزُ للحاكم سماعُ ما يذكره أصحابُ مسائله عن الجيران بلفظِ الخبر عنهم ، ويسمُون للحاكم من عدل (أو جرح)^(٢) من الجيران ، ثمَّ الحاكمُ يسمعُ من الجيرانِ الشهادةَ بالجرحِ والتعديلِ على شرطِ الشهادة .

وأما إمامُ الحرمين فإنه قال : قال الشافعي رضي الله عنه : والمستحبُّ أن يكونَ أصحابُ مسائله جامعين للفقَّة^(٣) . فن أصحابنا من قال : أراد بهم المزيّن ، ومنهم من قال : أراد بهم الرسلَ الحاملين الرِّقاعَ إلى المزيّن للبحث عن أحوالِ الشهود .

وينبغي أن يكونَ المزيّن غيرَ معروفين للناس ، خوفاً من الخديعة^(٤) .

١٠٦ - ونحن نذكر ما قيل في ذلك ، فنقول ، ذكر العراقيون طريقين ، إحداهما لأبي إسحاق المروزي^(٥) قال : لا يثبتُ التعديلُ ما لم يُصرح المزيّن

(١) المذهب ، للشيرازي : ٢ / ٢٩٦ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وجرح .

(٣) الأم ، له : ٦ / ٢٠٩ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٢ ، الحاوي : ١٢ / ٥٤ ق ٥٤ / أ ، المذهب : ٢ / ٢٩٦ .

(٤) انظر : المذهب : ٢ / ٢٩٦ .

(٥) هو إبراهيم بن أحمد ، أبو إسحاق المروزي ، أحد أئمة الدين ، وأحد أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي ، كان إماماً جليلاً غواصاً على المعاني الدقيقة ، ورعا زاهداً ، انتهت إليه رئاسة العلم ببغداد ، وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد ، وشرح مختصر المزني ، وصنف الأصول ، ثم انتقل إلى مصر آخر عمره ، وجلس في مجلس الشافعي ، واجتمع الناس عليه ، توفي سنة ٢٤٠ هـ بمصر ، ودفن بالقرب من الإمام الشافعي ، ولم يترجم له ابن السبكي في الطبقات الكبرى ، ولعله عن نسيان ، ولكن نقل كثيراً من أخباره عرضاً . (انظر : حسن المحاضرة : ١ / ٣١٢ ، طبقات الفقهاء : ١١٢ ، وفيات الأعيان : ١ / ٢٧ ، طبقات الشافعية الكبرى ، بالفهرس : ٣ / ٥٠١ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٧٥) .

به ، (ولا تَعْوِيل)^(١) على الرِّقَاعِ وأجوبتها ، ولا على أقوال أصحاب المسائل ، وقال أبو سعيد الإصطخري : أمَّا الرِّقَاعُ فلا يكتفي بها ، بل لا بدَّ من تصريح أصحاب المسائل ، وليكونا اثنين لا بدَّ منهما بما سمعاه من قول المزكين ، وإنَّا اكتفى الإصطخري بأقوال الرُّسل ، وإن كانوا في مقام الفروع مع القدرة على سماع كلام الأصول ، لئلا يشتهر المزكون ، ويكثر تردُّدُهم إلى مجلس الحاكم لذلك ، فاحتمل ذلك^(٢) .

وأما العددُ فأحسن ترتيب فيه أن المزكي إن كان مؤلَّى من جهة الحاكم في البحث عن العدالة والجرح فهو (كحاکم)^(٣) في ذلك ، وإن لم يكن مؤلَّى فلا بدَّ من العدد بلا خلاف^(٤) .

ولابدَّ من لفظ الشهادة ، (فإن)^(٥) اكتفينا بقول^(٦) الرُّسل ، هل يشترطُ لفظُ الشهادة ، على قياس قول الإصطخري ؟ فيه وجهان .
أما العددُ فلا بد منه وفاقاً كالمترجم ، هذا ما ذكره الإمام .

والنظر بعد هذا في التزكية ، وهي حقٌّ لله تعالى ، وحقٌّ على القاضي مراعاتها ، ولا يقفُ وجوبها وبذلُ المجهود فيها على طلبِ الخصم ، ولا بدَّ من شاهدين بالتزكية ، فلا يثبت (تعديل)^(٧) إلا باثنين ، وكذلك الجرحُ ، لكن

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : فلا تعديل ، وعبارة الأصل صحيحة المعنى ، ولكن عبارة ف ، أكثر

مناسبة .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٦٩ ، ١٧٢ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حاكم .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٠ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٦) اللفظ في نسخة ف : بل لفظ .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، وفي الأصل : وتعديل .

الجُرْحُ لا يُسْمَعُ إلا مَفْسُراً بخلاف التعديل ، ومهما اجتمعا قَدِيمَ الجُرْحِ^(١) .

التعديل علانية :

١٠٧ - ومتى سأل عن الشهود سِراً بِرِقَاعٍ أو رسل ، سأل عن تعديلهم علانيةً ، هكذا قاله الشافعي رضي الله عنه^(٢) ، ومعنى العلانية [١٩ / أ] إحضارُ المزيكي إلى مجلسِ الحكم ، وتكليفه الإشارة إلى الشاهد الذي قد عدَّله ، قال الشيخُ القفالُ : لِأَنَّهُ رَبَّيَا يُسَمَى الشاهدُ باسمِ عدلٍ ، فيقول : هو عدلٌ ، قال : وقد شهد عند المُعداني^(٣) قاضي مَرُو رجلٌ يُسَمَى باسمِ عدلٍ ، فسأل القاضي الشيخ الحِضْرِي عنه ، وكان الحِضْرِي مزيكياً ، فقال : هو عدلٌ ، وكان الشاهد قد زوَّر اسمه ، فالإشارة إليه تدفع هذا المخدور .

وقال سَوَّارُ القاضي^(٤) : اثنان لم أُسْبِقْ إليهما ، فلا يتركها حاكمٌ بعدي ، المسألةُ في السرِّ ، ثم (المسألةُ)^(٥) في العلانية ، وكان هذا سَوَّارُ قاضياً للمنصور .

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٤ .

(٢) مختصر المزني : ٥ / ٢٤٣ ، وانظر : المهذب : ٢ / ٢٩٦ .

(٣) المُعداني نسبة إلى مُعدان ، وهو جد ، ولم أجد في طبقات الشافعية الكبرى أحداً بهذه النسبة إلا خالد بن مُعدان في سند حديث ، ووجدت ترجمة لخالد في خلاصة تذهيب تذهيب الكمال ، وهو خالد بن مُعدان الكلاعي أبو عبد الله الحمصي ، روى عن الصحابة مرسلأً ومتصلاً ، وروى عنه جماعة ، وكان من فقهاء التابعين وأعيانهم ، روي عنه أنه قال : أدركت سبعين من الصحابة ، وكان كثير التسيب ، توفي سنة ثلاث أو أربع أو ثمان ومائة ، روى عنه الستة ، (خلاصة : ١ / ٢٨٤) ، ولم أجد في مفتاح السعادة والمعارف ووفيات الأعيان وفهرسة ابن خير وتبصير المنتبه من ينتسب إلى المعداني ، واقتصر السيوطي على قوله : المعداني نسبة إلى معدان ، وهو جد ، (لب الألباب : ٢٤٨) ، والحِضْرِي توفي حوالي ٢٨٠ هـ ، وسبقت ترجمته في صفحة ١١٥ .

(٤) سَوَّارُ بن عبد الله بن قدامة بن عزة بن كعب ، قضى لأبي جعفر المنصور على البصرة ١٧ سنة ، وولي صلاة البصرة مرتين ، ومات وهو أميرها ، وابنه عبد الله بن سَوَّار ، وابن ابنه سَوَّار بن عبد الله بن سوار ، والثلاثة قضاة على البصرة ، وسَوَّارُ الحفيد روى عنه أبو داود والترمذي والنسائي ، قال ابن حبان في الثقات ، مات سنة ٢٤٥ هـ ، وكان لسوار الجد كاتبان من قبل أبي جعفر ، فطلب منه التسوية بينهما في الرزق ، فأقتص المنصور من الزائد ، وأرسل له المنصور كتاباً للحكم إلى القائد على التاجر فرده ، فسر المنصور لعدله ، (انظر : المعارف : ٥٩٠ ، خلاصة : ١ / ٤٣٠ ، الوزراء والكتاب : ١١٣ ، تاريخ الخلفاء : ٢٦٥ ، طبقات الفقهاء : ٩١) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

ثم متى قضي القاضي بعدالةٍ شاهدةٍ ، ثم شهدَ عنده بعد ذلك بواقعةٍ أخرى ،
(إن)^(١) طالت المدّة ، وكان القاضي غيرَ خبيرٍ بحاله في المدّة المتخلّلة ، فهل له
القضاء بشهادته بناء على العدالة التي (ثَبَّتَتْ)^(٢) في القضية الأولى ؟ فيه
وجهان ، جمهور الأصحاب قالوا : لا بدّ من استزكاءٍ جديدٍ .

وعلى هذا ينبغي أن لا يُعْفَلَ القاضي المسألة عن شهوده الذين يتناوبون
مجلسه للشهادة ، والمرجع^(٣) في طول الزمن وقصره إلى العادة ، وإلى ما يغلب
على ظن القاضي .



(١) الكلمة من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ١٠١ / ب ، وفي الأصل : وإن .

(٢) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل : تثبتت ، وفي نسخة ب : تثبت ، ورقة ١٠١ / ب .

(٣) في نسخة ف : والرجوع .

الفصل الرابع

في

القضاء بالعلم

- ١٠٨ - لاختلاف أن القاضي يقضي بعلمه في الجرح ، فإذا عدلّ عنده شاهد ، علم القاضي فسقه عمِلَ بعلمه ، ولا يقضي بشهادته قولاً واحداً^(١) .
- ١٠٩ - أما إذا علم عدالة شاهد ، فهل له أن يقضي بشهادته من غير تزكية شاهدين ؟ فيه قولان ، أصحهما هنا القضاء بالعدالة التي يعلمها^(٢) .
- ١١٠ - وكذلك لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف ، كما لو شهد شاهدان أن زيدا قتل عمرواً ، وقد علم أن خالداً هو القاتل له ، لا يقضي بشهادتهما على زيد بالقتل بالإجماع ، وهكذا لو شهدا على إقرار زيد بمال لعمرو ، وقد علم أن عمرواً أبرأه ، أو استوفى هذا المال منه ، عمِلَ بعلمه^(٣) ، دون شهادتهما بلا خلاف^(٤) .

١١١ - أما القضاء بالعلم الذي انفرد به ، هل يقضي به ؟ فيه قولان ، أصحهما عند البغوي^(٥) : نعم ، قال : وهو اختيار المزيّ . قال الربيع^(٥) : كان الشافعي يرى

(١) انظر الروضة : ١١ / ١٦٧ .

(٢) انظر فقرة ٩٤ هامش .

(٣) فلا يقضي في الدعوى بناء على هذه الشهادة المنافية لعلمه ، وهذا باتفاق العلماء ، ولكن هل يقضي فيها بعلمه ؟ هذا هو محل الخلاف كما سيذكره المصنف رحمه الله في الفقرة التالية .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ .

(٥) هو أبو محمد ، الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل ، المرادي ، المؤنن المصري ، صاحب الإمام الشافعي الذي روى أكثر كتبه ، هو آخر من روى عن الشافعي بمصر ، وأثنى عليه الشافعي خيراً ، وكان مؤذناً بمسجد عمرو ، ولد سنة ١٧٤ هـ ، وتوفي سنة ٢٧٠ هـ ، ودفن بالقرافة ، وإذا تعارضت روايته مع رواية المزيّ قدم الأصحاب =

القضاء بالعلم ، لكنّه لا يُفتي به خوفاً من قضاةِ السوء^(١) .

١١٢ - قلتُ أنا : أطلقَ الأصحابُ قولين في القضاء بالعلم ، ولم يفرقوا بين أن يكونَ العلمُ الحاصلُ له عن مشاهدةٍ منه ، وبين أن يكونَ علمه بأخبار التواترِ ، ورأيتُ الإمامَ (حكى هذا في هذا الموضوع)^(٢) من النهاية ، ونحن (نحكيه)^(٣) لغرضٍ لنا ، قال : القاضي ، هل يقضي بعلمه ؟ فيه خلاف ، فإن منَعناه ، فهل يقضي بما علمه من أخبار التواترِ ؟ فيه خلافٌ مرتبٌ على ما إذا علمه بمشاهدة ، وأولى بالجواز ههنا ، لأنه لا تهمة تلحقه (فما علمه)^(٤) بأخبار [١٩ / ب] التواتر ، بخلاف علمه بغيرها ، فإنه متهمٌ ، وهذا في غاية اللطفِ والحسن .

وقد ذكرنا من قبل^(٥) : أن من أقرّ في مجلس الحكم قضي عليه ، وليس قضاءً بالعلم على الصحيح ، فإنه أقوى الحجج وأعلاها ، فلو أقر عنده سراً ، هل يكون كالحكم بالعلم ؟ فيه قولان .

ولو شهد عنده شاهدٌ واحدٌ بما يعلمه القاضي ، هل يغني علمه عن شاهدٍ آخر ، حتى يكون كشاهدٍ آخر ، ويقضي ؟ فيه وجهان ، أصحهما لا يكفي^(٦) .

= روايته ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٣٢ / ٢ ، وفيات الأعيان : ٥٢ / ٢ ، طبقات الفقهاء : ٩٨ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٢٧٠ ، البداية والنهاية : ٤٨ / ١١ ، تهذيب الأسماء : ١٨٨ / ٢) .

(١) رجح الغزالي منع القضاء بعلم القاضي ، ولخص حالات الجواز والمنع والتوقف فقال : « ولا يقضي بعلمه في أصح القولين ، لكن إن علم فسق الشاهد أو كذبه توقف عن القضاء ، ويغنيه علمه ببدالة الشهود عن الزكّين ، ويقضي على من أقر في مجلس القضاء ، دون من أقر عنده سراً » ، (الوجيز : ٢ / ٢٤١) ، ونقل الشريفي عبارة الشافعي بلفظ : « لكنه لا يبوّح به » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٩٨ ، وسائل الإثبات ، للمحقق : ٢ / ٥٨٠ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٥٦) .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : حكى هكذا في موضع ، وفي نسخة ب : حكى هذا في موضع .

(٣) اللفظ من نسخة ب ، وفي الأصل ، ونسخة ف : نحمله .

(٤) العبارة من نسخة ب ، وفي الأصل : فيها ، وفي نسخة ف : فما علمه .

(٥) فقرة ٩٠ من هذا الكتاب .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ١٥٦ .

الفصل الخامس

في

قضاء القاضي لأصوله وفروعه ، وقبول تزكياتهم ، وقضائه على عدوه
وقضاء الوصي على الموصى عليه^(١)

١١٤ - مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه لا ينفذ^(٢) قضاؤه لوالده ، وإن
علا ، ولا لولده ، وإن سفل ، كما لا يسمع شهادة بعضهم لبعض ، خلافاً لصاحبه
المزني^(٣) وأبي ثور^(٤) في المسألتين^(٥) .

ولو رُفعت قضية لوالده على ولده ، قال البغوي : لا يحكم لوالده على ولده
للبعضية والتهمة^(٦) .

١١٥ - أما قبول تزكية والده أو ولده ، فيه وجهان : أصحهما : لاتقبل^(٧) .

(١) العبارة في نسخة ف : وقضائه على الموصى عليه .

(٢) العبارة في نسخة ف : لا يقبل .

(٣) العبارة في نسخة ف : خلافاً لأبي ثور والمزني .

(٤) هو ابراهيم بن خالد بن أبي الهيثم ، أبو ثور الكلبي البغدادي ، كنيته أبو عبد الله ، ولقبه أبو ثور ، كان
إماماً جليلاً فقيهاً ورعاً خيراً ، وكان من أصحاب الرأي حتى حضر الشافعي إلى بغداد فاختلف إليه ، ورجع عن الرأي
إلى الحديث ، وصار صاحب الأقوال عند الشافعية ، وناقل الأقوال القديمة عنه ، توفي سنة ٢٤٠ هـ ، ببغداد . (انظر :
وفيات الأعيان : ١ / ٧ ، طبقات الفقهاء : ١٠١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ٧٤ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٢٢ ،
النجوم الزاهرة ، ٣ / ٣٠٣ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٠٠) .

(٥) انظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٤٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٢٩٢ ، حاشية قليوبي
وعميرة : ٤ / ٣٠٣ ، المهذب : ٢ / ٢٩٢ ، الروضة : ١١ / ١٤٥ .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ١٤٦ .

(٧) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٢ .

١١٦ - ولا يحكم على عدوه ، ويحكم له ^(١) .

١١٧ - ووصيُّ اليتيم إذا وليَّ القضاء ، المشهور في المذهب أنه لا يقضي له كولدته ، وقال الشيخُ القفالُ : يَقْضِي له ، لأنَّ كلَّ قاضٍ فهو وليُّ الأيتام ، وهذا هو الصحيح عند متأخري الأصحاب ، وعليه العمل في الأمصار ^(٢) .



(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٤٦ .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٤٦ .

الفصل السادس

في

نقض قضاؤه الذي وقع منه

[مقدمة : هل الثبوت حكم ؟]

١١٨ - وتقدّم على هذا مقدمةً لا بدّ منها ، وهو أنّ الحاكم إذا ثبت عنده الحقُّ بشهادة عدلين ، ولم يقل : حكمتُ ، ولا ألزمتُ ، فهل (بمجرد)^(١) قوله : ثبتَ الحقُّ عندي ، حكمٌ منه ، حتى لا يفتقر بعده إلى قوله : حكمتُ أو ألزمتُ ، أو ما يقوم مقامهما ؟

فيه وجهان مشهوران ، أصحُّهما أنه ليس بحكمٍ ، صرح بهما (كذلك)^(٢) الماوردي^(٣) ، وأشار إليهما القاضي أبو الطيب ، (والشيخ أبو نصر)^(٤) ، والشيخ أبو إسحاق من العراقيين ، والقاضي حسين ، والإمام ، والشيخ أبو علي من المرازمة^(٥) ، وسنذكرها في موضع سيأتي إن شاء الله تعالى^(٦) .

١١٩ - ويتّبنى على هذا الخلاف رجوعَ الحاكم ، وتغريمُ الشاهد إذا رجع ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مجرد .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) أدب القاضي : له : ٢ / ١٠٣ .

(٤) مابن القوسين زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٤ ، وانظر تحقيق هذه المسألة ورأي الفقهاء فيها وأدلتهم في رسالة الزميل

الدكتور محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى : ٢ / ٢١٣ ، الإحكام ، القرافي : ١٣٤ ، الروضة : ١١ / ١٨٥ .

(٦) فقرة ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، ٥٦٩ .

واليمينُ المستحقة للحكم على الميت والغائب على أحدِ القولين ، وحضورُ شاهد الأصل من الغيبة ، وبرؤهُ من المرض .

فإن قلنا : إنَّ الثبوتَ ليس بحكمٍ ، كان للحاكم التوقفُ في الحكم إذا رابه أمرٌ^(١) ، ولو رجَعَ الشاهدُ بعدَ الثبوتِ وقَبَلَ الحكمَ ، لا يَغْرَمُ ، وبعد الحكم يَغْرَمُ على أحدِ القولين ، ولو حضرَ شاهدُ الأصل من الغيبة ، أو برئ من المرض بعد أداء شهود الفرع الشهادة ، وقَبَلَ الحكمَ ، لم يعمل بشهادتهم ، بل يجبُ على شاهدِ الأصل [٢٠ / أ] أداءُ الشهادة ليعملَ بها ، وإذا قامت البينةُ على ميت أو غائبٍ فقد ثبتَ الحقُّ ، بمعنى ظهرَ للحاكم صدقُ المدعي ، فلو سأل من الحاكم الحكمَ له بالحق ، فلا بدُّ من يمينٍ للحكم على الميت قولاً واحداً ، وللحكم على الغائب على أصح القولين .

وإن قلنا : إنَّ الثبوتَ حكمٌ ، فتى قال الحاكم : ثبتَ عندي الحقُّ ، فهذا حكم منه به الآن ، فتبنتي عليه أحكامُ الحكم التي ذكرناها جميعها ، فلا يحتاج معه إلى قوله : وحكمت به .

[اليمين المكملة] :

١٢٠ - بقي ههنا بحثٌ ، هو أننا إذا قلنا : إنَّ الثبوتَ حكمٌ ، وكان الحقُّ على ميتٍ ، فلا بد (فيه)^(٢) من اليمين ، ووقتها بعد (تكملة)^(٣) الشهادة ، وقيام البينة ، فحينئذ يُشرع اليمين ، فيحلفُ الحاكمُ صاحبَ الحق اليمينَ المعتبرة فيه ، ثم يقولُ : ثبتَ عندي حقُّ هذا المدعي على الميت المدعى عليه ، كما يحلفُ للحكم ، ثم يحكمُ بعدَ تقدم اليمين عليه .

(١) العبارة في نسخة ف : إذا رأى به أمر ، وانظر : الإحكام ، للقرافي : ١٣٤ .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تكل .

١٢١ - وهذا تحقيقٌ لا بد من ذكره ، ولم أرَ أحداً من أصحابنا صرَّح به ، بل ما صرح أحدٌ من الشارحين بالخلاف في أن الثبوت حكمٌ ، أو ليس بحكم إلا شذوذ منهم ، فحصل من هذا أن البينة إذا أُقيمت على ميت أو غائب فلا نجعله حكماً ما لم يحلف ، فإذا حلف ، قلنا : ثبت ، وهذا الثبوت نفسه هو عينُ الحكم ، وقيل : اليمين ، وإن تمت الشهادة لا نقول : ثبت .

١٢٢ - وإن كانت البينة مقامةً على حاضرٍ ، كان مجردُ قولِ الحاكم ، ثبت عندي كذا ، بعد أداء الشهادة ، ثبوتاً ، وهو حكمٌ بعينه .

اليمين مع الشاهد تنوب عن اليمين المكملة |

١٢٣ - نعم ، قال الشيخُ أبو علي في « شرحه الكبير » : إذا ادعى على ميتٍ أو غائبٍ حقاً مالياً ، وشهد له به شاهدٌ واحدٌ ، وحلف مع شاهده ، ثبت الحقُّ ، وأُغنت هذه اليمينُ المكملةُ للبينة عن يمين الحكم على الميت ، فلا تجبُ عليه يمينٌ ثانيةً على أصح الوجهين ، هكذا قاله الشيخ أبو علي ، وهو غريبٌ حسن^(١) .

وسئل الغزالي في « فتاويه » عن هذه المسألة الأخيرة ، فقال : تكفي يمينٌ واحدةٌ تكملُ البينة مع الشاهد (للحكم)^(٢) ، ولم يذكر فيه خلافاً .

| حقيقة الحكم بالشاهد واليمين |

١٢٤ - والذي عندنا في هذا كله ، ما هو المختار عندنا ، وهو أن الثبوت ليس حكماً ، وأنه لا بدُّ من يمينٍ للحكم على الغائب كالميت ، وأنه إذا حلف مع شاهده في حقٍ مالي ثبت بالشاهد واليمين ، فقد^(٣) تم الآن الثبوت ، إمَّا

(١) في نسخة ب زيادة حسنة ، وهي : وذكر البغوي فيه وجهين متقابلين ، ورقة ١٠٣ / أ .

(٢) الكلمة من عندي ، وفي الأصل : وللحكم ، وكذا في نسخة ف ، وفي نسخة ب : والحكم .

(٣) اللفظ في نسخة ف : فإنه إذا حلف ... وقد تم ، وعبارة الأصل أصح ، لأن الكلام عن الثبوت .

بالشاهدِ فقط على وجهه ، أو باليمين فقط على وجهه ، أو بهما على وجه هو الصحيح ، فإذا طلبَ المشهودُ له الحكمَ ، أو طلبَ استيفاءَ الحق من مال الميِّتِ المدين ، (أو الغائب المدين)^(١) فلا بُدَّ من يمين ، يَستحلفُه^(٢) الحاكمُ بها ، كما سنصفه في الدعوى^(٣) إن شاء الله تعالى^(٤) .

[الحكم الذي لا ينقض] :

١٢٥ - عدنا إلى تقضٍ قضائه ، وإذا حكمَ في واقعةٍ ، إن حكمَ فيها باجتهاده لخلوها عن نصٍ ، أو لم يكن مَجْمَعاً عليها ، لم يَنقُضها باجتهادِ ثانٍ يُقاربُ ظَنَّهُ الأولَ ويناقِضُهُ ، وإنما يَنقُضُ [٢٠ / ب] حكمه الواقعَ على خلافِ نصِ الكتابِ أو السنةِ المتواترة أو الإجماعِ أو القياسِ الجلي^(٥) .

[الحكم الذي ينقض] :

١٢٦ - وَيَنقُضُ قضاؤه المستنِدُ إلى اجتهاده المخالفِ خَبَرَ الواحدِ الصريحِ الصحيحِ الذي لا يحتملُ إلا تأويلاً بعيداً ، ينبو الفهمُ عن قبوله على الأصحِّ ، وقيل لا يَنقُضُ^(٦) ، مثاله : قضاءُ الحنفي في مسألةِ خيارِ المجلسِ بِنفيهِه^(٧) ، وفي

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٢) اللفظ في نسخة ف : فيحلفه .

(٣) في نسخة ف : في اليمين في الدعوى ، وهو زيادة ، لأن عنوان الباب الثالث : في الدعوى ... وفيه

فصول .

(٤) فقرة ٢٦٨ وما بعدها ، الفصل الخامس في الدعوى على الغائب .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ١٥٠ وما بعدها .

(٦) انظر : بيان ذلك مع الأدلة في (أدب القاضي من كتاب الحاوي للماوردي : ١ / ٦٨٢ ، وما بعدها ،

٦١٨ ، المهذب : ٢ / ٢٩٨ ، معني المحتاج : ٤ / ٣٩٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٤ ،

الإحكام ، القرافي : ١٢٨ ، الروضة : ١١ / ١٥١ ، الأم : ٦ / ٢٠٧) .

(٧) وهو أن يكون لكل من الطرفين حق فسخ العقد مادام مجلس العقد باقياً ، وهو ما أخذ به الشافعية

والحنابلة ، انظر رأي الحنفية في نفيه في (فتح القدير : ٥ / ٧٨ ، بدائع الصنائع : ٥ / ١٣٤) .

العرايا^(١) وذكاة الجنين^(٢) والنكاح بلا وليّ ، وقيل : إنّ الأصحّ أنه لا يُنقض في مسألة النكاح بلا وليّ ، (وصححه في الروضة)^(٣) .

ويُنقض أيضاً قضاؤه إذا حكم بشهادة الفاسقين على الأصح ، وكذلك من قضى بصحة بيع أمهات الأولاد (تُقَضَّ)^(٤) على الأصح^(٥) .

قال أصحابنا : ويُنقض قضاء الحنفي في مسألة المُثَقَّل^(٦) ، ومعظم مسائل الحدود والغصب^(٧) .

وقال الشافعي رضي الله عنه : أتقضّ قضاءً من حكم لزوجة المفقود أنّ تُنكح بعد ترّبص أربع سنين ، وإن كان ذلك مذهب عمر رضي الله عنه^(٨) .

وكذلك يُنقض قضاء الحنفي على أحد الوجهين في مسألة العبد المأذون

(١) العرايا : جمع عرية وهي ما يفردها مالكما للأكل ، لأنها عريت عن جميع البستان ، وهو بيع الرطب على النخل بتمر في الأرض ، أو العنب في الشجر بزيب فيما دون خمسة أوسق ، وأجازته الشافعية ترخيصاً ، لما روى البخاري ومسلم أنه ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، انظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج : ٢ / ٩٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٢٣٩ ، مختصر صحيح مسلم : ٢ / ٧) .

(٢) ذكاة الجنين هو ذبحه بعد ذبح أمه ، أو بمجرد ذبح الأم يكون ذبحاً للجنين ، فقال الشافعية ذكاة الأم ذكاة للجنين ، وقال الحنفية لا يعتبر ذكاة الأم ذكاة للجنين ، انظر تفصيل ذلك في كتاب (فتح القدير : ٨ / ٦١ ، وفصول في الفقه الإسلامي العام ، الدكتور محمد فوزي فيض الله : ٦٩١ وما بعدها) .

(٣) مابين القوسين من نسخة ب ، ورقة ١٠٣ / ب ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٥١ - ١٥٢ .

(٤) اللفظ من نسخة ب ، ورقة ١٠٣ / ب ، وفي الأصل : تقضاه ، وفي نسخة ف : ينقضه .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ١٥١ .

(٦) المثقل بفتح الثاء والقاف المشددة أي الثقيل ، وهو القتل بأداة ثقيلة كأن يرض رأسه بحجر كبير ، أو يضربه بعصا كبيرة أو بقضيب حديد فيقتله ، وحكمه عند الشافعي القصاص إذا قصد به الفعل والشخص ، وقال الإمام أبو حنيفة : لا قصاص فيه ، لأنه لا يستخدم في القتل عادة ، ويكون خطأ ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣ ، شرح المحلى : ٤ / ٩٦ ، الروضة : ١١ / ١٥١) .

(٧) انظر حكم هذه المسائل أيضاً في (مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٤ ، الروضة :

١١ / ١٥١ - ١٥٢) .

(٨) انظر : الروضة : ١١ / ١٥١ .

(له)^(١) في التجارة ، إذا تعدى ما صرَّح له (به)^(٢) السيد بالاختصار عليه ، فإنَّ أبا حنيفة صارَ إلى جواز تصرف العبد المأذون (له)^(٣) في التجارة في البرِّ فقط ، فأجاز تصرفه في غيره بقياسٍ ضعيفٍ وإِهٍ ، وهو قوله : إنَّ هذا العبدَ لما تعلقَتِ العهدة به فيما أُذِنَ له فيه صار كسيده ، وله أن يفعل ما يريدُ كالسيد^(٤) .

وهذا من أبعد الأقيسة ، وأقربها إلى البطلان ، ونحن نقولُ : العبد لا يتصرف في مال سيده قبل إذنه إلا بإذنه ، وهذا يُوافقنا الحُصم عليه^(٥) ، فنقول : كل من تصرف بإذنٍ اقتصرَ على ما يُؤذن له ، وهذا^(٦) قياسٌ جليٌّ ظاهرٌ ، لأُمورٍ قاطعةٍ ، منها^(٧) : نفيُّ الضررِ عن السيدِ المالك لهذا العبد ، ولما يتصرف فيه ، فأين العهدة وتعلقها من هذا ، إنما العاقدُ تتعلق به عهدةُ العقدِ الذي عقده^(٨) ، فيصير كالوكيل المتصرف في تصرفٍ خاصٍ بإذنٍ موكله .

وقد قابلنا محمدُ بن الحسن بمثل ما صرنا إليه ، ووافقه جماعة من (متقدميهم)^(٩) ، قالوا : يُنقض قضاءً من قضى بالشاهد واليمين^(١٠) ، هذا مع ما اشتهر عندهم من قضاء المصطفى صلوات الله عليه وسلامه ، والخلفاء الأربعة

(١) (٢) (٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) فتح القدير : ٣٣٥ / ٧ ، ٣٥٩ .

(٥) اللفظ في نسخة ف : فيه .

(٦) اللفظ في نسخة ف : هنا .

(٧) اللفظ في نسخة ف : فيها .

(٨) اللفظ في نسخة ف : عنده .

(٩) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : متقدمهم .

(١٠) انظر رأي الحنفية في تقض قضاء القاضي المعتمد على شاهد ويمين في كتاب (فتح القدير : ٤٨٨ / ٥ ، رد

المختار على الدر المختار : ٤٠١ / ٥ ، درر الحكم : ٤٠٨ / ٢ ، وانظر تفصيل ذلك في معين الحكم ، للطرابلسي : ٢٨ -

٢٩ ، جامع الفصولين : ١ / ٢٧ وما بعدها) ، وسوف يشير المصنف إلى ذلك فقرة ٥٨٩ .

بعده رضوان الله عليهم ، بالشاهد واليمين^(١) .

ولو حكم الحاكم بشهادة شاهدين ، أو شاهد ويمين ، ثم بان كونها فاسقين ، نقض الحكم على أصح القولين ، ولو بان كونها عبدين أو كافرين أو صبيين ، نقض الحكم قطعاً .

ولا خلاف أنّ الشاهدين لو رجعا بعد الحكم بشهادتهما عن الشهادة ، وصرحا بكذبها لم يُنقض الحكم برجوعهما ، وفائدة رجوعهما تغريمها ، على أحد القولين ، ما أخذه المشهود له بشهادتهما للمشهود عليه .

وفي هذا تفصيلٌ وصور [٢١ / أ] متنوعة ، محلها كتب المذهب فلا نُطوّل بها ههنا .



(١) أخرج مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجه والنسائي والشافعي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بيمين مع الشاهد ، وروى أحمد والترمذي وابن ماجه عن جابر مثله ، والأحاديث كثيرة في ذلك ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ٣ / ١٢ ، سنن أبي داود ، تحقيق محي الدين عبد الحميد ، ط ٢ : ٤١٩ / ٣ ، سنن النسائي ، ٢ / ٢٧٧ ، الأم ، للشافعي : ٦ / ٢٧٢ ، بدائع المنز : ٢ / ٢٣٤ ، نيل الأوطار : ٨ / ٢٩٢ ، سبل السلام : ٤ / ١٣١ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٩٢ ، جامع الترمذي : ٤ / ٥٧٢) ، وانظر تفصيل ذلك قهراً وحديثاً في رسالتنا (وسائل الاثبات : ١ / ١٧٥) .

الفصل السابع

في

أنَّ حَكَمَ الحَاكِمِ لَا يُحِيلُ الْأُمُورَ عَمَّا هِيَ عَلَيْهِ عِنْدَنَا^(١)

| صفة حكم الحاكم | :

١٢٧ - وقال أبو حنيفة : يُحِيلُهَا (في)^(٢) الفروج والنسب دون الأنفس والأموال .

ومثاله^(٣) : ما إذا شَهِدَ شاهدان ، يَقْبَلُ القاضي أقوالهما ، عنده على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً ، وفرّق الحاكم بينهما بشهادتهما ، وهما عالمان بكذبها ، فإنه لا يجوز لواحدٍ منهما أن يتزوَّجَ بها مع علمه بالحال ، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : يجوز .

وكذلك لو ادّعى رجلٌ على امرأةٍ أنه تزوّجها ، ولم يكن في نفس الأمرِ

(١) انظر تحقيق هذه المسألة مع آراء المذاهب فيها ، والأمور المتفق عليها والمختلف فيها ، مع الأدلة والمناقشة ، والمراجع في ذلك : رسالتنا (وسائل الإثبات : ٢ / ٧٢١ ، وما بعدها) ، ورسالة الزميل الفاضل الدكتور محمد نعيم ياسين ، (نظرية الدعوى : ٢ / ٢٣١) ، وانظر رأي الإمام أبي حنيفة في كتاب (فتح القدير : ٥ / ٤٩٢ ، وما بعدها ، روضة القضاة للشمني : ١ / ٣٢٠ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٠٥) ، وانظر رأي الشافعية في كتاب (نهاية المحتاج : ٨ / ٢٥٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٣٩٧ ، الأم : ٦ / ٢٠٢ ، مغني الحلق في ترجيح القول الحق ، للجويني : ٧٣ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٥٢ وما بعدها) .

(٢) الكلمة من نسخة ب ، ورقة ٩٢ / أ ، وفي الأصل : إلى ، وفي نسخة ف : يحلها في .

(٣) اللفظ في نسخة ف : مثاله .

تزوجها ، فشهد له شاهدان أنه تزوجها^(١) ، وحكم الحاكم بشهادتها ، حلت له عنده ظاهراً وباطناً ، وعندنا لا تحل له أصلاً .

ولو شهد شاهداً زوراً لرجل أن هذه المرأة ابنته ، ثبت نسبها منه ظاهراً وباطناً ، وصار محرماً لها ، (ووارثها)^(٢) .

١٢٨ - ووافقنا على أنه إذا ادعى على حرة أنها أمته ، وشهد له بذلك شاهداً زوراً ، وحكم له الحاكم بها ، ليس له وطؤها ، وكذلك لو طلق زوجته ثلاثاً ، ثم ادعى أنها زوجته ، وشهد له شاهداً زوراً بذلك ، وقضى القاضي بالزوجية ، لا يحل له وطؤها ، لا خلافَ بيننا وبينه في ذلك ، وكذلك في الأموال والقصاص لا تحل له بالحكم بها بشهادة الزور .

القضاء في المجتهديات | :

١٢٩ - أما قضاء القاضي في المجتهديات بما غلبَ على ظنه ، وأدى إليه اجتهاده ، ذهب المتقدمون من أصحابنا ، وجماهير الفقهاء ، إلى أنه ينفذ ظاهراً وباطناً^(٣) ، ويصير المقتضى به هو حكم الله تعالى باطناً وظاهراً ، وذلك : مثل قضاء القاضي الحنفي بالشفعة للجار ، والمقتضى له شفوعي^(٤) ، (فينفذ)^(٥) ظاهراً وباطناً ، ويحل للشفوعي الأخذ بهذه الشفعة ، وذهب الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني^(٦) من أصحابنا : إلى أنه لا ينفذ في الباطن ، لأن الحق عند الله

(١) في نسخة ف : زوجها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وورثها .

(٣) تقدم الكلام على جانب آخر من هذه المسألة ، وهي عدم جواز نقض الحكم المبني على الاجتهاد فقرة ١٢٥ وما بعدها ، وانظر المراجع الواردة فيها .

(٤) هذه النسبة إلى شافع خطأ ، والصواب : شافعي ، قال الفيومي : « وقول العامة شفوعي خطأ لعدم السماع

ومخالفة القياس » (المصباح المنير : ١ / ٤٢٢) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينفذ .

(٦) هو إبراهيم بن محمد بن إبراهيم بن مهرا ، أبو إسحاق الإسفرايني ، كان قتيها متكلماً أصولياً ، انصرف من

تعالى لا يتغير بقضاء القاضي^(١).

وقال بعض أصحابنا : إن كان المحكوم له عالماً بالدليل ، لم ينفذ القضاء في حقه باطناً ، ولا يحل له أخذه بشفعة الجوار ، وإن كان عامياً نفذ في حقه باطناً ، وكان له الأخذ بها^(٢).

أما المقضي عليه إذا كان شافعيّاً ، والقاضي حنفيّاً ، والمقضي له بشفعة الجوار حنفيّاً أيضاً ، فحقّ على المقضي عليه أن يُدعِنَ لقضائه ، والله تعالى أعلم بالحق ، ممن يُثبِتُ الشفعة أو ينفيها .

هل كل مجتهد مصيب ؟ :

١٣٠ - وأصل الخلاف في هذه المسألة ينسب على أن المجتهد المصيب واحد ، أو أن كل مجتهد مصيب .

فمن قال : كل مجتهد مصيب ، كان الحق على مذهبه في جهات متعددة ، فينفذ حكم الحاكم في المجتهدات ظاهراً وباطناً .

ومن قال : إن المصيب واحد ، فيكون الحق في جهة واحدة يعلمها الله ، فلا ينفذ ظاهراً وباطناً ، بل ظاهراً فقط .

واعلم أن هذه قاعدة أصولية يَنبَنِي [٢١ / ب] عليها فروع المذاهب^(٣) في

= بغداد ، وأقر له أهلها وأهل خراسان بالتقدم والفضل ، درس بمدرسة نيسابور ، وكان يلقب بركن الدين ، وهو أول من لقب من العلماء ، له تصانيف فائقة ، منها كتاب الجامع في أصول الدين ، والرد على الملحدين ، ومسائل الدور ، وتعليق في أصول الفقه . توفي بنيسابور سنة ٤١٨ هـ ، وقيل سنة ٤١٧ هـ ، ونقل إلى بلده ودفن بمشهده . (انظر : طبقات الفقهاء : ١٢٦ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٢٥٦ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٢٤ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ٢٦٧ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٦٩) .

(١) انظر حكم هذه المسألة وآراء العلماء فيها في (الروضة : ١١ / ١٥٤) .

(٢) في نسخة ب زيادة من الناقل ، وهي : وينبغي تخصيص هذا بالمعالم المجتهد دون غيره ، ورقة ٩٣ / أ .

(٣) اللفظ في نسخة ب : للذهب ، ق ٩٣ / أ .

المجتهدات ، والأصول لا تقليدَ فيها ، وإنما مذهب الشافعي رضي الله عنه
مختلفَ فيه ، بناء على اختلاف الرواية .

قال القاضي أبو الطيب الطبري : مذهبنا أن الحق في واحدٍ من أقاويل
المجتهدين ، وليس كلُّ مجتهدٍ مصيباً ، وقد نصَّبَ الله تعالى دليلاً على الحق ،
فمن أصابه فقد أصاب الحق ، وله أجران ، ومن اجتهد فأخطأه ، فقد أخطأ
الحق وتعدى فيه ، وله أجر على اجتهداه .

قال : ومن أصحابنا من قال : مذهبُ الشافعي أن الحق (في)^(١) واحدٍ
من أقاويل المجتهدين ، غيرَ أنهم لم يكلفوا إصابة الحق ، وإنما كُلفوا الاجتهادَ ،
فمن اجتهد ، فأدى اجتهاده إلى حكمٍ ، فقد أدى ما كُلف (به)^(٢) ، سواءً أصاب
الحق أو أخطأه ، هذا كلامه .

وقال القاضي حسين : مذهبُ الشافعي المختارُ : أن كلَّ مجتهدٍ مصيبٌ ،
إلا أن أحدهم مصيبٌ للحق عند الله تعالى ، والباقون أصابوا الحق عند أنفسهم .
وقال الماوردي^(٣) : الظاهر من مذهب الشافعي أن على المجتهد أن يقصدَ
باجتهاده طلبَ الحق عند الله تعالى ، لأنَّ الحق ما كان حقاً عند الله تعالى ، لا
عند غيره ، ويُشبهُ أن يكونَ مذهبُ المزني أن عليه أن يقصدَ باجتهاده طلبَ
الحق عند نفسه ، لا ما عند الله تعالى ؛ لأن ما عند الله تعالى لا يعلم إلا
بالنصوص .

قال^(٤) : ومذهبُ الشافعي أن الاختلافَ الواقعَ بين المجتهدين في الأحكام

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف .

(٣) أدب القاضي من كتاب الحاوي ، له : ٥٢٥ / ١ ، وقد ذكر آراء الأئمة وأدلتهم ، وانظر : مغيث الخلق في

ترجيح القول الحق : ٨ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ١٥٠ .

(٤) أدب القاضي : ٥٢٥ / ١ .

الشرعية الحق في أحدها ، وإن لم يتعين لنا ، وهو عند الله تعالى متعين ، ثم مذهبه (أيضاً وما يوجد)^(١) في أكثر كتبه أن المصيب منهم واحد ، وإن لم يتعين ، وجميعهم مخطئون إلا ذلك الواحد ، فمن أصاب الحق فقد أصاب عند الله تعالى ، وأصاب في الحكم ، ومن أخطأ فقد أخطأ عند الله تعالى ، وأخطأ في الحكم^(٢) .

وروي عن الشافعي أنه قال : كل مجتهدٍ مُصيبٌ ، رواه عنه بعض أصحابه .

[مسائل القضاء في المجتهديات] :

١٣١ - ومن المسائل الفرعية (في القضاء)^(٣) في المجتهديات ما لو خَلَلَ حنفيٌّ خمرًا ، فأتلفها شفعوي ، فترافعا^(٤) إلى حاكمٍ حنفي ، وأثبت المدعي بالبينة إتلافه لها بعد تخللها ، فقاضى بوجوب الضمان عليه ، لزمه ذلك قولاً واحداً بحكم الحاكم ، حتى لو لم يكن للمدعي بينة ، فحلف المدعى عليه أنه لا يلزمه شيء ، كان كاذباً في يمينه حائثاً ، لأن الاعتبار باعتقاد القاضي دون اعتقاده .

ولو طلق الرجل زوجته بلفظ البيونة ، ثم راجعها في العدة ، فامتنعت من تمكينه حتى انقضت عدتها ، ونكحت زوجاً آخر ، وترافع الزوجان الأول والثاني إلى الحاكم ، وتداعيها ، فإن كان القاضي شفعوياً ، وقضى بصحة

(١) مابين القوسين زيادة من نسخة ف ، وفي نسخة ب : وما ظهر ، ورقة ٩٣ / ب ، وعبارة الماوردي في (أدب القاضي : ١ / ٥٢٦) : وما ظهر منه .

(٢) انظر : الرسالة للإمام الشافعي : ٤٩٤ وما بعدها ، الوسيط في أصول الفقه ، الدكتور وهبة الزحيلي : ٥٥٩ ، وما بعدها ، شرح النووي على صحيح مسلم : ١٢ / ١٤ ، مفيت الخلق ص ٩ .

(٣) مابين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) اللفظ في نسخة ف : وترافعا .

الرجعة وفساد النكاح الثاني ، نَفَذَ قِضَاؤُهُ ، [٢٢ / أ] وحلت للأول باطناً وظاهراً ، وحرمت على الثاني باطناً وظاهراً .

وإن كان القاضي حَنَفِيًّا ، وقضى بسقوط الرجعة وصحة النكاح الثاني ، حَرَمَتْ عَلَى الْأَوَّلِ بَاطِنًا وَظَاهِرًا ، وحلت للثاني باطناً وظاهراً .

١٣٢ - أما إذا باع جاريةً من رجل ، فَجَحَدَ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ ، وحلَفَ ، وقضى القاضي بها للبائع ، قال الشافعيُّ : يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لِلجَّاحِدِ : إِنَّ كُنْتَ اشْتَرَيْتَهَا مِنْهُ فَاسْتَقِلْهُ ، ويقول للبائع : إِنْ كُنْتَ بَعْتَهَا مِنْهُ فَأَقِلْهُ ، لتحلَّ للبائع باطناً وظاهراً ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَوْ فَعَلَ وَاحِدًا دُونَ الْآخَرِ ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ : ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ ، فَقَالَ : قَدْ قِيلَ : لَا يَحِلُّ لِلْبَائِعِ وَطُؤُهَا قِيَاسًا عَلَى الطَّلَاقِ ، وَالثَّانِي : أَنَّهُ إِذَا جَحَدَ وَحَلَفَ فَقَدْ رُدَّ الْبَيْعُ بِرِضَاهِ ، وَقَطَعَ الْمَلِكُ ، فَلِلْبَائِعِ أَنْ يَسْتَرْجِعَ إِنْ شَاءَ ، وَيَقْبَلَ الرَّدَّ ، لِيَحِلَّ لَهُ الرَّدُّ ، وَالثَّلَاثُ : أَنَّهُ إِذَا جَحَدَ وَحَلَفَ ، تَعَذَّرَ عَلَى الْبَائِعِ أَخْذُ الثَّمَنِ مِنْهُ ، فَيَرْجِعُ فِي عَيْنِ مَا بَاعَهُ ، وَيَفْسُخُ الْعَقْدَ فِيهِ ، كَمَنْ أَفْلَسَ بِالثَّمَنِ ، كَانَ لِلْبَائِعِ الرَّجُوعُ فِي عَيْنِ مَا لَه .

وقال الماوردي : فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ ، أَحَدُهَا : يَعُودُ إِلَى الْبَائِعِ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي ، لِيَبِيعَهَا فِيمَا يَسْتَحِقُّهُ مِنْ ثَمَنِهَا عَلَيْهِ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا ، وَمَا يَزِيدُ مِنْ ثَمَنِهَا يَلْزِمُهُ رُدُّهُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَمَا تَقَصَّ يَبْقَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَالْوَجْهُ الثَّانِي : أَنَّ الْجُحُودَ يَجْرِي مَجْرَى الْإِقَالَةِ ، فَإِنْ أَرَادَ الْبَائِعُ إِعَادَتَهَا إِلَى مَلِكِهِ أَظْهَرَ الْإِقَالَةَ ، وَحُكْمُ لَهُ بَعْدَ إِظْهَارِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَرُدَّ إِعَادَتَهَا إِلَى مَلِكِهِ لَمْ تَحِلَّ لَهُ ، وَكَانَتْ فِي يَدِهِ لِيَسْتَوْفِيَ بِبَيْعِهَا مَا لَه مِنْ ثَمَنِهَا ، وَفِي جَوَازِ انْفِرَادِهِ بِبَيْعِهَا وَجِهَانِ ، وَالثَّلَاثُ : أَنَّ الْجُحُودَ يَجْرِي مَجْرَى الْفَلْسِ لِتَعَذُّرِ الْوُصُولِ إِلَى الثَّمَنِ ،

فإن أراد أن يملكها ، قال : قد اخترت عين مالي ، وفي جواز انفراده^(١) بهذا القول من غير حاكم وجهان ، ثم هي حلال له ، وإن لم يرد أن يملكها كانت (في)^(٢) يده للمشتري ، (ليستوفي)^(٣) ثمنها من بيعها .

١٣٣ - وقال القاضي أبو الطيب : إذا تحالف المتبايعان عند الاختلاف ، إن قلنا : (لا)^(٤) ينسخ بنفس التحالف بل بحكم الحاكم ، هل ينفذ ظاهراً وباطناً ، أم ظاهراً فقط ؟ فيه وجهان^(٥) .

وقال الإمام : إذا فوّضنا الفسخ إلى الحاكم ، فالمذهب الظاهر أن الفسخ يقع باطناً ، لينتفع به المحقّ المعذور ، وإن جوزنا الفسخ للمتعاقدين ، فإن تطابقا عليه انسخ باطنا كالمقايلة^(٦) ، وإن فسح الصادق منها انسخ أيضاً باطناً^(٧) ، وإن فسح الكاذب ، لم ينسخ في الباطن^(٨) ، ولكن طريق الصادق إنشاء الفسخ إن أراد .

١٣٤ - ثم هل يجوز وطء الجارية للمشتري بعد التنازع^(٩) ، وقبل

(١) اللفظ في نسخة ف : تفرده .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يستوفي .

(٤) الكلمة زيادة من نسخة ف ، لتقدير صحة المعنى والحكم ، وهي ساقطة من الأصل .

(٥) قال النووي رحمه الله : « وإذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا ينسخ ، بل إن تراضيا وإلا فيفسخانه ، أو أحدهما أو الحاكم ، وقيل : إنفا يفسخه الحاكم » ، وقال الخطيب الشريبي : « ومقابل الصحيح أنه يفسخ بالتحالف » . (انظر : المهذب : ١ / ٢٩٣ ، المجموع : ١٣ / ٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٩٦) ، وسوف يكرر ذلك المصنف فقرة . ٢ / ٢٣٠ .

(٦) اللفظ في نسخة ف : كالمقابلة .

(٧) قال الخطيب الشريبي : « وإذا فسح ظاهراً وباطناً بالإقالة ، وكذا إن فسح القاضي أو الصادق منها ، لتعذر وصولها إلى حقها كما في الفسخ بالإفلاس » ، (مغني المحتاج ، له : ٢ / ٩٦) .

(٨) لم ينسخ في الباطن لترتبه على أصل كاذب .

(٩) في نسخة ف : وهل يجوز للبايع وطء الجارية أو للمشتري ؟ وهذا خطأ ، وعبارة الأصل أصح ، وهي مطابقة لكلام الشريبي في (مغني المحتاج : ٢ / ٩٦) .

التحالف ؟ [٢٢ / ب] وجهان^(١)، وبعدَ التحالف وقبلَ التفسخ ؟ وجهان مُرتبان ، لإشرافه على الزوال ، والأقيسُ الجواز^(٢)، استمراراً للملك^(٣).

١٣٥ - وقال الماوردي في اختلاف المتبايعين : مهما انفسخَ البيع في التحالف^(٤)، هل ينفسخُ ظاهراً وباطناً ؟ (أو في الظاهر)^(٥) دون الباطن ؟ فيه ثلاثة (أوجه)^(٦) :

أحدها : ينفسخُ ظاهراً وباطناً ، سواءً كان البائع ظالماً أو مظلوماً ، كاللعان .

والثاني : ينفسخُ ظاهراً دون الباطن ، سواءً كان البائع ظالماً أو مظلوماً .

والثالث : إن كان البائع مظلوماً انفسخَ ظاهراً وباطناً ، وإن كان ظالماً لم ينفسخ إلا ظاهراً .

وهكذا ذكره الشيخان أبو نصر وأبو إسحاق^(٧).



(١) الأصح الجواز ، لبقاء ملكه ، (انظر : مغني المحتاج : ١٦ / ٢) .

(٢) الراجح الجواز أيضاً ، لبقاء ملكه ، (انظر : مغني المحتاج : ١٧ / ٢) .

(٣) العبارة في نسخة ف : لاستمرار الملك ، وفي نسخة ف : لملك اليد ، والمعنى واحد .

(٤) العبارة في نسخة ف : مهما اختلف المتبايعان وتحالفا هل ...

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أو ظاهراً .

(٦) اللفظ من هامش الأصل .

(٧) المهذب ، للشيخ أبي إسحاق الشيرازي : ١ / ٣٠٠ - ٣٠١ .

الفصل الثامن

في

التحكيم

[نفاذ الحكم] :

١٣٦ - إذا اختتم رجلان في حق من الحقوق المالية فحكماً^(١) رجلاً ، هل ينفذ حكمه ؟ فيه قولان ، وفي النكاح قولان مرتبان عليه^(٢) ، وفي العقوبات قولان مرتبان عليه^(٣) ، ولا يخفى على الفقيه وجه الترتيب^(٤) .

واختلف الأصحاب في محلّ القولين ، فمنهم من قال : إن كان في البلد قاضي لم يجر التحكيم قولاً واحداً ، وإنما القولان فيما إذا لم يكن هناك قاض . ومنهم من قال : إن لم يكن في البلد قاضي جاز التحكيم قولاً واحداً ، وإنما القولان فيما إذا كان هناك قاض .

(١) اللفظ في نسخة ف : وحكما .

(٢) في نسخة ب زيادة حسنة ، وهي : وأولى بالمنع ، ق ١٠٤ / أ .

(٣) في نسخة ب زيادة أيضاً ، وهي : والأظهر في النكاح الجواز ، بخلاف العقوبات ، ق ١٠٤ / ب .

(٤) انظر هذا الموضوع مع التفصيل والاستدلال في (معني المحتاج : ٤ / ٣٧٨ ، وما بعدها ، أدب القاضي ،

المواردي : ٢ / ٣٧٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٢ وما بعدها ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٨) ، وقد لخص النووي ذلك فقال : « ولو حكم خصمان رجلاً في غير حد الله تعالى جاز مطلقاً ، وفي قول : لا يجوز ، وقيل : بشرط عدم قاض بالبلد ، وقيل : يختص بمال دون قصاص ونكاح ونحوها » .

ومنهم من قال : القولان في (الجميع)^(١) من غير فصل .

لزوم الحكم |

١٣٧ - ثم مها حكم عليها ، وبينها^(٢) ، وفصل القضية بطريقها ، فهل يلزمُ حكمة بنفسه ، أم لا بدُّ من تراضيتها بعدَ الحكم ؟ فيه قولان ، ذكرها الجماعة ، وجهان ذكرهما الإمام ، أصحُّها أنه يلزمُ بنفسه ، كالحاكم ، فعلى هذا لو رفع حكمه إلى حاكمٍ أجراه على وفق الشرع ، كغيره من القضاة .
والثاني ، وهو اختيارُ الزنيّ : أنه لا يلزمُ حكمه ما لم يتراضيا بعدَ الحكم ، لضعفه .

ومها رضىا (به)^(٣) ، ثم رجعَ أحدهما قبلَ أن يحكمَ ، لم ينفذَ حكمةً وفاقاً ، وإنما الخلاف فيه إذا استمر على الرضا حتى حكم ، ولم يُجددا رضىا .
هذا هو المذهب^(٤) ، وفيه وجهٌ بعيدٌ أنّها إذا رضىا أولاً ، فلما خاضَ رجعَ أحدهما ، لم يؤثر رجوعه ، ونفذَ الحكمَ ، وهذا الوجه حكاه الإمام واستبعده .
ولو رضىا ، ثم رجعَ أحدهما قبلَ أن يُنشئَ الخوضَ ، فلا وجهٌ إلا إبطالُ الحكم ، وفيه شيءٌ .

| حبس المقر عند المحكم :

١٣٨ - وهل للمحكم أن يحبسَ من أقرَّ عنده منها ؟ فيه خلافٌ ، والمذهبُ أنه لا يحبسُ ، بل ليس له إلا الإثبات^(٥) .

(١) الكلمة من نسخة ف ، ومن نسخة ب ، ورقة ١٠٤ / ب ، وفي الأصل : الجمع .

(٢) في نسخة ب عبارة أخرى ، وهي : وإذا حكمَ بينها ... ، ق ١٠٤ / ب .

(٣) الكلمة من نسخة ب ، ورقة ١٠٤ / ب ، وهي غير موجودة في الأصل .

(٤) في نسخة ب زيادة ، وهي : هذا هو المذهب أنه لا يؤثر رجوعها بعد الخوض في الحكم ، ورقة

١٠٤ / ب .

(٥) في نسخة ب زيادة وهي : وإذا وجب الحق على واحد منها فالمذهب أنه ليس للمحكم الحبس ،

ق ١٠٤ / ب ، وهي اختصار للفكرة كلها التي حذفت من نسخة ب .

ولا خلاف أنه ممنوعٌ من استيفاء العقوبات ، إن جَوَزْنَا (التحكيم)^(١) فيها ؛ لأنها تُحرِّمُ أهبةَ الولاية العامة .

| شروط المحكم | :

١٣٩ - ويشترطُ في المحكم أن يكون حراً بالغا عاقلاً عدلاً مقبولَ الفتوى ، عالماً بالشريعة ، والضابطُ فيه أن يكونَ على صفةٍ يجوز للإمام أن يوليه القضاء مطلقاً .

ولو تحاكم إليه بالتحكيم ولده وأجنبي ، فحكم لولده أو لوالده على الأجنبي^(٢) ، ففي جوازِهِ وجهان ، حكاهما الماوردي^(٣) ، [٢٣ / أ] أحدهما : لا يجوزُ ، كالقاضي المطلق ، والثاني : بلى^(٤) ، لأن ذلك وقع عن رضا منها . وهكذا لو حكم على عدوِّه ، والمسألةُ بحالها ، فيه وجهان^(٥) أيضاً .

| الإشهاد على الحكم | :

١٤٠ - ومتى حكم المحكم على المتحاكَيْنِ عنده ، أو على أحدهما في الموضع الجائز ، ورضيا به ، فينبغي أن يُشهدَ على نفسه في المجلس الذي حكمَ بينهما فيه ، قبلَ تفرقهم ، لأنَّ قولَهُ بعدَ الافتراق لا يُقبل ، كما لا يُقبل قولُ الحاكم المطلق بعد العزل .

(١) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل : التحم ، وهو تصحيف .

(٢) العبارة في نسخة ف : فحكم لولده أو لأجنبي على ولده .

(٣) أدب القاضي ، له : ٢ / ٢٨٦ .

(٤) في نسخة ب كلمة : يجوز ، بدلاً من : بلى ، ورقة ١٠٤ / ب ، وهو الموافق لنص الماوردي في (أدب

القاضي : ٢ / ٢٨٦) ، لكن المصنف نقل ذلك باختصار وتصرف .

(٥) عبارة ب هي : وهكذا لو حكم على عدوه فيه الوجهان ، فعرفت الوجهين للإشارة إلى الوجهين المذكورين

في المسألة السابقة ، ورقة ١٠٤ / ب .

أقصور الحكم على المتحامين | :

١٤١ - ثم اعلم أن الحكم بين المتحامين في التحكيم لا يتعدى إلى ثالثٍ غير المتحامين إلا في مسألة العاقلة ، وهو ما إذا تحامَّ إليه اثنان في قتل الخطأ ، وقامت البينة على ذلك ، ففي وجوب الدية على العاقلة وجهان :

أحدهما : (لا تجب ، لعدم رضاها)^(١) بحكمه^(٢) .

والثاني : بلى ، لأن الرضا حصل من القاتل .

وهذا الخلاف مبني على أن الدية تجب ابتداءً على القاتل ، ثم تتحملها العاقلة عنه ، أو تجب على العاقلة ابتداءً .

فإن قلنا : تجب أولاً (على القاتل ، وجبت ههنا على العاقلة ، وإن قلنا : تجب أولاً)^(٣) على العاقلة ، فلا تجب لعدم رضاهم بها .

وهذه المسألة ، وإن كانت قليلة الوقوع ، لكن أئمتنا ذكروها ، وذكرها ما فيها من المسائل ، واقتفينا نحن أثرهم ، وتبعناهم في ذكرها .



(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا ، لعدم رضاها .

(٢) وهو الراجح الذي نص عليه النووي ، واقتصر عليه الشراح ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٣٧٩ ، حاشية

قليوبي وعميرة : ٤ / ٢٩٨) .

(٣) ما بين القوسين من نسخة ب ، ورقة ١٠٥ / أ ، وهي ساقطة من الأصل ونسخة ف ، فاختلف المعنى

والسياق فيها .

الفصل التاسع

في

حكم الحاكم بعد عزله ، وحكم (نوابه)^(١)
وسماع شهادته على فعل نفسه

الحكم بعد عزل الحاكم | :

١٤٢ - اعلم أنّ الحاكم في دوام ولايته مقبول القول من غير بينة تشهد بما يقوله ، فإذا قال ، وهو حاكمٌ : قضيت لفلان بكذا على فلان ، قبل قوله بالإجماع ، عندنا وعند الخصم ، وإن منعنا القضاء بالعلم على قول .

وسببه أنه أهلٌ لإنشاء القضاء الآن ، فكان أهلاً للإخبار به ، وشرط هذا أن يتلفظ به في عمله .

فلو خرج من عمله إلى بلدٍ آخر ليس حاكماً فيه ، فقال : كنتُ حكمتُ في عملي بكذا ، لم يقبل منه حتى يرجع إلى عمله ، فيقوله فيه .

| من ينعزل بعزله ؟ | :

١٤٣ - فإذا عُزل الحاكم بسببٍ شرعي انعزل كلٌ من فوّضَ إليه أمراً معيناً ، كسماع شهادةٍ معينةٍ من الشاهد بها ، أو عقدِ نكاحٍ معين ، أو بيعٍ معين ، أو غير ذلك ، مما هو معينٌ مخصوصٌ ، أما خليفته بالمدينة في القضاء العام ، ونوابه

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : توليه ، وهو تحريف .

في القضاء بالقرى ، والقيم على الأطفال ، ففي انزالهم بعزله ثلاثة أوجه .

الأصح هو الثالث : وهو أنه إن استخلفهم بإذن الإمام لم ينزلوا ، وإن استقل بالاستخلاف وجوزناه ، انزلوا لأنهم نوابه^(١) .

إسماع شهادة القاضي على فعل نفسه :

١٤٤ - ثم مها عزل القاضي ، فقال : أشهد أنني قضيتُ بكذا ، لم يُقبل على أصح الوجهين .

وقال الإصطخري : يُقبل كشهادة المرضعة إذا قالت : أشهدُ أني أرضعته ، يُقبل على المذهب ، والفرق واضح^(٢) .

فإن قلنا : لا يُقبل ، فلو قال بعد عزله : أشهدُ أنه قضى لفلان بكذا قاضي عدلٌ ، ففي قبول هذه الشهادة ، والحالة هذه ، وجهان ذكرهما العراقيون ، ونقلهما المراوزة عنهم ، قال الإمام : ظاهرُ المذهب [٢٣ / ب] قبولُ ذلك ، ووجهُ المنع أن الظاهر أنه يعني نفسه ، هذا ما ذكره الإمام والقاضي أبو الطيب (الطبري)^(٣) وغيرهما^(٤) .

ونقل الغزالي ذلك ، وعكسَ فيه الترتيبَ مع عَظْمه ، فقال : إذا قال : أشهدُ أني قضيتُ لم يُقبل ، وإن قال : أشهدُ أن قاضياً قضى ، ففيه وجهان ،

(١) انظر تفصيل ذلك في (معني المحتاج : ٤ / ٢٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٦ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ /

٢٩٩ ، الروضة : ١١ / ١٢٧) .

(٢) الفرق بين قبول شهادة المرضعة على الإرضاع ، وعدم قبول شهادة القاضي المعزول على حكه بقضية ، أن شهادتها بالرضاع لا تثبت عدالة لنفسها ، لأن الرضاع يصح من غير العدل ، ولأن المَغْلَب في الرضاع فعل المرتضع ، أما شهادة القاضي المعزول بالحكم فتثبت لنفسه العدالة ، لأن الحكم لا يكون إلا من عدل فتلحقه التهمة بتزكية نفسه ، والمغلب في الحكم فعل الحاكم فتكون شهادته على فعله فلا تقبل . (انظر : المذهب : ٢ / ٣٠٩ ، معني المحتاج : ٤ / ٢٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٧ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٠ ، الروضة : ١١ / ١٢٨) ، وانظر : فقرة ٤١٧ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٢٨ .

أحدهما : يُقبل كما تُقبل شهادة المرضعة ، فقوله : أحدهما يُقبل كشهادة المرضعة غلطٌ ظاهرٌ ، فإنَّ المرضعة لا يُشترط في قبول شهادتها قولها : أشهدُ أنّ امرأةً أرضعت هذا الصبيّ ، حتى تتساوى المسألتان ، بل صورةُ شهادة المرضعة أن تقولَ : أشهدُ أنّي أرضعته ، أو أشهدُ أنّه ارتضعُ مني ، على خلافِ سيأتي إن شاء الله تعالى^(١) في تقديم الإضافة إلى نفسها (أو تأخيرها)^(٢) ، مع الاتفاق على أنّها تصرحُ في شهادتها : بأنّها المرضعة ، وتقبل قولاً واحداً ، فوّازنه في مسألة القاضي أن يقولَ : أشهدُ أنّي قضيتُ ، فظهرَ أنّ ما ذكره الإمام والأئمة صحيحٌ ، وما ذكره الغزالي زلل .

[إخبار القاضي شهادةً ، وليس حكماً] :

١٤٥ - نعم ، وهنا بحثٌ في مسألة ، في النفس منها شيءٌ ، ولم أجدها مسطورةً ، وإنما استخراجها الفكر ، وهو أنّا إذا جعلنا القاضي المعزول شاهداً في كلا الصورتين ، وهما : إذا أضافَ القضاءَ إلى نفسه ، وإذا أطلقَ ، فإذا قال : أشهدُ أنّي قضيتُ لفلان بكذا ، وقبلنا ذلك ، فهو شهادةٌ لاشك فيه ، وليس بحكمٍ منه الآن ، (وإنّا)^(٣) هو شهادةٌ على فعل نفسه يقيمها عند حاكم (متولٍ)^(٤) الآن ، حصل لديه التّداعي بين المتحاكّمين ، (ولا)^(٥) بدٌّ من شاهدٍ آخرَ غيره ، يشهدُ معه ، فصيغةُ شهادةِ الشاهد الآخر أن يقولَ : أشهدُ أنّ هذا القاضي قضى في زمن ولايته ومحلّ حكمه لفلان بكذا ، فيثبتُ حينئذ الحكمُ

(١) فقرة ٤١٧ من هذا الكتاب ، الباب الرابع ، الفصل الثالث ، مسألة صيغة شهادة المرضعة .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو تأخيره .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإنما .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : متولي ، وهو خطأ نحوي .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فلا .

بالحق المشهود بالحكم به^(١) .

أما إذا قال : أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضي عدل ، وحضر شاهداً آخر يشهد بذلك ، فصيغة شهادته أيضاً أن يقول : أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضي عدل ، لتتفق الشهاداتتان في المعنى ، فلو قال الشاهد الآخر : أشهد أن هذا قضى في حال ولايته بكذا ، مع قول الحاكم المعزول : أشهد أنه قضى لفلان قاضي عدل ، لم تتفق الشهاداتتان قطعاً ، ولا يثبت الحق .

فلو قال الحاكم المعزول : أشهد أن قاضياً قضى بكذا ، فالشاهد الآخر كيف يشهد؟ أيقول : أشهد أن قاضياً قضى بكذا؟ أو أشهد أن القاضي الذي شهد هذا ، أنه قضى بكذا ، وهكذا في الصيغة الأولى ، أيقول : أشهد أنه قضى لفلان بكذا قاضي عدل ، كما تلفظ به الحاكم المعزول؟ أو يقول : أشهد أن القاضي العدل الذي شهد هذا (عليه)^(٢) أنه قضى لفلان بكذا؟

هذا عندي^(٣) فيه تردد ظاهر ، ولم أظفر به مسطوراً ، ومستند التردد في إجمال الشاهد الآخر اسم الحاكم الذي يشهد عليه أنه حكم بكذا^(٤) ، أن أصحابنا قالوا : لو شهد شاهدان ، [٢٤ / أ] لم يقضيا قط ، على قاضي عدل ، ولم يسمياه ، ولا عيناه ، بل قالوا : نشهد أن قاضياً عدلاً قضى لفلان بكذا ، أو أشهدنا على نفسه بذلك في حال ولايته وعمله ، هل يقبل؟ فيه وجهان ، قال الإمام : وظاهر المذهب قبول ذلك ، فالتردد الذي أبديته في الشاهد الذي يشهد مع الحاكم المعزول ، يخرج لفظ شهادته وسماها على هذه المسألة .

وهذا من اللطف الفقه ودقيقه ، فليفهم إن شاء الله .

(١) ذكر النووي رحمه الله تعالى وجهين في المسألة ، وقال : « والصحيح باتفاق الأصحاب المنع » (الروضة : ١٢٨ / ١١) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) يوجد في الأصل بدم هذا عندي : لفظ : غيري ، ووضع فوقها خطاً وتقطت تشير إلى الشطب .

(٤) قال النووي : « قبلت شهادته في الأصح » (الروضة : ١١ / ١٢٨) .

الباب الثالث

في الدعاوى والبيانات ومجامع الخصومات

وفيه فصول

الفصل الأول

في

[الدعوى]

حد الدعوى ، وحقيقتها ، ثم في كيفيتها ، وصفتها ، وشروطها

وجواب المدعى عليه فيها

النظر الأول

في حد الدعوى وحقيقتها

[التفريق بين المدعي والمدعى عليه] :

١٤٦ - اختلفت عبارة الأئمة في حد المدعي والمدعى عليه .

فمنهم من قال : المدعي من يُثبت شيئاً ، والمدعى عليه من ينفي

شيئاً^(١) .

(١) العبارة في نسخة ف فيها تقديم وتأخير كما يلي : المدعى عليه من ينفي شيئاً ، والمدعى من يثبت .

ومنهم من قال : المدعي من يقولُ بالاختيارِ ، والمدعى عليه من يُجيب بالاضطرار .

ومنهم من قال : المدعي من إذا سكتَ تركَ وسكوته ، والمدعى عليه من لا يتركَ وسكوته . وهذه عبارةُ الحنفية ، وهي معنى العبارة الثانية بعينها ، وإنما اختلفت العبارة .

وقال الإمام : المدعي عند أبي حنيفة من يُثبِتُ الشيءَ لنفسه ، والمدعى عليه من يثبته عن غيره ، وفي نسخة أخرى : من ينفيه عن غيره^(١) .

١٤٧ - هذا نقلُ الإمام عن ذلك الحَبْرِ الإمام ، ولم يذكرْ عليه شيئاً مع شدةِ تتبعه كلامَ من تقدمه بالبحثِ والتحقيق .

وهذا الحدُّ باطلٌ في الطرفين^(٢) ، أمّا قوله : المدعي من يُثبِتُ الشيءَ لنفسه ، فيريد بالشيءِ المدعى به ، وهو باطلٌ بدعوى الوصي للموصى عليه المحجور عليه على الغير مالمّا أو غيره ، فإنه مدعٍ بالإجماع ، مع أنه يُثبِتُ الشيءَ المدعى به لغيره ، وهكذا القيمُ من جهةِ الحاكمِ على المحجورِ عليهم ، وهكذا الناظرُ في وقفٍ ، وهكذا الوكيلُ يُثبِتُ المدعى به للموكل ، لا لنفسه .

(١) انظر : معين الحكام للطرابلسي : ٥٢ ، وقد نقل بعض تعريفات المدعي والمدعى عليه من كتب الحنفية بينما ذكر ابن فرحون المالكي تعريفات أخرى عند المالكية في (تبصرة الحكام : ١ / ١٢٢) ، وكلام الطرابلسي من المسائل النادرة التي اتبته إليها عند انتحاله كتاب ابن فرحون ، وعبارة الطرابلسي : « وذكر في التحفة المدعي من يلتصق بإثبات ملك أو حق ، والمدعى عليه من ينفيه » ، وقد ذكر فقهاء الحنفية تعريفات أخرى للمدعي والمدعى عليه ، ورجعوا التعريف التالي : المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها . (انظر : درر الحكام : ٢ / ٣٢٩ ، رد المحتار : ٥ / ٥٤٢ ، نتائج الأفكار في تكملة فتح القدير : ٦ / ١٣٩) ، وانظر تحقيق هذا الموضوع بإسهاب وتفصيل ومقارنة بين الضوابط والقواعد التي ذكرها فقهاء المذاهب في التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وأهمية التفريق بينهما : (رسالة وسائل الإنبات ، للمحقق : ٢ / ٦٤٦ ، وما بعدها ، ورسالة الزميل الفاضل الدكتور محمد نعم ياسين ، نظرية الدعوى : ١ / ١٨٥ وما بعدها ، والمراجع التي وردت في الهامش ، الروضة : ١٢ / ٧) .

(٢) اللفظ في نسخة ف : الطريقتين .

(ولا)^(١) يقال : مراده بالشيء الذي تُثبتهُ السلطنةُ واستحقاق قبضه وتسلمه ، إن ثبت ، لأننا نقولُ : السلطنة ثابتةٌ قبل هذه الدعوى ، لأنَّ الكلامَ مفروض في دعوى وصيرِ ثابتِ الوصيةِ عند الحاكم ، وكذلك القيمُ والناظرُ والوكيلُ ، فسلطنتهم ثابتةٌ بمعنى أنَّ كلَّ أمرٍ تحقق أنه للمجورِ عليه ، أو للوكيلِ ، أو للموقوفِ عليهم ، تسلَّطَ هؤلاءُ شرعاً على قبضه ، فهو لا يُثبتُ بالدعوى سلطنةً ، ولا السلطنة مدعى بها ، (وإنما)^(٢) المدعى به هو المالُ في الذمة ، أو الثوبُ المعين مثلاً ، وهو الشيء الذي يُثبتهُ .

١٤٨ - نعم ، إذا ثبتَ عند الحاكم ، تسلَّطَ هذا المدعى على قبضه ، لا بدعواه ، بل بالتسلُّطِ [٢٤ / ب] السابقِ على هذه الدعوى ، الثابتِ بوصيةٍ أو نظيرٍ أو وكالةٍ .

وأما الطرف الثاني : وهو قوله : والمدعى عليه يُثبتهُ عن غيره ، على النسخة الأولى ، فبطلاً هذا أظهر من الكلامِ عليه ، فإنَّ المدعى عليه بمالٍ في ذمته يَنفي استحقاقَ المدعى له ، فلا يُثبت شيئاً .

فإن قيل : هو ، وإن نفى الاستحقاق ، لكنه يُثبتُ براءةَ ذمته ، فهو مُثبتٌ .

قلنا : عنه جوابان ، أحدهما : أنَّ البراءةَ الأصليةَ حاصلةٌ بالأصلِ واستصحابه ، فهي ثابتةٌ ، وهو غيرُ محتاجٍ إلى إثباتها ، وإنما هو (نافي)^(٣) ما يُشغلها ، والثاني : هبْ أنه مُثبتُ براءةِ نفسه وذمته ، فهل هو مُثبتٌ للشيءِ عن غيره ؟ كلا ، فهذا حدٌّ باطلٌ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إنما .

(٣) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل : ناوٍ ، وهو تصحيف .

١٤٩ - وعلى النسخة الثانية ، وهي : يَنْفِيهِ عن غيره ، باطلٌ ، إنما هو يَنْفِيهِ عن نفسه .

وعندي : أن هذا زللٌ من النساخ^(١) ، فإنَّ منصبَ هذا الإمامِ أجلُّ من قوله مثل هذا^(٢) .

وقال بعض الأصحاب : المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً ، والمدعى عليه من يدعي أمراً ظاهراً جلياً^(٣) .

وهذا الحدُّ مع الحدِّ الذي سبق ذكره ، وهو أن المدعي من (إذا سكت خَلِي)^(٤) وسكوته ، والمدعى عليه من لا يُخْلِ وسكوته ، مستنبطان من مسألة استنبطها الشيخُ القفالُ ، وهي : ما إذا كان الزوجانِ مشركين ، ثم أسلما قبلَ الدخولِ ، ثم اختلفا ، فقال الزوجُ : أسلما معاً ، فنحن على الزوجية ، وقالت المرأةُ : أسلمَ أحَدنا قبلَ صاحبه^(٥) ، فقد بطلَ نكاحنا ، ففيه قولان ، أحدهما : أنَّ القولَ قولَ الزوجِ ، لأنَّ الأصلَ بقاءُ النكاحِ ، وهذا على قولنا : إنَّ المدعي من يترك وسكوته ، فإنَّ المرأةَ هي التي يهذه الصفة ، وهي^(٦) مدعية .

والقول الثاني : أنَّ القولَ قولَ الزوجة ، وهذا على قولنا^(٧) : إنَّ المدعي هو الذي يدعي أمراً باطناً خفياً يُخالف الظاهر ، (والزوج)^(٨) ههنا هو الذي

(١) اللفظ من نسخة ف : النساخ .

(٢) العبارة في نسخة ف : من أن يقول مثل هذا .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٧ .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : من يُخْلِ .

(٥) في نسخة ف : الآخر .

(٦) في نسخة ف : فهي .

(٧) العبارة في نسخة ف : وهذا إذا قلنا .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الزوج .

بهذه الصفة ، لأنَّ اتفاقهما على الإسلام في حالة واحدة ، بحيث لم يسبق أحدهما الآخر ، خلاف الظاهر^(١) .

١٥٠ - وأخذ أبو سعيد الإصطخري هذا الحد وطرده في مسألة خالف الأصحاب قاطبة فيها ، فقال : إذا ادعى رجل من السفّل على ملكٍ عظيم ، أو وزير كبير نبيه^(٢) (خطير)^(٣) ، أو قاضٍ جليل ، أو شريفٍ نسيب ، أنه زوجه ابنته ، أو أنه أقرضه حبةً من ذهب ، أو أنه استأجره لسياسةٍ دوابه ، أعني السفلة استأجر هذا العظيم القدر لسياسة دوابٍ لهذا السفلة ، وما أشبه هذا ، قال : لا تقبلُ دعواه ، لأنّه يدعي أمراً يخالف الظاهر ، بل أهل العرف يقطعون بكذبه^(٤) .

قال الإمام : وهذا الذي ذكره لا تعويل عليه ، ولا يسوغ في الدين تشويش القواعدِ بأمثال هذه الوسوس ، ومثل هذا قصد رسول الله ﷺ ثبوت الدعوى من غير حجة^(٥) ، فأما ردُّ [٢٥ / أ] الدعوى لرعوناتِ

(١) الراجح هو القول الثاني كما بينه النووي في « المنهاج » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٤ ، شرح المحلى على المنهاج : ٤ / ٣٣٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٣٩ ، الروضة : ١٢ / ٨) .
(٢) في نسخة ف : بيينة .
(٣) الكلمة من هامش الأصل .

(٤) قارن ذلك في (حاشية الشرقاوي : ٢ / ٥٠٩) ، فقد بين أنه لا تقع دعوى المحال حساً كمثل جبل ذهباً أو فضة ، أو محال شرعاً كالحج في رجب ، بخلاف المحال عادة كدعوى على جليل ... ، وخالف في ذلك الحنفية فاشتروا عدم الاستحالة عادة ، كدعوى رجل معروف بالفقر على آخر غني أن له عنده أموالاً عظيمة ، أقرضه إياها ، وهذا قريب من مذهب المالكية ، (انظر : رد المحتار : ٥ / ٥٤٤ ، مرآة المجلة : ٢ / ٣٨٣ ، مجلة الأحكام العدلية : المادة ١٦٢٩ ، الفواكه البدرية ، ابن الغرس : ١٠٥ ، وسائل الإثبات : ١ / ٧٦ ، نظرية الدعوى : ١ / ٣٧٢ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٤٩٦ ، الروضة : ١٢ / ١١) .

(٥) يشير المصنف هنا إلى الحديث الذي رواه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن عن ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قال : « لو يُعطى النَّاسُ بدعواهم لادّعى رجالٌ دِيماً رجالاً وأموالهم ، ولكنَّ البينَ على المدعى عليه » ، وفي رواية البيهقي : « البينة على المدعي والبين على من أنكر » ، (انظر : صحيح البخاري بشرح السندي والتسطلاني : ٢ / ٥٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ٢ ، جامع الترمذي مع تحفة الأحوذني : ٤ / ٥٧٠ ، سنن أبي داود : ١) =

النفس^(١) فلا سبيل إليه .

١٥١ - قلت : وهذا الذي ذكره أبو سعيد غير بعيد أن يصير إليه مجتهد^(٢) ، وهو مذهب مالك ، فإنَّ عنده لا تُسمع دعوى^(٣) وضع على شريف إلا أن يُعرفَ بينها معاملة^(٤) ، وقد سُمعت الدعوى على خير الخلائق رسول الله ﷺ من وضع ، وكذلك سمعت على عليّ كرم الله وجهه ، وعلى غيره من أكابر الصحابة^(٥) .

١٥٢ - نعم ، يُشكل على هذا الحد الوديعَة ، فإن المودَع يُقبل قوله في الردِّ على المالك ، وهو يدعي أمراً خفياً ، فلم قبل^(٦) قوله ؟ .

= ٢ / ٣٧٩ ، ط الحلبي ، سنن النسائي : ٨ / ٢١٨ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٧٨ ، السنن الكبرى ، البيهقي : ١٠ / ٢٥٢ ، نصب الراية : ٤ / ٣٩١ ، نيل الأوطار : ٨ / ٣١٦ ، سبل السلام : ٤ / ١٣٤ .

(١) في نسخة ف : الأنفس .

(٢) العبارة في نسخة ف : وهذا الذي ذكره أبو سعيد بعيد ، لا يصير إليه مجتهد . وهي عبارة غير صحيحة ،

تتناقض مع الكلام الآتي .

(٣) العبارة في نسخة ف : فإنه لا يسمع دعوى .

(٤) ويعبر المالكية عن ذلك باصطلاح الخَلْطَة ، قال ابن جزيء : بعد أن يثبت المدعي أن بينه وبينه خلطة من بيع وشراء أو شبه ذلك ... وقال بوجوب إثبات الخلطة علي بن أبي طالب والفقهاء السبعة ومالك ، خلافاً للشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل ، وقال ابن فرحون : ومن ذلك (الدعوى التي تشهد العادة بكنهها) دعوى الغصب والفساد على رجل صالح لا ينسب إليه ذلك ولا يليق به فلا تسمع تلك الدعوى .

والخلطة : هي أن يشهد اثنان أن المتخاصمين قد تبايعا مرة أو مرتين أو ثلاثاً ، أو يشهدا على تكرار المبايعة والتعامل بين المتخاصمين ، وقال ابن كنانة : يكفي شاهد واحد ، وقال ابن عرفة : الخلطة ترفع بعد توجه الدعوى على المدعى عليه ، أي توجب توجه الدعوى على المدعى عليه ، وعن ابن القاسم : هي أن يبايع إنساناً بالدين مرة أو بالثقة مراراً ، وعن البغداديين : إذا المعتبر كون الدعوى تشبه أن يدعى بها على مثل المدعى عليه ، أو يشبه أن يعامله في مثل ما ادعى عليه به . (انظر : بداية المجتهد : ٢ / ٥١٠ ، شرح حدود ابن عرفة ، الرضاع : ٤٧٢ ، الموطأ : ٤٥٢ ، حاشية الدسوقي : ٤ / ١٤٥ ، تبصرة الأحكام : ١ / ١٢٩ ، ١٣٠ ، ١٩٦ ، ١٩٧ ، ١٩٩ ، مسالك الدلالة : ٣١٦ ، شرح الزرقاني على الموطأ : ٣ / ٣٩٥ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣٢٨ ، وسائل الإثبات : ١ / ٣٥٢ ، ٦٧٥ ، نظرية الدعوى : ١ / ٣٧٢) .

(٥) انظر : الحاوي الكبير ، للماوردي : مجلد ١٣ ق ٤٦ / أ ، مخطوط بدار الكتب المصرية ، برقم ٥٠١ فقه

شافعي .

(٦) اللفظ في نسخة ف : يُقبل .

وجوابه : أن الأمانة سبقت على دعوى الردّ ، والأصل بقاؤها ، فإذا قال : رددت ، قبل قوله ، لبقاء أمانته ظاهراً ، والمالك إذا أنكر الرد يدعي خيانة طارئة على الأمانة التي سبقت ، والأصل عدم الخيانة .

النظر الثاني

في

كيفيتها وصفاتها وشروطها^(١)

[أقسام الدعوى] :

١٥٣ - والدعوى تنقسم : إلى دعوى عين في يد ، وإلى دعوى مال في ذمة^(٢) ، وإلى دعوى حقوق شرعية كنكاح وقصاص وحد قذف وردّ بعيب ، وحق شفعة وغير ذلك ، والعين تنقسم إلى حاضرة في المجلس ، وغائبة عنه ، والغائبة تنقسم إلى منقولة وغير منقولة ، ثم تنوع الدعاوى بعد ذلك إلى دعوى نكاح وقصاص وحدود وغيرها . ونحن نذكرها إن شاء الله تعالى شيئاً فشيئاً .

[الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة] :

١٥٤ - أما الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة فالإشارة إليها تُعني عن صفتها ، وعن ذكر قيمتها ، فليقل : أدعي أن هذه العين ، ويشير إليها ، ملكي ، وهذا الحاضر غضبها مني ، ويلزمه تسليمها إليّ ، وأنا أطلب تسليمها منه ، وأسألك سؤاله ، فَرّه بالتسليم إليّ .

(١) في نسخة ف : في كيفيتها وصفتها وشروطها .

(٢) في نسخة ف : الذمة .

فهذه الألفاظ^(١) كلها متفقٌ عليها، لو نقصَ منها شيءٌ، فيه خلافٌ^(٢).

قال الشيخ أبو علي: لا بدُّ أن يُسأل القاضي مطالبته، فإن لم يسأله، هل للقاضي مطالبته؟ فيه وجهان.

وقال القاضي حسين: يقول له: فُمره بالتسليم إليّ.

وقال الهروي^(٣): قيل: إن اقتراح المدعى على القاضي سؤال المدعى عليه ركنٌ في صحة الدعوى على أصحّ الوجهين^(٤)، وهو مذهب أبي حنيفة^(٥).

وقال في تمة التمة^(٦): إذا قال المدعي في دعواه: يلزمه التسليم إليّ، قيل: لا يكفي، بل لا بدُّ من ذكر الطلب.

(١) في نسخة ف: ألفاظ.

(٢) المهذب: ٢ / ٣٠١.

(٣) أبو سعد، محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي، تلميذ القاضي أبي عاصم، قاضي قمتان، توفي في حدود سنة ٥٠٠ هـ، شرح أدب القضاء للعبادي، وسماه: الإشراف على غوامض الحكومات، كان من الأئمة الفقهاء، والفقهاء الذين ينتسبون إلى هراة كثيرون، منهم أبو عاصم العبادي الهروي، وأبو الفضل الجارودي الهروي، وأبو سعد، والثلاثة اسمهم محمد بن أحمد، ومنهم أحمد بن محمد أبو عبيد الهروي صاحب الغريبين في القرآن والحديث، وقد رجحت أن يكون المقصود أبا سعد، لأن المصنف ذكر في فقرة ٥٦٢ قوله: والهروي في «إشرافه»، وقال في فقرة ٨٧٦: الشيخ أبو عاصم والهروي والبغوي، مما يدل على أن الهروي ليس أبا عاصم، وأن القول الأول يؤكد ما ذهب إليه من كونه صاحب «الإشراف»، انظر ترجمته في (طبقات الشافعية الكبرى: ٥ / ٣٦٥، كشف الظنون: ١ / ٧٣، ١٠٩، تهذيب الأسماء: ٢ / ٢٣٦).

(٤) العبارة في نسخة ف: على الأصح من الوجهين.

(٥) انظر مذهب أبي حنيفة في كتاب (درر الحكم: ٢ / ٣٣١، رد المحتار: ٥ / ٥٤٧، تكملة فتح القدير:

١٤٤ / ٦).

(٦) التمة لأبي سعد المتولي (٤٢٦ - ٤٧٨ هـ) وهو تمة على «الإبانة» لشيخه الفوراني، (انظر: طبقات الشافعية الكبرى: ٥ / ١٠٦ - ١٠٧)، وتمة التمة للشيخ أسعد بن محمود، العجلي، منتجب الدين أبي الفتوح، الأصفهاني الشافعي، المتوفى سنة ٦٠٠ هـ، قال في كشف الظنون: «وعليها الاعتداد في الفتوى بأصفهان قديماً» ثم =

وقال الشيخ أبو نصر : إذا حرّر المدعي الدعوى ، هل يسأل الحاكم المدعى عليه عن الدعوى ، قبل أن يسأله المدعي سؤاله ؟ فيه وجهان .

وقال الشيخ أبو إسحاق : إذا لم يسأل الخصم القاضي مطالبة خصمه ، يجوز للقاضي المطالبة على المذهب ، لأنّ شاهد الحال يدلّ على المطالبة^(١) .

أما إن كانت الدعوى في وديعة فليقل : وأنا أطلب أن يمكنني منها لأخذها ، ولا يقل^(٢) : [٢٥ / ب] وأطلب تسليمها ، ولا : يلزمه تسليمها إليّ ، لأنّ المودع لا يلزمه شيء سوى التمكن من تسليمها .

وإن كانت العين مبيعة ، قال : ابتعت هذه العين منه بكذا ، وأقبضته الثمن ، وأنا أطلب تسليمها منه .

ولا يشترط في صحة الدعوى ذكر شروط صحته ، كقوله ابتعته منه ابتياعاً صحيحاً ، انعقد بإيجاب وقبول عن طواعية واختيار ، على الصحيح من المذهب ، وفيه وجه مخرج من النكاح^(٣) ، أنه لا بد في صحة الدعوى بالبيع من ذكر شروطه ، وتفصيلها ، كالنكاح^(٤) .

= قال : « ولتمة التولي تنامت أخرى لجماعة » ، وذكر صاحب كشف الظنون أن اسم المؤلف أسعد بن محمد ، بدلاً من « أسعد بن محمود » . (انظر : كشف الظنون : ١ / ٤٤ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١٢٨ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣١٥ - ٣١٦) .

(١) المذهب ، له : ٢ / ٣٠١ ، وفي نسخة ف : يدل على طلبه ، وعبارة الأصل تتفق مع عبارة المذهب .

(٢) في نهاية صفحة الأصل : بلغ مقابلة .

(٣) يشترط في دعوى النكاح أن تعيد الدعوى بأنه نكحها بولي مرشد وشاهدين مع رضاها عند اشتراطه ، ولا يكفي الإطلاق على الأصح ، أما في عقد البيع فيكفي إطلاق البيع دون بيان شروطه على الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٥ ، وما بعدها ، شرح المحلى : ٤ / ٣٣٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٢ ، المذهب : ٢ / ٣١١ الروضة :

١٢ / ١٤) وسيأتي بيان ذلك فقرة ١٦٤ / ٢ ، ١٦٥ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : كما في النكاح .

[الدعوى بالعين الغائبة] :

١٥٥ - وإن كانت العين غائبة عن المجلس ، فإن كانت من ذوات الأمثال اقتصر على ذكر الوصف المشروط في السلم^(١) ، وإن ذكر القيمة فهو أكد ، لكن لا يحتاج إليه .

وإن كانت من غير ذوات الأمثال ، كالجوهر ، لزمه ذكر الجنس والنوع وما يشترط ذكره في السلم إن صح السلم فيها .

ثم إن كانت وديعة لم يلزمه ذكر قيمتها ، وإن كانت عارية أو غصباً لزمه تعيين قيمتها ، فإن كانت مبيعة لزمه ذكر الثمن الذي ابتاعها به ، مع الوصف ، ولا يلزمه ذكر القيمة .

[الدعوى بعقار غائب] :

١٥٦ - وإن كانت العين المدعى بها عقاراً غائباً عن المجلس ، فلا بد من ذكر الناحية ، والحدود الأربعة ، ولا يُغني ذكر أحدها عن الآخر ، ولا أن يقتصر أيضاً على بعض الحدود .

هكذا ذكره الماوردي ، (وذكر)^(٢) في البيع أنه لو باعه داراً ، وذكر حدودها الأربعة ، صح ، وإن ذكر حدين لم يصح ، وإن ذكر ثلاثة ففيه وجهان^(٣) ،

(١) يشترط في السلم - بالإضافة إلى شروط البيع - شروط خاصة في السلم فيه ، وهي : أن يكون ذنباً ، وأن يكون مقدوراً على تسليمه عند وجوب التسليم ، وأن يكون معلوم القدر كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً ، وأن تعرف الأوصاف التي يختلف بها الغرض اختلافاً ظاهراً ، كما يشترط تحديد زمان التسليم ومكانه ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٠٤ وما بعدها ، شرح المحلى : ٢ / ٢٤٨ وما بعدها ، المهذب : ١ / ٢٩٧ ، ٢٩٨ وما بعدها) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وذكره .

(٣) قال الشريبي : محل ذكر حدوده كلها إذا لم يعلم بأقل منها ، وإلا اكتفي بما يعلم به منها ، كما يؤخذ مما أفتى به القفال وغيره ، وقال قليوبي : فإن عُرِفَ ببعضها اكتفي به ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٢ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣١١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٥) .

(وهكذا)^(١) ينبغي أن يكون في الدعوى بها .

١٥٧ - ثم عندي أنّ هذا في دار مجهولة عند المتداعيين والحاكم ، (فأما إذا ادعى داراً أو أرضاً)^(٢) يعرفها كل واحد منهم ، وهي مشهورة متميزة بشهرتها عن تحديدها ، فلا يحتاج إلى ذكر حدودها لحصول التمييز بالشهرة عندهم .

[الدعوى بمال في الذمة] :

١٥٨ - أما الدعوى بمال في الذمة ، فإن كان من ذوات الأمثال ، وهو حال^(٣) ، فيلزمه أن يذكر في الدعوى الجنس والنوع والصفة والقدّر ، فيقول : لي على هذا ألف درهم ، من نوع كذا ، ويذكره ، ويذكر أنها صحاح أو مكسرة ، ثم يقول : يلزمه أدائها إلي الساعة ، فرّة ، أيها الحاكم ، بتسليمها إلي ، فأنا مطالبه بذلك ، وأسألك سؤاله ، ولا بدّ من قوله : يلزمه أدائها (إلي)^(٤) الساعة ، لاحتمال كونها مؤجلة ، أو كون المدعى عليه مفلساً^(٥) ، وهو بالخيار في أن يذكر سبب الاستحقاق .

١٥٩ - هذا هو المذهب ، وفيه وجة حكاة الإمام والهروي أنه لا بدّ من ذكر سبب الاستحقاق ، وهو منقاس ، إذ ربيما يكون المدعى عليه أتلّف على

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هكذا .

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : فأما دار أو أرض .

(٣) في نسخة ف : حلال ، وهو خطأ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٥) لا تسمع الدعوى إذا اعترف المدعي بإعسار المدعى عليه ، ولا تسمع دعوى الدين المؤجل ، وإن كان به بينة على الأصح ، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال ، فيضيع المقصود من الدعوى ، ويفوت نظامها ، وفي قول تسمع دعوى الدين المؤجل مطلقا ، سواء كان به بينة أم لا ، ليثبت في الحال ، ويطالب به في الاستقبال ، وقد يموت من عليه فتمجّل المطالبة ، وفي قول ثالث إن كان بالدين المؤجل بينة سمعت الدعوى ، وإلا فلا ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٦) ، وسيأتي ذكر هذه الأقوال في نص الكتاب في الفقرات التالية .

المدعي الذمي خماً أو كلباً ، فيعتقد المدعي استحقاقه لقيته في ذمته ، والحاكم لا يرى ذلك ، والناس مختلفون في ثبوت [٢٦ / أ] القيم في الذم مُقابلةً المضمونات ، كاختلافهم في سبب الجرح .

ولا خلاف عندنا أن الجرح لا يُقبل إلا مُفسراً ، فكذا هذا ، فليقل : لي في ذمته درهم من ثمن مبيع سلمته إليه ، أو قرضاً في ذمته ، أو قيمة ثوب أتلفه ، (أو ما)^(١) ضاهى هذا .

وذكر بعض أصحابنا وجهاً (أن بينة المدعي)^(٢) ، إن كانت شهدت على إقرار المدعى عليه بالدين ، فلا بد أن يُضيفَ إلى دعواه إقرار المدعى عليه ، لتطابق شهادة البينة بعض دعواه ، وهو بعيدٌ .

[الدعوى بالدين المؤجل] :

١٦٠ - هذا كله في الدين الحال ، أما الدين المؤجل ، فلا تُسمع الدعوى به على أصح الوجوه الثلاثة عند الإمام ، والوجه الثاني : لا تُسمع مطلقاً ، والثالث : تُسمع لغرض التسجيل ، إن (كانت)^(٣) له بينة ، وعند غيره خلافٌ مطلق لا اختيار فيه .

والقياس أنه لا تُسمع ، إذ لا مطالبة الآن ، إلا أن بعض الحكماء يرى جواز إثباته قبل حلوله طلباً للتسجيل ، وحفظاً للحق عن الضياع ، لا سيما عند طول الأجال .

١٦١ - وإن كان بعض الدين حالاً ، وبعضه مؤجلاً ، رأيت بعض الحكماء يُثبتُه لأجل الحال .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وما .

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : أن البينة للمدعي .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

وكان عندي فيه ترددٌ ظاهرٌ ، لعدم العثورِ على النقل ، إلى أن رأيت^(١) الماوردي صرحَ بجواز الدعوى به ، قال : تكون له الدعوى بالمؤجل تبعاً للحال ، وهو حسنٌ ، إلا أن فيه نظراً من حيث أن الدين ، إذا كان ألفاً ، والحال منه درهمٌ واحد ، فكيف يَسْتَتِيعُ الدرهم الواحد الباقي المؤجل^(٢) ؟ ثم قال بَعْدَهُ : فلو كان الدين المؤجلُ وجبَ بعقد ، وقصد المدعي به بدعواه تصحيح العقد ، كالمسَلَّم فيه المؤجل ، صحت دعواه ، لأن المقصود (منه)^(٣) مستحق في الحال . هذا كلامه ، وهو حسن^(٤) .

ويلزم على مُساوَقَتِهِ^(٥) ، إذا كان الدين مؤجلاً ، بعقد بيع ، بأن باعه سلعةً بثمنٍ مؤجلٍ في الذمة ، وسلم السلعة إلى المشتري ، فلبائع الدعوى بالثمن المؤجل ، والحالة هذه ، لأنه ينبغي تصحيح العقد بالدعوى .
وهكذا في نظيره في الإجارة .

١٦٢ - فإن صحَّ ما ذكره الماوردي في مسألة السَلَم ، وصحَّ ما ذكرناه في مسألتي البيع والإجارة قولاً واحداً ، ارتفع الخلاف في الدعوى بالدين المؤجل ، لأن الدين لا يثبت مؤجلاً في الذمم قط ، إلا ببيع أو إجارة^(٦) ، أو سَلَمٍ أو نكاح ، أما القروضُ وقِيمُ المُتَلَفَاتِ ، وما يجبُ من ضمانِ الحيلولة في الغصب ، لا يجبُ إلا حالاً .

(١) في نسخة ف : وجدت .

(٢) محل الاستبعا عند الإطلاق ، ولا يضر كون الكثير تابعاً للقليل للحاجة إليه ، (انظر : معنى المحتاج :

٤٦٨ / ٤ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى : ٤ / ٣٣٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٦) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : به .

(٤) نقل الخطيب الشربيني رأي الماوردي في (معنى المحتاج : ٤ / ٤٦٨ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٣٧ ، حاشية

البيجيري على الخطيب : ٤ / ٣٣٨) .

(٥) العبارة في نسخة ف : ويلزمه فيه على سياقه .

(٦) العبارة في نسخة ف : إلا بيعاً أو إجارة .

نعم ، دية قتل الخطأ لا تثبت^(١) على العاقلة إلا مؤجلة ، وإن كان
الموردي لا يجوز ثبوت الدعوى بالدين المؤجل قولا واحداً ، إلا في مسألة
السلم فقط ، دون البيع والإجارة والنكاح ، ففي الفرق عسر مع إمكانه .

[الدعوى بغير المثلي] :

١٦٣ - أما إذا كان الحق الثابت في الذمة غير مثلي ، كالثياب والعبيد
والحيوانات ، [٢٦ / ب] وما يصح السلم فيها ، فإذا ادعى بها ، وكان ثبوتها
بعقد سلم ، فلا بد من ذكر عقد السلم في الدعوى ، وذكر صفاتها المعتبرة في
صحة السلم ، فإن لم يذكر أنها عن عقد سلم لم تصح دعوى أعيانها ، لأنها قد
تكون مفسوبة فوجب عدم قيمتها^(٢) ، فيلزمه مع ذكر الصفة ذكر القيمة .

[ذكر الأوصاف في الدعوى] :

١٦٤ - وإن كان ثبوتها (لا)^(٣) بعقد سلم كالإبل المستحقة في الدية ،
والغرة في الجنين ، فلا يشترط ذكر صفتها في الدعوى ، لأن أوصافها مستحقة
بالشرع ، (وإنما)^(٤) يعتبر في صحتها شروط ثلاثة .

أحدها : ذكر أنها عن جناية عميد أو خطأ .

والثاني : أنها جناية على حر .

(١) في نسخة ف : لا تجب .

(٢) لأن الواجب رد العين ، والعبارة في نسخة ف مختلفة : وإن لم يذكر عن أنها عن عقد سلم لم تسمع دعواه ،
وتكون مفسوبة بموجب عشر قيمتها .

(٣) الكلمة من هامش الأصل ، وهي تصحيح واستدراك من الناقل كما يفهم من عبارته في الهامش : لعله لا ،

وفي نسخة ف : بغير عقد .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإنما .

والثالث : أنها جنايةٌ نفسٍ أو طرفٍ ، أو جراحٌ^(١) (دية)^(٢) مقدرةٌ بالشرع ، كالموضحة والجائفة^(٣) .

وأما الجناية التي لا أرض^(٤) لها مقدرٌ بالشرع ، فيقتصر^(٥) في الدعوى بها على صفة الجناية ، من غير تقدير أرضٍ لها ، لأنّ تقديره إلى الحاكم .

وفي الغرة^(٦) يذكرُ أن المجهضة^(٧) حرّة ، وأما الجناية على العبد ، فيذكر في الدعوى بها قدر قيمة العبد ، وكذا في جنين الأمة .

إ دعوى النكاح والبيع | :

١٦٤ / ٢ - أما دعوى النكاح والبيع ففي سماع الدعوى المطلقة فيها ثلاثة

أقوال .

(١) الجراح بالكسر جمع جراحة ، وجرحه كمنعه ، والاسم الجرح بالضم جمع جروح ، وقلّ أجراح ، (القاموس المحيط : ١ / ٢١٧ ، تصحيح التنبيه ، للنووي : ١٣٦) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : دية .

(٣) الموضحة : الشجة التي تبدي وضح العظام أي يياضه ، والجائفة طعنة تبلغ الجوف ، (القاموس المحيط : ١ / ٢٥٥ ، ٣ / ١٢٥) ، وانظر أحكامها الشرعية وآراء الفقهاء فيها ، ومقدار الدية في كل منها كتاب (التميزر ، للدكتور عبد العزيز عامر : ١١٨ ، ١٢٥ ، وتصحيح التنبيه : ١٢٨) ، وقال النسفي : الموضحة التي تقطع السحاق ، وتوضح العظم ، أي تبينه ، (طلبه الطلبة : ١٦٥) .

(٤) الأرض اسم للمال الواجب على ما دون النفس ، كما عرفه الجرجاني في (التعريفات : ١١) ، وصاحب دستور العلماء : ١ / ٧٥) ، ويطلق على ضمان الجروح التي لم يقدر لها دية محددة شرعاً ، وإنما يترك تقديره إلى القاضي ، ويسمى عند الفقهاء أيضاً الحكومة ، (انظر : التنبيه : ١٣٩) ، وقال النسفي في (طلبه الطلبة : ١٦٦) : الأرض دية الجرح ، وفي (القاموس : ٢ / ٢٦٢) : الأرض الدية ، وما نقص العيب من الثوب ، لأنه سبب للأرض والحصومة .

(٥) اللفظ في نسخة ف : فيفتقر .

(٦) الغرة : هي النسمة من الرقيق ، ذكراً كان أو أنثى ، قال ابن قتيبة وغيره : سميا بذلك لأنها غرة ما يملكه الإنسان ، أي أفضله ، وأشهره ، وغرة كل شيء خياره ، والغرة : هي العبد أو الأمة ما بين سبع سنوات والعشرين ، يدفع دية للجنين ، فإن عرفت الغرة فخمس من الإبل في أصح القولين ، وقيمة الغرة عشر قيمة الأم ، فالغرة في الشرع بدل الجنين ، (انظر : التنبيه ، للشيرازي : ١٢٨ ، ١٤٠ ، تصحيح التنبيه ، النووي : ١٣٧ ، دستور العلماء : ٣ / ٤ ، المصباح المنير : ٢ / ٦٠٨) .

(٧) الإجهاض : الإسقاط ، والمجهضة : هي التي أسقطت جنينها بسبب من الأسباب ، (انظر : تصحيح

التنبيه : ١٣٦) .

في الثالث : الفرق بين النكاح والبيع ، فيشترطُ في النكاح دون البيع^(١) ، ثم قيل : في النكاح تفصيل آخر ، وهو أنه إن قال : تزوّجتها ، فلا بُدَّ من التفصيل ، وإن قال : هي زوجتي ، فلا يحتاج ، وهذا الفرق ضعيف ، والتفصيل أصحُّ في النكاح ، وصورته في النكاح أن يقولَ : أدعي أن هذه المرأة زوجتي ، تزوّجتها بولي مُرشدٍ ، وشاهدي عدلٍ ورضاها^(٢) ، على صداقٍ معلومٍ (صحيح)^(٣) ، مبلغه كذا (وكذا)^(٤) ، وقد أحضرته لتسلمه مني ، وتسلّم نفسها إليّ ، وأطلب منها ذلك ، فمُرّها أيها الحاكم بتسليم نفسها إليّ ، فيتعرّضُ لتفصيل العقد ويذكر رضاها ، إن كان المزوَّج لها غير مجبرٍ ، وإن كان مُجبراً فيتعرّضُ لذكر المزوَّج ، وهو الأب أو الجدُّ ، ويتعرض للأهلية في حق الزوج والزوجة .

ويقولُ في البيع : اشتريتُ هذه السلعةَ ، ويشيرُ إليها ، إن كانت حاضرةً ، ويصفُها إن كانت (غائبة)^(٥) ، من هذا الحاضر ، ويشيرُ إليه ، وهو جائزُ التصرفِ في ذاك ، شراءً صحيحاً شرعياً ، بثمنٍ جملته كذا وكذا ، وسلمتُ الثمنَ إليه ، أو قد أحضرته الآن ليتسلمه ، ويُسلّم إليّ المبيعَ ، وأنا أطلبُ ذلك ، وإلزامه به ، وأسألُ سؤاله عنه ، فمُرّه بذلك ، فهذه هي الدعوى المفصلة .

الدعوى المطلقة | :

١٦٥ - والدعوى المطلقة هي ذكرُ البيع والثمن ، أو النكاح والصداق ، من

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣١١ ، الروضة : ١٢ / ١٤ .

(٢) وهذا ما نص عليه الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٣٨) ، وانظر : الروضة : ١٢ / ١٤ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط في الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كذا ، بدون واو .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مغيبة .

غير تفصيلٍ ، وذكر الطواعية في العاقد ، ونفي الكراهة ليس بشرطٍ في البيع والنكاح ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه^(١) ، [٢٧ / أ] وكذا لا يُشترط نفي المُفسدات في النكاح ، من ردةٍ وعدةٍ ورضاعٍ ، فإن ذلك يَنفيه قوله : تزويجاً صحيحاً ، ولا خلاف أن دعوى القصاص ، لا بدّ فيه من التفصيل ، لخطر الدماء^(٢) ، ولا يخفى كيفيته .

١ دعوى المرأة الزوجية :

١٦٦ - وهذا كله إذا ادعى الرجل زوجية المرأة ، أمّا إذا ادعت المرأة الزوجية على رجل^(٣) ، فإن ذكرت في دعواها طلب النفقة ، أو المهر ، سُمِعَتْ ، وإن اقتصرَت على مجرد دعوى الزوجية ، ففي سماعها وجهان^(٤) .

١٦٧ - ثم مهّمها صحت دعوى الرجل على المرأة بالنكاح مُفصلة ، فأقرتُ بصحة دعواه ، هل يشترطُ في صحة إقرارها به تفصيل النكاح ، كما يشترط تفصيل الدعوى على الأصح ؟ فيه خلافٌ ، الأصحُّ : أنه لا يشترطُ ، وهكذا إذا أقرَّ الرجلُ بالنكاح الذي ادعت به المرأة وفصلته ، هل يشترطُ في صحة إقرار الرجل به تفصيله ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما لا يشترطُ .

وحكمُ دعوى البائعِ الثمنَ على المشتري ، حكمُ دعوى المشتري المبيعَ على

(١) الأم : ٦ / ٢٣٨ ، ونصّ الشافعي في الأم هو : « وإذا ادعى رجل أنه نكح امرأة لم أقبل دعواه ، حتى يقول : نكحتها بولي وشاهدين عدلين ورضاها » ، وانظر : الروضة : ١٢ / ١٤ .

(٢) انظر : الروضة : ١٢ / ١٣ .

(٣) في نسخة ف : الرجل .

(٤) تفيد عبارة الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٣٩) ، أن دعواها صحيحة ، وتُطلب منها البينة ، فإن لم تحضرها حلف الرجل وبرئ ، وعبارته : وهكذا لو ادعت عليه المرأة النكاح ، وجدد ، كلفت المرأة البينة ، فإن لم تأت بها أحلف ، فإن حلف برئ ، وإن نكل ردت البين على المرأة ، وقلت لها : احلفي ، فإن حلفت ألزمته النكاح ، وانظر : الروضة : ١٢ / ١٥ .

البائع ، وكذلك دعوى المتأجرين^(١) ، ولا يخفى حكمة وتنزيله على ما مضى .

إ دعوى الحقوق | :

١٦٨ - وأما دعوى الحقوق ، كالتقصاص وحد القذف والردّ بالعيب والشفعة والغصب والقيّم ، فلا تخفى على الفقيه ، وسندكُر إن شاء الله تعالى في أواخر الشهادات فصلاً في الشفعة وحققتها ، والدعوى بها ، والشهادة بها إن شاء الله تعالى^(٢) .

إ الدعوى بالمجهول | :

١٦٩ - واعلم أنّ أصحابنا كلهم قالوا : لا تصحّ الدعوى بالمجهول ، ولا تُسمع^(٣) . ثم استثنى بعضهم الدعوى بالوصية فقط^(٤) ، وبعضهم استثنى الوصية والإقرار^(٥) ، ونحن ننقل ما ذكره^(٦) مفصلاً ، ثم نعقبه بما نختاره (من ذلك)^(٧) إن شاء الله تعالى .

قال الماوردي : لا تصحّ الدعوى فيما عدا الوصية إلا معلومةً ، وتجوز

(١) في نسخة ف : المتأجرين ، ولفظ الأصل أم فيشمل المتأجرين والمؤجرين .

(٢) فقرة ٣٥٤ وما بعدها ، وانظر في الحاشية : مسائل في الشفعة ، فقرة ٨٧٩ وما بعدها .

(٣) يقول الزميل الدكتور محمد نعم ياسين في رسالته (نظرية الدعوى : ١ / ٢٤١) : يكاد الفقهاء يتفقون على

أنه يشترط في الدعوى معلومية المدعى به ، حتى تكون الدعوى معتبرة شرعاً ، أ . هـ . فلا تسمع دعوى المجهول ،

(انظر : المراجع التي أشار إليها ، ومعني المحتاج : ٤ / ٤٦٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٠) .

(٤) المهذب ، الشيرازي : ٢ / ٣١١ .

(٥) قال العلامة قليوبي في (حاشيته على شرح الهلي : ٤ / ٣٣٦) : استثنى من ذلك مسائل تسمع فيها الدعوى

بالمجهول للضرورة كوصية وإقرار ودية وغرة وفرض مهر ومتمعة وحكومة ورضخ ونفقة وكسوة وحق إجزاء الماء في

أرض جددت .

والواقع أن هذه الأمور ليست مجهولة ، وإنما يناط تقديرها أصلاً بالحاكم ، وأنماط الشارع تقديرها له بحسب

الظروف والأحوال واختلاف الأشخاص والصفات .

(٦) في نسخة ف : ما قالوه .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

دعوى الوصية مجهولة ، لأنه يجوز أن يملكها مجهولة ، فإن قيل : لو أقرَّ
بمجهول جاز ، فهلاً جاز أن يدعي مجهولاً ؟ قيل : الفرق بينهما ، لأنه قد
تعلق بالإقرار حقّ لغيره ، فيلزم بالمجهول ، خيفة إنكاره ، ولم يتعلق بالدعوى
حقّ لغيره^(١) .

هذا كلامه ، وهو مُصْرَحٌ باستثناء الوصية فقط ، ثم أخذَ يفرِّق بين قبول
الإقرار بمجهولاً ، وبين عدم الدعوى به ، ولم يُفرِّق بين صحة دعوى الوصية
بالمجهول ، وبين عدم صحة دعوى الإقرار بالمجهول ، مع صحة الوصية بالمجهول ،
وصحة الإقرار بالمجهول ، فترك ما ينبغي ذكره ، وذكر ما لم يُحتج إليه في
هذه المسألة .

إ دعوى الوصية :

١٧٠ - وقال الإمام : قال العلماء : الدعوى على الجهالة مردودة ، إلا
دعوى الوصية ، فإنها تُقبَل مع الجهالة ، لأنّ الوصية بالمجهول صحيحة ، ثم
الرجوع في (تفسيرها)^(٢) إلى الورثة ، فإذا صحّت الوصية كذلك ، صحَّ
ادعاؤها [٢٧ / ب] على وجه صحتها إنشاءً .

وقال القاضي : الذي أراه أنّ دعوى الوصية المجهولة مردودة ، لأنّ
الوصول إلى إعلام الموصى به ممكن بمراجعة الورثة ، وإذا أمكن ذلك
(فليقدم)^(٣) الإحاطة به ، ثم يربط دعواه بعلوم .

قال الإمام : والوجه عندنا ما ذكره الأصحاب ، لأنّ الموصى له إذا قال :

(١) الحاوي ، له : ١٣ ق ٤٩ / أ ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣١١ ، حاشية البجيرمي على الخطيب : ٣ / ١١٥ ،

مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تفسيرها .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فليقدم .

إِنْ فَلَانًا قَالَ : أوصيتُ لفلانِ بشيءٍ ، وأنا أدعي ثبوتَ هذه (اللفظة)^(١) ، ثمَّ
أُتعتُ^(٢) بعدها ، لم يمتنع عليه ذلك ، وإنما تُفرضُ الدعوى عند جحود الوارث
أصلَ الوصية ، وإنما يعرف التعيين منه ، إن لو اعترف بأصلِ الوصية .

الإقرار بمبهم |

١٧١ - ثم قال الإمام بعدَ هذا : مَنْ أقرَّ بشيءٍ مبهمٍ^(٣) ، حُبسَ المقرُّ حتى
يفسره إذا امتنع ، هكذا قال الأصحاب^(٤) ، ومنهم من قال : لا يُحبس لامتناعه
عن تفسيره^(٥) ، لكن يقال للمقرِّ له : ادَّعِ عليه حقاً معلوماً ، فإن أقرَّ به أخذَ
منه ، وإن أنكرَ حُلفَ ، وإن قالَ : لستُ أدري ، كان إنكاراً منه ، فإن أصرَّ
عليه بعد عرض اليقين عليه ، جعلناه ناكلاً ، ورددنا اليقين على المدعي ، هذا
كلام الإمام .

١٧٢ - قلتُ أنا : فينبغي أن يكونَ سماعُ دعوى الإقرار بالمجهول مرتباً
على حَبسِهِ إلى (أن يُفسرَ)^(٦) تفسيره ، أو عدم حَبسِهِ ، فإننا إن قلنا : إنه
يُحبس حتى يقرَّ ، استفاد المقرُّ له المدعي بإثبات اللفظة المُبهِمة التي أهدمها
المقرِّ ، والدعوى بها أن يشهد الشاهدان بما سمعاه من لفظه المُبهِم ، ثم يطالبه
ببيانها ، فإن امتنع حَبسَهُ ، فعلى هذا ينبغي سماعُ دعواه بالإقرار بالمجهول ،
وإن قلنا : إن المقرِّ لا يُحبسُ إذا لم يفسر ، ويكلفُ المقرُّ له بيانَ قدرٍ
يدعيه ، فينبغي أن لا تُسمع دعوى الإقرار بالمجهول ، إذ لا فائدةَ منها ، إذا آل
الأمرُ إلى تكليفِ المقرِّ له ذكرَ قدرٍ معينٍ ، والدعوى به ، وهذا ظاهرٌ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : اللفظة .

(٢) أي أصف ، وفي نسخة ف : أبحث .

(٣) قال السبكي : والمبهم كأحد العبدتين في معنى المجهول ، (مغني المحتاج / ٢ / ٢٤٧) .

(٤) حاشية البجيرمي على الخطيب : ١١٥ / ٤ .

(٥) المهذب / ٢ / ٣٤٨ ، قال الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٢٤) : « ولا يحسه » . وفي نسخة ف : من تفسيره .

(٦) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

ثم قال الإمام : إذا فسّر المقر الشيء أو المال بتفسيرٍ مقبول ، فقال المقر له : لم تُردِّ بلفظك ما أظهرته ، وإنما أردت به أكثر منه ، قال المحققون : لا يُقبلُ من المقر له هذا ، لأنه نزاعٌ في إرادةٍ ، فالوجهُ أن يقول له المقر له : قد فسرتَ إقرارك بدرهم ، ولي عليك عشرةٌ ، وأنت أردتَ بالشيء عشرةً ، فيتَّجهُ كلامه إذن ، فيحلفُ المقرُّ بالله لا تلزمني التسعةُ الزائدةُ ، ولم (أردُ بالشيء) ^(١) إلا درهماً .

ومن أصحابنا من قال : تُقبلُ دعوى المقر له في الإرادةِ المجردةِ على خلاف ما أبدى المقر ، وهو ضعيفٌ ، لا أصل له ، (يُلتفت على أصل) ^(٢) ، وهو أن من رفعَ خصمه إلى القاضي ، وقال : أدعي أنه أقر لي بألف ، هل يُسمع ؟ فيه خلافٌ ، الأصحُّ أنه لا يُسمع ، هذا ما ذكره الإمام .

وقال البغويُّ : إذا ادعى على رجلٍ ، أنه أقر له بشيء ، ولم يُبين ، لم تُسمع الدعوى [٢٨ / أ] مجهولةٌ إلا في الوصية ، إذا ادعى أن فلاناً أوصى (له) ^(٣) بشيء ، ولم يُبين ، تُسمع ، وتُسمع شهادةُ الشهود بذلك .
وقال الشيخ أبو إسحاق : لا تُسمع دعوى المجهولِ إلا في الوصية ^(٤) .
فهذا ما ذكره من خصص بالوصية فقط .

[الدعوى بالإقرار المجهول] :

١٧٣ - أما من ألحقَ الإقرارَ بها ، فقال القاضي أبو الطيب في « تعليقه الكبير » ، لا تُسمع الدعوى مجهولةٌ إلا في الإقرار والوصية ، لأن الوصية

(١) ما بين القوسين مكرر في هامش الأصل .

(٢) ما بين القوسين ساقط من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لي .

(٤) المهذب : ٢ / ٣١١ ، وسوف يكرر المصنف هذه المسائل في خاتمة الكتاب ف ٨٤٤ .

بالشيء المجهول تصح ، فكذا الإقرار بالشيء المجهول يصح ، فكما لم تمنع الجهالة صحتها ، لم تمنع سماع الدعوى بها ، ونقله الشيخ أبو نصر بن الصباغ كذلك ، فقال لا يسمع الحاكم الدعوى إلا مُحَرَّرَةً إلا في الوصية والإقرار ، وإنما صحت الدعوى مجهولة في الوصية ، لأنها تصح مجهولة ، لأنه لو وصى له بشيء ، أو سَهَّم تصح ، فلا يُمكنه أن يدَّعيها إلا مجهولة ، وكذلك الإقرار لما صحَّ أن يُقرَّ بمجهول ، صحَّ أن يدعي عليه أنه أقر له بشيء مجهول ، هذا ما ذكره الإمامان^(١).

وقال القاضي حسين في « تعليقه » : لا تُسمع الدعوى إلا معلومة إلا في الوصية ، ولم يزد على هذا .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : دعوى المجهول لا تُقبل إلا في موضعين :

أحدهما : الوصية يدَّعي بها على الورثة أن الميت وصى له بشيء ، أو بدابة من ماله ، لأنه يُمكن إثبات ذلك بالبينة ، وكل ما أمكن إثباته بالبينة سُمعت الدعوى فيه .

والثاني : الإقرار ، فتسمع دعوى الإقرار مجهولة ، لأنه يصح مع الجهل .

وقال الشيخ ابن (أبي)^(٢) عَصْرُونَ^(٣) : قال في « المهذب » : لا تصح ،

(١) الإمامان أي السابقان بالذكر وهما أبو الطيب وأبو نصر ، وقد ورد مثل ذلك سابقاً .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) عبد الله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر بن أبي عَصْرُونَ بن أبي السري ، أبو سعد التميمي الموصل ، القاضي شرف الدين ، نزيل دمشق ، وقاضي القضاة بها ، وعالمها ورئيسها ، تفقه ببغداد ، وتوجه إلى واسط ، ثم نزل دمشق سنة ٥٧٠ هـ ، فولي القضاء بها سنة ٥٧٢ هـ ، وكان من أعيان الأمة وأعلامها ، عارفاً بالمذهب الشافعي وبالأصول والخلاف والتحقيق الفقهي ، وكان ديناً خيراً متواضعاً ، له تصانيف كثيرة ، وبنى له الملك نور الدين المدارس بجلب وحما وحمص وبعليك ، وبنى لنفسه مدرستين بدمشق وحلب ، ومن كتبه صفة المذهب على نهاية =

دعوى المجهول إلا في الوصية^(١)، قلت : والإقرار في معناها ، لأنه يصح الإقرار به ، وإقامة البينة عليه ، فتصح دعواه كالوصية ، هذا كلامه .

١٧٤ - والذي عندي في هذه المسألة أن الدعوى بالوصية بالمجهول تصح ، لأنها إنشاء لا يمكن الموصى له تعيين شيء أبهمه الموصي المنشيء ، وهل تصح الدعوى بالإقرار بالمجهول ؟ فيه وجهان مبنيان على جواز حبس المقر إذا امتنع من التفسير ، فإن جؤزنا حبسه صحت الدعوى ، وإلا فلا .

والفرق بين الإقرار والوصية أن الوصية إنشاء ، والإقرار إخبار عن حق سبق وجوبه ، (وللمقر^(٢)) له طرق إلى معرفته ، فيبينه ويدعيه مبيناً ، بخلاف الإنشاء ، وقول الشيخ أبي علي : كل ما صح إقامة البينة به صحت الدعوى به ، يبطل بدعوى الإقرار المجرد ، فإن إقامة البينة به صحيحة بلا خلاف ، والأصح (أنه^(٣)) لا تسمع الدعوى به مجرداً ، والله أعلم .



= المطلب في سبع مجلدات ، وكتاب الانتصار في أربع مجلدات ، والمرشد في مجلدين ، والذريعة في الشريعة ، والتيسير في الخلاف ، وفوائد المذهب ، وكتاب الموافق والمخالف ، عمي في آخر عمره ، وصف في جواز قضاء الأعمى ، ولد سنة ٤٩٢ هـ بالموصل ، وتوفي بدمشق سنة ٥٨٥ هـ ، ودفن بمدرسة العسرونية ، وقال في « كشف الظنون » : توفي سنة ٥٩٥ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٢ / ٢٥٩ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٧ / ١٣٢ ، كشف الظنون : ١ / ٥٦١ ، البداية والنهاية : ١٢ / ٣٣٣ ، النجوم الزاهرة : ٦ / ١٠٩ ، نكت الهميان : ١٨٥) .

(١) المذهب : ٢ / ٣١١ ، وعبارته : « لا تصح دعوى مجهول في غير الوصية ، لأن القصد بالحكم فصل الحكومة والتزام الحق ، ولا يمكن ذلك في المجهول » .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فللمقر .

(٣) في نسخة ف : أنها .

النظر الثالث

في

جواب المدعى عليه

وهو ينقسم إلى إقرار وإلى إنكار وإلى سكوت .

القسم الأول : الإقرار بالمدعى به [٢٨ / ب] :

١٧٥ - فلا يخفى صريحه^(١)، فتى أقر به حكم عليه بموجبه ، فلو قال : لي من هذه الدعوى مخرج ، فليس بإقرار ، وكذا إذا قال : عندي المخلص منها ، أو البراءة منها ، أو أنا بريء من هذا المال ، لا يكون إقراراً .

ولو قال : أبرأني عن هذا المال كان إقراراً على المذهب الصحيح .

وحكى الهروي عن ابن القاص^(٢) قولاً : أنه لا يكون إقراراً ، وهو بعيد .

ولو قال أبرأني عن هذه الدعوى لا يكون إقراراً ، وهل تسمع دعواه حتى يخلف المدعي أنه ما أبراه عن هذه الدعوى ؟ فيه وجهان ، قال صاحب

(١) في نسخة ف زيادة طويلة ، ولا تتفق مع الكلام ، وهي : أما دعوى الحقوق كالتقصاص وحد التذنب والرد بالعب والشفعة والغضب والقيم فلا يخفى على الفقيه ، وسنذكر إن شاء الله تعالى آخر الشهادات (٤١ / ب) فضلاً في القيمة وجنسها والدعوى بها والشهادة بها إن شاء الله تعالى . وهذه الزيادة مرت في الأصل صفحة ٢٠١ ف ١٦٨ .

(٢) أبو العباس ، أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص الطبري الفقيه الشافعي ، كان إمام وقته في طبرستان ، صنف كتباً كثيرة منها التلخيص وأدب القاضي والمواقيت والمفتاح وغير ذلك ، وقد شرح التلخيص عبد الله الحتن ، والشيخ أبو علي السنجي ، وهو كتاب صغير ، وكذلك الغزالي ، وتصانيفه صغيرة الحجم كثيرة الفائدة ، سافر حتى انتهى إلى طرسوس ، وقيل إنه تولى القضاء بها ، وكان كثير الوعظ ، مات مغشياً عليه عند وعظه وذكر الله تعالى سنة ٣٣٥ وقيل ٣٣٦ هـ بطرسوس . (انظر : وفيات الأعيان : ١ / ٥١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٥٩ ، طبقات الفقهاء : ١١١ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٢٩٤ : البداية والنهاية : ١١ / ٢١٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٥٢) .

« التلخيص » : يَخْلَف ، لأنه لو أقرَّ بأن لا دعوى له عليه بَرىء .

وقال الشيخ الإصطخريُّ والقَفَّال (وغيرها)^(١) : لا يَخْلَف لأنه منكرٌ

دعواه .

فإذا ادعى أنه أبراه ، فقد ادعى الصلحَ على الإنكار ، فلا تسمعُ دعواه ، ولو قال المدعى عليه : أبرأني من هذا المالِ المدعى به ، فهو إقرارٌ به على المذهبِ الصحيح .

وحكى الهرويُّ قولاً عن ابن القاص : أنه ليس بإقرار ، فإذا قلنا : إنه إقرارٌ ، فلو قال : يَخْلَف أنه ما أبرأني منه ، فالمذهبُ أنَّه (لا يطالبُ به)^(٢) حتى يحلفَ المدعي .

وقال القاضي حسين : بل يقال له : أدِّ المالَ إلى المدعي ، ثم ادَّعِ البراءة ، فإنها دعوى جديدةٌ ، ولو قال المدعى عليه ، والمدعى به عينٌ ، اشترت منه هذه العين ، فهذا اعترافٌ له بالملك ، فإن كانت له بينةٌ حاضرةٌ ، لم تُزلْ يده على أحدِ الوجهين ، وهو مذهبُ الصيْدلانيِّ ، بل تسمعُ البينةَ في الحال بالشراء ، وعند القاضي حسين تُزالُ يدهُ في الحال ، وللمدعي أن يقول (له)^(٣) : انتهت الخصومةُ بإقرارك لي ، فسلمَّ إليَّ ، ثم افتتح مخاصمةً ودعوى^(٤) .

فعلى مذهبِ الصيْدلانيِّ ، لو قال : لا تُزِيلوا يدي ، وأمهلوني ثلاثة أيام ، لأقيمُ البينةَ على الشراء ، فلا خلافَ أنه لا يُمهَل ، وهكذا في دعوى الإبراء

(١) الكلمة من عندي ، وفي الأصل : وغيرها . وهو تصحيف ، والكلمة ساقطة من نسخة ف .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا يطالب به .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وهو ساقط من الأصل .

(٤) العبارة في نسخة ف : ثم افتتح خصومة مخاصمة ودعوى .

بالدين^(١)، ومسائل الإقرار معروفة، فلتطلب من بابها، والكلام هنا في إقرار
يؤاخذ المقر به .

[الإقرار المركب] :

١٧٦ - ولو قال : استحق في ذمته ألفاً من قرض ، فقال المدعى عليه
مُجيباً : يستحق علي ألفاً ، ولكن من ثمن مبيع ، أو قبة متلف ، هل يستحق
الألف ؟ فيه وجهان ، الأصح نعم .

القسم الثاني : (الإنكار)^(٢) :

١٧٧ - وصورته أن يدعى عليه عشرة دراهم مثلاً ، فإذا قال مُجيباً :
لا تلزمني هذه العشرة ، ولا شيء منها ، أو لا يلزمني تسليم عشرة دراهم إليه ،
ولا شيء منها ، أو ما^(٣) يستحق علي عشرة دراهم ، ولا شيئاً منها ، فكل ذلك
جواب صحيح ، ولا بد أن نقول في الجواب : ولا شيئاً منها على الأصح .

وقال القاضي حسين : لا يحتاج المنكر في الإنكار أن يقول : ولا شيء
منها ، بل ذلك [٢٩ / أ] يكون في اليمين .

وليس بصحيح ، لأن مدعي العشرة مدع بكل جزء منها ، فلا بد من
نفي جميع ما يدعى عليه ، أو الإقرار بجميعه ، أو إنكار بعضه ، والإقرار
ببعضه^(٣) .

(١) العبارة في نسخة ف : وهكذا إذا ادعى الإبراء في الدين .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإقرار ، وهو خطأ .

(٣) في نسخة ف : لا .

(٤) وهو ما أيده النووي رحمه الله تعالى . (انظر : الروضة : ١٢ / ٢٠) .

[نفي النتيجة ، لا السبب] :

١٧٨ - ولو قال : أدعي على رجلٍ ثمن مبيع ، أو أجرة مُستأجرٍ ، أو قيمةً متلفٍ ، لم يُكَلَّف المَدعى عليه في الجوابِ نفيَ الشراء والإجارة والتلف ، بل يكفي قوله مُجيباً : لا يلزمني تسليم (ما ذكره)^(١) ، ولا تسليم شيءٍ منه ، أو لا يستحقُّ علي ما ذكر ولا شيئاً ، لأنه ربّما جرى ذلك حيث لا يلزمه شيءٌ ، بأن جرى البيعُ والشراءُ ، وقبضُ (الثمن أو قبضُ)^(٢) المبيع ، ثم أبرأه البائع من الثمن ، أو برئت به ذمته بحوالةٍ أو مقاصةٍ ، أو غير ذلك^(٣) ، وهكذا في الإجارة ، (فلا)^(٤) يكلف نفيَ الاستئجار ، ولا نفيَ الانتفاع ، لما ذكرناه ، وفي التلف يمكن أن يكون بإذن المالك ، فلو كُلف نفيَ هذه الأشياء في الجوابِ ، لكان كاذباً في نفيها ، مع علمه بوقوعها ، ولا يرى الكذب ، فيؤدي إلى اعترافه بوقوعها منه ، فيكون اعترافاً منه بجرى السبب في حقه ، فيلزمه الثمن والأجرة والقيمة ، ولا يقبلُ قوله في البراءة بعد ذلك إلا بينة ، وربّما تعذّر عليه إقامتها^(٥) .

[اليمين على النتيجة ، لا السبب] :

١٧٩ - فلو أنّه في الجوابِ نفي ما ادّعيَ عليه به ، بأن ادّعى عليه ثمناً في بيعٍ عن مبيع ، حيث تصحُّ الدعوى به ، فأجابَ بأني ما اشتريتُ منه هذه العين التي ذكرها ، فطلبَ المدعي من الحاكمِ إخلافه ، فهل يجبُ تحليفه ، بأنه

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما ذكر .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٤ ، الروضة : ١٢ / ٢١ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا .

(٥) انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤٦٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٨ ، الروضة :

٢١ وما بعدها .

ما اشترى ذلك بالثمن المذكور، بناءً على جوابه؟ أو يحلف على نفي استحقاق الثمن؟

إن قال: لا أحلف، إلا أنه ما يستحق عليّ هذا الثمن، ولا شيئاً منه، فيه وجهان، أصحها أنه يقنع منه بالبين على نفي الاستحقاق^(١).

اختلاف الدعوى والإقرار في السبب:

١٨٠ - ولو ادعى عليه ألفاً من جهة ضمان، فقال المدعى عليه مجيباً: ليس لك عليّ ألف من جهة ضمان، لكن من جهة عين أتلقتها عليك، أو من ثمن مبيع قبضته منك، ففي ثبوت الاستحقاق وجهان، الأصح عند الإمام ثبوته، حكاة في أثناء الإقرار كذلك.

الاختلاف في العيب:

١٨١ - ومن المسائل القريبة مما نحن فيه، أن المشتري إذا ادعى بالمبيع عيباً، أنه قديم، ويمكن حدوثه بعد البيع، فالقول قول البائع مع يمينه^(٢)، ثم كيف يحلف؟ يُنظر في جوابه، فإن أجاب بأن لا يستحق عليّ ما يدعيه من استحقاق الرد، حلف كذلك، وإن أجاب بنفي لفظ الدعوى، فقال: (بعتك)^(٣) برياً من هذا العيب، فيه وجهان، أحدهما: يحلف أنه ما يستحق عليه الرد، والثاني: يحلف أنه باعه برياً من هذا العيب، وأصل هذين الوجهين: إذا ادعى عليه غضباً، فقال مجيباً: ما غضبت، (فهل)^(٤) يحلف على نفي الاستحقاق؟ أو على نفي [ب / ٢٩] الغضب؟ فيه وجهان.

(١) انظر: مفني المحتاج، المرجع السابق، نهاية المحتاج، المرجع السابق، حاشية قليوبي وعميرة، المرجع

السابق، الروضة: ١٢ / ٢٢.

(٢) مختصر المزني: ٢ / ١٩٠، الأم: ٣ / ٦٣ هامش.

(٣) اللفظ بين القوسين من هامش الأصل، وفي الأصل: بعتي، وفي نسخة ف: بعته.

(٤) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: هل.

ثم إنَّ الشافعيَّ رضي الله عنه نصَّ أنَّ البائعَ يحلفُ إنه باعه برياً من هذا العيبِ^(١)، قال المزنيُّ: بل يحلفُ إنه باعه وأقبضه برياً من العيبِ، لجواز أن يكون العيبُ حَدَثَ بعد البيعِ وقبل القبضِ^(٢)، فيستحق المشتري به الرد .

أجاب أصحابنا عن هذا^(٣) بأنَّ الشافعيَّ أرادَ ما إذا ادَّعى المشتري أنه باعه إياه، (وبه)^(٤) العيب، فيكفيه الحلفُ على نفي الدعوى فقط، لأنَّ المشتري لم يدعِ حدوثه بعد العقدِ، حتى يحتاج البائعُ إلى نفيه باليمين .

١٨٢ - ولو كان في يده عينٌ فادَّعاها خارجٌ، فقال مجيباً: ما يستحق علي تسليمها، أو لا يلزمي تسليمها، فأقام المدعي بينةً بالملك له :

(قال القاضي حسين: يجبُ التسليمُ إليه، للشهادة بالملك له)^(٥).

قال الإمام: هذا مشكل، لأنَّ ذا اليد يقول: صدق الشهود، هي ملكه، ولكن لا يلزمي التسليم، لاحتمال كونها في يده مستأجرة، أو مرهونة، فلا يلزمه التسليم^(٦).

وهذا يلتفت على ما لو صرح الداخل بأنها في يده بإجارة، هل القول قوله؟ أو قول المالك؟ فيه خلاف، فإن قلنا: إن القول قول المالك، فيلزم الداخل إقامة البينة على رهن أو أجارة، إن كان يدعيه .

وقال الشيخ القفال والفوراني بعده: طريقه في الجواب أن يقول للحاكم:

(١) الأم: ٦٣ / ٢ .

(٢) مختصر المزني: ٢ / ١٩٠ - ١٩١ .

(٣) العبارة في نسخة ف: عن هذه المسألة .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف، وساقط من الأصل .

(٥) ما بين القوسين من هامش الأصل، وبعدها: صح .

(٦) انظر: الروضة: ١٢ / ٢٢ .

سله ، فإن كان يدعي ألفاً ، به رهن ، فحق أجيبه ، وإن كان يدعي ألفاً لا رهن به ، لم يلزمي التسليم إليه^(١) .

قال الشيخ أبو علي : قال بعض شيوخنا : ليس للمدعى عليه أن يتحكم على القاضي بهذا السؤال ، ولا يجب على المدعى جوابه ، والحيلة في أن لا يضيع رهنه أن ينظر في قيمته ، إن بلغت قدر الدين ، أن ينكر المدعى عليه ، ويحلف إنه لا يلزمه تسليم شيء إليه ، ولا يأثم به ، وكذا إن كانت قيمته أكثر من الدين ، فيحلف ثم يدعي الزيادة عليه ، وإن كان أقل فينكر من الدين بقدر قيمته ، ولا يحلف على الزيادة .

وقال القاضي حسين : أنا لا أسمع هذا الجواب (المتردد)^(٢) ، لكن له إنكار الدين إن أنكر المدعي الرهن^(٣) .

قال الإمام : وهو بناء على مسألة الظفر بغير الجنس^(٤) .

هذا ما ذكره الإمام في أصل هذه المسألة عن الأصحاب والقاضي من وجوب التسليم إلى المالك عند قيام البينة ، وما ذكره الإمام من الإشكال عليه .

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٢٢ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المردد .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٢٢ .

(٤) مسألة الظفر بغير الجنس هي أن يكون لشخص على آخر دين ، فينكر المدين الدين ، وليس للسائلين

بينة ، فيجوز له أخذ جنس حقه من مال المدين إن ظفر به استقلالاً ، لعجزه عن أخذه إلا كذلك ، أما غير الجنس ففيه قولان ، الراجح جواز أخذ غير الجنس إن فقد الجنس ، ويستوفي حقه منه للضرورة ، وهو المذهب ، وفي قول يمنع من ذلك ، لأنه لا يمكن من تملكه . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٦٢ ، شرح المحلي على المنهاج : ٤ / ٣٣٥ ،

الروضة : ١٢ / ٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٤) ، وانظر مسألة الظفر بإسهاب وتفصيل ومقارنة في (نظرية الدعوى : ١ / ١٢٢ - ١٧١) ، للزميل الدكتور محمد نعم ياسين ، والعبارة في نسخة ف : بغير جنس الحق .

١٨٣ - وعندي أنّ ما ذكره القاضي من وجوب التسليم صحيح ، لا يمكن فرض خلاف فيه في المذهب ، وقاعدة المذهب تقتضيه ، وليس كسألة الإجارة التي ذكرها الإمام ، والخلاف فيها ، والإشكال الذي ذكره ضعيف جداً ، بيانه هو أنّ بينة المدعي الخارج موجبة لتقدمه شرعاً على يد الداخل ، إذا لم تقم له بينة بملك [٣٠ / أ] ولا بيد سابقة مثلاً ، ولا بأمر يعارض بينة الخارج ، وكون العين المدعى بها في يد الداخل لا يعارض مجرد هذا بينة الخارج إجماعاً ، وإمكان كونها (مستأجرة)^(١) منه ، أو مرهونة عنده لا [ينافي]^(٢) بينة الخارج ، إذا سكت ذو اليد عن دعوى ذلك بلا خلاف أيضاً .

نعم ، لو ادّعى ذو اليد أنّ العين بيده بإجارة ، صدّق على أحد الوجهين بدعواه ، أمّا عند سكوتيه فلا ذاهب إليه ، لا نعرف فيه خلافاً ، والدليل على صحة ما ذكرناه ، أنّه لو ادّعى عليه ثمن مبيع باعه منه ، وسلّمه إليه ، فأجاب بالابتیاع ، وقبضه المبيع ، وأنّ الثمن ما ذكره البائع المدعي ، وقال : ولا يلزمني تسليم الثمن إليه ، أو ما يستحق عليّ هذا الثمن ، ولا شيئاً منه ، فهذا لا يسمع منه إجماعاً ، وإن أمكن براءته منه .

وهكذا لو ادّعى عليه أنّه أتلّف عليه ثوباً ، قيمته عشرة دراهم ، تعدياً ، أو خطأ ، بغير إذن المالك ، وطالبه بقيمته ، فقال مجيباً : أنا عبته^(٣) بغير إذنك ، وهو ملكك ، ولكن ما تستحق عليّ قيمته ، ولا شيئاً منها ، فلا يسمع أيضاً (منه)^(٤) إجماعاً ، مع إمكان الإبراء .

ولو قالت : تزوجني هذا تزويجاً صحيحاً ، لوليّ مرشيد ، وشاهديّ عدل ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مستأجر .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : يناف ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : لا تقاوم .

(٣) في نسخة ف : أتلّفته .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وهو ساقط من الأصل .

على صدق مائة دينار، وسلمتُ نفسي إليه ، ودخل بي ، فقال مجيباً : تزوجتها كما ذكرتُ ، على ما ذكرتُ من الصّدق ، ودخلتُ بها ، ولكنها ما تستحقُّ عليّ هذا الصّدق ، ولا شيئاً منه ، فلا يُسمع منه على المذهب الصحيح ، الذي لا يجوز خلافه ، وحكي فيه وجة عن الشيخ أبي عاصم العبادي^(١) ، في « فتاويه » ، أنه يُسمع منه ، والقولُ قوله في نفي الصّدق ، ولم يذكر أحدٌ من الأصحاب هذا الوجه^(٢) ، في كتب المذهب ، ولا ذكره الشيخ أبو عاصم في إنكار الثمن في البيع^(٣) .

والسببُ في عدم قبول إنكاره ، مع إمكان البراءة ، أنه اعترفَ بالسبب الشاغل لذمته ، فلا يُسمع منه نفيه ، إلا بدعوى قبضٍ ، أو براءة ، فهكذا في مسألتنا ، قيامُ البينة للخارج سبباً^(٤) ظاهرٌ في ثبوت الملك له ، وترجيح جانبه ، فإذا انضم إليها تصديقُ الداخلِ بها ، تأكّد الظهورُ ، وقوي جانبُ المشهود له بالملك ، واعترف بما (يوجبُ)^(٥) عليه التسليمُ إليه ، فيلزمه التسليمُ قولاً واحداً ، وإن ادعى ناقلاً فعلية بيانه ، أو ما يقتضي إبقاؤه في يده ، فعليه إظهاره وإثباته قولاً واحداً ، أو إظهاره والدعوى به على أحد الوجهين ، إن كان إجارة .

(١) القاضي أبو عاصم ، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد الهروي العبادي الفقيه الشافعي ، تفقه بهراة ونيسابور ، وصار إماماً جليلاً حافظاً للمذهب ، معروفاً بغموض العبارة ، وصنف كتباً كثيرة ، منها أدب القضاء والبسوط والهادي إلى المذهب والرد على السمعاني وطبقات الفقهاء ، وعنه أخذ أبو سعد الهروي محمد بن أحمد الذي شرح كتابه أدب القضاء في كتاب « الإشراف في غوامض الحكومات » ، ولد أبو عاصم سنة ٣٧٥ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٨ هـ .

- (انظر : وفيات الأعيان : ٣ / ٣٥١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٠٤ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٤٩ ، كشف الظنون : ١ / ٧٣) وفي نسخة ف : أبي عاصم البغدادي .
 (٢) في نسخة ف زيادة وهي : في إنكار الثمن .
 (٣) اللفظ في نسخة ف : المبيع ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٢٣ .
 (٤) العبارة في نسخة ف : فتقام بينة الخارج بسبب .
 (٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وجب .

١٨٤ - وأما مذهب الشيخ القفال والفوراني في الجواب المردّد^(١)، فهو مذهبٌ ضعيفٌ، فإنَّ حقَّ الجواب أن يكونَ جزءاً، كما تكون الدعوى جازمةً، وليس كما لو قال: هذا غَصَبٌ مني عيناً لي، قيمتها درهمٌ، وأطلبُ (منه)^(٢) رَدَّها بعينها، إن كانت قائمةً، أو تسلّمَ [٣٠ / ب] قيمتها، إن كانت (هالكة)^(٣)، فإنَّ هذه الدعوى مقبولةٌ كذلك، مع أن فيها نوع تردّدٍ، لكنَّ إنما قُبِلت كذلك، لأنَّه صرَّح فيها بما هو حكمُ الغصبِ، بخلاف مسألة النزاع.

[تخيير المدعي بين التحليف والبيّنة] :

١٨٥ - ثمَّ مها أجابَ المدعى عليه بالإنكار، يُخَيِّرُ المدعي بين إحلّافه، وبين إقامة البيّنة، فإن أقام بيّنة عادلةً عمِلَ بموجبها.

ولو قال للقاضي: لي بيّنة حاضرةً، ولكن لا أقيّمها، فحلّفه، فله ذلك.

[نفي البيّنة] :

١٨٦ - وإن قال: ليست لي بيّنة، (لا حاضرة)^(٤) ولا غائبةً، (فحلّفه)^(٥)، فحلّفه القاضي، ثم أراد إقامة البيّنة (بعد ذلك، فهل تقبلُ)^(٦) بيّنته؟ فيه وجهان، أصحُّهما عند الشيخ أبي علي أنها لا تسمع^(٧).

(١) في نسخة ف: المردود.

(٢) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل لفظ غامض.

(٣) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: هلكت.

(٤) العبارة من نسخة ف، وفي الأصل: ولا حاضرة، فالواو زائدة.

(٥) الكلمة من هامش الأصل.

(٦) العبارة من نسخة ف، وفي الأصل: هل له ذلك وتقبل.

(٧) العبارة في نسخة ف: الصحيح أنها تسمع، وهو ما رجحه المحققون في المذهب، خلافاً لترجيح الشيخ

أبي علي، وقالوا: بسام البيّنة بعد البين، وقالوا: إن البين تقطع الخصومة في الحال فقط، ولا تسقط الحق، فلو =

الطعن في بينته أو تكذيبها |

١٨٧ - ولو قال : كل بينة لي فهي بينة زور ، أو كاذبة ، هل تسمع بينته بعد ذلك ؟ فيه وجهان ، الأصح عند الشيخ أبي إسحاق أنها تسمع بكل حال^(١) ، وهكذا لو قال المدعي ، بعد إقامة البينة : كذب شاهداي ، وشهدا بباطل ، سقطت بينته هذه ، وهل تبطل دعواه في الأصل ؟ فيه وجهان ، أظهرهما عند الإمام لا تبطل .

تحليف المدعى عليه |

١٨٨ - وإن اختار تحليف المدعى عليه ، فله ذلك ، فإذا طلب من الحاكم إحلافه ، عرض الحاكم عليه اليمين ، وخوفه بالله تعالى من الإقدام عليها كاذباً ، فإن بذل اليمين ، أحلفه اليمين الشرعية ، وسيأتي ذكر كيفيةها وألفاظها في موضعه إن شاء الله تعالى^(٢) .

= حلفه ، ثم أقام بينة بمدعاه حكم به ، وقد نص على ذلك الشافعي رحمه الله في « الأم » ، وحكى القول الآخر عن بعض أصحابه ، فقال : وإن حلف المدعى عليه فبرئ ، أو لم يحلف فتكل المدعي فأبطلنا بينه ثم جاء بشاهدين أخذنا له بحقه ، والبينة العادلة أحق من البين الفاجرة ، وقد قيل : إن بعض أصحابنا لا يأخذ له بالشهود إذا حلف المدعى عليه ، ويقول : قد مضى الحكم بإبطال الحق عنه ، فلا أخذه بعد أن بطل ، ثم قال : فإن حلف برئ إلا أن يأتي ببينة ، (انظر : الأم : ٣٤ / ٧ ، ١٤٠ ، مختصر المزني : ٢٥٥ / ٥ ، حاشية قليوبي وعميرة وشرح المهلي : ٣٤١ / ٤ ، حاشية الشرقاوي : ٥٠٢ / ٢ ، المهذب : ٣٠٣ / ٢ ، مغني المحتاج : ٤٤٤ / ٤ ، ٤٧٧ ، نهاية المحتاج : ٣٥٦ / ٨) ، وانظر آراء الفقهاء والمذاهب مع الأدلة والمقارنة والمراجع في رسالتنا (وسائل الإثبات : ٣٦٤ / ١) ، وقد رجحت قول بعض السلف والإمامية في قول والظاهرية والناصرية من الزيدية واللقاني من المالكية وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي عبيد ، وهو الذي رجحه وصححه الشيخ أبو علي ، بأن البينة لا تسمع بعد الحلف ، وأن البين تسقط الدعوى والحصومة قضاء للحلل والاستقبال ، وسوف يذكر ذلك المصنف فقرة ٢٠٥ .

(١) ذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي ثلاثة وجوه ، ثم قال : والثالث أنها تسمع بكل حال وهو الصحيح ، لأنه يجوز أن يكون ما علم ، وإن علم ، فلمله نسي ، فرجع قوله : لا بينة لي ، إلى ما يعتقده ، (المهذب : ٣٠٣ / ٢) ، وانظر (وسائل الإثبات : ٢ / ٧٦٠) ، لبيان آراء المذاهب مع المقارنة والمراجع فيها ، والعبارة في نسخة ف : الصحيح أنها تسمع بكل حال عند الشيخ أبي إسحاق ، وهذه العبارة أكثر اتفاقاً مع نص « المهذب » من عبارة الأصل .

(٢) فقرة ٢١٥ من هذا الكتاب ، وانظر : الروضة : ٤٣ / ١٢ .

فلو حلف المدعى عليه قبل إحصاف الحاكم له ، لم يُحتسب بها قولاً واحداً ، ولو قال له الحاكم : احلف بالله تعالى إن هذا المدعي لا يستحق عليك تسليم (ما ذكره)^(١) ، ولا تسليم شيءٍ منه ، فحلف المدعى عليه ، لا بإحصاف الحاكم ، ولكن بإذنه ، هل يحتسب بها ؟ فيه وجهان ، ولو حلفه الحاكم قبل طلب المدعي منه اليمين ؟ المشهور أنها لا تحتسب^(٢) .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : فيه وجهان ، الأصح ، وهو اختيار ابن سريج ، أنه يُعتدُّ بها . ولا تُعاد ، لأنه لما أنكرت توجهت اليمين شرعاً ، فكان للحاكم تحليفه .

ولو قال له الحاكم : قل : والله ، فقال المدعى عليه : بالله أو بالعكس ، هل يجعل ناكلاً ؟ فيه وجهان ، ذكرهما الشيخ أبو علي^(٣) .

الامتناع عن اليمين |

١٨٩ - ولو امتنع المدعى عليه عن اليمين ، لم يسأله الحاكم عن سبب امتناعه^(٤) ، فلو ذكر بنفسه عُذراً من نظير في حساب ، أو سؤال وكيله ، أو غير ذلك ، من الأعذار (السائغة)^(٥) ، وطلب الإمام (في اليمين)^(٦) ، قال الإمام : لا يمهّل أصلاً .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما ذكر .

(٢) في نسخة ف : لا تحسب ، وقال القفال الشاشي : لا يتوقف التحليف على طلبه ، قال النووي : والصحيح

الأول : (الروضة : ١٢ / ٤٣) .

(٣) سوف يكرر ذلك المصنف ، فقرة ٢٣٤ .

(٤) خلافاً للمدعي عند رد اليمين عليه ، فإذا امتنع عنها يسأل عن سبب نكوله ، والفرق بينها أن نكول المدعى عليه يترتب عليه حق للمدعي برد اليمين والقضاء له ، والسؤال قد يضيع هذا الحق فلم يجز ، أما نكول المدعي فلا يجب فيه حق لغيره عليه ، يسقط بالسؤال . (انظر : المهذب : ٢ / ٢٠٢) ، وسيذكر المؤلف ذلك فيما بعد ، فقرة ١٩٦ ، ١٩٧ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : السابقة ، ويحتمل أن تكون : الشائغة .

(٦) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

وإذا ظهر^(١) امتناعه جعل ناكلاً ، بخلاف المدعي ، إذا طلب الإمهال في اليمين المرذودة ، للنظر في الحساب ، أمهل ثلاثاً .

وقال الماوردي : يُمهّل المدعى عليه ما قلّ من الزمان ، ولا يمهل ثلاثاً^(٢) .

وقال البغوي : المدعى عليه لا يُمهّل إلا برضا المدعي ، وقيل : يُمهّل المدعى عليه ثلاثاً بخلاف المدعي ، فإنه لا يُضيق عليه في اليمين المرذودة ، إذا طلب الإمهال [٣١ / أ] للنظر في الحساب .

وقال الشيخ أبو إسحاق : إذا امتنع المدعى عليه من اليمين لم يُسأل عن سبب امتناعه ، فإن بدأ وقال : امتنعت لأنظر في الحساب أمهل ثلاثاً^(٣) ، لأنها قريبة ، ولا يمهل أكثر منها^(٤) .

النكول حكماً :

١٩٠ - أما إذا لم يذكّر سبباً لامتناعه ، ولا طلب الإمهال للنظر في الحساب ولا غيره ، وأصرّ على امتناعه ، قال له الحاكم : إمّا أن تحلف ، وإلا جعلتك ناكلاً ، والمستحب أن يكرر (عليه)^(٥) ذلك ثلاثاً ، فإن حلف ، وإلا جعله ناكلاً ، بمعنى أن اليمين تصير بعد النكول والقضاء به ، في جانب المدعي حقاً له ، حتى لو عاد المدعى عليه بذل اليمين بعد القضاء عليه بنكوله ، لم يحلف قولاً واحداً ، (لأنها)^(٦) صارت حقاً للمدعي .

(١) العبارة في نسخة ف : ولو أظهر .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ١٤٤ / أ ، أدب القاضي ، له : ٢٥٣ / ٢ .

(٣) العبارة في نسخة ف : ثلاثة أيام .

(٤) المهذب : ٢ : ٢ / ٣٠٢ .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إلا أنها .

استحسان الإعلام بالنكول :]

١٩١ - وما يُستحسن قبلَ القضاءِ على المدعى عليه بنكوله عن اليمين إعلامُ القاضي أَنَّهُ يَقضي عليه بنكوله كما ذكرناه ، إنْ تَمَادى على إصراره ، مُمتنعاً من اليمين ، فلو لم يُعلمه القاضي بذلك ، وامتنع ، ولكن كان المدعى عليه لا يعلم^(١) أَنَّ امتناعه من اليمين مع القضاء بالنكول عليه ، يوجبُ ردَّ اليمين إلى جانب المدعي ، فهل من شرطِ القضاء عليه بنكوله إعلامُه بِمُوجِبِهِ ، أم لا ؟ فيه احتمالُ ذكره الإمام^(٢) .

] حصول النكول :

١٩٢ - والنكولُ يحصل بعد امتناع المدعى عليه من اليمين وإصراره ، بقول القاضي : جعلتُك ناكلاً ، أو قضيتُ عليك بالنكول .

ولو التفتَ إلى المدعي ، وأقبلَ عليه بوجهه هاماً بتحليفه يمين الرد ، هل هو بمنزلة القضاء بالنكول ؟ فيه وجهان^(٣) .

ولو قال له : قلْ : بالله ، أعني للمدعي ، فهو قضاءٌ بالنكول .

ولو قال : إحلفُ بالله ، أو إحلفُ ، فهو كالقضاء بالنكول عند الإمام ، وقال البغويُّ : قوله : إحلف ، كقوله : أتخلف ؟ فليس بنكولٍ ، قال الإمام هذا^(٤) .

(١) في نسخة ف : لا يدري .

(٢) انظر : الروضة : ٤٤ / ١٢ .

(٣) الراجح منها أنه حكم بالنكول ، قال قليوبي : وكذا إقبال القاضي على المدعي ليحلفه ، وإن لم يقل له : إحلف ، نازلٌ منزلة الحكم بنكوله أيضاً . (حاشية قليوبي : ٤ / ٢٤٢) ، وهو ما رجحه النووي (انظر : الروضة : ٤٤ / ١٢) .

(٤) انظر : الروضة : ٤٥ / ١٢ .

هذا كله إذا لم يصرح المدعى عليه بالنكول ، أو (بالامتناع)^(١) .

التصريح بالنكول :

١٩٢ / ٢ - أما إذا قالَ : نكلتُ عن اليمين ، أو أنا ناكلُ ، أو لستُ أحلفُ ، فالذي أراه أنه لا حاجة ، والحالة هذه ، إلى قضاء القاضي بالنكول^(٢) ، بل هو بمثابة إقرار المدعى عليه (بالحق) ، ولو جرى القضاء « بنكول »^(٣) المدعى عليه^(٤) ، وصيرورة اليمين في جنبته^(٥) المدعي ، فلو رضي المدعي بحلف المدعى عليه بعد ذلك ، وبذلها المدعى عليه ، هل يحلفُ ؟ فيه وجهان ، أظهرهما أنه يحلف .

رد اليمين على المدعي :

١٩٣ - ولو طلبَ المدعي إحلافَ المدعى عليه ، حيثُ صحح دعواه عليه ، فردَ المدعى عليه اليمين على المدعي ، وطلبَ إحلافه من غير أن يجري امتناع ولا قضاءً بنكولٍ ، صح ، وصارت اليمين في جنبته^(٦) المدعي أيضاً ، حقاً لازماً له ، كما إذا قضي على المدعى عليه بالنكول ، فلو رامَ المدعى عليه (الحلف)^(٧) بعد ذلك لم يجوز ، لأن مصيرها في جنبته^(٨) المدعي ، حق لازم له ، فلا يجوزُ إبطالها ، والله أعلم .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الامتناع .

(٢) وهو ما عليه التأخرون ، قال الخطيب الشريبي : بخلاف ما لو صرح بالنكول يرد ، وإن لم يحكم القاضي ،

(مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٨) ؛ وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٥ .

(٣) الكلمة من نسخة ف ، وفي الأصل وهامشه : كول ، وهو تصحيف .

(٤) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٥) (٦) في نسخة ف : جانب ، وجنبته المدعي بمعنى جانب ، (انظر : النظم المستعذب : ٢ / ٣٠٢ ، الروضة :

١٢ / ٤٥) .

(٧) جاء في هامش الأصل (لعله الحلف) ، وفي المتن : إحلافه ، وهو خطأ ، لأن المقصود أن يطلب المدعي

عليه الحلف بنفسه ، وليس أن يطلب الحلف من المدعي .

(٨) في نسخة ف : جانب .

أحكام السكوت :

القسم الثالث من (١) أجوبة المدعى عليه : السكوت : [٣١ / ب]

١٩٤ - فإذا ادعى المدعي على المدعى عليه (٢) بحق صحيح ، دعوى صحيحة محررة ، وتعيّن على المدعى عليه الجواب ، فسكت ، ولم يقرّ ولم ينكر ، قال له الحاكم : أجب دعواه ، فإذا أصرّ على السكوت ، قال له الحاكم : إن لم تجب ، وإلا جعلتُك ناكلاً ، وأحلف المدعي على دعواه ، ويستحقّ عليك ، فإن أصرّ على الامتناع والسكوت استحبّ أن يكرّر الحاكم ذلك عليه ثلاثاً ، فإن تكلم بجواب ، وإلا حلف المدعي على استحقاق ما ادعى به على المدعى عليه (٣) .

فإذا حلف بإحلاف الحاكم ثبت الحقّ على المدعى عليه ، فقد حصل أن السكوت قريب من الإنكار من المدعى عليه ، فإنها في الحكم المذكور سواء .

هذا تمام الكلام في الفصل الأول في الدعوى ، وكيفيتها وشروطها (٤) وجواب المدعى عليه وحكمه .



(١) في نسخة ف : في ، وهو خطأ .

(٢) العبارة في نسخة ف : فإذا ادعى على المدعى عليه .

(٣) انظر الروضة : ١٢ / ٢٠ ، ٤٤ .

(٤) في نسخة ف : وشروطها .

الفصل الثاني

في

يمين المدعي^(١)

١٩٥ - ومتى صارت اليمين في جنبته ، إما بنكول المدعى عليه بعد جوابه عن الدعوى بالإنكار ، (أو)^(٢) بسكوته ، أو بصريح ردّه اليمين على المدعي ، كما تقدم تفصيله في الفصل (الأول)^(٣) قبله ، فلا يخلو : إما أن (يَنكَل)^(٤) عن اليمين ، أو (يحلف)^(٥) بإحلاف الحاكم .

ا نكول المدعي عن اليمين ا :

١٩٦ - فإن نكل عنها ، سأله الحاكم عن سبب نكوله ، ولا يحكم بنكوله حتى يسأله عن سببه .

والفرق بينه وبين المدعى عليه ، حيث لم يسأله الحاكم عن سبب نكوله ، أن بنكول المدعى عليه وجب للمدعي حق في ردّ اليمين عليه ، فلم يجز للحاكم التعرض لإسقاطه ، بسؤال المدعى عليه ، وبنكول المدعي لا يجب لغيره حق ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يمين المدعى عليه ، وهو تصحيف ، وفي الهامش : لعله المدعي .

(٢) كلمة « أو » من نسخة ف لبيان أنواع النكول ، وهي إما بالإنكار والامتناع عن اليمين ، وإما بالسكوت عن الدعوى ، وإما بالتصريح برد اليمين ، وقد يكون المعنى صحيحاً بدون إضافة أو ، ويكون المعنى : أن النكول يكون إما بالسكوت وإما بصريح رد اليمين ، وفي نسخة ف : أو سكوته ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٤ وما بعدها .

(٣) اللفظ من هامش الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نكل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حلف .

فجَازَ سؤَالَهُ عن سبب امتناعه^(١) .

| طلب الإمهال |

١٩٧ - فَإِنْ طَلَبَ الإِمهَالَ فِي اليَمِينِ ، لِنظَرِ فِي حِسَابِ ، أَوْ غَيْرِهِ ، أَوْ لِيَقِيمَ بَيْنَهُ بِذَلِكَ ، أَنْظَرَ ، وَلَا يَضِيقُ عَلَيْهِ فِي المَدَّةِ ، (وَيَتْرَكَ)^(٢) ، مَا تَرَكَ^(٣) .

وَالفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ المَدْعَى عَلَيْهِ ، حَيْثُ قُلْنَا : إِذَا طَلَبَ الإِمهَالَ أَمهلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَقَطْ ، أَنْ بِتَأخِيرِ يَمِينِ المَدْعَى عَلَيْهِ يَتَأخَّرُ حَقُّ المَدْعَى مِنَ اليَمِينِ ، بِخِلَافِ عَكْسِهِ .

وَلَوْ قَالَ : امْتَنَعْتُ مِنَ اليَمِينِ ، لِأَنِّي مَا اخْتَرْتُ الحَلْفَ ، حَكَمَ بِنكُولِهِ ، حَتَّى لَوْ عَادَ بِذَلِكَ اليَمِينِ ، لَمْ يَحْلَفْ فِي هَذِهِ الدَّعْوَى ، لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهَا ، فَإِنْ عَادَ فِي مَجْلَسٍ آخَرَ ، وَاسْتَأْنَفَ الدَّعْوَى ، وَأَنْكَرَ المَدْعَى عَلَيْهِ ، وَنَكَلَ عَنِ اليَمِينِ ، أَوْ سَكَتَ ، أَوْ رَدَّهَا عَلَى المَدْعَى ، وَطَلَبَ يَمِينَهُ ، حَلَفَ حِينَئِذٍ^(٤) .

| إقامة شاهد واحد |

١٩٨ - وَلَوْ نَكَلَ المَدْعَى عَنِ يَمِينِ الرَّدِّ ، وَأَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا لِيَحْلِفَ مَعَهُ ، هَلْ يَجُوزُ إِحْلَافُهُ مَعَ شَاهِدِهِ ، وَالحَالَةُ هَذِهِ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ (وَالبَغْوِيُّ)^(٥) : الأَصْحَحُ لَهُ ذَلِكَ ، وَيَحْلِفُ ، لِأَنَّ هَذِهِ اليَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ غَيْرُ اليَمِينِ الأُولَى الَّتِي نَكَلَ عَنْهَا ، لِاخْتِلَافِ سَبَبِهَا ، لِأَنَّ اليَمِينِ الأُولَى المَرْدُودَةَ سَبَبُهَا نكُولُ المَدْعَى عَلَيْهِ ، وَاليَمِينِ الثَّانِيَةَ سَبَبُهَا شَهَادَةُ الشَّاهِدِ^(٦) .

(١) كما سبق ، فقرة ١٨٩ صفحة ٢١٨ ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٦ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تَرَكَ .

(٣) عبارة الشيرازي : ويترك ما تارك ، (المهذب : ٢ / ٣٠٢) ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٦ .

(٤) لأنها يمين في غير الدعوى التي حكم فيها بنكوله ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٢ ، الروضة : ١٢ / ٤٧) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، والعبارة في الأصل : أبو إسحاق البغوي ، وسقطت الواو سهواً .

(٦) وهذا ما نص عليه المزني في (مختصره : ٥ / ٢٥٥) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣٠٢ ، الروضة : ١٢ / ٤٧ .

وذكر الشيخ أبو علي هذين القولين ، وعللها [٣٢ / أ] بما ذكرناه ، ثم قال : والأصل في هذا أن كل من ثبتت اليقين في جنبته في خصومة ، فنكل عنها ، هل له أن يحلف يميناً أخرى في تلك الخصومة ؟ فيه قولان ، قال : وعلى هذا لو ادعى على غيره مالاً ، وأقام شاهداً واحداً ، وأبى أن يحلف مع شاهده ، وطلب إحلاف المدعى عليه ، فلم يحلف ، هل للمدعي أن يحلف ؟ فيه قولان^(١) .

[حقيقة يمين الرد] :

١٩٩ - أما إذا حلف المدعي يمين الرد ، وجب له الحق ، واختلف قول الشافعي رضي الله عنه في يمين المدعي ، مع نكول المدعى عليه ، هل هي بمنزلة إقرار المدعى عليه ، أو بمنزلة بينة أقامها المدعي^(٢) ؟ فيه قولان ، والصحيح عند الجماعة كلهم ، أنها بمنزلة الإقرار^(٣) ، وإن جعلناه كالبينة ، فالصحيح أنها لا تجعل كالبينة في حق ثالث ، بل في حق المدعى عليه ، وفيه وجه أنها تعمل في حق ثالث .

[الإقرار لغير المدعي] :

٢٠٠ - وبني الأصحاب على هذا الخلاف أحكاماً . من جملتها ما لو ادعى خارجي على داخلي عيناً في يده ، أنها ملكه ، فقال (الداخل)^(٤) : ليست لي ولا لك ، بل هي لزيد مثلاً ، وكان زيد حاضراً ، فأحضره الحاكم فصدقه في

(١) انظر الروضة : ٤٧ / ١٢ .

(٢) انظر الروضة : ٤٥ / ١٢ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ ، ويلاحظ في عبارة القاضي ابن أبي الدم أنها كثيراً ما

تتفق مع عبارة الشيرازي في « المهذب » مثل حكاية قول الشافعي في المتن .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٨ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٥١٢ ، الإقناع وحاشية البجيرمي عليه : ٤ /

٣٣١ ، شرح التحرير : ٢ / ٤٧٥ ، المهذب : ٢ / ٣٠٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٤٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٨ ،

وسائل الإثبات : ١ / ٤٠٦ ، الروضة : ٤٥ / ١٢ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الداخلي .

الإقرار له ، سُمّت العينُ إلى زيدِ الحاضرِ ، وانتقلتِ الخصومةُ إليه^(١) ، وهل للمدعي الخارجِ تحليفُ الداخلِ المقرِّ لزيدٍ ؟ .

إن قلنا : نغرمه لو أقر له ، لحيلولته^(٢) بالإقرارِ لزيدٍ ، حلفه ، وإن قلنا : لا يغرم له ، لو أقر له ، لم يحلفه .

فإن قلنا : يحلفه . فطلبَ يمينه ، فنكلَ الداخلُ المقرُّ عن اليمين ، ردّتْ على الخارجِ المدعي ، فإذا حلفَ ، (فإن)^(٣) قلنا : إن يمينَ الردِّ كاليمينه ، قال بعضُ الأصحابِ تنزَعُ العينُ من يدِ زيدِ المقرِّ له بها ، وتسلمُ إلى هذا الخارجِ الحالفِ ، لأن يمينه المردودةَ على هذا الفرضِ بمنزلةِ بينةٍ أقامها بالملك له .

ولو أقام بينةً أنها ملكه ، سامت إليه ، فكذا في يمينِ الردِّ ، إذا فرغنا على أنها كالبينه المقامة .

ومن أصحابنا من قال - وهو الصحيح - : إن العينَ لا تنزَعُ من يدِ زيدِ الحاضرِ المقرِّ له بها ، بل يقتصر على وجوبِ القيمةِ للمدعي الخارجِ ، على المقرِّ الداخلِ المدعى عليه أولاً ، لأنَّ اليمينَ المردودةَ لا تجعلُ كالبينه إلا في حقِّ الرادِّ المدعى عليه ، ولا يتعداه إلى ثالث^(٤) .

قال الإمام : ثم فرّع بعضُ المتكلفين من أصحابنا على هذا الوجه الضعيف شيئاً يُوجبُ بطلانه ، فقال : إذا استرددنا العينَ من يدِ الثالثِ المقرِّ له ، وسلمناها إلى المدعي الخارجِ بيمينه المردودةِ ، تفرّيعاً منا على أنها بمنزلةِ بينة

(١) انظر : الروضة : ٢٤ / ١٢ .

(٢) اللفظ من نسخة ف : بحيلولة .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٤) سيذكر المصنف هذه المسألة مرة ثانية في الفقرة ٣٠١ ، وفي نسخة ف : ولا يتعدى إلى غيره .

أقامها ، فهل لزيد هذا^(١) ، المقر له ، الذي أخذت العين من يده أن يغرّم
الداخل المقر أولاً ، الناكل عن يمين المدعي ، قيمة العين ، قائلًا له : لو حلفت
يميناً صادقة بارّة ما أخذ هذا المدعي العين مني ، فصار نكولك سبباً لإزالة
يدي ؟ فيه وجهان أصحهما لا يغرّمه شيئاً ، لأنه يقول : لا يلزمي أن أحلف
[٢٢ / ب] لك ، وعليّ أن لا أقرّ لغيرك إذا علمتكَ مستحقاً .

٢٠١ - هذا ما ذكره الإمام ، وعليه بحث ، وهو أنّ لقائل أن يقول : إذا
كان هذا المقر الداخل أولاً يعلم استحقاق زيد المقر له هذه العين المقر بها ،
ويعلم عدم استحقاق المدعي لها ، فلا [بدّ]^(٢) أن تجب عليه اليمين التي طلبها
المدعي الظالم في زعمه واعتقاده ، منعاً له عن أخذها ، أو أخذ قيمتها ، التي لا
يستحقها ، وهي يمين صادقة لا صرّ عليه فيها ، مانعة للغير من الظلم ، وأكل
مالٍ بالباطل .

[الإقرار لأحد اثنين] :

٢٠٢ - ومن جملتها ما لو قال : هذا الثوب الذي في يدي لأحد هذين
الرجلين ، طوب بالتعين ، فإذا عيّن واحداً تعيّن ، وهل للثاني تحليفه ؟
يبتني على أنه لو أقرّ للثاني ، هل يغرّم له قيمة الثوب^(٣) ؟ فيه قولان .

فإذا قلنا : يغرّم ، فله تحليفه ، وإن قلنا : لا يغرّم ، فالمذهب القطع
بأنه لا يحلف .

وأبعد بعض الأصحاب ، فقال : إذا قلنا : إن يمين الرد بمنزلة البينة ،

(١) في الأصل : لهذا زيد ، وهو تقديم وتأخير غير صحيح ، وكذا في نسخة ف .

(٢) في الأصل : بُدّ ، وكذا في نسخة ف ، ولعل المقصود : فلا يستبعد .

(٣) في نسخة ف : العين .

حَلَفناه ، فإن نَكَلَ رَدَدَناها على الثاني ، فإذا حَلَفَ قَضينا له بالثوب^(١) ، لأنَّ على هذا القول : يمين الرد بمنزلة البينة المقامة .

قال الإمام : وهذا غلطٌ وزَلَلٌ ، لأنَّ يمين الرد كالبينة^(٢) في حق الناكل ، لا في حق ثالث .

ثم فرَّع بعضُ الأصحابِ على هذا الوجهِ الغلطِ فرعاً بعيداً ، فقال : إذا أخذنا الثوبَ من (المِرِّ)^(٣) أولاً ، وسلَّمناه إلى من حَلَفَ يمين الردِّ ، فهل يُغرِّمه الناكلُ الأولُ من جهة تسببه بنكوله إلى أخذ الثوب^(٤) منه ؟ فيه طريقتان ، وكل هذا خبطٌ^(٥) عظيمٌ ، ومجاوزة حدٍ ، وسببه تفريع على وجه بعيد .

[اليمين بين الشريكين] :

٢٠٣ - ومن جملتها ما لو كان بين اثنين عقدُ شركة في مالٍ ، ومن جملة المالِ عبدٌ بينهما ، فباع أحدهما جميعَ العبدِ بإذن شريكه بألفٍ ، وتصادقَ الشريكُ الموكَّلُ والمشتري^(٦) أنَّ البائعَ قبضَ جميعَ الألفِ من المشتري ، وأنكرَ الوكيلُ القبضَ ، فإذا اختصمَ الموكَّلُ والبائعُ ، فالقولُ قولُ البائعِ مع يمينه ، في عدمِ القبضِ ، فلو نكَلَ البائعُ عن اليمينِ ، وحلَفَ الموكَّلُ استحقَّ نصيبه وهو خمسُ مائةٍ ، على الوكيلِ ، ثم الوكيلُ : هل يُطالبُ المشتريَ بخمسِ مائةٍ أخرى ، هي حصَّةُ نفسه ؟ المذهبُ نعم ، ولا يَسْقُطُ ذلكُ بنكوله عن اليمينِ وحلَفِ الموكَّلِ .

(١) في نسخة ف : بالعين .

(٢) العبارة في نسخة ف : بمنزلة البينة .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المعين .

(٤) في نسخة ف : العين .

(٥) في نسخة ف : خطأ . وانظر : فقرة ٣٠١ .

(٦) العبارة في نسخة ف : وتصادقاً الشريك والموكَّل والمشتري .

وفيه وجه ، أنا إذا قلنا : إنَّ يمينَ الردِّ كالبينة سقطتْ مطالبتهُ بحصته ،
وتصيرُ يمينَ الموكلِ المردودةً كبينةٍ أقامها على قبضِ الوكيلِ البائعِ جميعَ الثمنِ
من المشتري ، تفریعاً على أنَّ يمينَ الردِّ كالبينة .

الإذن لوليّين بالتزويج |

٢٠٤ - ومن جملتها : ما إذا أذنتِ المرأةُ لوليّين متساويين في تزويجها ،
(وأذنت)^(١) لكلِّ واحدٍ منها أن يزوجها مطلقاً ، ولم تعين زوجاً ، وصححنا
هذا الإذن ، فزوجها كلُّ وليٍّ من زوج ، فإذا ادّعى كلُّ واحدٍ منها على المرأةِ
[٣٣ / أ] أنه هو السابقُ في صورةِ الجهلِ بالسبق ، فإنَّ أقرتْ لأحدهما سلّمتْ
إليه ، وهل تخلفُ للآخر ؟

إن قلنا : تفرّم له ، حلفت ، وإلا فلا ، فإن قلنا : تفرّم وحلفت ، فإن
حلفت سقطت (دعوى)^(٢) الثاني ، وإن نكلت ردت اليمينُ على الثاني ، فإن
حلفت حصلَ مع الأولِ إقرارٌ ، ومع الثاني ، اليمينُ المردودة .

فإن قلنا : إنها كالبينة حكمَ بالنكاحِ الثاني ، لأنَّ البينةَ مقدّمةً على
الإقرارِ ، وإن قلنا : إنها بمنزلةِ الإقرارِ ، وهو الصحيح ، ففيه وجهان :
أحدهما : يُحكّمُ يبطلانِ النكاحين ، لأنَّ مع الأولِ (إقراراً)^(٣) ، ومع الثاني ،
ما يقومُ مقامَ الإقرارِ ، فاستويا ، والثاني : أنه يُحكّمُ بالنكاحِ للأولِ ، لأنه سبقَ
الإقرارُ له ، فلا يبطلُ بإقرارِ بعده .

البينة بعد يمين الردِّ |

٢٠٥ - ومن جملتها : إذا نكلَ المدعى عليه عن اليمينِ بعدَ عرضها عليه ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أذنت .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الدعوى .

(٣) في نسخة الأصل : إقرار ، وهو خطأ ، لأنها اسم إن ، وفي نسخة ف : الإقرار .

وَحَلَفَ المدعي ، فأرادَ المدعى عليه بعدَ ذلك أن يُقيمَ شاهدين على أن الضيعة^(١) المدعى بها ملكة .

قال القاضي حسين في « التعليق » : يبتني^(٢) على أن يمينَ الرد كالبينة أو بالإقرار ، إن قلنا : كالبينةِ فله ذلك ، وإن قلنا : كالإقرار فلا ، كما لو أقرَّ ثم أراد إقامة البينة .

وحكى البغويُّ هذه المسألةَ في « فتاوى القاضي حسين » ، فقال : تفكَّرَ القاضي في هذه المسألةَ أياماً ، ثم قال : إن قلنا : إن يمينَ الردِ كالبينة سُمعت ، وإن قلنا : كالإقرار لم تُسمع ، قال البغويُّ : والذي عندي . أنها تُسمع ، وإن قلنا : إن يمينَ الردِ كالإقرار ، لأنه ليس بصريح إقرارٍ ، إنما هو مجردُ نكولٍ ، فلا يجوزُ أن يجعلَ إقراراً يمينَ المدعي ، واختار البغويُّ هذا المذهبَ في « التهذيب »^(٣) .

٢٠٦ - وأنا أقول : ما ذكره البغوي ، مختاراً لنفسه ، بعيداً ، والذي ذكره شيخه القاضي أصحُّ ، بيانه أن يمينَ الردِ ما ذهبَ أحدٌ إلى أنها صريحُ إقرارٍ من المدعى عليه ، وإنَّا جعلت على الأصحِّ بمنزلةِ إقرارِ المدعى عليه ، بمعنى (أن)^(٤) حكَّها حكمُ الإقرارِ منه ، ومن حكمِ إقرارِهِ الصريحِ أنه لا يُسمعُ منه إقامةُ بينةٍ على تقيضِهِ ، فإنَّ قال : المُشَبَّهُ بالشيءِ أضعفُ من ذلك (الشيء)^(٥) ، فهو كالإقرارِ في بعضِ الأحكامِ دونَ بعضٍ ، قلنا : لا نُسَلِّمُ أولاً أنَّها كالإقرارِ في بعضِ الأحكامِ ، بل في جميعِها ، وإن سلَّمنا ذلك ، ولكن لِمَ

(١) في نسخة ف : الصيغة .

(٢) في نسخة ف : يبتني .

(٣) انظر فقرة ١٨٦ هامش ٧ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لأن .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بالشيء .

قال : إنها افتردا في هذا الحكم المعين ، وهو سماعُ البينة منه بعد تقدّمها ؟

٢٠٧ - وإنما يُردُّ على القاضي في هذه المسألة ، أن من مذهب الذي سنذكره عنه في موضعه ، وخالف فيه الشافعي وجميع الأصحاب ، واختاره مذهباً لنفسه ، (أن)^(١) من أقرَّ بعينٍ لزيد ، وسلمها إليه ، وتصرّف فيها مدةً ، ثم ادعى المقرَّ على المقرِّ له أن العين المقرِّ بها ملكه مطلقاً ، [٣٣ / ب] ولم يُضفِ الملكَ إلى سببِ نقلها من هذا المقرِّ له ، قال : تسمع دَعواه وبينته بالملكِ المطلقِ^(٢) .

والمذهبُ ضدُّ هذا ، وأنَّ دعواه وبينته بالملكِ المطلقِ لا تُسمعُ ، ما لم يضاف الملكُ له إلى سببِ حصل من هذا المقرِّ له ، نقل الملكِ إليه ، بعد إقراره الأول له ، من بيعٍ أو هبةٍ أو إقرارٍ يُظهرُ به الناقلَ المبهم .

إذا عُرِفَ أنَّ مذهبَ القاضي أن الإقرارَ السابقَ لا يُناقضُ البينةَ الشاهدةَ للمقرِّ بنقيضِ إقراره ، فينبغي على مساقِ مذهبهِ وقياسِهِ أن بينته تُسمعُ ، أعني بينة المدعى عليه بعد نكوله عن اليمين ، وبعد حلفِ المدعي ، سواء قلنا : إنها كالبينة أو كالإقرار^(٤) ، لأنه إذا سمع بينة المقرِّ بعد سبق إقراره الصريح ، فأولى أن (يسمع)^(٥) بينته إذا نكل ، ونزلنا نكوله ويمين المدعي منزلةَ الإقرارِ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٢) في نسخة ف : يد .

(٣) انظر فقرة ٣١١ .

(٤) وهو خلاف ما عليه المحققون في المذهب الشافعي ، قال النووي : فلو أقام المدعى عليه بعدها بينة بأداء أو إبراء لم تسمع ، (انظر : نهاية المحتاج : ٢٥٩ / ٨ ، مغني المحتاج : ٤٧٨ / ٤ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٢٤٢) ، وقال الحلبي في « شرحه على المنهاج » : لم تسمع على الثاني (أي القول الثاني ، وهو أن اليمين بعد النكول كالإقرار) ، وتسمع على الأول (وهو القول بأنها كالبينة) ، (شرح الحلبي : ٤ / ٢٤٢) ، وقال عميرة : قد خالف الشيخان ذلك في موضع آخر ، وقالوا : بالسماع لأنه إقرار تقديري ، وصوبه الزركشي ، (حاشية عميرة : ٤ / ٢٤٢) .

(٥) في نسخة ف : تسمع .

الفصل الثالث

في

تعدد رد اليمين |

المسائل التي يتعذر فيها رد اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها ، وهي ست^(١) :

المسألة الأولى - | طلب الزكاة | :

٢٠٨ - إذا طلب الساعي الزكاة من رب المال ، فقال : قد أديتها ، أو قال : لم يحلّ الحولُ بعد^(٢) ، أو قال : بعثها في أثناء الحول ، ثم اشتريتها ، أو قال : هي في يدي لذمي أو مكاتب ، فإن اتهمه الساعي : أحلف ، واليمين مُستحبة أو مُستحقة ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : إنها مُستحبة ، فإن حلف خلي ، وإن نكل خلي أيضاً ، وإن قلنا : باستحقاقها : فإن حلف ترك ، وإن نكل :

قال الشيخ أبو علي : إن كانت القرية صغيرة ، وفقراؤها متعینون^(٣) ، وقلنا : لا يجوز نقل الزكاة ، فترد اليمين عليهم ، وإن كانت بلدة^(٤) كبيرة

(١) في نسخة ف : خمس ، وهو خطأ .

(٢) الحول : العام ، من حال الشيء وأحوال وأحوال إذا أتى عليه حول ، وحولان الحول على وجود المال ونقله عند المسلم شرط لأداء الزكاة ، وهو شرط موجب ، أي لا تجب الزكاة في ذمة المسلم ، ولو ملك نصاباً ، إلا بعد مرور سنة على ملكه .

(٣) في نسخة ف : معينون .

(٤) في نسخة ف : بلداً .

يكثر المستحقون فيها ، ففيه أربعة أوجه :

أحدها : لا شيء عليه ، لأنه لو حكمنا عليه بالزكاة كان قضاء بالنكول المجرد ، ولا سبيل إليه عندنا ، وليس هنا من يحلف يمين الرد .

والثاني : أنه يؤخذ منه الزكاة ، وليس هذا قضاء بالنكول ، بل أخذت منه بإقراره السابق ، لأن الظاهر أن (الغنم)^(١) له ، ولم يبعها ، فهو مقر في الحقيقة بالزكاة ، مدع سقوطها .

والثالث : وهو الأعدل الأصح ، أنه إن أقر بوجودها ، ثم ادعى ما يسقطها لم تقبل دعواه ، وتؤخذ منه ، وإن لم يقر بسبب الوجوب ، لم تؤخذ منه .

والرابع : أنه يحبس حتى يقر أو يحلف^(٢) .

وذكر الإمام هذه الأوجه ، وضعف الحبس ، واختار (الشيخ)^(٣) أبو إسحاق الحبس في مسألة سنذكرها عقيب هذه المسألة .

المسألة الثانية - [موت المدعي ، ولا وارث له] :

٢٠٩ - إذا ادعى رجل على رجل ديناً ، وأنكر المدعي عليه ، فات المدعي ، ولم يخلف وارثاً غير المسلمين ، قال الشيخ أبو إسحاق : فيه وجهان : أحدهما : يقضى عليه بالنكول للضرورة .

والثاني ، وهو المذهب : [٣٤ / أ] أنه لا يقضى عليه بالنكول ، بل

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المقيم .

(٢) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٧ - ٤٨ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

يُحْبَسُ^(١) حتى يحلف أو يقر^(٢).

وذكر الشيخ أبو علي هذه المسألة ، وذكر فيها هذين الوجهين ، ثم قال : ويجيءُ فيها الوجهُ الثالثُ الأظهرُ ، وهو أنه لا شيءَ عليه أصلاً ، لأنه ليس ههنا دلالةٌ ظاهرةٌ على ثبوتِ المالِ عليه^(٣).

وذكر الإمامُ هذه المسألةَ والوجهين [فيها]^(٤) ، وأشار إلى إمكانِ تخريجِ الوجهِ الثالثِ ، وذكر أن شيخه أبا محمد كان يقول : يُخَلِّيه^(٥) ، ولا يقضي عليه ، قال الإمام : ولا حاصل لهذا .

المسألة الثالثة - [طلب الجزية] :

٢١٠ - إذا غابَ ذميٌّ في بعض السنَّةِ ، ثم عادَ مسلماً بعدَ تمامِ الحولِ ، فطُوبى بالجزية ، فقال : أسمتُ قبلَ الحولِ ، فتسقطُ .

وهذه المسألة مفرَّعةٌ على سقوطِ الجزيةِ بالإسلامِ في أثناءِ الحولِ ، على أحدِ القولين ، ففيه ثلاثة أوجهٍ :

أحدها : لا يُؤخذُ منه شيءٌ أصلاً .

والثاني : وهو الأظهرُ ، أنها تُؤخذُ منه ، وليس هذا قضاءً بالنكولِ ، بل الأصلُ اشتغالُ ذمتهِ بها ، ما لم يظهرُ إسلامه .

والثالث : أنه يُحبسُ حتى يقرَّ أو يحلف^(٦).

(١) في نسخة ف : بالحبس .

(٢) المهذب : للشيرازي : ٢ / ٣٠٢ - ٣٠٣ ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٤٦ .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٩ .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي نسخة ف والأصل : فيه .

(٥) العبارة في نسخة ف : ما يقول بحسه .

(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٨ .

المسألة الرابعة - [دعوى الأسير الإنبات بالدواء] :

٢١١ - إذا أُسِرْنَا طَائِفَةً مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ ، فَوَجَدْنَا مِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَسْتُ بِبَالِغٍ ، كَشَفْنَا عَنْ مُؤْتَرِزِهِ ^(١) ، فَإِنْ وَجَدْنَاهُ أَثْبَتَ قَتْلَنَا ، فَلَوْ قَالَ : دَاوَيْتُ وَاسْتَعْجَلْتُ ، فَإِنْ جَعَلْنَا الْإِنْبَاتَ عَيْنَ ^(٢) الْبُلُوغِ قَتْلَنَا ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ دَلَالَةً عَلَى الْبُلُوغِ ، حَلَّفْنَاهُ عَلَى دَعْوَى الْمَعَالِجَةِ ، فَإِنْ حَلَفَ لَنْ نَقْتُلَهُ ، وَإِنْ أَبِي نَصِ الشَّافِعِيِّ : أَنَّهُ يُقْتَلُ ، وَهَذَا قَضَاءٌ بِالنُّكُولِ .

هَذَا قَوْلُ ^(٣) الْإِمَامِ ، ثُمَّ قَالَ : وَفِي هَذَا النَّصِّ وَقَفَاتٌ ، مِنْهَا : أَنَّهُ قَدْ ادَّعَى الصِّبَا ، وَتَحْلِيفُ مَنْ يَدْعِيهِ مُتَنَاقِضٌ ^(٤) ، لَكِنْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ : عَوَّلْنَا فِي تَحْلِيفِهِ عَلَى ظَاهِرِ الْإِنْبَاتِ ، مَعَ أَنَّهُ مُشْكَلٌ مَعَ هَذَا .

وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يُحْبَسُ حَتَّى يَتَحَقَّقَ بُلُوغُهُ فَيُقْتَلُ ، أَوْ يَتَحَقَّقُ صِبَاهُ فَلَا يُقْتَلُ ، وَهُوَ ^(٥) مُشْكَلٌ أَيْضًا ، فَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ : لَا يُقْتَلُ بَلْ يُدَامُ عَلَيْهِ الْحَبْسُ إِلَى أَنْ يَحْلِفَ ، أَوْ يَقْرَبُ بِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَعْجَلْ ، فَيُقْتَلُ ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فِي « شَرْحِهِ » : إِذَا قَالَ اسْتَعْجَلْتُ ، وَنَكَّلَ عَنِ الْيَمِينِ ، فِيهِ وَجْهَانِ ، أَحَدُهُمَا : لَا يُقْتَلُ حَتَّى يَتَحَقَّقَ بُلُوغُهُ ، وَالثَّانِي ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ : أَنَّهُ يُقْتَلُ ، وَليْسَ هُوَ قَضَاءٌ بِالنُّكُولِ ، بَلْ (الظَّاهِرُ أَنَّ ^(٦)) الْإِنْبَاتِ

(١) الْمُؤْتَرِزُ : مَا يَغْطِي وَيَسْتُرُ بِالْإِزَارِ ، وَهُوَ الْمَلْحَفَةُ وَالسُّتْرُ الَّذِي يَغْطِي أَوْسَطَ الْجِسْمِ ، وَهُوَ كُنْيَاةٌ عَنِ الْعَانَةِ ، وَالْأَزْرُ الظَّهْرُ .

(٢) فِي نَسْخَةِ ف : عَنْ .

(٣) فِي نَسْخَةِ ف : إِلَى .

(٤) فِي نَسْخَةِ ف : مُنَاقِضٌ .

(٥) فِي نَسْخَةِ ف : وَهَذَا .

(٦) الْعِبَارَةُ بَيْنَ التَّوَسُّيْنِ مِنْ نَسْخَةِ ف ، وَسَاقِطَةٌ مِنَ الْأَصْلِ .

حصلَ بنفسه ، مِنْ غيرِ علاج ، فدعواه العلاجَ (خلافاً)^(١) الظاهرِ فيقتل .

المسألة الخامسة - [الصبي وسهم المقاتلة] :

٢١٢ - لو طلب صبيٌّ من صبيان المرتزقة سهماً من سهم المقاتلة ، وذكر أنه احتلم ، فالقولُ قوله ، فيحلفُ ويأخذُ ، فإن^(٢) نكَلَ حَكِيمَ عليه بالنكول ، ولم يُعْطِ السهمَ ، قاله صاحب « التلخيص »^(٣) .

وقال الشيخ أبو زيد^(٤) وغيره : [٣٤ / ب] إذا احتملَ دعواه الاحتلامَ ، قَبِلَ قوله من غيرِ يمين ، وأعطى سهمَ المقاتلةِ ، ومن الأصحابِ مَنْ وافقَ صاحبَ « التلخيص » ، وقال : لا يُقبلُ قوله من غيرِ يمين .

فعلى هذا إن حلفَ أخذَ ، وإن نكَلَ فيه وجهان ، أحدهما : يُعطى السهمَ ، والثاني : لا يُعطى^(٥) .

المسألة السادسة - [بيع مال الطفل] :

٢١٣ - الولي إذا باعَ مالَ الطفلِ في موضعٍ ، يجوزُ له بيعه ، ثم وقعَ نزاعٌ بينه وبين المشتري في قدرِ الثمنِ ، أو صفتهِ أو أجله ، هل يتحالفان ؟ فيه

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير .

(٢) اللفظ في نسخة ف : وإن .

(٣) هو أبو العباس ، أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص الطبري الفقيه الشافعي ، وقد تقدمت ترجمته في

صفحة ٢٠٧ ، وانظر : الروضة : ٤٩ / ١٢ .

(٤) أبو زيد ، محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد الفاشاني المروزي الشيخ الجليل ، أجمع الناس على زهده وورعه وكثرة علمه وجلالته في العلم والدين ، ومن أحفظ الناس للذهب الشافعي ، كان فقيراً في صفره ، حسن المنظر ، فأقبلت عليه الدنيا ، وجاور بمكة وحدث فيها بصحيح البخاري ، ولد سنة ٣٠١ هـ ، وتوفي سنة ٣٧١ هـ بمر .

(انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٧١ / ٣ ، طبقات الفقهاء : ١١٥ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٣٤٥ ، العقد الثمين : ١ /

٢٩٧ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ١٤١ ، البداية والنهاية : ١١ / ٢٩٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٣٤ .

(٥) انظر : الروضة : ٤٩ / ١٢ .

وجهان ، فإن قلنا : لا يتحالفان ، فلا كلام ، وإن قلنا : يتحالفان ، فسببه أنه أمر يتعلّق بإنشاء الولي ، وإقراره مقبول فيه .

إرد اليمين على الولي | :

٢١٤ - فلو ادّعى الولي على إنسان حقاً ، لا يتعلّق بإنشائه ، كإتلاف شيء من مال الصبي ، فأنكر المدعى عليه ، فطلب^(١) يمينه ، فنكل ، هل يحلف الولي ؟

المذهب أنه لا يحلف ، ولا يقض على المدعى عليه بالنكول ، بل يؤخّر الأمر إلى بلوغ الصبي ليحلف^(٢) أو ينكل .

وقال بعض أصحابنا تفریباً على هذا المذهب : إذا كان الولي لا يحلف لو نكل المدعى عليه ، فلا معنى لعرض اليمين على المدعى عليه الآن ، لأنه لا يعجز^(٣) عن النكول ، بل يؤخّر عرض اليمين بالكلية إلى بلوغ الصبي .

والأصح أن للوليّ عرض اليمين على المدعى عليه ، (وإن)^(٤) قلنا : لا يحلف الولي لو نكل المدعى عليه ، وفائدة عرضها عليه ، (إن جاز)^(٥) ، رجاء إقراره خوفاً من اليمين .

وذهب بعض أصحابنا إلى أن اليمين تردّ على الولي ، إذا نكل المدعى عليه بالإتلاف ، فيحلف الولي ويأخذ الصبي .

(١) اللفظ في نسخة ف : وطلب ، أي طلب الولي يمين المدعى عليه .

(٢) في نسخة ف : فيحلف .

(٣) العبارة في نسخة ف : لثلا يعجز .

(٤) في الأصل : فإن ، وجاء في الهامش : لعله : وإن . وهو الأصح ، وفي نسخة ف : وإن .

(٥) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

وهذا الوجه بعيدٌ ، لكننا نذكرُ هذه الوجوه لغرابتها وحُسْنِها ، وليَعْلَمَ أنَّ المسألةَ من المجتهداتِ ، فهذا ما ذكره الإمامُ في مواضع ، من جملتها الاختلافُ بين الزوجين في الصداق ، فيلزمُ على مساق هذا الوجه أنَّ الوليَ لو أقامَ شاهداً واحداً بحق مالي للصبي أَنَّهُ يَحْلِفُ مع الشاهدِ ، ولكنْ لا صائرَ إليه فيما أعلمه ، وسببه أن يمينَ الردِ بمنزلةِ إقرارِ المدعى عليه (على أحدِ القولين)^(١) ، فكأنَّه^(٢) لما نكل وردَّ اليمينَ ، أقرَّ بالحقِّ ، فظهرَ ، فقويَ جانبُ الولي فيحلفُ ، بخلافِ اليمينِ مع الشاهدِ ، وفيه احتمالٌ مع ذلك ، والعلمُ عند الله تعالى .



(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : فكان .

الفصل الرابع

أ صيغ اليمين |

في قاعدة اليمين على البتِ وعلى النفي ، والتحالفِ بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في يديها ، وحكم تحالف المتبايعين ، وفي كيفية اليمين وألفاظها وتغليظها .

النظر الأول

في

قاعدة يمين النفي والبت

٢١٥ - وكلُّ مَنْ حلفَ على فعلٍ نفسه حلفَ على البتِ نفيًا كان أو إثباتًا ، ومن يَنفِي فعلَ الغيرِ فاليمين على نفي العلم^(١) .

مثال الأول : ظاهرٌ ، أما في طرفِ [٣٥ / أ] الإثبات فيحلفُ على الاستحقاق مثلاً ، أو على نفيه بتاً في الطرفين ، فيقول : والله ، لقد بعته داري ، أو لقد اشتريتُ دارك ، والله لقد أقرضتُك ألفاً ، أو لقد اقترضتُ مني ألفاً ، [أو لقد]^(٢) باعكُ أبي داره ، أو لقد اشتريتُ من أبي داره^(٣) ، (أو لقد)^(٤) أقرضكُ أبي درهماً ، أو لقد اقترضتُ من أبي درهماً ، هذا في الإثبات .

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٤ وما بعدها .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : لقد ، وفي نسخة ف : ولقد .

(٣) العبارة في نسخة ف : أو لقد اشترى أبي دارك .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الإصل : لقد .

ويقول في النفي : والله ، مالك عليّ هذه الألف ، ولا شيء منها ، بوجه ولا سبب ، وقوله : ولا شيء منها واجب^(١) ، وقوله : بوجه ولا سبب ، مستحب ، فإن تركه جاز ، ولو قال : والله ، لا يستحق عليّ شيئاً ، كفى وأجزى^(٢) ، ولا تَلَزَمُهُ الزيادة عليه .

١ مسائل في الحلف على نفي فعل الغير :

٢١٦ - ومثال الثاني : أن يدعي مدّع على أبيه مالاً ، فيحلف الوارث بالله ، لا يعلم ذلك على أبيه .

وفي ذلك مسائل متفق عليها ، ومختلف فيها ، نسردها^(٣) مسألة مسألة ، ليسهل تناولها إن شاء الله تعالى .

المسألة الأولى - [الحلف على جناية عبده] :

٢١٧ - إذا ادّعى مدّع على عبد الغير جنائية ، وأفضى الحال إلى بين السيد ، ففيه وجهان : أحدهما : يحلف على نفي العلم ، لأنه ينفي بينه جنائية عبده ، وهذا غيب لا يطلع عليه^(٤) ، فصار كنفي فعل الغير .

والثاني : أنه يحلف على البت ، لأن فعل عبده بمثابة فعله ، ويغلب (على الظن)^(٥) اطلاعه على أفعال عبده^(٦) .

وبني الأصحاب هذا الخلاف على أن الأرض يتعلق بذمة العبد أو بربقته ،

(١) في الأصل زيادة : قوله ، وهي غير موجودة في نسخة ف .

(٢) لفظ : أجزى ، ساقط من نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : نوردها .

(٤) في نسخة ف : ولا عيب يطلع عليه .

(٥) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

فإن قلنا : يتعلق بدمته فهو المستقل بالالتزام ، والرقبة مرتهنة ، فيحلفُ السيدُ ، والحالة هذه ، على نفي العلم ، وإن قلنا : إنَّ الأرشَ يتعلقُ بـرقبته ، فالعبدُ على هذا ، ويده كيدِ السيد ، فيحلفُ السيدُ على البت .

الحلف على إتلاف بهيمته :

٢١٨ - ولو اتلفت بهيمة^(١) زرع إنسانٍ أو ماله ، على وجه يقتضي وجوب الضمان على مالِكها ، فإذا آل^(٢) الأمر إلى اليمين ، فيحلف على البت قطعاً ، إذ لا ذمة للبهيمة بحال الأرش عليها ، بخلاف العبد^(٣) .

المسألة الثانية - الدعوى بدين على الأب :

٢١٩ - قال القاضي (حسين و)^(٤) أبو الطيب الطبري : إذا ادعى رجلٌ على رجل أن له على أبيه مالاً ، فصحة دعواه موقوفة^(٥) على ثلاثة شروط : دعوى موت الأب ، وتعيين الدين ووصفه ، ودعوى أنه خلف تركته ، فيها وفاء الدين^(٦) .

فإذا حرر دعواه بهذه الشروط ، وطلبَ يمينَ الابن المدعى عليه بعد إنكاره ، فالقولُ قوله مع يمينه ، لأنَّ الأصلَ أنَّ أباه لم يمّتْ ، وآته لم يخلف تركته ، وأنها تقصّر عن الدين .

الحلف على موت الأب :

٢٢٠ - فإذا أراد أن يحلف أن أباه ما مات ، قال القاضي أبو الطيب :

(١) في نسخة ف : بهيمته .

(٢) في نسخة ف : فأدى .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

(٤) العبارة زيادة من نسخة ف .

(٥) في نسخة ف : متوقفة .

(٦) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

الذي يجيء على مذهب أصحابنا : أنه يحلف على نفي العلم ، لآنة نفي لفعل غيره ، فيحلف بالله ، (إنه)^(١) لا يعلم موت أبيه .

وقال أبو العباس (ابن)^(٢) القاص : يحلف بالله ، إن أباه ما مات [٣٥ / ب] على البت والقطع ، قال : ولم يذكر (له)^(٣) تعليلاً ، وتعليله ظاهر ، وهو أنه يمكنه الإحاطة به ، لأنه قد يكون عنده في داره ، فيعلم موته يقيناً ، قال : والمذهب أنه يحلف على نفي العلم^(٤) .

[الحلف على التركة] :

٢٢١ - قال : ولو حلف على التركة ، قال ابن القاص : يحلف بالله ، ما وصل إليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لحقه ، ولا شيء منه ، ولا يحلف إنه ما خلف أبوه شيئاً ، لأنه ، وإن خلف شيئاً ، ولم يحصل في يده منه شيء ، لا يلزمه القضاء ، وإنما يلزمه قضاء دين أبيه إذا وصل إليه شيء من تركته ، هذا ما ذكره القاضي أبو الطيب .

وقال الهروري : إذا ادعى على وارث ميت ديناً على الميت ، فأنكر الوارث^(٥) موت الأب ، حلف على البت عندنا ، وعند أبي حنيفة يحلف على نفي العلم^(٦) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بن ، بدون ألف ، وهو خطأ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) في المسألة تفصيل وعدة أقوال . (انظر : الروضة : ١٢ / ٣٥) .

(٥) في نسخة ف : وارث الميت .

(٦) القاعدة عند أبي حنيفة أن التحليف على فعل نفسه يكون على البتات والقطع ، والتحليف على فعل غيره

يكون على نفي العلم في الإثبات والنفي (انظر : رد المختار على الدر المختار : ٥ / ٥٥٢ ، نتائج الأفكار تكلية فتح

القدرير : ٦ / ١٨٠ ، درر الحكام : ٢ / ٣٣٨) وانظر تفصيل ذلك مع المقارنة بين المذاهب والمراجع فيها (وسائل

الإثبات : ١ / ٣٤٢ ، الروضة : ١٢ / ٣٤ وما بعدها) .

وقال أبو زيد المُرُوزي : إن مات حاضراً حلفَ على البت ، وإن مات غائباً حلف على نفي العلم^(١) .

٢٢٢ - قلتُ أنا : ذكرَ القاضي أبو الطيب هذه الشروط الثلاثة ، وأهملَ شرطاً لا بدَّ منه رابعاً ، وهو دعواه أنَّ في يدِ هذا الوارثِ المدعى عليه من تركة الميت ما يفني بالدين ، واشترطَ هذا ظاهرً .

المسألة الثالثة - [يمين وكيل البائع] :

٢٢٣ - إذا نَصَبَ البائعُ وكيلاً بقبضِ الثمن ، وتسليمِ المبيع ، فقالَ المشتري لهذا الوكيل : موكلك سلمَ المبيعَ إليّ ، وأبطلَ حقَّ الحبس ، وأنت تعلم . قال ابن القاص : فيه قولان :

أحدهما : يحلفُ على نفي العلم^(٢) .

والثاني : وهو اختيارُ أبي زيد المُرُوزي : أنه يحلفُ على البت ، لأنه يُثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع .

المسألة الرابعة - [اليمين على الطلاق المبهم] :

٢٢٤ - إذا أهِمَّ طلاقاً بين^(٣) نسوة ، وكانَ قد نوى واحدةً ، فادعتُ منهن واحدةً أنه أرادها ، وأنكرَ ، فيحلفُ على البت .

ولو طلقَ واحدةً معينةً منهن ، ثم نسي ، فادعتُ واحدةً منهن أنه طلقها ، فلا يقبلُ قوله : إنه نسي ، بل عليه الحلفُ على البت ، إنه ما طلقها ، فإن نكَلَ ، حلفتُ على البت ، وحكَمَ لها .

(١) في نسخة ف زيادة : والبت ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٣٥ .

(٢) قال النووي : « قلت نفي العلم أقوى » (الروضة : ١٢ / ٣٥) .

(٣) في الأصل : كان بين ، ثم شطب الناسخ على لفظة : كان .

وفي مسألة التعليق على الغراب ، إذا قالت واحدة منهن : إن كان الطائر غراباً فأنا طالق ، وأنكر الزوج ، فعليه أن يحلف على البت ، إنه لم يكن غراباً ، أو يتكلم حتى تحلف الزوجة على البت ، إنه كان غراباً .

ولو علّق على دخولها ، أو دخول غيرها ، فتنازعا ، اكتفي منه بيمين واحدة ، على نفي العلم بالدخول ، ذكر هذا الإمام .

وقال الغزالي ، لما حكى هذا عن الإمام ، قال : هكذا حكاه إمامي ، (وقال)^(١) : وليس يتبين لي فرق بينهما أصلاً ، بل ينبغي أن يكون عليه يمين جازمة في الصورتين ، أو نكول في المسألتين جميعاً .

٢٢٥ - قلت أنا : هكذا قاله الغزالي في « الوسيط »^(٢) ، ومن العجيب يُوجّه العجز عن الفرق بين المسألتين ، وعندني : [٣٦ / أ] أن الفرق بينهما ظاهرٌ جداً ، وذلك لأنّ تعليق الطلاق على دخول زيد الدار تعليقٌ على فعلٍ متجددٍ من زيدٍ قطعاً ، فيحلفُ يميناً نافيةً على نفي العلم ، لأنّ كلّ من حلف على فعلٍ غيره ، هل وجد الفعل من ذلك الغير أم لا ؟ حلف على نفي العلم به .

أما تعليق الطلاق على كون الطائر المشار إليه الذي قد وُجد طيرانه ، غراباً ، فليس تعليقاً على فعلٍ الغير قطعاً ، بل تعليقاً على كون هذا الطائر

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال .

(٢) الوسيط من كتب المذهب المشهورة ، المأخوذة شرحاً واختصاراً من كتب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى ، وذلك أن الإمام صنف أربعة كتب في الفقه ، وهي الأم والإملاء ومختصر البويطي ومختصر المزني ، ثم جاء إمام الحرمين الجويني فاختصر الأربعة في كتابه النهاية ، وفي قول آخر أن المزني اختصر الأم في مختصره ، ثم جاء إمام الحرمين وشرح مختصر المزني في النهاية ، ثم اختصر الغزالي النهاية في كتابه البسيط ، ثم اختصر البسيط إلى الوسيط ، واختصر الوسيط إلى الوجيز ، ثم اختصر الوجيز إلى الخلاصة ، وجاء الرافعي فاختصر الوجيز في المحرر الذي تقهه عدله وأضاف إليه ، ثم حققه الإمام النووي في منهاج الطالبين ، ويعتبر منهاج النووي أحسن وأفضل التخريجات والتحقيقات لأراء المذهب ، ولم يطبع من كتب الغزالي الأربعة السابقة إلا الوجيز ، أما الوسيط فلا يزال مخطوطاً ، ويوجد منه نسخ مخطوطة في المكتبة الظاهرية بدمشق .

المشاهد موصوفاً بصفة كونه غراباً ، وإذا لم يكن تعليقاً على فعل الغير ووجوده ، بل على تحقق حقيقة كونه غراباً ، حَلَفَ من ينفي وجودَ الصفة الحقيقية على البتِّ ، بأنَّ هذه الصفة لم توجد ، لأنَّه ليس يَنْفي فعلَ غيره .

وإيضاح هذا الفرقِ عدمُ الموازنة بين المسألتين ، ومتى اتحدتا اتحدَ الحكمُ في صفةِ اليمينِ فيها ، فوزان قوله : إنَّ كان هذا الطائرُ غراباً فأنتَ طالقٌ بعد مشاهدة طيرانه ، والجهلُ بحقيقته ، هل هو غرابٌ أو حمامٌ مثلاً ؟ قوله : وقد تحقق دخولُ رجلٍ إلى الدار ، ووجوده فيها ، وجَهْلُ من هو ، هل هو زيدٌ أو عمرو ؟ فقال : إن كان هذا الرجلُ الكائنُ في الدار زيداً فأنتَ طالق ، ثم فُقِدَ الرجلُ ، وجَهْلُ من كان ، واختلفاً ، فإن النافي لكونه كان زيداً بخصوصيته ، يحلفُ على البت ، كنظيره في مسألة الغراب .

ووزانُهُ في مسألة الغراب أن يعرفَ طائراً حقيقته أنه غرابٌ ، وهو غيرُ طائر ، بل واقفٌ ، فقالَ : إن طارَ هذا الطائرُ الغرابُ المشارُ إليه فأنتَ طالق ، ثم فُقدَ الطائرُ واختلفاً ، هل طارَ ذلك الطائرُ المشارُ إليه المحلوفُ على طيرانه ، أو ماتَ مثلاً ، ولم يطر بعد اليمين ، فإنَّ النافي لطيرانه يحلف على نفي العلم قطعاً ، فظهر لما ذكرناه الفرق الذي أردناه بين المسألتين المستورتين .

النظر الثاني

في

كيفية التحالف بين المتبايعين والمتنازعين في دار هي في يدهما

التحالف بين المتبايعين | :

٢٢٦ - أما المتبايعان : فإذا اختلفا في قَدْرِ الثمن تحالفاً قولاً واحداً ،

وكذلك إذا اختلفا في الشروط التي يقبلها (العقد^(١)) كالأجل والكفيل والرهن ، وكذا إذا قال بعتك (هذه)^(٢) العين بألف دينار ، فقال : بل بألف درهم ، (فيتحالفان)^(٣) ، ولو قال : بعني هذا العبد بألف معينة هي هذه ، فقال : بل بعتك هذه الجارية بالألف درهم المعينة ، تحالفا قولاً واحداً .

أما إذا قال له : بعتك هذا العبد بألف درهم في ذمتك ، فقال : بل بعني هذه الجارية بألف درهم في ذمتي ، فهل يتحالفان ؟ فيه وجهان .

ولو قال : بعتك هذه الدار بألف ، فقال : بل وهبتها ، [٣٦ / ب] فالذهب أنه ليس من صور التحالف ، بل تفضل الخصومة بطريقتها^(٤) ، وفيه وجه حكاة الإمام وغيره من المراوزة أنها يتحالفان ، وفي طريقة العراق : لاختلاف في أنها في هذه المسألة الأخيرة (لا يتحالفان)^(٥) .

التحالف على الخيار الزماني والمكاني :

٢٢٧ - وأما الخيار المكاني والزماني فقال القاضي حسين : لا يجري فيه تحالف لقدرة كل واحد (منها)^(٦) على الفسخ .

قال الإمام : وهو غير سديد ، لأن التحالف ليس موضوعاً للفسخ ، لكن لتحالف^(٧) [كل]^(٨) واحد منها ، فيرجع ، ويثبت العقد بيمين الصادق منها ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العقل ، وهو تصحيف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هنا .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يتحالفان .

(٤) وذلك لأنها لم يتفقا على عقد واحد ، ويحلف كل منها على نفي دعوى صاحبه ، كسائر الدعاوي ،

(انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٧ ، شرح المحلى على المنهاج : ٢ / ٢٤١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٧)

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا يتحالفا ، وهو خطأ نحوي .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٧) في نسخة ف : استحقاقه .

(٨) اللفظ من عندي ، لتقدير صحة الكلام ، وليس موجوداً في نسخة الأصل ونسخة ف .

قال : ولهذا جرى التحالفُ في القِراضِ والجُعالة^(١) مع تمكنِ كلِّ واحدٍ من فسخِه ، لأنَّ حكمةَ التحالفِ تَرَقَّبُ خوفَ أحدهما ورجوعه ، فَيَثْبُتُ العقدُ الجائزُ بيمينِ الآخرِ الصادقِ ، ويستمرُّ على الصحة^(٢) .

نعم ، إذا جرى التحالفُ منها ، ولم يَنكفُ أحدهما عن اليمينِ ، وَقَعَ التفاسخُ ضرورياً ، رآه الشرعُ بعد جريانِ التحالفِ .

ثم قالَ الإمامُ بعد هذا : ومساقُ هذا الكلامِ يقتضي أنَّ تحالف^(٣) المتقارضين لا يجري قبلَ الشروعِ في شيءٍ من العملِ ، إذ لا معنى له ، بلُ يمكنُ أن يقولَ : نجعلُ نفسَ تناكرهما تفاسخاً ، ولهذا نظائرُ ، من جملتها نصُّ الشافعي رضي الله عنه : على أن دعوى الرجعة من الزوج رجعة .

نعم ، إنَّ عَمِلَ عاملُ القِراضِ شيئاً عادَ النزاعُ إلى مقصودِ آخر ، وهو أجره مثله .

قلتُ : ولهذا تمتَّ ليس منْ غَرَضنا تحقيقها ، فإن الغرضَ هنا ذكرُ كيفيةِ التحالفِ [والعودة^(٤)] إلى أصلِ المسألة ، وهكذا نُجري التحالفَ في اختلافِ المتأجرين والمتساقين^(٥) ، وفي الكتابةِ والصداقِ كُنظيره في البيعِ .

(١) القراض من أسماء المضاربة في لغة أهل الحجاز ، والجُعْلُ اسم لما يجعل شرطاً للعتق ، والجعل اسم لما يضره الإمام على الناس الذين يخرجون إلى الجهاد ، وفي اصطلاح الفقهاء : الجعالة التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله ، (انظر : كشف اصطلاحات الفنون : ٥ / ١١٩٨ ، دستور العلماء : ١ / ٤٠٣ ، مغني المحتاج : ٢ / ٤٢٩ ، بلفة السالك : ٢ / ٢٦٩) .

(٢) قال الرملي : إن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب ، فيتقرر العقد بيمين الصادق ، (نهاية المحتاج : ٤ / ١٦١) .

(٣) في نسخة ف : يتحالف .

(٤) الكلمة من عندي ، وفي نسخة الأصل ، والزمن ، وليس لها معنى هنا ، والعبارة في نسخة ف : فإن الغرض بنا ههنا أنزم إلى أصل المسألة .

(٥) في نسخة الأصل : المتأجرين والمتساقين .

[كيفية التحالف] :

٢٢٨ - إذا عرفت^(١) هذا ، فالنظرُ الآنَ في كيفية التحالفِ ، والمنصوص في البيع أنَّ البدايةَ بالبائع ، وكذلك في السلمِ بالمُسلم إليه ، وفي الكتابةِ بالسَّيد ، وهو بائعٌ أيضاً ، ونصٌّ في النكاح على البداية (بالمتزوج)^(٢) ، وهو في مرتبة المشتري ، فَمِنَ الأصحاب منُ قالَ : في الكل قولان ، ومنهم من فرَّق ، ومنهم من قالَ : يُقرِّعُ الحاكمُ بينهما ، ومنهم منُ قالَ : يتخيرُ الحاكمُ ما شاء^(٣) من ذلك^(٤) .

[الجمع بين النفي والإثبات] :

٢٢٩ - وصورةُ اليمين أنْ يجمعَ البائعُ بينَ النفي والإثبات بيمينٍ واحدةٍ ، يبدأ فيها بالنفي ، فيقولُ : واللهِ ، ما بعتهُ بخمسِ مائة ، ولقد بعتهُ بألفٍ ، ويقولُ المشتري : واللهِ ، ما اشتريتهُ بألفٍ ، ولقد اشتريتهُ بخمسِ مائة .
وقال أبو سعيدٍ الإصطخري : تجبُ البداية^(٥) بالإثبات في الطرفين ، والأولُ أصحُّ .

هذا أحدُ القولين ، وهو المنصوص^(٦) ، وفيه قولٌ أنه لا يجمعُ في يمينٍ

(١) في نسخة ف : عرف .

(٢) الكلمة من هامش الأصل ، أما في الداخل فيوجد كلمة : البائع ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : بالمشتري .

(٣) العبارة في نسخة ف : يجبر الحاكم من شاء .

(٤) لخص النووي هذه الأقوال والآراء فقال : ويبدأ بالبائع وفي قول بالمشتري وفي قول يتساويان ، فيتخير

الحاكم ، وقيل يقرع ، وانظر تفصيل ذلك وتعليله في (مغني المحتاج : ٢ / ٩٦ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٢٢٩ ، جواهر المقود : ١ / ٧٣) .

(٥) العبارة في نسخة ف : تجب البداءة .

(٦) قال : النووي : والصحيح أنه يكفي كل واحد يمين ، تجمع نفيًا وإثباتًا ، ويقدم النفي ، (مغني المحتاج :

واحدة بين النفي والإثبات ، بل يحلفُ البائعُ على النفي فقط ، ثم يحلفُ المشتري على النفي ، ثم يحلفُ البائعُ على الإثبات ، [٣٧ / أ] ثم يحلفُ المشتري على الإثبات .

وهذا قولٌ ، مع بعده ، مخرَّجٌ من نصِّ الشافعي ، على ما لو تنازعَ رجلان في دارٍ هي في يدهما^(١) ، ادعى كلُّ واحد أن جميعها له ، فقال : يحلفُ أحدهما أولاً على النفي في النصف الذي في يده ، ولا يجمع في يمينه بين النفي والإثبات^(٢) .

فمن الأصحاب من قال : في هذه المسألة أيضاً قولان ، كمسألة البيع ، وجعلَ في (كلتا)^(٣) المسألتين قولين ، ومنهم من فرَّق بينهما بفروقٍ مشهورةٍ التفرُّيع .

إن قلنا : يجمعُ ، فحلفَ البائعُ على النفي والإثبات ، ثم حلفَ المشتري على النفي فقط ، ونكلَ عن الإثبات ، (قُضي)^(٤) عليه بيمين البائع ؛ وسببه أن النفي والإثبات لما (اجتمعا)^(٥) على هذا القول ، واتصل النفي بالإثبات ، صارت كيمينٍ واحدةٍ ، فجعلَ النكولَ عن البعض نكولاً عن الكلِّ .

[تعدد اليمين] :

٢٣٠ - وإن قلنا : بتعدد اليمين ، فلها أحوالٌ :

(١) في نسخة ف : يدها .

(٢) قال الشافعي في (الأم : ٦ / ٢٢٨) : فإن لم يجد واحد منها بينة أحلفنا كل واحد منها على دعوى صاحبه (أي نفي استحقاقه) ، فأبها حلف برئ ، وأبها نكل ردداً لليمين على المدعي ، فإن حلف أخذ ، وإن نكل لم يأخذ شيئاً .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كلا .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وقضى .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : جمعا .

الأولى : إذا نكَلَ الأولُ عن النفي حَلَفْنَا الثانيَ يميناً واحدة جامعةً بين النفي والإثبات ، لأنَّه قد تقدَّمَ نكولٌ فلا بأسَ بالإثبات .

الثانية : أنْ يتحالفا على النفي :

قال الشيخ أبو محمد : يُفسخُ العقدُ ، لأنَّ التضادَّ والتعاندُ قد تمَّ .

وقال غيره : يعودُ إلى الأولِ ، وتعرض عليه يمينُ الإثبات ، فإنْ حلفَ عرضاها على الثاني ، فإنْ حلفَ تمَّ الآن التحالف .

فعلى هذا : لو حلفَ الأولُ يمينَ الإثبات ، فعدنا إلى الثاني فنكَلَ ، قضينا للأول لا محالة ، والأصحُّ ما ذكره الشيخ أبو محمد .

التحالف والتفاسخ | :

٢/٢٣٠ - الحالة الثالثة : أن يتناكلاً جميعاً ابتداءً ، ففيه وجهان :

أحدهما : أن تناكَلهما كتحالفا لحصول التضادِّ ، فيقع التفاسخُ ، ولذلك نصَّ الأصحابُ على أنه لو حلفَ الأولُ على النفي ، ونكَلَ الثاني ، فردَّ على الأولِ ، فنكَلَ عن الإثبات ، كان نكوله كحلفٍ صاحبه .

والوجهُ الثاني : أننا نتوقفُ ولا نفسخُ ، لأن التفاسخَ في هذا الباب إننا أخذ من الحديث النبوي^(١) ، وهو منوطٌ بالتحالفِ ، وليس التناكُلُ في معناه .

(١) وهو ما رواه ابن مسعود أن رسول الله ﷺ قال : إذا اختلف المتبايعان ، والسلمة قائمة ، ولا بينة لأحدهما ، تحالفا وتراداً ، وفي رواية « إذا اختلف المتبايعان تحالفا » ، وفي رواية مالك بلاغا عن ابن مسعود « البيعان إذا اختلفا ترادا » ، وهذا الحديث ضعيف جدا ، ولم يُذكر الأول في كتب الحديث ، وإنما ذكره الفقهاء ، وخاصة الغزالي في الوسيط ، وجزم الشافعي أن طرق الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول ، وروى الحديث عبد الله بن أحمد في زيادات المسند ، وأما رواية : فالقول قول البائع ، وما أشبه ذلك ، فهي أصح ، ورواها أصحاب السنن وأحمد والحاكم وصححا .

(انظر : التلخيص الحبير : ٣ / ٣١ - ٢٢ ، معالم السنن ، للخطابي : ١٦٣ / ٥ ، تهذيب سنن أبي داود ، لابن =

١ حكم التحالف في الانفساخ :

٢٣١ - أما حكم التحالف إذا تمّ فهو جواز إنشاء الفسخ لها ، لا انفساخ العقد بنفس التحالف ، هذا هو الصحيح المنصوص ، (وفيه)^(١) قول (مُخْرَجٌ)^(٢) أنه يَنْفَسَخُ بنفسِ التحالفِ^(٣) .

وفرح الشيخ أبو عليّ على هذا القول البعيد : أنّ المشتري يردّ الزوائد المنفصلة الحادثة بعد التحالف ، وقبل إنشاء الفسخ منها ، وأنّ كل تصرف يتصرف المشتري فيه بعد التحالف وقبل إنشاء الفسخ يُنْقَضُ ، وهو بعيد .

وإذا قلنا : لا بدّ من إنشاء الفسخ على الأصح ، فالأصح أنّ العاقد يستقل به ، وفيه وجه أنه يختص بالقاضي ، لأنّه مجتهد فيه .

ومتى وقع الفسخ ، هل يَنْفَسَخُ باطناً وظاهراً^(٤) ، أو ظاهراً فقط ، فيه [٢٧ / ب] خلاف وتفصيل سبق ذكره من قبل^(٥) .



= القيم : ١٦٤ / ٥ ، نصب الراية : ١٠٥ / ٤ ، المغني : ١٤٤ / ٤ ، نتائج الأفكار تكللة فتح القدير : ١٨٤ / ٦ ، الدر

المختار : ٤٩٥ / ٤ ، وسائل الإنبات : ٦٨٥ / ٢ ، نيل الأوطار : ٥ / ٢٥٢ - ٢٥٣)

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ففيه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خرج .

(٣) هذا القول مقابل للصحيح الذي نص عليه المؤلف ، وأكده المحققون في المذهب ، وهو أن العقد لا ينفسخ

بنفس التحالف بل يعتبر باقياً ، ويتراضى الطرفان على قول أحدهما أو يفسخانه أو يفسخه أحدهما أو يفسخه الحاكم ،

(انظر : مغني المحتاج : ٩٦ / ٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢٤٠ / ٢ ، نهاية المحتاج : ١٦٣ / ٤ ، حاشية الشرقاوي :

٤٨ / ٢ ، المهذب : ٢٩٢ / ١ ، المجموع : ٥٩ / ١٣ وما بعدها) .

(٤) في نسخة ف : ظاهراً وباطناً .

(٥) فقرة ١٣٣ من هذا الكتاب ، وانظر : المهذب : ٢٩٣ / ١ ، المجموع : ٦٧ / ١٣ .

النظر الثالث

في

كيفية اليمين الواجبة على المدعى عليه

٢٣٢ - إذا توجهت اليمينُ عليه ، وبَدَلها ، فليقل له القاضي ، بعد تخويفه بالله عز وجل منه ومن عذابه : قل : والله أو بالله ، أو تالله^(١) ، إنَّ هذا المدعي لا يستحق عليّ ما ذكره في دعواه ، ولا شيئاً منه ، أو لا يلزمني تسليم (ما ذكر ، ولا تسليم)^(٢) شيءٍ منه ، أو لا حقّ له عليّ ، أو ماله قبلي شيءٌ ، نفيّاً لما أجاب به عن الدعوى ، وكل هذه أجوبةٌ صحيحة .

وهكذا إن كانَ يمينه مثبتاً لحقٍ ، كاليمين مع الشاهد ، أو يمين الردِّ مع نكول المدعى عليه ، فليقل له الحاكم : قل : بالله أو والله ، إني مستحقّ في ذمة هذا هذا القدر المدعى به ، وتسلمه الآن ، (إذ)^(٣) ربُّها يكون مؤجلاً ، فلو اقتصر على اليمين على استحقاقه كانَ صادقاً ، ولا يستحقّ تسلمه في الحال .

تغليظ اليمين | :

٢٣٣ - ثم إذا كانَ المال أقلّ من نصاب الزكاة فلا تغليظ في اليمين عندنا ، وإن بلغ نصاباً فما زاد غلّظت اليمين .
واختلف الأصحاب في تقدير التغليظ بنصاب الذهب والفضة على وجهين :

أحدهما : لأنّها نصاب زكاة ، فعلى هذا تُغلّظ في الغنم في أربعين شاة فما

(١) انظر ألفاظ اليمين مع مقارنة المذاهب والمراجع المشار إليها في (وسائل الإثبات : ١ / ٣١٥)

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو ، وهو تصحيف .

زاد ، وفي الإبلِ في خمسٍ ، وفي البقرِ في ثلاثينَ ، وفي الجبوبِ والثارِ في خمسةِ أُوسُقٍ^(١) ، وإن تَقَصَّتْ قِيمَةُ كل نصابٍ عن عشرينَ ديناراً أو عن مائتي درهم .

والثاني : أَنه إِنما قُدِّرَ بالعشرين عن توقيفٍ ، فلا (يُقدَّر به عن)^(٢) غيره ، فعلى هذا كل نصابٍ من غير النقدين لم تبلغ قيمته نصاباً من النقدين لم تُغْلَظ فيه ، وإن بلغت قيمته نصاباً منها غُلِظت فيه .

والتغليظ يكون بثلاثةِ أشياء : باللفظ والزمان والمكان .

[التغليظ باللفظ] :

٢٣٤ - فالتغليظُ باللفظِ هو بزيادةِ ألفاظٍ من أسماء الله تعالى وصفاته ، كقوله للحالف : قلُ : باللهِ الذي لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة ، الطالب الغالب المدرك المهلك الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية^(٣) .

وللحاكم أن يقتصرَ على بعض هذه الألفاظ في اليمين المغلظة ، وله أن يستوفيها على توسُّطِ الحقِّ وكثرتِه^(٤) ، فالتغليظُ في (التحليفِ)^(٥) على ألفٍ^(٦) مثلاً لا يكون كالتغليظ على عشرةِ آلاف .

وهذا التغليظُ اللفظي مستحبٌ ، غيرٌ واجبٍ عند الشيخ أبي علي ، وعند غيره وجهان^(٧) .

(١) الوَسْقُ ستون صاعاً ، جمعه أوساق ووسوق ، أو هو حمل بعير ، (القاموس المحيط : ٣ / ٢٨٩)

(٢) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : يتقدر به .

(٣) الأم : ٦ / ٢٨٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ ، الروضة : ١٢ / ٣١ .

(٤) وسائل الإثبات : ١ / ٣٢٦ ، المهذب : ٢ / ٣٢٣

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الحلف .

(٦) في نسخة ف : الألف .

(٧) اقتصر الشيرازي والنووي على القول الأول ، وهو الاستحباب ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٣ ، الروضة :

قال الشيخ أبو علي : إلا أن الحاكم لو قال للحالف : قل : بالله الذي لا إله إلا هو ، الطالبُ الغالب ، فاقصر الحالف على قوله : بالله ، وامتنع من الباقي ، هل يصيرُ ناكلاً ؟

فيه وجهان ، واختارَ القفالُ أنه يصيرُ ناكلاً ، وتردُّ اليمينُ على خصمه .

ولو قال له : قل بالله ، فقال : [٣٨ / أ] والله ، أو على العكس ، هل يصيرُ ناكلاً ؟ فيه وجهان سبق ذكرهما^(١) .

وهكذا لو قال : بالله الذي لا إله إلا هو ، فقال : بالله الرحمن الرحيم ، هل يكونُ (ناكلاً)^(٢) ؟ فيه وجهان .

[التخليط بالمكان] :

٢٣٥ - وأما التخليط بالمكان فهو تحليفه في أشرف البقاع وأعظمها حرمة^(٣) ، ففي مكة بين الركن والمقام ، وفي المدينة فعلى منبرِ رسول الله ﷺ أو عنده ، وظاهرُ النص أنه يصعدُ المنبرَ ، وقال أبو سعيد الإصطخري : لا يصعدُ ، وفي البيت المقدس عند الصخرة ، وفي بقية البلاد في مسجدها الجامع عند المنبر ، وهل يصعدُ المنبرَ ؟ على الخلاف المذكور .

وهذا التخليط المكاني هل (هو)^(٤) مستحقٌ أو مُستحبٌ ؟ فيه وجهان^(٥) ، وقيل : الوجهان في التخليط بمكة والمدينة ، وأما في بقية البلاد فغير واجبٍ قولاً واحداً .

(١) في صفحة ٢١٨ من هذا الكتاب ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٣٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، أي هل يصير الحالف ناكلاً ، وفي الأصل : نكولاً ، أي هل يكون قوله نكولاً ، ورجحنا لفظ ، ناكلاً ، لأن المؤلف استعمله مرتين قبل سطور .

(٣) وسائل الاثبات : ١ / ٣٢٨ ، الأم : ٦ / ٣٧٩ .

(٤) اللفظ زيادة من ف ، وساقط من الأصل .

(٥) أحدهما : أنه مستحب ، والثاني : أنه واجب ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٢ ، الروضة : ١٢ / ٣٢) .

ثم سواء قلنا : إنَّ التَغْلِيظَ بِالْمَكَانِ مُسْتَحَقٌّ أَوْ مُسْتَحَبٌّ ، فَإِذَا حَلَفَهُ الْحَاكِمُ فِي مَكَانِ التَغْلِيظِ ، فامْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ فِيهِ ، صَارَ نَاكِلًا قَوْلًا وَاحِدًا عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ ، بِخِلَافِ امْتِنَاعِهِ مِنَ التَغْلِيظِ اللَّفْظِيِّ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ^(١) .

وَالْفَرْقُ أَنَّهُ فِي اللَّفْظِ قَدْ أَتَى بِقَوْلِهِ : وَاللَّهِ ، وَهَذِهِ لَفْظَةُ الْيَمِينِ ، وَمَعْنَاهَا فِي قَوْلِهِ : وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الطَّالِبُ الْغَالِبُ ، فَإِنَّ كُلَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ مُنْدرَجَةٌ عِنْدَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى ، بِخِلَافِ امْتِنَاعِهِ مِنَ الْحَلْفِ ^(٢) فِي مَكَانٍ شَرِيفٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَحْصُلُ شَرَفُ الْمَكَانِ أَصْلًا .

وَإِذَا قُلْنَا : إِنَّ التَغْلِيظَ مُسْتَحَقٌّ ، فَلَا يُغْنِيهِ قَوْلُهُ : حَلَفْتُ بِالطَّلَاقِ أَنْ لَا أَحْلِفَ يَمِينًا مَغْلُظَةً ، بَلْ يُقَالُ لَهُ : انْكَلُّ أَوْ احْلِفْ ، وَإِنْ وَقَعَ عَلَيْكَ الطَّلَاقُ ، هَكَذَا قَالَ الْإِمَامُ ^(٣) .

وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ فِي « التَّعْلِيْقِ » : إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْيَمِينِ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ ، وَقَالَ : عَلِيٌّ يَمِينٌ أَنْ ^(٤) لَا أَحْلِفَ بَيْنَهُمَا ، لَكِنْ أَحْلَفَ عَنِ يَمِينِ الْمَقَامِ مِثْلًا ، أَوْ أَحْلَفَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ قَرِيبٍ مِنَ الْبَيْتِ ، فِيهِ قَوْلَانِ ، أَحَدُهُمَا : يَجَابُ إِلَيْهِ ، وَلَا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ ، وَالثَّانِي : يَحْلِفُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ بَعِينَهُ ، وَيَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ ^(٥) .

هَذَا كُلُّهُ إِذَا قُلْنَا : (إِنْ) ^(٦) التَّغْلِيظَ بِالْمَكَانِ مُسْتَحَقٌّ وَشَرَطًا ، وَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّهُ مُسْتَحَبٌّ ، فَلَا يَحْنُثُ فِي يَمِينِهِ قَوْلًا وَاحِدًا .

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٤ .

(٢) فِي نَسْخَةِ ف : الْيَمِينِ .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٤) اللَّفْظُ فِي نَسْخَةِ ف : بِأَنَّ .

(٥) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٦) اللَّفْظُ زِيَادَةٌ مِنْ نَسْخَةِ ف ، وَسَاقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

[التخليط بالزمان] :

٢٣٦ - وأما التخليطُ بالزمان فهو تحليفةٌ بعدَ العصر في يوم الجمعة^(١) ،
(وهل هو مستحقٌّ أو مستحبٌّ ؟)^(٢) فيه وجهان^(٣) ، وكيف ما كانَ فلو امتنع
من الحلف في هذا الزمن^(٤) ، وبَدَلَ اليَمين قبله أو بعده صار ناكلاً كالملك .

[التحليف بالمصحف] :

٢٣٧ - وما تُغَلِّظُ به اليَمينُ التحليفُ بالمصحف .

قال الشافعي رضي الله عنه : كانَ ابنُ الزبيرِ^(٥) يَسْتَحْلِفُ به ، ورأيتُ
مَطْرَفًا^(٦) قاضي صنعاء يستحلفُ به ، [٣٨ / ب] وهو حسن^(٧) .

(١) وسائل الإثبات : ٢ / ٣٢٨ ، الأم : ٦ / ٢٧٩ .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل تقديم وتأخير ، وهي : وهل هو مستحب أو مستحق ؟

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ٣٢٣ ، الروضة : ١٢ / ٣٢ .

(٤) في نسخة ف : الوقت .

(٥) عبد الله بن الزبير بن العوام الأسدي ، أبو حُبيِّب أو أبو حبيب أو أبو عبد الرحمن ، صحابي جليل ، أول مولود في الإسلام في السنة الأولى بعد الهجرة ، أمه أسماء بنت أبي بكر ، وهو فارس قريش ، أمير المؤمنين ، له ٢٣ حديثاً ، روى له الستة ، شهد اليرموك وفتح أفريقيا ، بوع بالخلافة بعد موت يزيد سنة ٦٤ هـ ، وغلب على اليمن والحجاز والعراق وخراسان ، وكان فصيحاً شريفاً شجاعاً لسنا أطلس ، كثير العبادة ، كان يسمى حمامة المسجد ، دافع عن عثمان في الدار ، قاتله بنو أمية حتى انتصروا عليه في الكعبة ، وقتل وصلب ثم سلم إلى أمه فدفنته بالمدينة في دار صفية بنت حيي ، ثم زيدت دارها في المسجد فهو مدفون مع النبي ﷺ ومع أبي بكر وعمر رضي الله عنهم ، كما يقول الكتبي في فوات الوفيات ، (انظر : الإصابة : ٤ / ٦٩ ، الخلاصة : ٢ / ٥٦ ، المعارف : ٢٥٦ ، ٦٠٠ ، فوات الوفيات : ١ / ٤٤٥ ، العقد الثمين : ٥ / ١٤١ ، النجوم الزاهرة : ١ / ١٨٩ ، البداية والنهاية : ٨ / ٣٣٢ ، تاريخ الخلفاء : ٢١١ ، تهذيب الأسماء : ١ / ٢٦٦) .

(٦) مطرف بن مازن الكناني ، وقيل القيسي بالولاء أبو أيوب ، الصنعائي ، ولي القضاء بصنعاء اليمن ، روى عنه الإمام الشافعي وخلق كثير ، واختلف العلماء في روايته وطعنوا بها .. قال الشافعي : وقد كان من حكام الأفاق من يستحلف على المصحف ، وذلك عندي حسن ، وكان مطرف يستحلف على المصحف ، ويروي ذلك عن ابن الزبير ، توفي بالرقعة ، وقيل بمنج سنة ١٩١ هـ ، (انظر : وفيات الأعيان : ٤ / ٢٩٧ ، النجوم الزاهرة : ٢ / ١٣٧ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٩٧) .

(٧) الأم ، الشافعي : ٦ / ٢٧٩ ، وانظر : المهذب ، للشيرازي : ٢ / ٣٢٣ ، الذي نقل نفس العبارة .

وقال^(١) الماوردي : هو^(٢) جائزٌ ، وليسَ بمستحبٍ ، قال أصحابنا : ومعناه أنه يوضعُ المصحف في حجره ليكون أجزء له^(٣) .

قال الشيخ أبو علي : فلو أرادَ القاضي تحليفَه بالمصحف ، (وأمره أن)^(٤) يضعَه في حجره ، فامتنع (منه)^(٥) ، هل يصير ناكلاً ؟ فيه وجهان .

ثم قالوا : لا يُحلفه بالمصحف ، فيقول : وحقَّ المصحف ، لأنه تحليفٌ بغير الله ، وإنما يحلفُه بمن أنزلَ القرآن ، هكذا قاله الشيخ أبو علي ، قال : وقالَ الشيخُ أبو زيد : ولو حلفه بما في هذا المصحف ، لا يكون يميناً ، لأن في المصحف سواداً وبياضاً ، ولو حلفه بما في المصحف من القرآن ، أو بما هو مكتوبٌ في المصحف ، أو حلفه بالقرآن ، فهو يمينٌ ، وهل يحلفه بالله الذي^(٦) أنزل القرآن على محمدٍ ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » ، والشيخ أبو عاصم العبادي في « فتاويه » ، ولم يختارا شيئاً .

[التخليط بالقيام]

٢٣٨ - ولا يشرع القيامُ في شيء من الأيمان إلا في يمين اللعان ، وقيل : يُغلظُ بالقيام في جميع^(٧) الأيمان^(٨) .

(١) في نسخة ف : قال ، وانظر : الحاوي ، له : ١٢ ق ١٣٦ / ب ، ق ١٤٢ / ب ، أدب القاضي ، له :

. ٦٥٨ / ١

(٢) في نسخة ف : وهو .

(٣) وهذا ما أيده النووي رحمه الله ، قال : « وأن يحضر المصحف ، ويوضع في حجر الحالف » (الروضة :

. ٣١ / ١٢)

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وأن .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : به .

(٦) العبارة في نسخة ف : وهل يحلفه بالذي .

(٧) اللفظ في نسخة ف : سائر .

(٨) انظر : الروضة : ٣١ / ١٢ .

الدعاوى التي يُغَلظ فيها :

٢٣٩ - وَتَغْلَظُ الْيَمِينُ فِي دَعْوَى الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ ، وَلَوْ ادَّعَى الْعَبْدُ عِتْقَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَأَنْكَرَ السَّيِّدُ ، حَلَفَ ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ نَصَاباً غَلَّظَتِ الْيَمِينُ عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَلَوْ نَكَلَ وَرَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ غَلَّظَتِ الْيَمِينُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ يَثْبُتُ الْحَرِيَّةُ^(١) .

وقال صاحب « التقریب » : تُغْلَظُ الْيَمِينُ عَلَى السَّيِّدِ كَيْفَ كَانَ ، لِأَنَّهُ يَنْفِي مَا يُثْبِتُهُ الْعَبْدُ ، وَلَوْ ادَّعَى السَّيِّدُ عَلَى عَبْدِهِ كِتَابَتَهُ ، فَأَنْكَرَ ، فَإِنْ كَانَ الْمَالُ نَصَاباً غَلَّظَتِ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ ، وَإِنْ نَكَلَ وَرَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى السَّيِّدِ غَلَّظَتِ ، وَإِنْ كَانَ أَقْلَ مِنَ النَّصَابِ فَلَا تَغْلِيظُ ، أَمَا إِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ الْكِتَابَةَ عَلَى السَّيِّدِ ، وَأَنْكَرَهَا ، إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ نَصَاباً غَلَّظَتِ الْيَمِينُ عَلَى السَّيِّدِ ، وَإِنْ نَكَلَ وَرَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْعَبْدِ غَلَّظَتُ أَيْضاً ، وَإِنْ تَقَصَّتْ عَنِ النَّصَابِ فَلَا تُغْلَظُ عَلَى السَّيِّدِ ، فَلَوْ نَكَلَ وَرَدَّتْ عَلَى الْعَبْدِ غَلَّظَتْ عَلَى الْعَبْدِ ، لِأَنَّهُ يُثْبِتُ الْحَرِيَّةَ .

وقال صاحب « التقریب » : إِذَا غَلَّظَتْ عَلَى الْعَبْدِ يَنْبَغِي أَنْ تُغْلَظَ عَلَى السَّيِّدِ أَيْضاً .

تغليظ اليمين على المرأة في المكان :

٢٤٠ - هَذَا كُلُّهُ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ ، أَمَا الْمَسْلَمَةُ فَالْبَرْزَةُ^(٢) كَالرَّجُلِ فِي إِحْضَارِهَا مَجْلَسَ الْحُكْمِ ، وَتَغْلَظُ^(٣) الْيَمِينُ عَلَيْهَا بِالْمَكَانِ ، وَأَمَا الْمَخْدَرَةُ قَالَ الْإِمَامُ : قَالَ

(١) بين الإمام النووي رحمه الله تعالى الحالات والدعاوى التي تغلظ فيها اليمين . (انظر : الروضة :

. (٢٢ / ١٢) .

(٢) البرزة أي الظاهرة غير المحتجبة عن الناس ، وإنما تخرج إلى السوق وإلى المجالس للحديث .

(٣) في نسخة ف : وتغليظ .

قائلون : يَحْضُرُهَا الْقَاضِي بِنَفْسِهِ ، أَوْ الْمُسْتَخْلَفُ فِي بَيْتِهَا ، وَلَا تُكَلَّفُ الْحُضُورَ ، وَقَالَ فِي مَكَانٍ آخَرَ : قَطَعَ الْعِرَاقِيُّونَ بَأَنَّ الْمَخْدَرَةَ لَا يَعْصِمُهَا التَّخْدِيرُ عَنِ الْحُضُورِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ لِلْيَمِينِ ، إِذَا رَأَيْنَا التَّغْلِيظَ بِالْمَكَانِ وَاجِبًا ، وَلَا تَحْضُرُ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ لِلدَّعْوَى عَلَيْهَا [٣٩ / أ] .

وقال الشيخ القفال : المخرجة تحضر إلى مجلس الحكم كالبرزة^(١) .

والمخرجة هي التي لا تخرج لحوائجها ، ولا تعتاد الخروج للزيارة والعزايا ، فلو خرجت على نذور لم يبطل تخديرها .

والذي عندنا أنَّ المخرجة هي التي لا تخرج إلا لضرورة ، هذا ما ذكره الإمام . وقال الشيخ أبو علي : المخرجة لا تحضر إلى مجلس الحكم ، بل يبعث القاضي إليها من يحكم بينها وبين خصمها في منزلها ، فإذا توجهت عليها اليمين ، أحلفها في منزلها ، إن كان المال لا تغليظ فيه ، وإن كان فيه تغليظ ، من أصحابنا من قال : لا تخرج من بيتها ، وتحلف فيه ، والصحيح أنها تحلف في الموضع الشريف ، وتغلظ اليمين عليها ، إلا إذا كانت حائضاً لا تدخل المسجد ، بل تحلف على بابه .

وقال^(٢) الماوردي : المخرجة يستخلف الحاكم من يستحلفها في منزلها ، ويسقط تغليظ اليمين بالمكان صيانة لها^(٣) .

وقال القاضي أبو الطيب : المخرجة ، من أصحابنا من قال : تغلظ اليمين عليها بالمكان كالبرزة ، فتحضر في ذلك الموضع ، ومن أصحابنا من قال : لا تغلظ اليمين عليها بالمكان ، لأنَّ الحاكم لا يستحضرها إلى مجلس حكمه ، وإنما

(١) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٢) في نسخة ف : قال ، وانظر : أدب القاضي ، له : ٢ / ٣٢٥ .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

يبعث إليها نائباً عنه ، ليحكمَ بينها وبين خصمها ، ولا تخرج من بيتها .

وقال القاضي حسين : إذا كانت المرأة غيرَ برّزة فتوكّل ، فإذا توجهت عليها اليمين ، بعثَ إليها من يحلفُها في منزلها .

وقال الفقهاءُ : تحضّرُ مجلسَ الحكم ، قال : قال أصحابنا : المخدّرةُ هي التي لا تخرجُ لحوائجها ، وإن خرجت إلى الأعزّية والمآتم والزيارات ، قال : والذي عندي : أنّ المخدّرة هي التي لا تخرج لحوائجها ولا إلى الأعزّية^(١) والزيارات إلا نادراً ، فإن اعتادتها لم تكن مخدّرة .

وقال الشيخُ أبو نصر : المخدّرةُ هي التي لا تُخاطبُ الرجالَ ، ولا تحضّرُ المواسمَ والأعراسَ ، فإنّ الحاكمَ يبعثُ إليها من يحلفُها ، وهل تغلّظُ اليمينُ عليها بالمكان ؟ فيه وجهان ، أحدهما نعم ، فتحضّرُ في المواضع الشريفة ، ويحلفُها ، والثاني : لا ، لأن خدّرها إذا منع من إحضارها مجلسَ الحكم جرى مجرى المرضِ (فيسقطُ)^(٢) به التغليظ .

وقال الشيخُ أبو إسحاق : المخدّرة لا تُكلفُ الحضور ، بل توكّل من يخاطبُ عنها ، فإذا توجهت عليها يمينٌ ، بعثَ إليها من يحلفُها^(٣) .

٢٤١ - قلت : فهذا ما ذكره الأئمة في المخدّرة وحكمها ، والأصحُّ عندي : أنها لا تُكلفُ الحضورَ إلى مجلسِ الحكم لمحاكمة ، ولا إلى موضعٍ شريفٍ ليمين ، لأنّ أصحابنا صرحوا بأنّه تُسمعُ^(٤) الشهادةُ على [٣٩ / ب] شهادتها مع

(١) في نسخة ف : للأعزّية .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فسقط .

(٣) المهذب ، له : ٢ / ٣٠٤ ، وانظر : الروضة : ١٢ / ٣٣ .

(٤) في نسخة ف : تمتنع ، وهو خطأ .

حضورها من غير مرض ، وألحقوا تخديرها^(١) بالمرض والسفر في ذلك ، والأولى في التخدير وصفته رده إلى عرف الناس واتباع العادات .

هذا كله في يمين المدعى عليه يمين النفي ، أو يمين المدعي يمين الرد ، وهكذا الحكم في تغليظ اليمين إذا حلف المدعي مع شاهده لإثبات الحق .

[تصديق شاهده في اليمين] :

٢٤٢ - وليضيف الحاكم إلى اليمين مع الشاهد تصديق الشاهد ، فيقول : وإن شاهدي صادق فيما شهد به . أو إن ما شهد به هذا الشاهد حق وصدق^(٢) . وهذا التصديق للشاهد الواحد مستحق أو مستحب ؟ فيه وجهان ، أصحها أنه مستحق .

وهكذا اليمين للحكم على الميت والصبي والمجنون والغائب تغلظاً ، كما سنذكره .

[يمين الاستظهار أو اليمين المتممة] :

٢٤٣ - ثم اختلف أئمتنا في أن اليمين للحكم على الغائب هل هي مستحقة أو مستحبة ؟ فيه وجهان ، الأصح أنها مستحبة^(٣) .

ولا خلاف أن اليمين للحكم على ميت أو صبي أو مجنون مستحقة قولاً واحداً ، والفرق ظاهر^(٤) .

(١) في نسخة ف : تخديرها .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٨ ، الأم : ٦ / ٢٨٠ ، وانظر فقرة ٤٨١ .

(٣) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : ويجب أن يحلفه بعد البينة أن الحق ثابت في ذمته ، وقيل : يستحب ، (مغني المحتاج ، للخطيب : ٤ / ٤٠٧) ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٧٦ .

(٤) إن جزم المؤلف بأن يمين الاستظهار للحكم على الميت والمجنون والصبي مستحقة قولاً واحداً غير صحيح ، والحقيقة وجود قولين في المذهب ، الأصح منها وجوب اليمين لعجز هؤلاء عن التدارك ، والقول الثاني : أنها مستحبة ، =

والمتغيّب في البلدِ أو المنعة ، [إذا]^(١) سَمِعَتِ الدعوى عليه ، وقامت عليه
البينة ، فإنَّ ذلك شائعٌ قولاً واحداً ، فإذا التمسَ المدعي من الحاكمِ الحكمَ عليه
فله ذلك .

وهل يحلّفه الحاكمُ تفریباً على استحقاق اليمين بالنسبة إلى الغائب ؟ أكثرُ
الأصحاب أطلقوا أقوالهم قائلين : بأن المتغيّبَ والمتعذّر^(٢) حكمةً حكمَ الغائب .

وقال الماوردي^(٣) : لا يجب اليمينُ للحكمِ على المتغيّب ولا المتعذر ، بخلاف
الغائب ، والفرقُ أن المتغيّبَ ظالمٌ بتغيّبه ، وكذا المتعذر [غيرَ معذورٍ به]^(٤) ،
فلم يحلف المحكوم له ، [بخلاف]^(٥) الغائب فإنه معذورٌ في غيبته ، ثم قال بعد
هذا : وهل يُجعل بتغيّبه أو بتعذره في حكمِ الناكِلِ حتى يحلفَ المدعي من غير
إقامة بينة ؟ فيه وجهان ، أشبههُما أنه يُجعلُ ناكِلاً ، فعلى هذا : يحلف
ويُعزّضُ أن المتغيّبَ حضرَ وتوجّهتِ اليمينُ عليه فنكَلَ عنها .

وهذا فيه بعدٌ لا يخفى على المتأمل .

| ترتيب ألفاظ اليمين |

٢٤٤ - وكيفية لفظِ اليمين للحكمِ أن يقولَ الحاكمُ له : قل : بالله ، إني لم

= قال النووي : « ويجريان (أي القولان في الغائب) في دعوى على صبي أو مجنون ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٧ ،
الروضة ١١ / ١٧٦) . وانظر : فقرة ٢٤٧ ، ٢٧٤ .

(١) في الأصل : وإذا ، والواوُ زيادة ، وهذا الكلام غير موجود في نسخة ف ، لنقص صفحة كاملة فيها ، عند
هذا الموضوع .

(٢) التميز هو الممتنع عن الحضور الى مجلس الحكم لا خوفاً ولكن تغلباً ، (انظر : إعاة الطالبين : ٤ / ٢٣٨ ،
نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٨ ، جواهر العقود : ٢ / ٣٦٠) ، وقد يراد به المتعذر إحضاره ، كما قال الشيرازي في (المهذب :
٢٠٤ / ٢) ، وهو ماورد في الأصل في جميع العبارات في المتن ، وستأتي أحكام القضاء على الغائب : صفحة ٢٧٨ .

(٣) الحاروي ، له : ١٣ ق ٤٩ / ب .

(٤) في الأصل : وغيره معذر رتبته ، وهو خطأ .

(٥) في الأصل : بخالف ، وهو تصحيف .

أقبضُ هذا الدين ، ولا شيئاً منه ، ولا تعوضتُ عنه ، ولا عن شيءٍ منه ،
ولا أحلتُ به ، ولا بشيءٍ منه ، ولا احتلتُ به ، ولا بشيءٍ منه ، ولا (برئت
ذمة المدعى عليه منه ، ولا من شيءٍ منه)^(١) ، بقولٍ ولا فعلٍ إلى هذا الوقتِ ،
وإني مستحقٌ تسليته الآن ، أو في وقتي هذا^(٢) .

وهذا اللفظ الأخير لابدٌ من ذكره ، ولم يذكره أصحابنا في كتبهم ، لأنه
لو كان الدين مؤجلاً على غائبٍ ، وسمعنا الدعوى به على رأيي ، فلا بدُّ عند
الدعوى من طلبِ التسليم إذا كان الدين حالاً ، ففي اليمين للحكم على الغائب
به يجب ذكر استحقاق التسليم عقيب [٤٠ / أ] اليمين .

[صيغة التغليظ] :

٢٤٥ - ثم قال الشافعي رضي الله عنه : يحلفه بالله الذي لا إله إلا هو ،
عالم الغيب والشهادة ، هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السرِّ ما يعلم من
العلانية^(٣) .

وقال في « الأم » : الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور ، وهذه
الألفاظ كلها منقولة عنه ، فن الأصحاب : من قال : إنَّ التغليظَ بها مستحقٌ
حتى لا يجوز أن يقتصرَ فيها على قوله : بالله^(٤) ، والصحيح جواز الاختصار
عليه^(٥) .

[تصديق الشاهدين في اليمين المتممة] :

٢٤٦ - ولا يحتاجُ في اليمين للحكم إذا كان الحقُّ قد ثبتَ بشهادة شاهدين

(١) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٢) الأم : ٦ / ٢٨٠ .

(٣) الأم : ٦ / ٢٨٠ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٥ .

(٤) وهو قول شاذ في المذهب ، نص على شذوذه الماوردي في (الحاوي ، مخطوط : ١٢ ق ١٤٢ / أ) .

(٥) المهذب : ٢ / ٢٢٢ ، وسائل الإثبات : ١ / ٢١٦ .

إلى تصديق الشاهدين ، بخلاف اليمين في الشاهد الواحد^(١) .

وحكى الإمام فيه وجهاً أنه يُشترط تصديق الشهود ، (وهو بعيدٌ . وذكر الغزالي في « الوسيط » تصديق الشهود)^(٢) في يمين الحكم ، ولم يحك فيه خلافاً ، وهو هفوة^(٣) .

اليمين المتممة مع اليمين والشاهد :

٢٤٧ - هذا كله إذا ثبت الحق بشهادة شاهدين فصاعداً ، أما إذا ثبت الحق بشهادة شاهدٍ واحدٍ ويمين المدعي على ميت ، أو صبي ، أو غائب ، فهل يحتاج مع يمينه التي كملت بها بينته إلى يمينٍ أخرى للحكم ؟ فيه خلافٌ سبق ذكره^(٤) والأصح أنه لا بد من يمينٍ أخرى للحكم^(٥) .

اليمين المتممة مع البينة الكاملة :

٢٤٨ - وههنا دقيقةٌ لا بد من التنبيه لها^(٦) ، وهو أن الحاكم إذا أحلفه للحكم على ميتٍ أو غائبٍ بالألفاظ التي ذكرناها ، هل يُضيف إليها حلفه بالله تعالى ، إنه مستحق في ذمة هذا المحكوم عليه هذا الحق ؟

(١) والفرق بينها أن الحججة كاملة في الحكم على الغائب والميت والمجنون ، واليمين لاستظهار الحق فقط ، بخلاف اليمين مع الشاهد ، فإنها جزء من البينة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٨ ، الروضة : ١١ / ١٧٦) .

(٢) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٣) ربما أخطأ المصنف في النقل عن الغزالي في الوسيط ، أو أن الغزالي رحمه الله رجح عن هذا الرأي ، لأن عبارته في الوجيز واضحة ، وهي عكس ما نقل عنه في الوسيط فإنه قال : ولا يجب التعرض في اليمين لصدق الشهود ، (الوجيز : ٢ / ٢٤٢) والغالب صحة نقل المصنف ، وأن الخطأ من الغزالي في كتابه « الوسيط » ، لأن الغزالي رحمه الله أخطأ كثيراً في « الوسيط » ، وقد ألف ابن أبي الدم رحمه الله تعالى كتاباً في إيضاح الأغاليط الموجودة في « الوسيط » ، كما سبق في المقدمة ، وألف عدد من العلماء في مشكلات الوسيط وأخطائه (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١٢٦) وكان المصنف يشير أحياناً في هذا الكتاب إلى أخطاء الوسيط ، انظر : فقرة ١٤٤ ، ٣٢٠ ، ٧٥٤ .

(٤) فقرة ٢٤٣ من هذا الكتاب .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٧ .

(٦) في نسخة ف : التنبيه عليها .

هذا عندي فيه نظرٌ ظاهرٌ من حيث أنّ اليمينَ المشروعةَ للحكمِ شرعت نفيًا لأُمورٍ ، لو قدّر حضورَ المحكومِ عليه ودعواه بها على المدعي سُمعت ، فقام الحاكمُ مقامه في إحلافِ المدعي على نفيها ، ولو أنّ الغائبَ أو الميتَ كان حاضراً فطلبَ إحلافِ المدعي إنه مستحقُّ الحقِّ المدعى به ، بعد قيامِ البينةِ الكاملةِ العادلةِ ، لم يُسمع ذلك منه عندنا بلا خلافٍ ، خلافاً لابن أبي ليلى ، لأنّ في ذلك قدحاً في البينةِ ، بل لا بدّ في دعواه ، إنّ أرادَ دعوى براءة ، أنّ يدعى ما يقتضيها من إبراء أو قبضٍ أو غير ذلك .

٢٤٩ - لكن هنا نظرٌ آخرٌ دقيقٌ ، وهو أنّ البينةَ إذا قامت على إقرارِ المدعي عليه بالذّين مثلاً ، فلو كان حاضراً ، فقال : (لقد)^(١) صدقت البينةُ فيما شهدت به عليّ من إقراري بالدين له ، لكنني أشهدتُ عليّ ، وأقررتُ بناءً على ماجرت به العادة في أقاريهم وإشهادهم في الصكوك على أنفسهم ، فحلّفه أيها الحاكمُ إنه مستحقُّ ذلك عليّ ، فإني لم أقبض هذا المالَ الذي أقررتُ له به ، هل يحلّف ؟ فيه وجهان مشهوران سنذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى ، وأصحها أنّ له تحليفه^(٢) .

إذا ثبتَ هذا في هذه المسألةِ فعلى الحاكمِ أن يتعرّضَ [٤٠ / ب] في اليمينِ التي يستحلّفُ بها المدعي للحكم على الميت أو الغائب أنّه مستحقُّ ذلك ، حذاراً من أن يكونَ أشهدَ عليه بقبضِ المقرِّ به جرياً على العادة ، ولم يقبضه ، إذا كانَ المحكوم به مثلَ هذه الصورة ، وهذا من دقيقِ الفقه ولطيفه فليفهم .
وأما القاضي أبو الطيب الطبريُّ والماورديُّ فإنهما فرضا ألفاظَ اليمينِ^(٣) ،

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) فقرة ٨٢٨ وما بعدها ، ولم يذكر المصنف هذه المسألة بذاتها .

(٣) الحاوي : ١٣ ق ٤٩ / أ .

والتغليظ بها في حق المدعى عليه الحاضر، وتقلاً نصّ الشافعي رحمه الله بذلك .

[يمين نفي البراءة] :

٢٥٠ - أما القاضي أبو الطيب فإنه قال : قال الشافعي : إذا ادعى عليه دينا فقال : أبرأتني منه ، فهو إقرار به ، فالقول قول المدعي مع يمينه في نفي البراءة ، فيحلف بالله ، إن هذا الحق ، ويسميه ، ثابت عليه ، ما اقتضاه ولا شيئاً منه ، ولا اقتضاه مقتضى أمره ، ولا بغير أمره ، فوصل إليه ، ولا أحال به ، ولا بشيء منه ، ولا أبرأه منه ، ولا من شيء منه ، وإنه لثابت عليه إلى أن حلف بهذه اليمين^(١) .

قال أبو إسحاق : جملة ذلك أن مدعي البراءة من الحق ، إن ادعى جهة معلومة من البراءة ، حلف المدعي على نفيها ، ولم يحتج إلى ضبط ما عداها ، وإن ادعى براءة مطلقة غير مضافة إلى جهة ، وجب ضبط اليمين بتلك الجهات ، غير أنه لا يحتاج أن يقول في آخره : وإنه لثابت عليه إلى أن حلف بهذه اليمين ، لأنه إذا نفى وجوه البراءة ، فالظاهر بقاء الحق ، وإنما ذكره الشافعي تأكيداً لا شرطاً .

قال أصحابنا : يمكن^(٢) حصر ذلك بها ، بأقل من هذه الألفاظ ، بأن يحلف بالله ، ما برئ إليه من ذلك الحق ، ولا من شيء منه بقول ولا فعل ، فهذا يشتمل على جميع تلك الوجوه ، أو يحلف^(٣) بالله تعالى ، ما برئت ذمته من شيء من ذلك الحق ، ولا من شيء منه ، أو ما برئت ذمته من شيء من

(١) الأم : ٦ / ٢٨٠ .

(٢) اللفظ في نسخة ف : ويمكن .

(٣) في نسخة ف : ويحلف .

ذلك الحق ، هذا لفظُ القاضي في « تعليقه الكبير » .

وأما الماوردي : فإنه قال : إذا ادعى عليه ألفاً ، فقال برئت منها ، صار مَقْرَأً وَمُدَّعِياً للبراءة ، فإنْ أُطْلِقَ دعوى البراءة ، فيحلف المدعي ، فيقول : والله ، ما قبضتها ، ولا شيئاً منها ، ولا قبضها له قابضٌ بأمره ، ولا شيئاً منها ، ولا أحالَ بها ولا بشيءٍ منها ، ولا أبرأه منها ، ولا من شيءٍ منها ، وزاد في « الأم » : ولا كان منه ما يبرأ به منها ، ولا من شيءٍ منها ، يعني من جنابة أو إتلافٍ لماله ، بقدرِ دينه ، ويقولُ : وإنها لثابتةٌ عليه إلى وقتِ يمينه ، فهذه ستة أشياء ذكرها الشافعي في اليمين^(١) .

ولا خلاف أن السادسَ منها استظهارٌ ، وليس بواجبٍ ، وهو قوله : وإنها لثابتةٌ عليه إلى وقتِ يمينه ، وفي الخمسة الباقية وجهان ، الأكثرون قالوا : هي واجبةٌ ، [٤١ / أ] ومنهم من قال : (هي)^(٢) مُسْتَحَبَّةٌ ، حتى لو اقتصر على قوله : ما برئ إليّ منها ، ولا من شيءٍ منها ، عم ، أمّا إذا خصَّ دعوى البراءة ، بأنْ قال : دفعْتُها إليه ، أو أحالَ بها (عليّ)^(٣) ، أو أبرأني منها ، فقد اختلف أصحابنا هل يكون يمينه مقصورةً على النوع الذي ادعاه ، أو مشتملةً على غيره من الأنواع ؟ على وجهين ، أحدهما : وهو ظاهرٌ ما أطلقه الشافعيُّ أنها تشتمل^(٤) على جميع أنواع البراءات في ذكر الأنواع الخمسة .

ثم هل تكون واجبةً أو احتياطاً ، فيه الوجهان المذكوران ، والثاني : وهو الأصحُّ ، أن يمينه تكون مقصورةً على النوع الذي ادعى البراءة به ، دون غيره .

(١) الأم : ٦ / ٢٨٠ ، جواهر المقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٦٠ .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف : وساقط من الأصل ، وسقط من نسخة ف لفظ : بها .

(٤) في نسخة ف : تشمل .

ثم قال الشافعيّ : فإذا حلف قالَ : واللهِ الذي لا إلهَ إلا هو ، عالمِ الغيبِ والشهادةِ ، الرحمنِ الرحيمِ ، الذي يعلمُ من السِّرِّ ما يعلمُ من العلانيةِ^(١) .

ثم ينسقُ اليمينَ ، وقال في « الأم » : الذي يعلمُ خائنةَ الأعينِ وما تخفي الصدورَ ، وإن زادَ الحاكِمُ : الطالبُ الغالبُ ، الضارُّ النافعُ ، المدركُ المهلكُ ، جازَ ، كما يفعله كثيرٌ من الحكامِ .

فإن اقتصرَ على إحلافِهِ باللهِ ، أو (بصفةٍ)^(٢) من صفاتهِ ، كقوله : وعزةِ اللهِ وعظمةِ اللهِ ، جازَ .

وشدّدَ بعضُ أصحابنا ، فقال : لا يميزه إحلافُهُ باللهِ ، حتى يُغلّظها بما وصفناه ، ليخرجَ بها عن عادةِ الناسِ في معهودِ أيمانهم ، مما^(٣) يكثرُونه في كلامهم من لغوِ اليمينِ ، هذا ما ذكره الماوردي أيضاً^(٤) .

وههنا بقيةُ كلامِ ، وهو أنَّ القاضيَّ أبا الطيبِ قال : يُمكنُ حصرُ ألفاظِ الشافعي التي نص عليها في اليمينِ ، بقوله : واللهِ ما برئُ إليَّ من الحقِّ ولا من شيءٍ منه .

٢٥١ - ونحن نقولُ : يمكنُ أيضاً حصرُ الألفاظِ بقوله : واللهِ ، إنَّ ما أقرَّ لي به باقٍ في ذمتهِ إلى وقتي هذا ، أو باللهِ ، إني مقيمٌ على استحقاقه إلى وقتي هذا ، فهل يتعينُ ما ذكره القاضي أبو الطيب من نفي البراءة لتكونَ اليمينُ نافيةً لعين ما ادَّعاه المدعى عليه من البراءة لفظاً ومعنى ، أو يُكتفى

(١) الأم : ٦٠ / ٢٨٠ .

(٢) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : صفة .

(٣) في نسخة ف : فيما .

(٤) سبقت الإشارة إلى أن هذا الوجه شاذ ، كما نقلناه عن الماوردي في (الحاوي الكبير ، مخطوط : ١٢

ق ١٤٢ / أ) ، وانظر : فقرة ٢٤٥

بحلفه بالله ، إنّه باقٍ في ذمته ، أو إني مقيمٌ على استحقاقه إلى وقتي هذا ،
ويقومُ ذلك مقامَ نفي البراءة لدلالة ذلك عليها معنى ، إذ يلزمُ من بقاء
استحقاقه حتى الآن نفي البراءة قطعاً .

هذا عندنا (فيه)^(١) احتمالٌ ظاهرٌ .

هذا كله كلامٌ في يمينِ المسلمِ والمسلمةِ تغليظاً وتخفيفاً .

| تغليظ اليمين على الكافر |

٢٥٢ - أما الكافرُ الحالفُ فالتغليظُ أيضاً مشروعٌ في حقه لفظاً كالمسلم ،
فَيُنظر : فإن كان يهودياً أحلفه بالله الذي أنزل^(٢) « التوراة » على موسى ،
ونجاةً من الفرق^(٣) .

وهذا اللفظُ يحلّفُ به في كل يمينٍ مُخففةٍ أو مُغلظةٍ ، ولا يحلّفه بأيّمانهم ،
كقولهم : لاهيا شراهيا ، [٤١ / ب] ولا بالعشرِ كلماتٍ .

وتغليظُ اليمين في حقه بالمكانِ في بيعهم ، وبالزمانِ في أشرفِ وقت
لصلواتهم .

| يمين النصراني |

٢٥٣ - وإن كان نصرانياً أحلفه بالله الذي أنزل « الإنجيل » على عيسى ،
الذي أبرأ له الأكمة والأبرص ، وأحيى له الموتى بإذن الله .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نافية ، أي بزيادة : نا ، وهو خطأ .

(٢) في الأصل زيادة ، وهي : أحلفه بالله الذي لا إله إلا هو أنزل ، ويوجد فوق الجملة سهم طويل ، وكأنه

إشارة إلى الشطب ، وهذه الزيادة ليست موجودة في نسخة ف ، ولا في (الأم : ٦ / ٢٨٠) .

(٣) نص الشافعي على ذلك ، بقوله : وإن كان المستحلف ذمياً أحلف بالله الذي أنزل التوراة على موسى ،

وبغير ذلك مما يعظم اليمين به ، (الأم : ٦ / ٢٨٠) ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٣ ، حاشية قليوبي ، ٤ / ٢٤٠ .

وتغليظ^(١) اليمين في حقه بالمكان في الكنائس ، وبالزمان في أشرف وقت لصلاتهم .

إيمين المجوسي :

٢٥٤ - وإن كان مجوسياً أحلفه بالله الذي خلقه ورزقه وصوره ، وهل يُحلفه^(٢) بالله الذي خلق النور والنار ؟ فيه وجهان .

فإن تغلظت اليمين عليه ، فأجل الأمانة عندهم بيت النار ، فهل تغلظ به ؟ فيه وجهان ذكرهما الماوردي والمراوزة ، واختار القاضي أبو الطيب أنه لا تغلظ عليه يمينه^(٣) به ، لأنهم لا يعظمون بيت النار ، وإنما يعظمون النار ، ولم يحك فيه خلافاً .

وأما الزمان فلا صلوات لهم مؤقتات ، بل لهم مزمة^(٤) يرونها قرينة ، فإن كانت مؤقتة أحلفوا في أعظم أوقاتها عندهم ، وإلا سقط عنهم تغليظ أيمانهم من الزمان ، إلا أنهم يرون النهار أشرف من الليل ، لأن النور عندهم أشرف من الظلمة ، فيحلفون في النهار .

إيمين الوثني :

٢٥٥ - وإن كان الحالف وثنياً لم يُحلفه بما يعظمونه من الأوثان ، ولا بالذي خلقها ، بل يحلفه بالله الذي^(٥) خلقه ورزقه وأحياه .

(١) في نسخة ف : وتغليظ .

(٢) في نسخة ف : يحلف .

(٣) في نسخة ف : اليمين .

(٤) لعل ذلك اسم عبادة عندهم ، وقد تبادر للذهن أن تكون الكلمة معرفة عن أزمنة ، ولكن الجملة التالية تبعد هذا الاحتمال ، ولم أجد في القاموس والمصباح معنى لها ، وفي نسخة ف : مرتبة .

(٥) العبارة في نسخة ف : يحلفه بالذي ، وهذا ما يتفق مع نص الفقهاء ، (انظر : حاشية الجبرمي على

الخطيب : ٤ / ٣٣٨) .

ويستقطّ تغليظُ أيمانهم بالمكان ، إذ لا مكانَ لهم ، وبالزمانِ ، إلا أنّ لهم يوماً يرونه أشرفَ الأيام ، فإن بَعْدَ أو تأخراً^(١) لم تؤخِرَ اليمينُ .

إيمين الدهري | :

٢٥٦ - وإن كان الحالفُ دَهرياً ، لا يعتقدُ خالقاً ولا معبوداً ، أحلفه بالله الخالق الرازق .

فإن قيل : فهو لا ينزجرُ بها ، فما الفائدة ؟

قلنا : اثنتان ، إحداهما^(٢) : إجراء حَكْمِها عليهم ، قال الله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾^(٣) ، والثانية : ليزدادَ بها إثمًا ، ويُدرِكَه^(٤) شؤمها ، فربما يتعجل بها انتقام^(٥) .

٢٥٧ - فلو أنّ الحالمَ حَلَفَ اليهودي بالله الذي أنزل « الإنجيل » على عيسى ، والنصراني بالله الذي أنزل « الفرقان »^(٦) على محمد ، فامتنع من اليمين بذلك ، هل يصير ناكلاً ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو علي عن شيخه القفال .

إحضور البيع والكنائس | :

٢٥٨ - قال الشيخ أبو علي : ولا خلاف أنّ القاضي يحضُرُ بيعَ اليهود ، وكنائس النصراني ، ليحلفهم ، وهل يحضُرُ بيتَ النار ، ليحلفَ الجوس ؟ فيه

(١) العبارة في نسخة ف : وتأخر .

(٢) العبارة في نسخة ف : لشيئين ، أحدهما .

(٣) سورة المائدة / ٤٩

(٤) في نسخة ف : ويناله .

(٥) في نسخة ف : فربما يتعجلونها انتقاماً .

(٦) من نسخة ف : القرآن .

وجهان ، وهذا قد ذكرناه . فهذا منتهى الكلام والنظر في اليمين وصفتها وكيفيةها .

[طلب المحضر] :

٢٥٩ - ويتصل بذلك أنه مها حلف الحالف ، وانتهت الخصومة بين المتداعيين بجلفٍ أحدهما ، فطلب الحالف من الحاكم أن يكتب له محضراً بما جرى عنده كَتَبَ ، وهل هو واجبٌ أو مُسْتَحَبٌّ ؟ فيه وجهان^(١) .

٢٦٠ - وَيُسْتَحَبُّ ذَكَرَ الحَلِيَّةِ مع النَّسَبِ ، ثم إن كَانَ كُلُّ منها معروفاً [٤٢ / أ] بالنسب عنده كَتَبَ اسمها ونسبها وحضورها لديه ، وتداعيتها ، وما انتهت إليه خُصومتها ، حسبما وقع عنده^(٢) .

[صورة المحضر] :

٢٦١ - فيكتبُ بعدَ البسملةِ : حضرَ مجلسَ الحكمِ العزيزِ بمدينةِ كذا ، حرسها الله تعالى ، لدى الحاكمِ بها يومئذِ فلان ، وسندكرُ ما يليق (كتابته)^(٣) في ذلك جملة في موضعه إن شاء الله تعالى^(٤) ، بتاريخ كذا وكذا ، فلان بنُ فلان ، وأحضر ، فلان بن فلان بن فلان ، فادعى المبدوءُ بذكره على المثق بذكره كذا ، ويصفُ دعواه ويحررها إلى آخرها ، وسؤاله التسليمَ إليه

(١) الوجه الأول وهو الأصح : الاستحباب ، لأن المحضر يذكر المحكوم له ، ويجب التسجيل جزماً في الحكومة لصبي أو مجنون أو غائب ، لم أو عليهم ، والقول الثاني : الوجوب ، قياساً على وجوب الإشهاد إذا طلبه المدعي من القاضي بكتاب إقرار الخصم أو يمينه أو الحكم بما ثبت ، وعلى القول بالاستحباب يفرق بين الكتابة التي لا تثبت حقاً ، والإشهاد الذي يثبت ، (انظر : مقني المحتاج : ٤ / ٣٩٤ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٠٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٤٧ ، الروضة : ١٢ / ٢٥) .

(٢) في نسخة ف نقص سطرين في هذا الموضع .

(٣) في الأصل : كتبه ، وهو تصحيف ، ولعله مكتوب حسب المخط في زمنهم بعدم كتابة الألف على الرسم العثماني في المصحف .

(٤) فقرة ٥٩٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

والجواب ، فأجاب المدعى عليه بكذا وكذا ، فإن كان أنكر الدعوى وأحلفه على نفي استحقاق المدعى به ، وسأله الحاكم (كتابة)^(١) المحضر شارحاً فيه ماجرى بينهما ، ليبرأ عن اليمين التي حلفها في هذه الدعوى ، كتب له ذلك كذلك ، وإن كان اعترف بصدق المدعي ، في دعواه ، وسأله المدعي (كتابة)^(٢) المحضر ، شارحاً فيه اعترافه له بذلك ، ليكون المحضر حجةً بيده ، حذاراً من إنكار المدعى عليه بعد ذلك ، كتب له ذلك .

٢٦٢ - هذا إذا عرفها نسباً واسماً ، وإن لم يعرفها فهو محل النظر والإشكال .

قال القاضي أبو الطيب الطبري وتلميذه الشيخ أبو نصير وغيرهما : إذا سأله الحالف (كتابة)^(٣) المحضر كتب : حضر رجل ، ذكر أنه فلان بن فلان ، ومن حليته كيت وكيت ، وأحضر رجلاً ، ذكر أنه فلان بن فلان ، ومن حليته كيت وكيت ، فادعى من ذكر أنه فلان (بن فلان)^(٤) على الآخر ، فأنكر ، فطلب إحلافه ، فأحلفته ، أو فأقر ، أو فنكل ، (وردت)^(٥) اليمين على المدعي ، فحلف بإحلافي ، قالوا : ثم إذا طلب الحالف من الحاكم التسجيل بذلك ، والحكم له به ، أجابه إليه^(٦) وحكم .

٢٦٣ - هذا ملخص ما ذكره ، وفي النفس من هذا شيء ظاهر ، وذلك أن عقد هذا المحضر وحكم الحاكم على (المستحلف للحالف)^(٧) ، أو على المقر

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه ، وهو تصحيف ، أو حسب قواعد الخط السابقة .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه ، وهو تصحيف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه ، وهو تصحيف .

(٤) الزيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ورد .

(٦) في نسخة ف : أجابه في سؤاله .

(٧) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل تقديم وتأخير : الحالف للمستحلف ، وهو خطأ .

للمقر له ، أو على الناكِلِ عن اليمين للحالفِ المردودة عليه ، إذا لم يعرفها هذا الحاكِم ، إنْ كان الغرض منه تذكُّر الواقعةِ عندَ حضورِها ، والعلمُ بأنها هما اللذان تداعيا أولاً ، وجرى بينهما ما شرحَ في المحضِر ، ليعمَلَ الحاكِم بما جرى عنده ، إذا حضر لديه بعد علمِه بما كانَ جرى عنده ، فهذا غرضٌ صحيح ، وطريقٌ سائغ ، ومقصدٌ حسن .

وإن كان الغرضُ - من عقدِ هذا المحضِرِ وتسجيلِه على الحاكِمِ بالحكمِ على حليةٍ منْ لا يعرفُه ، لمن لا يعرفه - المكتابَةَ بذلك إلى بلدٍ آخر ، إذا غابَ الحالفُ المدعى عليه مثلاً إليه ليستفيدَ به ، أنه إذا أحضَرَ المدعي المستحلفَ إلى حاكمِ البلدةِ الثانية ، وأدعى [٤٢ / ب] عليه بذلك المدعى به في البلدةِ الأولى عندَ حاكمها ، وأنكرَ ، وطلبَ إحلافَه ، فحلفَ ، أنْ يذكرَ لحاكمِ البلدةِ الثانيةِ ، أنْ معه محضراً من حاكمِ البلدةِ الأولى ، يتضمَّنُ تداعِيهما ، وإنكارَه واستحلافَه على نفيِ الدعوى ، وحكمِ الحاكِمِ الأولِ بذلك ، وتقومُ^(١) بينةٌ تشهدُ على الحاكِمِ الأولِ بذلك ، ليقابلَ الحاكِمُ الثاني بين صفاتِ المتداعيين المذكورةِ في المحضِر ، وبين صفاتِها المشاهدةِ ، ويعمَلَ بها إذا حصلَ إنكارٌ من المدعي مثلاً ، قائلاً : لسنا (هما)^(٢) الموصوفين في هذا المحضِر ، ولا طلبتُ من الحاكِمِ المسمى فيه إحلافَ هذا فحلفَ ، فالعملُ في هذا على الحليِّ والصفاتِ في غايةِ (البعدِ و)^(٣) الإشكال .

وأشكَلُ منه ، مالمو كان المدعى عليه المجهولُ المحلى في المحضِر ، اعترفَ بالدينِ المدعى به ، عندَ الحاكِمِ الأولِ ، فكتبَ للمدعي محضراً بما جرى بينهما ، وباعترافِ المدعى عليه ، وحكمَ عليه على حليتهِ وصفتهِ في سجلِ عقدِ المدعي ،

(١) في نسخة ف : ويقيم .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هنا .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

فأشهد عليه بذلك شهوداً ، فلو غابَ المقرُّ المحكومَ عليه إلى بلدةٍ أخرى ، فقصده المحكومُ له إليها ، وظفرَ به وحضراً عندَ حاكمها ، وأدعى عليه بذلك الدَّين ، فأنكرَ ، فطلبَ إحلافَه منه ، فأحلفه ، فحلفَ ، فأحضرَ المدعيَ المحضَرَ الذي بيده ، وأحضرَ بينةً شهدت عنده على الحاكمِ الأولِ باعتراف رجل ، من حليته كيتَ وكيتَ ، ذكرَ أن اسمه فلانُ بن فلان ، بكذا ، لرجل^(١) من حليته كيتَ وكيتَ ، ذكرَ أن اسمه فلانُ بن فلان ، فلو قالَ هذا المدعى عليه : لستُ هذا المقرُّ المحلى في هذا المحضَر ، والصفاتُ تتشابه ، أو قال : أنا المقرُّ ، ولكن لرجلٍ آخرٍ ليس هو هذا المدعي ، أو لم أذكرُ أن اسمي واسمَ أبي ماذكرُ في هذا المحضَر ، فما الذي يفعله هذا الحاكمُ الثاني بعدَ قيامِ البينة على الحاكمِ الأولِ بما في محضره وسجله ؟ لا سبيل إلى إلزامِ الخصمِ مع إنكاره ، وحلفِهِ وعدمِ بينة تشهدَ على عينه بإقراره ، ولا سبيلَ إلى إلزامِها العودَ إلى الحاكمِ الأولِ ، بناءً على مقابلةِ الصفاتِ المذكورةِ في المحضَرِ بالصفاتِ المشاهدةِ في خِلقةِ المدعى عليه ، لأنه يقول : أنا مظلومٌ بدعوى هذا عليّ ، وليس له عليّ حقٌ ، والحليُّ تتشابه ، وقد حلفتُ على عدمِ استحقاقه ، فلا يجوزُ إلزامي مشقةَ السفرِ ، والتعطيلَ عن المعيشةِ ، والعودَ إلى حاكمٍ ببلدةٍ أنا مدعٍ أني لم أحضُرْ عنده ، ولا أقررتُ بشئٍ ، فالحريةُ تأبى هذا التكليفَ^(٢) .

فهذا منهُ كلامٌ سائغٌ^(٣) ، وإلزامُه العودَ إلى الحاكمِ الأولِ في غايةِ البعدِ ، وربما لم يذهبُ إليه ذاهبٌ .

وهذا كله بخلافِ ما إذا ثبتَ عند [٤٣ / أ] حاكمٍ ملكيةَ زيدٍ لعبدٍ أو بهيمةٍ موصوفةٍ بصفاتٍ ، وكان ذلك بيدٍ من يدعيه ملكاً له في بلدٍ آخر ، فإذا

(١) هنا نقص سطر كامل من نسخة ف .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٢ .

(٣) يجتمل اللفظ أن يكون : سائغاً وشائعاً .

ثبت عند حاكم بلد العبد الموصوف بصفات مشاهدَة قائمة به ، إسهاد^(١) حاكم بلد المدعي أنّ زيداً ، مالك العبد ، من صفته كيت وكيت ، وقوبلت تلك الصفات بصفات العبد المشار إليه ، فوافقت ، (ألزم)^(٢) من في يده العبد ، إذا أنكر استحقاق مدعيه الأول له ، حمّله إلى حاكم بلد زيد مدعيه ، حتى إذا حضر عنده أشار الشهود ، الذين شهدوا بأنه ملك زيد ، إليه عند الحاكم ، بأن هذا العبد ملك زيد ، وأنه هو الذي شهدوا على صفاته بأنه ملك زيد .

٢٦٥ - والفرق بين المدعى عليه أولاً ، وبين المدعى به إذا كان عبداً ، من وجهين ، أحدهما : أن العبد ملحق^(٣) بالأموال في غالب الأشياء ، فالتحق بالبهيمة لكثرة تبدل الأيدي والأملاك^(٤) عليه بالبيع والشراء والهبات ، بخلاف الحر المدعى عليه .

الوجه الثاني في الفرق : هو أنّ الحر المدعى عليه يمكن في الغالب معرفة نسبه^(٥) بالاستخبار عنه ، والاستفاضة الشائعة بين الناس ، فهو على الجملة في مَظِنَّة العلم بنسبه ، بخلاف العبد ، فإنه لا يمكن معرفة نسبه أصلاً .

٢٦٦ - وظهر الفرق بينهما ، فثبت^(٦) بهذا أن عقّد المحضر وتسجيله على مجهول بحلية وصفة ، عديم الجدوى على تقدير إنكاره ببلد غير بلد الحاكم الذي جرى التداعي لديه ، وهذا قريب من شهادة الشاهد على رجل مجهول ، لا يعرفه عيناً ولا اسماً ولا نسباً ، اعتماداً على صفة وحلية ، فإن كثيراً من

(١) اللفظ في نسخة ف : أشهد .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إلزام .

(٣) في نسخة ف : يلحق .

(٤) العبارة في نسخة ف : الأيدي والملاك .

(٥) في نسخة ف : نسب .

(٦) العبارة في نسخة ف : ويظهر الفرق بينهما فثبت .

جهلة الشهود يَشهدون بذلك كذلك ، ومتى طَلِبَ منهم أدائها على المشهود عليه في غيبته ، أو موته ، بادروا إلى أدائها ، وهذا لا يجوزُ منهم قولاً واحداً ، ولا تُسمعُ شهادتهم على من لا يعرفونه نسباً واسماً قطعاً .

٢٦٧ - هذا لا أعرفُ فيه خلافاً ، والعلماءُ من الشهود المتورعون^(١) لا يشهدون على مجهولٍ عندهم أصلاً ، خوفاً من الوقوع في مثل ذلك ، وإن وقعت منهم مسامحة في تحملِ شهادةٍ على مجهولٍ بحليةٍ وصفةٍ ، فإنما يفعلون ذلك اعتماداً على أدائهم للشهادة في حضورِ المشهود عليه ، وعلى عينه ، إذا تذكروا الشهادة عليه ، بما اعترف به عندهم ، ويكونُ ذكرُ الحلية والصفة في الكتاب أو الدستور مساعداً على الذكر ، ومعيناً على حصول العلم ، بما سبق منه من الإقرار ، وسنعتقدُ في هذا فصلاً حسناً إن شاء الله تعالى في أثناء الشهادات^(٢) .



(١) وفي نسخة ف : والمتورعين .

(٢) فقرة ٤٠١ وما بعدها .

الفصل الخامس

في

الدعوى على الغائب والقضاء عليه

٢٦٨ - لا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة رضي الله عنه في سماع الدعوى على الغائب في مسافة القصر^(١).

٢٦٩ - وتسمع الدعوى على الحاضر الممتنع عندنا ، وكذلك المتغيب في البلد ، وهل تسمع الدعوى على من هو في حد مسافة العدوى فما دونها ؟ فيه خلاف^(٢).

٢٧٠ - وكذلك هل تسمع الدعوى على الحاضر الذي ليس بممتنع عن

(١) يرى الحنفية عدم جواز القضاء على الغائب عن مجلس القضاء مطلقاً ، سواء كان غائباً في مسافة القصر أو في مسافة العدوى ، أو ممتنعاً عن الحضور ، أو متغيباً في البلد ، ويشترطون في الدعوى حضور الخصم بنفسه ، ولا يحكم على الغائب إلا في صور معينة استثناء للضرورة أو الحاجة ، قال ابن قاضي ساوة في (جامع الفصولين : ١ / ٥٣) : الحكم على الغائب لم يجز عندنا سواء كان غائباً عن المجلس حاضراً في البلد أو غائباً عن البلد ، ونصت (مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦١٨) : على أنه يشترط حضور الخصم حين الدعوى ، (وانظر : مرآة المجلة : ٢ / ٣٧٢ ، ٥٢٨ ، درر الحكام : ٢ / ٤١٠ ، بدائع الصنائع : ٨ / ٣٩١٨ مط إمام ، معين الحكام : ٥٣ ، الدر المختار : ٥ / ٥٤٣ ، لسان الحكام : ١٨ ، نظرية الدعوى : ١ / ٢٤٧ ، ٢ / ٤٧٢ ، وما بعدها) ، ولذلك فإن عبارة المصنف غير دقيقة .

(٢) حد الغيبة عند الشافعية لجواز القضاء به على الغائب فيه قولان ، الأول : هو مسافة القصر ، والثاني وهو الأرجح : مسافة العدوى ، وهي المسافة التي يقطعها الشخص ذهاباً وإياباً إذا خرج من بيته مبكراً عاد إلى أهله في نفس اليوم الذي خرج فيه ، ومقدار مسافة القصر هي سير يوم وليلة بالنسبة للزمن ، أو أربعة بُرْد بالنسبة للمساحة ، والبريد اثنا عشر ميلاً ، والميل ثلاثة آلاف وخمسة ذراع ، والذراع : ٥٣ سنتيمتراً ، فتكون مسافة القصر بالأمتار : ٨٩٠٤٠ متراً ، (انظر : دليل المسافر ، أحمد بك الحسيني : ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤١٤ ، شرح المحلى : ٤ / ٣١٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٩ ، جواهر العقود ، الأسيوطي : ٢ / ٣٦٠ ، الروضة : ١١ / ١٧٥ وما بعدها) .

الحضور ولا متغيب؟ فيه خلاف، الصحيح أنها لا تسمع^(١).

٢٧١ - وهكذا سماع البينة عليه والحكم عليه فيه خلاف، ثم من ادعى على غائب أو متغيب أو ممتنع، فهل يشترط بعد صحة دعواه بالحق المدعى به أن يذكر إنكار الخصم الغائب؟ فيه وجهان مشهوران، العمل على أنه يذكر ليقتدر منكرًا، حتى تقوم البينة على منكر، إذ لا وقع لها على معترف^(٢).

[نصب المسخر] :

٢٧١ / ٢ - فإذا تجرت دعواه، هل يحتاج الحاكم في جوابها إلى نصب مسخر يأذن له القاضي في الجواب عن الغائب؟ فيه وجهان مشهوران أيضا. قال الشيخ أبو علي: الأصح عدم النصب^(٣)، واختار النصب^(٤)، لأن الدعوى تستدعي جواباً، وقد تعذر جواب الغائب، فمن ينصبه الحاكم يقوم مقامه منكرًا، إذ أسوأ أحوال الغائب الإنكار.

[حالات المدعي] :

٢٧٢ - فإذا أجاب المسخر بالإنكار سمعت بينة المدعي بالحق المدعى به،

(١) جواهر العقود: ٢ / ٣٦٠، المهذب: ٢ / ٣٠٤، المراجع السابقة.

(٢) والراجع من القولين عدم اشتراطه، لأنه لو سكت وأطلق دعواه، فالأصح أنها تسمع، لأنه قد لا يعلم وجوده وإنكاره في غيبته، ويحتاج إلى إثبات حقه، فيجعل غيبته كسكوته، والقول الثاني: يشترط ذكر الإنكار، وإذا أطلق دعواه فلا تسمع، (انظر: مغني المحتاج: ٤ / ٤٠٧، حاشية قليوبي وعميرة: ٤ / ٣٠٨، نهاية المحتاج: ٤ / ٣٦٨، الروضة: ١١ / ١٧٥).

(٣) وهو ما عليه المحققون في المذهب، قال النووي رحمه الله تعالى: والأصح أنه لا يلزم القاضي نصب مسخر ينكر على الغائب، انتهى، لأنه قد يكون الغائب مقرأ فيكون إنكار المسخر كذباً، والقول الثاني في المذهب يلزم القاضي نصبه لتكون البينة على إنكار منكر، وذكر العبادي وغيره، بناء على القول الأول، أن القاضي مخير بين النصب وعدمه، (انظر: مغني المحتاج: ٤ / ٤٠٧، شرح المهلي: ٤ / ٣٠٨، نهاية المحتاج: ٨ / ٢٦٩، الروضة: ١١ / ٧٥).

(٤) ويؤيد هذا القول الشيخ قليوبي، وقال: والمعتمد أنه مستحب، (حاشية قليوبي: ٤ / ٣٠٨).

فإن كانت عادلةً ، أو ثبتَ تعديلُها عند الحاكم ، فللمدعي أربعٌ^(١) أحوال :

الحالة الأولى : أن يطلبَ من الحاكم القضاءَ على الغائب ، وبيعَ ما يثبتُ له في بلدِ الحكم من عقار ، ووفاءَ الدين منه ، أو وفاءَ الدين من مالٍ يثبتُ أنه للغائب ، أو تسلّمَ العينَ المدعى بها ، إن كانت الدعوى وقعت بعينٍ .

الحالة الثانية : أن يطلبَ من الحاكم الإشهادَ عليه بثبوتِ الحقِّ عنده من غير حكم .

الحالة الثالثة : أن يطلبَ منه نقلَ شهادةِ البينة الشاهدةِ عنده إلى بلد الغائب .

الحالة الرابعة : أن يدعيَ عنده منقولاً غائباً موصوفاً بصفات السّلم ، كملكٍ عروضٍ أو عبدٍ أو أمةٍ أو حيوانٍ .

[طلب القضاء على الغائب] :

الحالة الأولى : طلب القضاء على الغائب :

٢٧٣ - والمذهبُ المقطوعُ به في الصحة جوازُ^(٢) القضاء على الغائب ، وفيه قولٌ قديمٌ أنّه غيرُ جائز ، وهو مذهبُ أبي حنيفة ، ما لم يكن له تعلقٌ بحقِّ خصمٍ حاضرٍ^(٣) ، وذلك في مسائل .

- منها أن يقذفَ عبداً ، وسيدهُ غائبٌ ، فيقيمُ العبدُ بينةً على سيدهِ أنّه أعتقه ، فيقضي على الغائبِ بذلك ..

(١) الحال صفة الشيء ، يذكر ويؤنث ، ولذا صح لفظ العدد بالتذكير ، وفي نسخة ف : أربعة .

(٢) العبارة في نسخة ف : والمذهب المقطوع به صحة جواز .

(٣) سبق بيان مذهب الحنفية ومراجعهم صفحة ٢٧٨ هامش ١ .

- ومنها أن يدعي على حاضرٍ أنه ضَمِنَ عن غائبٍ [٤٤ / أ] مالا ، أو أن الغائبَ أحاله بما (له)^(١) في ذمته على هذا الحاضر ، فيقضي على الغائب .
- ومنها : أن يدعي أن الغائبَ باع شِقْصاً من هذا الحاضر ، وله فيه شُفْعَةٌ ، فيقضي على الغائبِ بالبيع .

- ومنها : القضاء على الزوجِ الغائبِ بنفقةِ زوجته وأولادهِ وعبدِهِ حتى يُباعَ العبدُ في نفقتهم ، ويستوفي أيضاً دينه ، إن كان له دين ، أو يُباعَ عقارٌ يثبت^(٢) أنه ملكٌ للغائبِ في نفقتهم .
- ومنها : الحكم على الغائبِ بنفقةِ حيوانِ غابَ عنه .

٢٧٤ - وهذا القولُ الموافقُ لمذهبِ أبي حنيفة في منع القضاء على الغائبِ في غيرِ هذه المواضع لا تفرِّعَ عليه ، فإذا فرَّغنا القضاءَ على الغائبِ مطلقاً ، فإنما يحكم (على المدعى عليه)^(٣) بعد سؤالِ المدعي وإحلافِهِ للحكم .

وقد سبق ذكر الخِلافِ في استحقاقِها واستحبابِها ، وكيفيةِ اليمينِ وتغليظِها^(٤) ، فإذا أحلفه ، وسأله الحكمَ ، وجبَ عليه أن يحكمَ ، فيقولُ : حكمتُ بذلك ، (أو قضيتُ به ، وألزمتُ)^(٥) الغائبَ ذلك .

قال الشيخُ أبو نصر : يقولُ : أنفذتُ الحكمَ به ، ويُشهدُ عليه به ، فإن طلبَ بعدَ ذلك أن يُسجَلَ له بكاغدي^(٦) من بيتِ المالِ (حاضراً)^(٧) ، أو من عند

(١) اللفظ من نسخة ف ، وساقط في الأصل .

(٢) في نسخة ف : ثبت .

(٣) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : عليه للمدعي .

(٤) فقرة ٢٤٣ من هذا الكتاب .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وقضيتُ به أو ألزمتُ .

(٦) الكاغد بفتح الغين وبالدال المهملة وربما قيل بالذال المعجمة ، وهو معرب ، وهو القرطاس . القاموس

الهيطي ، والمصباح المنير في مادة كند .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حاضر .

المحكوم له ، هل يُلزم القاضي أن يُسجلَ له بما تُبَتَّ عندهَ وحكمَ به ؟ فيه وجهان^(١).

إبيع عقار الغائب | :

٢٧٥ - فإن طلبَ من الحاكم بيعَ عقارٍ للغائب ، في وفاء دينه المحكوم به ، وليس له فيما عَلِمَه مالٌ آخر ، باعَ القاضي من عقاره ما يقضي به الدَّين ، بعد ثبوت ملكية الغائب له ، أو اعتراف من هو في يده ، أنه مِلِك الغائب ، وإن كان له بالبلد مالٌ وعروضٌ وحيوانٌ وعقارٌ قَضَى الدينَ من المال ، ثم باعَ الحيوانَ ثم العَروضَ^(٢) بقدرِ وفاء الدين ، وأمرَ الكاتبَ بكتبِ^(٣) سجلِ ، يشرحُ فيه ثبوتَ الدين ، والحكمَ به ، وبيعَ ما قضى به الدين ، وترَكه في ديوانِ الحكم للغائب ؛ لتؤمن^(٤) دعوى هذا المدعي ، في وقت آخر ، عند حاكم آخر .

وسنذكرُ كيفيةَ الكتابة في قسم الشروط الحكيمة إن شاء الله تعالى^(٥).

الحالة الثانية : | طلب الإشهاد على الغائب بالثبوت | :

٢٧٦ - أن يطلبَ من الحاكم الإشهادَ عليه بثبوتِ ذلك عنده من غيرِ حكمٍ فله ذلك ، وعلى الحاكم الإشهادَ به ، وهل يجبُ إسجَالُه إن طلبَ ؟ فيه وجهان ، وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثبوتَ المجردَ ، هل هو حكمٌ أم لا ؟ والختارُ أنه ليس بحكم ، وأشبعنا القولَ فيه^(٦).

(١) المهذب ، الشيرازي : ٢٠٦ / ٢ ، الروضة : ١٢ / ٢٥ .

(٢) في نسخة ف : ثم باع العروض .

(٣) في نسخة ف : يثبت .

(٤) في نسخة ف : ليوفر .

(٥) فقرة ٥٩٦ من هذا الكتاب .

(٦) فقرة ١١٨ وما بعدها من هذا الكتاب .

وحكى القاضي أبو الطيب وتلميذه الشيخ أبو نصر : أن الشيخ أبا حامد الإسفرايني قال في نقل الشهادة : لا يقول القاضي الكاتب : ثبت عندي ، لأن ثبوته [٤٤ / ب] عنده حكم به ، واختاره الشيخ شرف الدين ابن أبي عصرون .

[هل الثبوت حكم] :

٢٧٧ - وقال الماوردي : هل الثبوت حكم ؟ فيه وجهان ، أحدهما : (قاله ^(١)) الشيخ أبو حامد الإسفرايني : هو حكم ، والوجه الثاني ، وهو أصح ^(٢) عندي : أنه لا يكون حكما ، لأن الحكم هو الإلزام ، وليس في الثبوت إلزام ، فلا يكون الثبوت حكما ^(٣) .

واختار الشيخ أبو إسحاق أن الثبوت ليس بحكم .

[الحالة الثالثة : طلب نقل البينة] :

٢٧٨ - أن يطلب منه نقل البينة التي شهدت عنده ، وذلك إذا ادعى المدعي بالحق على غائب ، وأقام عنده بينة بذلك ، فتارة تكون البينة عنده عادلة ، وتارة لا تكون كذلك ، فيكتب إلى قاضي بلد الغائب بما جرى عنده من الدعوى وسماع البينة .

ثم إن كانت عادلة عنده ذكرها وذكر صفة عدالتهم ، ولا بد من ذكر الشهود ووصفهم بالعدالة ، إن كانوا عنده من المعدلين ، وإن لم يكونوا معدلين عنده كتب أنهم أدوا الشهادة عنده بذلك ، وسمعا فقط ، وقوض أمر تعديلهم إلى المكتوب إليه .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال : ولفظ الماوردي ، قاله ، (أدب القاضي : ١٠٣ / ٢) .

(٢) في نسخة ف : الأصح ، وما في المتن موافق لنص الماوردي ، (أدب القاضي : ١٠٣ / ٢) .

(٣) أدب القاضي ، له : ١٠٣ / ٢ ، وانظر : فقرة ١١٨ ، ٢٧٦ .

قال الإمام : اتفق الأصحابُ على أن القاضي إذا سمع بينة المدعي على الغائب ، ولم يقض بها ، كتبَ بها إلى قاضي الغائب ، أي سمعت البينة على الغائب بعد دعوى المدعي ، ويذكرُ المدعي باسمه ونسبِهِ^(١) ، وكذلك المدعي عليه ، ويذكرُ الشهودَ وأسماءَهم ووصفَهم بعدالَةٍ^(٢) ، إن ثبتت عنده ، أو بسماع^(٣) شهادتهم من غير قبولها ، إن لم تثبت عدالتهم عنده ، ثم يقولُ : وفوضتُ القضاءَ إليك^(٤) .

قال الإمام : اتفق الأصحاب على جوازِهِ في الطرق ، وساعد عليه أبو حنيفة^(٥) ، وفيه إشكالٌ ، فإن سبيلَ هذه سبيلُ شهادةٍ على شهادةٍ ، فكأنَّ القاضي شاهدٌ فرعٌ على شهادةٍ أصليين ، ودليلٌ هذا عدمُ قبول شهادةِ النقل فيما دونَ مسافةِ القصر على رأي ، ودون مسافةِ العُدوى قولاً واحداً^(٦) .

قال الإمام : قال القاضي : هذا غيرُ منصوصٍ عليه للشافعي رضي الله عنه ، والقياس أن لا يثبتَ بقول القاضي وحده شهادةُ شاهدين ، إذ الشهادةُ لا تثبتُ بقول واحد .

قال الإمام : هذا ، والذي^(٧) ذكره القاضي ليسَ مذهباً ولا وجهاً

(١) العبارة في نسخة ف : ويذكر اسم المدعي ونسبه .

(٢) في نسخة ف : بالعدالة .

(٣) في نسخة ف : سماع .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٨ .

(٥) يتفق الحنفية مع الشافعية في هذه الصورة ، رغم اختلافها في جواز الحكم على الغائب ، وذلك أن الحنفية اعتبروا ذلك ابتداء حكم في الظاهر ، وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، قال الحصكفي : وإن لم يكن الخصم حاضراً لم يحكم ، لأنه حكم على غائب ، وكتب الشهادة إلى قاض يكون الخصم في ولايته ليحكم القاضي المكتوب إليه بها على رأيه .. لأنه ابتداء حكم ، وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويسمى الكتاب الحكمي ، (انظر : حاشية ابن عابدين على الدر المختار : ٥ / ٤٣٣ ، درر الحكام : ٢ / ٤١٢ ، معين الحكام : ١١٥) .

(٦) هذا على اعتبار وجود قولين في تفسير الغائب عند الشافعية ، كما أشرنا إليه في فقرة ٢٦٨ .

(٧) في نسخة ف : وهذا الذي .

مُخَرَّجاً ، وإنما هو إبداءٌ إشكال ، والذي أجمع عليه الأصحاب^(١) أن قالوا :
 سماع البينة من القاضي حكمٌ منه بقيام البينة ، والحكم على مذهبنا ليس افتتاح
 أمر ، وإنشاء شأن ، وإنما هو إظهار ما تعذر من هو مُطاعٌ متبَع ، فإذا حكم
 على زيد فعناه ظهر له وجوب الحق عليه لعمره ، والشرع ألزمه اتباعه ،
 فكذلك إذا ظهرت البينة فأظهرها ، كان ذلك حكماً منه في هذا الركن ،
 [٤٥ / أ] فإذا نستجيز^(٢) القول بأن هذا حكمٌ أو نقلٌ ، فإن أحببنا قلنا : قضاء
 مشوبٌ بالنقل ، أو نقلٌ مشوبٌ بالقضاء ، وأسدُّ العبارات أن نقول : قضاء
 مشوبٌ بالنقل .

فهذا^(٣) ما ذكره الإمام ، وهو في غاية الحسن^(٤) .

إهل سماع الشهادة حكم :

٢٧٩ - وليس لقائل أن يقول : هذا لا يخلو : إما أن (يكون)^(٥) سماع
 القاضي الشهادة حكماً منه بما جرى عنده ، فينبغي أن يقبل هذا الحكم منه في
 قصر المسافة وطويلها^(٦) ، كالحكم بالحق المشهود به ، ولا سيما إذا كانوا معدلين
 عنده ، فيكون قضاءً منه بتعديليهم ، فيلحق بكل حكم صدر منه ، وإن لم يكن
 حكماً منه بشيء ، بل مجرد إخبارٍ منه أن البينة شهدت عنده بذلك ، كان ناقلاً
 لشهادتهم ، فيصير كشاهدٍ فرعٍ ينقل شهادة شاهدٍ أصل^(٧) .

(١) العبارة في نسخة ف : والذي اجتمع الأصحاب عليه .

(٢) في نسخة ف : استجيز .

(٣) في نسخة ف : هذا .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٨ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٦) في نسخة ف : قصر المسافة وطولها .

(٧) في نسخة ف : فيصير كشاهدٍ فرعٍ ينقل شهادة أصل .

٢٨٠ - ولا عهد لنا بقبول شهادة^(١) فرع واحد على أصلين ، لأن الإمام قد أجاب عن هذا ، فقال : إنه قضاء مشوب بنقل ، أو نقل مشوب بقضاء ، وهذا كلام فقيه ، لطيف المعنى ، وذلك أن النقل المتحصن تقيلاً هو شهادة شاهد فرع ، ليس بقاض ، على شاهد أصل ليس بقاض ، فهذا محض شهادة على شهادة ، يُعتبر فيها ما سنذكره في باب الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى^(٢) ، فهو مخبر محض ، له شروط ، والمخبر ليس أهلاً لحكم ، ولا لقضاء ، ولا لثبوت شيء عنده ، والمتحصن حكماً ثبت الحق عند الحاكم بطريقه الشرعي ، وحكمه^(٣) به ، ونقل الحاكم شهادة من شهد عنده بحق ليس بشهادة على شهادة قطعاً ، لأنه (لا يُشترط)^(٤) فيها ما يشترط في الشهادة على الشهادة بلا خلاف ، وليس بحكم محض ، كالحكم بالحق المدعى به ، لا شك فيه ، لكنه أخذ شبهاً يسيراً من باب الشهادة على الشهادة ، وشبهاً من الحكم ، فصار قضاء بسمع البينة ، لكنه مشوب بنقلها ، أو نقلاً للبينة ، لكنه مشوب بقضاء ، لأنه أهلاً للقضاء .

٢٨١ - وقوله : شهد عندي فلان وفلان بكذا ، قضاء منه بما ذكره عنها ، وقوله : لو كان حكماً لقبل في المسافة القريبة ، كحكمه بالحق المدعى به ، فلما لم يقبل ، دل على أنه شهادة على شهادة .

قلنا : لسنا نسلم ذلك ، (لأنه)^(٥) إذا ثبت الحق عنده ، وتلفظ بالثبوت بالبينة ولم يحكم ، لم يقبل في المسافة القريبة عندنا ، إذا قلنا : إن

(١) العبارة في نسخة ف : ولا عهد لنا بقول شاهد .

(٢) فقرة ٤٣٣ من هذا الكتاب .

(٣) في نسخة ف : بطريق شرعي وحكم .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يشترط ، وهو خطأ ، لأنه لا يتفق مع المعنى .

(٥) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : فإنه .

الثبوت ليس بحكم ، ومع ذلك يُقبل بقوله وحده بالإجماع ، دلّ ، والحالة هذه ، على ما ذكرناه ، وإنما في بعض ما ذكره الإمام نظر ، وهو قوله : الحكم في مذهبننا ليس افتتاح أمر ، وإنما هو إظهار ما تعذر ، فإذا حكم على زيد لعمره ، فعناه ظهر له وجوب الحق على زيد لعمره ، والشرع ألزمه اتباعه .

[٤٥ / ب]

هذا كلامه ، وهو عندي مُشكّل ، فلنسا نُستلم ما ذكره ، بل الحكم افتتاح أمر لم يكن ، وإظهار ما تعذر ، إنما هو ثبوت الحقّ بالبينّة ، لأننا نعتقد أنّ الثبوت ليس بحكم ، وأنّ الحكم أمر وراء الثبوت ، فالحق ظهر بالبينّة ، وظهر أنّ لزيد على عمرو درهماً مثلاً مشهوداً به ، فإذا ثبت الحقّ عنده ، وتلفظ بالثبوت لم يجر له التلفظ به إلا بعد ظهوره عنده ، بقبول الشهود ، وثبوت عدالتهم عنده .

ثم بعد ظهوره عنده إذا حكم به ، فليس معناه ظهر له وجوب الحق ، بل معناه قضى على الخصم به ، أو ألزمه به ، أو حكم عليه به ، وظهوره حصل بثبوت بالبينّة قبل الحكم به ، ودليل هذا ترتب أحكام كثيرة على الحكم ، لم ترتب على ثبوت قبل الحكم به ، مع أنّ الحقّ قد ظهر بالبينّة العادلة بلا إشكال .

فهذا ما عندنا من هذا النظر^(١) ، فيما ذكره الإمام .

الحالة الرابعة : [دعوى ملك العروض] :

٢٨٢ - أن يدعى عنده أنّه مالك (العرض)^(٢) الذي من صفته كذا ، أو

(١) العبارة في نسخة ف : فهذا ما عندي في هذا من النظر .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وهو المتاع ، وفي الأصل : العروض ، بالجمع ، وهذا لا يتفق مع وصفه بالفراد بعده .

عبداً أو أمةً من صفته كذا ، ثم تارةً يدعي أنه مالكٌ لذلك ، وأنه في يد فلان بن فلان الغائب ، وتارةً يدعي ملكيته مطلقاً من غير تعيين الغائب الذي هو في يده ، فهل تُسمع الدعوى بالمنقول الموصوف الغائب ، سواء ذُكر أنّ فلاناً الغائب سَرَقَ ذلك منه ، أو اغتصبه ، أو استعاره ، أو لم يذكره ، لكن يُنصبُ مديراً يدّعي عليه به ؟

[نصب مدير عن الغائب] :

٢٨٣ - وقد اصطلح حكامنا على المدير ، والدعوى عليه ، والمدير عند بعض الشروقيين الفقهاء هو الوكيل عن المدعى عليه في سماع ما يدّعى عليه ، ورد الجواب عنه لمن يلتبس بثبوت إقراره ببيع ، أو هبةٍ أو وقفٍ أو إقرارٍ بدين أو بعقارٍ ، أو إجارةٍ بالتسجيل عليه ، وهذا مما وضعه المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، للخروج من الخلاف في القضاء على الغائب^(١) ، واحترازاً من إبطال الحقوق بطول^(٢) الزمان عليها ، وحدث الموت ، وربّما كان عند المقرِّ كثيرٌ ورعونةٌ يستحشّه^(٣) على الترفع عن حضوره إلى مجلس الحكم ، ومساواة خصمه المدعي ، فينصبُ له وكيلاً ، سموه مديراً ، يُجيبُ عن الدعاوي التي يدّعى عليه بها .

ومنهم من قال : المدير هو أن يدّعي المدعي أنه مالكٌ مثلاً لجميع العبدِ

(١) نقل ابن قاضي ساواة عبارات فقهاء الحنفية ، فقال : القاضي ينصب عن الغائب خصماً ويحكم عليه ، وقال : لا ينبغي للقاضي أن يحكم للغائب بلا خصم ، كما لا يحكم على الغائب ، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلاً وأنفذ الخصومة بينهم جاز ، وعليه الفتوى ، (جامع الفصولين ، له : ١ / ٥٣) .

وتفسير السخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب لسمع الخصومة عليه ، وإنما يجوز نصب الوكيل عن اختفى في بيته ، بعد ما نادى أمين القاضي على باب داره ثلاثة أيام ، والحكم على المسخر يجوز ، وقيل : ينبغي أن تكون هذه المسألة على روايتين ، (المرجع السابق : ١ / ٥٤) .

(٢) اللفظ في نسخة ف : ويطول . .

(٣) في نسخة ف : تستحشّه .

الأرمني أو التركي الذي من صفته كيت وكيت ، وأنَّ قيمته كذا وكذا ، وأنه في يد هذا الحاضرِ على سبيلِ الغُصْبِ والعُدوان ، وأنَّه يطلبُ تسلمه منه ، ويسألُ القاضي أمره بتسليمه إليه ، وجوابه عن دعواه ، فالقاضي^(١) يقول للمدعى عليه : ما تقول في دعواه ؟ فيُجيبه بالإنكار ، فيقيمُ المدعى البينة .

فهذا المدعى عليه [٤٦ / أ] المحيَّبُ يُسمى مُديراً ، مشتقاً من أنَّ بجوابه دارت القضايا عند الحكام ، إذ لولا جوابُ المدعى عليه لما سُمع من المدعى دعوى لا على مدعى عليه .

واصطلح الحكامُ عليه مع ما فيه من كذبِ المدعى ، وكذبِ المدعى عليه ، وعلمَ القاضي بذلك .

لكن قيل : إن القاضي حسين قال : هذا كذبٌ محطوط^(٢) ، إذ علمُ أنَّ القصدَ منه التوصلُ إلى إثباتِ الحقوق بما لا ضررَ فيه ، ولا مقصودَ منه إلا ترويحُ إثباتِ الأحكام^(٣) ، والتسجيلُ على الحكام .

٢٨٤ - وعندي في هذا نظرٌ ظاهرٌ ، إذ يمكنُ التخلصُ من هذا الكذبِ الذي لا ضررَ في تركه وارتكابه ، ولا حاجةٌ إليه لإخافةٍ به^(٤) ، ولا ما دونها ، وهو أن يكلفَ المدعى إحضارَ المدعى عليه ، إنَّ كانَ حاضراً مقدوراً على إحضاره ، وإنَّ كانَ غائباً فللمدعى طرقٌ في استعلامِ الغائبِ المستولي على ملكه ، وكشفِ حاله واستخبارِ اسمه ونسبه ، فإذا حصلَ علمه بذلك ، ادعى عليه حقيقة ، وخلصَ من التورطِ في الكذب .

(١) في نسخة ف : فللقاضي أن .

(٢) قال الشيخ قلوبوي في (حاشيته : ٤ / ٣٠٨) : « جاز إنكار مسخر ، وإن كان كذباً ، للصلحة » ،

وانظر : الروضة : ١١ / ١٧٥ .

(٣) في نسخة ف : الحقوق .

(٤) في نسخة ف : لا جافة ، وقد تكون الكلمة : لإجابة ، أي لإجابة الدعوى .

فهذا أولى عندنا من الهجوم على كذب من مُدَّعٍ ومن مدعى عليه
بجواب ، مع علم القاضي بكذبتها ، وقد شاهدنا مرة ، وسمعنا مراتٍ كثيرةً أنَّ
دأبَ الوُكلاء ببلدان كثيرة بالشام والعراق إثباتُ كتبٍ تضمنت ابتياعَ عقاراتٍ
من بائعيها ، وقبضَ البائعينَ الأثمانَ ، وتسليمَ المشتري المبيع من بائعه ،
بالدعوى على من كان حاضراً معهم في المجلس .

فكلُّ وكيلٍ يدَّعي على وكيلٍ آخر ، ويفي الآخر لصاحبه بالجواب .

هذا مع حضور المتبايعين بالبلد ، وإمكانِ إحصارها إلى مجلس الحكم ،
واستنطاقها بالتوكيل ، بأنَّ يوكلَ المشتري وكيلاً مُثبِتاً ، والبائع يوكلَ وكيلاً
محبباً نافياً ، حتى تقوم البينةُ على وكيل المدعى عليه : ثابتِ الوكالة ، منكرٍ .

وما سببُ اصطلاحهم على هذا ، واتفاقهم عليه إلا علمهم بموافقة كل واحد
من المتبايعين وتصديقها لما جرى بينها ، وعلم البائع أن المشتري يرومُ إثباتَ
شرائه ورضاه بذلك ، وأنَّ البائع لو حضرَ وسئل عما جرى بينها لصدقه ،
فاكتفى الوكلاء بهذا القدرِ ، وسامحهم الحكم به .

وهذا قريبٌ من إقامة البينةِ على البائعِ الحاضرِ ، بأنَّه وكلُّ زيدا في
الجواب ؟ مع إمكانِ حضوره في المجلس ، وتكليفه الاعتراف بالوكالة عند
الحاكم ، فإنَّه قد سمعتُ^(١) البينةَ بالتوكيل فقط قولاً واحداً ، مع حضوره
بالبلد ، ولم يخرج على الخلاف في جواز سماع الدعوى على حاضر من غير
حضوره ، أو حضور وكيله .

قال الأصحابُ : سُمِحَ بهذا في الوكالات فقط لما ذكرناه . [٤٦ / ب]

(١) في نسخة ف : سمع .

[الدعوى على حاضر بدون إحضاره] :

٢٨٥ - وأصل هذه المسألة في هذا كله وقوع الخلاف في جواز سماع الدعوى على الحاضر من غير إحضاره مجلس الحكم ، وكل ما وقع الخلاف فيه بين الأئمة فهو في الجملة في محل المسألة .

(عُدْنَا)^(١) إلى المقصود ، فإذا ادعى أنه مالك العَرَضِ الفلاني الذي من صفته كيت وكيت ، الغائب عن هذا البلد ، أو العبدِ الفلاني الذي من صفته كيت وكيت ، الغائب عن البلد ، وذكر قيمة ذلك ، وذكر أنه في يد فلان بن فلان الغائب ، أو أنه في يد زيد هذا الحاضر ، غَضِباً (وتعدياً)^(٢) ، وسأل سؤاله ، وصح دعواه ، فأجابه المسخرُ بالإنكار وطلب إقامة البينة على ذلك بالصفة ، هل تسمع البينة بذلك ؟ فيه قولان مشهوران ، العمل على أنها تُسمع^(٣) .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : الصحيح أنها لا تُسمع البينة بذلك ، قال : وهو القياس ومذهب أبي حنيفة ومحمد ، لكثرة الاشتباه^(٤) .

[الحكم بالشهادة على الوصف] :

٢٨٦ - فإن قلنا : تسمع البينة على العين الغائبة المنقولة الموصوفة بالأوصاف المشروطة في صحة السلم ، فهل يحكم الحاكم بها ، ويقضي للمشهود له بها ، أم لا ؟

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عندنا .

(٢) الكلمة من نسخة ف ، وفي هامش الأصل : متعدياً .

(٣) وهو ما عليه العمل عند المحققين في المذهب (انظر : مفني المحتاج : ٤ / ٤١١ ، الروضة : ١١ / ١٧٥ ،

حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣١١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٥) ، وانظر فقرة ٥٩٣ .

(٤) جامع الفصولين ١ / ٥٤ ، نظرية الدعوى : ٢ / ١٠٣ .

قال الشيخ أبو علي : فيه قولان ، وأطلق ، وقالَ عنده : إنه لا يحكمُ بها ، لأنَّ اختيارَه أن لا تسمعَ البينةُ ، فالحكمُ بها أولى أن لا يجوزَ .

وقال الماورديُّ : هل يجوزُ الحكمُ بشهادةِ البينة على ما يُنقل من الأعيانِ الغائبةِ ؟ فيه قولان ، أحدهما : وهو المنصوصُ عليه ، وحكاه الشافعي عن أبي حنيفة ومحمد ، واختاره المُزني : أنه لا يجوزُ حتى يُشيرَ الشهودُ إليها بالتعيين ، قالَ : وهذا أصحُّ القولين ، والمعولُ عليه ، والثاني : يجوزُ الحكمُ بها كالعقارِ ، وفيه قولٌ ثالثٌ مُخرَجٌ عن ابن سُرَيْجٍ أنه قال : إن اختصَّ العبدُ الغائبُ بوصفٍ يندُرُ وجودُه في غيره ، كشامةٍ في موضعٍ من جسده ، أو إصبعٍ زائدةٍ في موضعٍ من يده ، أو كان مشهوراً من عبيدِ السلطانِ لا يشاركه غيره في اسمه وصفته ومنزلته ، جازَ الحكمُ بشهادتهم في غيبته ، وإلا فلا^(١) .

وأجرى ذلكَ في الأنسابِ فين^(٢) غابَ ، إذا رُفِعَ^(٣) في نسبه حتى زال^(٤) الاشتراكُ ، حكمَ فيها بالشهادة ، وإن قرُبَت^(٥) وأمكنَ اشتباهاً لم يحكم بالشهادةِ إلا مع التعيين .

قال الماوردي : « فإن قُلْنَا : إنَّ الحكمَ لا يجوزُ إلا مع التعيين ، ففي جوازِ سماعِها والمكاتبةِ بها قولان^(٦) » .

(١) أدب القاضي ، له : ١٠٧ / ٢ ، وامتتن اختصار وتصرف عن نص الماوردي ، وقد رجح النووي رحمه الله تعالى قول ابن سريج في التفصيل ، ونص على ذلك ، فقال : « ادعى عيناً غائبة عن البلد ، يؤمن اشتباهاً كعقار وعبد وفرس معروفات ، سمع بينته وحكم بها ، وكتب إلى قاضي بلد المال ليسله للدعي .. ، أو لا يؤمن اشتباهاً فالأظهر سماع البينة .. ، وأنه لا يحكم بها بل يكتب إلى قاضي بلد المال » ، (انظر : مغني المحتاج : ٤١١ / ٤ - ٤١٢ ، نهاية المحتاج : ٢٧٦ - ٢٧٥ / ٨ ، حاشية قلوبوي وعميرة : ٤ / ٣١٠) ، وانظر : فقرة ٥٩٣ .

(٢) اللفظ في نسخة ف : فن .

(٣) في نسخة ف : يرفع .

(٤) في نسخة ف : يزال .

(٥) في نسخة ف : قويت .

(٦) أدب القاضي : ١٠٨ / ٢ .

٢٨٧ - قلتُ : فإذا قلنا : يجوزُ سماعُها ، وإذا سمعَها ، وكانتُ عادلةً عنده بعد سبق دعوى المدعي بها ، قال الشيخُ أبو علي : يكتبُ له كتاباً إلى قاضي بلدِ العين الغائبة ليُحضِرَ مَنْ في يده تلك العين مع العين ، ويستخلفُ [٤٧ / أ] المدعي بالله سبحانه ، إنَّه مالكُ العينِ الموصوفةِ التي شهد له بها الشهودُ عندَ فلان القاضي ، ولم يخرجُ عن ملكه .

والثاني : أنه يسمعُ البينةَ فقط ، ولا يحكمُ بها ، بل يكتبُ له كتاباً إلى قاضي البلد الذي العينُ به ، مضمونهُ : أن (فلانا)^(١) ادعى عندي على فلانِ الغائبِ ببلدك أنَّهُ له في يده عبداً أو أمةً أو دابةً أو ثوباً ، ووصفه وأقامَ على ذلك بينةً عادلةً ، ثم القاضي المكتوبُ إليه يُحضِرُ مَنْ في يده العينُ والعينُ ، فإن لم تكن بتلك الصفاتِ ردَّ الكتابَ ، وإن كانت بتلك الصفاتِ انتزعَ العينَ من يده ، وكتبَ صفتها وحليتها ، وختمَ الكتابَ ، وقلَّده بخيط في عنقِ العبدِ ، أو ربطه على الثوبِ ، إن كان المدعى به ثوباً .

٢٨٨ - هذا كلُّه قولُ الشيخ أبي علي ، وقوله في الوجه الأول : إنه يقضي له بالبينة ، ثم القاضي المكتوبُ إليه يستحلفُ المقضيَّ له ، كما وصفه من اليمينِ ، هذا فيه نظرٌ ، لأنه إذا حكمَ له بالعينِ التي ادعى أنَّها في يدِ الغائبِ ، فهو حكمٌ على غائبٍ ، ولا بدُّ فيه من اليمينِ على الأصحِّ ، فكيفَ حكمَ له بغيرِ يمينٍ ؟ إلا أن يكونَ الشيخُ أبو علي فرَّعَ ههنا على أنَّ الحكمَ على الغائبِ لا يحتاج إلى يمينٍ ، فهذا صحيحٌ .

الإشهاد عند القاضي المكتوب إليه |

٢٨٩ - ثمَّ إنَّ حكمَ له بيمينٍ ، وحلفه ، فالقاضي المكتوبُ إليه إذا ثبت

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قلنا .

عنده إشهاد القاضي الكاتب بذلك ، وقابل بين صفات العين المكتوبة في الكتاب الواصل إليه على يد المدعي ، وبين صفات العين التي أحضرها (من)^(١) يد المدعى عليه ، فوجدها موافقةً ، وطلب المدعي انتزاعها من يد من هي في يده ، سلمها إليه الحاكم من غير يمين ، إلا أن يدعي ذو اليد عليه الآن ما يوجب اليمين ، كدعواه أنه اشتراها منه ، أو أنه وهبها منه ، أو ناقل شرعي تصح الدعوى به ، فله أن يستحلفه على دعوى صحيحة توجبها .

[تقديم الكفيل] :

٢٩٠ - ثم متى طلب المدعي من الحاكم المكتوب إليه أن يسلم إليه العبد الموصوف لموافقة الصفات الثابتة عند القاضي الكاتب ، فلا يسلمه إليه الحاكم المكتوب إليه إلا بكفيل بقيمته^(٢) ، ثم يدفعه إليه .

فإذا وصل بالعبد^(٣) إلى بلد القاضي الكاتب ، أحضر شهوة الصفات ، ليُشاهدوا العبد ، ويشهدوا على عينه ، فإن شهدوا على عينه سلمه إليه ، وكتب إلى القاضي الثاني ، ليبرئ الكفيل .

هذا قول حكاه الشيخ أبو علي ، ثم قال : وقد زيف^(٤) الشافعي هذا القول ، لأن فيه تسليم المدعى به إلى المدعي قبل ثبوت ملكه ، وإحالة بينه وبين ما كان في يده ، قال ابن سريج على هذا القول : إن لم [٤٧ / ب] يضمن المدعي قيمته ومؤنته^(٥) في سفره ، وأجرة مثل مدة غيبته ، لا يبعثه

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٢) قرر النووي رحمه الله أن يكون الكفيل بيد المدعي في الأظهر احتياطاً للمدعى عليه حتى إذا لم تعينه البيئة طولب برده ، وفي قول آخر لا يكفله بيده بل يكفله بقيمة المال (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤١٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣١١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٦) وفي نسخة ف : يقيه .

(٣) في نسخة ف : العبد .

(٤) زيف الشيء وزافه أي جعله رديئاً ، (القاموس المحيط : ٣ / ١٠٥)

(٥) العبارة في نسخة ف : قيمة مؤنته .

القاضي معه ، والقول الثاني : أنَّ القاضي المكتوبَ إليه يأمرُ المدعى عليه ببيع العبدِ أو الجارية أو العين من المدعي ، ويجبره على البيع ، فإن امتنع باعه القاضي عليه من المدعي ، ويأخذُ الثمنَ منه ويضعه على يدِ عدلٍ ، أو يأخذُ كفيلاً بالثمن ، ويسلمُ العبدَ إليه ، ويكتبُ بالقضية إلى القاضي الكاتب أولاً ، فإن شهدَ شهودَ الصفات على عينِ (العبدِ)^(١) بالملكِ للمدعي بها حكمَ له بها (ويبيِّن)^(٢) بطلانَ البيع ، لأنه باع منه ملكه ، ويبرئُ الكفيلَ إن كانَ كفلَ عنه الثمنَ ، أو يردُّ إليه الثمنَ إن كان قد أخذَ منه ، وإن لم يشهدوا على عينه حكمَ عليه بصحة البيع منه ، ويلزمه تسليمُ الثمنِ إلى البائع إن لم يكن سلمه إليه ، هذا كله في العروض المنقولات والحيوانات (والعبيد)^(٣) .

٢٩١ - أما الجاريةُ ففيها وجهان ، أحدهما : حكمها حكمُ العبدِ في إنفاذها على يد مدعيها على ما ذكر في العبدِ ، حتى على قول يبيعها منه ، لو يبعث منه ، ووطنها في الطريق كان واطناً ملكه .

قلت : وعندني أنَّ هذا في غاية البعدِ ، وتسليطُ على الوطاء في ملكٍ متزلزل لم يستقر .

ومن أصحابنا من قال : لا تُبعثُ الأمةُ مع المدعي بحالٍ ، ويُقال له : متى حضرتُ بينتكَ على عينها ، إنها ملكك سلَّمت إليك ، وقيل : يبعثها القاضي مع ثقةٍ يكون مع المدعي ، إما عدلٌ أو امرأة^(٤) .

وحكى الماورديُّ هذا الخلافَ كلَّه في التسليمِ إلى المدعي وكيفيته واختلاف

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العين .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وتبين .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والعبد .

(٤) وهذا ما اقتصر عليه الرملي في (نهاية المحتاج : ٢٧٦ / ٨) .

العبد والأمة وبيع العبد من مدعيه كما ذكرناه^(١)، لكنه حكى ذلك فيما إذا كان القاضي الكاتب سمع البينة، وحكم بها للمدعي، وقلنا: يجوز ذلك.

وقد تم الكلام في هذا، وسنذكر إن شاء الله تعالى في باب كتاب القاضي إلى القاضي شيئاً من هذا، ونذكر ما يجب له، ويشترط فيه، وكيفية التحمل والأداء^(٢).

فإن قال قائل: إذا لم يقع الحكم بالشهادة بالعين الغائبة المنقولة إلا مع التعيين من الجهتين، فما الفائدة في سماعها على أحد القولين، واختار السماع عند كثير من الحكماء؟

قلنا: قال الشافعي رضي الله عنه: فائدته أن لا يتكلف^(٣) القاضي الثاني المكتوب إليه الكشف عن عدالتهم، ولا يتكلف^(٤) الشهود إعادة شهادتهم عند حضور العبد، وإنما يقتصرون على الإشارة بالتعيين؟ فيقولون: هذا هو العبد الذي شهدنا به لفلان^(٥).

قال الماوردي: ويستفاد [٤٨ / أ] بها عندي فائدة ثالثة، وهو أن يموت العبد فيستحق بهذه الشهادة على ذي اليد قيمته^(٦) (على نعتيه)^(٧) ووصفه.



(١) اللفظ في نسخة ف: ذكرنا، وانظر: أدب القاضي، للماوردي: ٢ / ١١٠ وما بعدها.

(٢) انظر الفقرات: ٥٣٧، ٥٥٢، ٥٥٦، من هذا الكتاب.

(٣) (٤) في نسخة ف: لا يكلف، وهو الموافق لنص الشافعي في « الأم ».

(٥) الأم: ٦ / ٢١٨.

(٦) في نسخة ف: قيمة العبد.

(٧) ما بين القوسين من هامش الأصل.

الفصل السادس

في

التداعي بين المتخاصمين |

التداعي بين المتخاصمين ، ووقوع المعارضات بينها في بيناتهما^(١) ، وما يوجب ترجيحاً لأحدهما ، وفي الشهادة بالملك واليد المتقدمين .

| بينة الداخل تقدم على بينة الخارج |

٢٩٢ - وتقدّم على هذا قاعدة ، وهي أنّ مذهبنا أنّ بينة الداخل تقدّم على بينة الخارج إلا في مسائل :

منها : إذا (أقام الخارج بينة^(٢)) أنه اشتراها من ذي اليد ، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكه مطلقاً ، رجحت بينة الخارج^(٣) .

ومنها : إذا (أقام الخارج بينة أنه^(٤)) اشتراها من ذي اليد ، وأقام ذو اليد بينة أنه ورثها من أبيه ، فبينة الخارج أولى .

هذا (ما^(٥)) ذكره القاضي في « تعليقه » ، وذكر الإمام عنه : إذا أقام

(١) في نسخة ف : شأنها .

(٢) العبارة بين التوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : قام الخارج ببينة .

(٣) لزيادة علم بينة الخارج بالانتقال ، (انظر : شرح الهي على المنهاج : ٤ / ٣٤٤ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ،

نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٣) .

(٤) العبارة بين التوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : قام الخارج ببينة أنها .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

الخارجُ بينةً بالملكِ المطلق (أنَّ العينَ ملكه)^(١) وأقام^(٢) [ذو اليدِ بينةً بالملكِ المطلق ، أو بالملكِ مقيداً بالشراء أو الإرثِ أو غيرها ، قَدِّمَت بينةُ ذي اليدِ] .

ومنها : إذا أقامَ الخارجُ بينةً أنَّ العينَ ملكه ، وأن ذا اليدِ غضبها منه ، وأقامَ ذو اليدِ بينةً أنَّها ملكه مطلقاً ، قال القاضي حسين في موضعين من « تعليقه » : بينةُ الخارجِ أولى^(٣) ، قال : وفيه إشكالٌ ، وعند الأصحاب : بينةُ ذي اليدِ أولى .

وحكى البغويُّ تلميذه فيها وجهين ، وقال : الأصحُّ بينةُ الداخلِ أولى ، مخالفاً لما أفتى (به)^(٤) أستاذه .

وقال العراقيون كلُّهم أو غالبهم : بينةُ الخارجِ أولى ، ولم يحك أحدٌ منهم ، فيما أعلمه ، فيه خلافاً .

وقال الشيخ أبو علي : الصحيحُ أنه يقضي لذي اليدِ .

والصحيحُ عندنا ما اختاره العراقيون ، وهو أنَّ بينةَ الخارجِ ، والحالةُ هذه أولى ، لأنَّ معَهَا زيادةٌ علمٍ ، وهو غضبُ ذي اليدِ لها من الخارجِ ، وبينةُ ذي اليدِ اعتمدت في شهادتها على ظاهرِ اليدِ الذي قد [أثبتت]^(٥) بينةُ الخارجِ أنها غاصبةٌ .

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) ينقطع الكلام في الأصل ، ويوجد مكانه هذه العبارة : (مبيض هنا في نسخة قوبلت على نسخة المصنف) ، وقد أكلت ما بين القوسين في المتن من عندي بحسب ما يتفق مع التفصيل السابق ، والأحكام الفقهية ، وهذا الكلام ساقط من نسخة ف .

(٣) وهذا ما أيده الخطيب الشريفي ، وقال : « وكذا لو أقام الخارجُ بينة أن المدعى به ملكه غضبه منه الداخل ... ، وأقام الداخلُ بينة أنه ملكه ، فإنه تقدم بينة الخارجِ على الأصح » ، (انظر : مفني المحتاج :

٤ / ٤٨١) .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٥) في الأصل : ثبت ، وكذا في نسخة ف .

[الداخل والخارج] :

٢٩٣ - إذا عرفت هذه المقدمة فاعلم أنّ الداخل عبارة عن ذي اليد الذي العين المدعى بها في يده ، والخارج عبارة عن المدعي الذي ليست العين المدعاة^(١) في يده .

فإذا ادعى الخارج بعين في يد ذي يد عليه ، وصحّ دعواه ، إن أقرّ بها سلّمّت إليه ، وإن كان أنكر (أو سكت)^(٢) فقد سبق تفصيل ذلك في أول الدعاوى على أبلغ وجه في البيان^(٣) .

ولندكر هذا الذي نحن بصدده ، مسائل نرسمها ليسهل تناولها .

المسألة الأولى : [طلب الكفيل قبل البيّنة] :

٢٩٤ - إذا أنكر المدعى عليه فلم يطلب المدعي الحلف ، ولكن قال : لي بيّنة أقيّمها وأريد منه كفيلاً في الحال ، قال الإمام : [٤٨ / ب] لم يلزمه بالاتفاق ، ولكن جرى رسم القضاة به .

٢٩٥ - وعندنا : فيه تفصيل حسن ، ولعلّ رسم القضاة منزلّ عليه ، وهو أنّ المدعى به إن كان ديناً ، وكان المدعى عليه غريباً مجهولاً ، تظهر عليه أمارات (التّعنت)^(٤) ، وعدم حفظ المروءة (والدين)^(٥) ، فللمدعي طلب كفيل ، والحالة هذه .

(١) في نسخة ف : المدعى بها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وسكت .

(٣) فقرة ١٤٦ وما بعدها من هذا الكتاب .

(٤) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : التغيّب ، وهو تصحيف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : التدين .

وهكذا إن كان المدعى به عيناً منقولَةً يمكن نقلها ، والمدعى عليه موصوفٌ بما ذكرناه .

أمّا إذا كان المُدعى به عقاراً فليس له طلبٌ كفيلاً أصلاً ، كيف كان ، فإنّ الخوف إنما هو غيبته ، وإقامة البينة ، إن غاب ، ممكنٌ .

وإن كان المدعى به ديناً ، أو منقولاً يُمكن نقله وإخفاؤه ، ولكن كان المدعى عليه قاطناً بالبلد ، أو مشهوراً بالوَرع ، أو ظاهرَ المالِ ، بعيداً منه أن يتغيّب ، فلا سبيلَ إلى تكليفه إقامة كفيلاً عليه في مقابلة دعوى مجردة .

المسألة الثانية : [طلب الكفيل أو الحبس قبل التعديل] :

٢٩٦ - إذا أقام شاهدين ، ولم يُعدّلاً ، والتّمس من المشهود عليه كفيلاً بيدنه لزمه ، فإن امتنع حُبس^(١) ، هذا إن كان المدعى به ديناً .

ولو أقام شاهداً واحداً عدلاً ولم يخلف ، والتّمس كفيلاً أو حبساً ، إن امتنع ، هل يجاب المدعي إلى ما طلبه ؟ فيه وجهان^(٢) .

وفي العقار ، إذا أقام شاهدين مجهولين ، وطلب الحيلولة بين الداخل وبينه إلى أن يُزكى بينته ، هل يُجاب إليه ؟ فيه وجهان .

وفي الشاهد الواحد العَدل^(٣) وجهان مرتبان ، وأولى أن لا يجاب إليه .

(١) قال الشيرازي : وإن شهد له شاهدان ولم تثبت عدالتها في الباطن ، فسأل المدعي أن يحبس الخصم إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ففيه وجهان ، أحدهما ، وهو قول أبي إسحاق وهو ظاهر المذهب : أنه يحبسه ، لأن الظاهر العدالة وعدم الفسق ، والثاني ، وهو قول أبي سعيد الإصطخري : أنه لا يحبسه ، لأن الأصل براءة ذمته (المذهب : ٣٠٤ / ٢) .

(٢) الأول يحبس كالشاهدين ، والثاني لا يحبس وهو الصحيح ، لأنه لم يأت بتأم البينة ، وقال أبو إسحاق المروزي : إذا كان الحق مما يقضى فيه بالشاهد واليهن حبس قولاً واحداً ، لأن الشاهد الواحد حجة فيه ، لأنه يخلف معه ، (انظر : المذهب : ٢٠٤ / ٢) .

(٣) في نسخة ف : المعدل .

٢٩٧ - ولو ادّعت زوجة طلاقاً على زوجها ، وشهد لها شاهدان مجهولان حيل بينها إلى التزكية لشرف البُضع^(١) وخطره .

وهكذا لو ادّعى زوجية امرأة ، وأقام بينة مجهولة منَعنا المرأة من الانتشار^(٢) قبل التزكية لحق البُضع .

وكذلك في الأمة إذا شهد لها شاهدان بالعتق مجهولان ، حيل بينها إلى التزكية .

وكذلك في العبد إن طلبه ، وفي الأمة لا يتوقف^(٣) على طلبها ، بل على القاضي فعله ابتداءً من غير سؤالها .

ولو أقامت الزوجة^(٤) شاهداً واحداً بالطلاق ، أو أقام^(٥) العبد أو الأمة شاهداً واحداً بالعتق ، هل يحال بينها وبين المالك ؟ فيه قولان .

إمدة الإمهال للتزكية :

٢٩٨ - ومدة^(٦) الإمهال للتزكية أو لتام البينة فيما ذكرناه ثلاثة أيام ، ولا يمهل أكثر من ذلك ، ونفقة العبد والأمة في مده الحيلولة من كسبها ، فإن لم يكن فن بيت المال ، ثم إن لم يثبت العتق يرجع^(٧) بها على السيد لبيت المال .

(١) البُضع : بالضم الجماع ، أو الفرج نفسه والمهر والطلاق ، (القاموس المحيط : ٥ / ٣)

(٢) في نسخة ف : الإنشاز .

(٣) في نسخة ف : لا يوقف .

(٤) في نسخة ف : المرأة .

(٥) في نسخة ف : وأقام .

(٦) في نسخة ف : وهذا .

(٧) في نسخة ف : رجع .

المسألة الثالثة : [طلب الحجر بعد البينة المجهولة] :

٢٩٩ - إذا ادعى عليه ديناً فأنكره ، فأقام شاهدين مجهولين ، أو شاهداً ، ولم يحلف ، [٤٩ / أ] وطلب من الحاكم الحجر على المدعى عليه ، خوفاً من إقراره بأمواله ونقلها^(١) ببيع أو هبة ، هل يجب إليه ؟ فيه طريقتان .

وفصل القاضي حسين ، فقال : إن عُرِفَ المدعى عليه بالحيلة ، واستمرت له عادةً بها ، حجر الحاكم عليه .

ومما وقع عندنا في « الفتاوى » ما إذا ادعى على رجل بعين في يده ، وكان للمدعي بينة غائبة أو حاضرة ، لكنها مجهولة ، وخاف من نقلها ، أو ادعى عليه بدين ، وله أعيان حاضرة من عقارٍ وغيره ، فأنكر ، ولم يكن^(٢) له بينة حاضرة ، وخيف من إقراره بما هو في يده لأولاده أو لغيرهم ، وجرى هذا في بلدٍ قد عم هذا بينهم ، واشتهر فيما لديهم ، وهذا المدعى عليه أشهر من غيره في فعل هذا ، فالتمس المدعي الحجر عليه إلى أن يقيم البينة ، فذكر بعضنا فيه خلافاً ، ورأى بعض مذهب القاضي حسين ، ورأى بعض أن هذا كالفلس إذا أحاطت به الديون ، وتحقق أن خرجه^(٣) أكثر من دخله ، وخيف عليه فوات ماله ، وهناك يتعين ضرب الحجر عليه على الأصح ، فهذا قريب الشبه به ، والكل متجة محتمل .

المسألة الرابعة : [طلب التأخير لحضور الموكل] :

٣٠٠ - إذا ادعى وكيل ، ثابت الوكالة عن غائب ، ديناً أو عيناً ، على

(١) العبارة في نسخة ف : بالعين أو بنقلها .

(٢) في نسخة ف : تكن .

(٣) الخرج : الأتاوة كالخراج ، وبيضان ، جمعه أخراج وأخارج وأخرجة ، وهو خلاف الدخل ، (القاموس

المحيط : ١ / ١٨٤) .

حاضر، فاعترف، وادعى أن الموكل أبرأه، أو قبض منه، وطلب تأخير التسليم إلى حضور الموكل وحلفه، قال الإمام: وقعت هذه المسألة بين فقهاء مرو، وتوقف فيها فقهاء الفريقين، فاستدرك الشيخ القفال عليهم، وقال: يؤاخذ بالتسليم، وتتأخر البين إلى حضور الغائب، إذ لو فتح هذا الباب صار ذريعة إلى إسقاط حقوق الغائبين إذا ادعى بها وكلاؤهم.

المسألة الخامسة: [الإقرار لثالث]:

٣٠١ - إذا ادعى ملكا في يد إنسان، فقال: ليس هو لي، ولا لك، فله أحوال خمس^(١):

الأولى: أن يضيفها إلى حاضر ثالث، فيحضر، فإن صدقه، سلمت العين إلى الحاضر، وانصرفت الخصومة إليه^(٢)، وإن كذبه، فيه ثلاثة أوجه، أصحها أن القاضي يحفظها إلى ظهور حجة لمدعيها، وأضعفها أنها تسلم إلى المدعي^(٣)، ووجه ثالث: أنها تترك في يد ذي اليد، فلو رجع المقر بعد تكذيب المقر له، وقال: غلطت، هل يقبل؟ فيه وجهان قبل إزالة يده، ولا يقبل قوله بعد إزالة سلطنته.

ولو رجع أيضاً المقر له بعد أن كذب؟ فيه وجهان، ثم إذا سلمت العين

(١) في الأصل ونسخة ف: ثلاث.

(٢) المهذب: ٢ / ٣١٣، مغني المحتاج: ٤ / ٤٧٠، حاشية قلوبوي وعميرة: ٤ / ٣٣٩، الروضة: ١٢ / ٢٥.

نهاية المحتاج: ٨ / ٣٥٠، الأم: ٦ / ٢٤١، وانظر فقرة ٢٠٠ من هذا الكتاب، فقرة ٧٦٥.

(٣) ذكر الشيرازي فيها وجهين فقط، أحدهما: قول أبي العباس: وهو أن يأخذها الحاكم ويحفظها، والثاني: قول أبي اسحاق: وهو أن يسلمها إلى المدعي، ثم قال: وهذا خطأ، لأنه حكم بمجرد الدعوى، ولم يذكر وجهاً ثالثاً، (المهذب: ٢ / ٣١٣)، وذكر النووي رحمه الله تعالى الوجوه الثلاثة، وأن الأصح أن تترك في يد المقر ذي اليد، وذكر الوجهين التاليين في مقابل الأصح، وبين إمام الحرمين ضعف القول الثاني بالتسليم إلى المدعي، لأنه قضاء له بمجرد الدعوى، وهو محال، (انظر: مغني المحتاج: ٤ / ٤٧١، شرح الهلي: ٤ / ٣٣٩، نهاية المحتاج: ٨ / ٣٥٠، الروضة: ١٢ / ٢٥).

المقرّ بها إلى الحاضر المقرّ له ، هل للمدعي تحليف المقرّ^(١) ؟

إن قلنا : إنه لو أقر لغرم للحيلولة القولية [٤٩ / ب] بالإقرار للثالث ،
فله تحليفه ، وإن قلنا : لا يغرم لم يحلفه .

فإذا قلنا : يحلفه ، فلو أحلفه فنكل ، وردت اليمين على المدعي ، فحلف ،
وقلنا : إن يمين الرد بمنزلة البيعة ، قال بعض الأصحاب : تؤخذ العين من يد
المقرّ له الثالث ، وتسلم إلى المدعي الحالف ، لأنّ يمين الرد بمنزلة البيعة .

والصحيح أنا لا نأخذ من يد هذا المقرّ له ، ولا نسلمها إلى المدعي
الحالف ، بل تقتصر على وجوب القيمة ، لأن يمين الرد ، وإن جعلت كالبيعة ،
لكن في حق المتداعيين ، ولا تتعدى إلى ثالث .

ثم قال الإمام بعد ذكر هذا : فرغ بعض المتكفين على الوجه الضعيف
القائل بانتزاع العين من يد المقرّ له ، وتسليمها إلى المدعي الحالف ، فقال : إذا
أخذت منه ، فهل له أن يغرم المدعى عليه الذي أقرّ له بها ، ونكل عن
اليمين ، قيمة العين ، لأنه يقول له : لو حلفت يميناً صادقة ما استردها مني هذا
المدعي ، فصار نكولك سبباً لإزالة يدي ؟ فيه وجهان ، أصحابها لا يغرم له
شيئاً .

قلت : وقد سبق ذكر هذه المسألة في يمين الردّ إلى ههنا^(٢) ، وهي الحالة
الأولى (وقد)^(٣) ذكرناها هناك لغرض .

(١) هذه المسألة مبنية على مسألة أخرى ، وهي أن من أقر بشيء في يده لغريمه ، ثم أقرّ بها لآخر ، فإنها تسلم
إلى الأول ، وهل يغرم للثاني ؟ فيها قولان ، الأول : يلزمه أن يغرم للثاني ، لأنه بتسليمها للأول فوت المقرّبه عليه ،
والثاني لا يغرم ، لأنه أقر بما لا يملك ، فلا يعتد به ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣١٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا

البحث فقرة ٢٠٢

(٢) فقرة ٢٠٠ من هذا الكتاب .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

الحالة الثانية : [الإقرار بها لغائب] :

٣٠٢ - إذا أضفت العينَ إلى غائبٍ فتصرفَ الخصومةَ إلى الغائبِ^(١) .

وقال العراقيون ، لا نخلفه^(٢) لأجلِ الغُرمِ ، وإن قلنا : يغرمُ للحيلولةِ لو أقرَ للثاني .

وقال الشيخُ أبو محمد والفورانيُّ : بل يَحلفُ لينتزعَ^(٣) العينَ من يده^(٤) باليمينِ المردودةِ إن نكلَ ، إذ لو فُتِحَ هذا البابُ صارَ ذريعةً إلى إسقاطِ الدعوى بالإضافةِ إلى الغائبِ الذي يتعذر رجوعه ، ثم متى رجع الغائبُ ردتِ العينُ إليه ، وعلى المدعي استئنافَ الخصومةِ معه .

ويتفرعُ على هذه المسألةِ أن المدعيَّ ، في هذه الحالةِ ، إن أقامَ بينةً على أن العينَ ملكةٌ سلّمت إليه قولاً واحداً^(٥) ، ولكن هل هو قضاءٌ على الغائبِ فيحتاج إلى يمينٍ ؟ أو هو قضاءٌ على الحاضرِ المضيفِ العينِ إلى الغائبِ ، فلا يحتاج إلى يمينِ المدعي ؟

قال العراقيون : هو قضاءٌ على الغائبِ ، فلا بُدَّ من يمينٍ^(٦) ، وعند الشيخِ أبي محمد والفوراني هو قضاءٌ على الحاضرِ ، فلا يحتاجُ إلى يمينٍ ، هذا نقل الإمام .

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣١٣ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، شرح الهلي : ٤ / ٣٩٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٠ ،

الروضة : ١٢ / ٢٥ .

(٢) في نسخة ف : لا يخلفه .

(٣) في نسخة ف : لنزع .

(٤) وهذا بناء على القولين في المسألة السابقة ، وهما الغرم للثاني وعدمه .

(٥) المهذب : ٢ / ٣١٣ ، الأم : ٦ / ٢٤١ ، والمراجع السابقة في هامش ١ .

(٦) وهو اختيار إمام الحرمين والغزالي ، وقالوا : إنه أقوى وأليق بالوجه المرفوع عليه ، وهو المعتمد ، ورجحه

النووي رحمه الله تعالى ، انظر : المراجع السابقة .

وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر: هل يحلف المدعي ، والحالة هذه ، إذا أقام بينة ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : نعم ، لأنه قضاء على الغائب ، ومنهم من قال : لا يحلف ، وهو أبو إسحاق ، لأنه [٥٠ / أ] قضاء على حاضر^(١) ، ثم قال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر : وإن كان للمقر بينة^(٢) ، أنها للغائب ، سمعت بينته ، فإذا أقام المدعي بينة أنها له ، قدمت بينته على بينة المقر^(٣) ، ويكون قضاء على الغائب قولاً واحداً .

قال : فإن قيل : فلم سمعت بينة المقر ؟ قلنا : الفائدة زوال التهمة عنه ، وإسقاط اليمين عنه ، إذا ادعى المدعي أنه يعلم أنها له .

هذا ما قاله هؤلاء الأئمة^(٤) .

وقال الإمام : إذا كان لصاحب اليد بينة أنها للغائب ، فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا تسمع ، إلا أن يثبت كونه وكيلاً عنه .

والثاني : تسمع ، لا لإثبات ملك الغائب ، بل لقطع التحليف والخصومة

عنه .

والثالث : اختاره القاضي حسين ، إن ادعى لنفسه علقه^(٥) ، من ودعية أو

عارية ، سمعت ، وإلا فلا^(٦) .

(١) وهو قول أبي إسحاق المروزي ، (انظر : المهذب : ٢ / ٢١٣) .

(٢) العبارة في نسخة ف : إن أقام المقر بينة .

(٣) والسبب في تقديم بينة المدعي الخارج على بينة المقر صاحب اليد أن بينة صاحب اليد إنما يقضى بها ، وترجع على بينة الخارج ، إذا أقامها صاحب الملك أو وكيله ، والمدعى عليه ليس بمالك ، ولا هو الوكيل للمالك ، فلم يحكم بينته ، (انظر : المهذب : ٢ / ٢١٣) .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١ ، الروضة ١٢ / ٢٥ .

(٥) العلقه : جمعها علق من التعلق ؛ يقال : لي في هذا المال علقه أي تعلق ، (القاموس المحيط : ٢ / ٢٦٧ ،

المنجد : ٥٦٦) .

(٦) وخلاصة ذلك كما قال الشريفي : فإن لم تقم بينة بوكالته على الغائب ، وأقام بينة بالملك للغائب سمعت =

ثم إن سمعت بينة المقر (للغائب)^(١) ، بعد ثبوت وكالته ، وأقام المدعي بينة بالملك له ، قدمت بينة الوكيل ، لأجل اليد^(٢) .
 وإن سمعت بينته دون الوكالة ، لصرف^(٣) اليمين عنه ، قدمت بينة المدعي .

[الإقرار بالملك لغائب ، مع الإجارة أو العارية] :

٣٠٣ - وقال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو نصر : إذا ادّعى المقر أن العين للغائب ، وأنها في يده (بإعارة أو إجارة)^(٤) ، وأقام بذلك بينة ، هل يقضي بهذه البينة ؟ فيه وجهان^(٥) .

[بقاء الغائب على بينته] :

٣٠٤ - ومها سلمت العين إلى المدعي بينته المترجحة^(٦) على بينة المقر الحاضر ، كتب في سجل أن الغائب على حُجته ويده مها عاد .

= بينته ، لا تثبت العين للغائب ، لأنه ليس نائباً عنه ، بل ليندفع عنه اليمين وتهمة الإضافة إلى الغائب ، سواء تعرضت بينته لكونها في يده بعارية أو غيره أم لا ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١) .
 (١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الغائب ، وهو تصحيف .
 (٢) مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١ .
 (٣) في نسخة ف : ليصرف .
 (٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بإجارة أو عارية .
 (٥) نقل الشيرازي عن أبي إسحاق قوله : حكى بعض أصحابنا أنه إن كان المقر للغائب يدعي أن الدار في يده وديعة أو عارية لم تسمع بينته ، وإن كان يدعي أنها في يده بإجارة سمعت بينته ، وقضى بها ، لأنه يدعي لنفسه حقاً فسمعت بينته . . وهذا خطأ ، لأنه إذا لم تسمع بينته في إثبات الملك ، وهو الأصل ، فلأن لا تسمع لإثبات الإجارة ، وهي فرع عن الملك ، أولى ، (المهذب : ٢ / ٣١٣) ، وقال الشريفي : ولو قال المدعي عليه : هي معي رهن أو نحوه من الحقوق اللازمة لإجارة ، لم تسمع دعواه مع بينته ، لتضمنها إثبات الملك للغير بلا نيابة ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١) .

(٦) في نسخة ف : المترجحة .

ثم متى عاد الغائب (وادعى)^(١) وجب عليه إعادة البينة ، ولا يُغنيه ما أقامه صاحب اليد ، ولكن متى رجع جعلناه صاحب اليد ، حتى إذا أقام بينة قُدمت على بينة المدعي ، وانتزعت من يده ، وإن كان قد تسلمها قبل حضور الغائب^(٢) .

وقرّع المرازقة على هذه الحالة ، ما لو ادعى الحاضر المقرّ رهناً أو إجارة لنفسه ، هل تسمع بينته ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : تسمع ، هل تُقدّم على بينة المدعي ؟ فيه وجهان .

قال الإمام : الأظهر لا تُقدّم ، لأنه إنما تثبت إجارته ورهنه بعد ثبوت ملك الغائب ، فإذا لم تؤثر بينته إلا صرف الحلف عنه .

الحالة الثالثة : [الإقرار لرجل مبهم] :

٣٠٥ - إذا قال : هذه العين لرجل لا أسميه ، المذهب أن الخصومة لا تنصرف عنه بذلك ، بل يحلف ، فإن نكل حلف المدعي وأخذ ، وقيل : يأخذ القاضي العين ، ويودعها إلى أن تظهر حجته^(٣) .

الحالة الرابعة : [الإقرار لصبي أو مجنون] :

٣٠٦ - أن يضيفها إلى صبي أو مجنون انصرفت الخصومة إلى الولي ، ولا يحلف الولي أصلاً ، بل تؤخر اليمين إلى وقت الأهلية .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأعادها .

(٢) قال الشريفي : ثم إن حضر الغائب وصدق المقر رد إليه بلا حجة ، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، ثم يستأنف المدعي الخصومة ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٧١) ، وانظر الأم : ٦ / ٢٤٢ ، الروضة : ١٢ / ٢٤ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٨ ، وقارن (المهذب : ٢ / ٣١٣) . فإنه حكى وجهين ، أحدهما : أن يقال له : إقرارك مجهول لا يصح ، فلما أن تقر بها لمعرف ، أو تدعيها لنفسك ، أو تجعلك ناكلا ، ويحلف المدعي ، ويقض له ، والثاني : أن يقال له : إما أن تقر بها لمعرف ، أو تجعلك ناكلا ، ولا يقبل دعواه لنفسه .

الحالة الخامسة : [الإقرار بها وقفاً] :

٣٠٧ - أن يقول : هي وقفٌ على ولدي ، أو على الفقراء انصرفتِ الخصومةُ عنه إليهم ، ولم يبقَ على المقرِّ إلا التحليفُ للتغريم^(١) . [٥٠ / ب]

المسألة السادسة : [دعوى الملك] :

٣٠٨ - إذا ادَّعى عليه ملكاً في يده ، وصحَّ دعواه ، فأجابَ المدَّعى عليه بالإنكار ، وأنَّ ما في يده ملكٌ له ، فالقولُ قوله مع يمينه .

فإنَّ أقامَ المدعي بينةً بالملك له سُمعت بينتهُ بالملكِ المطلقِ قولاً واحداً ، ولا يُشترطُ في سماعها ذكرُ سببِ الملكِ ، فإنَّ أرادَ الداخلُ أنْ يقيمَ بينةً بالملكِ له ، قبل إقامةِ المدعي الخارجِ بينته ، وبعد وجودِ التداعي فقط ، والعينُ في يده ، أعني في يدِ الداخلِ المدَّعى عليه ، هل تسمعُ بينتهُ ، والحالةُ هذه ؟ فيه وجهان .

قال القاضي حسين : الصحيحُ لا تُسمعُ ، وقال الإمامُ : المذهبُ أنَّها لا تُسمعُ ، وقالوا : قال ابنُ سريج : تُسمعُ .

ولو أرادَ الداخلُ أيضاً إقامةَ البينةِ بالملكِ له بعدَ إقامةِ الخارجِ البينةَ المجهولةَ ، وقبلَ تعديلها ، هل تُسمعُ ؟ فيه وجهان مرتبان على ما قبلَ إقامةِ البينةِ ، وأولى بالسماع^(٢) ، فإنَّ عدَّلت بينةُ الخارجِ ، فأرادَ الداخلُ إقامةَ بينتهُ ، سُمعت بينتهُ قولاً واحداً ، ولكنْ هل تُسمعُ بينتهُ بالملكِ المطلقِ ؟ أم يُشترطُ في سماعها إسنادُ الملكِ إلى سببٍ ؟ فيه وجهان ، المذهبُ أنَّها تُسمعُ مطلقةً ، وفيه وجهٌ أنَّه لا بدُّ من ذكرها سببَ الملكِ الداخلِ .

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٤٩ .

(٢) الأصحُّ أن بينة الداخل تسمع مع بينة الخارج ، وإن لم تعدل ، لتعرض يده للزوال ، (انظر : مغني

المحتاج : ٤ / ٤٨١) ، وانظر تفصيل ذلك مع المقارنة في (كتاب الحاوي ، للماوردي : ١٣ ق ٤٦ / ب ، مخطوط) .

أ ترجيح بينة الداخل | :

٣٠٩ - فإن قلنا : تُسمع ، فلا شك في ترجيحها على بينة الخارج ، لوجود اليد معها ، لكن هل يُشترط في (ترجيحها)^(١) أن يحلف مع بينته ، إن طلب الخارج يمينه ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : يحلف ، فيحلف على إثبات ملكه ، لا على (نفي)^(٢) ملك الخارج .

ثم متى صار للخارج بينة مقامة عادلة ، وللداخل مثلها ، (فلا يخلو)^(٣) : إما إن ذكرت بينة الداخل سبب الملك ، أو لا ، ولم يشترطه ، فإن ذكرته رجحت على بينة الخارج ، سواء ذكرت بينة الخارج سبباً خارجاً عن الانتقال من هذا الداخل ، أو لم تذكره .

وإن لم تذكر بينة الداخل سبب الملك له ، ولم يُشترط ذكره ، بل أطلقت الشهادة بالملك المطلق له ، وكانت بينة الخارج ذكرت سبب الملك للخارج ، لا من جهة هذا الداخل ، فقد وجد في حق بينة الداخل ما يرجحها ، وهو اليد ، ووجد فيها ما (يُضعفها)^(٤) ، وهو الإطلاق ، ووجد في بينة الخارج ما يرجحها ، وهو بيان سبب الملك ، فقاعدة المذهب تقتضي ترجيح بينة ذي اليد^(٥) ، ولا يُبعد تخريج وجه فيه .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ترجيحه .

(٢) اللفظ من هامش الأصل .

(٣) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا يخلو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يصفها ، وهو تصحيف .

(٥) قال الشريبي : ولو أطلقت إحداهما الملك وبينت الأخرى سببه ، أو أن الثمرة من شجره ، أو الحنطة من بذره ، قدمت على المطلقة لزيادة علمها ، ولإثباتها الملك لصاحبها ، ومحل ذلك كما قال شيخنا : إذا لم يكن أحدهما صاحب يد ، وإلا فتقدم بينته ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٢) .

فلو أقام المدعي بينة أنها ملكة ، وأقام الداخل بينة أنها ملكة ، وترجحت بينته باليد ، فلو شهدت للخارج بينة أنه اشتراها من الداخل ، أو اتبها وقبضها منه ، قُدِّمت بينة الخارج بلا خلاف .

وإن شهدت بينة الخارج أنه اشتراها من الداخل ، وشهدت بينة الداخل أنه [٥١ / أ] اشتراها من الخارج ، قدمت بينة الداخل ، ليد .

١ تقديم بينة الخارج بالملك والغصب والإجارة :

٣١٠ - وإن أقام الخارج بينة أنها ملكة ، وأن الداخل غصبها منه أو (أجزها)^(١) أو أودعها منه ، وأقام ذو اليد بينة أنها ملكة ، قال الشيخ أبو علي : الصحيح أنه يقضي لذي اليد ، قال : وقال ابن سريج : يقضي للخارج .

وكذلك قاله البغوي ومعظم الأصحاب ، قالوا : تُقدّم بينة الخارج ، والحالة هذه ، وقد سبق ذكر هذه المسألة .

أما إذا قامت بينة الخارج ، ولم يتمكن الداخل من إقامة بينة ، فسلم القاضي العين إلى الخارج ، فلو أحضر الداخل بينة بعد ذلك ، هل تُسمع ؟ قال الإمام : فيه وجهان ، ذكرهما القاضي ، وقال : أظهرهما : لا تُسمع ، إلا أن يُقيم البينة على تملك^(٢) من جهة هذا الخارج .

قال الإمام : وعليه بحث ، وهو قوله : يُقيم بينة على تلقي الملك من جهة المدعي ، فإن فيه نظراً ، فإنه لو أقام الداخل بينة على تلقي الملك من سبب آخر ، وجب قبول بينته ، وإنما لا تُقبل إذا لم يذكر سبباً أصلاً ، بل شهدت بالملك المطلق ، بناءً على دعواه الملك المطلق .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أجزه هي .

(٢) العبارة في نسخة ف : أن يقيم البينة بملك .

فأما إذا ادعى الملك ، وذكر مستنده وسببه ، وشهدت البينة بما ادعاه من الملك ومستنده ، وجب القبول ، ولا معنى لاشتراط التلقي من هذا المدعي .

٣١١ - قلت : هذا الذي ذكره الإمام هو المذهب^(١) . وما نقله عن القاضي لا أعلم موافقاً له من أصحابنا العراقيين ، فإنَّ اشتراط التلقي من الخارج إنما يكون فيما إذا أقر الداخل بالملك للخارج فإنه يُؤخذ بإقراره إذا ثبت .

فلو أراد أن يقيم بينة بالملك المطلق ، أو بتلقي الملك من غير المقر له لم تُسمع على المذهب ، بل لا بدّ من بينة تشهد بناقل من جهة المقر له^(٢) ، خلافاً للقاضي حسين ، وهذه المسألة قد مرت في موضع^(٣) ، وسنعيدها بعد هذا إن شاء الله تعالى^(٤) .

فأما فيما نحن فيه ، (فلم)^(٥) يوجد من الداخل إقرار للخارج بالملك ، والذي وجد إقامة البينة من الخارج ، وعدم تمكّن الداخل من بينة ، تشهد بالملك ، وانتزاع العين من يده ، وتسليمها إلى الخارج ، لعدم بينة شهدت في الحال للداخل .

إ بينة الداخل بعد زوال اليد :

٣١٢ - فإذا قدر عليها بعد زوال يده ، اشترط في سماع بينته ذكر سبب ما ، وهو متجة ، أمّا اشتراط سبب ناقل من جهة الخارج فلا اتجاه له أصلاً .

(١) انظر : المنهاج ومعني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، شرح المحلى : ٤ / ٢٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٢ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) فقرة ٢٠٧ ، صفحة ٢٣١ .

(٤) فقرة ٢١٣ / ٢ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولم .

أما إذا أقامَ الخارجُ بينةً ، (ووقع)^(١) القضاءَ بها له ، ولم تُزلْ بعدُ يدُ الداخلِ ، فلو أرادَ الداخلُ ، بعدَ نفوذِ القضاءِ (بينةً)^(٢) الخارجِ ، وقبلَ الانتزاعِ ، أن يقيمَ بينةً على الملكِ له ، ويذكرَ السببَ ، لا من جهةِ الخارجِ ، هل تُسمعُ ؟ فيه خلافٌ مرتبٌ على ما إذا أرادَ إقامةَ البينةَ بعدَ [٥١ / ب] التسليمِ إلى الخارجِ ، وأولى ها هنا بالسمعِ .

قال الإمامُ : ولو أرادَ الداخلُ بعدَ أن قُضِيَ للخارجِ بينتهُ ، وبعدَ تسليمِ العينِ إليه من الداخلِ ، أن يدعىَ بالعينِ ، ويدعىَ الملكَ المطلقَ فيها ، قال الإمامُ : تلقيتُ من كلامِ الأصحابِ تردداً في أن دعواه المطلقة هل تُسمعُ ؟ وذهبَ الأكثرونَ إلى سماعِها بتأويلِ التلقي من الخارجِ ، وإن لم يذكره .

ومنهم من قالَ : لا بدُّ وأن يذكرَ في دعواه تلقيَ الملكِ من الخارجِ الذي قامت له البينةُ .

٣١٣ - قلتُ : هذا الترددُ الذي حكاه الإمامُ لعله منسوبٌ إلى القاضي حسين ، وقد ذكرنا ما عليه من البحثِ ، لأنه إذا لم يقرِ الداخلُ بملكِ الخارجِ ، فكيف يُكلفُ دعوى التلقي من الخارجِ ، وإقامةَ البينةَ عليه ؟ هذا ليس فيه دليلٌ صحيحٌ ، يظهرُ لنا فيه ، والذي رأيته أنا في « تعليق » القاضي ضدَ ما ذكره الإمامُ عنه ، قالَ القاضي في « تعليقه » في موضعٍ : إذا أقامَ الداخلُ بينةً بعدَ القضاءِ عليه ، وقبلَ نزعِ العينِ من يده ، فيه وجهان ، أصحُّهما : لا تُسمعُ ، وبعدَ النزعِ مرتبٌ على ما قبلَ النزعِ ، ثم قالَ : فرغَ : لو أقامَ الداخلُ بينةً بعدَ نزعِ العينِ من يده بأنه اشترى العينَ من الخارجِ ، أو

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وقع .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : بينة .

(اتبها)^(١) منه ، وأقبضها له ، لا تقبلُ بينتَهُ قولاً واحداً ، لأنَّ هذا يؤدي إلى تقضِ قضاء القاضي .

هذا (لفظه)^(٢) ، وهو مناقضٌ لما حكاه الإمام عنه قطعاً .

المسألة السابعة : [الإقرار لغيره ثم ادعاؤه لنفسه] :

٢/٣١٢ - من أقر لغيره بالملك ، ثم ادعاه مطلقاً ، لم تقبل دعواه حتى يدعي تلقي الملك منه^(٣) ، خلافاً للقاضي حسين .

وخالف فيه جميع الأصحاب ، لأنه مؤاخذ^(٤) بإقراره في مستقبل الأمر ، فإنَّ الإقرار من أقوى الحجج ، وعليه اعتمد السلف ، ومضت الصكوك في الأعصار الخالية ، ولولاه لم يكن في الأقارير فائدة ولا مبالاة بقول من يقول : أمكن انتقال الملك من المقر له إلى المقر بعد إقراره الأول ، فينبغي أن تُسمع دعواه بالملك مطلقاً ، ويحمل إطلاقه على التلقي من المقر له ، لأنه لما أقر للمقر له بالملك ، ولزمه حكم إقراره ، فإذا عاد يدعيه فعناه : نقلته إلي ، أو نقلته إلى من نقله إلي ، وهذا يمكن إقامة (الحجة)^(٥) (عليه)^(٦) ، فإنَّ النواقل الشرعية هي بيع أو هبة أو عوض يجري مجرى دين ، وإذا أمكن إقامة البينة على السبب الناقل مع سابقة الإقرار ، وجب إظهاره بخلاف دعوى الملك ، لا مع سابقة إقرار ، فإنَّ أسباب الملك كثيرة ، فجاز إطلاق الدعوى والشهادة به .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهبها .

(٢) في الأصل : لفضه ، وفي نسخة ف : لفظه .

(٣) معني المحتاج : ٤ / ٤٨١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٤ ، وانظر صفحة

٣١٢ ، ٣٣١ .

(٤) في نسخة ف : لا يؤاخذ ، وهو خطأ .

(٥) اللفظ من هامش الأصل ، وفي المتن : الجهة ، وهو تصحيف .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إليه .

المسألة الثامنة : ٥٢١ / أ | دعوى الشراء من الداخل | :

٣١٤ - إذا أقام الخارجُ بينةً أنَّ المدعى به اشتراه من زيدٍ وسلّمه إليه ، وشهدتِ البينةُ بمشاهدةٍ ذلك ، لا على إقرارها به ، أعني : إقرارَ هذا المدعي المشتري ، وإقرارَ زيدِ البائع ، قالَ العراقيون ، ومنهم القاضي أبو الطيب والشيخان أبو إسحاق وأبو نصر : تنتزعُ^(١) العينُ من يدِ ذي اليد ، ويحكمُ بها للخارج ، قالوا : لأنَّ زيداً لا يسلم ما في يده ، إلا وهو ملكه ، لأن الظاهرُ أنَّ ما في يده ملكه^(٢) .

قال القاضي أبو الطيب : وهكذا لو قالتِ البينةُ : نشهدُ أنَّ زيداً وقفَ هذه الدارَ على عقبه^(٣) ، لم تُقبل حتى تقول : وقفها وكانت ملكه ، أو كانت في يده .

٣١٥ - قلتُ : هذه المسألة مسألة عظيمة ، أنا استشكلها جداً^(٤) ، والذي فهمته من كلام المراوزة ومذهبيهم ، أنَّها لا تنتزعُ من يدِ ذي اليد ، بمجرد الشهادةِ بالابتياح والتسليم ومشاهدةٍ ذلك ، إلا الشيخُ أبا علي السنجي ، فإنه وافقَ العراقيين في « شرحه الكبير » ، بل (أقول)^(٥) : لا ينبغي أن تُقبلَ الشهادةُ بذلك ، بناءً على أن الشهادةَ باليدِ السابقة لا تُسمعُ على الأصح^(٦) .

(١) في نسخة ف : تنزع .

(٢) المهذب : ٢ / ٢١٤

(٣) العقب : بفتح العين وكسر القاف الولد وولد الولد ، وليس له عاقبة أي ليس له نسل ، (المصباح المنير :

٥٧٢ / ٢

(٤) في نسخة ف : كثيراً .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : القول .

(٦) قال النووي رحمه الله تعالى : ولا تجوز الشهادة على ملك بمجرد يد ، ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة ، لكن يجوز أن يشهد باليد إذا رأى شيئاً في يد إنسان مدة قصيرة ، (انظر : مفني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦) ، خلافاً للحنفية فإنهم قالوا : يجوز الشهادة على الملك بناءً على اليد ، (انظر : الهداية وشروحا : ٦ / ٢٣ ، درر الحكام : ٢ / ٣٧٥) .

وبيانُ هذا هو : أن الداخلَ يده حاضرةٌ محسوسةٌ ، وهي تدلُّ على الملك ، وقولُ الشاهدِ : إذا شهدَ للخارجِ أنه (يشهد)^(١) ببيعِ زيدٍ هذه العين^(٢) ، من هذا الخارجِ ، وشهدَ بتسليمها منه ، وشاهدَ ذلكَ من أمسِ ، أو من سنةٍ مثلاً ، فقد شهدَ بابتیاعِ تضمّنِ يداً سابقةً للبايعِ ، ثم بيدي سابقةً أيضاً ، (تعقبها المشتري)^(٣) ، فلا فرقَ بين هذا وبين قوله : أشهدُ أنها كانت في يده أمس .

ولو شهدَ باليدِ أمسٌ لم يُسمعَ على الصحيحِ ، وإن سُمعتَ لم تُنتزعِ العينُ من ذي اليدِ الحاضرةِ ، بمجردِ الشهادةِ بها ، فكذا في هذه المسألة .

وقد أطلنا الفكرَ في هذه المسألة والنظرَ فيها ، فلم يظهرْ لنا سوى ما ذكرناه ، وهو عدمُ انتزاعِ ذلكَ من يدِ الداخلِ ، ووافقنا على ما صرنا إليه بعضُ مشايخنا بالموصل ، وبيّنَ بعضُ الأصحابِ المعاصرينَ بالشامِ خلافَ في ذلك .

٣١٦ - وخرّجنا على هذه المسألة مسألةً تقاربها وقعت عندنا في الفتاوى والأحكام ، وهو ما إذا أقام الخارجُ بينةً ، أن زيدا أقر له بهذه العينِ التي هي الآن في يدِ هذا الداخلِ من مدةٍ سنةٍ مثلاً ، وأنه سلمها إليه حالة الإقرار ، وكانت في يدِ المقرِّ حالة الإقرار ، وذكرتِ البينةُ مشاهدةَ التسليمِ إلى المقرِّ له هذا الخارجِ :

قال بعضُ من يذهبُ إلى مذهبِ العراقيينِ في مسألةِ الشراء [٥٢ / ب]
والتسليمِ فيه : لا فرقَ بين المسألتينِ ، وتنتزعِ العينُ من يدِ الداخلِ ، وتسلمُ إلى الخارجِ ، والحالة هذه .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شهد .

(٢) في نسخة ف : الدار مثلاً .

(٣) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : تعقبها للمشتري .

٣١٧ - والذي عندنا في ذلك : (أنه)^(١) لا فرق بين المسألتين في انتزاعها من يد الداخل ، بل في مسألة الإقرار أولى أن لا تنتزع ، لأن الخارج لما اعترف بالإقرار من زيد له ، ويبد المقر له قبل يده ، فقد اعترف أن يد المقر ليست يد مالك ، لأن الإقرار إخبار ، والمقر بالشيء مخبر بالملك للمقر له ، وبأن يده نائبة عن المقر له ، فقد اعترف الخارج بأن يد نفسه حصلت من يد من ليس بمالك ، بل مخبر بالملك ، فأولى أن لا تصلح مشاهدة هذه اليد للانتزاع من يد الداخل ، بخلاف مشاهدة^(٢) التسليم عن بائع ، فإن يد البائع يد مالك .

إذا اعترف بصيرورة يده عن يد البائع فقد اعترف بأنها نتيجة يد ملك ومالك .

ثم الذي يدل على صحة ما ذكرناه في المسألتين أن مجرد اليد لا تدل على الملك عندنا بمجردهما ، بل لا بد من شروط ، تقدم ذكرها من امتداد مدة تصلح للدلالة على الملك ، وتصرف مفتتح من تهديم وبناء وإسكان وغير ذلك ، واستفاضة بين الناس بالملك لصاحبها ، وعدم المنازعة ، على ما تقدم ذكره^(٣) ، ولم يوجد في هذه اليد التي ذكرها الخارج في المسألتين شيء مما ذكرناه ، سوى اليد^(٤) ، ثم حاصل ما ذكر الشاهد بمشاهدة التسليم في الشراء أو الإقرار ذكر سبب الملك ، وهو اليد ، وذكر سبب الملك لا يكفي إذا شهد

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : مسألة .

(٣) انظر في تفصيل ذلك وبيان الشروط والأحكام المترتبة عليها نص النووي في المنهاج والشروح والحواشي

عليه : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٢٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ .

(٤) العبارة في نسخة ف : ولم يوجد في هذه المسألة اليد التي ذكرها الخارج في المسألتين مما ذكرناه سوى اليد .

بالملك ، فكيف يكفي إذا لم يشهد به ؟ وقد مرّ هذا في موضعه^(١) ، فظهر بما ذكرناه صحة (ما صرنا)^(٢) إليه ، وعلى الجملة ففي النفس من هذا كله ، ومن مخالفة العراقيين ، حزازات ، والله تعالى المسؤول أن يوفق للعثور على الحق ، وأن يهدي إلى الصواب .

المسألة التاسعة : [بينة الملك أمس] :

٣١٨ - إذا أقام الخارج بينة أنها ملكة بالأمس ، ولم يتعرض للملك في الحال ، لم يحكم بهذه الشهادة على الجديد الصحيح^(٣) ، وسبيله أن يشهد أنها كانت ملكة أمس ، ولم تزل إلى الآن ، أو هو الآن ملكة ، هكذا قاله الإمام والقاضي .

٣١٩ - وعندي : (أن فيه نظراً)^(٤) ، لأنه إذا شهد أنه كان ملكة أمس ، ولم تقبله بمجرد على الصحيح ، فإذا قال : ولم يزل إلى الآن ، كان نافياً محضاً ، فلا يقبل ، نعم ، قوله : وهو الآن ملكة كافٍ ، ويكون مستنده في قوله : هو الآن ملكة^(٥) ، استصحابه الملك الذي شهد به أمس ، وله أن يستصحبه إذا لم يعلم هو مزيلاً له ، لكن بشرط أن لا يصرح بذكر الاستصحاب ، [٥٣ / أ] ولو صرح باستصحاب الملك أمس ، لعدم علمه

(١) فقرة ٣٠٨ من هذا الكتاب ، وسوف يأتي مزيد تفصيل لذلك فقرة ٣٨٦ ، صفحة ٣٦٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما ميزنا .

(٣) نقل المزني والربيع أنه لا يحكم بهذه الشهادة ، وحكى البويطي أنه يحكم بها ، وقال أبو العباس ابن سريج : فيها قولان ، والصحيح أنه لا يحكم بها ، ورجحه النووي ، لأنه ادعى ملك الدار في الحال وشهدت له البينة بما لم يدعه ، فلم يحكم بها ، وقال أبو إسحاق : لا يحكم بها قولاً واحداً ، وما ذكره البويطي من تخريجه ، (انظر : المهذب : ٣١٣ / ٢ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٣ ، آتية المحتاج : ٨ / ٣٦٦ ، شرح المهلب : ٤ / ٣٤٥) .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وفيه نظر .

(٥) في نسخة ف : في ملكه .

(٦) في نسخة ف : ولكن .

بالمزيل ، قال الأصحابُ : لا يقبل ، كذكره المستند في شهادة الرضاع .

وقال القاضي حسين : يقبل ، لأنه يعلم أنه لا مستند له سواه ، بخلاف الرضاع ، فإنه يدرك بقرائن لا تعبر عنها العبارة^(١) ، أما إذا قال : أشهد أنه كان ملكه بالأمس ، ولا أعلم له مزيلاً :

قال : بعضُ الأصحاب : يكفي هذا ، وأكثرهم قالوا : لا يكفي ، بل لا بدّ من جزمه بالشهادة بالملك في الحال ، أما إذا شهدت البينة للخارج بأنّه كان في يده أمس ، الجديدُ الصحيحُ أنه لا يسمع^(٢) أيضاً ، كما في الشهادة بالملك أمس ، بل أولى أن لا تسمع .

ومتى قلنا : تسمعُ الشهادةُ بالملكِ أمس ، ولم يُقَمْ ذو اليد بينةً على ملكه ، انتزعت العينُ من يده ، وسلّمت إلى الخارج ، وهكذا إذا قلنا : تسمعُ الشهادةُ باليدِ أمس ، على المذهبِ الضعيفِ ، ولم تُقَمْ بينةٌ لذي اليدِ بالملك ، جعلَ الخارجُ صاحبَ يد ، وسلّمت العينُ إليه .

٣٢٠ - قلت : ونبّه ههنا على غلطةٍ في « الوسيط » غلطها الشيخُ الغزالي ، رحمه الله تعالى ، فإنه قال بعدَ ذكرِ الشهادةِ بالملكِ لإنسانِ أمس ، وأن الجديدَ لا يُسمع ، قال : ولا خلافُ أن البينةَ لو شهدت بأنّه كان في يدِ المدعيِ أمس قبل ، وجعل صاحبَ يد .

هذا لفظه ، وهو من غلطاتِ هذا الكتاب ، والنقلُ الصحيح ما ذكرناه ، وهو المذكور في الطريقتين .

(١) انظر : مفني المحتاج : ٤ / ٢٨٢ .

(٢) في نسخة ف : لا تسمع .

الشهادة بإقرار الداخل بالملك للخارج :

٣٢١ - أما إذا شهدت بينة الخارج على إقرار الداخل أن هذه العين كانت ملكاً للخارج أمس ، قال القاضي أبو الطيب : يحكم بها للمدعي الخارج ، وتنتزع العين من يد الداخل لوجود الإقرار^(١) .

وذكر الإمام فيه خلافاً ، ومال إلى القبول ، قال القاضي أبو الطيب : فلو قامت بينة للخارج على إقرار الداخل ، أنها كانت في يد الخارج أمس ، أو ادعى عليه الخارج ، فأقر بأنها كانت في يده أمس :

قال : قال أبو العباس^(٢) : إن قلنا : تقبل الشهادة باليد أمس^(٣) ، فالإقرار باليد أمس أولى أن تقبل وترجع به ، وإن قلنا : لا تقبل البينة باليد أمس ، فهل تقبل بالإقرار باليد أمس ؟ فيه وجهان .

٣٢٢ - والفرق أن البينة إذا شهدت باليد أمس فقد ثبتت اليد أمس فحسب ، والعين الآن في يد الداخل ، فقد حصلت يدان لها أمس ، لأن وجود يد الداخل الآن تدل على أنها كانت في يده أيضاً أمس ، ثم قد انفرد الداخل بيده حاضرة ، فقدمت الحاضرة .

أما إذا أقر باليد للخارج أمس فقد أزال يد نفسه أمس ، وأثبتها للخارج ، فالظاهر بقاء [٥٣ / ب] يد الخارج فقدمت بينته .

(١) والفرق بين الإقرار بالملك أمس ، وبين الشهادة بالملك أمس ، أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق ، والشاهد بالملك قد يتساهل ويعتمد التخمين ، فإن لم ينضم إليه الجرم في الحال ضعف ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٢٨٣ ، شرح المحلى : ٤ / ٢٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٨) .

(٢) هو أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج ، المتوفى سنة ٣٠٦ هـ ، وتقدمت ترجمته في صفحة ٦٨ من هذا الكتاب .

(٣) نص الشافعي رحمه الله تعالى في (الأم : ٦ / ٢٤١) : على عدم قبول البينة التي أقامها الخارج أنه كان في يديه أمس ، لأنه قد يكون في يده ما ليس له .

وقال الشيخ أبو عليّ : إذا أقرّ الداخل أنها كانت في يد الخارج أمس ، فيه قولان مرتبان على ما إذا شهدت باليد أمس ، وأولى بالترجيح ههنا ، وإن أقرّ أنّها كانت ملكاً للخارج أمس ، ترجحت بينته قولاً واحداً^(١) ، بخلاف البيّنة بالملك أمس .

المسألة العاشرة : [إقرار الداخل بالملك أمس] :

٣٢٣ - إذا ادّعى على الداخل شيئاً في يده ، ولم يسبق من الداخل إقراراً مطلقاً للخارج ، ولا بيع ، فقال الداخل في الخصومة : كانت العين ملكاً هذا المدعي أمس ، قال صاحب « التقريب » : هل يكون هذا كما لو شهدت بينة أنها كانت في ملك المدعي أمس ؟ أم يكون هذا الإقرار بمثابة إقرار مطلق ، تشهد به البيّنة على الداخل ، أنه أقرّ بأنها كانت في ملك المدعي أمس ؟ فيه وجهان .

قال الإمام : ولا نهاية (للطف)^(٢) هذا التفصيل ، قال : وما أوصى به المنتهي إليه أن يثبت في مضمونه ، فإنه مما تعمّ به البلوى ، وهو جليّ في نفسه ، خفيّ على معظم من ينتسب إلى الفقه .

المسألة الحادية عشرة : [بينة الملك من سنة] :

٣٢٤ - إذا كانت العين في يد رجلٍ ، فأقام خارج بينة أنها له منذ سنة ، وأقام الداخل بينة أنها ملكه منذ سنتين ، (فلا)^(٣) خلاف في تقديم بينة صاحب اليد^(٤) .

(١) وذلك أننا تقبل البيّنة على إقرار الداخل بالملك للخارج أمس ، فلأن تقبل إقرار الداخل بملك الخارج أمس

أولى .

(٢) اللفظ في نسخة ف : للفظ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا ، وهو تصحيف .

(٤) انظر المهذب : ٢ / ٣١٢ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٣ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٦

فلو شهدت بينة الخارج بالملك من سنتين ، وشهدت بينة الداخل (بأن الملك)^(١) له من سنة ، نص الشافعي على ترجيح بينة ذي اليد .

وذهب أبو إسحاق المروزي وتابعوه : إلى ترجيح البينة بالملك القديم ، فيكون هذا على قولين ، هكذا ذكره المارودي ، وذكر أن الظاهر نص الشافعي ، وهو الترجيح باليد ، قال : وعليه الجمهور من أصحابه^(٢) .

ولهذه المسألة فرع هو من تمتها ، وهي مسألة سنذكرها سادسة عشرة ، إن شاء الله تعالى .

أ تعارض البينتين من خارجين مع تقدم التاريخ :

٣٢٥ - أما إذا كانت دار في يد رجل ، وتداعاها رجلان (خارجان)^(٣) ، وأقام أحدهما بينة ، شهدت أنها ملكه منذ سنة ، وأقام الآخر بينة ، شهدت أنها ملكه منذ شهر أو الآن ، (ففيه)^(٤) قولان :

قال الماوردي : الأظهر أنه تقدم بينة الملك السابق^(٥) .

وقال القاضي أبو الطيب الطبري : الأصح تقدم البينة بالملك السابق ، وكذلك قال الشيخ أبو إسحاق^(٦) ، والقاضي حسين ، والبغوي ، والشيخ شرف الدين ابن أبي عصرون ، والجماعة .

وأما الإمام والشيخ أبو نصر فلم يختارا شيئاً .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بالملك .

(٢) انظر الأم : ٦ / ٢٤٨ ، المهذب : ٢ / ٣١٢ ، الحاوي : ١٣ ق ٤٧ / أ وما بعدها ، مخطوط .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : خارجيان .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٥) الحاوي : ١٣ ق ٥٢ / أ ، مخطوط .

(٦) المهذب ، له : ٢ / ٣١٢ ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٢ ، شرح الهلي : ٤ / ٣٤٤ - ٣٤٥ ، نهاية المحتاج :

وأما الشيخ أبو علي فإنه خالف الجماعة كلهم في شيئين ، أحدهما : أنه قال : الأصح أنه لا ترجحُ البينةُ بالملكِ السابق ، والأمرُ الثاني : أنه هذا الأصحُ عنده نقله عن الجديد ، [٥٤ / أ] وأنَّ المزيَّ والربيعَ نقلاه ، وقال : القولُ القديمُ ، وفي البويطي^(١) ، واختاره المزي : الترجيحُ بالبينة السابقة .

فعنده أن القديم^(٢) الترجيحُ ، وهو مختارُ الجماعةِ كلهم ، وأنَّ البويطيَّ نقل ذلك ، والذي ذكره القاضي أبو الطيب وغيره أن البويطيَّ نقل التعارضَ وعدمَ الترجيح^(٣) ، فحصل التناقضُ بين النقلين .

المسألة الثانية عشرة : [بينة النتاج] :

٢٢٦ - شهدتُ بينةُ الخارجِ أنَّ الدابةَ التي في يدِ الداخلِ ملكه^(٤) ، نتجتُ في ملكه ، وشهدتُ بينةُ الداخلِ أنها ملكه ، ولم يذكر النتاجُ ، أو شهدتُ بينةُ الداخلِ بالملكِ والنتاجِ ، وبينة الخارجِ بالملكِ فقط :

نقل المزيُّ في هذه المسألة أن بينة النتاجِ مقدمةٌ قولاً واحداً ، وجعلها أصلاً في ترجيحِ البينةِ الشاهدةِ بالملكِ المتقدمِ ، وهي المسألةُ الحاديةُ عشرة ، وفي زعمه : أنه لا خلاف فيها .

(١) يوسف بن يحيى ، أبو يعقوب البويطي المصري الفقيه ، أكبر أصحاب الشافعي المصريين ، وخليفته في حلقة ، روى له الترمذي ، ولا أحد أبرع بحجته من كتاب الله منه ، قال الشافعي : ليس أحد أحق بجلسي من يوسف بن يحيى ، وليس أحد من أصحابي أعلم منه ، أبو يعقوب لساني ، له المختصر المشهور الذي اختصره من كلام الشافعي ، وهو أقل الكتب خطأ ، وكانت الفتاوى ترد إليه من السلطان فن دونه ، حمل إلى بغداد فامتنع من القول بخلق القرآن ، فحس حق مات سنة ٢٣١ هـ ، وكان صالحاً متعبداً زاهداً كثير الذكر . (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ١٦٢ ، البداية والنهاية : ١٠ / ٣٠٨ ، النجوم الزاهرة : ٢ / ٢٦ ، طبقات الفقهاء : ٩٨ ، الخلاصة : ١٩٠ / ٣ ، وفيات الأعيان : ٦ / ٦٠ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٧٥) .

(٢) نسخة ف : للقديم .

(٣) وهذا ما نقله الشيرازي عن البويطي في (المهذب : ٢ / ٢١٢) ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٣ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : ماله .

قال الأصحابُ : في مسألةِ النتاجِ قولان ، كالمسألةِ المحتلّفِ فيها ، حكاة الجماعةِ كلِّهم ، قالوا : ومن أصحابنا من قالَ في مسألةِ النتاجِ : تُقدّمُ البينةُ الشاهدةُ به قولاً واحداً^(١) ، وفرّقَ بينها وبينَ المسألةِ (المتقدمة)^(٢) .

قال الماورديُّ : من أصحابنا من نقلَ عن ابنِ سُرَيْجٍ أن مسألةَ النتاجِ ليست من منصوصات الشافعي ، وإنما أوردها^(٣) المزنيُّ من تلقاء نفسه ، وذهب جمهورُ أصحابنا إلى صحّةِ نقله ، وأن بينةَ النتاجِ أقوى عند الشافعي من البينةِ بقديمِ الملك ، وإن لم تكن المسألةُ مسطورةً ، فقد نقله عنه سمعاً ، وهكذا ذكره^(٤) الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير »^(٥) .

المسألة الثالثة عشرة : [الإقرار بالعين لأحد المتداعيين] :

٣٢٧ - إذا تداعيا عينا في يدِ ثالثٍ لا يدعيها ، وأقامَ كلُّ واحدٍ منها بينةً بالملك له ، وتساويا في عدمِ الترجيحِ ، فلو أقرَ ذُو اليدِ لأحدهما بها ، مع كونه لا يدعيها لنفسه ، هل يُرجحُ المقرُّ له بإقرارِ ذي اليدِ له ؟ فيه قولان ، الأصحُّ [أن يُقضى للمقرِّ له ، ويعتبرُ إقراره مرجحاً ، لتعارض البينتين ، ويصحبُ المقرُّ له هو صاحبُ اليدِ]^(٦) .

المسألة الرابعة عشرة : [البينة على كذب بينة سابقة] :

٣٢٧ / ٢ - إذا أقام الخارجُ بينةً على إنسانٍ بحقِّ فأقامَ المدعى عليه بينةً أن

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣١٢ - ٣١٣ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المقدمة .

(٣) في نسخة ف : أفردها .

(٤) في نسخة ف : نقله عنه .

(٥) انظر : الحاوي : ١٢ ق ١٥٧ / ب ، مخطوط .

(٦) ما بين القوسين من عندي ، ويوجد مكانها في نسخة الأصل : « يياض في الأصل » ، وقد أكلت المعنى

حسب الأحكام الفقهية ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣١٢ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٨٢٢) ، ولم يرد شيء في نسخة ف ، لأن الكلام توقف فيها عند عبارة : فيه قولان .

بينة المدعي شهدت بذلك عند حاكمٍ ، فردَّ شهادتها لفسقها ، بطلتْ شهادتها ، وإنْ ثَبَّتَتْ توبتها وعدالتها على المذهبِ ، وفيه وجهٌ بعيدٌ أنها تُقبل الآن .

قال في « الانتصار »^(١) : وهو بعيدٌ ، لأن ظهورَ توبتها وعدالتها يُتَّهَمَان فيها ، لقصدِ تنفيذِ القولِ .

[التحليف على عدم فسق شهوده] :

٣٢٨ - ولو أقامَ الخارجُ بينةً بالملكِ له ، فقال الداخلُ : هو يعلمُ أنَّ شهوده فسقةٌ ، وطلبَ إحلافه على نفيِ العلمِ ، بفسقهم ، هل تُسمعُ منه دعواه [٥٤ / ب] ويحلفُ ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما عندي نعم ، وكذلك لو قالَ : أقرُّ لي بهذه العينِ ، هل له تحليفه ؟ فيه وجهان يجريان في كل ما ليسَ عَيْنَ الحقِّ المدعى به ، ولكنه (يُسمع)^(٢) في الحقِّ المدعى به .

ولو أقرَّ به ، هل يحلفُ إذا طلبَ ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ نعم .

[اليمين أنه حلفه] :

٣٢٩ - وكذلك لو توجهت اليمينُ على المدعى عليه ، فقالَ : قد حلفني مرّةً في هذا الحق ، فحلفه أنه لم يُحلفني ، هل تُسمعُ هذه الدعوى ، ويحلفُ ؟ فيه وجهان^(٣) .

[لا يمين على الحاكم والشاهد] :

٣٣٠ - ولا خلاف أنه^(٤) لا تُسمعُ الدعوى على الحاكمِ والشاهدِ بالكذبِ ،

(١) الانتصار : للقاضي أحمد بن عمر بن سريج ، أبو العباس سنة ٣٠٦ هـ ، وقد تقدمت ترجمته في صفحة ٦٨ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينفع .

(٣) انظر : الروضة : ١٢ / ٤٢ .

(٤) في نسخة ف : أنها .

ولا يتوجّه الحلف^(١) ، وإن كان ينفع ، وسببه أنه يؤدي إلى فتح باب يجرّ إلى فسادٍ عظيم .

المسألة الخامسة^(٢) عشرة : [تعارض البيئات] :

٣٣١ - إذا تعارضت البيئتان ، (فإن^(٣)) كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحدٍ ، أو إحداها مطلقةً ، والأخرى مقيّدةً ، فذهبُ الشافعي رضي الله عنه أنّ الحكمَ فيها سواء ، وقد تعارضت البيئتان^(٤) ، وفيها قولان ، أصحُّهما أنها يتهاثران ، ويصيرُ كما لو لم يكن لواحدٍ منها بينةً ، وهذا هو اختيارُ الجماعةِ العراقيين وبعضِ المرازمة^(٥) ، والثاني يُستعملان ، وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال : أحدها : يوقفُ الأمرُ إلى أنْ يصطلحا ، والثاني : يقسم بينهما ، والثالث : يقرع بينهما ، فلو خرّجت القرعة لواحدٍ ، هل يحلف على أن العينَ ملكه ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما عند الشيخ ابن أبي عسرون لا يحلف .

[اليمين مع القرعة] :

٣٣٢ - فإن قلنا : يحلف ، هل يتوقفُ على طلب المدعي الآخر ؟ هذا لم أره مصرحاً به إلى الآن ، والذي فهمته من كلام الأصحاب ، أنه لا بدّ من طلب الخصم .

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٧٦ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤١ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٥٦ .

(٢) في نسخة ف : السادسة .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٤) قال النووي رحمه الله تعالى : ولو أطلقت بينة وأرخت أخرى فالذهب أنها سواء ، أ . هـ ، لأن المطلقة كالعامّة بالنسبة إلى الأزمان ، ولو فسرناها ربما أرخت بأكثر مما أرخت به المؤرخة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦٥ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٥) .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٦١ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٤٣ ، المهذب : ٢ / ٣١٢ .

وقال الماوردي : هل يَحْلِفُ من خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ له ؟ فيه قولان ، من اختلافِ قول الشافعي رضي الله عنه في القُرْعَةِ ، هل دَخَلَتْ ترجيحاً للدعوى ، أو البينة ؟ فيه قولان .

إن قلنا : لترجيح البينة^(١) ، فلا يحلف .

وإن قلنا : لترجيح الدعوى^(٢) ، فيجب إحلافه^(٣) .

فعلى هذا يكون فيما (يثبت^(٤)) به الحقُّ وجهان ، أحدهما : باليمين مع البينة ، وتكون يمينه بالله ، إن ما شهدت به بينته حقٌّ ، وهذا قد نصَّ عليه الشافعي^(٥) ، والثاني : أن الحقَّ ثبتَ بينه ترجيحاً^(٦) بالبينة ، وعلى هذا يحلف بالله ، لقد اكرتيتُ منه الدارَ بكذا .

وقال ابنُ سَريجٍ : متى اشتملت إحدى البينتين (على زيادة في المشهود به ، حكم بأزيدِ البينتين)^(٧) ، فإن كان الاختلافُ في الأجرةِ حكم (بأكثرهما)^(٨) قدرأ ، فإن كان في المدة حكم بأكثرهما مدةً ، والصحيحُ التعارضُ .

فإن قيل : فإذا كانت العينُ المدعى بها في يدِ ثالثٍ يدعيها لنفسه ، وقد ادَّعاها خارجيان [٥٥ / أ] وأقام كلُّ واحدٍ منها بينةً ، شهدتُ أنها له ، ولم يُوجد في إحداها ترجيحٌ على الأخرى ، وقلنا بالتعارضِ والتهاترِ على

(١) العبارة في نسخة ف : الترجيح للبينة .

(٢) العبارة في نسخة ف : الترجيح للدعوى .

(٣) الحاوي ، لماوردي : ١٣ ق ٥٢ / ب ، مخطوط .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ثبت .

(٥) وعبارة الشافعي رحمه الله في (الأم : ٦ / ٢٨٠) : « حلف بالله ... إن ما شهد به شاهدي فلان بن

فلان ، وهو كذا وكذا ويصفه ، لِحَقِّ كما شهدَ به » أ . هـ ، وهذا في الشاهد مع البين .

(٦) اللفظ في ف : وترجح .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بأكثرها .

الصحيح ، وفَرَعْنَا عليه ، ولا شك أن القولَ قولَ ذي اليد (مع يمينه ، فهل تنزعُ العينُ من ذي اليد)^(١) ، لأن البينتين اتفقتا على (أنها ليست)^(٢) ملكاً لذي اليد ، فكان تجبُ إزالةُ يده ؟

قلنا : لا تزالُ يده قولاً واحداً ، لأنَّ كلَّ بينةٍ لم يثبت بها ما شهدت به ، فلم تكنُ حجةً لصاحبها على ذي اليد ، فلم تنتزع يدُ ذي اليد بذلك .

ثم قال الماورديُّ ، بعد حكاية الأقوالِ في تعارضِ البينتين ، قال : إذا تعارضت البينتان في عقدِ الإجارة لم يُخْرَج في تعارضهما فيه إلا قولان ، أحدهما : إسقاطهما ، ويتحالف (المتداعيان)^(٣) ، والثاني : الإقراعُ ، ولا يجيء فيه تخريجُ القول الثالث : أنه يُقسمُ بينهما ، لأن قسمة العقد لا تصح ، ولا يجيء فيه تخريجُ القول الرابع : أنه يكونُ موقوفاً ، لأن وقفَ الدعوى والبينة متعذرٌ .

هذا لفظه ، وغيره قال : لأنَّ العقودَ لا توقف^(٤) .

المسألة السادسة عشرة : [إقرار ذي اليد لأحد المتداعيين] :

٣٣٣ - دارٌ في يد رجلٍ تداعاها رجلان ، ادعى واحداً أنها له غصبها منه ذو اليد ، وأقامَ على ذلك بينةً ، وأقامَ الآخرُ بينةً أنها له ، أقرَّ له بها ذو اليد ، حكّم بالدارِ للمغضوبِ منه .

فإن قيل : فهل على المقرِّ الذي ثبتَ غصبه غُرمٌ لمن أقرَّ له بها على أحد قولَي الغرم ، كمن أقرَّ بدارٍ لزيدٍ ثم أقرَّ بها لعمرو ؟

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وهو المتفق مع نص الماوردي في (الحاوي : ١٣ ق ٥٢ / ب) ، مخطوط ، وفي

الأصل : اللداعيان .

(٤) الحاوي ، له : ١٣ ق ٥٢ / ب ، مخطوط .

قلنا : لا غرمَ (لمن أقر له بها)^(١) ههنا ، قولاً واحداً ، بخلاف تلك المسألة ، لأن استهلاك الدار على المقر له هنا كان بالبينة ، بخلاف مسألة الغرم في أحد القولين ، فإن الاستهلاك كان على الثاني بإقراره للأول ، فغرم^(٢) .

المسألة السابعة عشرة : [اختلاف السبب بين المتداعيين] :

٣٣٤ - عين في يد رجل ، قال مدع : هي لي أودعتها ، وأقام بينة على ذلك ، وقال آخر : هي لي أجرتها ، وأقام على ذلك بينة ، تعارضت بينتاهما ، وفيها الأقوال .

المسألة الثامنة عشرة : [التنازع على عين في أيديهما] :

٣٣٥ - إذا كان في يدهما دار ، فأقام كل منهما بينة أنها له ، ولم تتقدم بينة في تاريخ على بينة أخرى ، بل تساويا ، فقد أقام كل منهما بينة بملك جميع الدار التي نصفها بيده ، ونصفها بيد الآخر ، فصار له فيما بيده بينة داخل ، وفيما في يد صاحبه بينة خارج ، فتعارض البينتان في الدخول والخروج .

فإن قلنا : إنها يسقطان ، حلف كل (واحد)^(٣) منهما لصاحبه ، وأقرت الدار في أيديهما ، وإن قلنا : يستعملان ويقسم بينهما ، فلا يمين عليهما ، بل تجعل في يدهما .

[التاريخ السابق] :

٣٣٦ - أما إذا شهدت [٥٥ / ب] بينة أحدهما بقديم^(٤) الملك ، وشهدت

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : بإقراره الأول فيغرم .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) اللفظ في نسخة ف : بتقدم .

بينة الآخر بمحدث ملك ، فإن لم يوجب هذا ترجيحاً ، فالجواب ما مضى ، وإن أوجب ترجيحاً ، وهو تقديم بينة الملك القديم ، خلص لصاحبها النصف الذي بيده ، ويقابل في النصف الآخر ترجيح البينة بقدم الملك ، وترجيح البينة بمحدث الملك بيده فعلى قول أبي اسحاق الروزي : يُحْكَمُ به لمن ترجحت بينته بقدم الملك ، فتصير جميع الدار له .

وعلى الظاهر من مذهب الشافعي (رضي الله عنه)^(١) ، وجمهور أصحابه ، يُحْكَمُ بالنصف الآخر لصاحب اليد ، لأنَّ الترجيح باليد عند هؤلاء^(٢) أقوى من الترجيح بقدم الملك ، فتصير الدار بينهما نصفين بغير يمينٍ منها قولاً واحداً .

المسألة التاسعة عشرة : [ملك مع سبب ، وملك مطلق] :

٣٣٧ - أقام الخارج بينة أن العين ملكه ، اشتراها من فلان ، أو اتبها وقبضها ، وبينت سبب الملك ، وأقام ذو اليد بينة ، أنها ملكه ، وأطلقت ، ولم تبين سبباً ، نص الشافعي رضي الله عنه أن بينة الداخل أولى ، لأنَّ معه بينة ويدا ، وعند ابن سريج بينة الخارج أولى ، لأن معها زيادة علم .

المسألة العشرون : [الترجيح بالقبض على السبب] :

٣٣٨ - إذا شهدت بينة لمدع أن الداخل بأعه هذه العين ، وشهدت بينة لمدع آخر أنه بأعه هذه العين ، وقبضها منه ، هل تترجح بينة القبض ؟ فيه وجهان ، ونص الشافعي على الترجيح به ، لأنه بالقبض منبرم ، بخلاف قبل القبض ، فإنه متردد ، فلذلك تقدم بينة القبض .

(١) ما بين القوسين من نسخة ف .

(٢) اللفظ مرسوم هكذا في نسخة ف ، وفي الأصل : هاو لا .

المسألة الحادية والعشرون : [تعارض بيعة الشراء مع بيعة

الشراء والعتق] :

٣٣٩ - رجلٌ في يده عبدٌ ادَّعى عليه رجلٌ أنه اشترى منه هذا العبدَ وأعتقه ، وادَّعى آخر أنه اشتراه منه ، وأقام كل منهما بيعةً ، اختلف فيه أصحابنا ، منهم من قال : تتعارض البيعتان ، وهو الأظهر ، ومنهم من قال : بيعة العتق أولى ، ذكره أبو الطيب الطبري .

المسألة الثانية والعشرون : [التداعي بعين في أيديهما

والتحالف] :

٣٤٠ - تنازعا داراً في يدهما^(١) ، ادَّعى كل واحدٍ ملكَ جميعها ، ولا بيعةَ لهما ، تحالفاً عليها ، فيحلفُ كل واحدٍ منهما ، إنه مالكٌ لنصفها ، ولا يحلفُ إنه مالكٌ لجميعها ، وإن كان مدعيها لجميعها ، وفيه وجهٌ آخر ، أنه يحلفُ على الجميع ، اعتباراً بالدعوى^(٢) ، هكذا ذكره الماوردي .

وقال القاضي أبو الطيب في « التعليق » : يحلفُ على النصف ، ولا يجوزُ أن يُستحلفَ على الكل ، قال : ومن صارَ إلى أَنَّهُ يحلفُ على الكلِ فقد أخطأ ، قال : وهكذا الحكمُ فيه إذا تداعيا حائطاً بين داريهما ، أو سقفاً بين سفلي [٥٦ / أ] وعلوٍ يحلفُ كل واحدٍ منهما على النصف ، ولا يحلفُ على الكل ، لما بيناه .

وقال الماوردي في كتاب الصلح : إذا تداعيا حائطاً بينهما ، ولا بيعةَ لواحدٍ منهما ، ولا دلالةً ، جعلَ بينهما نصفين ، وفي قدرٍ ما يحلفُ كل واحدٍ منهما وجهان ، أحدهما : يحلفُ على نصفه ، لأنه يحلفُ على ما يصير إليه

(١) في نسخة ف : يديها .

(٢) وهذا الوجه هو الراجح في المذهب ، وهو ما صرح به الماوردي في النص الذي نقله عنه المصنف في آخر

هذه الفقرة ، (وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٨٠ ، المهذب : ٢ / ٣١٢) .

بيينه ، وهو النصف ، والثاني : وهو قول جمهور الأصحاب ، أنه يحلف على جميعه ، لأنه يحلف على ما يدعيه ، وهو يدعي جميعه .

التحالف بالنفي والإثبات :

٣٤١ - ثم على كلا الوجهين ، لا بد من أن يتضمن يمينه النفي والإثبات ؛ لأنه (ينفي)^(١) ملك غيره ، ويثبت ملك نفسه ، (ولكن)^(٢) هل يكتفي منه بيمين واحدة للنفي والإثبات ؟ أم لا بد من يمينين ، إحداهما للنفي ، والأخرى للإثبات ؟ فيه وجهان ، هذا كلام الماوردي في كتاب الصلح .

وقال^(٣) الماوردي في متاع البيت ، إذا اختلف فيه الزوجان ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما^(٤) : يحلف^(٥) كل واحد منهما على نصفه ، وجعل بينهما نصفين ، ولا يحلف على ما في يد صاحبه^(٦) ، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه : يحلف كل واحد على جميعه ، وهذا يناقض^(٧) ما ذكره في مسألة الحائط ، ويجب طرد الخلاف في (مسألة)^(٨) متاع البيت^(٩) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نفي .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكن .

(٣) في نسخة ف : ثم قال .

(٤) في نسخة ف : ولا لواحد منها .

(٥) في نسخة : حلف .

(٦) كتاب الحاوي ، له : ١٣ ق ٨٣ / أ ، مخطوط برقم ٥٠١ .

(٧) في نسخة ف : مناقض .

(٨) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٩) يرى الحنفية أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت ، ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما ، فما يصلح للرجال فهو للرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء فهو للمرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما بالاستعمال فهو للرجل مع يمينه لثبوت يده على البيت وما فيه ، وقال زفر في أحد قولين : إن ما يصلح لهما يقسم بينهما بعد اليمين ، لاشتراكهما في اليد ، بينما يرى الإمام أبو حنيفة خلافاً للصاحبين : أن الحائط بين الدارين يكون بينهما ، ولا عبرة لوجه الحائط ، أو اتجاه أحدهما أو اتصاله بيناته اتصال تربيعة أو فتح طاقات واتجاه الفلق لأحدهما دون الآخر . (انظر : رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٥٦٣ - ٥٦٤ ، تكملة فتح القدير : ٦ / ٢٠٩ ، البدائع : ٨ / ٣٩٩٩ ، معين الحكام : ١٢٦ ، مجلة الأحكام ، =

وقال الشيخ أبو علي : يحلف كل واحد بالله ، لا يلزمي تسليم ما في يدي
إليك ، ثم يقسم نصفين بينهما .

وقال الشيخ أبو نصر : يحلف كل واحد منها على ما في يده ، وهو
نصفه .

المسألة الثالثة والعشرون : | تعارض البينتين على الشراء | :

٣٤٢ - ادعى رجل أنه ابتاع هذه العين من زيد بمائة ، وتقده الثن ،
وأقام بينة بذلك ، وادعى آخر أنه ابتاعها أيضا من زيد بمائة ، وتقده الثن ،
وأقام عليه بينة ، فإن كان تاريخها واحداً أو مطلقتين ، أو إحداها مطلقة ،
والأخرى مؤرخة ، نظرت :

فإن كانت العين في يد واحدٍ منها قضي بها لمن هي في يده ، وإن كانت
في يد زيد البائع ، تعارضتا وسقطتا على الصحيح ، ورَجَعَت إلى من في يده
العين ، فإن أنكرها حلف لكل واحد منها ميمناً منفردةً ، وإن أقر لأحدها
سَلِمَت إليه ، ويحلف للآخر^(١) على أصح القولين ، وإن أقر لها جعلت بينها
نصفين ، وحلف لكل واحدٍ منها على النصف الآخر ، على أصح القولين .

المسألة الرابعة والعشرون : | ادعاء حرية الأصل | :

٣٤٣ - إذا رأينا عبداً بالغاً في يد إنسانٍ ، فادّعى أنه حرُّ الأصل ، فالقولُ
قوله مع يمينه ، وإن كان صغيراً لا يميّز ، وكان السيدُ يدّعي رقه ، ويستخدمه
ويستسخره ، فالقولُ قوله .

== المادة ١٧٧١ ، مرة المجلة : ٢ / ٤٨٩ ، درر الحكم : ٢ / ٣٤٢ .

بينما يرى الشافعية أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت ، ولا بينة لها أو لأحدها ، فهو بينهما نصفين ، لأنه
بأيديهما ، ولا عبرة للاستعمال والعادة والظنون . كما يقول الشافعي رحمه الله ، (انظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٦٧) ،
وانظر آراء الفقهاء مع المقارنة في رسالتنا (وسائل الإثبات : ٢ / ٤٨٩) ، والمراجع المشار إليها .

(١) العبارة في نسخة ف : ولا يحلف للآخر .

فلو تميز^(١) هذا الصغير ، وادعى أنه حر الأصل ، هل يقبل قوله ؟
[٥٦ / ب] فيه وجهان مأخوذان من صحة إسلامه ، فإن قلنا : لا يقبل قوله
في حال تمييزه ، فلو بلغ فادعى أنه حر الأصل ، هل يقبل قوله أيضاً ؟ فيه
قولان .

أما إذا كان لم يتصرف في (الصغير)^(٢) تصرفاً يستدعي الملك ، ولم يدع
رقه ، فمن أصحابنا من قال : لا يحكم برقه ، حتى إذا بلغ وادعى الحرية قبل
مذهباً واحداً ، ومنهم من قال : هذا بمثابة ما لو ادعى رقه ، أو تصرف تصرفاً
يستدعي الملك ، هذا ما ذكره الإمام والقاضي حسين .

وقال القاضي أبو الطيب الطبري : إذا كان في يده صغيراً لا يميز ،
(وادعى)^(٣) أنه ملكه ، حكم له بأنه مملوكه ، فلو بلغ وقال : لست بمملوك
له ، لم نلتفت إلى قوله ، لأننا قد حكمنا بأنه ملكه ، واستقر ذلك ، فلا نزله
بقوله ، ولكن له استخلافه .

وهكذا الحكم فيه إذا كان الصغير في يده ، ولم يدع ملكه إلى أن بلغ
فادعى ملكه ، وأنكر الصغير ذلك ، لم يلتفت إلى إنكاره .

أما إذا كان الصغير مميزاً ، ظاهر المذهب أنه لا يحكم لمن هو في يده بالملك
له ، ومن أصحابنا من قال : يحكم له بملكه ، وهو الصحيح ، هذا ما ذكره
الطبري .

وقال الماوردي : إذا كان في يده عبد صغير لا يميز ، فادعى رقه ، حكم
له به ، فإن بلغ وادعى الحرية لم يقبل قوله ، ولو كان الصغير يستخدمه ذو

(١) في نسخة ف : ميز .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الصغر .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فادعى .

اليد ، ولم يدع رقه حتى بلغ ، فادعى رقه بعد بلوغه ، هل يحكم له برقه بدعواه ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني ، والثاني : لا ، وهو أظهر الوجهين عندي ، أما إذا كان مميزاً ففي ثبوت رقه بمجرد اليد وجهان ، هذا ما ذكره الماوردي ^(١) .

وقال الشيخ أبو نصر : إذا كان الصغير في يد إنسان ، ولا تمييز له ، فادعى أنه له ثبت له ذلك بقوله ، فلو بلغ (وادعى) ^(٢) الحرية لم يقبل قوله ، ولو كان الصغير في يده يستخدمه ويستخره ، لكن لم يدع رقه ، فلما بلغ ادعى الحرية ، وادعى من كان في يده أنه عبده ، فالقول قول ذي اليد مع يمينه .

وحكى القاضي أبو الطيب في « شرح الفروع » وجهاً : أنه إذا بلغ كان القول قوله مع يمينه ، أما المميز : هل يثبت الملك ^(٣) عليه بدعوى من هو في يده الرق ، مع إنكار المميز ؟ فيه وجهان .

قال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : إذا كان في يده صغير لا يميز ، ويدعي رقه فيحكم له به ، فلو بلغ وادعى الحرية ، هل يقبل (قوله) ^(٤) ؟ فيه وجهان ، قال العراقيون : لا يقبل ، والثاني : يقبل ، وعلى المدعي البينة ، وهكذا لو كان (يتخول) ^(٥) الصغير في يده ، (ولكن) ^(٦) لم يدع

(١) الحاوي ، له : ١٣ ق ١٤٨ / أ

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ادعى .

(٣) في نسخة ف : هل تثبت اليد .

(٤) اللفظ من نسخة ف زيادة عما في الأصل .

(٥) أي يتعمده ويتولاه ، من قولهم تخول فلاناً أي تعمه ، (القاموس المحيط : ٢ / ٣٧١) ، واللفظ من نسخة

ف ، وفي الأصل : تخول .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكن .

ملكه [٥٧ / أ] حتى بلغ ، ثم ادعى ملكه ، وأنكر ، هل يقبل قوله ؟ فيه وجهان .

ادعوى رِق المميز :

٣٤٤ - أما المميز إذا ادعاه ذو اليدِ فأنكرَ هو ، وقال : أنا حرُّ الأصلِ ، هل يقبلُ قوله ؟ فيه وجهان^(١) .

المسألة الخامسة والعشرون : سؤال العبد والأمة عن الرق عند الشراء :

٢٤٥ - إذا اشترى عبداً أو أمةً ، وكان بالغاً ، فالاحتياطُ أن يسأله المشتري عن رقه ، فإن اعترف أنه رقيقٌ للبائعِ اشتراه ، وهل يشترطُ في صحة شرائه إقراره لبائعه بالرق ؟ المشهورُ لا يشترطُ ، وقال الشيخُ أبو محمد : لا بدُّ من هذا ، فلو اشتراه ولم يعترف بالرقِ للبائع ، ولا قامت بينه برقه^(٢) للبائع ، ولا على إقراره بالرقِ للبائع ، ثم ادعى أنه حرُّ الأصل ، ولم يحكم برقه للبائع ، بناءً على أنه كان في يده صغيراً يستخدمه ويدعي رقه ، فالقولُ قولُ العبدِ مع يمينه ، والحالُ هذه .

وإذا^(٣) حلف ، وانتزع من يدِ المشتري ، فهل يرجعُ على البائعِ بالثمن الذي قبضه منه ، ولم يعترف المشتري أيضاً بالملكِ للبائع ؟ قال القاضي أبو الطيب الطبري في « شرح الفروع » : إنه لا يرجعُ قولاً واحداً ، بخلاف ما لو ثبتت حريته بالبينة ، فإنه يرجعُ بالثمن .

وقال الإمام في هذه المسألة : قال الشيخ أبو علي : في الرجوعِ بالثمن نظراً ، وبالجمله فالمسألة متجهة .

(١) في الأصل تكرار خمسة أسطر ، من قوله : قال الشيخ أبو علي ، وفي المكرر الأول عند العبارة الأخيرة غوض ، وهي : أما المميز هل من يثبت الملك عليه بدعوى من هو في يده الرق ، مع إنكار المميز ؟ فيه وجهان .

(٢) اللفظ في نسخة ف : على رقه .

(٣) اللفظ في نسخة ف : فإذا .

المسألة السادسة والعشرون : [زيادة العدد في البينة] :

٣٤٦ - في اشتغال إحدى البينتين على زيادة عددٍ ، أو تفرّد بما يظن ترجيحاً ، والخلاف في ذلك ، وهذه المسألة تجري مجرى قاعدة متأصلة في تعارض البينتين ، فنقول :

إذا شهد لأحد المتداعيين شاهدان عدلان ، وللآخر ثلاثة أو أربعة أو خمسة (عدول)^(١) ، فلا ترجيح بزيادة العدد عندنا على القول الجديد .
وقال في القديم : يُرجح به^(٢) .

ولو أقام أحدهما شاهدين ، وأقام الآخر شاهداً وامرأتين ، فالمذهب طرد القولين ، وقيل : يُقدم الشاهدان^(٣) .

ولو أقام أحدهما شاهدين ، وشهد للآخر شاهد ويمينه ، فيه قولان ، الأصح الجديد ترجيح [٥٧ / ب] الشاهدين^(٤) .

ثم حيثُ ترجحتُ إحداها ، فلو انضمت اليدُ إلى البينة الضعيفة ، فيه وجهان ، أحدهما : التساوي ، والثاني : ترجيح الضعيفة باليد .

[الترجيح بزيادة العدالة] :

٣٤٧ - وأما الترجيح بزيادة العدالة^(٥) ، فالمذهب المقطوعُ به أنه لا ترجيح

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير عدول ، ولكن وجد فوق لفظ غير علامة ح .

(٢) انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤٨٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٤٦٤ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣١٢ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٨١٢ ، الحاوي : ١٣ ق ٤٨ / أ ، الروضة : ١٢ / ٥٨ .

(٣) المراجع السابقة ، وفي نسخة ف : تليفق وجمع بين هذه المسألة والمسألة التي تليها ، وهذا خطأ لاختلاف الحكم في كل منها .

(٤) المراجع السابقة ، والسبب في ترجيح الشاهدين هنا دون المسألة السابقة أن شهادة الشاهد والمرأتين متفق عليها بخلاف الشاهد واليدين .

(٥) العدالة : هي اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر ، وزيادتها تكون بزيادة الأوصاف من الورع =

به ، وللشافعي رضي الله عنه قولٌ قديمٌ أنه (يُرَجِّحُ)^(١) بها ، حكاه الشيخ أبو علي ، ومن أصحابنا من قالَ : ليس هذا بقولٍ قديمٍ للشافعي ، وإنما حكاه عن مذهب مالك^(٢) .

٣٤٨ - قلت : وما يدورُ في خلدي أنه لو كانت بينةٌ أحدهما (يعرفها)^(٣) القاضي بالعدالة ، أو زُكيتُ عنده تزكيةً مطلقةً ، وزُكيتُ بينةُ الآخر تزكيةً مقيدةً ، فيما شهدت به ، وقبلنا التزكيةَ المقيدةَ^(٤) ، هل يكونُ هذا من قبيل زيادةِ العدالةِ ؟ أو يكونُ من قبيل الشاهدين في مقابلتها شاهدٌ ويمينٌ ؟ من حيث أن الشاهدين إنما يُرجحان^(٥) على الأصح ، لأنها بينةٌ مجمعٌ على قبولها ، بخلاف الشاهدِ واليمينِ ، وفي مسألةِ التزكيةِ المقيدةِ كذلك ، بل أولى ؛ لأنها مختلفتٌ فيها عندنا ، فهو أقربُ إلى الضعفِ من خلافِ أبي حنيفة وأصحابه في الشاهدِ واليمينِ^(٦) ، فينبغي أن يكونَ فيها خلافٌ ، والأصحُّ ترجيحُ البينةِ المزكاةَ مطلقاً ، ويتجه خلافه .

= والتقوى والصلاح وغير ذلك ، وانظر : مفيت الخلق : ١١ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا ترجيح ، وهو خطأ ظاهر .

(٢) يرى الإمام مالك رحمه الله أن البينتين إذا تمارضتا ، وكانت إحداها أكثر عدالة من الأخرى فترجح بزيادة العدالة ، ويحلف مقبها ، وذلك في الأموال وغيرها مما يثبت بشاهد ويمين ، بناء على أن زيادة العدالة كشاهد ، وهو رأي الإمامية والإباضية والحنابلة في قول ، (انظر : تبصرة الحكام : ١ / ٣٠٨ ، حاشية السوق : ٤ / ٢٢٠ ، القوانين الفقهية : ٣٣١ ، الفروق : ٤ / ٦٢ ، بلفة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٢٤٦ ، حاشية العدوي على شرح رسالة أبي زيد : ٢ / ٣٢١ - ٣٢٢ ، بداية المهتد : ٢ / ٥١٠ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٨٢٠ ، والمراجع السابقة) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يعرفها .

(٤) المشهور في المذهب عدم قبول التزكية المقيدة ، لأن العدالة لا تتبعض ، وقال بعض الأصحاب بقبولها ، وقد مرَّ حكم ذلك في فقرة ١٠٠ من هذا الكتاب .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ترجحا .

(٦) يمنع الحنفية القضاء وشاهد ويمين خلافاً للأئمة الثلاثة وجاهير الفقهاء ، (انظر : بدائع الصنائع :

٨ / ٢٩٢٣ ، تكملة فتح التقدير : ٦ / ١٥٥ ، الدر المختار : ٥ / ٥٤٩ ، درر الحكام : ٢ / ٣٣٣ ، وسائل الإثبات : ٢ / ١٦٧) . ويذهب المالكية إلى الترجيح بالعدالة خلافاً للأئمة الثلاثة ، (انظر : الهامش السابق رقم ٢) .

الفصل السابع

في

دعوى بعض الورثة ديناً لمورثهم وإثبات ما يخص المدعي منهم

٣٤٩ - إذا مات رجلٌ عن دينٍ ، وخلفَ ورثةً ، فإنَّ ادَّعى الكلُّ به ، أو وكيلٌ عنهم ، وكانوا أهلاً للدعوى والتوكيل ، وأقاموا بينةً عادلةً كاملةً على الذَّين ، استحقوه جميعاً^(١) .

وهكذا إنَّ أقاموا شاهداً واحداً ، وخلفوا جميعاً استحقوا ، وكيفية البين أن يحلفَ كلُّ منهم بالله ، إنَّ مورثه يستحقُّ في ذمة هذا المدين ألفَ درهم ، وأنَّ الشاهد بها صادق فيما شهد به ، وقد ثبت من قبلٍ مثلاً موتُ ربِّ الدين ، وعدةٌ ورثته ، أو يحلف بالله ، إنه مستحقٌّ بطريق الميراث عن مورثه من جملة دينٍ ، جلته ألفَ درهم ، كذا وكذا درهما ، وأنَّ شاهده صادق فيما شهد به .

قال الشيخُ أبو علي : يحلفُ كل وارثٍ على جميع الحقِّ ، لأنه يثبت به لمورثه ، لا لنفسه .

٣٥٠ - هذا إذا حلفَ الكلُّ ، أما إذا حلفَ البعضُ دون البعضِ استحقَّ الحالفُ دون الناكل ، وفيه قولٌ أنَّ ما أخذه الحالفُ يشاركه فيه بقيةُ الورثة ، والأولُّ أصحُّ ، حكاه القاضي أبو الطيب والشيخُ أبو علي ، والشيخُ أبو نصر ،

(١) الأم : ٦ / ٢٤٥ .

فلو ماتَ الناكِل لم يكن لوارثه أن يحلفَ ، وإن ماتَ بعضُ الورثةِ قبلَ
التكولِ حلفَ ورثةً من [٥٨ / أ] لم يحلفَ ، لكن هل تجب إعادةُ الشهادةِ ؟
فيه وجهان .

كذلك لو جاء هذا الوارثُ بشاهدٍ آخر ، هل تجب إعادةُ الشاهدِ الأولِ ؟
فيه وجهان مبنيان على أن دعوى وارثِ الوارثِ ، هل هي دعوى جديدة ؟ أو
في حكم البناء ؟

أما إذا كان فيهم حاضرٌ وغائبٌ ، فحلفَ الحاضر مع الشاهد ، أخذَ قدرَ
حصته ، وهل يخرج من يدِ الغائبِ ؟ فيه قولان ، فإن قلنا : لا يخرج ، فإذا
قَدِمَ الغائبُ ، أو أفاقَ المجنون ، حلفَ من غير حاجةٍ إلى إعادةِ الشاهدِ
شهادتهُ ، وإذا حلفَ الحاضر العاقل مع شهادةِ الشاهد ، وأخذَ قدرَ حصتهِ ،
هل يشاركه فيها الغائب إذا حضر ؟ فيه قولان .

أما إذا أقام الحاضرُ شاهدين ، وبقيةَ الورثةِ إما غائبٌ أو صبيٌّ أو مجنونٌ ،
انتزع (منه)^(١) وليُّ المحجورِ عليهم نصيبه قولاً واحداً ، عيناً كان المدعى به ،
أو ديناً .

وأما نصيبُ الغائبِ فينتزع أيضاً ، إن كان عيناً^(٢) ، وإن كان ديناً
فوجهان ، قال الإمامُ : يجريان في كل من أقر لغائبٍ بدينٍ ، هل ينتزعه
القاضي منه ؟ فيه وجهان .

وإن أقرَّ بأنَّ بيده عيناً ، غصبها لفلان الغائب ، انتزعا القاضي منه قولاً
واحداً .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر : الأم ، للشافعي : ٦ / ٢٤٥ .

الإقرار لأحد الورثة :

٣٥١ - أما إذا ادعى الورثان عيناً في يد ذي يد ، بأنها ملك (أبيهما)^(١) ورثاها عنه ، فأقر لواحدٍ منها ، وأخذ نصيبه ، نص الشافعي ، رضي الله عنه ، على أن المكذّب يشارك المصدّق فيما أخذه^(٢) ، ونص في الوارث الغائب إذا حضر لا يشارك الحاضر الذي حلف مع شاهده ، وأخذ حقه من الدين المدعى به^(٣) ، وقيل : في المسألتين قولان ، بالنقل والتخريج ، ومنهم من فرق بما هو ظاهر ، وهو أن الدّين الذي لم يتبعين ، ولا يتعين إلا بتعيين المقبض ، فلا يشارك الغائب الحاضر فيما أخذه بتعيين المقبض ، بخلاف العين ، فإن الآخذ مصدّق بأن عينها مشتركة بين الورثة كلهم .

القبض من أحد الورثة :

٣٥٢ - هذا كله فيما إذا ثبت الدين بشهادة شاهدٍ ويمينٍ حاضرٍ ، مع غيبة أحد الورثة ، أما إذا مات رجلٌ عن دين ، ومن عليه معترف به ، وكل الورثة حاضرون أو بعضهم حاضرٌ ، وبعضهم غائبٌ ، فلو قبض بعض الحاضرين نصيبه ، وهو قدر حصته من المدين ، لا بإذن بقية جميع الورثة ، إن حضروا ، ولا بإذن الحاكم ، فهل يُشارك من لم يقبض من الحاضرين ، أو من الغائبين ، أو وليّ المجنون والصبي منهم القابض فيما قبضه ؟ الذي يظهر لي أنهم يشاركونه قولاً واحداً .

٣٥٣ - وعندي : أن الأصحاب اتفقوا على هذا ، [٥٨ / ب] اختاروه^(٤) ، مع ذكر خلافٍ فيه ، فعلى هذا إذا كان الورثة اثنين مثلاً ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبيها ، وهو تصحيف .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٥ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٥ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٣٦ .

(٤) العبارة في نسخة ف : واختاروه .

والدَّيْنُ أَلْفًا ، فَقَبِضَ أَحَدَهُمَا خَسْمًا بِاتِّفَاقٍ مِنْهُ وَمِنَ الْمَدِينِ ، فَحَضَرَ الْغَائِبُ ،
أَوْ عَلِمَ الْحَاضِرُ الْآخَرَ الَّذِي لَمْ يَقْبِضْ ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْقَابِضِ
نِصْفَ مَا أَخَذَهُ ، وَيَبْقَى الْبَاقِي بَيْنَهُمَا ، أَوْ يَسْتَبَدُّ بِأَخْذِ الْبَاقِي مِنَ الْمَدِينِ ،
وَيَمْلِكُ الْقَابِضُ مَا أَخَذَهُ .

نعم ، ههنا نظرٌ : وهو أنَّ الحاضرَ إذا حضرَ المدينَ إلى الحاكمِ ، وطالبه
بمحضته ، فأقرَّ ، أو أقامَ عليه شاهدين ، وأمرَه القاضي بدفع حصته إليه ،
فدفعها إليه ، وبقية الورثة حاضرون لم يفعلوا شيئاً من ذلك ، أو كانوا
غائبين ، فإذا جرى الأمرُ كذلك ، ثم أراد من كان حاضراً ولم يطلبْ ، أو من
حضرَ بعد غيبته ، أن يُشاركه فيما (أخذه) ^(١) ، هل له ذلك ؟ والفرضُ أنه
قبض ذلك بإذن الحاكمِ حصته ، هذا عندنا فيه نظرٌ ظاهرٌ لا يخفى تجاذبُ
أطرافه .



(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أخذ .

الفصل الثامن

في

الدعوى بحق الشفعة^(١)

٣٥٤ - الشفعة على مذهبنا لا تثبت إلا في عقارٍ محتملٍ للقسمة ، يُجبرُ المطلوبُ إلى القسمةِ عليها ، وعلّة^(٢) ثبوتِ الشفعةِ دفعُ ضرارِ مؤنةِ القسمةِ ، هذا مذهبُ الشافعي رضي الله عنه ، والعملُ عليه ، فلا تثبتُ الشفعةُ عنده في الحمام الصغيرِ والرحى الصغيرةِ والبئرِ والقني والأسرابِ .

٣٥٥ - وقال ابنُ سُرَيْجٍ : تثبتُ الشفعةُ في الحمام^(٣) والرحى والبئرِ والقني والسرْبِ^(٤) وغيرها ، وإن اتصفت بالصغيرِ ، وتعذرت قسمتها ، قال : لأنَّ الشفعةَ تثبتُ لضررِ المُداخلةِ على التأييدِ ، فلا فرقُ فيه بين المنقسم وغير المنقسم .

٣٥٦ - ثم اختلفَ الأصحابُ في المنقسم الذي تثبت فيه الشفعةُ قبل انقسامه ، فالصحيحُ أنه الذي يَبْقَى جنسُ منفعتِهِ التي قبلَ القسمةِ بعد القسمة ، ولو على تضايق .

(١) سبق الكلام عن الشفعة إشارة صفحة ٢٠١ فقرة ١٦٨ ، وسوف يذكر المصنف مسائل الشفعة في خاتمة الكتاب فقرة ٨٧٩ وما بعدها ، وأنظر : فقرة ٧٠٩ وما بعدها .

(٢) اللفظ في نسخة ف : علي .

(٣) في نسخة ف زيادة : الصغيرة .

(٤) السرْب : جمع أسراب ، القناة يدخل منها الماء ، والسرْب : الطريق .

مثاله : الدارُ إذا قُسمت تبقى بعد قسَمَتِها داراً يُنتَفَعُ بها بالسكنى ، وهو جنسُ المنفعةِ التي كانت ، وإن كانت على نوعِ تضايقي ، وكذلك الحانوتُ والحمام الكبير والرحى الكبير .

ومن أصحابنا من قال : المنتقسمُ في باب الشفعةِ هو الذي يُنتَفَعُ بالحصّةِ المقسومةِ منه ، أي منفعة كانت^(١) ، ولو السكون فيه ، ولا يشترط بقاء جنس المنفعة التي كانت ، وهذا بعيد .

وقيل : مِنْ شرطِهِ أن تبقى تلك المنفعةُ وجزئها التي كانت ، لا على تضايقي ، وهذا لا يتأتى إلا في دارٍ فيحاءَ كبيرةٍ ، أو أرضٍ ممتدة ، وهو أبعدُ من الأول .

وقيل : المنتقسمُ شرطُهُ أن لا تؤدي قسمته إلى حطيطة كثيرة^(٢) في قيمته ، [٥٩ / أ] مثالة : دارٌ قيمةٌ كلها مائةٌ ، فلو قُسمت نصفين ، سَوِي^(٣) كلُّ نصفٍ ثلاثين ، فهذا لا يقسم ، ولا تثبتُ فيه شفعةٌ ، فلو كانت تُساوي جميعها مائةً ، ويساوي نصفها ، لو قسمت ، خمسين ، فينقسم ، وتثبت فيه الشفعة ، وكذا لو سَوِي النصفُ مثلاً ثمانية وأربعين ، بنقصٍ يسير ، يتغابنُ (بمثله)^(٤) ، وهو درهمان أو ثلاثة ، ومردُّ هذا للعرف ، وهذا أيضاً فيه بُعد .

[سبب الشفعة] :

٣٥٧ - ولا فرق في أخذِ الشِقْصِ بالشُّفْعةِ بين أن يكونَ الشِقْصُ المشفوعُ

(١) العبارة في نسخة ف : هو الذي ينتفع بالحصّة المقسومة منه على أي صفة كانت .

(٢) في نسخة ف : كبيرة .

(٣) أي ساواه بمعنى مائله وعادله قدرأ أو قيمة ، وهذا يساوي درهماً أي تعادل قيمته درهماً ، وفي لغة قليلة سَوِي درهماً يَسَوَاهُ من باب تعب ، ومنمها بعض العلماء ، فقالوا : يساويه ، ولا يقال يسواه ، (انظر : المصباح المنير :

(٤٠٤ / ١) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مثله .

صارَ إلى المأخوذِ منه بشراءٍ ، أو أجرةً عن مُنفعةٍ مُستأجرٍ ، أو صداقاً لزوجةٍ في نكاحٍ ، أو جعلته المرأةً عوضاً في خلعٍ ، أو جعله مالكةً عوضاً في صلحٍ عن دمٍ عمدٍ ، أو جعله الزوجُ متعةً في طلاقٍ ، فتثبتُ (الشفعةُ)^(١) في جميعِ هذه الأَعْوَاضِ^(٢) ، ولا يُؤخذُ إذا حصلَ عن هبةٍ لا تقتضي ثواباً ، أو عن وصيةٍ أو إرثٍ ، وهذا ظاهرٌ .

ثم اعلم أن الكلامَ إنما يقعُ في شراءِ الشقصِ فإنه الغالبُ ، فإن وقعَ العقدُ بين المتبايعين بثنٍ معلومٍ ، ثبتتِ الشفعةُ على الفورِ ، وفيه أقوالٌ أخرى^(٣) لا تفرعُ عليها .

[السعي إلى المشتري وطلب الشفعة] :

٣٥٨ - وعلى الشفيعِ أن يسعى ، لما^(٤) بلغه الخبرُ ، إلى المشتري باذلاً الثمنَ الذي وقعَ العقدُ عليه ، ويُشهدُ على الطلبِ شاهدين ، إذا سمعَ وهمَّ بالسعيِ إلى المشتري ، فلو لم يُشهدْ مع القدرةِ ، وسعى إلى المشتري بنفسه أو وكيله ، فالمذهبُ أنه ليس بمقصرٍ ، وفيه وجهٌ ، ولو تركَ السعيَ إلى المشتري ، ومضى إلى القاضي ، مع كونه أشهدَ على الطلبِ ، ومع قدرتهِ على السعيِ إلى المشتري ، فيه خلافٌ .

وميلُ المرازمةِ إلى أنه مقصرٌ ، كنظره في العيبِ ، وميلُ غيرهم إلى أنه لم يقصر ، وهو الأظهرُ .

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) قال النووي رحمه الله تعالى : « وإنما تثبت الشفعة بمعاوضة ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع كبيع ومهر وعوض وصلح دم ونجوم وأجرة ورأس مال سلم ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٨) ، وسيرد زيادة تفصيل لذلك في الفقرة ٨٧٩ وما بعدها ، والفقرة : ٦٠٩ ، والفقرة : ٧٠٩ .

(٣) في نسخة ف : آخر .

(٤) أي على الشريك أن يسعى لطلب الشفعة عند بلوغه الخبر .

التأخر بعذر] :

٣٥٩ - ولو لم يسعَ بنفسه لا إلى مشتر ، ولا إلى حاكم ، وهو معذورٌ بمرض أو حبس أو غيره ، لكنه قَدِرَ على التوكل فلم يُوَكَّل ، فيه ثلاثة أوجه ، الأصحُّ أنه مقصرٌ .

فإن عجزَ عن التوكيل وعن السعي بنفسه ، وجبَ عليه أن يُشهدَ على الطلبِ ، فإن لم يفعل مع القدرةِ فقولان ، الأصحُّ أنه مقصرٌ .

ولو كان في الحمام أو في صلاة ، أو (في)^(١) انتظارِ صلاة ، أو (على)^(٢) أكلٍ معتادٍ لم يلزمه البدارُ بنفسه ، وقطعُ هذه الأشياء على الأصح ، فلو كانَ ملبساً لها ، وقدرَ على الإشهادِ ، هل يلزمه الإشهادُ ؟ فيه وجهان .

ولو أحرَّ السعيَ في موضعٍ يجبُ عليه البدارُ ، وقال إنما أخرتُ ، لأني جهلتُ بطلانَ الحقِّ بالتأخير ، فإن كانَ ممن يجوزُ أن يشْتبهَ عليه مثلُ ذلك عذِرٌ ، ولم يجعلْ مقصراً ، وإن كانَ ممن لا يجوزُ أن يخفى عليه مثلُ ذلك لم يقبل منه ، ويسقط حقه .

رفع دعوى الشفعة] :

٣٦٠ - ثم إذا ترافعَ المشتري والشفيعُ إلى عند الحاكم ، وحرَّرَ [٥٩ / ب] دعواهُ طالباً أخذَ الشقصَ المشتري من يدِ المشتري ، وأتى بها على الوضعِ الشرعي ، فإن اعترفَ المشتري بدعواه كَلَّها المتضمنةُ شراءَ المشتري الشقصَ المعينَ من العقارِ الذي يُمكنُ قسمتهُ ، وتثبتَ الشفعةُ في مثله ، بالثمنِ المعلومِ ،

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

وعينه ، وأنه شريك فيه ، وقد أحضر الثمن فلا كلام ، يسلم الشفيع إلى المشتري الثمن ، ويتسلم منه الشقص ، إن سُمِحَ بالتقديم ، وإلا سلمه بإذن الحاكم إلى عدل ، وتسلم^(١) الشقص ، وسلم^(٢) العدل الثمن إلى المشتري .

إِنْكَارِ الدَعْوَى | :

٣٦١ - وإن أنكر المشتري دعواه ، نظر : إن أنكر الشراء ، فالقول قوله مع يمينه ، وعلى الشفيع البينة .

وإن اعترف بالشراء ، وأنكر أن يكون^(٣) للشفيع في العقار الذي الشقص المشفوع من جملته وجزء منه ، فالقول قوله مع يمينه ، يحلف بالله تعالى ، (إنه)^(٤) لا يعلم له فيه ملكاً ، ولا يحلف على البت قولاً واحداً .
فإن أقام الشفيع البينة بملك جزء معين في العقار عمل بموجبها .

الْثَمْنُ الْمَجْهُولُ | :

٣٦٢ - وإن اعترف له بالشراء والملك ، (ولكنه)^(٥) قال : الثمن الذي وقع عليه (العقد كان مجهولاً ، لكونه كفاً)^(٦) من الدراهم مجهولة ، أو (صبرة)^(٧) من الحنطة مجهولة ، أو عقد لؤلؤ من الجواهر (مجهولاً)^(٨) ، نظر :
إن اعترف الشفيع بذلك سقطت الشفعة على القول الصحيح المنصوص ،

(١) في نسخة ف : يسلم .

(٢) اللفظ في نسخة ف : ويسلم .

(٣) يكون ، هنا تامة ، وليست ناقصة ، ومعناها أنه أنكر أن يتلك الشفيع العقار ...

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل = لكنه .

(٦) العبارة زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل إلا لفظ « كفاً » بالرفع .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : صرة .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مجهول ، بالجر .

وكذا إن أنكرَ الشفيعُ ذلك ، وشهدتُ بيّنةً بحضورِ العقد ، وأنه وقع العقدُ على ثمنٍ مجهولٍ حسبما ادّعاه المشتري ، سقطتِ الشفعةُ على الصحيح ، وهذا من باب الحيلِ السلوكيةِ في إسقاطِ الشفعة .

٣٦٢ / ٢ - وقال ابنُ سريج : لا تسقطُ الشفعةُ بذلك ، بل يُقال للشفيع : خُنْ في نفسك قَدْرًا معلوماً ، وادّعِ الشفعةَ ، فإذا بيّنه (بأن)^(١) قالَ المشتري : كان أكثرَ ، فالقولُ قوله مع يمينه ، يحلفُ بالله تعالى ، إنه اشتراه بأكثرَ مما سماه الشفيعُ ، ثم يُقالُ للشفيع ، زدْ في مقدارِ الثمن ، وأعدِ الدعوى ، (وتعرض)^(٢) اليمينُ على المشتري ، فإن حلفَ زادَ الشفيعُ قَدْرًا آخر^(٣) ، ولا يزالُ كذلك ، الشفيعُ يزيدُ قَدْرًا يدعيه ، والمشتري يحلفُ بالله ، إنه اشتراه بأكثرَ منه ، إلى أنْ يعترفَ بما ادّعاه ، أو ينكَل ، فتردُّ اليمينُ على الشفيع ، فيحلفُ إنه اشتراه بالقدرِ الذي عينه آخرًا ، (ويأخذ)^(٤) الشقصَ به ، (وهذا)^(٥) المذهبُ ، صارَ إليه - بعد ابنِ سريج - القاضي حسين^(٦) .

٣٦٣ - وهو غلطٌ غير معمولٍ به ، لأن الشفيعَ إذا اعترفَ بما ادّعاه المشتري من جهالةِ الثمن ، وأن العقدَ وقع على مجهولٍ ، لا يُعلمُ قَدْرَهُ ، فكيف يسوغُ أنْ يجوزَ له الكذبُ بتعيينِ قدرٍ معين ، وقع العقدُ عليه ، مع إقراره بوقوعِ العقدِ على مجهولٍ ؟ أم كيف يستجيزُ [٦٠ / أ] الشفيعُ^(٧) أن يحلفَ يميناً بآفة^(٨) ، إن

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وتعرض .

(٣) في نسخة ف : أكثر .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو يأخذ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهو .

(٦) وأيده الخطيب الشريفي في (مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٢ - ٣٠٣) ، وسوف يكرر المصنف ذلك فقرة

٦١٠ ، ٧١٠ .

(٧) العبارة في نسخة ف : كيف نبيح للشفيع .

(٨) في نسخة ف : تامة .

العقد جرى على مائة مثلاً، عيَّنهما، مع إقراره بوقوع العقد على كفي مجهول من الدراهم المجهولة .

هذا مما يَبْعُدُ جريانَ التكليف به ، بل يستحيلُ شرعاً وقوعه وقبوله ، فالوجهُ القطعُ بسقوطِ الشفعةِ مها اعترف الشفيعُ بكون الثمن مجهولاً ، وتعذرُ الاطلاعُ عليه بتلفه مثلاً .

نعم ، لو قال المشتري : الثمنُ مجهولٌ ، فقال الشفيعُ : كذبت^(١) ، بل كان معلوماً ، وعيّن قدره ، فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه ، يحلفُ بالله ، إن الثمنُ الذي اشترى به الشقصَ المشارَ إليه مجهولٌ لا يعلمُ قدره .

ا نسيان الثمن ا :

٣٦٣ / ٢ - فإن قال المشتري : كان الثمنُ معلوماً ، لكنني^(٢) نسيته ، فالمذهبُ أَنَّهُ يَقْنَعُ منه بهذا الجوابِ ، ويحلفُ عليه بالله ، لا يعلمُ قدره .

وقال ابنُ سَريجٍ : لا يَقْنَعُ منه بهذا ، بل يُعرضُ اليمينُ الباتةَ^(٣) عليه ، أنْ الثمنُ لم يكن المائة التي عيَّنهما الشفيعُ مثلاً ، فإنْ أصرَّ على قوله : لا أدري بل نسيته ، جعل ناكلاً ، وحلفَ الشفيعُ ، إنَّ الثمنَ كان مائةً مثلاً ، وأخذَ الشقصَ بها .

(فلو ادعى الشفيعُ بالشفعةِ ، وطلبَ أخذَ الشقصِ بها)^(٤) ، فقال المشتري : كان مجهولاً لا أعلمُ قدره ، فقال الشفيعُ : أنت تعلمُ قدره ، فبينه ، ولم يذكر الشفيعُ قدرًا ، هل تسمعُ دعواه ؟

(١) العبارة في نسخة ف : فكذبه الشفيع وقال .

(٢) في نسخة ف : لكن .

(٣) في نسخة ف : الثانية .

(٤) ما بين القوسين من هامش الأصل .

قال المتولي^(١): المشهورُ سمعَ دعواه ، فإذا أجابَ المشتري بأني لا أعلم ، كان جواباً صحيحاً ، ويحلفُ عليه ، قال^(٢): وفيه وجةٌ أنْ دعواه كذلك لا تسمعُ حتى يبين قدرأ بعينه^(٣) ، ودليله أنه لو أقرَّ المشتري بالعلم لم يتوصل الشفيعُ إلى حقه إلا بدرجة أخرى لا يقدرُ عليها غيره ، وهو الإخبارُ عن المبلغ ، فلم يُسمع .

وقال البغويُّ: هل تسمع دعوى الشفيعِ على المشتري ، بأنه يعلمُ قدرَ الثمن إذا ادعى الجهل به ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ لا تسمعُ حتى يبين قدرأ أن المشتري اشتراه به .

٣٦٤ - وههنا مسألةٌ حسنةٌ يخلو معظمُ تصانيفِ الأصحاب عنها ، وهو أن الشفيعَ إذا ادعى بالشفعة ، وعيّنَ قدرأ وقعَ شراءَ المشتري به ، فقالَ المشتري : لا أعلمُ قدرَ الثمن ، فشهد شاهدان أنها حضرا العقد بينها ، وكان الثمن ألفَ درهمٍ معينةً ، وكفأ من الدراهم لا يعلمان قدرها ، لكنها دون العشرة يقيناً ، فقال الشفيعُ : أنا أودي ألفاً وعشرة .

قال الشيخُ الغزالي في « فتاويه » : إذا وزنَ الشفيعُ ألفاً وعشرةً ، وجبَ

(١) هو عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم ، أبو سعد المتولي النيسابوري ، أحد أئمة المذهب الشافعي ، برع في المذهب ، وبعدَ صيته ، له كتاب التتمة على إبانة شيخه الفوراني ، وصل فيها إلى الحدود ومات ، وله مختصر في الفرائض ، وكتاب في الخلاف ، ومصنف في أصول الدين ، ودرّس بالنظامية بعد أبي إسحاق ، ثم عزل بابن الصباغ ، ثم أعيد ، واستمر إلى حين وفاته ، ولد سنة ٤٢٦ هـ ، وتوفي سنة ٤٧٨ هـ ببغداد ، أم كتابه جماعة ، وكان جامعاً بين العلم والدين وحسن السيرة وتحقيق المناظرة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٠٦ / ٥ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣١٤ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١٢٨) .

(٢) في نسخة ف : وقال .

(٣) وهذا الوجه رجحه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : « وإن ادعى (الشفيع) علمه (علم المشتري بالثمن) ، ولم يعين ، لم تسمع دعواه في الأصح » ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٣) ، وهذا ما نقله المصنف عن البغوي بعد سطرين .

تسليم الشقص إليه ، ولا يحل للمشتري قبض تمام العشرة ، وعليه أن يقتصر على القدر الذي سلمه إلى البائع ، هذا جوابه .

٣٦٥ - وعندي أنه (وقع)^(١) في مذهب ابن سريج ، فإن المشتري يقول : الثمن مجهول ، لا أعرفه ، فكيف يلزم بقبض قدر معين ، أمكن أن يكون [٦٠ / ب] أكثر من الثمن ، فعليه منة في قبضه ، وهو يقول : لا أدري كितه ، ويمكن صدقه ، ولا يقدر على قبض كله ، لاحتمال أنه أكثر من الثمن ، ولا يمكنه تنقيص قدر معلوم ، لأن تنقيص المعلوم من المجهول لا يصير المجهول معلوماً .

ثم في قبول هذه الشهادة نظراً ظاهراً ، لأنها شهادة (بمجهول)^(٢) من وجه ، وفي قبول مثلها خلاف ، كما إذا قال الغاصب : قيمة المغصوب مائة ، فشهد شاهدان أن قيمته أكثر من مائة ، ولم يذكر لقدر الزائد ، هل تقبل شهادتها ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما تقدم^(٣) ، فكذلك في مسألتنا يخرج على هذين الوجهين ، ولو ساع^(٤) فتح هذا الباب ، وقبول الشهادة فيه على ما ذكره ، لم يبق للشراء بصيرة مجهولة من الدراهم فائدة في دفع الشفعة .

إذ ما من كف من الدراهم ، أو صبرة لطيفة إلا ويمكن الشهادة بأنها كانت تزيد على مائة درهم ، وتنقص مثلاً عن عشرة آلاف ، فلو شهد بذلك شاهدان ، أو زادا^(٥) إلى قدر يعلم قطعاً أن الصبرة لم تبلغ إليه ، وعينوا في طرف القلة قدرًا ، علم قطعاً أنها كانت أكثر منه ، فلو سعت هذه الشهادة ،

(١) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : وقوع .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لمجهول .

(٣) فقرة ١٦٩ وما بعدها .

(٤) في الأصل : شاع .

(٥) اللفظ في نسخة ف : وزادا .

فقال الشفيعُ : أنا أبذلُ هذا القدرَ الذي ذكره الشاهدان ، أنَّ الصبرةَ تنقصُ عنه قطعاً ، أيقال : إنَّه يأخذُ الشقصَ بالشفعةِ ، ويُلزِمُ المشتريَ بأخذِ جميعِ الدراهمِ ؟

كلا ، لسنا نسلم ذلك ، ولا نجوّزه ، ثم ما الذي يقال للمشتري بعد ذلك ، خذُ من الدراهم كذا وكذا ، وهو يقولُ : لا أعلمُ شيئاً ، ولا أخصُّ قدرأ ، ولا أدري قدرَ ما أديته ، فهذا فيه احتمالٌ ظاهرٌ .

وهذا من لطيفِ الفقهِ ودقيقِ البحثِ والنظرِ فليُفهم ، والله تعالى المسؤولُ التوفيقَ والعصمةَ بمنه ولطفه ، وفي كتابِ الشفعةِ مسائلٌ حسنةٌ تتعلقُ بشهادةِ البائعِ للمشتري وللشفيع ، وشهادةِ بعضِ الشركاءِ لبعضٍ ، واختلافِ يقعُ بينِ الشفيعِ والمشتري في العفو وغيره ، لا يتسعُ هذا الكتابُ المختصرُ ، الموضوعُ لغيرها ، لذكرها ، فليطلبُ ذلك من موضعه إن شاء الله تعالى .



البابُ الرابعُ

في

الشهادات

وفيه فصول

الفصلُ الأولُ

في

مستند علم الشاهد وتحمله

ونقدّم عليه مقدّمةً ، وهو :

[حكم تحمل الشهادة وأدائها] :

٣٦٦ - أنْ تحملَ الشهادةَ وأدائها من فروضِ الكفريات^(١) ، فإذا قامَ بها من اكتفى به فيها شرعاً سقطَ الفرضُ عن الباقيين ، وإن تركَ الكلَّ ذلكَ أثموا .
ولو تحملَ شهادةَ عشرةً [٦١ / أ] مثلاً ، ثم ابتدأَ المشهودَ له فعين منهم اثنين لإقامة ما تحمله ، فهل لها أنْ يمتنعا ؟ فيه وجهان^(٢) .

(١) وهذا متفق عليه بين الفقهاء ، انظر بيان ذلك مع الأدلة والمراجع في (وسائل الإثبات : ١٠٥ / ١ ، الروضة : ١١ / ٢٧١ وما بعدها ، ٢٧٥) .

(٢) الأصح أنه لو طلب من اثنين الأداء لزمها ذلك ، لئلا يؤدي الامتناع إلى التواكل ، وقيل : لا يلزمها ذلك قياساً على ما إذا دُعِيَ للتحمل فلا تلزمها الإجابة ، (انظر : شرح المحلى : ٤ / ٣٣٠ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، وسائل الإثبات : ١٠٩ / ١ ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

ولو تحمل الشهادة شاهدان فأقام أحدهما الشهادة ، وقال الآخر للمشهود له : احلف مع (هذا)^(١) الشاهد ، فليست أقيم الشهادة ، ليس له ذلك .
 قال الإمام : لا خلاف في هذا ، ولا تعويل على احتمال بعيد مع نقلنا الوفاق على تثبت^(٢) .

إ تعين التحمل والأداء :

٣٦٧ - وقد تتعين الشهادة تحملاً وأداءً ، إذا لم يوجد في المكان سوى رجل واحد ، فيلزمه التحمل ، والحالة هذه ، ثم الأداء (كذلك)^(٣) ، وقد يكون هذا في مفازة لم يحضرها غير الشاهد والمشهود عليه والمشهود له^(٤) .

إ غياب الشاهد مسافة العدو :

٣٦٨ - ثم مها كان الشاهد غائباً نُظر : إن كان على مسافة (تُوويه)^(٥) إلى منزله قبل الليل لزمه الحضور^(٦) ، لكن قال الأصحاب : له طلب مركوب .
 قال الإمام : ثم زادوا فقالوا : له طلب أجره مركوب ، وله أن لا يركب .

قال القاضي حسين : لا يحل له أخذ الأجرة على الشهادة ، لأنه التزمها لما تحملها ، فلزمه إيفاؤها^(٧) ، وإنما الأجرة على ما يناله من نصب المشي .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) وهذا ما أيده النووي رحمه الله تعالى (انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لذلك .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تؤديه .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٧) في نسخة ف ، فيلزمه إنفاذها .

قال الإمام : وهو مشكلٌ عندي ، لأنَّ المشيَ إن لم يكن مستحقاً فليس عليه أن يمشيَ ، وإن كان مستحقاً فأخذُ^(١) الأجرة على المستحق بعيداً ، نعم ، له أن يقولَ : اكفي المشقة بإحضارِ مركوبٍ ، وفيه أيضاً احتمالٌ ، لأنه هو الذي ورَّط نفسه في ذلك ، ولكني رأيتُ الطرقَ مشيرةً إلى أنَّ له استدعاءَ مركوبٍ^(٢) .

إ غياب الشاهد مسافة القصر :

٢٦٩ - أما إن كان الشاهد الغائب على مسافة القصر ، لم يلزمه الحضور ، والشهادة على الشهادة أثبت في ذلك^(٣) .
وإن كان على مسافة ، فوق مسافة العدوى ، ودون مسافة القصر ، فيه وجهان^(٤) .

إ تعين التحمل بالطلب :

٣٧٠ - ولو عينَ رجلٌ رجلين ليتحملا له شهادةً ، فامتنعا ، وهناك من يقوم مقامها ، لم يجرحا قولاً واحداً ، بخلاف الممتنعين من الأداء بعد

(١) في نسخة ف : فأخذه .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٥ .

(٣) العبارة في نسخة ف : أثبتت في مثل ذلك ، وانظر الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٤) الراجع عدم لزوم الحضور ، لأنه يشترط لوجوب الأداء أن يدعى من مسافة العدوى ، والوجه الثاني الضعيف يلزمه الحضور ، لأنه يشترط لوجوب الأداء أن يدعى من دون مسافة القصر ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٣٠ ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) قال الرملي ، بعد تقرير حق الشاهد في طلب أجرة التحمل ، وإن تعين ، دون الأداء وإن لم يتعين عليه ، لأنه فرض عليه ، وبعد بيان الفرق بينها ، قال : نعم إن دعي من مسافة عدوى فأكثر فله نفقة الطريق وأجرة المركوب ، وإن لم يركب ، وكسب عطل عنه ، فيأخذ قدره ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢١) ، وقال الشيرازي : ولا يجوز لمن تعين عليه فرض الشهادة أن يأخذ عليها أجرة ، لأنه فرض تعين عليه ، فلم يجوز أن يأخذ عليه أجرة كسائر الفروض ، ومن لم يتعين عليه ، ففيه وجهان ، أحدهما أنه يجوز له أخذ الأجرة ، لأنه لا يتعين عليه ... والثاني : أنه لا يجوز ، لأنه تلحقه التهمة بأخذ العوض ، (المهذب : ٢ / ٢٢٥) ، وسوف يشير المصنف إلى أجرة المركوب وكسب العطل في فقرة ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

التحمل ، إذا^(١) كان الكل عشرةً ، فإننا قد ذكرنا في إثمها^(٢) وجهين ، والفرق واضح^(٣) .

ا طلب الأجرة في الشهادة | :

٣٧١ - ولو احتاج الشاهد في تحمله إلى مشي ، قال الأصحاب : له طلب الأجرة ، كما في الكاتب ، فإنَّ الشاهد لا يجب عليه المشي للتحمل إلا أن يكون المشهود عليه مريضاً ، فيجب ، والحالة هذه ، المشي إليه للتحمل عليه ، ولكن إذا لم تمس الحاجة إلى قطع مسافة ، فإنَّ مست فالقول فيها كالقول في أداء الشهادة .

وهذا فيه ، إذا لم يجد المريض من يتحمل ، ومكانه قريب من مكان (التحمل)^(٤) ، هذا ما ذكره الإمام .

وقال الشيخ أبو علي وغيره : إذا عجز المشهود عليه عن إثبات الشاهدين ، وليس هناك غيرهما ، هل يلزمها الحضور عنده للتحمل^(٥) ؟ [٦١ / ب] فيه وجهان ، وحكم الكاتب كذلك ، فإن قلنا : لا يلزمها ، وكان بينهم مسافة لا تقطع إلا بمؤنة ، فلها طلب الأجرة ، وإن قلنا : يلزمها ، هل لها طلب الأجرة ؟ فيه وجهان ، هذا في التحمل^(٦) .

(١) في نسخة ف : فإذا كان لكل .

(٢) في نسخة ف : امتناعها ، وانظر : الروضة : ١١ / ٢٧٤ .

(٣) بينا سابقاً أن الأصح في الأداء لزومه عند الطلب ، بخلاف الطلب للتحمل ، والفرق بينها أن التحمل فيه حل أمانة ومسؤولية وكلفة ومشقة وواجب ، ولا يستطيع كل إنسان أن يتحمل ثقل الأمانة وعبء الأداء بعد التحمل ، فإذا قبل تحمل الشهادة فقد تعلق بها حق الآخرين ، وأصبحت أمانة في ذمته يجب عليه أداؤها وإلا ضاع الحق ، وكان الشاهد مفرراً بصاحب الحق عندما قبل التحمل ، وامتنع عن الأداء ، بل يكون سبباً في ضياع الحق .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المحتمل .

(٥) في نسخة ف : عند للتحمل .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٥ .

[تعين الأداء] :

٣٧٢ - أما الأداء ، فإذا كانا من أهل الشهادة ، وتعين عليها ، لزمها ، وإن لم يكن قد شهد إلا واحداً ، والحق مما يثبت بالشاهد واليمين لزمه أيضاً^(١) .
هذا إن كان القاضي عدلاً ، وإن كان (جائراً)^(٢) متعنتاً ، هل يلزمه الحضور ؟ فيه وجهان .

[عدم تعين الأداء] :

٣٧٣ - أما إذا لم يتعين الأداء ، بأن كان قد شهد بالحق جماعة ، فدعي واحد منهم ، هل تلزمه الإجابة ؟ فيه وجهان^(٣) .
هذا كله في المشهود عليه إذا كان حاضراً في البلد .

[غياب المشهود عليه] :

٣٧٤ - أما الغائب على مسافة القصر لا يجب على الشاهد المشي إليه ، وإن كان على أقل من مسافة العدوى ، فعليه الإجابة ، وله طلب نفقة الطريق وأجرة المركوب ، فإن دفع إليه دراهم ، وقال : إكتر بها دابة تركبها ، فأراد أن يمشي ويصرف الدراهم في مَهْمٍ آخَرَ ، هل له ذلك ؟ فيه وجهان^(٤) ، كما لو دفع إلى فقير ديناراً ، وقال اشتر به قيصاً ، هل له شراء قيص به ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يصح ؛ لأنه لا يجوز أن يشتري لنفسه بعين مال غيره شيئاً ،

(١) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٢) اللفظ من هامش الأصل .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٤) سبق أن نقلنا كلام الرملي في ذلك ، وأن الشاهد إن دعي من مسافة عدوى فأكثر فله نفقة الطريق

وأجرة المركوب وإن لم يركب ، هامش ٤ فقرة ٢٦٩ .

والثاني : يصح ، لأنه فَعَلَ يَأْذَنُه ، ويدخلُ الدينارُ في ملكِ المشتري ، ثم هل يكونُ قرضاً أو هبةً ؟ فيه وجهان .

فإن قلنا : له أن يشتري به قيصاً ، فلو أراد أن يشتري به سراويل ، أو عمامة مثلاً ، هل له ذلك ؟ فيه وجهان^(١) .

أما إن كانت المسافة فوق مسافةِ العَدْوَى ، ودونَ مسافةِ القصر ، هل تلزمه الإجابة ؟ فيه وجهان^(٢) .

هذا كله في حق من هو من أهلِ الشهادة إذا دُعِيَ إليها ليقمها .

إِ حَكْمُ الْأَدَاءِ عَلَى الْفَاسِقِ | :

٣٧٥ - أما من ليس من أهلها ، يُنظر : إن كان فسقه مقطوعاً به لم تلزمه الإجابة ، هكذا قاله الشيخ أبو علي^(٣) .

وقال القاضي حسين : لا يجوزُ له أن يشهدَ ، ولو شهدَ عَصَى ، وإن كان فسقاً خفياً ، قال : لَأَنَّهُ يَلْبَسُ الْأَمْرَ عَلَى الْقَاضِي ، وتابعه البغويُّ على هذا .

٣٧٦ - قلتُ أنا^(٤) : الذي فهمته من كلامِ الأصحاب ، وتلقيته من مدارجِ مصنفاتهم في هذا أنه لا يعصي ، ولا يحرمُ عليه أداءُ الشهادة التي شهد بها ، وهي حقٌّ ، ويجوزُ له أداؤها ، بل يُستحبُّ ، وهو الذي أراه صحيحاً ، لا ريبَ فيه^(٥) .

(١) سيأتي تفصيل الوجهين في كلام البغوي صفحة ٣٥٩ .

(٢) سبق تكرار هذه المسألة فقرة ٣٦٩ ، وذكرنا أن الراجع عدم لزوم الإجابة .

(٣) وهو الراجع في المذهب ، قال النووي رحمه الله : فإن دعي ذو فسق جمع عليه .. لم يجب ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح الهلي : ٤ / ٣٣٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٣ ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

(٤) في نسخة ف : قلت : أما .

(٥) قارن الرملي في ذلك ، فإنه قال : بل يحرم عليه ، وإن خفي فسقه ، لأنه يحمل الحاكِم على حكم باطل ، وتقل عن ابن عبد السلام جوازه ، (نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٣) ، وقال النووي : « والمذهب ما سبق » ، أي يحرم ، (انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

ومن أشار إلى ذلك الماوردي^(١) ، والقاضي أبو الطيب الطبري^(٢) ، وصاحبهُ الشيخ أبو نصر .

أما إذا كان فسقه مجتهداً فيه ، إن تعينَ عليه لزمه الحضور ، لأنه ربما يؤدي اجتهادُ القاضي إلى قبول شهادته [٦٢ / أ] ، وإن لم يتعين عليه ، وقلنا : لو كان عدلاً يلزمه الحضور ، فما هنا وجهان^(٣) .

ومن أصحابنا من قال : إن كانَ غيرَ متعين عليه لا يلزمه الحضور ، وإن تعينَ عليه ، ولم يكن غيره ، (ففیه)^(٤) وجهان^(٥) .

وقال البغوي^(٦) : إذا كان الشاهدُ غائباً ، لكنه على مسافةٍ يمكنه إتيان أهله ليلاً ، تلزمه^(٧) الإجابة ، وله طلبُ المركوب ، ونفقةُ الطريق ، فإن دفع إليه شيئاً ، وقال : اصرفه إلى نفقةِ الطريق ، أو إكتر به مركوباً ، هل له صرفه إلى شيءٍ آخر ، أو إمساكه ، والمشئ راجلاً ؟ فيه وجهان ، كما لو دفع إلى فقير شيئاً ، وقال : اشتر به لنفسك ثوباً ، هل له صرفه إلى شيءٍ آخر ؟ فيه وجهان^(٨) .

[الإشهاد على الشهادة] :

٣٧٧ - وأما شاهدُ الأصل ، فإن خيفَ ضياعُ الحق المشهود به إن لم يُشهد

(١) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٢ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٣) بين النووي وجلال الدين الحلبي وغيرها أن الأصح في حالة الفسق المختلف فيه ، كشارب النبيذ ، وجوب الأداء ، وإن عهد من القاضي رد الشهادة به ، لأنه قد يتغير اجتهاده ، وقيل : لا يجب عليه الأداء ، دون أن يفضلوا بين حالتي التعيين وعدمه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح الحلبي : ٤ / ٣٣٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٢٢ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ٢٧٢) .

(٤) في نسخة ف : فتلزمه .

(٥) سبق بيان المسألة فقرة ٣٦٨ ، ٣٧٤ .

على شهادته ، وجبّ عليه أن يُشهدَ ، وإن لم يَخف ضياعه لم يجب (عليه)^(١) .
وقال صاحب « الحاوي »^(٢) : إن كانَ المشهودُ به مما ينتقلُ إلى الأَعقابِ
كالموقوفِ ، وجبّ ، وإن كانَ من الحقوق المعجلة لم يجب .

وقال صاحبُ « الحليّة »^(٣) : يجب بناءً هذا على أن الحاكمَ ، هل يجب
عليه الإِسجال ، أم لا ؟

وقال في « الانتصار »^(٤) : عندي^(٥) أنه يختلفُ بحالِ شاهدِ الأصلِ ، فإن
كانَ في مرضٍ مَخوفٍ ، أو يريدُ الجهادَ ونحو ذلك وجب ، وهو معنى كلامِ
الشافعي رضي الله عنه .

[شروط الشاهد] :

٣٧٨ - إذا عرفتَ هذه المقدمة ، فاعلم أن الشاهد يشترط فيه شروط
مذكورة في كتب المذهب ، من الأهلية والعدالة والانفكاك عن التهمة^(٦) ،
وحفظِ المروءة وعدمِ الفسقِ وغير ذلك ، ومنها ما هو متفقٌ عليه عندنا ، ومنها
ما هو مختلفٌ فيه ، وليس هذا الكتابُ موضوعاً لذلك ، والإطناب فيه ، فلا
نطوله بذكر ما لم نضعه له^(٧) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) ١٣ ق ٢١ / ب ، وصاحب الحاوي هو الماوردي ، والحاوي كتاب جامع لأقوال المذهب الشافعي وغيره مع
الأدلة والمقارنة ، ويتألف من ٢٤ مجلداً كبيراً ، ولا يزال مخطوطاً ، يتراكم عليه الغبار والتراب ، ويهدده السوس
والأرضة ، وتسرّب إليه الرطوبة في دور الكتب ، ومرت ترجمة الماوردي في صفحة ٧٢ .

(٣) حلية الأولياء لأبي نعيم الأصبهاني ، وقد طبع مراراً ، ومرت ترجمة أبي نعيم في صفحة ٦٥ .

(٤) الانتصار لأبي العباس ابن سريج وقد مرت ترجمته في صفحة ٦٨ .

(٥) في نسخة ف : وعندي .

(٦) في نسخة ف : والبراءة من التهم .

(٧) انظر شروط الشاهد باختصار مع المقارنة والمراجع في (وسائل الإنبات : ١ / ١١٢ ، الروضة : ١١ / ٢٢٢)

وما بعدها ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٤ / أ وما بعدها) ، وسوف يذكرها المصنف مختصرة فقرة ٤٠٨ صفحة ٣٨٢ .

إ ما يشترط فيه الرؤية | :

٣٧٩ - إذا عُرِفَ هذا ، فاعلم أن المشهودَ به إن كان مُدرَكًا بالسمع ، كالأقاريرِ والعقودِ والإنشاءاتِ القولية ، أو بالبصر ، كالتقبوضِ والإتلافاتِ والقتلِ والزنا وشربِ الخمر ، فلا يجوزُ للشاهد أن يعتمدَ في ذلك على استفاضةٍ ، ولا خبرٍ مخبرٍ ، قلَّ أو كثرَ ، بل لابدٌ في تحمُّله الشهادةَ بشيءٍ من ذلك من مشاهدةِ المقرِّ أو القائلِ عقداً من العقود ، أو إنشاءً من الإنشاءات ، أو فاعلاً فعلاً من الأفعالِ المشارِ إليها بحجاسةٍ سمعه وبصره^(١) ، ففي الأقوالِ لابدٌ من مشاهدةِ القائلِ في حالِ تلفظه ببصره ، وسامعه ما يتلفظ به^(٢) ، وفي الأفعالِ يكفي تحمُّلُ الشهادةِ على فاعلها بمشاهدتهِ فاعلاً كذا ، إما قائلاً أو قابضاً أو متلفاً أو شارباً أو زانياً .

إ السماع من وراء حجاب | :

٣٨٠ - سواء في هذا من يتحققُ السامعُ كلامَ المقرِّ من [٦٢ / ب] وراء حجابٍ ، أو من يظنُّ ذلك ، لابدٌ من رؤيةِ المقرِّ حالة إقراره ، بحجاسةِ بصرِ السامعِ الشاهد ، إلا في حق الأعمى إذا سمِعَ مقرراً يقر ويده مستمسكةً به ، وما زال متمسكاً^(٣) به ، حتى أحضره بين يدي الحاكم ، وشهدَ عليه ، ويده قابضةٌ عليه ، ففي سماعِ الشهادة منه على هذه الصورة خلافٌ سنذكره^(٤) ، وإنما الكلامُ فيمن يسمعُ إقرارَ مقرِّ ، وبينها سترةٌ من حائط ، أو بابٌ مغلقٌ ، أو سترٌ معلقٌ ، فلا يجوزُ له تحمُّلُ الشهادةِ في مثل هذه الصورة .

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٥ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣١٦ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٧ ،

لحاوي : ١٢ ق ١١٤ / ب ، الروضة : ١١ / ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، والمراجع السابقة .

(٣) في نسخة ف : مستسكاً .

(٤) انظر فقرة ٣٨٢ من هذا الكتاب .

٣٨١ - وإن كان السامع يقطع بمعرفة المتكلم من وراء حجاب ، هذا لا خلاف فيه بين أصحابنا ، وإن (كان)^(١) يكون مكابرة ، فإن علم الإنسان بصوت والده أو ولده أو أخيه المعاشر له في الأزمان المختلفة الكثيرة علم ضروري^(٢) ، لا يداخله فيه شك ولا ريب ، فإذا فرض والد صاح بولده من وراء ستري أو حائط ، يا فلان ، أنا والدك ، فاشهد علي بكذا ، فإن الولد السامع يعلم علماً ضرورياً أن الصائح به والده ، ويجزم بذلك^(٣) ، ويقطع به ، وإذا راجع نفسه فيه ، وشكها لم يتشكك أصلاً .

[شهادة الأعمى] :

٣٨٢ - ومع ذلك قطع الأصحاب بأنه لا يجوز تحمل الشهادة عند غيبة المقر عن البصر ، وإن سمع الصوت .

وسببه أن الأصوات قد تتشابه في الجملة ، والشهادة يُحتاط لها ، فسُدَّ باب الاحتمال فيها ، كما فعل بالأعمى ، وأسقطت شهادته فيما يتحملة بعد العمى لهذا المعنى ، حتى لو استمسك بشخص فآقر الشخص في أذنه بإقرار ، ويده على رأسه متمسكاً به ، ثم لم يزل متمسكاً به حتى أحضره إلى مجلس الحكم ، وأدى شهادته عليه (بما سمعه منه ، وهو متشبث به ، لازم له ، هل تسمع شهادته عليه ؟)^(٤) فيه وجهان^(٥) ، سدأ لباب الاحتمال ولو على بُعد .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كاد .

(٢) في نسخة ف : يكسبه علماً ضرورياً .

(٣) في نسخة ف : ويجزم به لك .

(٤) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وفي آخره : صح أصل .

(٥) الراجح جوازه في هذه الحالة لحصول العلم بأنه المشهود عليه ، وفي قول المنع ، حساً للباب ، (انظر : مفتي المحتاج : ٤ / ٤٤٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٦ ، الروضة : ١١ / ٣٦٠ ، شرح المهلي : ٤ / ٣٢٧) ، وتقبل شهادة الأعمى في الحالات التي تقبل فيها شهادة التسامع ، (انظر حاشية البجيرمي : ٤ / ٣٥٢) ، وانظر تفصيل شهادة الأعمى في الحاوي : ١٢ / ١١٦ / أ وما بعدها ، الروضة : ١١ / ٣٦٠) .

ولا خلاف أنه لو فارقه لحظة ، وترك ملازمته واستساكه به ، ثم لزمه ، لم تسمع شهادته قولاً واحداً ، كل ذلك حفظاً لحقوق الناس ، ونفيًا لاحتمال التزوير والتبديل ، مع أنا قد جاوزنا للأعمى وطء زوجته ، اعتماداً على صوتها للضرورة ، بخلاف الشهادة .

[الشهادة على المرأة المنتقبة] :

٢٨٣ - وكذلك المرأة المنتقبة^(١) لا يجوز تحمل الشهادة عليها في حال تنقيبها ، وإن عرفها الشاهد بالصوت ، وعلم أنها فلانة بنت فلان بن فلان ، حذراً من أن تكون هذه المنتقبة غير من يعرف ، أنها أخته مثلاً ، أو قريبته ، وإن كان يقطع بأنها هي فلانة التي يعرفها اسماً ونسباً ، إذا سمع صوتها ، بل يكون تنقيبها كاستتارها من وراء ستير أو حائط ، هذا هو المفهوم من كلام الأصحاب .

٣٨٤ - وعندي : أن تنقيبها مع كونها حاضرة ، يشاهد الشاهد جملتها [٦٣ / أ] وبعض وجهها قريباً إلى جواز تحمل الشهادة عليها ، وقد رمز إلى هذا بعض الأصحاب ، فإنه إذا كان يعرفها قبل التنقب اسماً ونسباً وعيناً ، وله سابقة رؤية لها ، لكونها محرماً له مثلاً ، وقد شاهدها منقبة غير مرة ، فإذا أشهدته عليها متنقبة ، وهو يشاهد جملتها ، وهي تخاطبه بالشهادة ، فنع التحمل في مثل هذه الصورة بعيداً ، وسد باب الاحتمال من كل وجه غير بعيد أيضاً .

(١) هي المرأة التي تضع النقاب على وجهها ، فلا يظهر منه إلا القليل النادر كالعين أو العينين ، ويجوز تقديم النون على التاء والعكس من تنقب وانتقب ، (انظر : القاموس المحيط : ١ / ١٣٤) ، ولم يذكر لنا الفيروزبادي تحديد النقاب على الوجه ، والشهادة عليها أن يستفيض عنده ، وهي منتقبة ، أنها فلانة بنت فلان ، ثم يتحمل عليها ، وهي كذلك ، (انظر : حاشية عميرة : ٤ / ٣٢٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٨ : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٧ ، الروضة : ١١ / ٣٦٤) ، وسوف يكرر المصنف كلامه عليها في فقرة ٤٠٧ .

[التحمل بالاستفاضة] :

٣٨٥ - أما الشهادة بالملك والنسب والموت فيكتفى^(١) في تحمل الشهادة بها بالظن الغالب الحاصل للشاهد ، وهو الاستفاضة على تفصيل سنذكره .

[الاستفاضة بالملك] :

٣٨٦ - أما الملك فلا خلاف في ثبوته بالاستفاضة بشروط ، فإذا استفاض عند الشاهد ، وشاع في الناس أن زيدا مالك لهذه الدار ، ورأه الشاهد يتصرف فيها بالسكنى والإيجار والتخريب والبناء^(٢) ، مدة يغلب على الظن فيها أن ذلك لا يصدر إلا من مالك ، ووجد تفاوض الناس بإضافة الملك ، جاز للشاهد أن يشهد ، والحالة هذه ، له بالملك قولاً واحداً^(٣) .

[مدة التصرف بالملك] :

٣٨٧ - وفي تقدير المدة المشروطة للتصرف خلاف ، منهم من قال سنة ، وقال الشيخ أبو علي : قيل : سنة ، وقيل : ستة أشهر ، وقيل : شهران .

٣٨٨ - قلت : الأصح عندي أنها غير مقدرية ، والأصح أنه لا يكفي أقل من سنة ، وفي السنة نظراً ظاهر ، والأصح الرجوع في ذلك إلى العادة ، ومضي مدة تغلب على الظن^(٤) .

(١) في نسخة ف : فيكتفي .

(٢) العبارة في نسخة ف : والبناء والتخريب .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٣٦٨ ، الحاوي للماوردي : ١٢ ق ١١٥ / أ ، وسبق بيانه فقرة ٣١٧ صفحة ٣١٧ ،

وسوف ينقل المصنف كلام المروري في ذلك فقرة ٤٢٦ صفحة ٣٩٣ .

(٤) لا مانع أن نعبد عبارة النووي رحمه الله تعالى لاختصارها وإيجازها ، فإنه قال : ولا تجوز الشهادة على

ملك بمجرد يد ، ولا بيد وتصرف في مدة قصيرة ، وتجوز طويلة في الأصح ، وشرطه تصرف ملاك من سكن وهدم

وبناء وبيع ورهن ، انظر شرح ذلك وتفصيله وبيانه في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، حاشية

قليوبي وعميرة على شرح المحلى : ٤ / ٣٢٩ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، الروضة : ١١ / ٢٦٩ وما بعدها ، ومر بيانه فيما سبق

صفحة ٣١٥) .

التصرف مع عدم الاستفاضة] :

٣٨٩ - أما إذا وُجد التصرف من البناء والتخريب والإسكان والإيجار والإعارة بغير مانع ولا منازع ، لكن لم يُوجد تفاوض الناس بإضافة الملك إليه ، ولا شاع ذلك بينهم ، فهل له أن يشهد له بالملك ؟ فيه وجهان .

قال الإمام والغزالي : الأقيس نعم ^(١) .

(وقال البغوي : الأصح نعم ^(٢)) ^(٣) .

وقال الشيخ شرف الدين ابن أبي عصرون : الأصح أنه يشهد له باليد دون الملك .

الاستفاضة بالملك مع عدم التصرف] :

٣٩٠ - ولو وُجد التسامع فقط ، وتفاوض الناس بالملك له دون اليد والتصرف ، كملكٍ معطلٍ ، نقل الإمام عن العراقيين أنه يجوز أن يشهد بالملك ، قال : وهو بعيد ، قال : وقياسُ المراوزة ، وهو الذي قطع به القاضي ، أنه لا يجوز اعتاده في الشهادة .

وقال الماوردي ^(٤) : الملك المطلق يثبت بسماع الخبر الشائع المتظاهر ^(٥) بين الناس ، بأن يسمع منهم على اختلاف أحوالهم يقولون : هذه الدار لفلان ،

(١) الوجيز : ٢ / ٢٥٤

(٢) وهو الراجح في المذهب ، (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٣٢٠ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٢٩ ، المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، جواهر العقود : ٢ / ٤٤١ ، الأشباه والنظائر ، السيوطي : ٤٩٢ ، الروضة : ٣٦٩ / ١١) .

(٣) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبمدها : صح .

(٤) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٥ / أ ، مخطوط .

(٥) في نسخة ف : المتطائر .

ويتكرر ذلك منهم على مَرِّ الأزمان ، (ولا)^(١) يوجدُ منهم نكيرٌ^(٢) ، ولا منازعٌ ، وهل تصح الشهادة بذلك من غير مشاهدة تصرفٍ فيه ؟ فيه وجهان ، الأكثرون قالوا : (يجوز)^(٣) ، وقال القاضي [٦٣ / ب] أبو الطيب في « التعليق الكبير » : الملك المطلق يجوز تحمل الشهادة به بالسمع ، ولم يحك فيه خلافاً^(٤) .

وتقله عنه صاحبه الشيخان أبو إسحاق^(٥) وأبو نصر كذلك ، وقالوا كلهم : إذا لم يستفص الملك لزيد ، ولا شاع ، لكنه رآه يتصرف فيه مدة طويلة ، هل يجوز أن يشهد له بالملك أو باليد فقط ؟ فيه وجهان^(٦) .

العدد في الاستفاضة :

٣٩١ - ثم اعلم أن في عدد الاستفاضة وجهين : أحدهما ، وهو قول الشيخ أبي حامد الإسفراييني أن أقله أن يسمع من عدلين ، والثاني : وهو قول الماوردي : أنه لا يثبت إلا بعدد يقع العلم بخبرهم ، هكذا نقله عنه الشيخ أبو

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا .

(٢) في نسخة ف : مطالب .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وهو ما رجحه النووي بالنقل عن الأكثرين والمحققين ، وفي الأصل : لا يجوز .

(٤) الواقع أن هذه المسألة فيها خلاف كبير بين الأصحاب ، ولكن رجح المحققون في المذهب الجواز ، لأن الملك مؤبد ، فإذا طالت مدة عسر إقامة البيعة على ابتداء الملك ، فست الحاجة إلى إثباتها بالاستفاضة والتسامع ، ولذلك قال النووي بعبارة صريحة قاطعة بعد ذكر المنع : « قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين في الجميع (عتق وولاء ووقف وتكاح وملك) الجواز والله أعلم » . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٢٨٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢١٩ ، شرح المحلي : ٤ / ٣٢٨ ، جواهر المقود : ٢ / ٤٤١ ، الروضة : ١١ / ٣٦٩) .

(٥) وعبارة الشيخ أبي إسحاق هي : وإن كانت الشهادة على مالا يعلم إلا بالخبر ، وهو ثلاثة النسب والملك والموت ، جاز أن يشهد فيه بالاستفاضة .. لأن أسباب الملك لا تنضبط ، فجاز أن يشهد فيه بالاستفاضة ، (المهذب : ٣٦٦ / ٢) .

(٦) ذكرنا في الصفحة السابقة أن الأصح منها الجواز ، لأن امتداد اليد والتصرف مع طول الزمن من غير منازع يغلب على الظن الملك ، وفي قول لا يجوز ، لأن اليد والتصرف قد يوجدان من مستأجر ووكيل وغاصب .

إسحاق في « المذهب »^(١) .

٣٩٢ - (ووجدناه)^(٢) نحن كذلك في « الحاوي » فإنه ذكر فيه ما لفظه :
الخبر المتظاهر الذي تصح به الشهادة ، أن يكون من العدد المعتبر في التواتر ،
وَوَمَّ^(٣) أبو حامد الإسفراييني ، فاعتبره بشاهدين^(٤) ، وأمّا القاضي أبو الطيب
فإنه قال في « تعليقه الكبير » : الملك المطلق يجوز تحمل الشهادة عليه
بالسمع ، وأقل من يسمع منه ذلك اثنان ، يسكن إلى قولهما^(٥) .

وقال الشيخ أبو علي السنجي في « شرحه الكبير » : إذا سمع رجل عدلاً
أو عدلين يقولان : إن فلاناً^(٦) ابن فلان ، أو إن دار كذا ملك فلان ، أو إن
فلاناً مات ، هل يجوز أن يشهد بالسمع^(٧) على النسب والملك والموت ؟ فيه
وجوه ، أحدها ، وهو قول (أبي)^(٨) سعيد الإصطخري : أن له أن يشهد بقول
الواحد ، لأن ذلك بناء على غلبة الظن ووقوع العلم في القلب ، وقد يغلب
الشيء على الظن بقول واحد ، والثاني ، وهو قول الشيخ أبي حامد : أنه لا بد

(١) المذهب ٢ / ٣٣٦ ، وعبارته : « وفي عدد الاستفاضة وجهان ، أحدهما وهو قول الشيخ أبي حامد
الإسفراييني رحمه الله أن أقله أن يسمع من اثنين عدلين ، لأن ذلك بينة ، والثاني : وهو قول أفضى القضاة أبي الحسن
الماوردي رحمه الله أنه لا يثبت إلا بعدد يقع العلم بخبرهم ، لأن ما دون ذلك من أخبار الأحاد ، فلا يقع العلم من
جهتهم » ، وانظر : الحاوي الكبير ، الماوردي ١٢ ق ١١٥ / أ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ووجدنا .

(٣) اللفظ في نسخة ف : ففهم .

(٤) اللفظ في نسخة ف : بشهادتين .

(٥) الراجح في المذهب أنه يشترط في شهادة التسامع أن يسمع الشاهد من جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب
بحيث يقع العلم أو الظن القوي بخبرهم ، وقيل يكفي من عدلين فقط ، إذا سكن القلب إلى خبرهما ، لأن الحاكم يعتمد
قولها فكذا الشاهد ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، الروضة :
١١ / ٢٧٠) .

(٦) اللفظ في نسخة ف : فلان بن فلان ، وهو خطأ .

(٧) العبارة في نسخة ف : هل تجوز الشهادة ؟

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو .

من اثنين ، والثالث ، وهو الأصح ، وإليه ذهب أبو اسحاق المروزي (والقفال الشاشي)^(١) : أنه لا يجوز الاعتماد على قول واحد ، ولا اثنين ولا ثلاثة ، بل لا بد أن يسمع من عددٍ يحصل العلم بخبرهم^(٢) .

٣٩٢ - قلت أنا^(٣) : هذا الوجه المذكور في جواز الاعتماد على قول واحد في الملك والنسب والموت ، ذكره القاضي أبو الطيب في النسب ، وذكره الهروي في الملك .

إثبات النسب بالاستفاضة |

٣٩٣ - أما النسبُ فيثبتُ بالاستفاضة قولاً واحداً^(٤) ، كالملك ، والخلافُ في حدِّ الاستفاضة فيه كالملك ، وفيه مزيد تفصيل ومسائل .

قال القاضي أبو الطيب : إذا سمع الناس يقولون : إن فلانا ابنُ فلان ، ووقع معرفة ذلك في قلبه ، جاز له أن يشهد بأنه ابنه^(٥) ، ولا بد أن يسمع ذلك ممن يسكنُ إلى (قوله)^(٦) ، وأقلُّ من يسمعُ منه اثنان يعرفهما بالعدالة .

(١) أبو بكر ، محمد بن علي بن إسماعيل ، القفال الشاشي الفقيه الشافعي ، إمام عصره بلا مدافعة ، كان فقيها محدثاً أصولياً لغوياً شاعراً ، رحل إلى خراسان والحجاز والشام والثغور ، وسار ذكره في البلاد ، وهو أول من صنف الجدل الحسن من الفقهاء ، وله كتاب في أصول الفقه وله شرح الرسالة ، وهو والد القاسم صاحب التقريب من عشرة مجلدات ، وله كتاب في أدب القاضي ، ولد سنة ٢٩١ هـ ، واختلف في وفاته ، قال الشيرازي : ٣٣٦ هـ ، وقال الحاكم ٣٦٥ وقيل ٣٦٦ هـ ، والشاشي نسبة إلى الشاش ، مدينة وراء نهر سيحون ، ويعرف بالقفال الكبير ، أو بالقفال الشاشي ، وهذا القفال غير القفال المروزي ، (انظر : تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٢ ، وفيات الأعيان : ٣ / ٢٣٨ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٢٠٠ ، طبقات الفقهاء : ١١٢ ، مفتاح السعادة : ١ / ٣٠٥ ، كشف الظنون : ٢ / ٧٣ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ١١١) ، والعبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : والقفال والشاشي ، فالواو الثانية زائدة .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٧٠ .

(٣) اللفظ في نسخة ف : أما .

(٤) انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٦ ، معني المحتاج : ٤ / ٤٤٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٨ .

(٥) قال ابن المنذر : وهذا بما لا أعلم فيه خلافاً ، (انظر : المراجع السابقة في الرقم ٤) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قلبه .

وسئل القاضي في الدرس : عما لو سمع ذلك من واحدٍ ، [٦٤ / أ] وسكنَ إلى قوله ، هل يجوزُ له أن يتحملَ الشهادةَ على ذلك ، فقالَ : يُحتملُ أن يقالَ : يجوزُ ، لأنَّ العبرةَ بما يسكنُ قلبه إليه ، وَيَغلبُ على ظنه ، هذا كلام القاضي في « تعليقه الكبير » ، ثم قال : وكذلك لو سمعَ رجلاً^(١) يقول : هذا ابني ، مشيراً إلى صبيِّ ، جاز له تحمل^(٢) الشهادةَ على أنه ابنه ، وكذا إذا قالَ : هذا أبي ، وأشارَ إلى رجلٍ ساكتٍ ، صحَّ تحمُّلُ الشهادةِ بالسمع ، لأن سكوتَه كإقراره ، هكذا ذكره القاضي أبو الطيب من غيرِ ذكرٍ خلاف فيه .

وقال الماورديُّ : إذا قالَ له : أنا ابنك ، وسكتَ ، فإن لم يَشهد حالَ إمساكه بالرضا لم يثبت النسبُ ، وإن شَهِدَ حالَ إمساكه بالرضا ، قال أبو حامد الإسفراييني : يثبتُ النسبُ ، لأنَّ الرضا من شواهدِ الاعتراف ، قال الماورديُّ : وهذا الإطلاقُ غيرُ صحيحٍ ، والحكم^(٣) فيه أنه إن لم يتكرر ذلك لم يكن اعترافاً بالنسب ، وإن تكررَ وزالَ عنه شواهدُ الخوفِ والرجاءِ في أحوالٍ مختلفةٍ ، صارَ اعترافاً بالنسب ، وهكذا لو ابتدأ أحدهما فقالَ : أنا أبوك ، فالحكمُ فيها سواءً ، هذا كلام الماوردي^(٤) .

ونقل الشيخُ أبو إسحاق في « المذهب »^(٥) مذهب الشيخ أبي حامد في السكوتِ فجعله المذهب ، وأفتى به أولاً ، ثم قال : ومن أصحابنا من قال : لا يَشهدُ حتى يتكرر الإقرارُ به مع السكوت ، يريد بالصاحب ههنا الماوردي .

(١) في نسخة ف : رجلاً رجل .

(٢) في نسخة ف : أن يتحمل .

(٣) اللفظ في نسخة ف : والحكمة .

(٤) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٥ / أ .

(٥) المذهب : ٢ / ٣٣٦ .

وأما الشيخ أبو نصر فإنه حكى ما حكى شيخه القاضي أبو الطيب سواء ، واختارَ في موضع (آخر)^(١) أنه لا يُكتفى بشاهدين ، بل لا بدّ من الاستفاضة ، واختارَ في موضع الاكتفاء به ، هذا ما ذكره العراقيون في النسب .

وأما المرازمة ، فقد ذكرنا ما نقله الشيخ أبو علي من الأوجه الثلاثة في النسب والملك والموت ، وقال الإمام : التسامع هو الاستفاضة والتلقي من مستمعين ، لا يتأتى حصّهم ، هكذا ذكره شيخي والقاضي حسين ، وذكر العراقيون أنه يكفي السماع من عدلين ، ولو سمع رجلٌ من عدلين يقولان : فلان بن فلان^(٢) ، جاز التلقي منها وبتّ الشهادة على النسب ، ثم قالوا : ليس هذا شهادةً على شهادة العدلين ، بل هو بناءُ الشهادة على التسامع ، حتى لو لم يذكر لفظ الشهادة للسماع منها أن يشهد بالنسب ، ولا يذكر صيغة شهادة على شهادة ، بل يأتي بشهادة مبتوتة .

وذكر الشيخ أبو علي وجهين ، أحدهما : اشتراطُ الاستفاضة ، وهو أن يقولهُ قومٌ لا يجوزُ على مثلهم التواطؤُ على الكذب عادةً ، (والثاني)^(٣) : تلقي سماع [٦٤ / ب] ذلك من عدلين .

هذا الوجهُ (الآخر)^(٤) ، وإن كان بعيداً عن قياسنا ، فهو متجةٌ عندي من جهة أن التواترَ إنما يفيدُ العلمَ إذا كان مستنداً إلى معاينةِ المخبرين ، وهذا لا بدّ منه ، وهو غيرُ ممكن في الأنساب ، ثم إن العراقيين جاوزوا الحد ، فقالوا : لسنا نشترطُ السماعَ من عدلين ، بل نكتفي بدون ذلك ، فنقول : إذا

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) العبارة في نسخة ف : فلان ابن فلان ، أي فلان هو ابن فلان .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الثاني .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وعبارتها : وهو الوجه الآخر ، وفي الأصل : الأخير .

رأى رجلٌ رجلاً ، في يده صبيٌّ صغيرٌ ، يصرِّحُ باستلحاقه ، جازتِ الشهادةُ على نسيه بمجرد ذلك ، وكذلك لو قال الكبير : هذا ابني^(١) ، وذاك ساكتٌ ، جازتِ الشهادةُ بالنسب ، وكذلك لو قال بالغٌ : هذا أبي ، وسكت الأبُّ ، جازتِ الشهادةُ بينهما بالنسب ، هذا كله كلام الإمام .

قال : وهذا في قياس الفقه خطأ صريحٌ ، لأنَّ قولَ الواحد من غير إشاعةٍ في حكم دعوى ، ونحن إذا كنا نثبت نسباً لمنبوذ^(٢) بالدعوة^(٣) ، فيستحيل أن يجوزَ اعتمادها للشهادةِ على النسب مطلقاً ، نعم ، يشهد الشاهدان على الدعوى ، ثم يقع الحكم بموجبها ، هذا تمامُ كلام الإمام ، وبه تمَّ الكلامُ في النسبِ من الأبِّ .

التسامع بالنسب إلى الأم :

٣٩٤ - أما الانتسابُ إلى الأمِ ، هل يثبتُ بالتسامعِ ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ^(٤) .

اثبوت الموت بالاستفاضة :

٣٩٥ - أما الموت قطع العراقيون بثبوته بالاستفاضة^(٥) ، كالملك والنسب .

(١) العبارة في نسخة ف : وكذا لو قال للكبير : هذا أبي .

(٢) في نسخة ف : إذا كنا نثبت نسب المولود .

(٣) الدعوة : بالكسر الادعاء في النسب ، ويشمل ادعاء الولدِ الدعيِّ غير أبيه ، أو أن يدعيه غير أبيه ،

(المصباح المنير : ١ / ٢٦٤ ، القاموس المحيط : ٤ / ٣٢٨) .

(٤) الأصح من القولين جوازُ الشهادةِ بالتسامع على النسب من الأم كالأب ، والقول الثاني : لا يجوز لإمكان

رؤية الولادة منها ، (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤٤٨٧ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩) .

(٥) رجح المحققون جواز الشهادة بالتسامع على الموت كالنسب ، لأن أسبابه كثيرة ، ومنها ما يخفى ، ومنها

ما يظهر ، وقد يتمسر الاطلاع عليها ، وعبر النووي رحمه الله تعالى عن ذلك بقوله : « وموت على المذهب » ،

والوجه الثاني بالمنع لأنه يمكن فيه المعاينة ، (انظر : المراجع السابقة ، المذهب : ٢ / ٣٣٦ ، الروضة : ١١ / ٢٦٧) .

وقال الإمام : الموت كالملك والنسب ، قال : وحكى القاضي^(١) أن من أصحابنا من ألحق الموت بالمختلف فيه ، كالوقف والولاء والنكاح ، قال الإمام : وهذا وإن كان منقاساً فلا يجوز التعويل عليه .

إثبات الوقف والنكاح والولاء بالاستفاضة :

٣٩٦ - أما الوقف والنكاح والولاء ففي ثبوتها بالاستفاضة خلاف ، واختلفوا في الأصح .

قال الإمام : الظاهر أنها لا تثبت بالاستفاضة لإمكان مشاهدة أسبابها .

وقال المحامي في « مجموعه الكبير » : الأصح أنها لا تثبت .

وقال الشيخ شرف الدين ابن أبي عصرون : الأصح أنها تثبت .

وذكر القاضي أبو الطيب والماوردي^(٢) والشيخ أبو علي خلافاً

(مطلقاً)^(٣) ، من غير اختيار ، وتبعهم على الإطلاق الشيخان أبو إسحاق^(٤) وأبو نصر والبغوي .

٣٩٧ - وقاعدة مذهبنا تقتضي أن يكون الأصح عدم الثبوت ، لإمكان

مشاهدة أسبابها^(٥) ، فإن الأصحاب اتفقوا قاطبة على أن العقود والفسوخ

(١) إذا أطلق إمام الحرمين الجويني والغزالي والمراد لفظ « القاضي » فإنهم يريدون القاضي حسين ، وقد سبق ترجمته في صفحة ٧٧ .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٤ / ب .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قطعاً ، وهو خطأ .

(٤) المهذب : ٢ / ٣٣٦ .

(٥) وهذا ما نقله النووي رحمه الله تعالى ، ولكنه أرفد ذلك بقوله : « قلت : الأصح عند المحققين والأكثرين

في الجميع الجواز والله أعلم » أ . هـ . وذلك أن مدتها تطول فتعسر إقامة البينة على ابتدائها فتمس الحاجة إلى إثباتها

بالتسامع ، (انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤٤٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٩ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٨)

لاتثبت بالاستفاضة ، لإمكان الاطلاع على مباشرها بمشاهدة أسبابها^(١) ، واستثنوا الملك والنسب للعجز عن معرفة أسبابه ، واختلفوا في الموت ، والأصح ثبوته ، وإن أمكن مشاهدته ، لكنه متعذر في العادة ، وقلما يكذب فيه ، فاشتهاره بمنزلة مشاهدته ، [٦٥ / أ] والوقف والنكاح والولاء يمكن الاطلاع على الواقف والمعق والمتعاقدين في النكاح ومشاهدتهم ، فلا حاجة إلى الاستفاضة فيها .

هذا تمام كلام الإمام فيما لا يثبت بالاستفاضة اتفاقاً ، وما يثبت اتفاقاً ، وما هو مختلف فيه خلافاً مشهوراً معدوداً من (المذهب)^(٢) .

إ عدم ثبوت الدين بالاستفاضة | :

٣٩٨ - وبقي علينا ذكر مسألة في ذلك ، وهو الدَّيْنُ ، ولا نعرف فيه خلافاً أنه لا يثبت بالاستفاضة إلا وجهاً غريباً بعيداً حكاه الهروي أنه يثبت بالاستفاضة ، وكنا نتهمه في نقله ، إذ لم نجد غيره حكاه ، حتى رأينا الشيخ أبا نصر - وكفى به ناقلاً - ذكر شيئاً يدل على خلاف في معرض الرد على أبي حنيفة رضي الله عنه ، قال : الملك المطلق تجوز الشهادة فيه بالسمع ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز كالدين^(٣) ، ثم قال راداً عليه : وأما الدَّيْنُ فأصحابنا لا يسلّمونه ، ثم عادَ سَلَمَ في الدَّيْنِ ، وشرع في الفرق ، فقولُه : أصحابنا لا يسلّمونه في الدين ، دليل على وقوع الخلاف فيه عندنا .

(١) في نسخة ف : مباشرها وأسبابها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المذاهب .

(٣) انظر آراء المذهب الحنفي في المراجع التالية : (فتح القدير والعناية : ٦ / ٢٥ ، درر الحكم : ٢ / ٣٧٤ ، جامع الفصولين : ١ / ١٧٠ وما بعدها ، رد المحتار : ٥ / ٤٧٠) ، وانظر آراء بقية المذاهب باختصار مع المراجع في رسالتنا (وسائل الإثبات : ١ / ٣٦ - ٣٧ ، أدب القاضي والقضاء ، أبو المهلب ، هيثم بن سليمان القيسي : ١٢٥) وقال النووي : « ولا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح » ، (الروضة : ١١ / ٢٧١) .

فليأخذ الناظرُ في كتابنا هذا هذه المسائلَ الحسنَةَ ، والوجوهَ الغريبةَ
المستحسنَةَ التي نستخرجها من كتبِ المذهب ، ونجهدُ أنفسنا في إظهارها ، كما
تراه ، صفواً عفوياً ، فربَّ ساعٍ لقاعيدٍ ، والأجرُ على الله ، جل ثناؤه ، وهو
المستعانُ ، وعليه التكلانُ .

☆ ☆ ☆

الفصل الثاني

في

تحمل الشهادة على مجهول عند الشاهد
وعلى المرأة المنتقبة بتعريف عدلين

الشهادة على معروف | :

٣٩٩ - المشهود عليه إن كانَ معروفاً عند الشاهد عيناً واسماً ونسباً ،
وتحمل شهادة عليه بقوله أو فعله ، أو فيما يثبت بالاستفاضة له وعليه ، فلا
إشكال في تحمل الشهادة في ذلك ، وكيفية الأداء سنذكره عقيب هذا الفصل في
فصل منفرد إن شاء الله (تعالى)^(١) .

الشهادة على مجهول | :

٤٠٠ - وإن كانَ المشهودُ عليه مجهولَ العين أو الاسم أو النسب عند الشاهد
فيجوزُ له أن يتحملَ شهادةً عليه بحلية يضبطها في الصَّك ، كقوله : أشهدُ
على رجلٍ ذكرَ أنَّه فلان بن فلان بن فلان^(٢) ، من البلد الفلاني ، ومن حليته
أنَّه أسودٌ أو أشقرٌ ، أو أدمٌ طويلٌ أو ربعةٌ أو قصيرٌ ، أفتى الأنف ، أشهلٌ أو
أكحلٌ ، ويذكرُ من صفاته اللازمة القائمة به التي لا تتغيرُ مع طوال الزمن ،
ومنها جَعودةُ الشعرِ ، وصهوبتهُ وسَبوطُهُ^(٣) ، وقيل : لا يحلى به ، لأنه قد

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وانظر فقرة ٤٠٨ صفحة ٣٨٢ .

(٢) في نسخة ف : ذكر أن اسمه فلان ابن فلان .

(٣) آدم : هو آدمُ أهله وأدنتهم ويمرك وإدامهم بالكسر أسوتهم ، ورجل مؤنم مبشر ، ككرم ، حاذق مجرب

جمع بين لين الأدمة وخشونة البشرة ، والأدمة بالضم في الإبل لون مُشرب سواداً أو بياضاً ، وهو البياض الواضح ، أو =

يَدَاوِي بما يغيره ، والأولُ أصح ؛ لأنه قد يُعرف المصنوعُ من الخلقِ ، وهكذا سوادُ الشعرِ وبياضةُ ، يُحلى به ، وقيل : لا يحلى به ، لأنه قد [٦٥ / ب] يبيضُ الأسودُ ، وَيَسْوَدُّ الأبيضُ ، والأولُ أصحُ ، لأنه لا يكادُ يخفى ما يتصنعُ له ^(١) ، ذكر ذلك الماوردي ^(٢) ، وكله تعمق في الكلام عندي .

[ضابط الحلية في تحمل الشهادة على مجهول] :

٤٠١ - وضابطة : أن ^(٣) يحلى بصفات لازمةٍ خلقيةٍ قائمةٍ به ، تُذكرُ الشاهدُ الشهادةَ التي تحملها على المشهودِ عليه ، متى طُلِبَ منه إقامتها ، بحضورِ من المشهودِ عليه ، والإشارةُ إليه ، فإنه لا تسمعُ الشهادةُ عليه إذا لم يُعرفه نسباً واسماً وعيناً في غيبته ، اعتماداً على الحلي .

وقد جرت عادةُ طائفةٍ من المُعدِّلين بتحمل الشهادة على مجهولٍ عندهم ، اعتماداً على حليةٍ يذكرها الكاتبُ الشرطي في الحجج ، ثم يقدمون على أدائها في غيبة المشهود عليه ، وشاهدنا جماعةً من الحكام يَسْمَعُونَ شهادتهم بذلك ^(٤) على الغائب المجهول بناءً على الحلية ، ويقبلونها ويعملون بها بمكاتبةٍ ينسبونها عنهم إلى سائر القضاة والحكام في بلاد الإسلام .

= في الضباء لون مُثرب بياضاً ، وأدمٌ ككرمٍ وعلمٌ فهو آدم ، (القاموس المحيط : ٧٣ / ٤) ، قنا الأنف : ارتفاع أعلاه واحديدابٍ وسطه ، وسبوغ طرفه ، أو تنموه وسط القصبه وضيق المنخرين ، هو أفتق وهي قنواء (القاموس : ٣٨٠ / ٤) ، الأشهل : هو الذي يوجد في حدقته حرمة ، وليست خطوطاً كالشكلة ، (القاموس : ٤٠٤ / ٣) ، السبط : تقيض الجعد ، وهو المسترسل ، (القاموس : ٣٦٢ / ٢) ، المصباح المنير : ١ / ٣٥٩) ، الصَّهْب : محرمة حرمة أو شقرة في الشعر ، شعر يخالط بياضه حرمة ، (القاموس : ١ / ٩٤) ، الصَّهْبَة والصهوبة احمرار الشعر والمذكر أصهب ، والأثقب صهباء ، (المصباح : ١ / ٤٧٧) ، وسيرد المزيد من ذلك في فقرة ٤٠٦ .

(١) في نسخة ف : ما ينصغ .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٩ / أ ، مخطوط .

(٣) في نسخة ف : أنه .

(٤) في نسخة ف : يسمونها منهم .

٤٠٢ - وعندنا أن هذا غير سائغ^(١) قطعاً ، وقد ذكرنا هذا بعينه في القاضي إذا تداعى عنده رجلان لا يعرفهما ، فسجّل على الحالفٍ منهما أو المقرِّ ، وأشبَعنا الكلامَ فيه هناك^(٢) ، وهو واردٌ ههنا ، فإنَّ الحاكِمَ ببلدِ بغدادَ مثلاً إذا شهد عنده شاهدان على رجلٍ مقرِّ بحقٍ لا يعرفانه عيناً ولا نسباً ، بل على رجلٍ ذكّرَ أنَّ اسمه محمدٌ بن عبد الله بن علي ، ومن حليته كذا وكذا وكذا ، فإذا سمعَ شهادتهما بذلك ، وحكَمَ على مقرِّ هذه صفته وحليته ، بإقراره بالحق المشهود به ، وأصدرَ من نفسه مكاتبةً حكيميةً ، مضمونها ذكرُ المقرِّ المجهولِ المحلى ، وذكرُ المقرِّ له ، وذكرُ الدين ، وتقلتِ المكاتبةُ الحكيميةُ إلى قاضي البصرة مثلاً ، فأحضرَ المقرِّ له المدعي رجلاً موصوفاً بهذه الصفة ، فادّعى عليه ، فأنكّرَ ، فأحلفه ، فحلفَ على عدم الاستحقاق عليه ، فإذا قابلَ الحاكِمُ بين الصفاتِ المذكورةِ في الكتابِ الحكيمِ ، وبين صفاتِ هذا المدعى عليه الآن ، فوجدها متفقةً ، والمدعى عليه منكرٌ ، زاعمٌ أنه ليس هو المذكور المحلى في الكتابِ الحكيمِ ، وإن كثيراً من الناس متشابهون في صفاتهم وحلامهم ، أيقال : إنَّ للحاكمِ ، المكتوبِ إليه ، إلزامَ هذا الموصوفِ بالحق الثابت عند القاضي الكاتب عند من هذه صفته ؟ أو يقال : له إلزامه السفرَ مع الخصم المدعي إلى بغداد ، وتكليفه ذلك ، ليحضرَ عند القاضي الكاتب ، ويستحضرَ الشاهدين ليشهدا على عينه كلاً ولما^(٣) ؟

٤٠٣ - هذا لاصائرٍ إليه عندهنا ، وقد رأينا الماورديَّ ذكّرَ في هذا الفصل كلاماً حسناً ، [٦٦ / أ] لم أره لغيره إلى الآن^(٤) ، فإنَّ ظفرتُ بغيره من الأئمة قال في هذا شيئاً زائداً على ما قاله ألحقتهُ بحاشية الكتاب إن شاء الله تعالى .

(١) في نسخة ف : شائع .

(٢) الفقرات ٢٦٢ - ٢٦٧ صفحة ٣٧٢ - ٣٧٧ .

(٣) أمُّ بالمعنى إذا عرفه ، ولمت شعثه لأم من باب قتل أصلحت من حاله ما تشعث ، (المصباح المنير :

٢ / ٦٦٧ ، القاموس : ٤ / ١٧٧) ، ومعنى قوله : كلا ولما أي جماعاً .

(٤) الحاروي ، له : ١٢ ق ١١٩ / أ ، مخطوط .

إقامة الشهادة على مجهول أو مجهول :

٤٠٤ - قال : أما الشهادة على من لا يعرفه الشاهد ، ولن لا يعرفه الشاهد ، يُنظر : إن كان ذلك في أدائها وإقامتها عند الحكم لم يجوز أن يشهد بها على من لا يعرفه ، ولا لمن لا يعرفه ، لأنَّ الجهل (بمعرفة)^(١) كل واحدٍ منها مانعٌ من صحة الشهادة ، كالجهل بمعرفة المشهود به (بعينه)^(٢) .

إمعرفة المشهود له وعليه :

٤٠٥ - وكال معرفة أن يعرفه بعينه واسمه ونسبه ، فإن عرفه بعينه دون اسمه ونسبه جاز في الحاضر ، ولم يجوز في الغائب^(٣) ، وإن عرفه باسمه ونسبه ، ولم يعرفه بعينه جاز في المشهود له ، ولم يجوز في المشهود عليه ، لأنه قد يجوز أن يتحملها لغائب ، ولا يجوز أن يتحملها على غائب .

إتحمل الشهادة على مجهول ومجهول :

٤٠٦ - أما إذا أراد أن يتحمل الشهادة على من لا يعرفه ، ولن لا يعرفه ، فقد اختلف الناس في جوازه ، فمنع منه قوم ، لأنَّ المقصود بالشهادة أدائها ، ومع الجهالة لا يصح ، فصار الشاهد غاراً ، وقال قوم : يكلف المقر أن يأتيه بمن يعرفه ، ثم يشهد عليه بعد التعريف ، ولا يشهد عليه قبله ، والذي عليه الجمهور أنه يجوز أن يشهد على من لا يعرفه ، ولن لا يعرفه ، إذا أثبت صورتها ، وتحقق أشخاصها ، وإن لم يرها قبل

(١) اللفظ من نسخة ف ، وهو الموافق لنص الماوردي في (الحاوي : ١٢ ق ١١٩ / أ) . وفي الأصل : لمعرفة .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وهذه الزيادة ليست موجودة في كلام الماوردي ، وعبارته : كالجهل بمعرفة

المشهود فيه .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٧ ، شرح المحلى على المنهاج : ٤ / ٣٢٧ .

الشهادة ، فإن أرادَ الشاهدُ (إقامتها)^(١) ، وعرفَ عندَ أدائها شخصَ المشهودِ عليه ، والمشهودِ له بأعيانها ، صحَّ منه (إقامتها)^(٢) ، مع الجهالة باسمها ونسبها ، وإن خفيَ عليه أشخاصها ، واشتبهت عليه أعيانها لم يجز (له)^(٣) إقامتها .

فهذا ما ذكره الماوردي^(٤) وهو في غاية الحسن والفقہ .

ثم قال عقيب^(٥) هذا متصلاً به : أما تحلية المشهودِ عليه إذا كان مجهولاً فقد أوجبها قوم ، لأنها تؤدي إلى المعرفة ، ومنعَ منها آخرون لاشتباهاها ، والجمهور أنها استظهارٌ باعثة على التذكرِ كالخطِ الذي يُراد لتذكر الشهادة ، ولا يُعولُ عليه في الأداء^(٦) .

ثم ذكر بعدَ هذا الصفاتِ التي يُحلى المقرُّ بها كالطولِ والقصرِ واللونِ والكُحلِ والشُّهولة والشُّكْلة ، وهي كميةُ الحرة في بياض العين ، قال : (وقد)^(٧) روي أن النبي ﷺ كان في عينه شُكْلة^(٨) ، وجعودةُ الشعرِ وصهوبته

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إقامتها ، وفي الحاوي : إقامتها .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) الحاوي : ١٢ ق ١١٩ / أ .

(٤) لفظ عقيب خطأ شائع مشهور بين الفقهاء ، والصواب عقب ، وتستعمل بمعنيين ، فيها معنى الظرفية ، أحدهما : بمعنى المتابعة والموالاتة ، والثاني : إدراك جزء من المذكور معه ، أما لفظ عقيب فهو اسم فاعل من قولهم عاقبه معاقبة وعقبه تعقيباً فهو معاقب ومُعقب وعقيب ، إذا جاء بعده ، قال الأزهري : والليل والنهار يتعاقبان ، كل واحد منهما عقيب صاحبه ، والسلام يعقب التشهد أي يتلوه فهو عقيب له ، قال الرافعي : فقول الفقهاء يفعل ذلك عقيب الصلاة ونحوه بالياء لا وجه له إلا على تقدير محذوف ، والمعنى في وقت عقيب وقت الصلاة ، فيكون عقيب صفة وقت ، ثم حذف من الكلام حتى صار عقيب الصلاة (المصباح المنير : ٢ / ٥٧٢ - ٥٧٥) .

(٥) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٩ / أ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قد .

(٨) حديث صحيح رواه مسلم والترمذي عن جابر بن سمرة بلفظ : كان رسولُ الله ﷺ ضليح النَم ، أشكل

العين ، منسوس العقبين ، قال النووي : إن الشُّكْلة حمرة في بياض العينين ، وهو محمود ، والشهلة بالهاء حمرة في سواد العين ، وقال ابن الأثير : أي في بياضها شيء من حمرة ، وهو محمود محبوب ، يقال : ماء أشكل إذا خالطه الدم ، =

وسبوطته ، وبياضة وسواده ، وذكر فيها^(١) خلافاً سبق ذكره^(٢) ، وذكر خلافاً في التحلية بالصم ، وجوز^(٣) التحلية بالأسنان [٦٦ / ب] والأضراس وعددها ، وبالكلام وما فيه من لثغ^(٤) وتممة^(٥) وفأفة^(٦) ، وما في اللسان من عجلة وثقل ، وكل ذلك حسن^(٧) .

خرج من هذا كله أنّ من شهد على من لا يعرفه بجمليّة وصفة كانت الحلية مذكرة له كالخط ، فلا يجوز اعتمادها أصلاً ، إنما المعتمد هو ذكر الشهادة ، والعلم بأن هذا الحاضر هو المقرّ ، ففي غيبته لاتسع الشهادة عليه ممن لا يعرفه أصلاً ، وفي حضرته تسع إذا ذكرها الشاهد ، وحقق أنّ هذا الحاضر المنكر الآن هو المشهود عليه المقرّ أولاً بعينه^(٨) .

[الشهادة على المرأة المنتقبة] :

٤٠٧ - أما الشهادة على المرأة المنتقبة فلا تجوز^(٩) من غير تعريف أصلاً^(١٠) ، وهل يجوز بتعريف عدلين رأياها غير منتقبة ، وعرفاها عيناً واسماً

(١) انظر : شرح النووي على مسلم : ١٥ / ٩٢ ، تحفة الأحوذى : ١٠ / ١٣٠ ، النهاية في غريب الحديث : ٢ / ٤٩٥ .

(٢) في نسخة ف : فيها .

(٣) فقرة ٤٠٠ وما بعدها .

(٤) في نسخة ف : وجواز .

(٥) لثغ لثغاً من باب تعب فهو لثغ والمرأة لثغاء ، واللثغة وزان غرفة حبة في اللسان حتى تصير الراء لماً أو غيناً ، أو السين ثاء ونحو ذلك ، قال الأزهرى : اللثغة أن يمدل بحرف إلى حرف ، (انظر : المصباح المنير : ٢ / ٧٥٣) .

(٦) تتم الرجل إذا تردد في الثاء ، فهو تتمام ، وقال أبو زيد : هو الذي يعجل في الكلام ، ولا يفهمك ، (انظر : المصباح المنير : ١ / ١٠٧) .

(٧) الفأفة : مردد الفاء ومكثره في كلامه ، (القاموس المحيط : ١ / ٢٣ ، المصباح المنير : ٢ / ٦٦٢) .

(٨) انظر : الحاوي : ١٢ ق ١١٩ / أ ، مخطوط .

(٩) انظر : نهاية المحتاج ، للرملي : ٨ / ٣١٧ .

(١٠) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يجوز .

(١١) سبق ذكر ذلك في فقرة ٣٨٢ ، وانظر المراجع المشار إليها .

ونسباً؟ فيه خلاف^(١) مبني على أن التسامع من عدلين كافٍ في ثبوت النسب^(٢).

وكان الشيخ القفال لا يرى الشهادة على المنتقبة بتعريف عدلين ، واستشهد مرة على امرأة منتقبة بتعريف عدلين ، فكتب بخطه : أشهدني فلان وفلان أن فلانة بنت فلان بن فلان أقرت بكذا وكذا ، ظنَّ المشهود له أنه شهد على المرأة ، فلما طلب منه أداء الشهادة عليها قال : كيف أشهد؟! والشاهدان في السوق ، يعني أن شهادتي لم تكن على المرأة ، بل شهدت على شهاة المعرفين بالمرأة ، فصرت فرعاً ، وهما حاضران في السوق^(٣) ، فلا تسمع شهادتي على شهادتها مع حضورها .

وميل الشيخ أبي محمد إلى جواز تحمل الشهادة على المرأة المنتقبة بالتعريف ، للحاجة إلى ذلك ، لابناءً على ثبوت النسب بالتسامع من عدلين ، إذ لم يكن يراه ، بل لضرورة الناس إليه في مدايناتهم .

وقال الهروي : ذكر الشيخ أبو محمد أنه يُكتفى بمعرفٍ واحدٍ ، يعرفُ بالمرأة في تحمل الشهادة عليها ، لأنه إخبارٌ ، وليس بشهادة .

وعند الشيخ القفال طريقٌ تحمل الشهادة على المرأة كشفٌ وجهها ، والنظر إليها ، وحفظٌ حليتها ، ثم عند أداء الشهادة (تحضُّر^(٤) المرأة ،

(١) الراجح أنه لا يجوز تحمل الشهادة على المرأة المنتقبة بتعريف عدل أو عدلين كما عبر عن ذلك النووي رحمه الله ، ثم قال : والعمل على خلافه ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٨ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٢٧ ، الروضة : ١١ / ٢٦٤) .

(٢) وهو الرأي المرجوح في المذهب ، انظر : فقرة ٣٩٣ .

(٣) في نسخة ف : البلد .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يحضر .

(وتكشف)^(١) وجهها ثانياً^(٢) ، فإن عرفها أنها هي المشهود عليها أولاً ، شهدَ عليها ثانياً ، مشيراً إليها ، وإلا سكت ، وإن استرابَ القاضي عند أداء الشاهدِ الشهادةَ منه ، ونسبه إلى جهلٍ أو مسامحةٍ ، فله أن يمتحنه بإحضارِ نسوةٍ معها في قَدِّها وكِسوتها ، ويكلفُ الشاهدَ تمييزَها عن (الباقياتِ)^(٣) ، فإن لم يميزها لم تُسمع شهادتهُ ، فعَل ذلك القاضي أبو عاصم ، هكذا ذكره الإمام .



(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ويكشف .

(٢) ذكر النووي والخطيب الشريفي هذه الأقوال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٧ ، الروضة : ١١ / ٢٦٤) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الباقيات .

الفصل الثالث

في

كيفية أداء الشاهد الشهادة

أشروط قبول الشهادة | :

لاتقبل شهادة [٦٧ / أ] الشاهد في الحقوق المالية إلا بشروط :

٤٠٨ - أحدها : تقدّم الدعوى بالحقّ المشهود به .

٤٠٩ - وثانيها : استدعاء المدعي أداءها من الشاهد .

٤١٠ - وثالثها : إصغاء الحاكم إليه واستماعه^(١) منه .

وهل يشترط في صحة سماعها إذن الحاكم له في الأداء ، هذا عندنا فيه نظر ظاهر ، وهو من الأدب الحسن .

وقال القاضي أبو الطيب : لا يأمر الحاكم الشاهد بإقامة الشهادة ، بل يقول : من كان عنده شيء فليقله .

٤١١ - ورابعها : لفظة « أشهد » ، ولا بدّ منها بعينها ، ولا يقوم غيرها مقامها ، كقوله « أعلم ، أو أتحقق ، أو أجزم » على الصحيح من المذهب^(٢) .

وحكى الإمام فيه وجهاً بعيداً أنه لاتتعين لفظة « أشهد » ، ويقوم غيرها

(١) في نسخة ف : في استماعه .

(٢) انظر : نهاية المحتاج : ٤ / ٢٩٢ ، إعانة الطالبين ، السيد البكري : ٤ / ٣٠٣ ، حاشية الشراوي على شرح

التحرير : ٢ / ٥٠٢ ، وسائل الإثبات : ١ / ٨٩ ، وانظر فقرة ٣٧٨ صفحة ٣٦٠ .

مقامها ، مما يؤدي معناها ، وهذا الوجه وإن كان منقاساً من طريق المعنى ، لكنه بعيد جداً لا يعدُّ من المذهب ، فلا يعتد به ، لأنَّ باب الشهادة مائلٌ إلى التعبدِ ، فالقياس دَخيلٌ فيه في بعضِ المواضع ، ولم أرَ أحداً حكى هذا الوجه غيرَ الإمام .

٤١٢ - وخامسُها : أن يقتصرَ في شهادته على ما ادَّعاه المدعي ، احترازاً عما إذا ادَّعى عليه بألفِ درهمٍ ، فشهدَ الشاهدُ عليه بألفين ، لم تثبت الزيادةُ على الألفِ المدعى بها قولاً واحداً ، وهل تثبتُ الألفُ المدعى بها ؟ فيه قولان يُبنيان^(١) على أنَّ من جمع في شهادته بين ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، هل تبطلُ في الكلِّ ؟ أو تقبلُ فيما يجوزُ ؟ وتبطلُ فيما لا يجوزُ ؟ فيه قولان تفريق الصفة .

فإن قلنا : لا تقبلُ في الألفِ المدعى بها ، هل يصيرُ مجروحاً^(٢) في الشهادةِ بها ؟ حتى لا يقبلُ فيها لو عادَ شهدَ بها مقتصرأً عليها ، هل تسمعُ ؟ فيه خلاف .

قال الإمامُ : ولا خلافَ أنه لا يصيرُ مجروحاً في غير هذه الشهادةِ .

٤١٣ - وسادسُها : أن يؤدي كلُّ شاهدٍ ما تحمَّله من الشهادةِ ، مُصرِّحاً به في لفظه ، وإن زاد عددهم على شاهدين ، حتى لو شهدَ واحدٌ شهادةً صحيحةً ، صرَّحَ فيها بما تحمَّله ، وأداها أداءً شرعياً صحيحاً ، فقالَ الشاهدُ الآخرُ : أشهدُ بمثلِ ما شهدَ به^(٣) هذا الشاهدُ ، لم يسمع ، بل لا بد من تصريحه بما تحمَّله وقتَ الأداء .

(١) في نسخة ف : يبنيان .

(٢) في نسخة ف : مجروحاً .

(٣) العبارة في نسخة ف : أشهد بمثل شهادة .

صَحَّ بِذَلِكَ الْمَاورِدِي ، قَالَ : لِأَنَّ^(١) هَذَا إِخْبَارٌ ، وَلَيْسَ بِأَدَاءٍ ، وَهُوَ كَلَامٌ صَحِيحٌ حَسَنٌ .

٤١٣ / ٢ - وَعِنْدِي : أَنَّ قَوْلَ الشَّاهِدِ عِنْدَ الْأَدَاءِ : أَشْهَدُ^(٢) بِمَا وَضَعْتُ بِهِ خَطِي ، لَا يُسْمَعُ^(٣) أَيْضًا ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ تَصْرِيحِهِ بِمَا شَهِدَ بِهِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ .

٤١٤ - وَسَابُعُهَا : أَنَّ يَنْقَلِ الشَّاهِدُ مَا^(٤) سَمِعَهُ أَوْ رَأَاهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، مِنْ إِقْرَارِهِ أَوْ بَيْعِهِ أَوْ إِتْلَافِهِ أَوْ قَبْضِهِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَقُولُ فِي الْإِقْرَارِ : أَشْهَدُ عَلَى إِقْرَارِهِ ، أَوْ حَضَرْتُ الْعَقْدَ بَيْنَهُمَا ، أَوْ [٦٧ / ب] عَايَنْتُهُ أَتْلَفَ ، ثُمَّ الْحَاكِمُ بَعْدَ ذَلِكَ يُرْتَبِئُ الْحَكَمَ عَلَى ذَلِكَ ، إِذَا وَجِدْتَ شَرَايِطَهُ عِنْدَهُ .

فَلَوْ قَالَ الشَّاهِدُ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذَا يَسْتَحِقُّ فِي ذِمَّةِ هَذَا دَرَاهِمًا ، هَلْ تُسْمَعُ هَذِهِ الشَّهَادَةُ ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ ، الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا تُسْمَعُ وَيَعْمَلُ بِهَا ، وَالثَّانِي : لَا تُسْمَعُ ، لِأَنَّ هَذَا مِنْ وَظِيفَةِ الْحَاكِمِ ، وَالثَّلَاثُ : إِنْ كَانَ الشَّاهِدُ مَتَذَهِّبًا بِمَذْهَبِ الْقَاضِي سَمِعَتْ ، وَإِلَّا فَلَا .

أ | صِيغَةُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْإِقْرَارِ |

٤١٥ - ثُمَّ أَعْلَمُ أَنَّ الشَّاهِدَ إِذَا كَانَ شَهِدَ عَلَى مَقْرٍ أَقْرَّ عِنْدَهُ بَدِيْنٍ لغيره ، أَوْ أَقْرَّ بِبَيْعٍ أَوْ شَرَاءٍ أَوْ غَيْرِهِ ، فَلِيَكْتُبُ فِي رَقْمِ شَهَادَتِهِ : أَشْهَدُنِي الْمَقْرُ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ ، أَوْ بِمَا أَقْرَبَهُ ، وَلِيُؤَدِّ الشَّهَادَةَ كَذَلِكَ ، وَقَدْ شَاهَدْنَا جَمَاعَةً مِنَ الشُّهُودِ الْمُتَصِفِينَ بِالْعِلْمِ يَكْتُبُ فِي رَقْمِ شَهَادَتِهِ : أَشْهَدُ عَلَى إِقْرَارِ الْمَقْرِ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ^(٥)

(١) فِي نَسَخَةِ ف : إِنْ ، انْظُرْ : الْحَاوِي : ١٢ ق ١٢٠ / ب .

(٢) فِي نَسَخَةِ ف : شَهِدْتُ .

(٣) فِي نَسَخَةِ ف : لَا تُسْمَعُ .

(٤) وَهِيَ تَقْصُ عِدَّةَ أَسْطُرٍ مِنْ نَسَخَةِ ف ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا بَعْدَ صَفْحَتَيْنِ .

(٥) فِي نَسَخَةِ ف : فُلَانِ ابْنِ فُلَانِ ابْنِ فُلَانِ .

بذلك ، أو بضمونِ هذا الكتاب ، ويؤدي شهادته عند الحاكم بذلك^(١) ، وهو عندنا بعيدٌ عن الصواب ، لأنَّ إقرارَ المقرِّ مشهودٌ به ، والمقرُّ هو المشهود عليه ، فقوله : أشهدُ على إقرارِ زيدٍ ، غيرُ صحيح ، لأنَّ إقرارَ زيدٍ ليس مشهوداً عليه ، بل زيدٌ هو المشهود عليه ، وإقراره مشهودٌ به ، فالصواب أن يقولَ : أشهدني زيدٌ على نفسه بما أقرَّ به^(٢) .

وهذا (قلَّ)^(٣) من يتنبه له في زمننا هذا إلا من له قَدَمٌ راسخٌ في هذا العلم ، ووقَّ ق^(٤) له ، وليس سببه إلا الغفلة عن هذا العلم ، والإعراض عن طلب الحقائق فيه ، وإلا فغيرُ هذا أدقُّ معنى منه ، وأغوص (مما)^(٥) يعرفه الفقيه .

كيفية الشهادة على عقد :

٤١٦ - هذا إذا كان الشاهد شهيداً على إقرارٍ مقرِّ بحقٍ ، أما إذا كان حضرَ عقداً ، جرى بين متعاقدين من بيعٍ أو ارتهانٍ أو سلمٍ أو إجارةٍ أو نكاحٍ ، فليقل مؤدياً : حضرت مجلسَ (عقدٍ)^(٦) البيعِ أو النكاحِ بينهما ، وهو كذا وكذا ، ويصفه ، وأشهدُ عليهما به ، ولا يقل : أشهدُ على إقرارها بالعقد ، (إذ)^(٧) لم يكونا (أقرأ)^(٨) عنده بالعقد بعد جريانه وحضوره مجلسه .

(١) العبارة في نسخة ف : ويؤدي عند الحاكم كذلك .

(٢) انظر نقل ابن السبكي في (طبقات الشافعية الكبرى : ٨ / ١١٦) ، وأنه يعتبر ذلك من المسائل الغريبة المنقولة عن المصنف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أقل .

(٤) في نسخة ف : وقوة له .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيما .

(٦) اللفظ من هامش الأصل .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إذا .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إقراراً ، وهو تصحيف .

ولو شهد على إقرارها بالبيع ، ولم يكونا (أقرأ)^(١) عنده به ، بعد عقده بمشهد منه ، لم تسمع شهادته قطعاً ، لأنه إذا حضر الشاهد قولَ البائع : بعتك كذا بكذا ، فقال المشتري : قبلتُ أو اشتريتُ ، فلفظُ كلِّ واحدٍ منهما شقٌّ للبيع ، وبقولها الذي هو عبارة عن إيجاب وقبول التأم العقد ، ووجدَ وحصلَ ، فليس قولُ كلِّ واحدٍ منهما (إقراراً)^(٢) ببيع ، ولا مجموع قولها (إقراراً)^(٣) ببيع .

نعم ، إن كان الشاهد حضرَ العقدَ الجاري بينهما ، ثم بعدَ ذلك أقرأ عنده بجريان التبايع^(٤) منها ، كان له [٦٨ / أ] أن يشهد بجريان العقدِ بينهما ، وله أن يشهد على إقرارها بالتبايع الذي جرى بينهما ، مع استغناؤه عن الشهادة (على)^(٥) الإقرار بشاهدته العقدَ ، وحضوره مجلسه ، فإن الشهادة بجريان العقد أقوى من الشهادة على الإقرار ، فإن من أقر ببيع ، ثم قال : أقرتُ به ، ولم يكن (قد)^(٦) جرى مني ، لكنني أقرتُ به ظاهراً ، وطلبَ إحلافَ مدعيه^(٧) على وقوعه ، كان له ذلك على رأي ، ولا يأتي هذا في الشهادة على جريان صورة العقد .

| صيغة أداء الشهادة على العقد |

٤١٦ / ٢ - عُذْنَا إِلَى صِيغَةِ آدَاءِ الشَّهَادَةِ مِنْ حَضَرَ الْعَقْدِ الْجَارِي بَيْنَ مَتَاعِدِينَ ، فَإِذَا انْعَقَدَ نِكَاحٌ بِحُضُورِ شَاهِدِينَ ، قَالَ الشَّاهِدُ مُؤَدِّياً شَهَادَتَهُ بَعْدَ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إقراراً ، وهو تصحيف .

(٢) في نسخة الأصل : إقرار ، وهو خطأ نحوي من الناسخ ، وكذا في نسخة ف .

(٤) في نسخة ف : البيع .

(٥) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : عن ، والجملة كلها ساقطة من نسخة : ف .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٧) في نسخة ف : المدعي .

سبق الدعوى : حضرتُ العقد ، أو مجلسَ العقد الجاري بين المزوجِ والزوجِ^(١) المذكورين ، وأشهدُ به ، ومن الناس من يقولُ في شهادته : أشهدُ أنّي حضرتُ العقدَ ، واللفظُ الأولُ أصوبُ ، ولا يبعدُ تصحيحُ اللفظِ الثاني ، وهو قريبٌ من الخلافِ في لفظِ شهادةِ المرضعة على الإرضاع فقط ، فإنّ شهادتها تُقبلُ على فعلِ نفسها ، إذا لم تدعُ أجرَةً ، قولاً واحداً ، مع اختلافِ أصحابنا في كيفية لفظها .

| صيغة شهادة المرضعة | :

٤١٧ - فالذهبُ أنّها تقولُ : أشهدُ أنّي أرضعته ، أو أشهدُ أنّه ارتضع مني ، ولا فرق بينهما^(٢) .

وقال الفوراني : بل تقولُ : أشهدُ أنّه ارتضع مني ، ولا تقلُ : أشهدُ أنّي أرضعته ، لفساد الصيغة .

| صيغة الشهادة على النكاح والهلل | :

٤١٨ - ونظيره في النكاح أن يقولَ : إنّ هذا العقدَ الجاري بين الولي المزوجِ وبين الزوجِ ، عُقدٌ بمشهدي أو حضوري .

ومثلُ هذا شهادةُ المرء برؤيةِ الهلالِ ، فإنّ شهد أنّ هذه الليلةَ أولُ ليلةٍ من شهرِ رمضان ، أو أنّ الغدَ أولُ يومٍ من شهرِ رمضان ، اكتفي به استناداً إلى رؤيةِ الهلالِ .

وإنّ قالَ : أشهدُ أنّي رأيتُ (هلالَ شهرِ رمضانَ هذا)^(٣) ، هذه السنة في

(١) في نسخة ف : والمزوج .

(٢) سبق بيان ذلك فقرة ١٤٤ صفحة ١٨١ ، وستأتي فقرة ٥٦٥ .

(٣) في نسخة الأصل تقديم وتأخير وهي : هلال هذا شهر رمضان ، وكذا في نسخة ف .

هذه الساعة ، أو وقتَ المغرب ، أو في هذا النهار ، ففيه النظرُ (المتقدم)^(١) ذكره .

وإن قال : رأيتُ هلالَ شهرِ رمضانَ هذا ، من هذه السنة ، في وقت كذا ، وبذلك أشهدُ ، قُبِلَ .

[تحمل الشهادة على مقر] :

٤١٩ - أما إذا سمعَ رجلٌ رجلاً يقولُ : لزيدِ عليٌّ درهمٌ ، ولم يشهدهُ على نفسه ، فالمذهبُ أنَّ له أن يشهدَ بما سمعه منه ، وقال أبو إسحاق المروزي : لا يشهدُ على المقرِّ ما لم يُضفه إلى سببٍ ، من إتلافٍ أو ضمانٍ أو قرضٍ أو ثمنٍ مبيعٍ أو غير ذلك .

فإذا فرَعنا على المذهب ، فليقلُ في شهادته عند أدائها : أشهدُ أنَّ فلاناً أقرَّ لزيد بكذا ، (ولا يقل)^(٢) : أشهدني على نفسه ، لأنَّه يكونُ كاذباً ، وهكذا إذا أضافه إلى سببٍ ، [٦٨ / ب] فليقل : أشهدُ أنَّ فلاناً أقرَّ لزيدِ بدرهمٍ من جهة كذا ، ولا يقلُ : أشهدني على نفسه .

وكذلك إذا قالَ مقرُّ لشاهدٍ : أشهدُ عليَّ لزيدِ بدرهم ، فسمعه شاهدٌ آخر يُشهدُ على نفسه لذلك^(٣) الشاهدِ ، ولم يُشهد السامعَ على نفسه ، فيجوزُ للشاهدِ السامعِ الذي لم يُشده على نفسه .

٤٢٠ - وأظنُّ أن أبا إسحاق يوافقُ في هذه المسألة بخلاف المسألة الأولى ، والفرقُ بينهما ظاهرٌ ، فليقل ، والحالةُ هذه ، في الأداء : أشهدُ أنَّ فلاناً أقرَّ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المقدم .

(٢) العبارة من نسخة ف . وفي الأصل : ولا يقول .

(٣) في نسخة ف : ذلك ، وانظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦ / ٨ ، حيث نقل هذه المسألة عن المصنف .

لزید بدرهم ، أو أشهد (أنه أشهد)^(١) على نفسه لزید بدرهم ، ولا يقل :
 أشهدني على نفسه لزید بدرهم ، لأنه يكون كاذباً ، وعلى العبارة التي لم
 نستصوبها ، وهي قولُ الشاهدِ : أشهدُ على إقرارِ فلانٍ لفلانٍ بكذا ، إن
 صحَّها مصحَّح^(٢) أغنتُ في هذه المسائلِ ، فإن قوله : أشهدُ على إقراره بكذا
 (يشملُ)^(٣) ما أشهده به على نفسه مخاطباً له ، وما لم يشهده به على نفسه في
 الصورتين السابقتين ، ويصدق في قوله في الكلُّ : أشهدُ على إقراره بكذا .

أ | تحمّل الشهادة على الحاكم :

٤٢١ - أما إذا قالَ الحاكمُ في مجلسِ حكمه لرجلٍ : أشهدُ عليّ بكذا ، ولم
 يُخاطبُ غيره ، فلمن سمعه ، ممن لم يُخاطبه بالإشهادِ ، أن يشهدَ عليه بما سمعه
 عند حاكمٍ آخر^(٤) .

وكيفيةُ الأداء أن يقولَ : أشهدُ أنّ الحاكمَ فلاناً أشهدَ على نفسه في مجلس
 حكمه (رجلاً)^(٥) بكذا ، (ولا)^(٦) يقل : أشهدني على نفسه بكذا .

أ | الشهادة على شاهد الأصل :

٤٢٢ - وكذلك شاهدُ الأصل إذا قال لشاهدٍ فرعٍ ، أشهدُ على شهادتي ،
 (أي)^(٧) أشهدُ بكذا ، فلشاهدِ الفرعِ عند الأداء أن يقولَ : أشهدني فلانٌ على
 شهادته : أنه يشهدُ بكذا ، وله أن يقولَ : أشهدُ أن فلاناً أشهدَ على شهادته أنه

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) في نسخة ف : فصّح .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يشتمل .

(٤) في نسخة ف : الحاكم الآخر .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو لا .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو .

يشهدُ بكذا ، فلو أنَّ شاهدَ أصلٍ شهدَ عند حاكمٍ في مجلسٍ حكمه على رجلٍ بحقٍ ، وأدى شهادته (عليه)^(١) بذلك الحق ، فلكل من سمعه يُؤدى شهادته عند الحاكم بذلك ، أن يشهد على شهادته أنه يشهدُ بكذا ، لكنَّ صيغةَ شهادته أن يقولَ : أشهدُ أنَّ فلاناً يشهدُ على فلانٍ بكذا ، أو أشهدُ أنَّ فلاناً شهدَ عند الحاكمِ فلانٍ على فلانٍ المقرِّ بكذا ، ولا يقلُّ : (أشهدني)^(٢) على شهادته ، خوفاً من الكذب ، وسنذكرُ هذا ، والنقولُ فيه ، وما عندنا عليه من المسائلِ المتحملة في فصلِ الشهادة على الشهادة إن شاء الله تعالى^(٣) .

[السؤال عن تفصيل الشهادة] :

٤٢٣ - ولهذا الفصلِ خاتمةٌ تجرى مجرى قاعدةٍ فيه ، وهو أنَّ من شهدَ عند الحاكمِ بحقٍ ، فسأله الحاكمُ عن مستندِ شهادته وكيفيتها ، وهل يعرفُ المشهودَ عليه عينا أو اسماً أو نسباً^(٤) ، أو يعرفُ مجموعَ ذلك ، إن كانَ الشاهدُ فقيهاً لم يلزمه التفصيلُ ، [٦٩ / أ] ولا يُستحبُّ للحاكمِ سؤاله إذا علم عدالته وعلمه وتيقظه^(٥) ، وإن كان جاهلاً أو توهم من الفقيه غفلةً ، دلتُ عليها قرينةٌ حالٍ ، (أو ارتاب)^(٦) الحاكمُ في ذلك سألَه ، ويجبُ على (الشاهد)^(٧) تفصيلُ ما سألَه عنه ، فإن امتنعَ مع جهله توقفَ الحاكمُ في الإمضاء بشهادته ، فلو ماتَ الشاهدُ قبلَ التفصيلِ ، هل يتوقفُ ؟ فيه خلافٌ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : علي .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأشهدني .

(٣) فقرة ٤٢٤ وما بعدها .

(٤) في نسخة ف : عينا واسماً ونسباً .

(٥) في نسخة ف : ويقظته .

(٦) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وارتاب .

(٧) اللفظ من هامش الأصل .

إ ذكر مستند الشهادة] :

٤٢٤ - ثم اعلم أن الشاهد لا يجوز له ذكر مستند شهادته من غير سؤال الحاكم واستفصاليه منه ، فيما يكون مستند شهادته فيه الاستفاضة ، أو التصرف والبناء والتهديم^(١) في الأملاك .

فإن ذكر المستند ، بأن قال : أشهد بالاستفاضة أن هذه الدار ملك زيد ، لم تقبل شهادته على الأصح ، لأن ذكر المستند يخرم الجزم بشهادته^(٢) .

وكذلك لو قال : أشهد أن هذه الدار ملك زيد ، لأني رأيت يتصرف فيها مدة طويلة بالبناء والتخريب والإسكان والإيجار بغير مانع ، مع شيوع ملكيته لها بين الناس ، فكل هذا يبطل شهادته إذا ذكره ؛ لأن ذكره للمستند^(٣) يشعر بعدم جزمه بالشهادة ، إذ لو كان العلم أو غلبة الظن حصل عنده بالملك لزيد بهذه الأسباب والمستندات لجزم بالشهادة بالملك ، فشرطه أنه^(٤) لا يشهد مالم يحصل له إما علم أو غلبة ظن ، مستنده حصول هذه الأسباب عنده ومشاهدته^(٥) لها وسماعه وغير ذلك ، فمضى حصوله ذلك أقدم على الشهادة باتاً جازماً بالملك .

وقد يحصل العلم للشاهد بقرائن لا يمكن التعبير عنها باللفظ ، بأن هذه الدار ملك زيد ، ويجزم بذلك ، ولو أراد أن يعبر عن القرائن التي حصل العلم

(١) في نسخة ف : والتهدم .

(٢) نقل ابن السبكي هذه المسألة عن المصنف ، ثم قال : وهذا خلاف غريب ، (طبقات الشافعية الكبرى : ١١٦ / ٨) وفضل العلماء في هذه المسألة بين حالتين ، فإن صرح بذكر المستند على وجه الريبة والتردد فلا تقبل ، وإن ذكره للتقوية أو لحكاية الحال فتقبل ، ونقل العلماء كلام ابن أبي الدم رحمه الله السابق ، وقيدوه بما سبق . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠) .

(٣) في نسخة ف : لأن ذكر المستند .

(٤) في نسخة ف : أن .

(٥) في نسخة ف : عند مشاهدته .

له بذلك بها لم يجز إليه سبيلاً^(١).

[مستند الشهادة بالرضاع] :

٤٢٥ - وهذا كالشهادة في الرضاع ، فإنه إذا شاهدَ التقامَ الصغيرِ ثدي أمه ، وتجرُّعهَ للبنها بخفق أوداجه^(٢) ، وتحرَّك حنجرتِه ، وحفَّ ذلك قرائنُ ، قطع بها بوصولِ اللبنِ إلى جوفه ، فليشهدُ أنَّ بينهما رضاعاً محرَّماً ، (ويذكر)^(٣) شروطه من الوقتِ والعددِ ، وهل يشترطُ ذكرُ وصولِ اللبنِ إلى الجوفِ^(٤) ؟ فيه خلافٌ .

فلو قال : أشهدُ أنَّ بينهما رضاعاً محرماً ، لأنني رأيتُ الصبيَّ قد التقمَ ثديها وامتص لبنها ، لأنني رأيتُ أوداجه تخفقُ ، وحنجرتِه تتحركُ ، وكذا وكذا ، لم تسمعُ شهادته مع ذكر المستند على الأصح ، لما ذكرناه .

فمتى سأله الحاكمُ عن مستندِ شهادته بذلك وجب عليه التفصيلُ إذا كان جاهلاً .

٤٢٦ - ورأيتُ للهرويَّ شيئاً بدعاً لم أره لغيره ، قال : إذا قال الشاهدُ : أشهدُ أنَّ هذه [٦٩ / ب] الدارُ في يد زيدٍ يتصرفُ فيها تصرفَ المالكين^(٥) في أملاكهم ، فيه خلافٌ ، منهم من قال : لا تسمع هذه الشهادة في ثبوتِ الملكِ ،

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٠ ، الروضة : ١١ / ٢٧٠ وما بعدها ، حاشية الجمل على شرح المنهج : ٥ / ٣٩٨ .

(٢) جمع وُدَج بفتح الدال ، والكسر لفة ، والوُدجان عرقان غليظان يكتنفان ثُغرةَ النحرِ يميناً ويساراً ، وهو عرق الأخدع الذي يقطعه الذابغ فلا تبقى معه حياة ، (المصباح المنير : ٣ / ٨٩٨) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو يذكر .

(٤) في نسخة ف زيادة ، وهي : ليشهد بأن بينهما رضاعاً محرماً .

(٥) في نسخة ف : الملاك .

ومنه من قال : تَسْمَعُ وتَقْدَمُ على بينةٍ مدعيها الخارجي ، إذا شهدت له بالملك فقط ، قال : لأنه قد تضمنت هذه الشهادة الشهادة لذي اليد باليد والملك .

وعندي أن الأصح أنها لا تسمع في ثبوت الملك أصلاً^(١).

الشهادة بالاستحقاق :

٤٢٧ - وقد شاع في لسان أئمة المذهب أن الشاهد إذا شهد باستحقاق زيد على عمرو درهماً مثلاً ، هل تسمع هذه الشهادة فيه وجهان ، فالمشهور^(٢) فيما بينهم أنها لا تسمع ، وهذا لم أظفر به منقولاً مُصرّحاً به هكذا .

الشاهد لا يرتب الحكم على السبب :

٤٢٨ - غير أن الذي تلقيته من كلام المرازقة وفهمته من مدارج مباحثاتهم^(٣) المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الأحكام على أسبابها ، بل وظيفته نقل ما سمعه من إقرار ، أو عقد تبايع ، أو غير ذلك من الأقوال الشرعية التي (ترتب)^(٤) عليها الأحكام ، فينقل الشاهد ما سمعه منها ، أو (ينقل)^(٥) ما شاهدته من الأفعال من (الغصب)^(٦) والإتلافات والقبوض والقتل وغير ذلك .

الشاهد سفير للحاكم :

٤٢٩ - فهو سفير الحاكم فيما ينقله ، من قول أو فعل ، على ما رآه أو

(١) وقد تقدم الكلام على ذلك سابقاً في الصفحة ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) في نسخة ف : المشهور .

(٣) في نسخة ف : مباحثهم .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يرتب .

(٥) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : نقل ، ولعلها معطوفة على : بل وظيفته نقل ... ونقل .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المصوب .

سمعه ، ثم الحاكم ينظرُ فيما نقله الشاهدُ إليه ، فإن كان (سبباً)^(١) صالحاً عنده ، إما مُجمَعاً عليه أو مجتهداً فيه ، ورآه مذهباً له ، رتبَ عليه موجبَه ، وإن لم يره سبباً صالحاً ، وهو مجتهدٌ (فيه)^(٢) ، لم يعمل به .

إِ وَظِيْفَةُ الشَّاهِدِ وَالْحَاكِمِ | :

٤٣٠ - فإذا ن وظيفةُ الشاهد نقلُ ما رآه أو سمعه ، ووظيفةُ الحاكم ترتيبُ المسبباتِ على أسبابها متى ساعَ ذلك شرعاً .

والسببُ في ذلك أنَّ الأسبابَ الملزمةَ متنوعةٌ متكررةٌ مختلفٌ فيها ، فقد يظنُّ الشاهدُ شيئاً سبباً ، وليس هو (سبباً)^(٣) عند أحدٍ من الأئمةِ ، أو عندَ الحاكمِ فقط ، فكلفَ^(٤) الشاهدُ نقلَ ما سمعه أو رآه ، لينظرَ الحاكمُ فيه ، وسدَّ عليه بابَ الاجتهادِ ، وترتيبُ الأحكامِ على أسبابها ، والحاكمُ بعد ذلك يرى رأيه باجتهاده^(٥) فهو أهلٌ لذلك .

والذي رأيتُه منقولاً في هذا أنَّ الماورديَّ قال في مسألةِ الرهنِ بدين ، ثم جعلَ ذلك الرهنِ بعينه رهناً بدينٍ آخرٍ جديدٍ ، ذكر في صحةِ الرهنِ بالدينِ الثاني قولين ، وهما مشهوران ، ثم قال : إذا أقرَّ الراهنُ والمرتهنُ عندَ شاهدينِ أنَّ العبدَ رهنٌ بألفين ، نظر : إن قيدا إقرارهما بشرحِ الحال ، فعلى الشاهدينِ أن يُؤدِيا إلى الحاكمِ ما سمعاه من إقرارهما مشروحاً ، ثم يعملُ الحاكمُ باجتهاده في المسألة .

فلو أرادَ الشاهدانِ أن لا يذكرَا شرحَ الإقرارِ ، بل يشهدا أنَّ العبدَ رهنٌ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شيئاً .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : سبب .

(٤) في نسخة ف : ويكلف .

(٥) في نسخة ف : واجتهاده .

بالألفين ، [٧٠ / أ] قال : فَإِنَّ كَانَ الشَّاهِدَانِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الاجْتِهَادِ لَمْ يَجْزِ ،
 وَوَجِبَ عَلَيْهِمَا شَرْحُ الإِقْرَارِ ، لِيَكُونَ الْحُكْمُ فِيهِ (مردوداً)^(١) إِلَى الْحَاكِمِ
 وَاجْتِهَادِهِ ، وَإِنْ كَانَ الشَّاهِدَانِ مِنْ أَهْلِ الاجْتِهَادِ ، فَهَلْ يَجُوزُ لَهَا أَنْ يَجْتَهِدَا
 فِي الإِقْرَارِ ، وَيُؤَدِّيَا الشَّهَادَةَ عِنْدَ الْحَاكِمِ عَلَى مَا يَصِحُّ فِي اجْتِهَادِهِمَا ؟ فِيهِ
 وَجْهَانِ ، الْأَصْحَحُ لَا يَجُوزُ لَهَا ذَلِكَ ، وَعَلَيْهَا تَقْلُ الإِقْرَارِ إِلَى الْحَاكِمِ مَشْرُوحاً
 عَلَى صَوْرَتِهِ ، وَلَا يَجُوزُ لَهَا أَنْ يَجْتَهِدَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ نَاقِلٌ ، وَالاجْتِهَادُ إِلَى
 الْحَاكِمِ ، وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي كُلِّ (شَهَادَةٍ)^(٢) طَرِيقُهَا الاجْتِهَادُ .

هذا كله إذا كان إقرار المتراهنين مقيداً .

أما إذا كان إقرارهما مطلقاً ، بأن أقرأ عندهما أن هذا العبد رهن بألفين
 مطلقاً ، ولم يقيدا ، لكن علم الشاهدان أن الذي وقع في الباطن هو رهن
 العبد أولاً على دين ، ثم رهنه بعينه ثانياً على دين ثانٍ جديد ، فهل يجوز
 لهما ، ويجب عليهما أن يشهدا بالإقرار المطلق ، وليس عليهما الإخبار بما علماه^(٣)
 في الباطن ؟ فيه وجهان ، أصحهما أن عليهما أن يشهدا بالإقرار المطلق ،
 وعليهما أيضاً أن يشهدا بما علماه في الباطن ، لأنَّ الشاهد ينقل إلى الحاكم
 ما علمه ، سواء كان إقراراً أو غيره .

وهكذا القول في كل ماعلمه الشاهد ، مهما تحمله ، إلا أن يكون ما علمه
 ينافي ما تحمله ، أو يعتقد أنه منافٍ لما تحمله ، فيلزمه الإخبار بما علمه .

وهذا كله مبني على الوجهين في اجتهاد الشاهد .

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الشهادة ، وهو خطأ .

(٣) في الأصل : (بما سمعاه وعلماه) مع شطب بالخطوط المائلة على كلمة سمعاه ، والعبارة في نسخة ف :
 وعليها أيضاً أن يشهدا بما علماه .

٤٣١ - هذا كله كلامُ الماوردي^(١) ، وهو في غايةِ الحسن ، ومُلخصُه أن الشاهدَ العامي لا يجوزُ له إطلاقُ الشهادةِ المقيدةِ باجتهاده ، إذ ليسَ أهلاً لها ، وهل يجوزُ للشاهدِ المجتهدِ ؟ فيه خلافٌ فيما طريقةِ الاجتهاد .

ومفهومُ هذا أن السببَ إذا كان مُجمِعاً عليه جازَ له أن يشهدَ بالاستحقاقِ ، كما لو سمعه يقرُّ بألفٍ من ثمنٍ مبيعٍ ، هو ثوبٌ ظاهرٌ ، أو عبدٌ أو فرسٌ ، أو رآه أتلفَ على رجلٍ درهماً أو ثوباً ، أو قتلَ له عبداً ، والمالكُ يقولُ للمتلف : لا تفعل ، فلستُ أذنَ لك في إتلافِهِ ، أو ما ضاهى هذا ، فإذا شهدَ الشاهدُ ، والحالةُ هذه ، بالاستحقاقِ في مثلِ هذه الصورةِ ينبغي أن يُسمع ، في مفهومِ كلامِ الماوردي .

٤٣٢ - والذي أراه أنه لا يُسمعُ هذا من الشاهدِ ، وعليه بيانُ السببِ ، كيف كانَ سداً لبابِ الاحتمالِ ، ونفياً للريبِ ، كما فعلنا ذلك في شهادةِ النفي (المحصور)^(٢) المضافِ إلى زمنِ محصورٍ مخصوصٍ ، فإن الشهادةَ مما ينبغي أن يُحتاطَ لها .

وعلى كلامِ الماورديِّ بحثٌ آخرٌ فيما ذكره [٧٠ / ب] من المسألةِ الثانيةِ ، وهو أنه قال : إذا شهدا بالإقرارِ المطلقِ ، لكن علماً أنَّ الباطنَ وقعَ بالرهنِ بدئيَّينِ ، هل عليهما الإخبارُ بالباطنِ ؟ فيه وجهان ، وهذا فيه نظرٌ ، فإنَّ علمهما بالباطنِ ، إن كان مستندهُ إقرارِ المتراهنينِ ، عادت المسألةُ الأولى ، وقد ذكرها ، وإن كان مستندهُ حضورِ عقدي الرهنِ بالدَّيْنِ الأوَّلِ والثاني ، فهو من بابِ سماعِ اللفظِ ، وحكمها حكمُ المسألةِ الأولى ، وليسَ للشَّاهِدِينَ طريقٌ في

(١) الحاوي : ١٣ ق ٤٩ / أ وما بعدها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المحصور ، وهو تصحيف .

العلم بما جرى في الباطن غير ذين الطريقتين ، وقد تقدم ذكرهما^(١) ، فلا معنى لتكرارهما ، والله أعلم^(٢) .



(١) فقرة ٣٧٩ وما بعدها .

(٢) لا يصح حصر حصول العلم بهذين الطريقتين فقط عن طريق المتعاقدين ، فقد يخبرهما من يتقن به بما جرى في الباطن ، ويحصل عندهما قناعة ويقين وعلم بذلك ، وتكون هذه المسألة مختلفة عن المسألة الأولى ، وأرى أن الحالة الثانية بحصول العلم بما جرى في الباطن ترجع إلى مستند الشاهد بالاستقاضة ، وعدد الخبرين ، والراجع فيها أنه يشترط العدد لحصول العلم ، وفي قول يكفي عدلان لحصول العلم والظن الغالب للشهادة ، وهذه المسألة كذلك ، فإذا أخبره جماعة أو عدلان ، وعلم بما جرى في الباطن ، فيجب عليه أن يشهد به ، وإلا شهد بما لا يعلم ، أو ببعض ما يعلم ، وأخفى بعضه الآخر .

الفصل الرابع^(١)

في

الشهادة على الشهادة

٤٣٣ - والنظر في صفة التحمل والأداء ، ثم في عددِ شهود^(٢) الفرع ، ثم في شرطِ قبولِ شهادتهم والعملِ بها ، ثم فيما يطرأ على شهودِ الأصل بعد تحملِ شهودِ الفرع الشهادة .

النظر الأول

في

صفة التحمل والأداء

[ما تقبل فيه الشهادة على الشهادة] :

٤٣٤ - وتقدمُ عليه أنَّ الشهادةَ على الشهادة تُقبل فيما ليس^(٣) بعقوبة قولاً واحداً ، من الحقوقِ الماليةِ والوكالةِ والوصيةِ والنكاحِ والطلاقِ وغير ذلك ، وفي العقوباتِ ثلاثةُ أقوال ، يُفرقُ في الثالثِ بين القصاصِ وحدِ القذفِ ، فتقبل فيها ، وبين حدِ الزنا والخمرِ والسرقَةِ وقطعِ الطريقِ (فلا)^(٤) تقبل فيها^(٥) .

(١) في الأصل : الفصل الثالث ، وكذا في نسخة ف ، وهو خطأ ، لأن الفصل الثالث قد مضى صفحة ٣٨٢ .

(٢) في الأصل : من شهود ، فلفظ من زائد في الأصل ، وليست موجودة في نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : في كل ما ليس .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا

(٥) الراجع هو القول الثالث ، فتقبل الشهادة على الشهادة في القصاص وحدِ القذف ، ولا تقبل في العقوبة لله =

أ صور التحمل] :

إذا ثبتَ هذا فصفةُ التحملِ المتفقِ عليه عندنا صورٌ :

٤٣٥ - الصورة الأولى : أن يقولَ شاهدُ الأصلِ لشاهدِ الفرعِ : أشهدُ على شهادتي ، وعن شهادتي ، أني أشهدُ بكذا ، أو أعرفُ فلاناً بعينه (واسمه ونسبه)^(١) ، وأشهدني على نفسه لزيدِ بدرهم ، وأنا أشهدُ عليه بذلك ، فاشهدُ على شهادتي ، وعن شهادتي ، أني أشهدُ عليه بذلك .

فهذا تحملاً متفقاً عليه ، وقوله : وعن شهادتي ، ذكره الماوردي^(٢) والقاضي أبو الطيب في « كتابيها » ، ثم الشيخُ أبو نصر من بعدهما ، وقالوا : لو قال له : أشهدُ على شهادتي ، ولم يقلْ وعن شهادتي ، هل يصحُّ التحملُ ؟ فيه وجهان ، وجهُ المنعِ أنَّ قولَه : على شهادتي ، إذن في التحمل ، وقوله : وعن شهادتي ، إذن في الأداء ، فلا بدُّ منها^(٣) .

الاسترعاء] :

٤٣٦ - وقوله : أشهد على شهادتي (أني)^(٤) أشهدُ بكذا ، هو الذي سماه الفقهاء الاسترعاء ، ومعناه : أقبل على رعايةِ شهادتي وتحملها .

تعالى ، والقولان الآخران بالجواز بالكل أو المنع في الكل ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٤ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٣١ ، جواهر العقود : ٢ / ٤٤٤ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٥٨ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الروضة : ١١ / ٢٨٩) .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : ونسبه واسمه .

(٢) الحاوي ، له : ١٣ ق ٢٢ / أ .

(٣) الراجح الجواز كما نقل الخطيب الشربيني عن أصل الروضة ، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء : أشهدك على شهادتي وعن شهادتي ، ولكنه أتم ، فقوله : أشهدك على شهادتي ، تحمیل ، وقوله : وعن شهادتي ، إذن في الأداء ، كأنه قال : أدّها عني ، واقتصر النووي عليه بقوله : أنا شاهد بكذا ، وأشهدك أو أشهد على شهادتي ، وقال في « الروضة » : ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء : أشهدك على شهادتي ، وعن شهادتي ، لكنه أتم . (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٣٥ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ١١ / ٢٨٩ ، ٢٩٠) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أي .

٤٣٧ - الصورة الثانية : أن يسمع رجلٌ رجلاً رجلاً يشهدُ عند الحاكمِ بحقي ، في مجلسِ حكمه ، شهادةً صحيحةً ، (فإن ^(١) لم يقضِ الحاكمُ بها ، فللسامع أن يتحملَ الشهادةَ التي أداها على شهادته قولاً واحداً ^(٢) ، وإن لم (يقل) ^(٣) له مخاطباً : اشهد على شهادتي ^(٤) .

٤٣٨ - الصورة [٧١ / أ] الثالثة : أن يقولَ رجلٌ لرجلٍ يخاطبه : اشهد على شهادتي ، أنني أشهدُ بكذا ، (فإذا) ^(٥) سمعه رجلٌ ، (ولم) ^(٦) يخاطبه بشيءٍ ، جاز للسامعِ الغيرِ مخاطبٍ أن يتحملَ الشهادةَ عنه على شهادته ، قولاً واحداً ^(٧) .

أما المختلفُ فيه عندنا فصورتان :

٤٣٩ - الأولى : إذا سمعَ رجلٌ رجلاً رجلاً يقولُ : أشهدُ أن لفلان على فلان درهماً ، من ثمن مبيعٍ أو أجره أو قرض ، أو أشهدُ على إقراره له بدرهمٍ من جهة كذا ، وبينَ السببِ والجهة ، ولم يقل للسامعِ : اشهدُ على شهادتي ، ولا استرعاه ، قال القاضي أبو الطيب والشيخ أبو علي والشيخان أبو إسحاق وأبو نصر في كتبهم ^(٨) : يصح التحملُ ، ولم يحك أحدٌ منهم فيه خلافاً .

وقال الماوردي : يصح التحملُ على الأصح ، وفيه وجهٌ أنه لا يصح ^(٩) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإن .

(٢) الواقع أن هذه الصورة فيها وجه آخر بعدم الكفاية ذكره الخطيب الشريبي مستدركاً به على النووي ،

انظر : معني المحتاج / ٤ : ٤٥٣ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يك .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٠ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وإذا .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لم .

(٧) انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٣ / ٦٢ .

(٨) المهذب ، للشيرازي : ٢ / ٣٣٩ ، وانظر : الروضة : ١١ / ٢٩٠ .

(٩) وهو ما ذكره المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله بعد أن ذكر هذه الصورة وأقرها ، قال : وفي هذا

وقال الإمام : اختلفَ فيه أصحابنا ، فذهبَ الأكثرون إلى المنع ، وهو الأظهر .

وقال البغوي : إذا قال : أشهدُ أن لفلانَ على فلانِ درهماً ، من ثمن مبيعٍ أو قرضٍ أو أجرٍ ، وذكرَ السببَ ، فلا بدُّ أن يقولَ لشاهدِ الفرع : اشهدُ على شهادتي أنني أشهدُ بذلك ، فإن لم يقل له ذلك لا يصحُّ التحملُ على شهادته .

٤٤٠ - الصورة الثانية : ذكرها الإمام ، إذا قالَ : أشهدُ أن لفلانِ على فلانِ درهماً ، وهذه شهادةٌ عندي مبنوتةٌ ، لا أتمارى فيها ، ولم يذكر السببَ ، ولا قال له : اشهدُ على شهادتي ، هل يصحُّ التحملُ بمجردِ ذلك ؟ فيه وجهان ، يقربان من الوجهين في ما إذا ذكرَ سببَ الدَّيْنِ (١) .

٤٤١ - أما المتفقُ عليه أنه لا يصحُّ التحملُ (٢) ، فصورة واحدة ، (وهي) (٣) ما إذا قال في الطريق : أشهدُ على زيدٍ لعمرو بدرهم ، أو أشهدُ أن لزيدٍ على عمرو درهماً ، ولم يُضفْه إلى سببٍ ولا جهة ، ولا قالَ : اشهدُ على شهادتي ، ولا قالَ : هذه شهادةٌ مبنوتةٌ لا أتمارى فيها ، فلا يصحُّ التحملُ بمجردِ ذلك قولاً واحداً لا خلافَ فيه (٤) .

| كيفية الأداء |

٤٤٢ - أما كيفية الأداء ، فإن كانَ أشهدَه على شهادته مخاطباً له ، قال :

= وجه ، أي بالنع ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، شرح الهلي : ٤ / ٣٣١ ، الحاوي ، لماوردي : ١٣ ق ٢٢ / أ ، الروضة : ١١ / ٢٩٠) .

(١) انظر الروضة : ١١ / ٢٩٠ .

(٢) العبارة في نسخة ف : أما المتفق على أنه لا يصح العمل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهو .

(٤) مختصر المزني : ٥ / ٢٥٨ ، المهذب : ٢ / ٣٣٩ ، الروضة : ١١ / ٢٨٩ .

أشهدني فلان بن فلان بن فلان ، وأنا عارفٌ به عيناً واسماً ونسباً ، على شهادته وعن شهادته ، أنه يشهد بكذا ، بتاريخ كذا^(١) .

قال القاضي أبو الطيب : ومن أصحابنا من قال : ويقول : وهو بالغ جائر الشهادة ، يعني شاهد الأصل .

وإن كان تحمل الشهادة عنه لسماعه أداءها^(٢) عند الحاكم : قال : أشهد أن فلاناً شهد عند الحاكم فلان على فلان لفلان بكذا في مجلس حكمه بتاريخ كذا ، أو أشهد أن فلاناً يشهد على فلان بكذا .

قال القاضي حسين : ولو قال : أشهد على شهادة فلان ، كفى [٧١ / ب] هذا القدر ، ولا يقل شاهد الفرع عند أدائه الشهادة في هذه الصورة الثانية : أشهدني فلان على شهادته

وكذلك إذا تحمل الشهادة عنه ، لأنه سمعه يشهد على شهادته رجلاً يخاطبه ، فليقل : أشهد أن فلاناً يشهد بكذا ، أو أشهد (أن فلاناً أشهد)^(٣) على شهادته (فلاناً)^(٤) ، أنه يشهد بكذا ، أو أشهد على شهادته أنه يشهد بكذا ، ولا يقل : أشهدني على شهادته ، لأنه يكون كاذباً ، وكذلك في بقية الصور المختلف فيها ، يؤدي شاهد الفرع شهادته على شهادة شاهد الأصل بما سمع ، وكما سمع ، ولا يقل : أشهدني على شهادته ، إذ لم يشهده على شهادته .

(١) انظر الروضة : ١١ / ٢٩١ .

(٢) في نسخة ف : بسماعه وأدائها .

(٣) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، مع تقديم وتأخير في الألفاظ والمسائل ، وفي الأصل : فلان .

النظر الثاني

في

عددِ شهود الفرع

٤٤٣ - (لا تثبت)^(١) شهادة شاهد الأصل بأقل من شهادة شاهدي فرع ، هذا لا نعرف فيه خلافاً في مذهبنا^(٢) ، إلا قولاً قديماً حكاه الشيخ أبو محمد الجويني في كتابه المسمى « بالسلسلة »^(٣) أنه قولٌ قديمٌ للشافعي : أنه تثبت شهادة شاهد الأصل بشهادة شاهد فرعٍ واحدٍ كالخبر ، ولم نر هذا حكاه أحدٌ سواه^(٤) ، فلا يعتدُّ به ، وهو مرجوعٌ عنه قطعاً إن صحَّ نقله .

فلو شهد شاهدا فرعٍ على شاهد أصلٍ ، وهما بأعيانها شهدا على شهادة^(٥) أصلٍ آخر ، هل تثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة الفرعين فقط ؟ فيه قولان .

قال الماوردي : أحدهما يجوز^(٦) ، وهو قول مالك^(٧) وأبي حنيفة^(٨) وأكثر

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا تثبت .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

(٣) تقدمت ترجمته في صفحة ٧٨ .

(٤) العبارة في نسخة ف : أنه تثبت شهادة شاهد الأصل بشاهد فرعٍ واحدٍ كالخبر ، ولم أر أحداً نقله سواه .

(٥) في نسخة ف : شاهد .

(٦) وهذا ما رجحه النووي رحمه الله تعالى ، وقال : وتكفي شهادة اثنين على الشاهدين ، (انظر : مغني

الاحتجاج : ٤ / ٤٥٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٦ ، شرح المهلي : ٤ / ٣٣٢ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الأم : ٦ / ٢٤٤ ،

الروضة : ١١ / ٢٩٣) .

(٧) انظر قول الإمام مالك في كتب المالكية ، وهي : (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤ / ٢٠٥ ، بلفظ

السالك لأقرب المسالك : ٢ : ٣٤١) ، والمشهور عند المالكية أنه يكفي شاهدان ينقلان عن شاهد أصل ثم ينقلان عن

الشاهد الثاني ، وقيل : لا بد من آخرين ، (تبصرة الحكام : ١ / ٣٥٦) .

(٨) قال الحسكفي في الدر المختار : لا تغاير فرعي هذا وذلك خلافاً للشافعي ، وعلق ابن عابدين : بل =

فهاء الحجاز والعراق ، والثاني : لا يجوزُ وهو قولُ المزي (١) .

١ ثبوت الحق بشهادة الأصل أم بشهادة الفرع ؟ | :

٤٤٤ - قال : وهذان القولان محمولان على أصلٍ ، وهو أن ثبوت الحق ، هل يكونُ بشهودِ الأصلِ أو بشهودِ الفرع ؟ فيه قولان ، أحدهما : يثبتُ بشهودِ الأصلِ ، ويتحملُ عنهم شهودُ الفرع ، فعلى هذا تصحُّ شهادةُ شاهدي الفرع على شهادةِ كلِّ واحدٍ من الأصلين . والثاني : أنَّ الحقَّ يثبتُ بشهودِ الفرع ، فعلى هذا لا يصحُّ .

قال : وَوَهَمَ أَبُو حَامِدٍ الْإِسْفَرَايِينِي ، فَعَكَسَ هَذَا الْبِنَاءَ ، فَقَالَ (٢) : إِنَّ قَلْنَا : إِنَّ الْحَقَّ يَثْبُتُ بِشُهُودِ الْأَصْلِ لَمْ يَصِحَّ ، وَإِنْ قَلْنَا : يَثْبُتُ بِشُهُودِ الْفُرْعِ . صح .

قال الماورديُّ : وهذا عكسُ الصوابِ ، لأنَّ الحقَّ إذا ثبتَ بشهودِ الأصلِ فهو تحمُّلٌ لحقٍ واحدٍ ، يجوزُ ثبوتهُ بشاهدين ، وإذا قلنا : يثبتُ بشهودِ الفرع فهو تحمُّلٌ شهادةٍ على شاهدين ، فلم يَجْزُ أَنْ يَتَحَمَّلَهَا عَنْهَا ، لَأَنَّهَا يَصِيرَانِ فِيهَا كَأَحَدِ الشَّاهِدِينَ ، فِهَذَا مَا ذَكَرَهُ الْمَوَارِدِيُّ (٣) .

وأما القاضي أبو الطيب ، فإنه ذكرَ القولين ، ولم يُجْزِ (٤) شيئاً ، ولا ذكر

= يكفي شاهدان ، (رد المحتار : ٥ / ٥٠٠) ، وقال من لا يخسر في (درر الحكم : ٢ / ٢٨٩) : وبشرط شهادة عدد عن كل أصل ، وإن لم يتغاير فرعاها ، (وانظر : حاشية قرة عيون الأخبار تكلمة رد المحتار : ٧ / ٢٢٧ ، مختصر الطحاوي : ٢٤٩ ، فتح القدير والعناية : ٦ / ٧٥ ، لسان الحكم : ٤٨ ، معين الحكم : ١١٠ ، ملتقى الأبحر : ٢٤٢) .
(١) مختصر المزي : ٥ / ٢٥٩ ، لأنها قامة في التحمل مقام شاهد واحد في حق واحد ، فإذا شهدا فيه على الشاهد الآخر صار كالشاهد إذا شهد بالحق مرتين ، وهو قول البغوي والسرخسي ، (انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الأم : ٦ / ٢٤٤ ، الحاوي ، الماوردي : ١٣ ق ٢٥ / أ) .

(٢) في نسخة ف : وقال .

(٣) الحاوي ، له : ١٣ ق ٢٥ / أ .

(٤) اللفظ في نسخة ف : يختار .

الخلافة في أنّ الحق [٧٢ / أ] بشهادة من يُثبت ؟ والشيخ أبو نصر ذكر القولين ، (والمسألة المبني عليها القولان ، فقال : بعد ذكر القولين)^(١) : ذكر (الشيخ)^(٢) أبو حامد أن أصل هذين القولين أن شاهدي الفرع هل يقومان مقام شاهدي الأصل ، أو يُثبتان الحق بشهادتهما ؟ فيه (قولان)^(٣) .

وأما الشيخ أبو إسحاق فذكر القولين في أصل المسألة ، ولم يَجز^(٤) شيئاً^(٥) .

وأما الشيخ أبو علي ، فإنه ذكر مسألة القولين ، والمسألة المبني عليها القولان ، فقال بعد ذكر القولين : أصلهما^(٦) أن شهود الفرع يقومون مقام شهود الأصل ، والحق يُثبت بشهادتهم كما يثبت بشهادة الأصول ، أو أن شهود الفرع يُثبتون شهادة الأصول ، ثم بشهادة الأصول يُثبت الحق ، فيه قولان ، إن قلنا : يُثبت الحق بشهادة الفروع ، فلا بدّ من أن يكونوا أربعة ، وإن قلنا : بثبوت شهادة الأصلين بشهادتهم ، فيجوز أن تثبت شهادة الأصلين بشهادة فرعين .

٤٤٥ - قلت أنا : (فما)^(٧) ذكره الشيخ أبو علي في التفريع غير ما ذكره الشيخ أبو حامد الإسفراييني ، وحكاه عنه الماوردي فيه ، والذي اختاره الماوردي عندي أقرب إلى الصواب .

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قولاً ، بحذف النون ، ولعلها سقطت بالكتابة .

(٤) في نسخة ف : يخر .

(٥) المهذب : ٢ / ٣٣٨ .

(٦) في نسخة ف : وأصلها . .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بما .

أما الإمام فإنه قال في مسألة شهادة الفرعين على كل واحدٍ من الأصليين :
فيهما قولان ، الأقيسُ أنه يثبتُ ، هذا كلامه .

وذكر القاضي حسين في « التعليق » ، وغلأمه البغوي^(١) في « التهذيبِ »
القولين في هذه المسألة ، وقالوا : الأصحُ لا يثبت .

٤٤٦ - قلت : وعملُ الحكماء في شامنا^(٢) على أنه يثبتُ التفريعُ ، إن قلنا :
يثبتُ ، فلا كلام ، وإن قلنا : لا يثبتُ ، فلو شهدَ أربعةَ فروعٍ على شهادةِ
شاهدٍ أصليٍّ وشهدوا بأعيانهم على الأصلِ الآخر فوجهان ، وأولى بالثبوتِ^(٣) .
هذا كله فيما إذا شهدَ شاهدان أو أربعةً على أصليٍّ ، ثم شهدوا بأعيانهم على
ذلك الأصلِ .

٤٤٧ - أما إذا شهدَ شاهدان على أصليٍّ ، وشهدَ آخران على أصليٍّ آخر ، فلا
خلافَ في ثبوتِ شهادةِ الأصليين في ما عدا الزنا^(٤) .

٤٤٨ - ولو شهدَ ثلاثةً على أصليٍّ ، وشهدَ واحدًا آخرَ على أصليٍّ آخر لم
يثبت قولاً واحداً .

٤٤٩ - ولو شهدَ شاهدان على أصليٍّ ، وشهدَ هذا الأصلُ مع شاهدٍ فرعٍ
ثالثٍ على أصليٍّ آخر ، لم يثبت أيضاً قولاً واحداً ، (اتفق)^(٥) الجماعة عليه .

(١) البغوي تلميذ القاضي الحسين ، وأخذ عنه كثيراً ، والمصنف يقصد بغلأمه تلميذه ، وفي نسخة ف :

وتلميذه .

(٢) في نسخة ف : الشام .

(٣) قال النووي رحمه الله تعالى : « جاز على الصحيح » . (الروضة : ١١ / ٢٩٣) .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : اتفقوا ، وجاء لفظ الجماعة بخط رفيع مرتفع بين الكلبيين .

٤٥٠ - ولو كان الحقُ يثبتُ بشاهِدٍ وامرأتين ، فعلى أحد القولين : يُكتفى بشاهدين يشهدان على الرجلِ ، ثم يشهدان بأعيانها على كل امرأةٍ منها ، وعلى القولِ الآخر : لا بدُّ من ستة فروع ، لكل شخصٍ فرعان ، حتى على هذا القول الآخر : لو شهدَ [٧٢ / ب] شاهدان على الرجل ، وشاهدان غيرهما على كل امرأةٍ (منها)^(١) لم يثبت^(٢) .

٤٥١ - (ولو)^(٣) كان الحقُ يثبتُ بأربعٍ من النسوة منفرداتٍ ، كالإرضاع والولادة ، فعلى قولٍ يكفي شاهدا فرع ، (يشهدان)^(٤) على كل امرأةٍ ، وعلى القول الآخر لا بدُّ من ثمانية فروع ، كلُّ فرعين يشهدان على امرأةٍ منفردةٍ^(٥) .

٤٥٢ - وإن كان الحقُّ لا يثبتُ إلا بأربعةٍ شهودٍ ذكورٍ كالزنا ، وقلنا : إنَّ الزنا يثبتُ بالشهادة على الشهادة ، وإنَّ الإقرار بالزنا لا يثبتُ إلا بأربعة شهودٍ ، فعلى قولٍ : يكفي شاهدان ، يشهدان على كل شاهدٍ أصلٍ ، وعلى قولٍ : لا بدُّ من ثمانية ، يشهدُ كلُّ شاهدين على شاهدٍ أصلٍ ، وعلى قولٍ : لا بدُّ من ستة عشر فرعاً ، كلُّ أربعةٍ على شهادةٍ واحدٍ ، وعلى قولٍ : لا بدُّ من أربعة فروعٍ ، يشهدُ كل (واحد)^(٦) منهم على كل واحدٍ من الأصول^(٧) .

وسببُ هذا الاختلافِ تشبيهُ شهادةِ الأصلِ بالإقرار بالزنا ، لأنه إثباتٌ قولٍ كهذا ، فكما أنَّ الإقرارَ بالزنا لا يثبتُ إلا بأربعة شهودٍ على قول ، فكذا

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فلو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيشهدان .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٧) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

الشهادة على الشهادة بالإقرار بالزنا لا تثبت إلا بأربعة شهود فرع على شاهد الأصل ، الشاهد بالإقرار بالزنا .

[الإشهاد على شهادة الفرع] :

٤٥٣ - وعلى هذا إذا أرادَ شهودُ الفرعِ في المالِ أن يُشهدوا على شهادتهم ، كم يشترطُ من العدد ؟

إن قلنا في شهادة الفروع على الأصول^(١) : يكتفى باثنين للجانبين معاً ، فيكتفى باثنين يشهدان على كل واحدٍ من الفروع ، ويكفي على هذا ، لو أرادَ فروعُ الفروع أن يُشهدوا على شهادتهم ، اثنان .

وإن قلنا : إنه لا بدّ من أربعة فروع ، وإنّ من قام بإحدى شَطْرَيْ الشهادة لا يقومُ بالثاني ، فلا بدّ من ثمانية فروع ، ليكونَ عن كل واحد من الفروع الأربعة فرعان .

ولو أرادَ فروعُ الفروع الإشهادَ على شهادتهم فيحتاجُ إلى ستة عشر فرعاً ، وعلى هذا القياسُ أبداً^(٢) .



(١) العبارة في نسخة ف : إن قلنا : إن في شهادة الفرع على الأصل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

النظر الثالث^(١)

في

شرط قبول شهادة الفروع والعمل بها^(٢)

٤٥٤ - ولا تُقبلُ شهادةَ الفروعِ ، (ولا تُسمعُ)^(٣) ، إلا بشروطٍ متفقٍ عليها ، ومختلفٍ فيها :

٤٥٥ - الشرط الأول : في ثبوتِ عدالةِ شاهدِ الأصلِ وشاهدِ الفرعِ عند الحاكم^(٤) . فإن كانَ شاهدُ الفرعِ مزكياً^(٥) عند الحاكم ، وشاهدُ الأصلِ لا يعرفُه القاضي بالعدالةِ ، فتُسمعُ عندنا شهادةُ شاهدِ الفرعِ من غيرِ اشتراطِ تزكيتهِ لأصله^(٦) ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه ، فإنه قال : لا تُسمعُ شهادةُ شاهدِ الفرعِ على شهادةِ شاهدِ أصلٍ حتى يزكيه هذا الفرعُ في شهادتهِ^(٧) .

(١) في الأصل : النظر الثاني ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : الثاني .

(٢) في نسخة ف : في شرط قبول الشهادة من الفروع والعمل فيها .

(٣) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وتسمع .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٢ .

(٥) في الأصل ونسخة ف : مزكياً ، وهو خطأ نحوي ، لأن الياء إذا تحركت وفتح ما قبلها قلبت ألفاً ،

مثل : قال وباع وحوى ونوى .

(٦) قال المزني : وإن شهدا على شهادة رجل ، ولم يعدلاه ، قبلها ، وسأل عنه ، فإن عدل قضي به ، (مختصر

المزني : ٥ / ٢٥٨) ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣٣٩ ، وفي نسخة ف : من غير اشتراط تزكية الأصل .

(٧) هذا رأي الإمام محمد صاحب أبي حنيفة رحمها الله تعالى ، فإنه قال : لا تقبل ، لأنه لا شهادة إلا بالعدالة ، أما رأي الإمام أبي يوسف ، وهو المختار في المذهب الحنفي ، أن شهادة الفرع تقبل وإن لم تعدل شهادة الأصل ، ولزم القاضي تعديل الكل ، (انظر : رد المحتار : ٥ / ٥٠١ ، حاشية قرة عيون الأخيار : ٧ / ٢٣٠) ، وقال من لا يخسر : وإن سكت الفرع عن تعديل الأصل صح ثقلها ، وعدلوا ، (درر الحكم : ٢ / ٣٩٠ ، الهداية وفتح القدير والعناية : ٦ / ٨٠) .

وحكاه البغويُّ وجهاً لبعض أصحابنا ، وزادَ أمراً بدعاً ، فقال ما صورةً لفظه : فإن أتم [٧٣ / أ] قد جَوِّزْتُمْ تعديلَ شاهدِ الفرعِ لشاهدِ الأصل ، وقد قلمت : لو شهدَ شاهدانَ بحقٍ ، فزكى أحدهما (الآخر)^(١) ، وكان مُزكياً للأصل الآخرِ مع مزكٍ آخر ، قلمت : لا يجوزُ ، فما الفرقُ ؟ قلنا : قد قيلَ : فيها وجهان ، والصحيحُ هو الفرقُ بينها ، هذا كلامه .

فحصل من هذا ذكرُ وجهٍ في أنَّ شاهدَ الفرعِ ، (إذا)^(٢) زكى أصله لا يُسمعُ ، فهو على النقيضِ من مذهبِ أبي حنيفة^(٣) ، والوجهُ الموافقُ له ، ومذهبُ مالكٍ أنه لا يُسمعُ تعديلُ الفرعِ (لأصله)^(٤) للتهمة^(٥) ، فلعلَّ هذا الوجهُ مأخوذاً من مذهبه .

وحكى البغويُّ أنَّ شاهدَ الفرعِ إذا زكى أصله ، وسمعنا تزكيته ، (صح)^(٦) ذلك ولم يُحتج لإعادةِ التزكية على ظاهرِ المذهب^(٧) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إذ لو .

(٣) مذهب الحنيفة يجوز تعديل شهود الفرع لشهود الأصل ، قال المرغيناني في الهداية : فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز ، لأنهم من أهل التزكية ، (فتح القدير والعناية على الهداية : ٦ / ٧٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٥٠١ ، قرة عيون الأختيار : ٧ / ٢٢٠ ، درر الحكام : ٢ / ٢٨٩) ، والوجه الذي حكاه البغوي يناقض قول الإمام محمد الذي اشترط تعديل الفرع لأصله كما حققناه في الصفحة السابقة .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أصله .

(٥) قال ابن فرحون في (تبصرة الحكام : ١ / ٣٥٥) : وليس على شهود النقل تزكية شهود الأصل ، لكن إن زكوم صحت ، وقال الدردير في « الشرح الكبير على مختصر خليل » : وجاز تزكية ناقل أصله الذي نقل عنه ، بخلاف العكس ، وهو تزكية الأصل للنقل عنه لقوة التهمة ، (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤ / ٢٠٦ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٢٤١) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وصح ، فالواو زائدة .

(٧) ولا يشترط عند الشافعية أن يزكي الفروع الأصول ، بل لهم إطلاق الشهادة ، والقاضي يبحث عن عدالة الأصول ، ولا يلزم الفرع أن يتعرض في شهادته لصدق أصله ، لأنه لا يعرفه ، فإن زكوم قبل ذلك منهم ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٩ ، معني المحتاج : ٤ / ٤٥٦ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٧ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٢ ، الروضة : ١١ / ٢٩٥) .

وهذا الوجه المناقض لمذهب أبي حنيفة لم يحكه القاضي حسين في « تعليقه » ، لكنه ذكر مسألتين غريبتين :

إحدهما : أن شاهد الأصل إذا زكى شاهد الأصل الآخر مع مزكٍ آخر ، هل يسمع ؟ فيه وجهان^(١) ، وهذه المسألة ذكرها كذلك الشيخ أبو علي في « الشرح الكبير » .

والمسألة الثانية : أن الأبَ وابنه إذا شهدا بحقٍ تُقبل ، وخرَجَ القفالُ فيها وجهاً من مسألة تزكية أحدِ الأصلين صاحبه أنه لا يُقبل ، فجعلَ في المسألة^(٢) قولين بالنقل والتخريج ، وهذه المسألة الأخيرة من أغرب المسائل وأبعدها خلافاً .

٤٥٦ - الشرط الثاني : (في)^(٣) تسمية شاهد الفرع شاهد الأصل ، فإن لم يُسمه ، بل قال : أشهدي رجلٌ عدلٌ على شهادته ، أنه يشهد بكذا ، لم يُسمع قولاً واحداً^(٤) ، بخلاف ما لو قال : أشهدي قاضٍ من قضاة بغداد ، أو أشهدي القاضي ببغداد ، ولم يُسمه - وفرضنا أنه ليس بها قاضٍ سواه - على نفسه في مجلس حكمه بكذا ، هل يُسمع ؟ فيه وجهان سنذكرهما في كتاب القاضي إن شاء الله تعالى^(٥) .

(١) الراجح عند الشافعية أنه إذا شهد اثنان في واقعة ، وزكى أحدهما الآخر ، فإنه لا تثبت عدالة الثاني ، والفرق بينه وبين جواز تزكية الفرع لأصله أن تزكية الفرع للأصل من تمة شهادته ، ولذلك شرط بعضهم التعرض لها ، وهناك قام الشاهد المزكي بأحد شطري الشهادة فلا يصح قيامه بالشرط الثاني ، (انظر : مغني المحتاج : ٤٥٦ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٢٧ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٣ ، الروضة : ١١ / ٢٩٥) .

(٢) في الأصل : المسألتين ، ثم وضع خط على الياء والنون ، وفي نسخة ف : المسلمين .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) المراجع السابقة ، المهذب : ٢ / ٣٢٩ .

(٥) فقرة ٥٣٧ وما بعدها .

والفرق هو أنَّ الحاكِمَ عدلٌ بالنسبة إلى كلِّ أحدٍ بخلافِ شاهدِ الأصل ، فإنه قد يكونُ عند شاهدِ الفرع عدلاً ، والحاكِمُ يعرفه بالفسق ، فلا بدُّ من تعيينه له لينظرَ في أمره وعدالته .

٤٥٧ - الشرط الثالث : [في] ^(١) الغيبة في حقِّ القادر ، أو المرض أو الحبس في حقِّ الحاضر ، أو الموت ، هذا هو المذهب الصحيح .

وحكى أبو العباس ابنُ القاص قولاً خرَّجه من نفسه أنه تسمعُ الشهادةَ على الشهادة في حقِّ الحاضر من غيرِ عذرٍ ، قياساً على الرواية ، وهذا لا يعتدُّ به ، حكاه في كتاب « أدب القضاة » ، وحكاه عنه الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » ، وإليه ذهبَ القفالُ الشاشي من أصحابنا ، وهو [٧٣ / ب] مذهبُ محمد بن الحسن ^(٢) ، ولا تفريعَ عليه .

فإذا قرعنا على المذهبِ فالنظرُ في الغيبةِ والعذرُ مع الحضورِ ، أما الغيبةُ ففي مسافةِ القصرِ تسمع قولاً واحداً (شهادةُ الفرع على شهادته ، وفيما دون مسافةِ العدوى لا تسمع قولاً واحداً) ^(٣) ، وفي مسافةِ العدوى إلى مسافةِ القصر قولان ، الأصحُّ أنها تسمع ^(٤) .

(١) اللفظ من عندي ، وساقط من الأصل ومن نسخة ف .

(٢) قال الإمام محمد تقبل الشهادة على الشهادة كيفما كان ، سواء كان الأصل حاضراً أم غائباً ، مريضاً أم صحيحاً ، حياً أم ميتاً ، حق روي عنه أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد ، والفرع في زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم ، والراجح عند الحنفية خلافه ، فيشترط تعذر حضور الأصل بموت أو مرض أو سفر أو كون المرأة مخدرة ، (انظر : رد المحتار : ٥ / ٤٩٩ ، حاشية الثرثالثي على درر الحكام : ٢ / ٢٨٩ ، فتح القدير : ٦ / ٧٩ ، الروضة : ١١ / ٢٩٤) .

(٣) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٢٦ - ٢٢٧ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الروضة : ١١ / ٢٩٥ ، شرح المهلي : ٤ / ٣٣٢) ، وعند الحنفية قولان ، الأرجح مسافة قصر ، وعند أبي يوسف فوق مسافة العدوى ، (انظر : الهداية وشروحا : ٦ / ٧٨ - ٧٩ ، درر الحكام : ٢ / ٣٨٩) .

[حد مسافة العدوى] :

٤٥٨ - وحدٌ مسافةِ العدوى هو أن يخرجَ الإنسانَ من بلدِه إلى مَقْصِدٍ ، ثم لا يمكنه أن يعودَ يأوي إليه في يومِه على السيرِ المتوسطِ سيرِ المراحلِ المعتادة .

[وصف المرض المانع] :

وأما العذرُ مع الحضورِ فهو مرضٌ لا يمكنه المشيَ إلى مجلسِ الحكمِ إلا بمشقةٍ عظيمةٍ ، لا تُحتملُ في العادة ، وهكذا الزمانة .

قال الإمام : لسنا نشترط في المرضِ أن يكونَ بحيث لا يتأتى منه الحضورُ أصلاً ، بل إذا كانَ يناله مشقةٌ ظاهرةٌ .

وتقريبُ القولِ^(١) فيه أن المرضَ الذي يجوزُ (له)^(٢) التخلفُ بسببه عن الجمعةِ يجوزُ تخلفُ الشاهدِ بسببه ، وكذلك القولُ في المرضِ الذي يجوزُ الإفطارُ في رمضان منه ، وهو أننا لا نعتبرُ فيه الخوفَ من الموتِ ، بل أن ينالَ المريضُ مشقةً ظاهرةً وألمَ مُقلِقاً^(٣) ، هذا [كلامه]^(٤) .

وقال الشيخُ أبو علي : المرضُ المَجْوزُ لسماحِ شهادةِ الفرعِ على الأصلِ أن يكونَ صاحبَ فراشٍ في المرضِ ، وهذا ظاهرٌ ، لكنَّ اعتبارهَ بالجمعةِ بعيدٌ ، فإن الزَمَنَ القادرَ على أجريةِ يصرُفُها إلى منْ يحملُه إلى الجمعةِ ، يجب عليه صرفُ أجريةِ المثلِ إلى منْ يحملُه ، ويحضرُ الجمعةَ^(٥) .

(١) يوجد في نسخة الأصل فوق كلمة القول كلمة « العمل » فكأنها بدلها أو مرادفة لها ، وفي نسخة ف :

النظر .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) المراجع السابقة في معنى المحتاج ونهاية المحتاج وشرح الهلي .

(٤) اللفظ من عندي ، وساقط من نسخة ف ، وفي الأصل : كله ، وهو تصحيف لا معنى له .

(٥) في نسخة ف : إلى الجمعة ليحضر .

وقد قالوا : الزمانة في الشهادة بمنزلة المرض ، وليست كالمرض في الجمعة ، فإن المريض لا يجب عليه بذل أجره في حمل نفسه إلى الجمعة ، فبين البابين فرق في هذا العجز .

ثم قال الإمام : وكل ما يجوز ترك الجمعة به من خوفٍ من غريمٍ ، أو ما في معناه ، فيجوز مثله في الشهادة ، وكان من الممكن أن يقال : يحضّر القاضي بنفسه إلى منزل شاهد الأصل ، ويصغي إلى شهادته ، أو يبعث نائباً له عنه يسمع شهادته ، كما يفعل في حق المرأة المخدّرة ، ولكن لا ذاهب^(١) إلى هذا .

أما تكليفه الحضور بنفسه فلا سبيل إليه ، لما فيه من تبذّله ، وغضّ منصبه ، وأما استنابته نائباً يسمع شهادة الأصل فجائز له فعله ، إن اختاره ، ولكنه^(٢) لا يكلف به ، إذ فيه سدّ باب الشهادة على الشهادة التي أجمع سلف الأمة وخلفها على قبولها بعذر المرض في الجملة^(٣) .

٤٥٩ - الشرط الرابع : أن يكون شاهد الفرع حالة التحمل أهلاً للشهادة ، فلو كان عند التحمل صبيّاً أو عبداً أو كافراً أو فاسقاً ، هل تُسمع شهادته على شهادة أصله عند الأداء ، وقد صار [٧٤ / أ] بالفأحراً مسلماً عدلاً ؟ فيه وجهان ذكرهما الشيخ أبو علي والقاضي حسين ، أحدهما : نعم ، كتحمّل الشهادة على مقيرٍ أو بائعٍ أو غير ذلك^(٤) .

(١) في نسخة ف : لا سبيل .

(٢) في نسخة ف : لكن .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٤ .

(٤) وهو الصحيح في المذهب واقتصر عليه النووي في الروضة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، نهاية

المحتاج : ٨ / ٢٢٦ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣) .

والثاني : لا يُسمع ، (لأنها)^(١) تولية ولاية ، فينبغي أن يكون متحملها من أهلها .

[قالوا]^(٢) : فعلى هذا الوجه الأخير لو أشهد شاهد الأصل ، وهو عدل ، شاهد فرع ، هو صبي ، أو عبد مثلاً ، عند التحمل على شهادته ، وقلنا : لا يصح هذا التحمل ، فلو سمعه رجل آخر مسلم بالغ عاقل عدل ، يُشهد الصبي على شهادته ، لا يصح ، والحالة هذه ، تحمل هذا العدل السامع للشهادة التي سمعها من شاهد الأصل ، ثم يشهد على شهادته ، والحالة هذه ، وهذا ظاهر .

[أهلية شاهد الأصل] :

٤٦٠ - أما أهلية شاهد الأصل حالة التحمل فلا خلاف في اشتراطها^(٣) ، فلو أشهد فاسق أو كافر أو صبي أو عبد على شهادته رجلاً عدلاً فتحملها ، ثم أدى الشهادة على شهادته ، بعد أن صار شاهد الأصل بالغاً مسلماً عدلاً حراً ، لم تُسمع شهادته على شهادته بلا خلاف .

٤٦١ - الشرط الخامس : أن يكون شهود الفرع ذكوراً ، فلا مدخل للنساء أصلاً في شهادة الفروع ، ولا يصح تحملهن الشهادة على شهادة أصل^(٤) ، سواء كان الأصل رجلاً أو امرأة ، أو كان الحق مما يثبت بقول النسوة وحدهن أو لا ، هذا لا نعرف فيه خلافاً بين أصحابنا .

(١) اللفظ من النسخة ف ، وفي الأصل : لأنه .

(٢) في الأصل ونسخة ف : قال ، وهو خطأ ، لأن الضير يرجع إلى الشيخ أبي علي والقاضي حسين

(٣) عبر النووي رحمه الله تعالى عن ذلك فقال : ولا يصح التحمل على شهادة مردود الشهادة ، (مغي

الاحتاج : ٤ / ٤٥٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، شرح المهلي : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ٣٦ / ٢٩٢) .

(٤) المراجع السابقة ، الأم : ٦ / ٢٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣٣٨ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

النظر الرابع^(١)

في

ما يطرأ على شهود الأصل بعد تحمل الفروع للشهادة^(٢) على شهادتهم

وهي أمور :

٤٦٢ - أولها : الموت ، ولا خلاف في قبول شهادة الفروع بعد موت

شهود الأصل^(٣).

٤٦٣ - وثانيها : الفسق ، فإذا فسقَ شاهدُ الأصل ، بعد أن كانَ عدلاً

وقتَ تحملِ شاهدِ الفرعِ الشهادةَ عنه ، وقبلَ أداءِ الفرعِ شهادتهَ عندَ الحاكمِ ، لم

تُسمعَ شهادةُ الفرعِ ، وكذلك إذا طرأت الردةُ (فلا تقبلُ شهادتهم)^(٤) قولاً

واحداً^(٥).

وقال القاضي حسين : لو كان شهودُ الأصلِ عدولاً وقتَ تحملِ شهادةِ

(١) في الأصل : الثالث ، وهو خطأ ، وكذا في نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : الشهادة .

(٣) ومثل الموت الغيبة والمرض ، انظر المراجع في الصفحة السابقة هامش ٤ ، الروضة : ٢٩٢ / ١١ ، ٢٩٤ .

(٤) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٥) وتعليل رد الشهادة لهذه الأمور من الردة والفسق والعداوة أن هذه الأمور لا تقع ولا تحدث دفعة واحدة

وفجأة ، بل الفسق يورث ريبة فيما تقدم من ظاهر العدالة ، والردة تشمر بنجث في العقيدة ، والعداوة تشمر بضغائن

كانت مستكنة ، وليس لمدة ذلك ضبط ، فيعطف ويرجع إلى حالة التحمل ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٤ ، نهاية

المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٣٣١ ، الروضة : ٢٩٢ / ١١) .

الفرعين ، ثم طراً عليهم فسقاً أو ردةً ، فالظاهر من المذهب أن ذلك يُوقع ريبةً في شهادة شهود الفرع ، فلا تُقبل شهادتهم .

٤٦٤ - فقوله : ظاهر المذهب ، يدلُّ على خلافٍ ، فإن كان فهو بعيداً جداً ، لا يُعدُّ من المذهب ، وقد ذكره الإمام على معنى آخر ، فقال : إذا طراً فسقُ الأصل لم تُقبل شهادة الفرع قطعاً ، فلو عادَ الأصلُ إلى العدالة لم تُقبل شهادة الفرع تعويلاً على التحمل الأول ، بل لا بدُّ من تجديد تحمله^(١) .

هذا الذي لا يجوز غيره ، وأبعدَ بعضُ الأصحاب فاكتفى بالتحمل الأول ، ولا يُعتد بمثل هذا .

٤٦٥ - وثالثها : [٧٤ / ب] طريان العمى والجنون على شاهد الأصل ، وفيه ثلاثة أقوال ، الأصح : أن شهادة الفرع تُقبل بعد طريانها على الأصل^(٢) ، والثاني : لا تُقبل^(٣) ، والثالث : تُقبل في طريان العمى دون الجنون .

٤٦٦ - التفريع : إن حكمنا بأنَّ شهادة الفرع تنقطع بطريانها ، فلو أبصر الأصل بعد العمى ، أو أفاق المجنون ، فالمذهبُ على هذا الوجه أنه لا بدُّ من إعادةِ تحمل الشهادة ثانياً ، ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج إلى الإعادةِ ، بل يَستمر .

٤٦٧ - ورابعها : حضور شاهد الأصل من الغيبة قبل أداء الفرع الشهادة مانعٌ من قبول شهادة الفرع بلا خلاف^(٤) ، إلا على القول السابق الذي

(١) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٢ .

(٢) وهو الصحيح عند المحققين في المذهب ، لأن ذلك لا يوقع ريبة في الماضي ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٦ ، حاشية قليوبي ، المرجع السابق ، الروضة ، المرجع السابق) .

(٣) وذلك كالفسق .

(٤) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥ ، الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

لا تفرِّع عليه ، في أنْ غيبةَ شاهدِ الأصلِ لا تُشترطُ في سماعِ شهادةِ الفرعِ ، وهكذا بُرِّءَ شاهدِ الأصلِ المريضِ من المرضِ قبلَ أداءِ شاهدِ الفرعِ الشهادةَ مانعَ من قبولِ شهادته التي تحملها قولاً واحداً .

٤٦٨ - قلتُ : وما وقعَ لنا من الحوادث أنْ شاهدي فرعٍ شهدا على شهادةٍ شاهدِ أصلٍ مريضٍ بحقٍ ، ولم يؤديا شهادتهما عندي ، ثم بعد تحملها الشهادة على شهادته ، عدتُ ذلك المريضَ وفارقتهُ ، ثم حضر صاحبُ الحقِّ ، وطلبَ مني سماعَ شهادةِ شاهدي الفرعِ ، ففكرتُ في ذلك ، وقلتُ : قد عدتُ شاهدَ الأصلِ ، فقد مضتُ ساعةً كان يُمكنُ شاهدُ الأصلِ أداءَها ، ولو أداها^(١) عندي لسمعتها ، وبطلتُ شهادةُ الفرعين بأدائها عندي ، فهل يُؤثرُ هذا في بطلانِ تحملها الأولِ ، ويحتاجان إلى تجديدِ التحملِ عليه أم لا ؟ ففكرتُ في هذا هُنيئاً^(٢) ، ثم ترجحَ عندي أنها لا يحتاجان إلى تجديدِ التحملِ ، ويجوزُ سماعُ شهادتهما على شهادته ، بناءً على التحملِ الأولِ ، لأنَّهُ لو حضرَ شاهدُ الأصلِ من غيبته ، ثم سافرَ سراً طويلاً فالتحملُ الأولُ باقٍ ، وتقبلُ شهادةُ الفرعِ بناءً عليه ، وفيما ذكرناه أولى .

٤٦٩ - وخامسها : تكذيبُ شهودِ الأصلِ .

(فتى) ^(٣) كذبَ شاهدَ الأصلِ شاهدي الفرعِ قبلَ القضاءِ بشهادتهما ، وبعد تأديتهما الشهادة بطلتُ شهادتهما ، ولم يُقضَ بها^(٤) .

(١) في نسخة ف : ولو كان أداها .

(٢) التَّن : خفيف النون كناية عن كل اسم جنس ، والأنثى هنةٌ ، ولامها محذوفة ، ففي لغة هي هاء فيصفر على هنية ، ومنه يقال : مكث هنية أي ساعة لطيفة ، وفي لغة هي واو فيصفر في المؤنث على هنية ، والهمز خطأ ، إذ لا وجه له ، وجمعها هنوات وربما جمعت هنات ، (انظر : المصباح المنير : ٢ / ٨٨٢) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ومضى .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٣ .

وكذلك كلما طرأ ما سبق ذكره بعد تأديتها الشهادة (وقبل)^(١) القضاء
امتنع قبولُ شهادتها .

| طرؤ ذلك بعد القضاء | :

٤٧٠ - ومها طرأ ذلك كله بعد القضاء بشهادتها فلا أثر لطريانه ،
والقضاء مستمر على نفوذه^(٢) .

| تكذيب الأصل للفرع | :

٤٧١ - وهنا بحثٌ حسنٌ ، وهو أنَّ الإمامَ قالَ : إذا كَذَّبَ^(٣) شاهدُ الأصلِ
شاهدي الفرعِ قبلَ القضاءِ بشهادتها لم يقضِ بشهادتها ، ولو كَذَّبَها بعدَ إبرامِ
القضاءِ لم يلتفتُ إلى [٧٥ / أ] تكذيبه ، ويستمرُّ القضاءُ^(٤) ، ثم قالَ : ولو
قامتُ بينةٌ على أنَّ الأصلَ كَذَّبَ الفرعَ قبلَ القضاءِ فهو بمثابة ما سمعه القاضي
من تكذيبه إياه قبلَ القضاءِ .

هذا كلامه ، وهو مؤدِّنٌ بصورتين في التكذيب قبل القضاء ، إحداهما :
سماعُ القاضي تكذيبَ شاهدِ الأصلِ ، والثانية : قيامُ البينةِ عنده على تكذيبه ،
وهذا فيه نظرٌ ، فإنه متى سمع القاضي تكذيبَ شاهدِ الأصلِ فقد حضر شاهد
الأصلِ ، وبطلتُ شهادةُ الفرعِ بحضورِ شاهدِ الأصلِ ، لا بالتكذيب ، إلا أن
يقالَ : صورته : أن يكون شاهدُ الأصلِ حضرَ وكذبَ شاهدَ الفرعِ ، فبطلت
شهادةُ الفرعِ بالحضورِ ، وجاء^(٥) التوكذيبُ بعده ، فإذا عادَ شاهدُ الأصلِ ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قبل .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ٢٩٢ - ٢٩٣ .

(٣) في نسخة ف : أكذب .

(٤) وهو ما ذكره الشريفي فقال : « ولو كذب به الأصل بعد القضاء لم ينقض » ، (مغني المحتاج :

٤ / ٤٥٥) .

(٥) اللفظ في نسخة ف : وحال .

(وغاباً) ^(١) حدّ المسافة الشرعية ، لم تُسمع شهادة الفرع قولاً واحداً ، لا لطريان الحضور فقط ، فإنه قد زال ، بل لطريان التكذيب .

٤٧٢ - وهذا حسن لطيف ، ويمكن تصويره بصورة أخرى ، وهو أنّ شاهد الأصل سافر عن بلد شهود الفرع إلى بلد آخر ، واتفق سفر ذلك القاضي إلى البلد الذي به الآن شاهد الأصل ، فشافه شاهد الأصل بتكذيب شاهدي الفرع ^(٢) ، ثم عاد القاضي إلى بلد شاهدي الفرع ، ثم إن كان البلد الذي ذكر فيه شاهد الأصل للحاكم تكذيب شهود الفرع من جملة عمل القاضي وولايته ، فله العمل بتكذيبه قولاً واحداً ، وإن كان خارجاً عن محل ولايته كان على قولي العلم ^(٣) ، وهذه الصورة أعوص من الأولى مع لطفها .

إ نسيان شاهد الأصل :

٤٧٣ - أما إذا قال [٧٥ / ب] شاهد الأصل لفرعيه ^(٤) : نسيْتُ أُنِي أشهدتُكما على شهادتي ، أُنِي أشهدُ على زيدٍ بكذا ، وأنا أذكرُ شهادتي على إقرار زيدٍ بكذا ، فقال الفرعان : نحن ذاكران : أنك أشهدتنا على شهادتك ، (أنك) ^(٥) تشهدُ على إقرار زيدٍ بكذا .

وقعت هذه المسألة عندنا في « الفتاوى » فقلتُ : هذا ينبغي أن يؤثر ، ولا يجوز العملُ بشهادة الفرعين إلى أن يُجددَ شاهدُ الأصل إشهدهما على

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غاب .

(٢) في الأصل زيادة تؤدي إلى الحلل فحذفها ، وهي : فشافه شاهد الأصل بتكذيب الشاهد ، بتكذيب شاهدي الفرع ، وهذه الزيادة ليست موجودة في نسخة ف .

(٣) أي القولين في جواز قضاء القاضي بعلمه وعدم جوازه .

(٤) الفقرة ٤٧٣ مكررة في الأصل ، ورقة ٧٥ على الوجه الأول والوجه الثاني ، مع فارق في تركيب الجمل ورد الضائر ، وقد اعتدت على الصفحة الثانية المكررة ، ونقلتها منها ، لأنها أوضح عبارة وأدق حكا .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل في الصفحة الأولى : أن ، وفي الثانية : أنك .

شهادته مرة ثانية^(١) ، (ويسترعياها للشهادة)^(٢) ، بالقياس على ما إذا قال شاهدان : إن الحاكم أشهدنا على نفسه أنه ثبت عنده كذا ، وأنه حكم بكذا ، فقال الحاكم : لست أذكر ذلك ، فإن كان وقع شيء من ذلك فقد أنسيته^(٣) ، لم يجز لها بعد ذلك الشهادة عليه به ، ولا يعمل بقولها إلى أن يتذكر^(٤) الحاكم ذلك ، ويشهدا عليه مرة أخرى .

ثم وجدت مسألة الفرعين مع أصلها ونسيانه مسطورة^(٥) في بعض كتب الأصحاب ، كما أفتيت به .

أما إذا قال شاهد الأصل : لست أذكر أن زيدا أشهدني على إقراره بكذا ، والفرعان ذاكران أنه أشهدهما على شهادته بذلك ، فيجب القطع بعدم قبول شهادتهما ، (وهو أظهر من الصورة الأولى)^(٦) .

البينة بعد القضاء على التكذيب قبله :

٤٧٤ - ثم قال الإمام ههنا : إذا قضى القاضي بشهادة شاهدين ، ثم قامت بينة على فسقها حالة القضاء ، هل ينقض حكمه ؟ فيه قولان ، سنذكرها في موضعها^(٧) .

وقد ذكرنا ههنا أنه إذا قضى بشهادة شاهدي فرع ، ثم قامت بينة أن

(١) قال الخطيب الشيريني : أو قال لا أعلم أي تحملت ، أو نسيت أو نحو ذلك لم يحكم بها ، لحصول الريبة ، أو بعد الحكم لم يؤثر ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٥)

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ويسترعياها الشهادة .

(٣) في نسخة ف : نسيته .

(٤) في نسخة ف : يذكر .

(٥) العبارة في نسخة ف : ثم وجدت مسألة الفرعين مع أصلها ونسيانها المذكورة .

(٦) ما بين القوسين من الصفحة الأولى المكررة ، وهنا ينتهي التكرار .

(٧) فقرة ٥٩١ من هذا الكتاب .

شاهد الأصل كذب شاهدي الفرع قبل القضاء بشهادتها فلا يُنقض الحكم قولاً واحداً

قال : فقد تعسر الفرق في ذلك ، ولم يذكر فرقاً أصلاً ، ونحن نجد بينها فرقاً قادحاً ، لا نرى ذكره تأديباً مع الإمام .

خاتمة : طلب صاحب الحق من شاهد الأصل الإشهاد عليها :

٤٧٤ / ٢ - هذا تمام الكلام في فصل الشهادة على الشهادة .

وله خاتمة تسمى الحاجة إليها ، لا بد من الإفادة بذكرها ، وهو أن صاحب الحق إذا طلب من شاهد الأصل أن يشهد على شهادته ، فإن أجابه إليه فقد أحسن ، وإن امتنع نظر : إن كان قادراً على أدائها عند الحاكم ، لم يلزمه أن يشهد على شهادته ، وإن كان عاجزاً عن أدائها عند الحاكم لمرض أو سفر ، فذهب الشافعي ، رحمة الله عليه ، أنه لا يجب عليه الإشهاد على شهادته^(١) .

قال الماوردي : والأولى عندي أن يُعتبر الحق المشهود فيه ، فإن كان يبقى إلى الأعقاب كالوقوف المؤبدة المنتقلة إلى البطون المستقبلية لزمه الإشهاد على شهادته ، وكذلك الإجارة المعقودة إلى مدة لا يعيش إلى انقضائها في الغالب ، وكذلك الديون المؤجلة بالأجل البعيد ، [٧٦ / أ] ففي هذا كله يلزمه الإشهاد على شهادته بخلاف غيرها^(٢) .

☆ ☆ ☆

(١) يقول الماوردي : ومذهب الشافعي لا يجب عليه الإشهاد لثلاثة معانٍ : الأول : أن المقصود في تحمل الشهادة أداؤها دون الإشهاد عليها ، والثاني ، أن الإشهاد عليها لا يسقط عنه فرض أدائها ، والثالث : أن المقر لما لم يلزمه الإشهاد على إقراره كان الشاهد المتحمل أولى ، (الحاوي ، له : ١٣ ق ٢١ / ب) .

(٢) الحاوي ، له : ١٣ ق ٢١ / ب .

الفصل الخامس^(١)

[في]

[مراتب الشهادة]

٤٧٥ - فيما يثبت بشهادة أربعة من الرجال ، ولا يثبت بأقل من ذلك ،
وفما يثبت بالشاهدين ، ولا يثبت بالشاهد واليمين ، ولا بالنسوة منفردات ،
وفما يثبت بالشاهد واليمين ، (والشاهد والمرأتين)^(٢) ، وما يثبت بشهادة
النسوة^(٣) منفردات ، وما يثبت بشهادة شاهد واحد .

٤٧٦ - المرتبة الأولى : الزنا نفسه لا يثبت إلا بأربعة ، وفي الإقرار
بالزنا قولان^(٤) ، واللواط ، إن جعلناه موجباً للقتل مطلقاً ، أو كالزنا ، وهو
الصحيح^(٥) ، فلا بد من أربعة^(٦) ، وإن جعلناه موجباً للتعزير ، هل يُشترط

(١) في الأصل ، وفي نسخة ف : الرابع ، وهو خطأ .

(٢) ما بين القوسين من نسخة ف : يوافق من الأصل .

(٣) في نسخة ف : وما يثبت بالنسوة .

(٤) القول الأول : وهو الأظهر ، أن الإقرار بالزنا يثبت بشهادة رجلين كغيره من الأقارير ، والفرق بين
الشهادة على الإقرار والشهادة على الفعل فيه أن المقر لا يتحم حده ، بخلاف الفاعل المعاین ، فلذلك غلظت بينته ،
والقول الثاني : أن الإقرار بالزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود كالفعل ، (انظر : مغي المحتاج : ٤ / ٤٢١ ، نهاية المحتاج :
٣١١ / ٨ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٤ ، الروضة : ١٢ / ٢٥٢) .

(٥) اختلفت الآراء في المذهب الشافعي في عقوبة اللواط على ثلاثة أقوال ، الأول : أنه كالزنا ، وهو رجم
المحصن ، وجلد وتعزير غير المحصن ، وهو الراجح ، والثاني : يقتل الفاعل سواء كان محصناً ، أم غير محصن ،
لحديث : « مَنْ وَجَدْتَمَوْهُ يَفْعَلْ عَلَى قَوْمِ لُوطٍ ، فاقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ » ، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه
والحاكم ، وصححه بإسناده ، فيقتل بالسيف كالمترد ، والثالث : أن عقوبته التعزير فقط ، كإتيان البهيمه ، (انظر :
مغي المحتاج : ٤ / ١٤٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٤٢٧ ، شرح المحلى : ٤ / ١٧٩) .

(٦) قال الشيرازي : ولا يقبل في اللواط إلا بأربعة ، لأنه كالزنا في الحد ، فكان كالزنا في الشهادة ، (انظر : أ =

في ثبوته أربعة ؟ فيه قولان ، الأصح نعم .

٤٧٧ - المرتبة الثانية : ما لا يثبت إلا بعدلين ذكرين ، وهو النكاح والطلاق والرّجعة والقصاص والوديعة والعتق والاستيلاء والكتابة (والوصاية)^(١) والعفو عن القصاص والجرح .

وحكى الشيخ أبو علي عن ابن خيران أن ابن سريج^(٢) قال : إنّ الوكالة في استيفاء الأموال تثبت بالشاهد والمرأتين^(٣) ، [إلا]^(٤) (أن الجرح المشهود به)^(٥) في المال هل يثبت بالشاهد واليمين ؟ فيه وجهان ، والتعديل والردة والإسلام والنسب والبلوغ والولاء والعدة والموت والوكالة على المذهب^(٦) .

وقال القاضي حسين : لا نصّ للشافعي رضي الله عنه في الوكالة ، ولا يبعد ثبوتها في المال برجل وامرأتين .

وحكى أبو العباس ابن القاص في (كتاب « أدب القضاء » ، له : أن ابن سريج قال : إنّ الوكالة في استيفاء الأموال تثبت بالشاهد والمرأتين)^(٧) .

= المهذب : ٢ / ٣٣٣) ، وقال الخطيب الشريبي : اللواط في ذلك كالزنا ، (مغني المحتاج : ٤ / ٤٤١) ، وقال الرملي في (نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٠) : ويشترط للزنا واللواط وإتيان الميتة والهيمه أربعة رجال ، فلا يثبت الحد أو التعزير في ذلك بدونهم ، بينما نص المهلي في (شرحه على المنهاج : ٤ / ٣٢٤) ، نص على الوجه الثاني فقال : « ولا يثبت اللواط وإتيان بهائم إلا بأربعة ، وفي وجه من طريق يثبتان باثنين » ، (وانظر : الروضة : ١١ / ٢٥٢)

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الوصية ، انظر هامش ٣ من هذه الصفحة .

(٢) في الأصل : لا أن ابن سريج ، فإن « لا » زائدة ، والسطر ساقط من نسخة ف .

(٣) الوكالة والوصاية لا تثبتان إلا بشهادة رجلين عند الشافعية ، ولا نظر إلى رجوع الوكالة والوصاية إلى

مال ، لأن القصد منها الولاية لا المال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٢ ، المهذب :

٢ / ٣٢٤ ، الروضة : ١١ / ٢٥٣) .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : إلى

(٥) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : إن خرج الشهود .

(٦) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٣ .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل ، بعد لفظ : في كتابه .

٤٧٨ - المرتبة الثالثة : ما يثبتُ بشاهدٍ ويمينٍ ، وشاهدٍ وامرأتين ، وهي الأموالُ وحقوقُها^(١) ، كالإقارير والقروض والإتلاف والأرُوش والدياتِ والبيوع والإجازاتِ والعقودِ المالية بأجمعها وقتلِ الخطأ ، وكلِ جراحةٍ لا توجبُ إلا المال ، وحقِ الخيارِ والشفعةِ والفسخِ وقبضِ نجومِ الكتابةِ ، إلا النجمَ الأخيرَ ففيه وجهان ، لتعقبه العتقُ ، ويدخلُ في ذلك عقدُ القراضِ والشركة على الأصح .

وقال القاضي حسين : عقدُ القراضِ والشركة لا يثبتُ بالشاهدِ واليمينِ ، ولا بالشاهدِ والمرأتين ، لأنه إثباتٌ وكالةٍ على المالِ المشترك ، وهذا يقوله تفريراً على المذهب^(٢) .

وهو صحيحٌ ؛ فإنَّ الشركة توكيلٌ من كل واحدٍ من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله ، وإلا فمن مذهبهِ أن الوكالةَ في المالِ تثبتُ بالشاهدِ والمرأتين ، فعقدُ الشركةِ والقراضِ أولى . [٧٦ / ب]

وقطع^(٣) الشيخُ أبو نصر بأن القراضَ يثبتُ بالشاهدِ واليمينِ ، وفي^(٤) الأجلِ وجهان ، أصحُّها ثبوتهُ بالشاهدِ واليمينِ^(٥) .

ويثبتُ المالُ في السرقةِ بشهادةِ رجلٍ وامرأتين ، وبشهادةِ شاهدٍ ويمينٍ^(٦) ، دونَ القطعِ ، وكذلك النكاحُ إذا لم يثبتُ إلا برجلين ، فيثبتُ المهرُ فيه

(١) المراجع السابقة في هامش ٣ ، الحاوي : ١٢ ق ١٢٥ / أ ، ق ١٢٧ / أ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤ .

(٢) وهذا ما أيده النووي رحمه الله ، لأنه عدد ما يشترط فيه رجلان ، وقال : « ومنه القراض ، وكذا الشركة

على الأصح ، وقيل : تثبت برجلٍ وامرأتين » (الروضة : ١١ / ٢٥٣) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولا قطع ، وهو خطأ .

(٤) في الأصل : إلي وفي ، فلفظ : إلي ، زائد في الأصل .

(٥) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٤ .

(٦) العبارة في نسخة ف : ويثبت المال في السرقة بالشاهد والمرأتين وبشهادة الشاهد واليمين .

بالشاهدِ واليمين ، وهكذا الوكالةُ تثبت في حقِ البيعِ بالشاهدِ واليمين ، ويثبتُ المَالُ الموصى به بالشاهدِ واليمين دون الوصاية .

[ثبوت الإعسار] :

٤٧٩ - وأما الإعسارُ فالمذهبُ أنه يثبتُ بشهادةِ شاهدين (حرين)^(١) ذكرين (عدلين)^(٢) خبيرين بباطن حاله^(٣) .

وقال المتولي : لا يثبتُ إلا بثلاثةِ شهودٍ ذكورٍ^(٤) ، وذكر^(٥) في المذهب وجهين .

وقال الشيخُ أبو علي : هل يثبتُ بشهادة رجلٍ وامرأتين ، أو

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) وهو ما عليه التأخرون المحققون في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٢ ، شرح المهلي : ٤ / ٣٢٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٢ ، الروضة : ١١ / ٢٥٢) .

(٤) قال النووي رحمه الله في (شرح صحيح مسلم : ٧ / ١٣٣) : وأما اشتراط الثلاثة ، فقال بعض أصحابنا هو شرط في بيعة الإعسار ، فلا يقبل إلا من ثلاثة لظاهر الحديث ، وقال الجمهور : يقبل من عدلين كسائر الشهادة غير الزنا ، وحلوا الحديث على الاستحباب ، وانظر : (حاشية عميرة على شرح المهلي : ٤ / ٣٢٤) ، وذهب الحنابلة إلى اشتراط الثلاثة في بيعة الإعسار ، وذلك إذا حضر شخصٌ عرف له مال وادعى التلف والإعسار والفقر ، فلا يكفي لإثبات ذلك برجلين ، بل لا بد من ثلاثة رجال ، واستدلوا على ذلك بما أخرجه مسلم وأبو داود وابن خزيمة وابن حبان عن قبيصة بن مخرق الهلالي قال : « تحملت خيالة فأتيت النبي ﷺ أسأله ، فقال : يا قبيصة ، أم عندنا ، حتى تأتينا الصدقة فأنمر لك بها ، ثم قال : يا قبيصة : إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة ، رجلٌ تحمل حمالةً فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ، أو قال : سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقةً ، فحلت له المسألة حتى يصيب قواماً من عيش ، أو قال سداداً من عيش ، فإسأله من المسألة يا قبيصة سحتاً ، يأكلها صاحبها سحتاً » .

(انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ٧ / ١٣٣ ، سنن أبي داود : ١ / ٣٨١ ، سنن النسائي : ٥ / ٩٧ ، المغني ،

ابن قدامة : ١٠ / ١٣١ ، الطرق الحكيمة : ١٣٢) ، وانظر دراسة ذلك مع المقارنة والمراجع المشار إليها في رسالتنا (وسائل الإثبات : ١ / ١٤٥) .

(٥) في الأصل : ذكر ، فالواو ناقصة من النقل .

(بشاهد^(١)) ويمين؟ فيه وجهان، كما في الأجل والخيار، وسندكر شيئاً من هذا في فصل شهادة النفي إن شاء الله تعالى^(٢).

إ تقديم الشاهد على اليمين والعكس :

٤٨٠ - واعلم أنّ ما يثبت بالشاهد واليمين، هل يُشترطُ تقدّم الشاهدِ على اليمين؟ أم يجوزُ تقديم^(٣) اليمينِ على الشاهد؟ فيه وجهان، الأصحُّ لا بدّ من تقدّم الشاهد^(٤).

إ تصديق الشاهد باليمين :

٤٨١ - وهل يُشترطُ في يمينه تصديقُ الشاهدِ؟ المذهبُ الأصحُّ نعم، وقال الإصطخري: لا يُشترطُ^(٥).

إ حقيقة الحكم بهما :

٤٨٢ - ثم إذا شهدَ الشاهدُ، وحلفَ مع شاهديه، وحكم الحاكمُ، فالحكمُ وقعَ بالشاهدِ فقط، أو باليمينِ فقط، أو بهما؟ فيه ثلاثةُ أوجه، الأصحُّ بهما^(٦). وتظهرُ فائدةُ الخلافِ فيما لو رجَعَ الشاهدُ بعدَ الحكمِ، وقلنا بتغريمِ

(١) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: شاهد.

(٢) فقرة ٤٩٥ وما بعدها، ٥٠٠.

(٣) في نسخة ف: تقدم.

(٤) وهو الراجح، كما صرح به النووي، واقتصر عليه، (انظر: مغني المحتاج: ٤ / ٤٤٢، نهاية المحتاج:

٨ / ٣١٣، شرح المحلى: ٤ / ٣٢٥، الروضة: ١١ / ٢٧٨).

(٥) قال المحلى: ويذكر وجوباً في حلفه صدق الشاهد،... وذكر صدق الشاهد ليحصل الارتباط بين اليمين

والشهادة المختلفتي الجنس، (شرح المحلى: ٤ / ٣٢٥ - ٣٢٦)، وانظر: الروضة: ١١ / ٢٧٨، مغني المحتاج: ٤ / ٤٤٤،

نهاية المحتاج: ٨ / ٣١٣، وتقدم ذلك في كلام المصنف فقرة ٢٤٢.

(٦) انظر: الروضة: ١١ / ٢٧٨، مغني المحتاج: ٤ / ٤٤٢، نهاية المحتاج: ٨ / ٣١٣، وانظر تحقيق ذلك مع

الأدلة والمقارنة والمراجع في رسالتنا: وسائل الإثبات: ١ / ١٨٦.

الشاهد إذا رجع ، فإن قلنا : باليمين فقط ، لا غرمَ (عليه)^(١) ، وإن قلنا :
بهما ، غرمَ النصف ، وإن قلنا : بالشاهد فقط ، قال الأصحاب : غرمَ الكل^(٢) .

وقال الشيخ أبو علي : لا صائرَ إلى أنه يغرمَ الكلَّ ، وهذا يدل على
ضعفِ هذا الوجه ، وهو أنه (يثبت)^(٣) به فقط .

٤٨٣ - المرتبة الرابعة : ما يثبت شهادة أربعٍ من النسوة منفردات^(٤) ،
وبرجل وامرأتين ، وهو البكارة ، وعيوب النساء في أبدانهن ، والرضاع ، وفي
الولادة^(٥) .

وقال القاضي أبو الطيب : هل تقبل شهادة النسوة منفردات على الاستهلال
في الولادة ؟ فيه قولان ، فإن قلنا : تقبل ، فلا بدَّ من شهادة أربع^(٦) .

وقال الشيخ أبو علي في « شرحه الكبير » : قال الأستاذ أبو طاهر الزبيدي^(٧) :

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيه .

(٢) انظر : الروضة : ٢٧٨ / ١١ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ثبت .

(٤) العبارة من نسخة ف : أربع نسوة منفردات .

(٥) انظر : الروضة : ٢٥٢ / ١١ .

(٦) الراجح قبول شهادة النساء منفردات على الاستهلال في الولادة ، وأما القول الثاني فهو عن الربيع رحمه
الله ، وبهذا القول الثاني قال الإمام أبو حنيفة خلافاً لصاحبيه ، فإنه قال : لا تقبل شهادة النساء وحدهن في
الاستهلال ، لأن الاستهلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة في
الإرث وغيره ، لكنها تقبل بصلاة الجنازة على المولود ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٣٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٢ ، درر
الحكام : ٢ / ٣٧٢ . وسائل الإثبات : ١ / ٢١٥ ، فتح القدير : ٦ / ١٠ ، رد المحتار : ٥ / ٤٦٥ ، الفقه الإسلامي :
٢ / ٥٧٢ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤) ، ونقل الطرابلسي في (معين الأحكام : ٩٤) : مذهب المالكية عند انتحاله كتاب
« تبصرة الحكام » دون أن ينتبه إلى مذهب إمامه في ذلك ، واقتبس نص (التبصرة كما هو وارد فيها : ١ / ٢٩٢) .

(٧) محمد بن محمد بن مخمّش بن علي بن داود ، أبو طاهر الزبيدي الفقيه الشافعي ، إمام المحدثين والفقهاء
بنيسابور في زمانه ، كان شيخاً عارفاً أديباً بلعربية ، سلمت إليه الفتيا والمشخة بنيسابور ، وله معرفة بالشروط
وصنف كتاباً فيه ، ومع ذلك كان فقيراً ، ذكره العبادي وأثنى عليه ، ولد سنة ٢١٧ هـ ، وتوفي سنة ٤١٠ هـ ، =

يثبت الرضاع والولادة بشهادة امرأتين ويمين المدعي^(١) ، لأن هذه شهادة توقفت على امرأتين فجاز أن تقوم اليمين فيها مقام امرأتين^(٢) ، كالشاهد الواحد في المال .

قال الشيخ القفال : [٧٧ / أ] هذا خطأ ، لأن اليمين دخلت في الأموال لخفتها ، ودخول البدل فيها ، وثبوت الرضاع والولادة بشاهد وامرأتين لم يكن (لخفة)^(٣) ذلك ، بل للحاجة إليه ، لأنه لا يطلع عليه في الغالب إلا النساء .

٤٨٤ - أما ما تحت إزار النساء من العيوب كالبرص وغيره لا يثبت إلا برجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة ، ولا يثبت بشاهد ويمين^(٤) ، وكذلك الرتق والرضاع والثيابة والبكارة والحيض والاستهلال (حكمها كذلك)^(٥) ، وفي

والزيادي بالكسر نسبة إلى زياد جد وبطن من الأزدي ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٩٨ ، طبقات الفقهاء : ١٣٣ ، لب الألباب : ١٢٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٤٥) .

(١) صرح النووي رحمه الله تعالى بالأصح ، فقال : ولا يثبت شيئاً بامرأتين ويمين ، وعلق على ذلك الشريبي فقال : في المال جزماً ، وفيما يقبل فيه النسوة منفردات في الأصح لعدم ورود ذلك ، وقيامها مقام رجل في غير ذلك لوروده ، وقوله في الأصح : يفهم منه وجود قول آخر مقابل له ، وهو إشارة إلى قول الزيادي ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣١٣ ، شرح المحلى وحاشية قليوبي : ٤ / ٣٢٥ ، الروضة : ١١ / ٢٧٨) .

وهذا يخالف مذهب المالكية في امرين : الأول : القضاء بشهادة المرأتين واليمين قياساً على الرجل واليمين في الأموال وما يؤول إليها ، والثاني : الاكتفاء بشهادة المرأتين وحدهما في عيوب النساء وما لا يطلع عليه الرجال ، وأن النصاب في شهادة النساء وحدهم عند المالكية اثنتان .

انظر تحقيق ذلك مع الاستدلال والمناقشة في (وسائل الإثبات : ١ / ١٨٦ ، ١٩٩ ، ٢٠٤ ، حاشية الدسوقي : ٤ / ١٨٧ ، ١٨٨ ، تبصرة الحكام : ١ / ٢١٣ ، ٢٦٧ ، بلغة السالك لأقرب المسالك : ٢ / ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، حاشية العدوي : ٢ / ٣١٤ ، ٣١٥ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣٣٨ ، شرح ميارة على تحفة الحكام : ١ / ٩٦ وما بعدها ، بهجة في شرح التحفة : ١ / ١١٢) .

(٢) في نسخة ف : المرأتين .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لخفه .

(٤) قال النووي : وما ثبت بهم (برجل وامرأتين) ثبت برجل ويمين إلا عيوب النساء ونحوها ، وذلك كالرضاع فإنها لا تثبت بشاهد ويمين لأنها أمور خطيرة بخلاف المال ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، شرح المحلى : ٤ / ٣٢٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٢٥ ، الأم : ٦ / ٢٧٥ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤) .

(٥) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي هامش الأصل : حكمه كذلك في الاستهلال .

الاستهلال قولاً أنه لا يثبت إلا برجلين ، حكاه كذلك البغوي أيضاً .

٤٨٥ - وأما عيوبُ النساءِ في الوجهِ والكفين ، قال الماورديُّ : لا تقبلُ فيه إلا شهادة الرجال دون النساءِ إجماعاً ، ذكره في الشهادات^(١) ، وقال في الرهن إذا أرادَ المرتهن إثبات عيب في الرهن المشروط في البيع يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين .

٤٨٦ - واعلم أن لنا من الأحكامِ ما لا يُثبتُ أحدٌ موجِبها بالشاهدِ واليمينِ ، والشاهدِ والمرأتين ، ويثبتُ موجِبها الآخرُ بها ، كما إذا شهد شاهدٌ وامرأتان على السرقة لم يثبت القطع ، ويثبت الغرم^(٢) .

ولو شهدَ شاهدٌ وامرأتان مثلاً على حضور عقد النكاح لم يثبت (النكاح)^(٣) ، ويثبت المهر^(٤) ، ولو شهد للمرأة شاهدٌ واحدٌ (وطلبت أن تحلف معه ، فإن حلفت)^(٥) ثبت المهرُ ، ولا يثبتُ النكاحُ ، هذا هو (المعمول به)^(٦) ، وذكر الإمامُ في أواخرِ كتاب الرجعة أن المرأة إذا ادعت على زوجها المهرَ ، وشهدَ لها (به)^(٧) شاهدٌ واحدٌ ، (حلفت)^(٨) معه ، وقال : قال الشيخُ أبو علي : لا يثبتُ المهرُ ، لأنَّ النكاح لم يثبتُ ، والمهرُ تبعٌ ، وقال الشيخُ أبو محمد : (يثبت ، والأولُ أفقه)^(٩) .

(١) الحاوي ، له : ١٢ ق ١١٠ / ب ، مخطوط ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٤٣ ، الروضة : ١١ / ٢٥٤ .

(٢) انظر الروضة : ١١ / ٢٥٥ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ٢٥٥ .

(٥) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٦) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٧) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وغلقت .

(٩) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

الفصل السادس^(١)

في

شهادة الحسبة وما تقبل فيه

| تعريفها | :

٤٨٧ - وشهادة الحسبة : عبارة عن أداء الشاهد شهادةً تحملها ابتداءً ، لا بطلب طالب ولا بتقدم دعوى مدع .

ومعنى « حسبة » أي احتساباً لله تعالى ، وعليه حمل قوله عليه السلام : « خَيْرُ الشُّهُودِ مَنْ شَهِدَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ »^(٢) .

| ما تقبل فيه شهادة الحسبة | :

٤٨٨ - وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى ، كالزنا والشرب والسرقة وقطع الطريق والزكاة والكفارة والطلاق والعتاق والاستيلاء والوصية للفقراء ، والوقف عليهم ، وعلى عامة المسلمين ، وعلى القناطر والرباطات ،

(١) في الأصل وفي نسخة ف : الخامس ، وهو خطأ من الناسخ .

(٢) هذا معنى حديث رواه مسلم ومالك وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال : « ألا أخبركم بخير الشهداء ، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها » وفي لفظ أحمد : « الذين يبدؤون بشهادتهم من غير أن يسألوا » وفي لفظ ثالث عند مالك وأبي داود : « أو يخبر بشهادته قبل أن يسألها » ، وفي رواية رابعة عند الترمذي : « خير الشهداء من أدى شهادته قبل أن يسألها » وقال : هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ١٧ ، الموطأ : ٤٤٨ ، سنن أبي داود : ٢ / ٢٧٢ ، سبل السلام : ٤ / ٢٠٤ ، تحفة الأحوذى : ٦ / ٥٨٠ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٩٢) .

وهل تقبلُ (في)^(١) الوقفِ على جماعةٍ معينين ؟ فيه وجهان ، (قال)^(٢) معظمُ الأصحاب : لا تقبلُ فيه شهادةُ الحسبةِ ، وإن قلنا : ينتقل إلى الله^(٣) (تعالى)^(٤) ، وتقبلُ شهادةُ الحسبةِ بتركِ [٧٧ / ب] الصلواتِ وبالعفوِ عن القصاصِ وبالعدةِ والإيلاءِ والإحصانِ وخرمةِ المصاهرةِ والرِّضاعِ ، وبأنَّ الصبيَّ استكملَ خمسَ (عشرة)^(٥) سنةً ولم يُصلِّ ولا صامَ ، وعلى إقرارِ رجلٍ بأنَّ عليه حجةَ الإسلامِ ، وهل تقبلُ في شراءِ الأبِ ؟ فيه وجهان ، وهل تقبلُ في التدبيرِ وتعليقِ العتقِ بصفةٍ ؟ فيه وجهان ، ولا تقبلُ في الكتابةِ إلا في النجمِ الأخيرِ بأنه أذاهُ (فيعتق)^(٦) ، فتقبل .

وتقبلُ شهادةُ الحسبةِ في الخلعِ لإثباتِ الفراقِ^(٧) ، لا لإثباتِ المالِ ، قال الإمامُ : ولا يبعدُ ثبوتُ المالِ تبعاً ، حتى لا (يبطل)^(٨) حقَّ الزوجِ ، ولا يبعدُ ثبوتُ الطلاقِ ، ولا تثبتُ البينونةُ ، كما لو خالَعَ محجوراً عليها لسفيهِ .

[سماع دعوى الحسبة] :

٤٨٩ - وكلُّ ما تقبلُ فيه شهادةُ الحسبةِ ، هل تسمعُ فيه دعوى الحسبةِ ؟ المشهورُ لا تسمعُ ، وبه قال الإمامُ^(٩) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : على .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وقال .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٣٧

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) في الأصل : عشر ، وهو خطأ ، وفي نسخة ف : خمسة عشر ، وهو خطأ أيضاً .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فعتق .

(٧) المعيار في قبول شهادة الحسبة أن تكون في حقوق الله تعالى المحضة ، كالصلاة والزكاة والصوم ، بأن يشهد بتركها ، وفيما لله فيه حق مؤكد ، وهو مالا يتأثر برضا الأدمي ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٣٧ ، الروضة :

١١ / ٢٤٣) .

(٨) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يتعطل .

(٩) انظر : الروضة : ١١ / ٢٤٤ .

وقال القاضي حسين : تقبل^(١) دعوى الحسبة فيما تُقبل فيه شهادة الحسبة^(٢).

٤٩٠ - قلتُ : لست أرى لسماع دعوى الحسبة فائدةً ، لأنَّ الشهادة حسبة تُقبلُ ، وفائدة الدعوى طلبُ إحلافِ المدعى عليه إنْ أنكرَ .

[اليمين في الزنا والشرب] :

٤٩١ - وقد قال ابنُ القاص : اتفقَ الشافعيُّ وأبو حنيفة وصاحباؤه على أنه لا يمينٌ في حدِّ الزنا وشربِ الخمر^(٣) ، إلا في موضعٍ واحدٍ اختلفوا فيه ، وهو أن يقرَّ بما يوجبُ الحدَّ ، مثلَ وطءِ امرأةٍ أجنبية ، ثم يدعي الشبهة .

قال الشافعيُّ رضي الله عنه ، في اختلافِ العراقيين : يحلفُ بالله ما وطئها إلا وهو يراها حلالاً ، (فيسقطُ)^(٤) الحدُّ عنه حينئذ ، قال الشافعيُّ : ولا أقبلُ هذا إلا ممنَ يمكنُ أنْ يجهلَ ، فأما من أهلِ الفقه فلا^(٥) .

وقال أبو حنيفة : لا يحلفُ في دعوى الشبهة ، بل يسقطُ الحدُّ بدعوى الشبهة^(٦) .

وإذا كانَ على مذهبنا لا يمينَ إذا ادعى عليه أنه زنا أو شربَ الخمر ،

(١) في نسخة ف : سمع .

(٢) انظر : الروضة : ٢٤٤ / ١١ .

(٣) انظر : نتائج الأفكار : ٦٢ / ٦ ، رد المحتار : ٥٥١ / ٥ ، لسان الحكام : ٢٨ ، وسائل الإثبات : ٣٧٧ / ١ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ويسقط .

(٥) وعبارة الشافعي رحمه الله : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال : ظننت أنها تحل لي ، فإن أبا حنيفة كان يقول : يدرأ عنه الحد ، فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات لم يحد ، وبه يأخذ ، وعليه المهر . . . وإذا أصاب جارية أمه وقال : ظننتها تحل لي ، أحلف ما وطئها إلا وهو يراها حلالاً ، ثم دُرئ عنه الحد ، وأغرم المهر ، فإن قال : قد علمت أنها حرام علي قبل الوطء حدٌ ، ولا يقبل هذا إلا من أمكن فيه أنه يجهل مثل هذا ، فأما من أهل الفقه فلا ، (الأم : ٧ / ١٥٠) .

(٦) المراجع السابقة في هامش ٣ .

وأنكر، ولم يدع (عليه)^(١) شيئاً أصلاً من شبهة ولا غيرها ، فأى فائدة للدعوى عليه بذلك فقط ؟ ولا يمكن القضاء عليه بالنكول عندنا في هذا أصلاً ، فثبت أنه لا فائدة في سماع دعوى الحسبة .

وقد قال الإمام : دعوى الإنسان على غيره أنه أعتق ملك نفسه غير مسموعة ، نعم ، تُقبل عليه شهادة (الحسبة)^(٢) أنه أعتقه .

[الستر في حدود الله] :

٤٩٢ - واعلم أن كل ما تُقبل فيه شهادة الحسبة ، مما هو من حدود الله تعالى ، فالمستحب للشاهد أن لا يشهد به ، لأنه مندوب إلى ستره^(٣) ، وما كان من قبل طلاق^(٤) وقصاص ورضاع ، [٧٨ / أ] وعتق وما يُفزي إليه ، وعفو عن قصاص ووقف وغير ذلك ، يُستحب للشاهد إظهاره ، والشهادة به ، إن لم يتعين عليه ، وإن تعين وجب^(٥) .

وذكر أصحابنا : أن كل ما لا تُقبل فيه شهادة الحسبة ، وهو ما عدا ما ذكرناه ، من الديون والبيع والشراء والإقرار والخلع والعقود والفسوخ وغير ذلك ، فكل هذا لا تُقبل فيه شهادة الحسبة ، ولكن إذا لم يعلم صاحب الحق بشيء منه مثل الإتلاف ، مثلاً : إذا أتلف متلفاً مالاً لإنسان ولم يعلم المالك به ، وشاهده شاهد ، وهو يتلفه ، (تُقبل)^(٦) فيه شهادة الحسبة ، ذكر هذا

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الحسابة ، وهو تصحيف .

(٣) انظر : شرح المحلى : ٤ / ٣٢٣ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٠٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٣٧ ، المهذب : ٢ / ٣٢٤ .

وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء ، (انظر : وسائل الإثبات : ١ / ١٠٩ هامش ٥) .

(٤) في نسخة ف : وما كان من قتل وطلاق .

(٥) للمراجع السابقة في رقم ٣ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فقبل .

جماعةً ، منهم الشيخ أبو علي ، ولم أره ذكر فيه خلافاً ، وفيه نظرٌ ظاهرٌ ، إذ كان يمكن أن يُكَلِّفَ الشاهدُ إعلامَ المالكِ بذلك إن أمكنه ، (أو إعلامٌ)^(١) وكيله ، حتى يدعي على المتلف ، ثم يشهد الشاهد بعد الدعوى ، فهذا أولى من قبول شهادة حسة في مالٍ من غير دعوى^(٢) ، مع إمكان الدعوى^(٣) .

الشهادة قبل الدعوى في غير الحسبة :

٤٩٣ - ومتى شهدَ الشاهدُ حسةً فيما لا تقبل فيه شهادة الحسبة ، قُبِلَ تقدم دعوى مدع ، وقبل طلب أداء الشهادة منه ، لم تُسْمَعْ شهادته التي أداها ، وهل يصيرُ مجروحاً بذلك ؟ فيه وجهان ، ذكرهما الأصحاب ، منهم من قال : نعم ، حتى لو ادعى المدعي بمضمون شهادة الشاهد التي ابتدر أداءها قبل الدعوى ، وطلبَ منه أداءها ، لم تُسْمَعْ شهادته بها ، ولا في غيرها ، لأنَّ ابتدأه لها يدلُّ على حرصٍ على الشهادة ، ويجرُّ تهمةً إليه ، والثاني : لا يصيرُ مجروحاً^(٤) ، ومتى أداها بعد دعوى وطلبٍ ، سَمِعَتْ شهادته ، لأنَّ هذا يقع في محل التسامح ، وقد يجهلُ الشاهد ، ولا يقصدُ به حرصاً ، ولا يلحقه به تهمةٌ .

٤٩٤ - وعندي : أنه يمكن أن يُفَرَّقَ في هذا بين العامي الجاهل المعذور في جهله ، وبين الفقيه العالم بعدم سوغانه ، فلا يُعذر .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وإعلام .

(٢) اللفظ من نسخة ف : من غير ذي دعوى .

(٣) وهذا ما نص عليه المتأخرون ، قال الرملي ، مبيناً ما يشمله الحديث الشريف الذي جعل المبادر للشهادة قبل الطلب من خير الشهود ، قال : محمول على ما تقبل فيه شهادة الحسبة . . . أو على من عنده شهادة لا يعلمها فيندب له إعلامه ليطلبها منه ، بل لو قيل بوجوده عند انحصار الأمر فيه لم يبعد ، (نهاية المحتاج : ٣٠٥ / ٨) ، وذلك خشية ضياع الحق ، فيذهب إلى صاحبه ويخبره أنه شاهد له في ذلك ، (انظر : الروضة : ٢٤٤ / ١١ ، وسائل الإثبات : ٢٧ / ١ وما بعدها) .

(٤) وهذا ما رجحه الشيخ قليوبي ، فقال : ولو أعاد المبادر شهادته قبلت ، (حاشية قليوبي : ٢٢٣ / ٤) .

الفصل السابع^(١)

في

شهادة النفي

وفيه صور

الأولى : شهادة الإفلاس :

٤٩٥ - أجمع الأصحاب على قبول شهادة الإفلاس والإعسار ، وهي في الحقيقة شهادة نفي .

ثم إن كانت البينة تشهد بتلف ماله ، بحريق أو غرق أو غيره^(٢) ، لم يحتج إلى أن يكون من أهل الخبرة الباطنة ، هكذا قاله الشيخ أبو علي ، قال : لأنَّ الناس كلَّهم في ذلك سواء .

وإن شهدت بإفلاسه من غير ذكر سبب ، فلا بدَّ من أن يكونوا من أهل الخبرة [٧٨ / ب] الباطنة .

٤٩٦ - وعندي أن هذا التفصيل (على)^(٣) إطلاقه زللاً ، مع أنه لم يذكره غيره ، فيما أعلم ، لأنه إن (شهد بأنَّ)^(٤) جميع ماله تلف بالنار مثلاً ،

(١) في الأصل وفي نسخة ف : السادس ، وهو خطأ .

(٢) العبارة في نسخة ف : لحرق أو غرق أو غير ذلك .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أشهد أن .

فمن أين يعلم أن هذا التالف هو كل ماله ، إن لم يخبِرة خبرة باطنية ، ويقول في شهادته : أشهد أن هذا المال الذي حرقته^(١) النار هو كل ما يملكه ، وحرقته النار مشاهدة ، فلا بد وأن يكون الشاهد خبيراً بباطن حاله في الصورتين ، وهذا الإشكال فيه ، إنما الشاهد بمجرد الحريق ومشاهدته لا يحتاج إلى خبرة باطنية ، لكن من أين يعلم أنه هو كل ما يملكه ، إن لم يشهد به الشاهد بالحريق ، أو غيره .

فعلى هذا إن كان الشاهد بهما ، أعني بأن التالف هو كل ماله ، وأن النار أحرقتة ، فلا بد أن يكون من أهل الخبرة الباطنية به لتقبل شهادته بأنه كل ماله ، وإن كان الشاهد بالتلف غير الشاهد بأنه كل ماله ، فالشاهد بالتلف لا يحتاج إلى خبرة باطنية ، والشاهد بأنه جميع ماله ، لا بد وأن^(٢) يكون من أهل الخبرة الباطنية به ، وهذا حسن فقيه .

والممكن في تصحيح كلام الشيخ أبي علي تنزيله^(٣) على ما إذا كان المشهود بإفلاسه لم يعهد له مال سوى عين واحدة مثلاً ، وقلنا : إن الأصل في الناس الإعسار ، فشهد شاهدان أن تلك العين التي لم يعهد أحد له مالا سواها أنها احترقت ، ففي هذه الصورة يأتي ما قاله الشيخ .

أ صورة شهادة الإعسار :

٤٩٧ - ثم صورة الشهادة (على)^(٤) الإعسار أن يقول : أشهد أنه معسر ، لا يملك إلا ثياب بدنه ، وقوت يومه ، ولا يحتاج أن يقول (وهو)^(٥) من أهل

(١) في نسخة ف : أحرقتة .

(٢) في نسخة ف : أن .

(٣) في نسخة ف : بتنزيله .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هو .

الصدقة ، فإن قاله لم يَضُر ، قاله البغوي .

وقال المتولي : يقول : أشهد أنه مُعَدَّم أو مُقْتَرَّر أو مُعْصِر ، وإن أضاف إليه : أنه مستحقُّ الصدقة جاز ، ولا يشهدُ فيقول : أشهد أنه لا مالَ له ، لأجل صيغة النفي ، هذا كلامه .

٤٩٨ - وأنا أقول : إن أضافَ الشاهد إلى هذا^(١) وأنا خيرٌ بباطن حاله ، فحسن ، وإن لم يُضَفْ ، فإن كان فقيهاً يغلبُ على ظنِّ الحاكم أنه لم يشهدْ إلا بعدَ تقدُّمِ خبرةٍ باطنيةٍ به ، فله أن يستفسره عن ذلك ، وله أن يسكتَ ، اعتماداً على غلبةِ ظنه بعلمه ، وإن استجهله الحاكم (أو ارتاب)^(٢) منه ، فلا بدُّ من سؤاله واستفصاله ، هل هو خيرٌ بباطن حاله أم لا ؟

[الاستفصال عن الشهادة] :

٤٩٩ - ومتى استفصلهُ الحاكم وسأله وجبَ عليه التفصيلُ ، فإن أجابه بأنه خيرٌ [٧٩ / أ] بباطنه^(٣) ، أمضِ شهادته ، وإن أجابه بعدم ذلك لم يعمل بشهادته ، وإن سكتَ ولم يجبْ ، والفرضُ أنه جاهلٌ ، لم يمضِ شهادته أصلاً ، بخلاف العالم إذا سأله فسكتَ ، أمضاها .

[إثبات الإعسار] :

٥٠٠ - والإعسارُ يثبت بعدلين فقط في وجهه هو الأصح^(٤) ، وفي وجهه لا يثبتُ إلا بثلاثة عُدولٍ ذكورٍ ، [وفي وجهه]^(٥) يثبتُ بالشاهد والمرأتين

(١) العبارة في نسخة ف فيها زيادة ، وهي : إن أضاف الشاهد فيقول : أشهد أنه لا مال له إلا هذا .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وارتاب .

(٣) العبارة في نسخة ف كما يلي : فإن أجابه بأن له خبرة بباطن حاله .

(٤) العبارة في نسخة ف : في الوجه الأصح .

(٥) العبارة من عندي ، وفي الأصل وفي نسخة ف : ووجه .

(والشاهد واليمين)^(١) ، فحصل ثلاثة أوجه ، تقدم ذكرها في مراتب الشهادة^(٢) .

الصورة الثانية : شهادة البينة أن لا وارث له سواه :

٥٠١ - فتقبل قولاً واحداً ، لكن (لا)^(٣) بهذا اللفظ ، بل يشهد أنه لا يعلم له وارثاً سواه ، مع خبرته بباطن أحواله في سفره وحضره ، وتغييرات أموره ، فلا بد من هذا قطعاً .

٥٠٢ - فإن قال : أشهد أن لا وارث له سواه ، وقطع^(٤) بالنفي ، قال الأصحاب : سأله الحاكم عن جزمه بالنفي ، ما سببه ؟ فإن قال : عنيت بقولي : لا وارث له سواه ، أني لا أعلم له وارثاً سواه ، مع خبرتي بباطن حاله ، قبل الحاكم شهادته ، وقال له : أصبت في المعنى ، وأخطأت في اللفظ .

٥٠٣ - وإن قال : أنا جازم بأنه لا وارث له سواه قطعاً ، هل يقبل الحاكم شهادته ؟ فيه وجهان ، وجه عدم القبول ظهور كذبه ، فإنه من أين يعلم جزمًا قطعياً أنه لا وارث له سواه ، (مع)^(٥) أن الميت يمكن أن يكون (قد)^(٦) تزوج في مكان بعيد ، أو تسرى ، أو وطئ بشبهة ، مع بعد المسافات ، وكثرة الأسفار ، ووجه القبول - ولعله الأصح - أنه يمكن أن يكون

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٢) فقرة ٤٧٩ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) في نسخة ف : فقطع .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : منع .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

مشاهدأ أحوالَه في متقلباته ، وسفره وحضره ، وعلم بقرائنَ قطعيةً أفادته العلمَ بذلك^(١) .

٥٠٤ - ولو صورَ مصورٌ صورةً أفادتِ القطعَ بذلك لم يكن بعيداً ، كما لو حبسه مع امرأة ، وهما صغيران في بيتٍ ، وقفلَ عليها ، وقطعَ بأنه لم يصل أحدٌ إليهما بملازمته بابَ البيتِ ، ثم مضتُ مدةً أمكنَ فيها البلوغُ والوطءُ والمحلُّ والولادةُ ، فإذا ولدت ولداً واحداً ، قطعَ بأنه منه ، بناءً على جريان العادة ، ثم شاهدها ولم تلد مع الولدِ غيره ، ومات الأبوان في الحال^(٢) ، عقيبَ الولادة ، فهنا يقطعُ بأنه لا وارثَ لهذا الأب الميتِ سوى هذا الولدِ .

٥٠٥ - ولا مبالاةٌ بما (يفترضه)^(٣) بعضُ المهوسين من الحنفية ، بأن يقول : أمكنَ أن يكون دخلٌ إلى المرأة أجنبيٌ بالسحر فوطئها فأتت منه بهذا الولد ، أو بالكرامة فوطئها بالشبهة ، أو أمكنَ أن [٧٩ / ب] يكون هذا الوالدُ خرج من الباب بسحري ، إن كان من أهله ، أو بكرامية ، إن كان من أهلها ، ووطئ امرأةً أخرى بشبهة ، أو بعقدِ نكاح ، أو شراءٍ ، وأحبها ، وأتت منه بوليدٍ لم يشاهده هذا الشاهد المعتنى بأمرها ، والمراقبُ لحالها ، ولا شعر بخروج الأب من البيت ، مع كون بابهِ مغلقاً مقللاً ، فهذا الفرضُ يكادُ يكون سفسطاً ، ومكابرةً في المحسوسِ على ما لا يخفى .

ثم إذا قال : أشهدُ أنه لا وارثَ له سواه ، وجزم بالنفي ، وسأله الحاكمُ ،

(١) قال الشافعي رحمه الله تعالى : وتجوز الشهادة أنهم لا يعرفون له وارثاً غير فلان ، إذا كانوا من أهل المعرفة الباطنة . . . وإن قالوا : لا وارث له غيره ، قبلت على معنى لا نعلم ، فإن كان ذلك منهم على الإحاطة كان خطأ ، ولم أردم به لأنه يؤول بهم إلى العلم ، (مختصر السنني : ٢ / ٣١ - ٣٢) ، وانظر الأشباه والنظائر ، السيوطي : ٤٩٢ .

(٢) العبارة في نسخة ف : ومات الوالدان في حال .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يفرضه .

فقال : علمت ذلك قطعاً ، وقلنا : لا تقبل شهادته بذلك ، هل يصير مجروحاً في غيرها ؟ فيه وجهان مشهوران .

الصورة الثالثة : [بينة النفي في وقتٍ معين] :

٥٠٦ - إذا ادعى رجل على رجل أنه قتل أباه مثلاً ، عند بروز قرص الشمس من اليوم الفلاني ، أو أنه أتلّف عليه ماله في ذلك الوقت ، أو باعه ، أو أسلم إليه ^(١) ، والمقصود أنه أضاف الدعوى إلى وقتٍ معين ، أو قال كذا ، مثل : إن قالت الزوجة : تلفظ بطلاقي ^(٢) في الوقت الفلاني ، فشهدت له بينةً بأنّه ما قتل في ذلك الوقت المدعى به ، ولا أتلّف ، ولا باع ولا تسلّم ولا طلق ، أو ولا تلفظ بالطلاق في ذلك الوقت ، هل تسمع شهادته ؟ وقد شهد بالنفي المضاف إلى وقتٍ مخصوصٍ معين ؟ فيه وجهان ، حكاهما الإمام وغيره ، أحدهما : لا تسمع سداً للباب ، واحتياطاً للشهادة ، لاضطراب النفي ، وعدم الإحاطة به في الجملة ، والثاني : تسمع ، وهو الأقيس ^(٣) ، لإمكان الإحاطة به في فرضنا هذا ، لأنّ الشاهد يقول : كنتُ مجالساً له قبيل ^(٤) طلوع الشمس من ذلك اليوم ، ماسكاً بيده ، مراقباً له ^(٥) ، فما نطق بكلمة ولا بجرف ، ولا فعلَ فعلاً ، ولا تحركَ بحركة ، وعيناي شاخصةٌ إليه ، ملاحظةً له ، أنا فأنا ^(٦) ، إلى

(١) من السلم ، وفي نسخة ف : سلم إليه ، من تسليم المبيع مثلاً .

(٢) في نسخة ف : بالطلاق .

(٣) وهو الراجح ، قال السيوطي : الشهادة على النفي لا تقبل إلا . . . أن يضيفه إلى وقتٍ مخصوص ، كأن يدعي عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق في وقت كذا ، فيشهد له بأنه ما فعل ذلك في هذا الوقت ، فإنها تقبل على الأصح ، (الأشباه والنظائر : ٤٩٢) ، وانظر حكم شهادة النفي والقواعد التي استنبطها الفقهاء في القبول وعدمه ، وحالات قبولها ، في (وسائل الإثبات : ٦٠٧ / ١ وما بعدها) .

(٤) العبارة في نسخة ف : كنت في مجالسة قبل .

(٥) في نسخة ف : فه .

(٦) في نسخة ف : أياماً .

أن طلعت الشمس، وانتشرت وعلت، فهذا ممكن محصور، فينبغي أن يُسمع .
والعراقيون منعوا^(١) قبول شهادة النفي مطلقاً، ولم يذكروا خلافاً في
النفي المضاف إلى وقت مخصوص معين .

النفي المطلق :

٥٠٧ - ولا خلاف أن النفي المطلق لا تُسمع الشهادة به ، لعدم الإحاطة

به (والله أعلم)^(٢) .



(١) في نسخة ف : يمنون .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

الفصل الثامن^(١)

في

[تليفق الشهادة]

ما يمكن تليفقه في شهادة شاهدين ، وما لا يمكن ، وفيه صور .

الأولى : [الاختلاف في السبب] :

٥٠٨ - إذا شهد شاهدٌ على إقرارٍ مقرٍ بدين ، قدره عشرون درهماً ، وشهدَ آخرٌ على أنه أُلْفَ عليه ثوباً ، قيمته عشرون درهماً ، لم تتلفقِ الشهادتان .

وهكذا إذا [٨٠ / أ] شهدَ شاهدٌ أنه حضرَ عقدَ بيعٍ وشرأَ بينهما ، وشهدَ آخرٌ على إقرارِهما بذلك البيعِ والشرأ ، لم تتلفقِ الشهادتان ، بل يحلفُ المشهودُ له مع أي شاهديه اختار ، إذا كانَ الحقُّ المشهودُ به مما يثبتُ بالشاهدِ واليمين .

الثانية : [حضور العقد والإقرار به] :

٥٠٩ - إذا شهدَ شاهدٌ أنه حضرَ عقدَ نكاحٍ بينهما ، وشهدَ آخرٌ على إقرارِهما به ، لم تتلفقُ شهادتهما .

ولو شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنه سرقَ منه ، مع طلوع الشمس ، كيساً أبيض ، وشهدَ آخرٌ أنه سرقَ منه مع طلوع الشمس كيساً [أسود]^(٢) في ذلك الزمن بعينه ، قال الماورديُّ : اختلف أصحابنا في هذا الاختلافِ ، هل يكون

(١) في الأصل وفي نسخة ف : السابع ، وهو خطأ .

(٢) في نسخة الأصل : أبيض ، وهو خطأ ، ولم تذكر نسخة ف لفظ « أبيض » في الشهادتين .

تعارضاً ، فيوجب سقوطها ، كما تتعارض البيئتان الكاملتان ؟ على وجهين ، أحدهما : تتعارض ، فعلى هذا ليس للمسروق منه أن يحلف مع واحدٍ من الشاهدين ، لسقوط شهادتهما بالتعارض . والثاني : وهو قول أبي حامد الإسفراييني ، لاتعارض ، لأن التعارض يكون في البيئة الكاملة ، لا الناقصة ، فعلى هذا إن كان الاختلاف في السرقة المعينة في زمانين ، حلف مع أيها شاء ، واستحق كيساً واحداً ، وإن كان الاختلاف في الزمن المعين في سرتين ، كان له أن يحلف مع كل واحدٍ منها ، ويستحق كيسين .

الثالثة : [الاختلاف في الزمان] :

٥١٠ - إذا شهد شاهدٌ أنه سرق من هذا البيت كيساً غدوةً ، وشهد آخرٌ أنه سرقه منه عشيةً ، لم تتلفق .

وكذا إذا وصف أحدهما الكيسَ ببياضٍ ، ووصفه الآخرُ بسوادٍ ، لم تتلفق الشهاداتان ، ويحلف مع أيّ شاهديه اختار^(١) .

[تعارض البيئتين في الزمان] :

٥١١ - أما إذا شهد شاهدان أنه سرق من رجلٍ كيساً غدوةً ، وشهد آخران أنه سرق منه ذلك الكيسَ عشيةً ، تعارضتا وسقطتا^(٢) .

[تعارض البيئتين في اللون] :

٥١٢ - وكذلك إذا شهد شاهدان أنه سرق كيساً أسودَ غدوةً ، وشهد آخران أنه سرقه غدوةً ، ولكن لونه أبيضٌ ، تعارضتا وتساقطتا (أيضاً)^(٣) ، (لأن

(١) انظر : المهذب : ٢ / ٢٤٠ .

(٢) انظر : المهذب : ٢ / ٢٤٠ ، وتكاد تكون العبارة واحدة بينهما ، لكن الثانية في تعارض البيئات .

(٣) اللفظ بين القوسين من هامش الأصل .

كل واحدة من البينتين حجةً بانفرادها ، فإذا تعارضتا سقطتا^(١) .

بخلاف ما إذا شهد شاهدٌ واحد بصفةٍ ، وشهد آخرُ بصفةٍ أخرى ، فإنَّ كل شاهد واحد ليس حجةً بانفراده^(٢) ، فلم يسقطا بالإجماع .

الرابعة : [البينتان في زمانين] :

٥١٣ - إذا شهد شاهدان أنه سرقَ منه كيساً غُدوةً ، وشهد آخران أنه سرقَ منه كيساً عشيةً ، ثبتَ له [٨٠ / ب] كيسان^(٣) .

ولو شهد شاهدٌ واحدٌ أنه سرقَ منه كيساً ، وشهد آخرٌ أنه سرقَ منه كيسين ، ثبتَ له كيسٌ واحدٌ بشهادتهما ، (ويحلفُ)^(٤) مع الشاهدِ الثاني ، ويستحقُّ (كيساً)^(٥) ثانياً .

ذكره القاضي أبو الطيب ، وقال : قد نصَّ الشافعيُّ رضي الله عنه على مثلِ هذا ، فقال : لو شهد شاهدان لرجلٍ على رجلٍ بألفِ درهم ، وشهد آخرُ بأنَّ له عليه ألفاً وخمسمائةً ، ثبتَ له ألفٌ بشهادتهما ، ويحلفُ مع شاهده الثاني ، ويستحقُّ خمسمائةً^(٦) .

وهكذا ذكره الشيخُ أبو علي ، فقال : لو ادَّعى عليه ألفاً ، فشهد له شاهدٌ بألفٍ ، وآخرُ بخمسمائةً ، أو ادَّعى ألفين ، فشهدَ بهما شاهدٌ^(٧) ، وشهد آخرُ

(١) في الأصل تكررت العبارة ما بين القوسين مع زيادة حرف خطأ ، وهي : لأن كل واحد من البينتين حجة بانفرادها ، فإذا تعارضتا وتساقطتا .

(٢) في نسخة ف : على انفراده .

(٣) وجب الحد والغرم فيها ، لأنه كملت بينة الحد والغرم ، (انظر المذهب : ٢ / ٢٤٠) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : حلف .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) مختصر المزني : ٣ / ٢٦ .

(٧) في نسخة ف زيادة : واحد .

بألف ، ثبت الأقلُ بشهادتها ، وله أن يحلفَ مع من شهدَ بالزيادةِ لاستحقاقها ، ولم يحك فيها خلافاً^(١) ، لكنه قالَ : هذا إذا أطلقا ، أو أضافا إلى جهةٍ واحدةٍ ، فأما إن أضافا إلى جهتين مختلفتين ، فهما شهادتان مختلفتان ، فلا تثبتُ واحدةٌ منها ، بل له أن يحلفَ مع كلِّ واحدٍ منها ، وله أن يحلفَ مع أيهما شاء .

وقال الإمامُ : إذا شهدَ للمدعي شاهداً أن المدعى عليه أخذ منه ثوباً ، قيمته دينارٌ ، وشهدَ آخرٌ أنه أخذَ منه ذلك الثوبَ ، وقيمتُه نصفَ دينارٍ ، فأرادَ المدعي أن يحلفَ مع شاهدِ الدينار ، هل له أن يحلفَ ويثبتَ بشاهدي ويمين ؟ فيه وجهان ، ذكرهما صاحبُ « التقریب »^(٢) ، أحدهما : بلى ، كما لو شهد أحدهما أنه أخذَ منه ديناراً ، وشهدَ الآخرُ أنه أخذَ منه نصفَ دينار ، فإنَّ له أن يحلفَ مع شاهدِ الدينار ، ويأخذه كاملاً ، والثاني : (لا)^(٣) ، لأنَّ الشاهدين اختلفا في القيمة ، واتفقا على ثوبٍ واحدٍ فتناقضَ قولاهما ، فضعفتُ شهادةَ الشاهدِ بالدينار ، فلم تصلح لتقوية جنبته المدعي ، بخلاف ما إذا شهدَ شاهداً بدينار ، وآخرَ بنصفِ دينارٍ ، فإنه لا تناقضَ بين القولين ، ذكرَ هذا في آخر باب الشهادة على الوصية^(٤) .

الخامسة : [الغصب في وقتين أو في مكانين] :

٥١٤ - إذا شهدَ شاهداً أنه غصبَ دارَ فلانٍ يومَ الخميس ، وشهدَ آخرٌ أنه

(١) المهذب : ٢ / ٣٣٩ .

(٢) سبقَت ترجمته صفحة ١٠٢ ، وهو القاسم بن محمد بن علي الشاشي .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) ذكر الشيرازي هذه المسألة وبين لها حكماً واحداً ، ولم يذكر خلافاً فيه ، فقال : « وإن شهد شاهد أنه سرق

ثوباً وقيمتُه ثمنُ دينار ، وشهدَ آخرُ أنه سرقَ ذلك الثوبَ وقيمتُه ربعَ دينار ، لم يجب القطع ، لأنه لم تكن بينة الحد ، ووجب له الثمن ، لأنه اتفق عليه الشاهدان ، وله أن يحلفَ على الثمن الآخر ، ويحكم له ، لأنه انفرد به شاهد ، ففضى به مع اليمين » ، (المهذب : ٢ / ٣٤٠) .

غضبها يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه غضب دأره بالكوفة ، وشهد الآخر أنه غضب دأره بالبصرة ، لم يثبت الغضب ، لأنه شهادة على الفعل ، ولم يتفقا عليه^(١) .

وقال أبو القاسم الدارقي : يثبت الغضب .

قال الشيخ أبو علي : (وهذه)^(٢) غفلة منه رحمه الله .

السادسة : [الشهادة على القتل في وقتين أو في زمانين] :

٥١٥ - إذا شهد شاهد أنه قتل فلاناً غدوةً ، وشهد آخر أنه قتله عشيةً ، [٨١ / أ] أو شهد شاهد أنه قتله يوم الخميس ، وشهد آخر أنه قتله يوم الجمعة ، أو شهد شاهد أنه قتله ببغداد ، وشهد آخر أنه قتله بالبصرة ، لم تتلفق^(٣) الشهاداتتان ، ولا يجمع بينهما ، وكذلك حكم القذف .

[الشهادة على الإقرار في زمانين] :

٥١٦ - أما إذا شهد شاهد أنه أقر غدوةً أنه قتل فلاناً ، أو قذفه ، وشهد آخر أنه أقر عشيةً أنه قتله ، أو قذفه ، أو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس أنه قتل فلاناً أو قذفه ، وشهد آخر أنه أقر يوم الجمعة أنه قتله أو قذفه ، جمع بينهما ، وتلفقتا ، ويثبت القتل والقذف ، لأن اختلاف تاريخ الإقرار لا يوجب اختلاف المقر به^(٤) ، واختلاف وقت الفعل يوجب اختلاف الفعل .

(١) انظر أحكام الاختلاف بين الشاهدين في الزمان والمكان في الأعمال مع المقارنة وبيان المراجع في (وسائل

الإثبات : ٢ / ٧١٥) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهذا .

(٣) في نسخة ف : تلفق .

(٤) وكذلك سائر الأقرير ، لأنه لا تناقض بينهما ، ويحتمل أن يكون المقر ، أقر مرتين ، ويكون الإقرار الثاني

تأكيداً للأول ، انظر الاختلاف في الزمان والمكان في الأقوال (المرجع السابق ، هامش ١ ، والمهذب : ٢ / ٣٤٠) .

ومثلُ هذا ما لو شهدَ شاهدٌ أنه أقرَّ غُدوةً أنه سرقَ كيساً ، وشهدَ الآخرُ أنه أقرَّ عَشيّةً أنه سرقَ كيساً ، تلفقتا ، وثبت^(١) القِطْعُ والمالُ .

٥١٧ - أما إذا شهدَ شاهدٌ واحدٌ أنه أقرَّ أنه قتلَ فلاناً يومَ الخميس ، وشهدَ آخرٌ أنه أقرَّ أنه قتلَهُ يومَ الجمعة ، هل تتلفق^(٢) شهادتهما ، ويحكمُ بها ، ذكر الإصطخري وجهين .

ومثلُ ذلك لو شهدَ أحدهما أنه أقرَّ عنده بالعربية أنه قذفَ فلاناً ، وشهدَ الآخرُ أنه أقرَّ عنده بالفارسية أنه قذفه ، تلفقتا ، وثبت القذف^(٣) ، فلو شهد أحدهما أنه أقرَّ أنه قذفَ فلاناً بالعربية ، وشهدَ الآخرُ أنه أقرَّ أنه قذفَ فلاناً بالفارسية ، هل يُحكمُ بهذه الشهادة ؟ فيه الوجهان المذكوران ، هذا ذكره الشيخ أبو علي .

وقال الماورديُّ : إذا شهدَ أحدهما أنه قذفه بالعربية ، وقال الآخرُ : إنه قذفه بالفارسية ، لم تتلفق الشهادتان ، إن كانت على سماع القذف^(٤) ، وإن كانت على إقرار القاذف أنه أقرَّ عند أحدهما أنه قذفه بالعربية ، وأقرَّ عند الآخر أنه قذفه بالفارسية ، ذكر أبو سعيد الإصطخري وجهين ، أحدهما : أنها قذفان ، لا تتم الشهادةُ بواحدٍ منهما ، والثاني : أن الشهادةُ كاملة .

وقال الماورديُّ : ولا أجدُ للفرق بينهما وجهاً .

وقال^(٥) الإمام : إذا شهدَ شاهدٌ أنه قذفَ زيداً بالعربية ، وشهدَ آخرٌ أنه

(١) في نسخة ف : ويثبت .

(٢) في نسخة ف : تلفق .

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ٢٤٠ .

(٤) المرجع السابق .

(٥) في نسخة ف : قال .

قذفه بالعجمية ، أو شهدَ واحدًا أنه قذفه يومَ السبتِ ، وشهدَ آخرُ أنه قذفه يومَ الأحدِ ، لم تتلفقِ الشهادتان^(١) ، ولو شهدَ واحدًا أنه أقرَّ بالعربية أنه قذف ، وشهدَ آخرُ أنه أقرَّ بالعجمية أنه قذف ، تلفقت الشهادتان .

ولو شهدَ واحدًا أنه طَلَّقَ يومَ السبتِ طَلْقَةً ، وشهدَ آخرُ أنه طَلَّقَ يومَ الأحدِ طَلْقَةً ، لم تتلفقِ الشهادتان ، ولا يثبتُ بشهادتيها شيءٌ ، نصَّ الشافعيُّ [٨١ / ب] عليه ، وقالَ : إذا شهدَ واحدًا على إقراره بالغصب يومَ السبتِ ، والتاريخُ للإقرار ، لا للغصبِ ، وشهدَ آخرُ على إقراره بالغصبِ يومَ الأحدِ ، والتاريخُ للإقرار ، لا للغصبِ ، قال الشافعيُّ : يثبت المقر به .

قال صاحبُ « التقریب » : من أصحابنا من جعلَ في هاتين المسألتين قولين بالنقل والتخريج ، فجعل في الإقرارين قولين ، وفي الطلاقين [قولين]^(٢) .

قال الإمامُ : أمَّا الخلافُ في الإقرارين فبعيدٌ جدًّا ، من جهة النقل ، ولكن يتجه في القياس^(٣) ، وأمَّا الخلافُ في الطلاقين ، فهو في نهاية البعدِ نقلًا وتعليلاً .

قال الإمامُ بعدَ هذا : أما مسألةُ ما إذا شهدَ^(٤) واحدًا أنه أقرَّ أنه قذفه بالعربية ، وشهدَ الآخرُ أنه أقرَّ أنه قذفه بالعجمية ، فقد حكينا أنَّ الأصحاب قالوا : تتلفقُ الشهادتان ، وهو مشكلٌ جدًّا ، لأنَّ المقرَّ به مختلفٌ ، كما لو شهدَ واحدًا أنه قذفه بالعربية ، وشهدَ الآخرُ أنه قذفه بالعجمية لم تتلفق .

(١) المرجع السابق ، ويظهر أن الكلام سوف يتكرر مع ما سبق ، ولكن المصنف كرره هنا للنقل عن

الإمام .

(٢) اللفظ من عندي ، وساقط من الأصل ، وفي نسخة ف : الإطلاقين فقط .

(٣) العبارة في نسخة ف : ولكنه متجه في القياس .

(٤) العبارة في نسخة ف : قال الإمام بعد هذه المسألة : أما إذا شهد .

وقد حكى القاضي حسين ما ذكرناه عن الأصحاب ، ثم قال : في قلبي
غصة من هذه المسألة ، والوجه أن لا يثبت القذف ، ولا تتلفق الشهاداتتان .

قال الإمام : والأمر على ما ذكره ، وكان شيخي لا يحكي إلا ما ارتضاه
القاضي ، ويقطع به ، ويقطع بأن القذف لا يثبت .

السابعة : [الاختلاف في قيمة المسروق] :

٥١٨ - إذا شهد شاهد واحد أن قيمة الثوب المسروق ربع دينار ، وشهد
آخر أن قيمته سدس دينار ، فقد اتفقا على السدس ، فتمت الشهادة به ، وفي
الزيادة وجهان ، أحدهما : يسقط قول من أثبتها بقول من نفاها ، ويمنع
صاحبها (من)^(١) أن يحلف مع الشاهد بها ، كما لو أثبتها شاهدان ، ونفاها
شاهدان ، والثاني : لا يسقط قول من أثبتها بقول من نفاها ، ولصاحبها أن
يحلف مع الشاهد بها ، ويستحقها ، ذكره الماوردي .

الثامنة : [الاختلاف بثمن الشراء] :

٥١٩ - إذا شهد شاهد واحد أنه باعه هذا العبد بألف ، وشهد الآخر^(٢) أنه
باعه إياه في ذلك الزمن بألفين ، ففي تعارضها وجهان ، كما مضى ، أحدهما :
(تعارضاً)^(٣) وسقطا ، والثاني : لا تعارض فيها ، وللمدعي أن يحلف مع
الشاهد بالألفين ، ذكره الماوردي .

التاسعة : [الشهادة بالفعل وبالإقرار به] :

٥٢٠ - إذا شهد أحد الشاهدين أنه طلق زوجته ، وشهد الآخر أنه أقر^(٤)

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : آخر .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : تعارضها ، وهو خطأ .

(٤) في نسخة ف : وشهد الآخر على إقراره .

أنه طلقها ، أو شهدَ واحدٌ بالبيع ، وشهدَ الآخرُ بالإقرارِ به ، أو شهدَ واحدٌ أنه غصبه ، أو شجّه ، وشهدَ الآخرُ أنه أقرّ بذلك ، [٨٢ / أ] لم تتمّ البينة ، ولا تتلفق الشهادات ، ذكره الشيخُ أبو نصرٍ وغيره .

ومثله لو شهدَ واحدٌ أنه حضرَ عقدَ النكاحِ الجاري بين المزوجِ والزوجِ ، وشهدَ آخرٌ على إقرارِهِ بالتزويجِ ، لم تتلفق الشهاداتان .

وكذلك لو شهدَ أحدهما أنه وكلّه ، وشهدَ الآخرُ أنه أقرّ أنه وكلّه ، لم يتلفقا .

٥٢١ - وضابطه أن يشهدَ واحدٌ منها بعقدٍ ، والآخرُ بإقرارٍ وبعقدٍ ، فلا تتلفق ، وإنما تتلفق إذا اتفقا على ذكرِ عقدٍ ، أو ذكرِ إقرارٍ .

العاشرة : [الشهادة بالوكالة وبالوصية] :

٥٢٢ - إذا شهدَ واحدٌ أن فلاناً جعلَ فلاناً وكيلاً له في هذه الخصومة ، وشهدَ آخرٌ أنه جعله وصياً له في هذه الخصومة في حياته ، أو قال أحدهما : وكلّه بقبضِ هذا المال ، وقال الآخرُ : سلّطه على قبضِهِ .

قال ابنُ القاص : قال ابنُ سُرَيْجٍ تخريجاً^(١) على مذهب الشافعيّ : إن كانت شهادتهما على الإقرارِ ثبتتِ^(٢) الوكالة ، وإن كانت على العقدِ لم تثبت .

الحادية عشرة : [الوكالة بالخصومة في الكوفة وفي البصرة] :

٥٢٣ - إذا شهدَ شاهدٌ أنه جعله وكيلاً في (الخصومة)^(٣) عندَ قاضي

(١) في نسخة ف : يخرجان .

(٢) في نسخة ف : تثبت .

(٣) اللفظ من هامش الأصل .

الكوفة^(١) ، وشهد الآخر أنه جعله وكيلاً فيها عند قاضي البصرة ، لم تثبت
الوكالة ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) ، حكاه ابن القاص عن ابن سريج .

الثانية عشرة : [كل مملوك حر ، وسالم حر] :

٥٢٤ - ما وقع عندنا في الوقائع الحكيمة ، (شهد)^(٣) شاهد على رجل أنه
قال : كل مملوك لي حر ، وأعتقت منجزاً كل مملوك لي ، وشهد شاهد أنه
قال : مملوكي سالم ، وأشار إليه ، حر ، أو أعتقت مملوكي سالماً ، وعلم أن سالماً
مملوك له ، قبل القولين ، فهل تتلفق الشهاداتان في سالم ، ويعتق ، أم لا ؟ .

٥٢٥ - وفرعنا على هذا ما لو شهد أحدهما على إقراره بتاريخ أنه أعتق
قبله كل مملوك له ، وشهد آخر على إقراره بتاريخ أنه أعتق قبله مملوكه سالماً ،
فقلت : ينبغي أن تتلفق الشهاداتان مها اتفقا على ذكر تنجيزه في الطرفين ،
أو على إقراره في الطرفين ، ولا يضر تعمييه في أحدهما ، وتخصيصه بسالم في
الآخر ، مها ثبت أن سالماً كان مملوكاً له ، قبل تعمييه العتق في كل ماليكه ،
تنجيزاً أو إنشاءً أو إقراراً .

نعم ، لو شهد أحدهما أنه أنشأ عتق كل ماليكه ، وشهد آخر على إقراره أنه
كان أعتق سالماً ، لم يثبت عتق سالم ، ولا تتلفق الشهاداتان في عتقه .

الثالثة عشرة : [الشهادة على الإقرار مع اختلاف السبب] :

٥٢٦ - إذا شهد شاهد أنه أقر بألف من ثمن مبيع ، وشهد آخر أنه أقر

(١) في نسخة ف : عند القاضي بالكوفة .

(٢) قال الحنفية : إن الشهادة والاختلاف في عقد قولي ، كالبيع والإجارة والصلح والخلع ، وما يحتاج إلى
فعل ، كالرهن والهبة والصدقة ، لا يبطلها الاختلاف في زمان أو مكان ، (انظر : معين الحكام : ١٠٤ ، جامع
الفصولين : ١ / ١٦٣ ، ١٦٧) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وشهد .

بألفٍ من جهةٍ قرض ، قال الإمام : حكى القاضي أنَّ الألفَ تثبتُ ، وتتلفقُ
الشهادتان ، [٨٢ / ب] لأنَّهما اتفقا على الألفِ والإقرارِ ، وإنما اختلفا في
جهته .

قال الإمام : وهذا (هفوة)^(١) ، لأنَّ المقر به متعددٌ مختلفٌ ، والدليلُ
عليه (أنه)^(٢) لو شهدَ على كلِّ إقرارٍ منسوبٍ إلى جهةٍ شاهدان ، لثبتَ
الألفان ، فالوجهُ القطعُ بأنَّه لا يثبتُ شيءٌ ، ولا سبيلٌ إلى تليقِ هاتين
الشهادتين .

[الشهادة بألف مطلقاً وقرضاً] :

٥٢٧ - أما إذا ادَّعى ألفاً مطلقاً ، فشهدَ شاهدٌ بألفٍ مطلقٍ ، وشهدَ آخرٌ
بألفٍ من جهةٍ قرضٍ مثلاً ، هل تتلفقُ الشهادتان ؟ فيه خلافٌ ، والأظهرُ أنها
تتلفقُ ، وتثبتُ الألفُ .

الرابعة (عشرة)^(٣) : [الشهادة على الملك وعلى الإقرار به] :

٥٢٨ - إذا ادَّعى على ذي يدٍ عيناً فأنكرَ ، فشهدَ للمدعي شاهدٌ بأنَّ العينَ
المدَّعى بها ملكةٌ ، وشهدَ آخرٌ^(٤) على إقرار المدعي عليه أنَّها ملكةٌ ، قال الإمامُ :
المذهبُ أنَّه^(٥) لا تتلفقُ الشهادتان ، وفيه وجهٌ أنها تتلفقُ ، وهو بعيدٌ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عندنا نغفره .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أن .

(٣) في الأصل وفي نسخة ف : عشر ، وهو خطأ ، لأن أصل الكلام : الصورة الرابعة عشرة .

(٤) في نسخة ف : وشهد له شاهد آخر .

(٥) في نسخة ف : أنها .

الفصل التاسع^(١)

في

القيمة والشهادة بها

٥٢٩ - اختلف أئمتنا في قيمة العين ، هل هي وصف قائمٌ بها ، أو ما تنتهي إليه رغباتُ الراغبين في ابتياعها ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ ، والأظهرُ أنَّ قيمةَ الشيءِ القدرُ الذي طَلِبَ شراؤه به

وهذا الخلافُ يقربُ بعضَ القربِ من الخلافِ في أن الملاحَته هل هي صفةٌ قائمةٌ (بالذاتِ)^(٢) ، وجنسٌ يعرف بنفسه ، أم هي مختلفةٌ باختلاف ميل الطباع ؟

٥٣٠ - ثم لا خلافٌ أنَّ الحاكِمَ إذا باع مرهوناً بما انتهت إليه رغباتُ الراغبين في شرائه ، بعدَ البحثِ التامِ ، والإشهارِ المستوفى في مواضعه وأسواقه ، جازَ البيعُ ، ولا يمتنعُ عليه البيعُ ، إذا شهدَ شاهدانِ من أهلِ الخبرةِ أنَّ قيمةَ هذا المبيعِ كذا ، بزيادةٍ تزيد على قدرِ المعاينة .

مثاله : دَفَعَ فيه ، بعدَ الإشهارِ التامِ ، والعرضِ على ذوي الرغباتِ ، مائةَ درهمٍ ، فشهدَ شاهدانِ من أهلِ الخبرةِ به أنَّ قيمةَ ذلك مائةٍ وعشرون ، أو مائةٍ وثلاثون ، ولم يحضُرْ من يشتريه بزيادةٍ على المائةِ ، فإنَّ الحاكِمَ يبيعهُ بما دَفَعَ

(١) في الأصل ، وفي نسخة ف : الثامن ، وهو خطأ ، وانظر فقرة ٨٢٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بالذوات .

فيه قولاً واحداً ، على كلا القولين المذكورين في القيمة .

أما على قولٍ من صارَ إلى أن القيمة هي رغباتُ الراغبين ، فظاهرٌ أنه قد باع بالقيمة ، وعلى القولِ الآخرِ قد تعذرَ البيعُ بالقيمةِ ، فيباع بما يُدفعُ فيه ، دفعاً للضرر عن المرتهن ، خوفاً من إضاعة ماله .

[سماع الشهادة بالقيمة مطلقاً] :

٥٣١ - ولا خلافَ أن الشهادة بالقيمة ، من غير استنادٍ إلى إشهارٍ في أسواق ، أو نداءٍ على أهل الرغبات ، مسموعةٌ [٨٣ / أ] في جميع القيم ومساائلها في البياعات والردِّ بالعيوب والأروش والرهن والوكالات والغصوب والمتلفات .

[شهادة العدل الخبير] :

٥٣٢ - وأنَّ العَدْلَ الخبيرَ بقيمةِ الثوبِ مثلاً ، إذا (شهد)^(١) أنَّ قيمته كذا وكذا درهم ، سُمِعَت شهادته إذا أداها على وجهها وشرطها الشرعي ، وهذا يُقَوِّي قولَ من قال : إنَّ القيمةَ عبارةٌ عن صفاتٍ قائمةٍ بالذات .

ولنذكر بعد هذا مسائل حسنةً في هذا ، لا يسع الفقيه الجهل بها .

[القول قول الغاصب بالقيمة] :

٥٣٣ - وهي أنَّ الغاصبَ إذا ادَّعى تلفَ المَغصوبِ بعد أن ثبتَ غصبه له ، إما بينيةً أو اعترافٍ منه ، فالقولُ قولُه في التلفِ (مع يمينه)^(٢) على الأصح^(٣) .

فإذا قُبِلَ قوله ، هل يستحقُّ المَغصوبُ منه قيمته ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شهدا .

(٢) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٣) انظر : معني المحتاج : ٢ / ٢٨٧ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٧٢ ، شرح المهلي : ٢ / ٣٤ .

نعم ، ووجه قولنا لا يستحق ، أنه يزعم أنه باقٍ ، وأنَّ الغاصبَ كاذبٌ في دعواه التَّلَف ، (وإذا)^(١) كان في زعمه باقياً لا يستحقُّ قيمته .

فإذا قلنا : يستحقُّ على الأصح ، وكان المِغصوبُ من ذوات القيم ، كثوبٍ أو فرسٍ ، فاختلفَ الغاصبُ والمالكُ في قدرِ القيمة ، فالقولُ قولُ الغاصبِ بلا خلافٍ ، لأنه غارمٌ ، لكن يُشترطُ في قبولِ قوله أنْ يذُكِرَ الغاصبُ قيمةً تليقُ بالمِغصوبِ المتلَفِ ، ويمكنُ أنْ تكونَ القيمةُ المذكورةُ قيمةً له في العرف .

ومثاله : كان المِغصوبُ فرساً ، فلو قال الغاصبُ : قيمتهُ عشرون درهماً ، قبل ، إذ يمكنُ أنْ تكونَ قيمةُ الفرسِ المتلَفِ عشرون درهماً ، فربَّ فرسٍ بعشرين درهماً ، لزمانيةً أو كَبِيرٍ ، فلو قالَ : قيمتهُ نصفُ درهمٍ ، أو حبةً ذهبٍ ، لم يُلتفتَ إلى قوله ، ويُقالُ له : عيَّنْ قيمةً تحتملُ أنْ تكونَ قيمةً المِغصوبِ قدرها .

[قبول بينة المِغصوبِ منه] :

٥٣٣ / ٢ - فإذا عيَّنَ ما تحتملُ ، ولنفرِضه مائةَ درهمٍ مثلاً ، وقَبِلَ قوله ، فلو أقام المِغصوبُ منه بينةً ، تشهدُ بأنَّ قيمتهُ مائةُ درهمٍ وعشرةُ دراهمٍ ، سُمعتِ البينةُ ، وعَمِلَ بموجبها ، ولو شهدتِ البينةُ أنَّ قيمتهُ أزيدُ من مائةِ درهمٍ ، ولم تعين الزيادة ، فهل تُسمعُ هذه الشهادةُ ؟ فيه وجهان . فإن سُمعتَ كان فائدةً سماعها وجوبٌ ذكرِ زيادةٍ على المائةِ درهمٍ على الغاصبِ ولو نصفَ درهمٍ مثلاً ، ثمَّ كلما عيَّنَ الغاصبُ قيمةً مقدرةً ، وشهدَ للمِغصوبِ منه شاهدانِ أنَّ قيمةَ المِغصوبِ أزيدُ مما قدره الغاصبُ ، وسمعنا هذه الشهادةَ ، وجبَ على الغاصبِ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإذا .

أن (يزيد)^(١) - على القيمة التي عينها - قدراً ، يصدق عليه أنه أزيد مما عينه [٨٣ / ب] ولا يزال كذلك إلى أن يمتنع على المصوب منه إقامة بينة ، تشهد بزيادة القيمة على ما عينه الغاصب .

[مستند شاهد القيمة] :

٥٣٤ - واعلم أن الشاهد بالقيمة يجب أن يكون مستنده بتعينها وقدرها مشاهدة العين المقومة ومعرفة صفاتها القائمة بها ، فلو شهد الشاهد بالقيمة اعتداداً على وصف واصف ، وصفها له ، لم يجز على أصح الوجهين ، إذ قد يقوم بالأعيان أوصاف تدركها العين مشاهدة ، ولا تحيط العبارة بها ، فلا بد من مشاهدتها ورؤية ذاتها ، وملاحظة صفاتها القائمة بها .

وهذا الذي ذكرناه في القيمة التي يذكرها الغاصب ، وأنه يجب عليه ذكر قيمة تليق بالمصوب ، وأن القول قوله في قدرها ، إذا كانت محتملة ، والشهادة بها ، لا يختص كل ذلك بالغاصب ، بل يجري في كل غارم لزمه قيمة متلف ، للمالك متلف عليه ، كمن أتلف سلعة لرجل عمداً أو خطأ ، أو تلفت في يده الضامنة ، كيد السوم^(٢) والعارية وغير ذلك .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : زيد .

(٢) السوم من سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها ، وسامها المشتري بمضى استامها ، ومنه لا يسوم الرجل أي لا يشتري ، قال النبي ﷺ : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » ، والسوم في الشرع هو طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع ، والقبض على سوم الشراء هو أن يأخذ الإنسان شيئاً من صاحبه على أنه إن أعجبه اشتراه ، ويرى بعض الفقهاء أن المبيع يكون في يد المشتري مضموناً عليه بثله إن كان مثلياً ، وبقيته إن كان قيمياً ، وحجتهم أنه مقبوض على سبيل المعاوضة المقصودة بالعقد ، وهو ما نصت عليه (بالمادة ٢٩٨) من مجلة الأحكام العدلية ، بينما نصت (المادة ٢٩٩) على أن القبض على سوم النظر يكون أمانة في يد القابض ، (انظر : التعريفات ، للجرجاني : ١٠٩ ، دستور العلماء : ٢ / ١٩٠ ، المدخل الفقهي العام ، الأستاذ الزرقا : ١ / ٦٦٦ ، ٦٨٥ ، مرآة المجلة : ١٣٧ / ١) .

[ما تثبت به القيمة] :

٥٣٥ - واعلم أنه يُقبلُ في القيمةِ شهادةُ رجلينِ ، ورجلٍ وامرأتينِ ، وشاهدٍ ويمين المدعي بها ، إذا كانَ الشاهدُ من أهلِ الخبرةِ بها ، صرَّحَ بذلكِ الماورديُّ وغيرُهُ في كتابِ الغصوبِ .

٥٣٦ - فإن شهدت البينةُ للمغصوبِ منه أنَّ قيمةَ المغصوبِ ألفٌ ، وقتَ الغصبِ ، أو وقت التلفِ ، أو فيما بين الغصبِ والتلفِ^(١) ، حكمَ بها ، وإن شهدت بأنَّ قيمته كانت قبلَ الغصبِ ألفاً لم يحكمَ بها ، لكن^(٢) قال بعضُ أصحابنا : يصيرُ - لأجل هذه البينة - القولُ قولَ المغصوبِ منه ، لأنَّ الأصلَ بقاءُ هذه القيمةِ ما لم يُعلمَ (نقصها)^(٣) .

قال الماورديُّ : وهذا غيرُ صحيحٍ ، لأنَّ ما قبلَ الغصبِ غيرُ معتبرٍ ، والبينةُ فيه غيرُ مسموعةٍ .



(١) العطف « بأو » إشارة إلى اختلاف الفقهاء في قيمة المغصوب التي يضمنها الغاصب ، والأصح في المثل إذا تلف عند الغاصب أن يضمن أقصى القيم من وقت الغصب إلى تمدد المثل ، ويقابل الأصح أحد عشر وجها منها ضمان قيمته يوم التلف ، ومنها ضمان قيمته يوم فقد المثل ، وأما القيمي إذا غصب فإنه يضمن بأقصى قيمة من الغصب إلى التلف ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٨٣ ، ٢٨٤ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٦٢ ، ١٦٦ ، شرح المحلى : ٣ / ٣١ ، ٣٢) .

(٢) في نسخة ف : ولكن .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بقبضها ، وهو تصحيف من الناسخ ، والله أعلم .

البابُ الخامسُ

في

[كتاب القاضي إلى القاضي]

٥٣٧ - إنهاء ما جرى عند القاضي المتنازع لديه إلى قاضيٍ آخرَ ، هذا الباب ملقَّبَ بكتابِ القاضي إلى القاضي ، وشهرتهُ ، لأنه الأغلِبُ وقوعاً^(١) .

واعلم أن طريق إنهاء ذلك منحصرٌ في مجرد المكاتبه ، أو في الإشهاد ، أو في المشافهة .

[الكتابة] :

٥٣٨ - أما مجرد الكتابة فلا حكم لها ، ولا يجوز للقاضي المكتوب إليه الاعتماد عليها ، ولا العملُ به ، وإن عرفَ خطَّ القاضي الكاتب وختمه ، وتكرر صدور ذلك منه إليه ، خلافاً لأبي ثور وأبي سعيد الإصطخري من أصحابنا ، ولا تعويلَ [٨٤ / أ] على هذا عندنا ، ولا عملَ عليه^(٢) .

(١) انظر أحكام كتاب القاضي إلى القاضي في المذهب الشافعي في المراجع التالية : (الأم : ٦ / ٢١٧ ، جواهر العقود : ٢ / ٢٥٩ ، إعانة الطالبين : ٤ / ٢٤٢ ، حاشية البجيرمي على الإقناع : ٤ / ٣١٨ ، الميزان الكبرى ، للشمراني : ٢ / ٢٠٨ . المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، حاشية الشرقاوي : ٢ / ٤٩٧ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٠٩ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ / ٣٠٩ ، مختصر المزني : ٥ / ٢٤٤ ، المجموع شرح المهذب : ١٨ / ٣٩٩ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٤٤٢ ، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة : ٢ / ٢١٠ على هامش الميزان ، حاشية الباجوري : ٢ / ٣٦٧ ، أدب القاضي ، الماوردي : ٢ / ٨٩ ، الروضة : ١١ / ١٧٨) .

(٢) نقل الشيرازي قولها ، ورد عليها ، (انظر : المهذب : ٢ / ٢٠٥ ، الروضة : ١١ : ١٨٠) .

[الإشهاد] :

٥٣٩ - وأما الإشهاد : فتفصيلُ القولِ فيه أن الدعوى إذا صحت بحق ، وقامت البينة على وفاقها ، لا يخلو : إمّا إن وقع ذلك لحاضرٍ على حاضرٍ بحقٍ حاضر ، أو لحاضرٍ على حاضرٍ بحقٍ غائبٍ ، أو لحاضرٍ على غائبٍ بحقٍ غائبٍ ، أو لحاضرٍ على غائبٍ بحقٍ حاضرٍ .

القسم الأول - [الحكم لحاضر على حاضر بحق حاضر] :

٥٤٠ - أن يحكم لحاضرٍ على حاضرٍ بحقٍ حاضرٍ ، فإن كان الحقُّ المحكوم به عيناً حاضرةً انتزعها من يدِ المحكوم عليه ، وسلمها إلى المحكوم له ، ولا يجوزُ في مثل هذا أن يكتبَ به القاضي إلى غيره ، سواء أقام المحكوم عليه ، أو هربَ .

وإن كان الحقُّ في يدِ المحكوم عليه ، فإن كان مقيماً استوفاه منه ، ولم يكتب به إلى قاضيٍ آخر ، وإن هربَ جازَ أن يكتبَ به إلى قاضيٍ بلدِ الهارب .

وإن كان الحقُّ في ذمةِ المحكوم عليه ، وكان مقيماً ، استوفاه ولم يكتبَ به إلى غيره ، وإن هربَ ولم يجد له مالاَ حاضراً كتبَ ، وإن وجد له مالاَ حاضراً استوفى منه ، ولم يكتب .

القسم الثاني - [الحكم لحاضر على حاضر بحق غائب] :

٥٤١ - أن يحكم لحاضرٍ على حاضرٍ بحقٍ غائبٍ ، فهذا يكون في الأعيان فقط دون الذم ، فيكتب القاضي بثلثه إلى القضاة ، ثم إن كان الحقُّ (ثبت)^(١) على هذا الحاضرٍ بإقراره ، فالحاكمُ الكاتبُ مخيرٌ في كتابته^(٢) بين أن

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يثبت .

(٢) في نسخة ف : كتابة .

يذكر^(١) ثبوته بإقراره أو لا ، وإن كان ثبتَ بيمين المدعي ، مع نكول المدعي عليه ، فلا بدَّ من ذكر ذلك في كتابه ، وإن كان ثبتَ ببيّنةٍ شهدت ، ففي وجوبِ ذكرها في كتابِ القاضي وجهان ، فإن قلنا : يجبُ ذكرهم ، فلو ذكرهم ووصفهم بالعدالة فلا كلام ، وإن لم يصفهم بالعدالة بل حكمَ بشهادتهم ، فهل يكونُ الحكمُ بشهادتهم تعديلاً لهم ؟ فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، لدلالةِ الحكمِ على ثبوتِ التعديلِ ظاهراً ، والثاني : لا ، بل لا بدَّ من وصفهم بالعدالة ، وبما يجوزُ به قبول الشهادة ، لأنه يجوزُ أن يكون حكمُ بظاهر التوسمِ والسمت^(٢) .

القسم الثالث - [أن يحكم لحاضر على غائب بحق غائب] :

٥٤٢ - فإن كان الحقُّ عيناً في يدِ الغائبِ غيرَ منقولة ، كالضياع والعقار ، فالحكمُ على الغائبِ لا يكونُ إلا ببيّنةٍ ، فإن ثبتت عدالةُ الشهود بذلك ، جاز أن يكتبَ بها إلى قاضي البلد الذي فيه العقار ، دون قاضي البلد الذي فيه المحكوم عليه ، إذا لم [٨٤ / ب] يكن في بلدِ المَلِكِ .

٥٤٣ - وإن لم يثبتَ عنده الشهودُ ، وكانوا غرباءً ، وذكر الطالب أن له بيّنةً بتزكيّتهم^(٣) ، يقيمها عند قاضي بلدهم ، فللشهود ثلاثة أحوال :

٥٤٤ - أحدها : أن يكونوا من أهلِ البلدِ الذي فيه المَلِكُ ، وهم على عزمِ العودِ إليه ، فلا يسمعُ الحاكمُ شهادتهم ، وإن سمعها لم يكتبَ بها ، ويقولُ للطالب : اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم ، وبلدِ مَلِكِك^(٤) ، ليشهدوا عنده

(١) في نسخة ف : يميز بذكر .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٧٨ ، ١٨٨ ، وانظر : فقرة ٥٩٣ .

(٣) في نسخة ف : تزكيهم .

(٤) في نسخة ف : مالك .

بما شهدوا به عندي ، فإنَّ كتبَ القضاةِ مختصةً بما لا يمكنُ ثبوتهُ (بغيرها)^(١) .

٥٤٥ - الحالة الثانية : أن يكونَ الشهودُ من بلدِ الملكِ ، لكنهم لا يريدون العودَ إليه ، فيجوزُ لهذا القاضي مكاتبهُ قاضي بلد الملكِ بما شهدوا به ، ليكشفَ عن عدالتهم ، فإذا صحتُ عندهُ حكمٌ بشهادتهم ، فيصيرُ التعديلُ والحكمُ مختصاً بالقاضي المكتوبِ إليه ، ويكونُ كتابُ القاضي الأولِ مقصوراً على فعلِ الشهادةِ فقط ، ولا وجهَ لمكاتبَةِ الثاني للأولِ بالتعديلِ ، ليتولى الأولُ الحكمَ ، لأنَّ الثاني قادرٌ على الحكمِ ، فلم يحتج فيه إلى الأولِ .

٥٤٦ - الحالة الثالثة : أن يكونَ الشهودُ من غيرِ بلد الملكِ ، فيجوزُ للقاضي الكاتبِ سماعَ شهادتهم^(٢) ، والمكاتبَةُ بها إلى قاضي بلدهم ، ويسأله عن عدالتهم ، فإذا عرفَ بها قاضي بلدهم كتبَ بها إلى القاضي الأولِ ، ليتولى القاضي الأولُ الحكمَ بشهادتهم ، ويكونُ الثاني حاكماً بعدالتهم ، ولا يجوزُ أن يقبلَ كتابَ الثاني إلا بشهادةٍ ، لأنَّ كتابَ الأولِ استخبارٌ ، وكتابَ الثاني حكمٌ .

| الحق الغائب عين منقولة | :

٥٤٧ - هذا كله إذا كان الحقُّ الغائبُ عيناً غيرَ منقولة ، كالعقار والأرضين ، أما إن كان الحقُّ الغائبُ عيناً منقولةً موصوفةً بصفاتٍ تميزها^(٣) عن غيرها ، مقومةً بقيمتها ، فإذا شهدَ بها عندَ الحاكمِ شهودٌ عدولٌ عنده ، كتبَ بها إلى حاكمِ البلد الذي المحكوم عليه به ، وإلى غيره ، لأنَّ نقلَ الحقِّ ممكنٌ من ذلك البلدِ بانتقال المحكوم عليه عنها .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بالهامش : تغييرها .

(٢) في نسخة ف : شهادتهم .

(٣) في نسخة ف : تميز بها ، وانظر : فقرة ٢٨٦ ، ٢٩٠ .

المحكوم به دين مع الإقرار به :

٥٤٨ - وإن^(١) كان الحق المحكوم به على الغائب ديناً ، وثبت عند الحاكم الكاتب إقرار الغائب به ، كتب به مقيداً أو مطلقاً ، كيف شاء .

القسم الرابع : أن يحكم على غائب الحاضر بحقي حاضر :

٥٤٩ - فهذا يكون في الأعيان ، فإن كانت منقولة^(٢) سلمها إلى المحكوم له ، ولم يكتب بها إلى غيره ، وإن كانت غير منقولة ، كالعقار كتب بها .
هذا كله ذكره الماوردي^(٣) ، [٨٥ / أ] وهو في غاية الحسن .

أنواع المكاتبه الحكيمية :

٥٥٠ - إذا عرفت هذه المقدمة ، فاعلم أن الطالب^(٤) من الحاكم إصدار مكتبة حكيمية عنه إلى غيره من الحكام ، لا يخلو : إما أن (يكون)^(٥) بنقل شهادة على غائب ، أو بثبوت الحق عليه فقط ، أو بالحكم به .

أولاً : المكاتبه بنقل شهادة :

٥٥١ - فإن كان بنقل الشهادة فقط كتب بشرح ما جرى عنده ، من ذكر المتداعيين ، وأسماؤها وأنسابها ، وما اشتهر به ، وحضورها لديه ، (وذكر المدعى منها ، والمدعى عليه ، وإنكار المدعى عليه ، وسماع البينة)^(٦) ، وذكر

(١) في نسخة ف : فإن .

(٢) في الأصل : غير منقولة ، وهو خطأ ، وفيه زيادة كلمة « غير » ، وقد حذفناها لصحة المعنى ، وفي نسخة ف : عيناً منقولة .

(٣) الحاوي ، له : ١٢ ق ٦٨ / ب وما بعدها ، أدب القاضي ، له : ٢ / ٩٩ وما بعدها .

(٤) اللفظ في نسخة ف : للطالب .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٦) ما بين القوسين من هامش الأصل .

المدعى به موصوفاً^(١)، وتاريخ ذلك ، وذكر الشاهدين بأسمائهما وأنسابهما ، وما اشتهرا به ، وذكر عدالتها إن كانا عنده عدلين ، أو ذكرها وأنها أديا الشهادة من غير تعرض لقبولها ، ولا تعرض لعدالتها عنده ، ثم يقول : وفوضت إليك استزكاهما إن لم يكونا عدلين ، ثم الحكم بالحق على ما يقتضيه الشرع ، أو فوضت الحكم بذلك ، إن كانا غير عدلين عند الكاتب ، وهكذا تجوز المكتوبة بنقل شهادة شاهد واحد ، حتى يقيم المدعى شاهداً آخر عند المكتوب إليه ، أو يحلف ، إن كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين عنده ، وللحكام في وضع هذه المكاتبات رسوم متنوعة ، ونحن نذكر ما هو المختار عندنا في باب الشروط المكاتبات الحكيمة إن شاء الله تعالى^(٢) .

هذا إن كان الكتاب الحكمي بنقل شهادة فقط .

صورة الكتاب الحكمي بنقل الشهادة | :

٥٥٢ - وإن كان سأل الطالب أن يكتب له بما ثبت عنده ، كتب :

هذا كتابي إلى القاضي فلان ، إن كان معيناً ، أو إلى كل من يصل إليه^(٣) من قضاة المسلمين ، إن كان مطلقاً ، أو لفظاً آخر .

وسبب إصداره أنه ثبت عندي ، بشهادة فلان وفلان ، ويرفع في ذكر نسبها وأسمائها ، وما اشتهرا به ، وهما عندي من المعدلين ، كذا وكذا ، بعد أن ادعى فلان ، ويرفع في نسبه ، ويذكر اسمه ، وما اشتهر به ، على فلان ، ويذكر اسمه ونسبه وما اشتهر به ، بكذا وكذا ، ويذكر الحق المدعى به ،

(١) في نسخة ف : موصوفاً به .

(٢) في صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٣) في نسخة ف زيادة : كتابي .

ولا بدّ من ذكرِ عدالةِ الشهود ، سواء صرّح بذكرهم في الكتاب أو أجملَ ،
ويذكر تاريخَ التداعي والثبوت .

إثانياً : صورة الكتاب الحكمي بالحكم | :

٥٥٣ - وإن كان سألَهُ أن يكتب بما ثبت عنده ، وحكمَ به ، كتب أيضاً ،
وأضافَ إليه ذكرَ الحكمِ بذلك ، وأنّه أحلفه اليقينَ الشرعية ، ويصفُها إن كان
الحكمُ وقعَ على غائبٍ ، وسنذكر إن شاء الله تعالى في ذلك مكاتباتٍ حسنةً في
قسم الشروط^(١) .

لا يشترط علم القاضي بالمحكوم عليه | :

٥٥٤ - وههنا أمرٌ لا بدّ من التنبيه له ، وهو أن الخصمَ إذا ادّعى على زيدِ
ابن عمرو بن بكر الغائبِ [٨٥ / ب] حقاً ، وذكر حليته وصناعته ومسكنه
من بلدٍ آخر ، وأرادَ إقامة البينة عليه ، التي تعرّف الغائبَ اسماً وعيناً ونسباً ،
والقاضي الذي ادّعى لديه لا يعرفه مع الإطنابِ في وصفه ، فالقضاء نافذٌ
قطعاً ، لا خلافَ فيه ، إذ لو شرطنا علم القاضي بالمحكوم عليه ، ومعرفته به ،
(لانسد)^(٢) مسلكُ القضاء على مُعظم الغيّب .

الكتابة التي تميز المحكوم عليه | :

٥٥٥ - إذا ثبتَ هذا فينبغي أن يكتبَ هذا القاضي - في كتابه المتضمن
الحكمَ على المدعى عليه الغائبِ - ما يحصل به (الإعلامُ)^(٣) في البلدِ الذي هو
فيه ، وهو ذكرُ الاسم والنسبِ والارتفاعِ فيه ، والحلية وتعيينِ المسكن .

(١) صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لا نحسم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإعدام .

هذا في حق أوساط الناس إلى حدٍ يغلبُ على الظنِّ أن الموصوفَ بهذه الصفاتِ ، لا يلتبسُ بغيره ، ولو فرضَ مساواةً فيه لكانَ من النوادر ، وفائدةُ هذا الإبلاغِ توصلُ القاضي المكتوبِ إليه إلى تمييزِ المقضي عليه ، لأنَّ الحاجةَ ثمَّ تظهرُ ، فلو حكمَ على زيد بن عمرو ، ولم يذكر الجَدَ ، فهذا لغوٌ لعدم التمييزِ به ، وإذا لم يحصلُ به تمييزٌ فليسَ للقضاءِ معتمداً ، وسيكون لنا انعطافٌ على شيءٍ من هذا في موضعه إن شاء الله تعالى^(١).

الكتاب بخط القاضي والإشهاد عليه :

٥٥٦ - ثم إذا كتب الكتابَ لا يخلو : إما أن (يكتبه)^(٢) بخطِ نفسه ، أو بخطِ كاتبه ، والأولى أن يكون بخطِ كاتبه ، إقامةً لأبهة الحكم . فإن كتبه بنفسه علمَ على وصوله^(٣) ، وعلى أعلاه ، بعلامةٍ ، وعنوانه ظاهراً وباطناً ، وأحضر الشاهدين اللذين يشهدان عليه إلى المكتوبِ إليه ، وقرأه عليها ، ثم ختمه بخاتمه ، وأشهدهما على نفسه ، أنَّ المنسوبَ إليه في الكتابِ صحيحٌ ، وقد عرفوه ، وأنه كتابه ومختومٌ بخاتمه ، وجرى الأمرُ عنده على ما شرح فيه .

الكتاب بخط كاتبه ، وتوشيحُه بيده :

٥٥٧ - وإن كانَ الكتابُ بخطِ كاتبه كتبَ الحاكمُ بين أسطره أسطراً بخطِ يده ، صورتها : هذا كتابي^(٤) ، صدرَ عني ، وبإذني ، إلى الحاكم والقضاة ، إن كان مطلقاً ، وإن كان مقيداً إلى الحاكم فلان ، وختم^(٥) بختمي ، وجرى الأمرُ

(١) صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتبه .

(٣) أي المكان الذي وصل إليه الخط والكتابة ، بأن توضع إشارة تفيد انتهاء الكلام لمنع الزيادة عليه .

(٤) في نسخة ف : الكتاب .

(٥) في نسخة ف : وختمته .

عندي على ما ذكِر فيه ، فامضِه أيها الحاكم على ما يقتضيه الشرع ، أو فن وقفَ عليه من قضاة المسلمين ، وأمضاه على ما تقتضيه الشريعة المطهرة ، حاز أجراً وثناءً ، وتاريخه كذا وكذا .

إ مضمون الكتاب الحكمي إلى الشاهدين | :

٥٥٨ - ثم إذا أشهدَ عليه به شاهدين فالمستحبُّ أن يكتبَ معها (نسخة)^(١) ، لتكون (تذكرةً)^(٢) لها في الطريق ، وهو المعروف بمضمون الكتاب الحكمي .

إ الاعتماد على الشهادة | :

٥٥٩ - والأصلُ في هذا كله أنَّ الاعتمادَ في [٨٦ / أ] ذلك على شهادة الشاهدين عندنا ، وعلى ما علماه وشهدا به ، فلا نظرَ إلى الكتاب ولا الختم ، حتى لو وصلَ الكتابُ مكسورَ الختم ، أو ممزقاً ، أو قد انغى كله أو معظمه ، فأدّى الشاهدان الشهادة بما سمعاه من الحاكم الكاتب ، سمع المكتوبُ إليه شهادتهما^(٣) .

إ كيفية أداء الشهادة | :

٥٥٩ / ٢ - وكيفية الأداء أن يقولوا : أيَّد الله سيّدنا الحاكم ، ووفقه ، أشهدني الحاكم فلان بن فلان ، الحاكم يؤمئذ بمدينة بغداد المحروسة ، وأنا عارفٌ به ، على نفسه في مجلس حكمه ، أن هذا الكتاب الحكمي - ويشيرُ إليه ، إن كان حاضراً - كتابه ومختوم بختمه ، ومضمونه كذا وكذا ، وإن كان قد ضاع

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : نسخته .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مذكرة .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٠ .

الكتابُ أو انحى أو انكسرَ ختمه ، فليذكرا ما قد حفظاه ، ويشهدا به على الحاكم الكاتب^(١) .

قال القاضي أبو الطيب : ولا بدُّ أن يقولوا في الأداء ، أشهدنا على نفسه في مجلسِ حكمه ، لأنَّ قولَ القاضي لا يصحُّ إلا في مجلسِ حكمه ، يشيرُ إلى أنه ربما أشهدهما عليه في غير محل ولايته ، جهلاً منه ، فإذا أوهم ذلك وجب التصريح به .

ذكر الشيخُ شرفُ الدين ابنُ أبي عصرون هذا عن القاضي أبي الطيب ، ثم قال معترضاً : قلت : وفيه نظرٌ ، لأن جميع البلد موضع ولايته ، فهو كمجلس حكمه .

٥٦٠ - وهذا من عجيب الاعتراضات ، فإنَّ القاضي أبا الطيب لم يذكر هذا إلا خوفاً من أن يكون أشهدهما عليه في غير عمله ، لا أنه أشهدهما عليه في عمله ومحل ولايته ، ولكن أشهدهما عليه مثلاً في موضع صلاته أو في حمامه أو خلوته ، أيظن بمثل القاضي أبي الطيب ، شيخ العراقيين ، وإمام وقته ، أن يجهل أن عمل الحاكم كلُّه مجلس حكمه ؟ وأن مجلس حكمه مخصوص بالمكان الذي جرب عادته أن يجلس فيه للناس ، والحكم بينهم ؟ حتى أنه لو أشهد عليه في الطريق ، وهو راكبٌ أو ماشٍ ، لا يجوز ، هذا لا يجهلُه أقلُّ الفقهاء ، فليس لما اعترض به الشيخ شرف الدين اتجاةً أصلاً .

كيفية تحمل الشهادة . :

٥٦١ - وكيفية تحمل الشهادة في الكتاب الحكيم أن يقرأ الحاكم الكتابَ عليهم ، أو يقرأ عليه بحضرتها ، وهما يسمعانه ، ويقرُّ بما فيه ، بأن يقول

(١) المرجع السابق .

جری الأمرُ عندي كذلك^(١)، أو ثبت عندي هذا الحقُّ ، وحكمت به^(٢).

فإذا جرى ذلك فقد تحملاً الشهادة عليه ، سواء قالَ لها : اشهدا أن هذا كتابي إلى فلان بكذا ، أو لم يقل .

ولو أنه لم يقرأ الكتابَ عليها ، ولكنه أخبرها بما فيه حفظاً (منه)^(٣) ، [٨٦ / ب] وحفظاهما حفظاً منه ، وأشهدهما على نفسه أنه ثبت عنده كذا وكذا ، وحكمَ بكذا ، جاز .

ولو قال : أشهدُكما على أنه خطي أو كتابي فقط ، لم يُكْتَفَ به ، ولو قال : أشهدُكما أنني حكمت بما في هذا الكتاب لا يُكْتَفَى به ، ما لم يُفَصَّلْ حكمه لهما على المذهب الصحيح^(٤).

وقال أبو سعيد الإصطخري : يصحُّ التحمُّلُ بذلك ، لأنه أقرَّ بمجهولٍ ، يمكن معرفته ، ووزان هذا ، ما إذا أقرَّ رجلاً بحقِّ في ورقةٍ ، وقال لشاهد : أشهدُك عليّ بما فيه ، وقد علمته ، ولم يقل للشاهد ما فيه ، ولا ذكره له ، (فيه)^(٥) خلافٌ ، والصحيحُ في الحاكمِ أنه لا يصحُّ التحمُّلُ عليه إلا مفصلاً ، بخلاف القبالات والصلوك ، لخطر الحكم .

ولو كتبَ الحاكمُ الكاتبُ في كتابه الحكمي : أنه قد أشهدَ عليه به فلاناً وفلاناً ، ورفعَ في أنسابها ، وذكرَ صفتها وما اشتهرا به ، وذكرَ أنها عنده من

(١) في نسخة ف زيادة ، وهي : أو ثبت عندي كذلك .

(٢) في نسخة ف : أو حكمت به .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) انظر : الأم : ٦ / ٢١٧ ، الروضة : ١١ / ١٧٨ .

(٥) في الأصل ونسخة ف : وفيه ، الواو زائدة .

المعدلين ، ولم يعرفها المكتوبُ إليه بالعدالة ، لم يميز (له)^(١) الاعتادُ على تعديل القاضي الكاتب ، خلافاً للقفال الشاشي .

القفال الشاشي والقفال المروزي :

٥٦٢ - واحترزنا بالشاشي عن القفال المروزي ، فإنَّ هذا الشاشي متقدِّمٌ ، من أكبر أصحاب ابن سُرَّيج ، موته في سنة خمس وثلاثين وثلثمائة ، واسمه عبد الله^(٢) .
والقفال المروزي : هو أبو بكر ، محمد ، شيخُ المرازمة ، متأخراً ، موته في سنة سبع عشرة وأربعمائة^(٣) .

والأولُ صاحبُ وجهٍ ، كبيرُ القدرِ ، وهو والدُ القاسمِ صاحبِ « التقریب » بلا خلاف ، ومن قال غير هذا فقد أخطأ^(٤) .

شاهدا الحكم هما شاهدا الكتاب :

٥٦٣ - وههنا مسألةٌ حسنةٌ غريبةٌ ، وهي ما لو ثبتَ الحقُّ عند القاضي الكاتبِ بشهادةِ شاهدين ، وحكمَ به (بشهادتهما)^(٥) ، ثمَّ أصدرَ مكتوبةً حكيميةً

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) القفال الشاشي : هو أبو بكر ، واسمه : محمد بن علي ، واختلف الفقهاء في وفاته ، فقالوا : إنه توفي سنة ٣٣٥ هـ ، وقيل سنة ٣٦٥ هـ ، وقيل ٣٦٦ هـ ، وهو والد القاسم صاحب التقریب ، وقد تقدمت ترجمة الوالد في صفحة ٣٦٨ ، وترجمة القاسم في صفحة ١٠٢ .

(٣) القفال المروزي : هو أبو بكر ، شيخ المرازمة والحراسانيين ، واسمه : عبد الله بن أحمد . وتوفي سنة ٤١٧ هـ ، وله ٩١ سنة ، وتقدمت ترجمته في صفحة ٧٧ .

(٤) وما ذكرته هو الصحيح في الاسمين ، كما جاء في جميع كتب التراجم التي اطلمت عليها ، وأشارت إليها في الترجمة ، خلافاً لما ذكره المصنف من نقل اسم الأول للثاني ، واسم الثاني للأول ، ولم أجد كتاباً واحداً وافقه عليه ، (وانظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ٢٠٠ ، ٥ / ٥٣ ، وفيات الأعيان : ٢ / ٣٣٨ ، ٢ / ٢٥٠ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ١١٢ ، ١١٥ ، ١٣٢ ، مفتاح السعادة : ١ / ٣٠٥ ، ٢ / ٢٢٣ ، النجوم الزاهرة : ٤ / ١١١ ، ٢٦٥ ، كشف الظنون : ١ / ٨٣ ، طبقات الشافعية . الإنسي : ٢ / ٧٩ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٨٢) .

(٥) من هامش الأصل .

بذلك ، وأشهد هذين الشاهدين عليه بذلك ، أو ثبت الحق بشهادتهما ، وحكم به ، وسجل بذلك ، ثم أشهدهما عليه ، أنه حكم به ، ثم نقل صاحب الحق ذلك الكتاب إلى حاكمٍ آخر ، ورام إثباته عنده بشهادة الشاهدين بأعيانها ، والحق ثبت بشهادتهما ، ثم هما الشاهدان على الحاكم بثبوت الحق عنده ، وحكمه به ، قال الأصحاب : نظر : إن قالوا : أشهدنا الحاكم على نفسه بثبوت الحق عنده وحكمه به ، ولم يذكر أنه ثبت عنده بشهادتهما في لفظ أدائها الشهادة ، وكان الحاكم الكاتب قد ذكر في الكتاب أسماءهما ، هل يسمع المكتوب إليه شهادتهما ، إذا كنا عدلين عنده ، ويُنفذ حكم الكاتب بقولها ؟ فيه خلاف ، والأصح عندهم أنه [٨٧ / أ] تسمع ، ويُنفذ .

وإن قالوا : أشهدنا الحاكم الكاتب أنه ثبت الحق عنده (بشهادتنا)^(١) ، وحكم بها ، ثم أشهدنا على نفسه بذلك ، قالوا : هل ينفذه [المكتوب إليه]^(٢) ؟ فيه خلاف مطلق .

قال الأستاذ أبو علي الثقفى^(٣) : تسمع وتنفذ قولاً واحداً ، قال : وعلى هذا تفقّهت (وفقّهت)^(٤) الناس ، فيما وراء النهر .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لشهادتنا .

(٢) في نسخة الأصل : الكاتب ، وهو خطأ .

(٣) هو محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب بن عبد الأوحى ، الإمام الجليل ، القدوة ، الأستاذ أبو علي الثقفى ، جمع بين العلم والتقوى ، وكان إماماً مقتدى به في الفقه والكلام والوعظ والورع والمقل والدين ، طلب العلم على كبر السن ، ثم اشتغل بعلوم الصوفية ، وبه ظهر التصوف بنيسابور ، له كتاب أجاب فيه على كتاب الجامع الصغير لمحمد بن الحسن ، وهو من ولد الحاجب بن يوسف الثقفى ، ولد بقوهستان سنة ٢٤٤ هـ تقريباً ، وتوفي سنة ٣٢٨ هـ ، وهو ابن تسع وثمانين سنة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ١٩٢ / ٣ ، النجوم الزاهرة : ٢٦٧ / ٣ ، طبقات الصوفية : ٣٦١ ، الطبقات الكبرى ، للشعراني : ١٠٧ / ١) .

(٤) في الأصل ، فوق هذه الكلمة كلمة أخرى ، وهي : وفقّهت ، وكأنها مرادفة لها من الناسخ أو من الأصل ،

وفي نسخة ف : وفقّهت .

حكى هذا الشيخ أبو علي السنجي في « شرحه الكبير »^(١) ، وحكاه أيضاً الهروي .

وكان أبو علي الثقفي من أكابر أصحابنا ، وله وجهة منقول في المذهب ، ومن ينقل عنه كثيراً ، ويذكر وجوهه المنقولة في المذهب ، القاضي حسين في « تعليقه » ، والشيخ أبو علي (السنجي)^(٢) في « شرحه » ، والمتسولي في « تمته » ، والهروي في « إشرافه » ، وهو أحد مشايخ القاضي أبي الطيب الطبري^(٣) في حديثه لما اشتغل ببلده ، قبل رحلته إلى العراق ومقامه بها ، واستكمال اشتغاله على الشيخ أبي حامد الإسفراييني رضي الله عنهم أجمعين .

إقبال شهادة المعزول :

٥٦٤ - ويقرب من هذه المسألة قبول شهادة الحاكم المعزول ، إذا قال :
أشهد أني حكمت بكذا ، فإن الإصطخري ذهب إلى قبوله .

(١) الشيخ أبو علي السنجي هو الحسين بن شعيب بن محمد ، أول من جمع بين طريقي العراق وخراسان ، وكان مع القاضي حسين من أنجب تلامذة القفال شيخ الحراسانيين ، وصف شرح المختصر ، وهو الذي يسميه إمام الحرمين « المذهب الكبير » . وشرح تلخيص ابن القاص ، وشرح فروع ابن الحداد ، توفي سنة ٤٢٠ هـ ، وقبره بجانب أستاذه القفال بمر ، وانظر تمام ترجمته في صفحة ٧٤ .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والسنجي ، الواو زائدة .

(٣) الضير في قوله « وهو أحد مشايخ القاضي أبي الطيب الطبري » فيه لبس ، فقد يتبادر إلى الذهن أن المقصود هو الهروي ، وأنه أحد مشايخ أبي الطيب ، باعتبار أن الضير يعود إلى أقرب مذكور ، وهذا غير سليم ، لأن أبا سعد الهروي توفي في حدود الخمسة ، وهو تلميذ القاضي أبي عاصم العبادي الهروي وشرح كتابه أدب القضاء ، وأبو عاصم توفي سنة ٤٥٨ هـ ، وقد يعود الضير إلى أبي علي الثقفي ، لأن المصنف يتحدث عنه ، ويذكر طرفاً من أخباره ، وأنه شيخ القاضي أبي الطيب الطبري ، وهذا غير صحيح أيضاً ، لأن أبا علي الثقفي توفي سنة ٣٢٨ هـ ، بينما ولد القاضي أبو الطيب سنة ٣٤٨ هـ ، أي بعد وفاته بعشرين سنة ، فلا يعقل أنه تفقه عليه ، وتوفي أبو الطيب سنة ٤٥٠ هـ .

ولا بد أن يكون المصنف قد وقع في لبس ، وأن شيخ أبي الطيب هو أبو علي الزجاجي ، الحسن بن محمد بن العباس ، القاضي ، أحد أئمة الأصحاب ، المتوفى في حدود الأربعمئة هجرية ، ويؤيد هذا ما نقله ابن السبكي في ترجمة القاضي أبي الطيب ، فقال : تفقه بأمل (وهي البلد التي ولد فيها) على أبي علي الزجاجي ، صاحب ابن القاص ، وهذا يتفق مع عبارة المصنف التالية ، بأنه شيخ القاضي في حديثه ، لما اشتغل ببلده ، قبل رحلته إلى العراق ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٣١ ، ح ١٣ / ١) .

إقبال شهادة المرضعة | :

٥٦٥ - كما تُقبلُ شهادةُ المرضعةِ ، إذا قالتُ : أشهدُ أني أرضعته ، وقد سبق ذكر الخلاف في ذلك^(١) .

إ الكتابة إلى قاضٍ معينٍ أو إلى جميع القضاة | :

٥٦٦ - وأعلم أنه لا فرق في مذهبنا بين أن يكتبَ القاضي الكاتبُ بما جرى عنده ، من نقلِ الشهادةِ ، أو الثبوتِ فقط ، أو الحكمِ ، إلى قاضٍ معينٍ ، أو إلى جميع القضاةِ مطلقاً ، من غيرِ تعيينٍ ، حتى لو كتبَ إلى قاضٍ معينٍ ، وسماه في كتابه ، وجب على كل قاضٍ غيره تنفيذهُ والعملُ به ، إذا قامتُ به بينةٌ عنده ، سواء كان المكتوبُ إليه حاضراً حياً بعدُ ، أو ميتاً ، بعد إصدار الكتابِ إليه ، وسواء أوردَ المستحقُّ ذلك الكتابَ عليه ، أو لم يورده ، هذا مذهبنا^(٢) .

إ الكتاب إلى قاضٍ خاصٍ أعلى منصباً | :

٥٦٧ - فإن كانَ الكتابُ الصادرَ عن القاضي الكاتبِ إلى قاضٍ خاصٍ أعلى منصباً منه ، كقاضٍ قضاةِ بغداد مثلاً ، فالمكتوبُ إليه أرفعُ منصباً من الكاتبِ ، قال بعضُ أصحابنا : يُستحبُّ تقديمُ اسمِ المكتوبِ إليه على اسمِ

(١) فقرة ٤١٧ .

(٢) فيه تشبيه إلى وجود المخالف ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا في ذكر اسم المكتوب إليه ، وبقاء أهلية الكاتب والمكتوب إليه ، فأجاز جمهور الفقهاء ، وهم الشافعية والمالكية والحنابلة وأبو يوسف وزفر من الحنفية ، وعليه الفتوى عندهم ، إرسال الكتاب إلى قاضي بلد معين دون ذكر اسم القاضي المكتوب إليه ، وجواز نقله إلى قاضٍ آخر بعبارة « إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين » ، وقالوا : لا يبطل كتاب القاضي بموت القاضي الكاتب أو عزله أو خروجه عن أهلية القضاء ، وكذا المكتوب إليه متى قام غيره مقامه ، وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يجوز ترك اسم القاضي المكتوب إليه ، ولا يصح تمعير الكتاب إلى جميع القضاة ، ويبطل بموت الكاتب وعزله وخروجه عن أهلية القضاء ، وكذا المكتوب إليه ، انظر رسالتنا : (وسائل الإثبات : ٢ / ٤٤٦ ، والمراجع المشار إليها) ، وانظر : الروضة :

١١ / ١٨١ ، وانظر : فقرة ٥٨٠ وما بعدها ، وال فقرات ٧٢٢ - ٧٢٦ .

الكاتب ، فليقل : لعبد الله فلان ، قاضي عبد الله الإمام المستنصر بالله^(١) ، أمير المؤمنين ، وخليفة رب العالمين ، بمدينة السلام حرسها الله تعالى ، وسائر بلاد المسلمين ، من عبد الله ، فلان قاضي البصرة ، أما بعد : فإنه أطال الله بقاء سيدنا قاضي القضاة ، فلان ، وفعل به كذا وكذا ، [٨٧ / ب] من الدعاء الصالح اللائق به ، فإنه حضر عندي فلان وفلان ، ويكتب بما جرى عنده .

الكتاب إلى قاضي خاص أقل مرتبة |

٥٦٨ - وإن كان القاضي الكاتب أرفع منصباً من المكتوب إليه ، كقاضي بغداد ، إذا كتب إلى قاضي البصرة ، كتب : من عبد الله فلان ، قاضي عبد الله الإمام المستنصر بالله ، أمير المؤمنين بمدينة السلام ، حرسها الله تعالى ، وسائر بلاد المسلمين ، إلى فلان بن فلان ، الحاكم بمدينة البصرة ، أما بعد : فإنه جرى الأمر عندي على كذا وكذا ، ويكتب بما جرى عنده ، هذا إذا كان الكتاب صادراً عن القاضي الكاتب إلى قاضي (بليد)^(٢) خاص مكتوب إليه .

وإن كان كتاباً مطلقاً ، لا ذكر فيه لأحدٍ خاصٍ ، فليكتب : كتابي هذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، وسبب تحريره وإصداره ،

(١) هو أبو جعفر ، منصور بن الظاهر بأمر الله محمد الناصر ، المستنصر بالله ، ولد سنة ٥٨٨ هـ ، الخليفة العباسي ، بويع بعد موت أبيه سنة ٦٢٣ هـ ، فنشر العدل وبذل الإنصاف ، وقرب أهل العلم والدين ، وبنى المساجد والزُبط والمدارس والمراستان ، وأقام منار الدين ، وقمع المتمرده ، ونشر السنن ، وكف الفتن ، وقام بأمر الجهاد أحسن قيام ، وجمع الجيوش لنصرة الإسلام ، وحفظ الثغور ، وافتتح الحصون ، وبنى على الجانب الشرقي من بغداد مدرسة ما بني على وجه الأرض أحسن منها ، وكان التدريس فيها على المذاهب الأربعة ، واستخدم عساكر عظيمة لم يستخدم قبلها أبوه ولا جده ، وكان ذا همة عالية وشجاعة وإقدام عظيم ، وهزم التتار هزيمة نكراء ، وكان أخوه الخفاجي على سيرته ، ثم تم التآمر على عزل الخفاجي وتعيين ابنه أحد للخلافة الذي أنهزم أمام التتار ، توفي المستنصر بالله سنة ٦٤٠ هـ ، وكان هو الخليفة في زمن المصنف ابن أبي الدم ، رحمه الله تعالى ، ولذلك ضرب المثل باسمه ، (انظر : تاريخ الخلفاء : ٤٦٠ ، البداية والنهاية : ١٣ / ١٥٩ ، النجوم الزاهرة : ٦ / ٢٤٦) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

أنه جرى الأمرُ عندي كذا وكذا ، ولكلِ زمنٍ اصطلاحٌ ، ولكلِ قومٍ مراسمٌ ،
ونحن نذكرُ (اصطلاح)^(١) إقلينا وبلدنا في بابِ المكتاتباتِ الحكيميةِ إن شاء الله
تعالى ، فمن هناك يأخذها الطالبُ لها^(٢) .

[أنواع الكتابِ الحكيمِي والمسافات] :

٥٦٩ - ثم اعلم أن الكتابَ الحكيمِيَّ الصادرَ عن القاضي الكاتبِ لا يخلو : إما
أن يتضمنَ نقلَ شهادةٍ فقط ، أو ثبوتاً فقط ، أو ثبوتاً وحكماً بالحق الثابت .

فإن تضمنَ نقلَ شهادةٍ فقط : سُمِعَ في مسافةِ القصرِ قولاً واحداً ، ولم يُسمع
فيما دونَ مسافةِ العدوى ، [وفي]^(٣) مسافةِ العدوى خلاف^(٤) ، كما في الشهادة
على الشهادة .

وإن تضمنَ ثبوتَ الحقِ فقط ، (فهل)^(٥) تُسمعُ في المسافةِ القريبةِ ؟ فيه
خلافٌ مبنيٌّ على أن الثبوتَ حكمٌ ، أم الحكمُ أمرٌ وراءَ الثبوتِ ؟ (فيه)^(٦)
وجهان ، ذكرناهما فيما تقدم^(٧) .

وذكر الأئمةُ هنا اختيارَ الشيخِ أبي حامدِ الإسفراييني أنه حكمٌ ، فيسمعُ ،
والأصحُّ عندَ الجماهيرِ أنه لا يُسمعُ إلا في المسافةِ البعيدةِ ، وفي مسافةِ العدوى
خلافٌ مشهورٌ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مصطلح .

(٢) صفحة ٤٩٤ وما بعدها .

(٣) في الأصل : في ، والواو ساقطة ، والجملة كلها ساقطة من نسخة ف .

(٤) الأصحُّ أنها تسمع ، وسبق أقوال الفقهاء في الشهادة على الشهادة والمراجع فيها ، فقرة ٤٥٧ ، (وانظر :

المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤١١ ، شرح المحلى : ٤ / ٣١٠ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٥ ، رحمة الأمة في

اختلاف الأئمة : ٢ / ٢١١ ، على هامش الميزان ، إعانة الطالبين : ٤ / ٢٤٤ ، الروضة : ١١ / ١٧٨) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هل .

(٦) في الأصل : وفيه ، الواو زائدة ، وكذا في نسخة ف .

(٧) فقرة ١١٨ ، ٢٧٦ ، ٢٧٧ ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٥ .

وإن تضمن الكتاب الحكم بالحق ، سُمع في القريب والبعيد^(١) ، كيف كان ، مراسلةً ومشافهةً .

هذا تمام الكلام في الشهادة بالكتاب الحكمي ، أو بما جرى عند الحاكم الأول في سجلٍ أو محضرٍ مثلاً ، أو صلٍ تضمن حقاً .

المشافهة بين قاضيين :

٥٧٠ - أما المشافهة ، فنعني بها مشافهة أحد القاضيين للآخر ، وإخباره هو بما جرى عنه^(٢) .

وتفصيل القول في ذلك ، أن قاضي البصرة إذا جرت عنده قضية شرعيةً لمدعٍ ، وأخبر بها قاضي الكوفة ، لا يخلو : إما إن اجتمعا ، وأخبره بها ، وكل منهما ليس في محل ولايته ، أو أخبره ، وهما بالبصرة ، [٨٨ / أ] أو هما بالكوفة ، أو هذا واقفٌ في آخر طرف ولايته لم يخرج منه ، وهذا واقف في آخر طرف ولايته لم يخرج عنه^(٣) ، ثم ناداه بما جرى عنده .

المشافهة في غير عملها :

٥٧١ - فإن أخبره في غير عملها بما ثبت عنده ، أو حكم به ، أو سمعه من البينة ، ثم رجع كل واحدٍ منها إلى عمله ، لم يجز لقاضي الكوفة أن ينفذ ما حكم به قاضي البصرة ، ولا يحكم بما ثبت عنده ، ولا بما سمع من البينة ، قولاً واحداً ، ولا يحصل له علم بما أخبره قاضي البصرة ، لأنهما في غير عملها ، فهما

(١) لأن الحكم يجب على كل فرد ، قاضياً كان أو غيره ، أن ينفذه ، (انظر : المراجع السابقة ، هامش ٤) .

(٢) هكذا في الأصل ونسخة ف ، ولعل الصواب : « عنده » ، وانظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٠ ، نهاية

المحتاج : ٨ / ٢٧٤ ، شرح المحلى على المنهاج : ٤ / ٣١٠ ، الأم : ٦ / ٢١٨ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٣١٩ ، الروضة :

(١٨٣ / ١١) .

(٣) في نسخة ف : منه ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ .

بمنزلة الرعية ، فلا يُفيدُ إخبارُ أحدهما صاحبه علماً ، كما في بقية الرعية^(١)

المشافهة بمحل الأول :

٥٧٢ - وإن اجتمعَا بالبصرة حصلَ لقاضي الكوفةِ علمٌ بما أخبره به قاضي البصرة ، لأنه في محل ولايته ، فإذا عادَ هل يُنفِذهُ ويبيِّنُ عليه ؟ فيه قولاً الحكم بالعلم^(٢) .

المشافهة بمحل الثاني :

٥٧٣ - وإن أخبره بالكوفة لم يحصلْ لقاضيها علمٌ بما أخبره به قاضي البصرة ، لأنه أخبره ، وهو في غير عمله ، فصار كبعض الرعية ، فلا يجوزُ له البناءُ على قوله ، قولاً واحداً .

المشافهة من الولايتين :

٥٧٤ - وإن تناديا من ولايتهما ، بأن كان كلُّ واحدٍ منهما واقفاً في طرف ولايته ، وفرضه أصحابنا في قاضيين ببغداد ، أحدهما بالجانب الشرقي ، والآخر بالجانب الغربي ، وولاية كل منهما مقصورةٌ في جانبه^(٣) ، فإذا وقف أحدهما على شاطئِ عمله ، ونادى الآخرَ ، وهو على شاطئِ عمله ، يا فلانُ ، صدرَ مني كذا وكذا ، وأنا أعلمُك به ، لا يخلو : إما أن (يُشافِهَه)^(٤) ، بأنَّه شهدت عنده بينةٌ للنقلِ ، فهو ينقلُ شهادتهما ، أو أنَّ الحقَّ ثبتَ عنده بعلمه مثلاً ، أو بشهادةِ شاهدين ، أو بإقرارِ المدعى عليه ، أو بنكولِ المدعى عليه ويمين

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٣ .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ .

(٣) أرى أن هذا الفرض غير صحيح ، لعدم توفر اشتراط المسافة بين القاضيين ، كما سبق بيانه ، وكما سيأتي

تفصيل حكم المسافة في الصفحة التالية .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : شافهه .

المدعي ، أو أنه حكم بالحق بعد ثبوته بالطرق الشرعية المذكورة^(١) .

٥٧٥ - فإن أعلمه بأنه سمع شهادة البينة للنقل ، وفوض الثبوت إليه ، والنظر في عدالة الشهود ، إن لم تكن عادلة عنده ، أو أعلمه ، لم يجز للسامع المخاطب أن يبني على ذلك ، ولا يحصل له علم به ، لأنه بمنزلة شاهد فرع ، يحكي شهادة الشهود ، وهذه مسافة^(٢) قريبة .

٥٧٦ - وإن أعلمه بأنه ثبت عنده ، فالحكم كذلك ، بناءً على أن الأصح أن الثبوت ليس حكماً .

٥٧٧ - فإن أعلمه بأنه حكم بذلك جاز له البناء عليه ، وتنفيذه والعمل بمقتضاه ، هذا إذا كانا في شقي بغداد^(٣) .

٥٧٨ - أما إذا كان للبلد قاضيان على الشيوع ، وجوزنا ذلك ، فسمع واحد بينة مدعى على مدعى عليه ، وقال للقاضي الآخر : قد سمعت البينة ، [٨٨ / أ] فاقض أنت ، قال الإمام : إن قلنا : ما صدر من القاضي السامع حكم بسماع البينة ، فليس على القاضي المستمع استعادة الشهادة ، وإن قلنا : سبيل النقل ، فالسامع إذا فرغ ، والمستمع قادر على سماع الشهادة فليستعدها^(٤) .

قال الإمام : وهذا ، وإن أجريناه مقطوعاً به من (قبل)^(٥) ، فهو مختلف فيه ههنا كما ذكرناه .

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ ، ١٨٧ .

(٢) في نسخة ف : بمشافة .

(٣) انظر الأم : ٦ / ٢١٨ ، الروضة : ١١ / ١٨٤ .

(٤) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٤ ، ١٨٧ .

(٥) في الأصل : قبيل ، واللفظة ساقطة من نسخة ف .

٥٧٩ - أما إذا كان بين نفس البلدين مسافة بعيدة كالكوفة والبصرة ، فاتفق أن كل واحدٍ منها وقف في آخر طرف عمله ، لم يخرج منه ، وتناديا بثبوتٍ أو حكم ، ثم عاد كل واحدٍ منها إلى عمله ، وبين البلدين فوق مسافة القصر ، فقد حصل للمخبر علم من المخبر ههنا ، لأن كل واحدٍ منها أهل لما يصدّر منه ، فالمخبر أهل للقول ، (والمخبر ^(١) أهل للسمع ، فينبني على جواز الحكم بالعلم .

هذا تمام الكلام في القاضي الكاتب ، وما يصدّر عنه من المكاتبية الحكيمية ، إلى القاضي المكتوب إليه .

إ تغير حال القاضي الكاتب | :

٥٨٠ - والكلام الآن فيما يطرأ عليه ، مما يخرجُه عن ولاية الحكم ، فنقول : إذا تغيرت حال الكاتب بما يمنعه من الحكم ، من موتٍ أو عزلٍ أو فسقٍ أو جنونٍ ، فذهبنا أن حكم كتابه ثابتٌ ، وقبوله واجبٌ ، سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده ^(٢) .

وقال أبو حنيفة : قد بطل كتابه في الحالتين ^(٣) .

وقال أبو يوسف : إن تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده سقط حكمه ، وإن كان بعده ثبت حكمه ^(٤)

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فالمخبر ، بالفاء .

(٢) انظر : الأم : ٢١٧ / ٦ ، مختصر المزني : ٢٤٤ / ٥ ، المهذب : ٣٠٥ / ٢ ، الروضة : ١١ / ١٨١ .

(٣) انظر : رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٤٣٧ - ٤٣٨ ، فتح القدير وشروح الهداية : ٥ / ٤٨٤ ، درر

الحكام : ٢ / ٤١٤ ، معين الحكام : ١١٧ ، وسائل الإنبات : ٢ / ٤٤٦ ، مختصر الطحاوي : ٣٣٠ ، وفي نسخة ف : بالخالين .

(٤) صرح علماء الحنفية أن مذهب الإمام أبي يوسف كذهب الشافعي رحمها الله تعالى في عدم اشتراط بقاء

أهلية القاضي الكاتب أو المكتوب إليه ، (انظر : فتح القدير : ٥ / ٤٨٤ ، معين الحكام : ١١٧) ، وانظر فقرة ٥٦٦ هامش ٢ ، صفحة ٤٧٤ ، والفقرة ٥٨٢ الآتية .

٥٨١ - أما لو فسقَ ، والعياذُ بالله ، أو جَنَّ ، فإنَّ كانَ الكتابُ بحكم ، قد أمضاه في حال سلامته ، وجبَ قبوله بعدَ تغيُّرِ حالته^(١) ، وإن كانَ بثبوتِ حقِّ فقط ، قال الماورديُّ : إن تغيُّرُ حاله قبلَ قبولِ المكتوبِ إليه كتابه سقطَ حُكْمُه ، كالشهادة على الشهادة ، وإن كانَ بعدَ قبولِ الكتابِ ثبتَ حُكْمُ كتابه^(٢) .

وقالَ القاضي أبو الطيب : إنَّ كانَ كتابَ حكمٍ أمضاه المكتوبُ إليه ، وإن كانَ الكاتبُ قد ماتَ أو عُزِلَ قبلَ وصوله إلى المكتوبِ إليه ، وإنَّ كانَ كتابَ تثبتِ فإنَّ [كان]^(٣) الكاتبُ ماتَ أو عُزِلَ بعدَ وصوله إلى المكتوبِ إليه ، وسامعُ البينة ، صحَّ ، وكانَ ماضياً بلا خلاف ، وإنَّ كانَ ماتَ أو عُزِلَ قبلَ وصوله إلى المكتوبِ إليه عمِلَ به عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٤) .

وقال الشيخُ أبو عليّ : إن كانت مكاتبتُه بسماعٍ [٨٩ / أ] بينة ، ثم تغيَّرت حالةُ بفسقٍ أو رِدَّةٍ ، ليس للمكتوبِ إليه أن يحكِّمَ به ، كما في نظيره في الشهادة على الشهادة^(٥) .

قال : وإذا تغيَّرتُ حالةُ بموتٍ أو عزلٍ ، إن كان المكتوبُ إليه ليس خليفةً

(١) في نسخة ف : حاله .

(٢) الحاوي ، له : ١٢ ق ٧٣ / ب ، وانظر : مختصر المزني : ٥ / ٢٤٤ ، أدب القاضي ، له : ٢ / ١٤٠ ، مع

التصرف بالعبارة ، الروضة : ١١ / ١٨١ .

(٣) اللفظ من عندي . وهو ساقط من نسخة الأصل ، وفي نسخة ف ساقط مع سطر كامل .

(٤) عبارة الحنفية صريحة في ذلك ، واستدرك الكمال بن الهمام عليهم أنه لا عبرة للوصول ، وإنما العبرة بقراءة الكتاب ، فإن فقد القاضي الكاتب أهلية القاضي بعد وصول الكتاب وقبل قراءته فلا يقبل ، وقال الكمال : وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال : لو مات قبل قراءة الكتاب ، لا قبل وصوله ، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً ، (انظر : فتح القدير : ٥ / ٤٨٤ ، والمراجع السابقة) .

(٥) أيد الشيرازي هذا الرأي فقال : إن فسقَ الكاتب ثم وصل كتابه ، فإن كان ذلك فيما حكم به لم يؤثر فسقه ، لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث بعده ، وإن كان فيما ثبت عنده ، لم يجز الحكم به ، لأنه كشاهد الأصل ، وشاهد الأصل إذا فسق قبل الحكم لم يحكِّم بشهادة شاهد الفرع ، (المهذب : ٢ / ٣٠٥) ، وانظر حكم فسق الأصل في الشهادة على الشهادة في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٥٤) ، والفقرة ٤٦٣ من هذا الكتاب .

للكاتب^(١) ، فله أن يقضي بكتاب الكاتب ، وإن كان خليفته^(٢) ، هل له أن يحكم بكتابه ؟ فيه وجهان ، بناءً على أن خليفته ، هل ينزل بموته أو لا ؟ والصحيح أنه لا ينزل ، فله أن يحكم به .

[تغير حال القاضي المكتوب إليه] :

٥٨٢ - أمّا ما يطرأ على المكتوب إليه ، والفرض : إن كان الكاتب كتب كتابه إلى مكتوب إليه خاص ، وليس بمرسل ، فإذا^(٣) مات القاضي المكتوب إليه ، أو عزل ، ونُصب قاضي آخر ، فورد الكتاب على الثاني ، هل له أن يعمل به ؟ الأكثرون من أصحابنا قالوا : نعم^(٤) ، وفيه وجه ، وهو مذهب أبي حنيفة^(٥) ، ومالك^(٦) : ليس له العمل به ، لأن المحاطب بالكتاب غيره ، وقد خصّه الكاتب به .

(١) في نسخة ف : الكاتب .

(٢) في نسخة ف : خليفة .

(٣) في نسخة ف : فأما إذا .

(٤) ذكر الشيرازي هذا القول ، واقتصر عليه ، مملاً ذلك بقوله : لأن المول على ما حفظه شهود الكتاب وتحملوه ، ومن تحمل شهادة وجب على كل قاض أن يحكم بشهادته : (المهذب : ٢ / ٣٠٥) ، وانظر : أدب القاضي ، للماوردي : ٢ / ١٤٠ وما بعدها .

(٥) انظر مذهب الإمام أبي حنيفة في المراجع السابقة : (رد المختار وفتح القدير ودرر الحكم ومعين الحكم ومختصر الطحاوي) .

(٦) قال ابن جزوي : إذا مات القاضي المكتوب إليه أو عزل لزم من ولي بعده إعمال ذلك الخطاب ، خلافاً لأبي حنيفة ، (قوانين الأحكام الشرعية : ٢٢٦) ، وقال ميارة في (شرح تحفة الحكم : ١ / ٤٧) ، نقلاً عن المدونة : فإن مات القاضي المكتوب إليه أو عزل ووصل الكتاب إلى من ولي بعده أنفذه من وصل إليه ، وإن كان إنما كتب إلى غيره ، وكذا في (البهجة شرح التحفة : للتسولي : ١ / ٧٩) ، ولكنها بينا أن عند المالكية وجهاً بعدم قبول كتاب القاضي إذا مات القاضي الكاتب ، أو عزل ، لأن الكتاب كالشافهة ، والليت لا يتكلم ، والمعزول لا يقبل كلامه ، (البهجة : ١ / ٧٨) ، وصرح بذلك ابن فرحون فقال : كتاب لا يضر موت من مات منها ، (تبصرة الحكم : ١٥ / ١٧) ، وكذلك قيد المالكية قبول كتاب القاضي بعد موت كاتبه بحالة الإشهاد عليه ، فإن لم يشهد عليه فلا يعمل بكتابه بعد موته وعزله ، (انظر : تبصرة الحكم : ٢ / ١٧ ، حاشية الدسوقي : ٤ / ١٦٠ ، بذاية المجهتد : ٥٠٦ / ٢) .

أما إذا كان قد كتب القاضي الكاتبُ إلى مكتوبٍ إليه خاصٍ ، وإلى كل من بلغه من حكام المسلمين ، وتغيرتُ حالُ من سَمَّاهُ بموتٍ أو عزلٍ أو فسقٍ ، فلمتولي مكانه أن يعملَ بكتابه ، سواء كتبَ بحكمٍ مبرمٍ أو بسمعٍ بينةٍ .

وهكذا إن كان الكاتبُ لم يسمَّ قاضياً في كتابه ، بل كتبه مرسلًا إلى كل من يصلُ إليه من حُكَّام المسلمين فالحكمُ كذلك .

إحضار المدعى عليه المعين في الكتاب | :

٥٨٣ - ثم مها وصلَ الكتابُ الحكيمُ إلى القاضي المكتوبِ إليه ، وأحضرَ المدعي المدعى عليه ، فإن كانَ القاضي الكاتبُ قد حكمَ على رجلٍ معروفٍ باسمه ونسبه وعينه ، مشهورٍ بصفاتٍ لا يشاركه فيها غيره ، ألزمه بعد ثبوت الكتابِ عنده^(١) .

إنكار المدعى عليه الموصوف | :

٥٨٤ - وإن كان حكمٌ على محمد بن عبد الله بن علي ، ووصفه بصفاتٍ خلقيّةٍ ، وجدها المكتوبِ إليه فيه ، فإن أنكرَ المستحضرُ الآن دعوى المدعي ، وأنكر أن يكونَ هو المحكومُ عليه ، وأنكرَ اسمَه ونسبه ، أو اعترفَ أنَّ اسمَه محمد ، وخالفَ في اسمِ أبيه أو جده ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وعلى المدعي إقامةُ بينةٍ تشهدُ أنه هو المحكومُ عليه ، أو تشهدُ باسمه ونسبه الموافق لما في الكتابِ^(٢) .

وإن قالَ : أنا محمدُ بنُ عبد الله بن علي ، لكنني لستُ المحكومَ عليه ، لم

= ويظهر من ذلك أن مذهب الإمام مالك يتفق مع مذهب الإمام الشافعي ، خلافاً لما ذكره المصنف .

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٠ .

(٢) انظر : الأم : ٦ / ٢١٨ ، المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤١٠ ، شرح الهلي : ٤ / ٣٠٩ ، نهاية

المحتاج : ٨ / ٢٧٣ ، الروضة : ١١ / ١٨٢ .

يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ ، بَلْ لَا بَدَّ مِنْ أَنْ يُقِيمَ بَيْنَةَ تَشْهَدُ أَنْ لَهُ فِي الْبَلَدِ مِنْ
يُشَارِكُهُ فِي هَذَا الْاسْمِ وَالنَّسَبِ^(١) ، وَإِنْ كَانَ الْمَشَارِكُ مِيتاً يَوْمئِذٍ ، بِشَرَطٍ أَنْ
يَكُونَ مُعَاَصِراً لَهُ .

وَإِنْ لَمْ يُعَاَصِرْهُ لَمْ تُثَبِّتِ الْمَشَارِكَةُ ، وَإِنْ [٨٩ / ب] عَاَصَرَهُ نَظَرَ : إِنْ
كَانَ الْمِيتُ مَاتَ بَعْدَ الْحُكْمِ حَصَلَتِ الْمَشَارِكَةُ^(٢) ، وَإِنْ كَانَ قَدْ مَاتَ قَبْلَ الْحُكْمِ ،
هَلْ تُثَبِّتُ الْمَشَارِكَةُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرَهُمَا الْمَاوَرِدِيُّ^(٣) .

وَلَوْ أَنْكَرَ الْاسْمَ أَوْ النَّسَبَ ، وَعَجَزَ الْمُدْعَى عَنْ بَيْنَةِ تَشْهَدُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ ،
فَلَهُ أَنْ يُحْلَفَ ، إِنَّهُ لَيْسَ اسْمُهُ مُحَمَّدَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَلِيٍّ .

فَلَوْ قَالَ : أَنَا أَحْلَفُ ، إِنَّكَ لَا تَسْتَحِقُّ عَلَيَّ مَا ادْعَيْتَ بِهِ ، لَمْ يُسْمَعْ عَلَى
الْمَذْهَبِ ، وَقَالَ الصِّدْلَانِيُّ : يُسْمَعُ .

قَالَ الْإِمَامُ : وَهَذَا عِنْدِي خَطَأٌ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْتَنَعُ مِنَ الْبَيْنِ عَلَى نَفْيِ الْاسْمِ
وَالنَّسَبِ لِثَبُوتِهَا ، وَلَوْ ثَبَّتَا فَالْحُجَّةُ قَائِمَةٌ ، وَالْقَضَاءُ مَبْرَمٌ ، بِخِلَافِ مَا لَوْ ادَّعَى
جِهَةً فِي الْاسْتِحْقَاقِ عَلَى رَجُلٍ ، كَقَرْضِ دَرَاهِمٍ مِثْلًا ، فَلَمْ يُتَعَرَّضْ الْمُدْعَى عَلَيْهِ
لَهَا فِي الْجَوَابِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً ، كِفَاؤُهُ ، قَوْلًا
وَاحِدًا ، لِأَنَّ الدَّعْوَى لَيْسَتْ حُجَّةً ، فَأُثْبِتَ الشَّرْعُ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ مَسْلُكًا فِي
الْجَوَابِ ، يُوَافِقُ الْحَقَّ عِنْدَهُ ، وَيضَادُّ مَقْصُودَ الْمُدْعَى .

قَالَ الْإِمَامُ : وَالْمَسْأَلَةُ مُحْتَمَلَةٌ مَعَ مَا ذَكَرْنَاهُ .

(١) المراجع السابقة .

(٢) في نسخة ف : المشترك .

(٣) الحاوي ، له : ١٢ / ٧٣ ، ب ، وانظر : مختصر المزني : ٥ / ٣٤٤ ، المهذب : ٢ / ٣٠٥ ، أدب القاضي ،

الماوردي : ٢ / ١٥٧ ، الروضة : ١١ / ١٨٢ - ١٨٣ .

إجابة المدعى عليه الموصوف | :

٥٨٤ / ٢ - قلت أنا : هذا الخلاف بين الإمام والصيدلاني ، في كيفية اليمين وصفتها ، ينبغي أن يتقدمه كلام في جواب المدعى عليه ، فإن اليمين وتوجهها فرع صحة الجواب على الدعوى بالإنكار .

فنقول : إذا حضر المدعي المدعى عليه ، فلا بد أن يدعي أن الحاكم الكاتب فلاناً حكم له على محمد بن عبد الله بن علي الذي من صفته كيت وكيت ، وهو هذا الحاضر ، وأنا استحق ذلك في ذمته ، وأسأل سؤاله ، أو يدعي أنه يستحق في ذمة هذا الحاضر كذا وكذا ، وسأل سؤاله ، فإذا أجاب بأنك لا تستحق علي ما ذكرت ، ولا شيئاً منه ، أو لا يلزمني تسليم ذلك إليه ، ولا تسليم شيء منه ، وأصر على هذا الجواب ، ولم يتعرض فيه لذكر الاسم والنسب نفيًا ولا إثباتًا ، هل يكتفى منه بهذا الجواب أم لا ؟

فإن اكتفى بهذا الجواب وجب الاكتفاء في اليمين بنفي الاستحقاق قطعاً ، ولا يبقى فيه تقدير خلاف ، وإن لم يكتف منه بهذا الجواب ، بل لا بد له من التعرض لنفي الاسم والنسب .

فهذا موضع الخلاف والنظر ، وظاهر فحوى كلام الإمام أنه لا يكتفى منه في الجواب بنفي الاستحقاق فقط ، بل لا بد له من التعرض إلى الاسم والنسب بنفي أو إثبات ، وهذا من لطيف الفقه وحسنه^(١) فليفهم .

إلى الكتاب بالحكم على شخص باسمه فقط | :

٥٨٥ - أما إذا كان الكتاب الحكيم تضمن الحكم على محمد بن عبد الله فقط ، من غير ذكر جد ، ولا حلية مميزة ، [٩٠ / أ] ولا صفة مشهورة ،

(١) في نسخة ف : وهذا من أطف الفقه وأحسنه .

فهذا الحكم باطل^(١)، فلو وقع كذلك ، وكتبَ الحاكمُ به مكتابة حكيمة ، ووردت على المكتوب إليه ، واستحضر المدعي من يزعمُ أنه محمدُ بن عبد الله ، وأنَّه هو المحكومُ عليه ، فقال المستحضرُ : أنا محمدُ بن عبد الله ، وأنا المعنيُّ بالكتابِ الحكيِّ ، لكن لا حقَّ لهذا المدعي عليَّ ، فالقولُ قوله مع يمينه ، ولا يلزمه شيءٌ ، لأنَّ الحكمَ وقع باطلاً في نفسه ، إذ وقعَ على مُبهمٍ ، غيرِ مُعيَّن ، لا بإشارةٍ ولا باستقصاءٍ وصفٍ ، ولا بما يُميزه عن غيره .

نعم ، إن أقر بالحق المدعى به (أخذناه)^(٢) بإقراره^(٣) .

ا طعن المحكوم عليه بالبينة ا :

٥٨٦ - ومهما ألزم بالحق بالمكتابة ، لا بإقراره ، بأن أنكر الحقَّ ، لكنه اعترف بالاسم والنسب ، ثم ادعى جرح البينة التي شهدت عليه ، نُظر : إن ادعى بينه وبينهم عداوةً أو شركةً ، فيما شهدوا به ، أو بينهم ولادةً تمنعُ من قبول شهادتهم ، فهذا ليس بجرح في عدالتهم ، فتسمع منهم البينةُ بذلك ، ويبطلُ الحكمُ عليه بذلك ، مهما ثبت الجرح .

وإن جرحهم بالفسق ، وما تسقطُ به العدالةُ ، وأقام^(٤) بينةً بفسقهم في وقت شهادتهم ، سُمعت ، وسقطت شهادتهم ، وبطلَ الحكم المترتبُ عليها .

(وإن شهدوا بفسقهم بعدَ الحكمِ بشهادتهم لم يُؤثر في ردِّ شهادتهم)^(٥) ، وإن شهدوا بفسقهم قبلَ سماعِ شهادتهم ، فإنَّ كانَ بين زمنِ الشهادة والجرح

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٣ .

(٢) في الأصل ونسخة ف : وأخذناه ، الواو زائدة .

(٣) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٣ .

(٤) في الأصل ونسخة ف زيادة حذفها لصحة المعنى ، وهي : وإن أقام .

(٥) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(قرب^(١)) ، لا يتكامل فيه صلاح الحال في مثله ، سمعت بينة الجرح ، وسقطت شهادتهم ، وإن طال الزمن بينهما لم تُسمع البينة بالجرح ، وحكم بشهادتهم^(٢) .

[السؤال عن أسماء الشهود] :

٥٨٧ - هذا كله إذا كان القاضي الكاتبُ ذكرَ في كتابه أسماءَ الشهودِ الذين حكم بالحق بشهادتهم ، أما إذا لم يذكر اسمَ شاهدٍ في كتابه ، فسأل المحكوم عليه القاضي المكتوب إليه ، أن يكتبَ القاضي الكاتبُ يسأله عن أسماء الشهود ، لم يلزمه إجابته ، ولا يجوزُ له أن يكتبَ إلى القاضي الكاتبِ بذلك ، لأن فيه اعتراضاً على القاضي الكاتبِ في أحكامه وشهوده .

وكذلك لو سأل المحكوم عليه المحكوم له أن يذكرَ له أسماءَ شهوده ، لم يلزمه تسميتهم ، ولم يكن للقاضي المكتوب إليه أن يسأله عنهم .

ولو خرَجَ المحكوم عليه إلى القاضي الكاتبِ وسأله عن أسماء الشهود الذين شهدوا عليه ، نُظر : إن كانوا ممن قد استقرت عدالتهم عنده ، وهم ممن لا تُعاد المسألة عنهم لتقديم شهادتهم ، لم يلزمه تسميتهم له ، وإن كانوا ممن لم يشهدوا بعدُ عنده ، بغيرِ هذه الشهادة ، وهم ممن تُعادُ المسألة عنهم ، وجبَ عليه تسميتهم له بعد سؤاله ، فإن أقامَ [٩٠ / ب] بينةً يجرحهم سمعها ، على ما تقدم تفصيله .

[نقض الحكم السابق] :

٥٨٨ - ثم لا (تقبل^(٣)) الشهادةُ بالجرحِ إلا مُفسراً مُفصلاً ، فإذا ثبت

(١) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : قريب .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٦ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يقبل .

عنده جرحهم تقض حكه ، وكتبَ إلى القاضي المكتوب إليه بنقضه .

السؤال عن سبب الحكم | :

٥٨٩ - ولو لم يذكر القاضي الكاتبُ في كتابه سببَ حكيه ، بل قال : ثبتَ عندي بما يثبتُ بثله الحقوقُ ، وحكمتُ بذلك ، وسأله المحكومُ عليه عن سببه ، نُظِرَ : إن كانَ قد حكَمَ عليه بإقراره لم يلزمه ذكره ، وإن كانَ قد حكَمَ عليه بالنكولِ منه وبمين الطالب ، لزمه ذكره ، وإن كانَ قد حكَمَ عليه بالبينة ، فإنَّ كانَ الحكمُ بحقِّ في الذمةِ لم يلزمه ذكرُ البينةِ ، وإن كانَ بعينِ قاءمةِ (له)^(١) ، لزمه ذكرها .

ذكرَ هذا كلُّه الماوردي^(٢) ، وذكرَ بعده اختلافاً غريباً عندنا ، فقال^(٣) :

لوسأل الطالبُ الحاكمَ أن يحكمَ له بالشاهدِ واليمينِ ، وهو يراه ، وكان المحكومُ عليه حاضراً ، حكمَ عليه بإقراره ، وإن كانَ غائباً ، وأرادَ الطالبُ منه أن يستنجزَ منه كتابه إلى قاضي بلدِ المطلوبِ ، ففي جوازِ الحكمِ بالشاهدِ واليمينِ ، فيما يكتبُ به إلى غيره ، وجهان ، أحدهما : نعم ، لأنه مذهبُ مشهورٌ ، والثاني : لا يجوزُ أن يكتبَ به ، لأنَّ المخالفَ من العراقيين يرى نقضَ الحكمِ به^(٤) ، وهو من سرفهم ، فلم يكن له تعريضُ حكمه للنقض .

قال الماورديُّ : والأولى عندهم من إطلاقِ هذين الوجهين أن يُعتَبَرَ رأيُ

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) أدب القاضي ، له : ١٦٢ / ٢ ، وما بعدها ..

(٣) أدب القاضي ، له : ١٦٢ / ٢ مع التصرف بالعبارة .

(٤) وهو مذهب الحنفية الذين ينكرون القضاء بالشاهد واليمين ، ويفتون بجواز نقض الحكم إن اعتمد على

الشاهد واليمين ، لأنه يخالف - في رأيهم - السنة المشهورة ، وهي « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ، (انظر :

فتح القدير : ٥ / ٤٨٨ ، رد المختار على الدر المختار : ٥ / ٤٠١ ، درر الحكام : ٢ / ٤٠٨) ، وقد سبق الإشارة إلى هذه

المسألة في صفحة ١٦٦ .

القاضي المكتوب إليه ، فإن كان يرى القضاء بالشاهد واليمين كتب ، وإلا فلا يكتب .

فإن أراد القاضي في حكمه بالشاهد واليمين أن لا يذكر في كتابه ذلك ، بل يُطلق الحكم بالبينة ، أو بثبوت الحق عنده ، جاز ، هذا ما ذكره الماوردي^(١) .

٥٩٠ - قلت أنا : والذي عندي أن هذا الخلاف الذي نقله مُنزلٌ على التفصيل الذي اختاره ، وإلا فلا يذهبُ فقيهٌ (إلى) ^(٢) أنه لا يجوز للقاضي الشافعي إذا حكم بالشاهد واليمين أن يكتب به القاضي الشافعي أيضاً ، لا يصير ^(٣) إلى هذا أحدٌ ، بل يمكن تنزيل الخلاف على ما إذا حكم الشافعي بالشاهد واليمين ، وكتب به كتاباً مطلقاً مرسلًا ، لم يذكر فيه حاكماً خاصاً ، فهذا يمكن فرض خلافٍ فيه مع بُعدِه ، لإمكان أن يكون المحكوم عليه الغائب ببلدٍ ، حاكمه حنفيً فيتعرضُ حكمةً لنقضه .

[ظهور الشاهدين فاسقين بعد الحكم]

٥٩١ - قلتُ : وههنا لطيفةٌ لا بدُّ من التعرض ^(٤) لها ، وهو أننا قد ذكرنا فيما تقدّم خلافاً في أن الحاكم إذا حكم [٩١ / أ] بشهادة شاهدين ، ثم بأن كونها فاسقين عند الحاكم ، هل ينقضُ قضاءه ؟ فيه قولان ، أصحها وأقيسها النقض ^(٥) .

(١) أدب القاضي ، له : ٢ / ١٦٤ مع التصرف بالعبرة ، وبعدها : لأنه يحكم باجتهاد نفسه ، ولا يحكم باجتهاد

غيره .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : لم يصير .

(٤) في نسخة ف : التنبيه .

(٥) فقرة ٤٧٤ .

إ نقض الحكم على غائب لفسق الشاهدين | :

٥٩٢ - ولو حكم على غائبٍ بحقي ، ثم أثبتَ الغائبُ فسقَ الشاهدين حالة الحكم ، فلا خلاف في نقضِ الحكم ، وسببه أنا لو لم نقلُ بهذا الجرَّ حيفاً على الغائبِ ، بخلافِ الحاضرِ ، فإنه المَقْصَرُ إذا لم يبحث ، وهذا من لطيفِ الفقه ، فليعلم .

إ استيفاء الحق المكتوب به | :

٥٩٣ - ويتصلُ بما ذكرناه ذكرُ طريقِ استيفاءِ الحق المكتوب به وكيفيته .

والحقُّ المحكوم به لا يخلو : إما أن (يكون)^(١) ديناً أو عيناً ، فإن كان ديناً فالحكم صحيحٌ على الغائب به .

وإن كان عيناً غيرَ منقولةٍ كالعقار ، فالاعتادُ في الدعوى به على الوصف والتحديد والحكم بها ، نافذ إذا تمت الحدودُ وتميزت بالوصف .

وإن كانت العينُ المدعى بها منقولةً فقد ذكرنا الخلافَ في سماعِ البينة بالنعوت والصفة^(٢) ، وإنا إذا فرّعنا على القبول ، فهل يجوزُ القضاءُ به وهو غائب ؟ فيه قولان .

قال الإمامُ : الأصحُّ لا يجوزُ تنفيذُ القضاءِ به لعدم تميزه . وإن قلنا : تُسمعُ البينة ، فصحة الدعوى (بها)^(٣) مشروطةٌ بوصف العبد ، فالقاضي المكتوب إليه بعد ثبوت المكاتبَةِ الحكيمية ، يقول للخصمِ المدعى عليه : ماذا

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٢) فقرة ٥٤١ وما بعدها ، فقرة ١٥٥ ، ١٦٣ ، ١٦٤ ، ١٧١ ، ٢٨٦ وما بعدها ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٨ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

تقول ؟ فإن قال : هذا العبدُ في يدي ، وهو ملكي ، ألزمه القاضي إحضاره ، ليقابل بينه وبين صفاته ، وإن قال : لم تثبت يدي على عبدٍ هذه صفته^(١) ، فالقولُ قوله مع يمينه ، وعلى المدعي البينة أن العبد الموصوف بيد المدعي عليه^(٢) .

فإن أقامَ بينةً شهدت أنها رأت عبداً موصوفاً بهذه الصفة في يده ، فُسِّعَ ، ويكلف إحضاره . وإن لم يُقم بينةً وطلب إحلافه ، فيحلفُ بالله ، إن يده لم تثبت على عبدٍ على هذه الصفات المذكورة .

فإن حلفَ فذاك ، وإن نكل حلفَ المدعي ، وألزمَ المدعى عليه إحضاره ، فإن أحضره ، وقال المدعي : هذا هو العبدُ الذي أدعيه^(٣) ، وقد ثبت أنه ملكي عند القاضي الكاتب ، فلا يقضي القاضي المكتوبُ إليه بأنه ملكه ، بناءً على توافقِ الصفاتِ ، بل طريقه - كما سبق ذكره - أن يحتمَ القاضي المكتوبُ إليه على رقبةِ هذا العبد الموصوفِ ، ويسلّمه إلى المدعي بكفيل ، على قولٍ ، ليخرج به إلى القاضي الكاتبِ ، ليعاينَ الشهودَ الذين شهدوا بالملك له ، على الوصف ، فيشهدوا على العيّن ، وعلى قولٍ آخر ، لا يُسلم إلى المدعي ، بل يُباع منه ، ويؤخذ منه [٩١ / ب] كفيل بالثمن ، وقد سبق ذكرُ هذا كله^(٤) ، وإنما استقنا منه ما ذكرناه تيمناً لأحكام المكاتبات الحكيمة .

خاتمة | :

٥٩٤ - هذا تمامُ الكلام في صفةِ القضاة ، وأحكامِ القضاةِ وآدابهم ،

(١) في نسخة ف : صفاته .

(٢) انظر : الروضة : ١١ / ١٨٨ .

(٣) في نسخة ف : ادعيته .

(٤) الفقرات ٢٨٦ - ٢٩١ ، صفحة ٢٩١ وما بعدها ، وانظر : الروضة : ١١ / ١٨٩ .

وما يجبُ عليهم ، ويجوزُ لهم ، ويحرمُ عليهم ، ويكرهُ ، وأحكامِ الدعاوى والبيّنات ، ومجامعِ الخصومات ، والمعارضاتِ الواقعة بين المتداعيين ، والشهادات ، وأنواعها ، والمكاتبِ الحكّمية ، وإنهاء ما صدرَ من القاضي المتنازع لديه إلى غيره من الحكّام .

وهي بجملتها ، مع جلالَةِ قدرِها ، قليلٌ من كثير ، ذكرناه من كتبِ المذهبِ المصنفة في مذهبِ إمامنا الشافعي رضي الله عنه ، لا غنى لمن يتولى الحُكم بين الناس عن معرفتها ، فإنَّ من لم يكن عالماً بفروعِ الفقه (وأصوله^(١)) ، عالماً بمذهبِ إمامه ، مستحضراً له ، فقيهاً فيه ، عارفاً بأقوابيلِ أصحابه وتخريجاتهم ، حافظاً لذلك ، متضلعاً منه ، لم يَجْز له أن ينصبَ نفسه لهذا المنصبِ العظيمِ القدر ، الجليلِ الأمر ، الخطيرِ الشريف .

٥٩٥ - وهذا القدر الذي ذكرناه هنا هو المتداولُ في مجالسِ الحكّام ، الواقع^(٢) بين المتخاصمين في غالبِ الأمر ، وتركنا من مسائلِ الأفضية ، وفروعِ الدعاوى والبيّنات ، ومسائلِ المعارضات بين المتداعيين جملاً^(٣) نقيسةً مصطورة^(٤) مشهورةً ، يأخذها الفقيه من الشروح في المذهب طلباً لاختصار هذه اللَّمعة .

(والله)^(٥) سبحانه ، المستعان ، وعليه التكلان .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأحواله .

(٢) في نسخة ف : والواقع .

(٣) في نسخة ف : بقية .

(٤) في نسخة ف : مسطورة ، وهما بمعنى واحد ، قال الفيروزبادي : الصطر ، ومحرك : السطر ، والسطر :

الصف من الشيء كالكتاب والشجر وغيره ، جمع أسطر وسطور وأسطار ، والخط والكتابة ومحرك في الكل ، (انظر :

القاموس المحيط : ٢ / ٤٨ ، ٦٩) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وبالله .

ولنشرع الآن في ذكرِ بابٍ مخصوصٍ بالشروطِ التي وضعها أهلُ هذه
الصناعةِ ، والتنبيهِ على مواضعٍ فيها ، رَسَمَهَا الفقهاءُ من الشرُوطيين القدماءِ ،
من الشافعيةِ والحنفيةِ رضي الله عنهم ، لفوائدٍ فقهيةٍ ، لا يعرفُها إلا الفقيهُ
الماهرُ في أحكامِ الشرعِ ، وقلَّ من يتنبَّه لها من المترسِّمين في هذا العلم .



الباب السادس^(١)

في

شروط المحاضر والسجلات والكتب الحكيمية |

الشروط المكتتبه في المحاضر والسجلات والكتب الحكيمية وكتب الابتياعات والوثائق والإجارات وغير ذلك .

| الاقتصار على أنموذج لكل مثال | :

٥٩٦ - اعلم أنا لا نرى الاشتغال بذكر صورة هذه الأشياء ، والإكثار منها ، كما فعله جماعة من كتّاب الشروط الذين خلّوا عن معرفة الفقه وعلم الفتوى ، ونصّبوا نفوسهم لتأليف هذه الحجج التي يكتبونها في مجالس الحكام ، وعلى أبواب [٩٢ / أ] المساجد ، فإنّ هذا القدر لن يجهله من يتصف بصفة العلم ، وهذه الأشياء عند الفقيه الماهر كشرية ماء بارد في يوم صائف ، ومن قنعت همته بعلم الوثائق فقط من غير ترويه من علوم الشريعة فقد أسكنته الحضيض ، ورضي بالأدّون ، والمعالي لن تدرك بالهويّنا ، ونحن إنّ شاء الله تعالى نذكر مثالا في كل نوع من أنواع هذه الحجج ، يكون أنموذجا لغيره ، ودليلا عليه يستدل به الفقيه على أمثاله .

(١) هذا الباب ساقط بأجمعه من النسخة الفرنسية ف ، وانتقل الناسخ مباشرة إلى خاتمة الكتاب الواردة في

ا ذكر الاحترازات الفقهية] :

٥٩٧ - ونذكر في كل نوع ما يتضمّنه من الاحترازات الفقهية التي يندفع بذكرها عن المشهود له ، والمشهود عليه ، ضرر ظاهر ، وتحصل بتركها ، إن تركت ، غرامة عاجلة ، ونشرح ذلك على أقصى وجه في البيان ، وأبلغه ، إن شاء الله تعالى ، ولنذكر فصولاً ، ليسهل تناوله على طالبه ، نفعه الله تعالى وإيانا به .



فصل

في

كتاب ابتياع

٥٩٨ - نسخه بعد البسمة^(١)، اشترى فلانُ بنُ فلانِ بنِ فلانِ ، من فلانِ بنِ فلانِ بنِ فلانِ ، اشترى منه فباعه في مقامٍ واحدٍ ، وعقدٍ واحدٍ ، وصفقةٍ واحدةٍ ، ما ذكر البائعُ المذكورُ ثانياً ، أنه له ومِلكه ويده ، وتحت تصرفه واستيلائه إلى حالةِ هذا الابتياحِ ، وذلك جميعُ الدارِ التي بمدينة كذا ، ومحلة كذا بالدربِ المعروف بكذا ، ويحيطُ بجميعها ، ويحصرها حدوداً أربعة ، فالأولُ من القبلةِ ينتهي إلى دارٍ تُعرف بفلانِ بنِ فلانِ بنِ فلانِ ، ومن المشرقِ كذا ، ومن الشمالِ كذا ، ومن الغربِ كذا ، بجميعِ حقوقِ ذلك كله ، وحدودهِ ورسومه وحيطانه الأربعةِ من جهاته الأربعِ ، وحجره ومدّره ، وسفله وعلوه ، وأبوابه وأخشابه ، وأعتابه وطرقه ، ومرافقه ومجاري مياهه ، وبكلِ حقٍ قليلٍ

(١) قال الأسيوطي : اعلم أن حالات أوضاع المكاتبات والمبايعات تختلف باختلاف المعاني التي تنشأ عنها ، باعتبار العبارات والألفاظ التي هي الآن مستعملة في ذلك ، وهي تشتمل على فوائد ينبغي التعريف بها ليستفاد منها ما لا بأس باستفادته مما ينبغي على القاعدة المشروطة في البيوع وغيرها من العقود فهي ذكر المشتري والبائع إذا تبايعا بأنفسهما أو بوكيلها أو أحدهما بنفسه والآخر بوكيله ، وذكر المبيع إن كان كاملاً أو حصّة منه ، وجريانه في ملك البائع أو المبيع عنه أو المبيع عليه إلى حين صدور البيع ووصفه بما يخرج عن الالتباس ، والاشتباه ، وتحديدته من جهاته الأربع ، وذكر الثمن وحلوله أو تأجيله أو قبضه ، وذكر النظر والمعرفة والمعاقدة الشرعية . والتسلم والتسليم أو التخلية والتفرق بالأبدان عن تراض أو اشتراط الخيار ، وضمان الدرك في ذلك ومعرفة المتعاقدين بما تعاقدوا عليه المعرفة الشرعية والتاريخ ، (جواهر العقود : ١ / ٧٤ وما بعدها) .

وكثير ، هو لذلك ومعروف به ومملوكٌ بملكه ، داخلَ الحدودِ وخارجاً عنها ، من حقوقه الواجبة له ، شراءً صحيحاً ، وبيعاً قاطعاً ، ماضياً ، جائزاً شرعياً ، جارياً على وجهِ الشرع ، جامعاً لأوصافِ الصحةِ ولزومِها ، خالياً من موانعها ، منعقداً بالإيجابِ والقبولِ الصحيحين الشرعيين ، لا عدةَ فيه تنقضة ، ولا خيارَ يُبطلُهُ ، ولا دُلْسُهُ ، ولا تلجئةً ، ولا هو بسبيلِ رهنٍ (ولا إيجارٍ)^(١) ولا عاريةً ، بل بيعاً صحيحاً شرعياً على أتم بيوعِ الإسلامِ ، وأمضى شروطِهِ ، بَثْمَنٍ في ذمةِ المشتري المذكور ، جملته من الدراهمِ الفضيةِ النقرةِ الناصريةِ [٩٢ / ب] الخالية من الغش ، الصحاحِ المطبوعةِ بالصِكةِ السلطانيةِ ، التي وزنُ كلِّ عشرةٍ منها سبعةٌ مثاقيل ، بمثاقيلِ الإسلامِ ، كذا كذا درهماً ، نصفها كذا وكذا .

٥٩٩ - وإن كانَ الثمنُ دنائيرَ قالَ : كذا وكذا ديناراً ، مثاقيل ذهباً مصرياً ، أو إمامياً مستنصرياً ، عيناً جياداً صحاحاً ، وازنة بمثاقيلِ الإسلامِ^(٢) .

(١) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : ولا إيجا ، وقد سقطت الراء سهواً من الناسخ .

(٢) الدينار : اسم لضروبٍ مدورٍ من الذهب ، وفي الشريعة اسمٌ لثقالٍ من ذلك المضروب ، والدينار يقسم إلى ستة أقسام ، يسمى كل قسم دانقاً ، ويقسم كل دانق إلى أربعة طاسيج ، ويقسم كل طَسُوجٍ إلى أربعة شعيرات ، وقد تقسم الشعيرة إلى ستة أقسام ، يسمى كل قسم خردلاً .

والدرهمُ لغةٌ : اسم لضروبٍ مدورٍ من الفضة ، والمشهور أن تدويره في خلافة الفاروقِ عمر رضي الله عنه ، وكان قبله على شبه النواة بلا نقش ، ثم نقش في زمان ابن الزبير ، ثم غيره الحجاج ، واختلف في وزنه على عهد رسول الله ﷺ ، والأصح أن كل عشرة دراهم خمسة مثاقيل ، ثم انتقل على عهد عمر رضي الله عنه إلى وزن سبعة ، أي كل عشرة منها سبعة مثاقيل ، فكل درهم سبعة أعشار مثقال ، فالدرهم الواحد على وزن سبعة ، يساوي أربعة عشر قيراطاً ، وهي سبعون شعيرة ، وعلى هذا فالمثقال مائة شعيرة وهذا الوزن هو المعتبر .

والمثقال بالكسر لغةٌ : ما يوزن به قليلاً كان أو كثيراً ، وعرفاً ما يكون موزونه قطعة ذهب مقدرة بعشرين قيراطاً ، والقيراط خمس شعيرات متوسطة غير مقشورة ، مقطعة ما امتد من طرفيها ، فالمثقال مائة شعيرة ، وعلى رأي : المثقال ست مائة شعيرة ، وعلى رأي : المثقال ستة دنانق ، والدانق أربع طسوجات ، والطسوج حبتان ، والحبة شعيرتان ، فالمثقال شعيرة وتسعة عشر قيراطاً ، فالفرق بين القولين أربع شعيرات ، والدرهم يساوي ٣,١٢ غرامات .

فالدینار عشرون قيراطاً ، والقيراط خمس شعيرات ، والمثقال درهم وثلاثة أسباع الدرهم ، والدرهم ستة =

سَلَّمَ المشتري المذكورَ أولاً جميعَ الثمنِ المشارِ إليه ، إلى البائعِ المسمّى ،
فتسلّمه منه كاملاً ، وازناً ، تسليماً صحيحاً شرعياً ، برئت به ذمّة المشتري
المذكورِ من جميعه ، براءةً صحيحةً شرعيةً ، براءةً قبضٍ واستيفاءٍ ، بجميع
ذلك .

وسلّم البائع المذكور إلى المشتري المسمّى جميعَ المبيعِ المعينِ بحقوقه كلها ،
وحدوده ورسومه ، فتسلّمه منه تسليماً صحيحاً شرعياً ، كما يتسلّم أمثاله من
العقار ، وصار هذا المبيع جميعه ، بما يجبُ له من حقٍ وحيدٍ ، ملكاً للمشتري
المذكور المسمى ، وله وحقه ، وملكاً من أملاكه ، ومالاً من أمواله ، ويده
وتصرفه ، واستيلائه ، يتصرف فيه تصرفَ المالكين الحائزين المستحقين
المستوجبين في أملاكهم ، بغير مانعٍ ، ولا منازعٍ ، ولا معارضٍ ، دون البائع
المسمى ، ودون كلِّ واحدٍ من الناس أجمعين .

وذلك كلّه جرى بعدَ أن نظَرَ المتبايعان المذكوران إلى هذا المبيع ،
وشاهداه ورأياه ، نفتُ عنه غررَ الجهالة جملةً وتفصيلاً ، وعلماه وخبراه عينه ،
وصفاته القائمة به ، ثم بعد ذلك عقداً عقداً البيع والشراء عليه ، وأبرماه ، ثم
افترقا بعده عن تراضٍ منها ، وعن إلزام العقد وإبرامه ، وعن قبضٍ من
الطرفين .

وشهدَ عليها بمضمونه من حضرَ مجلسَ العقدِ بينها ، وقرئَ هذا الكتابُ
من أوله إلى آخره عليها ، وهما مستمعان إليه ، فأقرا بفهمه ومعرفةٍ مافية ،
وأنَّ الأمرَ جرى بينهما على ما وُصِفَ في هذا ، وأشهدا عليها بمضمونه طوعاً ، في

= دوايق ، والدائق قيراطان ، والقيراط أربع حبات ، والحبة سس ثمن درهم ، وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من
الدرهم ، (انظر : دستور العلماء : ٣ / ٣١٠ ، كشاف اصطلاحات الفنون : ٢ / ٤٦٥ - ٤٦٦ ، ٥٠٠ ، وج ١ / ١٧٦ ،
الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان ، لابن الرفعة : ص ٥٤ ، ٦٠ ، ٦٨) .

صحة منها وسلامة ، وجواز أمر ، بتاريخ كذا وكذا ، من سنة كذا وكذا ... الشرح .

اختلاف الألفاظ والاصطلاح :

٦٠٠ - هذه نسخة ابتاع على مصطلحنا في بلادنا ، وقد تتغير بعض

ألفاظه بسبب اختلاف الاصطلاح .

أما قوله : اشترى فلان بن فلان ، فمن الناس من يكتب : هذا ما اشترى ، إشارة إلى المبيع المذكور في الكتاب ، معناه : هذا المبيع هو الذي اشتراه فلان بن فلان ، ومن الناس من يسقط لفظه : هذا ، وهو عندي أقرب إلى [٩٣ / أ] الصواب ، لأن البيع إنشاء شرعي لا كلام فيه ، وإن كان لفظه لفظ الخبر ، فقوله : اشترى ، أقرب إلى الإنشاء من قوله : هذا ما اشترى ، وإن كان لفظ كل واحد منها لفظ الخبر^(١) .

وقد كان رسول ﷺ كتب بينه وبين أهل مكة : هذا ما قضى عليه رسول الله ﷺ^(٢) ، ولم يقتصر على قوله : قاضى رسول الله ﷺ ، وكل جائز .

البداء بالمشتري :

٦٠١ - وإنما بدأ الناس في مصطلحهم بالمشتري دون البائع ؛ لأنه في هذا

الباب أهم ، فإنه هو الذي ينتقل إليه الملك ، والبائع ثابت الملك للمبيع واليد ،

(١) البداء بعد البسطة الشريفة ، بقوله : اشترى ، أو هذا ما اشترى ، أو هذا كتاب مبايعة ، أو غير ذلك ، وكله جائز ، قال تعالى : « هذا ما توعدون ليوم الحساب » سورة ص الآية ٥٢ ، (وانظر : جواهر العقود : ١ / ٧٥) .
(٢) هذا جزء من حديث ، وهو كتاب المعاهدة التي تمت بين رسول الله ﷺ وبين المشركين في الحديبية ، وكان الكاتب علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، والحديث رواه مسلم عن البراء بن عازب ، بلفظ « هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله » ، وفي لفظ « هذا ما كاتب عليه محمد رسول الله » ، قال النووي : ومعنى قاضى هنا : فاضل وأمضى أمره عليه ، ومنه القضاء أي فصل الحكم وإمضاؤه ، ورواه أبو داود باللفظ الأول ، (انظر : صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ١٣٥ ، ١٣٧ ، سنن أبي داود : ٢ / ٧٧) .

معروفَ بها ، ووضعَ البيع نقل المبيع من معروف به ، وهو البائع ، إلى أجنبي عنه لم يُعرف به ، وهو المشتري ، فكان ذكرُ المشتري أولاً أهم . والدليل عليه أطرادُ العادة بأنَّ كتابَ الاتِّباعِ إنما يتولَّى إنشاءهُ المشتري ، ويصير بيده حجةً على البائع ، لو عاد ادعى به ، ولم تجرِ عادةُ بإنشاء البائعِ كتابَ بيعٍ ، ولا أخذِه نسخةً في الغالب ، وما سببه إلا ما ذكرناه .

إ ذكر اسم المتبايعين | :

٦٠٢ - وينبغي أن يذكر اسم المتبايعين ، ويرفع في نسبها ونسبتها إلى بلد وقبيلة وشهرةً اشتهرا بها^(١) ، وإن كانا مجهولين فلا بُدَّ مع ذلك من تحليتها كما تقدم .

وقوله : ما ذكرُ البائعُ أنه له وملكه ، إنما قال ذلك ، ولم يقل : اشترى منه ما هو ملكُ البائع ، لأمرين : أحدهما : أنه إذا قال : اشترى ما هو ملكُ للبائع ، يكونُ اعترافاً من المشتري للبائع بملكِ المبيع ، ومتى اعترف له بملكِ المبيع ثم خرج المبيعُ مستحقاً ، فانتزعه المستحق من يدِ المشتري ، هل يرجعُ بالثمن على البائع ؟ فيه خلافٌ عندنا مشهور^(٢) ، وهو مفروضٌ في كتب المذهب ، فيما إذا ادعاه المستحق ، وطلب انتزاعه من يده ، فقال مجيباً : هذا ملكي وملكُ بائعي ، فأثبت المدعي استحقاقه بطريقه الشرعي ، وانتزعه من يده ، هل يرجع بالثمن على البائع ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما : نعم ، لأنه إنما قال ذلك جرياً على العادة في الخصومات ، أو بناءً على يدِ البائع الدالة على الملكِ ظاهراً ، والثاني : لا يرجعُ ، لأنه اعترف له بالملك ، وقد كان قادراً على أن يجيب المدعي بعدم استحقاق التسليم ، فحيث اعترف بالملك له من غير ضرورة ، (أخذناه)^(٣) به .

(١) انظر : جواهر العقود : ٧٥ / ١ .

(٢) اقتصر الأسيوطي على القول بعدم الرجوع ، (انظر : جواهر العقود : ٧٨ / ١) .

(٣) في الأصل : وأخذناه ، الواو زائدة .

هذا إذا اعترفَ بالملك للبائع في مخاصمة جرت بينه وبين مدعيه .

أما إذا اعترفَ بالملك للبائع [٩٣ / ب] في صكِّ كتب فيه التبايعَ بينها ، المشهور أنَّ فيه خلافاً أيضاً ، لأنَّه قد يعترفُ بالملك له بناءً على ظاهر اليد .

وحكى القاضي أبو الطيب الطبري عن بعض الأصحاب القطعَ بأنَّه لا يرجعُ بالثمنِ على البائع في هذه الصورة ، لأنَّه لم يشهد عليه بالاعترافِ بالملك له إلا عن علمٍ وثبتت ، بخلافِ مجلسِ الخصومات ، فإنَّه جرت العاداتُ بالاسترسالِ فيها .

الأمر الثاني : هو إنما قال : اشترى منه ما ذُكرَ أنه ملكه ، لأنَّه لو قال بعتك نصفَ هذه الدار ، وكان مالكاً لنصفها ، ولم يضيفه إلى نفسه ، ولا قال بعتك النصفَ المختصَّ بملكي ، بل أطلق ، فهل يصحُّ البيعُ ، والحالةُ هذه ، ويحملُ على النصفِ المختصِّ به ، أم يحملُ على نصفِ شائعٍ بينه وبين شريكه ؟ فيه وجهان ، الأظهرُ أنه يحملُ على النصفِ المختصِّ به ، أعني بالبائع ، والثاني : أنه يحملُ على نصفِ شائعٍ مشتركٍ بين البائع وشريكه .

فعلى هذا يصحُّ في نصفِ هذا النصفِ ، وهو القدرُ المختصُّ بالبائع ، ويبطلُ في النصفِ الآخر ، وهو الربعُ المختصُّ بالشريك^(١) ، فقولهم في الشروط : ما ذكر البائع أنه له وملكه ، احترازٌ عما ذكرناه .

| تحديد المبيع |

٦٠٣ - وأما تحديدُ المبيعِ فلا بدَّ منه ، إذا كان غيرَ متميِّزٍ بصفاتٍ معلومة بين المتعاقدين ، غيرَ مشهورٍ بشهرةٍ قائمةٍ مقامَ حدوده ، أمَّا إن تميَّز واشتهر بصفاتٍ ونسبةٍ لا يُشاركه فيها غيره ، فلا حاجةٌ إلى تحديده . وهو معنى قول

(١) سوف يكرر المصنف هذه الصورة ، فقرة ٦١٦ .

بعضهم في الاختصار في الشروط بعد ذكر المبيع : « شهرته تُغني عن تحديده ، بعد العلم والإحاطة به » ، وصارَ هذا كالنسب ، فإنه إذا كان المشهودُ عليه غيرَ متميز بصفاتٍ وأمورٍ مشهورة ، فلا بدُّ من ذكرِ اسمه ونسبه ، وإن كان مشهوراً بأمورٍ لا يشاركه فيها غيره لم يفتقر في الشهادة عليه إلى ذكر نسبه ، بل ذكر ما شُهر به يقوم مقام نسبه ، بل أبلغ منها ، وهذا كالشهادة على المَلِكِ الكبير المشهور ، والعالم الذي قد طبق الإقليم ذكره ، واشتهر بين العامة تميزه عن غيره .

ثم إذا لم يكن المبيعُ متميزاً بصفاتٍ وشهرة ، فذكرَ البائع له حدين^(١) فقط ، لم يصح البيع ، وإن ذكرَ ثلاثة فوجهان ، وإن ذكرَ أربعة صحَّ قولاً واحداً .

وقوله : « داخلَ الحدود وخارجاً عنها » ، هذا الاحتراز لا يُحتاج إليه على مذهبنَا ، فإنه متى باعَه الدارَ ، وأطلق ، دخل فيه كلُّ ما هو منسوبٌ إلى المبيع ومعروفٌ به ، ومن مرافقه [٩٤ / أ] من مجرى مياهه وحريره ومسقطِ كناسته ، وغير ذلك ، وإنما أحدثَ هذا أصحابُ أبي حنيفة رضي الله عنهم على ما حكاه الماورديُّ عنهم^(٢) ، قلل : إننا قالوا : « داخلَ الحدود وخارجها » ليدخل فيه الجناحُ الخارج عن سمتِ الدارِ ، والميزابُ ومجرى المياه ، فإنها لا تدخلُ عندهم في مطلقِ لفظِ الدارِ ، لكن ما ذكروه يندفع بقولهم : بجميع حقوقِ هذا المبيع ورسومه ، فإن هذا (يجمعُ)^(٣) ما خرجَ من الحدودِ ، إلا أن يقولوا : إنه

(١) انظر : معني المحتاج : ٤ / ٤١٢ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٧٥ ، شرح الهلي : ٤ / ٣١١ ، جواهر العقود :

(٢) قال الأسيوطي : أن يكتب « وكل حق هو له داخل فيها وخارج عنها ، ولا يكتب كما كتب البصريون وأهل العراق ، وكل حق هو لها داخل فيها وخارج » لاستحالة الداخل من الحقوق أن يكون خارجاً ، والخارج منها أن يكون داخلياً ، لتضاد ذلك ، (جواهر العقود : ١ / ٧٧) .

(٣) في الأصل : بجميع .

لا يدخلُ الجناحُ والميزابُ ، وإنْ قالَ : بحقوقهِ ورسومهِ ، مالم يقل : داخل الحدود وخارجها .

فهذا مافي كتاب الاتباع من الاحترازات المفيدة ، وبقيته ظاهرة .

ا بيع القرية ا :

٦٠٤ - أما إذا كان المبيعُ قريةً ، فالقريةُ لغة : اسمٌ للأبنية فقط ، ومنه يُسمى بيتُ النمل قريةً ، وفي العرفِ اسمُ القرية لمجموع الأبنية والأراضي التي تُزرعُ ، فإذا قال : بعتك هذه القرية ، دخلتُ أدرها وأبنيتها وحمامها ، إن كان فيها حمام ، وحوانيتها ، ومُعْرَها وجنائها وصهاريجها ، وهل يدخلُ مافي خلال البيوتِ من الأشجارِ ؟ فيه ثلاثة أوجه .

وأما المزارعُ ، قال العراقيون : لا تدخل قولاً واحداً ، وقال بعض المراززة ، ومنهم الإمامُ : تدخل لاشكاً فيه ، هذا كله إذا لم يقل بحقوقها ، أما إذا قال : بعتك هذه القرية بحقوقها ، عند المراززة تدخلُ المزارعُ قطعاً ، وعند (العراقيين)^(١) لا يدخل أيضاً ، ووافقهم البغوي .

إذا عرفتَ هذا ، فينبغي أن يكتبَ الشرطيّ في كتابِ اتباعِ القريةِ بجميعِ حقوقِها وحدودِها ، وأراضيها ومزارعِها ، وسهلها وجبلها ، ومعتملها ومعطلها ، وبيوتها ومسكنها ، وأشجارها ومُعْرَها ودهنها وصيرها ومراعِها ، ومصايفها ، ومشاتيها ، وبيادرها ، وأنهاؤها وحجرها ومدريها ، وأكامها وأوديتها ، ومياها^(٢) ، ويزيد في ذلك ألفاظاً تنفي الاحتمالَ ، وتمنعُ الخلافَ ، وتقطعُ دابرَ الخصاماتِ ، فإنْ كُتِبَ الشرطيّ يُكرهُ اختصارُها بالألفاظِ الوجيزةِ المحتملةِ التجاذبِ ، وينبغي فيها تكثُرُ الألفاظِ ، دفعاً للتنازعِ .

(١) في الأصل : العراقيون ، وهو خطأ نحوي .

(٢) انظر : جواهر العقود : ١ / ٨٥ .

إِذْكَرَ ضَمَانَ الدَّرْكِ :

٦٠٥ - ولهذا وقع إطباقُ الشرطيين على ذكرِ ضمانِ البائعِ دَرَكَ المبيعِ^(١)، فيكتبون بعد ذكر المتبايعين والمبيع والتمن والقبض من الطرفين : وَضَمَنَ البَائِعُ المذكور دَرَكَ هذا المبيع ، وتبعته ، ضماناً صحيحاً شرعياً على كل وجه وسبب ، فما أدرك المشتري في هذا المبيع أو في حقوقه ، أو في شيءٍ منها من دَرَكٍ ، أو لحقه من تَبَعَةٍ ، [٩٤ / ب] فرجوعٌ به على مَنْ يَجِبُ الرجوعُ به عليه شرعاً ، ومنهم من يكتبُ : فَالرجوعُ به على البائعِ حتى يخلصه منه ، حسبما تقتضيه الشريعةُ ، فَكَتَبَ الشرطيون في كتبِ البياعات : ضَمَانَ البَائِعِ دَرَكَ المبيعِ ، مع أنه ضامنٌ دركه قولاً واحداً .

فإن خرجَ المبيعُ مستحقاً رجعَ المشتري عليه بالتمنِ جميعه^(٢) ، وإن خرجَ مَعِيباً بعيبٍ قديمٍ ردهُ ، (وإن)^(٣) منعَ من الردِّ حدوثُ عيبٍ عند المشتري رجعَ بالأرض ، فضاءَ دَرَكِ المبيعِ على البائعِ للمشتري واجبٌ بموجب عقد البيع والشراء ، وإن لم يُصرح البائعُ بضمَانِ دَرَكِهِ ، وإنما كتبَ الشرطيون مبالغةً في التأكيد ، وزيادةً في الإيضاح ، ونفيًا للاختصارِ ، الذي لو فُتِحَ بابُه في الصكوكِ والقَبالاتِ لأوشك أن يكتبَ كاتبٌ ، بعيدُ الفهم ، قليلُ العلم ، ألفاظاً يظنها وافيةً بالمقصود ، وليست وافيةً ، كما كتبوا في البيع : لا عدةَ فيه

(١) الدَرَكُ : بفتح الراء وسكونها ، وهو التبعة أي المطالبة والمؤاخذة ، ويسمى أيضاً ضمان العهدة ، لالتزام الضامن مافي عهدة البائع ورده ، انظر حكم ضمان الدرك في (مغني المحتاج : ٢ / ٢٠١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٣٩ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٣٢٤ ، المدخل الفقهي العام : ١ / ٥٥٠) .

(٢) قال الأسيوطي : أن يقول في ضمان الدَرَكِ : إن على فلان البائع الخروج لفلان المشتري من جميع الواجب له بسبب هذا الدرك إذا استحق المبيع احترازاً من اختلاف الناس في الواجب بسبب الاستحقاق ، (جواهر العقود : ١ / ٧٩) .

(٣) اللفظ من هامش الأصل ، وفي متن الأصل : إن .

تنقضه ، ولا خيار يُبطله ، ولا دُلَّسه ولا تلجئة ، ولا قيد يمنع إطلاقه ،
ولا بسبيل رهن ، ولا (إيجار)^(١) ولا عارية ، بل بيعاً صحيحاً شرعياً .

كل هذه ألفاظ يُعني عنها قوله : « هذا بيع صحيح شرعي » ، بل مجرد
قوله : بعته ، ومجرد قوله : اشتريته ، لا يُحمل إلا على الصحيح .

الإقرار برؤية المبيع :

٦٠٦ - وكذلك ذكروا إقرار المتبايعين برؤية المبيع ومشاهدته ، حذراً من
بيع الغائب ، ويكتفي في نفيه قوله : بعته بيعاً صحيحاً ، واشترت شراءً
صحيحاً ، نعم ، تظهر فائدة إقرارها بالرؤية ، أنه لو أقر بها ، ثم ادعى واحد
منها نفيها لم يقبل قولاً واحداً ، ولو أقر أنه باع بيعاً صحيحاً ، ثم قال : لم
أره ، وظننت أن بيع الغائب صحيح ، فأطلقت عليه لفظ الصحة ، هل يقبل
قوله في نفي الرؤية ؟ لأن الأصل عدمها ، وعدم صحة البيع ، أو لا يقبل
قوله ، لأنه معترف بوجود البيع الصحيح منه ؟ والأصل إعمال اللفظ ، مهما
أمكن ، وجريان العقود والألفاظ على صحتها ؟ فيه خلاف مبني على أنه إذا
ادعى البائع ما يوجب فساد البيع ، وأنكر المشتري ذلك ، أو بالعكس ، هل
القول قول من يدعي الصحة ، أو من يدعي الفساد ؟ فيه خلاف مشهور .

منهم من رأى أن الأصح قول من يدعي الفساد ، ومنهم من قال : الأصح
ضده ، والكل متجه^(٢) .

(١) في الأصل إجماع ، وهو تصحيف ، والتصحيح من النص الذي ورد قبل ذلك فقرة ٥٩٨ .

(٢) والراجح في المذهب تصديق مدعي الصحة بيبينه ، لأن الأصل عدم الفساد ، والظاهر في العقود الجارية
بين المسلمين الصحة ، والقول الثاني : يُصدق مدعي الفساد ، لأن الأصل عدم القصد الصحيح ، وإنما رجح الأصل الأول
لاعتزاده بتشوف الشارع ورغبته لانبرام العقود ، (انظر : مغني المحتاج : ٩٧ / ٢ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢٤١ / ٢ ،
نهاية المحتاج : ١٦٧ / ٤ ، فيض الإله المالك : ٢٧ / ٢) .

إبيع التلجئة | :

٦٠٧ - وأما لفظُ « التلجئة » المذكورة في كتابِ الإبتيع فقد جرت عادة الكتاب بذكرها ، قال الشيخ أبو نصر : بيعُ التلجئة أن يتفقا على أنّهما يُظهرا [٩٥ / أ] العقدَ خوفاً ، أو لغير ذلك ، وأنه تلجئةٌ ، وليس ببيع ، ثم بعد ذلك يتبايعان ، فإنَّ البيعُ يصحُّ ، والاتفاقُ السابقُ على العقدِ لا يمنعُ صحةَ العقدِ ، وكذلك لو اتفقا على أن (يتبايعا)^(١) بألفٍ ، ويظهرا ألفين ، فتبايعا بألفين ، صحَّ البيعُ عندنا بألفين ، ولا يؤثرُ الاتفاقُ السابقُ .

قلت : وقال القاضي حسين : اختلفوا في معنى التلجئة والمشتري .

إضمان ثالث عهدة المبيع | :

٦٠٨ - فإنَّ ضمنَ ثالثٍ عهدةَ المبيعِ فالجديدُ أنه يصحُّ بعد قبضِ الثمنِ ، وَخَرَجَ ابنُ سريجٍ قولاً أنه لا يصحُّ أصلاً ، وفيه قولٌ مخرَجٌ أنه يصحُّ قبلَ قبضِ الثمنِ وبعده^(٢) ، فإذا صحَّ فليكتب الكاتبُ في الكتابِ : وحضرَ فلانُ بنُ فلانِ بنِ فلانِ ، وضمنَ للمشتري عهدةَ هذا المبيعِ وتبعته ، ضماناً صحيحاً شرعياً ، على أنه متى خرجَ هذا المبيعُ مستحقاً لأجنبي ، وانتزعَ من يدِ المشتري المذكورِ ، فهو ضامنٌ تخلصَ الثمنِ من يدِ البائعِ ، فيصيرُ المشتري مستحقاً مطالبةَ البائعِ بالثمنِ ، ومطالبةَ الضامنِ به أيضاً بتخليصه من البائعِ ، حتى لو عجزَ الضامنُ عن تخليصه من البائعِ أخذَه المشتري من الضامنِ ، ورجعَ الضامنُ به على البائعِ ، إنَّ كانَ ضمنه بإذنِ البائعِ .

(١) في الأصل : أن يتبايعان ، النون زائدة فتحذف .

(٢) قال النووي رحمه الله : والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن ، وهو أن يضمن للمشتري الثمن ، إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الضنجة ، والدرك هو المطالبة والتبعة ، ويقال له ضمان العهدة ، والضنجة بفتح الصاد ما يوزن به المبيع ، وفي قول : إن ضمان الدرك باطل ، لأنه ضمان مالم يجب ، وقيل : يصح قبل قبضه (انظر : مغني المحتاج / ٢ / ٢٠١ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٣٩ ، شرح المحلى على المنهاج : ٢ / ٣٢٧) .

فليكتب الكاتبُ هذا المضمونَ بألفاظٍ تطابقُه ، ولو ضمّنَ عهدةَ المبيعِ ،
فهل يدخلُ تحتَ مطلقِ هذا الضمانِ ضمانُ عهدةِ عيبٍ قديمٍ ، يظهرُ بالمبيعِ ؟
فيه خلافٌ ، فإنّ قلنا : لا يدخلُ ، فهل يصحُّ ضمانُه صريحاً ؟ فيه خلافٌ ،
وكذا في ضمانِ كمالِ الصحةِ ، أو جودةِ جنسِ الثمنِ ، خلافٌ .

فإنّ أثرَ المشتري حصولَ ضامنٍ يضمنُ ذلكَ ، واتفقَ المتعاقدانِ والضامنُ
الأجنبيُّ عليه ، ووقعَ ، فليكتبَ الكاتبُ ذلكَ بألفاظٍ تدلُّ عليه .

وإذا كتبَ ذلكَ فالأولى أنْ ينفيَ دعوى الخلافِ الواقعِ في المسألةِ ، بأنْ
يكتبَ إقرارَه ، أنّ حاكماً من حكامِ المسلمين ، حكمَ عليه بصحةِ هذا الضمانِ
ولزومه ، بعد أن تداعيا لديه ، ورأى الحاكمُ صحةَ ذلكَ ، ولزومه ، رأياً
ومذهباً ، وقضى عليه بمقتضاهِ مستوفياً شرطه ، فقد جرتُ عادةُ فقهاءِ
الشروطيين (بكتابة)^(١) ذلكَ في في الكتبِ المشتملةِ على مسائلِ الخلافِ ، مثلَ
كفالةِ البدنِ ، ولزومِ أداءِ المالِ بها وغير ذلكَ ، ومع هذا لو كتبَ الضامنُ
العهدةَ مثلاً على نفسه بذلكَ ، وشهدَ بذلكَ ، واعتمدَ عليه به ، ثم رفعَ إلى
حاكمٍ ، لا يرى صحةَ ضمانِ العهدةِ ، هل يلزمُ الضامنُ حكمَ [٩٥ / ب] إقراره
أنّ بعضَ الحكامِ حكمَ عليه بصحةِ هذا الضمانِ ولزومه ؟ فيه خلافٌ مشهورٌ .

| بيع الجزء الشائع | :

٦٠٩ - هذا إذا كان المبيعُ داراً كاملةً ، أو عقاراً كاملاً ، وإن كان جزءاً
شائعاً ، كزُبُعٍ أو ثمنٍ ، كتبَ ذلكَ ، وصرّحَ بشيوعه ، ثم يقولُ بعدَ نجازِ ذكرِ
المبيعِ والثمنِ والقبضِ من الطرفين : وذلكَ بعدَ أن نظَرَ المتبايعانِ إلى هذا
المبيعِ .

(١) في الأصل : بكتبه .

(ولا يكتبُ في المشاعِ : وقد نظر المتبايعان إلى هذا المبيع)^(١) فإنَّ المبيعَ الشائعَ من جملةِ الدار لا يُنظر إليه ، إنَّما تشاهدُ جملةَ الدارِ التي المبيعُ جزءٌ منها ، وهذا واضح .

وإن خافَ المشتري للجزءِ الشائعِ أن يُؤخذَ منه بالشفعةِ ، لكونِ العقارِ المبيعِ منه الجزءَ الشائعُ ، قابلاً للقسمةِ ، محتملاً لها ، فإنَّ الشفعةَ ، لا تثبتُ إلا في عقارٍ محتملٍ للقسمةِ جبراً ، على المذهبِ الصحيحِ^(٢) .

| حيل إسقاط الشفعة | :

٦١٠ - فإذا رامَ مشتري الجزءِ الشائعِ إسقاطَ شفعةِ الشفيعِ فيه ، فقد ذكر الأئمةُ لإسقاطها حيلاً كثيرةً ، أفقها عندي : أن يجعلَ الثمنُ كله أو بعضه عيناً مجهولةً القيمةِ ، كجوهرةٍ ، أو مجهولَ الوزنِ ، كصبرةٍ من الدراهم ، أو مجهولةً الكيلِ ، كصبرةٍ من الخنطةِ ، ويقعُ العقدُ على تلكِ العينِ مع غيرها من دراهمٍ معينةٍ قدرأً ووزناً ، فإنَّ الشفعةَ تسقطُ ، مها ثبتَ أنَّ العقدَ وقعَ على مجهولٍ كله ، أو مجهولٍ ومعلومٍ ، على المذهبِ الصحيحِ المنصوصِ عليه عن الشافعي رضي الله عنه^(٣) .

وذهبَ ابنُ سريجٍ إلى أنَّ الشفعةَ لا تسقطُ ، بل للشفيعِ أن يذكرَ للجوهرةِ مثلاً قيمةً مقدرةً ، ويدعيها ، فإنَّ اعترفَ المشتري بها أخذَ الشقصَ بها ، وإن قال : قيمتها أكثرُ ، أحلفه ، ثم زادَ في القيمةِ ، ولا يزالُ يدعي قيمةً

(١) مابين القوسين من هامش الأصل .

(٢) لا تثبت الشفعة في منقول ، وكذا في كل مالٍ قسم بطلت منفعتُه المقصودة لا شفعة فيه على الأصح ، لأن علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ، وفي قول : تثبت الشفعة فيما لا يقسم ، لأن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٧ ، شرح المحلى : ٢ / ٤٢ ، الأم : ٣ / ٢٢١) ، وانظر فقرة ٣٥٧ ، والفقرة ٧٠٩ وما بعدها ، والفقرة ٨٧٩ .

(٣) الأم ٣ / ٢٢٢ ، وانظر : الفقرة ٣٦٢ .

مقدرةً ، ويُحلفه عليها ، إلى أن يعترفَ أو يرد اليمينَ عليه ، فيحلف ويأخذُ .

وهذا المذهبُ لا عملَ عليه ، لأنه فُتِحَ بابُ الكذبِ على ما لا يخفى^(١) .

ومن الحيلِ المذكورة في إسقاطِ الشفعةِ ، أن يتفقا قبلَ العقدِ على أن الثمنَ مائة مثلاً ، ويتواطأ على ذكرِ ألفٍ مثلاً ، ويُعقدُ العقدُ على الألفِ ، ثم يهبُ البائعُ تسعمائة من المشتري ، قالوا : فلا يُقدِّمُ الشفيعُ على أخذِ شقصٍ يساوي مائةً بألفٍ .

وهذا صحيحٌ ، لكنه ركيكٌ ، إذ ليسَ هو أولى بقولِ القائلِ : إنها يتفقان على ثمن مائة ، ثم يتواطأ على أن المالكَ يهبُ الشقصَ من الطالب ، ويهبه الطالبُ الثمنَ ، فلا شفعةَ ، ولكن قلَّ ما يقعُ هذا ، ومن ذا الذي تسكن نفسه ، ويثق إلى خصمه وصاحبه في [٩٦ / أ] هاتين الصورتين .

فالصورةُ الأولى ، وهي جعلُ بعضِ الثمنِ مجهولاً ، أولى ، وهو الطريقُ المسلوكُ في ذلك .

| حكم الحيل لإسقاط الشفعة | :

٦١١ - وقد عدَّ بعضُ أصحابنا إسقاطَ الشفعةِ من الحيلِ المباحة ، وليست محرمةً ولا مكروهةً .

وعندي أن التفصيل فيه أولى من إطلاقه ، فنقولُ : أمَّا من جانبِ المشتري فباحٌ لا شك فيه ، (إذا)^(٢) كان صادقَ الرغبةِ في الشراء ، دافعاً عن نفسه ضرراً انتزاعِ الشقصِ عن يده ، بطريقِ شرعيٍّ وثمنٍ صحيح ، لأنَّ له شراءَ هذا بالثمنِ المجهولِ ، وبالثمنِ المعلومِ ، ولا شفعةَ قبلَ العقدِ ، فما استحقَّ الشفيعُ

(١) انظر : فقرة ٣٦٢ - ٣٦٣ ، صفحة ٢٤٧ - ٢٤٩ .

(٢) في الأصل : إذ .

قبل وجود العقدِ شفعةً ، فإذا انعقد العقد على ثمن مجهول ، [فات]^(١) وقت وجود استحقاق الشفعة ، وإنما تُستحقُّ الشفعة إذا كان الثمن معلوماً ، فقد سقطت الشفعة قبل وجود استحقاقها ، ودفعها جهل الثمن الذي وجد العقد به .

أما من جانب البائع فلا غرض له في صيرورة المبيع إلى خصوص هذا المشتري ، دون الشفيع الشريك ، وإنما يتعلق غرضه بحصول الثمن له ، من أي مشتري كان ، فإذا وافق المشتري على جعل بعض الثمن مجهولاً قاصداً بذلك إسقاط الشفعة فقط ، لا سيما إذا كان الثمن الذي وقع الاتفاق عليه ، قبل الفكر في حيلة تسقط الشفعة بها ، ألفاً ، ثم وافق المشتري على جعل صبرة من الخنطة مجهولة مختلطة بشعير مبالغه في الجهل حتى تسقط الشفعة بها ، لا لأن البائع يأخذها ثم يردّها على المشتري في عزمه ونيته ، فهذا عندي مكروه في حق البائع قطعاً ، اللهم إلا أن يكون قد تعلّق له غرض في نفي هذه الشفعة من تحلة قسم ، أو يمين بطلاق ، فتنتفي الكراهة ، والحالة هذه .

[المبيع بالثمن المعين] :

٦١٢ - هذا كله إذا كان المبيع بثمن في الذمة ، فلو كان بثمن معين مشار إليه صحّ العقد ، وكتب : بثمن جملته كذا وكذا ، حاضراً في مجلس العقد ، وقع العقد عليه ، عيناً مشاراً إليها ، شاهده البائع والمشتري .

وإن لم يكن معلوم القدر ، لكنّه مشاهدّ جملةً ، كصبرة من الدراهم ، صحّ العقد أيضاً ، وكتب بثمن هو صبرة من دراهم نقرة فضة مُشاهدة للتبايعين مرتبة لها ، علماها جملة ، وجهلا عددها ووزنها .

(١) في الأصل : فالأن ، والكلمة من عندي لصحة المعنى .

الفرق بين البيع بثمن في الذمة أو بثمن معين :

٦١٣ - والفرق بين البيع بثمن في الذمة ، وبين البيع بثمن معين ، ظاهر ، ويتعلق بها أحكام ، من جملتها : [٩٦ / ب]

- أن الثمن إذا كان في الذمة ، ثم أحضره المشتري في المجلس ليقبضه البائع ، فتلف قبل قبضه له ، لم يفسخ العقد ، ولو كان معيناً ، فتلف قبل القبض ، انفسخ العقد .

- ومنها : أنه إذا كان العقد وقع على ثمن في الذمة ، ثم أحضره المشتري ، ثم أراد إبداله قبل قبض البائع له ، كان له ذلك قولاً واحداً ، ولو وقع العقد على ثمن معين من النقدين تعين بالتعيين عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى^(١) .

إبيع عقار بعقار :

٦١٤ - هذا كله إذا كان الثمن نقداً من الدراهم والدنانير ، أما إذا باع عقاراً بعقار ، فليكتب :

اشترى فلان من فلان كذا وكذا ، ويحدده على ما ذكرناه ، بثمن هو ما ذكر المشتري أنه ملكه ويديه ، وهو جميع كذا وكذا ، ويحدده حسبما حدّد المبيع أولاً ، ويذكر ضمان كل واحد منها ذكراً ما بدّله .

إتمييز الثمن والمثمن :

٦١٥ - وبين الأصحاب خلافاً في أن الثمن والمثمن هل يميزان ؟ فمن

(١) يرى الإمام أبو حنيفة أن النقود المسكوكة من الذهب أو الفضة لا تتمتع بالتعيين في عقود المعاوضات ، في حق الاستحقاق لذات الدراهم أو الدنانير ، (انظر : بدائع الصنائع : ٧ / ٣٢٢٤ ، حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٣١ ، الفقه الإسلامي : ١ / ١٨٣) .

قائل : لا ثمن إلا النقدين ، ومنهم من قال : إن الثمن ما يتصل به بآء الثنية ، كقولك بعتك هذا العبد بهذه الجارية ، أو هذه الدار بهذه الأرض ، ومنهم من قال : وهو الأظهر ، أن الصفقة مهما كان من أحد شقيها نقد من دراهم أو دنائير ، فهو الثمن ، وإن لم يكن في الصفقة نقد فالثمن ما اتصلت به بآء الثنية .

وتظهر فائدة هذا الخلاف في مسألة ، وهو أنا إذا قلنا : لا ثمن إلا النقد ، فلو قال : بعتك هذه الدراهم بهذا العبد ، هل يصح العقد ؟ فيه وجهان ، الأصح الصحة ، ووجه المنع تغير نظم العقد .

واعلم أن جعل الثمن دراهم مغشوشة لا يصح العقد عليها ، وكذلك العقد على دنائير مغشوشة لا يصح العقد ، كالدينانير السورية ، فإن قال : بعتك بمائة دنائير سورية ، قيمة كل دينار منها ثمانية دراهم ، أو عشرة دراهم فضة ، لم يصح العقد على الأصح ، وفيه وجه بعيد أنه يصح .

| شراء جزء شائع |

٦١٦ - وينبغي أن يذكر في كتاب ابتياع جزء مشاع ، لا يملك البائع سواه ، أنه باع جميع النصف أو الربع أو الثلث الذي ذكر البائع أنه ملكه ، ومختص به ، ومعروف بملكه ، ولا يكتفي بقوله : باع منه نصف هذه الدار التي حدها كذا وكذا ، إذا كان النصف الآخر لرجل آخر أجنبي .

وسببه أن أصحابنا قالوا : إذا كان بين اثنين دار ، فقال أحدهما لثالث : بعتك النصف الذي لي من هذه الدار ، هل ينزل هذا الإطلاق [٩٧ / أ] على نصفه المختص به أم لا ؟ بل ينزل على نصف شائع من الدار بين البائع وشريكه ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : لا ينزل على نصفه المختص به ، فإذا قال : بعتك نصف الدار ، فقد باعه نصفاً هو بينه وبين شريكه ، فيصح في نصف

هذا النصفِ على أحدِ قوليَ تفریقِ الصفقةِ ، فيبطلُ في الباقي قولاً واحداً^(١) .

والصوابُ دفعُ هذا الخلافِ بالتصريحِ بأنَّه باعَه جميعَ النصفِ المخصوصِ
بالبائعِ ، والمعروفِ به والمنسوبِ إليه ، الذي ذكرَ البائعُ أنَّه له ومملكه وبيده
وتصرفه ، وهذا ظاهرٌ غامضٌ .

٦١٧ - وإن كان المبيعُ حمّاماً ، أو جزءاً منها ، كتب كما ذكرناه ، وأضاف
إليه في ذكرِ حقوقه ، أقينه ومنتبه وبيتَ مداره ودولابه ومطرحَ وقوده ،
ومجاري مياهه الطيبة والوسخة ، ومسلخه وأحواضه ، وخزائنه وقدره ،
ومتصرفات مياهه الحارة والباردة وغير ذلك .

٦١٨ - وإن كان المبيعُ بستاناً ذكرَ في الكتابِ جميعَ البستانِ السقي
الشجري ، وإن كانَ عدياً كتبَ العديَّ الشجري ، ويذكرُ غراسه وأشجاره
المثمرة وغيرَ المثمر ، وأرضه وجدرائه إن كانت مخصصةً بالبستان ، وداخلةً في
البيع ، ويذكرُ ما فيه من حرشٍ وأخشابٍ تُحملُ عليها بعضُ الأشجار ،
وحوضٍ ودولابٍ إن كان في باطنها شيء من ذلك .

وإن كان فيها بيتٌ مبني يسكنه البستاني العاملُ فيها ، كما جرت العادة ،
صرحَ بذكره ، وإن كان فيها جَوْسُق^(٢) كبيرٌ ، برشمٍ تردُّدِ المالكِ إليه في
تزهاته ، وكان قد وقعَ الاتفاقُ على دخوله في البيعِ كتبه فيه ، وكتبَ سائرَ
حقوقه من بناءٍ وحجرٍ ومدنٍ وحقٍ وحيدٍ وأخشابٍ وسفلٍ وعلوٍ وطرقٍ ومرافقٍ
ومجاري مياهٍ وغير ذلك .

(١) سبق ذكر هذه الصورة ، فقرة ٦٠٢

(٢) أي قصر ، قال الرازي في (مختار الصحاح : ١٠٦) : « الجم والقاف لا يجتمعان في كلمة واحدة من كلام

العرب إلا أن يكون مربباً أو حكاية صوت . »

وإن كانَ هذا البستانُ المبيعُ سقياً ، فلا بدَّ وأنْ يذكرَ حقَّ شربه من الماءِ المستحقِّ له . فإن كانَ شربُه من ماءِ نهرٍ عظيمٍ ، تنتزعه ناعورةٌ منه ، كتب : وحقُّ شربه من الماءِ الذي تنتزعه الناعورةُ المعروفةُ بناعورةِ أم الحسن ، أو ناعورةِ نخيلةٍ ، التي تنتزعُ الماءَ من النهرِ العاصي ، وحقُّ ناعورته المذكورة ، وسكرُها وبيسوسُها وأبنيتها وتقيرها وسواقيها ومجاري مياهاها ، وشربُ هذا البستانِ من هذا الماءِ حقٌّ معلومٌ ، ورسمٌ قديمٌ مستمرٌّ ، عداناً معلوماً في كلِّ أسبوعٍ بين المتعاقدين المذكورين . [٩٧ / ب]

وإن كانَ شربُه من ماءٍ جارٍ في قناةٍ ، كتب : وحقُّ شربه من الماءِ الجاري في القناة المسماة كذا ، بحقٍ صحيحٍ شرعيٍّ ، ورسمٌ قديمٌ مستمرٌّ دائمٌ ، قدرأ معلوماً ، وعداناً مُستقراً معلوماً بين المتعاقدين .

وإن كانَ شربه من نفسِ النهرِ بغزالةٍ ، كأنهارِ دمشق ، كتب : وبحقِّ شربه من الماءِ الجاري من نهرِ تورا مثلاً ، إلى الماصيةِ الفلانية التي يجري فيها الماءُ إلى هذا البستانِ .

٦١٩ - وإن كانَ المبيعُ حُجْرَةً مبنيةً على ظهرِ سفلى ، وتسمى في العراقِ غُرْفَةً ، وبالشامِ حُجْرَةً ، وَعَلْواً ، كتب : جميعُ الحجرةِ المبنيةِ العامرةِ ، طباقِ قبوِ أُرْج ، هو حانوتٌ ، أو طباقِ سقفِ خشبٍ ، هو حانوتٌ ، أو طباقِ دارِ سفلى ، وهذا العلوُ مبنِيٌّ بالخشبِ والقصبِ ، مطليٌّ بالطينِ أو بالكلسِ ، أو مبنِيٌّ بالآجرِ والخشبِ ، أو مبنِيٌّ باللبنِ والطينِ ، والأولى أنْ يذكرَ ارتفاعَ جدرانهِ في طباقها وعرضها وسمتها ، خوفاً من أنْ ينهدمَ ، ويقعَ بين مالِكها ، وبين مالِكِ السفلى نزاعٌ في صفتها وكيفيتها طولاً وعرضاً .

٦٢٠ - وإن كانَ المبيعُ حقَّ البناءِ على سطحِ صاحبِ السفلى فهو بيعٌ صحيحٌ عندَ الشافعيِّ رضي اللهُ عنه ، وقالَ المزنيُّ : هو باطلٌ ، إذ لا مبيعٌ ،

بل هو إجارة ، فيجب تأقيتها بمدة ، والصحيح ما صار إليه الشافعي ، فإنه يجوز بيع حق الملك إذا كان مقصود الحق وضع الجذوع ، كما في عين الملك للحاجة إليه ، فيجب ، والحالة هذه ، أن يعلم موضع البناء وقدره ، أنه يبنيه بالحجر والكلس ، أو الحجر والطين ، أو اللبن والطين ، أو الآجر والطين ، أو الكلس أو الخشب والقصب المنسوج ، ويذكر في اللبنة هل تكون متحافية أو منضدة ، ويذكر طول الجدران وعرضها ، هذا لا بد منه ، فليذكره الكاتب في الكتاب ، ويذكر أيضاً مسيل ما يستعمل من الماء على ظهر سقف صاحب السفلى إلى أن يرمى إلى خارج الدار ، وأنشأ هذا الكتاب بلفظ البيع على المذهب الشافعي رضي الله عنه ، (فيكتب : اشترى فلان من فلان فباعه حق البناء ، الذي سيعين ويوصف في هذا الكتاب ، على جميع السطح الذي هو ملك البائع ، وهذا السطح هو سقف الحانوت أو الدار التي هي ملك البائع أيضاً بمدينة كذا ومحلة كذا ، وحدها كذا وكذا ، وهو أن يبني المشتري عليها حجرة أو حانوتاً علواً ، أو غرفة بالكلس والحجر ، أو الخشب والقصب ، أو الطين واللبن ، بجدران أربعة ، طولها في جهة الارتفاع كذا وكذا ذراعاً ، وفي العرض كذا بالذراع القاسمي)^(١) .

واختلف الأصحاب على مذهبه أنه هل ينعقد هذا بلفظ الإجارة مع أنه مؤبد ، ووضع الإجارة في التأقيت ؟ فيه خلاف ، والأصح أنه لا ينعقد بلفظ الإجارة ، إذ أمكن عقده بلفظ البيع ، وعلى مذهب المزني لا ينعقد (إلا بلفظ الإجارة المؤقتة بأمدة معلوم ، وقد نجد في الشرع إجارة مؤبدة للحاجة ، كأرض السواد على رأي بعض الأصحاب ، فإنه صار إلى أن عمر رضي الله عنه أجرها

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وفيه زيادة جملة في الأخير ، وهي : واختلف الأصحاب على مذهب الشافعي رضي الله عنه . وقد حذفها لتكرارها مع ما بعدها .

من المسلمين أبدأً ، وما يؤخذ من الخراجِ أجرةً ، واحتَمِلَ ذلك للحاجةِ ، وقد يُحْتَمَلُ للحاجةِ ما لا يحتمل لغيرها .

فإن اختار المتعاقدان مذهبَ المزيّ فليكتب الكاتبُ ذلك : صورةً إجاريةً مؤقتةً ، كما سنذكره إن شاء الله ^(١) .

ا تعدد البائع والمشتري :

٦٢١ - هذا كله إذا كان البائع واحداً ، والمشتري واحداً ، فإن تعدد البائع ، واتحد المشتري ، فاعلم أن الأصحاب اتفقوا على أن الصفة تتعدد بتعدد البائع ، وهل تتعدد [١/٩٨ أ] بتعدد المشتري ؟ على قولين ، فعلى هذا ، إذا تعدد البائع ، وكانا اثنين مثلاً ، فليكتب :

اشترى فلانٌ [من] ^(٢) فلان وفلان ، فباعاه في عقدين منفردين ، وصفقتين متعدتين ، بثنين منفردين ، متفقين قدرأ ووصفاً ، جميع كذا وكذا ، قبض كل منها نصف القدر المذكور ثناً لما باعه ، وسلم كل منها ما باعه ؛ وهو نصف الدار المذكورة ، فتسلم ذلك منها كذلك .

وهكذا إن كان البائعون جماعةً كتبه بلفظ الجمع .

أما إذا كان البائع واحداً ، والمشتري اثنين ، فالأولى أن يكتبه ، كما إذا تعدد البائع ، خروجاً من الخلاف ، فليذكره بلفظ التثنية ، إن كان المشتري اثنين ، أو بلفظ الجمع إن كانوا أكثر .

(١) فقرة ٩٠٢ ، والمعبارة بطولها بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح أصل .

(٢) في الأصل : بن ، وهو تصحيف .

الوكيل عن اثنين | :

٦٢٢ - وههنا بحثٌ وهو أنها لو وكّلا وكيلاً في البيع^(١) ، فباعَ من شخصٍ داراً لموكّليه ، بأنْ قالَ : بعْتُ منك عن موكلِي دارَهما هذه التي بينها نصفان ، بألفِ درهم ، فقالَ قبلتُ ، يصحُّ العقدُ قولاً واحداً ، لكن هل الصفقةُ متعددةٌ لتعددِ [الموكّلين]^(٢) ، أو متحدةٌ لاتحادِ الوكيلِ الموجبِ ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : إنها متحدةٌ ، كتبَ الكاتبُ في هذا التبائعِ : أنّه وضعَ صفقةً واحدةً ، وإن قلنا : إنها مُتعددةٌ ، فهل يكتبُ صفقةً واحدةً ، نظراً إلى أنّ صورةَ العقدِ واحدةً ، أو يكتبُ في صفتين نظراً إلى تعددِ الموكّلين ؟

هذا عندي فيه نظر ، ولم أرَ أحداً ذكرَ هذا من الفقهاء ، ولا من الشرّوطيين ، والأولى عندي أنّ يكتبَ أنّه باعَ عنها في عقدٍ واحدٍ ، ويُهملُ ذكرَ الصفقةِ .



(١) انظر : جواهر العقود : ١ / ٨١

(٢) في الأصل : الوكيلين .

فصل

في

شراء الرقيق

٦٢٣ - يَذْكُرُ الكَاتِبُ اسْمَ المتبايعين ، ويرفَعُ في أنسابهما ، وما اشترها ، وإنْ أضافَ إليه الحليةَ فهو آكد ، إلا أنْ يكونا مشهورين ، شهرةً بالغةً ، فلا يليقُ به ذكْرُ حليتهما ، وإنْ كانا مجهولين ذكْرَ ، بناءً على قولها ، اسمها ونسبها وما يُعرفان به ، وكتبَ حليتهما ، وهذا لا بدُّ منه ، ثم يذكُرُ العبدَ المبيعَ واسمَه وجنسه ونوعه ، وأنّه صغيرٌ لا يميزُ ، أو مميّزٌ غيرُ بالغٍ ، أو بالغٌ قربَ البلوغِ ، أو شابٌ أو كهلٌ أو شيخٌ يومئذٍ ، ويذكرُ منْ حليته وصفاته ما هو قائمٌ به ، فقد استوفينا ذكرَ الحليّ في المجهول^(١) ، فيذكرُ طولَه أو قصرَه ، أو ربعتَه ، ولونه ولونَ شعره ، (وحليّة)^(٢) عينيّه ، وأنفَه وحاجبيّه ، وما في وجهه من أثرِ جُرْحٍ أو غيره ، أو خيلان^(٣) أو (زيادة)^(٤) إصبعٍ أو نقصانها .

٦٢٤ - ثم إنْ كانَ بالغاً كتبَ أنّه معترفٌ لبائعه بالرقِ والعبوديةِ ، وإنْ كانَ صغيراً لا تميّزُ له أمسك [٩٨ / ب.] عن ذلك لتعذره ، وإنْ كانَ مميّزاً

(١) فقرة ١٥٥ ، ٢٧٢ ، ٢٨٦ ، ٤٠٠ .

(٢) في الأصل : وحليته .

(٣) الخيلان : جمع خال وهو الشامة في البدن ، وكذلك الرجل الضعيف القلب والجسم ، (القاموس المحيط :

٣ / ٣٧٢) .

(٤) في الأصل : ازدياد ، بزيادة ألف في أولها .

فلا بأس بذكر اعترافه ، فإنَّ بعض أصحابنا ذهبَ إلى أنَّ المميزَ يلحقُ بالبالغِ في دعوى الحرية ، وهي (مبنية)^(١) على صحة إسلامه ، فالخروجُ من الخلافِ أولى ما اتبع في كتبِ الشروطِ .

وإنما كتب الفقهاءُ من الشروقيين اعترافَ العبدِ البالغِ بالرقِّ والعبوديةَ لبائعه لأمرين :

أحدهما : أنه إذا باعَ عبداً بالغا لم يُعهد في يده قبلَ بلوغه ، ولم يعترف العبدُ أنه ملكُ البائعِ ، ولا اعترفَ المشتري أيضاً أنه ملكٌ للبائعِ ، ثم ادعى العبدُ الحريةَ ، أعني أنه حرُّ الأصلِ ، قبلَ قوله قولاً واحداً ، وعلى بائعه ، المدعي رقه ، أنه رقيقٌ له ، ثم انتزع من يدِ المشتري ، وسلمت نفسه إليه ، لا يرجعُ المشتري على بائعه بالثمن ، على المذهبِ الصحيحِ الذي اختاره .

ولم يحك فيه خلافاً ابنُ الحدَّادِ^(٢) والقاضي أبو الطيبِ الطبريُّ والبغويُّ ، وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي فيه تردداً ، فكتبَ الفقيه في قبالةِ شراءِ العبدِ البالغِ أو الأمةِ البالغةِ إقراره بالرقِّ لبائعه ، خوفاً من ادعائه الحريةَ ، ودفعاً للضررِ عن المشتري ، لئلا يذهبَ عليه الثمنُ والمُثمنُ مجاناً .

(١) في الأصل : مبي .

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر ، أبو بكر ، ابن الحداد المصري ، الإمام الجليل ، صاحب الفروع ، وصاحب ذيل الفضل ، درس الفقه في مصر وبغداد ، ودرس العربية ، وأخذ الحديث عن النسائي ، وكان عارفاً بالحديث والأسماء والكنى والنحو واللغة واختلاف الفقهاء والتاريخ وسير الجاهلية والشعر ، ولي القضاء بمصر نيابة لابن زهروان الرملي وغيره ، وكان نسيج وحده في حفظ القرآن ، إمام عصره في الفقه ، وله كلمة نافذة عند الملوك ، وجاءه رفيع ، له كتاب الباهر في الفقه ، وقيل إنه مائة جزء ، وكتاب أدب القضاء في أربعين جزءاً ، وكتاب جامع الفقه وكتاب الفروع المولودات ، المختصر المشهور ، الذي شرحه عطاء الفقهاء كالتفقال والشيخ أبي علي السنجي والقاضي أبي الطيب الطبري والقاضي حسين . ولد يوم مات المزني ، وتوفي بعد عودته من الحج سنة ٣٤٥ وقيل ٣٤٤ هـ ، ودفن بسفح المقطم بمصر ، وحضر الإخشيد وكافور جنازته ، وعاش ٧٩ سنة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٧٩ ، طبقات الفقهاء ١١٤ ، وفيات الأعيان ٣ / ٣٣٦ ، النجوم الزاهرة : ٣ / ٣١٢ ، البداية والنهاية : ١١ / ٢٢٩ ، الولاة والقضاة ، الكندي : ٤٨٧ ، تهذيب الأسماء : ٢ / ١٩٢) .

الأمر الثاني : أن بعض أصحابنا ذهب إلى أنه لا يصح شراؤه إلا بعد اعترافه بالرق ، إذ الحر لا تثبت عليه اليد ، والأصل في الناس الحرية ، والدار أيضاً تقتضي ذلك ، فلا بد من إقراره بالرق والعبودية لبائعه ، ثم يقع الشراء بعده .

وهذا في حق رجل رأينا في يده عبداً بالغاً ، يقول : هو ملكي ، ولم يُعهد في يده قبل ذلك ، فإنه لو قال هذا البالغ : كذب ، بل هو حر الأصل ، فالقول قوله مع يمينه ، لا خلاف فيه .

وكذلك في المميز في مثل هذه الصورة .

٦٢٥ - أما إذا كان في يده صبي صغير لا يميز ، يستسخره ويسترقه ، ورأيناه في يده كذلك مدة صغره ، حتى تميز ثم بلغ ، وأراد بيعه ، فلا يحتاج في بيعه وشراء من يشتريه إلى استنطاقه بالرق ، لأن هذا لو ادعى الحرية لم يقبل قوله على المذهب الصحيح ، وإن كان الأولى استنطاقه ، خروجاً من الخلاف ، فقد سبق منا ذكر أحكام الأرقاء مستقصى بحول الله ، جل ثناؤه ، وقوته^(١) .



(١) ققرة ٦٢٢ .

فصل

في

التولية والشركة

٦٢٦ - هاتان لفظتان ذكرهما الشافعي رضي الله عنه في كتاب السلم^(١) ، ومعنى التولية : نقل جميع المبيع إلى المولى بالثمن الأول ، ومعنى الشركة نقل بعضه بنسبته من الثمن بهاتين اللفظتين .

٦٢٧ - فالتولية أن يشتري الرجل شيئاً بمائة درهم ، [٩٩ / أ] فيقول لغيره : ولّيتك هذا العقد ، فإذا قال المولى : قبلت ، صح ، وانعقد بيعاً بهذا اللفظ ، ونزل على ثمن العقد الأول ، ويفارق البيع من حيث أنه في المبيع لا بد وأن يقول : بعتك بكذا ، فيصرح بذكر الثمن والمثمن ، وفي التولية لا يحتاج إلى ذلك ، بل يكفي قوله : ولّيتك هذا العقد ، ولكن لا جد من سابقة معرفة المولى بالمبيع وثمنه .

٦٢٨ - والشركة : أن يقول : أشركتك في هذا العقد على المناصفة مثلاً ، فينزل على النصف كما في التولية سواء ، فلو قال : أشركتك ، ولم يذكر المناصفة ، ففي الصحة وجهان .

وفي صحة التولية ، قبل قبض البائع الأول الثمن من المشتري الأول ، وجهان .

(١) الأم : ٢ / ٨٢ - ٨٣

إ حقيقة عقد التولية] :

٦٢٩ - وَعَمَّضَ حَقِيقَةَ هَذَا الْعَقْدِ ، أَعْنَى عَقْدَ التَّوْلِيَةِ ، عَلَى أُمَّتِنَا ، بِسَبَبِ اِخْتِلَافِ الْأَحْكَامِ الْمَبْنِيَةِ عَلَيْهِ ، فَقَالُوا : إِذَا وُلِّاهُ الْعَقْدَ فَقَبْلَهُ الْمَوْلَى فَهُوَ مَلِكٌ مُتَجَدِّدٌ ، يَتَجَدَّدُ بِسَبَبِهِ حَقُّ الشَّفْعَةِ ، وَتُسَلِّمُ الزَّوَائِدُ الْحَاصِلَةَ قَبْلَ التَّوْلِيَةِ لِلْمَوْلَى ، وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ لِلأَوَّلِ مِنَ الثَّمَنِ شَيْئاً^(١) عَنِ الْمَوْلَى انْحَطَّ عَنِ الثَّانِي ، فَجَعَلُوهُ فِي نَقْلِ الْمَلِكِ كَالْأَبْتِدَاءِ ، وَفِي حَقِّ الثَّمَنِ كَالْبِنَاءِ ، وَفَرَّقُوا فِي الْحُكْمِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ ثَبُوتِ الشَّفْعَةِ بِهِ ، وَسَلَامَةِ الزَّوَائِدِ لِلْمَوْلَى .

وَمَا عَسَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْأَحْكَامِ بِالْمَعْنَى طَرَدَ الْقَاضِي حَسِينَ فِي الْكُلِّ وَجْهَيْنِ ، الشَّفْعَةَ وَسَلَامَةَ الزَّوَائِدِ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ ، وَفِي هَذَا فِقْهٌ أَكْثَرُ مِنْ هَذَا ، لَا يَحْتَمِلُهُ هَذَا الْكِتَابُ .

إ صورة كتاب التولية] :

٦٣٠ - وَصُورَةُ كِتَابِ التَّوْلِيَةِ الْجَارِيَةِ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، أَنْ يُكْتَبَ بَعْدَ الْبِسْمَلَةِ : هَذَا مَا وُلِّىَ فُلَانٌ بِنُ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ ، فُلَانٌ بِنُ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ ، وَوَلَّاهُ عَقْدَ الْبَيْعِ الَّذِي وَقَعَ بَيْنَ هَذَا الْمَوْلَى وَبَيْنَ فُلَانِ بْنِ فُلَانِ بْنِ فُلَانِ الْبَائِعِ مِنْ هَذَا الْمَوْلَى ، جَمِيعِ الدَّارِ الَّتِي هِيَ بِمَدِينَةِ كَذَا مِنْ مَحَلَّةِ كَذَا ، حَدُّهَا كَذَا وَكَذَا ، بِثَمَنِ جَمَلْتُهُ كَذَا وَكَذَا ، وَتَقَابُضًا مِنَ الطَّرْفَيْنِ ، وَوَلَّى فُلَانٌ فُلَانًا عَقْدَ الْبَيْعِ (الْمَشَارَإِلِيهِ)^(٢) ، تَوْْلِيَةً صَحِيحَةً شَرْعِيَّةً ، قَبْلَهَا هَذَا الْمَوْلَى قَبُولًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا وَانْتَقَلَ الْعَقْدَ بِحَقْوِقِهِ وَأَحْكَامِهِ ، وَالْمَبِيعُ بِحَقْوِقِهِ جَمِيعِهَا ، إِلَى هَذَا الْمَوْلَى ، اِنْتِقَالًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا ، وَصَارَ هَذَا الْمَبِيعُ جَمِيعُهُ ، بِمَا يَجِبُ لَهُ مِنْ حَدِّ وَحَقِّ وَحَجَرٍ ،

(١) فِي الْأَصْلِ تَكَرَّرَ عِبَارَةٌ : مِنَ الثَّمَنِ ، وَفَوْقَهَا خَطٌّ يَدُلُّ عَلَى الشُّطْبِ .

(٢) الْعِبَارَةُ بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ مِنْ هَامِشِ الْأَصْلِ .

ومدير وطرق ومرافق ورسومٍ ومجرى مياه ، ملكاً لهذا المولى المذكور ، وحقاً من حقوقه ، وواجباً من واجباته ، يتصرف فيه تصرف المالكين في أملاكهم ، بغير مانعٍ ولا منازعٍ .

٦٣١ - ثم إن كان البائع قبض الثمن من المشتري الأول ، كتب : قبض [٩٩ / ب] المولي جميع الثمن الذي جمّله كذا وكذا من المولى ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، برئت به ذمة المولى ، براءةً صحيحةً شرعيةً ، براءةً قبضٍ واستيفاءٍ .

٦٣٢ - وإن كانت هذه التولية جرت قبل قبض البائع الأول الثمن من المشتري الأول ، كتب أيضاً : أن المولى قبض الثمن من المولى ، ثم إن المولى يسلمه إلى البائع الأول .

٦٣٣ - وإن اتفقوا على حوالة المشتري الأول للبائع الأول على هذا المولى ، كتب : بعد جريان عقد التولية على وجه نهج الصحة والسداد ، ومقتضى الشرع المطهر ، أحال المولى البائع ، بما له في ذمته من الثمن ، الذي جمّله كذا وكذا ، على المولى ، الثابت في ذمته للمولى ، قدر الثمن المسمى بهذه التولية ، قبلها البائع الأول فلان قبولاً صحيحاً شرعياً ، ورضي بها المولى المسمى رضاء صحيحاً شرعياً .

وإنما يكتب رضا المحال عليه ليخرج من الخلاف فيه^(١) .

ثم يكتب : وذلك كله بعد علم المولى بالعقد الجاري بين البائع والمولى ،

(١) اختلف الأصحاب في اشتراط رضا المحال عليه على قولين ، الأول - وهو الأصح - لا يشترط ، لأنه محل الحق والتصرف ، ولأن الحق للمحيل ، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره ، وكآلة وحوالة ، والقول الثاني : يشترط رضا بناء على أن الحوالة استيفاء ، ولاختلاف الناس في اقتضاء وطلب الدين ، وهو رأي الحنفية ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٩٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ / ٣١٩ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٥٠ ، المهذب : ١ / ٣٤٥ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٣٤٣٧ ، فتح القدير : ٥ / ٤٤٤ ، رد المحتار : ٥ / ٣٤١) . وسوف يكرر المصنف هذه المسألة فقرة ٧٨٥ .

وقدر الثمن الذي وقع عليه عقد التبائع ، وعلم البائع وصفاته بالرؤية ، وافترقا عن الرضا والقبول والقبض من الطرفين ، وأشهدا عليها بمضمونه ، بتاريخ كذا وكذا . فهذا مثالُ كتابِ تولية .

١ صورة كتاب الشركة | :

٦٣٤ - وكتاب الشركة مثله في نصف المبيع على نصف الثمن ، وإن شاء يكتب ما مثاله : هذا كتاب تولية جرت بين فلان وفلان ، ولّى فلان فلاناً عقد البيع الجاري بين هذا المولّي وبين البائع فلان بن فلان بن فلان ، على جميع الدار التي هي بمدينة كذا ، ومحلة كذا ، وحدّها كذا وكذا ، بجميع حقوقها وحدودها ، ويستوفي ذلك بثمن جملته كذا وكذا ، وتقابضا من الطرفين ، فولّى فلان فلاناً عقداً هذا البيع ، ثم يسرد ما ذكرناه أولاً بالفاظه ، وإن شاء أن يكتب ما مثاله : أقر فلان ، وأشهد على نفسه ، طوعاً في صحة منه وسلامة ، أنه ولّى فلاناً عقد التبائع الذي كان جرى بين هذا المولي وبين فلان البائع ، ثم يكتب : بعته على النعت الأول ، ويكتب في الشركة كذلك^(١) .

☆ ☆ ☆

(١) ورد في الأصل ما يلي : إلا بلفظ الإجارة المؤقتة بأجل معلوم ، وقد نجد في الشرع إجارة مؤبدة للحاجة ، كأرض السواد على رأي بعض الأصحاب ، فإنه صار إلى أن عمر رضي الله عنه أجراها من المسلمين أبداً ، وما يؤخذ من الخراج أجرة ، واحتمل [١٠٠ / أ] ذلك للحاجة ، وقد يحتمل للحاجة مالا يحتمل لغيرها ، فإن اختار المتماقدان مذهب المزني فليكتب الكاتب ذلك ، صورة إجارة مؤقتة ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى . ١ . هـ . وقد وضع هذا الكلام ضمن تقط ، وهو كلام مكرر مع ما ورد سابقاً في هامش الورقة ٩٧ / ب ، في صفحة ٥١٦ .

فصل في القسمة

وهي ثلاثة أنواع: قسمة الإفراز، وقسمة التعديل، وقسمة الرد.

قسمة الإفراز:

٦٣٥ - أما قسمة الإفراز: فهي أن يكون الشيء المقسوم متساوي الأجزاء، كقرصة متساوية، وثوب متساو، وصبرة من حنطة أو شعير، ومكيلة زيت أو سمن أو دبس أو خل^(١).

٦٣٦ - فإذا طلب أحد الشريكين من صاحبه قسمة ذلك، ليأخذ كل منها حقه، وامتنع الآخر، أجزر الممتنع قهراً، بشرط أن تبقى حصة كل شريك من ذلك المقسوم منتفعا بها، المنفعة التي كانت قبل القسمة، كالأرض الفسحة التي تبقى بعد قسمتها أعشاراً مثلاً، إذا كان ملاكها عشرة أنفس، ينتفع بكل عشر منها أرضاً، كما كانت، بزراعة وغراس، وإن صغرت، وكالدار الفيحاء التي بعد قسمتها يحصل لكل شريك بحصته ما يسمى داراً، وينتفع بها بالسكنى، وإن صغر حجمها، وكالحانوت الكبيرة التي تكون كذلك، احترازاً عن البئر والطاحونة والحمام الصغير، فإنه لا يجبر الممتنع على

(١) وتسمى قسمة الأجزاء أيضاً، كثلي ودار متفقة الأبنية، وأرض متشابهة الأجزاء، (انظر: جواهر العقود:

قسمتها ، لأنه ليس يحصل لكل شريكٍ منها قطعةً بعدَ القسمةِ ، ينتفعُ بها حماما ولا طاحونة .

هذا هو المذهبُ الصحيح ، وفيه وجهٌ بعيدٌ محكيٌّ عن ابن سريجٍ أنه يُجبرُ المنتفعُ إذا بقي بعدَ القسمةِ أصلُ الانتفاعِ ، كيفَ كان ، ولا يُشترطُ بقاءَ ذلك النوعِ من الانتفاعِ الذي كان قبلَ القسمةِ ، والأولُ هو المذهبُ^(١) .

ولو كان الحمأُ كبيراً ، تبقى المنفعةُ التي كانت بعدَ القسمةِ ، ولكن عند إحدائِ مستوقدٍ آخر ، وبئرٍ أخرى ، وما يجري مجراه من بيتِ مدارِهِ وسواقيه ، وفرعنا على المذهبِ الصحيحِ ، ففي الإيجابِ ، والحالةُ هذه ، وجهان .

٦٣٧ - واعلم أنه ليس من شرطِ قسمةِ الإيجابِ تساوي الملكين بين المتشاركين ، بل لو ملك رجلٌ تسعةَ أعشارِ دارٍ ، وملك الآخرُ عُشرَها ، وكان عُشرُ الدارِ يمكن الانتفاعَ به داراً ، وإن صغرت ، فكلٌّ منها إذا طلبَ أُجبرَ الآخرُ إن امتنع ، أما إذا كان صاحبُ الكثيرِ ينتفعُ بتسعةِ أعشارِهِ داراً ، وصاحبُ العشرِ لا ينتفعُ بعشرِهِ داراً ، فإذا طلبَ صاحبُ الكثيرِ القسمةَ ، وامتنع صاحبُ العُشرِ ، أُجبرَ على الصحيحِ من المذهبِ ، وإن تضرَّرَ ، فإن طلبَ [١٠٠ / ب] صاحبُ العُشرِ القسمةَ مع تضرره ، وامتنعَ صاحبُ الكثيرِ مع عدم تضرُّرِهِ ، هل يُجبرُ صاحبُ الكثيرِ ، ويُجابُ صاحبُ العُشرِ ؟ المذهبُ أنه لا يُجبرُ صاحبُ الكثيرِ ، ولا يجابُ صاحبُ القليلِ ، وفيه وجهٌ آخرُ أنه يُجبرُ هذا ، ويُجابُ ذاك^(٢) .

(١) انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٠ ، المذهب : ٢ / ٣٠٨ ، شرح المحلى : ٤ / ٣١٥ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٥ ،

حاشية الجبرمي : ٤ / ٣٢١ - ٣٢٢

(٢) المراجع السابقة ، هامش ١ ، وسوف يكرر المصنف ذلك في فقرة ٨٧٩

| قسمة التعديل | :

٦٣٨ - وأما قسمة التعديل ، فصورتها : أرض متفاوتة ، بعضها بياض ، وبعضها فيها غراس ، أو في بعضها بناء ، وبعضها خال من البناء ، أو بعضها (عميقة)^(١) في ترابها ، وفي بعضها أحجار نابتة خلقية ، فتعدّل حال قسمتها ، بأن نجعل مساحة خمسين ذراعاً من الجيد ، مساوياً لسبعين ذراعاً من الرديء ، أو نجعل كذلك من البياض في مقابلة المبنى أو المغروس ، فهل يجبر الممتنع في هذا النوع من القسمة ؟ فيه قولان ، الأصح عند الأكثرين أنه يجبر .

وقال البغوي : الأصح لا يجبر^(٢) .

٦٣٩ - ومن جملة صور قسمة التعديل العبيد ، فإذا خلف رجل ثلاثة أعبد ، متساوي القيمة ، لثلاثة بنين ، ففي الإيجاب عليها خلاف مشهور ، الأصح لا يجبر فيها ، لتفاوت الأغراض بأعيان العبيد .

وكذلك لو كانت الأرض أو الدار مختلفة الجوانب ، أعني في جوارها ، لا في ذاتها ، كشاطئ نهر أو بستان ، يكون ملاصقاً لأحد جوانبها ، فهي من باب قسمة التعديل .

| قسمة الرد | :

٦٤٠ - وأما قسمة الرد : فهو أن يشترك رجلان في عبيدين ، قيمة أحدهما مائة ، وقيمة الآخر مائتان ، فيأخذ واحد النفيس بمائتين ، ويرد إلى شريكه ، مع العبد الخسيس ، خمسين مثلاً .

(١) في الأصل : عمية ، وهو تصحيف .

(٢) الراجح الإيجاب إلحاقاً للتساوي في القيمة والتساوي في الأجزاء ، والقول الثاني : منع الإيجاب ، لاختلاف

الأغراض والمنافع ، (انظر : المهذب : ٢ / ٣٠٩ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٣ ، شرح المحلى : ٤ / ٢١٦ ، نهاية المحتاج :

وكذلك في الأرض يأخذ أحدهما ثلثها ، ويأخذ شريكه ثلثها مع مائة درهم مثلاً ، فهذه لا جبر فيها قولاً واحداً^(١) .

| حقيقة القسمة | :

٦٤١ - إذا عرفتَ هذا أثبتني عليه أمرٌ مشهورٌ ، وهو أنَّ حقيقة القسمة بيعٌ أو فرزُ النصيبين ؟ فيه قولان مشهوران ، الأصحُّ عند العراقيين أنها فرزُ النصيبين في قسمة الإفرازِ والتعديلِ .

والأصحُّ عندَ المرازمةِ أنها بيعٌ ، ومن صرحَ بذلك الإمامُ والشيخُ أبو عليٍّ والبغويُّ .

أما قسمة الرد فهو بيعٌ في القدرِ الذي يُقابله العوضُ وفي الباقي قولاً واحداً^(٢) ، هذا كُلُّهُ في الأرضِ التي كلها طُلُقٌ .

| قسمة الوقفِ | :

٦٤٢ - أما فصلُ الوقفِ (عن)^(٣) الوقف ، فالمذهبُ أنَّه لا يجوزُ ، وإن قلنا : إنَّ القسمةَ إفرازٌ ، لأنه تغييرٌ بشرطِ الوقف ، وفيه وجهٌ أنه يجوزُ ، لأنه قد يُحتاجُ إليه .

وإن كان بعضها وقفاً ، وبعضها طُلُقاً ، وأرادَ الموقوفُ عليهم قسمةَها ، [١٠١ / أ] فيجوزُ على قول الإفراز ، إن لم يكن فيها ردُّ ، وإن كان فيها ردُّ ، وكانَ البدلُ ، أعني بدلَ الدراهم مثلاً ، من أصحابِ الوقفِ جازاً ، لأنهم

(١) المراجع السابقة ، وسوف يشير المؤلف لذلك فقرة ٩٠٠ .

(٢) الراجح في المذهب أن قسمة الرد والتعديل بيع ، وقسمة الأجزاء أو الإفراز إفراز ، (انظر : جواهر العقود : ٢ / ٤١٥ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٣ ، ٤٢٤ ، شرح المحلى : ٤ / ٣١٧ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٩ ، المهذب : ٢ / ٣٠٧) ، وسوف يكرر ذلك المصنف فقرة ٩٠٠ .

(٣) اللفظ من هامش الأصل ، وفي داخله : على .

يلكون به الطلق ، وإن كان الهدل من صاحب الطلق لم يجز ، لأنه يملك به الوقف .

٦٤٣ - إذا عرفت هذا جميعه ، فإذا تنازع الشركاء في العقار المشترك إلى الحاكم ، فإن اتفقوا على تعطيل الحانوت مثلاً ، عطلت عليهم ، وإن اتفقوا على المهايأة بينهم فلا بأس ، ولا تلزم المهايأة على الصحيح من المذهب .
فإن اختلفوا ، وطلب أحدهم تعطيلها ، وطلب آخر إجبارها عليهم ، فالذهب تعطيلها إلى أن يتفقوا ، وفيه وجه عليه العمل من الحكام ، يتلزاما ، أنه يؤجر عليهم .

٦٤٤ - وإن طلبوا منه قسمته بينهم من غير إثبات ملكهم عنده ، فالصحيح أنه يقسم بينهم بدعواهم ، ويكتب : أني قسمت بينهم بدعواهم ، وفيه وجه أنه لا يجب عليه حتى يثبت عنده ملكهم ، خوفاً من ظهور مستحق لذلك ، أو لشيء منه .

وهكذا لو طلب واحد من الحاكم قسمة ما هو بيده ، ويبد شريكه ، قسم بينها بدعواه ، ولنذكر الآن مثلاً لكتابة القسمة على أنواعها .

| كتاب قسمة العقار | :

٦٤٥ - فإذا اقتسم الشركاء عقاراً بينهم عن رضا منهم واختيار ، كتب بعد البسمة : هذا كتاب قسمة رضا واختيار ، جرت بين فلان وفلان ، اقتسما على بركة الله وحسن توقيفه ، جميع ما ذكروا أنه ملكهم وبأيديهم بالسوية أثلاثاً^(١) ، أو ما هو ملكهم ، لفلان النصف ، ولفلان النصف ، وذلك جميع كذا وكذا ، فأقاموا فلاناً (وفلاناً)^(٢) قاسمين بينهم ، على ما سيأتي

(١) أي أن بيد أحدهم ثلث الملك ، وفي يد الآخر ثلثاها .

(٢) في الأصل : وفلان ، وهو خطأ محوي .

تفصيله^(١) ، وهما من أهل الخبرِ بذلك ، ورَضوا بها وبفعلها وأجازوه ، فذَرَع القاسمان عشرين ذراعاً من الجهة الغربية ، ابتداءً من منتهى الأرض من جهة الغرب ، وانتهأوها إلى صوبِ المشرقِ ، إلى إنتهاء عشرين ذراعاً ، ثم ذَرَعَا جيرةً^(٢) ثانية ، ابتداءً من انتهاء الجيرة الأولى ، وانتهأوها إلى إنتهاء ثلاثين ذراعاً ، ثم ذَرَعَا جيرةً ثالثة ، ابتداءً من انتهاء الجيرة الثانية ، وانتهأوها إلى إنتهاء أربعين ذراعاً ، ثم صارَ فلانٌ فريقاً وحده ، وفلان وفلان فريقين ، ويكتبُ ما وقع اتفاقهم عليه ، وهو أن يتفقا على أن كل واحدٍ ، ينفردُ بما يحصلُ له ، أو ينفردُ واحدٌ ، ويشترك اثنان .

٦٤٦ - وهكذا إن زاد عددهم ، ثم يكتبُ [١٠١ / ب] القاسمان رقاعاً بأسماء أهل (السهام)^(٣) ، وتركت في بندق من طين ، وسُلمت إلى شخص ، لم يَحْضُر كتابتها وجعلها في البندق ، ثم أُخرجت بندقاً أولى (لمن)^(٤) تكونُ له الجيرة الأولى ، فخرجت البندقُ الأولى باسمِ فلان ، فاخصَّ بالجيرة الأولى ، ثم أُخرجت البندقُ الثانية ، لمن تكون له الجيرة الثانية التي تلي الأولى ، فأخرج باسمِ فلان ، فاخصَّ بها ، ثم يكتب هكذا .

٦٤٧ - فضايطُ هذا كله أن الشركاء ، إن استوى عددهم وسهامهم ، كثلاثة ملكوا أرضاً أثلاثاً ، فتجري ثلاثة أجزاء ، ثم يُقَطَّعُ (ثلاثُ)^(٥) رقاعٍ صغارٍ مستوية ، ويكتبُ على كل رقعة اسمَ واحدٍ منهم ، وتُجعلُ في بندقٍ من طينٍ متساويةٍ وزنًا وقدرًا ، وتُجعلُ في حجرٍ من لم يحضر ذلك ، ثم يقولُ القاسمُ

(١) فقرة ٦٥١ .

(٢) الجيرة جمع جار ، ومثله جيران ، (المنجد : ١٠٩) .

(٣) في الأصل : السهام ، وهو تصحيف .

(٤) في الأصل : لم ، وهو تصحيف .

(٥) في الأصل : ثلاثة ، وهو خطأ ، لأن الرقاع جمع رقعة ، وهي مؤنثة ، فالعدد يجب أن يكون مذكراً .

له : أخرج رقعةً على السهم الأول ، فمن خرج اسمه أخذه ، ثم يُخرج على السهم الثاني ، ثم على الثالث .

٦٤٨ - وإن شاء كتبَ أسامي السهام على الرقاع ، ثم يُخرجها باسم الأول ، [ثم الثاني]^(١) ، ثم الثالث ، فإن اختلفت سهامهم ، بأن كان لواحد النصف وآخر الثلث ، وآخر السدس ، قُسمت على أقل السهام ، وهو السدس ، وتُجعل أسداساً ، فإذا خرج أولاً اسم صاحب النصف أُعطي ذلك السهم والسهمان اللذان يليانه ، ثم إذا خرج بعده اسم صاحب الثلث دُفع إليه ذلك السهم الرابع ، مع الذي يليه ، ويتعين السهم الآخر لصاحب السدس .

وإن خرجَ اسمُ صاحبِ الثلثِ أولاً أُعطيَ الأولُ ، والذي يليه ، ثم إن خرجَ اسمُ صاحبِ النصفِ أُعطيَ السهمُ الثالثُ والرابعُ والخامسُ ، ويتعين السادسُ لصاحبِ السدسِ .

وإن خرجَ اسمُ صاحبِ السدسِ أولاً دُفعَ إليه ، ثم لن يخفى تنزيلُ ما بعده .

٦٤٩ - ومتى اختلفت السهام لم يكتب على الرقاع اسم السهام ، بل اسم الملاك ، خوفاً من تفرق أملاكهم ، بخلاف ما إذا تساوا في الملك ، ولا يخفى على الفقيه كتابة ذلك ، شرطاً ووضعا ، وليبين الكتاب على أن القسمة وقعت عن رضا واختيار منهم ، ثم يذكر بعد خروج القرعة وصيرورة كل سهم إلى صاحبه ، أنهم رضوا بهذه القسمة رضا ثانياً ، وأجازوها وأمضوها ، فإن في اشتراط رضاهم بعد خروج القرعة وجهين^(٢) ، ليخرج من الخلاف .

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ، ووضعتها من عندي .

(٢) والراجح اشتراط الرضا بعد القرعة ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٣ ، شرح المهلي : ٤ / ٢١٧ ، نهاية

المحتاج : ٨ / ٢٨٩) .

إصورة قسمة الإجمار :

٦٥٠ - وإن كانت القسمة جبراً ، كتب : هذه قسمة إجبار ، جرت بإذن الحاكم فلان ، وذلك أنه لما كان بتاريخ كذا ، [١٠٢ / أ] حضر فلان عند الحاكم فلان ، وأحضر معه (فلاناً)^(١) وفلاناً وفلاناً ، وطلب من الحاكم قسمة أرض بينهم ، على نسبة كذا وكذا ، بعد أن طلب هذا الطالب من شركائه أن يُقسّموها بينهم ، فامتنعوا ، ثم يشرح الكاتب ما جرى من الحاكم ، واستندايه القاسمين ، وأنها عدلان خبيران ، ويذكر صورة القسمة والتجزئة ، (وكتابة)^(٢) الرقاع ، والغرض أن يذكر في الكتاب صورة القسمة وكيفيةها ، إفرازاً أو تعديلاً أو رداً ، ويشرح ما جرى فيها .

إعدالة القسام :

٦٥١ - واعلم أن القسام إن (كان)^(٣) من جهة الحاكم فلا بد من عدالته ، وإن كان عن الملاك فليس يشترط عدالته ، لأنه وكيل عنهم ، والوكيل يجوز أن يكون فاسقاً ، بخلاف نائب الحاكم^(٤) .
ولن يخفى وضع هذه الأشياء على فقيهه ، يحصل بعد ضبط أصولها ، وتحقيق قواعد الشرع فيها ، والله تعالى أعلم .

☆ ☆ ☆

(١) في الأصل : فلان ، وهو خطأ نحوي .

(٢) في الأصل : وكتبه ، ولعل ذلك حسب طريقة الخط وعدم .

(٣) في الأصل : كانت .

(٤) وهو ما عليه المتأخرون في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٤ / ٤١٨ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٢٨٢ ، شرح

المحلي : ٤ / ٣١٤) .

فصل في الإجازات

٦٥٢ - أما إجازة العقار والأرضين والآذر^(١) فلا حاجة إلى ذكرها هنا ، فإن صبيان المكاتب لا يجهلون ، ولندكر منها ما يغمض على بعض الناس ، وهو إجازة الوقف ، ثم إجازة بياض الأرضين ، اللاتي فيها أشجار نابتة ، وكيفية المساقاة عليها ، ثم إجازة الأجراء على الحج على تحصيله .

[استئجار الوقف] :

٦٥٣ - أمّا استئجار الوقف فهو جائز لمن إليه النظر فيه شرعاً ، إن أذن الواقف في إيجاره ، أو سكت عنه ، وإن وقفه وشرط أن لا يؤجر ، فهل يتبع شرطه ؟ أو يؤجره الموقوف عليه ، أو الناظر للموقوف عليه ؟ فيه وجهان .

[شروط الواقف في الإجازة] :

٦٥٤ - ثم إجارته تنقيد بشرط الواقف المقيد في مدة إجارته ، فإن شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة واحدة ، ولا يعقد فيه عقد إجازة على سنة أخرى حتى تنقضي السنة الأولى ، اتبع شرطه قولاً واحداً .

وإن قال : لا يؤجر أكثر من سنة ، وسكت عن الأخرى ، جاز عقد

(١) أدر : جمع دار ، (القاموس المحيط : ٢١ / ٢) .

إجارة من المستأجر قبل انقضاء السنة الأولى ، على أحد القولين ، ولعل الأولى فيه عدم الصحة لوجهين :

أحدهما : أن المختار عند بعض الأصحاب في الطلق أن الأصح أنه لا يجوز إيجار المأجور من المستأجر سنة مستقبلة قبل انقضاء سنة الإجارة ، ودليله ظاهر مشهور .

والثاني : وهو أمس بالإجارة ، وأصلح للوقف ، أن الواقف إذا شرط أن لا يعقد على الموقوف عقد إجارة إلا سنة [١٠٢ / ب] واحدة ، فيفهم من هذا أن غرضه بقاء الموقوف على حالته ، لا تستولي الأيدي عليه ، ولا سيما في مثل زماننا هذا ، الذي جرت عادة جماعة غالبية فيه استئجار الموقوف مائتي سنة ، وثلاثمائة سنة ، وتمضي عليه السنون والأعصار ، فيصير مثل الطلق في المعنى .

هذا مع أن في قدر مدة الإجارة في كل المأجور خلافاً مشهوراً^(١) .

أ صور كتابة إجارة الوقف .

٦٥٥ - إذا عرفت هذا فلنكتب لإيجار الوقف أمثلة على مقتضى عادة أهل الزمن ، فإذا كان المؤجر للوقف الناظر فيه من جهة الواقف ، وليس له فيه فعل ولا منفعة ، من جهة الواقف ، كتب ما مثاله :

استأجر فلان بن فلان ، وأجره في عقد واحد ، ومقام واحد ، صفقة واحدة ، ما هو تحت نظره ، ومفوض إليه ، ومستحق إيجاره والنظر فيه ، المدة التي ستعين شرعاً ، وذلك جميع ما هو موقوف على أولاد الواقف ،

(١) قال النووي رحمه الله : يصح عقد الإجارة مدة تبقى فيها العين غالباً ، وفي قول لا يزداد على سنة ، وفي قول ثلاثين . أ . هـ . وانظر تعليق الخطيب عليه وبيان صحة إطلاق ذلك على الطلق والوقف في (مغني المحتاج : ٢ / ٣٤٩ ، شرح المحلى : ٢ / ٨٠ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٣٠٥) .

فلان بن فلان بن فلان ، وهم فلان وفلان وفلان ، ثم على أولادهم ، ثم على أولاد أولادهم ، بطناً بعد بطن ، ثم من بعد انقراضهم على الفقراء والمساكين مثلاً ، ويذكر الموقوف عليهم ، وذلك جميع كذا وكذا ، ويذكر البلد والحلة والحدود ، وحقوقه وما يُعرف به ، ويُنسب إليه ، إجارة صحيحة شرعية لازمة ، لينتفع بها المستأجر بذلك مدة عقد الإجارة ، ومدتها وسنتها التي ستعين ، بما شاء من أنواع الانتفاعات المعهودة للزراعات ، إن كانت العين الموقوفة أرضاً للزراعة ، أو للبناء ، أو داراً (للسكنى)^(١) ، أو حانوتاً فلتكسب فيها بما يليق بها مدة كذا وكذا سنة هلالية ، متواليّة الشهور والأعوام ، متعاقبة الليالي والأيام ، أولها وقت عقد الإجارة المعينة ، وهو كذا وكذا من سنة كذا ، وآخرها انقضاء المدة ، بأجرة مبلغها كذا وكذا ، قبضها الناظر للموقوف عليهم ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، برئت به ذمة المستأجر المذكور ، براءة صحيحة شرعية ، براءة قبض واستيفاءٍ لجمعها .

٦٥٦ - وإن كانت الأجرة منجّمة ، وإن شئت قلت : مقسّطة ، (كتب بأجرة جملتها كذا وكذا ، مقسطة)^(٢) على المستأجر المذكور لابتداء مدة الإجارة في كل وقت يقسطه من الأجرة ، أو في كل سنه تمضي عند آخرها ، يقسطها أقساطاً متساوية ، ثم يكتب : وسلم المؤجر إلى المستأجر ذلك فتسلمه وحازه ، وأحرزه ، وبان به ، وصار في يده وتصرفه ، ينتفع به مدة عقد [١٠٣ / أ] الإجارة ، وسنتها ، ويذكر جنس المنفعة اللائقة بالمأجور ، من غير مانع ولا منازع .

ونظر المستأجران إلى ما وقع عليه عقد الإجارة إن كان مفرداً ، كدار أو

(١) في الأصل : فالسكنى .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

أرضٍ أو عقارٍ ، وإن كانَ جزءاً شائعاً معلوماً قال : ونظَرَ المستأجران إلى ما منه هذه الإجارة ، ورأياه وشاهداه ، ويتمُّ الكتابَ بما لا يخفى .

وإن كان الواقفُ شَرَطَ أن لا يُوجَرَ الوقفُ إلا سنة واحدة مثلاً ، وسكتَ عما سوى ذلك ، وأرادَ الناظرُ إيجارَه مائة سنة مثلاً ، أو أرادَ البطنُ الأولُ إيجارَه ، ولم يجعل الواقفُ النظرَ لأجنبي ، بل سكتَ عنه ، وقلنا : إن النظرَ ينتقلُ إلى الموقوفِ عليهم ، كتبَ في الإجارةِ مدةَ مائةِ سنةٍ هلاليةٍ ، متواليةٍ الشهورِ والأعوامِ ، متعاقبةً الليالي والأيام ، أولها وقتُ عقودِ هذه الإجارة ، وآخرها انقضاءُ المدة ، بأجرةٍ مبلغها كذا وكذا ، وذلك في مائةِ عقدٍ ، كلُّ عقدٍ منها منفردٌ بنفسه ، مستقلٌّ بأحكامه ، منعقدٌ بالإيجابِ والقبولِ ، متناولٌ لسنةٍ من المدة ، ولدرهمٍ من الأجرة ، جميعها عقودٌ صحيحةٌ شرعيةٌ متعاقبةٌ ، يعقبُ بعضها (بعضاً)^(١) ، ثم يذكرُ قبضَ الأجرةِ إن كانت قبضتُ ، أو تنجيمها حسبما وقع عليه الأمرُ والقبضُ والرؤيةُ .

٦٥٧ - والأولى أن يُذكرَ أن بعضَ الأحكامِ حكمٌ عليها بصحةِ هذه الإجارةِ ولزومها ، وقضى عليها بمقتضاه ، مستوفياً شرطه ، أقرأ بذلك ، وأشهدا عليها به ، وقد سبق ذكرُ فائدةِ هذا .

إجارة بياض أرض فيها شجر وهي المساقاة | :

٦٥٨ - أما إجارةُ بياضِ أرضٍ فيها أشجارٌ فظاهرةٌ ، غيرَ أنه يُذكرُ أنه أجَّرَه بياضِ أرضِ البستانِ خلا مواضعِ الشجرِ ، فإذا ذكرَ المأجورَ والمستأجرينِ والمدةَ والأجرةَ والقبضَ من الطرفينِ وجنسَ المنفعةِ والرؤيةَ والمشاهدةَ وما يتعلقُ بذلك ، كتبَ الكاتبُ بين المتأجرينِ صورةَ مساقاةٍ^(٢) على ما في

(١) في الأصل : بعضها ، وهو خطأ في النقل .

(٢) المساقاة : من السقي بفتح السين وسكون القاف ، لأن العامل يسقي الشجر ، وحققتها أن يماثل غيره =

الأرض المؤجرة من الغراس ، فيكتب : وبعد صحة عقد هذه الإجارة ولزومها وقبض المأجور من الطرفين ساقى المؤجر المسمى المستأجر المذكور على ما في الأرض المؤجرة من الغراس النابت فيها ، المثر وغير المثر ، وهذا الغراس ملك المؤجر المذكور ، ساقاه مدة الإجارة المعينة ، على أن يعمل العامل المذكور هذه الأشجار ، كما جرت العادة فيها ، كل ما فيه صلاح لأشجار المذكور ، ومستراة للثمار ، وذلك معروف [١٠٢ / ب] بينها معلوم لها ، ومهما فتحه الله تعالى من ثمر فرب المال بحق ملكه الثلثان من ذلك مشاعاً ، وللعامل الثلث أو العشر ، والباقي للمالك ، على ما يقع اتفاقها عليها ، مساقاة صحيحة شرعية لازمة ، وأشهدا عليها به طوعاً ، بتاريخ كذا وكذا .

[الاستئجار للحج] :

٦٥٩ - أما إجارة الأجير للحج عن ميت فلا بد أن يكون الأجير حراً مسلماً بالغاً عاقلاً قد حج حجة الإسلام ، وأسقط فرض نفسه عنه بحجته ، ولا بد أن يكون الميت مسلماً .

ثم إن كان مات بعد وجوب فريضة الحج عليه واستقرارها في ذمته لوجود الشرائط في حقه ، فيخرج من تركته ، من رأس ماله ، ما يكون أجرة أجير يحج عنه حجة الإسلام .

وإن كان الميت قد حج ، أو كان صبياً أو عبداً جاز الاستئجار على تحصيل حج التطوع عنهم على أصح القولين .

٦٦٠ - ثم استئجار الأجير ، تارة يكون على عينه ليحج بنفسه ، وتارة

= على نخل أو شجر عنب ليطعمه بالسقي والتريية ، على أن الثرة لها ، وفي غير النخل والعنب من الأشجار قولان ، وانظر بقية أحكام المساقاة في المراجع التالية : (مغني المحتاج : ٢ / ٣٢٢ ، التنبيه : ٨٢ ، شرح الهلي : ٣ / ٦٠ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٥٤ ، المهذب : ١ / ٣٩٧) .

يكون في ذمته ليحصل الحج عن المحجوج عنه بنفسه ، أو بمن يستأجره هو ، والفرق بين الإجارة على عين الأجير ، وبين ورود الإجارة على ذمته أن في الإجارة على العين لا يضيف الحج إلى السنة القابلة ، بل لا بد من استئجاره على الحج بنفسه في هذه السنة ، أعني السنة التي وقعت الإجارة فيها .

وعلى هذا يشترط أن تكون الإجارة في زمن يمكن الأجير الحج في هذه السنة ، إذا قصد مكة ، ويشترط أن يكون وقت شروع الأجير في السير ، اللهم إلا إذا كانت المسافة لا تنقطع في سنة ، فتجوز الإضافة إلى السنة القابلة لإمكان شروعه في المسير من وقت الإجارة .

وأما عقد الإجارة في وقت المسير فهذا شرط لا بد منه .

٦٦١ - أما في الإجارة في الذمة فللمستأجر أن يعين أي سنة شاء ، ولا يشترط تعيين هذه السنة التي وقعت الإجارة فيها ، نعم ، إن أطلق العقد نزل على السنة الأولى ، ووجب الحج فيها .

٦٦٢ - وفي الإجارة على العين ، إذا فات الأجير الحج في السنة الأولى ، بامتناعه عن الخروج ، انفسخت الإجارة قولاً واحداً ، وإن وردت على الذمة ، هل تنفسخ ؟ عند العراقيين لا تنفسخ ، وللمستأجر الفسخ ، وعند المراوزة فيه قولان ، أحدهما : ينفسخ ، والثاني : يثبت الخيار .

فإن فرعنا على ثبوت الخيار ، وفرضنا أن المستأجر كان استأجر أجيراً ليحج عنه حجة الإسلام ، وهو [١٠٤ / أ] مغبوب ، ثم مات المستأجر فلا خيار للورثة ، لأن الأجير الذي عينه المستأجر أولى ، هكذا قال الأصحاب .

وفيه احتمالٌ ذكره الإمامُ إذ قد تكونُ المصلحةُ في إبداله ، وليس هذا موضعُ استقصاء هذا الفقه .

| كتاب الاستئجار للحج | :

٦٦٣ - عُدْنَا إِلَى الْمَقْصُودِ ، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ وَصِيَ عَنْ مَيْتٍ ، أَوْ قِيمٍ مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ ، أَجْبَرًا لِيَحْجَّ عَنْ مَيْتٍ ، كَتَبَ مَا مِثَالَهُ :

استأجر فلانٌ ، وهو جائزُ التصرفِ فيما يُنسبُ إليه قوله وفعله في هذا الكتابِ عن المتوفى يومئذِ فلانِ بنِ فلانِ ، فلاناً ، وقد عَرَفَهُ معرفةً صحيحةً شرعيةً ، وأنه حرٌّ مسلمٌ بالغٌ عاقلٌ قد حجَّ بيتَ اللهِ تعالى الحرامَ ، وأسقطَ فريضةَ الحجِّ عن ذمته ، استأجره فأجر منه نفسه بعقدٍ صحيحٍ شرعيٍّ ، مُنعقداً بالإيجابِ والقبولِ ، على أن يحجَّ بنفسه عن فلانِ المتوفى المسمى ، في هذه السنة ، سنة كذا وكذا ، أو أجر فلانٍ نفسه من فلانِ ، أو ألزمَ فلانٌ ذمَّةَ فلانٍ فالتزمَ كذا وكذا ، ثم يقولُ : فَخَرَجَ مِنْ دُوَيْرَةِ أَهْلِ الْمَيْتِ الْمُحْجُوجِ عَنْهُ الَّذِي وَقَعَ عَقْدُ هَذِهِ الْإِجَارَةِ فِيهَا ، وَهِيَ مَدِينَةُ كَذَا ، عَقِيبَ عَقْدِ الْإِجَارَةِ ، مِنْبَعثاً فِي السَّيْرِ ، وَهُوَ وَقْتُ مَسِيرِ قَافِلَةِ الْحَاجِّ مِنَ الْأَقْطَارِ ، جَرِيماً عَلَى الْعَادَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ ، عَلَى طَرِيقِ الْعِرَاقِ ، فَيَسِيرُ إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ إِلَى مِيقَاتِ الْعِرَاقِ ، وَهُوَ ذَاتُ عِرْقٍ ، فَإِذَا وَصَلَ إِلَيْهِ اغْتَسَلَ وَتَجَرَّدَ عَنِ الْخَيْطِ ، وَلبسَ إِزَاراً ، وَأَمْسَ شَيْئاً مِنْ طَيْبٍ ، وَرَكَعَ رَكَعَتَيِ الْإِحْرَامِ ، ثُمَّ نَوَى الْإِحْرَامَ بِالْحَجِّ عَنْ فُلَانِ الْمَيْتِ ابْنِ فُلَانٍ ، بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ وَمَا اشْتَهَرَ بِهِ ، بِحِجَّةٍ مُفْرَدَةٍ ، وَلَبِيَ بِاسْمِ الْمُحْجُوجِ عَنْهُ بِحِجَّةٍ مُفْرَدَةٍ ، ثُمَّ يَسِيرُ مَعَ الْحَجَّاجِ إِلَى جَبَلِ عَرَفَاتٍ ، فَيَأْتِي بِجَمِيعِ أَرْكَانِ الْحَجِّ وَوَجِبَاتِهِ وَمَنَاسِكِهِ ، نَاقِباً بِذَلِكَ الْمُحْجُوجِ عَنْهُ الْمَذْكُورِ ، فَإِذَا فَرَعَ مِنَ الْحَجَّاجِ يَعْتَمِرُ عَنْهُ بِعِمْرَةِ الْإِسْلَامِ ، نَاقِباً بِإِيَّاهُ بِذَلِكَ ، إِجَارَةً صَحِيحَةً شَرِيعَةً لَازِمَةً ،

تعلقت بعين (الأجير)^(١) المسمى ، وفعل نفسه ، في هذه السنة ، سنة كذا وكذا ، بأجرة مبلغها كذا وكذا ، قبضها (الأجير)^(٢) المسمى من مال المحجوج عنه ، قبضاً صحيحاً شرعياً ، وتفرّق المتعاقدان عن الإيجاب والقبول والإلزام ، ثم أخذ للأجير في انبعاثه في السير ، لتحصيل الحجة المذكورة عن الميت المسمى بنفسه عند هذه الإجارة ، في هذا التاريخ الذي جرت العادة بين أهل البلد في السير فيه ، وهو وقت [١٠٤ / ب] اهتمام الحجيج بالسير لتحصيل الحج ، والسعي فيه ، وأشهدا عليها بذلك في كذا وكذا .

[كتاب الإجارة بالحج بذمته] :

٦٦٤ - وإن كان إيثار المستأجر عقد الإجارة على ذمة الأجير ، وهو الأولى ، كتب عوض قوله : استأجر منه نفسه أن يحج بنفسه عن فلان ، استأجر منه نفسه على تحصيل حجة الإسلام وعمرته مفردتين ، عن فلان الميت ، بنفسه أو بمن يحصل ذلك عنه للميت المسمى ، وإن شاء كتب : ألزم فلان ذمة فلان ، فالتزم بعقد شرعي لازم تحصيل حجة الإسلام وعمرته عن فلان الميت ، بنفسه أو بمن يستنيبه ، أو يستأجره في هذه السنة ، سنة كذا وكذا ، أو فيما بعدها من السنين بأجرة مبلغها كذا وكذا ، ثم يصف الطريق ويذكر الميقات ، وهل يشترط ذكره في الإجارة ؟ فيه خلاف مشهور ، ثم يذكر الأعمال ، أركانها وواجباتها وسنتها ، جملة أو تفصيلاً ، ولا يشترط التفصيل إلا في حق من يعلم منه الجهل بها وقت الإجارة .

[الرهن والكفيل من الأجير للحج] :

٦٦٥ - ثم جرت عادة المستأجرين طلب رهن من الأجير ، يرهنه على

(١) في الأصل : الأجر .

(٢) في الأصل : الأجر .

تحصيل الحجة التي قد قبض أجرتها ، أو إقامة كفيل ، على تحصيلها ، وهو جائز صحيح ، صرح به الشيخ أبو نصر وغيره ، فليكتب بعد ما ذكرناه :

ورهن الأجير على ما ثبت في ذمته ، من تحصيل حجة الإسلام عن المحجوج عنه ، جميع كذا وكذا ، رهناً صحيحاً مسلماً مقبوضاً مأذوناً في قبضه ، قبضه المرتهن المستأجر بإذن الراهن المسمى ، ويتم ذلك .

أو حضر فلان بن فلان بن فلان وضمن عن فلان الأجير ما ثبت في ذمته من تحصيل الحجة المشار إليها ، ضماناً صحيحاً شرعياً ، ويتم ذلك حسبما يذكر في وثائق الديون ورهنها .

[استئجار الجمال للحج] :

٦٦٦ - وإن استأجر رجل من رجلٍ جمالاً إلى مكة ذاهباً وجائياً ،

كتب :

أكثرى منه كذا وكذا جمالاً ، جمالاً نزلاً عرباً أو بخاتي أو أرحبية أو مهرية أو نجدية ، ويصفها ، ويذكر أنها شهداها ، ووقع العقد على عينها ، إن كان الأمر كذلك ، وإن وقع على الذمة وصفها واستقصى صفاتها ، ثم يكتب : مَرَحَلَةٌ برحالها ، مخطومة بزمامها ، على أن يحمل على جملين منها كذا وكذا مناً^(١) من الطعام والزاد والثياب ، وعلى جمل منها محارة^(٢) أو كجاوة ، بغدادية أو أعجمية أو شامية ، معلومة المقدار والصنعة والصفة ، مجللة بغطاها ، معلقة بجالها ، يركب فيها فلان وفلان ذاهبين [١٠٥ / أ]

(١) المُنْ : وزن كان معروفاً في بعض الأقطار الإسلامية ، قال التهانوي : المُنْ : بالفتح وتشديد النون شرعاً ، وعرفاً بهرة ، أربعون أستاراً ، كل أستار أربعة مثاقيل ونصف مثقال ، وعرفاً سبعة مثاقيل ، فالن شرعاً مائة وثمانون مثقالاً ، وعرفاً مائتان وثمانون مثقالاً ، (انظر : كشاف اصطلاحات الفنون : ٦ / ١٣٥٦) .

(٢) الحارة : ما يجتمع فيه الماء ، (المنجد : ١٦٤) .

وعائدين إلى مكة حرسها الله تعالى ، في الطريقِ المسلكِ على طريقِ العراقِ مع قافلة الحج ، ويمضي بها إلى عرفات والمشاعر على ما جرت به العادة ، ويُقيم بمكة ما جرت به العادة ، فإذا نفرَ الحجُّ نفرَ معهم ، ويستصحب من تحف مكة وطرقها^(١) ، برسم الهدية ما جرت به العادة كذا وكذا مناً ، وكلما نفذ من زاده قدراً استبدل مكانه إلى أن يعودَ إلى وطنه ، وله أن يحملَ عليها ما جرت به العادة من السطيحة والقدر والسفرة وغير ذلك ، وكل ذلك معلومٌ بين المتعاقدين بأجرة جملتها كذا وكذا ، ثم يذكرُ القبضَ على ما وقع الاتفاق عليه .

٦٦٧ - وإن كانت الإجارة في الذمة ، كتبَ : التزمَ فلانٌ أنْ يحملَ لفلان كذا وكذا مناً من الزاد ، ويصفه ، والطعام ويصفه ، والثياب ، ويحملُ له كجاوة ويصفها ، ويحملُ عليها المكتري وولده أو غلامه فلاناً ، وقد رآها وعلمها ، التزم حمل ذلك من مدينة كذا إلى مكة حرسها الله تعالى على طريق العراق ، في مدة أولها كذا ، وآخرها كذا ، ثم يذكرُ نحو ما ذكرناه .

[أنواع الإجازات] :

٦٦٨ - وأعلم أن الإجازات تتنوع لتنوع الأعمال ، وليس الغرض من وضع هذا الكتاب إلا ذكرَ فقه الشروط والوقائع والتنبه على بعض أمثلة الكتب ، ليقيسَ الفقيه الكاتب ما تركناه على ما ذكرناه ، وليس من اللائق حشو الأوراق بصور الوثائق والحجج والسجلات ، كما فعله الوراقون المدعون علم الشروط ، فإنَّ أهل العلم بالأحكام الشرعية أعلى رتبةً من ضياع الزمن والمال في نقل نسخ مصورة لا تخفى عن الصبيان ، فليقسِ الفقيه الكاتب استئجار

(١) الطَّرُق : جمع طِراق ، وهو جلد النمل .

الدور والحمامات والحوانيت والأجراء العاملين في الخياطة والحفرة والبناء والغسل والرضاع وغير ذلك على ما ذكرناه ، فهو طريق مَهَيِّعٌ^(١) مسلوك لا يخفى على ذي فطنة ، ولن يخفى على الكاتبِ الفطنِ كتابةُ حجةِ بدين ، وذكرُ رهنٍ بها ، مشاعاً كان على مذهبنا ، أو مقسوماً على المذهبين^(٢) .

وتحديدهُ ذلك وضبطه وذكرُ الملاءة به وذكر كفيْلٍ به ، أعني بالدين ، إن كان ، أو بالبدن ، وكذلك كتابةُ شرطٍ يتضمنُ سَلماً حالاً أو مؤجلاً ، فإنه لا يخفى عليه اشتراطُ قبضِ رأسِ المالِ في المجلس ، وإن استقصاء الأوصاف التي يختلف بها العَرَضُ والقيمةُ ، لا بدُّ منه ، وأنه يُشترطُ أن يكونَ مما يَعْمُ وجوده غالباً ، ويضبطُ بالصفة ، وما يختلفُ اختلافاً كثيراً يمنعُ اختلافه [١٠٥ / ب] من ضبطِ وصفه لا يصحُّ السلمُ فيه ، وكذا ما يعزُّ وجوده لا يصحُّ السلمُ فيه ، فلا بدُّ في ذكر السلمِ من ذكر الجنس والنوع واللون ، فالجنسُ في الدوابِ قوله عربي أو أعجمي ، والنوع قوله : من خيلِ بني كلاب أو بني عقيل ، أو بني

(١) الطريق المَهَيِّعُ : الواسع الواضح البين ، وهو من هَيَّعَ ، وليس في الكلام فَعِيلٌ ، (انظر : القاموس المحيط : ٣ / ٨٦ ، ١٠١) .

(٢) يشير المصنف إلى الاختلاف بين الشافعية والحنفية في رهن المشاع ، فأجازه الشافعية ، قال النووي رحمه الله : ويصح رهن المشاع ، ومنعه الحنفية ، قال منلا خسرو في (درر الحكم : ٢ / ٢٥١) : لا يصح رهن المشاع ، لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ، وهو لا يتصور في المشاع من حيث أنه مشاع مطلقاً ، أي سواء كان مما يحتل القسمة أولاً ، وسواء رهن من شريكه أو من أجني ، والطائري كالقنارن ، وقال المرغيناني : ولا يجوز رهن المشاع ، وقال الشافعي يجوز . أ . هـ . (انظر : نتائج الأفكار وشرح الهداية : ٨ / ٢٠٤ ، بدائع الصنائع : ٨ / ٣٧٢٢) ، والمالكية في هذا كالشافعية ، قال ابن رشد في (بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٦) : واختلفوا في رهن المشاع فتنه أبو حنيفة ، وأجازه مالك والشافعي ، وقال الدردير : وصح مشاع ، (انظر : حاشية الدسوقي : ٣ / ٢٣٥ ، بلغة السالك : ٢ / ١٠٢ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣٥١) ، وكذلك قال الحنابلة بجواز رهن المشاع ، قال ابن هبيرة : واختلفوا في رهن المشاع ، فقال مالك والشافعي وأحمد يجوز ، وقال أبو حنيفة لا يجوز ، (انظر : الإفصاح : ١ / ٢٣٨ ، المحرر في الفقه : ١ / ٣٣٥ ، كشف القناع : ٢ / ١٤٧ ، للغني : ٤ / ٢٥٠) ، ويظهر بعد عرض المذاهب أن كلام المصنف غير دقيق ، وأن الجمهور أجازوا رهن المشاع خلافاً للحنفية ، وانظر آراء الشافعية في (شرح المحلى : ٢ / ٢٦٢ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٢٢ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٢٣٨ ، إغاثة الطالبين : ٣ / ٥٦) .

هلال ، وفي العبيد الجنس قوله : تركي أو هندي ، والنوع قوله : تترى أو خطامي ، واللون فلا بد منه ، والجنس في الإبل قوله : بخاتي أو عراي ، والنوع مهريّة أو أرحبية من نَعَمِ بني فلان ، فلو كانت نَعَمُ بني فلان تختلف ، فهل يلزمه وصفها بما ينفي الاختلاف ؟ فيه قولان منصوصان ، الأصح نعم ، فلا بد في الحيوان من ذكر الأنوثة والذكورة ، والسن والقدر ، فليقل استحباباً في الإبل : غير سَوَدَن ، سبط الخلق ، نقي من العيوب ، محفر الجبين ، ويروى مَجْفَرُ الجبين ، ويذكر في الخيل شياتها ، وهو الغرّة والتَّحْجِيلُ والسنُّ والقُدُّ .

٦٦٩ - وأما صفة الجودة والرداءة في الكل ففي كونها مستحقة أو مستحبة وجهان ، وكذا في السلم في الحبوب والثياب ، يذكر من الأوصاف الواجبات والمستحبة ما يختلف به العَرَض ، ولن يعرف هذا أو يقدر على كتابته إلا من منحة الله تعالى العلم به .

٦٧٠ - وكل هذه العلوم يتعين على الشرطي معرفتها ، ليكون على بصيرة مما يضعه ، وثقة مما يكتبه ويثبته ، وكذلك ينبغي له معرفة ما يكتبه من الوكالات والحوالات والشركة والأقارير بالأملك والديون والحقوق والهبات والعمرى والرقي^(١) ، والصدقات والخلع والطلاق والعُدُد والرجعة والجنايات وغير ذلك .

ولو التزمنا أن نكتب لكل باب مثلاً لكفنا أنفسنا شططاً ، واشتغلنا به ، وهو غير مهم ، وتركنا به ما هو أهم منه .

(١) العمرى : هبة الشيء مدة عمر الموهوب له أو الواهب ، بشرط الاسترداد بعد موت الموهوب له ، مثل أن يقول : داري لك عمري ، فتليكه صحيح ، وشرطه باطل ، وقد أجاز الفقهاء ذلك ، لما ورد في الحديث الشريف أن رسول الله ﷺ « أجاز العمرى ، وأبطل الرقي » ، وقال : « أمسكوا عليكم أموالكم لا تمروها ، فإن من أمر شيئاً ، فإنه لمن أمره » ، والرقي : أن يقول : إن مت قبلك فهي لك ، وإن مت قبلي رجعت إلي ، كأن كل واحد منها يراقب موت الآخر ويتنظره ، واختلف الفقهاء فيها فأبطلها الحنفية للحديث السابق ، وأجازها الشافعية وأبو يوسف من الحنفية واعتبروها كالعمرى ، لما ورد في رواية أخرى « أنه ﷺ أجاز العمرى والرقي » ، (انظر : التعريفات :

١٣٧ ، ٩٩ . التنبيه : ٩٣ - ٩٤ ، مختصر صحيح مسلم : ٢ / ٢١ ، الفتح الكبير : ١ / ٢٦٢) .

فصل

في

كتاب وقف يكون أنموذجاً لغيره

٦٧١ - لما كان الوقف كثير الوقوع ، غالب الوجود ، يُراد للتأييد ، وقع الاهتمام بذكر صورة كتاب منه ، فلنذكره .

هذا ما وقفه وجسه وتصدق به الفقير إلى عفو الله ورحمته فلان ، وقف وتصدق بجميع كذا وكذا ، ويذكره ويحدّده ، ثم يقول : بجميع حقوق ذلك كله وحدوده ورسومه وسفله وعلوه ، ويذكر من حقوقه ما لا بد من ذكرها ، ثم يقول : وقفاً صحيحاً شرعياً وحسباً دائماً مؤبداً ، وصدقة بتة تبتة^(١) ، محرمة بجرمات الله ، [١٠٦ / أ] لا يناقل به ، ولا بشيء منه ، ولا يُباع أصله ولا شيء منه ، ولا يوهب ولا شيء منه ، ولا يُورث ولا شيء منه ، إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها ، وهو خير الوارثين ، على أولاده لصلبه ، وهم فلان وفلان وفلان بالسوية ، أو على تفصيل يذكره ، ثم على أولادهم من بعدهم ، ثم على أولاد أولادهم ، ثم على أولاد أولادهم ، بطناً بعد بطن ، وقرناً بعد قرن ، لا تزال هذه الصدقة الوقف قائمة على أصولها ، جارية على سبلها ، إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها ، وهو خير الوارثين ، على أنه من توفي من أولاده لصلبه ، وهم البطن الأول ، عن أولاد ، كان ما أصابه من

(١) تبتة : أي منقطعة ، وصدقة تبتة أي منقطعة عن صاحبها ، (انظر القاموس المحيط : ٣ / ٣٢٢) .

الوقف المعين لأولاده على الفريضة الشرعية ، ثم على أولادهم ، من بعدهم ، ثم على أولاد أولادهم ، بطناً بعد بطن ، وإن توفي أحد أولاد الصلب عن غير ولد ، ولا ولدٍ وولدٍ وإن سفل ، كان نصيبه من الوقوف عائداً إلى بقية إخوته ، وهم بقية البطن الأول بينهم ، إما على السوية إن اختاروا ، أو على الفريضة الشرعية ، وإن توفي عن بنتٍ واحدة فلها كذا وكذا ، والباقي لأعمامها ، وهم بقية البطن الأول .

٦٧٢ - فإذا انقرض البطنُ كُلُّهم ، ولم يُخلفْ واحداً منهم ولداً ، ولا ولدَ وولدٍ ، وإن سفلَ ، كانَ هذا الوقفُ ، راجعاً إلى البطن الثاني ، وهم أولادُ البطن الأول ، على كذا وكذا ، ثم من بعدهم على أولادهم ، ثم على أولاد أولادهم ، بطناً بعد بطن ، وقرناً بعد قرنٍ ، وجيلاً بعد جيل ، على الشرط المذكور في البطن الأول .

وكذلك كلُّ بطنٍ متأخِرٍ لا يستحقُ شيئاً من الوقف حتى ينقضِيَ البطنُ المتقدم عليه ، وجميعُ أولادهم ، وأولادُ أولادهم يجري ذلك وكذلك أبد الآبدين ، ودهرَ الدهارين ، فإذا انقرضوا ، وختلتُ الأرضُ منهم ، ولم يبقَ أحدٌ يُنسبُ إلى الواقفِ المذكور بالبنوة ، كانت هذه الصدقةُ راجعةً إلى فقراء المسلمين ومساكينهم بمدينة كذا .

٦٧٣ - هذا إن أرادَ أن يُرتَّبَ الوقفَ المذكورَ على البطون فليذكره بلفظة « ثم » ، ويؤكدده بقوله : بطناً بعد بطن ، وجيلاً بعد جيل .

ويكفي في الترتيب لفظةُ « ثم » على الأصح المفتح به ، خلافاً للشيخ أبي عاصم العبادي^(١) ، وهو زلل من كبير .

(١) قال أبو عاصم : تحمل ثم على الجمع ، انظر تفصيل هذه المسألة ، ورأي العبادي فيها ، في (طبقات

الشافعية الكبرى عند ترجمته : ٤ / ١١٠) .

٦٧٤ - وإن أرادَ التسويةَ بين البطنين فليذكره بلفظةِ الواو العاطفة ، ولا يذكرُ بطناً بعد بطن ، فإنَّ الواو تقتضي الجمعَ في الوقتِ ، ولا يتفرعُ على الخلافِ في الواو ، هل تقتضي الترتيبَ أو الجمعَ ؟ بل في الوقفِ [١٠٦ / ب] للجمع قولاً واحداً .

٦٧٥ - ثم إنَّ كانَ البطنُ الأولُ بالغين ، فلا بدَّ من قبولهم على الأصح من مذهب المراوزة ، فليقل : وَقَبِلَ الموقوفَ عليهم ، وهم أولادُ الواقفِ لصلبه ، الموجودون يومئذ ، هذا الوقفُ قبولاً صحيحاً شرعياً .

وإن كانوا أصاغِرَ ، فليقل : وَقَبِلَ لهم هذا الوقفَ قابلاً ، صحَّ قبوله لهم شرعاً ، ياذن من له الإذن في ذلك شرعاً .

٦٧٦ - فإذا قرعَ من ذكرِ شرطِ الواقفِ كتب : وجعلَ الواقفُ النظرَ في هذا الوقفِ لنفسه مدةَ حياته ، ثم من بعده إلى الأرشدِ فالأرشدِ من أولاده ، فإن مات ولم يكن في أولاده رشيدٌ كان النظرُ فيه إلى الحاكمِ بمدينة كذا ، كائناً من كان ، وعلى الناظرِ في ذلك أن يبدأ بإصلاح هذا الوقفِ وترميمه وعمارته من ريعه ومغله^(١) ، ثم ما فضلَ منه يصرِفُ إلى مستحقه على ما شرطه الواقف ، ثم يقول : والواقفُ المذكورُ يستعدي إلى الله تعالى على من غير هذه الصدقة ، أو غير شيئاً منها بقولٍ أو فعلٍ ، والله سبحانه سائله ومحاسبه يوم الطامة ، يوم القيامة ، يوم الآزفة ، يوم القارعة ، ﴿ يَوْمَ تَذْهَبُ كلُّ مَرْضَعَةٍ عما أَرْضَعَتْ ، وتضعُ كلُّ ذاتِ حَمَلٍ حَمْلَهَا ﴾ ، الآية^(٢) ، ﴿ يَوْمَ تَجِدُ كلُّ نَفْسٍ

(١) مغله : أي ريعه وإنتاجه ، والمغُلُ في الأصل : اللبن الذي ترضعه المرأة لولدها وهي حامل ، (القاموس :

(٢) إشارة إلى أول سورة الحج . يقول الله تعالى : ﴿ يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّ ، إِنَّ زَلْزَلَةَ السَّاعَةِ شَيْءٌ عَظِيمٌ ، يَوْمَ تَرْوُهَا تَذْهَلُ كلُّ مَرْضَعَةٍ عما أَرْضَعَتْ ، وتضعُ كلُّ ذاتِ حَمَلٍ حَمْلَهَا ، وترى النَّاسَ سُكَّارٍ وما هم بسُكَّارٍ ولكنَّ عذابَ الله شديدٌ ﴾ سورة الحج ، الآيتان ١ - ٢

ما عملت من خير محضراً ﴿١﴾ ، الآية^(١) ، ﴿يَوْمَ لَا يَنْفَعُ الظَّالِمِينَ مَعذِرَتُهُمْ ، وَلَهُمُ اللَّعْنَةُ ، وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ﴾^(٢) ، فمن غير هذه الصدقة الوقف أو شيئاً منها ، أو بدلها أو شيئاً منها ، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ، لا يقبل الله منه صلاةً ، ولا صَوْماً ولا حجاً ولا عبادةً ، وجعله من الأخسرين أعمالاً الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا ، وهم يحسبون أنهم يُحسنون صنعا^(٣) ، فمن بدّله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه ، إن الله سميعٌ عليم^(٤) ، وأجر هذا الواقف المتصدق على الله سبحانه العظيم ، الذي يجزي المتصدقين ، ولا يُضيع أجر المحسنين .

٦٧٧ - وقرئ هذا الكتاب من أوله إلى آخره على الواقف المتصدق المسمى في هذا الكتاب ، وهو مُصغِر إليه ، مستمع إلى ما فيه ، فأقرّ بفهمه ومعرفة جميع ما تضمنه ، وأشهد عليه بما نُسب إليه فيه طائعاً في صحة منه ، غير مُكره ولا مُجبر ، ولا علة به حالة إد^(٥) ولا مرض ، في صحة أوصافه ونفوذ أمره وتصرفاته ، بتاريخ كذا وكذا ، من سنة كذا وكذا .

☆ ☆ ☆

(١) سورة آل عمران ، الآية ٢٠ ، يقول تعالى : ﴿يَوْمَ تَجِدُ كُلَّ نَفْسٍ مَّا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُّخْتَصِراً ، وَمَا عَمِلَتْ مِنْ سُوءٍ ، تَوَدُّ لَوْ أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ أَمَدًا بَعِيدًا وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ ، وَاللَّهُ رَؤُوفٌ بِالْعِبَادِ﴾ .

(٢) سورة غافر ، الآية ٥٢

(٣) يقول تعالى : ﴿قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُم بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالًا ، الَّذِينَ ضَلَّ سَعِيهُمُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ، وَمُ يُحْسِبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُنْعًا﴾ سورة الكهف ، الآيات ١٠٣ - ١٠٤

(٤) يقول تعالى : ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ سورة البقرة ،

الآية ١٨١

(٥) الإدة والأد : العجب والأمر المنكر الفظيع والداهية ، من قولهم أدت الناقه تد أي رجعت حينها ترجيعاً شديداً . (انظر : مفردات غريب القرآن : ١٤ ، القاموس المحيط : ١ / ٢٧٤) .

فصل في أمثلة المحاضر

٦٧٨ - ولا شك في اختلافها بسبب تنوعها .

[محضر بإثبات وفاة] :

٦٧٩ - فإن كان المطلوب إثبات وفاة رجلٍ ، وعدة ورثته ، كتب بعد البسلة : شهد من [١٠٧ / أ] أثبت شهادته آخر هذا الكتاب ، شهادة هم بها عالمون ، ولها محقون ، لا يشكون فيها ولا يرتابون في شيء منها ، وهم من أهل الخبرة الباطنة بها ، يشهدون به ، أنهم يعرفون فلان بن فلان بن فلان ، ويذكر ما هو مشهور به من بلده ومحلته وصنعتة ، معرفة صحيحة جامعة ، عيناً واسماً ونسباً ، وأنه توفي إلى رحمة الله تعالى بمدينة كذا ، بتاريخ كذا ، من سنة كذا .

وخلف من الورثة المستحقين ميراثه وجميع تركته أولاده لصلبه ، وهم فلان وفلان الذكور ، والإناث ، أو إن كان ابناً واحداً ذكره ، أو بنتاً وأخاً لأبوين ، أو لأبٍ ذكرهما .

٦٨٠ - والغرض أن يكتب عدة ورثته ، ثم إن كان الغرض إثباته عند الشافعي ومن لا يُورث ذوي الأرحام ، كتب : الوارث المتفق عليهم بين

المذهبين^(١) ، ويقول : لا يعلمُ شهودُ هذا الكتابِ لهذا المتوفى وارثاً سواهم ، ولا مستحقاً لتركته غيرهم ، وهم من أهل الخبرة الباطنة بما شهدوا به ، ثم وضعوا خطوطهم بذلك ، لما سئلوا عنه بتاريخ كذا وكذا .

٦٨١ - وإن كان الميت لم يخلف إلا ذوي الأرحام ، وكان الغرض ثبوته عند من يقول به ، كتب : ولم يخلف من الورثة سوى عمته أو خالته أو كليهما ، أو جدة لأمه ، أو بنت عمه ، ويذكر من وجد منهم .

وإن كان الحاكم شافعيًا ، وكان الميت لم يخلف غير ذوي أرحام رحيمة الذين لا يرثونه على مذهبه ، كتب : وأتته مات ولم يخلف وارثاً من جهة النسب أصلاً ، سوى بيت مال المسلمين ، والشهود بذلك من أهل الخبرة الباطنة به ، ويتمم بذكر التاريخ .

واعلم أننا قد ذكرنا في فصل شهادة النفي أنها لا تسمع إلا في شهادة الإفلاس ، وشهادة أن لا وارث له سوى فلان وفلان مثلاً^(٢) .

٦٨٢ - وقد قال أصحابنا : يجب أن يقول الشاهد بذلك في شهادته : أشهد أن فلاناً مات وخلف من الورثة كذا وكذا ، ولا أعلم له وارثاً سواه ، ولا يقل : أشهد أنه لا وارث له (سوى)^(٣) فلان وفلان ، فإنه لا يحيط بهذا النفي الجازم^(٤) شاهداً ، ثم يقول : وأنا أخبر بباطن حال الميت وورثته ، وإن

(١) اختلف الفقهاء في توريث ذوي الأرحام إذا لم يخلف الميت ذوي فرض ولا عصة ، فذهب الإمام مالك والإمام الشافعي إلى أن بيت المال أولى من ذوي الأرحام ، وقال أبو حنيفة وأحمد : بل هم أحق ، (انظر : الإفصاح : ٢٠١ / ١ ، بداية المجتهد : ٣١٧ / ٢ ، الميزان : ١١٢ / ٢ ، رحمة الأمة : ٢٨ / ٢ على هامش الميزان ، الأحوال الشخصية ، سباعي وصابوني : ٥٢٢ / ٢) .

(٢) فقرة ٤٩٥ وما بعدها ، وفقرة ٥٠١ وما بعدها .

(٣) في الأصل : سواه ، وهو غلط .

(٤) في الأصل : الجزم .

سكتَ عن ذلك سألَه الحاكم عنه ، فلهذا كتبنا في صورة المحضر : وهم من أهل الخبرة الباطنة ، وكتبنا قولنا : لا يعلمون له وارثاً سواهم ، وقد استوفينا فق ذلك في فصل شهادة النفي على ما سبق ذكره^(١) .

محضر بإفلاس :

٦٨٣ - (وإن كان محضراً بإفلاس)^(٢) كتب: شَهِدَ مِنْ أَثْبَتَ شَهَادَتَهُ آخَرَ هذا الكتاب ، شهادةً هم بها عالمون ، ولها محققون ، [١٠٧ / ب] لا يشكُّون فيها ، ولا يترتابون في شيءٍ منها ، وهم من أهل الخبرة الباطنة بما يشهدون به ، أنهم يعرفون فلانَ بن فلان بن فلان ، ويذكر نسبه واسمه وما اشتهر به ، ثم يقول : معرفةً صحيحةً ، جامعاً اسماً وعيناً ونسباً ، وأنه فقيرٌ مُفلسٌ مُعَدَّمٌ ، لا يعرفون له مالاً ولا عقاراً باطنياً ، ولا ظاهراً ، مع خبرتهم بباطن أحواله في منقليات أموره ، سفرأ وحضراً ومعاملةً وصحبةً وعشرةً وجيرةً ، والذين يعلمون ذلك ويخبرونه خبرةً باطنةً ، وضعوا خطوطهم بذلك لما سئلوا عنه بتاريخ كذا .

واعلم أننا قد ذكرنا فيما تقدم كيفية الشهادة بالوفاء وعدة الورثة ، وبالإفلاس تحملاً وأداءً ، وسبق استيفاء ذلك فليطلب مما تقدم^(٣) .

وإنما الغرض هنا نقل أمثلة ذلك في الصكوك .

محضر بعدالة :

٦٨٤ - وإن كان محضراً بعدالة كتب صدر المحضر ، ومعرفة الشخص المزكي

(١) فقرة ٥٠١ وما بعدها .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) فقرة ٤٩٥ وما بعدها ، وفقرة ٥٠١ وما بعدها .

باسمه وعينه ونسبه ، كما ذكرناه ، ثم يقول : وإنه عدلٌ لهم وعليهم ، يقبلون قوله في القليل والكثير ، لما خبروه من باطن أحواله سراً وحضراً ، ومعاملةً بالدينار والدرهم ، والقليل والكثير ، وعلموه من سيرته الجميلة من حسن معاملته ، وملازمته ما افترض الله تعالى عليه ، واجتنابه ما حرمه الله عليه ، وحفظ مروءته ، وثبته وتيقظه في شهادته ، واحترازه فيها تحملاً وأداءً ، ثم يختم المحضّر بالتاريخ كما تقدم .

[محضّر بملك عقار وغيره] :

٦٨٥ - وإن كان محضراً بملك عقارٍ أو حيوانٍ أو عرضٍ ، كتب صدر المحضّر كما تقدم من ذكر المشهود له باسمه وعينه ونسبه ، وما اشتهر به ، ثم يقول : وإنه مالكٌ حائزٌ مستحقٌ مستوجبٌ لجميع الدارِ الفلانية ، ويذكرُ بلدها ومحلّتها وحدودها الأربعة ، ثم يقول : ملكاً صحيحاً شرعياً ، وحيازةً تامةً بيدٍ ثابتةٍ مستقرةٍ مستقرةٍ ، أو مالكٍ لجميع العبدِ المسمى كذا ، الذي جنسه كذا ، ونوعه كذا ، ومن حليته كذا ، أو لجميع الفرس الذي من حليته كذا وكذا ، أو لجميع الثوب المنسوج الذي من صفته كذا وكذا ذرعاً وطولاً وعرضاً ، ثم يقول : لا يعلمُ شهودٌ هذا الكتابِ زوالَ ملكه عنه بوجه من الوجوه ، ولا بسببٍ من الأسبابِ ، ولا مخالفاً لشهادتهم هذه ، ثم يختم الكتابَ المحضّر .

وإن كان الملكُ المشهود به لزيد هو بيد عمرو حالة يد ، غضباً ، ويشهدون به [١٠٨ / أ] زاد في المحضّر : ويشهدون أن هذا العقارَ أو الحيوانَ أو الثوبَ المشار إليه اغتصبه فلانٌ عدواناً من هذا المالكِ المبدوء بذكره .

٦٨٦ - فإن كان مُستندُ شهادتهم بالغصبِ مشاهدتهم لذلك ، أطلق ذلك ، وإن كان الغاصبُ أقرّ عندهم بالغصبِ ، كتب : أقرّ الغاصبُ عند شهودِ هذا

الكتاب بما شهدوا به عليه ، ووضعوا خطوطهم به لما سئلوا عنه ، ثم يتم الكتاب ، وعلى هذا فقس ما يتنوع من المحاضر لتنوع المطلوب من العقود والفسوخ والأقارير بالأموال والأموال والأحكام والمخالفات والقصاص والطلاق وغيرها .

[حد المحضر] :

٦٨٧ - واعلم أنّ حدَّ المحضِرِ في اصطلاحِ الشرّوطيين هو المكتوبُ الذي يبدأ فيه بعد البسملة بقولِ الكاتبِ : شهدَ من أثبتَ شهادته ، أو هذا ما شهد به الشهودُ المسمونُ فيه ، أنّهم يعرفون فلاناً ، وأنّه باع أو اغتصبَ أو أقرَّ بكذا ، حتى لو كتبَ فيه بهذا اللفظِ : شهدَ من أثبتَ شهادته آخرَ هذا الكتابِ ، أو هذا ما شهد به الشهودُ المسمونُ آخرَ هذا الكتابِ ، أنّهم يعرفونَ القاضي فلان ابن فلان ، الحاكمَ يومئذ بمدينة كذا ، أو الحاكمَ كان بمدينة كذا ، وأنّه أشهدهم على نفسه في مجلسِ حكمه وقضائه ، أنّه ثبتَ عنده كذا ، وحكمَ به ، أو ثبتَ عنده كذا من غيرِ حكمٍ ، فهذا عند الشرّوطيين يُسمونه محضراً بخلاف الإسجال .

[الإسجال] :

٦٨٨ - فإنه في اصطلاحهم عبارة عما صورته بعد البسملة : هذا ما أشهد عليه الحاكمَ فلاناً ، الحاكمَ بمدينة كذا ، أشهد على نفسه من حضرَ مجلسَ حكمه وقضائه بها ، بتاريخ كذا وكذا ، أنّه ثبتَ عنده كذا وكذا ، وحكمَ به ، أو يذكرُ إشهاده بالثبوتِ فقط ، وذلك بشهادةِ فلان وفلان ، أو يذكرُ إقرارَ المقرِّ عنده بما أقر به ، أو إقرارَ المتبايعين ، فهذا عندهم إسجالٌ ، وليس بمحضر :

٦٨٩ - وأمّا أئمتنا الشافعيون فإنهم قالوا : المحضَرُ هو صورةُ شرحِ المجلسِ

الجاري لدى الحاكم بين المتخاصمين ، وصورته أن يكتب : لما كان بتاريخ كذا وكذا ، حضر فلان ، وادعى على فلان بكذا ، فأنكر ، فأحضر المدعي بينة شهدت بكذا ، أو فأنكر ، وطلب المدعي (إحلاف المدعى)^(١) عليه ، فعرض عليه الحاكم اليمين ، فبذلها ، فأحلفه بالله سبحانه ، إن المدعي لا يستحق قبله ما ذكر ، ولا شيئاً منه ، أو فنكل المدعى عليه عن اليمين ، وردها على المدعي .

والمقصود أن يذكر [١٠٨ / ب] في الكتاب على هذه الصورة شرح ماجرى بينهما لدى الحاكم المذكور ، ويعلم الحاكم عليه بعلامته ، ويشهد على نفسه فيه . فهذا عند أئمتنا يسمى المحضر^(٢) .

٦٩٠ - والإسجال عندهم بذلك أن يكتب : هذا ما أشهد عليه الحاكم فلان ، أنه حضر عنده فلان بن فلان ، وأحضر معه (فلاناً)^(٣) ، فادعى عليه ، ويعيد مضمون المحضر المتضمن شرح ما جرى في مجلس حكه بينهما ، ثم يقول : وإن الحاكم حكم على المدعى عليه بكذا وكذا بسؤال من جازت مسأله مستوفياً شرطه ، ثم يعلم الحاكم على هذا التسجيل بخطه ، ويشهد عليه به ، فهذه صورة الإسجال عندهم ، وهي اصطلاحات في الأسامي مع تقاربها في المعنى .

وقد ذكرنا أمثلة في المحاضر ، ولنذكر الآن بعون الله تعالى مثلاً لإسجال على حاكم ، ومثلاً لشرح مجلس جرى لديه على مصطلح شامنا ، يتخذه الكاتب المترسيم أنموذجاً لغيره ، إذا تنوعت القضايا ، وتقسمت الحكومات .

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٢) انظر جواهر العقود : ٢ / ٣٦٨ ، وسائل الإثبات : ٢ / ٤١٤ ، والمراجع المشار إليها ، الحاوي ، الماوردى :

١٢ ق ٦٥ / أ ، مخطوط .

(٣) في الأصل : فلان .

ا صورة إسجال :

٦٩١ - مثال إسجال الحاكم على نفسه بما ثبت عندَه وحكمَ به ، إذا ثبت عند الحاكم إقرار متبايعين ، ببيع وشراء وقبض من الطرفين للثن والمثن ، وإقرارهما برؤية المبيع ، ومشاهدته ، حسبما جرت به العادة في كتب البياعات والابتیاعات ، فإن كان الإسجال مكتوباً في ظاهر كتاب الابیاع كتب بعد البسمة :

هذا ما أشهد عليه به سيدنا القاضي الإمام ، ويذكر من ألقابه ونعوته ما جرت به عادته ، وهو اللائقُ به ، ثم يكتبُ : الحاكم يومئذ بمدينة كذا وسائر أعمالها ، وجندها وضواحيها ، وما هو مضاف إليها ، ومعدودٌ من جملة أعمالها ، كل ذلك بالولاية الصحيحة الشرعية المتصلة الأسباب ، بالمواقف الشريفة النبوية المستنصرة بالله تعالى ، الطاهرة الزكية ، ضاعفَ الله جلالها ، وأسبغَ ظلالها ، من حضر مجلس حكمه وقضائه ، النافذ فيه حكمه وإمضاؤه ، والجائز فيه قضاؤه من المعدلين عنده ، وذلك بتاريخ كذا وكذا ، أشهدهم على نفسه الكريمة ، وهو يومئذ جائز القضايا ، نافذ الأحكام ، أنه ثبت عنده - بمجلس حكمه المذكور بحضور من خصمين مدع ومدعى عليه ، جاز استماع الدعوى ، وقبول البينة من أحدهما على الآخر ، بشهادة فلان وفلان وفلان ، وهم عنده من المعدلين ، بكذا عرفهم ، فسمع شهادتهم وقبلها بما رأى معه قبولها - إقرار [١٠٩ / أ] المتبايعين المذكورين في باطن هذا الكتاب ، وهما فلان بن فلان الفلاني ، وفلان بن فلان بن فلان الفلاني ، بجميع ما نسب إليهما فيه على الوجه المشروح في باطنه ، ثبوتاً صحيحاً شرعاً .

٦٩٢ - ثم إن أراد أن يزيد في هذا ذكر مضمون كتاب الابیاع ، فهو

أولى ، فليقل : ومضمون ما نسب إليها في باطنه هو أن (فلاناً)^(١) ، المقدم ذكره في باطنه ، باع من فلان ، المثنى بذكره في باطنه ، وابتاع فلان منه جميع ما ذكر البائع المسمى أنه ملكه وبيده ، وذلك جميع المبيع المعين في باطنه ، المحدود فيه ، إن كان المبيع عقاراً مقسوماً مفروزاً منفرداً .

وإن كان حصةً مشاعةً قال : المحدود أصله في باطن هذا الكتاب ، وهو كذا وكذا من الموضع الفلاني ، بثن جملته كذا وكذا ، وقبض البائع جميع الثمن المعين في باطنه من مال المشتري المسمى ، قبضاً صحيحاً شرعياً مُبرئاً ، وتسلم المشتري المبيع من البائع المشار إليه ، واعترف كل منهما برؤية ما منه هذا المبيع جميعه ، إن كان المبيع شيئاً مقسوماً .

وإن كان مشاعاً قال : اعترفا برؤية ما منه هذا المبيع ومشاهدته والنظر إليه ، وأنها تفرقا بعد الرضا والقبول عن إلزام العقد وإبرامه ، وعن قبض من الطرفين ، واعترفا بجميع ذلك ، بتاريخ الكتاب المشروح في باطنه ، وهو كذا وكذا .

٦٩٣ - وإن شاء المسجل أن يقتصر على ما ذكرناه أولاً من الحوالة على ما نسب إلى المتبايعين في باطنه من غير ذكر مضمونه ، فهو كافٍ ، وبه جرت العادة في الأكثر ، طلباً للتخفيف ، وسلوكاً للأسهل ، ثم يكتب بعد هذا كله : فلما ثبت - عند سيدنا القاضي الإمام فلان - الدين المسمى ذلك ، وصح لديه ثبوتاً صحيحاً شرعياً ماضياً ، سأل جازئ المسألة ، أو سأل من جازت مسألته ، وسوّغت الشريعة المطهرة إجابته الحكم على المتبايعين السئين بموجب إقرارهما ، والقضاء عليها بمقتضاه ، وإلزامها موجب إقرارها فيه ، فأجاب المسألة ،

(١) في الأصل : فلان .

واستخار الله سبحانه وتعالى كثيراً ، وروى فيه فكره وخاطره ، وجعله هادياً ونصيراً ، وحكم على المتبايعين المذكورين في باطن هذا الكتاب ، وموجب [١٠٩ / ب] إقرارهما ، وقضى عليها بمقتضاه ، وبت ذلك وأمضاه ، كل ذلك بعد استيفاء شرطه ، وأشهد سيدنا الحاكم المسمى ، أبقاه الله تعالى ، على نفسه الكريمة بجميع ما نسب إليه في هذا الإسجال ، في التاريخ المذكور ، بخطه أعلاه ، مع إبقاء كل ذي حجة على حجته .

٦٩٤ - وهذه الكلمات ، وهي قولنا : مع إبقاء كل ذي حجة على حجته ، كلمات حسنة صحيحة ، والأمر على وفقها ، وقد كانت عادة قدماء كتاب الشام يكتبونها ، تركت في عصرنا هذا ، ولا يضير تركها ولا ذكرها ، فإن كل ذي حجة فهو على حجته الشرعية ، ما لم يدفعها معارض شرعي لها .

فهذا صورة إسجال على حاكم بثبوت إقرار متبايعين والحكم عليها به .

٦٩٥ - فإن أثبت المشتري عند الحاكم أن المبيع ملك البائع ويده ، حالة البيع ، وسأله الحاكم بصحة البيع (الجاري بينها ، أجاز مسألته ، وحكم بصحة البيع)^(١) بعد ثبوت أهلية المتبايعين في التصرف ، وكتب الكاتب الإسجال قبل ذكر الحكم على الإقرار ما صورته :

وثبت عند سيدنا الحاكم المذكور - بمحض من خصين متداعيين بشهادة فلان وفلان ، وهما عنده من المعدلين بمدينة كذا ، عرفها فسمع شهادتهما ، وقبلها بما رأى معه قبولها - أن البائع المسمى لم يزل مالكا لهذا المبيع المعين ، في باطنه ، ويده وتصرفه إلى أن وقع عليه عقد التبايع المشار إليه ثبوتاً صحيحاً شرعياً .

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

ثم سأله جائر المسألة الحكم على المتبايعين بموجب إقرارهما ، والقضاء عليهما بمقتضاه ، والحكم بصحة هذا البيع في المبيع المذكور ، وإقرار يد المشتري عليه ، فأجاب المسألة ، واستخار الله تعالى كثيراً ، ورؤى فيه فكره وخاطره ، وجعله هادياً ونصيراً ، وحكم على المتبايعين المسمين في باطنه بموجب إقرارهما ، وقضى عليها بمقتضاه ، وحكم بصحة البيع في المبيع المذكور في باطن هذا الكتاب ، وأقر يد المشتري عليه .

كل ذلك بسؤال جائر المسألة ، مستوفياً شرطه وسائر معتبراته ، وأشهد على نفسه الكريمة بما نسب إليه في هذا الكتاب ، في التاريخ المقدم ذكره أعلاه .

هذا إن كان الإسجال مكتتباً في ظاهر كتاب الابتياح ، فكتابتها كما رسمناه ، ولن يخفى على الفقيه المتدرب تنميق الألفاظ الحسنة ، ووضعها في مواضعها ، ورتبها أحسن ترتيب ، والذي ذكرناه هنا نمودج ومثال ، يحتمل الزيادة اللائقة به .

إكتابة إسجال منفرد :

٦٩٦ - وإن كان الغرض (كتابة)^(١) إسجال منفرد عن كتاب منفرد ، [١١٠ / أ] عن كتاب الابتياح ، فليكتب صدر الكتاب ، كما ذكرناه ، إلى أن ينتهي إلى قولنا : إقرار المتبايعين المذكورين في باطن هذا الكتاب ، فليكتب في هذا الإسجال : إقرار المتبايعين ، وها فلان بن فلان بن فلان ، وفلان بن فلان بن فلان ، ويرفع في أنسابها وألقابها وحليتها ، وما يتميزان به ، ثم

(١) في الأصل : كتبه .

يقول : وإشهادهما على أنفسهما بجميع ما نُسبَ إليهما في كتاب التبايع الذي
نسخته :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

ثم ينقل نسخة كتاب الابتياح حُرُفاً بحرفٍ من أولها إلى آخرها ، فهو
أبعدُ عن الخطأ ، وأنقى للثمة ، ثم إذا نَجَزْتُ ، كتب ثبوتاً صحيحاً شرعياً ،
ثم يكتبُ سؤالَ الحكم على الإقرار ، كما ذكرناه .

٦٩٧ - وإن ثبتَ عنده ملكُ البائع للمبيع وتصرفه فيه ، كتب بعد نسخة
الكتاب ، وذكر اسم الشاهدين بالملك والتصرف واليد ، ثم يكتبُ سؤالَ الحكم
على الإقرار ، ثم الحكم (عليه)^(١) بالصحة ، ثم إجابة الحاكم لسؤال السائل ، وأنه
حكم على المتبايعين بموجب إقرارهما ، وقضى عليهما بمقتضاه ، وحكم بصحة البيع
في المبيع ، ويسوقُ الكلامَ ههنا ، حسبما ذكرناه في الإسجال المكتتب في ظاهر
كتاب الابتياح ، ولا خفاء فيه .

٦٩٨ - واعلم أن الحكم بصحة البيع درجة عالية ، هي منتهى غرض
المشتري ، ولكن لا يجوز للحاكم أن يحكم بصحة البيع حتى يثبتَ عنده ملكُ
البائع للمبيع حالة البيع ، وثبوتُ يده عليه حالة البيع ، فلو ثبتَ عندَ الحاكم
موتُ فلان ، وأنه لم يزل مالكاً لجميع كذا ، ومتصرفاً فيه إلى أن مات ، وخلّفه
لورثته ، وهم ابناهُ فلان وفلان ، وأن ذلك صارَ ملكاً للولدين المسمين ، فهذا
صحيح .

فلو أن أحدَ الولدين ، أوهما باعاً هذا الخلف لهما عن والدهما بعد موت
أبيهما بمدة ، ولم يُعلم زوالَ ملكهما بمزيل ، ولا زوالَ يدهما ، فهل يسوغُ للحاكم

(١) في الأصل : على .

أن يحكم بصحة البيع الواقع الآن ، بناءً على ثبوت الملك عنده من مدة سنة مثلاً ؟ مع إمكان زوال ملكها عن هذا المبيع في الباطن ، أو زوال يدها برهن مثلاً ؟ هذا عندي فيه نظر ظاهر ، والذي تلقيته من كلام الأصحاب وفهمته من فحواه أنه يجوز الحكم بصحة البيع ، والحالة هذه ، إذا كان القاضي الحاكم بالملك متذكراً حكمه ، علماً به من حين وقع ، وإلى حالة هذا [١١٠ / ب] البيع .

والسبب فيه أنه إذا كان الملك قد ثبت للمورث ثم للوارث ، واليد مقارنتاً له ، شاهدة به ، لكونها مشاهدة ، فالأصل استمرار ذلك إلى أن يعلم مناقضه ، ولم يظهر ما يناقضه إلى أن وقع عقد الابتيع عليه .

٦٩٩ - وبعد هذا ، في النفس من هذا بعد بقية ، لأنه لو جاز البناء على الظاهر ، وحكم بصحة البيع الآن بناء عليه ، لجاز الحكم بصحة البيع ، بناء على ظاهر اليد من غير ثبوت الملك عنده ، ولا قائل به ، لكن الفرق أنه متى ثبت الملك في زمن وجب إستدامته إلى أن يظهر مزيل له ، بخلاف ما إذا تجردت اليد ، فإنه لم يثبت الملك فيها لصاحبها في زمن قط ، عند هذا الحاكم ، فلم يجز الحكم بصحة البيع بناء عليها .

٧٠٠ - وأما ثبوت أهلية المتعاقدين المجهولين عند الحاكم ، فلا بد منها في الحكم بالصحة ، وإن علم الحاكم أهليتهما لشهرتهما ، أو بالبينة العادلة عنده المتقدمة ، حكم بالصحة ، ولم يحتج إلى تجديد إثبات ذلك عنده .

٧٠١ - وهكذا الحكم في الحكم بصحة الهبة ، وبصحة الإجارة ، وبصحة الوقوف ، وبصحة الرهن ، وبصحة العارية ، فإنه لا بد من إثبات الملك للمتصرف فيها .

٧٠٢ - وأما الإقرارُ فالحكمُ بصحته يتوقفُ على ثبوتِ اليدِ فقط للمقرِّ ، لا الملكِ ، فإنه يبطله ويناقضه ، فإن انضافَ إلى ثبوتِ يدِ المقرِّ ، حالة الإقرارِ ، ثبوتُ الملكِ للمقرِّ له ، جازَ الحكمُ بصحةِ الإقرارِ ، وبالملكِ للمقرِّ له

فهذا تمام الكلام في صورة الإسجال في البيع ، فيما إذا شهده شهدوا على إقرار المتبايعين .

٧٠٣ - فأما إن كانوا حَضَرُوا عقدَ التبايعِ الجاري بينهما ، فقد ذكرنا في فصلِ أداءِ الشهادة ، أن الشاهدَ يشهدُ بحضورِ العقدِ ، ولا يشهدُ على الإقرارِ^(١) ، فإذا ثبت ذلك على هذا الوضع كتب في الإسجال : نبتَ عندَ الحاكمِ ما نُسبَ إلى المتبايعين فيه ، وذكرَ الشاهدانَ أنَّهما حضرا في مجلسِ العقدِ الجاري بينهما ، وحكمَ على المتبايعين بذلك ، أو بما نُسبَ إليهما في باطنه ، ثم يتمُّ الكلام كما ذكرناه ، وهكذا يفعل الكاتبُ في تسجيلِ الهبات والإقرارات والوقوف والحوالات والإجراءات وهي طريقٌ مهَيِّجٌ ، لا يخفى على الفطن ، واستدل بما ذكرناه على ما تركناه .

إِ مِثَالِ شَرْحِ مَجْلِسِ حَكْمٍ | :

٧٠٤ - مثال شرح مجلس جرى عند حاكم بين متداعيين [١١١ / أ] في دار تنازعا فيها :

« بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ »

لما كان بتاريخ كذا وكذا ، حضرَ مجلسَ الحكمِ العزيزِ بمدينة كذا حرسها الله تعالى ، وسائر بلاد المسلمين ، لدى الحاكم بها - يومئذ وبسائر أعمالها

(١) فقرة ٤١٦ .

وجندها وضواحيها ، وما يتصل بها ، ويعتد من جملة أعمالها ، بالولاية الصحيحة الشرعية المتصلة الأسباب بالمواقف الشريفة النبوية الطاهرة الزكية المستنصرة بالله تعالى ، ضاعف الله جلالها ، وأسبغ ظلها - سيدنا القاضي الإمام ، ويذكر من ألقابه ونعوته ما يليق به ، ثم يقول : متكلم جائز كلامه ، مسموعة دعواه على الوضع الشرعي عن فلان بن فلان بن فلان ، وأحضر بحضوره (فلان)^(١) بن فلان بن فلان ، فادعى فلان المبدوء بذكره ، على فلان المثني بذكره ، أن المتكلم عنه فلان^(٢) مالك مستحق لجميع الدار الفلانية ، التي بهذه المدينة ، بمحلة كذا ، من موضع كذا ، حدتها كذا وكذا ، ويذكر حدودها الأربعة ، ثم يقول : هي ملك المتكلم عنه بجميع حقوقها وحدودها ، وأن فلاناً الحاضر مستولٍ عليها غصباً وتعدياً ، والمتكلم عنه يستحق إزالة يده عنها ، وتسليمها إليه ، وسأل الحاكم سؤاله عن ذلك ، فسأل الحاكم المسمى ، أيده الله تعالى ، المدعى عليه عن دعواه ، وأمره بالجواب عنها ، فأجاب بإنكار جميع الدعوى ، وذكر أن هذه الدار المشار إليها المحدودة ملكة ، ويده وتصرفه ، وأن المتكلم عنه لا يستحق تسليمها ، ولا تسليم شيء منها ، فطلب المدعي من الحاكم إحلاف المدعى عليه على ذلك ، فعرض الحاكم عليه اليمين فبذلها ، فأحلفه بالله سبحانه إن فلاناً المتكلم عنه لا يستحق عليه تسليم هذه الدار المشار إليها ، ولا تسليم شيء منها ، فحلف حسبما أحلفه الحاكم على ذلك اليمين الشرعية ، وتعوض المجلس على ذلك .

٧٠٥ - فإن هذا شرح ما جرى في التاريخ المذكور ، فهذا مثال شرح مجلس جرى إلى ههنا ، فإن كان جرى بعده إقامة بينة قال :

(١) في الأصل : فلاناً .

(٢) في الأصل : فلان .

فأحضر المتكلم شاهدين ، هما فلان وفلان ، شهدا لدى الحاكم بعد الاستشهاد الشرعي ، أن جميع الدار المشار إليها ، المحدودة في هذا الكتاب المدعى بها ، ملك [١١١ / ب] المتكلم عنه فلان ، فسمع الحاكم شهادة الشاهدين ، وقبلها بما رأى معه قبولها ، هذا إن كانا عدلين عنده .

٧٠٦ - وإن كان قد استزكاهما قال : فطلب الحاكم بعد أداء الشاهدين الشهادة من المدعي من يُعدّلها عنده ، أو من يزكيها عنده ، لعدم معرفته بتعدليهما ، فأحضر المدعي أربعة من الشهود المعدلين عنده ، هم فلان وفلان وفلان وفلان ، ويذكر أسماءهم ونعوتهم ، ثم يقول : فزكى فلان وفلان فلاناً ، تزكية مطلقة شرعية ، إن كانا زكياً عنده مطلقاً ، أو تزكية مقيدة ، إن كانا قيذا تزكيته ، وزكى فلان وفلان فلاناً تزكية مطلقة شرعية ، (إن أطلقا تزكيته)^(١) ، أو مقيدة إن قيدها ، ثم يقول : فسمع الحاكم شهادة الشهود بالتزكية وقبلها بما رأى معه قبولها ، وسأل المدعي عليه هل عنده معارضٌ لذلك ؟ أو دافع له بطلب المدعي ؟ فاستهل المدعي عليه الحاكم ثلاثاً لإحضار معارضٍ ، فأمهله الحاكم ثلاثة أيام متوالية ، أولها تاريخ هذا الكتاب ، وآخرها انقضاء المدة ، حين رأى جواز الإمهال في ذلك ثلاثة أيام شرعاً .

هذا شرح ما جرى بين المتداعيين في التاريخ المقدم ذكره .

٧٠٧ - هذا تمة شرح المجلس ، إن كان جملة ما وقع هذا ، فإن كان المدعى عليه أحضر بينة شهدت لنفسه بالملك ، كتب فيه بعدما ذكرناه :

فسأل الحاكم المدعى عليه ، هل عنده معارضٌ لما ثبت عنده للمتكلم عنه ، فأحضر المدعى عليه شاهدين ، هما فلان وفلان ، فشهدا بعد الاستشهاد

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

الشرعي شهادة متفقة لفظاً ومعنى ، أن جميع الدار المحدودة المشار إليها ملك هذا المدعى عليه ، فسمع شهادتها ، وقبلها بما رأى معه قبولها ، إذ كنا عنده من المعدلين ، بمدينة كذا .

هذا إن كنا معدلين عنده ، وإن لم يعرفها بذلك ، وطلب استزكاءها ، كتب كما ذكرناه في حق شاهدي المدعي بالتركية .

٧٠٨ - هذا شرح ما جرى ، فإن زاد على ذلك المدعي فأحضر بينة شهدت بأن يد المدعى عليه على هذه الدار يد عادية ، وأنه استولى عليها بطريق الغصب كتب : ثم بعد أن قامت للمدعي عليه بينة بالملك له دفعت بينة المدعي ، وترجحت عليها بيده الحاضرة ، أحضر المدعي بينة ، شهدت أن يد المدعى عليه على جميع هذه الدار غصب وعدوان ، والبينة هي فلان وفلان ، ثم يذكر عدالتها إن كنا معدلين عند [١١٢ / أ] الحاكم ، أو تركيتها ، واسم مزكيها ، إن لم يكن يعرفها بالعدالة ، فإذا طلب المدعي من الحاكم رفع يد المدعى عليه عن الدار ، وتسليمها إليه ، لترجح بينة الخارج النذكرة في شهادتها ، أن يد المدعى عليه يد غصب وعدوان على الدار المشار إليها ، وأجابته الحاكم إلى ذلك ، ورآه مذهبا ، (فإنه)^(١) المذهب الصحيح عندنا ، وفيه خلاف سبق ذكره في موضعه^(٢) ، وألزم المدعى عليه بإزالة يده عن الدار المشار إليها ، وتسليمها إلى المدعي ، فامثل أمره ، وسلم ذلك إلى المدعي بإذن الحاكم المذكور ، كتب بعد ما ذكرناه :

ثم أحضر المدعي بينة ، هي فلان وفلان ، شهدا بعد الاستشهاد الشرعي شهادة متفقة لفظاً ومعنى ، أن يد هذا المدعى عليه على هذه الدار المتنازع

(١) في الأصل : فإن ، فأضفت الضير لصحة المعنى والسياق .

(٢) فقرة ٣٠٩ وما بعدها .

فيها يد عادية ، يدُ غضبٍ وعُدوانٍ ، فسمعَ الحاكمُ شهادتهما ، وقبلها بما رأى معه قبولها بعد ثبوت عدالتها عنده ، هذا إن عرفَ عدالتها ، وإن جهلها وطلبَ استزكاءهما ، وزكاهما عدلان ، أو أربعةً عدولٍ ، كتبَ ذلك ، وكتب : فأمرَ الحاكمُ المدعى عليه تسليمَ الدارِ المشارِ إليها إلى المدعي ، بعد أن سأله عن معارضٍ ، إن كانَ عنده ، أو حجةً دافعةً يُحضرُها ، فلم يأتِ بدافعٍ ولا معارضٍ ، هذا شرح ما جرى في التاريخ المقدم ذكره

فهذا صورةٌ شرح مجلسٍ جرى بين متداعيين في دارٍ تداعياها ، ولن يُخفى أمثالُ ذلك في التنازع والتداعي بديونٍ أو أقاريرٍ بأملكٍ أو حوالاتٍ أو ضماناتٍ أو غير ذلك .

[صورة طلب الشفعة] :

٧٠٩ - مثالٌ شرح مجلسٍ جرى لدى حاكمٍ بين متنازعين في طلبِ شفعةٍ ، وأخذِ الشقصِ المشفوعِ بها ، بالثمنِ الذي أخذَ به المشتري .

قد ذكرنا من أحكامِ الشفعةِ أنَّها لا تثبتُ إلا في عقارٍ محتملٍ للقسمةِ على الصحيح من المذهبِ ، وأنها على الفورِ على الصحيح من المذهبِ ، وأنها تبطلُ بجهالةِ الثمنِ على الصحيح من المذهبِ ^(١) .

فإذا حضرَ الشفيعُ لدى الحاكمِ وأحضرَ معه المشتري ، وادَّعى عليه استحقاقه لأخذِ الشقصِ الذي ابتاعه ، وهو كذا من الأرض التي هي بمكان كذا من مدينة كذا ، وحدها كذا وكذا ، من بائعها فلان بن فلان ، بثمن جملته مائة درهم ، نقرةً ، [١١٢ / ب] حالةً ، قبضها البائعُ من هذا المشتري ، وأنه حالةً علمه بذلك أشهد عليه أنه طالبُ الشفعةِ في ذلك ، وأنه سعى في وقته إلى هذا

(١) فقرة ٣٥٤ وما بعدها ، فقرة ٦٠٩ وما بعدها ، وسيرد مزيد تفصيل لما فقرة ٨٧١ .

المشتري ، وطلبَ منه تسليمَ هذا الشَّقْصِ إليه بالشفعةِ ، وقبضِ الثمنِ ، وهو كذا وكذا درهماً منه ، وحرَّرَ دعواه بذلك على الوضعِ الشرعي ، وسألَ من الحاكمِ سؤاله عن دعواه ، فسأله الحاكمُ عن دعواه ، فَيُنظَرُ في الجواب :

فإن أجاب بالاعترافِ بجمعِ دعواه سلَّم الشفيعُ الثمنَ إلى المشتري وتسلمَ منه الشقصَ تسلمَ مثله ، وكتبَ الكاتبُ بصورةٍ ما جرى شرح مجلس ، ولا يخفى تصويره .

وإن أنكرَ المدعى عليه شراءه للشَّقْصِ ، فأقام الشفيعُ عليه بينةً به وبالثمنِ المعينِ ، كتبَ بذلك ، فإن اعترفَ بالشراء بالثمنِ المعينِ المعلوم ، وأنكرَ كونَ الشفيعِ مالكاً لشيءٍ من الأرضِ المطلوبِ أخذُ المبيعِ منها ، وأحلفه الشفيعُ باللهِ ، إنه لا يعلمُ فيها ملكاً ، وحلفَ لذلك ، فأقامَ الشفيعُ بينةً على ملكه لقدَّر معلومٍ شهدتِ البينةُ به ، وأخذَ الشقصَ بالشفعةِ ، وسلَّم الثمنَ إلى المشتري ، كتبَ بذلك شرح مجلسٍ بصورةٍ ما وقعَ بينهما لدى الحاكمِ .

فإن قامت بينةُ المشتري على أنَّ شراءه الشقصَ كان بئسٍ مجهولٍ ، هو صُبْرَةٌ من الدراهم ، مجهولةُ القدرِ والعددِ والوزن ، أو فصّ من الجواهر ، مجهولُ القيمة ، أو ما شابه هذا ، ورأى القاضي بطلانَ الشفعةِ بذلك ، فليس على المشتري إلا إحلافه باللهِ تعالى ، إنَّه لا يعلمُ قدرَ الثمنِ الذي وقعَ عقدُ الاتِّباعِ عليه ، فإذا حلفَ على ذلك سقطتِ الشفعةُ ، وكتبَ بذلك شرح مجلسٍ محكيٍّ فيه ما جرى .

٧١٠ - وإن كان الحاكمُ يرى رأيَ أبي العباسِ ابنِ سُرَيْجٍ في أنَّ للشفيعِ أن يُخَمِّنَ في نفسه قدرًا ، يذكرُ أنَّه قدرَ الثمنِ ، ويستحلفَ المشتري عليه ، فادعى بذلك على المشتري ، فأجابَ المشتري بأنَّه كانَ أكثرَ مما قدره الشفيعُ ، فأحلفه

على ذلك ، وحلفَ عليه ، ثم تَرَقَّى الشَّفِيعُ ، فادَّعى قَدْرًا زائدًا على ما ذكره أولاً ، وأحلفَه عليه ، وهكذا إلى أن تَنْتَهِيَ القَضِيَّةُ بينهما والتداعي إلى أن يُنْكَلَ المشتري عن اليمين ، فيحلفُ البائع ، ويأخذ بما قَدَّرَه آخِرًا ، وحلفَ عليه ، أو يَنْقَطِعُ الشَّفِيعُ عن دعواه زيادةً على ما سبقتِ به الدعاوي^(١) ، فتتفصلُ الحكومةُ بينهما بحلفِ المشتري آخِرًا ، وسكوتِ الشَّفِيعِ عن تجديدِ دعوى أخرى ، [١١٣ / أ] فإذا رأى الحاكمُ جوازَ الدعوى بذلك شرعاً ، فهما انتهى الأمرُ إليه ، وانقضتِ الخصومةُ عليه ، كتبَ كاتبه شرحَ ما جرى من أولِ الخصومةِ إلى آخرها .

٧١١ - فإن انتهى الأمرُ إلى حَلْفِ الشَّفِيعِ على قَدْرِ عَيْنِهِ للثنيةِ ، وحلفَ عليه بعد نكولِ المشتري عن اليمينِ عليه ، استحق أخذَ الشَّقْصِ بالشفعةِ ، وَسَلَّمَ إلى المشتري الثمنَ الذي عَيْنَهُ ، وحلفَ عليه ، وكتبَ له بذلك .

وإن انتهى الأمرُ إلى أنَّ المشتريَ حلفَ على أنَّ الثمنَ كانَ أزيدَ مما انتهى تعيينُ البائعِ إليه ، ولم يدعِ البائعُ زيادةً عليه ، سقطتِ الشفعةُ ، فيكتبُ الكاتبُ صورةَ ما جرى لدى الحاكمِ المتنازِعِ لديه ، ويرتبه على الوضعِ الصحيحِ الشرعي ، والرسمِ المعتادِ في مجالسِ الحكامِ ، وملاحظةِ الحاكمِ ملاحظةَ إمعانٍ ، ويقراه قراءةَ إتقانٍ ، فإذا وجده صحيحاً ، جيدَ الترتيبِ ، عَرِيّاً عن لحنٍ ، عَلمَ على أعلاه بعلامته المعتادة له ، المشهورة ، وكتبَ تاريخه بخط نفسه ، في موضعِ كان الكاتبُ قد تركه بياضاً لذلك ، ثم يَحْبِسُهُ الحاكمُ في آخر سطرٍ منه بخطه ، بقوله : وحسبنا الله ونعم الوكيل ، أو ما شابهَ هذا ، حَدَرًا من إلحاقِ شيءٍ به ، لم يَجْرِ عندَ الحاكمِ ، ثم يُشْهَدُ الحاكمُ على نفسه بما نُسبَ إليه فيه ، وأنَّ الأمرَ جرى عنده على ما شرح فيه ، من حضره من المعدلين عنده .

(١) انظر رأي ابن سريج صفحة ٣٤٧ فقرة ٣٦٢ .

فصل

في

ذكر أمثلة ما يصدرُ عن الحاتم من الكتب الحكيمة وغيرها

[ثبوت الدين] :

٧١٢ - مثالُ مكاتبةٍ حكيمةٍ صدرتُ عنه بثبوتِ دينٍ يتخذها الكاتبُ
أَمْوِذْجاً لغيرها .

ينبغي أن يتخذَ الكاتبُ للمكاتبةِ الحكيمةِ مَدْرَجاً من الكاغِدِ الجيدِ ، النقي
اللونِ ، الظاهرِ الصقالِ ، وَيُلصِقُهُ لِصاقاً متمكناً ، ويجعله ذا عرضٍ متوسطٍ ،
يُظهر به أهتتها ، وأهبةَ الصادرِ عنه ذلك ، والوارد عليه .

[صفات الكاتب] :

٧١٣ - وليكن الكاتبُ فقيهاً ثبناً فهِماً عَدِلاً عاقلاً عفيفاً جيدَ الخطِ ،
حسنه ، عارفاً بطرفِ صالحٍ من الأدبِ ، يصونه عن اللحنِ ، ثم يكتبُ
الكتابَ الحكيَّ بقلمٍ غليظٍ ، يُسمى في عرفِ الكتابةِ قلمَ الثُلثِ ، خطأً حسناً ،
مرتباً محرراً بأسطري مقومةٍ ، وكلماتٍ مبيّنةٍ ، ويباعدُ بين الأسطر مباعداً تليق
به ، وليكتب ما صورته :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

٧١٤ - هذا كتابي ، أطال الله بقاءَ كلِّ منْ يصلُ إليه من قضاةِ المسلمين
وحكامهم ، [١١٣ / ب] وأدام تأييده وتَسديده ، وأجزَلَ من أسنى عوارفه ،

حظّه ومزيده ، وكّبت عدوّه وحسوّه ، والسلامة في ظل الخدمة الشريفة المولوية النبوية العدنانية الإمامية المستنصرة بالله تعالى ، الطاهرة الزكية ، ضاعف الله تعالى جلالها ، ومدّ على طبقات الخلائق ظلّالها شاملة ، ونعمّ الله عندي متكاملة ، والمحمد لله على توالي أفضاله ، وصلاته على سيدنا محمد النبي وعلى صحبه وآله .

وسبب تحريره وإنشاء مسطوره أنّه ثبت عندي - بمجلس الحكم العزيز ، بمدينة كذا ، الذي أحكمّ فيه ، للدولة القاهرة السلطانية الملكية الفلانية ، ثبتّ الله قواعدها وأطدها^(١) ، ورفع مبانيها وشيّدتها ، بالتولية الصحيحة الشرعية المتصلة الأسباب بالمواقف الشريفة الإمامية العباسية المستنصرة بالله تعالى ، الطاهرة الزكية ، حرس الله أيامها ، وأيدّها ، وأدام دولتها على الكافة ، وخلّدتها ، بحضور من خصمين متداعيين ، جاز تخاضمها لديّ ، واستماع الدعوى وقبول البينة ، من أحدها على الآخر ، بشهادة فلان بن فلان بن فلان ، يذكر نعتّه واسمّه ، ويرفع في نسبه ، وما يُعرف به ، وفلان بن فلان بن فلان ، ويفعل به كذلك ، ثم يكتب : وهما عندي من المعدلين بمدينة كذا حرسها الله تعالى ، عرفتها فسمعت شهادتها وقبلتها بما رأيتُ معه قبولها - إقرار^(٢) المقرّ للمدين المسمى في كتاب الدين المؤرخ بكذا وكذا ، وإشهادّه على نفسه بجميع ما نسب إليه فيه ونسخته . . ثم يفصلُ به سطرين ببياض يتسع لكتابة نسخة كتاب الإقرار بالدين ، بقلم النسخ الرقيق بأسطر متلازمة متقاربة ، فينقله حرفاً بحرف ، ويكون طول الأسطر التي لنسخة كتاب الدين على ثلثي أسطر بقية الكتاب .

(١) أطدها : ثبتها ، أطمدها الله تعالى ملكه تأطيداً ثبته .

(٢) اللفظ فاعل لفعل ثبت في أول الكتاب الحكمي .

ثم يكتب بالقلم الغليظ الأول على مسافة الأسطر المتقدمة ووضعها وترتيبها ما صورته حسبما تضمنه كتاب الإقرار بالدين المشار إليه ثبوتاً صحيحاً شرعياً : ولما جرى الأمر عندي على شرح في هذا الكتاب سألتني جائز المسألة المكتابة بذلك إلى سائر القضاة والحكام ، أحسن الله توفيقهم وإيائي ، فأجبت سؤاله ، لجوازه له شرعاً ، وتقدمت بهذا الكتاب ، فكتبه ، وبالصاق كتاب الإقرار بالدين المشار إليه آخره ، فألصق ، فمن وقف عليه منهم ، أيده الله تعالى ، وتأمله واعتمد في [١١٤ / أ.] إنفاذه ، والعمل بموجبه ، ما تقتضيه الشريعة المطهرة ، حاز أجراً جزيلاً ، وثناءً طيباً جميلاً ، وفقنا الله تعالى لما يحبه ويرضاه بمنه وكرمه .

وكتب من مجلس الحكم العزيز بمدينة كذا ، بتاريخ كذا وكذا ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

٧١٥ - فهذا صورة الكتاب الحكمي ، وينبغي للكاتب أن يخلي بياضاً بين أسطر آخر الكتاب ، أكثر من بقية ما بين الأسطر المتقدمة ، ليكتب الحاكم الصادر عنه هذه المكتابة الحكيمية بخط يده بينها ماصورته :

هذا كتابي ، صدر عني ويأذني ، إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أحسن الله توفيقهم أجمعين ، وجرى الأمر عندي على ما بين فيه وذكري ، فمن وصله منهم ، وأجراه على مقتضى الشرع ، حاز إن شاء الله تعالى أجراً جزيلاً ، وثناءً جميلاً ، وفقنا الله تعالى وإياه لما يحبه ويرضاه ، بمنه وكرمه ، وهو محتومٌ بخاتم ، يفهم من قراءة نفسه كذا وكذا ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

٧١٦ - فهذه كلمات يكتبها الحاكم بخطه بين الأسطر الأواخر من الكتاب الحكمي بين كل سطرين مع أسطر الكتاب ، سطران بخط نفسه ، وقد تختلف

بعض الألفاظ ، وتُستبدل ببعض ، بناءً على جَرِي العادات ، واختلافِ
المواسم ، والغرضُ معرفةَ الطريقِ المنهوجِ ، ثم يُعَلَّمُ الحَاكِمُ الصادرُ عنه الكتابُ
الحكْمِيُّ على أعلاه ، على الجانبِ الأيمن ، بعلامتهِ المعروفةِ به ، ويُعَلَّمُ على
أوصاله بعلامتهِ أيضاً ، إما الأولى ، وإما علامةً أخرى معروفةً به ، ويُلقَقُ في
آخره كتابُ الإقرارِ بالدَّيْنِ المشارِ إليه ، ويعَلَّمُ الحَاكِمُ على وصلهِ بما صورته :
هذا هو كتابُ الإقرارِ بالدَّيْنِ المشارِ إليه ، ويُخَيِّطُ الكَاتِبُ الكتابَ ويختمه بين
يدي الحَاكِمِ بخاتمِ الحَاكِمِ ، أو يختمه الحَاكِمُ بنفسه .

٧١٧ - ويكتب الكَاتِبُ بخطه على ظاهره موضعَ الختمِ ما صورته :

بسم الله ، وعليه نتوكل ، وبه نستعين ، من الفقير إلى عفو الله تعالى
ورحمته فلان بن فلان بن فلان ، الحَاكِمِ بمدينة كذا وسائر أعمالها وجندها
وضواحيها ، وما هو مضاف إليها ، بالولايةِ الصحيحةِ الشرعيةِ ، عفا الله تعالى
عنه ، إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، أحسن الله توفيقه .

| كتابة مضمون الكتاب الحكمي |

٧١٨ - ثم يكتب لهذا الكتاب الحكمي مضموناً في مَدْرَجٍ آخر ، مثاله بعد
البسمة : مضمونٌ [١١٤ / ب] الكتاب الحكمي الصادر عن (مُصدره)^(١)
القاضي فلان ، ويذكر من نعوتِهِ وألقابه ما هو لائقٌ به ، ثم يقولُ : الحَاكِمِ
يوميئذ بمدينة كذا وسائر أعمالها وجندها وضواحيها ، بالولايةِ الصحيحةِ المتصلةِ
الأسبابِ ، بالمواقفِ الشريفةِ النبويةِ الإماميةِ العباسيةِ (الطاهرة)^(٢) الزكيةِ
المستنصرةِ بالله تعالى ، ضاعفَ الله جلالها ، وأسبغَ ظلالها ، أنَّه ثبتَ عنده -
بمجلسِ الحكمِ المذكورِ بحضورِ من خصمين مدعٍ ومدعى عليه ، جازَ استماعُ

(١) اللفظ من هامش الأصل .

(٢) في الأصل : الطاهرية .

الدعوى ، وقبول البيّنة من أحدهما على الآخر ، بشهادة فلان وفلان ، وهما عنده من المعدّلين ، بمدينة كذا ، عرفها فسمع شهادتهما ، وقبلها بما رأى معه قبولها - إقرار المقرّ المدين المسمى في كتاب الإقرار بالدين ، المُلصق أوله بأخر الكتاب الحكمي الذي هذا مضمونه بجميع ما نسب إليه فيه ، ونسخة كتاب الإقرار المشار إليه :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

ثم يكتب الكاتب نسخة كتاب الإقرار المشار إليه حرفاً بحرف ، ثم يكتب ثبوتاً صحيحاً شرعياً ، وتاريخ الكتاب الحكمي ، الذي هذا مضمونه ، كذا وكذا ، ومثال العلامة على أعلاه كذا وكذا ، ومثال العلامة على أوصاله التي عددها كذا وكذا ، كذا وكذا ، والجميع تحت ختمه الذي يفهم من قراءة نفسه كذا وكذا ، وعدد أسطره بالبسملة والممدلة كذا وكذا أسطراً ، والحمد لله رب العالمين ، ثم يعلم الحاكم على أعلاه بعلامته ، ويجبسه في آخره بعلامة أخرى .

٧١٩ - والمقصود أنّ هذا المضمون مضمّن شرح ما كتّب في الكتاب الحكمي من شرح تداعي المتداعيين ، وإقامة البيّنة المذكورة في الكتاب الحكمي ، واسم المدين ، وربّ الدين ، وقدره ، ونقل ذلك من نسخة الأصل حرفاً بحرف ، نفيّاً للتهمة وسلوكاً لأضبط الطرق وأحوطها .

٧٢٠ - ومنّ الناس من يكتب في هذا الكتاب الحكمي مضمون كتاب الدين ، ولا يتكلف نقل نسخه حرفاً بحرفاً ، ومنهم من يكتب نسخه في الكتاب الحكمي حرفاً بحرف ، ويسقط هذه الكلفة في كتاب مضمونه ، ويقتصر على ذكر المضمون فقط ، ونقل الكتاب حرفاً بحرف ، في كتابي الكتاب الحكمي وفي مضمونه أولى .

فهذه أمثلة كتاب حكي تضمن ثبوت إقرار بدين ، ومثال مضمونه ، فإن كان الثابت لدى الحاكم إقراراً بعبدي أو حيوان أو بكفالة أو حوالة أو [١١٥ / أ] نكاح أو صداق أو غير ذلك من الحقوق التي يجوز نقلها بالمكاتب الحكية ، كتبها الكاتب على النط الذي ذكرناه ، ولن يخفى ذلك على الفطن الفقيه

مثال فصل

[في]

ورود مكاتبة حكية من القاضي الكاتب إلى القاضي المكتوب إليه

٧٢١ - إذا وردت على حاكم مكاتبة حكية من حاكم كتبها إليه ، وشهد على القاضي الكاتب شاهدا عدل عند الحاكم المكتوب إليه ، وصح ذلك لديه ، وقبلها قبول أمثاله ، كتب الكاتب في ظاهر المكاتبة الحكية ، ما صورته بعد البسمة :

هذا ما أشهد عليه الحاكم فلان ، ويذكر من أسائه وألقابه وولايته ما يليق به ، ثم يكتب : أشهد على نفسه من حضر مجلس حكمه من المعدلين عدلين ، أنه ورد عليه هذا الكتاب الحكي الصادر عن مصدره ، المسمى فيه ، القاضي فلان ، الحاكم بمدينة كذا ، وذلك بحضور من خصمين متداعيين ، وروداً مسكوناً إليه ، موثقاً به ، وفضاً ختمه بسؤال مورده ووقف عليه ، وعلى ما هو متصل به ، فألفاه للحق مطابقاً ، وللشريعة موافقاً ، وقبله قبول أمثاله من الكتب الحكية ، بعد أن شهد عنده - بصحة وروده من جهة مصدره المسمى - شاهدان ، هما فلان وفلان ، وهما عند هذا الحاكم المكتوب إليه ، الوارد عليه ، من المعدلين ، عرفهما فسمع شهادتهما ، وقبلها بما رأى معه قبولها ،

وأشهد على نفسه بما نُسب إليه في هذا الإسجال ، في تاريخ وروده وفضه ، وهو كذا وكذا .

٧٢٢ - وإن كان شهودُ الكتابِ ليسا بمعدلين عند الحاكم المكتوب إليه ، كتب فيه أنه زكاهما من المعدلين عنده فلان وفلان وفلان ، ويكتب ما جرت العادةُ به في ذلك ، وإن شاء أن يختصر ذلك كله فليكتب بعد البسمة : وردَ هذا الكتابُ الحكميُّ الصادرُ عن مصدره المسمى فيه على الحاكم فلان ، الحاكم بمدينة كذا ، ثم يسوق ما ذكرناه أولاً ههنا ، وكلَّ جائزٍ معهودٍ .

٧٢٣ - واعلم أنَّ الكتابَ الحكميَّ يجوزُ أنْ يكتبه القاضي الكاتبُ مُطلقاً إلى كل من يَصِلُ إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، ولا يعينُ فيه أحداً من الحكام ، ولا يسميه فيه ، وهذا جائز عند الشافعي رضي الله عنه ، مقبول [ب / ١١٥] عنده ، بلا خلاف ، وعليه عملُ الحكام في الأمصار^(١) .

٧٢٤ - وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : لا يقبلُ الكتابُ الحكمي إلا إذا قال القاضي فيه : هذا كتابي إلى الحاكم فلان ، (ويسمي حاكماً من حكام البلدان ، أو يكتبُ : هذا كتابي إلى القاضي فلان)^(٢) ، ويسميه ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، فيقبَلُ عند أبي حنيفة في هاتين الصورتين ، وعندنا يقبلُ في الكل^(٣) .

٧٢٥ - ومن القضاة الحنفية يومئذٍ من يقبلُ الكتابَ المطلقَ ويعملُ به ، إما تقليداً للشافعي ، لأنَّ عنده يجوزُ تقليدُ الحاكم غيره ، بل عنده يجوزُ توليةُ

(١) انظر : الروضة : ١١ / ١٨١ ، ومر تفصيل هذا الموضوع فقرة ٥٦٦ وما بعدها

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

(٣) سبق الإشارة إلى هذا الخلاف فقرة ٥٦٦ صفحة ٤٧٤ .

القاضي العامي المقلد الذي لا يعرف شيئاً من العلم^(١) ، أو تقليداً لبعض أصحاب أبي حنيفة الموافقين للشافعي في ذلك ، إن كان ذهب إليه منهم ذاهباً .

٧٢٦ - والأولى عندنا في هذا أن القاضي الكاتب إن كان حنفياً ، والحق المكتوب به إلى بلد ، حاكمه حنفي ، فينبغي أن يسمي الكاتب المكتوب إليه ، كما تقتضيه قاعدة مذهبه ، أما إن كان القاضي الكاتب شافعيًا ، والمكتوب إليه شافعيًا ، فالأولى إطلاقه أو تقييده ؟ فيه خلاف مأخوذ من أصول لنا تضاهي هذا ، وهي تختلف فيها بين أصحابنا .

وإن كان الكاتب شافعيًا ، والمكتوب إليه حنفياً ، فالأولى تقييده ، والتصريح باسمه .

وإن كان الكاتب حنفياً ، والمكتوب إليه شافعيًا ، فقياس مذهبه التصريح باسم المكتوب إليه ، لأنَّ عنده لا يجوز قبول الكتاب الحكمي المطلق ، ولا العمل به ، فلا ينبغي أن يصدر عنه ما يعلم أنه غير قائل به .

وهذه أمثلة حسنة ، ومباحث لطيفة ، قلَّ مَنْ تَقَطَّنَ لها من العلماء ، وصفحها ، وبالله تعالى المستعان .

كتاب بيع مرهون :

٧٢٧ - مثال كتاب بيع مرهون في وفاء دين ، كان المرهون رهناً به .

إذا ثبت دين على ميت لصاحب دين ، وبالدين رهن عقار مثلاً ، ثبت

(١) يقول المرغيناني : فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله . . . ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، وقال المحصكي : فصح تولية العامي . . . ويحكم بفتوى غيره ، (انظر القدير : ٥ / ٥٠٦ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ / ٣٦٥ ، بدائع الصنائع : ٩ / ٤٠٧٩) .

عند الحاكم إقرار الميثِ الراهنِ المدينِ به بطريقه الشرعي ، وحكم له على المقرِّ بذلك بعد إحلافه اليمين الشرعية المعتبرة في الحكم على الميثِ شرعاً ، وطلب من الحاكم بيع المرهون في وفاء الدين ، وعرض الحاكم ذلك على البالغين من الورثة ، وعلى الناظر في مال الأطفال منهم ، وخيرهم بين الوفاء من أموالهم ، واقتداء المرهون ، وبين بيعه ، إن لم يرغبوا في فدائه ، ولم يكن للميث مالٌ عتيق حاضر يوفى منه الدين ، وانحصرت جهة وفاء الدين من هذا المرهون^(١) ، وثبت عند الحاكم [١٦٦ / أ] أن المرهون ملك الراهن ، وأنه كان بيده حالة رهنه وإقباضه من المرتهن المذكور ، فإذا أجاب الحاكم سؤال المرتهن ، وأمر بالنداء على المرهون وإشهاره أياماً متوالية على ذوي الرغبات ، وانتهت الدفيعَةُ فيه من الراغب في شرائه إلى ألفِ درهم مثلاً ، احتاط الحاكم ، وندب إلى تقويمه شاهدي عدل من أهل الخبرة به ، وأمرها بالوقوف عليه ومشاهدته ، جملة وتفصيلاً .

فإذا شهد المقومان عنده ، بعد الاستشهاد الشرعي ، أن قيمة المرهون ألفُ درهم ، القيمة العادلة ، وسمع شهادتها بذلك ، ثم عرف الورثة البالغين بما جرى عنده من ذلك ، والناظر في مال الأصغر منهم .

فإن رغبوا في فك المرهون بأموالهم فلهم ذلك ، وإن اتفقوا على بيع المرهون بأنفسهم من غير أن يتولى الحاكم ذلك ، وزهدوا بأجمعهم في المرهون ورغبوا عنه ، وامتنعوا من مباشرتهم البيع بأنفسهم ، نصب الحاكم أميناً ، رأى المرهون وشاهدته ، وباع ممن رغب في شرائه ، وزاد على من سواه ، جزءاً من المرهون بقدر الدين ، إن أمكن ذلك .

(١) في الأصل : من غير هذا المرهون ، بإضافة غير ، وهو خطأ وزيادة في النقل .

وإن كان ثمنُ جميعِ المرهونِ بقدر الدين باع جميعه به ، وإن لم يرغب المرتهنُ ولا غيره في شراء بعض المرهون بقدر الدين ، يبيع كلُّ المرهون بقدر الدين ، وبما يزيدُ عليه ، ووفى من ثمنه قدرَ الدين ، ودفع الباقي إلى الورثة ، هكذا ذكره الماورديُّ في مواضع كثيرة .

أ صورة كتاب بيع الرهن | :

٧٢٨ - فإذا باع الحاكمُ جميعَ المرهون في وفاء الدَّين ، وكانَ قدرُ ثمنه بقدرِ الدَّين ، كتب الكاتب :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

هذا ما اشترى فلانُ بنُ فلانِ بن فلان ، من فلانِ الذي نصبه سيدنا الحاكمُ فلانُ الحاكمُ بمدينة كذا وسائر أعمالها وجندها وضواحيها ، بالولاية الصحيحة الشرعية المتعلقةِ الأسبابِ بالمواقفِ الشريفةِ النبويةِ المستنصرةِ بالله تعالى ، الطاهرةِ الزكية ، ضاعفَ اللهُ جلالها ، وأسبغَ ظلالها - أميناً بائعاً على المدين المتوفى يومئذ ، فلان بن فلان بن فلان ، في وفاء ما ثبتَ عليه من الدَّين ، الذي جملته ألفُ درهم فضة ناصرية ، لهذا المرتهن المذكور ، بعد أن ثبتَ - عندَ سيدنا الحاكمِ المسمى بمحضر من خصمين متداعيين ، جازَ تخاصمها ، واستماعَ الدعوى ، وقبولُ [١١٦ / ب] البينةِ منْ أحدهما على الآخر ، بشهادةِ فلان وفلان وفلان ، وهم عنده من المعدلين بمدينة كذا ، عرفهم فسمعَ شهادتهم بذلك ، وقبلها بما رأى معه قبولها - إقرارُ المدين المتوفى المبيع عليه ، فلان بن فلان المذكور ، وإشهاده على نفسه طائعاً ، أنْ عليه وفي ذمته لربِّ الدَّين المقدمِ ذكراً ، فلان بن فلان ، من الدراهمِ الفضةِ الناصرية ، ألف درهم ، وأحد نصفها خمسمائة درهم ، ديناً له عليه ، ثابتاً لازماً ، وحقاً واجباً مؤجلاً ، يحلُّ عليه جملةٌ واحدةٌ في كذا وكذا ، وأقرَّ بالملاءةِ بذلك كله ، والقُدرةِ عليه ، وأنَّه

رَهْنٌ عَلَى ذَلِكَ ، وَعَلَى كُلِّ جِزْيَةٍ مِنْهُ ، جَمِيعَ الدَّارِ الَّتِي بِمَدِينَةِ كَذَا مِنْ مَحَلَّةِ كَذَا ، حَدُّهَا كَذَا وَكَذَا ، بِجَمِيعِ حَقُوقِهَا كُلِّهَا ، وَحُدُودِهَا وَرَسُومِهَا وَسُفْلِهَا وَعُلُوقِهَا وَحَجَرِهَا وَمَدْرِيهَا وَطَرِيقِهَا وَمَوَاقِعِهَا وَمَا هُوَ مَنْسُوبٌ إِلَيْهَا ، وَمَعْرُوفٌ بِهَا ، دَاخِلَ الحُدُودِ وَخَارِجَهَا ، رَهْنًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا مُرْتَبًا مَشَاهِدًا مَقْبُوضًا ، قَبْضُهُ المَرْتَبُ الْمَسْمُومُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ الْمَذْكُورِ ، قَبْضًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا ، لَا فِكَاكَ لَهُ ، وَلَا لِشَيْءٍ مِنْهُ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الجُمْلَةِ المَعِينَةِ ، وَأَشْهَدُ عَلَى نَفْسِي طَائِعًا بِتَارِيخِ كَذَا وَكَذَا ، اشْتَرَى المَشْتَرِي الْمَذْكُورُ مِنَ الأَمِينِ البَائِعِ الْمَسْمُومِ بِإِذْنِ الحَاكِمِ الْمَذْكُورِ ، وَبَاعَ مِنْهُ جَمِيعَ الدَّارِ المَحْدُودَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي هَذَا الكِتَابِ ، بِجَمِيعِ حَقُوقِهَا كُلِّهَا ، وَحُدُودِهَا وَرَسُومِهَا ، وَسُفْلِهَا وَعُلُوقِهَا ، وَحَجَرِهَا وَمَدْرِيهَا ، وَطَرِيقِهَا وَمَرَاقِقِهَا ، وَمَجَارِي مِيَاهِهَا ، وَبِكُلِّ حَقٍّ مِنْ قَلِيلٍ أَوْ كَثِيرٍ هُوَ لِذَلِكَ ، وَمَعْرُوفٌ بِهِ ، وَمَنْسُوبٌ إِلَيْهِ ، دَاخِلَ الحُدُودِ وَخَارِجَهَا ، مِنْ حَقُوقِهَا الوَاجِبَةِ لَهَا ، شَرَاءً صَحِيحًا شَرْعِيًّا ، وَبَيْعًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا ، قَاطِعًا مَاضِيًّا ، غَرِيًّا عَنْ كُلِّ مُفْسِدٍ وَمُبْطِلٍ ، جَامِعًا لِجَمِيعِ شُرُوطِهِ وَمَعْتَبَرَاتِهِ المَعْتَبَرَةِ فِيهِ شَرْعًا ، بَيْنَ جُمْلَتِهِ - مِنَ الدَّرَاهِمِ الفُضَّةِ النَقْرَةَ الحَالِيَةَ مِنَ الغَشِّ الوَازِنَةِ بِالصَّنْجَةِ المَتَعَامَلِ بِهَا يَوْمَئِذٍ بِمَدِينَةِ كَذَا - أَلْفٌ دَرَاهِمٌ ، نَصْفُهَا خَمْسَمِائَةِ دَرَاهِمٍ ، سَلَّمَ المَشْتَرِي الْمَذْكُورُ بِإِذْنِ الحَاكِمِ الْمَسْمُومِ جَمِيعَ الثَّمَنِ المَعِينِ بِتَمَامِهِ وَكَالِهِ إِلَى الأَمِينِ البَائِعِ الْمَسْمُومِ ، فَتَسَلَّمَ مِنْهُ بِإِذْنِ الحَاكِمِ الْمَذْكُورِ تَسْلَمًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا ، بَرِئَتْ بِهِ ذِمَّةُ المَشْتَرِي الْمَذْكُورِ بِرَاءَةٍ صَحِيحَةٍ شَرْعِيَّةٍ ، بِرَاءَةِ قَبْضِ وَاسْتِيفَاءِ لِجَمِيعِ ذَلِكَ ، وَسَلَّمَ البَائِعُ الأَمِينُ الْمَذْكُورُ جَمِيعَ البَيْعِ المَعِينِ فِي هَذَا الكِتَابِ ، لِجَمِيعِ [١١٧ / أ] حَقُوقِهِ وَحُدُودِهِ وَرَسُومِهِ وَأَبْنِيَّتِهِ وَأَلَاتِهِ ، فَتَسَلَّمَهُ المَشْتَرِي الْمَذْكُورُ مِنْهُ بِإِذْنِ الحَاكِمِ الْمَسْمُومِ تَسْلَمًا صَحِيحًا شَرْعِيًّا ، كَمَا تَسَلَّمَ أَمْثَالَهُ ، وَصَارَ جَمِيعُ المَبِيعِ المَشَارِ إِلَيْهِ ، بِجَمِيعِ حَقُوقِهِ وَحُدُودِهِ وَأَلَاتِهِ وَأَبْنِيَّتِهِ وَرَسُومِهِ ، مِلْكًا لِهَذَا المَشْتَرِي الْمَذْكُورِ فِي هَذَا الكِتَابِ وَلَهُ وَحَقُّهُ ، مِلْكًا مِنْ جُمْلَةِ أَمْلاكِهِ ، وَحَقًّا مِنْ جُمْلَةِ حَقُوقِهِ ، وَوَاجِبًا مِنْ

واجباته ، وييده وتحت تصرفه واستيلائه ، يتصرف فيه وفي كل جزء منه تصرف المالكين الحائزين المستحقين المستوجبين في أملاكهم ، بغير مانع ولا منازع ولا معارض ، دون البائع المسمى ، ودون المبيع عليه المذكور ، ودون سائر الناس أجمعين .

٧٢٩ - ثم بعد أن جرى الأمر على ما ذكر في هذا الكتاب ، وقبض الأمين البائع المسمى فيه من المشتري المذكور فيه ، بإذن الحاكم المسمى ، جميع الثمن الذي قبضه (المقر منه ، بإذن الحاكم المسمى ، للقباض البائع في صرف جميع الثمن)^(١) ، وتسليمه إلى رب الدين المرتهن المسمى في هذا الكتاب ، وفاءً عن دينه المعين فيه ، الذي بيع في وفائه هذا المبيع المذكور ، بعد أن سأله جائز المسألة الإذن له في ذلك ، فامثل الأمين البائع القابض المذكور إذن الحاكم المسمى ، وسلم جميع الثمن المعين المشار إليه بتمامه وكاله وافيأً وازناً إلى المرتهن رب الدين المذكور في هذا الكتاب ، وفاءً عن دينه الثابت المحكوم به ، المشار إليه ، فتسلمه رب الدين المذكور منه ، وقبضه بتمامه وكاله وافيأً وازناً ، تسليماً صحيحاً شرعياً ، وقبضاً صحيحاً شرعياً ، برئت به ذمة المدين الراهن المبيع عليه المذكور ، براءة صحيحة شرعية ، براءة قبض واستيفاء لجميع ذلك ، وخلت به يد الأمين البائع القابض له ، خلواً صحيحاً شرعياً .

٧٣٠ - وهذا التبائع المشار إليه جرى بين المتبايعين المذكورين ، بعد أن نظرا إلى هذا المبيع وعانياه وشاهداه وخبراه ، وعلماه جملة وتفصيلاً ، علماً نفى به عنها غرر الجهالة ، وألزما عقد البيع فيه ، وأبرماه ، وافترقا عن تراض منها ، وعن إلزام العقد وإبرامه بإذن الحاكم المسمى ، أيده الله تعالى ، وعن

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل ، وبعدها : صح .

قبض من الطرفين بإذنه ، وأشهد المتبايعان ورب الدين القابض بما نسب إليهم فيه ، بتاريخ كذا وكذا .

وهذا البيع [١١٧ / ب] جرى بإذن سيّدنا الحاكم المذكور ، أيده الله تعالى ، بعد أن أمر بالنداء عليه ، وإشهاره على ذوي الرغبات ، أياماً متوالية ، وإن أقصى ما دُفع فيه ، وانتهت إليه رغبات الراغبين في شرائه ، هذا الثمن المشار إليه من المشتري المذكور^(١) ، ثم ندب إلى تقويمه شاهدين خبيرين بقيمة الأملاك ، مقبولي القول عنده ، في مثل ذلك ، فوّقفاً على ذلك كله ، وعايناه وشاهداه وعلماه جملة وتفصيلاً ، وشهدا لدى الحاكم المسمى بعد الاستشهاد الشرعي أن قدر الثمن المعين هو ثمن المثل ، وقية عادلة لمبيع المعين ، لا غبن فيه ، ولا حيف ولا شطط ، فسمع الحاكم شهادتها بذلك ، وقبلها ، وصح الإشهاد عنده ، على ما فصل وثبت عنده ، أنه وقع على الوضع الشرعي ، ثم وقع بناء الإذن في البيع على ما ذكر ، فبيع وجرى العقد بين المتبايعين ، والقبض من الطرفين ، حسبما فصل وشرح .

فأشهد سيّدنا الحاكم المسمى على نفسه الكريمة ، بما نسب إليه في الكتاب ، وأشهد المتبايعان والقابض على أنفسهم بما نسب إليهم فيه ، وذلك في التاريخ المقدم ذكره ، فهذه (صورة)^(٢) اقتضاء الدين المرهون إذا بيع به .

٧٣١ - الصورة الثانية - أن يكتب متبدئاً مصدرأ الكتاب بما صورته :

لما ثبت عند سيّدنا الحاكم فلان ، ويذكر ألقابه واسمه ونسبه وبلده وولايته ، ثم يكتب بحضور من خصمين متداعيين بشهادة فلان وفلان ، ويذكر الدّين وربّه والمدّين وإقراره مضمون الحجّة أو نسختها ، حرفاً بحرف ، فهو

(١) انظر الفصل التاسع في « القيمة والشهادة بها » صفحة ٤٥٥ .

(٢) في الأصل : سورة .

أولى وأثبت ، فإذا فرغ من ذكرها ذكر الحكم على المقر الميث أو الغائب بعد إحلاف المقر له اليمين الشرعية .

فإذا فرغ من ذلك كتب : سأله جائز المسألة بيع المرهون في وفاء الدين ، فطلب منه بينة تشهد بملك الراهن الرهن ، وثبوت يده عليه حالته ، فأحضر بينة هي فلان وفلان ، فشهدا بذلك ، ويذكر هذا ، ثم يقول :

فعرض الحاكم المسمى ، أيده الله تعالى ، هذا المرهون وبيعه على الورثة ، ويذكر ما تقدم ذكره في الصورة الأولى من رغبتهم عنه ، وزهدهم فيه ، ورضاهم ببيعه ، وعدم إيثارهم لبقائه ملكاً لهم ، ووفائهم الدين من خالص أموالهم ، ثم [١١٨ / أ] يقول :

ثم أجاب مسألة السائل ، وتقدم في إشهار هذا المرهون ، والنداء عليه ، وأذن في ذلك ، فنودي عليه أياماً متوالية ، وأشهر ، ثم يذكر إشهاره ثم تقويمه ، ثم بيعه ، ثم القبض والإقباض من الطرفين ، على ما تقدم شرحه ، شيئاً فشيئاً بغير تغيير إلى آخر الكتاب .

٧٣٢ - ثم بعد ذلك في كلا الصورتين ، من الناس من يقتصر على ما ذكرناه في الكتاب ، وإذا أثبت المشتري عند الحاكم ما نسب إليه وإلى البائع الذي نصبه الحاكم المذكور ، وما نسب إلى القابض وهو رب الدين من قبض الثمن جميعه منه ، كتب الحاكم على أعلى كتاب الابتياح المشروح فيه : ما ذكر ، المنسوب إلي فيه ، صحيح ، وثبت عندي ما نسب إلى المتبايعين والقابض فيه بشهادة من أعلمت على رقم شهادته بالأداء ، أدنى باطنه ، وحكت عليهم أجمعين بذلك ، بسؤال جائز المسألة ، مستوفياً شرطه . كتبه فلان بن فلان .

ومن فضلاء الكتاب من يكتب في آخر الكتاب المقدم ذكره ، إذا قامت عنده بينة بالتبايع ، وقبض المقر له الثمن من المشتري ، ما صورته : وبعد أن جرى ما ذكر جميعه ، ثبت عند سيدنا الحاكم المذكور - بمحضر من خصمين متداعيين بشهادة فلان وفلان ، المعلم تحت رقم شهادتهم بالأداء في باطنه ما نسب إلى المتبايعين والقابض المسمين فيه ، وحكم عليهم بذلك ، بسؤال جائز المسألة ، مستوفياً شرطه بتاريخ كذا وكذا .

فإذا تم كذلك كان هذا الكلام في آخره صورة إجمال لطيف مختصر جامع ، فيكتب الحاكم على الكتاب في أعلاه علامة الإجمال فقط ، فإن الكل صورته صورة إجمال ، فإنه حكاية أحكام جرت عنده .

والحكمة في هذا الرسم الثاني الأخير حمل كلفة الحاكم عن أن يكتب بخطه : ثبت عندي كذا وكذا ، والاستغناء بذكره إجمالاً ، ليقصر على كتابة علامته أعلا الكتاب ، كما يفعل في الإجمال ، وكل هذا حسن .

[المشتري للرهن هو المرتهن] :

٧٢٣ - هذا كله إذا كان المشتري للمرهون أجنبياً غير المقر له بالدين ، فأما إن كان المشتري هو المرتهن لم يختلف الحكم ، ولا الكتاب إلا في أمر الثمن ، فالحاكم بالخيار بين أن يأذن للبايع أن [١١٨ / ب] يعوضه ذلك عن دينه إذا اتفق تساويهما ، أو يعوضه هو عن قدر من دينه هو قدر قيمته ، فيكتب الكاتب في الكتاب كذلك ، وبين أن يأذن له في يبعه بثمن في ذمة المشتري ، ثم يأمر للبايع أن يقاصه منه إلى مثله ، فما ثبت له في ذمة المتوفى المبيع عليه ، فيكتب الكاتب كذلك ، ولكن من شرط هذه المقاصة أن يبيعه منه بنفس الدين ووصفه ، ولا بد من مقاصة تجري بينها على أصح الطرق ، وبين أن

يأذن له ببيع ذلك منه بثمن معين ، ثم يأذن له بعد قبضه منه ، أن يعوضه هو عن دينه ، وكل ذلك جائز حسنٌ ، وعلى وفق ما جرى ينبغي أن يكتب الكاتبُ في شرح الحال ، بأحسن ألفاظ وأسرها وأجزها ، وأصرحها .

٧٣٤ - فإن قال قائل : قد ذكرتم في (كتاب الاقتضاء هذا)^(١) أن الحاكم يأمرُ بإشهار المرهون والنداء عليه ، ثم يأمر بتقويمه ، وهذا مشعرٌ ، بل مصرح بأن قيمة الشيء غير ما يدفع فيه إذا عرض على البيع .

قلنا : فيه خلاف مشهور^(٢) ، والأصح أن قيمة الشيء ما رغب الراغبُ في شرائه بعد عرضه ، وصحة عرضه عند الحاكم وثبوتُه عنده بطريقه الشرعي ، وإنما يفعل الحاكم بين الإشهار والنداء ، وبين التقويم خروجاً من الخلاف ، إن علم الحاكم الخلاف فيه ، أو نوع احتياط .

٧٣٥ - فإن قيل بعدد : ذكرتم أن الحاكم لا يبيع إلا بعد ثبوت ملك الراهن للمرهون ، مع ثبوت يد المرتهن عليه بإقباض الراهن وعدم المنازع له ، فهل هذا شرط في صحة بيع الحاكم أم لا ؟

قلنا : إن كان المرهونُ في يد المرتهن ، واعترف بأنه ملكُ الراهن ، وأن يده عن إقباضه له ، وثبتَ الراهنُ رهنه عنده ، وأقبضه هو ، باع الحاكم ذلك من غير تكليف المرتهن إثبات ملكية الراهن قولاً واحداً ، ولا يفتقر إلى ثبوت ملكية الراهن له ، لأن اليد دليل الملك ظاهراً .

٧٣٦ - أما إن كان المرهون يومئذ في يد ثالث غير الراهن والمرتهن ونائبها ، وذو اليد يقول : هو ملكي ، والراهن معترفٌ بأنه ملكه ، أعني

(١) في الأصل تقديم وتأخير يؤدي إلى إشكال العبارة وهي : هذا كتاب الاقتضاء .

(٢) انظر فقرة ٥٢٩ وما بعدها من هذا الكتاب .

نفسه ، وأنه كان رهنه من هذا المرتهن المدعيه ، وأقبضه هو ، ويزعمان أن الأجنبي ذا اليد اغتصبه من المرتهن ، أو من يد العدل النائب عنها في الحفظ ، لم يقبل قولها على ذي اليد ، والقول قوله مع يمينه ، [١١٩ / أ] ولا بد من إقامة البينة على ملكية الراهن له ، إن رام انتزاعه من يده ، وبيعه في وفاء الدين .

٧٣٦ / ٢ - وقد جرت عادة الحكام فيما إذا كان المرهون بيد المرتهن ، وقد ثبت ارتهانه له ، فمن كان في يده ، ويدعيه ملكاً لنفسه ، وثبت أنه أقبضه هو ، طلب إثبات ملكية الراهن له ، وأنه كان بيده حالة الرهن بالبينة العادلة ، ليأذن في بيعه بعد ثبوت ذلك احتياطاً للأملاك ، وسلوكاً طريق الأسدِّ الأسدِّ في الأحكام ، مع القطع (بأن)^(١) ذلك ليس بشرط كما فصلناه .

٧٣٧ - ولو كان الراهن ، المبيع عليه ، حاضراً متعيناً ، أو غائباً ، وباعَ الحاكم المرهون في وفاء الدين ، كان ذلك كما ذكرناه في الميت ، وكتابتها واحدة إلا في شيء واحد ، وهو قولنا في الراهن الميت : أن البيع جرى بعد العرض على الورثة ، إن كانوا بالغين ، أو العرض على الناظر في أحوال الأصغر منهم شرعاً ، ورضاهم ببيعه ورغبتهم [عن]^(٢) اقتدائه بالخاص من أموالهم ، وإبقائه ملكاً لهم ، فإن هذا كله لا يذكر في حق المبيع عليه الراهن إذا كان حياً غائباً ، لا شك في هذا .

٧٣٨ - نعم ، إذا كان الراهن غائباً ، والمرهون عقاراً ، وظفر الحاكم للراهن بنقدي حاضر في البلد ، إما ودية أو من عليه دين للغائب ، أحضره إلى الحاكم ليحفظه للغائب ، تعين على الحاكم ، والحالة هذه ، وفاء دين هذا المرتهن من

(١) في الأصل : بأنه .

(٢) في الأصل : عنه .

النقد الحاضر ، وترك الرهن على ما هو عليه ، فإن الحاكم ينظر للغائب ، ومن جملة النظر له بقاء عقاره ، وإيفاء ما عليه من الدين ، مما ظهر له من النقد .

ولو امتنع المرتهن من قبض النقد عن دينه ، وأصر على طلب بيع الرهن ، ليستوفي دينه من ثمنه ، أُجبر على قبض النقد .

مثالٌ : الفروض التي يفرضها الحاكم على والد لولد ، أو على زوج لزوجة ، أو لمطلقةٍ حاملٍ .

٧٣٩ - إذا غاب رجل موسراً أو صحيحاً مكتسباً ، وترك ولداً صغيراً لا مال له ، فنفقته واجبة على والده ، والحالة هذه ، فليفرض الحاكم له فرضاً ، أي يقدر له باجتهاده نفقةً بالمعروف ، ويأذن لمن الطفل في حضنته ، رجلاً كان أو امرأة ، أن يستدين القدر المقدر ، ويصرفه فيما لا بد للطفل منه ، ويعود به في مال الوالد المفروض عليه .

فليكتب الكاتب : فرض الحاكم [١١٩ / ب] فلان على فلان بن فلان ، ويرفع في نسبه وصفته ، ثم يقول : الغائب يومئذ ، وإن كان حاضراً ممتنعاً كتب : الذي حضر لدى الحاكم المسمى ، وامتنع من الانفاق على ولده ، فلان الطفل يومئذ ، الذي ثبت عند الحاكم فقره بطريقه الشرعي ، لولده المسمى ، ما يصرف في نفقته وما لا بد له منه ، فرضاً قدره الحاكم وقرره ورآه قدر كفايته ، بعد أن أداه اجتهاده إليه ، في كل يوم يمضي كذا وكذا ، وفي كل شهر يمضي كذا وكذا ، وأذن لحاضنته فلان أو فلانة أو أمه ، على ما يراه الحاكم ، أن يستدين ذلك ، ويصرفه في نفقة الطفل المسمى ، وما لا بد له منه .

أو يقول : أن تصرف ذلك من مالها ، وتعود به في مال والده المسمى ، فرضاً صحيحاً شرعياً ، وأشهد الحاكم عليه بذلك في كذا وكذا .

٧٤٠ - وإن كان للطفل ، المفروض له ، مالاً فنفقته في ماله ، فيكتب الكاتب : فرض الحاكم فلاناً للطفل فلان بن فلان بن فلان ، الذي هو تحت نظر الحاكم المذكور ، وفي حجره وولايته ، في ماله ، كل شهر يمضي لاستقبال تاريخ هذا الفرض ، أو في كل يوم يمضي لاستقبال تاريخه كذا وكذا ، برسم طعامه وإدامه ، وما لا بد له منه ، وذلك قدر كفايته بالمعروف ، بعد ثبوت ذلك عنده بطريقه الشرعي ، وأذن لحاضنته فلان أو فلانة ، ويرفع في نسبها ، أن تصرف ذلك من مالها ، أو مما تستدينه ، وتعود به في ماله ، أو يكتب : وأذن لفلان بن فلان العدل الأمين ، المودع عنده مال الطفل ، المفروض المذكور ، أن يدفع القدر مواجئةً أو مشاهرةً ، إلى الحاضن المسمى ، من مال الطفل المسمى ، إذناً صحيحاً شرعياً ، أشهد عليه به بتاريخ كذا وكذا ، ويكتب فرض الكسوة كذلك .

[نفقة الزوجة على زوجها الغائب] :

٧٤١ - وإن كان المفروض عليه زوجاً غائباً ، والزوجة مقيمةً في مسكنه وطاعته ، لم يوجد منها نشوزٌ ، ولا ما يسقط نفقتها عليه ، وطلبت من الحاكم أن يقدر لها نفقةً في كل يوم على زوجها ، بعد أن ثبت عند الحاكم (بالطرق الشرعية)^(١) أنها زوجته ، ومقيمةً في مسكنه الذي أسكنها ، وأحلفها على استحقاق النفقة ، وأنها لم تقبض منه نفقةً لمدة مستقبله ، والفرض أن الفرض هو حكمٌ على غائب ، فلا بد من تحليفها على الرأي الأصح ، ويكتفي بيمينها في عدم صدور نشوزٍ منها ، وعدم قبضها النفقة بعد إثباتها الزوجية ، والمقام في المسكن الذي أسكنها به ، ثم يفرض لها الحاكم عليه نفقةً معسرٍ بلا خلاف ، إن لم يثبت [١٢٠ / أ] إيساره ، وإلا متوسطةً ، فإن أثبتت ذلك عمل بموجب

(١) ما بين القوسين من هامش الأصل .

البينة ، فيكتب الكاتب : فرض الحاكم على فلان ، ويرفع في نسبه ، الذي ثبتت غيبته فوق مسافة القصر ، أو فوق (مسافة)^(١) العدوى ، بالبينة العادلة عند الحاكم فلان المسمى ، وثبت عنده أيضاً بالبينة العادلة المرضية أن فلاناً الغائب تزوج فلانة المفروض لها ، تزويجاً صحيحاً شرعياً ، بولي مرشد وشاهدي عدل ، ورضاها ، إن كان رضاها معتبراً ، وثبت بقاؤها في زوجيته ، ومقامها في مسكنه ، وأن من شهد بذلك ذكروا أنهم لم يعلموا منها نشوزاً ، ولا ما يوجب سقوط نفقتها ، وهم من أهل الخبرة الباطنة بحالها ، في كل يوم لاستقبال تاريخه ، برسم طعامها ، وهو مُدٌّ من كذا ، وإدامها ، وما لا بد لها منه ، مما هو لازمٌ للزوج شرعاً كذا وكذا ، وفي كل شهر لذلك كذا وكذا ، وأذن الحاكم لها أن تستدين ذلك من مال غيرها ، أو تنفق من مالها قدر ذلك ، وتعود به في مال الزوج المسمى ، فرضاً صحيحاً شرعياً ، وإذناً صحيحاً شرعياً ، وأشهد الحاكم المسمى على نفسه بذلك ، بتاريخ كذا وكذا .

| نفقة المطلقة الحامل |

٧٤٢ - وإن كان المفروضُ على مُطَلَّقٍ ، طلق زوجته طلاقاً بائناً ، وهي حامل منه ، كتب : أن الحاكم فرض على فلان لفلانة مطلقته ، طلاقاً بائناً ، التي هي حامل منه ، باعترافه بالحمل ، أو ثبت ذلك بالبينة الشرعية ، أنها حاملٌ بشهادة أربع من النساء (القوابل)^(٢) ، وهن من أهل الخبرة بذلك ، في كل يوم ، أو في كل شهر ، ويكتب على مثال الأول .

| صفة النفقة |

٧٤٣ - هذا كله إذا كان الفرض من جهة ، وأعلم بأن الفرض الذي يقدره

(١) في الأصل : مساوفة ، وهو خطأ في النقل .

(٢) اللفظ من هامش الأصل .

الحاكم للولد على الوالد ، ويأذن لحاضنته في الإنفاق ، يصير ديناً ثابتاً في ذمة المفروض عليه ، ولا يسقط بمرور الزمان بلا خلاف ، وكذلك ما يفرضه على الزوج لزوجته الجارية في عصمة نكاحه ، وكذلك ما يفرضه على الزوج لمطلقاته البائن الحامل منه على الصحيح .

[نفقة الناشر] :

٧٤٤ - وأما الزوجة التي غاب عنها زوجها ، فنشزت ، وثبت نشوزها ، فلا نفقة لها ، فلو حضرت عند الحاكم ، وسلمت نفسها ، وعادت إلى مسكن الزوج الذي كان أسكنها به ، ثم غاب عنها ، أو طلبت من الحاكم إسكانها في مكان تلزمه ، ولا تخرج منه إلا لضرورة ، فهل يفرض الحاكم لها إذا التزمت بالطاعة ، وعادت إليها ؟ فيه خلاف ، [١٢٠ / ب] (ميل)^(١) العراقيين ومذهبهم أنه لا يفرض القاضي عليه ، والحالة هذه ، بل يكتب القاضي الزوج الغائب ، ويعلمه بأنها قد عادت إلى مسكنه وطاعته ، وطلبت منه أن يفرض لها عليه فرضاً يقدره لها ، أو يكتب قاضي البلد الذي الزوج فيه ، فإن مضت مدةً يمكن الزوج فيها العود إلى بلد الزوجة ، ولم يعد ، وغلب على الظن علمه بالحالة ، ووصول كتاب القاضي إليه ، ولم يعد ، فرض لها إذ ذاك قدراً للنفقة والكسوة .

وعند المراوزة فيه خلاف ، والأصح عندهم أن القاضي يفرض لها قدراً للنفقة والكسوة متى بذلت الطاعة عند الحاكم ، وهذا أولى ، دفعاً للضرر عنها ، لا سيما إذا بعدت المسافات ، وطال زمن الانتظار .

٧٤٥ - أما إذا اتفق الزوجان على قدر من الدراهم ، عوضاً عن الطعام والأدم ، وقلنا بصحة ذلك ، والعمل عليه ، كتب الزوج :

(١) في الأصل : مثل ، ولا معنى لها ، وكان ذلك تصحيف من الناشر .

أقرَّ فلانٌ ، وأشهد على نفسه ، أن فرضَ على نفسه لزوجته الجارية في عصمة نكاحه ، المستحقة للنفقة والأدْم في ذمة زوجها المقر المسمى ، عوضاً عن طعامها وأدْمها ، في كل يوم يمضي ، أو في كل شهر لاستقبال تاريخه ، وهو كذا وكذا ، كذا كذا درهماً ، وأذن لها أن تستدين ذلك ، أو تنفقه من مالها ، وتعود به في ماله ، إذناً صحيحاً شرعياً ، وأشهد عليه بذلك بتاريخ كذا وكذا .

وكذلك إذا طَلَّقها طَلْقاً رجعية ، وأرادَ أن يكتب لها فرضاً للنفقة مدة عدتها ، فليكتب كذلك ، وكذلك للمطلقة الحامل ، ولن يخفى وضعه على الوضع الشرعي .

[نفقة الولد على والده] :

٧٤٦ - وإن كان الفرضُ على وليِّ بالغ ، غنيٍّ أو كسوبٍ ، لوالد فقير زمنٍ أو هرم ، عاجزٍ عن الاكتساب ، أو والدةٍ هذه صفتها ، والولد ممتنع من الإنفاق ، كتب :

فرض الحاكم فلانٌ على فلان بن فلان الذي ثبت عند الحاكم ، بشهادة فلان وفلان ، يساره أو قدرته على الكسب ، لوالده الذي ثبت عند الحاكم ، بشهادة فلان وفلان ، فقره وزماتته وعجزه عن الكسب ، في كل شهر يمضي ، أو في كل يوم يمضي ، لاستقبال كذا وكذا برسم طعامه ، وما لا بد له منه ، كذا وكذا ، حين رأى ذلك قدر كفايته ، وأداه اجتهاده إليه ، وفي كل سنة لاستقبال تاريخ كذا وكذا ، برسم كسوته ، كذا وكذا ، وهو القدر اللائق بحال المفروض له ، والمفروض عليه ، فرضاً صحيحاً شرعياً ، وأذن للوالد المفروض [١٢١ / أ] له أن يستدين ذلك ، ويصرفه فيما أذن له فيه ، ويعودُ

به في مال ولده المذكور ، إذناً صحيحاً شرعياً ، وأشهد عليه بذلك في تاريخه المذكور فيه .

الفقرة الأقارب :

٧٤٧ - وهكذا الحكم في الفرض للوالدة على الولد ، وللولد الزمن العاجز الفقير على الوالد الغني أو الكسوب ، وكذلك لولد الولد على جده لأبيه ، وكذا الجدُّ للأب على ابن ابنته ، وعلى ابن بنته ، فإن النفقة عندنا لا تجب إلا على الأصول والفروع ، ولا يتعدى وجوبها إلى الإخوة والأخوات والحواشي وأطراف النسب ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه^(١) .

وهكذا حكم العتق إذا ملك أخ أخاه لم يعتق عليه عندنا ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) .

وأجمعنا على أن الأب يعتق إذا اشتراه ابنه ، وهكذا بالعكس ، فكذلك حكم الأجداد والجدات .



(١) انظر المذهب الشافعي في (مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٧ ، شرح المحلى : ٤ / ٨٤ ، المهذب : ٢ / ١٦٧ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٨) .

وانظر مذهب الإمام أبي حنيفة في كتاب (الهداية وفتح القدير : ٣ / ٣٥٠ ، رد المحتار على الدر المختار : ٣ / ٦٢٧ ، بدائع الصنائع : ٥ / ٢٢٣٠ ، درر الحكام : ١ / ٤١٩) .

(٢) وكذا كل من ملك ذا رحم محرم فإنه يعتق عليه عند الحنفية ، (انظر : رد المحتار : ٣ / ٦٤٩ ، درر الحكام : ٢ / ٤ ، بدائع الصنائع : ٥ / ٢٢٦٩ ، فتح القدير : ٣ / ٣٧٠) .

وانظر في المذهب الشافعي (شرح المحلى على المنهاج : ٤ / ٣٥٤ ، نهاية المحتاج : ٨ / ٣٨٨ ، مغني المحتاج : ٤ / ٤٩٩ ، المهذب : ٢ / ٥) .

خاتمة الكتاب^(١) مسائل مذهبية

٧٤٨ - تتضمن ذكر مسائل مذهبية ، تجري مجرى القواعد ، كثيرة التداول لدى الحكام في مجالس أحكامهم ، بين المتخاصمين ، كثيرة النفع لمن يتعلمها ، ولا سيما الوكلاء الذين نصبوا أنفسهم للذب عن موكلهم ، ودفع المضار عنهم ، في مضائق فقهية شرعية ، لا يفهمها من لم يحظَ بجملة صالحة من قواعد المذهب وأسارِهِ ، فلتقع البداية أولاً بالبيع .

مسائل البيع

المسألة الأولى : [بطلان البيع بدون رؤية] :

٧٤٩ - قد عُرِفَ من مذهب إمامنا رضي الله عنه أن الصحيح من قوله بطلان بيع الأعيان الغائبة كيف كان^(٢) ، استقصيت الأوصاف أو لم تستقص ، فلو اشترى شيئاً ، ثم قال : اشتريته ولم أره ، وقال البائع : بل رأيته ، هل القول قول البائع أو المشتري ؟ فيه خلاف .
من أصحابنا من اختار أن القول قول المشتري ، لأن الأصل عدم الرؤية ، وعدم [١٢١ / ب] صحة العقد .

(١) حذف الناسخ في نسخة ف الباب السادس ، وانتقل مباشرة إلى الخاتمة ، ووصل بين الكلامين بقوله : ونختم الكتاب بذكر مسائل ، وحذف العنوان ، انظر : ورقة ١٢٦ / أ .

(٢) قال النووي رحمه الله : والأظهر أنه لا يصح بيع الغائب ، والثاني يصح ، ويشب الخيار عند الرؤية ، (انظر : مغني المحتاج : ١٨ / ٢ ، الوجيز : ١٣٤ / ١ ، شرح المحلى : ١٦٤ / ٢ ، نهاية المحتاج : ٤١٥ / ٣ ، المهذب : ٢٧٠ / ١) .

ومنهم من اختارَ أنَّ القولَ قولَ البائعِ ، لأنَّ إقدامَ كلِّ مكلِّفٍ على عقدي
اعترافٍ منه بصحته .

٧٥٠ - وأصل هذا كله أنَّه متى اختلف المتبايعان في شرطٍ مُفسدٍ للعقد ،
فادَّعاهُ أحدهما ، وأنكره الآخرُ ، فيه وجهان^(١) :

قالَ صاحبُ « التَّقريب » : القولُ قولُ مدَّعي الشرطِ الفاسدِ ، وقال
غيره : بل قولُ الآخرِ ، ومن اختارَ الفسادَ في مسألةِ الشرطِ المُفسدِ الجُرْجاني
والبغوي والشيخُ ابنُ أبي عَـصرون .

وقال الشيخُ أبو نصر : إذا اختلفا في شرطٍ مُفسدٍ ، كما إذا قال البائعُ :
بعتك بشرطِ الخيارِ ثلاثاً ، فقالَ المشتري : بل أربعاً ، أو بعتك إلى أجلٍ
معلومٍ ، فقالَ : بل إلى أجلٍ مجهولٍ ، أو بعتك بدراهمٍ ، فقالَ : بل بخميرٍ ، أو
بشيءٍ مجهولٍ ، نصَّ الشافعيُّ فيمن أسلمَ إلى رجلٍ طعاماً ، ثم اختلفا ، فقالَ
المُسلمُ إليه : شرطتُ فيه الخيارَ ، وأنكرَ المُسلمُ ذلكَ ، أنَّ القولَ قولُ المُسلمِ مع
يمينه ، وهذا نصٌّ في أنَّ القولَ قولُ من يَنفي الشرطَ المُفسدَ^(٢) ، لأنَّ الظاهرَ
صحةَ البيعِ وسلامتهُ ، (فكانت)^(٣) جهةً من ينفي المُفسدَ عنه أقوى ، كما إذا
قال : بعثني هذا ، وهو حرُّ الأَصْلِ ، فقالَ : بعتك وهو مملوكٌ .

وذكر أبو علي في « الإفصاح » وجهين ، قال القاضي أبو الطيب الطبريُّ :
قد ذكر الشافعيُّ فيمن تكفلَ برجلٍ ، ثم اختلفا ، فقالَ : تكفلتُ على أي

(١) ذكر الشيرازي الوجهين دون ترجيح ، (المذهب : ١ / ٣٠١) ، والتحقيق في المذهب أن الأصح تصديق

مدعي الصحة بيينه إذا ادعى أحدهما صحة البيع ، والآخر فساداً ، لأن الظاهر في العقود الجارية بين المسلمين

الصحة ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٧ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٦٨ ، شرح المحلى : ٢ / ٢٤١)

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٩٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ١٧٠ ، شرح المحلى : ٢ / ٢٤١ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وكانت .

بالخيار ثلاثاً ، وأنكر المكفول له ذلك ، أن فيه قولين ، فيشبه أن يكون الوجهان على هذين القولين ، هذا جملة كلام الشيخ (أبي) ^(١) نصير .

وذكر الشيخ أبو إسحاق الخلاف ، ولم يختز شيئاً ^(٢) ، وكذلك المرازمة وقال الجرجاني : إن اختلفا في شرطٍ مُفسدٍ ، كخيارٍ أو أجلٍ (أو غيره) ^(٣) ، فالصحيح أن القول قول من يدعي الصحة ، وإن اختلفا في (الرؤية) ^(٤) وعدمها ، فهو خلاف راجع إلى صفة العقد ، فالقول قول من (يدعي) ^(٥) الفساد ويثبته .

وقال القاضي حسين في «فتاويه» : إذا قال المشتري : لم أر المبيع ، لا يقبل قوله ، لأنه يرؤم به فسخ العقد ، والظاهر مضي العقد على الصحة ، لكن للمشتري أن يدعي على البائع أنك تعلم أني ما رأيت المبيع ، ويحلفه على ذلك .

المسألة الثانية - [أهلية المتعاقدين] :

٧٥١ - لا شك (عندنا أن) ^(١) من شرط صحة (١٢٢ / أ) البيع أهلية المتعاقدين ، فبيع الصبي وشراؤه باطل ، سواء كان بإذن الولي أو بغير إذنه ، فلو باع شيئاً ، ثم قال : كنت صغيراً يوم العقد ، وهو بالغ حالة الدعوى ، وإمكان صغره يوم البيع قائم ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن دعواه مستندة إلى

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو ، وهو خطأ ، لأنه بدل من المضاف إليه ، وإن كان ذلك صحيحاً على الحكاية .

(٢) المهذب : ١ / ٣٠١ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وغيره .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : رؤية .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينبغي .

(٦) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أن عندنا .

الصبا ، وهو مقطوعٌ بتقدمه ، والأصلُ دوامه واستمراره ، إلى أن يثبتَ بإقراره (أو بالبينة) ^(١) .

وهكذا لو قال : كنتُ مجنوناً ، وقد عهدَ له حالةٌ جنونه ، وأمكن صدقه قبل قوله .

المسألة ^(٢) الثالثة - [حكم بيع المكره] :

٧٥٢ - بيعُ المكره باطلٌ بلا خلافٍ ، فلو باعَ ، ثم قالَ : كنتُ حالةً البيعِ مكرهاً ، نظر : إن أقامَ بينةً على أنه وقتَ البيعِ كان معه ما يظهر به مخايلُ الإكراه ، من حبسٍ ، أو من توكلٍ ظالمٍ ، وقرائنُ تدلُّ عليه ، وتدلُّ على صدقه ، فيقبلُ قوله في الإكراه مع يمينه ، وإن لم تقم له بينةٌ بما يدلُّ على الإكراه ، ولا ظهرت فيه قرائنُ ، لم يقبلُ قوله ، وعليه البينةُ به .

ولو أكرهه سلطانٌ على دفعِ ماله ، لا على بيعِ عقاره ، (فباعَ عقاره) ^(٣) في دفعِ المال ، حكى أبو منصور ، ابنُ [أخ] ^(٤) الشيخ أبي نصر ، قال : سألتُ الشيخَ أبا نصر ، عن هذه المسألة ، فقال : إن كان له عقارٌ غيرَ العقار الذي باعه (يصح) ^(٥) البيعُ ، ولم يكن إكراهاً ^(٦) ، وإن لم يكن له مالٌ ولا عقارٌ سوى العقارِ الذي باعه ، هل يصحُّ البيعُ ؟ فيه وجهان .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وبالبينة .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الثالثة ، وسقطت كلمة المسألة .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) القاضي أبو منصور : هو ابن أخ الشيخ أبي نصر ، وليس ابن أخته كما جاء في الأصل وفي نسخة ف ، وهذا

تحريف من الناسخ ، وقد تقدمت ترجمة القاضي أبي منصور : ٩٧ .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : صح .

(٦) هذا مبني على شرط في الإكراه عند الشافعية ، خلافاً لجمهور الفقهاء ، وهو أن يكون المكره عليه معيناً ،

بأن يكون شيئاً واحداً ، أما إذا أكرهه على بيع أحد عقاريه ، أو طلاق إحدى زوجتيه ، فلا إكراه ، (انظر : الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد : ١١٧ / ٢) .

المسألة الرابعة - [في العيوب والأروش] :

٧٥٣ - إذا اشترى جاريةً بعبدٍ ، ثم وجدَ بالجارية عيباً قديماً فردّها ، ووجدَ بالعبدِ عيباً حادثاً عندَ بائعِ الجارية ، قال ابنُ سُرَيْجٍ : يأخذُ مشتري الجارية التي ردّها العبدَ معيباً ، وليس له المطالبةُ لبائعِ الجارية بأرشِ (العيبِ)^(١) الحادثِ عنده ، أو يأخذُ قيمته سليماً ، إن أثر عدمُ استرداده .

قال الإمامُ رضي الله عنه : وهكذا نُقِلَ عن القاضي حنين ، وليس الأمرُ كذلك عندنا ، بل الوجهُ أن يرُدَّ الجارية ، ويستردَّ العبدَ ، ويطلبَ أرشَ العيبِ الحادثِ ، لأنَّ العبدَ مضمونٌ بالقيمةِ لا بالثمنِ ، لأنَّه بعدَ ردِّ الجارية ، لو تلفَ العبدُ في يدِ بائعِ الجارية ، (فصاحبُ الجارية)^(٢) يرُدُّ قيمةَ العبدِ .

قال الإمامُ : والذي قاله ابنُ سُرَيْجٍ ليس بعيداً من الصواب ، بدليلِ أنَّ الزوجَ لو أصدقَ زوجته عبداً ، ثم طلقها قبلَ المسيس ، وعابَ العبدُ في يدِ الزوجة ، تشطرَ العبدُ وعادَ نصفهُ [١٢٢ / ب] إلى ملكِ الزوجِ ، فالزوجُ بالخيارِ بين أن يرجعَ (بنصفِ قيمةِ)^(٣) العبدِ سليماً ، وبين أن يرضى بنصفِ العبدِ معيباً ، ولا يكلفُها ضمَّ أرشِ العيبِ إلى نصفِ العَيْنِ .

وكذا يمكنُ أن يُقالَ في مسألةِ العبدِ والجاريةِ ، لكنَّ بين المسألتين فرقٌ ظاهرٌ لا يخفى .

٧٥٤ - قال صاحبُ الكتابِ عفا الله عنه : حكى الإمامُ هذه المسألة ، كما قد شرحناه في آخرِ كتابِ الغُصْبِ ، ثم أعادها في كتابِ الصداقِ ، وذكرَ الفرقَ بين مسألتَي العبدِ والجاريةِ ، وبين مسألةِ الصداقِ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : البيع .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : بقيمة .

وذكر الغزالي مسألة العبد والجارية في آخر كتاب الغضب ، وجزم القول بأنه إذا استرد العبد معيباً لم يَجْزُ له طلبُ الأرش ، بل عليه أخذه ، أو أخذ قيمته ، ثم أعاد المسألة بعينها في الصّدق ، وقال : يأخذ العبد معيباً ، وله طلبُ الأرش ، فناقضَ في اختياره في « الوسيط » ، ثم قال في « البسيط » ههنا بعد ذكر الحكم في مسألة العبد والجارية : إنه يأخذ العبد معيباً ، ويُطالب بالأرش ، وفي الزوج إذا عادَ إليه نصفُ العبدِ بالطلاق ، وهو معيبٌ ، عليه أن يقنع بالمعيب ، وفرّقَ بينهما ، (ثم)^(١) قال بعد ذلك : وسمعتُ الإمامَ في التدريس يقولُ : إنَّ من أصحابنا من ذكرَ وجهاً في الصّدق من مسألة العبد والجارية ، أنّه يطالبُ بالأرشِ ، ووجهاً في العبدِ والجارية من مسألة الصّدق ، أنّه لا يُطالبُ بالأرشِ ، والظاهرُ الفرقُ ؛ ولستُ واثقاً بهذا النقل ، فإني لم أصادفه في مجموعه .

٧٥٥ - هذا كلام الغزالي في « البسيط » الذي هو مختصر « النهاية » وجزؤها^(٢) ، وقوله : في مجموعه ، يريد بها « نهاية المطلب » .

٧٥٦ - قال صاحب الكتاب عفا الله عنه : وذكر الإمام مسألة العبد والجارية في آخر كتاب « النهاية » ، بعد أن فرغ من شرح سواد « مختصر المزني » ، ذكر بعده مسائل مبددةً سرداً متنوعةً ، قال : إنّنا ذكرتها خوفاً من أن أكونَ أهملتها في مواضعها ، فإن كنتُ أهملتها فذكرها مفيداً ههنا ، وإن كنتُ ذكرتها لم تضرّ إعادتها ههنا ، قال :

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) أشرنا سابقاً صفحة ٢٤٤ : إلى أن الغزالي اختصر نهاية المطلب لإمام الحرمين في كتابة البسيط ، ثم اختصر البسيط في الوسيط ، ثم اختصر الوسيط في الوجيز ، وعبارته في الوجيز في آخر باب الغصب هي : ولو اشترى عبداً لجارية (بجارية) ورد الجارية بعيب ، وبالعبد عيب حادث لزمه قبول العبد أو طلب قيمته ، وليس له طلب الأرش مع العبد ، ولذلك فرق بين الجزء والجملة ، (الوجيز : ١ / ٢١٤) ، ولم يذكر المسألة في كتاب الصّدق ، وإنما اقتصر على قوله : وفي التلف والتعيب وفوات المنافع وتفويتها حكم المبيع قبل القبض فلا معنى لتكثير الكلام ، (الوجيز : ٢٥ / ٢) .

إذا وجدَ بائعُ العبدِ بالثوبِ بعدَ ردِّ الجاريةِ بالعيبِ القديمِ عيباً حادثاً بالثوبِ ، بأن وجدَه مفصلاً ، فله ردُّ الجاريةِ بالعيبِ القديمِ ، فإذا استردَّ الثوبَ المقطوعَ ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخُ أبو علي :

أحدهما : يُستردُّ الثوبُ مقطوعاً ، ويأخذُ أرشَ النقصِ ، وهذا [١٢٣ / أ] هو القياسُ ؛ لأنَّ الثوبَ لو تلف كله في يدِ آخذه ، وقد ردَّ عليه (العبدُ)^(١) بالعيبِ القديمِ ، لكانَ يغرَمُ له تمامُ القيمةِ عند تلفِ الثمنِ ، (فكذلك)^(٢) يجب أن يغرَمَ أرشُ النقصِ .

والوجهُ الثاني : أنه متى صادف الثوبَ مقطوعاً ، فهو بالخيارِ ، إن شاء رضي به ، وأخذه بغيرِ أرشٍ ، وإن شاء تركَ الثوبَ ، وأخذَ قيمته سليماً ، فإن اختار أخذَ الثوبِ فلا أرشَ له .

٧٥٧ - قال الشيخُ أبو علي : اشتهرَ من كلامِ الأصحابِ أنَّ المتبايعينِ ، إذا تحالفا ، وكان المعقودُ عليه في يدِ أحدهما ، فإنَّهما يتراذآن ، ويرجعُ على من نقص العوضُ في يده بأرشِ النقصِ عند التفاسخِ .

فلا فرقَ بين هذه المسألةِ وبين مسألةِ العبدِ والثوبِ ، فإن طردَ صاحبُ الوجهِ الثاني مذهبَه في مسألةِ التحالفِ كانَ قريباً من خرقِ الإجماعِ ، وإن سلَّمه بطلَ هذا الوجهِ في العيبِ أيضاً .

قال الإمامُ : وقد سبَّب^(٣) الشيخُ أبو علي بإجراءِ الخلافِ في مسألةِ التحالفِ .

(١) اللفظُ زيادةً من نسخة ف .

(٢) اللفظُ من نسخة ف ، وفي الأصلِ : وكذلك .

(٣) اللفظُ في نسخة ف : نسب .

المسألة الخامسة - [اشترى جارياً ثم ولدت] :

٧٥٨ - إذا اشترى الرجلُ جارياً فأنت بولده ، فقال المشتري : ولدت هذا الولدَ بعد الشراء ، وقال البائعُ : بل ولدته قبل البيع ، قال الإمامُ : كتب الحلبي (١) (في) (٢) هذه المسألة إلى الشيخ أبي زيد يستفتيه فيها ، فأجاب : بأن القولَ قولَ البائع ، لأنَّ الأصلَ ثبوتُ ملكه في الحمل ، والأصلُ عدمُ البيع في وقتِ الولادة ، هكذا حكاه الشيخ أبو علي ، ولم يزد عليه .

المسألة السادسة - [في الحجر وتصرف الأب في مال ولده] :

٧٥٩ - ولاية الأبِ العدلِ ثابتةٌ على ولده الصغير ، وعلى ماله ، يتصرف فيه بما تقتضيه المصلحة ، وينفقُ عليه بالمعروف ، ويبيعُ ماله وعقاره في نفقته وكسوته ، إذا لم يكن له نقدٌ ، أو لغبطةٍ ظاهرة (٣) ، ويُقبلُ قولُ الأبِ في بيع عقار طفله أنه باعه (بغبطةٍ) (٤) ، بغيرِ بينةٍ يكلفُ إقامتها ، وإذا رفعَ بَيِّعَهُ (٥) إلى الحاكمِ أمضاه ، لأنَّ الظاهرَ من حاله أنه لا يفعلُ إلا ما فيه الحظُّ للولد ، لانتفاءِ التهمة عنه (٦) .

(١) هو الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم ، الشيخ الإمام أبو عبد الله الحلبي ، أحد أئمة الدهر ، له وجوه حسنة في المذهب ، وشيخ الشافعية فيما وراء النهر ، الفقيه القاضي ، وهو شيخ المحدثين في عصره ، ولي القضاء ببخارى ، ولد سنة ٢٢٨ هـ ، وقيل : سنة ٢٨٨ هـ ، وتوفي سنة ٤٠٣ هـ ، قال ابن خلكان : ولد سنة ٢٢٨ هـ بمرجان ، صنف كتاب المنهاج في أصول الديانة ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٢٢ ، البداية والنهاية : ١١ / ٣٤٩ ، التاج المكلل : ٤١ ، وفيات الأعيان : ١ / ٤٠٣) .

وقول ابن خلكان في الولاية أصح ، والشيخ أبو زيد هو محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد المروزي ، المتوفي سنة ٢٧١ هـ ، وقد تقدمت ترجمته صفحة ٢٢٦ .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٤ وما بعدها ، نهاية المحتاج : ٤١ / ٣٧٥ ، شرح الحلبي : ٢ / ٣٠٥ .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) في نسخة ف : بيعه ، وحذف بقية الجملة .

(٦) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٧٥ .

ولهذا جاز له ابتياع ماله من نفسه ، وبيع ماله من نفسه ، وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب ، أو يكتفي بالعدالة الظاهرة ؟ فيه وجهان ، حكاهما الشيخ أبو نصر عن القاضي أبي الطيب الطبري^(١) .

الوصي وأمين الحاكم :

٧٦٠ - أما الوصي وأمين الحاكم فلا يمضي الحاكم بيعهما حتى يثبت الحظ عندَه بينة ، [١٢٣ / ب] ولا يقبل قولهما في ذلك على الصحيح من المذهب^(٢) .

وحكى القاضي أبو الطيب الطبري وجهاً أنه يقبل قولهما ، ويمضي الحاكم فعلهما كالأب والجدي .

ويقبل قول الأب والجدي في الإنفاق على الصبي ، وبيع عقاره مع يمينها ، وهل يقبل قول الوصي في ذلك ، والأمين من جهة الحاكم من غير بينة ؟ فيه وجهان : أصحهما نعم ، لعسر ذلك وتعذره ، هذا ما ذكره القاضي أبو الطيب ، ونقله عنه الشيخ أبو نصر رضي الله عنهما .

وقال الإمام : ذهب أئمة العراق والقاضي حسين : إلى أن تصرف الأب نافذ مطلقاً ، وعلى من يدعي خلاف الغبطة بينة .

فلو بلغ الصبي ، وادعى على أبيه مخالفة الغبطة ، فالتقول قول الأب ، أما الوصي إذا ارتفع إلى مجلس الحكم فلا ينفذ القاضي شيئاً من تصرفاته من غير بينة ، تقوم على أنها موافقة (للغبطة)^(٣) .

(١) الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة لوفور شفقتة ، وكذا الجدي ، (انظر : مغني المحتاج : ١٧٣ / ٢) .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ١٧٥ / ٢ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ١٧٥ / ٢ - ١٧٦ .

اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الغبطة .

والفرقُ فرطُ شفقةِ الأبِ ، وانتفاءُ التهمة^(١) عنه ، بخلاف الوصي .

٧٦١ - ولو أنفق الأبُ شيئاً في مصلحةِ الصبي ، فبلغَ وأنكره ، (أو زعم^(٢)) أنه تعدي قدرِ الحاجة ، فالقولُ قول الأب ، ولو ادعى مثلُ ذلك على الوصي ، هل يُقبل قولُ الوصي ؟ فيه وجهان ، هذا ما ذكره الإمامُ في تجارة الوصي بمال اليتيم ، وقال في أثناء كتاب الوكالة : القيمُ إذا ادَّعى الردَّ على الذي كان صبيّاً ، فأنكر ، لم يُقبل قولُ القيم على الأصح .

وذكر بعضُ الأصحابِ وجهاً بعيداً أنَّ الوليَّ مصدِّقٌ ، وهذا غريبٌ في الحكايةِ ، ولا تفرُّيعَ عليه ، وإنما التفرُّيعُ على الأصح ، وهو أنَّه لا يُقبلُ قوله .

أما ما يدعيه الوليُّ من الإنفاق في حالة الصغرِ على الاقتصار ، (هل)^(٣) يُقبل قوله ؟ فيه وجهان ، أصحُّهما أنه يُقبل .

قال صاحبُ الكتابِ عفا الله عنه : هذا لفظُ الإمامِ ههنا ، وهو مصرَّحٌ أولاً بلفظِ القيم ، إذا ادَّعى الردَّ .

القيم والولي :

٧٦٢ - والقيِّمُ في اصطلاحِ الأمة : هو من ينصبه القاضي أميناً لحفظِ مالِ الطفلِ والتصرفِ فيه ، ثم قال : وذكر بعضُ الأصحابِ وجهاً بعيداً أنَّ الوليَّ مصدِّقٌ ، ولفظةُ الولي تُشعرُ بالأب ، فيدلُّ هذا على أنَّ مراده بلفظةِ القيمِ الأبُ ، وقد ذكر في باب تجارة الوصي بمال اليتيم أنَّ الأبَ مقبولُ القولِ في

(١) في نسخة ف : النهم .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : وزعم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهل .

التصرف (في حال الصبا)^(١) قولاً واحداً ، ولم يحك فيه خلافاً ، وقبول قوله في الإنفاق على الاقتصار أولى بالقبول ، لعسر الإشهاد فيها .

وقال ههنا في أثناء كتاب الوكالة : أما ما يدعيه الولي من الإنفاق [١٢٤ / أ] في حالة الصغر على الاقتصار ، هل يُقبل ؟ فيه وجهان ، أصحهما : أنه يُقبل .

فإن كان مراده بالولي الوصي أو القيم فالخلاف متجة ، وإن كان مراده الأب فبعيد جداً ، مع أنه قطع في ذلك الباب بالقبول ، ففي هذه الألفاظ قصور ظاهر ، ومراد الإمام إذن بلفظة القيم هنا هو الأب ، وكذا لفظة الولي ، فإن غيره قد صرح بنقل المذهب في ذلك ، ومن جملتهم القاضي أبو الطيب ، والشيخ أبو نصر ، قالوا في كتاب الوصايا : إذا اختلف الصبي بعد بلوغه والولي (أو)^(٢) الوصي في الرد ، فالقول قول المدفوع إليه ، وعلى الوصي إقامة البينة ، وكذلك الأب وأمين الحاكم ، هذا لفظهما^(٣) .

٧٦٣ - ولو اختلف الصبي والولي الوصي^(٤) في قدر النفقة نظر : ان اختلفا في قدر المدة ، كأنه قال : إن أباه مات منذ سنتين ، وقال الوصي : بل من ثلاث سنين ، فالبينة على الوصي ، والقول قول الصبي مع يمينه .

وإن اتفقا على المدة ، واختلفا في القدر ، نظر : إن كان قدرها بالمعروف ، فالقول قول الوصي ، وإن زاد عن المعروف ضمن الوصي الزيادة .

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) وتحقيق الكلام في هذا الموضوع كما خصه الإمام رحمه الله تعالى هو : فإذا ادعى بعد بلوغه على الأب والجد يوماً بلا مصلحة صدقاً بالبين وإن ادعاه على الوصي والأمين صدق هو يمينه ، وهناك أقوال أخرى ، وتفصيل كبير ، انظر : مغني المحتاج : ١٧٦ / ٢ ، شرح المحلى : ٢٠٦ / ٢ ، نهاية المحتاج : ٢٨١ / ٤ .

(٤) لفظة « الوصي » ساقطة من نسخة ف .

وإن اختلفا في قدر النفقة ، ولم تُذكرِ المدة ، فالقول قول الوصي .

وحكى المتولي هذه المسألة ، كما حكاها القاضي أبو الطيّب والشيخ أبو نصر .

٧٦٤ - قلت أنا : وإذا قلنا : إنه لا يقبل قول الأب والجد في الرد على الذي كان صبيّاً ، فلو مات الأب أو الجد ، وادعى ورثتهم (أن مورثهم ردّ ، الأولى)^(١) أن لا يقبل ، وإن قلنا على الوجه البعيد : إنه يقبل قولها في الردّ ، فهل يقبل قول الورثة ، أن مورثهم ردّ ؟ فيه وجهان ، (أصحها أنه يقبل تفریباً على هذا)^(٢) ، وكذلك في الإنفاق ودعواه إذا فرعنا على (أن القول)^(٣) قول الأب فيه على الاقتصار ، فهل يقبل قول الوارث في دعوى إنفاق أبيهم ؟ فيه وجهان ، أصحها أنه يقبل ، وهذا الخلاف لم أره مسطوراً في هذه المسألة خاصة ، وإنما أخذته من قاعدة مسطورية ، ومسألة منقولة ، وهو أن المودع يقبل قوله في الردّ على المودع بلا خلاف ، وكذلك يقبل قوله في دعوى التلف بسبب خفي قولاً واحداً ، فلو مات المودع ، فادعى ورثته أن أباهم ردّ الوديعة على مالکها ، أو أنها تلفت تحت يد أبيهم بغير تفریط منه ، هل يقبل ؟

قال البغوي : يقبل ، وقال المتولي : لا يقبل ، فحصل وجهان ، [١٢٤ / ب] أصحها عندي وعند من وافق من المتأخرين أنه يقبل ، لأن كل من قبل قوله في شيء ، من رد أو إتلاف ، قبل قول وارثه أن مورثه صدر منه ذلك الردّ ، أو وجد عنده ذلك الإتلاف لوجوه :

أولها : أن الأمانة ثابتة مقتضية لقبول القول من الأمين على من ائتمنه ،

(١) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : أو مورثهم رد ، أولى .

(٢) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

والأصل استمراؤها ، ولا يُقال : إنَّ المالكَ لم يَأْتَمِ الوارثَ ، فلا يَصْدَقُ على من لم يَأْتَمِهِ ، لأنَّ هذا يَنْفَعُ أنْ لو ادعى على الوارثِ أَنَّهُ هو الرادُّ بنفسه ، أو أنَّ التلَفَ حصل عنده ، وهو إنما يدعي أن أباه (رده)^(١) ، أو أنَّ التلَفَ حصل عند أبيه ، ولو أنَّ أباه [كان]^(٢) حياً ، وقالَ ذلك ، صدَّق ، فكذا هو ، لأنَّ خليفته ووارثه ، وقائمٌ مقامه .

الوجه الثاني : أنَّ الأصلَ براءةُ ذمَّةِ الأبِ الميتِ .

الثالث : أنَّ الأصلَ براءةُ ذمَّةِ الورثةِ المدعينِ .

مسائل من كتاب الصلح في التنازع في الأملاك

المسألة الأولى - [تداعيا داراً في يد ثالث فأقر لأحدهما] :

٧٦٥ - دار في يدِ ثالث ، ادَّعاهَا رجلان ، زاعمين أنَّها شريكان فيها ، فصدَّقَ ذُو اليَدِ أَحدهما ، وكذَّبَ الآخرَ ، إنَّ أقرَ ذُو اليَدِ بأنَّ نصفَهَا لمن صدَّقَهُ ، والنصفُ الآخرَ لنفسِهِ ، أعني لذِي اليَدِ ، سلَّمَ النصفُ إلى المصدَّقِ ، وإنَّ أقرَ ذُو اليَدِ بأنَّ جميعَ الدارِ للمصدَّقِ سلَّمتْ إليه .

٧٦٦ - ثم لا يخلو أن يكون المدَّعيان ادَّعياها عن جهةِ إرثٍ ، أو عن جهةِ شراءٍ ، أو عن هبةٍ .

إنَّ ادَّعياها عن جهةِ إرثٍ ساهمَ المكذَّبُ المصدَّقَ على المنصوص ههنا ، ونص فيما إذا ادعى الورثةُ ديناً على مدينٍ لمورثهم ، وأقاموا شاهداً واحداً ، فحلفَ بعضهم دونَ بعضٍ مع الشاهدِ ، وأخذَ الحالفُ نصيبَهُ ، وغابَ بعضُ

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : رد .

(٢) اللفظ من عندي .

الورثة حين حلف الحاضر وأخذ، ثم حضر الغائب، أن الغائب لا يشارك الحالف فيما أخذه .

واختلف الأصحاب في هاتين المسألتين ، فمنهم من قال : فيها جميعاً قولان بالنقل والتخريج ، ومنهم من قرّر النصين على حالهما ، وهو الصحيح ، وفرق بأن المسألة المذكورة في الصلح مفروضة في العين .

وإن أقر المصدّق الوارث بأن الوارث الآخر المكذب شريكه فيها ، باعترافه أن الدار مورثة عن أبيها مثلاً ، والدار متعينة في نفسها ، فيشتركان [١٢٥ / ب] فيما أخذه المصدّق ، والمسألة المذكورة ههنا مفروضة في الدين ، والدين لا يتعين إلا بالتعيين .

٧٦٧ - أما إذا ادعى الدار عن جهة شراءٍ واحدٍ ، أو هبةٍ واحدة ، فصدّق ذو اليد أحدهما في دعواه النصف ، وكذب الآخر ، فإذا سلم النصف إلى المصدّق ، هل يشاركه المكذب ؟ فيه وجهان يبتنيان على ما إذا باعاً عبداً مشتركاً ، فأخذ أحدهما نصيبه من الثمن ، هل يستبد بالثمن الذي قبضه ؟ أم يقال : كل جزءٍ منه مشترك بينهما إلى القسمة ؟ فيه خلاف .

هذا ما ذكره الإمام ، والذي قطع به العراقيون ، ومنهم الماوردي ، ومن المرازقة الشيخ أبو علي : أنه في العين يشارك المكذب المصدّق في النصف الذي أخذه قولاً واحداً ، وقطع الماوردي بأنها إذا ادعى عن جهة شراءٍ واحدٍ ، فحكه حكم الميراث^(١) .

المسألة الثانية - [التنازع في حائط] :

٧٦٨ - إذا تنازعا حائطاً بين ملكيها ، فإن لم يختص أحدهما ببناءٍ عليه ، ولا ما يدل على اختصاص ، فهو مشترك بينهما .

(١) الحاوي ، الماوردي : ١٣ ق ٦٢ / أ ، ق ٦٢ / ب .

٧٦٩ - وإن كان لأحدهما عليه جذوعٌ دون الآخر لم يكن له اليدُ بذلك ، ولا يُرَجَّحُ به عندنا ، بلا خلاف^(١) ، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) .

٧٧٠ - وإن كان لأحدهما عليه أَرْجٌ^(٣) مَبْنِيٌّ ، أو قَبَّةٌ ، قال الماورديُّ : نَظِرَ فِي الحائِطِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بُنِيَ مِنْ أَسَاسِهِ مُنْعَرِجاً ، كَعَادَةِ بَعْضِ القَبَابِ وَالآرَاجِ ، فَهَذَا اتِّصَالَ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ إِحْدَاثُ مِثْلِهِ بَعْدَ كَالِ البِنَاءِ ، فَيَكُونُ الحائِطُ مَلِكاً لِمَالِكِ الأَرْجِ والقَبَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِنَاءُ الحائِطِ مَعْرَجاً فَلَا يَكُونُ الأَرْجُ والقَبَّةُ المَبْنِيَّ عَلَيْهِ مُتَّصِلًا بِالحائِطِ كُلِّهِ ، لِإِمْكَانِ إِحْدَاثِهِ بَعْدَ كَالِ البِنَاءِ ، فَيَصِيرُ كالأَجْدَاعِ ، لَكِنْ مَا كَانَ مِنْ أَعْلَى الحائِطِ خَارِجاً عَلَى تَعْرِيجِ القَبَّةِ وَالأَرْجِ فَهُوَ لِصَاحِبِ القَبَّةِ وَالأَرْجِ ، وَمَا انْحَدَرَ عَنْهَا مِنْ انْتِصَابِ الحائِطِ فِي حَكْمِ المَنْفَصِلِ (عَنِ)^(٤) المُتَّصِلِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا كالأَجْدَاعِ ، هَذَا مَا فَصَّلَهُ (المَاورِدِيُّ)^(٥) ، وَغَيْرُهُ مِنَ الأَصْحَابِ قَطَعُوا بِأَنَّهُ مِمَّا كَانَ لِأَحَدِهِمَا (عَلَيْهِ)^(٦) أَرْجٌ أَوْ قَبَّةٌ ، كَانَ لِصَاحِبِ الأَرْجِ والقَبَّةِ قَوْلًا وَاحِدًا ، مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلِ .

٧٧١ - أَمَّا إِذَا كَانَ مَبْنِيًّا عَلَى تَرْبِيعِ دَارٍ أَحَدَهُمَا ، مَسَاوِيًّا لَهَا فِي السَّمَكِ وَالْحَدِّ^(٧) ، قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ : كَانَ الحائِطُ لِمَنْ بَنَى الحائِطُ عَلَى تَرْبِيعِ دَارِهِ ، لِأَنَّ

(١) انظر مذهب الشافعية في كتاب (المهذب) ٢ / ٢١٧ ، مقفي المحتاج : ٢ / ١٩٢ ، شرح المحلى : ٢ / ٣١٨ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤١٧) .

(٢) انظر مذهب أبي حنيفة في كتاب (درر الحكام : ٢ / ٣٥٠ ، معين الحكام : ص ١٨٥ ، حاشية ابن عابدين ، رد المحتار : ٥ / ٥٧٩ ، جمع الأنهر : ٢ / ٢٨٢ ، بدائع الصنائع : ٨ / ٣٩٩٧ ، وسائل الإنبات : ٢ / ٥٣٦) .

(٣) الأَرْجُ : جَمْعُ آرَاجٍ وَأَرْجِ البَيْتِ بَيْنِي طَوْلًا ، وَهُوَ ضَرْبٌ مِنَ الأَبْنِيَةِ (انظر : القاموس المحيط : ١ / ١٧٧)

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٧) في نسخة ف : والجدة ، وما في المتن متفق مع نص (المهذب : ٢ / ٣١٧)

الظاهر أنه بني لداره^(١) .

وقال الماوردي^٢ : إذا كان الحائط متصلاً بيناهِ أحدهما دون الآخر ، بأن يكون بناءً أحدهما قد اتصل [١٢٥ / ب] بتشييد الحائط على وجه لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء ، فهو لمن اتصل بناؤه ، سواء كان اتصالاً تربيعاً ، أو لم يكن .

وقال الإمام : إذا اتصل طرفُ الجدارِ بجدارٍ خالصٍ لأحدهما اتصالاً ترصيفاً ، صار هو صاحبَ اليد .

٧٧٢ - وهكذا لو كان الجدارُ على خشبةٍ ، وأصلُ تلك الخشبةِ مبيّنةً في خالصٍ ملكٍ أحدهما ، داخله فيه ، فيكونُ الحائطُ ملكاً لمن الخشبةُ التي الحائطُ مبنيٌّ عليها ملكه ، وداخلٌ في ملكه .

٧٧٣ - قلت : ومثالُ قوله : اتصال ترصيفٍ أن يكون الحائطُ المتنازعُ فيه أخذاً شرقاً بغرب ، بين ملكيها ، وللقبلي منها حائطٌ أخذَ قبلةً بشمال ، وطرفه الشمالي معقودٌ مع طرف الحائط المتنازع فيه عقد ترصيفٍ ، كما تُعقدُ القرن بعضها إلى بعض ، مشتبكاً بعضه إلى بعض ، (وليس^(٣) محلولاً ولا ملتصقاً إليه إلصاقاً ، فيكونُ للقبلي ، الذي له الحائطُ ، الآخذُ قبلةً بشمال ، لهذا الاتصال المشار إليه .

قال الماوردي^٢ : ولو كان الحائطُ المتنازعُ فيه ينتهي طولاً إلى أن يتجاوزَ ملكَ أحدهما ، ولا يتجاوزَ ملكَ الآخر ، مثل أن يكون الحائطُ طولهُ عشرون^(٣)

(١) انظر : المهذب ، لأبي إسحاق الشيرازي : ٢ / ٣١٧

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ليس ،

(٣) في الأصل ونسخة ف : عشرين .

ذراعاً ، (وعرضٌ)^(١) أحدهما عشرة أذرع ، وعرضه الآخر عشرون ذراعاً ،
فتنازعا في الحائط الذي هو بين عرضتيهما معاً ، دون القدرِ المجاوز ، فهل
يكونُ هذا كالمُتصل أو المنفصل ؟ فيه وجهان .

ثم قال الشافعيُّ رحمه الله : ولا نظَرَ إلى من إليه الدواخلُ
(والخارجُ)^(٢) ، ولا أنصافُ اللبنِ ولا معاقدُ القمطِ .

قال الماورديُّ : الدواخلُ وجوهُ الحيطان ، والخارجُ ظهورها ، وفي
أنصافِ اللبنِ تأويلان ، حكاهما أبو علي بن أبي هريرة^(٣) ، (أحدهما)^(٤) أن
يكونُ كسورُ أنصافِ اللبنِ إلى أحدهما ، والصاححُ منه إلى الآخر ، والثاني : أنه
إفريزٌ يخرجُه البناءُ في أعلى الحائطِ نحو نصفِ لبنةٍ ، ليكونُ وقايةً للحائطِ من
المطر وغيره ، وأما معاقدُ القمطِ فيكونُ في الأخصاصِ^(٥) ، وهي عقدُ الخيوطِ
التي تشدُّ الحُصَّ ، لأنَّ القمطَ جمعُ قباطِ ، وهو الخيطُ ، فإذا تنازعَ رجلانِ
جارانِ حائطاً بينهما ، وكان إلى أحدهما الدواخلُ وأنصافُ اللبنِ ، لم يكنُ ذلك
دليلاً على ملكه .

٧٧٤ - وكذا لو تداعيا خصاً ، وكان إلى ملكِ أحدهما معاقدُ القمطِ ، لم

(١) في الأصل : وعرضه ، واللفظ ساقط في نسخة ف مع سطر كامل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فالخارج .

(٣) هو الحسن بن الحسين ، أبو علي بن أبي هريرة ، الإمام الجليل ، القاضي ، أحد عظماء الأصحاب في المذهب
الشافعي ، المذكور اسمه ، كان أحد شيوخ الشافعية ، وانتهت إليه إمامة العراقيين ، له مسائل في الفروع محفوظة ،
وشرح مختصر المزني ، ودرس ببغداد ، مات سنة ٢٤٥ هـ ، وذكر ابن كثير وفاته سنة ٢٧٥ هـ ، (انظر : طبقات
الشافعية الكبرى : ٢ / ٢٥٦ ، طبقات الفقهاء : ١١٢ ، وفيات الأعيان : ١ / ٣٥٨ ، البداية والنهاية : ١١ / ٣٠٤ ،
النجوم الزاهرة : ٣ / ٣١٦) .

(٤) اللفظ في الأصل : أحدها .

(٥) الأخصاص والحصوص والخصائص جمع خص ، وهو البيت من قصب أو شجر ، والخص بالضم ، يسقف

بخشبة كالأنج ، (انظر : القاموس المحيط : ٢ / ٢٠١ ، المنجد : ١٨٠)

يكن ذلك دليلاً ، هذا منتهى كلام الماوردي ، ولا مخالف له فيما نقله .

٧٧٥ - وكذلك الطاقات [١٢٦ / أ] المزينة بالبياض والزخرفة وغير ذلك ، إذا كانت إلى جانب أحدهما ، لا تدل على ملكه عندنا ، بلا خلاف .

٧٧٦ - وما يدور في الخلد ، (واستخرجه الفكر)^(١) ، ما لو كان من جانب أحد المتداعيين في أسفل الحائط أزج معقود إلى خاص ملكه ، فهو دليل الملك في الحائط ، فلو كان علو الحائط مبنياً إلى جانب المدعي الآخر ، متصل في آخره بجائط خاص لهذا المدعي الآخر ، اتصال ترصيف ، فهو دليل الملك أيضاً له ، لكن أحد المتداعيين ترجح بالأزج في سفلى الحائط ، والآخر ترجح في علوه بالاتصال ، فهذا لم أصادفه مسطوراً لذلك ، والذي يظهر أن يقال : إن كان الاتصال من جهة العلو من أعلى الحائط إلى قراره في طرف ، والأزج في وسطه مثلاً ، أو في الطرف الآخر ، فهذا محل نظري ، ومقام التوقف ، وليس ببعيد أن يقال : إنه يكون بينهما ، وكأنه قد قام لكل منهما دليل على ملكه ، لو انفرد ، وخلا عن المعارض ، فيصير كما لو لم يَقم لواحد منهما دليل ، وصار هذا كالبينتين إذا تعارضا على أحد القولين^(٢) .

وإن كان البناء في أعلى الحائط لا ينتهي إلى (أسفله)^(٣) ، بل ينقطع في أثائه ، أمكن أن يقال : يختص صاحب العلو من منتهى بنائه الموصوف إلى جهة العلو ، وعلى سمتة في جهة طول الحائط ، ويختص صاحب السفلى بالباقي بعد ذلك إلى جهة السفلى ، وللنظر فيه ، بعد هذا ، مجال

(١) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : واستخرجه الفكرة .

(٢) وهو القول بسقوط البينتين المتعارضتين ، والقول الثاني : أنها تستعملان ، واختلف الفقهاء في استعمالها على ثلاثة أقوال ، ففي قول تستعملان ويقسم المدعى به بينهما ، وفي قول تستعملان ويقرعه بينهما ، وفي قول تستعملان ويتوقف حتى يتبين الأمر أو يسطلحا .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : سفله .

المسألة الثالثة - [في المهايأة والتنازع في الانتفاع] :

٧٧٧ - فإذا كان بين شريكين أو شركاء داراً مثلاً ، فليس لأحدهم السكنى ، ولا الانتفاع بغير إذن شركائه ، فإن رضوا بالمهايأة فذاك ، وهي ^(١) في الظاهر تناوب في المنافع ، وفي الحقيقة بيع منافع بمنافع ، والصحيح أن المهايأة لا تلزم بالرضا ، ولا يجب الوفاء بها ، ولا يجبر الممتنع (عليها) ^(٢) .

٧٧٨ - فإن قيل : لو اكرتري رجل داراً سنة بمنفعة عبد سنة ، أو أقل أو أكثر ، صح ، فمقابلته المنفعة بالمنفعة صحيحة ، فلم لم تلزم المهايأة عن التراضي ؟ قلنا : لأن من ضرورة المهايأة التناوب على المنافع في العين الواحدة ، وأن تنتجز نوبة ، وتتأخر أخرى ، والمنافع المضافة إلى المدة التي ستأتي لا يجوز إيراد العقد عليها عندنا ، لأن من استأجر السنة القابلة لا يصح ، فلهذا لم تلزم المهايأة .

٧٧٩ - فإن قيل : [١٢٦ / ب] فلم لم تجعلوا المهايأة عن التراضي قسمة منافع ، على صورة قسمة العين ، تفریباً على أن القسمة إفراد ؟

قلنا : لأن قسمة العين تنتجز فيها الحصص ، فيصل الشريكان إلى حصصها في وقت واحد جملة ، من غير تأخر أحدهما بعد تعديلها ، والمنافع تؤخذ شيئاً فشيئاً ، لا يمكن تحقيقها وتعديلها والتساوي فيها في مدتي الانتفاع .

٧٨٠ - وذهب بعض أصحابنا إلى الإيجاب على المهايأة ، لأن الضرورة ماسة إليها عند التنازع ، فلولاها لتعطلت المنافع ^(٣) .

(١) اللفظ في نسخة ف : وهو .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) قال الشيرازي : وإن طلب أحدهما ، وامتنع الآخر ، لم يجبر الممتنع ، ومن أصحابنا من حكى فيه وجهاً =

٧٨١ - فَإِنْ قُلْنَا : لا إيجابَ على المهايأةِ على الصحيح ، فلو تهاياً شريكان بالتراضي ، فاستوفى أحدهما المنفعة في النوبة التي له ، ثم أرادَ أنْ يمتنعَ عما توافقا عليه ، (ومنع)^(١) شريكه من ذلك في نوبته ، فله ذلك ، ولكنه يفرم لشريكه قيمةً حصته من المنفعة التي استوفاهما في نوبته ، وإن قلنا : يُجبرُ عليها ، فلو استوفى نوبته ، ثم أرادَ الرجوعَ ، لم يكنْ له ذلك .

٧٨٢ - ثم إذا قلنا : لا إيجابَ على (المهايأة)^(٢) ، واستمر الشركاء على التناع ، فهل تُباعُ العين عليهم ؟ فيه وجهان ، أصحُّها لا تباعُ ، وهل تُوجَرُ؟ فيه وجهان ، أصحُّها تقلا أنها لا تُوجرُ ، بل تُتركُ المنافعُ تتعطلُ إلى أنْ يتراضوا ، والعملُ في بعض بلادنا على الإيجابِ على الإجارة^(٣) .

إمدة المهايأة :

٧٨٣ - وقدرُ مدتها مفوضٌ إلى رأي الحاكم المتنازع لديه ، وأما إمامُ الحرمين فإنه قال : ولم يذكر أحدٌ من الأصحاب الإيجابَ على الإجارة ، فقال : ولعلَّ سببه أنَّ الأمدَ في الإجارة (لا توقيت)^(٤) له ، ولا سبيلَ إلى التحكم بمدة فيه ، هذا كلامُ الإمامِ ، ومن يرى الإيجابَ على الإجارة ، يقولُ : قدرُ مدتها مفوضٌ إلى رأي الحاكم .

ولعل الأقربَ فيه إيجازُ العين سنةً ، فإنَّ منافعَ الأعيانِ تتكاملُ في سنةٍ في الغالبِ .

= أخر أنه يجبر كما يجبر على قسمة الأعيان ، والصحيح أنه لا يجبر ، لأن حق كل واحد منها تعجل ، فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة ، ويخالف الأعيان ، فإنه لا يتأخر بالقسمة حق كل واحد ، (المهذب : ٢ / ٢٠٩) ، وانظر : مغني المحتاج ٤٢٦ / ٤ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : منع .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مهايأة .

(٣) وهو ما اقتصر عليه الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج : ٤ / ٤٢٦)

(٤) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا موثق .

مسائل من الحوالة

المسألة الأولى - في حقيقتها :

٧٨٤ - وهي معاقدة بين المحيل والمحتمل ، وأما ذمة المحال (عليه)^(١) فهي محل التصرف ، ومورد العقد ، ولا بدّ من رضا المحيل والمحتمل ، وتعاقدهما بلفظ الحوالة ، أو ما يقوم مقامها ، كقوله : أحلتك على فلان بكذا ، أو نقلت حقك الذي في ذمتي إلى ذمة فلان ، أو جعلت ما استحقه على فلان لك بما لك عليّ ، أو ملكتك ما لي في ذمة فلان^(٢) بما لك في ذمتي ، وهل ينعقد بلفظ البيع ؟ فيه خلاف مشهور .

٧٨٥ - أما المحال عليه فلا يشترط رضاه على المذهب الصحيح ، خلافاً لأبي حنيفة^(٣) ، وأبي [١٢٧ / أ] سعيد الإصطخري من أصحابنا^(٤) ، وهل يشترط أن يكون الدين المحال به مثلياً ، أم تجوز الحوالة بالثوب الموصوف مثلاً في الذمة بمثله ؟ فيه خلاف^(٥) ، (الأصح)^(٦) عند البغوي أنه لا يشترط^(٧) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إليه .

(٢) العبارة في نسخة ف : ملكت لك ما في ذمة فلان .

(٣) انظر في مذهب الحنفية المراجع التالية : (درر الحكام : ٢ / ٣٠٨ ، مختصر الطحاوي : ١٠٢ ، فتح القدير

والعناية : ٥ / ٤٤٤ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٣٤٣ ، رد المحتار : ٥ / ٣٤١) .

(٤) لا يشترط رضا المحال عليه في الأصح عند الشافعية ، وفي قول ثان يشترط رضاه ، بناء على أن الحوالة

استيفاء ، وهو قول الإصطخري ، كما نص عليه الشيرازي ، وقال : اختاره المزني ، قلت : ولم أجده في مختصره في باب

الحوالة ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٤٥ ، مختصر المزني : ٢ / ٢٢٦ ، مغني المحتاج : ٢ / ١٩٤ ، شرح المحلى : ٢ / ٣١٩ ،

حاشية البجيرمي على الخطيب : ٣ / ٨٤ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٢٣) ، وسبقت الإشارة لهذا الاختلاف في صفحة ٥٢٣

ف ٦٢٣ .

(٥) انظر : المهذب : ١ / ٣٤٤ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : والأصح .

(٧) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ١٩٤ ، شرح المحلى : ٢ / ٣١٩ ، نهاية

المحتاج : ٤ / ٤٢٤) .

٧٨٦ - نعم ، يُشترطُ أن يكونَ الدينُ المحالَ به مجانساً لما في ذمة المحيل للمحتال ، قدرأً وجنسأً ووصفاً ، فلو أحاله بألفٍ حالّةٍ في ذمته ، على ألفٍ مؤجلةٍ ، لم يصح ، وبالعكس فيه وجهان .

المسألة الثانية - [الحوالة على رجلين] :

٧٨٧ - إذا كان لرجلٍ على رجلٍ ألفُ درهم ، وللمدين على رجلين ألفُ درهم ، على كلِّ واحدٍ منها خمسمائة ، وكلُّ واحدٍ منها كافلٌ ما على صاحبه ، فأحاله عليهما ، على أن يأخذَ الألفَ من شاءٍ منها ، هل تصحُّ الحوالة ؟ فيه وجهان ، ذكرهما ابنُ سُرَيْجٍ :

أحدُهما : وهو اختيار القاضي أبي الطيّب الطبريّ : أنها لا تصحُّ ، لأنها زيادةٌ في حقِّ المحتال ، لأنّه كان يطالبُ ذمّةَ المحيلِ فقط ، (فصارَ)^(١) يطالبُ ذمتين ، وهما المحالُ عليهما .

والثاني : يصحُّ ، وهو اختيارُ الشيخِ أبي حامد الإسفراييني^(٢) .

المسألة الثالثة - [الكفالة في الحوالة] :

٧٨٨ - لو شرط في الحوالة أن يعطيه المحالُ عليه بالدين كفيلاً أو رهناً ، قال المتوليُّ : لا يصحُّ ، لأنها عقدُ إرفاقٍ ، ولم يحك فيه خلافاً .



(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وصار .

(٢) ذكر هذه الصورة بتامها الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في (المهذب : ١ / ٣٤٥) .

مسائل من الضمان

المسألة الأولى - [ضمان الدين] :

٧٨٩ - ضمان الدين الثابت اللازم متفق على صحته ، ويصح الضمان بغير إذن المضمون عنه قولاً واحداً ، لأنَّ الإنسان يقضي دينَ غيره بغير إذنه ، إذا اتفق على ذلك ربُّ الدين والأجنبيُّ المؤدي ، وإنما فائدةُ إذنِ المضمون عنه في الرجوعِ عليه بعد الغرم ، فيُنظر فيه ، فإنَّ ضَمِنَ (عنه)^(١) بغيرِ إذنه ، وأدى عنه بغيرِ إذنه ، فلا رجوعَ قولاً واحداً .

٧٩٠ - وإن أذن له في الضمان والأداء ، ولم يشترط الضامنُ عليه الرجوعَ بالغرم^(٢) ، فله الرجوعُ على المذهبِ الصحيح ، وفيه وجهٌ بعيدٌ حكاه الإمام أنه لا بدَّ من اشتراطِ الرجوعِ ، وهو أن يقول له : اضمنْ عني ، وأدَّ عني ، (ولك)^(٣) الرجوعُ عليَّ بعد الغرم .

٧٩١ - أما إن ضمنَ بإذنه وغرم بغيرِ إذنه ، أو بالعكس ، فيه خلافٌ مشهورٌ ، والمختارُ عند الإمام والشيخ أبي نصر والبغويُّ أنَّه إذا ضمنَ بغيرِ الإذن ، وغرم بالإذن ، أنه لا يرجعُ ، والمنصوصُ أنه [١٢٧ / ب] إذا ضمنَ بالإذن وغرم (بغير)^(٤) الإذن أنه يرجع ، واختاره بعضُ الأصحاب^(٥) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) في نسخة ف : الرجوع عند الغرم بالغرم .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وله .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وهو ضروري حسب تفریع المسألة .

(٥) انظر : المذهب : ١ / ٣٤٩ ، المجموع : ١٣ / ٤٦٩ ، وفي نسخة ف : وغرم بغير الإذن أنه لا يرجع . ونص

عليها أيضاً في المذهب .

المسألة الثانية - [التبرع بالأداء] :

٧٩٢ - إذا تبرعَ أجنبيٌّ بإيفاء ما على زيدٍ من الدَّينِ لعمري ، من غيرِ علمِ المدِينِ ، ولا رضاه ، ولا إذنه ، فلبِ الدَّينِ أخذه إن شاء ، ولا يجبُ عليه أخذه من الأجنبي .

٧٩٣ - هذا نصُّ الإمامِ عليه في « نهايته » في مواضع ، ولم أظفرُ فيه بنقلِ غيره ، لا موافقاً ولا مخالفاً إلى الآن^(١) ، وفي النفس منه شيءٌ ، فإنه إن عللَ عدمَ الوجوبِ بمنةٍ تلحقُ صاحبَ الدينِ ، فلسنا نسلّمُ أنَّ فيه منةً عليه ، إنما المنَّةُ على المؤدى عنه ، وهو المدِينِ ، وإنَّ عللُ بآئنه لو وجبَ على ربِّ الدَّينِ قبولُ الوفاءِ من الأجنبيِّ عن المدِينِ بغيرِ إذنِ المدِينِ ، فمتى قبضَ منه قدرنا دخولَ المقبوضِ (في ملكِ المدِينِ)^(٢) تقديراً ، ليكونَ وفاءً عما في ذمته ، فيكادُ يكونُ (هبةً)^(٣) ، أو قريباً منها ، كما إذا كان يآذنُ المدِينِ يقربُ من القرضِ ، إذا كان في صورةِ يرجعُ المؤدى عليه ، ولا يجوزُ إجبارُ ربِّ الدَّينِ على قبضِ ، بل لزمه تقديرُ دخولِ المقبوضِ في ملكِ الغيرِ بغيرِ إذنه ، قلنا : يلزمُ على هذا جوازُ أخذِ ربِّ الدَّينِ الأجنبيِّ من الأجنبيِّ ، فإنها لو اتفقا عليه جازَ بلا خلافٍ من غيرِ رضا المدِينِ ، ولا إذنه ، مع فرضِ دخولِ المالِ المقبوضِ تقديراً في ملكِ المؤدى عنه أولاً .

(١) نص الشيرازي على صورة تؤيد ما ذكره إمام الحرمين ، فقال : واختلف أصحابنا في رضا المضمون له ، فقال أبو علي الطبري : يعتبر رضاه ، لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لازم ، فشرط فيه رضاه ، كالثن في البيع ، وقال أبو العباس : لا يعتبر ، لأن أبا قتادة ضمن الدين عن الميت بحسرة النبي ، ولم يعتبر النبي ﷺ رضا المضمون ، (المهذب : ١ / ٣٤٧) ، وانظر الأقوال في اشتراط قبول المضمون له ورضاه وعدم ذلك . وأن الأصح أنه لا يشترط قبوله ولا رضاه ، كما حققه النووي رحمه الله ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٠ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٣٨ ، شرح المحلى : ٢ / ٣٢٥) .

(٢) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بينة .

٧٩٤ - ثم لسنا نسلم الاحتياج إلى تقدير دخول المال المقبوض في ملك المدين المؤدى عنه تقديراً ، فإن الأصل عدم التقدير وعدم الاحتياج إليه ، إذ يمكن أن يقال : إنه متى أدى الأجنبي من مال نفسه قدر الدين إلى رب الدين ، برئت ذمة المدين بمجرد الإعطاء ، من غير تقدير ملك للمدين ، لأن القول ببراءة الذمة حكم شرعي ، (فللشارع)^(١) أن يقضي ببراءة ذمة زيد بفعل عمرو ، وللنظر في ذلك (كله)^(٢) مجال واحتمال .

المسألة الثالثة - [صفة الضمان] :

٧٩٥ - لو ضمن الدين الحال مؤجلاً بأجل معلوم ، قطع العراقيون بالجواز ، (لأنه إرفاق)^(٣) ، وقطع المراوزة بالمنع ، لأنه يضمن ما عليه ، فهو تابع للأصل ، فلو تغير وصف الدين الثابت عليه ، التفريع : إن قلنا : (بصحة ضمان الحال)^(٤) مؤجلاً ، فلو أحضره (إلينا)^(٥) الضامن قبل الأجل ، هل يجبر المضمون له على القبول ؟ إن كان له غرض صحيح في [١٢٨ / أ] الامتناع لم يجبر ، وإن لم يكن له غرض صحيح ، هل يجبر ؟ فيه قولان .

٧٩٦ - وإن قلنا : بفساد شرط الأجل في ضمان الدين الحال ، فهل يفسد الضمان بفساد الشرط ؟ أو يصح الضمان حالاً ، ويلغو شرط الأجل ؟ فيه وجهان .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وللشارع .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وهو ما ذكره الشيرازي دون خلاف فيه ، فقال : ويجوز أن يضمن الدين الحال إلى أجل ، لأنه رفق ومعروف ، فكان على حسب ما يدخل فيه ، (المهذب : ١ / ٣٤٨) .

(٤) ما بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : يصح الضمان .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

٧٩٧ - ولو ضمن الدين المؤجل حلاً ، هل يصح الشرط ؟ فيه وجهان^(١) ،
التفريع : إن حكمنا بفساد (الشرط) ، فهل يفسد الضمان بفساد^(٢) الشرط ؟
فيه وجهان ، فإن حكمنا بصحة الضمان ، (فهل)^(٣) يثبت حلاً على الضامن ؟
فيه وجهان ، أحدهما : نعم ، وفاء بالشرط ، والثاني : لا ، ليكون الفرع
مضاهياً لأصله .

٧٩٨ - التفريع : إن قلنا : يكون الدين على الضامن حلاً ، طوبل
ناجزاً ، وإن قلنا : يكون مؤجلاً ، لم يطالب حتى ينقضي الأجل ، لكن هل
يثبت الأجل في حق الضامن مقصوداً ، أم يثبت تبعاً لأجل المشايهة
والمضادة ، فيه وجهان ، تظهر فائدتها بذكر مقدمة لا بد منها .

[موت الأصيل] :

٧٩٩ - وهي ما إذا ضمن الضامن الدين المؤجل (مؤجلاً)^(٤) ، فات المضمون
عنه ، وحل الدين عليه بموته ، لم يحل الدين على الضامن بموت الأصيل
وفاقاً ، وكذلك لو ضمن الدين المؤجل مؤجلاً ، فات الضامن في أثناء الأجل
حل عليه الدين ، مع أن أصل الدين مؤجل على الأصيل .

٨٠٠ - إذا عرف هذا عدنا إلى أصل المسألة ، فنقول : إن حكمنا بأن
الأجل (يثبت)^(٥) مقصوداً في نفسه في حق الضامن ، فإذا مات المضمون عنه لم
يحل الدين على الضامن ، وإن حكمنا بأن الأجل لم يثبت مقصوداً ، بل تأخر

(١) أحدهما : يجوز ، كما يجوز أن يضمن الحال مؤجلاً ، والثاني : لا يجوز ، لأن الضامن فرع لما على المضمون
عنه ، فلا يجوز أن يكون الفرع معجلاً ، والأصل مؤجلاً ، (انظر : المهذب : ١ / ٣٤٨) .

(٢) ما بين القوسين من هامش الأصل .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هل .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ثبت .

الطلبُ بحق المشابهة ، فإذا ماتَ المضمونُ عنه ، وحلَّ عليه الدينُ ، (فبوتَه)^(١) توجه الطلبُ على الضامنِ أيضاً ، إثباتاً لحق التبعية^(٢) .

٨٠١ - ومما يتفرعُ على ذلك أن الأجلَ إذا ثبتَ مقصوداً في حق الضامنِ ، فماتَ المضمونُ عنه ، وحكمتنا بحلولِ الدينِ على الضامنِ ، وكانتُ تركتُه عنده وافيةً ، فقال ربُّ الدينِ : لا أطلبُ حقي من التركة ، فهل للضامنِ أن يقولَ له : إما أن تأخذَ حَقَّكَ من تركتِه ، أو تخلصني من عهدةِ الضمانِ ، أو تبرئني عن الضمانِ ؟ فيه وجهان ، أظهرهما في النقلِ أن الضامنَ يُطالبُ الدينَ بتلك^(٣) ، والثاني ، وهو ظاهر القياس : أنه ليس له ذلك .

المسألة الرابعة - [في كفالة البدن] :

٨٠٢ - والصحيحُ الذي به الفتوى [١٢٨ / ب] صحتها ، (وثمرتها)^(٤) أنها متى صحتُ لزمَ الكفيلُ إحضارَ المكفولِ في المكانِ الذي التزمه ، ويتعينُ المكانُ الذي عينه ، ومتى أحضره ، وسلمه إلى المكفولِ له ، أو إلى مجلسِ الحاكمِ ، خرجَ عن العهدة .

٨٠٣ - ولو لم يحضره الكفيلُ ، (فحضر بنفسه ، وسلمها برئ الكفيلِ)^(٥) ، ولو غابَ المكفولُ ، ولم يُعرف خبرُه ، ولا عُلم مكانُه ، لم يلزمَ الكفيلَ شيءٌ على الصحيحِ من المذهبِ .

٨٠٤ - وكذلك لو ماتَ المكفولُ لم يلزمَ الكفيلَ شيءٌ على المذهبِ

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) نص على ذلك الإمام الشافعي رضي الله عنه في (الأم : ٣٠٤ / ٣) .

(٣) العبارة في نسخة ف : أن للضامنِ مطالبة صاحب الدين بذلك .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أو ثمرتها ، وانظر : المهذب : ٢ / ٣٤٩ ، المجموع : ١٣ / ٣٨٤ ، مفتي

الاحتجاج : ٢ / ٢٠٣ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٤٥ ، شرح المهلي : ٢ / ٣٢٧ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ٩٥ ، الأم : ٣ / ٣٠٤ .

(٥) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

الصحيح^(١)، وفيه قولٌ أنه يلزمه بدلٌ حضوره المعجوز عنه ، ثم في قدره وجهان ، أحدهما : الدينُ بالغاً ما بلغ ، والثاني : يلزمه ديةُ المكفول ، (لأنها)^(٢) بدلٌ بدنه ، إلا إذا كانَ الدَّيْنُ أقل من الدية ، فلا يلزمُ إلا قَدْرُ الدَّيْنِ .

٨٠٥ - وإن عَلِمَ مكانُ المكفول في غيبته ، وجب على الكفيل السعيُّ في إحضاره ، ويُسهل مدةَ الذهابِ والإياب ، فإن لم يُحضره حُسب الكفيل .

المسألة الخامسة - [رضا المكفول ببدنه] :

٨٠٦ - لا بدُّ في كفالةِ البدن من رضا المكفول (ببدنه)^(٣) على المذهبِ الصحيح^(٤)، فإنه لو تكفل ببدنه ، دون رضاه ، ثم رامَ إحضارَه ، فلمكفول ببدنه أن يقولَ : لا تستحقُّ عليَّ حقاً تملكُ به إحضاري ، ولست وكيلاً خصمي ، ولا أذنتُ لك في الكفالة ، فأصيرُ بإذني ملتزماً موافقتك في الحضور .

٨٠٧ - هذا^(٥) كُلهُ تفرُّيعِ على أنْ كفالةَ البدن لا تُفْضي إلى غُرْمِ مالٍ على الكفيل ، فأما إن قلنا : إنَّ الكفيلَ بالبدنِ يغرِّمُ المالَ عندَ الموتِ ، أو العجزِ عن الإحضار ، صحتُ كفالةُ البدنِ بدونِ رضا المكفول ببدنه .

٨٠٨ - وذكر صاحبُ « التفرُّيع » وجهاً غريباً ، أنه وإن قلنا : لا يغرِّمُ الكفيلُ مالاً أصلاً ، فتصحَّ الكفالةُ بالبدن ، دون إذنِ المكفول ببدنه .

قال الإمامُ : وهذا لا اتجاهَ له إلا على سبيلِ سائيرِ إليه ، وهو أنه إذا قالَ

(١) وهو المعتمد في المذهب ، والقول الثاني : يطالب بالمال بدلاً عن الإحضار المعجوز عنه ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٥ ، نهاية المحتاج : ٤ / ٤٥١ ، شرح المهلي : ٢ / ٣٢٩ ، المذهب : ١ / ٣٥١) .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بدنه .

(٤) انظر : المذهب : ١ / ٣٥١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٤ .

(٥) في نسخة ف : وهذا .

الرجل : قد تكفلتُ بيدنِ فلانٍ ، فقد أقرَ على نفسه ، ومطلقُ إقراره محمولٌ على كفالةٍ صحيحةٍ شرعاً ، وهذا مطردٌ في كل عقدٍ (تقرير) ^(١) المعنى مطلقاً ، فلو قال الكفيلُ بعدَ هذا : ما كان المكفولُ بيدنه أذنَ لي في الكفالة ، فقال المكفولُ له : أنتَ مؤاخِذٌ بإقرارِكَ ، فإنك قد أقررتَ بالتزامِ إحضاره ، فعليكَ الوفاءُ به ، فإذا جاءَ الكفيلُ ببغْيِ إحضارِ المكفولِ بيدنه : هل له ذلك ؟ فيه وجهان .

أحدهما : نعم ، لأن المكفولَ بيدنه إذا قالَ (للكفيلِ) ^(٢) : لم [١٢٩ / أ] أذنَ لك في الكفالةِ ، أجابه الكفيلُ بأنَّ مطالبةَ المكفولِ له إيائي ، لا ينحطُّ عن توكيله إيائي بإحضارك ، ولو أنه وكلني في إحضارك لأحضرتك .

والوجهُ الثاني : أنه لا يملكُ إحضاره ، لأنَّ المكفولَ بيدنه يقول : لم يُوكلكَ ^(٣) المكفولُ له لتحضرنِي نائباً عنه ، لكنه طالبك في نفسك بالخروجِ عن عهدةِ قولِ صدر منك .

قال الإمامُ : المسألةُ محتملةٌ جداً .

٨٠٩ - إذا تقررَ هذا قلنا : إنَّ صحَّ النقلُ في الوجهِ الغريبِ الذي نقله صاحبُ « التقریب » من أنَّ الكفالةَ بالبدنِ تصحُّ ، دونَ إذنِ المكفولِ بيدنه ، من غيرِ تقديرِ غُرمِ مالٍ ، فلا وجهَ له إلا إذا كانت الكفالةُ صادرةً عن إذنِ المكفولِ له ، فيكونُ إذنُ المكفولِ له مفيداً ما يُفيدُه التوكيلُ ^(٤) بالإحضارِ ، غيرَ أنَّها يفترقان في شيءٍ ، وهو أنَّ الوكيلَ في بابِ الوكالةِ له عزْلُ نفسه متى

(١) اللفظُ زيادةً من نسخة ف .

(٢) اللفظُ من نسخة ف ، وفي الأصل : الكفيل .

(٣) في نسخة ف : ما وكلك .

(٤) في نسخة ف : يفيد ما يفيد التوكيل .

شاءً ، وهذا الكفيلُ يَؤذنُ المكفولَ له ليس له إخراجُ نفسه عن عهدَةِ ما التزمه دونَ بذلِ الوُسعِ فيه ، لأنّه التزمَ تحقيقَ ذلك ، فأمرٌ^(١) به لازماً على حسب الإمكان .

٨١٠ - قال الإمامُ : وكلُّ ما ذكرناه تكلفٌ ، والوجهُ القطعُ ببطلانِ الكفالةِ بالبدنِ دونِ إذنِ المكفولِ بيده ، ولا نرى للكفالةِ مصيراً إلى اقتضاء الغرم ، كما رتبناه ، فإنَّ قبلَ : فلو تكفّلَ بيدنِ رجلٍ بإذنِ المكفولِ له ، هل يملكُ إحضارَه وجهاً واحداً ، أم فيه خلافٌ ؟

قلنا : فيه وجهان ، خارجان على الخلافِ في تكفله بيده بغيرِ إذنِ المكفولِ بيده ، لأنَّ إذنَ المكفولِ له ليس على قصدِ الاستنابة ، بل الكفيلُ أرادَ أن يلتزمَ له حقاً ، فأذنَ له فيه المكفولُ له .

المسألة السادسة - [الضمان للضامن] :

٨١١ - لو شرطَ ضامنُ الدين أن يعطيه المضمونُ عنه ضماناً آخرَ بماضمه ، هل يصح الشرطُ ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : لا يصح الشرطُ ، ففي فسادِ الضمانِ لفسادِ الشرطِ وجهان ، فإن قلنا : يصحُّ الشرطُ فعلى المضمونِ عنه الوفاء ، فإنَّ لم يَفِ ثبتَ للضامنِ الفسخ .

المسألة السابعة - [تعدد الضامين] :

٨١٢ - إذا حضر رجلان ، وقال لربِّ دينٍ^(٢) : ضمّنا ما لك على فلان ، هل لربِّ الدَّينِ مطالبةُ كلِّ واحدٍ منها بجميعِ الدينِ ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا ، بل يطالبُ كلُّ واحدٍ منها بنصفه ، والثاني : قال المتوليُّ ، وهو الصحيح :

(١) العبارة في نسخة ف : لأنه التزم تحقيقاً قام به .

(٢) في نسخة ف : الدين .

إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا يُطَالَبُ^(١) بِمَجْمِيعِ الدَّيْنِ ، [١٢٩ / ب] كما لو كان لهما عبدٌ مشتركٌ ، فقالا : رهنا العبدَ منك بالألفِ الذي لك على فلانٍ ، يكون نصيبُ كل واحدٍ منها رهناً ، بجميع الألف .

٨١٣ - قلت أنا : الصحيحُ عندي والعملُ عليه : أنه لا يطالبُ كلُّ واحدٍ منها إلا بنصفِ الدين ، لأنها عقداً عقداً الضمانِ جملةً بقولهما ، فيتعدّدُ بتعددهما ، فيصيرُ كما لو قالوا جملةً : اشترينا هذا العبدَ بألفٍ ، فقال لهما المالكُ : بعتهما ، فإنَّ كلَّ واحدٍ منها مشتري نصفَ العبدِ فقط ، فكذا (هنا)^(٢) في مسألتنا ، ويفارقُ مسألةَ الرهن ، لأنَّ الرهنَ لا يقتضي تبعيضه على الدين (شرعاً)^(٣) ، وههنا التزامها بالوضعِ الشرعي اقتضى التنصيف .

مسائل من الوكالة

المسألة الأولى - [الموكل به] :

٨١٤ - كلُّ ما يقبلُ النيابةَ ، ولا يتعينُ (للإنسان)^(٤) أنْ يفعلَه بنفسه ، صحَّ التوكيلُ فيه ، ويخرجُ من هذا الإقرارُ الظاهرُ ، منصوصُ الشافعي جوازُ التوكيلِ فيه ، واختار ابنُ سريجٍ المنع .

٨١٥ - فإن قلنا : إنه لا يصحُّ ، فهل يُجعلُ (مقرأً)^(٥) بالتوكيلِ^(٦) ؟ فيه

(١) في نسخة ف : مطالب .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الإنسان .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : مقرأ .

(٦) أي هل يجعل مجرد توكيله إقراراً بما وكل به ، ويلزم بذلك ؟ أم لا يلزم بالإقرار إلا بعد إقرار الوكيل

بذلك ؟ فيه وجهان مبنيان على القول بجواز التوكيل بالإقرار ، أما على القول الثاني الذي يمنع التوكيل بالإقرار فإن =

وجهان ، فإذا (صححناه)^(١) لم يصح حق يتبين قدرُ المقر به وجنسه .

٨١٦ - وكذلك تملكُ المباحاتِ ، كاستقاء الماء المباح والاصطياد والاحتطاب ، هل يصحُّ التوكيلُ فيها ؟ (فيه)^(٢) وجهان ، وجهُ المنع أنَّ الوكيلَ باستيلائه عليهما ، يكونُ أحقَّ بها ، فيدخلُ في ملك نفسه بنفسِ الاستيلاء^(٣) .

المسألة الثانية - | الوكالة بكل شيء | :

٨١٧ - إذا قالَ : وكلتُك بكل قليلٍ وكثيرٍ لم يجز ، لأنه غررٌ كبيرٌ^(٤) ، وإن قالَ : وكلتُك (بما لي)^(٥) من تطليق زوجاتي ، وعتق عبيدي ، وقضاء ديوني ، واستيفاء حقوقي ، جاز ، لأنه فصلٌ وقيدٌ بما إليه ، فانتمى الغرر .

٨١٨ - ولو قالَ : وكلتُك بكل قليلٍ (وكثير)^(٦) ، (مما لي)^(٧) من التصرفات ، فيه وجهان ، ولو قالَ : وكلتُك بمخاصمةٍ غرمائي ، فيه وجهان ،

= مجرد التوكيل يعتبر إقراراً ، وصورة المسألة بعبارة أخرى أن فقهاء المذهب الشافعي اختلفوا في جواز التوكيل بالإقرار على قولين ، القول الأول : لا يجوز التوكيل بالإقرار ، وهو الأصح ، وينبغي على ذلك أن هذا التوكيل الباطل يعتبر إقراراً ، وقيل لا يعتبر ، والقول الثاني : يجوز التوكيل بالإقرار ، وبين جنس المقر به وقدره ، وبناء على ذلك لا يلزم الموكل شيء إلا بعد إقرار الوكيل ، وقيل : يلزمه بنفس التوكيل ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ ، شرح المهلي : ٢ / ٣٣٩ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٥ ، حاشية البجيرمي : ٢ / ١٠٤) .

(١) اللفظ في الأصل وفي نسخة ف : صححنا .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) والراجع هو الوجه الثاني بالجواز ، لأن تملك المباحات أحد أسباب الملك ، فأشبه الشراء ، فيحصل الملك

للموكل إذا قصد الوكيل .

(٤) هذا متفرع على شرط في الموكل فيه ، وهو أن يكون معلوماً من بعض الوجوه ، ولا يشترط علمه من كل وجه ، ولذلك يرد الخلاف في المسائل الآتية ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المهلي : المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٦ ، المذهب : ١ / ٣٥٧ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٠٥) ، وفي نسخة ف : غرر كثير .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بما إلي .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٧) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : بما إلي .

أحدُها : الجوازُ ، لأنَّ الخصومةَ جنسٌ واحدٌ ، والثاني : لا ، لما فيه من الاختلافِ .

المسألة الثالثة - [الوكالة بما لا يملك] :

٨١٩ - لو قال : وكلتُك في طلاقِ امرأةٍ سأنكحها ، أو عتقِ عبدٍ سأملكه ، المذهبُ بطلانُ هذه [١٣٠ / أ] الوكالةِ .

وقال البغويُّ : لو قالَ : وكلتُك أن تطلقَ كل امرأةٍ أتزوجها ، أو تعتقَ كل عبدٍ أشتريه ، أو تبيعه ، صح .

المسألة (١) الرابعة - [تعليق الوكالة] :

٨٢٠ - تعليقُ الوكالةِ فيها وجهانٌ^(١) ، ومن جملةِ صورِها ما لو قال : إذا تزوجتُ فلانةً ، فقد وكلتُك في تطليقها ، أو إذا اشتريتُ عبدَ فلانٍ فقد وكلتُك في بيعه أو عتقه ، فيه وجهان .

٨٢١ - ولو قال : وكلتُك الآن ، ولكن لا تباشِرِ التصرفَ إلا بعد شهرٍ ، أو بعدَ قدومِ زيدٍ ، قطعَ العراقيونُ بالجوازِ^(٢) ، (وبه)^(٤) قطعَ بعضُ المرازمةِ .

الوكالة الدورية :

٨٢٢ - ومن جملةِ صورِ التعليقِ الوكالةِ الدورية ، وصورتها أن يقولَ : كما عزلتُك فأنتَ وكيلي ، فإنَّ أبطلنا الوكالةَ المعلقةَ على الشرطِ ، بطلتْ هذه

(١) اللفظ ساقط من الأصل ومن نسخة ف .

(٢) قال النووي رحمه الله تعالى : ولا يصح تعليقها بشرط في الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٣ ،

شرح المحلى : ٢ / ٣٤٠ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٨ ، المذهب : ١ / ٣٥٧ ، حاشية البجيرمي : ٢ / ١٠٦) .

(٣) وهو ما ذكره الشيرازي دون أن يذكر خلافاً فيه ، (المذهب : ١ / ٣٥٧) .

(٤) الكلمة ساقطة من الأصل ، وموجودة في نسخة ف .

أيضاً ، وإن صححنا تعليق الوكالة ، صحت هذه الوكالة ، ومتى عزله عاد وكيلاً ، وطريقه في العزل أن يقول : (كلما)^(١) عدت وكيلي فأنت معزول ، حتى يتقاوم العزل والوكالة ، فيمتنع التصرف ، لأن الأصل عدمه .

المسألة (٢) الخامسة - | عدم تعيين الثمن في البيع | :

٨٢٣ - إذا قال : بع هذا العبد ، ولم يعين ثمناً وجبَ عليه بيعه بثن المثل ، وإن وجد زبوناً يشتريه بأكثر من (ثمن)^(٣) المثل لم يجز له بيعه بثن المثل^(٤) .

| ثمن المثل والقيمة | :

٨٢٤ - واعلم أن ثمن المثل هو ما ينتهي إليه رغبات المشترين ، على الصحيح من المذهب ، وفيه وجه أن القيمة صفة قائمة بالمقوم ، (ذاتية له)^(٥) ، فإن الدفيعه تنقص تارة ، وتزيد أخرى ، وتختلف باختلاف الأغراض ، فرب رجل يؤثر شراء شيء بأضعاف قيمته لأغراض لا تخفى ، من تحلة قسم ، أو صورة ماسة إلى ذلك ، أو حاجة حافة إليه .

| البيع بغبن | :

٨٢٥ - فإن باعه بغبن ، نُظِر^(٦) : إن كان قدر الغبن مما جرت العادة بالتغابن فيه ، ولا يعدونه غبناً ، ويتسامحون فيه ، كدرهم في عشرة ، وعشرة في مائة ، صح ، وإن كان قدر الغبن أكثر من ذلك لم يصح .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وكلما .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) اللفظ من هامش الأصل .

(٤) انظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٣ ، شرح المحلى : ٢ / ٢٤١ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٣١) .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : دانية له ، وانظر صفحة ٤٥٥ من هذا الكتاب .

(٦) في نسخة ف : بغير نظر .

وقال أصحابنا : العشرة ، وإن سُمِّحَ بها في المائة ، فلا تسامحَ بالمائة في الألف ، ولا (بالآلف)^(١) في عشرة (آلف)^(٢) .

٨٢٦ - قال صاحبُ الكتاب عفا الله عنه : والصوابُ عندنا في هذا أن يُرَدَّ إلى العرفِ ، ولا يُضبطُ بعددِ محصورٍ ، كعَشْرِ^(٣) مثلاً بالنسبة إلى عَشْرَةٍ ومائة فقط ، دون ألفٍ وعشرة (آلف)^(٤) وما بينها ، فإنه تحكَّم محضٌ ، بل يقالُ : كل ما قضى العرفُ وأهلُه [١٣٠ / ب] فيه ، بأنه لا يُعدُّ غَبْنًا (ويتسامحون)^(٥) به ، فلا غَبْنٌ فيه ، ويصحُّ بيعُ الوكيلِ بدونه ، وما يحكون فيه بأنه غَبْنٌ لا يصحُّ البيعُ بدونه .

٨٢٧ - أما إذا قال له : بعْ بما شئتَ ، فباع بدونِ ثمنِ المثل ، هل يصحُّ ؟ قال الإمامُ في كتابِ النكاحِ ، في أثناءِ فصولِ المولى عليها ، إذا قالَ الموكلُ في البيعِ : بعْ بما شئتَ ، فللوكيلِ أنْ يبيعَ بما عَزَّ وهان .

٨٢٨ - ولو قالتِ المرأةُ لوليها : زوجني ممن شئتَ ، ولم تتعرض لذكرِ الكفاءةِ ، وتقيضها ، هل له تزويجُها من غيرِ كفءٍ ؟ فيه وجهان ، أظهرهما الجوازُ ، كسألةِ البيعِ .

وقال المتولي : لو قالت (له)^(٦) : زوجني بما شئتَ من المهرِ ، أو بما شاءَ زوجي من المهرِ ، فزوجها بأقلِّ من مهرِ المثلِ ، صح ، كما لو قال : بعْ ما لي بما شئتَ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بألف .

(٢) في الأصل : ألف ، وكذا في نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : كعشرة .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ألف .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يساعون .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(المسألة (١) السادسة - [حقوق العقد في الوكالة] :

٨٢٩ - إذا وكل رجلٌ رجلاً في شراء شيء معين فاشتراه ، إما بثمن ، نص عليه الموكل ، أو بثمن المثل ، إذا كان مأذوناً له في الشراء مطلقاً ، والموكل معترفاً بتوكيله إياه ، فالمطالبُ بالثمن من ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : الوكيلُ فقط ، لأنه العاقدُ .

والثاني : الموكلُ فقط ، لأنه المالكُ لهذه العين .

والثالثُ : أنه يتخيرُ في مطالبة من شاء منها^(١) .

٨٣٠ - فإن طالبَ الوكيلَ وغرّمه فالأصحُّ أنه يرجعُ على الموكلِ ، وفيه وجهٌ أنه لا يرجعُ عليه ، لأنَّ قوله : اشتر لي ، اقتراحٌ منه ، كقوله : أد^(٢) ديني ، وفي الرجوعِ فيه خلافٌ ، فكذا في حق الوكيلِ .

٨٣١ - ولو خرجَ المبيعُ مستحقاً في يدِ الموكلِ في شرائه ، وقد تَلَفَ الثمنُ في يدِ الوكيلِ في البيعِ ، فالمشتري يُطالب من ؟ فيه الأوجه الثلاثة .
ثم قرأَ الضمانِ ، على من ؟ فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : على الوكيلِ ، فلا رجوعَ له على أحدٍ إذا غرِمَ للمشتري ، لأنه تَلَفَ في يده ، والموكلُ يرجعُ عليه .

والثاني : على الموكَّلِ ، لأنَّ الوكيلَ مأمورٌ من جهته .

والثالثُ : لا رجوعَ لأحدهما على الآخرِ ، بل كلُّ من طوَلب ، استقر عليه .

(١) اللفظ ساقط من الأصل ، وموجود في نسخة ف .

(٢) انظر : المهذب : ١ / ٣٦٠ - ٣٦١ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٣١ ، شرح الهلي : ٢ / ٢٤٦ ، نهاية المحتاج :

٨٣٢ - والوكيلُ بشراء العبد ، لو قبضَ العبدَ المشتركَ ، فتلف في يده ، ثم خرجَ مستحقاً ، فالمستحقُّ يطالبُ المستحقَّ قولاً واحداً ، وفي مطالبةِ الوكيلِ والموكِلِ ؟ فيه الأوجهُ الثلاثةُ .

ثم في قرارِ الضمانِ على مَنْ ؟ فيه الأوجهُ الثلاثةُ ، كما ذكرناه .

٨٣٣ - وقال الماورديُّ : إذا وكل رجلٌ رجلاً في شراء عبد ، فاشتراه الوكيل ، ودفعَ إلى البائعِ ثمنه من مالِ موكله ، ثم استحقَّ العبدُ ، هل يكون [١٣١ / أ] الوكيلُ خصماً في الرجوعِ (بدركه) على البائعِ بالوكالةِ الأولى ؟ فيه وجهان .

قال الماورديُّ : والصحيحُ عندي (من)^(١) هذين الوجهين ، وهو أن يُنظرَ : إن استحقَّ من يدِ الوكيلِ (قبلَ)^(٢) وصوله إلى يدِ الموكلِ ، كان الوكيلُ خصماً في الرجوعِ (بدركه)^(٣) ، وإن استحقَّ من يدِ الموكلِ لم يكن الوكيلُ خصماً إلا باستئنافٍ وكالةٍ ، (لأنه)^(٤) بحصوله في يدِ الموكلِ قد مضت^(٥) أحكامُ وكالةه ، وانقطعتِ علتهُ ، بخلافِ ما قبلَ الوصولِ .

المسألة السابعة - الوكيل بغير جعل :

٨٣٤ - إذا ادعى الردَّ على موكله ، أو تلفَ المالُ في يده بغيرِ تفريطٍ ، قبلَ قوله في ذلك^(٦) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفيها زيادة بعده : غير ، وفي الأصل : عن ، في النص الأول ، وفي النص المكرر .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) ما بين القوسين مكرر مرتين في الأصل .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : لأن ، وفي نسخة ف : لأن محصولة .

(٥) في الأصل زيادة لفظ : في ، هنا ، وليس موجوداً في نسخة ف .

(٦) وذلك لأن الوكيل أمين فيما في يده من مال الموكل ، والأمين يقبل قوله مع اليقين ، (انظر : المهذب :

١ / ٣٦٤ ، مختصر للزبي : ٢ / ٥) .

٨٣٥ - ولو ادّعى وارث الوكيل أن موكّله إرد ذلك ، أو أنه تلف في يد مورثه من غير تفريط ، هل يقبل قول الوارث ؟ فيه وجهان ، الأصح أنه يقبل قوله ، ولا خلاف أنه إذا ادعى الوارث أنه ردّ بنفسه ، أو أنه تلف في يده ، أعني يد الوارث ، لم يُقبل قوله إلا بينة .

المسألة (١) الثامنة - الدعوى بالوكالة بقبض الدين أو

العين :

٨٣٦ - إذا حضر رجلان (في)^(١) مجلس الحكم ، فادعى أحدهما على الآخر ، أن زيدا وكّله في مطالبة هذا الحاضر بما له في ذمته ، أو في يده ، وفي قبضه ، واعترف المدعى عليه بذلك كله ؛ المذهب المقطوع به صحة دعوى الوكيل بتصديق الخصم أنه وكيل عن زيد ، ويجوز للمدعى عليه تسليم ما في ذمته ، أو في يده إلى هذا الوكيل ، ولا يجب عليه التسليم ، بتصديقه أنه وكيل على المذهب الصحيح ، خلافاً للمزني ، لأنّ الموكل لو أنكر الوكالة لم تحصل براءة المدين .

وقال المزني : يجب عليه الدفع إليه ، لاعترافه بكونه مستحقاً الاستيفاء بالوكالة^(٢) ، كما لو كان بيده مالٌ ميت ، واعترف لشخص بأنه وارثه ، (لا وارث)^(٤) له سواه ، فإنه يجب عليه الدفع إليه ، ولا يكلفه إقامة بينة (عليه ، تشهد له)^(٥) بذلك .

(١) اللفظ من عندي ، وساقط من الأصل ومن نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اقتصر المزني في كتاب الوكالة على نقل قول الشافعي دون تعليق عليه ، فقال : قال المزني : ولو قال رجل لفلان عليّ دين ، وقد وكل هذا قبضه . لم يقض الشافعي عليه بدفعه ، لأنه مقر بتوكيل غيره في مال لا يملكه ، ويقول له : إن شئت فادفع أو دع ، ولا أجبرك على أن تدفع ، (مختصر المزني : ١٠ / ٢) .

(٤) العبارة زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٥) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : بينة تشهد .

٨٣٧ - وعمّا ذكره المزيّ جوابان :

الأول : لا نسلّم في مسألة الميراث ، فإنّ بعض أصحابنا ذهبَ إلى أنه لا يجبُ التسليمُ بمجردِ التصديقِ ، كما في مسألة الوكالة .

الجواب^(١) الثاني : بعدَ التسليم أن الفرقَ بينها اعترافه للوارثِ بالملك ، وغير المالك لا يتوقع منه دعوى معتدّ [١٣١ / ب] بها ، أما إنكارُ الموكل فتوقعُ مسموعٌ معتدّ به .

مسائل من كتاب الإقرار

٨٣٨ - قد ذكرنا منها قواعدَ حسنةً في الدعاوى والبيّنات ، من هذا الكتاب ، ولنذكر قدراً يسيراً منها الآن ، فإن اتفقت إعادةُ شيءٍ مما ذكرناه لم تضرّ الإعادةُ ، وإن لم يتقدم ذكره هناك ظهرتِ الفائدةُ وتضاعفت .

المسألة الأولى - [الإقرار بالعين] :

٨٣٩ - من شرط الإقرار بالعين أن تكونَ في يدِ المقرّ حالةَ الإقرار ، بل لو أقرّ لزيدٍ بعينٍ في يدِ عمرو صحَّ هذا الإقرارُ ، وحكّم على المقرِّ بموجبَ إقراره ، وعَمَل متى صارت العينُ المقرِّ بها في يدِ المقرِّ ، (في أي وقتٍ كان ، يدُ انتقال ، لا يدُ عاريةٍ ولا رهنٍ ولا استعجار ، نعم ، من شرط أعمال الإقرار ، في حالِ الإقرار ، كونُ العينِ المقرِّ بها في يدِ المقرِّ)^(٢) ، فتنزعُ من يدهِ وتسلّمُ إلى المقرِّ له^(٣) .

(١) في نسخة ف : والجواب .

(٢) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٣) يبدو أن الكلام في الأصل متعارض بين المبدأ والقاعدة وبين التفريع والتثليل عليها ، ويوزل هذا التعارض =

المسألة الثانية - [الإقرار بالدين] :

٨٤٠ - قال إمام الحرمين : إن كان الدين المقر به أمكن وقوعه للمقر له ، بتقدير فرض المقر وكيلاً في المعاملة الملزمة قبل الإقرار به ، وصح ، وإن كان الدين ثبت في جهة لا يتصور فيها تقدير نيابة ، كالصداق في حق المرأة ، وبدل الخلع في حق الزوج ، فلا يتصور الإقرار بثبوت أصل الحق ، فإنه لا يفرض^(١) انتقال هذا النوع من الدين ، وفي سائر الديون ، إلا بتقدير مع الدين ، (وفي)^(٢) صحته قولان .

فالإقرار به إذن مخرَج عليهما ، هذا لفظ الإمام .

وقال الماوردي : إذا أقر بدين له في ذمة رجل أنه لفلان صح الإقرار ، إلا في الزوجة إذا أقرت بصادقها لغيرها ، والزوج يقر بما خالع عليه زوجته أنه لغيره ، والمجني عليه يقر بأن أُرش جنائته لغيره ، ومالكُ يهية يقر بحملها (للغير)^(٣) .

٨٤١ - فإن قال : صار لفلان ، صح في الصداق والخلع ، ولم يصح في الحمل ، وكان في أُرش الجناية على اختلاف حالين :

إن كان له دراهم أو دنانير صح ، وإن كان إبلاً لم يصح .

= بالزيادة من نسخة ف ، وبما بينه الخطيب الشربيني على المنهاج فقال : وليكن المقر به من الأعيان في يد المقر حساً أو شراً ، ليسم بالإقرار للمقر له ، لأنه إذا لم يكن في يده كان كلامه إما دعوى عن الغير بغير إذنه ، أو شهادة بغير لفظها فلا تقبل . تنبيه : كونه في يد المقر شرط لإعمال القرار وهو التسليم لا شرط لصحته ، فلا يقال إنه لاغ بالكلية ، فإنه إذا حصل بيده لزمه تسليمه . (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٥ - ٢٤٦ ، شرح الهلي : ٧ / ٣ ، نهاية المحتاج : ٨٣ / ٥) .

(١) في نسخة ف : لا يتصور .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لغير .

٨٤٢ - قَالَ صَاحِبُ الْكِتَابِ عَفَا اللَّهُ عَنْهُ : مَا ذَكَرَهُ الْمَاورِدِيُّ حَسَنًا صَحيحًا ، وَمَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ فِيهِ نَظَرَ ظَاهِرًا ، بَيَّانُهُ هُوَ أَنَّهُ قَالَ : إِنَّ الصِّدَاقَ وَبَدَلَ الخَلْعِ ، لَا يَتَصَوَّرُ الْإِقْرَارَ بِهِ ، لِأَنَّهُ لَا يُفْرَضُ نَقْلُهُ إِلَى الْغَيْرِ إِلَّا بِبَيْعِ الدِّينِ ، وَفِيهِ قَوْلَانِ ، فَكَذَا الْإِقْرَارُ بِهِ يَكُونُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ ، قَلْنَا : لَا شَكَّ أَنَّ الحِوَالَةَ صَحيحَةً عِنْدَنَا بِلَا خِلافٍ ، وَلِلزَّوْجَةِ أَنْ تُحِيلَ [١٣٢ / أ] بِصِداقِها الثَّابِتِ فِي ذِمَّةِ زَوْجِها مَنْ لَهُ دَيْنٌ عَلَيْها مِساوٍ لِلصِّدَاقِ فِي قَدْرِهِ وَجِنْسِهِ وَصِفَتِهِ ، فَإِذَا أَقْرَتِ بِالصِّدَاقِ لِزَيْدٍ مِثْلًا أَمَكَّنَ فَرَضُ انْتِقَالِ الصِّدَاقِ إِلَى زَيْدٍ بِحِوَالَةِ صَحيحَةٍ شَرِيعِيَّةٍ لِأَمَّةٍ صَدَرَتْ مِنَ الزَّوْجَةِ ، وَالْإِقْرَارُ يُحْمَلُ عَلَى أَصَحِّ مَحْمَلٍ ، يَمَكُنُ (فَرَضُهُ ، إِعْمَالًا)^(١) لِكَلِمِ الْمَقْرَرِ ، وَصَوْنًا لَهُ عَنِ الْمَهْذَرِ ، وَتَوْفِيرِ الْحَقِّ الْمَقْرَرِ (بِهِ)^(٢) عَلَيْهِ الَّذِي (أَظْهَرَهُ)^(٣) إِقْرَارُ الْمَقْرَرِ لِلْمَقْرَرِ لَهُ .

٨٤٣ - وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ لَا جِوابَ عَنْهُ ، وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْمَاورِدِيُّ هُوَ الْمُعْتَمَدُ ، وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْإِمَامُ سَبَقَهُ^(٤) بِهِ ، صِوْرَةٌ وَمَعْنَى ، الْجَرَجَانِيُّ ، فَإِنَّهُ ذَكَرَهُ ، كَمَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ ، فِي بَعْضِ مِصْنَفَاتِهِ الَّتِي وَقَفْنَا عَلَيْها ، وَلَا أَعْتَدُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ^(٥) هَذَانِ (الْإِمَامَانِ)^(٦) بَعْدَ نَقْلِ مَا ذَكَرَهُ الْمَاورِدِيُّ ، وَإِيضاحَهُ بِالذَّلِيلِ الْواضِحِ .

المسألة الثالثة - [الإقرار بالمجهول] :

٨٤٤ - اتَّفَقَ جَمْهُورُ الْأَصْحَابِ عَلَى قَبُولِ الْإِقْرَارِ بِالْمَجهُولِ ، بِخِلافِ الدَّعْوَى

(١) العبارة في نسخة ف ، وفي الأصل : فرضها عملاً .

(٢) اللفظ من عندي ، لأجل تصحيح العبارة ، وفي الأصل ونسخة ف : له .

(٣) اللفظ من عندي ، وفي الأصل ونسخة ف : أظهر .

(٤) في نسخة ف : شبيهه .

(٥) في الأصل ونسخة ف : ذكره .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الأمان ، وسقطت ما في منتصف الكلمة خطأ .

بالمجهول ، فإنها غير مقبولة ، وقد ذكرناه في ذلك نقلاً وبحشاً في (باب)^(١) الدعوى من هذا الكتاب ما أغنى عن إعادته .

[الدعوى بالمجهول] :

٨٤٥ - وما ذكرنا^(٢) هناك في هذا ، ونحن نعيدهً لنعقبه بما لم نذكره ، أن البغوي قال : إذا ادعى على رجل أنه أقر له بشيء ، ولم يُبينه ، لم تُسمع الدعوى مجهولة إلا في الوصية ، إذا ادعى أنه وصى له بشيء ، ولم يبين ، تُسمع ، وتسمع شهادة الشهود بذلك .

ولو ادعى عليه مالا معلوماً ، (فشهدا)^(٣) على إقراره أن له عليه شيئاً ، أو قالاً : نعلم أن له عليه مالا ، ولكن لا نعلم قدره ، هل تسمع ؟ فيه وجهان .

[صيغة الإقرار بالمجهول] :

٨٤٦ - إذا عرفت هذا فاعلم أن صيغة الإقرار بالمجهول أن يقول : لفلان عليّ شيء ، فيطالب بتفسيره ، فإن فسره بما يتول ، قبل^(٤) . وإن قال : له عليّ مال ، فهو مجهول ، لكنه أقل جهالةً من لفظة الشيء .

وإن قال : له عليّ دراهم ، فهو مجهول في كميته فقط .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كتاب . (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٨٦ ، شرح المحلى : ٣ / ٧) ، وانظر : صفحة ١٨٤ في الباب الثالث في الدعاوى والبيّنات .
(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ذكرناه .
(٣) في الأصل : شهد ، سقطت الألف في آخر اللفظ سهواً ، وكذا في نسخة ف .
(٤) انظر : الوجيز : ١ / ١٩٧ ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلى ، المرجع السابق .

٨٤٧ - ففي الإقرار بالشيء ، لو فسره بقصاصٍ أو حدٍ قذفٍ ، قُبِلَ على أصحِّ الوجهين ، ولو فسره بميتةٍ أو سرجين ، أو كَلْبٍ مُعَلِّمٍ ، فيه وجهان^(١) ، ولو فسره بخميرٍ أو خنزيرٍ ، لم يقبل على الظاهر^(٢) ، وفيه وجه .

أما لفظةُ « المال » إذا فسرها بالقصاصِ وحدَّ القذفِ والميتةِ والسرجينِ والكلبِ المُعَلِّمِ لا يقبلُ منه قولاً واحداً^(٣) ؛ لأنها ليست بمالٍ .

وأما لفظةُ « الدراهم » فلا يقبلُ فيها تفسيرٌ إلا في العددِ ، ولا يقبلُ أقلُّ من [١٣٢ / ب] ثلاثةِ دراهمٍ عندنا ، وإن فسرها بالنقصِ كالطبرية^(٤) : إن كان منفصلاً لم يقبل ، إلا إذا كان في بلدٍ يُعتادُ فيها التعاملُ بها ، ففيه وجهان^(٥) ، وإن كان متصلاً هل يقبل ؟ فيه وجهان^(٦) .

وإن فسرها بالمغشوشةِ متصلاً قُبِلَ ، ومنفصلاً : إن كان لا يتعاملُ بها في بلدٍ الإقرار لم يقبل ، وإن كان يتعاملُ بها ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ أنه يقبل .

اختلاف المقر والمقر له في التفسير :

٨٤٨ - ثم مها أقر بالشيء وفسره بما يقبلُ منه كدرهمٍ مثلاً ، فقال المقر

(١) والأظهر القبول ، لأنه شيء لازم ؛ (انظر : الوجيز : ١ / ١٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٧ ، نهاية المحتاج ،

المرجع السابق) .

(٢) اقتصر عليه الغزالي في الوجيز ، المرجع السابق ، وانظر المراجع السابقة .

(٣) انظر : الوجيز ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٤٨ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٨٩ ، شرح الهلي : ٣ / ٨ .

(٤) في نسخة ف : كالناصرية .

(٥) انظر : الوجيز ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٥٠ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٩٠ ، شرح الهلي ، المرجع

السابق .

(٦) اقتصر الغزالي في ذلك على القبول دون إشارة للخلاف ، وأن حكم المنقوصة والمغشوشة الآتية سواء ،

(انظر : الوجيز ، المرجع السابق ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، شرح الهلي ، المرجع

السابق) .

له : لم تُردِّه بلفظك ، وإنما أردت أكثر منه ، قال الإمام : قال المحققون : لا يقبل هذا الكلام من المقرِّ له ؛ لأنه لا يدعي مزيداً ، وإنما ينازع في إرادة ، بل ينبغي أن يقول : أردت عشرةً ، وهي لي عليك ، فإذا أنكّر المقرُّ استحقاقه لتسعةٍ مثلاً ، حلف له بالله ، (إنه) ^(١) لا يستحقُّ عليه التسعة الزائدة ، ولم أرْ بقولي « شيء » غير الدرهم الذي فسّرت به .

ومن أصحابنا من قال : تُقبل دعوى المقرِّ له في الإرادة المجردة ، وهو ضعيفٌ .

٨٤٩ - وقال البغويُّ : إذا أقر بشيء ، وفسّره بدرهمٍ مثلاً ، فادّعى المقرُّ له عليه ، أنه أراد غير هذا ، أو أكثر منه ، لم يُسمع حتى يبين قدره وجنسه ، فإنَّ بين قدراً ، وقال أردته بلفظك ، وهو لي عليك ، فالقول قول المقرِّ مع يمينه ، يحلفُ بالله ، إنه ما أراد إلا درهماً ، ولا يلزمه أكثر منه ، ويجمع بينها في اليمين .

فإنَّ نكلَ حلفَ (المقرِّ له) ^(٢) على استحقاق ما ادعاه عليه ، ولا يحلفُ إنَّه أراد بلفظه هذا ؛ لأنَّه لا اطلاع (له عليه ، لأنَّه لا يطلِّع) ^(٣) على ضميره ، بخلاف وارثِ المقرِّ ، وخلف وارثاً ، قام مقامه في التفسير ، فإذا فسّر الوارثُ بدرهمٍ ، فادّعى المقرِّ له عشرة ، حلف الوارثُ بالله ، إنَّ مورثه ما أراد أكثر من هذا ، لأنَّه خليفة المورث ، وقد يطلِّع منه على ما لا يطلع عليه غيره .

٨٥٠ - وهذا بخلاف الوصية ، إذا أوصى له بشيء غير معلوم ، وبينه

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي الأصل : المقر ، وهو خطأ ، لأنه يتناقض مع المعنى والسياق .

(٣) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف .

الوارث ، فادعى الموصى له أكثر منه ، حلف الوارثُ بالله ، إنه لا يعلم أنَّ الموصى له يستحق أكثر من هذا ، ولا يحلفُ على ما أرادَه الموصي ، لأنَّ الإقرارَ إخباراً عن كائنٍ معلومٍ ، فجازَ أنْ يطلعَ عليه الوارثُ ، والوصيةُ إنشاءٌ أمرٍ على الجهالةِ ، فكانَ بيانه على الوارثِ .

٨٥١ - وإن فسّرَ المقرُّ الشيءَ بدرهمٍ ، فادعى المقرُّ له : أردتَ به ديناراً ، واستحقَّه عليك ، فهذا دعوى خلافِ جنسٍ ما فسره المقرُّ ، فيحلفُ بالله ، إنه لا يلزمه الدينارُ ، وأنَّه أرادَ بالشيءِ درهماً ، هذا ما حكاه البغويُّ ووافقَه عليه المتولي [١٣٣ / أ] .

مسائل من الغصب

المسألة الأولى - ا ضمان المغصوب :

٨٥٢ - المغصوبُ إن^(١) كان مثلياً وجبَ ردُّه بعينه ، فإنَّ كانَ عبداً فهربَ وجبَ عليه دفعُ القيمةِ إلى المغصوبِ منه للحيلولة .

٨٥٣ - ثمَّ إذا أخذَ للحيلولة لم يُزل ملكُه عن العبدِ عندنا ، بل ملكه في العبدِ دائمٌ مستمرٌّ ، وأما القيمةُ التي أخذها للحيلولة ، هل يملكها أيضاً ؟ جمهورُ الأصحابِ قالوا : إنَّه يملكها^(٢) ، وفيه وجهٌ محكيٌّ عن القفالِ أنَّه لا يملك القيمةَ التي أخذها للحيلولة ، لأنَّ العبدَ باقٍ على ملكه ، فيؤدِّي إلى الجمعِ بين ملكِ البَدَلِ والمُبَدَّلِ .

قال الطبريُّ : وأصحُّ الوجهين أنَّ المالكَ يستحقُّ مطالبةَ الغاصبِ بأجرةِ

(١) في نسخة ف : إذا .

(٢) وهو ما ذكره أبو إسحاق الشيرازي ، واقتصر عليه ، (المهذب : ١ / ٣٧٥) .

منفعة العبد المصوب في مدة الغضب ، مع أنه قد أخذ القيمة (منه)^(١) للحيلولة ، فيملك القيمة ، ويملك أجره المنافع^(٢) .

٨٥٤ - قال المتولي : ولو غضب أمٌ وليد ، فأبقت من يد الغاصب ، فأخذ المالك منه القيمة للحيلولة ، ثم مات المالك ، عتقت بلا شك ، فهل يرجع الغاصب (بالقيمة)^(٣) على تركه المالك (المصوب منه)^(٤) ؟ فيه وجهان ، الصحيح نعم ، خلافاً لأبي عاصم العبادي .

٨٥٥ - فلو أعتقها السيد مباشراً ، أو كان المصوب عبداً ، والمسألة بحالها ، فاعتقه السيد ، رجع الغاصب بالقيمة التي دفعها إلى المالك ، للحيلولة .

٨٥٦ - قال صاحب الكتاب عفا الله عنه : هذا كلام المتولي ، ولم يحك في المسألة الأخيرة خلافاً ، والفرق بين عتق أم الولد بموته وبين إعتاقه ظاهر .

٨٥٧ - وما فرعته على هذه المسألة ، مالم أظفر به منقولاً ، وهو أنه إذا استحق المصوب منه مطالبة الغاصب بقيمة العبد (المصوب)^(٥) الهارب للحيلولة ، واتفقا على قيمة العبد الهارب ، فلو عوضه عن القيمة جارية مثلاً ، لاشك في جوازه .

٨٥٨ - فإذا تعوض عن القيمة جارية وقبضها ، إن قلنا : لا يملك القيمة ، (لو قبضها ، لم يجز وطء الجارية والاستمتاع بها بنظر ولا قبله وغيرها ، وإن قلنا : يملك القيمة)^(٦) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر : المذهب : ١ / ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) العبارة زيادة من نسخة ف .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

فهل نقول: إنه ملكَ الجارية ملكاً تاماً مُسلطاً له على الوطاء؟

هذا فيه تردّدٌ عندي، وللنظر فيه مجالٌ، ولم أصادفه إلى الآن منقولاً،
فإن تجدد ظفرٌ به لحقته بالحاشية^(١) إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية - [قيمة المصوب] :

٨٥٩ - إذا غصبَ مثلياً كقفيزٍ من حنطةٍ، وأقامَ في يده (مدة) ^(٢) ثم تلفَ، والحنطةٌ موجودةٌ في البلدِ، ومضى على ذلك زمنٌ، ثم (أعوزه) ^(٣) المثلُ، وكان الرجوعُ إلى القيمةِ، فأَيُّ قيمةٍ تعتبرُ؟ فيه تسعةٌ أوجهٍ [١٣٣ / ب] مجموعة، يندرجُ منها واحدٌ في ثلاثة، ويبقى بغيرِ اندراجٍ ثمانية، منها ثلاثةٌ أوجهٍ ذكرها الشيخُ (أبو علي) ^(٤).

أحدُها: أنه يجبُ أكثرَ القيمةِ من يومِ الغصبِ إلى يومِ اعزازِ المثلِ.
والثاني: أكثرَ القيمةِ من يومِ الغصبِ إلى يومِ تلفِ العينِ ^(٥).
والثالثُ: تجبُ القيمةُ يومَ المطالبةِ.

٨٦٠ - وقال أبو الطيب بنُ سلمة ^(٦) عبارةً حسنةً في هذه المسألة، قال:
إذا عدَلنا عن المثلِ إلى القيمةِ عندِ الاعزازِ، (فهل) ^(٧) الواجبُ قيمةُ المصوبِ،

(١) في نسخة ف: على الحاشية.

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف.

(٣) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: أعوز.

(٤) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: أبو حامد.

(٥) ذكره أبو إسحاق، واقتصر عليه، (انظر: المهذب: ١ / ٢٧٥).

(٦) هو محمد بن الفضل بن سلمة بن عاصم الضبي، أبو الطيب البغدادي، الفقيه الشافعي، كان من كبار الفقهاء ومتقدمهم، أخذ الفقه عن ابن سريج، وكان موصوفاً بفرط الذكاء، وصنف كتباً عديدة، توفي سنة ٣٠٨ هـ وهو غرض الشباب، وأبوه أبو طالب الفضل اللغوي، صاحب التصانيف المشهورة في فنون الأدب ومعاني القرآن، (انظر: طبقات الفقهاء: ١٠٩، وفيات الأعيان: ٣ / ٢٤٣، إنباه الرواة على أبناء النحاة، للقفطي: ٣ / ٢٩٨).

(٧) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: فهذا، وهو تصحيف.

أو قيمة مثله بعد تلفه ؟ فيه وجهان :

إن قلنا : قيمة المغصوب ، وجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف .

وإن قلنا : قيمة مثل المغصوب ، اعتبر أقصى القيم من تلف المغصوب إلى انقطاع المثل واعوزازه .

٨٦١ - فأحد هذين الوجهين المنسوبين إلى أبي الطيب بن سلمة ، (وهو)^(١) إيجاب أقصى القيم من يوم الغصب ، إلى يوم التلف ، مندرج تحت الوجوه الثلاثة التي ذكرها الشيخ أبو علي ، فإن هذا الوجه أحدها ، فإذا ضمنا الوجه الثاني لأبي الطيب بن سلمة الذي لم يندرج تحت تلك الوجوه الثلاثة صار مجموعها أربعة أوجه .

٨٦٢ - وزاد القاضي (حسين)^(٢) وجهاً خامساً ، وهو اعتبار قيمته يوم انقطاع المثل .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هو .

(٢) في الأصل : حسن ، وهو تصحيف عن القاضي حسين الذي يقصد عند اطلاق لفظ القاضي وهو ما جاء في نسخة ف ، ومن اشتهر باسم القاضي حسن مايلي : الحسن بن محمد بن عباس ، القاضي الإمام الجليل أبو علي الزجاجي ، المتوفي في حدود الأربعمئة هجرية ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٣١ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ص ١١٧) ، ومنهم : الحسن بن الحسين بن محمد بن الحسين بن زامين ، القاضي أبو محمد الشيرازي ، نزيل بغداد ، المتوفي سنة ٤١٢ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٠٤ ، البداية والنهاية : ١٢ / ١١) ، ومنهم : الحسن بن أحمد ، المعروف بالحداد البصري ، القاضي أبو محمد ، وهو المذكور في كتاب الأفضية من شرح الرافعي ، وله كتاب في أدب القضاء ، دل على فضل كبير ، وحدث فيه عن لحق أصحاب الإمام أحمد بن حنبل ، وله كتاب في الشهادات ، وفيها فوائد (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٢ / ٢٥٥) ، قال الشيرازي في (طبقات الفقهاء : ١٢٠) : لا أعلم على من درس ولا وقت وفاته ، ومنهم : الحسن بن عبد الله ، وقيل : عبيد الله مصفراً ، وهو القاضي أبو علي البندنجي صاحب الذخيرة ، وأحد العظماء من أصحاب أبي حامد الإسفراييني ، وله عليه تعليقة مشهورة ، وكان قتيماً عظيماً ورعاً حافظاً للمذهب ، وله مؤلفات كثيرة في المذهب والخلاف ، ودرس ببغداد سنين ، وتوفي في البندنجين ، بلدة في طرف النهروان سنة ٤٢٥ هـ ، (انظر : طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ٣٠٥ ، طبقات الفقهاء : ١٢٩) .

٨٦٣ - وذكر بعضُ الأصحابِ وجهاً سادساً ، وهو اعتبارُ قيمته يومَ تلفِ المغصوبِ .

٨٦٤ - وذكر الشيخُ أبو محمدٍ ثلاثةَ أوجهٍ نسقاً ، مخالفةً للوجوه الستة المذكورة ، فقال : أحدها : أنا نعتبرُ أقصى القيم من يومِ انقطاعِ المثلِ إلى يومِ الطلبِ ، والثاني : أقصى قيمةِ المثلِ من وقتِ ما تلفَ المغصوبُ إلى الوقتِ الذي تعذرَ التفرُّيمُ فيه ، والثالثُ : أنا نعتبرُ الأقصى من يومِ الغصبِ إلى يومِ التفرُّيمِ .

٨٦٥ - قال الإمامُ : الأصحُّ من هذه الوجوه كلها اعتبارُ أقصى القيم من الغصبِ إلى انقطاعِ المثلِ^(١) ، والوجهُ الأولُ من وجوهِ شيخي أبي محمدٍ غلطٌ محضٌ لا شكَّ فيه ، ولا يشوبُه صوابٌ ، والوجهُ الثاني من وجوهِ شيخي أبي محمدٍ يجمعُ أحدَ وجهي أبي الطيبِ بنِ سلمة ، مع مزيدٍ لم يصر إليه أبو الطيبِ ، والمزيدُ خطأً لا شكَّ فيه ، وهو اعتبارُ الأقصى بعد انقطاعِ المثلِ ، والوجهُ الثالثُ من وجوهِ شيخي أبي محمدٍ [١٣٤ / أ] (يجمع)^(٢) أصحُّ الوجوهِ التسعة ، (وهو)^(٣) اعتبارُ الأقصى من الغصبِ إلى انقطاعِ المثلِ ، ويزيدُ عليه زيادةً ، وهو اعتبارُ الأقصى بعد الانقطاعِ إلى التفرُّيمِ ، وهذه الزيادةُ خطأً لا شكَّ فيه ، فإذاً الوجهُ الأولُ من وجوهِ شيخي أبي محمدٍ خطأً محضٌ ، لا يشوبُه صوابٌ ، والوجهانِ الآخريانِ من وجوهِهِ يتضمنانِ ضمَّ خطأً إلى مسلكٍ من الصوابِ وزيادةً عليه بما هو باطلٌ .

(١) في نسخة ف : وقت .

(٢) وهو ما عليه التحقيق في المذهب ، (انظر : مفني المحتاج : ٢ / ٢٨٣ ، شرح المحلى : ٣ / ٢١ ، نهاية

المحتاج : ٥ / ١٦٣ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٣٢) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وساقط في الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هو .

قال الإمام : وكلُّ هذا مفروضٌ فيما إذا غضبَ مثلياً ، وأقامَ في يده مدّةً ، ثم تلف ، (ثم انقطع)^(١) المثلُ بعده ، أمّا إذا أتلفَ على إنسانٍ شيئاً من غير فرضِ غضبٍ احتوى باليد ، فيه وجهان .

أحدهما : يُعتَبَرُ أكثرُ القيمِ من يومِ التلفِ إلى يومِ الانقطاع .

والثاني : أنه يُعتَبَرُ من يومِ الانقطاع .

وينقدحُ وجهٌ بالتضعيف ، وهو اعتبارُ القيمةِ يومَ التفرغِ .

| تعريف المثلي | :

٨٦٦ - فإن قيل : إذا كان الواجبُ في الغصبِ ردُّ المثلِ إن كان مثلياً ، أو القيمةِ إذا لم يكن مثلياً ، فما المثليُّ ؟

قلنا : اختلف أصحابنا في حدِّه ، واختار الإمام والغزاليُّ أنه الذي تماثلُ أجزاءؤه في القيمةِ والمنفعةِ ، من حيث الذاتُ ، لا من حيث الصنعة^(٢) .

٨٦٧ - وهذا عندي منقوضٌ بالعنب والرطب ، فإن أجزاءهما متماثلة في القيمة والمنفعة ، من حيث ذاتها ، وليس من ذواتِ الأمثالِ على الصحيح .

٧٦٨ - وقيل في حدِّه : كلُّ موزونٍ أو مكيلى ، وهو منقوضٌ بالمعروضات على النارِ والمعجونات .

٨٦٩ - وقيل : كلُّ مقدَّرٍ بالوزنِ والكيلِ يجوزُ السلمُ فيه ، ويجوزُ بيعُ بعضه ببعض .

٨٧٠ - قلت أنا : هذا عندي أصحُّ ما قيل في حدِّ المثلي .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : انقطع .

(٢) عبارة الغزالي في (الوجيز : ٢٠٨ / ٣) : وحد المثلي ما تماثل أجزاءؤه في المنفعة والقيمة ، من حيث الذات

لا من حيث المنفعة ، والأظهر أن الرطب والعنب والدقيق مثلي .

٨٧١ - قال الإمام : هذا حدُّ القفال ، قال : وحذف بعض الأصحاب الشرط الآخر ، وهو جواز بيع بعضه ببعض^(١) ، ونشأ من إثبات هذا الشرط الأخير ونفيه خلاف بين الأصحاب في أن الرطب والعنب ، وما في معناها ، مما تتأثل أجزاءه ، لكن يمتنع بيع بعضه ببعض ، هل هو من ذوات الأمثال ، حتى يجب على متلفه مثله ؟

٨٧٢ - وقال القاضي حسين : يرد على حدِّ القفال ، القمام الموزونة والملاعق والمغارف^(٢) ، فإنها موزونة يجوز السلم فيها ، ويجوز بيع بعضها ببعض ، وليست مثلية ، لكونها مختلفة الأجزاء ، ويندر اتفاق اثنين منها على الصفات .

٨٧٣ - والفقه المرعي عندنا في حدِّ ذوات الأمثال تساوي [١٣٤ / ب] الأجزاء في المنفعة والقيمة ، وإلى هذا مال العراقيون ، ولم يتعرضوا للسلم ، وقضوا بأن الرطب والعنب من ذوات الأمثال ، وكذا الدقيق . وإنما امتنع بيع بعض الرطب ببعض ، وكذلك العنب ، تعبدأ ، وكلامنا فيما تتأثل أجزاءه في الصفات والمنافع .

٨٧٤ - هذا جملة ما ذكره الإمام عن الشيخ القفال والقاضي حسين والعراقيين وما اختاره لنفسه ، وقد ذكرنا أن الأصح عندنا حدُّ القفال ، وما تقضه القاضي حسين عليه بالقمام الموزونة والملاعق والمغارف فلسنا نسلم جواز السلم فيها أصلاً ، فقد نص الشافعي رضي الله عنه ، وأصحابه بعده ، على منع السلم في المنائر والأصطال الضيقة الرؤوس ، وما يشتمل على اختلاف في

(١) وهو ما فعله الإمام النووي في المنهاج فقال : « والأصح أن المثل ما حصره كيل أو وزن ، وجاز السلم فيه » ، (مغني المحتاج : ٢ / ٢٨١ ، شرح المهلي : ٣ / ٣١ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٦١) ، وانظر : حاشية البجيرمي : ١٣٢ / ٢ .

(٢) في نسخة ف : والورق .

تكوينه واستدارته وضيقِ وسطه ، واكتنازِ أعلاه وأسفله^(١) .

٨٧٥ - ولا شك أنَّ القيامَ مختلفةً كذلك اختلافاً كثيراً ، لا ينضبطُ بوصفِ واصفٍ ، وهي أكثرُ اختلافاً من المنائرِ والأصطالِ ، وكذلك نصُّ الشافعي وأصحابه على منع السلمِ في النبلِ المنحوتِ قبل ريشه^(٢) ، وعلَّوه باختلافه في دقته وغلظه ، في أسافلِ السهمِ ووسطه وفوقه ، والملاعقُ بينةُ الاختلافِ في دقةِ يدِ الملعقةِ وضيقِ رأسها ، واتساعه وعمقه وانبساطه ، فلا نسلمُ صحةَ السلمِ فيها ، وهكذا المغارف .

٨٧٦ - وأما العنبُ والرطبُ فالذي اختاره معظمُ العراقيين ، ومن المراوزةِ الشيخُ أبو عاصم^(٣) والهرويُّ والبغويُّ أنَّها ليستُ مثليةً ، وكذلك الثَّارُ الرطبة ، وعلَّوه بأنَّه لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ ، واختاروا في حدِّ المثلي : كلُّ مكيلٍ أو موزونٍ يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ ويصحُّ السلمُ فيه ، وقالوا : الدقيقُ ليس مثلياً على الأصحِّ ، لأنَّه لا يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ .

٨٧٧ - والتحقيقُ (عندنا)^(٤) في هذه المسألةِ هو أن يُقالَ : هذا الاختلافُ الواقعُ بين الأصحابِ في المثلي : إن أُريدَ به ما يترتبُ عليه من الحكمِ الشرعي ، وهو بيعُ بعضه ببعضٍ ، فلا خلافَ في مذهبِ الشافعي أنَّ بيعَ الرطبِ بالرطبِ غيرُ صحيح^(٥) ، وخلافُ المزني في هذا مذهبٌ له ، ليس بمذهبِ الشافعي في هذه المسألةِ ؛ لأنَّه لم يُخرِجها على أصلِ إمامه .

(١) انظر : الأم ، الشافعي : ١١٦ ، ٨٩ / ٣ .

(٢) انظر : الأم : ١١٦ / ٣ .

(٣) في نسخة ف زيادة : العبادي .

(٤) اللفظُ زيادةً من نسخة ف ، وساقطٌ من الأصل .

(٥) انظر : الأم : ٢١ / ٣ ، مختصر المزني : ١٥١ / ٢ .

وكذلك بيعُ الخبزِ بالخبزِ غيرِ صحيح قولاً واحداً ، فبطلانُ البيعِ فيه يدل على أنه غير مثلي .

٨٧٨ - وإن أُريدَ به ردُّ مثله على مُتلفه عاد الخلافُ إلى [١٣٥ / أ] أن من أتلَفَ عيناً على رجل ، ما الذي يَغرَمُ له ؟ منهم من قال : مثله ، ومنهم من قال : قيمته .

فمن قال بردُّ مثله ، وعلله بكونه مثلياً ، لم يُرد بالمثلي فيه ما أَرادَه الأئمةُ بالمثلي في باب الربا ، لأن المثليَّ في باب الربا هو ما يجوزُ بيعُ بعضه ببعض ، سواءً بسواءٍ ، إن اتحدَ الجنسُ ، وبدأ بيد ، إن اختلفَ الجنسُ ، وهو المراد بقول رسول الله ﷺ : « مِثْلًا بِمِثْلٍ »^(١) وإنما أَرادَ بردُّ المثلِ في باب الغصبِ ردُّ مثله ، لأنه أقربُ إلى حقه مثلاً ، وأرفقُ لصاحبه ، وقد عُلِمَ في باب القرضِ أنه إذا اقترضَ ما لا مثلَ له قولاً واحداً كالحيوان ، قال الأصحابُ هل يردُّ مثله أو قيمته ؟ فيه وجهان ، ولم يُريدوا برد مثله على أحد الرأيين^(٢) أن الحيوانَ مثلياً ، إنَّما أرادوا مثله أي مثل صورته في نوعيته ، لأنه في الجملة أقربُ إلى حق القرضِ ، وإن كانَ (الخلاف)^(٣) واقعاً في حقيقة المثلي عند المتكلمين ، وما هيته ، لا في أحكامٍ شرعية تترتبُ عليه ، فلا مجال للخلاف فيه ، لأن المثليين عند المتكلمين عبارةً عن الشيئين المشتركين في أخصِّ صفات النفس ،

(١) هذا جزء من حديث رواه البخاري ومسلم والشافعي ومالك عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، بلفظ « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ، ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » ورواه النسائي وأبو داود وأحمد بألفاظٍ أخرى ، (انظر صحيح البخاري بحاشية السندي : ١٠ / ٢ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ٩ / ١١ ، بدائع المنن : ١٧٤ / ٢ ، الموطأ : ٣٩١ ، سنن أبي داود : ٢٢٤ / ٢ ، سنن النسائي : ٢٤١ / ٧ ، سبل السلام : ٣٧ / ٣ ، التلخيص الحبير : ٧ / ٣ ، نيل الأوطار : ٢١٥ / ٥ .

(٢) في نسخة ف : القولين .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الخلا ، وقد سقطت الفاء سهواً .

ويمكن أن يُعبرَ عنها بحدٍّ واحدٍ شارحٍ لحقيقتها ، ولا شكَّ أن هذا يشملُ الحيواناتِ وغيرَها ، وردُّ الخلافِ بين أصحابنا إلى الأحكامِ الشرعيةِ متعينٌ ، فمعنى قولهم هذا مثليّ ، أو ليسَ بمثليّ في باب العَصَب ، معناه أنه : هل يجبُ على متلفه ردُّ مثله ، أم ردُّ قيمته ؟ ومعنى قولهم : مثليّ في باب الربا أنه يجوزُ بيعُ بعضه ببعضه متساوياً إن اتحدَ الجنسُ ، وبدأ بيد مع التفاضلِ إن اختلفَ الجنسُ ، (والعلمُ عند الله تعالى)^(١).

مسائل من الشفعة

٨٧٩ - قد ذكرنا فيما تقدم من كتابنا هذا في الدعوى بالشفعة طرفاً من قاعدتها^(٢) ، ولنذكر الآن ، زيادةً على ذلك ، ما نرجو نفعه إن شاء الله تعالى .

المسألة الأولى - [المأخوذ بالشفعة] :

٨٨٠ - إنَّ المأخوذَ بالشفعةِ كلُّ شِقْصٍ يَبِيعُ من عقارٍ يَجِبُ الممتنعُ فيه على قسمته ، هذا هو المذهب^(٣).

وقال ابنُ سَريجٍ : تثبتُ الشفعةُ في كل عقارٍ لدفعِ ضررِ المداخلةِ على التأييدِ ، وقيلَ : عكسُ مذهبِ ابنِ سَريجٍ ، والتفريعُ على المذهبِ بعد هذا .

٨٨١ - فلو كانت صغيرةً [١٣٥ / ب] بين شريكين ، لواحدٍ عشرها ،

(١) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٢) فقرة ١٦٨ ، ٣٥٤ ، وما بعدها ، ٦١٠ ، ٧٠٩ .

(٣) اختلف فقهاء الشافعية في علة ثبوت الشفعة على قولين ، الأول : أن علة ثبوت الشفعة دفع ضرر مؤنة القصة واستحداث المرافق ، وهو الأصح ، والثاني : أن العلة دفع ضرر الشركة فيما يدوم ، وهو قول ابن سريج ، قال النووي : وكل ما لو قسم بطلت منفعتة المقصودة كحمام ورحى لا شفعة فيه في الأصح ، (انظر : مقني المحتاج : ٢ / ٢٩٦ ، وما بعدها ، شرح المحلى : ٢ / ٤٣ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٩٤ - ١٩٧ ، المهذب : ١ / ٣٨٤ ، حاشية البجيرمي : ٣ / ١٣٧) .

وللآخر تسعة أعشارها ، ليس لصاحب العشر إجباراً شريكه على القسمة على الأصح ، لأنه تعنت بغير فائدة ، فلا جرم لا شفعة لصاحبه إذا باع العشر ، ولصاحب التسعة أعشار إجباراً صاحب العشر على القسمة على الأصح ، فلصاحبه الشفعة إذا باع التسعة الأعشار ، وإن قلنا : لا إجبار على القسمة في الجانبين فلا شفعة من الطرفين .

[شقص جدار] :

٨٨٢ - ولو بيع شقص في جدار عريض مع الأساس ، هل تثبت فيه الشفعة للشريك ؟ فيه وجهان .

أحدهما : نعم ، لأنه قد بيع مع الأرض ، فصار كالدار [والبناء]^(١) .

والثاني : لا ، لأن الأرض في الحائط تبع له ، والحائط منقول ، ولا شفعة في المنقول^(٢) .

[السفلى والعلو] :

٨٨٣ - ولو كان سفلاً داراً لواحد ، وعلوها مشترك بين صاحب السفلى وبين آخر ، فباع صاحب العلو شقصاً من العلو ، إن كان السقف لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو للشركاء في العلو ، وإن كان السقف لشركاء العلو ، هل تثبت الشفعة لهم ؟ فيه وجهان^(٣) .

[الدار والممر المشترك] :

٨٨٤ - ولو كان لرجل داراً لا شريك له فيها ، وإليها ممر مشترك بين

(١) في الأصل : والباغ ، وهو تحريف لا معنى له ، واللفظ ساقط من نسخة ف .

(٢) والوجه الثاني هو الأصح ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٦ - ٢٩٧ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٩٦) .

(٣) الوجه الأول لا تثبت فيه الشفعة ، لأنه لا يتبع أرضاً ، والثاني : تثبت ، لأن السقف أرض لصاحب العلو

يسكنه ويأوي إليه فهو كالأرض ، (انظر : المهذب : ١ / ٢٨٤) .

جماعة ، وليس لمالكِ الدار في الممرِ شيءٌ ، فإذا باعَ صاحبُ الدارِ الدارَ من غيرِ مَلاكِ الممرِ ، (فلا شفعةً)^(١) لملاكِ الممرِ ، على المذهبِ الصحيحِ^(٢) .

٨٨٥ - وقالَ ابنُ سَريجٍ من أصحابنا : تثبتُ الشفعةُ في الدارِ المبيعةِ لملاكِ الممرِ ، وهو مذهبُ (أبي)^(٣) حنيفة^(٤) ، ومالك^(٥) ، (وعلته)^(٦) أنَّ الدارَ ، والحالةُ هذه ، تبعَ للممرِ عندهم ، والأولُ أصحُّ ، لأنَّ الدارَ غيرَ مشتركةٍ والممرُ مشتركٌ ، (وغيرُ المشتركِ لا يتبعُ المشتركَ)^(٧) .

٨٨٦ - ولو كان مالكُ الدارِ منفرداً (بذلك)^(٨) ، يملكُ مِنَ الدربِ المشتركِ حصَّةً شائعةً مع بقيةِ ملاكِ الدربِ ، والدربُ هو الممرُ ، وهو مُنسدٌ الأسفلُ ،

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : لا شفعة .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٦٨ ، شرح المحلى : ٢ / ٤٤ ، نهاية المحتاج : ٥ / ١٩٩ ، حاشية البجيرمي :

١ / ٢٨٤ ، المذهب : ١ / ٢٨٤ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أبو ، وهو صحيح على الحكاية .

(٤) أصل الاختلاف بين الإمام الشافعي وأبي حنيفة أن الأول أثبت الشفعة للشريك فقط دون الجار ، بينما أثبتها الثاني للشريك وللجار ، فثبتت الشفعة للخليط في نفس المبيع ثم في حقه كالشرب والطريق المحاصن ثم لجار ملاصق ، ولو كان بابيه في سكة أخرى ، انظر في مذهب الحنيفة كتاب : (درر الحكم : ٢ / ٢٠٨ ، رد المحتار : ٦ / ٢١٧ ، نتائج الأفكار : ٧ / ٤٠٦ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٢٦٨١ ، مختصر الطحاوي : ١٢٠) .

(٥) مذهب الإمام مالك في استحقات الشفعة للشريك فقط دون الجار ، كذهب الإمام الشافعي ، خلافاً لما نقله المصنف رحمه الله تعالى ، قال ابن رشد : ذهب الإمام مالك والشافعي وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقسم ، وقال الشيخ الدردير : وجار لا شفعة له ، وإن ملك تطرقاً أي انتفاعاً بطريق الدار التي يبعث كمن له طريق في دار يتوصل بها إلى داره ، فبيعت تلك الدار ، فلا شفعة له ، وكذلك لو ملك الطريق ، وقال ابن جزير : أن يكون الشفيع شريكاً ، فلا شفعة لجار خلافاً لأبي حنيفة ، (انظر : بداية المجتهد : ٢ / ٢٧٨ ، بلفة السالك : ٢ / ٢١٠ ، حاشية العدوي : ٢ / ٢٢٨ ، حاشية الدسوقي على الدردير : ٣ / ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، قوانين الأحكام الشرعية : ٣١٣ ، مسالك لدلالة : ٢٦٠) ، وقال الشيخ ميارة : « لا شفعة للجار ، والقول بثبوت الشفعة له شاذ ، بل قال ابن الماجشون : من الخطأ الذي ينقض به حكم العدل العالم الحكم بالشفعة للجار » ، (شرح ميارة على تحفة الحكم : ٢ / ٤٥) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وعليه .

(٧) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٨) اللفظ زيادة من نسخة ف .

فباع مالك الدارِ الدارَ مع حصته الشائعة في الممر من أجنبي ، ليس يملك من الممر شيئاً ، لم يخلُ ، إما أن يكونَ للدارِ ممرَّ آخر ، أو لا^(١).

إن كان لها ممرَّ آخر ثبتتِ الشفعةُ لشركاء الممرِ في الممرِ خاصة ، لا في الدارِ ، لأنَّ الدارَ تبقى منتفعاً (بها)^(٢) بالطريقِ الأخرى^(٣).

وإن لم يكن لها ممرَّ غيرَ الممرِ المشتركِ ، هل تثبتُ الشفعةُ لشركاء الممرِ ؟ فيه ثلاثة أوجه ، في الثالثِ ، تثبتُ بشرطِ أن يكونوا المشتري من حقِّ الاجتيازِ في الممرِ ، اجتيازاً فقط ، دونَ أن يملكَ عليهم شيئاً من نفسِ الممرِ^(٤).

المسألة الثانية - [الشفعة لصبي] :

٨٨٧ - إذا بيعَ شقصٌ من عقاريٍّ محتملٍ للقسمَةِ ، فيه شركة [١٣٦ / أ] لصبي ، إن كانَ الأحظُّ للصبي في أخذه بالشفعة ، وجبَ على الأبِ أخذه ، فإن لم يفعل ، وردَّ الشفعةَ ، فللطفل بعد رُشده أخذه ، وإن كانَ (الأحظُّ)^(٥) في التركِ لم يجزُ له الأخذُ ، ولو أخذَ كانَ باطلاً .

٨٨٨ - فإذا بلغَ الصبيُّ ورشدهُ ، هل له الأخذُ ؟ فيه وجهان ، المشهورُ من المذهبِ لا ، فإن تساوى الأخذُ والتركُ في الحظُّ ، فيه ثلاثة أوجه ، الثالثُ : يتخير الأبُ .

٨٨٩ - وحيث قلنا : للصبي أخذُ الشفعةِ بعد بلوغه ، فإذا طلبَ من المشتري الأخذَ ، فقال : أبوك سلّمَ الشفعةَ في صغركَ ، وأنت تعلمُ ، قال

(١) في نسخة ف : أو لا يكون ، فإن .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) المراجع السابقة في الصفحة ٦٤٦ هامش ٢ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لاحظ .

الهروي : قال ابن القاص : يحلف بالله ، إنه لا يعلم أن أباه (سلم)^(١) ، وقال سائر أصحابنا : لا يمين عليه ، وهو الأصح (لأنه)^(٢) لا يجوز للأب تسليها ، قال : والأصل في هذا الاعتبار باعتقاد الحاكم ، فإن رأى تحليفه حلفه ، وإن رأى تركه لم يحلفه ، لأن العفو عن الشفعة في هذه المسألة مختلف فيه بين أهل العلم .

٨٩٠ - قلت أنا : الأصح في هذا عندنا أن الأخذ في حال الصبي إن كان أحظ للصبي وجب على الأب الأخذ قولاً واحداً ، فعلى هذا لا تسمع دعوى المشتري أن الأب تركها ، وإنما هذا الخلاف ينزل على ما إذا كان يجوز للأب الأخذ ، ويجوز له الترك في صورة تفرض كذلك ، فيتجه الخلاف والحالة هذه ، (فإن تساوى الأخذ والترك والحظ ، فيه ثلاثة أوجه ، الثالث يتخير الأب)^(٣) .

[المسألة]^(٤) الثالثة - [الشفعة للحمل] :

٨٩١ - إذا مات أحد الشريكين عن حمل فباع (الشريك الآخر)^(٥) حصته لم تثبت الشفعة للحمل ، ولا بعد خروجه حياً .

٨٩٢ - ولو ثبت لرجل أخذ شقص مبيع بالشفعة ، ثم مات قبل التمكن من أخذه ، وخلف حملاً ، ثم خرج الحمل حياً ثبتت الشفعة له ، ويأخذ بها^(٦)

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : سلمه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أنه .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل ، ولكن سبق ذكرها قبل عدة أسطر ، ف ٨٨٨ .

(٤) لفظ المسألة غير موجود في الأصل ، وغير موجود في نسخة ف .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أحد الشريكين .

(٦) اللفظ في نسخة ف : ويأخذها .

ولية ، وهل للولي الأخذ قبل (الانفصال)^(١)؟ فيه وجهان ، اختار ابن سريج أنه لا يجوز الأخذ في حال اجتنانه .

وقال المتولي : إذا وقفنا الميراث لأجل الحمل ، (وكان)^(٢) من جملة التركة شقص ، فباع الشريك حصته ، هل تثبت الشفعة للولي ؟ فيه وجهان ، فإن قلنا : لا تثبت في حال اجتنان الحمل ، فلو انفصل الجنين حياً ، هل للولي أخذ الشقص بالشفعة ؟ فيه وجهان .

[المسألة (٣) الرابعة - [العوض عن الشفعة] :

٨٩٣ - إذا ثبتت الشفعة لشفيع ، فأخذ عنها عوضاً من المشتري ، المذهب أنه لا يجوز ، خلافاً لأبي إسحاق الروزي .

ثم إذا فرعنا على بطلان أخذ العوض سقطت شفעתه ، ولا عوض إن علم بطلان ذلك ، وإن ظن الصحة ، وكان مما يجوز أن يخفى عليه ذلك ، ففي سقوط شفيعته وجهان ، الأصح : أنها لا تسقط .

[المسألة (٤) الخامسة - [تصرف المشتري بالشقص] :

٨٩٤ - كل تصرف يصدر من مشتري^(٥) [١٣٦ / ب] (الشقص ، من بيع

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الانقضاء .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، ومن الأهل : فكان .

(٣) (٤) الكلمة سقطت من الأصل ، ومن نسخة ف .

(٥) ينتهي الكلام هنا في ورقة ١٣٦ / أ ، من الميكروفيلم المأخوذ عن الأصل ، ثم ينتقل الكلام إلى ورقة ١٣٧ / ب ، فالمصور لم يأخذ لقطة لظهر الورقة ١٣٦ ، ووجه الورقة ١٣٧ ، وقد تمذر الرجوع إلى الأصل المخطوط في دار الكتب المصرية ، لأن الدار وضعت معظم المخطوطات في صناديق حديدية ، ونقلتها إلى مخابئ ومخازن سرية ، نظراً لظروف الحرب مع العدو الصهيوني اللئيم . ولذلك فقد اعتمدت في هاتين الصفحتين على نسخة ف التي أحضرتها من المكتبة الأهلية في باريس : ورقة ١٤٤ / ب ، ١٤٥ / أ ، ١٤٥ / ب ، ١٤٦ / أ .

أو هبة أو وقف، يُنظر: إن باع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص من المشتري الثاني، أو ينقض شراءه، ويأخذ من المشتري الأول.

وقال أبو إسحاق المروزي: ليس له نقض بيع المشتري الأول، لأنه يقدر على أخذه من الثاني، فليس له نقض شرائه.

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً غريباً: أنه متى باع المشتري الأول الشقص نفذ بيعه مطلقاً، وبطل حق المشتري من الشفعة، ولم يتجدد له حق، قريباً ولا بعيداً.

أما إن وهب أو وقف، (وفرعنا)^(١) على المذهب، تسلط الشفيع على إبطالها^(٢)، وعلى قياس مذهب أبي إسحاق في البيع أنه لا يسقط حق الشفيع، لكن يأخذ من المشتري الثاني، اختلف الأصحاب على وجهين:

أحدهما: بطلان الشفعة بالهبة، ولا سبيل إلى نقضها.

والثاني: أن الشفيع ينقض الهبة، وإن كان على رأي أبي إسحاق لا ينقض البيع الصادر من المشتري الأول.

٨٩٥ - والفرق في أن البيع يمكن تقريرهما، ويأخذ الشفيع من الثاني بالثمن الذي أخذه، ولا يفوت عليه شيء، بخلاف الهبة، فإنه لو لم ينقضها بطل حق الشفيع من الشفعة، ولا يمكن القول بأخذ الشقص بالشفعة عن ملك حصل بهبة، كما في أصل الشفعة^(٣).

أما إذا وقف المشتري الشقص فالمذهب أن للشفيع نقضه وأخذه بالشفعة،

(١) اللفظ من عندي، وفي نسخة ف: أو فرعنا.

(٢) تبدأ ورقة ٤٥ / أ من نسخة باريس.

(٣) انظر تفصيل هذا الموضوع في المذهب: ٣٨٩ / ١.

وحكى القاضي أبو الطيب الطبري في «المجرد» عن الماسرجسي^(١) أنه قال: إن الشفعة تبطل بالوقف، هكذا حكاها الشيخ أبو نصر، ثم قال: وهذا ليس بصحيح، ورأيت في «الذخائر» لمجلي^(٢)، قال: المذهب أن للشفيع إبطال الوقف، والأخذ بالشفعة، قال: وطعن بعض الناس على الشافعي، فقال: أجاز هذه المآخذ، قال: وحكى القاضي أبو الطيب عن الماسرجسي أنه حكى قولاً عن الشافعي أن الشفعة تبطل بالوقف.

١٨٩٥ / ٢ - قلت أنا: هكذا حكاها مجلي عن الماسرجسي قولاً عن الشافعي، والذي حكاها أبو نصر عن شيخه القاضي أبي الطيب أن الماسرجسي ذهب إليه، هذا هو النقل الصحيح، ولا شك في غلط مجلي فيما نقله، فإنه لم يكن معتمداً فيما ينفرد بنقله^(٣).

(١) هو محمد بن علي بن سهل بن مفلح، أبو الحسن، من أئمة أصحاب الوجوه في المذهب الشافعي، قال السمعاني: «كان إماماً من الفقهاء الشافعية، من أعلم الناس بالمذهب وفروع المسائل»، وتفقّه بخراسان والعراق والحجاز، وسمع الحديث من أصحاب المزني، وسمع منه الحاكم أبو عبد الله والقاضي أبو الطيب الطبري، وترجم له الحاكم في تاريخ نيسابور، وقال عنه: «كان أحد أئمة الشافعيين بخراسان، وكان من أعرف أصحابه بالمذهب وترتيبه وفروعه»، وصحب أبا إسحاق المروزي إلى أن مات في مصر، ثم انصرف إلى بغداد فكان خليفة القاضي أبي علي بن أبي هريرة في مجالسه، ثم انصرف إلى خراسان، وله آراء في المذهب، وتكرر ذكره في المهذب للشيрази، والروضة للنووي، توفي سنة ٢٨٤ هـ وهو ابن ٨٦ سنة.

(انظر: تهذيب الأسماء: ٢ / ٢١٢، وفيات الأعيان: ٣ / ٣٤٠، طبقات الفقهاء: ص ١١٦).

ملاحظة: لم يترجم له ابن السبكي في طبقات الشافعية الكبرى، وإني ترجمت في الطبعة الأولى لهذا الكتاب لشخص آخر، هو أبو العباس، أحمد بن محمد بن الحسين الماسرجسي، المتوفى سنة ٣١٣ هـ، وهو خطأ، والصواب ما أثبتناه الآن.

(٢) قاضي القضاة بالديار المصرية مجلي بن جُمَيْع، بضم الجيم، أبو المعالي المصري الشافعي، تولى قضاء الديار المصرية سنة ٥٤٧ هـ، ثم عزل لتغير الدول في أوائل سنة ٥٤٩ هـ، ومن تصانيفه الذخائر، وأدب القضاء الذي سماه العمدة، ومصنف في الجهر بالبسلة، توفي سنة ٥٥٠ هـ.

(انظر: شذرات الذهب، ابن العماد الحنبلي: ٤ / ١٥٧، البداية والنهاية: ١٢ / ٢٢٣، حسن المحاضرة:

١ / ٤٠٥، طبقات الشافعية الكبرى: ٧ / ٢٧٧ وما بعدها).

(٣) قال الإسنوي: ومن تصانيف مجلي الذخائر، وهو كثير الفروع والفرائب، إلا أن ترتيبه غير معهود =

[المسألة (١) السادسة -] خيار المجلس للشفيع :

٨٩٦ - إذا تملك الشفيعُ الشقصَ بالشفعة حيثُ يجوزُ ذلك ، ويحصلُ له الملكُ ، فهل يثبتُ له خيارُ المجلس ؟ فيه وجهان ، وجهُ المنعِ أنْ إثباتَ خيارِ المجلسِ من أحدِ الجانبينِ بعيدٌ . فإنَّ (وَضَعَهُ)^(١) تساوي المتبايعين فيه في البيعِ .

وأصلُ هذا الخلافُ : الخلافُ في قاعدةِ خيارِ المجلسِ ، وهو أنه هل يتصورُ ثبوتهُ في أحدِ شقي البيعِ ؟ فيه خلافٌ ، فإنْ قلنا : إنه يثبتُ للشفيعِ خيارُ المجلسِ فهو مقدَّرٌ ببقائه في ذلك المكان الذي يملكه فيه ، فإنْ فارقه المشتري دون الشفيعِ ، هل ينقطعُ خيارُ الشفيعِ ؟ فيه وجهان ، ولا خلافٌ أنْ خيارَ الشرطِ لا يثبتُ للشفيعِ .

[المسألة (٢) السابعة -] رؤية المشفوع :

٨٩٧ - هل يشترطُ في صحة تملكِ الشفيعِ الشقصَ المشفوعَ [رؤيةً]^(٢) العقارِ قبل التملكِ ؟ فيه طريقتان ، منهم من قال : فيه قولان كالبيع ، ومنهم من قطعَ بالصحةِ في الشفعةِ ، وكأنه ملكٌ قهريٌّ يضاهاي الإرث ، فإنْ قلنا : يصحُّ ، فللشفيعِ الخيارُ عندَ الرؤيةِ ، وللمشتري أنْ يمتنعَ من قبولِ الثمنِ من الشفيعِ حتى يراه الشفيعِ ، لأنَّه اللائقُ بالتصرفِ في الثمنِ خوفاً من خيارِ الرؤيةِ للشفيعِ ، فلعله لا يرضى به .

= ومتعب ، وفيه أيضاً أوهام ، وقال الأذرعي : إنه كثير الوم ، قال : ويستمد من كلام الغزالي في البسيط ويعزوه إلى الأصحاب ، قال : وذلك عادته .

(١) اللفظ ساقط من أصل النسخة ف .

(٢) اللفظ من عندي ، وفي أصل النسخة ف : وصفه ، وهنا ينتهي الكلام في الورقة ١٤٥ / أ من نسخة ف ،

ليبدأ في الوجه الثاني : ١٤٥ / ب .

(٣) اللفظ غير موجود في نسخة ف .

(٤) اللفظ من عندي ، وفي نسخة ف : برؤية .

[المسألة (١) الثامنة -] ثبوت الشفعة للوقف :

٨٩٨ - إذا كانت الدار والأرض نصفها وقفاً على رجل وقفاً صحيحاً متصلاً ، ونصفها الآخر طلقاً لرجلٍ آخر ، فباعَ صاحبُ الطُّلُقِ نصفه من ثالث ، هل تثبتُ الشفعةُ لصاحبِ الوقف ؟

قال الشيخ أبو حامد : لا تثبتُ له الشفعةُ ، لأنَّ الوقفَ لما لم يُستحقَّ أخذه بالشفعة ، لم يُستحقَّ به الأخذُ بالشفعة .

وقال الشيخ أبو نصر : لا يُستحقُّ الموقوفُ أخذه بالشفعة ؛ لأنَّ الوقفَ ينتقلُ من الواقفِ إلى الله تعالى على المذهبِ ، فلا ملكٌ للموقوفِ عليه ، فليس له أخذه بالشفعة .

وإن قلنا : ينتقل إلى الموقوفِ عليه ، هل له أخذُ الطُّلُقِ بالشفعة ؟ فيه وجهان ، هذا ما ذكره العراقيون في ذلك ، واختيارهم عدمُ ثبوتِ الشفعةِ ، بناءً على المختارِ عندهم أنَّ الموقوفَ عليه لا ملكَ له في الموقوفِ ، بل ينتقل إلى الله تعالى .

أما المرازمةُ فإنَّهم أطلقوا أقوالهم قائلين^(١) : بأننا إن قلنا : لا يملكُ الموقوفُ عليه الموقوفَ ، لا شفعةَ له ، وإن قلنا : يملكُ ، فوجهان يبتنيان على أنه هل يقسم الوقف والطلق ، أم لا .

ووافق البغويُّ العراقيين في أنَّ الأصحَّ انتقالُ الوقفِ إلى الله تعالى ، ولا يملكه الموقوفُ عليه .

وأما الإمامُ وجماعةٌ من المرازمةِ فإنَّهم أطلقوا الخلافَ في ذلك من غير

(١) اللفظ ساقط من نسخة ف .

(٢) تنتهي الصفحة الثانية من الورقة ١٤٥ / ب من نسخة ف ، ويبدأ الكلام من ورقة ١٤٦ / أ .

تصريح^(١) [١٣٧ / ب] باختيار .

[قاعدة ثبوت الشفعة] :

٨٩٩ - إذا عُرِفَ ذلكَ فقدَ يُخَيَّلُ لنا إشكالٌ على قاعدةِ المذهبِ في الشفعةِ والوقفِ ، جرَّها تباينُ اختياراتهم فيها ، ونحنُ نذكرُ (ما)^(٢) خطرَ^(٣) لنا في ذلكَ فنقولُ :

لا شكَّ أنَّ قاعدةَ ثبوتِ الشفعةِ على مذهبِ إمامنا رضي الله عنه أنَّ الشفعةَ تثبتُ لدفعِ ضررِ مؤنةِ القسمةِ ، وعلى هذهِ العلةِ بنى الشافعيُّ رحمه الله مذهبه في منعِ الشفعةِ فيما لا يقسمُ ، وثبوتها في المقسومِ^(٤) .

وذهب ابن سريج من أصحابنا : إلى أنَّ الشفعةَ تثبتُ فيما لم يُقسَمَ ، دفعاً لضررِ المداخلَةِ وسوءِ الشركةِ^(٥) .

٩٠٠ - إذا عرفتَ هذهِ القاعدةَ في الشفعةِ انتقلنا عنها إلى قاعدةِ في القسمةِ ، وهي : أنَّ القسمةَ في بابها هي بيعٌ أو فرزُ النصيبين^(٦) ؟ فيه قولان .

قال العراقيون : الأصحُّ أنَّها فرزُ النصيبين ، وقال المراوزةُ ، الأصحُّ أنَّها بيعٌ^(٧) . وبنوا على هذا جوازَ قسمةِ الوقفِ من الطلُّقِ ، إذا لم يكن فيها ردُّ ،

(١) ينتهي النقل من النسخة الثانية التي أحضرت ميكروفيلماً لها من باريس ، بسبب نقص ورقة كاملة من صورة الأصل ، ثم يعود النقل من نسخة الأصل .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لنا .

(٣) في نسخة ف : حضر .

(٤) انظر : الأم ، له ، ٣ / ٢٣١ ، مختصر المزني : ٣ / ٤٧ .

(٥) في نسخة ف : المشاركة .

(٦) العبارة في نسخة ف : إفراز للنصيبين .

(٧) سبق بيان ذلك مع التحقيق وذكر المراجع فقرة ٦٤١ .

فقال العراقيون : يجوز ، لأنَّ القسمةَ فرزُ النصبين ، وكذا إن كان فيها رد ،
والردُّ من أصحابِ الوقف ، وقال المرازقة : لا يجوزُ قسمةُ الوقفِ من الطُّلقِ
مطلقاً على الأصح ، بناءً على أنَّ الأصحَّ عندهم أنَّ القسمةَ بيعٌ^(١) .

٩٠١ - إذا تقرر ذلك ظهر أنَّ اختيارَ العراقيين عدمَ استحقاقِ الشفعةِ
للموقوف عليه في الطُّلقِ المبيعِ المشتركِ ، لأنَّ الشفعةَ تثبتُ في كلِّ عقارٍ محتملٍ
للقسمة ، لدفعِ مؤنةِ القسمةِ على مذهبِ رأيِ إمامِ المذهبِ : الشافعيِّ رضي الله
عنه ، أو لدفعِ ضررِ المداخلةِ على رأيِ ابنِ سَريجٍ ، فيلزمُ - والحالةُ هذه - أنهم
إذا قطعوا بأنَّ القسمةَ فرزُ النصبين ، وأنَّ القسمةَ تجري بين الوقفِ والطلقِ -
ثبوتُ الشفعةِ قطعاً ، دفعاً لضررِ مؤنةِ القسمةِ ، وقد قطعوا بجريانِ القسمةِ ،
إنَّ عللنا بما علله الشافعيُّ رضي الله عنه ، وبني عليه مذهبه ، أو دفعاً لضررِ
المداخلةِ ، إنَّ عللنا بما علله ابنُ سَريجٍ ، وبني عليه مذهبه .

فظهرَ بما ذكرناه تناقضُ العراقيين فيما صاروا إليه ، من قاعدتي الشفعةِ
والقسمةِ ، ولزومُ هذا الإشكالِ عليهم ، وما لزمهم هذا الإشكالُ إلا لاختيارهم
أنَّ القسمةَ فرزُ النصبين ، وجريانُ القسمةِ بين الوقفِ والطلقِ بناءً على ذلك .

مسائل من الإجارة

المسألة الأولى - صيغة الإجارة :

٩٠٢ - الصيغةُ الصحيحةُ : أن يقولَ : أجزتك هذه الدارَ ، أو أكرتِكها ،
مدةً كذا وكذا من الآن ، فيقولُ : قبلتُ ، فلفظُ الإجارةِ والإكراءِ [١٣٨ / أ]
يُضافُ إلى الدارِ ، لا إلى المنافعِ .

(١) انظر فقرة ٦٤٢ ، فقرة ٨٩٨ - ٨٩٩ ، من هذا الكتاب .

فلو قال : أجزتكَ منافع هذه الدارِ ، أو أكريتك منافع هذه الدارِ ، لم يصح على الأصح عند المراوزة .

وقال الشيخ أبو نصر : يصحُّ ، ولم يحك فيه خلافاً ، وقال البغوي : فيه وجهان^(١) .

أما إن قال : (ملكتك)^(٢) منافع هذه الدار مدة كذا ، قال الإمام : يصحُّ^(٣) ، وشرطه الإضافة إلى المنفعة ، لا إلى الدارِ ، وقال البغوي : فيه وجهان .

وإن قال : بعثك منافع هذه الدار شهراً ، فيه وجهان ، الأظهر عند الإمام والبغوي المنع^(٤) .

المسألة الثانية - | الإجارة المستقبلية للمستأجر | :

٩٠٣ - لو أجزر داره شهراً ، ثم أجزرها من المستأجر الشهر الثاني ، فيه وجهان ، أصحهما عند الإمام والمتولي المنع ، واختار (الشيخ)^(٥) أبو إسحاق في « التنبيه » الصحة^(٦)

وقال الماوردي : نص الشافعي على الصحة ، وخالفه بعض الأصحاب .

(١) الأصح منها الجواز والصحة ، وهو ما عليه التحقيق في المذهب ، قال النووي : والأصح انعقادها بقوله : أجزرتك منفعتها ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٣٣ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٢٦٣ ، شرح المحلى : ٢ / ٦٧) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ملكت .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٣٣٢ ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، شرح المحلى ، المرجع السابق .

(٤) وهو المحقق في المذهب ، قال النووي : والأصح منعها بقوله بعثك منفعتها ، (انظر : مغني المحتاج :

٣ / ٣٣٣ ، نهاية المحتاج : المرجع السابق ، شرح المحلى ، المرجع السابق ، المهذب : ١ / ٤٠٢) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) التنبيه : ٨٥ ، ط مصطفى الحلبي ١٣٧٠ هـ - ١٩٥١ م .

المسألة الثالثة - [الاستئجار للبيع والشراء] :

٩٠٤ - قال الشيخ أبو نصر : إذا استأجر رجلاً لبيع له ثوباً معيناً صح ، ولو استأجره ليشتري له ثوباً معيناً ، قال : لا تصح الإجارة عندي ، قال : والفرق أن (البيع)^(١) في العادة ممكن ، لأنه لا يخلو من راغب فيه ، أما الشراء فلا يكون إلا من واحد ، وقد يبيع وقد لا يبيع ، فلا يمكنه تحصيل العمل بحكم الظاهر .

المسألة (الرابعة)^(٢) - [العلم بالمنفعة] :

٩٠٥ - من شرط صحة الإجارة العلم بالمنفعة ، وهي مختلفة بحسب الأعيان ، فما هو حاصل بضعة الأدمي كالخياطة مثلاً ، تعريفها إما بالزمان ، أو بمحل العمل ، وهو الثوب ، فلو جمع بينهما فيه وجهان ، الأصح : المنع ، لأنه إذا جاز ، فربما يتم العمل قبل اليوم ، أو يمضي اليوم قبل الفراغ .

وإن قلنا : بالصحة ، ففيه وجهان ، أحدهما : أن العمل هو المقصود ، فإن تم العمل قبل مضي اليوم كفى ، ولا يستعمل الأجير في شيء آخر في تمة اليوم ، وإن مضى اليوم قبل الفراغ تمه .

والثاني : أن المقصود يتم ، والمقابل بالأجرة إحدى الجهتين ، فإن انقضى النهار ولم يفرغ استحق تمام الأجرة ، وإن تم العمل قبل مضي النهار استحق تمام الأجرة .

[استئجار العقارات] :

٩٠٦ - واستئجار العقارات تختلف باختلاف منافعها المطلوبة منها ،

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : البيع .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الخامسة ، وهو خطأ .

(فيَعْرِفُ)^(١) من الدارِ والحمامِ [والحقولِ]^(٢) والخاناتِ كلُّ ما تختلفُ به المنفعةُ ، ويكونُ مقصوداً مطلوباً من تلك العين عُرفاً .

[استئجار الدواب] :

٩٠٧ - وإن كان المأجورُ دابةً ، فالدوابُّ تستأجر لجهاتٍ :

الأولى : الركوبُ ، ولا بدُّ من رؤيةِ الدابةِ على الأصح ، ورؤيةِ الراكبِ ليس بشرطٍ على الأصح ، بل يكفي [١٣٨ / ب] الوصفُ فيه ، ولا يُشترطُ الوزنُ على الأصح ، وفيه وجةٌ ، ولا بدُّ من العلمِ بما يركبُ عليه من سُرَجٍ أو قَتَبٍ أو إكافٍ أو محارةٍ أو عماريةٍ أو مَحْمَلٍ ، ولا بدُّ من وصفِ الحاملِ والمجان .

وأما السُرَجُ والأكفُ فلا توصف لتساويها ، وعدم اختلافها غالباً .

٩٠٨ - الجهة (الثانية)^(٣) : الحملُ ، وهو كالركوبِ وزيادةً عليه ، (وهو)^(٤) معرفةُ قدرِ المحمولِ تحقيقاً ، إما بالوزنِ إن كان غائباً ، أو بالعينِ إن كان حاضراً ، (ويتناولهُ)^(٥) باليدِ ، ويختلفُ باختلافِ المحمولِ كالزجاجِ والحديدِ والقطنِ والقماشِ .

الجهة الثالثة - (الاستقاءُ ، وهو كالحملِ .

الجهة الرابعة)^(٦) : الحراثةُ ، فإن قَدَرَتِ بالزمانِ ، قال الأصحابُ : لم يجب تعريفُ الدابةِ ورؤيتها .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيصرف .

(٢) في الأصل : والحقال ، وهو تصحيف باستبدال الواو ألفاً ، وفي نسخة ف : والجمال .

(٣) في الأصل : الثالثة ، واللفظ من نسخة ف .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وهي .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وتناوله .

(٦) ما بين القوسين من هامش الأصل .

٩٠٩ - وعندنا في هذا نظير، فإنه إذا استأجر منه دابة لحرثة الأرض يوماً، فقد تختلف اختلافاً بيناً بصلابة الأرض ورخاوتها، وما فيها من حجر ومدبر ونبات وغير ذلك، وتختلف أيضاً بسمن الدابة وهزالها، واعتيادها للحرثة وعدمه.

٩١٠ - قال الأصحاب: وإن ضَبَطَ بقدر الأرض وجب معرفة الدابة على المكثري، ومعرفة الأرض على المكري، أسهلية هي أم جبلية، ولا يكفي النظر إلى وجه الأرض، ما لم يعرف جنسها.

٩١١ - وضابطُ هذا جميعه: أن كل ما يتفاوت المقصودُ به تفاوتاً لا يتسامحُ بمثله في المعاملةِ وجبَ بيانهُ.

المسألة (الخامسة) (١) - الفسخ بالهدم:

٩١٢ - إذا هدم المستأجر الدار المستأجرة، أو بعضها عامداً، المذهب أن له الفسخ مع عدوانه، ويجب عليه أرش ما نقص من الهدم، وضمان ما أتلف، وذكر الإمام فيه احتمالاً من تلقاء نفسه أنه لا يثبت له الخيار لعدوانه، ثم قال: والأفقه أن الخيار يثبت.

مسائل من الوقف

المسألة الأولى - [القبول في الوقف]:

٩١٣ - (إذا) (١) كان الوقف على جهة عامة فلا يشترط قبولهم، كالوقف على الفقراء والمساكين، والجهات العامة، وإن كان على معين، كزيد وعمرو، ثم على جهة عامة، فهل يشترط قبوله؟ فيه وجهان.

(١) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: السادسة، وهو خطأ.

(٢) اللفظ من نسخة ف، وفي الأصل: إن.

٩١٤ - ولو كان على بطون خاصة ، فهل يُشترطُ قبولُ الثاني والثالث ؟ فيه وجهان ، قال الإمامُ : والأصحُّ اشتراطُ قبولِ البطنِ الأولِ ، وعدمُ اشتراطِ قبولِ البطنِ الثاني والثالث^(١) ، وقالَ البغويُّ : الأصحُّ عندي أنه لا يُشترطُ قبولُ البطنِ الأولِ .

المسألة الثانية - في الرد :

٩١٥ - إذا وقفَ [١٣٩ / أ] على مُعين ، فردَّ الوقفَ ، قال الإمامُ : البطنُ الأولُ يرتدُّ بردهم قولاً واحداً ، وهل يرتدُّ بردُ البطنِ الثاني ؟ فيه وجهان^(٢) .

وقال صاحبُ « التهذيب » : الصحيحُ عندي أنه لا يرتدُّ بردِ البطنِ الأولِ ولا الثاني ، خصوصاً إذا قلنا : إنَّ الوقفَ ينتقلُ إلى الله تعالى ، لأنَّه بمنزلة العتق .

المسألة الثالثة - [الوقف المتصل الانتهاء] :

٩١٦ - الوقفُ المتصلُ الانتهاء من شرطه أن يكونَ على جهةٍ عامية لا تنقطع ، كالفقراء والمساكين وسبل الخير وغير ذلك ، فإنَّ جعلَ المرءَ^(٣) (الأخير)^(٤) وقفاً على مسجدٍ معين ، أو مدرسةٍ معينة ، هل يكونُ كالجبهة العامة ، أو يكونُ حكمه حكمَ منقطعِ الانتهاء ؟ فيه وجهان ، حكاهما البغويُّ ، والأصحُّ عندنا أنه جهةٌ عامية ، فيصحُّ الوقفُ قولاً واحداً .

(١) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٨٣ ، حاشية قليوبي : ٣ / ١٠١ ، نهاية المحتاج : ٥ / ٣٧٢ ، المهذب : ١ / ٤٤٨

وما بعدها .

(٢) رجح الخطيب الشربيني أنه يرتد برد البطن الثاني والثالث كما يرتد برد البطن الأول ، (انظر : مغني

المحتاج : ٢ / ٢٨٣) .

(٣) المرءُ : هو أن يبلغ الغاية التي يخرج بها من جملة ما عليه ذلك الصنف ، فهو التمتع والبقية التي تبقى بعد

استنفاد الصنف المعين الموقوف عليه ، (انظر : القاموس المحيط : ١ / ٣٣٧) .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الآخر .

المسألة الرابعة - [تغيير الناظر من الواقف] :

٩١٧ - إذا وقف رجل وقفاً ، وفوض النظر فيه إلى رجل آخر عدل ، ثم أراد بعد ذلك أن يعزله ويستبدل به غيره ، لا لأمرٍ عرض من فسقٍ أو خيانةٍ ، بل تشهياً فقط ، نص الإمام على أنه لا يجوز ، وحكى بعض متأخري الأصحاب في هذه المسألة وجهين ، أحدهما ينسب إلى أبي سعيد الإصطخري أن له عزله ، والثاني : ينسب إلى أبي الطيب بن سلمة (أنه)^(١) ليس له عزله ، وهو الأصح .

المسألة الخامسة - في ألفاظ الواقف في الوقف المرتب على

البطون :

٩١٨ - وهي كثيرة ، وضابطها أن الواو تقتضي الاشتراك قولاً واحداً ، فإذا قال : وقفتُ على أولادي وأولاد أولادي ، شارك أولاد الأولاد الأولاد في الوقف .

٩١٩ - فإن قال ، مع لفظة الواو : بطناً بعد بطن ، قال الإمام : إنه يكون على الترتيب ، وذهب إليه القاضي حسين ، وحكاه الشيخ أبو عاصم عن الأستاذ أبي طاهر الزياتي .

وقال البغوي : إذا قال : على أولادي وأولاد أولادي ، بطناً على بطن ، كان للاشتراك ، وقوله : بطناً بعد بطن ، للتعميم .

٩٢٠ - أما إذا قال ، بعد ذكر لفظة الواو : الأول فالأول ، (أو الأقرب)^(٢) فالأقرب ، فهو على الترتيب .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : وأنه .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : والأقرب .

٩٢١ - ولو قال : على أولادي ، ثم على أولاد أولادي ، المذهبُ المقطوعُ به أنه على الترتيب ، لأنَّ لفظةَ « ثم » للترتيب والمُهلة ، ولم يخالف في هذا (أحدٌ) ^(١) إلا الشيخَ أبا ^(٢) عاصم العبادي ، على ما حكاه المتولي عنه ، أنه قال : إن لفظةَ « ثم » للتشريك ، قال : وهو متروكٌ عليه ، والحقُّ أنه متروكٌ عليه ، [١٣٩ / ب] فخالفَ الأصحابَ ، ولما يقتضيه وضع اللغة ^(٣) .

٩٢٢ - ولو قال : البطن الأول ثم البطن الثاني ، كان للترتيب ، قال الشيخُ أبو نصر : ولو قال : وقفتُ على أولادي ، ثم على أولادِ أولادي ، لم يستحق البطنُ الثاني شيئاً حتى ينقرضَ الأول ، إلا أن يقولَ : فن مات منهم تُصرفُ حصتهُ إلى ولده ، فإنه يكون لابنه ، لأنه صرَّح بذلك ، ويصيرُ قوله : البطن الأول ثم الثاني ، يرجعُ إلى أحاديهم دون جملتهم .

٩٢٣ - قال : ولو قال : وقفتُ على ولدي وولدِ ولدي ، على أن من مات منهم ، وله ولدٌ ، كان ما كان له لولده ، وإن ماتَ ولا ولدَ له ، كان ما كان [له] ^(٤) لأهلِ الوقفِ ، فإذا كان أولادُ الواقفِ ثلاثةً ، فاتَ واحدٌ منهم ، وله ولدٌ ، كان ما كان له لولده ، فإن ماتَ آخرُ ، ولا ولدَ له ، كان ما كان له لأخيه وابن أخيه ، لأنَّها أهلُ الوقفِ .

٩٢٤ - قال : وهذا الفرعُ ذكره أصحابنا ، ولم يُبينوا أنه على الترتيب أو التشريك ، ثم قالوا : ينفردُ ولدُ الميت بنصيب أبيه ، وظاهرُ قولهم : أنه

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أحداً ، وهو خطأ نحوي .

(٢) في الأصل : أبو ، وهو صحيح على الحكاية .

(٣) نقل ابن السبكي عن أبي عاصم أنه لا يقول بالترتيب في استعمال لفظة « ثم » ، بل يجعله على الجمع ، ونقل رد العلماء عليه ، وبين أن بعض النحاة ، كالأخفش والفراء وقطرب ، ينكرون كونها للترتيب ، وأنه لا غرابة أن يوافقهم ، إن صح النقل عنه ، انظر تفصيل ذلك في (طبقات الشافعية الكبرى : ٤ / ١٠١) .

(٤) لفظة « له » ساقطة من الأصل ، وساقطة مع سطر كامل من نسخة ف .

يكون على الترتيب ، ويكون قوله : فمن مات وله ولد كان ما كان له لولده ، يدلُّ على أنَّه أرادَ الترتيب ، كقوله : وقفته على أولادي وأولاد أولادي ، فإذا انقرض أولادي كان لأولادِ أولادي ، فإنَّ هذا يجعله على الترتيب ، فكذلك ههنا .

٩٢٥ - قال صاحبُ الكتاب عفا الله عنه : لما كانت ألفاظُ الوقفِ كثيرةً ، وكان المقصودُ من الوقفِ تأييده واستمراره ، وكانت البطونُ كثيرةً ، تتجددُ باستمرار السنين ، ومضي الأوقات وتجددها ، ويذهب الأولُ ، ويأتي الآخرُ ، فينبغي للواقفِ أن يذكرَ ألفاظاً ناصّةً على الغرضِ ، دالةً على الترتيبِ أو التشريكِ ، على حسبِ غرضِ الواقفِ ، وعلى كيفية الانتقال من بطنٍ إلى بطنٍ ، بحيث يزولُ الإجمالُ والشكُّ والارتيابُ ، وحقُّ على كاتبِ الشروطِ ، وراقمِ الصكوكِ أن ينبه الواقفَ على ما ذكرناه ، ليتجنبَ ما يقعُ في الاختلافِ ، من الألفاظِ المحتملة لمعانٍ كثيرةٍ ، فإنّه قلما يقعُ الاختلافُ في كتبِ الوقفِ إلا من تقصيرِ الشرطي الكاتبِ ، وقلةِ فهمه ودرايته .

مسائل من النكاح

المسألة الأولى - [١٤٠ / أ] | زواج الإجماع من فقير :

٩٢٦ - إذا زوج الأبُ المجرَّبُ ابنته البكرَ البالغَ على صداقٍ ، (جملته)^(١) ألفُ درهم ، وهو مهرٌ مثلها ، بدونِ رضاها ، إلا أنَّ الزوجَ فقيرٌ لا يملكُ شيئاً ، قال القاضي حسين في « فتاويه » : لا ينعقدُ النكاحُ على المذهبِ ، كما لو زوجها من غير كفاء ، وبدون مهرِ المثلِ على أحده القولين^(٢) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) وهو ما عليه المحققون في المذهب ، قال النووي رحمه الله تعالى : ويجري القولان في تزويج الأب بكراً =

المسألة الثانية - [تعيين الكفاء للأب] :

٩٢٧ - إذا عَيَّنَت البكرُ كفاءً ، وأرادَ الأبُّ تزويجَها من كفاءٍ ، لم تعينه ، اختلفَ الأصحابُ في ذلك ، فمنهم من قال : يجبُ على الأبِّ تزويجَها ممن عينته ، إذا كان كفاءً .

قال الإمامُ : والأقيسُ عندنا أنه إذا أرادَ تزويجَها من غيرِ من عينته ، وكان كفاءً جاز له ذلك^(١) ، فإنه إذا زوجها فلا خيرةَ لها في عين^(٢) الخاطبِ ، لأنها مجبرة^(٣) .
وهذا متجة في المذهبِ ومعدودٌ منه ، والذي ذكرناه أولاً لا احتفال به .

المسألة الثالثة - [تزويج السلطان عند غياب الولي] :

٩٢٨ - إذا غابَ الوليُّ الأقربُ فزوّجها السلطانُ بإذنها ، ثم عادَ الولي ، فقال : كنتُ زوّجتها في الغيبةِ ، قال أصحابنا : نكاحُ السلطانِ مقدّمٌ .

٩٢٩ - ومثله لو غابَ مالكُ العبد ، فباع السلطانُ عبده أو ماله في دينه ، ثم عاد فادّعى أنه كان باعه في الغيبةِ ، نص الشافعيُّ على أن يبيعَ المالكِ أولى .

وقال الربيعُ : فيه قولٌ آخرُ ، أن يبيعَ السلطانُ مقدّمٌ ، كمسألة التزويج .

٩٣٠ - والفرق أن السلطانَ في النكاح قام مقامَ الولي في غيبةِ الولي

= صغيرة أو بالغة غير كفاء بغير رضاها ، ففي الأظهر باطل ، وفي الآخر يصح وللبالغة الخيار ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ١٦٤ - ١٦٥) .

(١) وهو الراجح في المذهب ، (انظر : مغني المحتاج ٣ / ١٥٤ ، شرح المحلى : ٣ / ٢٢٥ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٣٦) .

(٢) في نسخة ف : في غير .

(٣) قال أبو إسحاق الشيرازي : ويجوز للأب والجد تزويج البكر من غير رضاها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، (المهذب : ٢ / ٢٨) .

الأقرب ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « السلطان وليُّ مَنْ لا وليَّ له »^(١) .

ولو كان لها وليان فأنكحها أحدهما ، ثم جاء (الآخر)^(٢) ، وقال : كنت أنكحتها قبل ذلك ، لم يقبل إلا بينية ، فكذلك ههنا ، بخلاف بيع السلطان ، فإنه نائب عن المالك ، فأشبه الوكيل مع الموكل .

(فلو)^(٣) أن الوكيل باع ، وجاء الموكل وقال : قد كنت بعته ، (فالقول)^(٤) قول الموكل مع يمينه ، هكذا قاله القاضي حسين في « فتاويه » ، وفيما ذكره نظراً (ظاهراً)^(٥) ، لا يخفى على متأمل .

المسألة الرابعة - [الزواج من فاسق] :

٩٣١ - إذا استؤذنت البكر في التزويج من رجل فاسق ، (ولم)^(٦) تعلم هي بفسقه ، فسكتت ، فزوّجت منه ، هل ينعقد النكاح ؟

قال القاضي حسين : نعم ، ينعقد لوجود الإشارة (منها)^(٧) إلى عين الزوج .

(١) هذا جزء من حديث رواه الشافعي وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وصححه ، وأبو عوانة وابن حبان والحاكم عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن موليتها فنكاحها باطل (ثلاث مرات) ، فإن دخل بها فالملء لها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا ، فالسلطان ولي من لا ولي له » مع اختلاف في الألفاظ ، وهذا لفظ أبي داود . (انظر : سنن أبي داود : ١ / ٤٨١ ، التلخيص الحبير : ٣ / ١٥٦ ، كشف الخفا : ١ / ٥٥٢ ، تحفة الفقهاء مع تخريج أحاديثها : ٣ / ٥١٠ ، سبل السلام : ٣ / ١١٨ ، نيل الأوطار : ٦ / ١٣٤) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الأخير .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ولو .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : القول .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لم .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فيها .

قال البغوي: ويحتمل أن يثبت لها حق الفسخ [١٤٠ / ب] كما لو وجدت به عيباً .

المسألة الخامسة - [تصديق الولي بالإذن] :

٩٣٢ - إذا خطبَ رجلٌ أختَ رجلٍ ليتزوجها ، فقالَ له الأخُ ، ولا وليَ لها غيره : قد أذنتُ لي في التزويجِ منك على صداقٍ ، جملته كذا ، هل للزوج أن يصدقه على أنها أذنت له في ذلك ، حتى إذا أوجبَ النكاحَ ، وقبل بحضورِ من شاهدين انعقد النكاحُ ، وكان له وطؤها والاستمتاعُ بها ، من غير تكليفِ الأخِ الإشهادَ بالإذن ؟

قال القاضي حسين : نعم ، له قبولُ قوله ، ويصحُّ النكاحُ ، حتى قال : لو قالَ رجلٌ (لرجل)^(١) : إن فلاناً وكلني في تزويجِ ابنته منك ، فزوجه بحضورِ من شاهدين ، قال : يُحکم بصحةِ النكاحِ ، ولا تجبُ إقامةُ البينةِ على أن فلانٍ بنتاً ، ولا أنه وكيلٌ ، لأنه يتعذرُ ، لأنه لا تجوزُ الشهادةُ إلا عند القاضي ، قال : ثم إن الشهودَ لا يشهدون على أنها زوجة ، إنما يشهدون على ما عاينوا .

هذا كلامُ القاضي ، وليس يخلو من احتمال .

٩٣٣ - ومثلاً هذا ما لو جاء الأبُّ في حق ابنته الثيبِ البالغِ ، أو غيره من العصبات ، وقال للحاكم : إن فلانةً موليتي ، وهي بالغ ، وقد أذنت لي أن أذن لك في تزويجها من هذا ، فهل للحاكم أن يزوجهَا من الخاطب الذي عينه الولي ، بمجردِ قوله ، من غير إقامةِ بينةٍ على الإذن ؟

الذي يظهرُ أنه لا يجوزُ ، وعليه إثباتُ إذنها ، إذا كان المزوج هو الحاكمُ ، لأنَّ إقامةَ البينةِ محلُّها مجلسُ الحكمِ عند الحاكمِ ، وإثباتُ ذلك ممكن ، بخلاف المسألةِ الأولى ، فإن العقودَ تعتدُّ المتعاقدين ، بدليل أن رجلاً لو قال لرجل :

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

قد وكلني فلان في بيع سلعتك منك ، ثم باعه ، فاشترى منه صح ، فكذلك في التزويج ، ثم إذا آل الأمر إلى الحاكم ورفعت القضية إليه يتبع الشرائط .

المسألة السادسة - | اختلاف الوصف في الزواج | :

٩٣٤ - إذا قال زوجتك هذه القرشية ، فإذا هي نبطية ، أو هذه الحرة ، فإذا هي أمة ، (ففي)^(١) انعقاد العقد قولان^(٢) ، (فإن)^(٣) قلنا : ينعقد ، ففي ثبوت خيار الخلف قولان^(٤) ، (وهكذا)^(٥) لو عرت بنسبه أو حرите ، (ففي)^(٦) انعقاد العقد قولان ، ثم في ثبوت خيار الخلف قولان .

٩٣٥ - لكننا إن قلنا : لا خيار له بفرور نسبه ، فلها الخيار بفوات نسبه ، إذا لم يكن كفاء لها ، وكذلك للأولياء الخيار ، إذا رضيت هي بمن دونها^(٧) .

٩٣٦ - أما إذا قال زوجتك هذه البكر ، فإذا هي ثيب ، فيجري قول الانعقاد ، وقولا خيار الخلف .

٩٣٧ - أما إذا [١٤١ / أ] لم يجز ذكر شرط ، لكن تزوجها على ظن أنها

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٢) والأظهر صحة النكاح إن وجدت شرائطه ، بأن يكون الزوج من يحل له نكاح الأمة ، وإلا لم يصح جزماً ، وذلك لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة ، فالنكاح أولى ، والقول الثاني : يبطل ، لأن النكاح يعتمد الصفات ، فتبدلها كتبدل العين ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٨ ، شرح المحلى : ٣ / ٣٦٥ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣١٧) .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : إن .

(٤) الراجح ثبوت الخيار لها ، (انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣١٧ ، شرح المحلى : ٣ / ٣٦٦) .

(٥) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : هكذا .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : في .

(٧) انظر : مغني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٢ / ٣٩ .

مُسَلِّمةً ، فكانت كتابية ، أو على ظنِّ أنها حرةٌ ، فكانت أمةً ، فالعقدُ ينعقدُ ، وهل يثبتُ الخيار ؟ فيه قولان^(١) .

٩٣٨ - ولو نكحها على ظنِّ أنها بكرٌ ، فخرجت ثيباً ، قال الغزاليُّ : كثيراً ما تقع هذه في الفتاوى ، ولا (يبعدُ)^(٢) إثباتُ الخيارِ ، (لأنَّ النفرةَ هنا أعظمُ ، هذا كلامه ، وهو ممنوع ، ولسنا نسلمُ إثباتَ الخيارِ)^(٣) فيما ذكره ، ولا أن النفرةَ فيه تقاربُ نفرةِ الكفرِ والرقِ ، فإنَّ نفرةَ الكفرِ ظاهرةٌ ، ونفرةُ الرقِ تسببُ رقَّ الولدِ (عن)^(٤) خفيةً ، أما الثيبَةُ والبكارةُ فليس منها شيءٌ من هذا ، (على أن ما ذكره الغزالي ليس ببعيد)^(٥) .

المسألة السابعة - [توكيل المرأة في النكاح] :

٩٣٩ - التوكيلُ المتفق عليه من المرأة لوليها الغير مُجْبِرٍ أن تقولَ المرأةُ لوليها : أذنتُ لك في تزويجي من فلانٍ ، وتعينه ، على كذا ، وأذنتُ لك أن توكلَ بذلك فلاناً ، وتعينه ، فهذا توكيلٌ صحيحٌ بالاتفاق .

٩٤٠ - أما إنْ قالت له : أذنتُ لك أن تزوجني من فلان بكذا ، ولم تتعرض للوكيل أصلاً بنفيهِ ، ولا بإثباتِهِ ، هل يجوزُ له التوكيل في ذلك ، والحالة هذه ؟ فيه وجهان^(٦) .

(١) الأظهر عدم ثبوت الخيار له ، لأن الظن لا يثبت الخيار ، لتقصيره بترك البحث أو الشرط ، والقول الثاني : يثبت الخيار ، لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية ، فإذا خالف ذلك ثبت الخيار ، (انظر : مغني المحتاج : ٢٠٨ / ٣ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٣١٧ ، شرح المحلى : ٣ / ٢٦٦) .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ينعقد .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : غير .

(٥) انظر في موجبات الخيار : (الوجيز ، للغزالي : ٢ / ١٨) .

والعبارة بين القوسين من نسخة ف ، وفي الأصل : على ما ذكره الغزالي ببعيد .

(٦) الأصح جواز التوكيل ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ١٥٨ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٤٣ ، شرح المحلى : ٣ / ٢٢٩) .

٩٤١ - قال الإمام : ولا خلاف أنها لو أذنت له في التزويج ، وصرحتُ
بالنهي عن التوكيل ، ليس له أن يوكل ، قال : ولو قالت : أذنتُ لك أن
توكل في تزويجي ، وليس لك أن تتعاطى التزويج بنفسك ، الذي ذهب إليه
الأئمة أن الإذن على هذا الوجه صحيح ، لأنها منعتهُ من التزويج بنفسه ،
ووكلت الأجنبي ، فيصير بمثابة ما لو فوّضت تزويجها إلى الأجنبي ابتداء .

٩٤٢ - وقال المتولي : إذا كان الولي غير مجبر فأذنت له في التزويج دون
التوكيل ، قال القفال : لا يجوز له التوكيل ، وقال سائر أصحابنا :
(يجوز)^(١) له أن يوكل ، لأنها لما أذنت له في التزويج تكاملت ولايته ، فصار
كالولي المجرى في الحكم^(٢) .

فعلى هذا قبل أن تأذن المرأة في التزويج ، هل يجوز له أن يوكل ؟ فيه
وجهان .

وقال البغوي : إذا وكل الولي رجلاً في التزويج ، هل يحتاج إلى إذن المرأة
في التوكيل ، وهو غير مجبر ؟ فيه وجهان ، الأصح أنه لا يحتاج إلى إذنها ،
ولا خلاف أنه لو نهته عن التوكيل لا يجوز له أن يوكل .

٩٤٣ - ولو قالت : وكل بتزويجي^(٣) ، فله أن يوكل ، وهل له أن يزوّج
بنفسه ؟ فيه وجهان .

٩٤٤ - ولو وكل الولي قبل استئذنها في التزويج لم يجز ، وقيل يجوز ، ثم
يستأذن الولي بعده ، أو الوكيل للولي ، والمذهب الأول^(٤) . [١٤١ / ب]

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر تعليل ذلك وتفصيله في المراجع السابقة ، هامش ٦ .

(٣) في نسخة ف : في تزويجي .

(٤) قال النووي رحمه الله : ولو وكل قبل استئذنها في النكاح لم يصح على الصحيح ، وذلك لأنه لا يملك =

المسألة الثامنة - في الكفاءة ، غريبة حسنة :

٩٤٥ - من أسلم بنفسه ليس كفاءً لمن له أبوان في الإسلام ، ومن له أبوان في الإسلام كفاءً لمن له عشرة آباء في الإسلام ، لأنَّ الثالث لا يُذكر في التعريف ، فلا يقع به تعيينٌ ، وغيرُ الكفاء (لرقه هو)^(١) المتميز عن المرأة برقه ، أو رق أبيه ، أو جده ، لأنَّ (الأب)^(٢) الثالث لا يُذكر في النسبة ، أو يميز عنها بكفاء أبيه أو جده .

[المسألة (٣) التاسعة -] تزويج عبده من أمته [:

٩٤٦ - إذا زوّج الرجلُ عبده بأمته فلا مهرٌ في هذا النكاح ، فلا يجبُ ذكرُ المهرِ في الأصح ، بل يستحبُّ على القديم ، وقال في الجديد : إن شاء ذكره ، وإن شاء لم يذكره ، إذ لا فائدة في ذكره ، وهو أصحُّ ، وقيل : يجبُ ذكره ، وقيل : يجبُ المهرُ تقديراً ، ثم يسقطُ تحقيقاً^(٤) .

٩٤٧ - وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي وجهاً غريباً أنَّ تزويجَ الرجلِ عبده بأمته غيرُ صحيحٍ مطلقاً ، لاستحالة ثبوت المهر فيه ، ويستحيلُ عقد نكاحٍ يخلو عن مسمى ، أو عن مهرٍ مثلٍ .

٩٤٨ - وهذا بعيدٌ في الحكاية ، موجةٌ بما ذكرناه ، وهذا لم يذكره الإمام في كتاب النكاح وفصولِ تزويج العبيد والإماء ، وإنما حكاةٌ في مكانٍ آخر من

= التزويج بنفسه حينئذ ، فكيف يوكل غيره ، وفي قول يصح ، لأنه يلي تزويجها بشرط الإذن فله تفويض ماله لغيره كالفضولي ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ١٥٨ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٤٤ ، شرح المحلى : ٣ / ٢٢٩) .

(١) في الأصل عدم وضوح الخط للرطوبة وذلك من منتصف كلمة لرق حتى اللام في كلمة المتميز .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) اللفظة ساقطة من الأصل ومن نسخة ف .

(٤) في نسخة ف : تخفيفاً .

« نهايته » ، وقال فيه : لست أدري أقدمنا^(١) ذكر هذا الوجه في النكاح أم لا ؟ فإن لم نذكره فقد ذكرناه الآن .

المسألة العاشرة - [الاختلاف في التزويج] :

٩٤٩ - إذا ادعى زيد زوجية امرأة ، فادعت هي^(٢) أنها زوجة عمرو ، فأقام كل واحد منها بينة ، قال ابن الحداد : بينة زيد أولى ، لأنها استندت إلى صيغة صحيحة في الدعوى ، بخلاف دعوى المرأة ، وخالفه غيره ، وقال : كيف تسلّم إلى زيد ، وقد كذبتها البينة الأخرى .

٩٥٠ - وهذا الخلاف مفروض فيما إذا كان عمرو ساكتاً ، فإن أنكر دعواها زوجيته رجحت بينة زيد ، قولاً واحداً ، لأن إنكار عمرو ربما جعل طلاقاً ، وإن صدّقها في دعواها ، فالخلاف أيضاً قائم ، تخريجاً على ما إذا تداعيا عيناً في يد ثالث ، وأقام كل واحد^(٣) منها بينة بملكها ، فصدّق ذو اليد أحدهما دون الآخر ، هل ترجح بينة المصدق ؟ فيه قولان^(٤) ، فكذا ههنا ، لأن المرأة ههنا ، بمنزلة سلعة في يد ثالث ، إذ يدها على نفسها .

المسألة الحادية عشرة^(٥) - في الخلع :

٩٥١ - إذا حلف الزوج على شيء ، [١٤٢ / أ] لا بد أن يفعله ، بالطلاق ثلاثاً ، فخالعها ، ثم فعل المحلوف عليه بعد التينونة ، ثم تزوجها بعقد جديد ، تخلص من الحنث ، (حتى لو عاد فعل المحلوف عليه بعد تزويجها ، لم يبق عليه طلاق ، ولو خالعها ولم يفعل المحلوف عليه ، ثم تزوجها ، هل يتخلص

(١) في نسخة ف : أوردنا .

(٢) في نسخة ف : وادعت هي .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) الراجح ترجيح بينة المصدق ، وقد سبق بيان ذلك فقرة ٢٢٧ ، وفي نسخة ف : وجهان .

(٥) اللفظة في الأصل ونسخة ف : عشر ، وكذا في جميع المسائل ، إلى التاسعة عشر .

من الحنث ؟ ^(١) فيه قولان : أصحها عند الشيخ أبي إسحاق أنه يتخلص من الحنث ^(٢) .

وهذه هي المسألة المعروفة بمسألة عَوْدِ الحنثِ ، وهي مشهورة في المذهب .

المسألة الثانية عشرة - [الخلع قبل المسيس] :

٩٥٢ - إذا خالغ المرأة قبل المسيس تعين الصداق ، فينبغي أن يقول : اختلعتُ بالنصف الذي يبقى لي في ذمتك من الصداق ، فتقول : خلعتك ^(٣) بذلك ، أو يقول هو : خالعتك (بنصف) ^(٤) الصداق الذي يبقى لك علي ، فتقول المرأة : اختلعت ، أو قبلت .

٩٥٣ - فإن قالت المرأة : اختلعتُ بنصفِ الصداقِ مُطلقاً ، أو قال : خالعتك بالنصف من الصداقِ مُطلقاً ، ولم يُضفهِ إلى النصفِ الباقي لها منه ، فهذه مسألة تنبني على أصل ، وهو أن المرأة إذا وهبت من الزوج نصف صداقها قبل الدخول ، ثم طلقها ، وقلنا : إنَّ الهبة لا تمنع الرجوع بنصفِ الصداق ، فله الرجوع بالنصف ، وفي كفيته ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يرجع إلى النصف الباقي ، فيحصل له الكل ، وانحصرت هبتها في نصيبها ^(٥) المستقرة ، وهذا يُعرف بقول الحصر .

(١) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٢) قال أبو إسحاق : فإذا خالغ امرأته لم يلحقها ما بقي من عدد الطلاق ، لأنه لا يملك بعضها ، فلم يلحقها طلاقه ، كالأجنبية ، وعبارته في التبييه أصرح ، (انظر : المذهب : ٧٥ / ٢ ، التبييه : ١١٠ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٣) .

(٣) في نسخة ف : خالعتك .

(٤) اللفظ من نسخة ف : وفي الأصل : نصف .

(٥) في نسخة ف : نصفها .

والثاني : يرجعُ إلى نصفِ ^(١) الباقي ، وإلى ربعِ قيمةِ الجملة ، وهذا يعرف بقولِ الإشاعة .

٩٥٤ - (عدنا) ^(٢) إلى مسألتنا ، فعلى قولِ الحصر ، ينحصرُ الاختلاعُ في نصفها ، ويصيرُ كما لو قالت ^(٣) : اختلعتُ بما يبقى لي في ذمتك ، وهو نصفُ الصداق ، وعلى قولِ الشيوخِ يفسدُ نصفُ العوض ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، فإن جُوزنا تفريقَ الصفقةِ سلّمَ للزوجِ ثلاثةُ أرباعِ الصداقِ ، (نصف) ^(٤) (بحكم) ^(٥) الشطرِ ، وربعٌ بحكمِ الخلعِ ، ويرجعُ إلى قيمةِ الربعِ الباقي ، أو إلى نصفِ مهرِ المثل .

المسألة الثالثة عشرة - [دعوى المهر] :

٩٥٥ - إذا ادعت المرأةُ ألفين في عقدين ، أحدهما يومَ الخميس ، والآخر يومَ الجمعة ، وأقامتِ البينةَ على ذلك ، حُمِلَ على تحللِ الطلاقِ (قبل الدخول) ^(٦) بينها ، واستحقت الألفين .

٩٥٦ - فإن ادعى الرجلُ الطلاقَ قبلَ المسيس ، لِيُسْقِطَ النصفَ ، ولم يقم بينةً على المسيس ، قلنا له : النكاحُ مثبتٌ لمجموعِ الألفين ، وقد ثبتَ عقدان موجبان لمجموعِ الألفين ، وأنتِ تدعي المسقطَ ، وهو الطلاقُ قبلَ المسيس ، فعليك ببيانه ، وهكذا ذكره الإمامُ في « النهاية » ، وفيه إشكالٌ ، لأن كلَّ عقد

(١) في نسخة ف : بنصف

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : عدنا . وهو تصحيف .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : قال .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : بربع .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٦) العبارة بين القوسين من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

موجباً لكلٍ مهرٍ تام [١٤٢ / ب] بشرطِ عدم الطلاق ، والأصلُ براءة ذمته
مما زاد على النصفِ فيتعارضان ، والمنقولُ ما ذكره الإمام .

المسألة الرابعة عشرة - [حقيقة الخلع] :

٩٥٧ - الخلع هل هو فسخٌ أو طلاقٌ منقَصٌ للعدد ؟ فيه قولان ، الأصحُّ
الذي به الفتوى أنه طلاقٌ منقَصٌ للعدد^(١) ، فعلى هذا يصحُّ اختلاعُ
الأجنبي^(٢) ، وإن قلنا : إنه فسخٌ لم يصحَّ اختلاعُ الأجنبي ، لأنَّ الفسخَ
لا يكونُ إلا من المتعاقدين ، ولا يقبلُ النكاحُ الفسخَ من الزوجِ فقط ، إذا لم
يجعله طلاقاً ، لا صريحاً ولا كناية ، وهل يقبلُ النكاحُ الفسخَ من الزوجين
بغيرِ مالٍ ، إذا لم يجعله طلاقاً ؟ فيه خلاف ، الأصحُّ أنه لا يقبلُ الفسخَ .

المسألة الخامسة عشرة - في العُدَّة :

٩٥٨ - المطلقة طلاقاً رجعيّاً لها السكنى والنفقة والكسوة ، (وإن كانت
بائناً حائلاً لها السكنى ، دون النفقة والكسوة)^(٣) ، فإن كانت حاملاً وجبت
لها النفقة ، ولكن هل هي للحمل ، أو للحامل بسبب الحمل ؟ فيه قولان
مشهوران ، الأصحُّ أنها للحامل بسبب الحمل^(٤) ، تظهر فائدتها فيما إذا مضى
زمانٌ لم ينفق عليها ، إن قلنا : إنها للحمل سقطت ، وإن قلنا : للحامل ، لم
تسقط ، وهو الصحيح .

وكذا إذا طلقَ الحرُّ زوجته المملوكة حاملاً ، هل تجبُ عليه النفقة ؟ إن

(١) انظر : المهذب : ٧٣ / ٢ ، مغني المحتاج : ٣٦٨ / ٣ ، شرح المهلي : ٣١٢ / ٢ ، نهاية المحتاج : ٤٥٥ / ٦ .

(٢) قال الشيرازي : ويصح الخلع من غير الزوجة ، وهو أن يقول رجل : طلق امرأتك بألف علي ، وقال أبو
ثور : لا يصح . . . وهذا خطأ ، (المهذب : ٧٢ / ٢) .

(٣) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٤) وهو ما عليه التحقيق ، وانظر القولين مع التوجيه ، وما يترتب على ذلك من الخلاف في كتاب (مغني

المحتاج : ٤٤٠ / ٣ - ٤٤١ ، شرح المهلي وحاشية قليوبي : ٤ / ٨٠ - ٨١ ، نهاية المحتاج : ٢١١ / ٧ ، المهذب :

قلنا : للحمل ، لم تجب على الزوج ، لأنَّ النفقةَ للولد على السيد ، إذ هو رقيق ، لا على الأب ، وإن قلنا : للحامل ، كانت على الزوج الحر ، وكذا إذا طلق الرقيق زوجته الحامل ، فيه الخلاف^(١) المذكور .

٩٥٩ - ولا خلاف أنَّ القاضي إذا فرضَ على المطلق لزوجته الحامل منه ، بعد البيئوية ، فرضاً مقدراً للنفقة ، أنه يبقى ديناً في ذمته ، لا يسقطُ بمرور الزمان ، وإن قلنا : إنَّ النفقةَ للحمل ، وهو الولدُ .

أما إذا لم يقدر القاضي لها نفقةً ، ولا أذنَ المطلق لها في الإنفاق من مالها ، ومضت مدةً ، هل تسقطُ النفقةُ بمضي المدة ، تفریباً على قولنا : إنَّ النفقةَ للحمل ؟ فيه خلافٌ ، والأصحُّ أنَّها لا تسقطُ .

وإن فرعنا على أن النفقةَ للحامل لم تسقطُ قولاً واحداً .

٩٦٠ - وحيثُ أوجبنا النفقةَ للحاملِ أو للحملِ ، فلا تجبُ قبلَ ظهورِ الحمل ، وبعدَ ظهوره ، هل تجبُ قبلَ الوضع ؟ فيه قولان ، بناءً على أنَّ الحملَ هل يعرف أم لا ؟ وأصحُّ القولين أنه يُعرف ، وأصحُّها أنه يجبُ دفعُ النفقةِ إليها بعدَ ظهورِ حملها يوماً بيوم^(٢) ، وإن قلنا : لا يجبُ الدفعُ إلا بعدَ الوضع ، فتى وضعت وجبَ عليه نفقةُ ما مضى من مدةِ الحملِ .

٩٦١ - ولو كان ينفقُ [١٤٣ / أ] عليها على ظنِّ أنها حاملٌ ، ثم بانَ كونه ریحاً ، هل له أن يستردَّ ما أنفق عليها ؟ نُظر : إن قلنا : يجبُ الدفعُ إليها ، فدفع ، استردَّ ، إذ بان^(٣) أنَّ لا حملَ ، وإن قلنا : لا يجبُ الدفعُ ،

(١) في نسخة ف : خلاف .

(٢) المراجع السابقة في الصفحة السابقة ، هامش ٤ .

(٣) في نسخة ف : لأنه بان

فدفع ، نُظِرَ : إن دفع بإذن الحاكم رجَع ، وإن دفع بغيرِ إذنه ، لكن^(١) شرطاً
أنَّ ذلك عن نفقتها ، إن كانت حاملاً ، رجَع ، وإن لم يشترط فهو متبرعٌ ،
فلا رجوعٌ (له)^(٢)

٩٦٢ - واعلم أنَّ الحرةَ المطلقةَ طلاقاً بائباً^(٣) ، إن كانت حاملاً فعدتها
لا تنقضي إلا بوضع الحمل ، وإن كانت من ذوات الأقران فعدتها بالأقران ،
وهي الأطهارُ عندنا ، فإذا مضى عليها ثلاثة أقرانٍ بعد الدخولِ بها انقضت
عدتها ، وحلَّ لها التزويجُ ، (إذا)^(٤) لم تتوهم حملًا ، ولا ارتابت ، فإن
استشعرت ثقلاً توهمته حملًا فهي المرتابة ، فإذا نكحت في هذه الحالة قبل
زوال الريبة ، في صحة النكاح قولان .

٩٦٣ - وإن كانت المطلقة صغيرةً مدخولاً بها ، فعدتها بالأشهر : ثلاثة
أشهر ، وإن كانت بالغا ، وقد حاضت أولاً ، ثم تباعدَ حيضها لعلية أو
رضاعٍ ، فعليها الصبرُ إلى الحيضِ ، (وإن بلغت)^(٥) سن اليأس ، فلا يجوزُ
لها أن تتزوج قبلَ ذلك ، ثم بعدَ بلوغِ سن اليأسِ تعدُّ بثلاثة أشهر ، ثم تتزوجُ
بعد ذلك^(٦) .

(١) في نسخة ف : ولكن .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) في نسخة ف : ثلاثاً .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : فإذا .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أو أن تبلغ .

(٦) المعتبر في اليأس بأس عشرينها ، وفي قول يأس كل النساء للاحتياط وطلباً لليقين ، وأقصى مدة اليأس

ثنتان وستون سنة ، وغالبه أربعون . (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢٨٧) .

ولا شك أن هذا الرأي غريب ، ويتناقض مع الحكمة الشرعية من العدة التي شرعت لحفظ الأنساب وبراءة
الرحم ، وأن الحيض ونزول الدم ليس مقصوداً لذاته ، وإنما هو علامة وقرينة على براءة الرحم ، فإذا علمت البراءة من
طريق آخر عمل به قطعاً ، بدليل أن الشرع الحكيم جعل العدة بالأشهر أيضاً ، ويمكن أن تكون عدة المرأة في الصورة =

٩٦٤ - وإن كان حيضها تأخرَ بعدَ أن حاضت أولاً ، لا لعلية ، من مرضٍ أو رضاعٍ ، فيه ثلاثة أقوالٍ : الجديدُ أنها تتربصُ إلى سنِّ (اليأس)^(١) ، كما إذا (كان لعلية)^(٢) ، والثاني : أنها تتربصُ تسعةَ أشهرٍ ، ثم تعتدُ بعدها بثلاثة أشهرٍ أخرى ، ثم تتزوجُ ، وهذا قولٌ قديمٌ ، والثالثُ : أنها تتربصُ أربعَ سنين ، ثم ثلاثةَ أشهرٍ بعدها ، ثم تتزوجُ بعد ذلك^(٣) .

٩٦٥ - هذا كله بعدَ المسيسِ ، أمّا إذا طُلقتِ الزوجةُ ، قبلَ المسيسِ ، فلا عدةَ عليها بلا خلاف .

٩٦٦ - والمتوفى عنها (زوجها)^(٤) ، كيفَ كان بعدَ المسيسِ أو قبله ، تعتدُ بأربعةَ أشهرٍ وعشرٍ ، سواء كانت من ذواتِ الأقراء ، أو من ذواتِ الشهورِ إذا كانت حائلاً ، فإن كانت حاملاً فعدتها تنقضي بوضعِ الحمل ، ولو بعد الموت بلحظةٍ واحدة ، فمتى وضعت حلًّا لها أن تتزوج^(٥) .

٩٦٧ - ومتى شرعت المرأةُ في عدةِ الوفاةِ وجبت لها السكنى في أحدِ

= السابقة إما عن طريق الشهور ، بأن تعتد ثلاثة أشهر مثل الصغيرة عند عدم ظهور أمارات الحمل ، وإما أن تعتد مدة أطول على احتمال أنها حامل ، فتعتد مدة الحمل ، وأقصى مدة للحمل عند الشافعية أربع سنوات ، وهذا أقسى وأشد وأبلغ ما يمكن أن نطلبه منها ، وإلا فما هي الحكمة ، وما هو الدليل على الانتظار عشرين أو ثلاثين سنة لبلوغ سن اليأس ؟! مع تحمل المشقة في ذلك والنفقة عليها ، ولنتأمل قوله تعالى : ﴿ إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ﴾ . وانظر رأي النووي في المتحيرة وتعليق الخطيب عليه في (مغني المحتاج : ٣ / ٣٨٥) .

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

(٢) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل بياض من الكاتب بمقدار كلمتين .

(٣) انظر هذه الأقوال مع التعليل في (مغني المحتاج : ٣ / ٢٨٧ ، شرح المحلى : ٤ / ٤٢ ، نهاية المحتاج :

١٣٢ / ٧ ، المهذب : ٢ / ١٤٤) .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٣٩٥ - ٣٩٦ ، نهاية المحتاج : ٧ / ١٤٥ - ١٤٦ ، شرح المحلى : ٤ / ٤٩ ، المهذب :

١٤٦ / ٢

القولين ، وعليه العمل^(١) ، وعليها لزوم المسكن إلا لعذرٍ ظاهرٍ ، وإذا كان المسكن الذي توفي الزوج فيه للزوج فلا يجوز إخراجها^(٢) منه .

٩٦٨ - وكذلك في حق المطلقة ، عليها الاعتداد في منزل الطلاق^(٣) ، حتى [١٤٣ / ب] لو أراد المطلق بيعه لم ينعقد البيع إن كانت حاملاً ، وإن كانت عدتها بالأشهر فهو كبيع الدار المستأجرة ، لأنها مستحقة منافعها بالإسكان فيه^(٤) ، وإن كانت الدار مستعارة ، فرجع صاحبها فعلى الزوج إسكانها في موضع يليق بها^(٥) ، وكذا على الورثة إسكانها في موضع يليق بها ، إذا قلنا : بوجوب السكنى في عدة الوفاة .

٩٦٩ - ولو قال الوارث : الزمي مسكن النكاح ، وأرادت هي الاعتداد في منزلٍ آخر ، يُستأجر لها من التركة ، فالظاهر أنه يجب عليها ذلك مطلقاً ، وقيل : إن كانت مشغولة الرحم ، أو متوهمة شغلاً ، فللوارث ذلك مطلقاً ، لأجل صيانة (مال)^(٦) المورث ، وإن لم تكن ممسوسة لم يلزمها ذلك ، بل عليها ملازمة أي منزل كان .

المسألة السادسة عشرة : في نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها^(٧) :

٩٧٠ - إذا مات رجلٌ عن زوجته الحامل منه ، ولم يصدر منه طلاقٌ قبل

(١) انظر : مفني المحتاج : ٤ / ٤٠٣ ، شرح المحلى : ٤ / ٥٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ١٥٤ ، المهذب ، المرجع

السابق .

(٢) في نسخة ف : إزعاجها .

(٣) انظر : المراجع السابقة ، المهذب ٢ / ١٤٧ .

(٤) انظر : مفني المحتاج : ٤ / ٤٠٦ ، نهاية المحتاج : ٧ / ١٦٠ ، شرح المحلى : ٤ / ٥٦ .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : ما .

(٧) لا تستحق التوفى عنها زوجها نفقة ، وإن كانت حاملاً ، لقوله ﷺ : « ليس للحامل المتوفى عنها زوجها =

موتِه ، لا شك أنّ الميراثَ موقوفٌ بين الحملِ وبقيةِ الأولادِ إلى أن يُظهر أمرُ الحملِ بالوضعِ ، أو تتبين حاله ، فهل يُنفقُ على المعتدةِ الحاملِ من المالِ الموقوفِ ؟

قال الإمامُ : لا تستحقُّ النفقةَ من التركةِ ، سواء قلنا : إنّ النفقةَ للحملِ أو للحاملِ ، لأننا إنّ قلنا : إنّها للحملِ ، فنفقةُ القريبِ تسقطُ بالموتِ ، وإن قلنا : للحاملِ ، فلا نفقةَ لها ، لأنّ النكاحَ قد زال ، وهي الآن حاضنته ، ولا تجبُ نفقةُ الحاضنةِ في تركةِ الميت .

٩٧٠ / ٢ - قال صاحبُ الكتابِ : هذا قولُ الإمامِ ، وقال المتولي في هذه المسألة : إنّنا إنّ قلنا : إنّ النفقةَ للحملِ وجبتِ النفقةُ في ماله الموقوفِ : لأنّه كما تجبُ نفقتهُ في ماله بعد الانفصالِ ، فكذا قبل الانفصالِ ، وإن قلنا : إنّ النفقةَ للحاملِ ، لم تجب لها النفقةُ ، لأنّها بانت^(١) بالموتِ ، فلا نفقةَ لها .

٩٧١ - قال صاحبُ الكتابِ : والذي ذكره الإمامُ أقربُ إلى القياسِ ، فإنّ الهجومَ على الإنفاقِ من مالِ موقوفٍ على امرأةٍ أجنبية ، بسببِ أمرٍ يُظن كونه حملًا ، وربما يكون رجحاً فينفشُ ، أو لعله ينفصلُ ميتاً ، بعيداً عن القياسِ ، ولما ذكره المتولي وجّه ، وهو أنّ الحملَ إذا حُكِمَ بوجوده ، ووقفت قسمةُ التركةِ بسببه ، كان محكوماً له في ظاهرِ الشرعِ بشيءٍ من التركةِ ، فإذا فرّغنا على (أن)^(٢) النفقةَ للحملِ ، فالإنفاقُ عليه [١٤٤ / أ] من ماله المرصّدِ له ، على تقريرِ وجوده وانفصاله حياً ، غير بعيد .

= نفقة « رواه الدارقطني بإسناد صحيح ، وقال الشافعي : لا أعلم مخالفاً في ذلك ، وكلام المصنف التالي يحمل على أن النفقة لها من مال الحمل لحضنته ، ولا يستحق الحمل نفقة في مال والده لسقوط النفقة بالموت ، انظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج : ٣ / ٤٤١ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١١ ، شرح المحلى : ٤ / ٨١) .

(١) في نسخة ف : فانت .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

٩٧٢ - ثم إذا أنفق على الحاملِ لأجلِ الحملِ على قولنا : إنَّ النفقةَ للحملِ على ظنِ وجوده وانفصاله ، ثم تبينَ أنَّ لا حملَ ، أو انفصلَ ميتاً ، رجعَ على الحاملِ بما أنفقَ عليها ، وإنَّ انفصلَ حياً لما زادَ على ستة أشهر ، فقد علمنا قطعاً انسلاكِ الحياةِ (فيه من حين ظهور كونه حملاً ، وأنه اغتذى بواسطةِ غذاءِ أمه ، فصارَ إليه من ماله ما أنفقَ عليه منه)^(١).

المسألة السابعة عشرة - في النفقات :

٩٧٣ - إذا امتنعت المرأةُ من تسليمِ نفسها قبل الدخولِ إلا بتسليمِ (حال)^(٢) صداقها فلها ذلك^(٣) ، (بلا خلاف)^(٤) ، وهل تستحقُّ النفقةَ ؟ فيه وجهان ، الأصحُّ نعم ، لأنها ممتنعةٌ بحق^(٥).

٩٧٤ - وإن كانت مدخولاً بها لم يكن لها بعدَ الدخولِ بها أن تمتنعَ من تسليمِ نفسها لأجلِ الصداقِ^(٦) ، فلو منعتُ نفسها - والحالة هذه - كانت ناشزةً لا نفقةَ لها .

٩٧٥ - ومهما غابَ الزوجُ ، والزوجةُ في مسكنه ، لم يوجدَ منها نشوزٌ ، فنفقَتْها واجبةٌ عليه ، فإذا رفعتُ أمرها إلى الحاكمِ فرضَ لها قدرًا تستدينه ، وتستعيدُ به على الزوجِ في ماله ، إن عجزَ الحاكمُ عن مالٍ موجودٍ للزوج ، يدفعُ إليها منه قدرَ النفقةِ .

(١) ما بين القوسين فيه رطوبة وتعفن في الأصل ، فضاعت بعض الحروف والكلمات ، وأتمنا الناقص من نسخة ف .

(٢) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٢٢٢ ، ٤٣٥ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٢٨ ، شرح المحلى : ٣ / ٢٧٧ .

(٤) ما بين القوسين زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٣٥ .

(٦) انظر : التنبيه : ١٠٨ ، مغني المحتاج : ٣ / ٢٢٢ ، شرح المحلى : ٣ / ٢٧٨ ، نهاية المحتاج : ٦ / ٢٢٩ .

٩٧٦ - ولو نشرت في حضور الزوج ، فغاب الزوج بعد ذلك ، فعادت إلى المسكن ، (هل)^(١) يعود استحقاقها للنفقة ؟ فيه وجهان ، ذكرهما المرازمة .

وقال العراقيون : لا يعود ما لم يُرفع الأمر إلى القاضي ، فيحكم بطاعتها ، ويكتب القاضي إلى الزوج ليعرفه بذلك ، حتى يرجع إلى زوجته لينفق عليها ، أو يبعث لها نفقةً من البلد الذي هو فيه ، فإن مضت مدة يمكنه الرجوع فيها ، فلم يرجع ، بعد أن علم الحاكم بالحال ، وجبت نفقتها قولاً واحداً^(٢) .

٩٧٧ - ولو غاب ، وهو موسر في الغيبة ، لا يثبت لها الفسخ على الأصح^(٣) ، ولو انقطع خبره ، ولم يعلم إيساره ولا يساره ، بل جهل حاله ، هل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان مشهوران ، واختار بعض الأصحاب أنه لا فسخ لها^(٤) ، واختار بعض المتأخرين منهم أن لها الفسخ .

٩٧٨ - ولو امتنع من الإنفاق في حضوره ، وهو موسر ، لا فسخ على أصح الوجهين ، وأظهرها أن الأخذ بالسلطان ممكن ، وهل تملك المرأة إذا غاب عنها زوجها ولاية الاستدانة عليه ، ما تنفقه عليها وعلى ولدها منه ؟ فيه خلاف ، قيل : نعم ، لقصة^(٥) هندية^(٦) ، [١٤٤ / ب] فإن النبي ﷺ قال لها :

(١) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٢٨ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٠٧ ، شرح المحلى : ٤ / ٧٨ .

(٣) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٤٤٢ ، شرح المحلى : ٤ / ٨١ .

(٤) وهو ما اختاره أبو إسحاق الشيرازي والخطيب الشيريني والرملی (انظر : المهذب : ٢ / ١٦٤ ، مغني

المحتاج : ٣ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٢) .

(٥) في نسخة ف : لقضية .

(٦) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، القرشية العشمية ، أم معاوية بن أبي سفيان ، أسلمت في =

« خُذِي مَا يَكْفِيكِ وولَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(١)، وقيل : لا ، وهو الأصح ، ما لم يُرْفَعِ الأَمْرُ إِلَى الْقَاضِي ، فَيَفْعَلُ ذَلِكَ .

وقصة هندية محمولة (على أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ لَهَا بِذَلِكَ ، وَأَذَنَ لَهَا فِيهِ ، فَإِنَّهُ كَانَ سَيِّدَ الْحُكَامِ ﷺ ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُ حَاضِرًا ، فَمِنَعَ النِّفْقَةَ ، هَلْ لِلْأُمِّ أَخْذَ النِّفْقَةِ مِنْ مَالِهِ بَدُونِ)^(٢) إذنه ؟ فيه وجهان ، مأخذهما التردُّدُ فِي أَنَّ إِذْنَ الرَّسُولِ ﷺ لِهِنْدِ ، هَلْ كَانَ شَرْعًا أَوْ قِضَاءً^(٣) ؟ وَلَوْ اسْتَقْرَضَتْ عَلَيْهِ ، فَوَجْهَانِ مَرْتَبَانِ ، وَأَوْلَى بِالْمَنْعِ ، (وَلَوْ أَنْفَقْتَ مِنْ مَالِهَا ، فَوَجْهَانِ مَرْتَبَانِ ، وَأَوْلَى

الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان ، وقد حسن إسلامها ، وشهدت اليرموك مع زوجها ، وتوفيت في اليوم الذي مات فيه والد أبي بكر الصديق في أول خلافة عمر رضي الله عنهم ، وكانت ذات عقل ورأي وأتفة ، وشهدت أحداً مع الكفار ، وفعلت كثيراً ، وناقشت رسول الله ﷺ في البيعة . (انظر : تهذيب الأسماء : ٢ / ٢٥٧ ، أسد الغابة : ٧ / ٢٩٢ ، الإصابة : ٨ / ٢٠٦) .

(١) هذا جزء من حديث صحيح ، رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها ، قالت : دخلت هند بنت عتبة ، امرأة أبي سفيان ، على رسول الله ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ، ويكفي بتي ، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه ، فهل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك ، وهذا لفظ مسلم ، وعند أبي داود : « خذي ما يكفيك وبنيك بالمعروف » وعند النسائي : « خذي ما يكفيك وولَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » ، (انظر : صحيح البخاري مجاشية السندي : ٤ / ١٦٠ ، صحيح مسلم بشرح النووي : ١٢ / ٧ ، سنن أبي داود : ٢ / ٢٦٢ ، سنن النسائي : ٨ / ٢١٦ ، سنن ابن ماجه : ٢ / ٧٦٩ ، السنن الكبرى ، البيهقي : ١٠ / ١٤٢ ، الفتح الكبير : ٢ / ٨٦) .

(٢) أصاب العفن والرطوبة ما بين القوسين في الأصل ، وأضاع بعض الحروف ، وتعذر قراءتها كاملة إلا بتعويض الناقص من نسخة ف .

(٣) اختلف الأئمة في تكبيف حديث هند ، هل هو فتوى وبيان حكم شرعي يشمل كل مسلم ، ويعمل به دون الرجوع إلى القاضي ، وأنه ورد في حيز الحلال والحرام ؟ أم هو حكم قضائي في دعوى مرفوعة إلى النبي ﷺ ، وأن المرأة لا يحق لها الأخذ من مال زوجها إلا بالرجوع إلى القاضي ؟ وينبغي على ذلك أن رسول الله ﷺ قضى على أبي سفيان وهو غائب ، وقضى عليه بعلمه ببخله ؟ ذهب إلى الأول الحنفية والحنابلة والمالكية ، لأن الغالب في أقوال الرسول ﷺ أنها فتيا وشرع ، لأنه مبلغ عن ربه ، وذهب الشافعية إلى الثاني . (انظر : الطرق الحكيمة : ١٩٦ ، الفروق : ٤ / ٤٥ ، الإحكام في تمييز الفتاوى من الأحكام : ٢٧ ، شرح النووي على صحيح مسلم : ١٢ / ٧ ، المغني : ١٠ / ٤٨ ، وسائل الإنبات : ٢ / ٥٧٥) .

بالمعنى^(١).

٩٧٩ - ولو كان للطفل مالاً ، فأرادت الإنفاقَ عليه من ماله ، من غير مراجعة القاضي فوجهان مرتبان ، وأولى بالجواز .

المسألة الثامنة عشرة - في الفسخ بالإعسار بالصداق وبالنفقة والكسوة :

٩٨٠ - أما الفسخُ بالإعسارِ بالصداق ، يُنظر : إنْ كان قبل الميسس : فيه خلافٌ ، والصحيحُ الفسخ^(٢) ، وإنْ كان بعدَ الميسس فيه خلافٌ ، والصحيحُ عدمُ الفسخِ ، وعليه العمل^(٣) ، مع أن الشيخَ أبا إسحاقَ والبغويَّ وابنَ أبي عسرون اختاروا الفسخَ بعدَ الميسس^(٤) .

٩٨١ - وأما الإعسارُ بالنفقةِ : قطعَ العراقيون بالفسخ^(٥) ، وذكرَ المراوزةُ فيه قولين .

الأصحُّ نعم ، ثم ذكروا تردُّداً في أنا إذا قلنا : إنَّ لها الفسخَ بالإعسارِ بالنفقة ، فنشأ الفسخُ أنَّه (إنْ)^(٦) كان لِعيبِ الزوجِ بكونه مُعسراً ،

(١) العبارة بين القوسين زيادة من نسخة ف ، وساقطة من الأصل .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٥ ، شرح المحلى : ٤ / ٨٢ ، المهذب : ٢ / ٦٢ ،

التنبيه : ١٠٨ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الواقع أن الشيخَ أبا إسحاقَ لم يرجح في كتابه التنبيه الفسخ ، وإنما اقتصر على ذكر القولين ، فقال : وإذا أعسر الرجل بالمهر قبل الدخول ثبت لها الفسخ ، وإن أعسر بعد الدخول ففيه قولان ، ولا يجوز الفسخ إلا بالحكم ، (التنبيه : ١٠٨) ، أما في (المهذب : ٢ / ٦٢) ، فقد ذكر القولين واختار الفسخ ، وقال : وهو الصحيح ، لأن البضع لا يتلف بوطء واحد فجاز الفسخ والرجوع إليه .

(٥) وهو ما ذكره أبو إسحاق الشيرازي واقتصر عليه ، (المهذب : ٢ / ١٦٤) ، وقال النووي : « فلها الفسخ على الأظهر » ، (انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢١٢ ، شرح المحلى : ٤٠ / ٨١) .

(٦) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(وتقضه)^(١) بذلك ، فيلتحق بالعيوب الخمسة ، أو كأن لتضررها بعدم النفقة ، فيه خلاف ، وهذا لم يعرفه العراقيون ، ولا ذكروه .

٩٨٢ - والصحيح أن الإعسار ليس بعيب ، ولا يثبت لها الفسخ به ، لكونه عيباً ، وإنما يثبت لها الفسخ لعدم وصولها إلى النفقة التي هي عوض حبسها ، وتسلبه على وطئها ، ومنعها من الخروج والبروز ، والدليل على هذا (أنها)^(٢) لو أرادت المرأة أن تتزوج بمعسر لم يكن للأولياء منعها على الصحيح منه ، إذ لا يتعيرون بذلك ، ولو أرادت أن تتزوج بمجذوم أو أبرص كان لهم منعها ، لما فيه من التعيير قولاً واحداً .

٩٨٣ - ومتى أعسر وأرادت الفسخ ، فطلب الإمهال ثلاثة أيام ، هل يمهل ؟ فيه قولان ، الأصح نعم^(٣) .

وإن قلنا : لا يمهل ، فمتى تتسلط على الفسخ ؟ يحتمل أن يقال إلى وسط النهار ، ويحتمل أن يقال [١٤٥ / أ] إلى انقضائه ، ويحتمل أن يقال : حتى يمضي يوم وليلة .

وهذه الاحتمالات ذكرها الإمام ، ثم قال : ولا خلاف أنها لا تبادر الفسخ صبيحة اليوم الذي أعسر فيه ، مع أن النفقة يجب تسليمها في أول النهار ، لأن الغالب أن الناس يكسبون قوت يومهم فيه .

وإن قلنا : (يمهل)^(٤) ، فلو انقضت ثلاثة أيام ، ثم جاء بالنفقة صبيحة اليوم الرابع لليوم الرابع ، فليس لها الفسخ ، وليس لها أن تقول : أخذ هذه النفقة عن يوم من الأيام الثلاثة الماضية ، لأن العبرة بقول المؤدي ونيته ،

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : أو تقضه .

(٢) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : أنه .

(٣) انظر : المهذب : ٢ / ١٦٠ ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ١ / ٢١٥ ، شرح المحلى : ٤ / ٨٣ .

(٤) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لها .

نعم ، تصير نفقة الأيام الثلاثة الماضية ديناً لها في ذمته .

المسألة التاسعة عشرة - في الحضانة :

٩٨٤ - والأمُّ مقدّمةٌ فيه على الأبِ في حقِ الطفلِ الذي لا يميز ، لأنّها أقومُ بتربيةِ الطفلِ من الرجل ، ومتى تزوجت بأجنبيٍّ سقطتُ حضانتها ، وكذا إذا تميّز ، لكنه بعد التمييز : يُخَيَّرُ بينها وبين الأب ، فإن اختارَ الأمُّ ، وكان ابناً ، كان عندها بالليل ، وفي النهار يتركه الأبُّ عند من يُعَلِّمه الخطَّ ، (أو يُعَلِّمه)^(١) صنعةً يحترفُ بها^(٢) ، وإن اختارَ الأبُّ ، وكانت بنتاً ، وكانت عند أبيها ليلاً ، وتلاحظُها الأمُّ نهاراً ، لتعلّم ما جرتُ عادةُ البناتِ أن تتعلمه من تطريزٍ أو خياطةٍ ، أو غير ذلك^(٣) ، إن كانتِ البنتُ المتنازِعُ في حضانتها ، مما جرت عادةُ أمّها وأقاربِها أن تتعلمَ بناتهنّ ذلك^(٤) .

وهل يجري التخييرُ بين الأمِّ وبين الأخِ مثلاً ، (أو العم)^(٥)؟ فيه وجهان^(٦) ، وكذا بين الأبِ والحالَةِ والأختِ ، إذا قلنا : إنَّ الأبَّ مقدّمٌ عليهما

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : ويعلمه .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٨ ، شرح المحلى : ٤ / ٩١ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٢ ، المهذب : ٢ / ١٧٢ ، التنبيه : ١٣١ ، وسكت المصنف عن الافتراض الثاني ، وهو إن كان الولد ابناً واختار الأب ، كان عنده بالليل والنهار ، ولا يمنعه من زيارة أمه : (انظر : المهذب ، المرجع السابق ، التنبيه ، المرجع السابق ، مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٧ ، شرح المحلى ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٢) ، وسوف يذكر المصنف هذه المسألة كاملة فقرة ٩٩٧ .

(٣) كذلك سكت المصنف هنا عن الافتراض الثاني ، وهو إن كانت بنتاً واختارت الأم ، كانت عندها ليلاً ونهاراً ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧٢ ، التنبيه : ١٣١) .

(٤) نلاحظ مدى حرص الشريعة على تعليم الصغار سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً ، كما نلاحظ مدى الاهتمام بتوجيه الابن والبنت نحو تعلم الصناعة والمهن التي تكون في اليد سلاحاً وذخيرة في مستقبل الإنسان ، وذلك منذ نعومة أظفاره .

(٥) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : والعم .

(٦) الوجهان مبنيان على الخلاف في حق غير الأب والجد في الحضانة ، فإن كان لها حق وهو الصحيح فيجري =

في الحضانة ، وهو الصحيح^(١) .

٩٨٥ - متى امتنعت الأم من الحضانة ، أو غابت ، فالحضانة تنتقل إلى الجدة ، أم الأم ، على الأصح^(٢) ، وفيه وجه أنها تنتقل إلى الأب ، وهو بعيد .

٩٨٦ - في تقديم الأب على الأخوات ثلاثة أوجه ، في الثالث : يفرق بين الأخت للأب ، فيقدم عليها ، دون الأخت للأبوين ، وفي تقديم الأب على الخالة وجهان مشهوران^(٣) .

٩٨٧ - والأخوات يقدمن على الخالات ، والخالة تقدم على بنت الأخ ، وعلى العمّة ، والأخت من الأب تقدم على الأخت للأم على الجديد ، وبنات الإخوة يقدمن على العمات ، [١٤٥ / ب] والخالات يقدمن على بنات الإخوة^(٤) ، أما بنات الخالات وبنات العمات ، هل لهن حق في الحضانة ؟ فيه وجهان^(٥) .

٩٨٨ - والأخ للأم مقدم على العم على أظهر الوجهين ، (والخال)^(٦) وأبو الأم والعم من الأم متأخرون عن الوارث ، وهل لهم حق في الحضانة ؟ فيه وجهان^(٧) .

= التخيير ، وإن لم يكن لها حق في الحضانة فلا تخيير ويترك مع الأم ، (انظر : المهذب : ١٧١ / ٢ ، ١٧٣ ، مفني المحتاج : ٣ / ٤٥٧ ، شرح الهلي : ٩١ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٢) .

(١) انظر : المهذب : ١٧١ / ٢ ، مفني المحتاج ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق .

(٢) وهو الراجح في المذهب ، (انظر : مفني المحتاج : ٣ / ٤٥٦ ، شرح الهلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣١) .

(٣) والراجح تقديم الأب ، (انظر : المهذب : ١٧١ / ٢) .

(٤) انظر : شرح الهلي : ٨٩ / ٤ ، مفني المحتاج : ٣ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٦ .

(٥) والراجح أن لهن حق الحضانة ، (انظر : مفني المحتاج ، المرجع السابق ، شرح الهلي ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٧ ، حاشية البجيرمي : ٨٥ / ٤) .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : الخالات .

(٧) الورقة معطوبة ومثقوبة فيما بين القوسين ، وسياق كلام المصنف يقتضي هذا التقدير ، وهو الموجود في =

فإن قلنا : لا حقّ لهم ، فلا خلاف أنّ المستحبّ أنّ القاضي (يُسَلِّمُ إليهم ، إذ هم)^(١) على كلّ حالٍ أشفق من الأجانب .

والصحيح أنّ ابنَ الخالِ وابنَ الخالة لا حقّ لهما في الحضانة .

٩٨٩ - ولو كان العصبَةُ ابنَ عمٍّ ، وقلنا : إنّ الحضانة تثبت للعصبَةِ ، فإنّ كانَ الولدُ ابناً خَيْرَ بينه وبين الأمِّ ، وإن كان بنتاً كانت عند الأمِّ إلى أن تبلغَ ، ولا يُخيرَ بينها ، لأن ابنَ العمِّ ليسَ بمحرّمٍ لها ، فلا يجوزُ تسليمُها إليه^(٢) .

ولو كان العصبَةُ عمّاً أو أختاً أو ابنَ أخٍ خَيْرَ بينه وبين الأمِّ ، ذكراً كان أو أنثى . هذا كله في حقِّ الصغيرِ ، وكذلك الحكمُ في البالغِ غيرِ الرشيدِ ، والذكرُ البالغُ الرشيدُ (يستقلُّ)^(٣) بنفسه من غيرِ إعراضٍ ، والجاريةُ البالغةُ البكرُ : الظاهرُ أنّ للآبِ أن يسكنها موضعاً ، ولا استقلالَ لها مع كونها رشيدةً ، وفيه وجهُ أنّ لها الاستقلالَ بشرطِ عدمِ الريبة^(٤) .

= نسخة ف ، علماً بأن الشيرازي قال : « ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوي الأرحام ، وهم : أبو الأمِّ والخالِ والعم من الأمِّ » ، (المهذب : ٢ / ١٧٠) ، ثم قال بعد ذلك : « وإن عدم أهل الحضانة من العصبات والنساء ، وله أقارب ، من رجال ذوي أرحام ، ومن يدلي بهم ، ففيه وجهان ، أحدهما : أنهم أحق من السلطان ، لأن لهم رحماً ، والثاني : أن السلطان أحق بالحضانة » ، (المهذب : ٢ / ١٧٢) .

أما الخالات فلهن حق في الحضانة قولاً واحداً ، ولا يشملهن التساؤل في حقهن بالحضانة ، ولذا رجحت لفظة نسخة ف « الخال » على لفظة الأصل : الخالات .

(١) الورقة في الأصل مثقوبة فيما بين القوسين ، والعبارة من نسخة ف ، ق ١٥٦ / أ .

(٢) انظر : حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٥ ، معني المحتاج : ٤ / ٤٥٣ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٢٨ ، شرح المحلى :

٨٩ / ٤ ، المهذب : ١ / ١٢٢ .

(٣) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : يشتغل .

(٤) قال الشيرازي : « وإذا بلغ الغلام ولي أمر نفسه ، وإن بلغت الجارية (أي البنت) كانت عند أحدهما حتى تزوج » ، (التنبيه : ١٢١) ، وقال أيضاً : « وإن كانت جارية كره لها أن تنفرد ، لأنها إذا انفردت لم يؤمن أن يدخل عليها من يفسدها » ، (المهذب : ٢ / ١٧٠) ، وقال الخطيب الشربيني : « وإن كان أنثى فإن بلغت رشيدة فالأولى أن تكون عند أحدهما حتى تزوج إن كانا مفترقين ، وبينها إن كانا مجتمعين ، لأنه أبعد عن التهمة ، ولها أن =

٩٩٠ - وأما (الشيبُ فستقلُّ)^(١) بنفسها إذا تمَّ رشدُها بالممارسة ، بشرطِ عدمِ الريبة ، فإن كانت تُتهم بريبةٍ فلعصباتها ولايةٌ إسكانها وملاحظتها ، دفعاً للعار عن النسب ، ولا يثبتُ هذا إلا لمن له ولايةٌ التزويج .

٩٩١ - ولو ادعى الوليُّ الريبةَ ، وأنكرتُ ، فقد قيلَ : إنَّ القولَ قوله ، إذ تَبَعْدُ مطالبتهُ بالإثباتِ بالبينةِ ، فإنَّ فيه إفصاحاً بجرِّ العارِ^(٢) ، وقيلَ : القولُ قولُها ، لأنَّ إثباتَ الأحكامِ على عاقلةٍ رشيدةٍ بمجردِ دعوى^(٣) الوليِّ بعيدٌ ، لكنَّ تكليفَ الوليِّ إقامةَ البينةِ على ذلك أبعَدُ منه .

٩٩٢ - والأولى عندِي في هذا أن يَنْظَرَ الحامِّ إلى الوليِّ المدعي للريبةِ ، فإن ظَهَرَ له منه عنادٌ وتعنتٌ ونكدٌ ، وكانَ من أهلِ ذلك ، ولم تكنِ المرأةُ من أهله ، لم يَقْبَلْ قوله ، ويكلفه إثباته ، وإن ظَهَرَ له منه إرادةُ المصلحةِ والسترِ ، وكانَ من أهلِ العدالةِ والخيرِ ، فيظَهَرُ (له)^(٤) قبولُ قوله وتصديقه .

٩٩٣ - أما الوارثُ الذي ليس بمَحْرَمٍ ، كبنِي الأعمامِ ، فحقُّهم في الحضانةِ في الصبيِّ والصبيَّةِ التي لا تُشْتَهَى ، [١٤٦ / أ] دونَ التي تُشْتَهَى ، فإنَّها إذا كانتِ مشتَهأةً لا تُخَيَّرُ بينَ الأمِّ وبينه ، بل تكونُ عندَ الأمِّ .

= تسكن حيث شاءت ، ولو بأجرة ، هذا إذا لم تكن ريبة ، فإن كانت فلأُمِّ إسكانها معها ، وكذا للولي من العصبات إسكانها معه إذا كان محرماً لها ، وإلا ففي موضع لائق بها ، يسكنها ويلاحظها ، دفعاً لعارِ النسب ، (مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٩) ، وانظر أيضاً : حاشية البجيرمي : ٤ / ٩٢ .

(١) العبارة من نسخة ف ، وفي الأصل : البنت فتشتغل .

(٢) رجح الخطيب هذا القول ، واقتصر عليه ، فقال : « ويصدق الولي ببينه في دعوى الريبة ، ولا يكلف بينة ، لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة » ، (مغني المحتاج : ٣ / ٤٦٠) ، وانظر : حاشية قليوبي على المحلي : ٤ / ٩١ .

(٣) في نسخة ف : قول .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف ، وساقط من الأصل .

٩٩٤ - ومها ثبتت الحضانة للأم ، والأب موجود معها ، فأراد السفر ، نظر : إن كان سفرَ نقله ، والمسافة مسافة (القصر ، فما فوقها ، والطريق)^(١) آمن ، فله ذلك ، إلا أن تخرج الأم معه ، وتسافر (صحبةً ، فهي أحق ، وإن)^(٢) كان سفرَ تجارة أو نزهة ليس له أخذه في قصر (المسافة ، وفي طولها وجهان)^(٣) ، وإن كان سفرَ نقله ، لكنه دون (مرحلتين ، فوجهان أيضاً ، ولو)^(٤) تنازعا ، فقال الأب : أريدُ النقلة ، وأنكرت (المرأة)^(٥) ، فالقول قوله ، لأنه أعرِفُ بنيتِه ، وهل يحلفُ ؟ فيه وجهان^(٦) .

٩٩٥ - وكذلك يثبت حقُّ النقلة لكلِّ عَصْبَةٍ مَحْرَمٍ كالأخ وابن الأخ والعم ، مراعاةً للنسب ، فإن لم يكن محرماً كابن العم ، فإن كان المولود ذكراً ثبت له حق النقلة^(٧) ، وإن كان أنثى لم يثبت له حق النقلة ، ويترك عند الأم .

(١) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، والعبارة من نسخة ف ، وإنما يشترط في ذلك شرطان ، أن يكون الطريق مأموناً ، وأن يكون البلد المسافر إليه آمناً من غير خوف ، وقيل : يشترط مخالفة قصر بينهما ، وهو ما اشترطه المصنف ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٥٥٩ ، شرح المحلى : ٤ / ٩٢ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٤ ، المهذب : ١٧٣ / ٢)

(٢) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، وأكلت الكلام من نسخة ف ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٥٥٨ ، شرح المحلى ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٢ / ١٧٣ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٩) .

(٣) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، ووضعت من نسخة ف ، (انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٥٥٨ ، شرح المحلى ، المرجع السابق ، نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، المهذب : ٢ / ١٧٣ ، حاشية البجيرمي : ٤ / ٨٩) .

(٤) ما بين القوسين مطموس في الأصل ، وأتمته من نسخة ف ، والأصح من الوجهين أن الأب أحق من الأم ، لأنه لا يشترط في سفر النقلة مسافة القصر ، لأنه لا فرق في هذه الحالة بين مسافة القصر وغيرها ، وقيل يشترط مسافة القصر بين البلد المنقول عنه وإليه ، لأن الانتقال لما دونها كالإقامة في محلة أخرى من البلد المتسع ، لإمكان الأب مراعاة الولد ، (انظر : المراجع السابقة هامش ١) .

(٥) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٦) والراجع أنه يحلف ، لأن كل من كان القول قوله صدق بيئته ، وهو ما بينه الخطيب الشربيني ، (انظر : المهذب : ٢ / ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٢ / ٥٥٩ ، حاشية قليوبي : ٤ / ٩٢) .

(٧) انظر : المراجع السابقة هامش ١ .

٩٩٦ - ولا يثبتُ حقُّ النقلةِ للخالِ ، ولا للأخِ من الأمِّ ، ولا (للعم)^(١) للأمِّ ، لأنَّهم ليسوا من أهلِ نسبه ، فلا يثبتُ لهم حقُّ النقلةِ ، لحفظِ نسبِ ليسوا من أهله ، والله أعلم^(٢) .

ا تخيير المميز ا :

٩٩٧ - ومهما بلغَ الطفلُ سنَّ التميزِ ، وميَّز^(٣) ، وتنازعَ الأبوانِ في كفالته ، وخيرناه بينهما ، نُظر : إن لم يختَر واحداً منها أقرع بينهما ، فلن خرجت القرعةُ (له)^(٤) سَلَمَ إليه^(٥) ، وإن اختارَ أحدهما ، فإن كان ابناً فاختارَ الأمَّ كان عندها ليلاً ، وعند أبيه في النهار ، يُسَلِّمُهُ في حرقَةٍ أو مكتب ، ويؤدِّبه ، وإن اختارَ الأبَ سَلَمَ إليه ، ليلاً ونهاراً ، ولا يمنعه الأبُّ من زيارةِ أمه ، فإن مرضَ كانتِ الأمُّ أحقَّ بتريضه ، لأنَّه بالمرضِ صارَ كالصغيرِ في الحاجةِ إلى من يقومُ بمصالحه ، فكانتِ الأمُّ أحقَّ به .

ا تخيير البنت ا :

٩٩٨ - هذا كلُّه إن كان الطفلُ الذي قد ميَّز ابناً ، فإن (كانت)^(٦) أنثى ، إن اختارت أحدهما ، أيها كان ، كان أحقَّ بها ليلاً ونهاراً ، (ولكن)^(٧) لا يَمْنَعُ الآخَرُ من زيارتها من غير تبسطٍ ولا إطالةٍ ، وإن مرضت كانتِ الأمُّ أحقَّ بتريضها في بيتِ الأمِّ ، لما ذكرناه في حقِ الابنِ .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : العم .

(٢) انظر : مغني المحتاج : ٣ / ٤٥٩ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٣٥ .

(٣) سنُّ التمييزِ سبع سنين ، وقيل ثمان .

(٤) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٥) انظر : المهذب : ٢ / ١٧٢ .

(٦) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : كان .

(٧) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : لكن .

٩٩٩ - واعلم أننا ذكرنا في أول هذه المسألة أن الأم متى تزوجت بأجنبي سقطت حضانتها^(١)، وهذا متفق عليه عندنا^(٢)، وعلته أن الحضانة تعتمد الفراغ، ومتى تزوجت الأم اشتغلت باستمتاع الزوج عن تربية الطفل والقيام [١٤٦ / ب] بأمره، فسقطت حضانتها، واحترزنا بالأجنبي عما إذا تزوجت الأم بمن له حق (في)^(٣) الحضانة، كعم الولد، فهل تسقط حضانتها؟ المشهور لا، وفيه وجه أنها تسقط، ولا يخفى (تقرير كل منها، ولو كانت الحضانة)^(٤) للجدّة أم الأم، فتزوجت بجدّ الطفل، (لم تسقط حضانتها وجهاً واحداً)^(٥)، والفرق بينه وبين العمّ على أحد الوجهين (أن الجدّ له ولاية على الولد في الجملة، بخلافها لعمه)^(٦).

(ولو رضي الأب بكونه عند الأم، بعدما نكحت أجنبياً)^(٧)، ورضي به زوجها فلا حق للجدّة على الوجه [الأصح عند]^(٨) البغوي، بل (يكون عند الأم)^(٩)، وقيل: لا يسقط حقّ الجدة برضى الأب^(١٠).

(١) فقرة ٩٨٤ .

(٢) لما رواه البيهقي والحاكم بإسناد صحيح عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن امرأة قالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان يظني له وعاء، وتؤذي له سقاء، ويجري له جواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينتزعه عني، فقال رسول الله ﷺ: أنت أحق به ما لم تنكحي، (انظر: المهذب: ١٧٠ / ٢، مغني المحتاج: ٤٥٢ / ٣، ٤٥٥، التنبيه: ١٣١، شرح المحلى: ٩٠ / ٤، نهاية المحتاج: ٢٢٩ / ٧، المستدرک: ٢٠٧ / ٢) .

(٣) اللفظ زيادة من نسخة ف .

(٤) الورقة متآكلة في الأصل، والكلام مطموس بلبق ورقة أخرى عليها، وما بين القوسين من نسخة ف، وانظر تفصيل ذلك في (مغني المحتاج: ٤٥٥ / ٢، نهاية المحتاج: ٢٣٠ / ٧، شرح المحلى: ٩٠ / ٤) .

(٥) الورقة مهترأة ومتآكلة تماماً في الأصل، وما بين القوسين من نسخة ف .

(٦) ما بين القوسين من هامش الأصل، وبعدها: صح .

(٧) ما بين القوسين من نسخة ف، والكلام في الأصل مطموس والورقة مهترأة .

(٨) انظر: مغني المحتاج: ٤٥٥ / ٣، وما بين القوسين من تقدير، والمباراة في نسخة ف: على أصح

الوجهين عند .

(٩) ما بين القوسين مطموس في الأصل، وهو من نسخة ف .

(١٠) انظر: مغني المحتاج: ٤٥٥ / ٣ .

[خاتمة] :

١٠٠٠ - وقد نجزت هذه (المسائل)^(١) بحول الله تعالى وقدرته ولطفه ، وما بقي بعد هذا من أبواب الفقه فهو إما جنائيات وما يتعلق بها ، أو سيِّر ومهادنة وجزية ، أو حدود ، وكلُّ هذا مما تندرُ حوادثه ، وتقل المحاكاتُ فيه .

وما وراءَ هذا من الأقضية والدعاوى والبيئات والشهادات ، فقد ذكرنا من مسائله ما فيه الكفاية ، إذ هذا الكتابُ موضوعٌ له ، وكان الغرضُ من ذكرِ هذه المسائل المذهبية أن يسهل تناولها منه على الوكيل الذي وضعه ملازمةً لمجالس الحكام ، والانتضاء^(٢) للمخاضات في الأحكام ، وقلما يكون من هذا شأنه مبرزاً في علم المذهب ، حافظاً له ، متقناً لقواعده ، قادراً على الاستطلاع على المسائل من كتب الفقه المصنفة فيه ، ولا سيما الشروح المطولة ، فأما الحاكم العالي المرتبة في العلم ، المبرز فيه ، والفقهاء الحافظ له ، المتقن لقواعده وأصوله وفروعه ، فغني عن جملة هذا الكتاب والنظر فيه ، فإن هذا الكتاب قليلٌ من كثير ، لا يُغري العالم عن الإحاطة بها ، والله عز وجل هو المسؤول أن يعصنا من الزلل ، ويوفقنا لصالح القول والعمل بمنه وكرمه^(٣) .

(١) اللفظ من نسخة ف ، وفي الأصل : المسألة .

(٢) في نسخة ف : والانتصاب .

(٣) يقول الناسخ بعد ذلك :

وكان الفراغ من نسخه سابع عشر من شوال سنة ست وأربعين وثمانمائة ، على يد الفقير إلى الله تعالى محمد بن =

[انتهى كتاب أدب القضاء ،
لابن أبي الدم الحموي الشافعي ،
والحمد لله رب العالمين]

☆ ☆ ☆

= محمد بن بهادر ، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين . وصلواته على أكمل الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه ،
وحسبنا الله ونعم الوكيل . ١٠ هـ .

ولم أجد في كتاب الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ترجمة للاسم المذكور ، وإنما وجدت ترجمة باسم محمد بن
علي بن محمد بن بهادر ، الكمال بن العلاء ، ناصر الدين القاهري الشافعي القادري ، ويعرف بالطويل ، وقد جمع الفقه
والحديث والنحو والقرآن والعربية وغير ذلك ، ويظهر أنه ليس هو الناسخ (انظر : الضوء اللامع : ١٤ / ٤٠) .

ويقول ناسخ النسخة ف ، الموجودة في المكتبة الأهلية بباريس ، في آخر الكتاب :
وكان الفراغ من تعليقه في اليوم المبارك ، نهار السبت ، عاشر شهر شوال المبارك ، سنة اثنتين وخمسين
وثمانمائة ، وحسبنا الله ونعم الوكيل .

ولم يذكر الناسخ اسمه في هذه النسخة .
والحمد لله أولاً وآخراً ، سدد الله خطانا ، ووقفنا لما يحبه ويرضاه ، وجعل عملنا خالصاً لوجهه ، رجاء أن
يردنا إلى ديننا وإلى عقيدتنا رداً جليلاً إنه نعم المولى ، ونعم المحيبي .

الفهارس

- ١ - فهرس الآيات الكريمة
- ٢ - فهرس الأحاديث الشريفة
- ٣ - فهرس الأعلام
- ٤ - فهرس الكتب التي وردت في النص
- ٥ - فهرس كتب أدب القضاء
- ٦ - فهرس مراجع التحقيق
- ٧ - فهرس المصطلحات والمفردات
- ٨ - فهرس محتويات الكتاب

☆ ☆ ☆

١ - فهرس الآيات الكريمة التي وردت في الكتاب^(١)

الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا بَعِثَهُ فَإِنَّا نَمُوتُهُ عَلَى الَّذِينَ يَبَدِّلُونَهُ ، إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾	١٨١	٥٤٨ ت
﴿ كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ ، وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ﴾	٢١٣	٥٧
سورة آل عمران		
﴿ يَوْمَ تَجِدُ كُلُّ نَفْسٍ مِمَّا عَمِلَتْ مِنْ خَيْرٍ مُخَضَّراً ، وَمِمَّا عَمِلَتْ مِنْ سُوءٍ تَوَدُّ لَوْ أَنَّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ أَمَدًا بَعِيداً ، وَيُحَذِّرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ ، وَاللَّهُ زَوْفٌ بِالْعِبَادِ ﴾	٣٠	٥٤٨ ت
سورة المائدة		
﴿ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾	٤٢	٨٩
﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾	٤٨	٥٨
﴿ وَأَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ، وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ ، فَإِنْ تَوَلَّوْا فاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ ، وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ ﴾	٤٩	١٥ - ٥٨ - ٢٧١
سورة الكهف		
﴿ قُلْ هَلْ نُنَبِّئُكُمْ بِالْأَخْسَرِينَ أَعْمَالاً ؟ ﴾	١٠٣	٥٤٨ ت
﴿ الَّذِينَ ضَلَّ سَعْيُهُمْ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ، وَهُمْ يَحْسَبُونَ أَنَّهُمْ يُحْسِنُونَ صُعَاباً ﴾	١٠٤	٥٤٨ ت

(١) الآية التي وردت في التحقيق نضع بجانبها حرف « ت » .

الآية	رقم الآية	الصفحة
سورة مريم		
﴿ قَدْ جَعَلَ رَبُّكَ تَحْتِكَ سَرِيًّا ﴾	٥٤	١٠٥ ت
سورة الحج		
﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ ، إِنَّ زَلْزَلَةَ السَّاعَةِ شَيْءٌ عَظِيمٌ ﴾	١	٥٤٧ ت
﴿ يَوْمَ تَرُؤُنَهَا تَذْهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ ، وَتَضَعُ كُلُّ ذَاتِ حَمْلٍ حَمْلَهَا ، وَتَرَى النَّاسَ سُكَارَى ، وَمَا هُمْ بِسُكَارَى ، وَلَكِنَّ عَذَابَ اللَّهِ شَدِيدٌ ﴾	٢	٥٤٧ ت
سورة النور		
﴿ وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾	٢٣	٧٠ ت
﴿ وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مُعْرِضُونَ ﴾	٤٨	٥٨
﴿ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ ﴾	٥١	٥٨
سورة ص		
﴿ يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ ، وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ﴾	٢٦	٥٨ - ٨٠ ت - ٩٥ ت
﴿ هَذَا مَا تُوَعَدُونَ لِيَوْمِ الْحِسَابِ ﴾	٥٣	٤٩٩ ت
سورة غافر		
﴿ يَوْمَ لَا يَنْفَعُ الظَّالِمِينَ مَعَذرتُهُمْ ، وَلَهُمُ اللَّعْنَةُ وَلَهُمْ سُوءُ الدَّارِ ﴾	٥٢	٥٤٨
سورة الحديد		
﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ ، وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴾	٢٥	١٤
سورة الطلاق		
﴿ وَاللَّائِي يَتَّبِعْنَ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾	٤	٦٧٧ ت

٢ - فهرس الأحاديث الشريفة

الحديث

الصفحة

- ٥٤٤ « أجازَ العُمري وأبطلَ الرُّقي » ت
- ٥٤٤ « أجازَ العُمري والرُّقي » ت
- ١٦٥ « أرخصَ في بيعِ العرايا فيما دونَ خمسةِ أوسق » ت
- ٢٥٠ « إذا اختلفَ المتبايعان ، والسلعةُ قائمةٌ ، ولا بيّنةٌ لأحدهما ، تحالفا وتراذفا » ت
- ٥٨ « إذا اجتهدَ الحاكمُ فأصابَ فله أجران ، وإنْ أخطأَ فله أجرٌ واحدٌ »
- « إذا جلسَ الحاكمُ في مكانه هبطَ عليه ملكان يسدّدانِهِ ويوقفانِهِ ويُرشدانِهِ مالم يجزُر ، فإنْ جازَ عرجا وتركاه » ت
- ٦٠ « أكرموا الشهودَ فإنَّ اللهَ يحبيهم بالحقوقِ »
- ١٤٠ « ألا أخبركم بخيرِ الشهداء ، الذي يأتي بشهادتهِ قبل أن يُسألها » ت
- ٤٣٢ « أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فإنَّ من أعرش شيئاً فإنه لَمَن أعرمه » ت
- ٥٤٤ « إنْ أدبتهَا عن غيرِ مسألةٍ أعنتَ عليها ، وأوله « لا تسأل الإمامة »
- ٨٧ « إنَّ اللهَ مع القاضي مالم يجزُر ، فإذا جازَ تبرأَ اللهُ عز وجل منه » وفي رواية « فإذا جارتغلى اللهُ عنه ، ولزمه الشيطان » ت
- ٦٠ « أنتِ أحقُّ به مالم تنكحي » ت
- ٦١٩ « أيما امرأةٍ نكحتَ بغيرِ إذنِ موليها فنكاحها باطل ، ثلاث مرات ، فإن دخل بها فالمرءُ لها بما أصابَ منها ، فإن تشاجرَوا فالسلطانُ وليٌّ من لا وليَّ له » ت

حرف الباء

- ٤٨٨ - ١٨٨ « البيّنةُ على المدعي ، واليمينُ على من أنكر » ت

حرف الخاء

- ٦٨١ « خذي من ماله بالمعروفِ ما يكفيك ويكفي بنيك »
- ٤٣٢ « خَيْرُ الشهودِ مَنْ شَهِدَ قَبْلَ أَنْ يُسْتَشْهَدَ »

حرف الدال

١٠٤

« دخل مكة ، وعليه عمامة سوداء »

حرف السين

٦٦٥

« السلطان ولي من لا ولي له » وأوله « أئماً امرأة نكحت »
« سبعة يُظلمهم الله في ظلمه ، يوم لا ظل إلا ظلمه : الإمام العادل ، وشاب نشأ في
عبادة الله ، ورجل قلبه معلق في المساجد ، ورجلان تحابا في الله اجتمعا عليه وتفرقا
عليه ، ورجل دعته امرأة ذات منصب وجمال فقال : إني أخاف الله ، ورجل تصدق
بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شأله ما تنفق يمينه ، ورجل ذكر الله ففاضت عيناه »

٦٠

حرف القاف

١٦٧

« قضى بشاهد ويمين » ت
« القضاة ثلاثة : قاضيان في النار ، وقاضٍ في الجنة ، قاضٍ عرف الحق فهو في الجنة ،
وقاضٍ قضى بجهل فهو في النار ، وقاضٍ عرف الحق فجار فهو في النار »

٥٩ - ١٤

حرف الكاف

٣٧٩

« كان رسول الله ﷺ ضليح الفم ، أشكل العين ، منهوس العينين » ت
« كيف تقضي إن عرض لك قضاء ؟ قال معاذ : أقضي بكتاب الله ، قال : فإن لم
تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد رأيي ، ولا آلو ،
فضرب رسول الله على صدره ، وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما
يُرْضيه »

٥٩

حرف اللام

٦١

« لأن أجلس فأقضي بين الناس بحقٍ واجبٍ أحب إلي من عبادة سبعين سنة » (أثر
ابن مسعود)

١١٠

« اللهم إني أعوذ بك من أن أزل أو أزل ، أو أضل أو أضل ، أو أظلم أو أظلم ، أو أجهل
أو يُجهل عليّ » ت
« لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ، ولكن اللين على
المدعى عليه » ت

١٨٨

٦٧٨

« ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة »
« ليوم واحد من إمام عادل أفضل ، أو خير ، من عبادة ستين سنة ، وحدٌ يقام في
أرضٍ بحقٍ أزكى من مطرٍ أربعين خريفاً »

٦٠

حرف الميم

- ٧٠ « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ت
- ٦٢ « ما من حاكم يحكم بين الناس إلا وكل به ملك أخذ بقفاه ، حتى يقف به على شفير جهنم ، فيرفع رأسه إلى السماء ، فإن أميراً يقذفه ، فيهوي فيها أربعين خريفاً »
- ٦٠ « ما من حاكم يحكم إلا وكل الله تعالى به ملكين يسدّدانه ويؤشّدانه ويوفّقانه ، فإن خان تركاة وعرجاً إلى السماء »
- ٦٤٢ « مثلاً بمثل » في حديث الربا
- ٨٥ « من استعمل عاملاً على المسلمين ، وهو يعلم أن غيره أفضل منه » وفي رواية « رجلاً على عصابة ، وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين » ت
- ٦١ « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين »
- ٤٢٤ « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » ت
- ١٠٧ « من ولي من أمور الناس شيئاً فاحتجبه حجه الله يوم القيامة » ت
- ٦١ « من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين »
- ١٤ « من يريد الله به خيراً يُفقهه في الدين »

حرف الهاء

- ١١٤ « هدايا العمال غلول » وفي رواية « سُخْت »
- ٤٩٩ « هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله » « هذا ما كاتب ... » ت

حرف الياء

- ٦٨١ « يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يُعطيني من النفقة ما يكفيني ، ويكفي بتي ، إلا ما أخذت من ماله بغير علمي ، فهل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله ﷺ : خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك »
- « يا قبيصة ، أقيم عندنا حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها ، ثم قال : يا قبيصة ، إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يُمسك ، ورجل أصابته جائحة اجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قوماً من عيش ، أو قال : سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قومه : لقد أصابت فلاناً فاقة ، فحلت له المسألة حتى يصيب قوماً من

عيش ، أوقال : سِداداً من عيش ، فاسواهن من المسألة يا قبيصة سحتاً ، يأكلها
صاحبها سحتاً » ت

٤٢٧

٦٢

« يأتي على القاضي يومٌ يودُّ أن لم يَقْضِ بين اثنين في تمرة »

حرف اللام ألف

« لا تبيعوا الذهب بالذهب ، إلا مثلاً بمثل ، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً

٦٤٣

بمثل ، ولا تشفعوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز » ت

« لا تسأل الإمارة ، فإنك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، وإن أعطيتها

عن مسألة وكُلتَ إليها ، وإذا حلفت على عيينة فرأيت غيرها خيراً منها ، فأتت الذي

٨٧

هو خيراً ، وكفّر عن يمينك »

« لا حسدَ إلا في اثنتين : رجلٌ آتاه الله مالاً فسلطه علىهلكته بالحق ، ورجلٌ آتاه

٦٠

الله الحكمة فعملمها الناس ، وقضى بها بين الناس »

١٣٠

« لا تساووم في المجالس » ت

٤٥٨

« لا يسئام الرجل على سؤم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » ت

☆ ☆ ☆

٣ - فهرس الأعلام^(١)

الاسم	الصفحة
حرف الألف	
١ - إبراهيم بن أحمد ، أبو اسحاق ، المروزي (١٥٢) - ٣٠٦ - ٢٢٢ - ٣٣٠ - ٣٦٨ - ٣٨٩ - ٣٨٩ - ٦٠٥ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥٠	
٢ - إبراهيم بن خالد بن أبي الهيثم ، الكلبي البغدادي ، أبو ثور . (١٥٩) - ٤٦٠ .	
٣ - إبراهيم بن علي بن يوسف ، الشيخ أبو اسحاق الشيرازي الفهرزبادي (١٢٨) - ١٥٠ - ١٥١ - ١٥١ - ١٦١ - ١٧٥ - ١٩٢ - ٢٠٤ - ٢١٧ - ٢١٩ - ٢٢٤ - ٢٣٢ - ٢٣٢ - ٢٦٠ - ٢٦٦ - ٢٨٣ - ٣١٥ - ٣٢٢ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٩ - ٣٧٢ - ٤٠١ - ٤٠٦ - ٥٩٣ - ٦٧٢ - ٦٨٣ .	
٤ - إبراهيم بن محمد بن ابراهيم بن مهران ، الأستاذ أبو اسحاق الإسفراييني (١٦٩) .	
٥ - أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص ، أبو العباس ، الطبري (٢٠٧) - ٢٠٨ - ٢٠٨ - ٢٣٦ - ٢٣٦ - ٢٤٢ - ٢٤٢ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - ٢٤٥ - ٤٣٤ - ٤٥٢ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٦٤٨ .	
٦ - أحمد بن عبد الله بن أحمد بن اسحاق بن موسى بن مهران ، أبو نعم الأصبهاني ، الحافظ (٦٥) - ٣٦٠ .	
٧ - أحمد بن علي بن ثابت بن أحمد ، الخطيب البغدادي ، الحافظ أبو بكر (٦٥) - ٦٦ - ٦٦ .	
٨ - أحمد بن عمر بن سَريج ، أبو العباس ، القاضي البغدادي (٦٨) - ٦٨ - ٧٩ - ٨٠ - ٩٨ - ١١٠ - ٢١٨ - ٢٩٢ - ٢٩٤ - ٣٠٩ - ٣١١ - ٣٢٠ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٧ - ٣٣٠ - ٣٤٢ - ٣٤٨ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥١ - ٣٦٠ - ٤١٣ - ٤٢٥ - ٤٢٥ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٧١ - ٥٠٦ - ٥٠٨ - ٥٢٦ - ٥٦٦ - ٥٩٥ - ٦١٢ - ٦٢١ - ٦٤٤ - ٦٤٤ - ٦٤٦ - ٦٤٩ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٥ .	
٩ - أحمد بن محمد بن أحمد ، أبو حامد الإسفراييني (٥٤) (٧٨) - ٧٩ - ٧٩ - ٧٩ - ١٢٥ - ٢٣٥ - ٢٨٢ - ٢٨٢ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٧ - ٣٦٩ - ٣٦٩ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٦ - ٤٤٥ - ٤٤٥ - ٤٧٣ - ٤٧٦ - ٦١٢ - ٦٥٣ .	
١٠ - أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم ، أبو الحسن الضبي ، المعروف بالمحامي (٧٨) - ٣٧٢ .	
١١ - أحمد بن محمد بن الحسين ، أبو العباس للمأثرجي (ت) (٦٥١)	
١٢ - أحمد بن محمد بن علي ، نجم الدين ، أبو العباس ، المعروف بابن الرُّقعة الشافعي (٢١)	

(١) الأعلام مرتبة ترتيباً ألفبائياً ، وأسقطنا « ابن » و « أبو » من الاعتبار ، ومن عُرف بلقبه أو كنيته أو نسبه أثبتناه فيه ، ثم أحلنا القارئ إلى الاسم الكامل ، وذكرنا الصفحات التي ورد فيها العلم ، وقد يتكرر الرقم لتكرار اسم الشخص في الصفحة الواحدة ، ثم وضعنا الصفحة التي ذكرت فيها ترجمة الشخص ضمن قوسين هكذا () ، وحرف « ت » يشير إلى التحقيق في المأثور .

١٣ - أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الواحد ، أبو منصور الصباغ (٩٧) - ٥٩٤ .

- الأسترابادي = الحسن بن الحسين بن محمد .

- أبو اسحاق الإسفراييني = إبراهيم بن محمد بن إبراهيم ، الأستاذ

- أبو إسحاق الشيرازي = الشيخ أبو إسحاق = إبراهيم بن علي بن يوسف

- أبو إسحاق المروزي = إبراهيم بن أحمد .

١٤ - أسعد بن محمد ، أبو الفتح العجلي ، الأصفهاني . (١٩١) .

١٥ - إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل ، أبو إبراهيم ، المزني (٦٣) - ١٢٤ - ١٥٧ - ١٥٩ - ١٧١ - ١٧٧ - ٢١٢ - ٢٩٢

- ٢٢٣ - ٢٢٣ - ٢٢٣ - ٣٢٤ - ٤٠٥ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٦٢٨ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٤٢ .

- الأصبهاني = أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى ، أبو نعيم

- الاصلطخري = الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى .

- إمام الحرمين = عبد الملك بن عبد الله بن يوسف .

- الإمام = عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، إمام الحرمين .

- إمامنا = محمد بن إدريس ، الإمام الشافعي .

- الإمامان : بحسب الاسمين السابقين لهذه اللفظة ، وقد تنوعت في الكتاب .

حرف الباء

- البغوي = الحسين بن مسعود بن محمد

- أبو بكر الصديق = عبد الله بن عثمان بن عامر .

- البتدنجي = الحسن بن عبد الله ، القاضي .

- البويطي = يوسف بن يحيى .

حرف التاء

- الثقفى = محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن ، أبو علي الثقفى

- أبو ثور = إبراهيم بن خالد بن أبي الهيثم

- الثوري = سفيان بن سعيد بن مسروق .

حرف الجيم

- الجرجاني = عبد الملك بن محمد بن عدي .

- ابن جرير الطبري = محمد بن جرير بن يزيد

- الجويني = عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، إمام الحرمين .

- عبد الله بن يوسف ، أبو محمد ، والد إمام الحرمين .

- الزجاجي = الحسين بن محمد بن العباس ، أبو علي .
- أبو زيد المروزي = محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد الفاشاني ، الشيخ أبو زيد
- الزيادي = محمد بن محمد بن مُحَمَّد بن علي بن داود .

حرف السين

- ٣١ - سالم بن أبي أمية ، المدني ، أبو النضر
- ٣٢ - سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي ، أبو عمرو (١٤٧)
- ابن سَريج = أحمد بن عمر بن سَريج ، أبو العباس .
- أبو سعيد الاصطخري = الحسن بن أحمد بن يزيد
- ٣٣ - سفيان الثوري ، سفيان بن سعيد بن مسروق ، الثوري ، الكوفي ، أبو عبد الله (٦٤) - ٦٤ .
- السبعاني = عبد الكريم بن محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار ، أبو سعد .
- السُنْجِي = الحسين بن شعيب بن محمد ، أبو علي السنجي .
- ٣٤ - سَوَّار بن عبد الله بن قدامة بن عنزة بن كعب ، القاضي . (١٥٥)

حرف الشين

- الشاشي = محمد بن علي بن إسماعيل المروزي ، أبو بكر القفال .
- القاسم بن محمد بن علي ، الشاشي ، صاحب التقريب .
- الشافعي = محمد بن إدريس ، الإمام أبو عبد الله .
- شرف الدين ابن أبي عصرون = عبد الله بن محمد بن هبة الله .
- ٣٥ - شَرِيح بن الحارث ، أبو أمية ، القاضي الكندي . (١٣٠)
- ٣٦ - شَرِيك بن عبد الله بن أبي شَرِيك ، النخعي ، القاضي (٦٤) - ٦٤ - ٦٤ .
- شيخي = عبد الله بن يوسف ، أبو محمد الجويني ، والد إمام الحرمين .
- الشيرازي = إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو إسحاق .

حرف الصاد

- صاحب التلخيص = أحمد بن أبي أحمد ، ابن القاص .
- صاحب التقريب = القاسم بن محمد بن علي الشاشي .
- صاحب التهذيب = الحسين بن مسعود بن محمد البغوي .
- صاحب الحاوي = علي بن محمد بن حبيب البصري ، الماوردي .
- صاحباً أبي حنيفة = يعقوب بن إبراهيم ، أبو يوسف القاضي ، ومحمد بن الحسن الشيباني .
- ابن الصباغ = عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد ، الشيخ أبو نصر .

- الصيدلاني = محمد بن داود بن محمد ، الداودي .
- الصديق = عبد الله بن عثمان بن عامر ، أبو بكر الصديق .

حرف الطاء

- ٣٧ - طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر ، أبو الطيب الطبري ، القاضي (٦٣) - ٦٨ - ٧٩ - ١٠٤ - ١٠٦ -
١٢٧ - ١٢٧ - ١٣٦ - ١٣٦ - ١٣٧ - ١٣٨ - ١٥٠ - ١٥٢ - ١٦١ - ١٧١ - ١٧٤ - ١٨١ - ٢٠٤ - ٢٠٥ -
٢٤١ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٢ - ٢٥٥ - ٢٥٩ - ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٢٦٨ - ٢٦٨ - ٢٧٠ - ٢٧٣ - ٢٨٣ - ٣٠٦ -
٣٠٦ - ٣٢٠ - ٣٢٠ - ٣٢٠ - ٣٢٢ - ٣٢٢ - ٣٢١ - ٣٣١ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٩ -
٣٥٩ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٦٩ - ٣٦٩ - ٣٧٠ -
٣٧٢ - ٣٨٣ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٣ - ٤٠٥ - ٤٢٩ - ٤٤٦ - ٤٦٩ - ٤٦٩ - ٤٦٩ - ٤٧٣) -
٤٨١ - ٥٠١ - ٥١٩ - ٥٩٢ - ٥٩٩ - ٥٩٩ - ٥٩٩ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦١٢ - ٦٣٥ - ٦٥١ - ٦٥١ -

. ٦٥١

- أبو طاهر الزيادي = محمد بن محمد بن مَحْمَش
- الطبري = طاهر بن عبد الله ، القاضي .
- الطبري = محمد بن جرير ، المجتهد .
- أبو الطيب = القاضي أبو الطيب الطبري = طاهر بن عبد الله بن طاهر بن عمر .
- أبو الطيب بن سلمة البغدادي = محمد بن المفضل .

حرف العين

- ٣٨ - عائشة بنت أبي بكر الصديق ، أم المؤمنين
- أبو عاصم العبادي = محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد ، الهروي .
٣٨ - أبو العباس = أحمد بن عمر بن سريج ، أبو العباس بن سريج
٣٩ - عبد الحميد بن عبد العزيز ، أبو حازم ، قاضي القضاة (٩٨)
٤٠ - عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم ، أبو سعد ، المتولي (٣٥٠) - ٤٢٧ - ٤٢٩ - ٤٧٣ - ٦٠٢ -
٦١٢ - ٦٢٠ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٦ - ٦٤٩ - ٦٥٦ - ٦٦٢ - ٦٦٩ - ٦٧٩ -
٤١ - عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران ، أبو القاسم ، الفوراني (٧٨) - ٢١٢ - ٢١٦ - ٣٠٥ -
٣٨٨ .
٤٢ - عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد ، الشيخ أبو نصر ابن الصباغ (٨٥) - ٩٧ - ١٢٧ - ١٢٧ - ١٥٠ - ١٦١ -
١٧٥ - ١٩٢ - ٢٠٥ - ٢٠٥ - ٢٦٠ - ٢٧٣ - ٢٨١ - ٢٨٣ - ٣٠٦ - ٣١٥ - ٣٢٢ - ٣٢٢ - ٣٣٥ -
٣٣٩ - ٣٥٩ - ٣٦٦ - ٣٧٠ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٦ - ٤٢٦ - ٤٥٢ - ٥٠٦ - ٥٤١ - ٥٩٢ -
٥٩٢ - ٥٩٤ - ٥٩٤ - ٥٩٩ - ٥٩٩ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦١٢ - ٦٥١ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٦ - ٦٥٧ -
٦٦٢ .

٤٣ - عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ، الدَّارَكي ، أبو القاسم (١١٦) - ٤٤٨ .
٤٤ - عبد الكريم بن محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار ، أبو سعد السمعاني ، (فهرس كتب أدب
القضاء) .

٤٥ - عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، أبو بكر ، القفال المروزي ، أو القفال الصغير (٥٥٤) - (٧٧) - ٧٧ -
٩٤ - ٩٥ - ١٥٥ - ١٦٠ - ١٨٧ - ٢٠٨ - ٢١٢ - ٢١٦ - ٢٥٤ - ٢٥٩ - ٢٦٠ - ٢٧١ - ٣٠٣ - ٣٨١ -
٤١٢ - ٤٣٠ - (٤٧١) - ٤٧١ - ٤٧١ - ٦٣٥ - ٦٤٠ - ٦٤٠ - ٦٤٠ - ٦٦٩ .

٤٦ - عبد الله بن الحسن ، العنبري ، قاضي البصرة (١٢٩)
٤٧ - عبد الله بن الرشيد بن المهدي ، أمير المؤمنين ، أبو العباس ، المأمون (٦٣) - ٦٤ .
٤٨ - عبد الله بن الزبير بن العوام ، الأسدي ، أبو خبيب (٢٥٦)
٤٩ - عبد الله بن عثمان بن عامر ، أبو بكر الصديق (٦٢) - ١٦٦
٥٠ - عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس ، أبو جعفر المنصور . (٦٤) - ٦٥ - ٦٥ - ٦٦ - ٦٦ -
١٢٩ - ١٢٩ - ١٥٥ .

٥١ - عبد الله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر بن أبي عسرون ، الشيخ شرف الدين ، قاضي القضاة
٧٤ - (٢٠٥) - ٢٨٣ - ٣٢٢ - ٣٢٦ - ٣٦٥ - ٣٧٢ - ٤٦٩ - ٤٦٩ - ٥٩٢ - ٦٨٣ .

٥٢ - عبد الله بن مسعود ، أبو عبد الرحمن ، الهذلي ، الصحابي (٦١)
٥٣ - عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف ، الشيخ أبو محمد الجويني ، والد إمام الحرمين . (٧٨) -
١٠٠ - ١٢٤ - ٢٣٤ - ٢٥٠ - ٢٥٠ - ٣٠٥ - ٣٠٥ - ٣٣٦ - ٣٧٠ - ٣٨١ - ٣٨١ - ٤٠٤ - ٤٣١ -
٤٥١ - ٦٣٩ - ٦٣٩ - ٦٣٩ - ٦٣٩ .

٥٤ - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، إمام الحرمين الجويني ، أبو المعالي (٨٤) - ٨٥ - ٨٦ - ٨٦ - ٨٦ -
٨٧ - ٩٤ - ٩٤ - ٩٤ - ١١٢ - ١٢١ - ١٢٤ - ١٣٥ - ١٣٥ - ١٤٥ - ١٥٣ - ١٥٤ - ١٥٨ -
١٦١ - ١٧٤ - ١٧٧ - ١٨١ - ١٨١ - ١٨٢ - ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٥ - ١٨٥ - ١٨٨ - ١٩٤ - ١٩٥ - ٢٠٢ -
٢٠٣ - ٢٠٣ - ٢٠٤ - ٢٠٤ - ٢١١ - ٢١٢ - ٢٣٤ - ٢٣٤ - ٢٣٥ - ٢٣٨ - ٢٤٤ - ٢٤٤ -
٢٤٦ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٥٥ - ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٦٤ - ٢٨٤ - ٢٨٤ - ٢٨٤ - ٢٨٤ - ٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ -
٢٨٧ - ٢٨٧ - ٢٩٧ - ٢٩٩ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٨ -
٣٠٩ - ٣١١ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٢ - ٣١٢ - ٣١٢ - ٣١٢ - ٣١٢ - ٣١٢ - ٣١٨ - ٣٢٠ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ -
٣٢٤ - ٣٢٤ - ٣٤٠ - ٣٥٤ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٦٥ - ٣٦٥ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ -
٣٧٢ - ٣٧٢ - ٣٧٢ - ٣٧٢ - ٣٨٢ - ٣٨٢ - ٣٨٤ - ٣٨٤ - ٤٠٢ - ٤٠٧ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٨ - ٤٢٠ -
٤٢٢ - ٤٢٢ - ٤٣١ - ٤٣٣ - ٤٣٣ - ٤٣٥ - ٤٤٢ - ٤٤٧ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٤ -
٤٥٤ - ٤٥٤ - ٤٧٩ - ٤٧٩ - ٤٨٤ - ٤٨٤ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٥ - ٤٩٠ - ٥٠٣ - ٥١٩ - ٥٢٨ - ٥٣٩ -
٥٩٥ - ٥٩٥ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠٠ -
٦٠١ - ٦٠٤ - ٦٠٦ - ٦١٠ - ٦١٠ - ٦١٠ - ٦١٣ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢٥ - ٦٣٠ -

٦٣ - ٦٣١ - ٦٣١ - ٦٣١ - ٦٣١ - ٦٣٤ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤١ - ٦٥٣
٦٥٦ - ٦٥٦ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦١ - ٦٦٤ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧٠ - ٦٧٣
٦٧٤ - ٦٧٩ - ٦٧٩ - ٦٨٤ .

٥٥ - عبد الملك بن محمد بن عدي ، الجرجاني ، أبو نعيم الاسترأبادي (٧٤) - ٥٩٢ - ٥٩٢ - ٦٣١ - ٦٣١ .
٥٦ - عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري ، القاضي (١٢٩) .
٥٧ - عثمان بن عفان ، رضي الله عنه (٦٢) - ١٦٦ .
- العجلي = أسعد بن محمد .

- ابن أبي عسرون = عبد الله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر .

٥٨ - علي بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله ﷺ (١٢٠) - ١٦٦ - ١٨٩ .
٥٩ - علي بن عيسى ، الوزير العباسي ٦٨ - (١٢٨) .

٦٠ - علي بن محمد بن حبيب البصري ، قاضي القضاة الماوردي (٧٢) - ٧٨ - ٨٥ - ٩٢ - ٩٢ - ٩٣ - ٩٦ - ٩٩ -
١٠٤ - ١٠٧ - ١١٢ - ١١٨ - ١٢٥ - ١٤١ - ١٥٢ - ١٦١ - ١٧١ - ١٧٣ - ١٧٥ - ١٧٨ - ١٩٣ -
١٩٦ - ١٩٧ - ٢٠١ - ٢١٩ - ٢٥٧ - ٢٥٩ - ٢٦٢ - ٢٦٥ - ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٧٠ - ٢٨٣ - ٢٩٢ -
٢٩٢ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٣٢٢ - ٣٢٢ - ٣٢٤ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٣١ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٢ - ٣٣٤ -
٣٣٥ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٩ - ٣٦٩ - ٣٦٩ - ٣٧٢ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٩ -
٣٨٥ - ٣٩٥ - ٣٩٧ - ٣٩٧ - ٣٩٧ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٦ - ٤٢٣ -
٤٣١ - ٤٤٤ - ٤٤٩ - ٤٤٩ - ٤٥١ - ٤٥١ - ٤٥٩ - ٤٥٩ - ٤٦٤ - ٤٨١ -
٤٨٤ - ٤٨٨ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٥٠٢ - ٥٧٧ - ٦٠٤ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ -
٦٢٧ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣١ - ٦٥٦ .

٦١ - علي بن محمد بن موسى بن الحسن بن الفرات ، أبو الحسن ، الوزير (٦٨) .
- أبو علي البَندنجي = الحسن بن عبد الله .

- أبو علي الثقفي = محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن .

- أبو علي بن خيران = الحسين بن صالح بن خيران .

- أبو علي الزجاجي = الحسن بن محمد بن العباس .

- أبو علي السنجي = الشيخ أبو علي = الحسين بن شعيب .

- أبو علي بن أبي هريرة = الحسن بن الحسين .

٦٢ - عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزي ، أمير المؤمنين ، أبو حفص (٦٢) - (١٠٨) - ١٠٨ - ١٠٨ -
١٠٨ - ١٦٦ - ١٦٥ - ٥١٥ .

٦٣ - عمر بن عبد العزيز بن مروان ، أبو حفص ، خامس الخلفاء الراشدين ، الخليفة الأموي (١٤٧) .

- أبو عمر = محمد بن يوسف بن يعقوب ، قاضي القضاة .

- أبو عمر = القاسم بن جعفر بن عبد الواحد ، القاضي .

حرف الغين

- الغزالي = محمد بن محمد بن محمد بن أحمد ، أبو حامد الغزالي .

حرف الفاء

- ابن الفرات = علي بن محمد بن موسى بن الحسن بن الفرات ، أبو الحسن ، الوزير

- الفوراني = عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن فوران ، أبو القاسم .

حرف القاف

- أبو القاسم الدّاركي = عبد العزيز بن عبد الله بن محمد .

٦٦ - القاسم بن جعفر بن عبد الواحد بن العباس ، القاضي أبو عمر (١٣٦) - ١٣٦ .

٦٧ - القاسم بن محمد بن علي الشاشي ، ابن القفال الكبير ، صاحب التقريب (١٠٢) - ٢٥٨ - ٢٥٨ - ٣٢١ .

٤٤٧ - ٤٥٠ - ٤٧١ - ٥٩٢ - ٦١٨ - ٦١٩ .

- ابن القاص = أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص ، أبو العباس الطبري .

- القاضي = حسين بن محمد بن أحمد ، الروزي ، المعروف في الفقه الشافعي بالقاضي .

- القاضي = طاهر بن عبد الله ، أبو الطيب الطبري المعروف عند بعض الشافعية بالقاضي .

- القفال الشاشي = محمد بن علي بن إسماعيل ، أبو بكر ، القفال الكبير .

- القفال الروزي = الشيخ القفال = عبد الله بن أحمد بن عبد الله ، أبو بكر ، القفال الصغير .

حرف اللام

- ابن أبي ليلى = محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى يسار ، وقيل داود بن بلال .

حرف الميم

- المأمون = عبد الله بن الرشيد بن المهدي ، أبو العباس .

٦٨ - مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر ، الأصبحي ، الإمام ، أبو عبد الله ، إمام دار الهجرة .

(١١٦) - ١٤٢ - ١٨٩ - ٣٣٨ - ٤٠٤ - ٤١١ - ٤٨٢ - ٦٤٦ .

- الماترجسي = أحمد بن محمد بن الحسين .

= محمد بن علي بن سهل ، أبو الحسن .

- الماوردي = علي بن محمد بن حبيب ، البصري ، قاضي القضاة .

- المتولي = عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم ، أبو سعد .

- ٨٥ - محمد بن علي بن اسماعيل ، أبو بكر ، القفال الشاشي ، أو القفال الكبير (٣٦٨) - ٤١٣ - (٤٧١) -
٤٧١ - ٤٧١ - ٤٧١ .
- ٨٦ - محمد بن علي بن سهل ، أبو الحسن ، الماترجسي (٦٥١)
- ٨٧ - محمد بن علي بن محمد بن بهادر ، الكمال بن العلاء ، ناصر الدين القاهري (٦٩٣) .
- ٨٨ - محمد بن علي بن محمد بن الحسين ، أبو عبد الله الدأمفاني ، قاضي القضاة (٩٨) .
- ٨٩ - محمد بن محمد بن محمد بن أحمد ، حجة الإسلام ، أبو حامد الغزالي (٧١) - ١٦٣ - ١٨١ - ١٨٢ - ٢٤٤ -
٢٤٤ - ٢٦٤ - ٣١٩ - ٣٥٠ - ٣٦٥ - (٥٩٦) - ٥٩٦ - ٦٤٠ - ٦٦٨ - ٦٦٨ .
- ٩٠ - محمد بن محمد بن مَحْمَش بن علي بن داود ، أبو طاهر الزيايدي (٤٢٩) - ٦٦١ .
- ٩١ - محمد بن المفضل ، أبو الطيب بن سلمة ، البغدادي (٦٣٧) - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٣٩ - ٦٦١ .
- ٩٢ - محمد بن يوسف بن يعقوب ، قاضي القضاة ، أبو عمر (ت) (١٣٦) .
- ٩٣ - محمود بن محمد بن عمر ، الملك المظفر (٢٢) .
- المروزي = محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد الفاشاني ، الشيخ أبو زيد المروزي .
- المزني = إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل ، أبو إبراهيم .
- المستنصر بالله = منصور بن محمد بن الناصر ، أبو جعفر ، الخليفة المستنصر بالله .
- ابن مسعود = عبد الله بن مسعود ، الصحابي .
- المسعودي = محمد بن عبد الله بن مسعود بن أحمد ، أبو عبد الله .
- المظفر = محمود بن محمد بن عمر ، الملك المظفر .
- ٩٤ - مطرف بن مازن ، أبو أيوب الكناني ، الصنعاني (٢٥٦) .
- ٩٥ - معاذ بن جبل ، أبو عبد الله ، الأنصاري ، الصحابي (٥٩)
- المعداني^(١) = خالد بن معدان . (١٥٥)
- ٩٦ - المغيرة بن شعبة ، الثقفي ، أبو محمد أو أبو عبد الله ، الصحابي (١٠٨) - ١٠٨ - ١٠٨ .
- المقتدر بالله = جعفر بن أحمد بن طلحة ، أبو الفضل ، الخليفة العباسي .
- ٩٧ - منصور بن محمد بن الناصر ، أبو جعفر ، المستنصر بالله ، الخليفة العباسي (٤٧٥) - ٤٧٥ .
- المنصور = عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس ، أبو جعفر المنصور ، الخليفة العباسي .
- أبو منصور = أحمد بن محمد بن محمد بن عبد الواحد ، ابن الصباغ البغدادي .
- المهدي = محمد بن عبد الله المنصور ، أبو عبد الله ، الخليفة العباسي .
- ٩٨ - موسى (عليه الصلاة والسلام) (٢٦٩) .
- ٩٩ - موسى الهادي بن محمد المهدي بن عبد الله المنصور ، الخليفة العباسي (٦٧)

(١) ولعل المقصود أحمد بن سعيد بن أحمد بن محمد بن معدان ، أبو العباس ، فقيه من رجال الحديث ، وله كتاب في « تاريخ مرو » توفي سنة ٣٧٥ هـ ، وكان في عصر الشيخ الخضرى . (انظر : الأعلام : ١٢٦١) .

٤ - فهرس الكتب الواردة في النص^(١)

الصفحة	المؤلف	اسم الكتاب
حرف الألف :		
١٩١	الفوراني	١ - الإبانة
		٢ - أدب القاضي (من كتاب
١٤٢	الماوردي	الحاوي الكبير)
٦٧١ - ٥١٩	ابن الحداد البصري	٣ - أدب القضاء
٤٢٥ - ٤١٣	ابن القاص	٤ - أدب القضاة
		٥ - الإشراف على غـوامض
٤٧٣	أبو سعد المهروي	الحكومات
٥٩٢	الشيخ أبو علي السنجي	٦ - الإفصاح
٢٦٨ - ٢٦٧ - ٢٦٣	الإمام الشافعي	٧ - الأم
٣٦٠ - ٣٢٥	أبو العباس بن سريج	٨ - الانتصار
٢٧١ - ٢٦٩	—	٩ - الإنجيل
حرف الباء :		
٥٩٦ - ٥٩٦	الغزالي	١٠ - البسيط
حرف التاء :		
٦٥	ابن جرير الطبري	١١ - التاريخ الكبير
٦٥	الخطيب البغدادي	١٢ - تاريخ بغداد

(١) هذا الفهرس لأسماء الكتب التي وردت صراحة في متن الكتاب ، واعتمد عليها المصنف في التأليف ، لكنه ذكر أنه رجع إلى مؤلفات عدد كبير من الأئمة والأعلام دون أن يذكر اسم الكتاب ، ويعرف ذلك من فهرس الأعلام السابق ، ومن تراجمهم التي وردت في هوامش الكتاب ، مثل قوله (صفحة ٦٣١) : « الجرجاني في بعض مصنفاته التي وقفنا عليها » ، وهذا ما أشرنا إليه في مقدمة الكتاب فقرة ١١ ، فقرة ١٣ .

الصفحة	المؤلف	اسم الكتاب
٤٧٣ - ٢١٩١ ت	أبو سعد المتولي	١٣ - التتمة
١٩١	أبو الفتح العجلي	١٤ - تمة التتمة
- ٢٩٧ - ٢٦٧ - ٢٣٠ - ٢٠٥	القاضي حسين	١٥ - التعليق (الكبير)
- ٤١٢ - ٤٠٧ - ٣١٣ - ٢٩٨		
. ٤٧٣		
- ٣٦٥ - ٣٣١ - ٢٥٥ - ٢٠٤	القاضي أبو الطيب الطبري	١٦ - التعليق الكبير
٤٠٠ - ٣٦٩ - ٣٦٧		
٢٣٦ - ٢٣٦ - ٢٠٧	أبو العباس بن القاص	١٧ - التلخيص
- ٤٤٧ - ٣٢١ - ٢٥٨ - ٢٥٨	القاسم بن القفال الشاشي	١٨ - التقريب
٦١٩ - ٦١٨ - ٤٧١ - ٤٥٠		
٦٥٦	الشيخ أبو إسحاق الشيرازي	١٩ - التنبيه
. ٦٦٠ - ٤٠٧ - ٢٣٠	البغوي	٢٠ - التهذيب
. ٢٦٩	—	٢١ - التوراة
		حرف الحاء :
- ٣٦٧ - ٣٦٠ - ١٤٢ - ١٤١	الماوردي	٢٢ - الحاوي الكبير
٤٠٠		
٣٦٠ - ٦٥	أبو نعيم الأصبهاني	٢٣ - حلية الأولياء
		حرف الذال :
٦٥١	مجلي بن جَمَيْع	٢٤ - الذخائر
		حرف الراء :
١٦٥	الإمام النووي	٢٥ - الروضة (روضة الطالبين)
		حرف السين :
٤٠٤	أبو محمد الجويني	٢٦ - السلسلة
		حرف الشين :
صرح باسم المؤلف	أبو نصر ابن الصباغ	٢٧ - الشامل
٣٣٦ - ٣٣٥	أبو الطيب الطبري	٢٨ - شرح الفروع

الصفحة

المؤلف

اسم الكتاب

٩٤ - ١٣٧ - ١٦٣ - ٢٠٥ -
٢١٨ - ٢٣٥ - ٢٥٧ - ٢٩١ -
٣١٥ - ٣٢٤ - ٣٣٥ - ٣٦٧ -
٤١٢ - ٤١٣ - ٤٢٩ - ٤٧٣ .

الشيخ أبو علي السنجي

٢٩ - الشرح الكبير = شرح
المختصر = المذهب الكبير

حرف الفاء :

٢٣٠ - ٥٩٣ - ٦٦٣ - ٦٦٥ -
٣٠٢ - ٣١٦ - ٤٢١ -
٢١٥ - ٢٥٧ -
١٦٣ - ٣٥٠ -

القاضي حسين

٣٠ - الفتاوى

ابن أبي الدم

٣١ - الفتاوى

أبو عاصم العبادي

٣٢ - الفتاوى

الإمام الغزالي

٣٣ - الفتاوى

حرف القاف :

١٤٢

الماوردي

٣٤ - القضاء (من الحاوي الكبير)

حرف الميم :

٦٥١

أبو الطيب الطبري

٣٥ - المجرى

٣٧٢

الحاملي

٣٦ - المجموع الكبير

٥٩٦

المزني

٣٧ - مختصر المزني

١٢٨ - ٢٠٥ - ٣٦٧ - ٣٦٩ -

الشيرازي

٣٨ - المهذب

حرف النون :

١٥٨ - ٥٩٦ - ٥٩٦ - ٦١٤ -

إمام الحرمين الجويني

٣٩ - نهاية المطلب = النهاية

٦٧١ - ٦٧٣ -

٢٤٤ - ٢٦٤ - ٣١٩ - ٥٩٦ -

الإمام الغزالي

٤٠ - الوسيط

☆ ☆ ☆

٥ - فهرس كتب أدب القضاء

في المذاهب الأربعة

أولاً : كتب أدب القضاء على مذهب أبي حنيفة :

١ - أدب القاضي ، للإمام أبي يوسف ، يعقوب بن إبراهيم ، القاضي المجتهد ، تلميذ أبي حنيفة ، المتوفى سنة ١٨٢ هـ ، وهو أول من صنف فيه إملأ^(١) .

٢ - أدب القاضي ، لمحمد بن ساعة ، تلميذ الإمامين أبي يوسف ومحمد ، وروى الكتب والأمالى عن الإمام محمد ، وتسمى النوادر ، ولي القضاء للسامون ببغداد سنة ١٩٢ هـ ، ولد سنة ١٢٠ هـ ، وتوفى سنة ٢٣٣ هـ وتجاوز عمره مائة وثلاث سنوات^(٢) .

٣ - أدب القاضي ، للإمام أبي بكر ، أحمد بن عمر الخفاف ، المتوفى سنة ٢٦١ هـ ، وهو كتاب جامع ومشهور^(٣) ، وشرحه أئمة الفروع والأصول ، منهم الإمام أبو بكر ، أحمد بن علي الجصاص ، المتوفى سنة ٣٧٠ هـ ، والإمام أبو جعفر ، محمد بن عبد الله الهندواني ، المتوفى سنة ٣٦٢ هـ ، والإمام أبو الحسين ، أحمد بن محمد القدوري ، المتوفى سنة ٤٣٨ هـ ، وشيخ الإسلام علي بن الحسين السفدي ، المتوفى سنة ٤٦١ هـ ، والإمام شمس الأئمة ، محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى سنة ٤٨٣ هـ ، والإمام شمس الأئمة ، عبد العزيز بن أحمد الحلواني ، المتوفى سنة ٤٥٦ هـ ، والإمام برهان الأئمة حسام الدين ، عمر بن عبد العزيز بن مازة ، المعروف بالحسام الشهيد ، أو بالصدر الشهيد ، المتوفى قتل سنة ٥٣٦ هـ وهو أشهر الشروح ، وأكثرها تداولاً ، وتوجد منه نسخ مخطوطة في دار الكتب المصرية بالقاهرة ، ومعهد مخطوطات الجامعة العربية ، والمكتبة العباسية في البصرة ، وهو مرتب على تسعة وتسعين فصلاً ، ومن تأمل عناوين الفصول يبدوله أنه يقرأ كتاباً جديداً في أصول المحاكمات أو المرافعات^(٤) ، والإمام أبو بكر محمد ، المعروف بخواهر زاده ، المتوفى

(١) كشف الظنون : ٧٢/١

(٢) كشف الظنون : ٧٢/١ ، مفتاح السعادة : ٢٦٢/٢ ، تاج التراجم : ٥٤

(٣) كشف الظنون : ٧٣/١ ، مفتاح السعادة : ٢٠٠/٢

(٤) ظهر هذا الكتاب إلى الوجود حديثاً ، بعد أن حققه الأستاذ عمي هلال سرحان في أربعة مجلدات ، وطبع

في بغداد سنة ١٩٧٨ م .

سنة ٤٨٣ هـ ، والإمام فخر الدين الحسن بن منصور الأرجندي ، المعروف بقاضي خان ، المتوفى سنة ٥٩٢ هـ ، والإمام الحنجدي ، وغيرهم^(١) .

٤ - أدب القاضي والقضاء ، أبو المهلب ، هيثم بن سليمان القيسي ، المتوفى حوالي سنة ٢٧٥ هـ^(٢) .

٥ - أدب القاضي ، للقاضي أبي حازم ، عبد الحميد بن عبد العزيز الحنفي ، المتوفى سنة ٢٩٢ هـ^(٣) .

٦ - أدب القاضي ، لأبي جعفر ، أحمد بن إسحاق الأنباري ، المتوفى سنة ٣١٧ هـ ، ولم يكمله^(٤) .

٧ - روضة القضاة وطريق النجاة ، لأبي القاسم ، علي بن محمد بن أحمد الرحبي ، السمناني ، المتوفى سنة ٤٩٩ هـ^(٥) .

٨ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، للشيخ علاء الدين ، أبي الحسن ، علي بن خليل الطرابلسي ، قاضي القدس ، المتوفى سنة ٨٤٤ هـ^(٦) .

٩ - لسان الحكام في معرفة الأحكام ، لأبي الوليد ، إبراهيم بن أبي البين محمد ، المعروف بابن الشُّخنة الحلبي ، المتوفى سنة ٨٨٢ هـ^(٧) .

١٠ - الفواكه البدرية ، للغفقيه المصري ، محمد بن محمد بن محمد بن خليل ، بدر الدين ، المعروف بابن الغرس المصري القاضي ، المتوفى سنة ٩٣٢ هـ ، وقيل ٨٩٤ هـ^(٨) .

(١) كشف الظنون : ٧٣/١ ، مخطوطات المكتبة العباسية في البصرة : ٤٠

(٢) حقق الجزء الذي وصل إلينا منه ونشره الدكتور فرحات الدشراوي بتونس ١٩٧٠ م .

(٣) كشف الظنون : ٧٢/١

(٤) كشف الظنون : ٧٣/١

(٥) حققه ونشره المهامي الدكتور صلاح الدين الناهي رئيس قسم القانون الخاص في كلية الحقوق بجامعة بغداد ، عام ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .

(٦) وهو كتاب مطبوع بالمطبعة الأميرية ببولاق سنة ١٣٠٠ هـ ، وهذا الكتاب مسروق ، انتحله الطرابلسي من كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون المالكي ، وقد سرقه بالحرف ، وحذف منه بعض التفصيلات التي يعقدها ابن فرحون في نهاية كل فصل بعد تقرير القواعد والأحكام ، كما غير بعض الفصول بما يتفق مع المذهب الحنفي ، بينما ترك فصولاً أخرى واصطلاحات وأسماء وكتباً في المذهب المالكي ، وسها في بعض الأحيان عن الاختلاف بين المذاهب ، فيقرر أحكام المذهب المالكي على أنها للإمام أبي حنيفة ، مثل القضاء بالشاهد واليمين ، والقضاء بأمرأتين ويمين ، وغير ذلك ، وقد تتبعته النقل ، وقارنت بين الكتابين فضلاً فضلاً ، ونهت على ذلك تعليقاً عليهما في نسختي الخاصة .

(٧) الكتاب مطبوع بمطبعة جريدة البرهان بالاسكندرية سنة ١٢٩٩ هـ ، ومعه التكلفة للخالفي العدوي .

(٨) وهو مطبوع بمطبعة النيل مع شرحه المجاني الزهرية ، للقاضي محمد صالح بن عبد الفتاح بن إبراهيم الجارم ، قاضي الشرقية بمصر ، والكتاب مع صغر حجمه نفيس جداً .

١١ - روضة القضاة في المحاضر والسجلات ، لمصطفى بن الشيخ محمد الرومي الحنفي ، المتوفى سنة ١٠٩٧ هـ^(١) .

١٢ - فصول الأحكام لأصول الأحكام ، وهو كتاب في أحكام القضاء ، لأبي الفتح ، عبد الرحيم بن أبي بكر بن عبد الجليل بن خليل المرغيناني السمرقندي ، فرغ منه سنة ٦٥١ هـ^(٢) .

ثانياً - كتب أدب القضاء على مذهب الإمام الشافعي :

١ - كتاب أدب القاضي ، للإمام الشافعي ، محمد بن إدريس رضي الله عنه ، إمام المذهب ، المتوفى سنة ٢٠٤ هـ^(٣) .

٢ - أدب القاضي ، لأبي عبيد ، القاسم بن سلام اللفوي ، المتوفى سنة ٢٢٤ هـ^(٤) .

٣ - أدب القاضي ، لأبي سعيد ، حسن بن أحمد الإصطخري ، المتوفى سنة ٢٢٨ هـ ، وهو كتاب مشهور بين الشافعية ، ويكثر نقل منه^(٥) .

٤ - كتاب في الشروط ، وهو في القضاء ، لأبي بكر ، محمد بن عبد الله الصيرفي ، المتوفى سنة ٣٣٠ هـ^(٦) .

٥ - أدب القاضي ، لأبي العباس ، أحمد بن أبي أحمد ، المعروف بابن القاص الطبري ، المتوفى سنة ٣٣٥ هـ^(٧) .

٦ - أدب القضاء ، لأبي بكر ، محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر ، ابن الحداد المصري ، المتوفى سنة ٣٥٤ هـ ، وكتابه في أربعين جزءاً^(٨) .

(١) إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون : ٥٩٦/١

(٢) مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ٣٠٨ فقه حنفي ، ومصور في جامعة الدول العربية برقم ١٣٠ فقه حنفي .

(٣) ذكره بروكلمان نقلاً عن الفزالي في الإحياء : ٢١١/٢ ط ، القاهرة ١٣١١ هـ ، وأعتقد أنه أحد كتب الأم ،

للإمام الشافعي الذي أفرده بعنوان خاص ، الأم : ٢٠١/٦

(٤) كشف الظنون : ٧٣/١

(٥) المرجع السابق : ٧٣/١ ، طبقات الفقهاء : ١١١ ، البداية والنهاية : ١٩٢/١١ ، وفيات الأعيان : ٣٥٧/١ ،

طبقات الشافعية الكبرى : ٣٣١/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٤٦/١ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٤

(٦) طبقات الشافعية الكبرى : ١٨٦/٣

(٧) كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الفقهاء ، الشيرازي : ١١١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٥٩/٣ ، وانظر

ترجمته في صفحة ٢٠٧ ف ١٧٥ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٢٩٧/٣

(٨) طبقات الشافعية الكبرى : ٨٠/٣ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٤٠٣/١

٧ - أدب القاضي ، للإمام أبي بكر ، محمد بن علي ، القفال الشاشي ، المتوفى سنة ٣٦٥ هـ^(١) .

٨ - أدب القاضي ، لأبي محمد ، الحسن بن أحمد ، المعروف بالحداد البصري الشافعي ، المذكور في شرح الرافعي ، وكتابه يدل على فضل كثير كما قال الشيرازي ، ولم يعرف وقت وفاته ، وهو من القرن الرابع الهجري^(٢) .

٩ - أدب القضاء ، لأبي الحسن ، محمد بن يحيى بن سُرَاقَة العامري ، المتوفى سنة ٤١٠ هـ^(٣) .

١٠ - أدب القضاء ، لأبي منصور ، عبد القادر بن طاهر البغدادي ، المتوفى سنة ٤٢٩ هـ^(٤) .

١١ - أدب القضاء ، لأبي الحسن ، علي بن أحمد بن محمد الدَّبِيلِي أو الرُّبَيْلِي ، كما قاله ابن السبكي ، وقال في كشف الظنون الرتبلي بالراء ، المتوفى في القرن الخامس الهجري^(٥) .

١٢ - أدب القاضي ، لأبي عاصم ، محمد بن أحمد العبادي الهروي ، المتوفى سنة ٤٥٨ هـ^(٦) .

١٣ - الإشراف على غوامض الحكومات ، لأبي سعد ، محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي ، تتلمذ على أبي عاصم العبادي ، وشرح كتابه السابق ، المتوفى قبل سنة ٥٠٠ هـ^(٧) .

١٤ - أدب القاضي ، لأبي الحسن ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، المتوفى سنة ٤٥٠ هـ^(٨) .

١٥ - روضة الحكام وزينة الأحكام ، للقاضي الإمام أبي نصر ، شريح بن عبد الكريم بن أحمد الرُّوياني ، المتوفى سنة ٥٠٥ هـ^(٩) .

(١) كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٨٠/٢ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية الله : ٩٤

(٢) كشف الظنون ، المرجع السابق ، طبقات الفقهاء : ١٢٠ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٥٥/٣

(٣) طبقات الشافعية الكبرى : ٢١٢/٤

(٤) طبقات ابن هداية : ٩٥

(٥) كشف الظنون : ٧٣/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٤٣/٥ ، طبقات الشافعية ، الإسنوي : ٥/٢ ، طبقات

الشافعية ، ابن هداية : ٩٧

(٦) كشف الظنون ، المرجع السابق ، وفيات الأعيان : ٣٥١/٣ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٦ ، طبقات

الشافعية ، الإسنوي : ١٩٠/٢

(٧) كشف الظنون ، المرجع السابق ، طبقات الشافعية الكبرى : ٣٦٥/٥ ، وتوجد نسخة مخطوطة ، وصورة

عن المخطوطة في دار الكتب المصرية ، انظر : فهرس المخطوطات المصورة ، فؤاد سيد : ٢٩٦/١ ، وانظر ترجمته في

صفحة ١٩١ ف ١٥٤

(٨) وهو جزءان من كتاب الماوردي المعروف باسم الحاوي الكبير ، وقد أفردهما بالتحقيق والنشر محي هلال

سرحان ببغداد سنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م ، وهو من أهم كتب الشافعية في هذا الموضوع .

(٩) طبقات الشافعية الكبرى : ١٠٢/٧ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية الله : ٩٨ ، وهو مخطوط بدار الكتب

الظاهرية بدمشق .

١٦ - العمدة ، وأدب القضاء ، لأبي المعالي ، مُجلّي بن جُمَيْع القرشي ، الخزومي المصري الشافعي ، قاضي القضاة بالديار المصرية ، المتوفى سنة ٥٥٠ هـ^(١) .

١٧ - أدب القاضي ، لأبي سعد السمعاني ، عبد الكريم بن محمد بن منصور بن محمد بن عبد الجبار ، الحافظ ، صاحب التصانيف ، مؤلف الأنساب وغيره ، المتوفى سنة ٥٦٢ هـ بمرور ، وكتابه أدب القاضي مخطوط ، ومصور بفيلم بالمدينة المنورة^(٢) .

١٨ - ملجأ الحكام عند التباس الأحكام ، لأبي المحاسن ، يوسف بن رافع بن تميم بن عتبة بن محمد بن عتاب الأسدي ، قاضي القضاة بمجلب ، المتوفى سنة ٦٣٢ هـ^(٣) .

١٩ - أدب القضاء ، لأبي إسحاق ، إبراهيم بن عبد الله ، المعروف بابن أبي الدم الحموي ، المتوفى سنة ٦٤٢ هـ ، وهو الذي قنا بتحقيقه .

٢٠ - أدب القضاة ، لشرف الدين ، أحمد بن مسلم بن سعيد بن بدر بن مسلم القرشي الملحي الدمشقي ، المتوفى سنة ٧٩٣ هـ ، ألفه عندما ولي قضاء دمشق^(٤) .

٢١ - آداب الحكام في سلوك طرق الأحكام ، لشرف الدين ، عيسى بن عثمان الغزي ، المتوفى سنة ٧٩٩ هـ ، وهو نفس الكتاب المشهور بآداب القضاة ، لرزي الدين الغزي^(٥) .

(١) وهو صاحب كتاب الذخائر ، ويظهر أنها كتاب واحد ، وأن المؤلف كتب الذخائر في جميع أبواب الفقه ، ولم يقتصر فيه على أدب القضاء ، ولكنه رتبها على سلك خاص ، وقد كتب القضاء على غيره من أبواب الفقه ، انظر : كشف الظنون : ٧٢/١ ، طبقات الشافعية الكبرى : ٢٧٧/٧ ، شذرات الذهب ، ابن العماد الحنبلي : ١٥٧/٤ ، طبقات الشافعية ، الإستوي : ٥١٢/١ ، طبقات الشافعية ، ابن هداية : ٩٧ ، وقد سبق أن ذكرنا صفحة هامش في ترجمة المؤلف : ومن تصانيفه : الذخائر ، وأدب القضاء الذي سماه العمدة ، والواقع أنها كتاب واحد ، واشتهر بأسماء متعددة .

(٢) انظر : وفيات الأعيان : ٣٧٨/٢ ، البداية والنهاية : ١٧٥/١٢ ، طبقات الشافعية الكبرى : ١٨٠/٧ ، النجوم الزاهرة : ٣٧٥/٥ ، ٣٧٨ ، مفتاح السعادة : ٣٥٩/١ ، مخطوطات جامعة الرياض ، نشرة خاصة عن مصورات المدينة المنورة ، عن مكتبة عارف حكمت (رقم ٦١ فقه) ، ورق الفيلم ٨٢

(٣) طبقات الشافعية الكبرى : ٣٦١/٨ ، ويوجد منه نسخة مخطوطة بدار الكتب المصرية برقم ٦٩٩٨ عام ، ٤٦ خاص فقه شافعي ، انظر فهرست الكتب بدار الكتب المصرية : ٢٧٨/٣

(٤) الثغر البسام في ذكر من ولي قضاء الشام ، شمس الدين بن طولون ، تحقيق د . صلاح الدين المنجد : ١١٦ ، طبع المجمع العلمي العربي بدمشق ١٩٥٦ ، ويوجد من هذا الكتاب نسخة مخطوطة في المكتبة العباسية في البصرة رقم د - ١٠١

(٥) الكتاب مرتب على عشرة أبواب ، انظر : كشف الظنون : ٧٢/١

٢٢ - عماد الرضا ببيان أدب القضا ، للقاضي زكريا بن محمد الأنصاري المصري ، المتوفى سنة ٩١٠ هـ^(١) .

٢٣ - أدب القضاء ، لجلال الدين ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى سنة ٩١١ هـ^(٢) .

٢٤ - جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، لشمس الدين ، محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي من القرن التاسع الهجري ، وهو كتاب فريد من نوعه بين كتب الشافعية التي طبعت حتى الآن في المحاضر والسجلات والشروط والتوقيعات^(٣) .

٢٥ - الديباج المذهب في أحكام المذهب في أدب القضا ، لم يعلم مؤلفه ، وهو جيد جداً^(٤) .

ثالثاً - كتب أدب القضاء في المذهبين المالكي والحنبلي :

١ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، للقاضي برهان الدين ، إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي ، المتوفى ٧٩٩ هـ^(٥) .

٢ - العقد المنظم للحكام ، لابن سلون المالكي^(٦) .

٣ - تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام على متن المنظومة العاصمية^(٧) .

٤ - مفيد الحكام فيما يعرض لهم من نوازل الأحكام ، للقاضي أبي الوليد ، هشام بن عبد الله الأزدي القرطبي^(٨) .

(١) وهو مختصر من أدب القضاء للغزي مع زيادات حسنة ، ومخطوط بدار الكتب المصرية ، فقد شافعي ١٧٦٠ ، ونسخة أخرى بالتبوية ، كشف الظنون : ٧٣/١ ، فهرس المخطوطات المصورة ، سيد : ٣٠٧/١

(٢) كشف الظنون : ٧٣/١

(٣) مطبوع بمطبعة السنة المحمدية بمر سنة ١٣٧٤ هـ - ١٩٥٥ م .

(٤) مخطوط بدار الكتب المصرية برقم ١٥٥٠ فقه شافعي ، وقد استفدت منه أثناء تحضيرتي للدكتوراه .

(٥) وهو مطبوع مرتين ، الأولى : بشكل مستقل وعلى هامشه كتاب العقد المنظم للحكام ، والثانية : طبع على هامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عlish . القاهرة ، مكتبة مصطفى الحلبي ، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م .

(٦) مطبوع على هامش تبصرة الحكام .

(٧) مطبوعة بشكل مستقل ، ولها شرحان مطبوعان : شرح ميارة على تحفة الحكام ، طبع المكتبة التجارية بمر ، والبهجة في شرح التحفة ، للتسولي ، طبع مصطفى الحلبي بمر .

(٨) مخطوط بمكتبة الأسكوريال رقم ١٠٦٦ ، ومصور بمعهد المخطوطات في الجامعة العربية بالقاهرة برقم ٣٥

مالكي .

٥ - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، للإمام أبي عبد الله ، محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي ، المعروف بابن قيم الجوزية ، المتوفى سنة ٧٥١ هـ^(١) .

رابعاً - كتب حديثة في القضاء والمرافعات الشرعية :

ومن الكتب الحديثة : الأصول القضائية ، للشيخ علي قراعة ، وطرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ، وطرق الإثبات ، للشيخ أحمد إبراهيم أيضاً ، والطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية ، لمحمد العزيز جعيط وزير العدلية بتونس ، وكتاب المرافعات الشرعية للشيخ محمد زيد الأبياني ، والمرافعات الشرعية ، للشيخ المستشار محمد خاطر مفتي مصر الحالي ، وكتاب القضاء ، لضياء الدين العراقي ، المتوفى سنة ١٣٦١ هـ بالنجف ، والمرافعات الشرعية لمعوض محمد مصطفى سرحان مدرس بجامعة الخرطوم ، وظفر اللاضي بما يجب في القضاء على القاضي ، لمحمد صديق حسن خان ، والمرافعات الشرعية لعبد الحكيم محمد ، ونظرية الدعوى ، للدكتور محمد نعم ياسين ، ووسائل الإثبات ، للمحقق ، وغير ذلك مما يصدر حديثاً مما تنتجه قرائح العلماء وأساتذة الجامعات في القضاء والدعوى والإثبات^(٢) .

(١) طبع عدة مرات ، في مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م ، ونشرته المؤسسة المصرية للطباعة والنشر

١٣٨٠ هـ - ١٩٦١ م .

(٢) انظر كتابنا : أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ص ٢٣ .

٦ - فهرس مراجع التحقيق

- ١ - الأحكام السلطانية ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي (٤٥٠ هـ) .
مطبعة الحلبي ، ط ٢ ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .
- ٢ - الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، وتصرفات القاضي والإمام ، للقرافي ، أحمد بن إدريس المالكي (٦٨٤ هـ) . تحقيق الأستاذ عبد الفتاح أبو غدة .
نشر مكتب المطبوعات الإسلامية ، بحلب ، ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م .
- ٣ - أحكام القرآن ، للجصاص ، أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠ هـ) .
المطبعة البهية المصرية .
- ٤ - أحكام القرآن ، لابن العربي ، محمد بن عبد الله (٥٤٣ هـ) .
طبعة أولى بالقاهرة ، مطبعة عيسى الحلبي .
- ٥ - الأحوال الشخصية ، للدكتورين مصطفى السباعي ، وعبد الرحمن الصابوني .
مطابع دار الفكر بدمشق ، ١٣٨٥ هـ - ١٩٦٥ م .
- ٦ - أدب القاضي ، للماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، تحقيق محي هلال سرحان .
مطبعة الإرشاد ، بغداد .
- ٧ - أدب القاضي والقضاء ، لأبي المهلب ، هيثم بن سليمان القيسي ، تحقيق الدكتور فرحات الدشراوي .
طبع تونس ، ١٩٧٠ م .
- ٨ - أساس البلاغة ، للزمخشري ، محمود بن عمر الزمخشري (٥٢٨ هـ) .
طبع دار الشعب بالقاهرة .
- ٩ - الاستيعاب في معرفة الأصحاب ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ،
(٤٦٣ هـ) .
مطبعة نهضة مصر ، القاهرة .
- ١٠ - أسد الغابة في معرفة الصحابة ، أبو الحسن علي بن محمد الجزري ، عز الدين بن الأثير
(٦٣٠ هـ) .
طبع دار الشعب ، القاهرة .

- ١١ - أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب ، محمد بن السيد درويش .
طبعة أولى - القاهرة .
- ١٢ - الأشباه والنظائر ، للسيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، (١١١ هـ) .
مطبعة الحلبي - القاهرة : ١٣٧٨ - ١٩٥٩
- ١٣ - الإصابة في تمييز الصحابة ، أحمد بن علي بن محمد الكتافي ، ابن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .
مطبعة السعادة .
- ١٤ - أصول المحاكمات الشرعية والمدنية ، الدكتور محمد الزحيلي .
مطابع مؤسسة الوحدة - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .
- ١٥ - إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين للمليباري ، أبو بكر المشهور بالسيد البكري .
طبع دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة .
- ١٦ - إعجام الأعلام ، محمود مصطفى .
المطبعة الرحمانية بمصر - عام ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٥ م .
- ١٧ - الأعلام ، خير الدين الزركلي .
طبعة ثانية - دمشق .
- ١٨ - الإفصاح عن معاني الصحاح ، عون الدين ، أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ، (٥٦٠ هـ) .
طبعة ثانية ، حلب .
- ١٩ - الأمالي ، لأبي علي القالي .
طبعة مصطفى محمد .
- ٢٠ - الأم ، للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) .
طبع دار الشعب - القاهرة .
- ٢١ - إنباه الرواة على أنباء النحاة ، الوزير جمال الدين أبو الحسن علي بن يوسف القفطي
(٦٤٦ هـ) .
- مطبعة دار الكتب المصرية عام ١٣٦٩ هـ - ١٩٥٠ م .
- ٢٢ - الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء ، أبو عمر يوسف بن عبد البر القرطبي ، (٤٦٣ هـ) .
مكتبة القدسي ، مصر .
- ٢٣ - الإيضاح والبيان في معرفة المكيال والميزان ، لأبي العباس نجم الدين بن الرفعة الأنصاري
الشافعي (٧١٠ هـ) ، تحقيق الدكتور محمد أحمد إسماعيل الخاروف .
طبع دار الفكر بدمشق ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ٢٤ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، (٥٨٧ هـ) .
مطبعة إمام ، القاهرة .

- ٢٥ - بدائع المنن في جمع وترتيب مسند الشافعي والسنن ، أحمد بن عبد الرحمن البنا الساعاتي .
طبعه أولى بمصر .
- ٢٦ - البداية والنهاية ، الحافظ ابن كثير الدمشقي (٧٧٤ هـ) .
طبعه أولى ، تصوير مكتبة المعارف والنصر ، بيروت .
- ٢٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (٥٩٥ هـ) .
مطبعة الكليات الأزهرية .
- ٢٨ - بلغة السالك لأقرب المسالك ، أحمد الصاوي (١٢٤١ هـ) .
مطبعة المكتبة التجارية بالقاهرة .
- ٢٩ - البهجة في شرح التحفة ، علي بن عبد السلام التسولي (١٢٥٨ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، ط ٢ .
- ٣٠ - تاج التراجم في طبقات الخنفية ، قاسم بن قطلوبغا ، أبو العدل (٨٧٩ هـ) .
تصوير مكتبة المثنى ، بغداد .
- ٣١ - التاج المكلل ، صديق بن حسن بن علي ، أبو الطيب (١٣٠٧ هـ) .
المطبعة الهندية العربية ، بومباي .
- ٣٢ - تاريخ الأدب العربي ، كارل بروكلمان .
طبع دار المعارف بمصر ، الجزء السادس ١٩٧٧ م .
- ٣٣ - تاريخ الطبري ، لأبي جعفر ، محمد بن جرير الطبري ، المتوفى سنة ٣١٠ هـ .
طبع دار المعارف - مصر - سنة ١٩٦٦ .
- ٣٤ - تاريخ بغداد ، أحمد بن علي ، الحافظ أبو بكر ، الخطيب البغدادي .
دار الكتاب العربي ، بيروت .
- ٣٥ - تاريخ الخلفاء ، جلال الدين ، عبد الرحمن السيوطي (٩١١ هـ) ، تحقيق محمد محي الدين عبد
الحamid .
المكتبة التجارية ، القاهرة - طبعة رابعة ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩ م .
- ٣٦ - تاريخ الطبري ، محمد بن جرير الطبري ، أبو جعفر (٣١٠ هـ) .
دار المعارف بمصر .
- ٣٧ - تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، لابن فرحون ، إبراهيم بن علي المالكي
(٧٩٩ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، على هامش فتح العلي المالك .
- ٣٨ - تبصير المنتبه بتحرير المشتبه ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (٨٥٢ هـ) .
طبع دار المصرية ١٩٦٨ م .

- ٣٩ - تمة المختصر في أخبار البشر (تاريخ ابن الوردي) ، زين الدين عمر بن الوردي .
طبعة أولى ، دار المعارف ، بيروت .
- ٤٠ - تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى ، محمد عبد الرحمن المبار كفورى ، (١٢٥٢ هـ) .
مطبعة المدنى بالقاهرة ، ط ٢ .
- ٤١ - تحفة الفقهاء ، للسمرقندى ، تحقيق الأستاذ محمد المنتصر الكتانى والدكتور وهبة الزحيلي .
دار الفكر بدمشق .
- ٤٢ - تذكرة الحفاظ ، للذهبي أبو عبد الله شمس الدين الذهبي (٧٤٨ هـ) .
مطبعة دار احياء التراث العربى ، بيروت ١٣٧٤ هـ .
- ٤٣ - تصحيح التنبيه ، محيى الدين يحيى بن شرف النووى (٦٧٦ هـ) .
مطبوع على هامش التنبيه .
- ٤٤ - التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ، الدكتور محمد وحيد سوار .
طبعة أولى ، القاهرة ١٩٦٠ م .
- ٤٥ - التعريفات ، للجرجاني ، السيد الشريف علي بن محمد بن علي ، أبو الحسن (٨١٦ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي .
- ٤٦ - التعزيز فى الشريعة الإسلامية ، للدكتور عبد العزيز عامر .
طبعة ثالثة ، ١٣٧٧ هـ - ١٩٥٧ م .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٤٧ - تقويم البلدان ، عماد الدين إسماعيل بن محمد بن عمر ، المعروف بأبى الفداء ، صاحب حمة
(٧٣٢ هـ) .
- مصور بالأفست ، مكتبة المثنى ببغداد عن طبع باريس ١٨٤٠ م
- ٤٨ - التنبيه ، للشيرازى ، إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو اسحاق (٤٧٦ هـ) .
طبع مصطفى الحلبي ١٩٥١
- ٤٩ - التنظيم القضائى فى الفقه الإسلامى ، الدكتور محمد الزحيلي .
طبع دار الفكر بدمشق - ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ٥٠ - تهذيب الأسماء واللغات ، الإمام أبو زكريا ، محيى الدين يحيى بن شرف النووى ، (٦٧٦ هـ) .
الطباعة المنيرية - القاهرة .
- ٥١ - تهذيب سنن أبى داود ، للإمام ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) .
مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة على هامش مختصر السنن .
- ٥٢ - الثغر البسام فى ذكر من ولي قضاء الشام ، شمس الدين بن طولون ، تحقيق الدكتور صلاح
الدين المنجد .
طبع المجمع العلمى العربى بدمشق ١٩٥٦ م

- ٥٣ - جامع الترمذي = انظر : تحفة الأحوذى .
- ٥٤ - جامع الفصولين ، محمود بن إسماعيل ، المشهور بقاضي سماوة .
المطبعة الأزهرية ١٣٠٠ هـ .
- ٥٥ - جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي
(٨٩٠ هـ) .
- مطبعة السنة المحمدية ، طبعة أولى .
- ٥٦ - حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الغزي ، الشيخ إبراهيم الباجوري (١٢٧٦ هـ) .
المطبعة الميمنية ١٣٠٩ هـ .
- ٥٧ - حاشية البجيرمي على الخطيب ، المسماة تحفة الحبيب ، سليمان البجيرمي (١٢٢١ هـ) .
مطبعة التقدم العلمية ، دمشق .
- ٥٨ - حاشية الجمل على شرح المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري .
مطبعة مصطفى محمد بمصر .
- ٥٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، محمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي بمصر .
- ٦٠ - حاشية الشرقاوي على شرح التحرير للأنصاري ، عبد الله بن حجازي الشرقاوي
(١٢٢٦ هـ) .
- طبع ١٩٤٦ هـ - ١٩٢٨ م
- ٦١ - حاشية الشرنبلالي على درر الحكم .
مطبوعة على هامش درر الحكم .
- حاشية ابن عابدين ، (انظر رد المحتار) .
- ٦٢ - حاشية العدوي على شرح أبي الحسن على رسالة القيرواني (٣٨٩ هـ) ، علي الصعيدي العدوي
(١١٨٩ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي .
- ٦٣ - حاشية عميرة ، أحمد البرلسي ، الملقب عميرة (٩٥٧ هـ) .
مطبوعة مع حاشية قليوبي .
- ٦٤ - حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار .
- ٦٥ - حاشية قليوبي ، أحمد بن أحمد القليوبي (١٠٦٩ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، ط٣ .
- ٦٦ - الحاوي الكبير ، للماوردي ، علي بن محمد بن حبيب (٤٥٠ هـ) .
مخطوط بدار الكتب المصرية ، رقم ٨٣ ، ٥٠٠ ، ٥٠١ ، فقه شافعي .

- ٦٧ - حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة ، جلال الدين الدين ، عبد الرحمن السيوطي (٩١١ هـ) .
 مطبعة عيسى الحلبي ، القاهرة .
- ٦٨ - أبو حنيفة ، الشيخ محمد أبو زهرة .
 دار الفكر ، القاهرة .
- ٦٩ - أبو حنيفة ، عبد الحلیم الجندي .
 طبع المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية ، القاهرة .
- ٧٠ - خلاصة تذهيب تهذيب الكمال ، أحمد بن عبد الله الخزرجي ، (المتوفى بعد سنة ٩٢٣ هـ) .
 طبع مكتبة القاهرة ، تحقيق محمود عبد الوهاب فايد .
- ٧١ - دستور العلماء (جامع العلوم) ، عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري .
 طبعة أولى ، الهند .
- ٧٢ - الدر المختار ، للحصكفي (انظر رد المختار) .
- ٧٣ - درر الحکام في شرح غرر الأحكام ، منلا خسرو (٨٨٥ هـ) .
 المطبعة العامرة الشرقية ١٣٠٤ هـ .
- ٧٤ - دليل المسافر ، أحمد بك الحسيني .
 الطبعة الأولى - المطبعة الأميرية - بيولاق مصر - سنة ١٣١٩ هـ .
- ٧٥ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي (٧٩٩ هـ) .
 طبعة أولى ١٣٥١ هـ .
- ٧٦ - ذخائر المواريث في الدلالة على مواضع الأحاديث ، عبد الغني النابلسي (١١٤٣ هـ) .
 طبعة أولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٤ م .
- ٧٧ - رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، محمد بن عبد الرحمن الدمشقي ، (٩٦٩ هـ) .
 مطبوع على هامش الميزان .
- ٧٨ - رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، المعروف بحاشية ابن عابدين ، محمد أمين (١٢٥٢ هـ) .
 الطبعة الثانية ، ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .
 مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة .
- ٧٩ - الرسالة . للإمام محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤ هـ) .
 مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة - سنة ١٣٥٨ هـ / ١٩٤٠ م ، تحقيق أحمد شاكر .
- ٨٠ - الرسالة المستطرفة ، محمد بن جعفر الكتاني (١٣٤٥ هـ) ، تحقيق الأستاذ محمد المنتصر الكتاني .
 طبع دار الفكر بدمشق .

- ٨١ - روضة الطالبين ، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي (٦٧٦ هـ) .
الطبعة الأولى ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م ، المكتب الإسلامي بدمشق .
- ٨٢ - روضة القضاة وطريق النجاة ، علي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني ، (٤٩٩ هـ) ، تحقيق
الدكتور صلاح الدين الناهي ، بغداد
- ٨٣ - سبل السلام ، محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٣ هـ) .
طبعة رابعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .
- ٨٤ - سنن أبي داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ) .
طبع مصطفى الحلبي ، ١٩٥٢ م .
- ٨٥ - السنن الكبرى ، أحمد بن الحسين البيهقي (٤٥٨ هـ) .
طبعة أولى ، حيدرآباد بالهند .
- ٨٦ - سنن ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي ، بالقاهرة ، طبعة أولى .
- ٨٧ - سنن النسائي ، أحمد بن شعيب النسائي أبو عبد الرحمن (٣٠٣ هـ) .
مطبعة مصطفى الحلبي .
- ٨٨ - الشافعي ، للشيخ محمد أبي زهرة .
طبع دار الكتاب العربي .
- ٨٩ - الشافعي ، عبد الحلیم الجندي .
دار الكتاب العربي ، القاهرة .
- ٩٠ - شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، (١٠٨٩ هـ) .
مكتبة القدسي ، القاهرة ١٣٥١ هـ .
- ٩١ - شرح التحرير ، زكريا الأنصاري .
مطبوع على هامش حاشية الشرقاوي .
- ٩٢ - شرح حدود ابن عرفة (٨٠٣ هـ) ، محمد الأنصاري المشهور بالرصاص التونسي (٨٩٤ هـ) .
طبعة أولى ، تونس .
- ٩٣ - شرح الزرقاني على الموطأ ، محمد الزرقاني (١١٢٢ هـ) .
مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة .
- ٩٤ - شرح ابن القاسم الغزي على الإقناع .
مطبوع على هامش حاشية الباجوري .
- ٩٥ - شرح ميارة على تحفة الحكام ، محمد بن أحمد ميارة الفاسي .
طبع المكتبة التجارية ، بمصر .

- ٩٦ - صحيح البخاري بحاشية السندي ، محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦ هـ) .
المطبعة العثمانية ، بصر ، طبعة أولى .
- ٩٧ - صحيح مسلم بشرح النووي ، مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١ هـ) .
المطبعة المصرية ، القاهرة ، طبعة أولى .
- ٩٨ - ضبط الأعلام ، أحمد تيمور باشا ، ط أولى ، القاهرة ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٧ م .
مطبعة دار إحياء الكتب العربية .
- ٩٩ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع ، محمد بن عبد الرحمن السخاوي (٩٢٠ هـ) .
مطبعة دار إحياء الكتب العربية ، طبعة أولى ، القاهرة .
- ١٠٠ - طبقات الشافعية الكبرى ، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي (٧٧١ هـ) ، تحقيق
الطناحي وحلو .
مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .
- ١٠١ - طبقات الشافعية ، أبو بكر ، ابن هداية الله الحسيني ، الملقب بالمصنف (١٠١٤ هـ) .
مطبعة بغداد ١٣٥٦ هـ ، (مع طبقات الفقهاء للشيرازي) .
- ١٠٢ - طبقات الشافعية ، للإسنوي ، جمال الدين عبد الرحيم الإسنوي (٧٧٢ هـ) ، تحقيق عبد الله
الجبوري .
نشر وزارة الأوقاف ، بغداد - ١٣٩٠ هـ .
- ١٠٣ - طبقات الصوفية ، لأبي عبد الرحمن السلمي (٤١٢ هـ) ، تحقيق نور الدين شريفة .
مطبعة دار التأليف بصر - الطبعة الثانية ، ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .
- ١٠٤ - طبقات الفقهاء ، إبراهيم بن علي بن يوسف ، أبو إسحاق الشيرازي ، (٤٧٦ هـ) ، تحقيق
احسان عباس .
دار التراث العربي ، بيروت - ١٩٧٠ م .
- ١٠٥ - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، محمد بن أبي بكر الزرعي ، ابن قيم الجوزية (٧٥٢ هـ) .
مطبعة أنصار السنة المحمدية ، مصر .
- ١٠٦ - طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية ، عمر بن يوسف النسفي ، (٥٣٧ هـ) .
المطبعة العامرة ، القاهرة ١٣١١ هـ .
- ١٠٧ - العبر في أخبار من عثر ، مؤرخ الإسلام الحافظ الذهبي (٧٤٨ هـ / ١٣٤٧ م) .
تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد ، فؤاد سيد ، طبع الكويت سنة ١٩٦٠ م .
- ١٠٨ - عجالة المبتدي ، وفضالة المنتهي في النسب ، أبو بكر محمد بن أبي عثمان الحازمي الهمداني ، تحقيق
عبد الله كنون .
المطبعة الأميرية بالقاهرة ، ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٥ م .

- ١٠٩ - الفتح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الصغير ، وهما للجلال السيوطي (١١١ هـ) ، جمعها يوسف النبهاني (١٣٥٠ هـ) .
 مطبعة عيسى الحلبي - القاهرة .
- ١١٠ - فتح التقدير شرح الهداية ، للمرغيناني (٥٩٣ هـ) ، الكمال بن المهام (٨٦١ هـ) .
 مطبعة المكتبة التجارية بمصر ،
- ١١١ - فصول من الفقه الإسلامي العام ، للدكتور محمد فوزي فيض الله .
 مطبعة جامعة دمشق .
- ١١٢ - الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ، الدكتور وهبة الزحيلي .
 مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٧ .
- ١١٣ - فهرست ابن خير ، أبو بكر محمد بن خير بن عمر بن خليفة الأموي الاشيبلي (٥٧٥ هـ) .
 تصوير مكتبة المثنى ، بغداد .
- ١١٤ - الفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة ، محمد بن علي الشوكاني ، (١٢٥٠ هـ) .
 طبعة أولى ، السنة المحمدية .
- ١١٥ - فهرس المخطوطات المصورة ، فؤاد سيد ، القاهرة ١٩٥٤ م .
- ١١٦ - قوات الوفيات ، محمد بن شاكر بن أحمد الكتبي (٧٦٤ هـ) ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .
 طبع مكتبة النهضة المصرية .
- ١١٧ - فيض الإله المالك ، عمر بركات الشامي البقاعي المكي .
 مطبعة المكتبة التجارية ، القاهرة .
- ١١٨ - القاموس المحيط ، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي (٨١٧ هـ) .
 مطبعة المكتبة التجارية ، القاهرة .
- ١١٩ - قوانين الأحكام الشرعية ، محمد بن أحمد بن محمد بن جزي (٧٤١ هـ) .
 طبع دار العلم للملايين ، بيروت .
- ١٢٠ - كشاف اصطلاحات الفنون (موسوعة الاصطلاحات) ، محمد علي بن علي التهانوي (بعد ١١٥٨ هـ) .
 تصوير مطبعة كلكتا ، ١٨٦٢ م
- ١٢١ - كشاف القناع على متن الإقناع ، منصور بن إدريس البهوتي الخنبلي ، (١٠٥١ هـ) .
 طبعة أولى ، مطبعة العامرة الشرقية ، القاهرة .
- ١٢٢ - كشف الخفاء ومزيل الإلباس ، إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي ، (١١٦٢ هـ) .
 طبع مكتبة التراث الإسلامي ، حلب .

- ١٢٣ - كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، ملا كاتب جلبي .
طبعة أولى ١٣١٠ هـ .
- ١٢٤ - لب الألباب في تحرير الأنساب ، جلال الدين السيوطي (٩١١ هـ) .
تصوير مكتبة المثني ببغداد .
- ١٢٥ - لسان الحكام في معرفة الأحكام ، إبراهيم بن محمد ، المعروف بابن الشُّخنة الحلبي (٨٨٢ هـ) .
مطبعة البرهان ، الإسكندرية .
- ١٢٦ - مالك ، الشيخ محمد أبو زهرة .
دار الكتاب العربي ، القاهرة .
- ١٢٧ - مالك ، عبد الحلیم الجندي .
دار المعارف بمصر .
- ١٢٨ - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، المعروف بشيخي زاده
(١٠٨٧ هـ) .
مطبعة العثمانية ١٣٢٧ هـ .
- ١٢٩ - جمع الزوائد ومنبع الفوائد ، نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، (٨٠٧ هـ) .
مطبعة القدسي بمصر .
- ١٣٠ - المجموع ، شرح المذهب ، النووي (٦٧٦ هـ) ، السبكي (٧٥٦ هـ) ، نجيب المطيعي والعقبى
(معاصران) .
مطبعة الإمام بمصر .
- ١٣١ - الحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد ، أبو البركات ، عبد السلام بن عبد الله بن تيمية
(٦٥٢ هـ) .
مطبعة السنة المحمدية بمصر - سنة ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م .
- ١٣٢ - مختار الصحاح ، الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر .
الطبعة الأميرية بالقاهرة ، الطبعة السادسة ، ١٣٧٠ هـ / ١٩٥٠ م .
- ١٣٣ - مختصر صحيح مسلم ، للحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري (٦٥٦ هـ) ،
تحقيق الشيخ محمد ناصر الألباني .
طبع وزارة الأوقاف بالكويت - سنة ١٣٨٩ هـ .
مختصر المزني (على هامش الأم للشافعي) .
- ١٣٤ - المختصر في أخبار البشر ، عماد الدين ، إسماعيل أبو الفدا (٧٣٢ هـ) .
المطبعة الحسينية المصرية .
- ١٣٥ - المدخل الفقهي العام ، للأستاذ مصطفى الزرقا .
الطبعة السادسة ، ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م .

- ١٣٦ - مرآة المجلة ، يوسف آصاف .
 طبع المطبعة العمومية بمصر - سنة ١٨٩٤ م .
- ١٣٧ - مراصد الإطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع ، صفي الدين عبد المؤمن بن عبد الحق البغدادي
 (٧٣٩ هـ) .
- طبع دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة .
- ١٣٨ - مسالك الدلالة ، أحمد بن محمد بن الصديق الفخاري .
 طبعة أولى ، مكتبة الجمهورية بالقاهرة .
- ١٣٩ - المستدرک على الصحيحين ، أبو عبد الله ، محمد بن عبد الله ، المعروف بالحاكم ، (٤٠٥ هـ) .
 طبع حيدرآباد بالهند - سنة ١٣٣٥ هـ .
- ١٤٠ - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (٦٢٢ هـ) ، أحمد بن محمد بن علي المقرئ
 الفيومي (٧٧٠ هـ) .
- المطبعة الأميرية ، الطبعة السادسة - سنة ١٩٢٦ م .
- ١٤١ - المعارف ، عبد الله بن مسلم ، أبو محمد ، ابن قتيبة (٢٧٦ هـ) ، تحقيق الدكتور ثروت عكاشة .
 دار المعارف بمصر - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٩ م .
- ١٤٢ - معالم السنن ، للخطابي ، حمد بن محمد بن إبراهيم بن خطاب ، البُستي ، أبو سليمان (٣٨٨ هـ) .
 مطبعة السنة المحمدية بمصر ، مع مختصر سنن أبي داود .
- ١٤٣ - معجم البلدان ، شهاب الدين أبو عبد الله ياقوت بن عبد الله الحموي الرومي البغدادي
 (٦٢٦ هـ) .
- دار صادر ، دار بيروت .
- ١٤٤ - معجم المؤلفين ، محمد رضا كحالة ،
 مطبعة مكتبة المشق + دار إحياء التراث العربي - بيروت .
- ١٤٥ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، علي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤ هـ) .
 المطبعة الأميرية ، بولاق مصر .
- ١٤٦ - المغني ، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠ هـ) .
 طبع مكتبة الجمهورية ، القاهرة - سنة ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .
- ١٤٧ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، محمد الشريفي الخطيب ، (٩٩٧ هـ) . مطبعة مصطفى
 الحلبي ، القاهرة - سنة ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٨ م .
- ١٤٨ - مغيث الخلق في ترجيح القول الحق ، أبو المعالي عبد الملك الجويني ، الشهرير بإمام الحرمين
 (٤٧٨ هـ) .
- الطبعة الأولى ، ١٣٥٢ هـ / ١٩٣٤ م - المطبعة المصرية .

- ١٤٩ - مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم ، أحمد بن مصطفى ، الشهير بطاش كبرى زادة (٩٦٨ هـ) .
- ١٥٠ - طبع دار الكتب الحديثة بالقاهرة سنة ١٩٦٨ م .
- ١٥١ - المفردات في غريب القرآن ، للراغب الأصفهاني ، أبي القاسم الحسين بن محمد (٥٠٢ هـ) . مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، ١٣٨١ هـ / ١٩٦١ م .
- ١٥٢ - ملتقى الأبحر ، الحلبي (٩٥٦ هـ) . مطبوع على هامش مجمع الأنهر .
- ١٥٣ - الملكية في الشريعة الإسلامية ، الدكتور عبد السلام العبادي . طبع مكتبة الأقصى - عمان - الأردن - الطبعة الأولى ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م .
- ١٥٤ - المنجد ، في اللغة والأدب والعلوم ، لويس معلوف . طبعة ١٩٦٦ م .
- ١٥٥ - منهج الطالبين للنووي (٦٧٦ هـ) . على هامش مغني المحتاج .
- ١٥٦ - المهذب ، أبو إسحاق ، إبراهيم بن يوسف الشيرازي (٤٧٦ هـ) . مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الثانية ، القاهرة - سنة ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م .
- ١٥٧ - الموطن ؛ الإمام مالك بن أنس (١٧٩ هـ) . طبع دار الشعب .
- ١٥٨ - الميزان الكبرى ، عبد الوهاب الشعراني (٩٧٣ هـ) . المطبعة البهية ١٣٠٢ هـ ، طبعة رابعة .
- ١٥٩ - نتائج الأفكار تكملة فتح القدير ، شمس الدين ، المعروف بقاضي زادة (٩٨٨ هـ) . طبع المكتبة التجارية بمصر .
- ١٦٠ - النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة ، أبو المحاسن ، يوسف بن تفرى بردى (٨٧٤ هـ) . تصوير وزارة الثقافة بمصر .
- ١٦١ - نصب الراية لأحاديث الهداية ، عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢ هـ) . طبعة أولى ، بمصر - سنة ١٣٥٧ هـ / ١٩٣٨ م .
- ١٦٢ - نظرية الدعوى ، الدكتور محمد نعم ياسين . من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية - عمان - الأردن .
- ١٦٣ - النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ، لمحمد بن أحمد بن بطال الركي (٦٣٠ هـ) . مطبوع في أسفل المهذب .
- ١٦٤ - نكت الهميان في نكت العميان ، خليل بن أبيك الصفدي (٧٦٤ هـ) . تصوير مكتبة المثق ، بغداد عن المطبعة الجمالية سنة ١٣٢٩ هـ / ١٩١١ م .

- ١٦٥ - النهاية في غريب الحديث ، ابن الأثير ، مجد الدين ، أبو السعادات ، المبارك بن محمد الجزري (٦٠٦ هـ) ، تحقيق محمود محمد الطناحي وطاهر أحمد الزاوي .
 طبع دار إحياء الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي ، طبعة أولى ١٣٨٣ هـ / ١٩٦٣ م
- ١٦٦ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، شمس الدين محمد بن أحمد بن شهاب الدين الرملي ، المشهور بالشافعي الصغير (١٠٠٤ هـ) .
 مطبعة مصطفى الحلبي - القاهرة - سنة ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٧ م .
- ١٦٧ - نيل الأوطار ، محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٠ هـ) .
 مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، الطبعة الثالثة - سنة ١٣٩١ هـ / ١٩٧١ م .
- ١٦٨ - الهداية ، المرغيناني .
 مطبوعة مع فتح القدير .
- ١٦٩ - هدية العارفين ، أسماء المؤلفين وأثار المصنفين ، إسماعيل باشا البغدادي .
 طبع استانبول ١٩٥١ م .
- ١٧٠ - الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ، حجة الإسلام محمد بن محمد ، أبو حامد الغزالي (٥٥٥ هـ) .
 مطبعة المؤيد ، بمصر ١٣١٧ هـ .
- ١٧١ - الوزراء والكتاب ، محمد بن عبدوس الجهشياري ، أبو عبد الله (٣٣١ هـ) .
 مطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الأولى .
- ١٧٢ - وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ، الدكتور محمد مصطفى الزحيلي .
 طبع مكتبة دار البيان - دمشق - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .
- ١٧٣ - الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ، الدكتور وهبة الزحيلي .
 مطبعة جامعة دمشق ، طبعة ثانية .
- ١٧٤ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (٨٦١ هـ) ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .
 طبع مكتبة النهضة المصرية - القاهرة - سنة ١٣٦٧ هـ / ١٩٤٩ م .
- ١٧٥ - الولاية والقضاة ، الكندي أبو عمر ، محمد بن يوسف الكندي المصري ، (٣٥٠ هـ) .
 طبع مطبعة الآباء اليسوعيين ، بيروت ١٩٠٨ م .



٧ - فهرس المصطلحات والمفردات

التي عرفتها وشرحتها

(حرف الألف)

٣٦٤	الاستفاضة	٥٣٣	آذر
٥٥٣	الإسجال	٥٩	ألو
٩٣	الإشاعة	٧٥	الاجتهاد
٣٧٦	أشهل	١٩٨	الإجهاض
٥٦٩	أطد	٦٠٧	الأخصاص
١٣٤	الإعداد	٥٤٨	الإذ
٨٨	اغتلام	٣٧٥	أذم
٣٧٦	أقى	١٩٨	الأرش
٣٧٧	ألم	٧٦	أركان القياس
٦٠٧	أنصاف اللين	٦٠٥	الأزج

(حرف الباء)

٣٠١	البضع	٢٥٨	البرزة
٧٢	البغاة	٥٩٦ - ٢٤٤	البيسط

(حرف التاء)

٥٧	التلؤ	٥٤٥	تبلة
٣٨٠	تتمم	٣٣٥	تخول
٦٩٠	التمييز	٣٣٨	التركيبية المقيدة
٥٢١	التولية	٩١	التعبير باللفظ
		٩٣	التعبير الملقى والملقى

(حرف الشاء)

٦٦٢

ثم

(حرف الجيم)

٢٤٧	الجَمالة	١٩٨	الجائفة
٢٢١	الجَنبَة	٨٨	الجَداد
٥١٣	الجوسق	١٩٨	الجراح
٥٣٠	الجيرة	٢٤٧	الجُعَل

(حرف الحاء)

٨٨	الحِداد	١١١	الحاقب
٤٣٢	الحسبة	١١١	الحاقن
٦١١	الحوالة	٢٨٠	الحال
٢٣٢	الحوّل	٢٧٨	حد الغيبة

(حرف الخاء)

١٣٨	الخفّض	٢٩٩	الخارج
٦٠٧	الخوارج	٣٠٢	الخَرَج
١٦٤	خيار المجلس	١٤٧	خَرم
٥١٨	الخيلان	٦٠٧	الخِص
		١٨٩	الخَلْطَة

(حرف الدال)

٣٧١	الدعوة	٢٩٩	الداخل
٦٠٧	الدواخل	٤٩٧	الدرهم
٤٩٧	الدينار	٥٠٦، ٥٠٤	الدَرْك

(حرف الذال)

١٦٥

ذكاة الجنين

(حرف الراء)

٥٤٤ الرقي ٩٤ راب

(حرف الزاي)

٣٣٧ زيادة العدالة ٢٩٤ زيف

(حرف السين)

٦٩٠ سن التمييز ٣٧٦ سبط

٤٥٨ السوم ٣٤٣ السرب

٣٤٤ سوي ٤٩٢ السطر

(حرف الشين)

٤٣٢ شهادة الحسبة ٥٢١ الشركة

٣٧٦ الشهلة ١٦٩ شعموي

٣٧٦ الشكلة ٣٧٦ الشكلة

(حرف الصاد)

٥٠٦ الصنجة ١١٦ الصديق الملائف

٣٧٦ الصهب ٤٩٢ الصطر

١٠٠ الصقع ١٠٠ الصقع

(حرف الطاء)

٥٤ طريقة العراق ٥٤٢ الطيراق

٥٤ طريقة خراسان ٥٤ طريقة خراسان

(حرف الظاء)

٢١٣ الظفر بغير الجنس ٢١٣ الظفر بغير الجنس

(حرف العين)

٣١٥ ، ٦٩	عقيب	٣٣٧ ، ٧٠	المدالة
٥٥	العلاوة	٢٧٨	العدوى
٥٤	علم الشروط	٤١٤	العُدْر
٥٤	علم القضاء	١٦٥	المرايا
٣٠٦	العُلُقَة	٢٨٧	القرَض
٥٤٤	العُمري	٣١٥	العقب

(حرف الغين)

٢٧٨	الغَيْبَة	١٩٨	الغُرّة
-----	-----------	-----	---------

(حرف الفاء)

٢٨٠	الفأفة
-----	--------

(حرف القاف)

٧٤	قضاء الأعمى	٣٧٢	القاضي
٥٧٥ ، ٧٤	قضاء الجاهل	٢٤٧	القراض
٨٦	القضاء والجهاد	٥٠٣	القرية
٦٠٧	القَمَطُ	٥٢٥	قسمة الأجزاء
٣٧٩	القنا	٥٢٥	قسمة الإفراز
١٠٩	القنَع	٥٢٧	قسمة التعديل
٤٩٧	القبراط	٥٢٧	قسمة الردّ
٦٠٠	القيّم	٢٧٨	القصر

(حرف الكاف)

١٠٥	الكَين	٢٨١	الكاعد
١٠٥	الكنين	٣٧٧	كلأ ولسماً

(حرف اللام)

١١٧	اللدد	٢٨٠	لنغ
		٢٨٠	اللثغة

(حرف الميم)

٦٦٠	الرَّد	٢٣٥	الرَّد
٢٧٠	مَزْمَة	٢٠٣	المبهم
٤١٤ ، ٢٧٨	مسافة العدوى	٢٦٢	المتعذر
٢٧٨	مسافة القصر	٢٦٢	المتعز
٥٣٦	المساقاة	٤٩٧	المثقال
٢٨٨	المسخر	١٦٥	المثقل
٥٣	المعجم	٦٤٠	المثلي
٥٤٧	المغل	٦٤٣	المثان عند المتكلمين
٨٠	المقلد	٨٠	المجتهد المقيّد
٧٠	المكاتبة	٥٤١	الحارة
١١٦	الملاطف	٥٣	مختد
١٠٤	المأرج	٥٥٣	المخض
٣٦٣	المنتقبة	٢٦٠ ، ٢٥٩	المخدرة
٥٨	منعه منه وعنه	٧٠	المُدبّر
٥٤١	الرَّد	٢٨٨	المدير
٥٤٣	مَزْمَة	٤٩	المذاهب الإسلامية
١٩٨	مسافة العدوى	٦٧٦	المرتابة

(حرف الهاء)

٤١٩	الهنّية	٤١٩	الهنّ
-----	---------	-----	-------

(حرف الواو)

٥٩٦ ، ٢٤٤	الوسيط	٣٩٣	الودج
		٢٥٣	الوسق

☆ ☆ ☆

٨ - فهرس محتويات الكتاب

الصفحة	الموضوع
٥	الاهداء
٧	مقدمة الطبعة الثانية
١٤	تقديم الطبعة الأولى
١٥	مكانة نظام التقاضي وآداب القاضي فقهاً وتطبيقاً
١٦	الاهتمام بالتأليف في القضاء
١٧	حياة ابن أبي الدم
١٧	اسمه ونسبه
١٨	ولادته ووفاته
١٨	نشأته وحياته
٢٠	مكانته العلمية
٢١	مصنفات ابن أبي الدم
٢٣	أهمية كتاب « الدرر المنظومات » في الفقه الإسلامي
٢٥	أهداف المصنف وخطته
٣٠	عمل القضاة في بناء صرح الفقه الشامخ
٣٠	مكانة الكتاب التشريعية وفائدة نشره
٣٣	مخطوطات الكتاب
٣٣	دراسة النسخة الأصلية « الأصل »
٣٥	نسخة فرنسا « ف »
٣٧	نسخة الظاهرية « ب »
٣٩	اصطلاحات ابن أبي الدم في « الدرر المنظومات »
٤٠	عملي في التحقيق
٤٤	صعوبات التحقيق

الباب الأول في صفة القضاء

الفصل الأول فيما ورد في القضاء

الترغيب في القضاء

الترهيب من القضاء

الامتناع عن القضاء

حكم الدخول في القضاء

الفصل الثاني في صفة القاضي

شروط القضاء

ضابط الفسق

القضاء من الأعمى والأخرس والأمي والجاهل ومن فقد شرطاً

حكم تولي القضاء وقبوله

الفصل الثالث في كيفية عقد القضاء

مقدمات :

أولها : حكم القضاء التكليفي

ثانيها : ولاية المفضل

ثالثها : طلب القضاء

حكم قبول التعيين

حالات طلب القضاء

كيفية عقد القضاء

النظر الأول في مقدمته

معرفة المولى توفر الشروط في المولى

اختبار المولى

النظر الثاني في صفة العقد

صيغة العقد

٦٢	النظر الثالث في لزوم العقد
٩٢	لزوم العقد
٩٣	عزل القاضي
٩٥	النظر الرابع في توافق الإمام والقاضي
٩٥	توافق الإمام والقاضي في المذهب
٩٦	تخصيص المذهب
٩٨	النظر الخامس في استنابة القاضي نائباً في الحكم
٩٨	نائب القاضي
٩٩	شروط النائب
١٠٠	النظر السادس في جواز تولية قاضيين في بلد واحد
١٠٠	تمدد القضاة
١٠١	النظر السابع في جواز أخذ القاضي الرزق على القضاء
١٠٣	الفصل الرابع في أدب القضاء
١٠٣	الأول : إعلام أهل البلد بقدومه
١٠٥	الثاني : النزول وسط البلد
١٠٥	الثالث : البواب
١٠٦	الرابع : الحاجب
١٠٧	شروط الحاجب
١٠٨	الخامس : الأعوان
١٠٩	السادس : الكاتب
١٠٩	السابع : منع القضاء في المسجد
١١٠	الثامن : حضور العلماء لمشاورتهم
١١٠	التاسع : الخروج من البيت والدعاء
١١١	العاشر : أحوال القاضي الخاصة عند الحكم
١١١	الحادي عشر : المدول
١١٢	المترجم وشروطه
١١٣	المسمع
١١٣	الثاني عشر : كراهة البيع والشراء

١١٤	الثالث عشر : تحريم الهدية
١١٤	حضور الولائم
١١٥	عيادة المرضى وتشجيع الجنائز
١١٥	ضيافة الخصم
١١٧	الرابع عشر : النظر في أمر المحبسين
١١٨	تعقيب المصنف على الماوردي
١١٨	فعل الحاكم وأمره ليس حكماً
١٢١	النظر في أمور اليتامى
١٢٢	النظر في أمر الأمانة والقوام
١٢٢	تصفح ديوان الحكم
١٢٣	الاعتماد على الخط
١٢٤	الخامس عشر : تعقب حكم القاضي السابق
١٢٥	استعمال لفظ « الاستئناف »

الباب الثاني فيما يجب على الحاكم

١٢٧	الفصل الأول في وجوب إنصاف الخصمين والتسوية بينهما
١٢٧	المسألة الأولى : العدل والإنصاف بين المتحاكين
١٢٨	القيام للخصوم وعدمه
١٣٠	رد السلام على الخصوم
١٣١	جلوس الخصوم عند الحاكم
١٣١	التسوية مع الذمي وعدمها
١٣١	المسألة الثانية : إحضار الخصمين
١٣٢	الإجابة للحكم
١٣٣	المسألة الثالثة : سؤال الخصمين
١٣٣	تلقين الدعوى وعدمه
١٣٤	ترتيب دعاوى
١٣٥	سماع الدعوى ولو من العامي على السلطان
١٣٥	التقديم بدعوى واحدة
١٣٦	المسألة الرابعة : إكرام الشهود
١٣٨	تفريق الشهود

١٣٩	المسألة الخامسة : جواب المدعى عليه
١٣٩	سماع الشهادة
١٣٩	تدوين الشهادة وتمييز الشهود
١٤٠	ثبوت الحق بعد الشهادة
١٤١	اقرار المدعى عليه والقضاء بعلم القاضي
١٤١	المقرعنده
١٤٢	شروط الحكم بعلم القاضي
١٤٣	الإقرار قبل سؤال القاضي
١٤٤	الفصل الثاني في التزكية
١٤٤	شروط المزكي
١٤٥	صورة التزكية
١٤٥	لفظة « أشهد » في التزكية
١٤٦	التزكية المقيدة
١٤٦	العدالة لا تتبع
١٤٨	التزكية حق الله تعالى
١٤٨	تزكية الخصم للشاهد
١٥٠	الفصل الثالث في أرباب المسائل
١٥٠	تفسير الأصحاب لأصحاب المسائل
١٥١	اشتراط العدد
١٥٥	التعديل علانية
١٥٧	الفصل الرابع في القضاء بالعلم
١٥٧	الحالات الجائزة
١٥٧	الحالات المختلف فيها
١٥٩	الفصل الخامس في قضاء القاضي لأصوله وفروعه
١٥٩	قبول تزكياتهم
١٦٠	القضاء على عدوه
١٦٠	القضاء على الموصى عليه
١٦١	الفصل السادس في نقض قضاائه الذي وقع منه
١٦١	مقدمة : هل الثبوت حكم ؟

١٦٢	اليقين المكّلة
١٦٣	اليقين مع الشاهد تنوب عن اليقين المكّلة
١٦٣	حقيقة الحكم بالشاهد واليدين
١٦٤	الحكم الذي لا ينقض
١٦٥	الحكم الذي ينقض
١٦٨	الفصل السابع في أن حكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هي عليه
١٦٨	صفة حكم الحاكم
١٦٩	القضاء في المجتهدات
١٧٠	هل كل مجتهد مصيب ؟
١٧٢	مسائل القضاء في المجتهدات
١٧٦	الفصل الثامن في التحكيم
١٧٦	نفاذ حكم المحكم
١٧٧	لزوم حكم المحكم
١٧٧	حبس المقر عند المحكم
١٧٨	شروط المحكم
١٧٨	الإشهاد على حكم المحكم
١٧٩	قصور حكم المحكم على المتحاكين
١٨٠	الفصل التاسع في حكم الحاكم بعد عزله
١٨٠	الحكم بعد عزل الحاكم
١٨٠	من ينعزل بعزله
١٨١	سماع شهادة القاضي المعزول على فعل نفسه
١٨٢	إخبار القاضي المعزول بشهادة ، وليس حكما

الباب الثالث في الدعاوى والبيّنات ومجامع الخصومات

١٨٤	الفصل الأول في الدعوى
١٨٤	النظر الأول في حد الدعوى وحقيقتها
١٨٤	التفريق بين المدعي والمدعى عليه
١٩٠	النظر الثاني في كيفية الدعوى وصفاتها وشروطها
١٩٠	أقسام الدعوى

١٩٠	الدعوى بالعين الحاضرة المنقولة
١٩٣	الدعوى بالعين الغائبة
١٩٣	الدعوى بعقار غائب
١٩٤	الدعوى بمال في الذمة
١٩٥	الدعوى بالذئب المؤجل
١٩٧	الدعوى بغير المثلي
١٩٧	ذكر الأوصاف في الدعوى
١٩٨	دعوى النكاح والبيع
١٩٩	الدعوى المطلقة
٢٠٠	دعوى المرأة الزوجية
٢٠١	دعوى الحقوق
٢٠١	الدعوى بالمجهول
٢٠٢	دعوى الوصية
٢٠٣	الاقرار بمبهم
٢٠٤	الدعوى بالاقرار المجهول
٢٠٧	النظر الثالث في جواب المدعى عليه
٢٠٧	القسم الأول : الإقرار بالمدعى به
٢٠٩	الاقرار المركب
٢٠٩	القسم الثاني : الإنكار
٢١٠	نفي النتيجة لا السبب
٢١٠	البيِّن على النتيجة ، لا السبب
٢١١	اختلاف الدعوى والاقرار في السبب
٢١١	الاختلاف في الميب
٢١٦	تخيير المدعى بين التحليف والبيينة
٢١٦	نفي البيينة
٢١٧	الطعن في بيينة نفسه أو تكذيبها
٢١٧	تحليف المدعى عليه
٢١٨	الامتناع عن البيئن
٢١٩	النكول حكماً
٢٢٠	استحسان الإعلام بالنكول
٢٢٠	حصول النكول

٢٢١	التصريح بالنكول
٢٢١	رد اليمين على المدعي
٢٢٢	القسم الثالث من أجوبة المدعى عليه : السكوت
٢٢٣	الفصل الثاني في يمين المدعي
٢٢٣	نكول المدعي عن اليمين
٢٢٤	طلب الإمهال
٢٢٤	إقامة شاهد واحد
٢٢٥	حقيقة يمين الردّ
٢٢٥	الإقرار لغير المدعي
٢٢٧	الإقرار لأحد اثنين
٢٢٨	اليمين بين الشريكين
٢٢٩	الإذن لوليين بالتزويج
٢٢٩	البينة بعد يمين الردّ
٢٣٢	الفصل الثالث في تعذر ردّ اليمين
٢٣٢	المسألة الأولى : طلب الزكاة
٢٣٣	المسألة الثانية : موت المدعي ، ولا وارث له
٢٣٤	المسألة الثالثة : طلب الجزية
٢٣٥	المسألة الرابعة : دعوى الأسير الإنبات بالدواء
٢٣٦	المسألة الخامسة : الصبي وسهم المقاتلة
٢٣٦	المسألة السادسة : بيع مال الطفل
٢٣٧	رد اليمين على الولي
٢٣٩	الفصل الرابع في صيغ اليمين
٢٣٩	النظر الأول في قاعدة يمين النفي والبتّ
٢٤٠	مسائل الحلف على نفي فعل الغير
٢٤٠	المسألة الأولى : الحلف على جناية عبده
٢٤١	الحلف على اتلاف يهيمته
٢٤١	المسألة الثانية : الدعوى بدين على الأب
٢٤١	الحلف على موت الأب
٢٤٢	الحلف على التركة
٢٤٣	المسألة الثالثة : يمين وكيل البائع

٢٤٣	المسألة الرابعة : اليمين على الطلاق المبهم
٢٤٤	الوسيط للغزالي وأصله وشرحه
٢٤٥	النظر الثاني في كيفية التحالف بين المتبايعين والمتنازعين
٢٤٥	التحالف بين المتبايعين
٢٤٦	التحالف على الخيار الزماني والمكاني
٢٤٨	كيفية التحالف
٢٤٨	الجمع بين النفي والإثبات
٢٤٩	تعدد اليمين
٢٥٠	التحالف والتفاسخ
٢٥١	حكم التحالف في الانفساخ
٢٥٢	النظر الثالث في كيفية اليمين الواجبة على المدعى عليه
٢٥٢	تغليظ اليمين
٢٥٣	التغليظ باللفظ
٢٥٤	التغليظ بالمكان
٢٥٦	التغليظ بالزمان
٢٥٦	التحليف بالمصحف
٢٥٧	التغليظ بالقيام
٢٥٨	الدعاوى التي يُغَلِّظُ فيها
٢٥٨	تغليظ اليمين على المرأة في المكان
٢٥٩	الاختلاف في تغليظ اليمين على المرأة المخدرة
٢٦١	تصديق شاهده في اليمين
٢٦١	يمين الاستظهار أو اليمين المتممة
٢٦٢	ترتيب ألفاظ اليمين
٢٦٢	صيغة التغليظ
٢٦٣	تصديق الشاهدين في اليمين المتممة
٢٦٤	اليمين المتممة مع اليمين والشاهد
٢٦٤	اليمين المتممة مع البينة الكاملة
٢٦٦	يمين نفي البراءة
٢٦٩	تغليظ اليمين على الكافر
٢٦٩	يمين النصراني
٢٧٠	يمين المجوسي

٢٧٠	يمين الوثني
٢٧١	يمين الدهري
٢٧١	حضور البيع والكنائس
٢٧٢	طلب المحضر من الحالف
٢٧٢	صورة المحضر
٢٧٣	تعقيب المصنف على الغرض من المحضر
٢٧٨	الفصل الخامس في الدعوى على الغائب والقضاء عليه
٢٧٨	اختلاف الشافعية والحنفية في ذلك
٢٧٩	نصب المسخر
٢٧٩	حالات المدعي
٢٨٠	الحالة الأولى : طلب القضاء على الغائب
٢٨٢	بيع عقار الغائب
٢٨٢	الحالة الثانية : طلب الإشهاد على الغائب بالثبوت
٢٨٣	هل الثبوت حكم ؟
٢٨٣	الحالة الثالثة : طلب نقل البينة
٢٨٥	هل سماع الشهادة حكم ؟
٢٨٧	الحالة الرابعة : دعوى ملك العروض
٢٨٨	نصب مدير عن الغائب
٢٩١	الدعوى على حاضر بدون إحضاره
٢٩١	الحكم بالشهادة على الوصف
٢٩٣	الإشهاد عند القاضي المكتوب إليه
٢٩٤	تقديم كفيل
٢٩٧	الفصل السادس في التداعي بين المتخاصمين
٢٩٧	بينة الداخل تقدم على بينة الخارج
٢٩٩	الداخل والخارج
٢٩٩	المسألة الأولى : طلب كفيل قبل البينة
٣٠٠	المسألة الثانية : طلب الكفيل أو الحبس قبل التعديل
٣٠١	مدة الإمهال للتركية
٣٠٢	المسألة الثالثة : طلب الحجر بعد البينة المجهولة
٣٠٢	المسألة الرابعة : طلب التأخير لحضور الموكل

٢٠٣	المسألة الخامسة : الإقرار لثالث
٢٠٣	الحالة الأولى : الإقرار لثالث حاضر
٢٠٥	الحالة الثانية : الإقرار لثالث غائب
٢٠٧	الإقرار بالملك لغائب مع الإجارة أو العارية
٢٠٧	بقاء الغائب على بينته
٢٠٨	الحالة الثالثة : الإقرار لرجل مبهم
٢٠٨	الحالة الرابعة : الإقرار لصبي أو مجنون
٢٠٩	الحالة الخامسة : الإقرار بالعين لوقف
٢٠٩	المسألة السادسة : دعوى الملك
٢١٠	ترجيح بينة الداخل
٢١١	تقديم بينة الخارج بالملك والغصب والإجارة
٢١٢	بينة الداخل بعد زوال اليد
٢١٤	المسألة السابعة : الإقرار لغيره ثم ادعاؤه لنفسه
٢١٥	المسألة الثامنة : دعوى الشراء من الداخل
٢١٨	المسألة التاسعة : بينة الملك أمس
٢١٩	التنبيه على بعض غلطات الوسيط
٢٢٠	الشهادة بإقرار الداخل بالملك للخارج
٢٢١	المسألة العاشرة : إقرار الداخل بالملك أمس
٢٢١	المسألة الحادية عشرة : بينة الملك من سنة
٢٢٢	تعارض البينتين من خارجين مع تقدم التاريخ
٢٢٣	المسألة الثانية عشرة : بينة النتائج
٢٢٤	المسألة الثالثة عشرة : الإقرار بالعين لأحد المتداعيين
٢٢٤	المسألة الرابعة عشرة : البينة على كذب بينة سابقة
٢٢٥	التحليف على عدم فسق شهوده
٢٢٥	اليمين على أنه حلفه
٢٢٥	لا يمين على الحاكم والشاهد
٢٢٦	المسألة الخامسة عشرة : تعارض البيئات
٢٢٦	اليمين مع القرعة
٢٢٨	المسألة السادسة عشرة : إقرار ذي اليد لأحد المتداعيين
٢٢٩	المسألة السابعة عشرة : اختلاف السبب بين المتداعيين

٣٢٩	المسألة الثامنة عشرة : التنازع على عين في أيديها
٣٢٩	التاريخ السابق
٣٣٠	المسألة التاسعة عشرة : ملك مع سبب ، وملك مطلق
٣٣٠	المسألة العشرون : الترجيح بالقبض على السبب
٣٣١	المسألة الحادية والعشرون : تعارض بينة الشراء مع بينة الشراء والعتق
٣٣١	المسألة الثانية والعشرون : التداعي بعين في أيديها مع التحالف
٣٣٢	التحالف بالنفي والإثبات
٣٣٣	المسألة الثالثة والعشرون : تعارض البينتين على الشراء
٣٣٣	المسألة الرابعة والعشرون : ادعاء حرية الأصل
٣٣٦	دعوى رق المميز
٣٣٦	المسألة الخامسة والعشرون : سؤال العبد والأمة عن الرق عند الشراء
٣٣٧	المسألة السادسة والعشرون : زيادة العدد في البينة
٣٣٧	الترجيح بزيادة العدالة
٣٣٩	الفصل السابع في دعوى بعض الورثة ديناً لمورثهم
٣٣٩	دعوى جميع الورثة أو بعضهم ، ويبين الكل أو البعض
٣٤١	الإقرار لأحد الورثة
٣٤١	القبض من أحد الورثة
٣٤٣	الفصل الثامن في الدعوى بحق الشفعة
٣٤٣	الضابط في ثبوت الشفعة
٣٤٤	سبب الشفعة
٣٤٥	السعي إلى المشتري وطلب الشفعة
٣٤٦	التأخر بعذر
٣٤٦	رفع دعوى الشفعة
٣٤٧	إنكار المشتري دعوى الشفعة
٣٤٧	الثمن المجهول
٣٤٩	نسيان الثمن

الباب الرابع في الشهادات

٣٥٣	الفصل الأول في مستند علم الشاهد وتحمله
٣٥٣	مقدمات : حكم تحمل الشهادة وأدائها

٢٥٤	تعين التحمل والأداء
٢٥٤	غياب الشاهد مسافة العدوى
٢٥٥	غياب الشاهد مسافة القصر
٢٥٥	تعين التحمل بالطلب
٢٥٦	طلب الأجرة في الشهادة
٢٥٧	تعين الأداء في حالات
٢٥٧	عدم تعين الأداء في حالات
٢٥٧	غياب المشهود عليه
٢٥٨	حكم الأداء على الفاسق
٢٥٩	الإشهاد على الشهادة
٢٥٩	شروط الشاهد
٢٦١	ما يشترط فيه الرؤية
٢٦١	السماع من وراء حجاب
٢٦٢	شهادة الأعمى
٢٦٣	الشهادة على المرأة المنتقبة
٢٦٤	التحمل بالاستفاضة
٢٦٤	الاستفاضة بالملك
٢٦٤	مدة التصرف بالملك
٢٦٥	التصرف مع عدم الاستفاضة
٢٦٥	الاستفاضة بالملك مع عدم التصرف
٢٦٦	العدد في الاستفاضة
٢٦٨	ثبوت النسب بالاستفاضة
٢٧١	التسامع بالنسب إلى الأم
٢٧١	ثبوت الموت بالاستفاضة
٢٧٢	ثبوت الوقف والنكاح والولاء بالاستفاضة
٢٧٢	عدم ثبوت الدَّيْن بالاستفاضة
٢٧٥	الفصل الثاني في تحمل الشهادة على مجهول وعلى المرأة المنتقبة بتعريف عدلين
٢٧٥	الشهادة على معروف
٢٧٥	الشهادة على مجهول
٢٧٦	ضابط الخلية في تحمل الشهادة على مجهول

٣٧٨	إقامة الشهادة على مجهول أو مجهول
٣٧٨	معرفة المشهود له وعليه
٣٧٨	تحمل الشهادة على مجهول ومجهول
٣٨٠	الشهادة على المرأة المنتقبة
٣٨٣	الفصل الثالث في كيفية أداء الشاهد أَلشهادة
٣٨٣	شروط قبول الشهادة
٣٨٥	صيغة أداء الشهادة
٣٨٦	كيفية الشهادة على عقد
٣٨٧	صيغة أداء الشهادة على عقد
٣٨٨	صيغة شهادة المرضعة
٣٨٨	صيغة الشهادة على النكاح والهلل
٣٨٩	تحمل الشهادة على مقر
٣٩٠	تحمل الشهادة على الحاكم
٣٩٠	الشهادة على شاهد الأصل
٣٩١	السؤال عن تفصيل الشهادة
٣٩٢	ذكر مستند الشهادة
٣٩٣	مستند الشهادة بالرضاع
٣٩٤	الشهادة بالاستحقاق
٣٩٤	الشاهد لا يرتب الحكم على السبب
٣٩٤	الشاهد سفير للحاكم
٣٩٥	وظيفة الشاهد والحاكم
٣٩٩	الفصل الرابع في الشهادة على الشهادة
٣٩٩	النظر الأول في صفة التحمل والأداء
٣٩٩	ما تقبل فيه الشهادة على الشهادة
٤٠٠	صور التحمل المتفق عليها
٤٠٠	شرط الاسترعاء
٤٠١	صور التحمل المختلف فيها
٤٠٢	كيفية الأداء
٤٠٤	النظر الثاني في عدد شهود الفرع
٤٠٤	لا يقل شهود الفرع عن اثنين

- ٤٠٥ ثبوت الحق بشهادة الأصل أم بشهادة الفرع
- ٤٠٩ الإشهاد على شهادة الفرع
- ٤١٠ النظر الثالث في شرط قبول شهادة الفروع والعمل بها
- ٤١٠ الأول : ثبوت عدالة شاهد الأصل وشاهد الفرع
- ٤١٢ الثاني : تسمية شاهد الفرع شاهد الأصل
- ٤١٣ الثالث : الغيبة أو المرض أو الحبس أو الموت لشاهد الأصل
- ٤١٤ حد مسافة العدوى
- ٤١٤ وصف المرض المانع لشاهد الأصل
- ٤١٥ الرابع : أهلية الشهادة لشاهد الفرع عند التحمل
- ٤١٦ أهلية شاهد الأصل
- ٤١٦ الخامس : الذكورة في شهود الفرع
- ٤١٧ النظر الرابع في ما يطرأ على شهود الأصل بعد تحمل الفروع
- ٤١٧ أولها : الموت
- ٤١٧ ثانيها : الفسق
- ٤١٨ ثالثها : طريان العمى والجنون
- ٤١٨ رابعها : حضور شاهد الأصل من الغيبة
- ٤١٩ خامسها : تكذيب شهود الأصل
- ٤٢٠ طروء ذلك بعد القضاء
- ٤٢٠ تكذيب الأصل للفرع
- ٤٢١ نسيان شاهد الأصل
- ٤٢٢ البينة بعد القضاء على التكذيب قبله
- ٤٢٣ خاتمة : طلب صاحب الحق من شاهد الأصل الإشهاد عليها
- ٤٢٤ الفصل الخامس في مراتب الشهادة
- ٤٢٤ المرتبة الأولى : الزنا أو اللواط لا يثبت إلا بأربعة ذكور
- ٤٢٥ المرتبة الثانية : مالا يثبت إلا بعدلين ذكرين
- ٤٢٦ المرتبة الثالثة : ما يثبت بشاهد ويمين
- ٤٢٧ ثبوت الإعصار
- ٤٢٨ تقديم الشاهد على اليمين والمكس
- ٤٢٨ تصديق الشاهد باليمين
- ٤٢٨ حقيقة الحكم بالشاهد واليمين

٤٢٩	المرتببة الرابعة : ما يثبت بشهادة أربع من النسوة منفردات
٤٣٢	الفصل السادس في شهادة الحسبة وما تقبل فيه
٤٣٢	تعريف شهادة الحسبة
٤٣٢	ما تقبل فيه شهادة الحسبة
٤٣٣	سماح دعوى الحسبة
٤٣٤	اليمين في الزنا والشرب
٤٣٥	الستر في حدود الله
٤٣٦	الشهادة قبل الدعوى في غير الحسبة
٤٣٧	الفصل السابع في شهادة النفي
٤٣٧	الصورة الأولى : شهادة الإفلاس
٤٣٨	صورة شهادة الإعسار
٤٣٩	الاستفصال عن شهادة الإعسار
٤٣٩	إثبات الإعسار
٤٤٠	الصورة الثانية : شهادة البينة أن لا وارث له سواء
٤٤٢	الصورة الثالثة : بينة النفي في وقت معين
٤٤٣	النفي المطلق
٤٤٤	الفصل الثامن في تليفيق الشهادة
٤٤٤	الصورة الأولى : الاختلاف في السبب
٤٤٤	الصورة الثانية : حضور العقد والإقرار به
٤٤٥	الصورة الثالثة : الاختلاف في الزمان
٤٤٥	تعارض البينتين في الزمان
٤٤٥	تعارض البينتين في اللون
٤٤٦	الصورة الرابعة : البينتان في زمانين
٤٤٧	الصورة الخامسة : الغصب في وقتين أو في مكانين
٤٤٨	الصورة السادسة : الشهادة على القتل في وقتين
٤٤٨	الشهادة على الإقرار في زمانين
٤٥١	الصورة السابعة : الاختلاف في قيمة المسروق
٤٥١	الصورة الثامنة : الاختلاف بثن الشراء
٤٥١	الصورة التاسعة : الشهادة بالفعل وبالإقرار به
٤٥٢	الصورة العاشرة : الشهادة بالوكالة وبالوصية

٤٥٢	الصورة الحادية عشرة : الوكالة بالخصومة في الكوفة وفي البصرة
٤٥٣	الصورة الثانية عشرة : كل مملوك حر ، وسالم حر
٤٥٣	الصورة الثالثة عشرة : الشهادة على الإقرار مع اختلاف السبب
٤٥٤	الشهادة بألف مطلقاً وقرضاً
٤٥٤	الصورة الرابعة عشرة : الشهادة على الملك وعلى الإقرار به
٤٥٥	الفصل التاسع في القيمة والشهادة بها
٤٥٥	هل القيمة وصف بالعين أم حسب الرغبات
٤٥٦	سماع الشهادة بالقيمة مطلقاً
٤٥٦	شهادة العدل الخبير
٤٥٦	القول قول الغاصب بالقيمة
٤٥٧	قبول بينة المعضوب منه
٤٥٨	مستند شاهد القيمة
٤٥٩	ما تثبت به القيمة

الباب الخامس في كتاب القاضي إلى القاضي

٤٦٠	الصورة الأولى : الكتابة
٤٦١	الصورة الثانية : الإشهاد
٤٦١	القسم الأول : الحكم لحاضر على حاضر بحق حاضر
٤٦١	القسم الثاني : الحكم لحاضر على حاضر بحق غائب
٤٦٢	القسم الثالث : الحكم لحاضر على غائب بحق غائب
٤٦٢	أحوال الشهود
٤٦٢	١ - الشهود من بلد الملك
٤٦٣	٢ - الشهود من بلد الملك وغير عائدين
٤٦٣	٣ - الشهود من غير بلد الملك
٤٦٣	الحق الغائب عين منقولة
٤٦٤	المحكوم به دين مع الإقرار به
٤٦٤	القسم الرابع : الحكم على غائب لحاضر بحق حاضر
٤٦٤	أنواع المكاتب الحكيمية
٤٦٤	أولاً : المكاتبه بنقل شهادة
٤٦٥	صورة الكتاب الحكمي بنقل شهادة

٤٦٦	ثانياً : صورة الكتاب الحكمي بالحكم
٤٦٦	لا يشترط علم القاضي بالمحكوم عليه
٤٦٦	الكتابة التي تميز المحكوم عليه
٤٦٧	الكتابة بخط القاضي والإشهاد عليه
٤٦٧	الكتاب بخط كاتبه ، وتوشيحه بيده
٤٦٨	مضمون الكتاب الحكمي إلى الشاهدين
٤٦٨	الاعتماد على الشهادة لا الكتابة
٤٦٨	كيفية أداء الشهادة
٤٦٩	كيفية تحمل الشهادة
٤٧١	القفال الشاشي والقفال المروزي
٤٧١	شاهدا الحكم هما شاهدا الكتاب
٤٧٣	قبول شهادة المعزول
٤٧٤	قبول شهادة المرضة
٤٧٤	الكتابة إلى قاضي معين أو إلى جميع القضاة
٤٧٤	الكتاب إلى قاض خاص أعلى منصباً
٤٧٥	الكتاب إلى قاض خاص أقل مرتبة
٤٧٦	أنواع الكتاب الحكمي والمسافات
٤٧٧	الصورة الثالثة : المشافهة بين قاضيين
٤٧٧	المشافهة في غير عملها
٤٧٨	المشافهة بمحل الأول
٤٧٨	المشافهة بمحل الثاني
٤٧٨	المشافهة من الولايتين
٤٨٠	تغير حال القاضي الكاتب
٤٨٢	تغير حال القاضي المكتوب إليه
٤٨٣	احضار المدعى عليه المعين في الكتاب
٤٨٣	انكار المدعى عليه الموصوف
٤٨٤	جواب المدعى عليه الموصوف
٤٨٥	الكتاب بالحكم على شخص باسمه فقط
٤٨٦	طعن المحكوم عليه بالبينة
٤٨٧	السؤال عن أحوال الشهود

٤٨٧	نقض الحكم السابق
٤٨٨	السؤال عن سبب الحكم
٤٨٩	ظهور الشاهدين فاسقين بعد الحكم
٤٩٠	نقض الحكم على غائب لفسق الشاهدين
٤٩٠	استيفاء الحق المكتوب به
٤٩١	خاتمة : عن صفة القضاة وأحكامهم وآدابهم

الباب السادس في شروط المحاضر والسجلات والكتب الحكيمية

٤٩٤	الاقتصار على أمثلة لكل مثال
٤٩٥	ذكر الاحترازاات الفقهية
٤٩٦	فصل في كتاب ابتياع
٤٩٧	الدينار والدرهم والمثقال (ت)
٤٩٩	اختلاف الألفاظ والاصطلاحات
٤٩٩	البدء بالمشتري
٥٠٠	ذكر اسم المتبايعين
٥٠١	تحديد المبيع
٥٠٣	بيع القرية
٥٠٤	ذكر ضمان الذرك
٥٠٥	الإقرار برؤية المبيع
٥٠٦	بيع التلجئة
٥٠٦	ضمان ثالث عهدة المبيع
٥٠٧	الرؤية في بيع الجزء الشائع
٥٠٨	حيل إسقاط الشفعة
٥٠٩	حكم الحيل لاسقاط الشفعة
٥١٠	المبيع بالثمن المعين
٥١١	الفرق بين البيع بثمن في الذمة أو بثمن معين
٥١١	بيع عقار بعقار
٥١١	تمييز الثمن والمثمن
٥١٢	الاحتراز في شراء الجزء الشائع
٥١٣	ذكر الأشياء التي تدخل في المبيع

٥١٦	تعدد البائع والمشتري
٥١٧	الوكيل عن اثنين
٥١٨	فصل في شراء الرقيق
٥١٨	ما يذكر في كتاب الشراء
٥١٨	اعتراف العبد بالرق والعبودية
٥٢١	فصل في التولية والشركة
٥٢١	معنى التولية
٥٢١	معنى الشركة
٥٢٢	حقيقة عقد التولية
٥٢٢	صورة كتاب التولية
٥٢٣	اشتراط رضا المحال عليه (ت)
٥٢٤	صورة كتاب الشركة
٥٢٥	فصل في القسمة
٥٢٥	قسمة الإفراز
٥٢٧	قسمة التعديل
٥٢٧	قسمة الردّ
٥٢٨	حقيقة القسمة
٥٢٨	قسمة الوقف
٥٢٩	كتاب قسمة العقار
٥٣٢	صورة قسمة الإيجاب
٥٣٢	عدالة القسّم
٥٣٣	فصل في الإجازات
٥٣٣	استئجار الوقف
٥٣٣	شروط الواقف في الإجارة
٥٣٤	صورة كتاب إجارة الوقف
٥٣٦	إجارة أرض بياض فيها شجر ، وهي المساقاة
٥٣٧	الاستئجار للحج
٥٣٩	كتاب الاستئجار للحج
٥٤٠	كتاب الإجارة بالحج بالذمة

٥٤٠	الرهن والكفيل من الأجير للحج
٥٤١	استئجار الجمال للحج
٥٤٢	أنواع الإجازات
٥٤٥	فصل في كتاب وقف يكون أمودجاً لغيره
٥٤٩	فصل في أمثلة المحاضر
٥٤٩	محضر يائبات وفاة
٥٥١	محضر يافلاس
٥٥١	محضر بعدالة
٥٥٢	محضر بملك عقار وغيره
٥٥٣	حد المحضر
٥٥٣	الإسجال
٥٥٥	صورة الإسجال
٥٥٨	كتاب إسجال منفرد
٥٦١	مثال شرح مجلس حكم
٥٦٥	صورة طلب الشفعة
٥٦٨	فصل في ذكر أمثلة ما يصدر عن الحاكم من الكتب الحكيمة
٥٦٨	ثبوت الدين
٥٦٨	صفات الكاتب
٥٦٨	صورة الكتاب بالدين
٥٧١	كتابة مضمون الكتاب الحكي
٥٧٣	مثال فصل في ورود مكاتبة حكيمة من القاضي الكاتب إلى القاضي المكتوب إليه
٥٧٥	تقليد القاضي العامي والجاهل (ت)
٥٧٥	كتاب بيع مرهون
٥٧٧	صورة كتاب بيع الرهن
٥٨٢	المشتري للرهن هو المرتهن
٥٨٥	مثال الفروض التي يفرضها الحاكم على والد أو زوج
٥٨٥	نفقة الوالد لولده
٥٨٦	نفقة الزوجة على زوجها الغائب
٥٨٧	نفقة المطلقة الحامل
٥٨٧	صفة النفقة

٥٨٨
٥٨٩
٥٩٠

نفقة الناشر
صورة نفقة الولد على والده
نفقة الأقارب

خاتمة الكتاب مسائل مذهبية

٥٩١
٥٩١
٥٩٢
٥٩٤
٥٩٥
٥٩٨
٥٩٨
٥٩٩
٦٠٠

مسائل البيع
المسألة الأولى : بطلان البيع بدون رؤية
المسألة الثانية : أهلية المتعاقدين
المسألة الثالثة : حكم بيع المكره
المسألة الرابعة : في العيوب والأروش
المسألة الخامسة : اشترى جارية ثم ولدت
المسألة السادسة : في الحجر وتصرف الأب في مال ولده
الوصي وأمين الحاكم
القيم والولي

٦٠٢
٦٠٢
٦٠٤
٦٠٩
٦١٠

مسائل من كتاب الصلح في التنازع في الأملاك
المسألة الأولى : تداعيا داراً في يد ثالث فأقر لأحدهما
المسألة الثانية : التنازع في حائط
المسألة الثالثة : في المهايأة والتنازع في الانتفاع
مدة المهايأة

٦١١
٦١١
٦١٢
٦١٢

مسائل في الحوالة
المسألة الأولى : في حقيقتها
المسألة الثانية : الحوالة من رجلين
المسألة الثالثة : الكفالة في الحوالة

٦١٢
٦١٢
٦١٤
٦١٥
٦١٦
٦١٧
٦١٨

مسائل من الضمان
المسألة الأولى : ضمان الدين
المسألة الثانية : التبرع بالأداء
المسألة الثالثة : صفة الضمان
موت الأصيل
المسألة الرابعة : في كفالة البدن
المسألة الخامسة : رضا المكفول بيده

٦٢٠	المسألة السادسة : الضمان للضمان
٦٢٠	المسألة السابعة : تعدد الضامين
٦٢١	مسائل من الوكالة
٦٢١	المسألة الأولى : الموكل به
٦٢٢	المسألة الثانية : الوكالة العامة بكل شيء
٦٢٣	المسألة الثالثة : الوكالة بمالا يملك
٦٢٣	المسألة الرابعة : تعليق الوكالة
٦٢٣	الوكالة الدورية
٦٢٤	المسألة الخامسة : عدم تعيين الثمن في البيع
٦٢٤	ثمن المثل والقيمة
٦٢٤	البيع بغبن
٦٢٦	المسألة السادسة : حقوق المقدر في الوكالة
٦٢٧	المسألة السابعة : الوكيل بغير جُئَل
٦٢٨	المسألة الثامنة : الدعوى بالوكالة بقبض الدين أو العين
٦٢٩	مسائل من كتاب الإقرار
٦٢٩	المسألة الأولى : الإقرار بالعين
٦٣٠	المسألة الثانية : الإقرار بالدين
٦٣١	المسألة الثالثة : الإقرار بالمجهول
٦٣٢	الدعوى بالمجهول
٦٣٢	صيغة الإقرار بالمجهول
٦٣٣	اختلاف المقر والمقر له في التفسير
٦٣٥	مسائل من الغصب
٦٣٥	المسألة الأولى : ضمان المنصوب
٦٣٧	المسألة الثانية : قيمة الغصب
٦٤٠	تعريف المثلي
٦٤٤	مسائل من الشفعة
٦٤٤	المسألة الأولى : المأخوذ بالشفعة
٦٤٥	شقص جدار
٦٤٥	السفل والعلو

- ٦٤٥ الدار والممر المشترك
- ٦٤٧ المسألة الثانية : الشفعة للصبي
- ٦٤٨ المسألة الثالثة : الشفعة للحمل
- ٦٤٩ المسألة الرابعة : العوض عن الشفعة
- ٦٤٩ المسألة الخامسة : تصرف المشتري بالشقص
- ٦٥٢ المسألة السادسة : خيار المجلس للشفيع
- ٦٥٢ المسألة السابعة : رؤية المشفوع
- ٦٥٣ المسألة الثامنة : ثبوت الشفعة للوقف
- ٦٥٤ قاعدة ثبوت الشفعة
- ٦٥٥ مسائل من الإجارة
- ٦٥٥ المسألة الأولى : صيغة الإجارة
- ٦٥٦ المسألة الثانية : الإجارة المستقبلية للمستأجر
- ٦٥٧ المسألة الثالثة : الاستئجار للبيع والشراء
- ٦٥٧ المسألة الرابعة : العلم بالمنفعة
- ٦٥٧ استئجار العقارات
- ٦٥٨ استئجار الدواب
- ٦٥٨ جهات استئجار الدواب
- ٦٥٩ المسألة الخامسة : الفسخ بالهدم
- ٦٥٩ مسائل من الوقف
- ٦٥٩ المسألة الأولى : القبول في الوقف
- ٦٦٠ المسألة الثانية : في الرد
- ٦٦٠ المسألة الثالثة : الوقف المتصل بالانتهاء
- ٦٦١ المسألة الرابعة : تغيير الناظر من الواقف
- ٦٦١ المسألة الخامسة : في ألفاظ الواقف في الوقف المرتب على البطون
- ٦٦٣ مسائل من النكاح
- ٦٦٣ المسألة الأولى : زواج الإجماع من فقير
- ٦٦٤ المسألة الثانية : تعيين الكفء للأب
- ٦٦٤ المسألة الثالثة : تزويج السلطان عند غياب الولي
- ٦٦٥ المسألة الرابعة : الزواج من فاسق
- ٦٦٦ المسألة الخامسة : تصديق الولي بالإذن

٦٦٧	المسألة السادسة : اختلاف الوصف في الزواج
٦٦٨	المسألة السابعة : توكيل المرأة في النكاح
٦٧٠	المسألة الثامنة : في الكفاءة
٦٧٠	المسألة التاسعة : تزويج عبده من أمته
٦٧١	المسألة العاشرة : الاختلاف في التزويج
٦٧١	المسألة الحادية عشرة : في الخلع
٦٧٢	المسألة الثانية عشرة : الخلع قبل المسيس
٦٧٣	المسألة الثالثة عشرة : دعوى المهر
٦٧٤	المسألة الرابعة عشرة : حقيقة الخلع
٦٧٤	المسألة الخامسة عشرة : في العَدَد
٦٧٨	المسألة السادسة عشرة : في نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها
٦٨٠	المسألة السابعة عشرة : في النفقات
٦٨٣	المسألة الثامنة عشرة : في الفسخ بالإعسار وبالنفقة والكسوة
٦٨٥	المسألة التاسعة عشرة : في الحضنة
٦٩٠	تخيير المميز
٦٩٠	تخيير البنت
٦٩٢	خاتمة الكتاب
٦٩٥	الفهارس
٦٩٧	١ - فهرس الآيات الكريمة
٦٩٩	٢ - فهرس الأحاديث الشريفة
٧٠٣	٣ - فهرس الأعلام
٧١٥	٤ - فهرس الكتب الواردة في النص
٧١٨	٥ - فهرس كتب أدب القضاء
٧٢٥	٦ - فهرس مراجع التحقيق
٧٣٨	٧ - فهرس المصطلحات والمفردات
٧٤٢	٨ - فهرس محتويات الكتاب

تمت الفهارس والمحمد لله رب العالمين .

من آثار المؤلف

- ١ - وسائل الإثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية رسالة دكتوراه في الفقه المقارن من جامعة الأزهر
طبع دار البيان بدمشق - سنة ١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م .
- ٢ - أصول الفقه الإسلامي
الطبعة الأولى - المطبعة الجديدة بدمشق - سنة ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م .
الطبعة الثانية - مطابع مؤسسة الوحدة بدمشق - سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .
- ٣ - وظيفة الدين في الحياة ، وحاجة الناس إليه
نشر دار القلم بدمشق - سنة ١٣٩٧ هـ / ١٩٧٧ م .
- ٤ - التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي ، وتطبيقه في المملكة العربية العورية
طبع دار الفكر بدمشق - سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م
- ٥ - شرح الكوكب المنير ، لابن النجار الفتوح الحنبلي (٩٧٢ هـ)
أربع مجلدات في أصول الفقه
تحقيق بالاشتراك مع الدكتور نزيه حماد
طبع دار الفكر بدمشق - سنة ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م ، نشر مركز البحث العلمي وإحياء التراث
بكلية الشريعة بمكة المكرمة .
- ٦ - أصول المحاكمات الشرعية والمدنية
مطابع مؤسسة الوحدة بدمشق - سنة ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .
- ٧ - طرق تدريس التربية الإسلامية
كتاب جامعي منسوخ لطلاب دبلوم التأهيل التربوي في كلية التربية - جامعة دمشق - سنة
١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م .