

الفرق العشرون والمئتان

بين قاعدة ما يُشترطُ فيه العدالة

وبين قاعدة ما لا يُشترطُ فيه العدالة^(١)

قد تقرّر في أصولِ الفقه أنّ المصالحَ إمّا في محلِّ الضروريات، أو في محلِّ الحاجيات، أو في محلِّ التّمات، وإما مُستغنى عنه بالكليّة، إمّا لعدمِ اعتبارِه، وإمّا لقيامِ غيره مقامه^(٢)، والفرقُ ههنا مبنيٌّ على هذه القاعدة، فإنَّ اشتراطَ العدالةِ في التصرّفاتِ مصلحةٌ لحصولِ الضبطِ بها، وعدمُ الانضباطِ مع الفسقةِ، ومَنْ لا يُوثقُ به، فاشتراطُ العدالةِ إمّا في محلِّ الضروراتِ كالشهادات، فإنَّ الضرورةَ تدعو لحفظِ دماءِ الناسِ وأموالِهِم وأبضاعِهِم وأعراضِهِم عن الضياع، فلو قُبِلَ فيها قولُ الفسقةِ ومَنْ لا يُوثقُ به لضاعت، وكذلك الولاياتُ، كالإمامةِ والقضاءِ وأمانةِ الحُكْم وغير ذلك من الولاياتِ ممّا في معنى هذه، لو فُوضتْ لمن لا يُوثقُ به، لحكّمَ بالجور، وانتشر الظلمُ، وضاعت المصالحُ، وكثرتِ المفسدُ، ولم يشترطْ بعضهم في الإمامةِ العظمى العدالةَ لغلبةِ الفسوقِ على ولايتها^(٣)، فلو اشترطت، لتعطلت التصرّفاتُ الموافقةُ للحقِّ في توليةِ مَنْ يوثقُ به من القضاةِ والسُّعاةِ، وأخذ ما يأخذونه، وبذل ما

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ٤٢/١٠.

(٢) انظر «القواعد الصغرى»: ٣٨ لابن عبد السلام، و«الموافقات» ٧/٢ للشاطبي.

(٣) قال العزُّ بن عبد السلام في «القواعد الكبرى» ١/١٤٥: تصحيحُ ولايةِ الفاسقِ مفسدةٌ لما يغلبُ عليه من الخيانةِ في الولاية، لكننا صحَّحناها في حقِّ الإمامِ الفاسقِ والحاكمِ الفاسقِ لما في إبطالِ ولايتهما من تفويتِ المصالحِ العامة.

يبدلونه، وفي هذا ضررٌ عظيمٌ أفبحُ من قُوْتِ عدالةِ السلطان، ولَمَّا كان
تصرُّفُ القضاةِ أعمَّ من تصرُّفِ الأوصياءِ، وأخصَّ من تصرُّفِ الأئمةِ،
اختلفَ في إلحاقهم بهم، أو بالأوصياءِ على الخلافِ في عدالةِ الوصيِّ،
وإذا نفذتِ تصرُّفاتُ البُغاةِ بالإجماع^(١)، مع القطعِ بعدمِ ولايتهم، فأولى
نفوذُ تصرُّفاتِ الولاةِ والأئمةِ مع غلبةِ الفُجورِ عليهم مع قدرةِ البُغاةِ،
وعُمومِ الضَّرورةِ للولاةِ.

وأما محلُّ الحاجاتِ، كإمامةِ الصلاةِ، فإنَّ الأئمةَ شُفعاء، والحاجةُ
داعيةٌ لإصلاحِ حالِ الشفيعِ عندِ المشفوعِ عنده، وإلا لا تُقبَلُ شفاعتهُ،
فيُشترطُ فيهمِ العدالةُ، وكذلك المؤدِّنون الذين يُعتمدُ على أقوالهم في
دخولِ الأوقاتِ وإيقاعِ الصلواتِ، أمَّا من يؤدِّن لنفسه من غيرِ أن يُعتمدَ
على قوله، فلا يُشترطُ فيه عدالةُ كسائرِ الأذكارِ، وتلاوةِ القرآنِ، فيصحُّ
جميعُ ذلك من البرِّ والفاجرِ، وإنما تُشترطُ العدالةُ لأجلِ الاعتمادِ على
قوله فقط، ولم أرَ في هذا القسمِ خلافاً بخلافِ الإمامةِ، اختلفَ العلماءُ
في اشتراطِ العدالةِ فيها، فاشتراطها مالكٌ وجماعةٌ معه، ولم يشترطها
الشافعيُّ رحمه الله^(٢)، والصلاةُ مقصدٌ، والأذانُ وسيلةٌ، والعنايةُ
بالمقاصدِ أولى من الوسائلِ، غَيَّرَ أنَّ الفرقَ عنده أنَّ الفاسقَ تصحُّ صلاته
في نفسه إجماعاً، وكلُّ مصلٍّ يُصلي لنفسه عندِ الشافعي، فلم تدَّعه
حاجة^(٣) لإصلاحِ حالِ الإمامِ، ومالكٌ يرى أنَّ صلاةَ المأمومِ مرتبطةٌ بصلاةِ
الإمامِ، وأنَّ فسقه يقدحُ في صحَّةِ الربطِ، فهذا منشأُ الخلافِ.

(١) انظر بسط هذه المسألة في «التهديب» ٢٨٦/٧ للإمام البغوي.

(٢) انظر «بداية المجتهد» ١٨٥/٣ لابن رشد.

(٣) في الأصل: حاجته.

وأما الأذانُ فلا خلافَ أنه لو كان المؤذُنُ غيرَ موثوقٍ به حتى يُؤذَنَ قبلَ الوقتِ، تعدَى حَلَلُهُ للصلاة، فإنَّ الصلاةَ قبلَ وقتِها باطلة، ولو كان الإمامُ الفاسقُ غيرَ متطهرٍ، أو أخلَّ بشرطِ باطنٍ لا يَطَّلِعُ/ عليه المأمومُ، لم يقدَحْ عنده في صلاةِ المأمومِ، لأنَّ المأمومَ حَصَلَ ذلك الشرطُ، فلا يقدَحُ عنده تضييعُ غيره له، وإنَّ أخلَّ بركنِ ظاهرٍ كالركوعِ والسجودِ ونحوهما، فالاطَّلَاعُ عليه ضروري، فلا يُحتَاجُ إلى العدالةِ فيه، لأنَّ العلمَ الظاهرَ نابٍ عن العدالةِ في ضبطِ المصلحةِ، فاستغنيَ عنها، فظهر الفرقُ بين الإمامةِ والأذانِ.

وأما محلُّ التتماتِ، فكالولايةِ في النكاحِ، فإنها تَتِمَّةٌ، وليست بحاجيةٍ بسببِ أنَّ الوازعَ الطبيعيَّ في الشفقةِ على المُوَلَّى عليها يمنعُ من الوقوعِ في العارِ، والسعيِّ في الإضرارِ، فقربَ عدمُ اشتراطِ العدالةِ كالإقراراتِ لقيامِ الوازعِ الطبيعيِّ فيها، غَيْرَ أَنَّ الفاسقَ قد يُوالي أهلَ شيعتهِ، فيؤثرُهم بموليتِه كأختهِ وابنتِه ونحو ذلك، فيحصلُ لها المفسدةُ العظيمةُ، فاشتُرِطتِ العدالةُ، وكان اشتراطُها تَتِمَّةً لأجلِ تعارضِ هاتين الشائبتينِ، وهذا التعارضُ بين هاتين الشائبتينِ هو سببُ الخلافِ بين العلماءِ في اشتراطِ العدالةِ في ولايةِ النكاحِ، وهل تصحُّ ولايةِ الفاسقِ أم لا؟ وفي مذهبِ مالكٍ قولانٌ^(١).

(١) قال ابن رشد في «بداية المجتهد» ٦/ ٣٧٠: اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفوًّا جاز، وفرق داود بين البكر والثيب، فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب، ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين =

وكذلك اشتراطُ العدالةِ في الأوصياءِ تَبَتُّمَةً أيضاً، لأنَّ الغالبَ على الإنسانِ أنه لا يُوصي على ذُرِّيَّتِهِ إلا مَنْ يثقُ بِشَفَقَتِهِ، فوازعُ الطبيعيُّ يحصلُ مصلحةُ الوصيةِ، غَيْرَ أنه قد يُوالي أهلَ شيعتهِ من الفسقةِ فتحصلُ المفاسدُ من موالاتهم^(١) في المعاملاتِ والتزويجِ، فكان الاشتراطُ تَبَتُّمَةً كما تقدَّم في ولايةِ النكاحِ، وتعارضُ الشائبتين هو سببُ الخلافِ بين العلماءِ في اشتراطِ العدالةِ في الأوصياءِ.

وأما ما خرج عن الأقسامِ الثلاثة: الضرورةِ والحاجةِ والتبَتُّمَةُ، فالإقرارُ يصحُّ من البرِّ والفاجرِ، والمسلمِ والكافرِ إجماعاً، لأنَّ الإقرارَ على خلافِ الوازعِ الطبيعيِّ، فإنه^(٢) إنما يُقرُّ على نفسه في ماله، أو نفسه، أو أعضائه ونحو ذلك، والطبعُ يمنعُ من المسامحةِ بذلك من غيرِ سببٍ يقتضيه، بل هو مع السببِ المقتضي له شأنُ الطباعِ جَحْدُهُ، ولا مُعارضُ للطبعِ ههنا احتمالُ موالاته لأهلِ شيعتهِ، فإنَّ الإنسانَ مطبورٌ على تقديم نفسه على غيره، كان من أهلِ شيعتهِ وأصدقائه أم لا، وهذا هو الفرقُ بين الأقرارِ/ وولايةِ النكاحِ، والوصيةِ: أنَّ الوليَّ والوصيَّ يتصرَّفان لغيرهما، فأمكن مراعاةُ الأصدقاءِ في ذلك، لأنه ترجيحُ لأحدِ الغيرين على الآخرِ، وأما ههنا، فهو يتصرف في الإقرارِ لنفسه، فلا يُقدِّم عليه أحداً، وهو سببُ انعقادِ الإجماعِ في الإقرارِ دونهما.

١/١٢٨

=
بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على إنكاحها، . . . ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنهم يقولون: إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام.

(١) كذا في الأصل. وفي المطبوع: ولايتهم، وهو الأشبه بالصواب.

(٢) في الأصل: فإنما، وهو خطأ.

ومن هذا القسمِ الدعاوى تصحُّ من البرِّ والفاجرِ، والمسلمِ والكافرِ، وإن كانت على وفقِ الطبعِ، فإنَّ المُدَّعي إنما يدَّعي لنفسه، فدَعواه على وفقِ طَبْعِهِ، عَكْسُ الأَقَارِيرِ. غَيْرَ أَنَّ هَهُنَا فِي الدَّعَاوِي مَا يُغْنِي عَنِ العَدَالَةِ، وَيَقُومُ مَقَامَهَا فِي حَقِّ المَدْعَى، وَهُوَ إِلْزَامُهُ البَيِّنَةُ عَلَى وَفْقِ دَعْوَاهِ، أَوْ الِیْمِینَ مَعَ شَاهِدٍ، أَوْ مَعَ نَكْوَلٍ عَلَى الخِلَافِ فِي صِحَّةِ القَضَاءِ بِالشَّاهِدِ وَالیْمِینِ وَالنَّكْوَلِ، لِأَنَّهُمَا یُبْعِدَانِ التَّهْمَةَ مِنَ الدَّعْوَى، وَیُقَرِّبَانِهَا مِنَ الصِّحَّةِ، فَقامَ ذلِكَ مَقَامَ العَدَالَةِ لِرُجْحَانِ الصِّدْقِ عَلَى الكَذِبِ حِیثُ ذِکْرُ کَمَا تَرَجَّحَ بِالعَدَالَةِ، وَقَسَّ عَلَى هَذِهِ النِّظَائِرِ فِي هَذِهِ الأَقْسَامِ الأَرْبَعَةِ مَا هُوَ فِي مَعْنَاهِ، فَيَحْصُلُ لَكَ الفَرْقُ بَیْنَ مَا یُشْتَرَطُ فِيهِ العَدَالَةُ، وَبَیْنَ مَا لَا یُشْتَرَطُ فِيهِ.

* * *

الفرق الحادي والعشرون والتمتان

بين قاعدة ما يُشترطُ فيه اجتماعُ الشروطِ والأسبابِ وانتفاءِ الموانعِ ،
وقاعدة ما لا يُشترطُ فيه مقارنةُ شروطه وأسبابه وانتفاءِ موانعه^(١)

اعلم أنّ الإنشاءاتِ كُلَّها كالبياعاتِ، والإجازاتِ، والنكاحِ،
والطلاقِ، والعِتقِ وغير ذلك، فجميع ما ينشأ من ذلك يُشترطُ فيه حالةُ
إنشائه مقارنةً ما هو مُعتبرٌ فيه حالةُ الإنشاءِ، فهذا شأنُ الإنشاءاتِ كُلِّها،
بخلافِ الإقراراتِ لا يُشترطُ فيها حضورُ ما هو مُعتبرٌ في المُقرَّرِ به^(٢) حالةُ
الإقرارِ، لأنَّ الإقرارَ ليس سبباً في نفسه، بل هو دليلٌ تقدّمَ السببِ
لاستحقاقِ المُقرَّرِ به في زمنٍ سابقٍ، فيُحمَلُ على أنّ السببَ مع ما هو
معتبرٌ فيه قد تقدّمَ على الوجهِ الشرعيِّ، فمن قال: هو يستحقُّ عليّ ديناراً
من ثمنِ دابةٍ، حملنا هذا الإقرارَ على تقدّمِ بيعِ صحيحٍ على الأوضاعِ
الصحيحةِ في ذاتِ تقبلِ البيعِ، لا خمرٍ، ولا خنزيرٍ على ما هو مُعتبرٌ في
البيعِ.

ولذلك قال العلماءُ رضي الله عنهم: إذا باعه بدينارٍ، وفي البلدِ نقودٌ
مختلفةُ السكّةِ، تعيّنَ الغالبُ منها هنا، لأن التصرفَ محمولٌ على
الغالبِ، / ولو أقرَّ بدينارٍ في بلدٍ، وفيها نقدٌ غالبٌ، لا يتعيّنُ الغالبُ،
ب/١٢٨ لأنَّ الإقرارَ دليلٌ على تقدّمِ السببِ، لاستحقاقِ الدينارِ، فلعلَّ السببَ وقعَ
في بلدٍ آخرَ، وزمانٍ متقدّمٍ تقدّمًا كثيراً يكونُ الواقعُ حينئذٍ سكّةً غيرَ هذا

(١) في الأصل: مقارنة شروطه وانتفاء موانعه وأسبابه.

(٢) في المطبوع: المقربة بالتاء المربوطة، وهو خطأ يختلُّ به المعنى.

الغالب، وتكون هي الغالبة في ذلك الوقت، وفي ذلك البلد، والاستحقاق يتبع زمن وقوع السبب لا زمن الإقرار به، ويكون هذا الغالب متجدداً بعد تجدد ذلك الغالب وناسخاً له، فما تعين هذا الغالب الحاضر الآن، فيحمل الإقرار عليه كما تعين الغالب الموجود حالة الإقرار، فيقبل تفسيره في إقراره بأي سكة ذلك الدينار، وكذلك لو أقر المجنون الآن، أو سكران أو مغمى عليه بدينار من ثمن بيع قبل إقراره، وحمل على أن ذلك البيع وقع من المجنون حالة عقله، ومن السكران حالة صحوه ومن المغمى عليه حالة إفاقته، وأن شروط البيع الآن مفقودة في حقهم، وكذلك لو أقر أنه يستحق عليه ثمن بيع هذه الدار الموقوفة الآن، صح إقراره، وحمل على حالة تكون فيها هذه الدار طلقاً وكذلك جميع هذه النظائر التي تكون الشروط فيها فائتة حالة الإقرار، ويمكن اعتبارها في الزمن الماضي.

أما لو علم التعذر في الماضي والحاضر، بطل الإقرار، كما لو قال: من ثمن هذا الخنزير، فإن الخنزير لا يكون في الماضي غير خنزير، والوقف يمكن أن يكون طلقاً، وكذلك بقية النظائر تتخرج على هذا الأسلوب.

ومقتضى هذا الفرق، وهذه القاعدة، أن تُشترط المقارنة إذا أوصى لجنين أو ملكه، ويُشترط التقدم فيما إذا أقر له، لتقدم السبب على الإقرار، فإن حصل الشك في تقدم الجنين، لم يلزم الإقرار، لأننا شككنا في المحل القابل للملك، وهو شرط، والشك في الشرط يمنع ترتب المشروط على ما تقدم في أول الفروق.

* * *

الفرق الثاني والعشرون والمئتان

بين قاعدة الإقرار الذي يُقْبَلُ الرجوعُ عنه

وبين قاعدة الإقرار الذي لا يُقْبَلُ الرجوعُ عنه

الأصلُ في الإقرارِ اللزومُ من البرِّ والفاجرِ، لأنه على خلافِ الطبع كما تقدّم، فضابطُ ما لا يجوزُ الرجوعُ عنه من الإقرارِ: هو الرجوعُ الذي ليس له فيه عُذرٌ عاديٌّ، وضابطُ ما يجوزُ الرجوعُ عنه: أن يكونَ له في الرجوعِ عنه عُذرٌ عاديٌّ، وفي الفرقِ مسائل:

المسألة الأولى: / إذا أقرَّ الوارثُ للورثةِ أن ما تركه أبوه ميراثٌ بينهم على ما عهدَ في الشريعة، وما تُحْمَلُ عليه الدَّيَّانَة، ثم جاء شهودٌ أخبروه أن أباه أشهدهم أنه تصدَّقَ عليه في صِغَرِهِ بهذه الدارِ، وحازها له، أو أقرَّ أنه ملكها عليه بوجهٍ شرعيٍّ، فإنه إذا رجعَ عن إقراره بأنَّ التركةَ كُلَّها موروثَةٌ إلا هذه الدارَ المشهودَ بها له دون الورثةِ، واعتذرَ بإخبارِ البينةِ له، وأنه لم يكن عالماً بذلك، بل أقرَّ بناءً على العادة، ومقتضى ظاهرِ الشريعة، فإنه يُسْمَعُ دَعْوَاهُ وَعُذْرُهُ، وَيُقِيمُ بَيِّنَتَهُ، وَلَا يَكُونُ إِقْرَارُهُ السَّابِقُ مُكْذِباً لِلْبَيِّنَةِ، وَقَادِحاً فِيهَا، لِأَنَّ هَذَا عُدْرٌ عَادِيٌّ يُسْمَعُ مِثْلَهُ.

المسألة الثانية: في «الجواهر»: إذا قال: له [عليّ] ^(١) مئةُ درهمٍ إن حَلَفَ، أو إذا حَلَفَ أو متى حلفَ أو حتى حَلَفَ، أو مع يمينه، أو بعد يمينه، فَحَلَفَ الْمُقَرَّرُ لَهُ، فَتَكَلَّ الْمُقَرَّرُ، وَقَالَ: مَا ظَنَنْتُ أَنَّهُ يَحْلِفُ، لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِأَنَّ هَذَا الْاِشْتِرَاطَ يَقْتَضِي عَدَمَ اعْتِقَادِ لَزُومِ مَا أقرَّ بِهِ.

(١) زيادة من المطبوع.

وقال ابنُ عبدِ الحكم: إن قال: له عليّ مئةٌ إن حلف، أو ادّعاها، أو مهما حلف بالعِتق، أو إن استحلَّ ذلك، أو إن كان يعلمُ أنها له أو إن أعارني رداءه^(١) فأعاره، أو إن شهد بها عليّ فلانٌ، فشهد عليه بها، لا يلزمه في هذا كلّ شيءٍ، لأنَّ العادةَ جرت على أنّ هذا ليس بإقرارٍ، فإن قال: إن حكمَ بها عليّ فلان فحكمَ بها عليه لزمته، لأنَّ الحكمَ سببٌ، فيلزمه عند سببها، والأوّلُ كلّهُ شروطٌ لا أسبابٌ^(٢). بل استبعاداتٌ^(٣) مَحْضَةٌ مُخِلَّةٌ بالإقرار.

المسألة الثالثة: إذا أقرَّ فقال: له عندي مئة من ثمن خميرٍ أو مَيْتَةٍ، لم يلزمه شيءٌ، لأنَّ الكلامَ بآخِرِهِ، والقاعدةُ: أنّ كلّ كلامٍ لا يستقلُّ بنفسه إذا أتصل^(٤) بكلامٍ مُستقلٍّ بنفسه، صَبْرَهُ غيرَ مُستقلٍّ بنفسه، وقوله: من ثمنِ خميرٍ لا يستقلُّ بنفسه، فيصيرُ الأوّلُ المُستقلُّ غيرَ مُستقلٍّ، وكذلك الصفةُ والاستثناءُ، والغايةُ والشروطُ ونحوها.

* * *

(١) في المطبوع: داره.

(٢) في المطبوع: شروط الأسباب، والصوابُ ما في الأصول.

(٣) في المطبوع: استبعادات. ولعلَّ الصواب ما أثبتناه.

(٤) في الأصل: إذا استقلَّ، وصوبناه من المطبوع. وهو الذي يقتضيه السياق.

الفرق الثالث والعشرون والمئتان

بين قاعدة ما ينفذ من تصرفات الولاية

والقضاة، وبين قاعدة ما لا ينفذ من ذلك^(١)

وهو خمسة أقسام:

القسم الأول: ما لم تتناوله الولاية بالأصالة.

اعلم أن كل من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية، لا يحل له أن يتصرف إلا بجلب مصلحة، أو دزر مفسدة^(٢)، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] ولقوله عليه السلام: «من ولي من أمور أمتي شيئاً ثم لم يجتهد لهم/ ولم ينصح، فالجنة عليه حرام»^(٣) فيكون الأئمة والولاية معزولين عما ليس فيه بذل الجهد، والمرجوح أبداً ليس بأحسن، بل الأحسن ضده، وليس الأخذ به بذلاً للاجتهاد، بل الأخذ بضده، فقد حَجَرَ اللهُ تعالى على الأوصياء التصرف فيما هو ليس بأحسن مع قلة الفائت من المصلحة في ولايتهم لخسرتها بالنسبة إلى الولاية والقضاة، فأولى أن يُحَجَرَ على الولاية والقضاة في لك، ومقتضى هذه النصوص أن يكون الجميع معزولين عن المفسدة الراجحة، والمصلحة المرجوحة والمساوية، وما لا مفسدة فيه، ولا

ب/١٢٩

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ٤٣/١٠.

(٢) انظر «القواعد الكبرى» ١٠٧/١ لابن عبد السلام حيث نصَّ على أن الضابط في الولايات كلها أننا لا نُقدِّم فيها إلا من هو أقوم بجلب مصالحها ودزر مفسدتها.

(٣) سبق تخريج الحديث.

مصلحة، لأن هذه الأقسام الأربعة ليست من باب ما هو أحسن، وتكون الولاية إنما تتناول جلب المصلحة الخالصة أو الراجحة، ودزء المفسدة الخالصة أو الراجحة، فأربعة مُعتبرة، وأربعة ساقطة، ولهذه القاعدة قال الشافعي رضي الله عنه: لا يبيع الوصي صاعاً بصاع، لأنه لا فائدة في ذلك، ولا يفعل الخليفة ذلك في أموال المسلمين، ويجب عليه عزل الحاكم إذا ارتاب فيه، دفعاً لمفسدة الرِّيبة عن المسلمين، ويُعزل المرجوح عند وجود الراجح تحصيلاً^(١) لمزيد المصلحة للمسلمين.

واختلف في عزل أحد المُساويين بالآخر، فقيل: يمتنع، لأنه ليس أصلح للمسلمين، ولأنه يؤدي المعزول بالعزل والتهم من الناس، ولأن ترك الفساد أولى من تحصيل الصلاح للمتولي، وأما الإنسان في نفسه، فيجوز له ذلك فيما يختص به، حصلت مصلحة أم لا، فلإنسان أن يبيع صاعاً بصاع وما يساوي ألفاً بمئة.

فإن قلت: تجوز ذلك يوجب أن يلتبس من يُحجر عليه بمن لا يُحجر عليه، يلتبس الرشيد بالسفيه، لأن السفيه هو الذي يفعل ذلك.

قلت: لا نسلم أنا نحجر على من يفوت المصلحة كيف كانت، بل ضابط ما يُحجر به: أن كل تصرف خرج عن العادة، ولم يستجلب به حمداً شرعياً، وقد تكرر منه، فإنه يُحجر به، والقيد الثاني احتراز من استجلاب حَمْدِ الشرابِ والمَسَاخِرِ، والثالث احتراز عن رمي درهماً في البحر، فإنه لا يُحجر عليه حتى يتكرر ذلك منه تكررأ يدل على سَفَهه، وعدم اكترائه بالمال.

(١) في «الذخيرة» ٤٣/١٠: تحيلاً، وعبارة «الفروق» أولى بالتقديم.

إذا تقررَ هذا القسمُ الذي لا ينفذُ لعدمِ تناولِ الولايةِ له، فيلحقُ به
١/١٣٠ القضاءُ من القاضي بغيرِ عَمَلِهِ، فإنه لا/ تناوله الولايةُ، لأنَّ صحَّةَ
التصرُّفِ، إنما تُستفادُ من عَقْدِ الولايةِ، وعَقْدُ الولايةِ إنما يتناولُ مَنْصِباً
مُعَيَّناً، وبلداً مُعَيَّناً، فكان معزولاً عما عداه لا ينفذُ فيه حُكْمُهُ، وقاله أبو
حنيفةَ والشافعيّ وأحمدُ بن حنبلٍ، وما عَلِمْتُ فيه خلافاً.

وفي الجواهر: إن شافه قاضٍ قاضياً، لم يَكْفِ في ثبوت ذلك
الحكمِ، لأنَّ أحدهما بغيرِ عمله فلا يؤثرُ إسماعُه، أو سَماعُه، إلا إذا كانا
قاضيين لبلدةٍ واحدةٍ، أو تجاذبا في ذلك طَرَفَيِ ولايتهما، فيكونُ ذلك
أقوى من الشهادةِ على كتابِ القاضي فيُعتمد، وفي هذا القسمِ فروعٌ في
كتب الفقه.

القسم الثاني: ما تناوله الآيةُ، لكن حُكْمَ فيه بمستندٍ باطلٍ، فهذا
يُنْقَضُ، لفسادِ المُدْرِكِ، لا لعدمِ الولايةِ فيه، وهو الحكمُ الذي خالفَ
أحدَ أربعةِ أمورٍ:

إذا حكمَ على خلافِ الإجماعِ نُقِضَ قضاؤه، أو خالفَ النصَّ السالمَ
عن المُعارضِ، أو القياسَ الجليَّ السالمَ عن المُعارضِ، أو قاعدةً من
القواعدِ السالمةِ عن المُعارضِ، ولا بُدَّ في الجميعِ من اشتراطِ السلامةِ
عن المُعارضِ، فإنه لو قضى في عقدِ الرِّبا بالفسخِ لم يُنْقَضْ قضاؤه، وإن
كان قضاؤه على خلافِ قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] لأنه
عُورِضٌ بالنصوصِ الدالةِ على تحريمِ الرِّبا، وكذلك لو قضى في لبنِ
المُصْرَاةِ بالثمنِ لم يُنْقَضْ قضاؤه، وإن كان على خلافِ قاعدةِ إتلافِ
المِثْلِيَّاتِ أن يجبَ جنسُها لأجلِ ورودِ النصِّ في ذلك^(١)، نعم لو قضى

(١) يعني قوله ﷺ: «من اشترى شاةً مُصْرَاةً فليقلب بها، فليحلبها، فإن رضي =

بصحة نكاح بغير وليٍّ، فسَخَّناه لكونه على خلافِ قوله عليه السلام: «أئِما امرأةٍ أنكَحَتْ نَفْسَها بغيرِ إِذْنِ وَلِيَّها، فنكاحُها باطلٌ باطلٌ باطلٌ»^(١).

ولو قضى باستمرارِ عِصْمَةٍ من لِزْمَةِ الطلاقِ بناءً على المسألةِ السُّرِّيَّةِ^(٢)، نقضناه، لكونه على خلافِ قاعدةٍ: أَنَّ الشرطَ قاعدتهُ صحَّةُ اجتماعه مع المشروط، وشرطُ السُّرِّيَّةِ لا يجتمعُ مع مشروطه أبداً، فَإِنَّ تقدَّمَ الثلاثِ لا يجتمعُ مع لزومِ الطلاقِ بعدها ونحو ذلك.

وكذلك لو حكمَ حَدْساً وتخيماً من غيرِ مُدْرِكٍ شرعيٍّ يُنْقَضُ إجماعاً، وهو فسقٌ ممَّن فعله قاله ابنُ مُحرِّزٍ^(٣) من أصحابنا، ونقل ابنُ يونسَ عن عبدِ الملكِ أنه قال: يُنْقَضُ عند مالكٍ قضاءُ القاضي لمُخالفةِ السنَّةِ، كالقضاءِ باستسعاءِ العبدِ لِعِتْقِ بعضه، فَإِنَّ الحديثَ وردَ بأنه لا يُسْتَسْعَى^(٤)، وكالشُّفْعَةِ للجارِ، أو بعد القِسْمَةِ، لقوله عليه السلام: / ١٣٠ ب

= حلابها أمسكها، وإلا ردّها ومعها صاغٌ من تمرٍ» أخرجه البخاري (٢١٥١) ومسلم (١٥٢٤) واللفظ له من حديث أبي هريرة.

و«المصرّاة»: هي الناقة أو الشاة يجتمع اللبن في ضرعها برئطٍ أخلافها عند إرادة بيعها، حتى يعظم ضرعها، فيظن المشتري أن كثرة اللبن لها عادة، فيجري البيع على جهة الخديعة، فمنع منه الإسلام.

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) قد سبق التعريف بها، وأنها ممّا لا يُشْتَغَلُ به عند أهل التحقيق من الفقهاء.

(٣) هو الإمام الفقيه أبو القاسم عبد الرحمن بن مُحرِّز القيرواني، أثنى عليه القاضي عياض فقال: كان فقيهاً نظاراً نبيلاً، ذا رُؤاءٍ حسن، . . . ، وله تصانيفٌ حسنةٌ منها تعليقٌ على «المدوّنة» سماه «التبصرة» . . . ، توفي نحو الخمسين وأربع مئة، انظر ترتيب المدارك ٦٨/٨.

(٤) يريدُ قوله ﷺ: «مَنْ أعتق شِقْصاً في عَبدٍ، فخلّصه في مالِهِ إن كان له مالٌ، فإن لم يكن له مالٌ استسعى العبدُ غيرَ مَشْقُوقٍ عليه» أخرجه البخاري (٢٥٢٧) ومسلم (١٥٠٣) واللفظ له من حديث أبي هريرة.

«الشُّفْعَةُ فيما لم يقسم»^(١) أو يحكمُ بشهادةِ النصراني، لقوله تعالى: ﴿ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] أو بميراثِ العمّةِ والخالةِ والمَوْلَى الأسفلِ، لقوله عليه السلام: «أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبَقَتِ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَىٰ عَصَبَةٍ ذَكَرَ»^(٢). وكلُّ ما هو على خلافِ عملِ المدينة، ولم يُقَلَّ به إلا سُذُوذُ العلماء، وخالف ابنُ عبدالحكم وقال: لا تُنْقَضُ شُفْعَةُ الْجَارِ، وما ذُكِرَ معه من الفروع، لضعفِ مُوجبِ النقصِ عنده، وجمهورُ الأصحابِ على خلافِهِ، وفي «النوارِد» لأبي محمد: قال محمد: مما يُنْقَضُ نَقْضُ ما لا يُنْقَضُ، فإذا قضى قاضٍ بأن يُنْقَضَ حُكْمُ الْأَوَّلِ، وهو ممّا لا يُنْقَضُ نقضُ الثالثِ حُكْمَ الثاني، لأنه نقضه خطأً، ويُقرُّ الأولُ، وكذلك لو تصرفَ السفِيهُ الذي تحت حَجْرِ القاضِي بالبيعِ والنكاحِ وغيرهما، فردّه، فجاءَ قاضٍ ثانٍ، فأنفذه. نقضُ الثالثِ هذا التَّنْفِيذَ وأقرَّ الأولُ، وكذلك لو فسَخَ الثاني الحُكْمَ بالشاهدِ واليمينِ رَدَّهُ الثالثُ، لأنَّ النقصَ في مواطنِ الاجتهادِ خطأً، ونقصُ الخطأ مُتَعَيَّنٌ.

القسم الثالث: ما حُكِمَ به على خلافِ السببِ، والقسمُ المتقدمُ على خلافِ الدليلِ، وقد تقدّم الفرقُ بين الأسبابِ والأدلةِ والحِجَاجِ، وأنَّ

= قال الإمام النووي في «شرح صحيح مسلم» ٣٩٥/٥: قال العلماء: ومعنى الاستسعاء في هذا الحديث أن العبد يُكَلَّفُ الاكْتِسَابَ والطلب حتى تحصلَ قيمةُ نصيبِ الشريكِ الآخرِ، فإذا دفعها إليه عتق.

وقوله: «غير مشقوقٍ عليه» أي: لا يُكَلَّفُ ما يَشُقُّ عليه. و«الشُّفْعُ» بكسر الشين: النصيبُ قليلاً كان أو كثيراً.

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٣٢)، ومسلم (١٦١٥) من حديث ابن عباس، وصحَّحه ابن حبان (٦٠٢٨) وفيه تمامُ تخريجه. وشرحه الحافظ ابن رجب في «جامع العلوم والحكم» ٤١٩/٢.

القضاء يعتمدون الحجاج، والمُجتهدين يعتمدون الأدلة، وأنَّ المُكلفين يعتمدون الأسباب، فإذا قضى القاضي بالقتل على من لم يقتل، أو البيع على من لم يبيع، أو الطلاق على من لم يُطلق، أو الذَّين على من لم يَسْتَدِن، فهذا قضاء على خلاف الأسباب، فإذا أُطِيع على ذلك وجب نَقْضُه عند الكلِّ إلا قسماً منه خالف فيه أبو حنيفة رضي الله عنه، وهو ما كان فيه عقد أو فسْخ، فيُجْعَلُ حُكْمُ الحَاكِمِ كالعقد فيما لا عقد فيه، أو كالفسخ فيما لا فسْخ فيه، فإذا شهد عنده شاهداً زوراً بطلاق امرأة، فحُكْمُ بطلاقها جاز لذلك الشاهد أن يتزوَّجها، مع علمه بكذب نفسه، لأنَّ حُكْمَ الحَاكِمِ فسْخٌ لذلك النكاح، وكذلك إذا شهد عنده ببيع جارية، فحُكْمُ ببيعها، جاز لكلِّ واحد من تلك البيعة أن يشتريها ممَّن حُكِمَ له بها، ويطأها هذا الشاهد مع علمه بكذب نفسه، لأنَّ حُكْمَ الحَاكِمِ تنزَّلَ منزلة البيع لمن حُكِمَ له، وكذلك كلُّ ما فيه عقد أو فسْخ، وأما الديون وما يجري مجراها ممَّا لا عقد فيه ولا فسْخ، فيوافقنا فيه، وأنه باقٍ على ما كان عليه قبل الحكم، / وهذا هو معنى قول المالكية والشافعية والحنابلة: ١/١٣١

حُكْمُ الحَاكِمِ لا يُحِلُّ حراماً، ولا يُحَرِّمُ حلالاً في نفس الأمر، خلافاً لأبي حنيفة، ووافقنا أبو حنيفة أيضاً فيما إذا قُضِيَ بنكاح أختِ المقضيِّ له أو ذاتِ مَحْرَمٍ، فإنه لا تحلُّ له، لأنَّ المقضيِّ له لو تزوَّجها لم تحلَّ له، ففات قبولُ المحلِّ، وكذلك وافقنا إذا تبيَّن أن الشهود عبيدٌ، والحكم في عقد نكاح، وفرَّق بأن الشهادة شرطٌ، ولم توجد في الأموال، ولم يحكم الحَاكِمُ بالملك بل بالتسليم، وهو لا يوجب الملك.

لنا قوله عليه السلام: «إنما أنا بشرٌ مثلكم، وإنكم تختصمون إليَّ، ولعلَّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيتُ له بشيء من حقِّ أخيه، فلا يأخذه، وإنما أفتطعُ له

قطعة من النار»^(١) وهو عام في جميع الحقوق، وقياساً على الأموال بطريق الأولى، لأن الأموال أضعف، فإذا لم يؤثر فيها، فأولى الفروج.

احتجوا بقضية هلال بن أمية في «الصحيح»^(٢): أن النبي ﷺ حين فرق بينه وبين امرأته باللعان قال: «فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك»، فجاءت به على تلك الصفة، وتبين الأمر على ما قال هلال، وأن الفرقة لم تكن موجودة، ومع ذلك لم يفسخ تلك الفرقة وأمضاها، فدل ذلك على أن حكم الحاكم يقوم مقام الفسخ والعقد، وعن علي رضي الله عنه أنه ادعى عنده رجل نكاح امرأة، وشهد له شاهدان، فقضى بينهما بالزوجية، فقالت: والله يا أمير المؤمنين ما تزوجني، فاعقد بيننا عقداً حتى أحل له، فقال: شاهدك زواجك، فدل ذلك على أن النكاح يثبت بحكمه، ولأن اللعان يفسخ به النكاح، وإن كان أحدهما كاذباً، فالحكم أولى، لأن للحاكم ولاية عامة على الناس في العقود، ولأن الحاكم له أهلية العقد والفسخ بدليل أنه لو أوقع العقد على وجه لو فعله المالك نفذ، ولأن المحكوم عليه لا يجوز له المخالفة، ويجب عليه التسليم، فصار حكم الله تعالى في حقه ما حكم به الحاكم، وإن علم خلافه، فكذلك غيره قياساً عليه.

والجواب عن الأول: أن الفرقة في اللعان ليست بسبب صدق الزوج، بدليل أنه لو قامت البينة بصدقه لم تعد إليه، وإنما كانت بسبب أنهما وصلا إلى أسوأ الأحوال/ في المُقَابِحَة بالتلاعُن، فلم يرَ الشارع اجتماعهما بعد ذلك، لأن الزوجية مبناهما السكون والموثقة، وما تقدم من اللعان يمنع ذلك، فعلم رسول الله ﷺ الكذب وكالبينة إذا قامت.

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) سبق تخريج الحديث.

وعن الثاني، إن صحَّ فلا حُجَّةَ فيه لأنه رضي الله عنه أضاف التزويج للشهود لا لحُكْمِهِ، ومنعها من العَقْدِ، لِما فيه من الطعنِ على الشهود، فأخبرها بأنه زَوَّجها ظاهراً ولم يتعرَّض للفتيا، وما النزاعُ إلا فيها.

وعن الثالث: أنَّ كَذِبَ أَحَدِهِمَا لم يتعيَّن باللعانِ ولم يختصَّ به؛ أما عدمُ تعيينه، فلأنَّه قد يكونُ مُسْتَنَدُهُ في اللعانِ كَوْنَهُ لم يَطَّأها بَعْدَ حيضَتِها، مع أنَّ الحاملَ قد تحيضُ، أو قرائنَ حَالِيَّةٍ مِثْلَ كونه رأى رجلاً بين فِخْذَيْها، وقد لا يكون ذلك الرجل أُولَجَ، أو أُولَجَ وما أنزل، وبالجملةِ فالقرائنُ قد تكذب، وأما عدمُ اختصاصِهِ باللعانِ، فلأنَّ المُتداعِيَيْنِ في النكاحِ أو غيره، قد يكونُ أَحَدُهُمَا كاذباً فَاجِراً يطلبُ ما يعلمُ خلافَهُ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ الحَكْمَ يقومُ مقامَ الفسخِ والعقدِ، بل لِما بيَّنا أنَّ التلاعُنَ يمنعُ الزوجيةَ.

وعن الرابع: أنَّ صاحبَ الشرعِ إنما جعل للحاكمِ العَقْدَ للغائب والمحجورِ عليهم ونحوهم بطريق الوكالةِ، لتعذُّرِ المباشرةِ منهم، وههنا لا ضرورةَ لذلك، والأصلُ أن يَلِيَّ كُلِّ واحدٍ مصالحَ نفسه، فلا يُتْرَكُ الأصلُ عند عدمِ المعارضِ.

وعن الخامس: أنَّ المحكومَ عليه إنما حَرَمَتْ عليه المخالفةُ، لِما فيها من مفسدةٍ مُشاقَّةِ الحُكْمِ، وانخراطِ النظامِ، وتشويشِ نفوذِ المصالحِ، وأما مُخالفتَهُ بحيثُ لا يَطَّلُعُ عليه حاكمٌ ولا غيره، فجائزةٌ.

القسم الرابع: ما تناولته الولايةُ، وصادفَ فيه الحُجَّةَ والدليلَ والسببَ، غَيَّرَ أنه مَتَّهَمٌ فيه كقضائه لنفسِهِ، فإنه يُفْسَخُ، لأنَّ القاعدةَ أنَّ التَّهْمَةَ تقدِّحُ في التصرفاتِ إجماعاً من حيث الجملةُ، وهي مختلفةُ المراتبِ، فأعلى رُتَبِ التَّهْمَةِ مُعتبرٌ إجماعاً، كقضائه لنفسِهِ، وأدنى رُتَبِ التَّهْمِ مردودٌ إجماعاً كقضائه لجيرانِهِ وأهلِ صُقعِهِ وقبيلته، والمتوسِّطُ من

التَّهْم مُخْتَلَفٌ فِيهِ: هَلْ يُلْحَقُ بِالْأَوَّلِ أَوْ بِالثَّانِي؟ وَأَصْلُهَا قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ حَصْمٍ وَلَا ظَنِينٍ»^(١)، أَي: مُتَّهَمٍ.

قال ابن يونس في «الموازية»: / كلُّ مَنْ لَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ لَهُ لَا يَجُوزُ حُكْمُهُ لَهُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، لِأَنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ لَازِمٌ لِلْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ، فَهُوَ أَوْلَى بِالرَّدِّ مِنَ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ فَوْقَ الشَّاهِدِ مَنْ يَنْظُرُ عَلَيْهِ، فَيُضْعَفُ الْإِقْدَامُ عَلَى الْبَاطِلِ، فَتُضْعَفُ التَّهْمَةُ.

قال: وَلَا يَحْكُمُ لِعَمِّهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُبْرَزًا، وَجَوَّزَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وقال عبدُ الملك: لَا يَحْكُمُ لَوْلَدِهِ الصَّغِيرِ، أَوْ يَتِيمِهِ، أَوْ امْرَأَتِهِ، وَيَجُوزُ لِغَيْرِ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ، كَالْأَبِ وَالْإِبْنِ الْكَبِيرِ، وَإِنْ امْتَنَعَتِ الشَّهَادَةُ، فَإِنَّ مَنَصَبَ الْقَضَاءِ أَبْعَدُ عَنِ التَّهْمِ، لَوْفُورِ جَلَالَةِ الْقَاضِي دُونَ الشَّاهِدِ.

وقال أصبغ: إِنْ قَالَ: ثَبِتَ عِنْدِي وَلَا نَعْلَمُ أَثَبَّتَ أَمْ لَا؟ وَلَمْ يَحْضُرْهُ الشَّهَادَةُ لَمْ يَنْفُذْ، فَإِنْ حَضَرَ الشَّهَادَةُ، وَكَانَتْ شَهَادَةً ظَاهِرَةً بِحَقِّ بَيِّنٍ جَازٍ فِيمَا عَدَا الثَّلَاثَةَ الْمُتَقَدِّمَةَ، لِأَنَّ اجْتِمَاعَ هَذِهِ الْأُمُورِ يُضْعَفُ التَّهْمَةُ، وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الشَّهَادَةِ، وَعَنْ أَصْبَغَ: الْجَوَازُ فِي الْوَلَدِ وَالزَّوْجَةِ وَالْأَخِ وَالْمُكَاتَبِ وَالْمُدَبِّرِ وَالْمِذْيَانِ^(٢)، إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقِيَامِ بِالْحَقِّ، وَصَحَّ الْحُكْمُ.

وقد يَحْكُمُ لِلْخَلِيفَةِ وَهُوَ فَوْقَهُ، وَتُهْمَتُهُ أَقْوَى، وَلَا يَنْبَغِي لَهُ الْقَضَاءُ بَيْنَ أَحَدٍ مِنْ عَشِيرَتِهِ وَخَصْمِهِ، وَإِنْ رَضِيَ الْخَصْمُ، بِخِلَافِ رَجُلَيْنِ رَضِيََا

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) زيادة من المطبوع.

بحكم رجل أجنبي، فينفذ ذلك عليهما، ولا يقضي بينه وبين غيره، وإن رضي الخصم بذلك، فإن فعل، فيشهد على رضاه، ويجتهد في الحق، فإن قضى لنفسه، أو لمن يمتنع قضاؤه له، فليذكر القصة كلها، ورضاء خصمه، وشهادة من شهد برضا الخصم، وإذا فعل ذلك في مواطن خلاف العلماء، ورأى أفضل منه فالأحسن فسحّه، فإن مات أو عزل فلا يفسخه غيره إلا في الخطأ البين، فإن اجتمع في القضية حقه وحق الله تعالى كالسرقة، قال محمد: يقطعه، وقال ابن عبد الحكم: يرفعه لمن فوّقه، وأما ماله فلا يحكم به.

القسم الخامس: ما اجتمع فيه أنه تناولته الولاية، وصادف السبب والدليل والحجة، وانتفت التهمة فيه، غير أنه اختلف فيه من جهة الحجة: هل هي حجة أم لا؟ وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: القضاء بعلم الحاكم عندنا، وعند ابن حنبل يمتنع^(١)، وقال أبو حنيفة: لا يحكم في الحدود بما شاهده من أسبابها إلا في القذف، ولا في حقوق الأدميين فيما علمه قبل الولاية/ دون بعد الولاية، ومشهور مذهب الشافعي رضي الله عنه جواز الحكم في الجميع، واتفق الجميع على جواز حكمه بعلمه في التجريح والتعديل.

لنا وجوه:

(١) قال الإمام الموفق في «المغني» ٣١/١٤: ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها،... وعن أحمد رواية أخرى: يجوز له ذلك، وهو قول أبي يوسف، وأبي ثور، والقول الثاني للشافعي، واختيار المرئي، لأن النبي ﷺ لما قالت له هند: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي، قال: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» فحكم لها من غير بينة ولا إقرار، لعلمه بصديقها.

الأول: قولُ رسولِ الله ﷺ: «إنما أنا بشرٌ مثلكم، وإنكم تختصمون إليّ، ولعلَّ بعضكم أن يكونَ ألحنَ بحجَّتِهِ من بعضٍ، فأقضي له على نحوِ ما أسمعُ» الحديث^(١)، فدلَّ ذلك على أنَّ القضاءَ يكون بحسبِ المسموعِ، لا بحسبِ المعلومِ.

الثاني: قوله ﷺ: «شاهدك، أو يمينه ليس لك إلا ذلك»^(٢) فحصرَ الحُجَّةَ في البيِّنة واليمينِ، دونَ علمِ الحاكمِ، وهو المطلوبُ.

الثالث: روى أبو داود^(٣): أنَّ النبيَّ ﷺ بعثَ أبا جهمٍ على الصدقةِ، فلاحاه رجلٌ في فريضةٍ، فوقع بينهما شجاجٌ، فاتوا النبيَّ ﷺ فأعطاهم الأرشَ، ثم قال: «أفأخطبُ الناسَ فأعلمُهم برضاكم؟» قالوا: نعم، فخطب فأعلم، فقالوا: ما رَضِينَا، فأرادهم المهاجرون والأنصار، فقال النبيُّ ﷺ: «لا، ونزل» فجلسوا إليه فأرضاهم، فقال: «أخطبُ الناسَ فأعلمُهم برضاكم» قالوا: نعم، فخطب، فأعلمَ الناسَ، فقالوا: رَضِينَا، وهو نصٌّ في عدمِ الحكمِ بالعلمِ.

الرابع: جاء في «الصحيحين»^(٤) في قصة هلال وشريك: «إن جاءت به كذا، فهو لهلالٍ» يعني الزوج، «وإن جاءت به كذا، فهو لشريك بن سَخْمَاء» يعني المقدوف، فجاءت به على النعتِ المكروه، فقال ﷺ: «لو كنت راجماً أحداً بغيرِ بيِّنةٍ لرجمْتُها»، فدلَّ ذلك على أنه لا يقضي في

(١) سبق تخريج الحديث.

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٦٩)، ومسلم (١٣٨) من حديث الأشعث بن قيس.

(٣) في «السنن» (٤٥٣٤) من حديث عائشة رضي الله عنها، وأخرجه الإمام أحمد ٤٣/١١٠-١١١، والنسائي ٣٥/٨، وابن ماجه (٢٦٣٨)، وصحَّحه ابن حبان (٤٤٨٧)، وتمام تخريجه في «المسند».

(٤) سبق تخريج الحديث.

الحدودِ بعلمه، لأنَّ رسولَ الله ﷺ لا يقول إلا حقاً، وقد وقع ما قال، فيكون العلمُ حاصلًا له، ومع ذلك ما رجم، وعللَّ بعدم البيّنة.

الخامس: قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمِحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَاءَ فَأَجْلَدُوهُنَّ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ [النور: ٤] فأمر بجلدهم عند عدم البيّنة، وإن علمَ صِدْقَهُمْ.

السادس: أنَّ الحاكمَ غيرُ معصومٍ، فيتَّهم بالقضاءِ بعلمه، فلعلَّ المحكومَ له وليٌّ، أو المحكومَ عليه صديقٌ، ولا نعلمُ نحن ذلك، فحسبنا المادةَ صوناً لمنصبِ القضاء عن التُّهم.

السابع: قال أبو عمر بن عبد البرِّ في «الاستذكار»^(١): اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ الْقَاضِيَ لَوْ قَتَلَ أَخَاهُ لِعِلْمِهِ بِأَنَّهُ قَاتِلٌ، أَنَّهُ كَالْقَاتِلِ / عَمْدًا لَا يَرِثُ مِنْهُ شَيْئًا ١/١٣٣ لِلتُّهْمَةِ فِي الْمِيرَاثِ^(٢)، فنقيسُ عليه بقيةَ الصورِ بجامعِ التُّهمة.

احتجوا بوجوه:

أحدها: ما في «مسلم»^(٣): أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى عَلَى أَبِي سَفْيَانَ بِالنَّفَقَةِ بِعِلْمِهِ، فَقَالَ لِهِنْدَ: «خُذِي لَكَ وَلَوْلَدِكَ مَا يَكْفِيكَ بِالْمَعْرُوفِ»، وَلَمْ يَكْلَفْهَا الْبَيِّنَةَ.

وثانيها: ما رواه صاحبُ «الاستذكار»^(٤): أَنَّ رَجُلًا مِنْ بَنِي مَخْزُومٍ ادَّعَى عَلَى أَبِي سَفْيَانَ عِنْدَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ ظَلَمَهُ حَدًّا فِي مَوْضِعٍ،

(١) انظر «الاستذكار» ٩/٨.

(٢) في المطبوع من «الاستذكار»: روايته، وازورَّ المحقق عمَّا في طبعة «مؤسسة الرسالة» من الصواب وهو: وراثته.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) «الاستذكار» ١١/٨.

فقال عمر رضي الله عنه: إِنِّي لَأَعْلَمُ النَّاسَ بِذَلِكَ، فقال عمر: انهض إلى الموضوع، فنظر عمر رضي الله عنه إلى الموضوع، فقال: يا أبا سفيان خُذْ هذا الحجرَ من هُهنا فَضَعه هُهنا، فقال: والله لا أفعل، فقال: والله لتفعلنَّ، فقال: لا أفعل، فعلاه عُمُرُ بالدَّرَّةِ، وقال: خُذْهُ لا أُمَّ لَكَ، وَضَعَهُ هُنا، فَإِنَّكَ - ما علمتُ - قديمُ الظلمِ، فأخذه فوضعه حيث قال، فاستقبل عمر رضي الله عنه القبلة، فقال: اللهم لك الحمدُ إذ لم تُمِثني حتى غَلَبْتُ أبا سفيان على رأيه^(١)، وأذَلَّتْ لي بالإسلام، فاستقبل القبلة أبو سفيان، فقال: اللهم لك الحمدُ إذ لم تُمِثني حتى جعلتَ في قلبي ما ذَلَلْتُ به لعمر.

وثالثها: قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٣٥] وقد علم القِسْطُ، فيقومُ به.

ورابعها: أنه إذا جاز أن يحكم بالظنِّ الناشئ عن قولِ البيِّنة، فالعلمُ أَوْلَى، ومن العجبِ جَعَلَ الظنَّ خيراً من العلمِ.
وخامسها: أَنَّ التُّهْمَةَ قد تدخلُ عليه من قِبَلِ البيِّنة، فيُقْبَلُ قَوْلُ من لا يُقْبَلُ.

وسادسها: أَنَّ العملَ واجبٌ بما نقلته الرواة عن رسولِ الله ﷺ، فما سَمِعَهُ المُكَلَّفُ أَوْلَى أن يعملَ به، ويحكمَ به بطريقِ الأَوْلَى، لأنَّ الفُتْيَا تثبتُ شرعاً عاماً إلى يومِ القيامة، والقضاءُ في فَرْدٍ لا يتعدى لغيره، فَخَطَرُهُ أَقْلُ.

وسابعها: أنه لو لم يحكم بعلمه لفسق في صور:

(١) في «الاستذكار»: حتى غَلَبْتُ عليَّ أبا سفيان على رأيه! ولا معنى له.

منها: أن يعلمَ ولادةَ امرأةٍ على فراشِ رجلٍ، فيشهد أنها مملوكته، فإن قَبِلَ البَيِّنَةَ مَكَّنَهُ من وَطئِها، وهي ابنته، وهو فسقٌ، وإلا حَكَمَ بِعِلْمِهِ وهو المطلوبُ.

ومنها: أن يعلمَ قَتْلَ زيدٍ لعمرو، فتشهدُ البَيِّنَةُ بأنَّ القاتِلَ غيرُهُ، فإن قَتَلَهُ قَتْلَ البَريءِ وهو فسقٌ، وإلا حَكَمَ بِعِلْمِهِ وهو المطلوبُ.

ومنها: لو سَمِعَهُ يَطْلُقُ ثلاثاً، فأنكر، فشهدت البَيِّنَةُ بواحدةٍ، إن قَبِلَ البَيِّنَةَ مَكَّنَ من الحرامِ، وإلا حَكَمَ بِعِلْمِهِ.

وثامنها: أن رسولَ الله ﷺ اشترى فرساً، / فجحده البائعُ، فقال عليه ب/١٣٣ السلام: «مَنْ يَشْهَدُ لِي؟» فقال خُزَيْمَةُ^(١): يا رسولَ الله، أنا أشهدُ لك، فقال رسولُ الله ﷺ: «كيف تشهدُ ولا حضرتَ؟» فقال خزيمة: يا رسولَ الله تُخْبِرُنَا عن خبرِ السماءِ، فَتُصَدِّقُكَ، أَفَلا تُصَدِّقُكَ في هذا؟ فسَمَّاهُ رسولُ الله ﷺ «ذَا الشَّهادَتَيْنِ»^(٢) فهذا وإن استدلَّ به المالكيةُ على عدمِ القضاءِ بالعلمِ، فهو يدلُّ لنا من جهةِ حُكْمِهِ عليه السلامِ لنفسِهِ،

(١) هو خزيمة بن ثابت رضوان الله عليه.

(٢) أخرجه أحمد ٣٦/٢٠٥-٢٠٦، وأبو داود (٣٦٠٧) وترجم عليه. باب إذا علمَ الحاكمُ صدقَ الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به. وأخرجه النسائي في «السنن الكبرى» (٦١٩٨)، و«المجتبى» ٣٠١/٧، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١٤٦/٤ وصحَّحه شيخنا في التعليق على «المسند» وفيه تمامٌ تخريجه.

قال الإمام ابن القيم في «الطرق الحكيمة»: ٦٩: وليس هذا الحكمُ بالشاهد الواحدٍ مخصوصاً بخزيمة دون مَنْ هو خيرٌ منه أو مثله من الصحابة، فلو شهد أبو بكرٍ وحده، أو عمرٌ، أو عثمان، أو علي، أو أبيُّ بن كعب، لكان أولى بالحكم بشهادته وحده، والأمرُ الذي لأجله جعل شهادته بشاهدين موجودٌ في غيره، لكنه أقام الشهادة وأمسك عنها غيره، وبادر هو إلى وجوبِ الأداء، إذ ذلك من موجباتِ تصديقه لرسولِ الله ﷺ.

فيجوزُ أن يحكَمَ لغيره بعلمه، لأنه أبعدُ في التُّهْمَةِ من القضاءِ لنفسه
بالإجماع.

وتاسعُها: القياسُ على التجريحِ والتعديلِ.

والجوابُ عن الأولِ: أنَّ قصةَ هندِ فُتِيَا لا حُكْمَ، لأنه الغالبُ من
تصرفاته عليه السلام، لأنه مُبْلَغٌ عن الله تعالى، والتبليغُ فُتِيَا لا حُكْمَ،
والتصرفُ بغيرها قليلٌ، فيُحْمَلُ على الغالبِ، لأن أبا سفيانَ كان حاضراً
في البلد، ولا خلافَ أنه لا يُقْضَى على حاضرٍ من غيرِ أن يَعْرِفَ.

وعن الثاني: أنه من بابِ إزالةِ المُنْكَرِ الذي يحسنُ من آحادِ الناسِ لا
من بابِ القضاءِ، فلمَ قُلْتُمْ: إنَّه من بابِ القضاءِ؟ ويؤيِّدُه أنها واقعةٌ غيرُ
متردِّدةٍ بين الأمرين، فتكونُ مُجْمَلَةً، فلا يُسْتَدَلُّ بها.

وعن الثالثِ: القولُ بالمُوجِبِ، فلمَ قُلْتُمْ: إنَّ الحُكْمَ بالعلمِ من
القِسْطِ؟ بل هو عندنا مُحَرَّمٌ.

وعن الرابعِ: أنَّ العلمَ أفضلُ من الظنِّ، إلَّا أنَّ استلزامه للتُّهْمَةِ
وفسادِ منصبِ القضاءِ أوجِبَ مَرْجُوْحِيَّتَهُ، لأنَّ الظنَّ في القضاءِ يخرقُ
الأبْهَةَ، ويمنعُ من نفوذِ المصالحِ.

وعن الخامسِ: أنَّ التُّهْمَةَ مع مشاركةِ الغيرِ أضعفُ، بخلافِ ما
يُسْتَقَلُّ به، وقد تقدَّم أنَّ التُّهْمَ كُلَّهَا ليست مُعْتَبَرَةً بل بعضها.

وعن السادسِ: أنَّ الروايةَ والسماعَ والرؤيةَ استوى الجميعُ لعدمِ
المُعَارِضِ الذي تقدَّم ذكرُه في العلمِ، بخلافِ الحكمِ.

وعن السابعِ: أنَّ تلكَ الصُّوَرِ لم يَحْكُمَ فيها بعلمه، بل تَرَكَ الحُكْمَ،
وتركُه عند العجزِ عنه ليس فسقاً، وتركُ الحكمِ ليس بحُكْمِ.

وعن الثامنِ: أنَّ رسولَ الله ﷺ ما حكمَ لنفسه، وليس في الحديثِ
أنه أخذَ الفرسَ قَهْرًا من الأعرابي، فقد اختلف هل حَكَمَ أم لا؟ وهل

جعل شهادة خزيمة بشهادتين حقيقة أو مبالغة؟ فما تعين ما ذكرتموه.
وقد ذكر الخطابي أنه عليه السلام أنما سمى خزيمة ذا الشهادتين مبالغة لا
حقيقة^(١) /

٢/١٣٤

وعن التاسع: أنه يحكم فيه بالعلم نفيًا للتسلسل، لأنه يحتاج إلى
بيّنة تشهد بالجرح أو التعديل، وتحتاج البيّنة بيّنة أخرى إلا أن يقبل
بعلمه، بخلاف صورة النزاع، مع أن القاضي في «المعونة»^(٢) قد قال:
هذا ليس حكمًا، وإلا لم يتمكّن غيره من نقضه، بل لغيره ترك شهادته
وتفسيقه، وإذا لم يكن حكمًا لا يقاس عليه.

المسألة الثانية: وهي مرتبة على الأولى.

قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: إذا حكم بما كان عنده من العلم قبل
الولاية أو بعدها في غير مجلس الحكومة أو فيه، فللقاضي الثاني نقضه،

(١) عبارة الخطابي في «معالم السنن» ٤/١٦٠: هذا حديث يضعه كثير من الناس غير
موضعه، . . . وإثما وجه الحديث ومعناه أن النبي ﷺ إنما حكم على الأعرابي
بعلمه، إذ كان النبي ﷺ صادقًا بآراء في قوله، وجرت شهادة خزيمة في ذلك
مجرى التوكيد لقوله والاستظهار بها على خصمه، فصارت في التقدير شهادته له
وتصديقه إياه على قوله كشهادة رجلين في سائر القضايا. انتهى. وهذا الذي قاله
الإمام الخطابي قد تعقبه ابن القيم في «تهذيب سنن أبي داود» فذكر أن النبي ﷺ
إنما أمضى البيع بشهادة خزيمة وجعلها بمنزلة شاهدين، وهذا لأن شهادة خزيمة
على البيع - ولم يره - استندت إلى أمر هو أقوى من الرؤية، وهو تصديق رسول
الله ﷺ بالبراهين الدالة على صدقه، وأن كل ما يُخبر به حقٌ وصدقٌ قطعاً، فلما
كان من المستقرّ عنده أنه الصادق في خبره، البارّ في كلامه، وأنه يستحيل عليه
غير ذلك ألبتة، كان هذا من أقوى التحللات، فجزم بأنه بايعه كما يجزم لو رآه
وسمعه، بل هذه الشهادة مستندة إلى محض الإيمان، وهي من لوازمه ومقتضاه.

(٢) انظر «المعونة» ٣/١٥٠٤ للقاضي عبد الوهاب.

فإن أقرَّ الخصمُ بعد جلوسِهِما للحكومة، أو أقرَّ بشيءٍ قبل أن يُنفذَ ما للحكومة ثم أنكر، [فقال مالكٌ وابنُ القاسم: لا يحكمُ به، وقال سُحنونٌ وابنُ الماجشون: يحكمُ به، فلو جحدَ أحدهما، ثم أقرَّ في موضعٍ يُقبلُ ما رجعَ إليه من حُجَّةٍ أو غيرها بعد الجحدِ عند مالك، وله ذلك عند ابنِ الماجشون وسحنون. قال اللَّخميُّ: والأولُ أحسنُ، ولا أرى أن يُباحَ هذا اليومَ لأحدٍ من القضاة. واختلف إذا حَكَم،^(١) فقال محمد^(٢): ينقضُ هو ذلك دون غيره من القضاة، لأنه إلزامٌ بالعلمِ بالإقرارِ إلا أن يُقلدَ مَنْ يرى ذلك، أو من أهل الاجتهاد، ولم يتبين له غيرُ الأول، إلا أن يتبين له أن ذلك يؤدي مع فسادِ حالِ القضاةِ اليومَ إلى القضاءِ بالباطلِ، لأن كلَّهم حينئذٍ يدعي العدالةَ، فينقضه لما في ذلك من الذريعة، فهذا صَرَبٌ من الاجتهاد.

قلت: فقد صرَّح بأن القضاءَ بالعلمِ يُنقضُ، وإن كان مُدْرَكاً مختلفاً فيه، فإن كان المُدْرَكُ في النقضِ كونه مُدْرَكاً مختلفاً فيه، فالذي يُنقضُ به لا يعتقده، فالحكمُ وقع عنده بغيرِ مُدْرَكٍ، والحكمُ بغيرِ مُدْرَكٍ يُنقضُ، فنقضه لذلك، فيلزمُ على هذا نقضُ الحكمِ إذا وقع بالشاهدِ واليمينِ عند من لا يعتقده، وقد نصَّ على نقضِهِ أبو حنيفة رضي الله عنه، وقال: هو بدعةٌ، أولُ من قضى به معاوية رضي الله عنه، وليس كما قال، بل أكثرُ العلماءِ على القضاءِ به، وكذلك بشهادةِ امرأتين، فإنَّ الشافعيَّ لا يُجوزُ الحكمَ إلا بأربعِ نسوةٍ، والحكمُ الواقعُ بشهادةِ الصبيانِ عند الشافعيِّ وغيره، فإنها مُدْرَكٌ ضعيفٌ مختلفٌ فيه، فيتطرقُ النقصُ لجميعِ هذه الأحكامِ، لأنَّ الحكمَ عند المخالفِ بغيرِ مُدْرَكٍ، وإن كان المُستندُ في

(١) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

(٢) عبارة محمد في المطبوع مختلفة عما في الأصل وفيها زيادة.

نقض القضاء بالعلم ليس كونه مُدْرَكاً مختلفاً فيه، وأنا لا نعتقده مُدْرَكاً، بل مُسْتَنْدَافاً لنفي التهمة كما نقضه إذا حكم لنفسه، فلا يشاركه في النقض غيره من المدارك المختلفة فيها من هذا الوجه. مع أنني قد ترجّح عندي فيما وضعته في كتاب «الإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام»^(١): أنّ القضاء بالمُدْرَكِ المُخْتَلَفِ فيه يرفع الخلاف فيه ويُعيّنه، لأنّ الخلاف في ذلك المُدْرَكِ موطئ اجتهادٍ فيتعيّن أحد الطرفين بالحكم فيه كما يتعيّن أحد الطرفين بالاجتهاد في المسألة نفسها المختلف فيها. /

ب/١٣٤

فهذه الأقسام الخمسة هي ضابط ما يُنقض من قضاء القاضي، وما خرج عن هذه الخمسة لا يُنقض، وهو ما اجتمع فيه تناول الولاية له، والدليل والسبب والحجة، وانتفت فيه التهمة، ووقع على الأوضاع الشرعية كان مُجمَعاً عليه أو مختلفاً فيه.

* * *

(١) انظر الصفحات: ٨٢-٨٨ من الكتاب المذكور.

الفرق الرابع والعشرون والتمتان

بين قاعدة الفتوى، وقاعدة الحكم^(١)

وينبغي على الفرق تمكين غيره من الحكم بغير^(٢) ما قال في الفتيا في مواضع الخلاف بخلاف الحكم.

واعلم أنّ العبادات كلّها على الإطلاق لا يدخلها الحكم البتّة بل الفتيا فقط، فكلّ ما وُجِدَ فيها من الإخبارات، فهي فتيا فقط، فليس لحاكم أن يحكم بأنّ هذه الصلاة صحيحة أو باطلة، ولا أنّ هذا الماء دون القلّتين فيكون نجساً، فيحرّم على المالكيّ بعد ذلك استعماله، بل ما يُقال في ذلك إنّما هو فتيا، إنّ كانت مذهب السامع عملاً بها، وإلا فله تركها، والعمل بمذهبه^(٣).

ويلحق بالعبادات أسبابها، فإذا شهد بهلال رمضان شاهد واحد فأثبت حاكم شافعيّ، ونادى في المدينة بالصوم لا يلزم ذلك المالكيّ، لأنّ ذلك فتيا لا حكم^(٤)، وكذلك إذا قال حاكم: قد ثبت عندي أنّ الدّين يُسقط الزكاة أو لا يُسقطها، أو ملك نصاب من الحلّي المتخذ لاستعمال مباح^(٥) سبب وجوب الزكاة فيه، أو أنه لا يوجب الزكاة، أو غير ذلك من

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ١٠/١٢٠.

(٢) في الأصل: بغيرها.

(٣) صحّح ابن الشاط ما مضى من كلام القرافي.

(٤) علّق عليه ابن الشاط بقوله: فيما قاله في ذلك نظر، إذ لقائل أن يقول: إنه حكم يلزم جميع أهل ذلك البلد.

(٥) في المطبوع: باستعمال المباح.

أسباب الأضاحي والعقيقة والكفارات والتذویر ونحوها من العبادات المختلفة فيها، أو في أسبابها، لا يلزم شيء من ذلك من لا يعتقده، بل يتبع مذهبه في نفسه، ولا يلزمه قول ذلك القائل، لا في عبادة ولا في سببها ولا شرطها ولا مانعها^(١)، وبهذا يظهر أن الإمام لو قال: لا تُقيموا الجمعة إلا بإذني لم يكن ذلك حكماً، وإن كانت مسألة مختلفاً فيها: هل تفتقر الجمعة إلى إذن السلطان أم لا؟ وللناس أن يقيموها بغير إذن الإمام إلا أن يكون في ذلك صورة المشاققة وخرق أئمة الولاية وإظهار العناد والمخالفة، فتمنع إقامتها بغير أمره لأجل ذلك^(٢)، لا لأنه موطن خلاف

(١) علّق عليه ابن الشاطب بقوله: لقائل أن يقول: أنه يلزم غير ذلك الحاكم ممن يخالف مذهبه ما بنى على ذلك الثبوت، كما إذا ثبت عنده أن الدين لا يسقط الزكاة، وأراد أخذها ممن يخالف مذهبه مذهبه، أنه لا يسوغ له الامتناع من دفعها إلا له، وكذلك ما أشبه ذلك.

(٢) قال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: ١٨٣: وأما الإمامة في صلاة الجمعة، فقد اختلف الفقهاء في وجوب تقليدها، فذهب أبو حنيفة وأهل العراق إلى أنها من الولايات الواجبات، وأن صلاة الجمعة لا تصح إلا بحضور السلطان أو من يستنييه فيها. وذهب الشافعي وفقهاء الحجاز إلى أن التقليد فيها نذبة، وأن حضور السلطان ليس بشرط فيها، فإن أقامها المصلون على شرائطها انعقدت وصحت. انتهى كلامه، وعن أحمد روايتان مختلفتان. قال الشيخ محمد حامد الفقي في تعليقه على «الأحكام السلطانية»: ١٠٠ لأبي يعلى الفراء: والنصوص أدل على ما ذهب إليه الشافعي وأهل الحجاز ورواية عن أحمد، وأنها كبقية الصلوات في جماعتها وإمامتها، وإنما كان الأمراء في الزمن الغابر حريصين عليها لشأن الخطبة وأثرها في قلوب العامة والجماهير الذين يحرص الولاة والأمراء في كل زمان على استمالتهم إلى جانبهم بكل ما يملكون من ناحية سياسة الملك لا من ناحية الدين، أما من الناحية الدينية فإنها وجميع المواعظ والتذكير بالله سواء.

أَتَّصَلَ بِهِ حُكْمُ حَاكِمٍ، وَقَدْ قَالَه بَعْضُ الْفُقَهَاءِ، وَليْسَ بِصَحِيحٍ^(١)، بَلِ
حُكْمُ الْحَاكِمِ إِنَّمَا يُوَثَّرُ إِذَا أُنْشِئَ فِي مَسْأَلَةِ اجْتِهَادٍ تَقَارَبُ فِيهَا الْمَدَارِكُ،
لِأَجْلِ مَصْلَحَةِ دُنْيَوِيَّةٍ، فَاشْتِرَاطُ^(٢) قَيْدِ الْإِنْشَاءِ احْتِرَازٌ مِنْ حُكْمِهِ فِي مَوَاقِعِ
الْإِجْمَاعِ، فَإِنَّ ذَلِكَ إِخْبَارٌ وَتَنْفِيذٌ مَخْضُ^(٣)، وَفِي مَوَاقِعِ الْخِلَافِ يُنْشِئُ
حُكْمًا، وَهُوَ الْإِزَامُ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ اللَّذَيْنِ قِيلَ بِهِمَا فِي الْمَسْأَلَةِ^(٤)، وَيَكُونُ
إِنْشَاؤُهُ إِخْبَارًا خَاصًّا عَنِ اللَّهِ تَعَالَى فِي تِلْكَ الصُّورَةِ مِنْ ذَلِكَ الْبَابِ^(٥)،
وَجَعَلَ اللَّهُ تَعَالَى إِنْشَاءَهُ فِي مَوَاطِنِ الْخِلَافِ نَصًّا وَرَدًّا مِنْ قِبَلِهِ فِي خُصُوصِ
تِلْكَ الصُّورَةِ، كَمَا لَوْ قَضِيَ فِي امْرَأَةٍ عُلْتُ طَلَاقُهَا قَبْلَ الْمَلِكِ بِوُقُوعِ
الطَّلَاقِ، فَيَتَنَاوَلُ هَذِهِ الصُّورَةَ الدَّلِيلُ الدَّالُّ عَلَى عَدَمِ لَزُومِ الطَّلَاقِ عِنْدَ
الشَّافِعِيِّ، وَحَكَمَ الْمَالِكِيُّ بِالنَّقْضِ، وَلَزُومِ الطَّلَاقِ نَصًّا خَاصًّا تَخْتَصُّ بِهِ
هَذِهِ الْمَرْأَةُ الْمُعَيَّنَةُ، وَهُوَ نَصٌّ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ
ذَلِكَ لِلْحَاكِمِ رَفْعًا لِلْخُصُومَاتِ وَالْمَشَاجِرَاتِ، وَهَذَا النِّصُّ الْوَارِدُ مِنْ هَذَا
الْحَاكِمِ أَخْصَّ مِنْ ذَلِكَ الدَّلِيلِ الْعَامِ، فَيُقَدَّمُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الْقَاعِدَةَ الْأَصُولِيَّةَ:

(١) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: بَلِ هُوَ صَحِيحٌ كَمَا قَالَ ذَلِكَ الْفَقِيهَ، لِأَنَّهُ حُكْمٌ حَاكِمٍ
اتَّصَلَ بِأَمْرٍ مُخْتَلَفٍ فِيهِ، فَتَعَيَّنَ الْوُقُوفُ عِنْدَ حُكْمِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: فَاشْتِرَاطِي.

(٣) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: لَيْسَ مَا قَالَه مِنْ أَنَّهُ إِخْبَارٌ بِصَحِيحٍ، بَلِ هُوَ تَنْفِيذٌ
مَخْضُ، وَهُوَ الْحُكْمُ بَعَيْنِهِ، إِذْ لَا مَعْنَى لِلْحُكْمِ إِلَّا التَّنْفِيذُ، وَمِمَّا يَوْضُحُ ذَلِكَ: أَنَّهُ
لَوْ أَنَّ حَاكِمًا ثَبَتَ عِنْدَهُ بُوجُوهُ الثَّبُوتِ أَنْ لَزِيدَ عِنْدَ عَمْرٍو مِئَةَ دِينَارٍ، فَأَمَرَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ
إِيَّاهَا، أَنَّ ذَلِكَ الْأَمْرَ لَا يَصِحُّ بِبُوجُوهٍ أَنْ يَكُونَ إِخْبَارًا، وَهَذَا الْمَوْضِعُ وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ
مَوَاقِعِ الْإِجْمَاعِ فَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُ: إِنْ مَوَاقِعَ الْإِجْمَاعِ لَا يَدْخُلُهَا الْحُكْمُ بَلِ الْإِخْبَارُ،
بُوجُوهٍ أَصْلًا.

(٤) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: الْإِزَامَةُ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ هُوَ تَنْفِيذُ الْحُكْمِ وَإِمضَاؤُهُ بَعَيْنِهِ.

(٥) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: وَكَيْفَ يَكُونُ إِنْشَاءٌ وَيَكُونُ مَعَ ذَلِكَ خَيْرًا؟ وَقَدْ تَقَدَّمَ لَهُ
الْفَرْقُ بَيْنَ الْإِنْشَاءِ وَالْخَيْرِ، هَذَا مَا لَا يَصِحُّ بِبُوجُوهٍ.

أنه إذا تعارضَ الخاصُّ والعامُّ قُدِّمَ الخاصُّ على العامِّ^(١)، فلذلك لا يرجعُ الشافعيُّ يُفتي بمقتضى دليله العامِّ الشاملِ لجملةِ هذه القاعدةِ في هذه الصورةِ منها لتناولها نصّاً خاصّاً بها مخرجاً^(٢) لها عن مقتضى ذلك الدليلِ العامِّ، ويُفتي الشافعيُّ بمقتضى دليله العامِّ فيما عدا هذه الصورةَ من هذه القاعدةِ، وكذلك لو حكم الشافعي باستمرارِ الزوجيةِ بينهما خرجت هذه الصورةُ عن دليلِ المالكيِّ، وأفتى فيها بلزومِ النكاحِ ودوامه، وفي غيرها بلزومِ الطلاقِ، لأجلِ ما أنشأه الشافعيُّ من الحكمِ تقديماً للخاصِّ على العامِّ، فهذا هو معنى الإنشاء^(٣).

وقولي: «في مسألة اجتهادية»: احترازٌ من مواقع الإجماع، فإنَّ الحكمَ هنالك ثابتٌ بالإجماع، فيتعدَّرُ فيه الإنشاءُ لتعيُّنه وثبوته إجماعاً^(٤).

(١) انظر «قواطع الأدلة» ١/١٨٣ للسمعاني.

(٢) في الأصل: لتناولها نصّاً خاصّاً بها يخرجُ لها، وصوابه ما هو مثبت.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: لا كلامَ أشدَّ فساداً من كلامه في هذا الفصل! وكيف يكونُ إنشاءُ الحاكمِ الحكمِ في مواقع الخلافِ نصّاً خاصّاً من قِبَلِ الله تعالى؟ وقد قال النبي ﷺ: «إذا اجتهد أحدكم فأصابَ فله أجران، وإن اجتهد فأخطأ فله أجرٌ واحد»؟ وكيف يصحُّ الخطأُ فيما فيه النصُّ من قِبَلِ الله تعالى؟ هذا كلامٌ بيِّنُ الخطأَ بلا شكِّ فيه، وما تخيَّلَ هو أو غيره من ذلك لا يصحُّ ولا حاجةٌ إليه.

وإنما هو يُعيَّنُ في القضيةِ المُعيَّنة أحدَ القولين، أو الأقوال إذا اتَّصلَ به حكمُ الحاكمِ لما في ذلك من المصلحةِ في نفوذِ الحكمِ وثباته، ولما فيه من المفسدةِ لو لم ينفذْ لا لما قاله، من أنه إنشاءٌ من الحاكمِ موضوعٌ كنصٍّ خاصٍّ من قِبَلِ الله تعالى، والله أعلم.

(٤) علّق عليه ابن الشاط بقوله: هذا كلامٌ ساقطٌ أيضاً، وكما أنَّ الحكمَ في مواقع الإجماع، ثابتٌ بالإجماع فالحكمُ في مواقع الخلافِ ثابتٌ بالخلاف، فعلى القول بالتصويب، كلاهما حقٌّ وحكمُ الله تعالى، وعلى القولِ بعدمِ التصويب، أحدهما حقٌّ وحكمُ الله تعالى، ولكن ثبتَ العذرُ للمكلَّفِ في ذلك، وما أوقعه فيما وقع =

وقولي: «تتقارب مداركها» احترازٌ من الخلافِ الشاذِّ المبنيِّ على المُدْرَكِ الضعيفِ، فإنه لا يرفعُ الخلافَ، بل يُنْقَضُ في نفسه إذا حُكِمَ بالفتوىِ المبنيَّةِ على المُدْرَكِ الضعيفِ^(١).

وقولي: «لأجلِ مصالحِ الدنيا»: احترازٌ من العباداتِ كالفتوىِ بتحريمِ السباعِ، وطهارةِ الأواني وغيرِ ذلك ممَّا يكونُ اختلافُ المجتهدين فيه لا للدنيا بل للآخرةِ، بخلافِ الاختلافِ في العقودِ والأملاكِ والرُّهونِ والأوقافِ ونحوها، إنما ذلك لمصالحِ الدنيا، وبهذا يظهرُ أنَّ الأحكامَ الشرعيةَ قسمان: منها ما يقبلُ حُكْمَ الحاكمِ مع الفتوىِ فيجتمعُ الحُكْمَانِ، ومنها لا يقبلُ إلا الفتوىِ، ويظهرُ لك بهذا أيضاً تصرفُ رسولِ الله ﷺ إذا وقع: هل هو من بابِ الفتوىِ أو من بابِ القضاءِ والإنشاءِ؟^(٢) وأيضاً يظهرُ أنَّ إخبارَ الحاكمِ عن نصابِ اختلافٍ فيه أنه يوجبُ الزكاةَ فتوىً، وأما أخذه للزكاةِ في مواطنِ الخلافِ فحُكْمٌ وفتوىٌ/ من جهةٍ أنه تنازعٌ بين الفقراءِ والأغنياءِ في المالِ الذي هو مصلحةٌ دنيويةٌ، ولذلك إنَّ تصرفاتِ السُّعاةِ والجباةِ في الزكاةِ أحكامٌ لا تنقضُها، وإن كانت الفتوىُ

= فيه إلا الاشتراكُ الذي في لفظِ الحكمِ، فإنه يقال: الحكمُ في الطلاقِ المعلقِ على النكاحِ لزومٌ للمُقلِّدِ المالكيِّ، ويقال: الحكمُ الذي حكمَ به الحاكمُ الفلانيُّ على فلانٍ معلقٌ الطلاقِ لزومٌ الطلاقِ، والمرادُ بالحكمِ الأوَّلِ لزومُ الطلاقِ لكلِّ مُعلِّقٍ للطلاقِ من مالكيٍّ أو مُقلِّدٍ لمالكيٍّ، والمرادُ بالحكمِ الثاني لزومُ الطلاقِ بإلزامِ الحاكمِ المحكومِ عليه من مالكيٍّ أو غيرِ مالكيٍّ، والله أعلم.

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: الكلامُ في القولِ الشاذِّ والمُدْرَكِ الضعيفِ مجالٌ ليس هذا موضعه.

(٢) قد سبق تفصيلُ هذه المسألةِ في الفرقِ السادسِ والثلاثينِ، واستقصى القرافيُّ أطرافَ القولِ فيها في كتابه النافعِ «الإحكامُ في تمييزِ الفتاوىِ عن الأحكامِ»: ٩٩-١٢٠.

عندنا على خلافها^(١)، ويصيرُ حينئذٍ مذهبنا^(٢)، ويظهرُ بهذا التقريرِ أيضاً سرُّ قولِ الفقهاء: إِنَّ حُكْمَ الْحَاكِمِ فِي مَسَائِلِ الْاجْتِهَادِ لَا يُنْقَضُ، وإنه يرجعُ إلى القاعدةِ الأصوليةِ، وتصيرُ هذه الصورةُ مستثناةً من تلك الأدلةِ العامةِ كاستثناءِ المُصْرَاةِ والعرايا والمساواةِ وغيرها من المستثنيات^(٣)؛ ويظهرُ بهذا أيضاً أَنَّ التقريراتِ من الحُكَمِ ليست أحكاماً، فتبقى الصورةُ قابلةً لحُكْمِ جميعِ تلك الأقوالِ المنقولةِ فيها.

قال صاحبُ «الجواهر»: ما قُضِيَ به من نقلِ الأملاكِ وفَسْخِ الْعُقُودِ فهو حُكْمٌ، فإن لم يفعلْ أكثرَ من تقريرِ الحادثةِ لما رُفِعَتْ إليه، كما رَأَى زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا، فَأَقْرَهُ وَأَجَازَهُ، ثُمَّ عَزَلْ وَجَاءَ قَاضٍ بَعْدَهُ قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: لَيْسَ بِحُكْمٍ، وَلِغَيْرِهِ فَسَخَهُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: هُوَ حُكْمٌ، لِأَنَّهُ أَمْضَاهُ، وَالْإِقْرَارُ عَلَيْهِ كَالْحُكْمِ بِإِجَازَتِهِ فَلَا يُنْقَضُ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ مُخْرِزٍ، وَقَالَ: إِنَّهُ حَكَمَ فِي حَادِثَةٍ بِاجْتِهَادِهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ فِيهِ بِأَمْضَائِهِ أَوْ فِسْخِهِ، أَمَا لَوْ رُفِعَ إِلَيْهِ هَذَا النِّكَاحُ فَقَالَ: أَنَا لَا أُجِيزُ هَذَا النِّكَاحَ بِغَيْرِ وُلِيِّ مَنِ غَيْرِ أَنْ يَحْكُمَ بِفَسْخِ هَذَا النِّكَاحِ بِعَيْنِهِ، فَهَذِهِ قَتَوَى، وَلَيْسَ بِحُكْمٍ، أَوْ رُفِعَ إِلَيْهِ حُكْمٌ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، فَقَالَ: أَنَا لَا أُجِيزُ الشَّاهِدَ وَالْيَمِينَ، فَهُوَ قَتَوَى مَا لَمْ يَقَعِ حُكْمٌ عَلَى عَيْنِ الْحَكْمِ، قَالَ: وَلَا أَعْلَمُ فِي هَذَا الْوَجْهِ خِلَافاً.

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في ذلك صحيح.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: لا يصيرُ مذهبنا، ولكننا لا ننقضه لمصلحة الأحكام.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: لا رجوعَ هنا للقاعدةِ الأصوليةِ إن كان يعني قاعدةَ الخاصِّ والعامِ، ولكن يرجعُ إلى قاعدةِ فقهيةِ، وهي أَنَّ الْحَكْمَ إِذَا نَفَذَ عَلَى مَذْهَبِ مَا، لَا يُنْقَضُ وَلَا يُرَدُّ، وَذَلِكَ لِمَصْلَحَةِ الْأَحْكَامِ وَرَفْعِ التَّشَاوُجِ وَالْخِصَامِ.

قال: وإن حكم بالاجتهاد فيما طريقه التحريم والتحليل، وليس بنقل ملك لأحد الخصمين إلى الآخر، ولا فضل خصومة بينهما، ولا إثبات عقد ولا فسخه مثل رضاع كبير، فيحكم بأنه رضاع محرّم، ويفسخ النكاح لأجله، فالفسخ حكم، والتحريم في المستقبل لا يثبت بحكمه، بل هو معرض للاجتهاد، أو رفعت إليه امرأة تزوجت في عدتها، ففسخ نكاحها، وحرّمها على زوجها، ففسخه حكم دون تحريمها في المستقبل، وحكمه بنجاسة ماء أو طعام، أو تحريم بيع أو نكاح أو إجارة فهو فتوى ليس حكماً على التأييد، وإنما يُعتبر من ذلك ما شهدته، وما حدث بعد ذلك فهو موكول لمن يأتي من الحكماء والفقهاء^(١)، فظهر أيضاً من هذه الفتاوى والمباحث أنّ الفتوى والحكم/ كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويجب على السامع اعتقادهما، وكلاهما يلزم المكلف من حيث الجملة، لكنّ الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة، والحكم إخبار معناه الإنشاء، والإلزام من قبل الله تعالى^(٢)، وبيان ذلك بالتمثيل: أنّ المفتي مع الله تعالى، كالمترجم مع القاضي ينقل ما وجده عن القاضي واستفاده منه بإشارة أو عبارة أو فعل أو تقرير أو ترك، والحاكم مع الله تعالى كنائب الحاكم ينشئ الأحكام والإلزام بين الخصوم، وليس بناقل ذلك عن مستنبيه بل مستنبيه قال له: أي شيء حكمت به على القواعد فقد جعلته حكماً، فكلاهما موافق للقاضي، ومطيع له، وساع في تنفيذ

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ذلك صحيح، وأكثره أو كلّه نقل لا كلام فيه، غير أنّ قول ابن القاسم هو الصحيح عندي، والله أعلم.

(٢) علّق عليه ابن الشاط بقوله: كيف يكون الإخبار بإنشاء، وقد قرّق هو قبل هذا في أول كتابه بينهما؟ وكيف يكون الحكم إلزاماً من قبل الله تعالى، وهو ممكن الخطأ على ما نصّ عليه النبي عليه الصلاة والسلام في الحديث الذي تقدّم ذكره؟ هذا ما لا يصحّ، والله أعلم.

مُراده، غيرَ أنَّ أحدهما يُنشىءُ، والآخرُ ينقلُ نقلًا مَحْضًا من غيرِ اجتهادٍ له في الإنشاء، كذلك المُفتي والحاكمُ كلاهما مطيعٌ لله تعالى قابلٌ لحُكمه، غيرَ أنَّ الحاكمَ مُنشىءٌ والمُفتي مُخبرٌ مَحْضٌ، وقد وضعتُ في هذا المقصدِ كتاباً سَمَّيْتُهُ «الإحكام في الفتاوى والأحكام وتصرفِ القاضي والإمام»، وفيه أربعون مسألةً في هذا المعنى، وذكرتُ فيه نحوَ ثلاثين نوعاً من تصرفاتِ الحكامِ ليس فيها حكمٌ، ولتقتصرِ هنا على هذا القدرِ في هذا الفرقِ^(١).

* * *

(١) علّق عليه ابن الشاطب بقوله: ما قاله صحيح، وما مثّل به كذلك إن كان يريدُ بالإنشاء التنفيذَ والإمضاءَ لَمَّا كان قبل الحكمِ فتوى، وإلا فلا، والله أعلم.

الفرق الخامس والعشرون والمئتان

بين قاعدة الحكم، وقاعدة الثبوت

اختلفَ فيهما: هل هما بمعنى واحد، أو الثبوت غير الحكم؟
والعجبُ أنَّ الثبوتَ يوجد^(١) في العباداتِ والمواطنِ التي لا حكمَ فيها
بالضرورةِ إجماعاً، فيثبتُ هلالُ شوالٍ وهلالُ رمضانَ، وتثبتُ طهارةُ
المياهِ ونجاستُها، ويثبتُ عندَ الحاكمِ التحريمُ بينَ الزوجينِ بسببِ
الرِّضاعِ، والتحليلُ بسببِ العَقْدِ، ومع ذلك لا يكونُ شيءٌ^(٢) من ذلك
حُكماً، وإذا وُجدَ الثُّبوتُ بدونِ الحُكْمِ كانَ أعمَّ من الحكمِ، والأعمُّ من
الشيءِ غيرُهُ بالضرورةِ، ثم الذي يُفهمُ من الثبوتِ هو نهوضُ الحجَّةِ
كالبيئَةِ وغيرها السالمةِ من المطاعينِ، فمتى وُجدَ شيءٌ من ذلك يُقالُ في
عُرْفِ الاستعمالِ: ثبتَ عندَ القاضي ذلك، وعلى هذا التقديرِ يوجدُ
الحكمُ بدونَ الثبوتِ أيضاً، كالحُكْمِ بالاجتهادِ، فيكونُ كلُّ واحدٍ منهما
أعمَّ من الآخرِ من وجهٍ، وأخصَّ من وجهٍ، ثم ثبوتُ الحجَّةِ مُغايرٌ للكلامِ
النفسانيِّ الإنشائيِّ الذي هو الحكمُ، فيكونانِ غيرَينِ بالضرورةِ، ويكون
الثبوتُ نهوضَ الحجَّةِ، والحكمُ إنشاءً لكلامِ في النفسِ هو إلزامٌ أو إطلاقٌ
ب/١٣٦ يترتَّبُ على هذا الثبوتِ، / وهذا فرقٌ آخرٌ من جهةِ أنَّ الثبوتَ يجبُ
تقديمُه على الحكمِ، ومن قال بأنَّ الحكمَ هو الثبوتُ لم يتحقَّقْ له معنى
ما هو الحكمُ^(٣).

(١) في المطبوع: يوجب.

(٢) في الأصل: شيئاً.

(٣) علقَ ابنُ الشاطِ على هذا الفرقِ بقوله: ما قاله صحيح، وقد يُطلقُ على الثبوتِ
حُكْمٌ، فالأمرُ في ذلك لفظيٌّ، والله تعالى أعلم.

الفرق السادس والعشرون والمئتان بين قاعدة ما يصلح أن يكون مستنداً في

التحمل، وبين قاعدة ما لا يصلح أن يكون مستنداً^(١)

قال صاحبُ «المقدمات»^(٢): كُلُّ مَنْ عَلِمَ شَيْئاً بَوَجْهِهِ مِنَ الْوَجْهِهِ الْمُوجِبَةِ لِلْعِلْمِ يَشْهَدُ بِهِ، فَلِذَلِكَ صَحَّتْ شَهَادَةُ هَذِهِ الْأُمَّةِ لِنُوحٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَلِغَيْرِهِ عَلَى أُمَّمِهِمْ بِإِخْبَارِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ، وَصَحَّتْ شَهَادَةُ خُزَيْمَةَ، وَلَمْ يَحْضُرْ شِرَاءُ الْفَرَسِ^(٣).

ومدارك العلم أربعة: العقل وإحدى^(٤) الحواس الخمس، والنقل المتواتر، والاستدلال، فتجاوز الشهادة بما عُلِمَ بأحد هذه الوجوه، وشهادة خزيمة كانت بالنظر والاستدلال، ومثله شهادة أبي هريرة أن رجلاً قاء خمراً، فقال له عمر: تشهد أنه شربها، قال: أشهد أنه قاءها، فقال عمر رضي الله عنه: ما هذا التعمق؟ فلا وربك ما قاءها حتى شربها.

ومنها شهادة الطبيب بقدم العيب، والشهادة بالتواتر كالنسب وولاية القاضي وعزله، وضرر الزوجين. والأصل في الشهادة العلم واليقين لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] وقوله تعالى: ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلِمْنَا﴾ [يوسف: ٨١] وقوله عليه السلام: «على مثل

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ١٥٦/١٠.

(٢) لم أهد إليه في «المقدمات» لابن رشد الجدي.

(٣) قد سبق تخريج الحديث في ذلك.

(٤) في الأصل: وأحد.

هَذَا فَاشْهَدُ»^(١) أَي: مِثْلُ الشَّمْسِ. فَهَذَا ضَابِطٌ مَا يَجُوزُ التَّحْمُلُ فِي الشَّهَادَةِ بِهِ، وَقَدْ يَجُوزُ بِالظَّنِّ وَالسَّمَاعِ. قَالَ صَاحِبُ «الْقَبْسِ»^(٢): مَا اتَّسَعَ أَحَدٌ فِي شَهَادَةِ السَّمَاعِ كَاتِّسَاعِ المَالِكِيَّةِ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ، الحَاضِرُ مِنْهَا عَلَى الخَاطِرِ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ مَوْضِعًا: الأَحْبَاسُ، المَلِكُ المُتَقَادِمُ، الوِلَايَةُ، النَسَبُ، المَوْتُ، الوِلَايَةُ، العَزْلُ، العَدَالَةُ، الجَرَحَةُ، وَمَنْعُ سَحْنُونِ ذَلِكَ فِيهِمَا، قَالَ عِلْمَاؤُنَا: وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُدْرِكْ زَمَانُ المَجْرُوحِ^(٣) وَالمُعَدَّلِ، فَإِنْ أُدْرِكْ فَلَا بُدَّ مِنَ العِلْمِ. الإِسْلَامُ، الكُفْرُ، الحَمْلُ، الوِلَادَةُ التَّرشِيدُ، السَّفَةُ، الصَّدَقَةُ، الهِبَةُ، البَيْعُ فِي حَالَةِ التَّقَادِمِ^(٤)، الرِّضَاعُ، النِّكَاحُ، الطَّلَاقُ، الضَّرَرُ، الوَصِيَّةُ، أَبَاقُ العَبْدِ، الحِرَابَةُ، وَزَادَ بَعْضُهُمْ: البُنُوَّةُ، وَالأَخُوَّةُ، وَزَادَ العَبْدِيُّ^(٥) فِي الحُرِّيَةِ القَسَامَةُ، فَهَذِهِ مَوَاطِنُ رَأَى الأَصْحَابُ أَنَّهَا مَوَاطِنُ ضَرُورَةٍ^(٦)، / فَيَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ بِالظَّنِّ الغَالِبِ. ١/١٣٧

قَالَ صَاحِبُ «الجَوَاهِرِ»: مَا لَا يَثْبُتُ بِالحَسَنِ بَلْ بِقِرَائِنِ الأَحْوَالِ كَالإِعْسَارِ يُدْرِكُ بِالخِبْرَةِ البَاطِنَةَ بِقِرَائِنِ كَالصَّبْرِ عَلَى الجُوعِ وَالضَّرِّ، فَيَكْفِي

(١) أَخْرَجَهُ بِنَحْوِهِ الحَاكِمُ فِي «المُسْتَدْرَكِ» ٩٨/٤، وَالبِيهَقِيُّ فِي «السَّنَنِ الكَبِيرِ» ١٥٦/١٠ وَغَيْرُهُمَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَوَهَّاهُ الذَّهَبِيُّ فِي «تَلْخِيصِ المُسْتَدْرَكِ» ٩٨/٤ وَفِيهِ عِلَّتَانِ: عَمْرُو بْنُ مَالِكِ البَصْرِيِّ كَانَ يَسْرِقُ الحَدِيثَ، وَمُحَمَّدُ بْنُ سَلِيمَانَ بْنِ مَسْمُولٍ، ضَعَّفَهُ غَيْرُ وَاحِدٍ.

(٢) يَعْنِي الإِمَامَ أَبَا بَكْرٍ بِنِ العَرَبِيِّ، وَانظُرْ كَلَامَهُ فِي «الْقَبْسِ» ٨٨٩/٣، وَقَدْ تَصَرَّفَ القِرَافِيُّ فِي عِبَارَةِ ابْنِ العَرَبِيِّ عَلَى جِهَةِ الإِخْتِصَارِ.

(٣) فِي «الْقَبْسِ»: المَجْرُوحُ، وَرَبِمَا كَانَ هُوَ الأَوَّلَى بِالصَّوَابِ.

(٤) سَقَطَ لَفْظُ «التَّقَادِمِ» مِنْ «الْقَبْسِ». وَوَقَعَ فِي المَطْبُوعِ: المُتَقَادِمِ.

(٥) أَبُو يَعْلَى أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدِ العَبْدِيِّ (ت ٤٨٩هـ) إِمَامُ المَالِكِيَّةِ بِالبَصْرَةِ وَصَاحِبُ تَدْرِيسِهِمْ، أُنْتِى عَلَيْهِ القَاضِي عِيَاضُ فِي «تَرْتِيبِ المَدَارِكِ» ٩٩/٨.

(٦) فِي الأَصْلِ: مَفْرُوزَةٌ. وَهُوَ فِي المَطْبُوعِ عَلَى الجَادَّةِ.

فيه الظنُّ القريبُ من اليقين . وأما اختلافُ العلماءِ في شهادةِ الأصحاء^(١) ،
والشهادةِ على الخطِّ ونحوِ ذلك ، فليس خلافاً في الشهادةِ بالظنِّ ، بل
الكلامُ في ذلك في تحقيقِ مناطِ ، فالمالكيةُ يقولون : الأعمى قد يحصلُ
له القطعُ بتمييزِ بعضِ الأقوالِ فيشهدُ بها ، ويحصلُ للبصيرِ القطعُ ببعضِ
الخطوطِ فيشهدُ بها ، فما شهدَ إلا بالعلمِ ، والشافعيةُ يقولون : لا يحصلُ
العلمُ في ذلك لالتباسِ الأصواتِ وكثرةِ التزويرِ في الخطوطِ^(٢) ، فهذا هو
مُدركُ التنازعِ بينهم^(٣) .

تنبيه : اعلم أنَّ قولَ العلماءِ : لا تجوزُ الشهادةُ إلا بالعلمِ ، ليس على
ظاهرِهِ ، فإن ظاهره يقتضي أنه لا يجوزُ أن يُؤدِّيَ إلا ما هو قاطعٌ به ،
وليس كذلك ، بل حالةُ الأداءِ^(٤) بما عند الشاهد من الظنِّ الضعيفِ في
كثيرٍ من الصورِ ، بل المرادُ بذلك أن يكونَ أصلُ المُدركِ علماً فقط ، فلو
شهدَ بقبضِ الدَّينِ جازَ أن يكونَ الذي عليه الدَّينُ قد دَفَعَهُ ، فتجوزُ
الشهادةُ عليه بالاستصحابِ الذي لا يفيدُ إلا الظنَّ الضعيفَ ، وكذلك
التمنُّ في البيعِ مع احتمالِ دَفَعِهِ ، ويشهدُ بالملكِ الموروثِ لو ارثه مع
جوازِ بَيِّعِهِ بعد أن ورثه ، ويشهدُ بالإجارةِ ولزومِ الأجرةِ مع جوازِ الإقالةِ
بعد ذلك بناءً على الاستصحابِ ، والحاصلُ في هذه الصورِ كُلِّها إنَّما هو
الظنُّ الضعيفُ ، ولا يكادُ يُوجدُ ما يبقى فيه العلمُ إلا القليلُ من الصُّورِ ،

(١) كذا في الأصل . وفي المطبوع : الأعمى ، وكلامُ القرافيِّ دائرٌ على ما في
المطبوع .

(٢) انظر بسط هذه المسألة في «المغني» ١٧٨/١٤ لابن قدامة .

(٣) علَّق ابن الشاط على ما مضى من كلام القرافيِّ في هذا الفرق بقوله : أكثر ما قاله
نقلٌ ، وما قاله فيه صحيح .

(٤) في المطبوع : بل يجوزُ له الأداءُ بما عنده من الظنِّ .

من ذلك النسب والولاء، فإنه لا يقبل النقل، فيبقى العلم على حاله،
ومن ذلك الشهادة بالإقرار، فإنه إخبار عن وقوع النطق في الزمن
الماضي، وذلك لا يرتفع، ومن ذلك الوقف إذا حكم به حاكم، أما إذا
لم يحكم به حاكم، فإن الشهادة إنما يحصل فيها الظن فقط إذا شهد بأن
هذه الدار وقف، لاحتمال أن يكون حاكم حنفي حكم بنقضه، فتأمل هذه
المواطن، فأكثرها إنما فيها الظن فقط، وإنما العلم في أصل المدرك لا
في دوامه، فقد تلخص الفرق بين ما هو/ مدرك للتحمل، وما ليس
بمدرك مع مسبباته، والتنبيه على عدده، وأنه لا يقتصر فيه على الحواس
فقط كما يعتقده كثير من الفقهاء، بل لو أفادت القرائن القطع جازت
الشهادة بها في جميع الصور^(١).

* * *

(١) علق ابن الشاط على هذا التنبيه بقوله: ما قاله من أن الشاهد في أكثر الشهادات لا
يشهد إلا بالظن الضعيف غير صحيح، وإنما يشهد بأن زيداً ورث الموضع الفلاني
مثلاً، أو اشتراه جازماً بذلك لا ظاناً، واحتمال كونه باع ذلك الموضع لا تتعرض
له شهادة الشاهد بالجزم لا في نفيه، ولا في إثباته، ولكن تتعرض له بنفي العلم
بيّنه أو خروجه عن ملكه على الجملة، فما توهم أنه مضمّن الشهادة ليس كما
توهم، فهذا التنبيه غير صحيح، والله تعالى أعلم.

الفرق السابع والعشرون والتمتت

بين قاعدة اللفظ الذي يصحُّ أداءً

الشهادة به، وبين قاعدة ما لا يصحُّ أداؤها به^(١)

اعلم أنَّ أداءَ الشهادة لا يصحُّ بالخبرِ البتَّة^(٢)، فلو قال الشاهدُ للقاضي: أنا أُخبرُك أيُّها القاضي بأنَّ لزيد عند عمرو ديناراً عن يقينٍ مني وعلمٍ في ذلك، لم تكنْ هذه شهادة^(٣)، بل هذا وعد من الشاهد للقاضي أنه سيخبره بذلك عن يقينٍ، فلا يجوزُ اعتمادُ القاضي على هذا الوعد^(٤)، ولو قال: قد أُخبرْتُك أيُّها القاضي بكذا كان كذباً، لأنَّ مُقتضاه تقدُّمُ الإخبارِ منه، ولم يقع، والاعتمادُ على الكذب لا يجوزُ، فالمستقبلُ وَعَدٌ، والماضي كَذِبٌ^(٥)، وكذلك اسمُ الفاعلِ المُقتضي للحالِ كقوله: أنا مُخبرُك أيُّها القاضي بكذا، فإنه إخبارٌ عن اتصافه بالخبر للقاضي،

(١) علق ابن الشاط على ترجمة هذا الفرق بقوله: هذا الفرق ليس بجارٍ على مذهب مالكٍ رحمه الله، فإنه لا يشترطُ مُعيَّناتِ الألفاظِ لا في العقود ولا في غيرها، وإنما ذلك مذهبُ الشافعي رضي الله عنه.

(٢) علق عليه ابن الشاط بقوله: قد تقدَّم له في أولِ فرقٍ من الكتاب حكاية عن الإمام المازري أنَّ الروايةَ والشهادةَ خبران، ولم يُنكر ذلك ولا ردَّه، بل جرى في مساقٍ كلامه على قبول ذلك وصِحَّته.

(٣) علق عليه ابن الشاط بقوله: ذلك لقرينة قوله: أُخبرُك، ولم يقل: أشهدُ عندك.

(٤) علق عليه ابن الشاط بقوله: ومن أين يتعيَّن أنه وعد؟ ولعله إنشاءٌ إخباري، فيكونُ شهادةً؛ إذ الشهادةُ خبرٌ لا سيمًا إذا كان هنالك قرينةٌ تقتضي ذلك من حضورِ مُطالبٍ وشبه ذلك، فما قاله في ذلك غير صحيح.

(٥) علق عليه ابن الشاط بقوله: إن كان لم يتقدَّم منه إخبارٌ فذلك كذبٌ كما قال.

وذلك لم يقع في الحال، إنَّما وقع الإخبارُ عن هذا الخبر^(١)، فظهر أنَّ الخبرَ كيفما تصرفَ لا يجوزُ للحاكمِ الاعتمادُ عليه^(٢).

وكذلك إذا قال الحاكمُ للشاهد: بأيِّ شيءٍ تشهدُ؟ قال: حضرتُ عند فلانٍ فسَمعتهُ يُقرُّ بكذا، أو: أشهدني على نفسه بكذا، أو شهدتُ بينهما بصدورِ البيعِ، أو غير ذلك من العقودِ، لا يكونُ هذا أداءً شهادةً، ولا يجوزُ للحاكمِ الاعتمادُ عليه بسببِ أنَّ هذا مُخبرٌ عن أمرٍ تقدَّم، فيحتملُ أن يكونَ قد اطلَّعَ بعد ذلك على ما منعَ من الشهادةِ به من فسَخٍ، أو إقالةٍ، أو حدوثِ ريبةٍ للشاهدِ تمنعُ الأداءَ، فلا يجوزُ لأجلِ هذه الاحتمالاتِ الاعتمادُ على شيءٍ من ذلك إذا صدرَ من الشاهدِ، فالخبرُ كيفما تقلَّبَ لا يجوزُ الاعتمادُ عليه^(٣)، بل لا بُدَّ من إنشاءِ الإخبارِ عن الواقعةِ المشهودِ بها^(٤)، والإنشاءُ ليس بخبرٍ، ولذلك لا يحتملُ التصديقَ والتكذيبَ، وقد تقدَّم الفرقُ بين البابين^(٥).

(١) علق عليه ابن الشاطب بقوله: هذا كلامٌ من لا يفهمُ مقتضى الكلامِ، وكيف لا يكونُ من يقولُ للقاضي: أنا أُخبرك بأنَّ لزيدَ عند عمرو ديناراً مُخبراً للقاضي أنَّ لزيدَ عند عمرو ديناراً بل مُخبراً بأنه مُخبر! وهل العبارةُ عن إخباره عن الخبرِ إلا عيْنُ تلك! وهي: أنا مُخبرك أني مُخبرك لا أنا مُخبرك بكذا، هذا كلُّه تخليطٌ لا يقوُّه به من يفهمُ شيئاً من مُضمَّناتِ الألفاظِ، ومقتضى مساقها.

(٢) علق عليه ابن الشاطب بقوله: لم يظهر ما قاله أصلاً، ولا يصحُّ بوجهٍ ولا حال.

(٣) علق عليه ابن الشاطب بقوله: إذا لم يكن قولُ الشاهد: حضرتُ عند فلانٍ فسَمعتهُ يُقرُّ بكذا، أو أشهدني على نفسه بكذا بعد قولِ القاضي له: بأيِّ شيءٍ تشهدُ؟ شهادةً، فلا أدري بأيِّ لفظٍ تُؤدَّى الشهادةُ وما هذا كلُّه إلا تخليطٌ ووسواسٌ لا يصحُّ منه شيءٌ البتة.

(٤) علق عليه ابن الشاطب بقوله: يا للتعجب! وهل إنشاءُ الإخبارِ إلَّا الإخبارُ بعينه؟

(٥) علق عليه ابن الشاطب بقوله: من هنا دخل عليه الوهمُ، وهو أنه أطلقَ لفظَ الإنشاءِ على جميعِ الكلامِ ومن جُمَلته الخبرُ، وأطلقَ لفظَ الإنشاءِ على قسيمِ الخبرِ، ثم =

فإذا قال الشاهدُ: أشهدُ عندك أيها القاضي بكذا كان إنشاءً^(١)، ولو قال: شهدتُ لم يكن إنشاءً، عكسُهُ في البيع لو قال: أبيعُك لم يكن إنشاءً للبيع، بل إخبارٌ. لا ينعقدُ به بيعٌ، بل وعدٌ بالبيع في المستقبل، ولو قال: / بعْتُك كان إنشاءً للبيع، فالإنشاءُ في الشهادةِ بالمضارع، وفي العقودِ بالماضي، وفي الطلاقِ بالماضي واسمِ الفاعلِ نحو: أنتِ طالق، وأنتِ حرٌّ، ولا يقعُ الإنشاءُ في البيع والشهادةِ باسمِ الفاعلِ، ولو قال: أنا شاهدُ عندك بكذا، وأنا بائعُك بكذا لم يكنُ إنشاءً^(٢).

١/١٣٨

وسببُ الفرقِ بين هذه المواطنِ الوضعُ العُرْفِيُّ؛ فما وضعه أهلُ العُرْفِ للإنشاءِ كان إنشاءً، وما لا فلا، فاتفقوا أنهم وضعوا للإنشاءِ الماضي في العقودِ، والمضارعَ في الشهادةِ، واسمَ الفاعلِ في الطلاقِ والعَتاقِ، ولمَّا كانت هذه الألفاظُ موضوعةً للإنشاءِ في هذه الأبوابِ، صحَّ من الحاكمِ اعتمادهُ على المضارعِ في الشهادةِ، لأنه موضعٌ^(٣) له صريحٌ فيه، والاعتمادُ على الصريحِ هو الأصلُ، ولا يجوزُ الاعتمادُ على

= تخيّل أنه أطلقهما بمعنى واحدٍ، فحكم بأنَّ الإنشاءَ لا يدخله التصديقُ والتكذيبُ، وما قاله من أنه لا يدخله ذلك صحيحٌ في الإنشاءِ الذي هو قسيمُ الخبرِ، وغير صحيحٍ في الإنشاءِ الذي هو إنشاءُ الخبرِ، وأن يكونَ وعداً بأنه يشهدُ عنده لا أعلمُ له ما الخبرِ.

(١) علّق عليه ابنُ الشاطِ بقوله: وما المانع من أن يكونَ وعداً بأنه سيشهدُ عنده؟ لا أعلمُ له مانعاً إلاَّ التحكُّمَ بالفرقِ بين لفظِ الخبرِ ولفظِ الشهادةِ، وهذا كلُّه تخليطٌ فاحشٌ.

(٢) علّق عليه ابنُ الشاطِ بقوله: لقد كَلَّفَ هذا الرجلُ نفسه شَطَطاً، وألزمها ما لم يلزمها، كيف وهو مالكيٌّ، والمالكيةُ يجيزون العقودَ بغيرِ لفظِ أصلًا فضلاً عن لفظِ مُعَيَّن؟ وإنما يحتاجُ إلى ذلك الشافعيةُ حيث يشترطون مُعَيَّناتِ الألفاظِ.

(٣) في المطبوعِ: موضوع، وربما كان هو الأولى بالصوابِ.

غير الصريح لعدم تعيين المراد منه، فإن اتفق أن العوائد تغيرت، وصار الماضي موضوعاً لإنشاء الشهادة، والمضارع لإنشاء العقود، جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضوعاً للإنشاء، ولا يجوز له الاعتماد على العرف الأول، فتلخص لك: أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشئ عن العوائد وتابع لها، وأنه ينقلب ويتسوخ بتغيرها وانتقالها، فلا يبقى بعد ذلك خفاء في الفرق بين قاعدة ما يصح أن تؤدى به الشهادة، وقاعدة ما لا يصح به أداء الشهادة، وفي الفرق أربع مسائل^(١):

المسألة الأولى: الشهادة قسمان: تارة يكون مقصدها مجرد الإثبات، فيقتصر عليه نحو: أشهد أنه باع ونحوه، وتارة يكون المقصود الجمع بين النفي والإثبات، وهو الحصر، فلا بُد من التصريح بهما في العبارة.

قال مالك في «التهذيب»^(٢): لا يكفي أنه ابنٌ للميت حتى يقولوا في حصر الورثة: لا نعلم له وارثاً غيره، وكذلك: هذه الدار لأبيه أو جدّه، حتى يقولوا: ولا نعلم خروجها عن ملكه إلى الموت حتى يُحكّم بالملك في الحال، فإن قالوا: هذا وارثٌ مع ورثة آخرين أعطيت هذا نصيبه، وترك الباقي بيد المدعى عليه حتى يأتي مستحقه، لأن الأصل دوام يده،

(١) علق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في ذلك، كُله مبني على مذهب الشافعي وهو مُسلمٌ وصحيحٌ إلا قوله: أراد الشهادة بالإنشاء لا بالخبر، فإنه قد تقدّم أن الشهادة خبرٌ، وهو الصحيح، وتقدم التنبية على الموضوع الذي دخل عليه منه الغلط والوهم، والله تعالى أعلم، وما قاله في المسائل الأربع صحيحٌ، أو نقلٌ لا كلام فيه، وكذلك ما قاله في الفرق بعده، نقلٌ وترجيحٌ، ولا كلام في ذلك.

(٢) يعني «تهذيب الطالب» لعبد الحق الصقلي كما سبق بيانه، وأما القول بأنه يريد «تهذيب المدونة» للبراذعي، فليس عليه دليل، لأن القرافي ينقل مباشرة من «المدونة» كما هو مبسوط في مقدمة «الذخيرة» ٣٦/١.

ولأنَّ الغائب قد يُقرَّر له بها. قال سَحْنُونُ: وقد كان يقولُ غَيْرَ هذا^(١)، وعن مالكٍ: تُنزَعُ من المطلوب وتُوقَفُ لتيقُّنِها أنها لغيره، / فإن قالوا: لا ١٣٨/ب نعرفُ عدَدَ الورثةِ لم يُقَضَ لهذا بشيءٍ لعدم تعيُّنه، ولا يُنظَرُ إلى تسميةِ الورثةِ، وتبقى الدارُ بيدِ صاحبِ اليدِ حتى يثبتَ عددُ الورثةِ لثلاثِ يُوَدِّي لِقَضِ القسمةِ وتَشْوِيشِ الأحكامِ.

المسألة الثانية: قال صاحبُ «البيان»^(٢): لا تُقبَلُ شهادةٌ من يقول: فلانٌ وارثٌ أو: هذا العبدُ له، ما باعَ ولا وهبَ، [ولا يذري ذلك، لأنه جزمٌ بالنفي في غيرِ موضعه، بل يقول: لا أعلمُ له وارثاً غيره، ولا أعلمُ أنه باعٌ ولا هبَ، قاله مالك. وقال عبدُ الملك: لا يجوزُ إلا الجزمُ بأن يقول: ما باعَ ولا وهبَ،]^(٣) لأنَّ الشهادةَ بغيرِ الجزمِ لا تجوزُ، قال: وقولُ عبدِ الملكِ أَظْهَرُ.

وفي «الجواهر»: لو شهد أنه مَلَكه بالأمس، ولم يتعرَّضَ للحالِ لم يُسْمَعِ حتى يقول: لم يخرجُ عن مِلْكِهِ في عِلْمِي، ولو شهد أنه أقرَّ

(١) يعني الإمام مالك بن أنس.

(٢) يعني «البيان والتحصيل» لابن رشد الجَدِّ. قال القرافيُّ في «الذخيرة» ٣٧/١: واخترتُ أن أقول صاحبَ البيان، أو قال صاحبُ المقدمات، لأجمع بين القائل والمقول فيه، فإنَّ صاحبَ البيان قد ينقلُ في المقدمات.

هذا وقد وقع في هذا الموطن من طبعة دار السلام من التخليطِ والخطأ ما لا يتقضي منه العجب، فصاحبُ البيان هو: الإمام العلامة قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الفارابي، أبو حنيفة، قدم دمشق سنة ٧٤٧هـ!! ثم انتقل إلى مصر ودرَّس بها بجامع المارداني، وكان رأساً في الحنفية بارعاً في الفقه واللغة من تصانيفه: «شرح الهداية» وسمَّاه «غاية البيان ونادرة الأقران» ومات سنة ٧٥٨هـ... إلى آخر هذا البلاء الذي صُبَّ على كتاب القرافيِّ، فأين كانت بصيرةُ كاتبِ هذه السطور وهو يؤرِّخ لرجلٍ عاش بعد القرافي سبعين عاماً وثيقاً، فإنَّا لله وإنا إليه راجعون!

(٣) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

بالأمر ثبت الإقرار واستُضِحَّ مُوجِبُهُ، ولو قال للمدعي عليه: كان ملكه بالأمر، نزع من يده، لأنه أخبر عن تحقيق فيستضحَب، كما لو قال الشاهد: هو ملكه بالأمر بشراء من المدعى عليه، ولو شهدوا أنه كان بيد المدعى عليه بالأمر لم يُفد، حتى يشهدوا أنه ملكه، ولو شهدت أنه غصبه جعل المدعي صاحب اليد، ولو ادَّعيت ملكاً مطلقاً فشهدت بالملك والسبب لم يضر لعدم المنافاة.

المسألة الثالثة: قال ابن يونس: لو شهدوا بالأرض ولم يحدوها، وشهد آخرون بالحدود دون الملك، قال مالك: تمت الشهادة، وقضي بهم لحصول المقصود من المجموع. قال ابن حبيب إن شهدت بغضب الأرض ولم يحدوها، قيل للمدعي: حد ما غصب منك واحلف عليه. قال مالك: وإن شهدت بالحق وقالت: لا نعرف عدده، قيل للمطلوب: قرِّ بالحق، واحلف عليه، فتعطيه، ولا شيء عليك غيره، فإن جحد، قيل للطالب: إن عرفته احلف عليه وخذه، فإن قال: لا أعرفه أو أعرفه، ولا احلف عليه، سُجنَ المطلوب حتى يُقرَّ بالشيء ويحلف عليه، فإن لم يحلف عليه أخذ المقرُّ به، وحُبسَ حتى يحلف، وإن كان الحق في دار حيل بينه وبينها حتى يحلف، ولا يُحبس لأن الحق في شيء بعينه.

قال الباجي في «المنتقى»^(١): وعن مالك: تُردُّ الشهادة بنسيان العدد وجهله، لأنه نقص في الشهادة. قال الباجي: نسيان بعض الشهادة يمنع من أداء ذلك البعض إلا في عقد البيع والنكاح والهبة والحبس والإقرار ونحوه، / ممَّا لا يلزم الشاهد حفظه بل مُراعاة الشهادة في آخره، وكذلك سجلات الحاكم لا يلزم حفظها عند الأداء، لأنه يشهد بما علم من تقييد الشهادة.

(١) «المنتقى» ٥/٢٠٠.

المسألة الرابعة^(١): اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة، وفيه تفصيل؛ فإنَّ النفي قد يكون معلوماً بالضرورة، أو بالظنِّ الغالبِ الناشئ عن الفحص، وقد يعرَى عنهما، فهذه ثلاثة أقسام:

أما القسمُ الأول: فتجوزُ الشهادةُ به اتفاقاً كما لو شهد أنه ليس في هذه البقعة التي بين يديه قرَسٌ ونحوه، فإنَّه يقع بذلك، وليس مع القطع مطلبٌ آخر.

والثاني: تجوزُ^(٢) الشهادةُ به^(٣) في صورٍ منها التفليسُ وحَضْرُ الورثة، فإنَّ الحاصلَ فيه إنما هو الظنُّ الغالبُ، لأنه يجوزُ عقلاً حصولُ المالِ للمفليس، وهو يكتمه، وحصولُ وارثٍ لا يُطَّلَعُ عليه، ومن ههنا قول المُحدِّثين: ليسَ هذا الحديثُ بصحيح، بناءً على الاستقراء، ومنها قول النحويين: ليس في كلام العرب اسمٌ آخرُه واوٌ قبلها ضمَّةٌ ونحو ذلك.

والقسمُ الثالث: نحوُ إنَّ زيداً ما وفى الدينَ الذي عليه، أو ما باعَ سلعته ونحو ذلك، فإنه نفيٌ غيرُ منضبط، وإنما يجوزُ في النفي المنضبط قطعاً أو ظناً، وكذلك يجوزُ: إنَّ زيداً لم يقتلَ عمراً أمس، لأنه كان عنده في البيت، أو أنه لم يسافر، لأنه رآه في البلد. فهذه كلها شهادةٌ صحيحةٌ بالنفي، وإنما يمتنعُ غيرُ المنضبطِ فاعلم ذلك، وبه يظهرُ أنَّ قولهم: الشهادةُ على النفي غيرُ مقبولة، ليس على عُمومه، ويحصلُ الفرقُ بين قاعدة ما يجوزُ أن يُشْهَدَ به من النفي، وقاعدة ما لا يجوزُ أن يُشْهَدَ به منه.

(١) انظر «الذخيرة» ٢١/١١.

(٢) في المطبوعة القديمة: نحو.

(٣) سقط لفظ «به» من المطبوع.

الفرق الثامن والعشرون والمئتان

بين قاعدة ما يقع به الترجيح بين البيّنات

عند التعارض، وقاعدة ما لا يقع به الترجيح^(١)

قلت: يقع الترجيح بأحد ثمانية أشياء، وقع في «الجواهر» منها أربعة، فقال: يقع الترجيح بزيادة العدالة، وقوة الحجّة كالشاهدين يُقدّمان على الشاهد واليمين، واليد عند التعادل، وزيادة التاريخ.

وقال ابن أبي زيد في «النوادر»: وتُرَجَّحُ البيّنة المُفصَّلةُ على المُجملة، والنظرُ في التفصيلِ والإجمالِ مُقدَّمٌ على النظرِ في الأعدلية، فإن استوّوا في التفصيلِ والإجمالِ نُظِرَ في الأعدلية، ومنه شهادةُ إحداهما بحوزِ الصدقةِ قبلَ الموتِ، وشهدتِ الأخرى برؤيتهِ يخدمه في مرضِ الموتِ، فتقدّمُ بيّنةُ عدمِ الحوزِ إذ لم تتعرّضِ الأخرى لردِّ هذا القولِ. / ١٣٩ ب

والسادس: قال ابنُ أبي زيد: أن تختصَّ إحداهما بمزيدِ اطلاعٍ، كشهادةِ إحداهما بحوزِ الرهنِ، والأخرى بعدمِ الحوزِ، لأنّها مُثبتةٌ للحوزِ، وهي زيادةُ اطلاعٍ قاله ابنُ القاسمِ وسحنون، وقال محمد: يُقضى به لمن هو في يده.

السابع: استصحابُ الحالِ والغالبِ، ومنه شهادةُ إحداهما أنه أوصى وهو صحيحٌ، وشهدتِ الأخرى أنه أوصى وهو مريضٌ.

قال ابنُ القاسمِ: تُقدّمُ بيّنةُ الصّحةِ، لأنّ ذلك هو الأصلُ والغالبُ، وقال سحنون: إذا شهدت بأنه زنى عاقلاً، وشهدتِ الأخرى بأنه كان

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ١٠/١٨٩.

مجنوناً إن كان القيامُ عليه وهو عاقلٌ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْعَقْلِ، وإن كان القيامُ عليه وهو مجنونٌ قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْجُنُونِ، وهو ترجيحُ شهادةِ الحالِ وهو الثامن. وقال ابنُ اللبَّاد^(١): يُعْتَبَرُ وَقْتُ الرُّؤْيَةِ لا وَقْتُ القيامِ، فلم يُعْتَبَرِ ظاهِرُ الحالِ، ونقل عن ابنِ القاسمِ في إثباتِ الزيادةِ إذا شَهِدَتْ إحداهما بالقتلِ أو السرقةِ أو الزنى، وشَهِدَتْ الأخرى أنه كان بمكانٍ بعيدٍ، أنه تَقَدَّمَ بَيِّنَةُ القَتْلِ ونحوه، لأنها مُثَبِّتَةٌ زيادةً، ولا يُدْرَأُ عنه الحدُّ. قال سُحْنُونٌ: إلا أن يشهدَ الجمعُ العظيمُ كالحجيجِ ونحوهم أنه وقفَ بهم أو صلى بهم العيدَ في ذلك اليومِ، فلا يُحَدُّ، لأنَّ هُؤَلاءِ لا يُشْتَبَهُ عليهم أمرُهُ بخلافِ الشاهِدَيْنِ، فهذه الثمانيةُ الأوجهِ هي ضابطُ قاعدةِ ترجيحِ البيِّناتِ، وما خرجَ عن ذلك لا يقعُ به الترجيحُ.

ووقع الخلافُ في هذه الترجيحاتِ بين العلماءِ^(٢)، فعندنا يُقَدَّمُ صاحبُ اليدِ عند التساوي، أو هي^(٣) مع البيِّنَةِ الأعدلِ، كانت الدعوى^(٤) والشهادةُ بِمُطْلَقِ المِلْكِ، أو مضافاً إلى سببِ نَحْوٍ: هو ملكي نسختُهُ، أو ولدتهُ الدابةُ عندي في ملكي، كان السببُ المضافُ إليه المِلْكُ يتكرَّرُ كَنَسْجِ الحَزْرُ، وغرسِ النخلِ أم لا، وقاله الشافعي.

وقال ابنُ حنبلٍ: الخارجُ أولى، ولا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صاحبِ اليدِ أصلاً. وقال أبو حنيفة: تَقَدَّمَ بَيِّنَةُ الخارجِ إن ادَّعى مُطْلَقَ المِلْكِ، فإن كان مُضافاً إلى سببٍ يتكرَّرُ فأعادَهُ كِلاهِما فكذلك، أو لا يتكرَّرُ كالولادةِ

(١) أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح اللخميُّ مولاهم (ت ٣٣٣هـ) مفتي المغرب، وبه تفقه ابن أبي زيد، له ترجمة في «الديباج المُذهب»: ٣٥١، و«سير أعلام النبلاء» ٣٦٠/١٥.

(٢) انظر «المغني» ٢٨٢/١٤ لابن قدامة.

(٣) في المطبوع: هو.

(٤) في المطبوع: الدعوة أو..

وَادَّعِيَاهُ وَشَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِهِ، فَقَالَ: كُلُّ بَيِّنَةٍ وَلِدٌ عَلَى مِلْكِهِ قَدَّمَتْ بَيِّنَةَ صَاحِبِ الْيَدِ.

لَنَا عَلَى أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ تَحَاكَمَ إِلَيْهِ رَجُلَانِ فِي دَابَّةٍ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَصَاحِبِ الْيَدِ^(١)، وَلَآنَ الْيَدُ مُرْجَحَةٌ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا، وَلَنَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَا تَقَدَّمَ، وَالْقِيَاسُ عَلَى الْمِضَافِ إِلَى سَبَبٍ لَا يَتَكَرَّرُ.

احتجوا بوجوه:

الأول: قوله عليه السلام: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»^(٢) وهو يقتضي^(٣) صنفين: مدعى والبينة حجتة، ومدعى عليه واليمين حجتة، فبيئته غير مشروعة، فلا تُسمع كما أن اليمين في الجهة الأخرى لا تُفيد شيئاً.

الثاني: ولأنهما لما تعارضتا في سبب لا يتكرر، كالولادة شهدت هذه بالولادة والأخرى بالولادة تعين كذبهما، فسقطتا، فبقيت اليد، فلم يُحكَمْ له بالبينة، فأما ما يتكرر ولم يتعين الكذب، فلم تُفد بيئته إلا ما أفادته يده، فسقطت لعدم الفائدة.

الثالث: ولأن صاحب اليد إذا لم يقيم الطالب بينة لا تُسمع بيئته، وإذا لم تُسمع في هذه الحالة، وهي أحسن حالته، فكيف إذا قام الطالب بينة لا تُسمع بطريق الأولى! لأنه في هذه الحالة أضعف.

(١) أخرجه الدارقطني ٢٠٩/٤، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٢٥٦/١٠ من حديث جابر بن عبد الله وضعف إسناده الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٢١٠٠/٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في الأصل: مُقتضى.

الرابع: أنا إنما أعملنا بينته في صورة التناج، لأن دعواه أفادت الولادة، ولم تُفِدها يده، وشهدت البينة بذلك، فأفادت البينة غير ما أفادت اليد فقبلت.

والجواب عن الأول: القول بالموجب، فإن الحديث جعل بيّنة المدعى عليه، وأنتم تقولون به، فتعين أن يكون المراد بها بيّنة ذي اليد، لأنها هي التي عليه، سلّمنا عدم القول بالموجب، لكن المدعى إن فُسر بالطالب فصاحب اليد طالب لنفسه ما طلبه الآخر لنفسه، فتكون البينة مشروعة في حقه، وإن فُسر بأضعف المتداعيين سبباً، فالخارج لما أقام بيّنة صار الداخل أضعف، فوجب أن يكون مدعياً تُشرع البيّنة في حقه. سلّمنا دلالة، لكنّه معارض بقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾ [النحل: ٩٠] والعدل التسوية في كل شيء حتى يقوم المخصّص، فلا تُسمع بيّنة أحدهما دون الآخر، ويقول عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه: «لا تقض لأحدهما حتى تسمع من الآخر»^(١)، وهو يفيد وجوب الاستماع منهما، وأن من قويت حجّته حكّم بها، وأنتم تقولون: لا تُسمع بيّنة الداخل.

وعن الثاني: أنه ينتقض بما إذا تعارضتا في دعوى طعام ادّعى زراعته، وشهدتا بذلك، والزرع لا يُزرع مرّتين كالولادة، ولم يحكموا به لصاحب اليد، وبالميلك/ المطلق في الحال لاستحالة ثبوته لهما في ١٤٠/ب الحال، ولأنه لو حكم له باليد دون البيّنة لما حكم له إلا باليمين، لأنه

(١) أخرجه الإمام أحمد ١٠٣/٢ وأبو داود (٣٥٨٢) والترمذي (١٣٣١) بإسناد حسن لغيره، وصحّحه ابن حبان (٥٠٦٥)، وتماّم تخريجه في «المسند».

شأن اليد المنفردة، ولما لم يحتج إلى اليمين عُلِمَ أنه إنما حكم بالبينة،
ولأنه لما حكم له حيث كذبت بيئته أولى أن يحكم له^(١) إذا لم تكذب
بيئته، ولأن اليد أضعف من البينة بدليل أن اليد لا يقضى بها إلا باليمين،
والبينة يقضى بها بغير يمين، ولو أقام الخارج بينة قُدمت على يد الداخل
إجماعاً، فعلمنا أن البينة تُفيد ما لا تفيده اليد.

وعن الثالث: أنه إنما لم تُسمع بينة الداخل عند بينة الخارج، لأنه
حينئذ قويُّ باليد، والبينة إنما تُسمع من الضعيف، فوجب سماعها
للضعف، ولم يتحقق إلا عند إقامة الخارج بيئته.

وعن الرابع: أن الدعوى واليد لا يُفيدان مُطلقاً شيئاً، وإلا لكان مع
المُدعي حُججُ اليد، والدعوى والبينة يُخَيَّرُ الحاكمُ بينهما أيها شاء أقام،
كمن شهد له شاهدان، وشاهدٌ وامرأتان خُيِّرَ بينهما وبين اليمين مع
إحداهما، فعُلِمَ أن المفيد إنما هو البينة، واليد لا تُفيد ملكاً، وإلا لم
يُحتج معها لليمين كالبينة، بل تُفيد التَّبقيةَ عنده حتى تقوم البينة، ولأنها
لو أفادت، وأقام المدعي بينة أنه اشتراها منه لم يُحتج إلى يمين.

وأما الأعدلية، فمنع أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل رضي الله
عنهم الترجيح بها.

لنا: أن البينة إنما اعتبرت لما تثيره من الظن، والظن في الأعدلي
أقوى، فيقدم كأخبار الأحاد إذا رجح أحدهما، ولأن مُقيم الأعدلي أقرب
للصدق، فيكون هو المعتبر لقول رسول الله ﷺ: «أمرتُ^(٢) أن أحكم

(١) في المطبوع: به.

(٢) في الأصل: أمرنا، وصَوَّبناه من مصادر التخريج.

بالظاهر»^(١)، ولأن الاحتياط مطلوب في الشهادة أكثر من الرواية بدليل جواز العبد والمرأة والمنفرد في الرواية دون الشهادة، فإذا كان الاحتياط مطلوباً أكثر في الشهادة وجب أن لا يُعدَّل عن الأعدل، والظن أقوى فيها قياساً على الخبر بطريق الأولى والمُدْرَك في هذا الوجه الاحتياط، وفي الوجه الأول الجامع إنما هو الظن، وإذا اختلفت الجوامع في القياسات تعددت.

احتجوا بوجوه:

الأول: أن الشهادة مُقدَّرة في الشرع فلا تختلف بالزيادة، كالكدية لا تختلف بزيادة المأخوذ فيه؛ فدية الصغير الحقيق، كدية الكبير الشريف / ١/١٤١ العالم العظيم.

وثانيها: أن الجمع العظيم من الفسقة يُحصَلُ الظن أكثر من الشاهدَيْن، وهو غير معتبر، فعلم أنها تعبُّد لا يدخلها الاجتهاد، وكذلك الجمع من النساء والصبيان إذا كثروا.

وثالثها: أنه لو اعتبرت زيادة العدالة، وهي صفة، لاعتبرت زيادة العدد، وهي بينات مُعتبرة إجماعاً فيكون اعتبارها أولى من الصفة، والعدد غير معتبر، فالصفة غير مُعتبرة.

(١) هو بهذا اللفظ غير ثابت وقال السخاوي في «المقاصد الحسنة»: ١١٧-١١٨: اشتهر بين الأصوليين والفقهاء، بل وقع في «شرح مسلم» ٤/١٧٨ للنووي في قوله ﷺ: «إني لم أومر أن أنقب عن قلوب الناس، ولا أشق بطونهم» ما نصه: معناه أني أمرت بالحكم على الظاهر، والله يتولى السرائر» كما قال ﷺ. انتهى، ولا وجود له في كتب الحديث المشهورة، ولا الأجزاء المنثورة، وجزم العراقي بأنه لا أصل له، وكذا أنكره الميزي وغيره. وانظر «كشف الحفاء» ١/٢٢١-٢٢٣ للإمام العجلوني.

والجوابُ عن الأول: أنَّ وصفَ العدالةِ مطلوبٌ في الشهادةِ، وهو موكولٌ إلى اجتهادنا، وهو يتزايدُ في نفسه، فما رجَّحنا إلا في موطنِ اجتهاد، لا في موضعِ تقديرٍ.

وعن الثاني: أننا لا ندَّعي أنَّ الظنَّ كيف كان يُعتبرُ، بل ندَّعي أنَّ مزيدَ الظنِّ بعد حصولِ أصلٍ مُعتبرٍ مُعتبر^(١)، كما أنَّ قرائنَ الأحوالِ لا تُثبتُ بها الأحكامَ والفتاوى، وإن حصلت ظناً أكثرَ من البيِّناتِ والأقيسةِ وأخبارِ الأحادِ، لأنَّ الشرعَ لم يجعلها مُدركاً للفتيا والقضاءِ، ولما جعلَ الأخبارَ والأقيسةَ مُدركاً للفتيا دخلها الترجيحُ، فكذا ههنا أصلُ البيئنةِ مُعتبرٌ بعد العدالةِ والشروطِ المخصوصةِ، فاعتبرَ فيها الترجيحَ.

وعن الثالث: أنَّ الترجيحَ بالعددِ يُفضي إلى كثرةِ النزاعِ وطولِ الخصوماتِ، فإذا ترجَّحَ أحدهما بمزيدِ عددٍ، سعى الآخرُ في زيادةِ عددِ بيئتهِ، وتطولُ الخصومةُ وتُعطلُّ الأحكامَ، وليس في قدرتهِ أن يجعلَ بيئتهِ أعدلَ فلا يطولُ النزاعُ، ولأنَّ العددَ يُعيَّنُ ما تقدَّم، فيمتنعُ الاجتهادُ فيه بخلافِ وصفِ العدالةِ، ولذلك يختلفُ باختلافِ الأمصارِ والأعصارِ، فعدولُ زماننا لم يكونوا مقبولين في زمن الصحابةِ رضوانُ الله عليهم، وأما العددُ فلم يختلفَ البتَّةُ، مع أنَّنا نلتزمُ الترجيحَ بالعددِ على أحدِ القولين عندنا.

* * *

(١) سقط لفظ «معتبر» الثاني من المطبوع.

الفرق التاسع والعشرون والتمتان

بين قاعدة المعصية التي هي كبيرة مانعة من قبول الشهادة،

وقاعدة المعصية التي ليست بكبيرة مانعة من الشهادة^(١)

اعلم أنّ إمام الحرمين في أصول الدين قد منع من إطلاق لفظ الصغيرة على شيء من معاصي الله تعالى، وكذلك جماعة من العلماء، وقالوا: لا يُقال في شيء من معاصي الله تعالى صغيرة، بل جميع المعاصي كبائر، لعظمة الله تعالى، فتكون جميع معاصيه كبائر^(٢). وقال غيرهم: يجوز ذلك.

واتفق الجميع على أنّ المعاصي / تختلف بالقدح في العدالة، وأنه ب/١٤١ ليس كلُّ معصية يسقط بها العدلُ عن مرتبة العدالة، فالخلافُ حينئذٍ إنّما هو في الإطلاق فقط، وقد ورد الكتابُ العزيزُ بالإشارة إلى الفرقِ في قوله تعالى: ﴿وَكُرْهُ إِلَيْكُمْ الْكُفْرَ وَالْفُسُوقَ وَالْعِصْيَانَ﴾ [الحجرات: ٧] فجعل للمعصية رُتَباً ثلاثاً: كُفْراً وُفُسُوقاً وهو الكبيرة، وِعِصْيَاناً وهو الصغيرة^(٣)، ولو كان المعنى واحداً لكان اللفظُ في الآية متكرراً لا بمعنى مستأنف، وهو خلافُ الأصل.

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ٢٢٢/١٠، ولتمام الفائدة انظر «القواعد

الكبرى» ٧٨/١ لابن عبد السلام، و«الجواب الكافي»: ١٧٩ لابن القيم.

(٢) انظر توجيه هذا القول في «مدارج السالكين» ٣١٤/١ لابن القيم، وقد استوعب

الإمام ابن حجر الهيتمي أطراف القول في هذه المسألة في «الزواجر عن اقتراف

الكبائر» ١٠-٥/١.

(٣) انظر «تفسير ابن كثير» ٣٧٢-٣٧٣/٧.

إذا تقرّر هذا، فنقول: الصغيرة والكبيرة في المعاصي ليس من جهة مَنْ عُصِيَ، بل من جهة المفسدة الكائنة في ذلك الفعل، فالكبيرة ما عَظُمَت مفسدتها، والصغيرة ما قَلَّتْ مفسدتها. ورُتِبَ المفاسدِ مختلفةً، وأدنى رُتِبِ المفاسدِ يترتّبُ عليها الكراهة، ثم كلما ارتقت المفسدة عَظُمَت الكراهة حتى تكونَ أعلى رُتِبِ المكروهات تليها أدنى رُتِبِ المحرّمات، ثم تترقى رُتِبُ المحرّمات حتى تكونَ أعلى رُتِبِ الصغائر يليه أدنى الكبائر، ثم تترقى رُتِبُ الكبائرِ بعَظَمِ المفسدة حتى تكونَ أعلى رُتِبِ الكبائرِ يليها الكفرُ.

إذا تقرّر هذا، وأردنا ضَبْطَ ما تُرَدُّ به الشهادة لِعَظَمِهِ نظرًا ما وردت به السنة أو الكتابُ العزيزُ بجَعْلِهِ كبيرةً، أو أجمعت عليه الأمة، أو ثبت فيه حَدٌّ من حدودِ الله تعالى، كَقَطْعِ السَّرِقَةِ وَجَلْدِ الشَّرْبِ ونحوهما، فإنها كُلُّها كِبائِرٌ قَادِحَةٌ في العَدَالَةِ إجماعاً، وكذلك ما فيه وعيدٌ صَرَّحَ به في الكتابِ أو في السنة، فنَجْعَلُهُ أصلاً وننظر؛ فما ساوى أدناه مفسدةً، أو رَجَحَ عليه ممّا ليس فيه نصُّ الحَقْنَاهُ به وردّنا به الشهادة، وأثبتنا به الفسوقَ والجرحَ، وما وجدناه قاصراً عن أدنى رُتِبِ الكبائرِ التي شهدت لها الأصولُ، جعلناه صغيرةً لا يقدحُ في العَدَالَةِ، ولا يُوجبُ فسوقاً إلا أن يُصِرَّ عليه، فيكونَ كبيرةً إن وُصِلَ بالإصرارِ إلى تلك الغاية، فإنّه لا صغيرةً مع إصرارٍ، ولا كبيرةً مع استغفارٍ، كما قاله السلف^(١)، ويعنون بالاستغفار التوبةَ بشروطها، لا طلبَ المَغْفِرَةِ مع بقاء العزمِ، فإنّ ذلك لا يزيلُ كِبَرَ الكبيرةِ البتّة^(٢). ففي الكتابِ فيه ذِكْرُ الكِبَرِ^(٣) أو العِظَمِ عَقِيبَ ذِكْرِ جَرِيمَةٍ.

(١) هذا مروى عن ابن عباس بسندٍ ضعيف، أخرجه الديلمي في «مسند الفردوس».
(٢) انظر «جامع العلوم والحكم» ٢/٤٠٨-٤٠٩ لابن رجب الحنبلي.
(٣) في الأصل: الكبير.

وفي السنة في «مسلم»^(١)، قالوا: ما أكبر الكبائر يا رسول الله؟ فقال: «أن تجعلَ اللهَ شريكاً وقد خلقك». قلتُ: ثم أيُّ؟ قال: «أن تقتلَ ولدَكَ خوفاً أن يأكلَ معك»/ قلتُ: ثم أيُّ؟ قال: «أن تُزانيَ حليمةَ جارك». ١/١٤٢

وفي حديثٍ آخر «اجتنبوا السبعَ الموبقات» قيل: وما هي يا رسول الله؟ قال: «الشركُ بالله، والسحرُ، وقَتْلُ النفسِ التي حَرَّمَ اللهُ إلا بالحق، وأكلُ مالِ اليتيم، والتوليُّ يومَ الزحفِ وقَذْفُ المحصنات، وأكلُ الربَا، وشهادةُ الزور» وفي بعضِ الطرقِ «وعقوقُ الوالدين، واستحلالُ بيتِ الله الحرام»، وثبت في «الصحيح»^(٢) أن رسولَ الله ﷺ جعلَ القبلةَ في الأجنيةِ صغيرة، فيُلحَقُ بها ما في معناها، وههنا أربعُ مسائل^(٣):

(١) قد سبق تخريج الأحاديث الواردة في ذكر الكبائر.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) علقَ ابنُ الشاطِ على ما مضى من كلام القرافي بقوله: ما قاله ونقله صحيح، إلا ما قاله في ضبطِ الكبائرِ والصغائرِ بالنظرِ إلى مقاديرِ المفسد، فإنه أصلٌ لا يصحُّ، لأنه بناءٌ على قواعدِ المعتزلة، وعلى تقديرِ أن لا يكونَ بنى على ذلك، بل على أنَّ الشرعَ فهمنا منه مراعاةَ المصالحِ تفضُّلاً، فلا يصحُّ أيضاً الفرقُ بالنظرِ إلى مقاديرِ المفسدِ لجَهْلنا ذلك، وعدمِ وصولنا إلى العلمِ بحقيقته، وإنما الضابطُ لما تُردُّ به الشهادةُ ما دَلَّ على الجُرْأةِ على مخالفةِ الشرعِ في أوامره ونواهيه، أو احتمالِ الجُرْأةِ، فمن دَلَّتْ قرائنُ حاله على الجُرْأةِ رُدَّتْ شهادتهُ، كمرتكبِ الكبيرةِ والمعلومِ من دلائلِ الشرعِ أنها كبيرةٌ، أو المصْرُ على الصغيرةِ إصراراً يُؤدِّنُ بالجُرْأةِ، ومن احتمالِ حاله أن فعلَ ما فعلَ من ذلك جُرْأةً، أو فلتةٌ تُوقَفُ عن قبولِ شهادتهِ، ومن دَلَّتْ دلائلُ حاله أنه فعلَ ما فعله من ذلك - أعني ما ليس بكبيرةٍ معلومةِ الكِبَرِ من الشرعِ - فلتةٌ غيرَ مُتَّصِفِ بالجُرْأةِ قُبِلتْ شهادتهُ والله تعالى أعلم، لأن السببَ في ردِّ الشهادةِ ليس إلا التهمةُ بالاجترارِ على ما ارتكبه من المخالفةِ، فإذا عُرِيَ من الاتصافِ بالجُرْأةِ، واحتمالِ الاتصافِ بها بظاهرِ حاله سقطتِ التهمةُ، والله تعالى أعلم.

المسألة الأولى: ما حقيقة الإصرار الذي يُصَيِّرُ الصغيرةَ كبيرةً؟ وقع البحث فيه مع جماعة من الفضلاء، فقال بعضهم: هو أن يتكرَّرَ الذنبُ منه. كان يعزمُ على العودِ أم لا، وقال بعضهم: إن تَكَرَّرَ من غيرِ عزمٍ لم يكن إصراراً، بأن يفعلَ الذنبَ أولَ مرةٍ، وهو لا يخطرُ له معاودتهُ لداعيةٍ مُتجدِّدةٍ، فيفعله كذلك مراراً، فهذا ليس إصراراً، وتارةً يفعلُ الذنبَ وهو عازمٌ على معاودته، فيعاوده بناءً على ذلك العزم السابق، فهذا هو الإصرارُ الناقلُ للصغيرةِ لدرجةِ الكبيرة، ولذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا﴾ [آل عمران: ١٣٥] ويقال: فلانٌ مُصِرٌّ على العداوةِ، أي: مُصمِّمٌ بقلبه عليها، وعلى مصاحبتها ومدوامتها، ولا يُفهمُ في عُرفِ الاستعمالِ من الإصرارِ إلا العزمُ والتصميمُ على الشيء، والأصلُ عدمُ النقلِ والتغيير، فوجب أن يكونَ ذلك معناه لغةً وشرعاً. وهذا هو الذي ترجَّحَ عندي^(١).

المسألة الثانية: ما ضابطُ التكرُّرِ في الإصرارِ الذي يُصَيِّرُ الصغيرةَ كبيرةً، فإنَّ ذلك ليس فيه نصٌّ من الكتاب، ولا من السنة؟ قال بعضُ العلماء: يُنظرُ إلى ما يحصلُ من ملابسةِ أدنى الكبائرِ من عدمِ الوثوقِ بمُلابستها في أداءِ الشهادةِ والوقوفِ عندِ حدودِ الله تعالى، ثم

(١) علَّقَ ابنُ الشاطِ على المسألة الأولى بقوله: الإصرارُ لغةً: المُقامُ على الشيءِ والمعاودةُ له، سواء كان ذلك فعلاً أو غيره، لا ما قاله المؤلفُ من أنه العزمُ والتصميمُ على الشيء، وعلى ذلك فالإصرارُ المُصَيِّرُ للصغيرةِ كبيرةً مانعة من قبولِ الشهادة، إنَّما هو المعاودةُ لها معاودةً تشعرُ بالجرأةِ على المخالفة، لا المعاودةُ المُقتَرنةُ بالعزمِ عليها، لأنَّ العزمَ ممَّا لا يُتوصَّلُ إليه لآته أمرٌ باطنٌ. فإن قيل: الجرأةُ أمرٌ باطنٌ.

قلتُ: لم اشترطِ الجرأةُ بنفسِها، وإنما اشترطتُ الإشعارَ بها، وهو مما يدركُه من يتأمَّلُ أحوالَ المُواقِعِ للمخالفة، والله أعلم.

يُنظَرُ لذلك التكرُّر في الصغيرة، فإن حصلَ في النفس من عدم الوثوقِ ما حصل من أدنى الكبائر، كان هذا الإصرارُ كبيرةً تُخِلُّ بالعدالة^(١)، وهذا يؤكدُ أنه لا بُدَّ فيه/ من العزم، فإنَّ الفلَّاتِ من غيرِ أن تستمرَّ لا تكادُ تُخِلُّ بالوثوق^(٢). نعم قد تدلُّ كثرةُ التكرُّرِ على قرارِ العزمِ في النفس، وبهذا الضابطِ أيضاً يُعَلِّمُ المباحُّ المُخِلُّ بقبولِ الشهادةِ كالأكلِ في الأسواقِ ونحوه، فإنَّ يَصُدُّزُ منه صُدوراً يوجبُ عدمَ الوثوقِ به في حدودِ الله تعالى، كان ذلك مُخِلًّا^(٣)، وذلك يختلفُ بحسبِ الأحوالِ المقترنةِ والقرائنِ المصاحبةِ، وصورةِ الفاعلِ، وهَيْئَةِ الفعلِ والمعتمدِ في ذلك على^(٤) ما يُوجَدُ في القلبِ السليمِ عن الأهواءِ، المُعتدلِ المزاجِ والعقلِ والديانةِ، العارفِ بالأوضاعِ الشرعيةِ، فهذا هو المُتَعَيِّنُ لوزنِ هذه الأمورِ،

(١) علَّقَ عليه ابن الشاطِ بقوله: ما قاله هذا العالمُ هو الذي أشرتُ إليه من الإشعارِ بالجرأةِ، وهذا كلامٌ صحيحٌ لا ريبَ فيه.

(٢) علَّقَ عليه ابن الشاطِ بقوله: إن أراد أن لا بُدَّ من معرفتنا بعزمِهِ، فذلك غيرُ صحيح، وكذلك إن أراد أنَّ الحالةَ المُشعِرةَ بالجرأةِ لا تخلو عن الإشعارِ بالعزمِ، لأنه رُبما عاودَ المخالفةَ من غيرِ عزمٍ على المعاودةِ، وتكون حالُهُ هذه مشعرةً بجرأتهِ على المخالفةِ، فالعزمُ لا حاجةَ إلى اشتراطِهِ بوجهٍ، والله أعلم.

(٣) علَّقَ عليه ابن الشاطِ بقوله: ما قاله هنا ليس بصحيح، وإنَّ المباحَّ المُخِلُّ بقبولِ الشهادةِ رُبما لا يُخِلُّ بها من الوجهِ الذي تُخِلُّ به المخالفةُ، فإنَّ إخلالَ المخالفةِ إنَّما هو بالعدالةِ التي هي أحدُ رُكني قبولِ الشهادةِ، وإخلالُ المباحِّ إنما هو بالوثوقِ بالضبطِ الذي هو الركنُ الثاني لقبولِ الشهادةِ، فكيف يكونُ ضابطُ الأمرينِ ضابطاً واحداً؟ هذا لا يصحُّ، بل الضابطُ أنَّ مخالفةَ العادةِ الجاريةِ من الشاهدِ في أمرِهِ المباحِّ رُبما أشعرتْ بخللٍ في عقله، فيتطرَّقُ الخللُ إلى ضَبْطِهِ، ورُبما لم تشعِرْ، وذلك بحسبِ قرائنِ الأحوالِ، فإنَّ أشعَرَ بذلك أو احتمل، رُدَّتْ شهادتهِ في قبولها، أو تَوَقَّفَ، وإلا فلا.

(٤) في المطبوع: والمعتمدُ في ذلك ما يؤدي إلى ما يوجد.

فإنَّ مَنْ غلب عليه التساهلُ في طَبْعِهِ لا يُعَدُّ الكبيرةَ شيئاً، وَمَنْ غلب عليه التشديدُ في طَبْعِهِ يجعلُ الصغيرةَ كبيرةً، فلا بُدَّ من اعتبارِ ما تقدَّم ذكره في العقلِ الوازنِ لهذه الاعتبارات، ومتى تخلَّلت التوبةُ الصغائرَ، فلا خلافَ أنها لا تقدحُ في العدالة، وكذلك ينبغي إذا كانت من أنواعٍ مختلفة، وإنما يحصلُ الشَّبه واللُّبْسُ إذا تكررت من النوعِ الواحد، وهو موضعُ النظرِ الذي تقدَّم التنبيهُ عليه^(١).

المسألةُ الثالثة: المشهورُ عندنا قبولُ شهادةِ القاذِفِ قبل جَلْدِهِ، وإن كان القذِفُ كبيرةً اتفاقاً، وقاله أبو حنيفةَ رضي الله عنه، وردَّها عبدُ الملكِ ومُطَرِّفُ والشافعيُّ وابنُ حنبلٍ رضي الله عنهم. لنا: أنَّه قَبْلَ الجَلْدِ غيرُ فاسِقٍ، لأنه ما لم يُفْرَغْ من جَلْدِهِ يجوزُ رجوعُ البيِّنة، أو تصديقُ المقذوفِ له، فلا يتحقَّقُ الفِسْقُ إلا بعد الجَلْدِ، والأصلُ استصحابُ العدالة والحالةِ السابقة.

احتجوا بوجوه:

الأول: أنَّ الآيةَ اقتضتْ ترتيبَ الفِسْقِ على القذِفِ، وقد تحقَّقَ القذِفُ، فيتحقَّقُ الفِسْقُ، سواءً جُلِدَ أم لا.

الثاني: أنَّ الجَلْدَ فرْعُ ثبوتِ الفِسْقِ، فلو توقَّفَ الفِسْقُ على الجَلْدِ لَزِمَ الدَّوْرُ.

الثالث: أنَّ الأصلَ عدمُ قبولِ الشهادةِ إلا حيثُ تَبَيَّنَتِ العدالة، ولم تَبَيَّنْ هنا فترُدَّ.

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ما قاله في ذلك صحيح. وما قاله في المسألتين بعدها نقلٌ وتوجيهٌ ولا كلامَ فيه. وجميعُ ما قاله في الفروقِ الستة بعده صحيح، أو نقلٌ وترجيحٌ.

والجواب عن الأول: أَنَّ الْآيَةَ اقْتَضَتْ صِحَّةَ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَبُطْلَانَ مَا ذَكَرْتُمُوهُ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى / قَالَ: ﴿فَأَجْلِدُوهُم مِّنْ ثَلَاثِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ [النور: ٤] فَرْتَبَّ رَدَّ الشَّهَادَةِ، وَالْفِسْقَ عَلَى الْجَلْدِ، وَتَرْتَبُ الْحُكْمَ عَلَى الْوَصْفِ يَدُلُّ عَلَى عِلِّيَّةِ ذَلِكَ الْوَصْفِ لِذَلِكَ الْحُكْمِ، فَيَكُونُ الْجَلْدُ هُوَ السَّبَبُ الْمُفْسِقُ، فَحَيْثُ لَا جَلْدَ لَا فَسُوقَ، وَهُوَ مَطْلُوبُنَا، أَوْ عَكْسُ مَطْلُوبِكُمْ.

وعن الوجه الثاني: أَنَّ الْجَلْدَ فَرَعُ ثَبُوتِ (١) الْفِسْقِ ظَاهِرٌ ظَهُورًا ضَعِيفًا لَجَوَازِ رَجُوعِ الْبَيِّنَةِ، أَوْ تَصْدِيقِ الْمَقْدُوفِ، فَإِذَا أُقِيمَ الْجَلْدُ قَوِيًّا الظَّهْرُ بِإِقْدَامِ الْبَيِّنَةِ، وَتَصْمِيمِهَا عَلَى أَذْيَتِهِ، وَكَذَلِكَ الْمَقْدُوفُ، وَحَيْثُ نَزِدُ نَقُولُ: إِنَّ مُدْرَكَ رَدِّ الشَّهَادَةِ إِنَّمَا هُوَ الظَّهْرُ الْقَوِيُّ، لِأَنَّهُ الْمُجْمَعُ عَلَيْهِ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ الْعَدَالَةِ السَّابِقَةِ.

المسألة الرابعة: قال الباجي: قال القاضي أبو إسحاق (٢) والشافعي: لَا بُدَّ فِي تَوْبَةِ الْقَاذِفِ مِنْ تَكْذِيبِهِ لِنَفْسِهِ، لِأَنَّا قَضَيْنَا بِكَذِبِهِ فِي الظَّاهِرِ لَمَّا فَسَّقْنَاهُ، فَلَوْ لَمْ يُكْذِبْ نَفْسَهُ، لَكَانَ مُصِرًّا عَلَى الْكُذْبِ الَّذِي فَسَّقْنَاهُ لِأَجْلِهِ فِي الظَّاهِرِ.

وعليه إشكالان (٣):

أحدهما: أَنَّهُ قَدْ يَكُونُ صَادِقًا فِي قَدْفِهِ، فَتَكْذِيبُهُ لِنَفْسِهِ كَذِبٌ، فَكَيْفَ تُشْتَرَطُ الْمَعْصِيَةُ فِي التَّوْبَةِ وَهِيَ ضِدُّهَا؟ وَنَجْعَلُ الْمَعَاصِي سَبَبَ صَلَاحِ الْعَبْدِ وَقَبُولِ شَهَادَتِهِ وَرَفْعَتِهِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: تَرْتَبُ.

(٢) قَدْ تَرَجَمَ مُحَقِّقًا طَبْعَةَ دَارِ السَّلَامِ لِأَبِي إِسْحَاقِ الْإِسْفَرَايِينِيِّ، مِنْ فُقَهَاءِ الشَّافِعِيَّةِ وَنُظَّارِهِمْ وَمُتَكَلِّمِيهِمْ، وَلَيْسَ هُوَ مُرَادُ الْمُصَنِّفِ، إِنَّمَا مُرَادُهُ أَبُو إِسْحَاقِ التُّونِسِيِّ الْمَالِكِيُّ، وَقَدْ سَبَقَتْ تَرْجُمَتُهُ.

(٣) وَهُمَا مُسْتَفَادَانِ مِنْ كَلَامِ ابْنِ عَبْدِ السَّلَامِ فِي «الْقَوَاعِدِ الْكُبْرَى» ٧٤-٧٥.

ثانیهما: أنه إن كان كاذباً في قذفه فهو فاسقٌ، أو صادقاً فهو عاصٍ، لأنَّ تعبيرَ الزاني بزناه معصية، فكيف ينفعه تكذيبُ نفسه مع كونه عاصياً بكلِّ حال؟

والجوابُ عن الأول: أنَّ الكذبَ لأجلِ الحاجةِ جائزٌ كالرجلِ مع امرأته، وللإصلاحِ بين الناس^(١)، وهذا التَّكْذِيبُ فيه مصلحةُ السَّترِ على المقدوفِ، وتقليلُ الأذيَّةِ والفضيحةِ عند الناس، وقَبُولُ شهادتهِ في نفسه، وعَوْدُهُ إلى الولايةِ التي يُشترطُ فيها العدالةُ، وتصرفُهُ في أموالِ أولاده، وتزويجُهُ لمن يلي عليه، وتعرُّضُهُ للولاياتِ الشرعيةِ:

وعن الثاني: أنَّ تعبيرَ الزاني بزناه صغيرةٌ لا تمنعُ الشهادةَ. وقال مالكٌ: لا يُشترطُ قَبُولُ توبتهِ، ولا قَبُولُ شهادتهِ تكذيبُهُ لنفسه، بل صلاحُ حاله بالاستغفارِ، والعملِ الصالحِ كسائرِ الذنوب^(٢).

* * *

(١) فيه إشارةٌ إلى حديثِ أسماء بنتِ يزيد عن النبي ﷺ قال: «لا يصلحُ الكذبُ إلا في ثلاثٍ: كذبُ الرجلِ مع امرأته لترضى عنه، أو كذبُ في الحربِ فإنَّ الحربَ خدعةٌ، أو كذبُ في إصلاحِ بين الناس» وهذا حديثٌ ضعيفٌ الإسناد لأجلِ شهرِ ابنِ حَوْشب، أخرجه الإمامُ أحمد ٥٧٤/٤٥، والترمذي (١٩٣٩) وغيرهما، وانظر تمام تخريجه في «المسند».

ولكن صحَّ عن أمِّ كلثوم بنتِ عقبة أنَّها سمعت رسولَ الله ﷺ يقول: «ليس الكذابُ الذي يُصلحُ بين الناس، فينمي خيراً أو يقول خيراً» أخرجه البخاري (٢٦٩٢)، ومسلم (٢٦٠٥) وصحَّحه ابنُ حبان (٥٧٣٣). وانظر «إكمال المُعلم» ٧٧/٨ للفاضل عياض حيث حرَّرَ هذه المسألة.

(٢) الجوابان مأخوذان من كلام شيخه ابن عبد السلام في «القواعد الكبرى» ١٧٥/٢