

لأحد لقوله عليه الصلاة والسلام: «دماؤكم وأموالكم عليكم حرام»^(١) هذا الذي اعتقده وأفتيت به أنا وهشام، وأثبت بأن أصبغ يفتى بأن ذلك حلال وأنه لا يد لصاحبها مع الكفار في ذلك، وإنما للكفار، وقال في موضع آخر: إنما كان لأهل الكفر -قصمهم الله- يد وشبهه على ما حازوه من أموال المسلمين وكان أربابه ممنوعين عنه لا يقدرّون على التصرف فيه وجب أن يكون حكم الدار التي الأرض بما أخص بالأرض من حكم دار الإسلام، ويكون المعتمر للمال غير مطلوب بكراء ما اعتمروا، وعلى ذلك نزل الآثار.

الإمامة، والقضاء، والدعوى، وما اتصل بذلك والشهادات، والأيمان

الإمامة: عبارة عن خلافة شخص للرسول صلى الله عليه وسلم في إقامة قوانين الشرع وحفظ الملة على وجه يجب اتباعه على كافة الأمة، وشروطها المتفق عليها ستة: الأول: الذكورية، الثاني: البلوغ، الثالث: الحرية، الرابع: الورع والعدالة وكيف يتصدى لها من ترد شهادته؟! الخامس: أن يكون من أهل الاجتهاد في الأحكام الشرعية يستقل بالفتوى في النوازل نصاً واستنباطاً لا يفتقر إلى غيره، السادس: الكفاية وهي أن يكون ذا رأي مصيب بحيث ينظر في مصالح المسلمين وضبط أمورهم كما يجب، وتجده بحيث يقوم في تجهيز الجيوش وسد الثغور، ويلى ذلك بنفسه مع إقامة الحدود وضرب الرقاب في الحق وإنصاف المظلوم من الظالم ولا يلحقه خور طبيعة عن ذلك، هذه شروط

(١) الحديث عند البخاري في ((صحيحه)) بلفظ: ((إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام)).

الإمامة بإجماع الأمة، وزاد أهل السنة شرطاً سابعاً، وهو أن يكون من قريش لقوله ﷺ: «**قدموا قريشاً ولا تقدموها**»^(١)، وخالف في ذلك الخوارج وبعض المعتزلة ولم يشترطوه وهي واجبة دون العقل، قال الإمام أبو المعالي: فمن اجتمعت له الشروط المذكورة وانعقدت الإمامة بعقد فقد لزمته، ولا يجوز خلعه من غير حدث وبغير أمر، وهذا يجمع عليه، ولا يشترط في عقدها الإجماع، ومنع من عقدها لشخصين، والذي عندي أن عقدها لشخصين في صنع واحد متغاير غير جائز، فإذا بعد المدى فلا احتمال بذلك بحال.

والقضاء: هو النيابة عن الإمام في تنفيذ الأحكام الشرعية، وأول من قدم في دار الخلافة قاضياً على بن أبي طالب -رضى الله عنه- ولم يستقض أبو بكر ولا عمر ولا عثمان، وإنما كانوا يلون الحكم بأنفسهم -رضى الله عنهم- فلما اشتغل على بقتال الخوارج قدم شريحاً القاضى، وهو فرض كفاية، ومن اجتمعت فيه شروطه ولم يوجد سواه صار عليه فرض عين، قال سحنون وغيره: ويجبر على ذلك بالسجن والضرب إن امتنع.

وشرطه أن يكون بالغاً حراً عاقلاً مسلماً عدلاً مجتهداً، فإن لم يوجد مجتهد فقلد غيره من العلم ما يميز به بين الحق والباطل، وهذه شروط القضاء التي لا تنعقد الولاية إلا بها، واختلف في الكتابة فقليل: إنها من ذلك، وقيل: إنها مما يستحب، وقال أصبغ: العدالة ليست شرط في صحة الولاية، وإنما مما يجب عزله إن عدمها، وكذلك إن كان أصم أعمى أو لا يتكلم فإن الولاية تنعقد له إلا أنه يجب عزله بذلك ولا يحل إبقاؤه، ويستحب أن يكون ورعاً غنياً معروف

(١) لم أعر على تخريجه في الكتب التسعة.

النسب غير محدود حليماً مستشيراً لا يبالي بلومة لائم سليماً من بطانة السوء غير زائد في الدهاء، فقد عزل عمر زياداً لذلك، وقال الباجي: العلم ليس بشرط في صحة الولاية وهو ما يستحب، وإذا كان مقراً، فقليل: يلزمه العمل بقول مقلده، وقيل: لا يلزمه، وقيل: لا يجوز له أن يحكم إلا باجتهاده، قال أبو عمر في «الكافي»: ولا يجوز أن يشاور في حكم وهو به جاهل لا يميز بين الحق والباطل لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بحكم لم يعلم إن كان حكم بحق أو باطل، ولا يجوز لحاكم أن يحكم بما لم يعلم أنه الحق بقول من أشار عليه تقليداً حتى يتبين له أنه الحق من حيث تبين للذي أشار عليه بدلالة تظهر له، قال مالك -رحمه الله- يحكم القاضى بكتاب الله الذى هو غير منسوخ، ولا حكمت السنة خلافه، فإن لم يجد ففيما جاء عن رسول الله ﷺ مجتمعاً عليه قد صحبه العمل، فإن لم يجد ففيما ورد عن الصحابة إن اجتمعوا، فإن اختلفوا حكم بما صحبه العمل فإن لم يجده ففيما ورد عن التابعين، فإن لم يجده ففيما اجتمع عليه الأئمة، فإن لم يجده اجتهد برأيه وقاس بما أتاه عنهم، فإن أشكل عليه شاور من أهل الفقه من هو أهل للمشورة في دينه ونظره وفهمه، فإن اختلفوا عليه نظر إلى أشبه ذلك بالحق فأخذ به، فإن رأى خلاف رأيهم توقف وازداد نظراً ثم عمل بما هو أشبه بالحق عنده، وله أن يأخذ بقوله دونهم إذا كان مثلهم، وليس له ذلك إن قصر عنهم، وإن لم يتبين له في الأمر شيء تركه ولا يحكم وفي قلبه منه شك، وإذا أشكل على القاضى أمر تركه، قال سحنون: ولا بأس أن يامر فيه بالصلح ولا يحكم بالتخمين فإنه فسق وجور، وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ في «الواضحة»: لا يستقضى إلا من يوثق به في صلاحه وعفافه وفهمه

للسنة، والآثار ووجوه الفقه، ولا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقه له ولا صاحب فقه لا حديث معه، ولا يفتى إلا من هذه صفته، وفي الحديث الصحيح، قال رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة: قاضيان في النار، وقاض في الجنة، فأما الذي في الجنة فرجل عرف الحق وقضى به، وأما اللذان في النار فمن عرف الحق وجار، ومن قضى بين الناس بجهل فهو في النار»^(١)، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما من أحد أقرب من الله مجلساً يوم القيامة بعد ملك مصطفى أو نبي مرسل من إمام عادل، ولا أبعد من الله من إمام جائر»^(٢) وقال: «أغنى^(٣) الناس على الله وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس من الله يوم القيامة رجل ولاه الله تعالى من أمر أمة محمد شيئاً فلم يعدل فيهم»^(٤)، وكتب عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- إلى بعض عماله أن سهل على الناس من حجابك فإنما أنت رجل منهم، ولكن الله جعلك أثقل منهم حملاً، وإياك أن يكون همك في بطنك فتكون كالبهيمة التي همها السمن والسمن حتفها.

وينبغي له أن يتخذ مجلساً يصل إليه فيه القوى والضعيف والعبد والمرأة، وفي «المدونة»: والقضاء في المسجد من الحق، والأمر القلم، وقيل: يكره إلا في رحابه، وليس عليه أن يتعب نفسه فماره كله، وأخاف عليه أن يكثر فيخطئ ويتخذ أوقاتاً لجلوسه، ولا ينبغي له أن يحكم في حالة غضب أو عطش أو جوع،

(١) سبق تفريغ الحديث.

(٢) الحديث في ((سنن الترمذي)) بلفظ: إن أحب الناس إلى الله يوم القيامة وأدناهم منه مجلساً إمام عادل، وأبغض الناس إلى الله وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر).

(٣) هذا الموضع فراغ بالأصل.

(٤) لم أعر على الحديث في الكتب التسعة بهذه الألفاظ.

ولا ما يدهشه عن تمام النظر، ولا يجلس في كثرة المطر والوحل لأن ذلك يضر بالناس، ولا بعد الصبح ولا بين صلاتي الظهر والعصر، ولا بين العشاءين، ولا في أيام النحر، ولا يوم الفطر، ولا يوم سفر الحاج وقدمه، ويتره عن العارية والسلف والإبضاع، ولا يحضر إلا وليمة النكاح خاصة إن شاء أكل وإن شاء ترك، ولا يقبل هدية ولو كافأ عليها أضعافها إلا من ولده ووالده وأشباههم، فإن هدايا الأمراء غلول، وقال عمر بن عبد العزيز: كانت لرسول الله ﷺ هدية وللأمراء بعده رشوة، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله الراشي والمرتشى»^(١)، قال ابن سحنون عن مالك: لا ينبغي لأمر ولا لعامل الصدقة أن ينزل على أحد من عمله، ولا يكون عنده، ولا يقبل منه هدية ولا منفعة، فإن فعل لم ينبغ لمن معه أن يأكل من ذلك، قال ابن حبيب: وللإمام أن يأخذ ما أفاده العمل ويضمه إلى ما جبوا، وقد فعله النبي ﷺ مع عامل له، قال: هذا أهدى إلى فأخذه منه، وقال: «هلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر ما يهدى إليه»^(٢)، وقد فعله الصديق، قال ابن حبيب: فكل ما أفاده الولي من مال سوى رزقه أو قاض في قضاءه أو متول أمراً للمسلمين فللإمام أخذه منهم للمسلمين، وكان عمر إذا ولي أحداً أحصى ما له لينظر ماذا يزيد، ولقد شاطر عمر العمال أموالهم حيث كثرت ولم يقدر على غير ما ازدادوه بعد الولاية، قاله مالك، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما، قال بعضهم في «الطبر» لابن عات، ويحرم على القاضي أن يأخذ في الأحكام شيئاً يدفع به حقاً أو يسد به باطلاً،

(١) أخرجه الإمام أحمد في ((المسند))..

(٢) رواه مسلم في ((صحيحه)) بلفظ: ((هلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً)).

وأما أن يدفع به عن مظلوم فلا بأس، ابن عيشون: وإن تبين له الحق فممنوع من إنفاذه رجاء أن يعطيه شيئاً فحكمه مردود غير جائز قال: وقد أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان محقاً، ابن عبد الغفور: وما أهدى إلى الفقيه من غير حاجة فجائز له قبوله، وما أهدى إليه رجاء العون على خصومة أو في مسألة تعرض عنده رجاء قضاء الحاجة على خلاف المعمول به فلا يحل له قبولها وهي رشوة يأخذها، قال: وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعاً وأحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه في حجته أو في خصومته عند حاكم إن كان ممن يسمع منه أو يوقف عند قوله فلا يحل له أن يأخذ من واحد منهما شيئاً على ذلك، قال: وأخبرني بعض أصحابنا أن بعض الشيوخ المتأخرين سئل عن الهدية تأتي الفقيه على الفتيا، فقال: إن كان ينشط إذا أهدى إليه ولا ينشط إذا لم يهد إليه فلا يأخذها، وهذا إذا لم تكن خصومة، وإنما يستفتيه في شيء يعرض له، والأحسن أن لا يقبل هدية من صاحب فتيا، ولا مسألة وهو قول ابن عيشون، وكان يجعل ذلك رشوة، وقال عليه الصلاة والسلام: «من شفع لأخيه شفاعاً وأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الدنيا»^(١)، ومن هذا انقطاع الرعية إلى العلماء المتعلقين بالسلطان برفع الظلم عنهم فيهدوهم ويكرمهم فصار باباً من أبواب الدنيا، والرشوة، لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر عليه عن أخيه المسلم أو الذمي أو غيرهم، ويجوز أن ينصب في البلد قاضيان وأكثر من ذلك ويكون كل واحد منهم يختص بجهة أو بنوع من الأحكام، فإن تنازع الخصمان عند من يكون

(١) الحديث عند أبي داود في ((السنن))، وأحمد في ((المسند)) كلاهما بلفظ: ((من أبواب الربا)).

الحكم أقرع بينهما، وليس للقاضي أن يستخلف إلا أن يجعل له ذلك في ولايته فيكون له ذلك باتفاق، وإن مات الذى ولى فلا يعزل المستخلف بموته، وكذلك إن مات الإمام فلحكامه الحكم حتى يعزلوا ولا يعزلون بموته، فإن لم يجعل له ذلك، فقيل: له أن يستخلف عند عذر السفر أو المرض، وقيل: لا يستخلف أصلاً وهو قول سحنون، وينبغى أن يختار للولاية أهل الفضل والدين، فروى عن عمر أنه قال: من أمر أميراً أو ولى قاضياً محابة كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم، ومن أمر أميراً أو ولى قاضياً نصيحة لله وللمسلمين كان شريكه فى كل ما عمل من طاعة، ولم يكن عليه شىء مما عمل من الإثم، ثم قال بعضهم: وكذلك توليه القضاء لكون أبيه كان أهلاً لها قبله، وإن لم يكن ذلك أهلاً لها فذلك من البدع المحرمة التى لا تحمل، وينبغى للقاضى أن لا يحجب عنه أحداً، ولا بأس أن يحد بصره ويرفع صوته إلى من يستأهل ذلك من الخصمين، ويحتج بمن ضعف عن حجته من الرجال والنساء فيما يظهر له من الحقوق ويقوى حجته، ولا يجوز له أن يلقنه، ولا ينبغى أن يعزل القاضى المشهور العدالة بمجرد الشكوى، وقال أصبغ: أحب إلى أن يعزل إن وجد بدله، وقد عزل عمر سعداً وهو من أهل العدالة والفضل على ما هو عليه، وإذا عزله عن غير سخطة فليخبر بذلك الناس كما فعل عمر.

وسئل ابن رشد فى قاض تشكى به صنف من أهل نظره نحو خمسين رجلاً وسائرهم من أخلاط الناس والخاصة والعامه يصفوهم بالاعتدال، وتكرر تشكيهم بذلك المرة بعد المرة هل ترى ذلك يوجب عزله؟ فقال: إذا كان مشهوراً بالعدالة والأمانة والخير واتهم من تشكى منه وطلب عزله فى تشكيه

بوجه من الوجوه فلا ينبغي أن يعزل عن الحكم ولا يصرف عن النظر، وبمثله قال ابن الحاج، وإذا ثبت في القاضي جرح وجب عزله، ولا يعذر إليه إن طلب ذلك، قاله ابن الحاج في «مسائله» إلا أن يطلب ذلك بعد عزله ليدفع الجرحه فيكون له ذلك، فإن أسقط الجرحه التي ثبتت عليه فللسلطان أن يعيده إلى القضاء إن شاء، قال أشهب: ولا يمكن الإمام الناس من خصومه قضائهم إذا شكوهم لوجهين:

أحدهما: أن يكون القاضي من أهل العفاف فيستهان ويؤدى أن يكون فاسقاً فاجراً وهو ألحن بحجته ممن شكاه فيبطل حقه، وبمثله قال أصبغ، وإذا كان القاضي عدلاً عالماً فلا تتعقب أحكامه ولا ينقض منها إلا ما خالف القطع أو قامت البينة على أنه حكم فيه بخلاف رأيه المعلوم سهواً، وأما الجاهل فتتعقب أحكامه ويمضى منها ما لم يكن جوراً، والجائر تنفذ أحكامه، ولا يمضى منها شيء عند الجمهور، وقال أصبغ: هو كالجاهل ويمضى منها ما لم يكن منها جوراً، وإذا ولي أهل التأويل قاضياً أو أقاموا أحد ففى نفوذه قولان، وما أتلفوا من مال فلا ضمان عليهم، وكذلك النفس بخلاف أهل الفساط فإنهم ضامنون لما أتلفوا، ولا يصح تقديمهم، وللإمام العدل في قتالهم جميعاً أهل التأويل وغيرهم ماله في قتال الكفار وإن كان فيهم النساء والذرية، ولا يقتل أسيرهم، وإذا ظهر عليهم وأمنوا فلا يذفف على جريحهم ومنهزمهم، وأما أموالهم فإن كانت سلاحاً وكراعاً استعين بها عليهم ثم ترد إليهم بعد ذلك هي وغيرها، وفي «المبسوطه»: قال مالك: إذا خرج مثل أهل الأهواء على المسلمين وأفسدوا وسفكوا الدماء فأرى أن لا يقاتلوا إلا أن يكون الإمام عدلاً، فإن كان عدلاً

كان حقاً على المسلمين قتالهم حتى يردوهم إلى العدل والحق، فأما إذا كان الإمام غير عدل فإنه لا ينبغي للمسلمين أن يقاتلوهم، قال مالك: فإذا كان مثل هذا فاقعد في منزلك، فإذا أرادوا أخذ مالك فقاتل بسيفك عن نفسك بعد أن تناشدهم الله، قال ابن القاسم: ولو دخلوا مدينة لا يريدون إلا الإمام وحده فإنهم لا يقاتلون إذا كان الإمام جائراً ظالماً إلا أن يريدوا مع ذلك من في المدينة من المسلمين وأخذ أموالهم، فإن مثل هؤلاء يقاتلون بعد المناشدة، فإن أبوا قاتلوا، وروى عيسى عن ابن القاسم: أن مالكا سئل عن الوالى إذا قام عليه قائم يريد إزالة ما بيده هل يجب الدفع عنه؟ فقال: أما مثل عمر بن عبد العزيز فعم، وأما غيره فلا ودعه، وما يريد، فينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم الله منهما جميعاً، قال يحيى: والصواب في «العنيفة»: أن لا يعان فيها بشيء ولا يخرج فيها، ومن أتى في نفسه يريد أخذ نفسه وماله فليدفع عنهما، ونحوه حكى ابن القاسم عن أصحاب مالك في «مختصر ابن شعبان»، روى ابن القاسم عن مالك أنه قال: إذا بايع الناس رجلاً بالإمارة ثم قام آخر فدعا إلى بيعته فبايعه بعضهم أن المبايع الثاني يقتل إذا كان الإمام عدلاً، فإن كان مثل هؤلاء فلا بيعة له تلزم إذا كانت بيعته على الخوف والبيعة للثاني إن كان عدلاً، وإلا فلا بيعة له تلزم، قال الأبهري: إن تظاهر قوم على إمام عادل وخرجوا عليه بالهوى والعصية كما فعل أهل الشام جوهدهوا حتى يرجعوا إلى الحق، وقال غيره: كل فئة اجتمعت ونصبت إماماً وامتنعت من حكم الإمام العادل فهي باغية.

وفي كتاب «الاستغناء»: قال بعض المتأخرين: الأئمة على ضروب، فإمام صار إليه الأمر عن رضى من جميع المسلمين بأحواله وصفاته من عدله أو صار

إليه من غير تشاور ولا تناظر ولا قتال عليه إلا توليها ممن ولجها إياه فرضى المسلمون فعله وهديه إذ صار الأمر إليه، ورأوه لذلك أهلاً، فواجب على المسلمين الذب عن مثل هذا، وأما من صار إليه الأمر بعد الغلبة عليه دون مشورة واستوطاً له الأمر وظهر كظهوره من الخلفاء الراشدين فواجب على المسلمين نصحه ولزوم الطاعة له والدعاء بالبقاء والصلاح، وأما من أخذ الأمر غلبة من غير مشورة ودعا الناس إلى بيعته وظهر منه الجور في الأموال والدماء وغير ذلك إلا أن أمره قد استوطاً وملك وغلب، وأمن الناس معه الفتنة التي تذهب الدين والمال وتوجب سفك الدماء وتسلب عوام الناس وخواصهم بعضهم على بعض، وعلم أن السمع والطاعة له أبعد لسد الشر وذهاب النفوس، فقد وجبت طاعته فيما دعا إليه من الأحكام وأداء الزكاة إذا طلبها، وإن جار فواجب أن يعتقد إماماً مطاعاً، وإن كان ظالماً مستأثراً لنفسه بالخمر والبغى وبيوت الأموال إلا أنه لا يجب أن يقصد إلى قتال من قعد عن بيعته ولا يجب على المسلمين نصر ولا سفك دمائهم دونه إن قام قائم عليه بسبب جوره وأقاموا عليه إماماً يدعون إليه، وقال الإمام أبو المعالي: إذا جار الوالي وظهر ظلمه فلاهل الحل والعقد التواطؤ على درته ولو بشهر الأسلحة ونصب الحروب.

فصل

وللقاضى النظر فى القليل والكثير بلا تحديد، والذى ينفرد القضاة بالنظر فيه دون غيرهم من الحكام الدماء والأحباس والوصايا والأيتام وأموال الغيب بذلك جرت الأفضية بالأندلس، وينبغى له أن يختار الكاتب والمركى والمترجم ويتفقد الأعوان، ويجعل للنساء وقتاً ينفردن به عن الرجال وليسوا بين الخصمين فى المجلس والسلام والكلام وغير ذلك، وقيل: له رفع المسلم على الذمى، فإذا وقف الخصمان بين يديه، فقال ابن أبى زمنين: من شأن حكام العدل أن يقول لهما من المدعى منكما؟ فإذا قال أحدهما: أنا وواقفه الآخر تكلم وسكت المدعى عليه حتى يفرغ، وإن قال: كل واحد منهما: أنا أخرجهما عنه حتى يأتى أحدهما فيكون المدعى، قال ابن حبيب: ورواه أصبغ، وفى «المعونة»: إنه يسمع ممن بدأ منهما، فإن تشاحا أفرع بينهما، ويقصد بذلك ما جاء فى الحديث من أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال: «تكلم»^(١) الحديث، قال بعضهم: وإذا تقدم الخصمان فقال أحدهما ماله على صاحبه ولم يزد على ذلك، فليس على القاضى أن يسأله حتى يقول: إنه منعى حقى أو ظلمنى، فروى أن بشر بن عتاب قدمه رجل إلى محمد بن سماعة، فقال له: إن هذا تكفل لى بنفس فلان فقال محمد بن سماعة لبشر: ما تقول فيما يذكر هذا الرجل؟ فقال له بشر: ليس لك أن تسألنى لأن ذكره لك خير منه لغيرك، وليس إخباره إياك مطالبة لى بالكفالة ولا دعوى على بها، فإذا أفرغ المتكلم أولاً من كلامه أمر خصمه بالجواب، فإن امتنع عن الجواب بإقرار أو إنكار عوقب بالسجن والضرب حتى

(1) رواه البخارى فى كتاب ((الأيمان والنذور)) باب ((كيف كانت يمين النبى ﷺ)).

يقر أو ينكر إلا أن يقول لا أجاب لأني لا أعرف حقيقة ما يدعى فيحلف على ذلك، ويقال للطالب: أثبت، وقال أصبغ: إذا امتنع من الجواب عد كالناكل، فإن كان شيئاً لا يثبت إلا بينة، قيل للطالب: أثبت، وإن لم يكن كذلك قضى له بما يدعى مع يمينه، وقال ابن الواز: إذا نكل عن الجواب قضى للطالب بما يدعى باليمين.

قال ابن رشد: وما حكاه ابن العطار عن مالك عما وقع في شهادات «المدونة» وغيرها من أنه لا يوقف المطلوب على شيء حتى يثبت الطالب دعواه ليس بصحيح إذ لا اختلاف في أنه لا بد أن يوقف قبل أن يثبت دعواه على الإقرار والإنكار، فإن جاب قضى بينهما، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وتحديد الفرق بين المدعى والمدعى عليه أن من كان قوله على خلاف الأصل أو العرف والعادة فهو المدعى، والذي يوافق قوله ذلك فهو المدعى عليه، ولا تسمع الدعوى حتى تكون معلومة، فلو قال: لي عليه شيء لم يقبل حتى يحققه، فلو قال: أظن أن لي عليه كذا لم يقبل، وتكون معتبرة شرعاً فلو قال: لي عليه عشر حبة لم يسمع، وكذلك إن قال لي عليه عدة دنانير ولم يسم من أى وجه هي فلا يقبل منه حتى يسمى أيها من يبيع أو سلف أو غير ذلك، وإن أراد الخصم سؤاله عن ذلك كان له ذلك، وإن غفل عن ذلك سأله القاضى لئلا يكون من ثمن حمر وشبه ذلك فيكون قد حكم فيما لا يجوز، فإن أبى الطالب أن يفسر من أى وجه هي فلا ينظر القاضى له إلا أن يقول لا أعلم الآن وجهه ولا أذكره فيقبل قوله في ذلك، ولا يمين عليه إذا قال: إنه لا يذكره، وكذلك

الجواب لا بد أن يكون مطابقاً للدعوى بإقرار أو إنكار، وللقاضى أن يأمرهما بالإشهاد بذلك قبل الحكم فتثبت الدعوى والجواب ليقع الحكم عليهما.

ويكتب في ذلك: عقد يقول فلان أنه له قبل فلان كذا وكذا ديناراً ثمن كذا باعه منه قبل هذا وهى عليه باقية حتى الآن لم يدفع له شيئاً منها، وأن الموضع بكذا أو الدار ماله وملكه، وحضر معه فلان، وقرره على ذلك فأنكر ذلك كله إنكاراً كلياً تمادى عليه وتلقى ذلك فلان من جوابه وبقي على مقالته فيبينهما الشرع، وأشهد بذلك في كذا.

بيان: والذي جرت به الفتوى عند العلماء ومضى به العمل عند القضاة فىالذى يوقف خصمه على وثيقة أو توقيف ليقضى جوابه أن ينظر إلى الوثيقة أو التوقيف، فإن تضمن فصولاً كثيرة ومعانى مختلفة فلا يكلف المواقف الجواب على ذلك حتى يأخذ نسخة ذلك، فإن لم يكن فيهما من الفصول والمعانى ما يجعل وعلم أنه يفهم جميع ذلك عند قراءته فلا يعطى نسخة منه ويجبر علىالجواب، وقال القاضى فى «أحكامه» من «سير الحكام»: أن يجبروا على الجواب علىالوثائق القليلة المعانى والفصول حاشا وثائق الاسترعاء فإنه لا يجبر علىالجواب فى ذلك، وفى «أحكام ابن سهل» وغيره خلاف ذلك، وأنه يوقف على وثائق الاسترعاء فانظره، وإذا أنكر المطلوب الحق فأثبتته الطالب بينة أو إقرار المطلوب به بعد ذلك وأثبت المطلوب البراءة منه فلا يحكم له بتلك البراءة إذا قدروها بإنكاره الأصل، وكذلك إن كانت ودیعة فادعى بعد الإنكار ردها فلا يقبل منه، قاله ابن القاسم وغيره، وقيل: إنه يحكم له ببينته بالبراءة وهو أقيس بالأصول؛ لقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»

قال ابن أبي زمنين: وهذا إذا أنكر أصل الدين، وقال: لا أعرفه، فإن قال: مالك: على شيء منه فهنا تنفعه البراءة.

وذكر الباجي في وارث سأله وارث معه عن ملك بيده فأنكر أن يكون ملكاً لمورثهم ثم ثبت أنه كان ملكاً له أن فقهاء عصره أفتوا أن الملك يكون بينه وبين سائر الورثة وليس إنكاره مما يضره، قال: والذي وقع من قول الفقهاء أن الإنكار لا يضر المنكر في الأصول مروى عن ابن القاسم، وهو مذهب أحمد بن عبد الله وغيره من أهل العلم، ومذهب فقهاء قرطبة أن الإنكار في الديون والأصول سواء يضرهم وهو قول ابن العطار في وثائقه، وفي «أحكام ابن سهل» في دار ادعى فيها رجل على من هي بيده فأنكر المدعى أن يكون عامله فيها بشيء ثم استظهر بعقد ابتياعه لها منه، فقال ابن لبابة وعبيد الله بن يحيى وابن وليد: إنكاره مسقط لما قام به، قال ابن سهل: وقاسموا ذلك على الإنكار في الديون، وفرق ابن القاسم بين الأصول والديون، وقال: تسمع بينته في الأصول إذا كان عذر من غيبة أو جهالة، وقال ابن كنانة أيضاً: روى حسين بن عاصم أن الأرض كالدين لا تنفعه البينة، قال: وجواب الشيوخ على رواية حسين، وإذا أقر المطلوب بالحق أو ثبت وتبين للحاكم موضع الظالم من المظلوم فلا يسعه إلا فصل القضاء، وإذا أشكل عليه أمر تركه، قال سحنون: ولا بأس بأمره فيه بالصلح ولا يحكم فيه بالتخمين فإنه فسوق وجور، قال مالك: ولا أرى للوالي أن يصلح على أحد الخصمين أو يعرض له عن خصومته لأن يصلح، قال بعضهم: وإنما يجوز له أن يأمر بالصلح إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير أن أحد الخصمين يكون ألحن بحجته من الآخر أو تكون الدعوى في أمور درست

وتشابهت، وقال عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- رددوا القضاء بين ذوى الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن، قال بعضهم: إنما يكون التردد ما لم يجب الحق فلا ينبغي للقاضى أن يؤخر إنفاذه، وقال محمد ابن الحسين: لا ينبغي للقاضى أن يرددهم أكثر من مرتين إن طمع فى الصلح فيما بينهم، فإن لم يطمع أنفذ بينهم القضاء، قال محمد بن سحنون: وكان أبى ربما رد الخصمين إلى من عرفه بالصحة والأمانة، فيقول لهما: اذهبا إلى فلان يصلح بينكما فإن اصطلختما وإلا رجعتما إلى، وترافع إليه رجلان من أهل العلم فأبى أن يسمع منهما، وقال لهما: استرا على أنفسكما ولا تطلعا على أمركما مما قد ستره الله عليكما.

ومن له على غيره دعوى دعاه إلى القاضى، فإن أجاب وإلا دفع إليه القاضى طابعاً يرتفع به معه المطلوب إن كان فى عصر الحكم أو على الأميال اليسيرة منه أو وجهه معه أحد أعوانه، فإن بعد فليكتب برفعه، وقال ابن حبيب عن أصبغ: إذا استعدى الخصم على الخصم فأبى وسأل أن يكتب فلا يكتب إلا لأهل العدل من ذلك البلد إن أجمعوا بينهما للتناصف، فإن أبيا فانظروا، فإن رأيتم للمدعى وجه مطلب ولم يرد بالمطلوب تعنيته فارفعوه إلينا وإلا فلا، هذا إن كان بحيث لا مؤنة فى القدوم عليه ولا على المدعى ولا على البينة، وأما إن بعد الموضع فليكتب إلى من يثق بفهمه ودينه هناك أن أنظر فى دعوى فلان قبل فلان واسمع من البينة، وخاطبنا بما ثبت عندك وتراه فى ذلك ثم ينظر فى خطابه، فإن رأى أن يأمره بإنفاذ الحكم فعل وإن رأى رفعهما إليه لإنفاذ ما ثبت عنده فعل لا يشخص من البعد خصماً ولا شاهداً، والبعد ستون ميلاً، ذكره سحنون فى

«العتبية»، وإذا امتنع الخصم من الحضور وتغيب، وثبت ذلك فكان سحنون يكتب بعقله ضياعه ومنافعه وسد بابيه ليضطره ذلك إلى الحضور، وفي «وثائق ابن العطار» إذا عصى الدعوة ووجه القاضى معه أعوانه كان على المطلوب أجرة العون، فإن طال مغيبه سمع القاضى من بيته وأثبت حقه ودعواه فى ماله إن كان له مال، ومن الناس من قال: يهجم عليه فى داره، ومنهم من قال: يرسل القاضى عدلين مع نساء وأعوان، فىكون الأعوان بالباب ويدخل النساء ويفتشن الدار، ويكون ذلك بغتة، والأصل فى ذلك فعل عمر فى إخراج بنت أبى قحافة من الدار وتفرق النوح، وفى «العتبية» كتب ابن غانم إلى مالك فى الخصمين يختصمان فى الأرض، فيقيم أحدهما: البينة ألها له فإذا علم ذلك الذى قامت عليه البينة هرب وتغيب فلم يوجد، فقال مالك: اكتب إليه إذا ثبتت عندك الحجج وسألته عن كل ما يريد واستقر عندك علم كل ما يريد أن يسأله فلم تبق له حجة، فاقضى عليه وهو غائب.

قال ابن رشد: وهذا كما قال إذا تغيب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه أن يقضى عليه ويعجزه، ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته بمنزلة الحاضر إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه يسمع منه، وأما إن هرب وتغيب قبل أن يستوفى جميع حججه فالواجب فى ذلك أن يتلوم عليه فإن تلمذى فى المغيب قضى عليه من غير أن تقطع حجته.

وإذا تعلق الخصم فى العقار بخصم بغير موضع العقار، ففى «أحكام ابن زياد» ألها يتخاصمان حتى إذا لم يبق إلا الحكم والقطع كتب القاضى إلى قاضى

الموضع الذى فيه المال فينفذ الحكم، وإنما يكون الحكم حيث المدعى عليه فى مذهب ابن القاسم، وهو الذى رواه ابن حبيب عن مطرف، وقاله أصبغ، وقال ابن الماجشون: إنما يكون النظر حيث المدعى فيه، قال فضل: وهو مذهب ابن كنانة وسحنون إلا إن كان أحد القاضيين جائراً فالخصومة حيث الأعدال، وفى «كتاب الجدار» سئل عيسى بن دينار عن الرجل من أهل قرطبة تكون له القرية أو الدار والحق بحيان فيدعى ذلك عليه، رجل من أهل جيان فيريد الجيان محاصمة القرطبي عند قاضى جيان حيث الشيء الذى ادعى فيه ليرفع منه القرطبي إلى جيان، قال: لا يرفع معه، وإنما يحكم بينهما حيث المدعى عليه، قال: وأخبرني من حضر ابن بشر حكم بذلك، وكتب به بعض قضاة ابن حبيب، وقاله مطرف، وقال: ليس له إمساك المطلوب إن تعلق به فى غير موضع العقار للخصام فيه، وأما إن كان العقار بالموضع الذى تعلق به فيه فله حبسه، وأما الدعوى بحق فى الذمة فإنما الخصام حيث تعلق به الطالب، قلت: الديون فى هذا مخالفة للعقار؟ قال: نعم، وكذلك لا يسمع القاضى إذا احتل بغير عمله من بينة تشهد عنده فى شيء وإن كانت الحكومة فى بلده، وله أن يسأل عمن شهد عنده فى بلده، ذكر ذلك ابن عبد الحكم فى كتاب «آداب القضاة»، وفى كتاب «منهاج القضاة» لابن حبيب: سألت أصبغ عن القاضى يحتل بغير عمله فيأتيه رجل ويذكر له أن له حقاً قبل رجل من أهل عمله ويذكر أن شهوده بهذا المصر، ويسأله أن يسمع منهم، فقال: نعم يسمع من بينته ويرفع شهادتهم ويسأله قبولهم، وإن شاء سأل قاضى ذلك المصر عنهم، فإن أخبره بعد التهم أجزى بذلك، ولو اجتمع الخصمان عنده لم ينظر بينهما، قال ابن سهل: ونزلت

من ذلك مسألة سألت عنها شيخنا أبا محمد بن عتاب وذلك في القاضى يحتل بغير عمله وحق عنده لرجل حق فسأله الرجل الذى له الحق أن يخاطب له من موضع احتلاله قاضى موضع مطلوبه بما كان أثبتته عنده ببلده، فقال لى: لا يجوز ذلك، قلت: فإن فعل؟ فقال: يبطل ثم قال: وليس ببعيد أن ينفذ ذلك وينهى القاضى إلى القاضى ثبوت الحكم بوجهين بالمشافهة وبالكتابة الخطاب، فأما المشافهة فتكون على وجهين أحدهما: أن يكونا قاضيين ببلد واحد، والثانى: أن يكونا متجاورين ويكون كل واحد منهما فى طرف عمله يعلم أحدهما الآخر بثبوت الحكم، فذلك جائز، فإن كان الذى يعرف فى غير موضع ولايته فلا يسمع قوله، وإن كان فى موضع ولايته والذى يسمع منه فى غير ولايته وهو شاهد عليه فلا يحل له أن يعمل بذلك ولا يحكم به، وقال ابن سهل: قلت لابن عتاب: فإن ثبت حق عند قاضى ببلده على من هو عليه فى موضع احتلاله فأعلم قاضى ذلك الموضع مشافهة بما ثبت عنده هل تكون كمنخاطبته إياه من بلد؟ فقال لى: ليس مثله وهو بإخباره هنا بما ثبت عنده طالب فضول، قال ابن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضى المحتل بذلك البلد قاضى البلد وينفذ ويروه كمنخاطبته إياه.

وأما الكتاب المجرد بالخطاب، فقال مالك: كان من الأمر القدم العمل بالكتاب المختوم حتى حدث الإيهام، فأحدثت الشهادة فلا بد مع الكتاب من شاهدين عدلين يشهدان عند القاضى المخاطب إليه بأن القاضى المخاطب أشهدهما بما فيه، وحينئذ يجوز إعماله وإلا فلا، ولو قال لهما: اشهدا أن ما فى الكتاب خطى أو حكمى، قيل: إن كان قريباً كأعراض المدينة ونحوها فيجزى

في ذلك الكتاب والخاتم دون شهادة، وأما البعيد فلا بد من الشهادة، وكذلك إن كان للقاضي رجال استخلفهم في نواحي عمله فإنه يقبل ما خاطبوه به، وإن كان ذلك بغير بينة إذا كان محتوماً وعرف ذلك وهو منه على قرب الاستدراك ما يخشاه منه من التعدي، وفي «سماح يجي»: لا ينبغي للقاضي أن يخاطب أحداً من قضاة الكور إلا أن يكون على يقين من حسن نظره واحتياطه لمن ولى النظر له، وإن لم يكن عنده بهذه الصفة فلا يخاطب، وكذلك لا ينبغي أن يخاطب على شيء ناقص، ففي «مسائل ابن الحاج»، قال: خوطب ابن حمدان بكتاب من عند ابن منظور، ولم يقيد على الشاهد أنه لا يعلم أن الدين تأدى ولا سقط، وسئل ابن حمدان أن يخاطب به إلى بلنسية فأفتاه الفقهاء بأنه لا ينبغي لك أن تخاطب بشيء ناقص ورد من قرطبة علمه إلى إشبيلية.

ويعتمد القاضي على عمله في التجريح والتعديل اتفاقاً ولا يحكم بعمله في شيء من الأشياء كان مما أقر به أحد الخصمين عنده أم لا إلا أن يشهد عليه بذلك شهيد أعدل، قاله ابن القاسم، وبه العمل، وقال ابن الماجشون: يحكم عليه بما أقر به عنده وإن لم يشهد عليه وهو قول عيسى وأصبغ وسحنون، وليس به عمل، وأما ما يقر به الخصمان ويشهد عليهما به في مجلس القضاء، فقال إسحق ابن ابراهيم: سقوط الإعذار في ذلك إجماع من المتقدمين والمتأخرين، وأنكر ذلك عليه محمد بن الفخار، وقال: لا بد من الإعذار إليه، قال ابن سهل: وهو القياس على القول بأن القاضي يقضى بعلمه لكن الذي قال إسحق بن ابراهيم وابن العطار به جرى العمل، قال: ورأيت لبعضهم أنه إذا شهدوا في مجلس القاضي ولم يشهدوا بها عند القاضي في ذلك المجلس ثم أدوها بعد ذلك

فإنه يعذر في شهادتهم بخلاف إذا أدوها في المجلس، وكذلك إذا حفظوها وأدوها وكتبوها بعد ذلك فإنه يعذر في شهادتهم، ويجب عليه نقض حكم نفسه إذا حكم بما يخالف القطع كما يفسخ حكم غيره، وكذلك إذا كان له رأى فحكم بغيره ساهياً، فإن حكم بشيء فظهر له أنه غير صواب، فقال ابن القاسم: يفسخ الأول، وقال ابن الماجشون وسحنون: لا يجوز فسخه وهو الذى اختاره أئمة المذهب، ولا يفسخ حكم غيره حتى يبين وجه فسخه، وفي فسخه حكم نفسه من غير تبين قولان، وإذا حكم بشيء فنسى فشهد شاهدان أنه حكم به أمضاه كما يمضيه غيره.

قال أصبغ: وينبغى للقاضى إذا سجل بين الخصمين أن يسمى فى كتابه الشهود، فإن لم يفعل حتى عزل أو مات نفذ الحكم إلا على الغائب فالقضية عليه مردودة، وكان سحنون يذهب فى الحكم على الحاضر إلى ترك التصريح بأسماء الشهود إذ قد يحكم القاضى بهم وهم عدول ثم تحدث لهم جرحه، وقد عزل القاضى أو مات فيدعى أنه قبل عليه غير عدول فالتسمية مما توهن الحكم عنده، وفى «المجموعه» لسحنون أيضاً: أن تسميتهم أيضاً لا تلزم للغائب وإلى قول أصبغ ذهب جل الفقهاء وبه جرى العمل، وهو فى الحاضر مستحب وفى الغائب واجب، قال ابن رشد: وإذا أشهد القاضى بثبوت عقد عنده، وقال فى تسجيله: إنه ثبت عنده بما فى الكتاب ولم يسم بمن ثبت عنده فيطلب الخصم أن يلغفه والقاضى قد عزل أو مات فإنه يحمل جميعهم على العدالة، ولا يبطل العقد إلا بأن يجرح القائم جميعهم، وما شهد به من المقالات والإقرارات بمجلس القاضى وشهد به عنده فيه ثم أنكره المقر بعد ذلك وطلب أن يعذر إليه فيه فلا

يعذر إليه فيه ويحكم عليه به لمعرفته بصحة ما شهدوا به، ذكره ابن بطال وغيره، ويعذر إليه فيما عدا ذلك، فإذا ادعى مدفعاً أجله، والآجال ثلاثة وهي أيام التلوم.

ويكتب في ذلك: عقد أعذر إلى فلان فيما ثبت في رسم الاسترعاء بكذا فقال: إن له في ذلك مدفعاً ومقالاً وتأجل عن إذن من وجب في حله والتماس منافعه فيه أجلاً من خمسة عشر يوماً أو لها غدا التاريخ، وأشهد بذلك في كذا ثم تكتب الأجل الثاني والثالث، فإذا انصرمت فيكتب التلوم، ونصه: وتأجل فلان فيما تأجل فيه أجلاً من ثلاثة أيام أو لها غدا التاريخ تلوماً بعد الآجال الثلاثة المتقدمة عليه بذلك في كذا، فإذا انقضى التلوم عجزه وحكم عليه بقطع حجته ويعجز القاضى كل واحد من الخصمين، ويشهد بذلك ويقطع حجته، وسواء كان طالباً أو مطلوباً لا ينظر له هو ولا من جاء بعده إن جاء بينة في قضيته تلك إلا في العتق والطلاق والنسب، فعجز الطالب عن ذلك كلا عجز، وينظر له متى جاء بينته في ذلك، قاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب، وسواء كان طالباً أو مطلوباً، وقاله ابن الماجشون أيضاً، قال: وكذلك من ادعى ذلك فعجز عن إثبات دعواه أو تعديل شهوده وقد أجل في ذلك فإنه لا يحكم بقطع دعواه لأنها دعوة متى ظهرت أنفذت، قال ابن حبيب: وهو أحسن، وقال أصبغ وسحنون في ترك تعجز الطالب فإنه متى أحق حقه قضى له به، قال: وأما المطلوب فإنه يعجز ولا يسمع منه بعد ذلك حجة وكذلك الحبس، وطريق العامة ليس عجز الطالب لذلك بالذى يوجب منعه أو منع من النظر له إن أتى بماله وجه، وقيل في الدماء: إنه لا يعجز فيها، قال بعضهم: وكان سحنون وابن

يعذر إليه فيه ويحكم عليه به لمعرفته بصحة ما شهدوا به، ذكره ابن بطال وغيره، ويعذر إليه فيما عدا ذلك، فإذا ادعى مدفعاً أجله، والآجال ثلاثة وهي أيام التلوم.

ويكتب في ذلك: عقد أعذر إلى فلان فيما ثبت في رسم الاسترعاء بكذا فقال: إن له في ذلك مدفعاً ومقالاً وتأجل عن إذن من وجب في حله والتماس منافعه فيه أجلاً من خمسة عشر يوماً أو لها غدا التاريخ، وأشهد بذلك في كذا ثم تكتب الأجل الثاني والثالث، فإذا انصرفت فيكتب التلوم، ونصه: وتأجل فلان فيما تأجل فيه أجلاً من ثلاثة أيام أو لها غدا التاريخ تلوماً بعد الآجال الثلاثة المتقدمة عليه بذلك في كذا، فإذا انقضى التلوم عجزه وحكم عليه بقطع حجته ويعجز القاضى كل واحد من الخصمين، ويشهد بذلك ويقطع حجته، وسواء كان طالباً أو مطلوباً لا ينظر له هو ولا من جاء بعده إن جاء بينة في قضيته تلك إلا في العتق والطلاق والنسب، فعجز الطالب عن ذلك كلا عجز، وينظر له متى جاء بينته في ذلك، قاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب، وسواء كان طالباً أو مطلوباً، وقاله ابن الماجشون أيضاً، قال: وكذلك من ادعى ذلك فعجز عن إثبات دعواه أو تعديل شهوده وقد أجل في ذلك فإنه لا يحكم بقطع دعواه لأنها دعوة متى ظهرت أنفذت، قال ابن حبيب: وهو أحسن، وقال أصبغ وسحنون في ترك تعجز الطالب فإنه متى أحق حقه قضى له به، قال: وأما المطلوب فإنه يعجز ولا يسمع منه بعد ذلك حجة وكذلك الحبس، وطريق العامة ليس عجز الطالب لذلك بالذى يوجب منعه أو منع من النظر له إن أتى بماله وجه، وقيل في الدماء: إنه لا يعجز فيها، قال بعضهم: وكان سحنون وابن

الاستحقاق للرباع والأصول والديون والحيوان والعروض، ولا يرجى له حجة في ذلك، وقال ابن الماجشون وسحنون في هذا: إنه يحكم عليه في جميع الأشياء من الأصول وغيرها، ولا يرجى له حجة ويوكل إليه وكيل يعذر إليه، والصواب إرجاء الحجة إذ قد لا يعرف الوكيل ححته فأرجاء الحجة أحوط، والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من إفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان، فهذا يحكم عليه في كل من الديون والحيوان والأصول وغيرها وترجى له الحجة كما تقدم، قال في «نوازله»: وهذا الذي ذكرنا من حد الغيبة البعيدة والقريبة هو مع الأمن والطريق المسلوكة، وأما إذا كانت الطريقة غير مأمونة ولا مسلوكة فيحكم على الغائب فيها وإن قربت غيبته، وترجى الحجة له، ومن خلف البحر بالجواز القريب المأمون كالبر الواحد إلا في الأمن الذي يمنع ركوبه فيكون للقريب فيه حكم البعيد، وهو الذي أراه على مذهب مالك، ولا يحكم القاضى على عنده، قال ابن الحاج: وذكر الماوردى في «الأحكام السلطانية»: أنه يجوز للقاضى أن يحكم على عنده بخلاف الشهادة عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة، قال: وهو خلاف مذهب مالك، وفي جواز حكمه لمن لا تجوز شهادته له قولان: أحدهما: أنه يجوز، والثاني: أنه لا يجوز، وقال ابن الماجشون: إنه لا يجوز لزوجه وبيمه الذى لنظره ويجوز لغيرهما، ولا يحل حكم القاضى حراماً، ولا يحرم حلالاً ولا يفنى في الخصومات، وقال ابن عبد الحكم لا بأس بذلك، فإن أفتى في قضية فليس يحكم باتفاق، وكذلك إن قال في مثل نكاح بلا ولى: لا أجيزه فليس ذلك بحكم وهي فتوى.

وسئل ابن رشد في الفتوى وصفة المفتي، فقال: الذي أقول به في ذلك إن الجماعة التي تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاثة طوائف طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليداً بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقوال أصحابه في مسائل الفقه دون التفقه في معانيها بتميز الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها أيضاً من صحة أصوله فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقوال أصحابه في مسائل الفقه ثم تفقعت في معانيها فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لكونها عالمة بأحكام القرآن عارفة بأحكام الناسخ منها والمنسوخ والمفصل من الجمل والخاص من العام، وعالمة بالسنن الواردة في الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار، وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه عالمة من علم اللسان بما تفهم به معاني الكلام عارفة بوضع الأدلة فيها مواضعها.

فأما الطائفة الأولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك أو قول أحد من أصحابه إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك، وإذا لا تصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم ويصح لها في خاصتها إذا لم تجد من يصح لها أن تستفتيه إن تقلد مالكاً أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم وإن لم يعلم من نزلت به نازلة بما حفظته فيها من قول مالك وقول غيره من أصحابه، فيجوز للذي نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاها له من قول مالك في نازلته

ويقلد مالكا في الأخذ بقوله فيها، وذلك أيضاً إذا لم يجد في عصره من يستفتيه في نازلته فيقلده فيها، وإن كانت النازلة قد علم فيها اختلافاً من قول مالك وغيره فاعلمه بذلك كان حكمه في ذلك حكم القاضي إذا استفتى العلماء في مسألة فاختلفوا عليه فيها، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يأخذ بما شاء من ذلك، والثاني: أنه يجتهد في ذلك فيأخذ بقول أعلمهم، والثالث: أنه يأخذ بأغلظ الأقوال.

وأما الطائفة الثانية: فيصح لها إذا استفتيت أن تفتى بما علمته من قول مالك أو قول غيره من أصحابه إذا كانت قد بانت لها صحته كما يجوز لها في خاصتها الأخذ بقوله إذا بانت لها صحته، ولا يجوز أن تفتى بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه تضامن قول مالك أو قول غيره من أصحابه، وإن كانت قد بانت لها صحته إذ ليست ممن كمل لها أدلالت الاجتهاد التي يصح لها بها قياس الفروع على الأصول.

وأما الطائفة الثالثة: فهي التي يصح لها الفتوى عموماً بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة وإجماع الأئمة بالمعنى الجامع بينهما وبين النازلة أو على ما قيس عليها إن عدم القياس عليها ومن القياس جلي وخفي لأن المعنى الذي يجمع بين الفرع والأصل قد يعلم قطعاً بدليل قطعي لا يحتمل التأويل، وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب لها غلبة الظن ولا يرجع إلى القياس الخفي إلا بعد عدم الجلي، وهذا كله يتفاوت العلماء في التحقيق بالمعرفة به تفاوتاً بعيداً وتفرق أحوالهم أيضاً في جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقاً بعيداً إذا

ليس العلم الذي هو الفقه في الدين بكثرة الرواية والحفظ، وإنما هو نور يضعه الله حيث يشاء فمن اعتقد في نفسه أنه ممن يصلح له الفتوى بما آتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له إن استفتى أن يفتى، وإذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز أن يفتى قال القاضي: ليس للرجل أن يفتى حتى يرى نفسه أهلاً لذلك ويراه الناس أهلاً له على ما حكى مالك عن ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره في ذلك، وقد أفنى ما ذكرته على ما سألت عنه من بيان صفات المفتي التي ينبغي أن يكون عليها في هذا العصر أنه لا تختلف صفات المفتي التي يلزم أن يكون عليها باختلاف الأعصر، وأما السؤال عن بيان ما يلزم في مذهب مالك لمن أراد في هذا الوقت أن يكون مفتياً على مذهب مالك فإنه سؤال فاسد إذ ليس أحد بالخيار في أن يفتى على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء بل يلزمه ذلك إذا قام عنده الدليل على صحته، والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذ كان ملتزماً للمذهب المالكي، وليس في قطره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول فيه فيما وصفته من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك، ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لأنه لا يكون للمذهب المالكي إلا بما بأن له من صحة أصوله فسييل هذا القاضي فيما يمر به من «نوازل الأحكام» التي لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه الذي قد بانت له صحته أن لا يقضى فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد ويعرف وجه القياس إن وجدته في بلده وإلا طلبه في غير بلده فإن قضى فيه برأيه ولا رأى له أو برأى من لا رأى له كان موقوفاً على النظر ويأمر

الإمام القاضى إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان فى بلده من يسوغ له الاجتهاد أن لا يقضى فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد.

وسئل أيضاً هل يجوز أن يستفتى من قرأ الكتب المستعملة مثل «المدونة» و«العتبية» دون رواية والكتب المتأخرة يوجد فيها رواية أم لا؟ فقال: من قرأ الكتب التى ذكرت وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معانيها وعرف الأصول التى بنيت عليها مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع وأحكم وجه النظر والقياس ولم يخف عليه ناسخ القرآن من منسوخه ولا سقيم السنة من صحيحها إذا نظر فيها وكان معه من اللسان ما يفهم به معنى الخطاب جاز له أن يستفتى فيما يتزل من النوازل التى لا نص فيها فيفتى فيها باجتهاده، ومن لم يلحق بهذه الدرجة فلا يصح له أن يستفتى فى المجتهادات التى لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتى برأيه فى شىء منها إلا أن يخبر برواية من عالم فيقلد فيما يخبر به من صحة نقلها عنه، وإن لم يتفقه فيما قرأ فلا يجوز له ان يستفتى، ولا يحل له أن يفتى، قال رسول الله ﷺ: «إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ولكن يقبضه بقبض العلماء حتى لا يبقى عالم، فإذا كان ذلك اتخذ الناس رؤساً جهالاً فافتوا بغير علم فضلوا وأضلوا»^(١) وقد أدركنا هذا الزمان، والله الموفق.

(١) أخرجه الإمام أحمد فى (المستند).

فصل

والشهادات أقسام:

الأول: شهادة الرجلين العدلين، وهي جائزة فى كل شىء على الإطلاق إلا الزنا،

والثانى: شهادة الرجل والمرأتين وهي جائزة فى الأموال وما يؤول إليها كالأجل والخيار والشفعة والإجارة، وقتل الخطأ وما يتقرل مترلته، وجراح المال مطلقاً، وفسخ العقود، ونجوم الكتابة، وإن عتق بها، وكذلك الوكالة بالمال والوصية على المشهور.

والثالث: شهادة الشاهد الواحد العدل مع اليمين وهي جائزة فى الأموال والكفالة والخلطة، وفى القصاص فى جراح العمد قولان، وكذلك فى جوازها فى الوكالة ونكاح امرأة قد أبانت والتجريح والتعديل قولان، ولا يجوز فى النكاح والطلاق والعتق والولاء والأحباس والوصايا لغير المعين وهلال رمضان وذى الحجة والقذف والموت والإيضاء ونقل الشهادة وترشيد السفیه باتفاق، وفى كتاب «الاستغناء»، قال المشاور: وليس القضاء عندنا باليمين مع الشاهد إلا فى الرجل يقوم بوثيقة قد مات شهوده إلا رجل واحد فيحلف القائم معه ويقضى له بحقه.

الرابع: شهادة المرأتين وهي جائزة فى الأموال خاصة.

الخامس: شهادتهما منفردتين فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وعيوب النساء والاستهلال والحيض.

السادس: شهادة الصبيان وهى جائزة من المميز منهم فيما يقع بينهم فى الدماء خاصة بإجماع أهل المدينة بخلاف النساء فى المآثم فلا يقبلن فى ذلك على الصحيح ويشترط فيهم أن يكون اثنان فصاعدا متفقين فى الشهادة قبل تفرقهم أو أن يدخل بينهم كبير، وفى قبولها فى القتل قولان.

السابع: شهادة الرفقة بعضهم على بعض فى التوسم وهى جائزة للضرورة إذا عرض لهم خصام كانوا من بلد واحد أو من بلدين ولا تجرح للخصم فيهم عند ابن الماجشون، ولا تجوز فى الحدود والغصب وإن استراب القاضى منهم أحداً بقطع يد أو جلد ظهر فله طرح شهادته، وتجاوز شهادة المسلموين على السالين، فإن شهادتهم تؤخذ عليهم فى قطع السبيل باتفاق، وفيما ادعوه لأنفسهم من المال فى قول ابن القاسم بعضهم لبعض إذا قل، قال ابن القاسم: إذا شهدوا لهم ولغيرهم بالمال جازت لغير الشاهد وردت فى ماله إن كان كثيراً، وقال ابن حبيب ومطرف: هى جائزة عليهم من العدول فى قطع السبيل وفى المال لهم ولأصحابهم، ولا يؤخذ بعض شهادتهم دون بعض، قال ابن رشد: وإنما جازت شهادة المجهولين الحال لضرورة السفر ورعياً للخلاف إذ من أهل العلم من يحمل الشاهد على العدالة حتى تعرف جرحته، ومن أصحابنا المتأخرين من أجاز شهادة المجهول الحال فى الشيء اليسير من المال وهو استحسان على غير قياس.

الثامن: شهادة السماع، قال بعضهم: ما اتسع أحد فى شهادة السماع اتسع المالكية فتجوز عندهم فى الأحباس والملك المتقادم والولاء والنسب والموت والولاية والعزل والعدالة والتجريح، ومنع سحنون ذلك فيهما، قال علماؤنا: وذلك إذا لم يدرك زمن المجرح والمعدل، فإن أدرك فلا بد من العلم وتجاوز أيضاً

في الإسلام والكفر والحمل والولادة والترشيد والتسفيه والصدقة والهبة والبيع في حال التقادم، والرضاع والنكاح والطلاق والضرر والوصية والحراية والإباق، ولا تجوز إلا فيما طال زمانه، قال ابن حبيب: والطول الخمسة عشر عاماً، حكم ذلك عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ في الأحباس وغيرها، ولا تجوز إلا من العدول على العدول، ولا تكون عن غيرهم، وتجز فيهما شهادة عدلين فيه وبه الحكم، وقال ابن الماجشون: أقل ما يجوز في ذلك أربعة شهداء ولا تكون من أقوام بأعيانهم، وإنما تكون بأنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة أو أن فلاناً مولى فلان قد تواطأ ذلك عندهم وكثر وفشا حتى لا يدرون ولا يحيطون ممن سمعوا ذلك من كثرة ما سمعوا به الناس من أهل العدل وغيرهم، هذه كيفية شهادته، ولا تجوز إلا فيما تقادم ولا يستخرج بها من يد حائز.

التاسع: شهادة الزنا ولا بد فيها من أربعة رجال عدول يجتمعون على الشهادة لا يفترقون، وفي قبول اثنين على الإقرار به قولان.

العاشر: الشهادة على الخط، والصحيح من مذهب مالك أن الشهادة على المقر جائزة في الأموال والطلاق والعتاق وغيره كإقراره، وقيل: لا يجوز إلا في المال خاصة، وهو قول ابن الماجشون، وأما الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب فلا تجوز إلا فيما كان مالا من الأموال، ولا تجوز في طلاق ولا عتاق وحيث لا تجوز اليمين مع الشاهد ولا شهادة النساء فثم لا تجوز الشهادة على خط الشاهد هذا هو المعمول به، وقيل: إن الشهادة على خط الشاهد جائزة في كل شيء كالشهادة على خط المقر، قال ابن زرب: وكان العمل عندنا أنها لا تجوز إلا في الأحباس المعقبة وهي جائزة في مذهب مالك في جميع الأشياء،

قال ابن حارث: وقد شهدت محمد بن عيسى قاضي الجماعة بقرطبة يحكم بإجازة الشهادة على خطوط اليهود في صدقات النساء، قال ابن رشد: وقد حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبح أن الشهادة على الخط لا تقبل في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود فكان يمضى لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن ذلك هو مذهب مالك لا خلاف فيه، وإن معنى قوله في الشهادة على خط يد المقر بالطلاق نفعها أن ذلك شبهة توجب لها اليمين على الزوج، والذي أقول به أنه معنى ما حكاه ابن حبيب إنما هو في الشهادة على خط الشاهد في طلاق أو عتاق، وأما على خط الرجل أنه طلق أو أعتق فهي جائزة لإقراره بالمال، وذلك بين من قول مالك، فالصواب أن يحمل قول مالك نفعها على ظاهره من الحكم لها عليه بالطلاق إذا شهد على خطه به شاهدان عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره أنه طلق أو يكتب هوبه على هذا الوجه وقدر الغيبة التي تجوز فيها الشهادة على خط الشاهد الغائب مسافة القصر، وقيل: مثل مكة من العراق

ويكتب في ذلك: عقد نظر شهوده إلى شهادة فلان الواقعة بكذا وأمعنوا النظر فيها وفي إشكال حروفها فتحققوا أنها شهادته المعهودة منه مفيدة بخطه، ويعلمون أنه كان حين إيقاعها فيه من أهل العدالة وقبول الشهادة ولم ينتقل عن ذلك إلى أن مات وإن كان غائباً فتقول: حتى الآن وأنه غائب الآن بموضع كذا، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. فإن لم يعرف أنه كان يعرف المشهود عليه ففى جوازها قولان. وأما الشاهد في الوثيقة يعرف خطه ولا يذكر الشهادة، فقال مالك: إذا لم يكن نحو ولا رية فليشهد، قال مطرف: ثم رجع،

فقال: لا يشهد حتى يذكر بعضها، والأول أصوب إذ لا بد للناس من ذلك فعلى الأول. يؤديها ولا يقول للحاكم حاله، وإن قالها فلا يقبلها، وعلى الثاني قال مالك: يؤديها، ويقول: حاله.

الحادى عشر: الشهادة على الشهادة وهى جائزة فى كل شىء من الأموال المالية وغيرها، ومن شرطها أن يشهد الشاهد على شهادته، فإن رآه يؤديها فكذلك، وقيل: لا حتى يشهده عليها ويشهد على كل شاهد اثنان من غير شهود الأصل، ويكتفى بشهادتهما عن الآخر، وقال عبد الملك: لا بد من شاهدين آخرين سواهما، وفى الزنا أربعة على كل واحد من الأربعة، وروى مطرف: لا بد من ستة عشر ولا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته. بمكان لا يلزم الأداء منه إلا المرأة فإنه ينقل عنها وإن كانت حاضرة، وإذا بطل الأصل بجرحة من عداوة وغيرها بطل الفرع، وكذلك إن كذب الأصل الفرع قبل الحكم بطلت الشهادة وبعده يمضى على قول ابن القاسم ولا غرم، وقال ابن حبيب: ينقض، وقيل: يمضى وغرم الأصل، وفى «المنتخب»: سئل أصبغ عن من شهد على شهادة أبيه وأبوه عدل مرضى، فقال: لا تجوز شهادة الابن على شهادة أبيه ولا شهادة الأب على شهادة الابن، وكل من لا يجوز لك تعديله لا يجوز لك أن تشهد على شهادته وإن كان عدلاً، قال محمد: وفى الذى قاله أصبغ تنازع. والعدالة شرط فى الشهادة عند كافة العلماء وهو حق لله تعالى على الحاكم أن لا يحكم حتى يحققها، وقال أبو حنيفة -رضى الله تعالى عنه- يكفى فى قبول الشهادة الإسلام وعدم الجرحة الظاهرة، فإن طلب الخصم العدالة فحص عنها إذ هى حق له وإلا فلا؛ وهى المحافظة على اجتناب الكبائر

وتوقى الصغائر، وحسن المعاملة، والتحرز فى المخالطة، ولا يعذر بجهل ولا تأويل كالقدرى، ولا يشترط انتقاء العصية فإنه متعذر، والمطلوب فى العدالة أعلاها إن قدر، وإلا قبل ما دون ذلك توسعة. وعدل كل بلد أمثاله وإن كانوا فى النسبة لغيرهم أنقص مراتب وأحوالاً، ويعتمد الحاكم على علمه فيها، وفى التحريح باتفاق، وعلى قول الواحد العدل فى السر، وقيل: لا بد من اثنين، وأما فى العلانية فلا بد من اثنين ولا يقبل فيها إلا العارف الفطن، فليس كل من تجوز شهادته تجوز تزكيته.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاتاً ويعلمونه من أهل العدالة وقبول الشهادة متصل الحال على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. ولا بد أن يقول فى التعديل: من أهل العدالة والرضا وإلا لم يقبل، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا قال المعدل فى تعديل الشاهد لا بأس به أو لا بأس بحاله فينبغى أن تكون تزكية، وكذلك إن قال: نعم الرجل أو لا أعلم منه إلا خيراً فهى تزكية، وإذا أقر الخصم بعدالة الشاهد حكم عليه خاصة بشهادته، فإن رضى الحكم بشهادة المسخوط أو الكافر لم يحكم عليه به لأنه حق لله تعالى، ذكره ابن أبى زيد فى «النوادر»، ولا يكون التعديل إلا على العين إلا أن يكون المعدل مشهور العين لا يشته بغيره فى صفته واسمه فلا بأس بتعديله غائباً، ويعدل الشاهدان الجماعة لأنهما يجتمعان على كل واحد من المعدلين كالشهادة على الشهادة، وكذلك التحريح، ولا يجوز التعديل على التعديل إلا فى الغريب، وإذا عدل الشاهد عند القاضى ثم شهد عنده مرة أخرى لم يجوز بالتعديل الول إلا أن يكون ذلك على قرب، ولا بد من تعديله مرة ثانية حتى يكثر عنده تعديله،

فإذا كثر ذلك لم يسأل عنه معدلا، وإذا لم يعرف القاضى الشهود فصرفهم إلى غيره لعله يعرفهم فقد أصاب، قاله ابن كنانة. وتمنع وترد شهادة الشاهد وإن كان عدلاً أشياء.

فمنها: التغفل، قال ابن عبد الحكم قد يكون الحبر الفاضل ضعيفاً عقله فلا تقبل شهادته، وقيل: إلا فيما لا يكاد أن يلبس عليه فيه فيجوز.

والثاني: القرابة القرية وهى الأبوة والأمومة وإن علت، والبنوة من ذكر أو أنثى وإن سفلت، وكل واحد من الزوجين للآخر وفى شهادة الرجل لزوج ابنته أو زوجة ابنه ثلاثة أقوال: الجواز مطلقاً، والمنع مطلقاً والثالث: أنه إن كان ميرزاً جاز وإلا فلا، وكذلك فى الولد لا حد أبويه على الآخر، وشهادة الأب لأحد ولديه على الآخر إذا لم يظهر ميل قولان، وأما شهادة الأخ لأخيه ف جائزة إلا فى النسب ودفع المعرة، وقيل: إن كان ميرزاً وأجاز ابن القاسم تعديله، ومنعه أشهب، قال ابن عبد البر: ومنع أصبغ بن الفرغ من شهادة الأب مع ابنه والابن مع أبيه، وقال: هى شهادة واحدة لأنهما إذا شهدا جميعاً فكان أحدهما قد زكى الآخر وشهد بعضهما لبعض فصارت واحدة وكررها ابن لبابة، وقال: لا تنفع إلا مع غيرها، وبذلك قال ابن رشد، وأجازها سحنون، وقال ابن مطرف وابن الماجشون: شهدتهما جائزة، ولا يتهم أحدهما أن يريد إنما شهادة الآخر، وبهذا القول جرى العمل، وفى شهادة الصديق الملائف وهو الذى يناله ردة ونفعه قولان:

أحدهما: أنه لا تجوز شهادته مطلقاً، والثاني: أنه كالأخ وحكمه حكمه وفي شهادة الذى ينفق عليه فلا يجوز شهادته فى شىء من الأشياء.

الثالث: أن يجبر بها لنفسه كشهادة الرجل على موروثه أنه قتل عمداً أو زنى وهو محصن أو على من جرحه وكالوصى يشهد بدين للميت، والذى يشهد بوصية له ولغيره، والثاني: لا تقبل، والثالث: تقبل لغيره لا لنفسه، وأما شهادة كل واحد منهما من صاحبه، وكذلك شهادة صاحب الدين لغيره المعسر لا تجوز لأنه يجبر بها لنفسه نفعاً، ولا تجوز أيضاً شهادة الغريم له لأنه يتهم أن ذلك لأن يذكره،

الرابع: التهمة فمن ذلك شهادة البدوى على الحضرى، ومحملها عند مالك على الشهادة على الإشهاد فى الحضر لأنه تهمة أن يدع أهل الحاضرة ويشهد أهل البادية، فإن سكن الحضر عندهم جازت شهادتهم عليه، وكذلك إن شهدوا على شىء رأوه أو سمعوه فى السفر شهادتهم جائزة. ومن ذلك: شهادة السؤال فى الكثير لا تجوز شهادتهم فيه، فإن كان يسيراً جازت، وكذلك إن كانوا سؤالاً للإمام أو فقراء فشهادتهم جائزة، وقيل: لا تجوز فى الكثير، ولا تجوز شهادة الوصى لمن يلى عليه وفى جوازها عليه قولان أشهرهما: الجواز ولا تجوز شهادة ولد الزنا فى الزنا باتفاق، وكذلك من حد فى شىء لا تجوز شهادته فيه على المشهور، وقال ابن كنانة: تقبل، وإذا ردت شهادة الشاهد لصغر أو فسق أو كفر لم تقبل فيه بعد، وإذا أتى بالشهادة قبل أن يسئله، فإن كانت فى حق آدمى محض كالديون وشبهها لم تقبل، وإن كانت فى حق الله تعالى قبلت، ويجب عليه القيام بها فيما كان من ذلك يستدام فيه التحريم كالطلاق والعناق

والخلع والرضا والوقف والعتق عن القصاص، وإن كان لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر فلا يجب إلا في التجريح إن شهد على أحد، وإذا استخفى الشاهد لتحمل الشهادة ففي ذلك قولان أحدهما: أن شهادته جائزة وهو المشهور، والثاني: أنها لا تقبل، وكذلك شهادة الفقيه فيما استفتى فيه اختلف فيه قول ابن القاسم فقال في «رواية يحيى»: يشهد بما سمع، وقال في «رواية عيسى»: لا يشهد وبه العمل، وكذلك لا تجوز شهادة خصم وإن كان يخاصم في حق غيره وقيل: تجوز إن كان يخاصم عن غيره في اليسير، فإن كان يخاصم في حق الله تعالى فقولان.

والشهداء قسمان: ميرر وغير ميرر، فأما الميرر فهو التام العدالة العارف بما تصح به الشهادة فهذا لا يسئل عن شهادته ولا يباح فيه التجريح إلا بالعداوة خاصة وغير الميرر من ليس كذلك، ويباح فيه التجريح بالعداوة وغيرها، ويسئل عن شهادته والعداوة المعتبرة في التجريح هي التي تكون في أمر ديني من مال أو جاه أو خصام، فإن لم تكن في أمور الدنيا وكانت لله تعالى لأحوال قبيحة تكون في المشهود عليه يبغضه عليها فلان يجرح الشاهد بما.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً الشاهد بكذا ويعلمون بينه وبين فلان المشهود عليه فيه عداوة قديمة وشحناء ومقاطعة في أسباب الدنيا وعرضها منذ كذا وحالهما متصل على ذلك ولا يعلمونهما اصطلاحاً ولا رجعا عن ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

بيان: المعتبر في الخصومة أن تكون في أمر جسيم يكون في مثله الشحنة والعداوة، وأما الشيء اليسير الذي لا يسوغ مثله في الصدور ولا يورث الشحنة كثمان الثوب ونحوه فإن شهادتهما تجوز وإن لم تنقطع الخصومة بينهما، قال سحنون: وإن شهد المشهود عليه على الشاهد وهو في خصومته لم تجز، قال الشعباني: ولا تجوز شهادة القراء بعضهم على بعض أنهم يتحاسدون وهم كالضرائر والحسود لا تقبل له شهادة على من يحسده، ويقبلون فيما عدا ذلك. قال ابن الحاج في «مسائله»: لا تجوز شهادة الرجل على من بينه وبينه عداوة في حرث الدنيا وحطامها وكذلك لا تجوز على من لا تجوز شهادة المشهود عليه له كابنته وزوجته وما أشبه ذلك قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة الرجل على ابن عدوه ولو كان مثل شريح، وقيل: تجوز في المال إن لم يكن في ولايته، وقيل: إن كان الأب ميتاً ويشهد بالتحريح بالعداوة من لا تجوز شهادته إلا بالتعديل وسواء، فإن اعترف المشهود عليه أنه لا معرفة له بالشاهد له ثم قام بجرحه بالعداوة لم يقبل، وله أن يجرحه بغير ذلك والوجوه التي يجرح بها كثيرة وهي الكبائر والبوائق.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً الشاهد بكذا، ويعلمونه يشرب الخمر أو يكثر سماع الغناء أو يعمل بالربا أو من لا تجوز شهادته ولا ترضى أحواله لقبح مذهبه وسوء طريقته وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا ولا يشهد بالتحريح مجملاً إلا أهل المعرفة وإن لم يكونوا من أهل المعرفة فلا بد من تفسير الجرحة كما تقدم، فإن شهد فيه بما يجب فيه الحد فإنه يجد إذا ثبت ذلك، قال ابن الحاج في «مسائله» سئل مالك -

رضى الله تعالى عنه - عن الذى يسأله القاضى عن حال الشهود فيخبر بما فيه الحد، فقال: إذا كان القاضى هو الذى سأله فليس على المخبر فيما يخبره عنه شىء، وفي «المؤلفة» لابن لبابة: من شرب حمراً ولم يحد عليها ثم تاب وحسنت حاله أن شهادته جائزة، ولا يجرح بما مضى من فعله، وقال غيره: وشهادة كل تائب من سرقة أو قتل أو حراة جائزة في كل شىء، قال بعضهم: ولا يكفى في زوال الفسق مجرد التوبة بل يرجع إلى قرائن الأحوال في غلبة الظن بزوالها، وقد يظهر ذلك عن قرب وبعد الاختلاف حال الظان والمظنون، وقيل: لا بد من مضى ستة، وقيل: ستة أشهر والعداوة، وإذا شهد قوم بالتحريح وشهد آخرون بالتعديل عمل بالتحريح، وشهادة المجرحين أتم لأنهم علموا من الباطن ما لم يعلمه المعدلون، وهو قول ابن نافع وسحنون وبه جرى العمل، وقيل: ينظر إلى أعدل البيتين والتكافؤ عند مالك - رضى الله تعالى عنه - في البينة في العدالة لا في العدد فقد يكون الشاهدان عند أتم من مائة شاهد وإن كانوا عدولاً، وقال غيره التكافؤ في العدد وليس عليه عمل، وإذا زاد الشاهد في شهادته أو نقص قبل منه إن كان مبرزاً وإلا فلا، وقيل: إن كان بعد الحكم لم يقبل، وإذا أنكر الشاهد الشهادة فقال للمشهود عليه: ليس عندي عليك شهادة إن قال: لا أشهد عليك بشىء فلا يضره ذلك، وله أن يشهد بعد ذلك، فإن كان قوله ذلك عند الحاكم لم يقبل بعد، والرجوع لا يكون إلا عند القاضى الذى شهد عنده، قال ابن الحاج في «مسائله»: إن شهد عليه بالرجوع عند غير القاضى شاهدان فلا يضره ولا يعمل بذلك، قال: وفيها قول آخر إذا شهد عليه بالرجوع بطلت شهادته، قال بعضهم: وتحصيل القول في ذلك أن الشاهد إذا رجع عن شهادته، وقد كان

شبه عليه، فإن كان قبل الحكم بشهادته قبل رجوعه وجازت شهادته فيما يستقبل، وإن كان بعد الحكم لم يرد الحكم، واختلف هل يضمن أم لا؟ وهل ترد شهادته فيما يستقبل أم لا؟ ويقبل قوله أنه شبه عليه إن كان ميرزاً باتفاق، وإن لم يكن ميرزاً اختلاف، وإذا لم يأت في رجوعه بما يشبه وتبين أنه تعدد الكذب والزور أدب ولم تقبل شهادته فيما يستقبل كان ذلك قبل الحكم أو بعده، ولا يرد الحكم إن كان ذلك بعده، ويضمن ما تلف من المال وعليه القصاص في الدماء، وقيل: الدية، وإذا شهد عند القاضى شهود بما يعلم خلافه فلا تبطل شهادتهم، وإن كانوا عدولاً ولا يحكم بما لكن يدفعها إلى غيره ثم يشهد هذا القاضى عنده بما يعرف، وقيل: تنفذ شهادتهم بعد الانتظار ويستحب له أن يعلمهم بما عنده، وكذلك إن شهد عند من ليس بعدل في شيء يعلم هو صحته فلا يحل له أن يميز شهادة من ليس بعدل ويحكم بما. وتحمل الشهادة بحث يفتقر إليه فرض كفاية والأداء إن كانا اثنين فأقل فرض عين ولا تحل إحالته على اليمين، ويلزم الشاهد أن يأتي لأداء الشهادة إذا كان موضع الأداء على بريدين فأقل، ولا يجوز أن ينتفع منه على ذلك بشيء إلا أن يعطيه دابة يجيئ عليها خاصة، وإن فعل فهي جرحه فيه وتبطل شهادته ولا يلزمه الأداء على أبعد من ذلك، فإن تطوع الشاهد بالجميء للأداء من أبعد من ذلك فله أن يقوم له المشهود له بما يتكلفه من نفقة أو دابة، كان محتاجاً أو لم يحتج، ولا يضره ذلك في شهادته، وقيل: لا يجوز ذلك وتبطل شهادته وتنقل شهادة الشاهد من حيث لا يلزمه الأداء، وقيل: لا تنقل الشهادة إلا أن يكون الشاهد على مسافة اليومين والثلاثة، وتنقل شهادة المريض مطلقاً، وكذلك المرأة في القرب والبعد،

قال مطرف: ولم أر بالمدينة امرأة قط أدت ولكن ينقل عنها، قال ابن لبابة: وإذا قال الشاهد: أشهدتني فلانة ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهي شهادة تامة، وقوله: أشهدتني فلانة معرفة لا محالة، قال ابن زرب: وإذا كانت الوثيقة منعقدة على إسهام المشهودين فلا يؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة وحسبهم أن يقولوا إن شهادتهم فيها حق، وإذا كانت مبنية على معرفة الشهود كعقود الاسترعاء فينبغي أن ينصوا شهادتهم بألسنتهم على ما في الوثيقة إذا كان الشهود ممن يخشى منهم، قال ابن رشد: وما أشهد عليه الشاهد من العقود في المبيعات والإلزامات فليس عليه أن يقرأها ولا يحفظ ما فيها، وحسبه أن يتصفح فصل الإسهام، فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد عليه وإن لم يعرف ما في الكتاب ولا عدد المال، قال: وكذلك من دفع إلى رجل حقاً أو باع منه شيئاً وأشهد به شاهدين عدلين وطلب الآخرا إن يزيد فلا يلزمه أن يشهد له غيرهما إذا كانا مبرزين في العدالة يمكنه الإسهام على شهادتهما، وفي كتاب «الاستغناء»: قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن أشهد في كتاب ذكر حق ثم ذكر أنه ضاع وسأل الشهود أن يشهدوا بما حملوا، فلا يشهدوا وإن كانوا حافظين لكل ما فيه خوفاً أن يكون قد اقتضى وحجى الكتاب، فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به الإمام، قال مطرف: بل يشهدون بما حفظوا إن كان الطالب مأموناً وإن لم يكن مأموناً فقول ابن الماجشون أحب إلى.

فصل

والأيمان في الحقوق كلها بالله الذى لا إله إلا هو لا يزيد على ذلك، وقيل يزداد في أيمان القسامة عالم الغيب والشهادة، فإن قال: بالله أو والذى لا إله إلا هو، ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه يجزيه وهو الأشهر، وقال أشهب: لا يجزيه حتى يقول بالله الذى لا إله إلا هو، وأما الذى فإنه لا يجوز فيما روى ابن حبيب عن مالك -رضى الله عنه- إلا أن يقول بالله الذى لا إله إلا هو كان نصرانياً أو غيره، وكذلك في «المدونة» عن ابن القاسم، وهو الذى اقتصر عليه أبو محمد بن أبي زيد وتأول غيره عن ابن القاسم أن النصراني يحلف بالله فقط لقوله في «المدونة» ويحلف بالله لا يزيد على ذلك، وإنما أراد أنه يحلف كما يحلف غيره لا يزيد مثل التوراة وهذا هو الصحيح أن النصراني وغيره يحلف بالله الذى لا إله إلا هو في قول ابن القاسم وغيره، واليمين إن كانت على ما يعلم خلافه فهي الغموس، قال في «المدونة»، فإن حلف على ما هو شك فيه فتبين خلافه فهو غموس وإلا فقد سلم، قال بعضهم: والظاهر أن الظان كذلك، قال ابن رشد: واختلف هل هي على نية الخالف أو على نية المحلوف له، وإن كان متطوعاً فاليمين على نية الخالف، وهو قول ابن الماجشون وسحنون، وقيل: بعكس هذه التفرقة، وهو دليل ما في «سماح عيسى» من «كتاب النذور»، ونص رواية يحيى عن ابن القاسم في الأيمان بالطلاق، وقيل: إنما يفترق أن يكون مستحلفاً أو متطوعاً باليمين فيما يقضى به عليه، وأما فيما لا يقضى به عليه فلا يفترق، وذلك تكون النية فيه نية الخالف، وهو قول ابن القاسم في أول سماح أصبغ بعد هذا، وقيل: إن ذلك لا

يفترق، وتكون النية في الوجهين نية المحلوف له وهو قول أصبغ في سماعه المذكور، هذا ما لم يقطع يمينه حقاً لغيره، فإن اقتطع يمينه حقاً لغيره فلا ينفعه في ذلك نية إن نواها بإجماع وهو آثم عاص لله عز وجل تحت الوعيد، قال رسول الله ﷺ: «من اقتطع حق امرئ مسلم يمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار»^(١)، واختلف في وجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك مع ثبوت الخلطة أو دونها؟ قال ابن الحاج في «مسائله» وتعليق اليمين بالمطلوب مع الخلطة والتهمة أصل مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- والحكم بذلك في «المدونة» معلوم، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وقد جاء في بعض طرق الحديث زيادة، فقال: واليمين على من أنكر إذا كانت بينهما خلطة، وذلك كله حجة للمالك، وقد رأى اليمين بمجرد الدعوى دون اعتبار خلطة جماعة من العلماء، وقاله بعض المالكيين، وبه كان ابن لبابة يفتي، وبه أفتى من استفتاني إلا أنه قد يلوح للحاكم في النازلة وجه الصواب مما يتضح عنده من دلالاته وأحكامه وأسبابه وبرائة المطلوب لغيره وبعده عن المطلب الذي طلبه به مع عذر الشبهة والخلطة، فإذا كان كذلك عمل بحسبه في إسقاط اليمين من غير هوى يكون له فيها أو حيف يعلمه الله منه فلا حرج عليه، وأما ما جرى به الحكم وقياس القضاء فعلى ما ذكرته.

وسئل ابن رشد في يمين التهمة، فقال: أما يمين التهمة وهي الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه فقد اختلف في لحوقها ابتداءً، واختلف إذا لحقت على

(١) أخرجه مسلم في ((صحيحه)) بلفظ: ((من الطع مال امرئ مسلم يمين كاذبة لقي الله وهو عليه غضبان...)) الحديث.

القول بأنها تلحق هل ترجع أم لا، والأظهر فى القياس أن لا تجب اليمين إلا بتحقيق الدعوى لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»^(١)، وإيجابها استحسان والأظهر إذا وجبت على القول بأنها تجب أن يحق الحق على المدعى عليه بالنكول دون أن يرجع اليمين على المدعى إذ لا يكلف أن يحلف على ما لا يعرف، والذي أختاره فى هذا أن تلحق بيمين التهمة إذا قويت، وتسقط إذا ضعفت، ولا ترجع إذا لحقت، وكل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردهما، ولا ترد كقتل العمد والطلاق والعتاق والنكاح والنسب والولاء وتغلظ الأيمان فيما له بال فتجب فى ربع دينار فأكثر فى المسجد الجامع قائماً مستقبل القبلة، وكذا العمل، وروى ابن القاسم: يحلف كيف تيسر، وليس عليه العمل، ويحلف على ما يدعيه الطالب لا على ما يدعيه المطلوب فى مذهب مالك وأصحابه، وقال ابن الماجشون: يحلف بالله مالك عندي شيء مما تدعيه ولا يكلف أكثر من ذلك، ويقول مالك مضى العمل، وإذا استحلف صاحب الحق غريمه وظهرت له بينة لم يعلم بما فله القيام بعد يمينه أنه لم يعلم بما ولا يضره استحلافه، وإن كان يعلمها فلا قيام له بما فى قول ابن القاسم إن كانت حاضرة أو قرية، وقال غيره له القيام بما، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وإذا وجبت اليمين فأراد الطالب تأخيرها والمطلوب تعجيلها أو العكس فتعجيلها واجب لمن طلب ذلك منهما، وفى «المنتخب» قال محمد: ومن وجبت له على رجل يمين ببعض ما جرى بينهما، فقال المدعى عليه: أجمع مطالبك إن كنت تزعم أن لك عندي غير هذا الذى تريد إحلافى عليه لا حلف

(١) فى ((سنن الترمذى)) بلفظ: ((البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه)).

فى جميع ذلك يميناً واحداً فهو قول المدعى عليه، بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث، فليس ذلك له لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وهو الذى تعلمناه من مشايخنا، وإذا وجبت يمينان من حكمين مختلفين فلا يجمع بينهما، ولا بد فى ذلك من يمينين مفترقين مثل أن تكون اليمين قد وجبت على المدعى عليه، وتجب له أيضاً اليمين على المدعى فيردها فلا يجمعهما فى يمين واحدة، ذكره الباجى، وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين، وذلك بأن يقول: لا أحلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين صارت اليمين فى حيز المدعى فيحلف ويستحق حقه، فإن أبى عن اليمين سقط حقه وبرئ المطلوب، وينبغى أن يبين للناكل حكم النكول، فإن قال بعد أن تم نكوله أنا أحلف لم يقبل، وإنما تصير اليمين فى حيز الثانى، ولا يحلف إلا من أباه، ولا يسحنه، قال فى «المدونة» وفى «النوادس»: إن شح الابن حلف الأب وكان جرحه فى الابن وهو معنى رواية أصبغ فى «العتبية»، وقال ابن الماجشون يحلف وليس بعقوق، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا ادعى أنه قضاه حقه، وقال له: احلف وأزن لك، فقال صاحب الحق: لا أحلف إلا أن يحضر الذهب هل يتعين إحضار الذهب وتكون اليمين على عينها أم لا فى ذلك نظر، وفى كتاب ابن سحنون: من قال لفلان على مائة دينار إن حلف إذا حلف أو حين يحلف أو مع يمينه أو بعد يمينه فيحلف فلان على ذلك ونكل المقر، وقال: ما ظننت أنه يحلف فلا يؤخذ المقر بذلك فى إجماعنا، ولمحمد بن عبد الحكم نحوه.

وسئل ابن عتاب عمن وجبت عليه اليمين فردها على طالبه فسكت الذى ردت عليه اليمين ومضى زمان ثم ذهب إلى أن يحلف فأبى الآخر، وقال: لا

أمكنك الآن من اليمين، فقال: يحلف الذى ردت عليه اليمين طال الزمان أو قصر وهو قول مالك وأصحابه، قال ابن سهل: يحلف الذى ردت عليه اليمين طال الزمان أو قصر وهو قول مالك وأصحابه، قال ابن سهل: والذى جاوب عليه هو الذى فى «سماح أصبغ» و «سماح عيسى» من ديات المختلطة وهو خلاف ما فى «كتاب ابن سحنون»، ومذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أن النكول حجة مع الشاهد الواحد، فإذا نكل المدعى عليه عن اليمين وقام لصاحب الحق شاهد وأحد حكم بذلك لأن الشاهد أقوى من اليمين خلافاً للشافعى -رضى الله تعالى عنه- فى ذلك واليمين من الشاهد معمول به عند مالك والشافعى وابن حنبل -رضى الله تعالى عنه- وقال أبو حنيفة -رضى الله تعالى عنه- ينقض الحكم إن وقع وهو بدعة، وليس كما قال، وبه قال الفقهاء السبعة وغيرهم.

ويكتب فى ذلك: عقد حلف فلان بإذن القاضى بموضع كذا فلان بحيث يجب وكما يجب يميناُ قال فيها بالله الذى لا إله إلا هو لقد شهد لى فلان الشاهد فى الرسم فى كذا بالحق فيما شهد لى به فيه وإن شهادته لى، وصدق، ومن حضر اليمين المنصوصة وتلقى الإذن فيها من القاضى واستوعبها من الخالف وعرفه وبحال صحة وجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: اليمين فى هذا على وفق الشهادة، فإن كان شهد له بإقرار أو غيره فلا يلزمه أن يحلف أن ذلك الحق له قبله، وإنما يحلف أن الشهادة حق، وفى أحكام ابن بطال: لا بد أن يحلف أن الحق الذى شهد له به حق له قبله، وأن الشاهد

شهد له بالحق، وفي «مسائل ابن الحاج»: من أقام شاهداً واحداً فأبى أن يحلف معه ثم وجد شاهداً آخر فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه إن وجد شاهد آخر أضيف له إلى الأول وأخذ حقه بغير يمين، والثاني: أنه يحلف مع الشاهد الثاني، وحينئذ يستحق حقه، والثالث: أنه لا شيء له أصلاً إذا مكن من حقه فلم يأخذه يحلف السفيه مع الشاهد إن قام له على حق كان في ولاية أم لا بخلاف الصغير الذي لم يبلغ فلا يحلف، ويحلف المشهود عليه على نفى ذلك ثم يكون للصغير إذا بلغ أن يحلف مع شاهده ويأخذ حقه، وإذا كان الحق على غائب أو ميت فلا بد من يمين القضاء، ولا يحكم له بالدين إلا بعد اليمين، فإن كان شرط التصديق في الاقتضاء ففي ذلك اختلاف.

ويكتب في ذلك: عقد حلف بإذن القاضى بموضع كذا فلان بحيث يجب وكما يجب يميناً، قال فيها: بالله الذى لا إله إلا هو ما قبضت من جملة العدد المسمى فى الرسم بكذا شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحللت ولا أخذت بذلك كفيلاً ولا رهناً ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك ولا عن شيء منه بوجه، وأن ذلك باق لى قبل غريمى فلان المذكور فيه، وفى ماله وذمته إلى أن مات، وفى تركته حتى الآن، من حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الخالف وعرفه وبحال صحة وجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: وإن كان غائباً فتزيد ولا أخرت وإن كان الحق طعاماً فتسقط الإحالة والاستحالة لأن ذلك لا يجوز فى الطعام، وفى «النوادس»، قال ابن عبد الحكم: إذا

أتى وكيل الغائب يطلب ديناً لموكله، فيقول له المطلوب: قد قضيت لموكلك ومن حقى أنه يحلف ما قبض منى أنه ينظر، فإن كانت غيبة الموكل قريبة انتظر حتى يقدم أو يكتب إليه، وإن كان بعيد الغيبة فإن المطلوب يدفع الحق إلى الوكيل، ويقال للمقضى عليه: إذا اجتمعت مع صاحبك فاستحلفه فإذا وجدته أحلفه إن كان حياً أو ورثته إن كان ميتاً، ويحلف الورثة على نفي العلم، وقال ابن كنانة فى المصرى له حق قبل رجل من إفريقية فيدعى أنه دفع الحق لصاحبه ويسأل التأخير أنه يحكم عليه ويحلف الوكيل أنه ما يعلم أن موكله قبض منه شيئاً إلا أن يكون الموكل قريباً على مثل اليومين والثلاثة فإنه يكتب إليه ويحلف، وقال ابن القاسم: لا يحلف الوكيل، وقال ابن رشد فى كتاب «البيان»: إذا قام وكيل الغائب يطلب الدين فيدعى الغريم الدفع فإنه لا ينفعه ذلك ويغرم إلا أن تكون له بينة، وفرق ابن عبد الحكم بين أن يكون بعيد الغيبة فيؤدى أو قريب الغيبة فلا يؤدى إلا أن يحلف، وهذا هو الصحيح، وقد قيل: إنه لا يقضى به حتى يكتب إلى الموكل فيحلف وإن كان بعيداً كيمين الاستحقاق، وقيل: إن الوكيل يحلف على نفي العلم، وحينئذ يقتضى فهى ثلاثة أقوال فى المسألة فإن ظهر أنه دفع فله الرجوع على الوكيل أو على صاحب الحق فإن غرم صاحب الحق فله الرجوع على الوكيل إلا أن يقيم البينة على الدفع، قال غيره: ولا ينبغي أن يكتب للطالب بالكتاب حتى يحلفه أنه ما اقتضى من الحق شيئاً وفى أقضية «المستخرجة» من «سماع عيسى»، وسئل عن الرجل يثبت حقاً عند القاضى على رجل غائب ويريد الخروج فى ذلك أو يوكل؟ فقال: يستحلف فى الوجهين جميعاً خرج أو وكل أنه ما قبض ولا أحال ولا صار له بوجه من

الوجوه ثم يكتب له بوكالة إن وكل ويثبت عنده، وقاله أصبغ عن ابن القاسم، وسئل ابن رشد عن ذلك، فقيل: له ما تقول في الرجل يثبت حقاً له عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج في ذلك؟ فقال: تصفحت السؤال ووقفت عليه وقد قيل: إن للحاكم أن يكتب له دون أن يستحلفه خرج أو وكل، وهو ظاهر ما في «سماح عيسى» و «نوازل أصبغ» من كتاب البضائع والوكالات، فإن فعل ذلك الحاكم لم يخطأ وقد يتساهل في ذلك للاختلاف الحاصل في المسألة، وإن كان الذي يوجهه النظر ما لا يخفى إذا تدبرت ما تضمنته الروايات المذكورة، وقال في كتاب «البيان» في «نوازل أصبغ» ليس للإمام أن يستحلف الموكل يمين القضاء ويكتب له دون يمين خرج أو وكل، وهو خلاف ما في «سماح عيسى» من الأقضية أنه يستحلف في الوجهين جميعاً خرج أو وكل وبذلك جرى العمل، وقيل: يستحلف إذا وكل ولا يستحلف إذا خرج وهو أولى الأقوال وأعدلها، وسئل أيضاً في يمين القضاء هل تعاد إذا تأخر القبض؟ فقال: ما الناس عليه من أن اليمين لا تعاد هو الصواب إذ لو أعيدت اليمين عند القضاء لاحتمال الذي ذكرت من أن يكون حقه قد وصل إليه في خلال تلك المدة لوجب أن تعاد إليه أيضاً كلما حلف وكلما جاء ليقبض حقه لاحتمال أن يكون حقه قد وصل إليه مع من بعث إليه به معه في طريقه من المسجد الجامع إلى دار القاضي إلا ما لا نهاية له، وذلك ما لا خفاء في بطلانه، واليمين الأولى التي استحلف بها لا نص على وجوبها إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للغائب وحيطة عليه وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه، فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف

الوجوه ثم يكتب له بوكالة إن وكل ويثبت عنده، وقاله أصبغ عن ابن القاسم، وسئل ابن رشد عن ذلك، فقليل: له ما تقول في الرجل يثبت حقاً له عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج في ذلك؟ فقال: تصفحت السؤال ووقفت عليه وقد قيل: إن للحاكم أن يكتب له دون أن يستحلفه خرج أو وكل، وهو ظاهر ما في «سماح عيسى» و «نوازل أصبغ» من كتاب البضائع والوكالات، فإن فعل ذلك الحاكم لم يخطأ وقد يتساهل في ذلك للاختلاف الحاصل في المسألة، وإن كان الذي يوجهه النظر ما لا يخفى إذا تدبرت ما تضمنته الروايات المذكورة، وقال في كتاب «البيان» في «نوازل أصبغ» ليس للإمام أن يستحلف الموكل يمين القضاء ويكتب له دون يمين خرج أو وكل، وهو خلاف ما في «سماح عيسى» من الأقضية أنه يستحلف في الوجهين جميعاً خرج أو وكل وبذلك جرى العمل، وقيل: يستحلف إذا وكل ولا يستحلف إذا خرج وهو أولى الأقوال وأعدلها، وسئل أيضاً في يمين القضاء هل تعاد إذا تأخر القبض؟ فقال: ما الناس عليه من أن اليمين لا تعاد هو الصواب إذ لو أعيدت اليمين عند القضاء لاحتمال الذي ذكرت من أن يكون حقه قد وصل إليه في خلال تلك المدة لوجب أن تعاد إليه أيضاً كلما حلف وكلما جاء ليقبض حقه لاحتمال أن يكون حقه قد وصل إليه مع من بعث إليه به معه في طريقه من المسجد الجامع إلى دار القاضي إلا ما لا نهاية له، وذلك ما لا خفاء في بطلانه، واليمين الأولى التي استحلف بها لا نص على وجوبها إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للغائب وحيطة عليه وحفظاً على ماله للشك في بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه، فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف

سهل» لابن عتاب في مولى عليها توفي زوجها وأرادت أخذ كالكها أنه يقضى لها به وترجى يمين القضاء عليها إلى خروجها من الولاية، فإن نكلت حينئذ عنها رده وفيه إخلاف الأب يمين القضاء على كالي بنته، وفيه أنه دفع دية عن يمين ولم يخلف القابض أن الدافع يضمن، وأما اشتراط سقوط هذه اليمين، فقال بعضهم: ذلك جائز في البيع وما جانسه بخلاف القرض فإنه لا يجوز فيه لأنه سلف جرنفعاً، قال: وإنما ينبغي أن يكتب في القرض على الطوع، وقال محمد بن عمران: كان ذلك بالطوع بعد السلف فلا يجوز لأنه هدية المديان ولا يجوز أيضاً بعد عقد البيع بالدين إلى أجل، قال غيره: والمنفعة في ذلك ظاهرة، قال بعضهم: ولا ينتفع باشتراط إسقاط هذه اليمين إلا العدل الميرز، فإن مات صاحب الحق فلا يرث ذلك عنه ورثته كان ذلك بطوع أو بشرط ولا يسقط عن الورثة اليمين لأن للذي عليه الحق أن يقول وثقت بدين الميت وعلمت صدقه، وكذلك إذا عقد في الوثيقة بعد إن عرف باختلاف أهل العلم في وجوب اليمين وسقوطها فأخذ بقول من يقول بسقوطها فليس له وجه ولا ينتفع به، قاله ابن العطار لأن ذلك إنما هو للحاكم، وليس لأحد المتحاكمين أن يرضى ويحكم على نفسه باختلاف فكتب ذلك باطل، وفي «مسائل ابن رشد» في رجل صرف من آخر دنانير بدراهم ثم زعم أنه نقصه منها درهما، فقال: اليمين تتعين في ذلك في المسجد الجامع لأن الأمر في ذلك يؤول إلى فسخ الصرف، قال: وكذلك الذي يقوم على آخر بعيب قيمته أقل من ربع دينار والسلعة تسوى أكثر فإن كانت السلعة قائمة تحالفاً في الجامع، وإن كانت فائتة فلا تجب اليمين في الجامع، قال: وقد وقع في «سماع أبي زيد» ما ظاهره خلاف

ما ذكرناه، والصواب أن يتأول على ذلك، قال: وأما الذى اشترى سلعة بأكثر من ربع دينار، وقال: لم يبقى على من ثمنها شىء، وقال صاحبها ببقى عندك أقل من ربع دينار، فإنما يحلف هذا حيث تيسر ولا يلزمه الجامع.

الضمان بالمال والوجه والحكم فيهما، والرهان والتفليس، وسجن الغريم

الضمان شغل ذمة أخرى بالمال وشرط الضامن أن يكون أهلاً للترع إذ هو معرفة فيكون من الزوجة في الثلث من مالها ومن المريض في ثلث متخلفه ولا يشترط رضا المضمون إذ يجوز أن يؤدي عنه بغير إذنه والقول قوله في أن ذلك ليرجع به عليه.

ويكتب في ذلك: عقد ضمن فلان عن فلان أداء كذا وكذا ديناراً من الذهب وجبت عليه لفلان ضماناً صحيحاً في ماله وذمته لانقضاء أجل كذا، وبإذن المضمون عنه في ذلك، وبمحضر المضمون له وموافقته، وشهد على الثلاثة بما فيه عنهم كذا.

بيان: إذا وقع الضمان هكذا وانقضى الأجل، فقيل: له أن يأخذ حقه ممن شاء منهما، وقيل: لا يطلب الضامن إلا عند غيبة المضمون أو فلسه وهو في المدونة إلا أن يشترط أن يأخذ بحقه من شاء منهما، وهل الغريم محمول على اللأ أم لا؟ في ذلك قولان، فإن اشترط أن يأخذ بحقه من شاء فله ذلك.