

كتاب القضاء

فيه ثلاثة أبواب :

الأول : في التولية والعزل ، وفيه طرفان : الأول : في التولية ، وفيه مسائل :

الأولى : القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع ، فإن قام به من يصلح ، سقط الفرض عن الباقيين ، وإن امتنع الجميع ، أئتموا ، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء ، وقيل : لا يجبر ، والصحيح : الأول ، ثم من لا يصلح للقضاء تحرم توليته ، ويحرم عليه التولي والطلب ، وأما من يصلح ، فله حالان ، أحدهما : أن يتعين للقضاء ، فيجب عليه القبول ، ويلزمه أن يطلبه ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً ، ولا يعذر بأن يخاف ميل نفسه وحياتها ، بل يلزمه أن يقبل ويحترز ، فإن امتنع ، عصا ، وهل يجبر ؟ وجهان الصحيح نعم ، وبه قال الأكثرون ، كما يجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعين ، فإن قيل : امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلق بالمصالح العامة ، ويشبه أن تكون كبيرة ، فيفسق به ، ويخرج عن الأهلية ، فكيف يولى ويجبر ، فالجواب أنه يمكن أن يقال : إنه يؤمر بالتوبة أولاً ، فإذا تاب ، ولي .

قلت : وينبغي أن يقال : لا يفسق ، لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً ، وهذا ليس بعاص قطعاً ، وإن كان مخطئاً . والله أعلم

الحال الثاني : أن يكون هناك غيره ممن يصلح ، فذلك الغير إما أن يكون أصلح ، وأولى منه ، وإما مثله ، وإما دونه فإن كان أصلح منه ، بني على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل ، وفيه خلاف للمتكلمين والفقهاء ، والأصح الانعقاد ، لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة . وفي القضاء خلاف مرتب ، وأولى

بالانعقاد ، فإن لم نجوز للمفضول القضاء حرمت توليته ، وحرم عليه الطلب والقبول ، وإن جوزناه ، جاز القبول • وأما الطلب ، فمكروه ، وقيل : حرام ، وإن كان الأصح لا يتولى ، فهو كالمعدوم ، وأما إذا كان هناك مثله ، فله القبول ، ولا يلزمه على الأصح ، فربما قام به غيره وأما الطلب ، فإن كان حامل الذكر ، ولو تولى ، اشتهر وانتفع الناس بعلمه ، استحج له الطلب على الصحيح ، وقال القفال : لا يستحب • وإن كان مشهوراً ينتفع الناس بعلمه ، فإن لم يكن له كفاية ولو ولي ، حصلت كفايته من بيت المال ، قال الأكترون : يستحب ، وقيل : لا يستحب ولا يكره ، وإن كان له كفاية ، فالصحيح أن الطلب مكروه ، وقيل : الأولى تركه ، ثم كما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول ، ولو ولي بلا طلب ، وعلى هذا حمل امتناع السلف • وإن كان هناك من هو دونه ، فإن لم نجوز تولية المفضول ، فقد تعين عليه ، وإن جوزناها ، استحج له القبول • وفي الوجوب الوجهان ، ويستحب له الطلب إذا وثق بنفسه ، وهكذا حيث استجبنا الطلب والتولي أو أبحناهما ، فذلك عند الوثوق ، وغلبة الظن بقوة النفس ، وأما عند الخوف ، فيحترز •

فرع

التفصيل الذي ذكرنا فيما إذا لم يكن هناك قاض متول فإن كان ، نظر ، إن كان غير مستحق لجور أو جهل ، فهو كما لو لم يكن ، وإن كان مستحقاً والطالب يروم عزله ، فالطلب حرام ، والطالب مجروح ، ذكره الماوردي •

قلت : وسواء كان فاضلاً أو مفضولاً إذا صححنا تولية المفضول •

والله أعلم

فرع

ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل ، فلو بذل مالا ليتولى ، فقد أطلق ابن القاص وآخرون أنه حرام وقضائه مردود، والصحيح تفصيل ذكره الروياني وهو أنه إن تعين عليه القضاء أو كان ممن يستحب له ، فله بذل المال ، ولكن الاخذ ظالم بالأخذ ، وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال ، وإن لم يتعين ولم يكن مستحباً ، جاز له بذل المال ليتولى ، ويجوز له البذل بعد التولية لئلا يعزل ، والاخذ ظالم بالأخذ ، وأما بذل المال لعزل قاض ، فإن لم يكن بصفة القضاة ، فمستحب لما فيه من تخليص الناس منه ، ولكن أخذه حرام على الآخذ ، وإن كان بصفتهم فحرام . فإن فعل ، وعزل الأول ، وولي الباذل ، قال ابن القاص : تولى باطلاً ، والمعزول على قضائه ، لأن العزل بالرشوة حرام ، وتولية المرشي والراشي حرام ، وليكن هذا عند تمهد الأصول الشرعية ، فأما عند الضرورات ، وظهور الفتن ، فلا بد من تنفيذ العزل والتولية جميعاً ، كتولية البغاة .

فرع

طرق لأصحاب متنفذة على أن النظر في تعيين الشخص للقضاء وعدم تعيينه إلى البلد والناحية لاغير ، ومقتضاه أنه لا يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة أخرى ليس بها صالح ، ولا قبوله إذا ولي ويجوز أن يفرق بينه وبين القيام بسائر فروض الكفاية المحوجة إلى السفر ، كالجهاد وتعلم العلم ونحوهما ، فإن تلك يمكن القيام بها ، والعود إلى الوطن ، وعمل القضاء لاغاية له .

المسألة الثانية : في صفات القاضي والمفتي وفيها فصلان :

الأول : في صفات القاضي وله ثمانية شروط أحدها : الحرية ،

والثاني : الذكورة ، والثالث : الاجتهاد ، فلا يجوز تولية جاهل بالأحكام الشرعية وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره فيها ، وإنما يحصل أهلية الاجتهاد لمن علم أموراً أحدها كتاب الله تعالى ، ولا يشترط العلم بجميعة ، بل مما يتعلق بالأحكام ، ولا يشترط حفظه عن ظهر القلب ، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه . الثاني : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجمعيها ، بل ما يتعلق منها بالأحكام ، ويشترط أن يعرف منها العام والخاص ، والمطلق والمقيد ، والمجمل والمبين ، والناسخ والمنسوخ ، ومن السنة المتواتر والآحاد ، والمرسل والمتصل ، وحال الرواة جرحاً وتعديلاً . الثالث : آقاويل علماء الصحابة ومن بعدهم رضي الله عنهم إجماعاً واختلافاً . الرابع : القياس فيعرف جليه وخفيه ، وتمييز الصحيح من الفاسد . الخامس : لسان العرب لغة وإعراباً ، لأن الشرع ورد بالعربية وبهذه الجهة يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه وتقييده ، وإجماله وبيانه . قال أصحابنا : ولا يشترط التبحر في هذه العلوم ، بل يكفي معرفة جمل منها ، وزاد الغزالي تخفيفات ذكرها في أصول الفقه منها : أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها ، بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام كسنن أبي داود ، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب ، فيراجعها إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب .

قلت : لا يصح التمثيل بسنن أبي داود فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه ، وذلك ظاهر ، بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع . وكم في صحيح البخاري ومسلم من حديث حكيم ليس في سنن أبي داود . وأما ما في كتابي الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرت وشهرته غنية عن التصريح بها والله أعلم

ومنها : أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف ،

بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع ، بأن يعلم أنه وافق بعض المتقدمين ، أو يغلب على ظنه أن المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره ، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ . ومنها : أن كل حديث أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته ، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفي في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل .

قلت : هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه ، وشذ من شرط في التعديل اثنين ، وقوله : تواترت عدالة رواته يعني مع ضبطهم . ولو قال : أهلية رواته كان أولى ليشمل العدالة والضبط . وقوله : أجمع السلف على قبوله يعني على العمل به ، ولا يكفي عملهم على وفقه ، فقد يعملون على وفقه بغيره . **والله أعلم**

ومنها : أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع ، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب ، وعد الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد . قال الغزالي : وعندني أنه يكفي اعتقاد جازم ، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين وبأدلتهم التي يحررونها .
الشرط الرابع: البصر ، فلا يصح تولية أعمى وفي «جمع الجوامع» للروائي وجه أنه يجوز ، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور ، لأنه لا يعرف الخصوم والشهود .

الخامس : التكليف ، فلا يصح تولية الصبي .

السادس : العدالة فلا يصح تولية فاسق ولا كافر ولو على الكفار، قال الماوردي : وما جرت به عادة الولادة من نصب حاكم بين أهل

الذمة ، فهو تقليد رئاسة وزعامة لاتقليد حكم وقضاء ، ولا يلزمهم حكمه بالزامة بل بالتزامهم .

السابع : أن يكون ناطقاً سميماً ، فلا يجوز تقليد أخرس لاتعقل إشارته ، وكذا إن عقلت (١) على الصحيح ، ولا أصم لايوسع أصلاً ، فإن كان يسمع إذا صح به ، جاز تقليده .

الثامن : الكفاية ، فلا يصح قضاء مغفل الخلل رأيه ونظره بكبر أو مرض ونحوهما . ولا يشترط أن يحسن الكتابة على الأصح . ويستحب أن يكون وافر العقل حليماً مثبتهً ذا فطنة وتيقظ ، كامل الحواس والأعضاء ، عالماً بلغة الذين يقضي بينهم ، بريئاً من الشحناء والطمع ، صدوق للهجة ، ذا رأي ووفاء ، وسكينة ووقار ، وأن لا يكون جباراً يهابه الخصوم ، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة ، ولا ضعيفاً يستخفون به ، ويطمعون فيه ، وأن يكون قرشياً ، ورعاية العلم والتقى أولى من رعاية النسب .

فرع

إن عرف الإمام أهليته وولاه ، وإلا فيبحث عن حاله ، فلو ولى من لم تجتمع فيه الشروط مع العلم بحاله ، أثم المولي والمتولي ، ولم ينفذ قضاؤه ، وإن أصاب ، هذا هو الأصل في الباب . قال في «الوسيط» : لكن اجتماع هذه الشروط متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد المستنل . فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً أو فاسقاً لئلا تتعطل مصالح الناس ، ويؤيده أنا تنفيذ قضاء قاضي البغاة لمثل هذه الضرورة ، وهذا حسن ، لكن في بعض الشروح أن قاضي البغاة إذا كان منهم ، وبغيرهم لا يوجب فسقاً كبغي أصحاب

(١) في الاصل : إن عقلت .

سعاوية رضي الله عنه ، جاز قضاؤه ، وإن أوجب الفسق ، كبغى أهل
النهروان ، لم يجز .

قلت : هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور ، قد ذكره صاحب
« المهذب » وغيره ، ففي « المهذب » ان قاضي البغاة إن كان من
يستبيح دم أهل العدل ومالهم ، لم ينفذ حكمه ، لأن شرطه العدالة
والاجتهاد ، وهذا ليس بعدل ولا مجتهد، وقد جزم الرافي في « المحرر »
بما ذكره الغزالي ، فقال : إن تعذر اجتماع هذه الشروط ، فولى سلطان
ذو شوكة فاسقاً ، أو مقلداً ، نفذ قضاؤه للضرورة . والله أعلم

وذكر أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ ، أجابه إليه ،
ونفذ قضاؤه ، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه
زياد ، فقالت : إن لم يقض لهم خياركم قضى شراركم .

فرع

من لا تقبل شهادته من أهل البدع ، لا يصح تقليده القضاء قال
الماوردي : وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع ، أو لا يقول بأخبار
الآحاد ، وكذا حكم نفاة القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً ، بل
يتبعون النصوص ، فإن لم يجدوا ، أخذوا بقول سلفهم ، كالشيعة ،
فإن كانوا مجتهدين في فحوى الكلام . وبينون الأحكام على عموم
النصوص وإشاراتها ، جاز تقليدهم على الأصح .

الفصل الثاني في المفتي : ومتى لم يكن في الموضع إلا واحد
يصلح للفتوى ، تعين عليه أن يفتي ، وإن كان هناك غيره ، فهو من
فروض الكفايات ، ومع هذا فلا يحل التسارع إليه ، فقد كانت الصحابة
رضي الله عنهم مع مشاهدتهم الوحي يحيل بعضهم على بعض في الفتوى ،
ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن . ثم تتكلم في ثلاث

جمل إحداها في المفتي ، فيشترط إسلامه وبلوغه وعدالته . فالفاسق لا تقبل فتواه ، ويلزمه أن يعمل لنفسه باجتهاده ، ويشترط في المفتي أيضاً التيقظ ، وقوة الضبط ، فلا يقبل ممن تغلب عليه الغفلة والسهو ، ويشترط فيه أهلية الاجتهاد ، فلو عرف العامي مسألة أو مسائل بدليلها لم يكن له أن يفتي بها ، ولا لغيره أن يقلده ، ويأخذ بقوله فيها . وقيل : يجوز ، وقيل : إن كان ثقلياً ، جاز ، وإن كان قياسيماً ، فلا . والصحيح الأول . والعالم الذي لم يبلغ غاية الاجتهاد كالعامي في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح . وموت المجتهد هل يخرج عن أن يقلد ويؤخذ بقوله ؟ وجهان الصحيح : أنه لا يخرج ، بل يجوز تقليده كما يعسل بشهادة الشاهد بعد موته ، ولأنه لو بطل قوله بموته ، لبطل الإجماع بموت المجمعين، ولصارت المسألة اجتهادية، ولأن الناس اليوم كالمجمعين على أنه لا مجتهد اليوم ، فلو منعنا تقليد الماضين، لتركنا الناس حيارى ، وبنوا على هذين الوجهين أن من عرف مذهب مجتهد ، وتبحر فيه ، لكن لم يبلغ رتبة الاجتهاد ، هل له أن يفتي ويأخذ بقول ذلك المجتهد ؟ فعلى الصحيح يجوز هكذا صوروا الفرع ، ولك أن تقول : إذا كان المأخذ ما ذكرنا . فسواء المتبحر وغيره ، بل العامي إذا عرف حكم تلك المسألة عند ذلك المجتهد فأخبر به ، وأخذ غيره به تقليداً للبيت وجب أن يجوز على الصحيح .

قلت : هذا الاعتراض ضعيف أو باطل ، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما ظن ما ليس مذهباً له مذهباً ، لقصور فهمه ، وقلة اطلاعه على مظان المسألة . واختلاف نصوص ذلك المجتهد ، والمتأخر منها ، والراجع وغير ذلك ، لاسيما مذهب الشافعي رحمه الله الذي لا يكاد يعرف ما يفتي به منه إلا أفراد ، لكثرة انتشاره ، واختلاف ناقله في النقل والترجيح . فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب ، كوجوب النية في الوضوء ، والفاحة في الصلاة ، ووجوب الزكاة في

مال الصبي والمجنون ، ووجوب تبييت النية في صوم الفرض ، وصحة
الاعتكاف بلا صوم ، وعدم وجوب نفقة البائن الحامل ، ووجوب
القصاص في القتل بالمثل وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه ، فهذا
حسن محتسب . والله اعلم

وإذ جوزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت ، فإن علم من حاله
أنه يفتي على مذهب إمام معين ، كفى إطلاق الجواب ، وإلا فلا بد من
من إضافته إلى صاحب المذهب .

فرع

ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً لا يعمل به ، ولا ليفتي به ، ولا إذا
كان قاضياً ليقتضي به ، سواء خاف الفوت لضيق وقت أم لا . وقال ابن
سريج : له التقليد إذا ضاق الوقت ليعمل به . لا ليفتي ، وقياسه أن لا يجوز
لل قضاء وأولى . وفي « الشامل » و « التهذيب » طرد قول ابن سريج
في القضاء وصورة الضيق فيه : أن يتحاكم مسافران والقافلة ترتحل ،
ومن قال به ، فقياسه طرده في الفتوى .

فرع

هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى ،
أو سئل عنها مرة أخرى ، أم يعتمد اجتهاده الأول ؟ وجهان كما سبق
في القبلة .

قلت : أحصهما لزوم التجديد ، وهذا إذالم يكن ذاكراً لدليل
الأدلى ، ولم يتجدد ماقد يوجب رجوعه ، فإن كان ذاكراً ، لم يلزمه
قطعاً ، وإن تجدد ما يوجب الرجوع ، لزمه قطعاً . والله اعلم

فرع

المنسوب إلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ثلاثة أصناف ،
أحدها : العوام وتقليدهم الشافعي مثلاً مفرع على تقليد الميت

وقد سبق •

والثاني : البالفون لرتبة الاجتهاد : وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد
مجتهداً وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي ، لأنهم جروا على طريقته في
الاجتهاد ، واستعمال الأدلة ، وترتيب بعضها على بعض ، ووافق
اجتهادهم اجتهاده وإذا خالف أحياناً لم يبالوا بالمخالفة •

والصنف الثالث : المتوسطون وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد
في أصول الشرع ، لكنهم وقفوا على أصول الإمام في الأبواب وتسكنوا
من قياس مالم يجدوه منصوصاً له على مانص عليه ، وهؤلاء مقلدون
له تفريراً على تقليد الميت ، وهكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً
له ، والمعروف للأصحاب أنه لا يقلدهم في أنفسهم ، لأنهم مقلدون ، وقد
نجد ما يخالف هذا فإن أبا الفتح الهروي وهو من أصحاب الإمام يقول
في الأصول : مذهب عامة أصحابنا أن العامي لامذهب له ، فإن وجد
مجتهداً قلده ، وإن لم يجده ، ووجد متبحراً في مذهب ، فإنه يفتيه على
مذهب نفسه ، وإن كان العامي لا يعتقد مذهبه • وهذا تصريح بأنه
يقلد المتبحر في نفسه • وإذا اختلف متبحران في مذهب لاختلافهما في
قياس أصل مذهب إمامهما ، ومن هذا يتولد وجوه الأصحاب ، فنقول :
أيهما يأخذ العامي ؟ فيه ما سنذكره في اختلاف المجتهدين إن شاء الله
تعالى ، وإذا نص صاحب المذهب على الحكم والعلة ، ألحق بتلك العلة
غير المنصوص بالمنصوص ، وإن اقتصر على الحكم ، فهل يستنبط
المتبحر العلة ويعدي الحكم بها ، قال محمد بن يحيى : لا ، والأشبه

بفعل الأصحاب جوازه ، لأنهم ينقلون الحكم ، ثم يختلفون في علته ،
وكل منهم يطرد الحكم في فروع علته .

فرع

ذكر الشيخ أبو إسحاق أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم ،
وفي أخرى شبهها على خلافه لا يجوز نقل قوله من إحداها إلى الأخرى
وتخريجها على قولين ، وأن ما يقتضيه قوله لا يجعل قولاً له إلا إذا لم
يحتمل ، كقوله : ثبتت الشفعة في الشقص من الدار ، فيقال : قوله :
في الحانوت كذلك والمعروف في المذهب خلاف ما قاله ، لكن الأولى
أن يقال : إنه قياس أصله أو قياس قوله ، ولا يقال : هو قوله .

فرع

للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ متأول عنده زجراً وتهديداً في
مواضع الحاجة .

قلت : المراد ما ذكره الصيمري^(١) وغيره قالوا : إذا رأى المفتي
المصلحة أن يقول للعامي مافية تغليظ وهو لا يعتقد ظاهره ، وله فيه
تأويل ، جاز زجراً ، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل
عن توبة القاتل ، فقال : لا توبة له ، وسأله آخر فقال : له توبة ، ثم
قال : أما الأول ، فرأيت في عينيه إرادة القتل فسنته ، أما الثاني ، فجاء

(١) في الأصل « الصيمري » بالضاد المعجمة وهو تصحيف . وهو
أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين بن محمد الصيمري من كبار علماء
الشافعية ، له تصانيف كثيرة منها « الإيضاح » في سبع مجلدات ، قال
النووي رحمه الله : وهو كتاب نفيس ، كثير الفوائد . قليل الوجود .
واختلف في وفاته ، وقال الذهبي : وكان حياً سنة ٢٨٧ هـ . « تهذيب
الاسماء واللغات » ٢/٢٦٥ . و « سير اعلام النبلاء » ١١/٤

مسكيناً قد قتل ، فلم أقنطه • قال الصييري : وكذا إن سأله ، فقال :
إن قتلت عبدي ، فهل علي قصاص ، فواسع أن يقال : إن قتلته قتلناك ،
فعن النبي صلى الله عليه وسلم : « من قتل عبده قتلناه » ولأن القتل له
معانٍ وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة • **والسؤال**

الجملة الثانية في المستفتي ، فيلزمه سؤال المفتي عند حدوث
مسألته ، وإنما يسأل من عرف علمه وعدالته ، فإن لم يعرف العلم ، بحث
عنه بسؤال الناس ، وإن لم يعرف العدالة ، فقد ذكر الغزالي فيه احتمالين
أحدهما : أن الحكم كذلك ، وأشبههما الاكتفاء ، لأن الغالب من حل
العلماء العدالة ، بخلاف البحث عن العلم ، فليس الغالب من الناس
العلم . ثم ذكر احتمالين في أنه إذا وجب البحث ، يفتقر إلى عدد التواتر ،
أم يكفي إخبار عدل أو عدلين ؟ أصحابها : الثاني •

قلت : الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة . هما فيسبب كان
مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة ولم يختبر باطنه وهما وجهان ذكرهما
غيره . أصحابهما الاكتفاء . لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير
القضاة . فيعسر على العوام تكليفهم بها ، وهذا الخلاف كالخلاف في
صحة النكاح بحضور المستورين • أما الاحتمالان⁽¹⁾ في اشتراط عدد
التواتر ، والاكتفاء بعدل ، فهما محتملان ، ولكن المقبول خلافهما .
فالذي قاله الأصحاب انه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته ، وقيل :
لا يكفي الاستفاضة ، ولا التواتر . بل إننا يعتمد قوله : أنا أهل للفتوى .
لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها . فقد يكون أصحاب
التبليس ، وأما التواتر . فلا يفيد العلم إذا لم يستند إلى مستور
محسوس . والصحيح الأول . لأن إقدامنا عليها إخبار منه بأهليته .

(1) في الأصل : الاحتمال .

لأن الصورة فيمن وثق بدينه • ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته قال الشيخ أبو إسحاق وغيره : تقبل في أهليته خبر عدل واحد ، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها الملتبس من غيره ، ولا يعتمد في ذلك خبر آحاد العامة لكثرة ما يتطرق إليهم من التلبس في ذلك . والله أعلم

فرع

إذا وجد مفتين فأكثر هل يلزمه أن يجتهد ، فيسأل أعلمهم ؟ وجهان ، قال ابن سريج : نعم ، واختاره ابن كج والقفال ، لأنه يسهل عليه ، وأصحهما عند الجمهور أنه يتخير ، فيسأل من شاء ، لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة رضي الله عنهم مع تفاوتهم في العلم والفضل ، ويعملون بقول من سألوه من غير إنكار ، قال الغزالي : فإن اعتقد أن أحدهم أعلم ، لم يجز أن يقلد غيره ، وإن كان لا يلزمه البحث عن الأعمى إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بزيادة علم •

قلت : هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً وهو وإن كان ظاهراً ، ففيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضلهم متواتر وقد يمنع هذا وعلى الجملة المختار ما ذكره الغزالي • فعلى هذا يلزمه تقليد أروع العالمين ، وأعلم الورعين ، فإن تعارضاً^(١) قدم الأعمى على الأصح • والله أعلم

فرع

وإذا استفتى وأجيب ، فحدث له تلك الحادثة ثانياً ، فإن عرف استناد الجواب إلى نص أو إجماع ، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلد ميتاً وجوزناه ، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس

(١) في الاصل : تعرضاً

أو شك والمقلد حي ، فوجهان ، أحدهما : لايحتاج إلى السؤال ثانياً ،
لأن الظاهر استمراره على جوابه ، وأصحهما يلزمه السؤال ثانياً •

فرع

لو اختلف عليه جواب مفتيين، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعلام،
اعتمده، وإلا فأوجه، أصحها : يتخير، ويأخذ بقول أيهما شاء، والثاني :
يأخذ بأغلب الجوابين ، والثالث : بأخفهما ، والرابع : بقول من بيني
قوله على الأثر دون الرأي ، والخامس : بقول من سأله أولاً •

قلت : وحكي وجه سادس^(١) أنه يسأل ثالثاً ، فيأخذ بفتوى من
وافقه • وهذا الذي صححه من التخيير هو الذي صححه الجمهور ،
ونقله المحاملي في أول « المجموع » عن أكثر أصحابنا لأن فرضه أن
يقلد عالماً وقد حصل • **والله أعلم**

ونقل الروياني وجهين في أن من سأل مفتياً ولم تسكن نفسه إلى
فتواه هل يلزمه أن يسأل ثانياً وثالثاً لتسكن نفسه ، أم له الاقتصار على
جواب الأول؟ والقياس في وجه الثاني •

الجملة الثالثة فيما يتعلق بهما، فيجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه،
ويجوز أن يكتبي برسول ثقة يبعثه وبالرقعة ، ويكفي ترجمان واحد
إذا لم يعرف لغته •

قلت : له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه ،
أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه • **والله أعلم**

(٢) في الأصل : شاذ •

ومن آداب المستفتي أن لا يسأل المفتي وهو قائم ، أو مشغول بما يمنعه من تمام الفكر ، وأن لا يقول إذا أجابه : هكذا قلت أنا ، وأن لا يطالب بالدليل ، فإن أراد معرفته ، سأل عنه في وقت آخر . وإذا سأل في رقعة ، فليكن كاتبها حاذقاً ، ليبين مواضع السؤال ، وينقط مواضع الاشتباه ، وليتأمل المفتي الرقعة كلمة كلمة ، وليكن اعتناؤه بآخر الكلام أشد ، لأنه موضع السؤال . وليتثبت في الجواب وإن كانت المسألة واضحة ، وأن يشاور من في مجلسه ممن يصلح لذلك إلا أن يكون فيها مالا يحسن إظهاره . وله أن ينقط من الرقعة مواضع الإشكال ، وأن يصلح ما فيها من خطأ ولحن فاحش ، وإذا رأى في آخر بعض السطور بياضاً ، شغله بخطه ، لئلا يلحق فيه بعد جوابه شيء ، وليبين المفتي بخطه ، وليكن قلبه بين قلبين . ولو كتب مع الجواب حجة من آية أو حديث فلا بأس ، ولا يعتاد ذكر التماس ، وطرق الاجتهاد . فإن تعلقت الفتوى بقاض ، فحسن أن يومية إلى الطريق للاجتهاد . وإذا رأى في الفتوى جواب من لا يصلح للفتوى ، لم يفت معه . قال الصيمري : وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة وبغير إذنه ، ولا يجسها إلا بإذنه ، واستحبوا أن يكون السؤال بخط غير المفتي .

فرع

متى تغير اجتهاد المجتهد، دار المقلد معه ، وعمل في المستقبل بقوله الثاني ، ولا ينقض ما مضى . ولو نكح المجتهد امرأة ، ثم خالها ثلاثاً ، لأنه رأى الخلع فسحاً ، ثم تغير اجتهاده قال الغزالي : يلزمه مفارقتها ، وأبدى تردداً فيما لو فعل المقلد مثل ذلك ، ثم تغير اجتهاد مقلده ، قال : والصحيح أن الجواب كذلك ، كما لو تغير اجتهاد المقلد في الصلاة ، فإنه يتحول . ولو قال مجتهد للمقلد والصورة هذه .

أخطأ بك من قلده، فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني، أو استويا، فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس أنا إن أوجبنا تقليد الأعم، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له.

قلت: هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمه الله أنه القياس ليس بشيء، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء، ولا أثر لقول الثاني. وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية، وقد لخص الصيمري، والخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن، فقالوا: إذا أفتى، ثم رجع، فإن علم المستفتي رجوعه ولم يكن عسل بالأول، لم يجز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه، أو استسر على نكاح بفتواه، ثم رجع، لزمه فراقها، كنظيره في القبلة. وإن كان عسل به قبل الرجوع، فإن كان مخالفاً لدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل الاجتهاد، فلا، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولا يعلم خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحبنا «المستصفي» و«المحصول»، فليس فيه تصريح بخالفة هذا. قال الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح رحمه الله: وإن كان المفتي إنسا يفتي على مذهب إمام معين، فرجع لكونه تيقن مخالفة نص إمامه، وجب نقضه، وإن كان اجتهادياً، لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل^(١)، وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه، فكأنه لم يرجع في حقه، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وكذا بعده حيث يجب النقض، وإذا عمل بفتواه في إتلاف، ثم بان أنه أخطأ، وخالف القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: إن كان أهلاً للفتوى، ضمن، وإلا، فلا، لأن المستفتي مقصر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وينبغي أن يخرج على

(١) في الأصل: المستقبل.

(٢) في الأصل: «بعده» والتصحيح من «المجموع» ٤٦/١، ونص العبارة فيه: وينبغي أن يخرج الضمان على قولي الفرور المعروفين في بابي الغصب والنكاح وغيرهما، ويقطع بعدم الضمان، إذ ليس في الفتوى إلزام ولا إجماع.

قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذا لم يوجد منه الإتلاف ،

ولا ألجأ إليه بالزام • **وانتأعلم**

فرع

لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدوّن، وإذا دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب ؟ إن قلنا : يلزمه الاجتهاد في طلب الأعم ، وغلب على ظنه أن الثاني أعلم ينبغي أن يجوز، بل يجب وإن خيرناه ، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلد في القبله هذا أياماً ، وهذا أياماً • ولو قلد مجتهداً في مسائل ، وآخر في مسائل أخرى ، واستوى المجتهدان عنده أو خيرناه ، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز ، وكما أن الأعشى إذا قلنا : لا يجتهد في الأواني والثياب له أن يقلد في الثياب واحداً ، وفي الأواني آخر ، لكن الأصوليون منعوا منه للمصلحة. وحكى الحناطي وغيره عن أبي إسحاق فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه أن يفسق به ، وعن ابن أبي هريرة أنه لا يفسق ، وبالله التوفيق •

قلت : قد استقصى الإمام الرافعي رحمه الله هذا الباب ، فاستوعب وأجاد . وقد استوعبت أنا هذا الباب في أول شرح «المهذب» وجمعت فيه من مجموعات كلام الأئمة ومتفرقاتها هذا المذكور هنا مع مثله أو أمثاله ، وأنا أذكر منه هنا نبذاً أشير إليها ، ولا ألتزم ترتيبه •

فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح «المهذب» وذكرت فيه ما لا ينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه ، قال الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي : ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين ، فمن صلح لها ، أقره . ومن لم يصلح ، منعه ، وأمره أن لا يعود ، ويواعده على

العود ، وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتد خبرهم ، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهاً عن خوارم المروءة ، فقيه النفس ، سليم الذهن ، رصين الفكر ، حسن التصرف والاستنباط ، وسواء الحر والعبد ، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته . قال الشيخ أبو عمر بن الصلاح رحمه الله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة ، وجر النفع ، ودفع الضرر ، لأنه في حكم من يخبر عن الشرع بسا لا اختصاص له بشخص ، فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لا يرتبط بها إلزام^(١) بخلاف حكم القاضي . قال : ووجدت عن صاحب «الحاوي» إن المفتي إذا تابذ في فتواه شخصاً معيناً ، صار خصماً معانداً ، ترد فتواه على من عاداه ، كما ترد شهادته . قال الصيبري : ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج ، ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه ، وذكر الخطيب هذا ثم قال : وأما الشراة وهم بضم الشين المعجبة ، والرافضة الذين يسبون السلف ، وفتاويهم مردودة ، وأقاولهم ساقطة . ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض ، فهو كغيره ، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور ، وقيل : له أن يفتي في العبادات وغيرها ، مسا لا يتعلق بالأحكام ، وفي الأحكام وجهاً . وقال ابن المنذر : يكره فتواه في الأحكام دون غيرها ، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصح به المسائل الحسائية الفقهية؟ وجهاً، حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني ، وصاحبه أبو منصور البغدادي .

ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس ، حافظاً مذهب إمامه ، ذا خبرة بقواعده ، وأساليبه ونصوصه ، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك ، ولو وقعت له واقعة ، لزمه أن

(١) في الأصل : التزام .

يستفتي فيها ، ويلتحق به المتصرف الباحث في الفقه من أئمة الخلاف ،
وفحول المناظرين ، لأنه ليس أهلاً لإدراك حكم الواقعة استقلالاً ،
لقصور آفته ، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعبر .
وإذا استفتى العامي عما لم يقع ، لم يجب جوابه ولا يجوز للمفتي أن
يتساهل في فتواه ، ومن عرف بذلك ، لم يجز أن يستفتي ، وتساهله
قد يكون بأن لا تثبت ، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر ،
فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه ، فلا بأس بالإسراع ، وعلى هذا
يحصل ما نقل عن الماضين من المسارعة ، وقد يكون تساهله بأن تحمله (١)
أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة ، والتسك بالشبهة
طلباً للترخيص على من يروم نفعه ، أو التغليف على من يروم ضره ، ومن
فعل هذا ، فلا وثوق به . وأما إذا صح قصده ، فاحتسب في طلب حيلة
لاشبهة فيها ، ولا تجر إلى مفسدة ، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين
ونحوها ، فذلك حسن ، وعله يحمل [ما جاء] عن بعض السلف من هذا .
وينبغي أن لا يفتي في كل حال تغير خلقه ، وتشغل قلبه ، وتمنعه التثبت
والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب ،
والنعاس ، والملافة ، والمرض المقلق ، والحر المزعج ، ومدافعة الأخبثين
ونحو ذلك ، ومتى أحس بشغل قلبه ، وخروجه عن الاعتدال ، لم يفت ،
فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من
إدراك الصواب ، صحت فتواه ، وإن كان مخاطراً . والأولى للمتصدي
للفتوى أن يتبرع بذلك ، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال
إلا إذا تعين عليه ، وله كفاية ، فالصحيح أنه لا يجوز . ثم إن كان له
رزق لا يجوز له أخذ أجره ، وإن لم يكن له رزق ، لم يجز له أخذ أجره

(١) في الأصل : يحمل .

من أعيان المستفتين كالحاكم . واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة ، فقال : يقول للمستفتي : يلزمني أن أفتيك قولاً ، ولا يلزمني أن أكتب لك ، فإن استأجره على الكتابة ، جاز ، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهاً ، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر ولو لم يكن فتوى ، لثلا يكون أخذاً زيادة بسبب الإفتاء . قال الصيمري والخطيب وغيرهما : ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم ، جاز .

وأما الهدية ، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا : ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم ، لأنه يلزمه حكمه قال الشيخ أبو عمرو : وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد ، كما في الحاكم وسائر ما لا يقابل بالأعواض . قال الخطيب : وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام ما يفي به عن التكسب ، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ كالإيمان والإقرار والوصايا ونحوها ، إلا إذا كان من أهل بلد اللفظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم في العادة ، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لا خلاف فيه ، بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه ، وإلا فبالذي رجحه الشافعي ، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق ، لزمه البحث عن أرجحهما ، فيعمل به ، فإن كان أهلاً للترجيح ، اشتغل به متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي وما أخذه وقواعده ، وإلا فليقله عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة ، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق ، توقف . وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما فيما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد ، وإذا كان أحدهما منصوباً للشافعي ، والآخر مخرجاً ، فالمنصوص هو

الراجح المعمول به غالباً ، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين . بل هذا أولى . ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح خلافاً للأصحاب في الأرجح من القولين أو الوجهين ، فليعتمد ما صححه الأكثر ، والأعلم والأورع ، فإن تعارض أعلم وأورع ، قدم الأعلم ، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح ، اعتبر صفات الناقلين للقولين ، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ما رواه الربيع الجيزي وحرملة ، كذا نقله الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا ، إلا أنه لم يذكر البويطي ، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع ، وأقدم من المزني ، وأخص بالشافعي منه . قال الشيخ أبو عمرو : ويترجح أيضاً ما وافق أكثر أئمة المذاهب . وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان ، أحدهما كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وجهين ، قال الشيخ أبو حامد : المخالف لأبي حنيفة رضي الله عنه أرجح ، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه ، والصحيح أن الموافق أولى . وبه قال القفال ، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق . ولو تعارض جزم مصنفين ، فهو كتعارض الوجهين ، فيرجع إلى البحث كما سبق ، ويرجح أيضاً بالكثرة ، فإذا جزم مصنفان بشيء ، وجزم ثالث مساوياً لأحدهما بخلافهما ، رجحناهما عليه .

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه ، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً وهذا مما يتعلق بما نحن فيه . ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومظنته ، والآخر جاء مستطرداً^(١) في باب آخر .

واعلم أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبتة محصل لك جميع

(١) في الاصل : متطرداً .

ماذكرته ولا أقول هذا تبجاً بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين ،
وهما واجبان علي وعلى سائر المكلفين •

واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله : فيه قولان ،
أو وجهان ، أو خلاف ونحو ذلك ، فإن هذا ليس جواباً صحيحاً
للمستفتي ، ولا يحصل به مقصوده ، وهو بيان مايعمل به لما ذكرنا ،
بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح ، فإن لم يظهر له الراجح ، انتظر
ظهوره ، أو امتنع من الإفتاء في المسألة ، كما فعله كثير من أصحابنا
وغيرهم •

واعلم أنه متى كان قولان قديم وجديد ، فالعمل على الجديد إلا
في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح
«المهذب» مع مايتعلق بها ويترتب بها، ويترتب عليها، وبالله التوفيق^(١) ،
وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل ، فحسن أن يرتب الجواب على ترتيب
الأسئلة ، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب ، فإنه خطأ
بالاتفاق ، وليس له أن يكتب الجواب على مايعلمه من صورة الواقعة
إذا لم يكن في الرقعة تعرض له ، بل يذكر جواب ما في الرقعة فإن أراد
الجواب على خلاف ما فيها ، فليقل ، وإن كان الأمر كذا ، فجوابه كذا ،
وإذا كتب الجواب ، أعاد نظره فيه وتأمله ، وإذا كان هو المبتدئ بالإفتاء
في الرقعة ، قال الصيمري وغيره : فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في
الناحية اليسرى ، لأنه أمكن • قال الصيمري وغيره : ولو كتب وسط
الرقعة ، أو في حاشيتها ، فلا عيب عليه ، ولا يكتب فوق البسمة بحال •
ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعيذ من الشيطان ويسمي الله
تعالى ويحمده ، ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ، ويقول :

(١) انظر «المجموع» ١/٦٦ ، ٦٨ •

لا حول ولا قوة إلا بالله ، ويقول : رب اشرح لي صدري الآية ، ويستحب أن يكتب في أول فتواه : الحمد لله ، أو الله الموفق ، أو حسبنا الله ، أو حسبي الله ونحو ذلك ، نقل ذلك الصيمري عن كثيرين ، قال : وحذفه آخرون . قال : ولا يدع أن يختم جوابه بقوله : والله أعلم ، أو وبالله التوفيق ونحوه . قال : ولا يقبح أن يقول : الجواب عندنا ، أو الذي عندنا ، أو الذي نذهب إليه كذا ، لأنه من أهله قال : وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب ، أو الصلاة على رسول الله صلى الله عليه وسلم في آخر الفتوى ، ألحق المفتي ذلك بخطه فإن العادة جارئة به ، ويكتب بعد : والله أعلم ، ونحوه : كتبه فلان ، أو فلان بن فلان الفلاني ، فينتسب إلى ما يعرف به من قبيلة أو بلد أو غيرهما ، ثم ينتسب إلى المذهب ، فيقول الشافعي أو الحنفي ونحوهما ، قال الصيمري : وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان ، دعا له ، فقال : وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه الله ، أو أصلحه ، أو سده ، أو شد أزره ، ولا يقول : أطال الله بقاءه ، فإنه ليس من ألفاظ السلف . وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطال الله بقاءك^(١) . وقد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب « الأذكار » . وينبغي أن يختصر جوابه ، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً ، قال الصيمري والخطيب وغيرهما : وإذا سئل عنن قال : أنا أصدق من محمد بن عبد الله ، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات ، فلا يبادر بقوله : هذا

(١) الذي في « الأذكار » ١٢٢/٧ بشرح ابن علان : قال أبو جعفر النحاس في كتابه « صناعة الكتاب » : كره بعض العلماء قولهم : أطال الله بقاءك ، ورخص فيه بعضهم ، ونقل ابن علان في شرحه أن الأذكري نازع في إطلاق الكراهة ، واختار أن الدعاء بذلك لأهل الدين والعلم وولاية العدل قربة ، ولغيرهم مكروه بل حرام .

حلال الدم ، أو عليه القتل ، بل يقول : إن ثبت هذا بإقراره ، أو بينة ، استتابه السلطان ، فإن تاب ، قبلت توبته ، وإلا فعل كذا وكذا وأشبع القول فيه ، وإن سئل عن شيء يحتمل وجوهاً يكفر ببعضها دون بعض قال : يسأل القائل ، فإن قال : أردت كذا ، فالجواب كذا ، وإن قال : أردت كذا ، فالجواب كذا . وإذا سئل عن قتل أو قلع سنأ أو عيناً ، احتاط في الجواب ، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص ، وإذا سئل عن فعل ما يقتضي تعزيره ، ذكر ما يعزر به ، فيقول : ضربه السلطان ما بين كذا وكذا ، ولا يزداد على كذا ، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاستفتاء ، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزيد السائل شيئاً يفسد الجواب . وإذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة ، كتب على موضع الإلصاق ، وإذا ضاق آخر الورقة عن الجواب ، لم يكتبه في ورقة أخرى ، بل في ظهر هذه أو حاشيتها وأيهما (١) أولى ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : هما سواء ، والراجح أن حاشيتها أولى ، وبه قطع الصيبري وغيره ، وليحذر أن يميل في فتواه مع المستفتي أو خصمه ، ووجوه الميل معروفة . ومنها أن يكتب ماله دون ما عليه (٢) ، وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه ، وإذا ظهر له أن الجواب خلاف غرض المستفتي ، وأنه لا يرضى بكتابته في ورقته ، اقتصر على مشافهته بالجواب ، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق ، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء ، فإن تساوا وجهل السابق ، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة ، والمسافر الذي شد رحله ، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غيرهم تضرراً ظاهراً ، فيقدم حينئذ بالسبق ، ثم القرعة ، ثم لا

(١) في الأصل : أو أيهما .

(٢) في الأصل : مادون ما عليه .

يقدم أحداً^(١) إلا في فتيا واحدة . قال الصميري وغيره : إذا سئل عن ميراث ، فالعادة أن لا يشترط في الورثة عدم الرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث ، بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الاخوة والاخوات ، ولا بد أن يقول في الجواب : من أبوين أو أب أو أم ، وإذا سئل عن المنبرية وهي زوجة وأبوان وبتان ، لا يقول : للزوجة الثمن ، ولا التسع ، لأنه لم يطلقه أحد من السلف ، بل يقول : لها الثمن عائلاً ، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً ، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين ، وإذا كان في المذكورين من لا يرث أفصح بسقوطه ، فقال : وسقط فلان ، فإن كان سقوطه في حال دون حال ، قال : وسقط فلان في هذه الحالة ونحو ذلك ، لئلا يتوهم أنه لا يرث بحال . قال : وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسخت . قال الصميري وغيره : وحسن أن يقول : تقسم التركة بعد إخراج ما يجب تقديمه من دين أو وصية^(٢) إن كانا ، قالوا وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للإفتاء . وخطه موافق لما عنده ، كتب تحته الجواب صحيح ، أو جوابي مثل هذا ، أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق . وإن كان فيها خط من ليس بأهل ، قال الصميري وغيره : لم يفت معه ، لأن ذلك تقرير للخطأ ، بل يضرب عليه ، وينهر المستفتي ، ويعرفه قبح ما فعله ، وانه كان واجباً عليه البحث عن أهل الفتوى . وإن رأى فيها اسم من لا يعرفه ، سأل عنه ، فإن لم يعرفه ، فله الامتناع خوفاً مما قلناه . والأولى أن يأمر صاحبها بإبدالها ، فإن أبى ، أجابه شفاهاً ، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها ، ولم تكن فتياها خطأ ، امتنع من الإفتاء معه .

(١) في الأصل : أحد .

(٢) في الأصل : فإن .

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء ، نظر إن كان منتسباً إلى مذهب ، بني علي وجهين ، حكاها القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا ؟ أحدهما : لا ، لأن المذهب لعارف الأدلة ، فعلى هذا له أن يستفتي من شاء ، وأصحهما عند الفقهاء له مذهب ، فلا تجوز مخالفته . وإن لم يكن منتسباً ، بني علي وجهين ، حكاها ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقييد بمذهب معين ؟ أحدهما : لا ، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أسد المذاهب ، فيقلد أهله وجهان ، كالبحث عن الأعلم . والثاني وبه قطع أبو الحسن إلكياً^(١) : يلزمه . وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم ، لئلا يتلقط رخص المذاهب بخلاف العصر الأول ، ولم تكن مذاهب مدونة ، فيتلقط رخصها . فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء ، وليس له التمهيد بمجرد التشهي ، ولا بما وجد عليه أباه ، هذا كلام الأصحاب . والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمهيد بمذهب ، بل يستفتي من شاء ، أو من اتفق ، لكن من غير تلقط للرخص . ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه . وإذا استفتى وأفتاه المفتي ، فقال أبو المظفر السمعاني : لا يلزمه العمل به إلا بالزامه ، قال : ويجوز أن يقال : يلزمه إذا أخذ في العمل

(١) ضبطه بهمزة مكسورة. ولام ساكنة، ثم كاف مكسورة بعدها ياء ، ومعناه الكبير القدر بلغة الفرس وهو علي بن محمد بن علي الطبري الملقب بعماد الدين كبير علماء الشافعية في عصره ، تفقه على إمام الحرمين وهو من أجل تلامذته بعد الفزالي ، كان يحفظ أحاديث الأحكام وينظر فيها ، وهو القائل : إذا جالت فرسان الأحاديث في ميادين الكفاح ، طارت رؤوس المقاييس في مهاب الرياح . توفي سنة ٥٠٤ هـ من تصانيفه «أحكام القرآن» و «شفاء المسترشدين» و «نقد مفردات الامام أحمد» .

به ، وقيل : يلزمه إذا وقع في نفسه صحته ، قال : وهذا أولى الأوجه ،
 والمختار ما نقله الخطيب وغيره ، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر ، يلزمه
 بمجرد فتواه ، وإن لم تسكن نفسه ، وإن كان هناك آخر لم يلزمه
 بمجرد إفتائه ، إذ له أن يسأل غيره ، وحينئذ فقد يخالفه ، فيجزي فيه
 الخلاف السابق في اختلاف المفتين ، وينبغي للمستفتي أن يبدأ من
 المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة ، وإن
 أراد إفرادهم في رقاع ، بدأ بمن شاء ، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة ،
 ويدعو في الورقة لمن يستفتيه ، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة ،
 ويأخذها منشورة ، فيريحه من نشرها وطبها . وإذا لم يجد صاحب
 الواقعة مفتياً في بلده ولا غيره ، ولا من ينقل حكمها ، قال الشيخ أبو
 عمرو : هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية ، وحكمها حكم ما قبل
 ورود الشرع ، والصحيح في كل ذلك أن لا تكليف ولا حكم في حقه
 أصلاً ، فلا يؤخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه . فهذا آخر النبد
 التي يسر الله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هذا
 المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ما ذكرته في شرح «المهذب» ، وموضع
 بسطها والزيادات والفروع هناك . وهذا الفصل ما يكثر الاحتياج
 إليه ، فلهذا بسطناه أدنى بسط . **والله أعلم**

المسألة الثالثة : يستحب للإمام أن يأذن للقاضي في الاستخلاف ،
 فإن لم يأذن ، فله حالان أحدهما : أن يطلق التولية ، ولا ينهيه عن
 الاستخلاف ، فإن أمكنه القيام بما تولاه ، كقضاء بلدة صغيرة ، فليس
 له الاستخلاف على الأصح ، وإن لم يمكنه كقضاء بلدين أو بلد كبير ،
 فله الاستخلاف في القدر الزائد على ما يمكنه ، وليس له الاستخلاف
 في المسكن على الأصح ، والقياس فيما إذا أذن له أن يكون في القدر

المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرح بالاستخلاف في الجميع ،
وقطع ابن كج بالجواز في الكل عند مطلق الإذن . الحال الثاني : أن
ينهاه عن الاستخلاف ، فلا يجوز الاستخلاف ، فإن كان ما فوضه إليه
لا يمكنه القيام به . فقال القاضي أبو الطيب : هذا النهي كالعدم ،
والأقرب أحد أمرين إما بطلان التولية ، وبه قال ابن القطان ، وإما
اقتضاره على الممكن . وترك الاستخلاف .

قلت : هذا أرجحهما^(١) . والله أعلم

وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام ، أما في الأمور الخاصة ،
كتحليف وساع بينة ، فقطع القفال بجوازه للضرورة ، وقال غيره :
هو على الخلاف ، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين .

فروع

أحدها : يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي . قال
الشيخ أبو محمد وغيره : فإن فوض إليه أمراً خاصاً ، كفاه من العلم
ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتى إن نائب القاضي في القرى إذا كان
المفوض إليه ساع البينة ونقلها دون الحكم ، كفاه العلم بشروط سماع
البينة ، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد .

الثاني : قال الروياني في « التجزية » : نص الشافعي رحمه الله في
« المبسوط » يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من
يخالفه . والمعروف في المذهب خلافه ، لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتى
لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده ، ويحكم باجتهاد المنيب لم
يجز . وكذا إذا جوزنا تولية المقلد للضرورة ، فاعتقاد المقلد في حقه
كاجتهاد المجتهد ، فلا يجوز أن يشرط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده ،

(١) في الأصل : أرجحها .

فلو خالف وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بذهب أبي حنيفة قال في « الوسيط » : له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها ، وهذا حكم منه بصحة الاستخلاف ، لكن قال الماوردي وصاحب « المهذب » و « التهذيب » وغيرهم : لو قلد الإمام رجلاً القضاء على أن يقضي بذهب عينه ، بطل التقليد . ومقتضى هذا بطلان الاستخلاف هناك ، وفي فتاوى القاضي حسين أن الإمام الحنفي لو ولى شافعيًا بشرط أن لا يقضي بشاهد ويسين ، ولا على غائب ، صحت التولية ، ولغا الشرط ، فيقضي بما أدى إليه اجتهاده ، ومقتضى هذا أن لا يرعى الشرط هناك ، قال الماوردي : ولو لم تجبر صيغة الشرط . بل قال الإمام : قلدتك القضاء . فاحكم بذهب الشافعي . ولا تحكم بذهب أبي حنيفة . صح التقليد ، ولغا الأمر والنهي ، وفيه احتمال ، قال : ولو قال : لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد ، جاز ، وقد قصر عمله على باقي الحوادث ، وحكى وجهين فيما لو قال : لا تقض فيهما بقصاص أنه يلغو أم يكون منعاً له في الحكم في القصاص نفياً وإثباتاً .

الثالث : حيث منعنا الاستخلاف ، فاستخلف فحكم الخليفة باطل ، لكن لو تراضى خصمان بحكمه ، كان كالمحكم وليس للقاضي إنفاذ حكمه . بل يستأنف الحكم بينهما ، وإذا جوزنا الاستخلاف ، فاستخلف من لا يصلح للقضاء ، فحكمه باطل أيضاً ، ولا يجوز إنفاذه .

المسألة الرابعة : إذا نصب الإمام قاضيين في بلد واحد ، نظر إن خص كل واحد بطرف منه ، أو بزمان ، أو جعل أحدهما قاضياً في الأموال ، والآخر في الدماء والفروج ، جاز ، قال ابن كج : وكذا لو ولاهما على أن يحكم كل واحد منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمان إليه . وإن عزم ولايتهما مكاناً وزماناً وحادثة ، فإن شرط عليهما الاجتماع

في الحكم ، لم يجوز ، لأن الخلاف يكثر في محل الاجتهاد ، فتتعطل الحكومات ، وإن أثبت لكل واحد الاستقلال فوجهان ، أحدهما : لا يجوز كالإمامة العظمى ، فعلى هذا إن ولاهما معاً ، بطلت توليتهما ، وإن ولاهما متعاقبين ، صحت تولية الأول دون الثاني ، وأصحهما الجواز ، كالوكيلين والوصيين . فعلى هذا لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضين يجب من سبق دأعيه ، فإن جاء معاً أقرع ، وإن تنازعا في اختيار القاضين ، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع ، وقال الماوردي : القول قول الطالب دون المطلوب ، فإن تساويا ، حضرا عند أقرب القاضين إليهما ، فإن استويا في القرب فالأصح أنه يقرع ، وقيل : يمنعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما وإن أطلق نصب قاضين ، ولم يشترط اجتماعهما ، ولا استقلالهما ، قال صاحب « التقريب » : يحل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على مايجوز ، وقال غيره : التولية باطلة حتى يصرح بالاستقلال .

قلت : قول صاحب « التقريب » أصح ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » . **والتداعلم**

الخامسة : هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلاً غير القاضي ، وهل لحكمه بينهما اعتبار ، قولان أظهرهما عند الجمهور نعم ، وخالفهم الإمام والغزالي ، فرجحا المنع ، وقيل القولان في الأموال فقط ، فأما النكاح واللعان ، والقصاص ، وحد القذف وغيرها ، فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً ، والمذهب طرد القولين في الجميع ، وبه قطع الأكثرون ، ولا يجزى ، في حدود الله تعالى على المذهب ، إذ ليس لها طالب معين ، وفي « التهذيب » وغيره ما يقضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها وليس بشيء . وقيل القولان في التحكيم في حقوق الآدميين مخصوصان يسا إذا لم يكن في البلد قاض ، فإن كان لم يجوز ، وقيل : هما إذا كان

قاض وإلا فيجوز قطعاً والمذهب طردهما في الحالين، فإذا جوزنا التحكيم
اشترط في المحكم صفات القاضي ، ولا ينفذ حكمه إلا على من رضي
بحكمه حتى لا تضرب دية الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه ، ولا
يكفي رضى القاتل ، وقيل : يكفي ، والعاقلة تبع له ، والصحيح الأول .
قال السرخسي : الخلاف مخصوص بقولنا تجب الدية على الجاني ، ثم
تحملها العاقلة ، فإن قلنا : تجب عليها ابتداء لم تضرب عليهم إلا برضاهم
قطعاً وهذا حسن . قال السرخسي : وإنما يشترط رضا المتحاكين إذا
لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فإن كان ، فهل يشترط رضا الآخر ؟
فيه اختلاف نص ، والمذهب أنه لا يشترط ، وليكن هذا مبنياً على جواز
الاستخلاف إن جاز ، فالرجوع إليه نائب القاضي . قال : ويشترط على
أحد الوجهين كون المتحاكين بحيث يجوز للمحكم أن يحكم لكل واحد
منهما ، فإن كان أحدهما ابنه أو أباه ، لم يجز . وليس للمحكم الحبس ،
بل غايته الإثبات والحكم وقيل : يحبس وهو شاذ وهل يلزم حكمهما (١)
بنفس الحكم كحكم القاضي أم لا يلزمه إلا بتراضيهما بعد الحكم ؟
فيه قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرهما الأول ، ومتى رجع أحدهما قبل
الحكم ، امتنع الحكم حتى لو أقام المدعي شاهدين ، فقال المدعى عليه :
عزلتك ، لم يكن له أن يحكم . وقال الاصطخري : إن أحسن المدعى
عليه بالحكم فرجع ، ففي تمكنه من الرجوع وجهان خرجهما ، والمذهب
الأول . وإذا جوزنا التحكيم في غير الأموال ، فخطب امرأة ، وحكماً
رجلاً في التزويج ، كان له أن يزوج قال الروياني : وهذا هو الأصح ،
واختيار الاستاذين أبي إسحاق الإسفراييني ، وأبي طاهر الزيادي
وغيرهما من المشايخ ، وإنما يجوز فيه التحكيم إذا لم يكن لها ولي

١١ في الأصل : حكمه

خاص من نسيب أو معتق ، وشرط في بعض الشروح أن لا يكون هناك قاض ، وحكى صاحب « العدة » القاضي أبو المكارم الطبري ابن أخت الروياني وجهين في اشتراطه • وليكن هذا مبنياً على الخلاف في أنه هل يفرق في التحكيم بين أن يكون في البلد قاض أم لا ، وإذا رفع حكم المحكم إلى القاضي ، لم ينقضه إلا بما ينقض قضاء غيره •

المسألة السادسة في أحكام منشورة تتعلق بالتولية •

يجب على الإمام نصب القاضي في كل بلدة وناحية خالية عن قاض . فإن عرف حال من يوليه عدالة وعلماً ، فذاك ، وإلا أحضره ، وجمع بينه وبين العلماء ليعرف علمه ، ويسأل عن سيرته جيرانه وخطاهه ، فلو ولى من لا يعرف حاله ، لم تنعقد توليته ، وإن علم بعد ذلك كونه بصفة القضاة ، ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم وأمير البلدة ، وإن لم يكن المجمعول إليه صالحاً للقضاء ، لأنه وكيل محض ، وكذا لو فوض إلى واحد من المسلمين اختيار قاض ، ثم ليس له أن يختار والده ولا ولده . كما لا يختار نفسه • ولو قال لأهل بلد : اختاروا رجلاً منكم . وقلدوه القضاء ، قال ابن كج : جاز على الأصح • ويشترط في التولية تعيين محل ولايته من قرية ، أو بلدة ، أو ناحية ، ويشترط تعيين المولى . فلو قال : وليت أحد هذين أو من رغب في القضاء ببلدة كذا من علمائها ، لم يجز • ولو قال : فوضت القضاء إلى فلان وفلان . فهذا نصب قاضين • وفي « الأحكام السلطانية » للقاضي الماوردي : إن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة ، وهو المشافهة باللفظ ، والمراسلة ، والمكاتبة عند الغيبة ، ويجيء في المراسلة والمكاتبة كما سبق في الوكالة . وإن كان المذهب الصحة كما ذكره . وفيه أن صريح اللفظ : وليت القضاء ، واستخلفتك ، واستنبتك ، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر . كقوله : اقض بين الناس ، أو احكم ببلدة كذا . وهو

ملحق بالصرائح ، كما في الوكالة • وفيه أن الكنايات : اعتمدت عليك في القضاء ، أو رددته إليك ، أو اعتمدت ، أو فوضت ، أو وكلت ، أو أسندت ، وينبغي أن يقترن بها ما يلحقها بالصرائح ولا يكاد يتضح^(١) فرق بين : وليتك القضاء ، وفوضته إليك •

قلت : الفرق واضح فإن قوله : وليتك متعين لجعله قاضياً ، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض • والله أعلم

وفيه أن عند المشافهة يشترط القبول على الفور ، وفي المراسلة والمكاتبة لا يشترط الفور ، وقد سبق في الوكالة خلاف في اشتراط القبول ، وأنه إذا اشترط ، فالأصح أنه لا يعتبر الفور فليكن هكذا هـ •

فرع

يجوز تعيين التولية وتخصيصها ، إما في الأشخاص بأن يوليه القضاء بين سكان محلة أو قبيلة ، أو في خصومات شخصين معينين ، أو ولاء القضاء بين من يأتيه في داره أو في مسجده من الخصوم ، وإما في الحوادث بأن يوليه القضاء في الأنكحة دون الأموال أو عكسه ، أو في قدر معين من المال ، وإما في طرف الحكم بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البينة أو عكسه ، وإما في الأمكنة وهو ظاهر ، وإما في الأزمنة بأن يوليه سنة أو يوماً معيناً ، أو يوماً سباسب من كل اسبوع • وحكى ابن كج وجهاً أنه إذا قال : وليتك سنة ، بطلت التولية كما في الإمامة ،

(١) في الأصل : يصح •

والمذهب الأول كالوكالة ، ولو كان كالإمامة ، لما جاز باقي التخصيصات .
ومن ولي القضاء مطلقاً ، استفاد سماع البينة والتحليف ، وفصل
الخصومات بحكم بات أو إصلاح عن تراض ، واستيفاء الحقوق
والحبس عند الحاجة والتعزير ، وإقامة الحدود ، وتزويج من ليس لها
ولي حاضر^(١) ، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء والنظر في
الضوال وفي الوقف حفظاً للأصول ، وإيضالاً للغلات^(٢) الى مصارفها
بالفحص عن حال المتولي إذا كان لها متول ، وبالقيام به إذا لم يكن .
قال الماوردي : ويعم نظره في الوقوف العامة والخاصة ، لأن الخاصة
ستنتهي الى العموم والنظر في الوضايا وتعيين المصروف إليه إن كانت
لجهة عامة بالقيام بها إن لم يكن وصي ، وبالفحص عن حاله إن كان ،
والنظر في الطرق ، والمنع من التعدي فيها بالأبنية ، وإشراع مالا يجوز
إشراعه قال القاضي أبو سعد الهروي : ونصب المقتين والمحتسبين وأخذ
الزكوات . وفصل الماوردي أمر الزكوات ، فقال : إذا أقام الإمام لها
ناظراً خرجت عن عموم ولاية القاضي ، والا فوجهان ، ويشبه أن يطرد
هذا التفصيل ، في المحتسبين ، وكذا القول في إقامة^(٣) صلاة الجمعة
والعيد ، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد ، وليس
للقاضي جباية الجزية والخراج بالتولية المطلقة على الأصح .

الطرف الثاني في العزل والانعزال وفيه مسائل :

الأولى : إذا جن ، أو أغمى عليه ، أو عمي ، أو خرس ، أو خرج
عن أهلية الضبط والاجتهاد لغفله أو نسيان لم ينفذ حكمه ، وكذا لو

(١) في نسخ الظاهرية : خاص .

(٢) في الأصل : للغات .

(٣) في الأصل : إمام .

فسق على الأصح ، فلو زالت هذه الأحوال ، ففي عود ولايته من غير تولية مستأنفة وجهان سبقا في كتاب الوصايا ، الأصح ، لا يعود ، وقطع السرخسي بعودها في صورة الإغماء • ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه ، فولى قاضياً ، ثم بان خلافه ، لم يقدر في تولية الثاني •

الثانية : في الحال الذي يجوز فيه عزله ، فإن ظهر منه خلل ، فلإمام عزله ، قال في « الوسيط » : ويكفي فيه غلبة الظن • وإن لم يظهر خلل ، نظر إن لم يكن من يصلح للقضاء ، لم يجوز عزله ، ولو عزله ، لم ينعزل ، وإن كان هناك صالح ، نظر إن كان أفضل منه ، جاز عزله وانعزل المفضل بالعزل ، وإن كان مثله أو دونه ، فإن كان في العزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوها ، فللإمام عزله به ، وإن لم يكن فيه مصلحة ، لم يجوز ، فلو عزله ، نفذ على الأصح مراعاة لطاعة السلطان ، ومتى كان العزل في محل النظر ، واحتتمل أن يكون فيه مصلحة ، فلا اعتراض على الإمام فيه ، ويحكم بنفوذه وفي بعض الشروح أن تولية قاض بعد قاض هل هي عزل للأول ؟ وجهان ، وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان •

فرع

هل ينعزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل ؟ قيل : قولان كالوكيل ، والمذهب القطع بأنه لا ينعزل قبله . لعظم الضرر في تقض^(١) أقضيته ، ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظاً ، أو كتب إليه : أنت معزول . أو عزلتك . فأما إذا كتب إليه : إذا أتاك كتابي هذا . فأنت معزول . فلا ينعزل قبل أن يصله الكتاب قطعاً ، وإن كتب إذا قرأت كتابي فأنت

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بعض .

معزول ، لم ينعزل قبل القراءة ، ثم إن قرأ بنفسه انعزل ، وكذا إن قرىء عليه على الأصح ، لأن الغرض إعلامه بصورة الحال . ولو كان القاضي أمياً وجوزناهُ ، فقرىء عليه ، فالانعزال أولى .

فرع

للقاضي أن يعزل نفسه ، كالوكيل وفي « الإقناع » للماوردي أنه إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم من قلده .

المسألة الثالثة : فيمن ينعزل بموت القاضي وانعزاله ، فينعزل به كل مأذون له في شغل معين ، كبيع على ميت أو غائب ، وسماع شهادة في حادثة معينة ، وأما من استخلفه في القضاء ، ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : ينعزل كالوكيل ، والثاني : لا ، للحاجة ، وأصحها ينعزل إن لم يكن القاضي مأذوناً له في الاستخلاف ، لأن الاستخلاف في هذا لحاجته ، وقد زالت بزوال ولايته ، وإن كان مأذوناً له فيه لم ينعزل إن كان قال : استخلف عني فامتثل ، وإن قال : استخلف عن نفسك ، أو أطلق ، انعزل ، ولو نصبه الإمام نائباً عن القاضي ، قال السرخسي : لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله ، لأنه مأذون له من جهة الإمام ، وفيه احتمال ، ويتخرج على هذا الخلاف أن القاضي هل له عزل خليفته .

فرع

القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء ، والمذهب الذي قطع به الأصحاب الجزم بأنهم لا ينعزلون بموت القاضي وانعزاله ، لثلاث تعطل أبواب المصالح وهم كالمتولي من جهة الواقف .

فرع

القضاة والولاة لا ينعزلون بموت الإمام الأعظم ، وانعزاله لشدة

الضرر في تعطيل الحوادث *

المسألة الرابعة إذا قال القاضي بعد الاعتزال : كنت حكمت لفلان بكذا لم يقبل إلا بينة ، وهل تقبل شهادته بذلك مع آخر ؟ وجهان قال الاصطخري : نعم ، والصحيح باتفاق الأصحاب المنع ، لأنه يشهد على فعل نفسه ، فعلى هذا لو شهد مع غيره أن حاكماً جائز الحكم حكم بكذا ، ولم يصف إلى نفسه ، قبلت شهادته على الأصح ، كما لو شهدت المرضعة برضاع محرم ، ولم يذكر فعلها . ووجه المنع أنه قد يريد نفسه ، فوجب البيان ، ليزول اللبس ، والوجهان مفرعان على أنه لو قامت البينة على حكم حاكم ، قبلت ولا يشترط تعيينه ، وهذا هو المذهب والمعروف ، وأشار بعضهم إلى وجه آخر ، فعلى هذا الوجه لا تقبل شهادة واحد منهما . ثم يجوز أن يقال : الوجهان فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهد على فعل نفسه ، فإن علم ، فهو كما لو أضاف . ويجوز أن يقال : هما إذا علم ، فإن لم يعلم قبل قطعاً لجواز إرادة غيره ، وعلى هذا الاحتمال لو شهد المعزول أن حاكماً حكم بكذا ، وشهد معه آخر أن المعزول حكم به ، وجب أن تقبل ، لأننا على هذا التقدير لانعتني إلا بتصحيح الصيغة .

قلت : الاحتمال الأول هو الصحيح . والتألم .

ولو شهد المعزول أنه ملك فلان ، أو أن فلاناً أقر في مجلس حكومي بكذا ، قبلت شهادته ، لأنه لم يشهد على فعله ، وقول القاضي في غير محل ولايته : حكمت لفلان بكذا ، كقول المعزول . وأما إذا قال قبل العزل : حكمت بكذا ، فيقبل لقدرته على الانشاء في الحال وحتى لو قال على سبيل الحكم : نساء القرية طوالق من أزواجهن ، قبل قوله ، ولا حاجة إلى حجة .

فرعان

ذكرهما الهروي ، أحدهما : قال القاضي المعزول : المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قضائي ليحفظه لزيد ، وقال الأمين : إنه لعمرى ، وما قبضته منك ، فالقول قول الأمين ، وإن وافقه على القبض منه ، فالقول قول القاضي . الثاني : يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضي هما اللذان شهدا عنده ، وحكم بشهادتهما ، لأنهما يشهدان على فعل القاضي . قال الأستاذ أبو ظاهر : وعلى هذا تفقحت ، وأدرت القضاة .

الخامسة : ليس على القاضي تتبع أحكام القاضي قبله ، لأن الظاهر منها السداد ، وله التتبع على أحد الوجهين ، واختاره الشيخ أبو حامد احتياطاً . وإذا جاءه متظلم على القاضي المعزول ، وطلب إحضاره ، لم يسارع إلى إجابته ، فقد يقصد ابتذاله ، بل يسأله عما يريد منه ، فإن ذكر أنه يدعي عليه عيناً ، أو دين معاملة ، أو إتلاف أو غصب ، أحضره ، وفصل خصومتها ، كغيرهما . ولو قال : أخذ مني كذا على سبيل الرشوة المحرمة ، أو أخذ مني مالاً بشهادة عبيد أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته ، ودفعه إلى فلان ، فكذلك الجواب ، لأن هذا الأخذ كالغصب ، وأما فلان الذي ادعى الدفع إليه ، فإن قال : أخذته بحكم المعزول لي ، لم يقبل قوله ، ولا قول المعزول له ، بل يحتاج إلى بينة تشهد على حكم المعزول له أيام قضاة ، وإن لم يكن بينة ، اتزاع منه المال ، وإن اقتصر على أنه لي ، ولم يتعرض الأخذ من المدعي لحكم المعزول ، فالقول قوله بيمينه ، ولو لم يتعرض المتظلم للأخذ ، بل قال : حكم علي بشهادة عبيد ونحوهما ، فقد حكى الغزالي وجهاً أن دعواه لاتسع ، ولا يصغى إليه وهذا الوجه خطأ لانعرفه لأحد من الأصحاب ، بل اتفق الأصحاب على أن دعواه مسوعة ، وبينته محكوم بها ، ولكن هل يحضر المعزول بمجرد دعواه وجهان : أصحابها

نعم كغيره ، والثاني : لا يحضره إلا بيينة تقوم بما يدعيه ، أو على إقرار المعزول بما يدعيه ، لأن الظاهر جريان أحكامه على الصواب ، فيكفي هذا الظاهر حتى تقوم بيينة بخلافه ، وعلى هذا فليس المراد أن البيينة تقام في غيبته^(١) ، ويحكم بها لكن الغرض أن يكون إحضاره ثبت فيقيم المدعي شهوداً يعرف القاضي بهم أن لدعواه أصلاً وحقيقة ، ثم إذا حضر المعزول ادعى المدعي ، وشهد الشهود في وجهه ، فإن أحضر بعد البيينة أو من غير بيينة ، فأقر ، طوب بمقتضاه ، وإن أنكر صدق يمينه على الأصح عند العراقيين والرويانى كالمودع وسائر الأمناء ، وقيل : يصدق بلا يمين ، وبه قال ابن القاص ، والاصطخري ، وصاحب « التقريب » والماوردي ، وصححه الشيخ أبو عاصم ، والبغوي . ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادعى عليه أنه قتل ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقف على بيينة ، وأنه إذا أنكر هل يحلف ؟ ولو ادعى على نائب المعزول في القضاء ، فهو كالدعوى على المعزول ، وأما أمناؤه الذين يجوز لهم أخذ الأجرة فلو حوسب بعضهم فبقي عليه شيء ، فقال : أخذت هذا المال أجرة علي ، فصدقه المعزول ، لم ينفعه تصديقه ، بل يسترد منه ما يزيد على أجرة المثل ، وهل يصدق يمينه في أجرة المثل ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، بل عليه البيينة بجريان ذكر الأجرة . والثاني : نعم ، لأن الظاهر أنه لا يعمل مجاناً . قال الإمام : والخلاف مبني على أن من عمل لغيره ولم يسم أجرة . هل يستحقها ؟

فرع

لو ادعى رجل على القاضي الباقي على قضائه ، نظر إن ادعى ما لا يتعلق بالحكم ، حكم بينهما خليفته أو قاضٍ آخر ، وإن ادعى ظلماً في الحكم ، وأراد تفريسه ، لم يمكن ، ولا يحلف القاضي ولا تفني

(١) في الاصل : عينية .

إلا البينة ، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور ، وأراد تغريمه ،
لأنهما أمينان شرعاً . ولو فتح باب تحليفهما لتعطل القضاء ، وأداء
الشهادة ، وكذا الحكم لو قال للقاضي : قد عزلت ، فأنكر وعن الشيخ
أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع هذا كسائر الأماناء إذا
ادعت حياتهم .

الباب الثاني في جامع آداب القضاء فيه اطراف :

الأول في آداب متفرقة وهي عشرة :

الأول : أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولاه القضاء ، ويذكر
فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به ، ويعظه فيه ، فإن كان يبعثه إلى
بلد آخر ، نظر إن كان بعيداً لا ينتشر الخبر إليه ، فليشهد شاهدين
على التولية على الوجه الذي تضمنه الكتاب ويقرآنه ، أو يقرؤه الإمام
عليهما ، فإن قرأ غير الإمام ، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه ، ثم
يخرج الشاهدان معه ، فيخبران بالحال هناك ، قال الأصحاب : وليس
هذا على قواعد الشهادات ، إذ ليس هناك قاض يؤدي عنده الشهادة .
ولو أشهد ولم يكتب ، كفى ، فإن الاعتماد على الشهود وإن كان
البلد قريباً ينتشر الخبر إليه ويستفيض ، فإن أشهد شاهدين يخرجان
معه كما ذكرنا ، فذاك ، وإلا ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهاً ، أحدهما :
المنع ، وبه قال أبو إسحاق ، لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة ، كالوكالة
والإجارة ، وأصحهما الاكتفاء ، وبه قال الاصطخري : إذ لم ينقل عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولا عن الخلفاء الإشهاد ، ومن
الأصحاب من أطلق الوجهين ، ولم يفرق بين البلد البعيد والقريب ،
ويشبه أن لا يكون خلاف ، ويكون التعويل على الاستفاضة ، ولا
يجوز اعتماد مجرد الكتابة بغير استفاضة ، ولا إشهاد هذا هو المذهب
وللفهوم من كلام الجمهور . وذكر الغزالي في اعتماده وجهين .

الأدب الثاني : إذا أراد الخروج إلى بلد قضائه ، سأل عن حال من فيه من العدول والعلماء ، فإن لم يتيسر ، سأل في الطريق حتى يدخل على علم بحال البلد ، فإن لم يتيسر ، سأل حين يدخل ، ويستحب أن يدخل يوم الاثنين •

قلت : قال الأصحاب : فإن تعسر يوم الاثنين فالخمس ، وإلا فالسبت ، والله أعلم •

وأن يكون عليه عمامة سوداء ، فقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء ، وأن ينزل في وسط البلد أو الناحية ، لئلا يطول الطريق على بعضهم ، وإذا دخل ، فإن رأى أن يشغل في الحال بقراءة العهد ، فعل ، وإن رأى أن ينزل منزله ، ويأمر منادياً ينادي يوماً فأكثر أو أقل على حسب صغر البلد أو كبره أن فلاناً جاء قاضياً ، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد ، فمن أحب ، فليحضر ، فإذا اجتمعوا ، قرأ عليهم العهد ، وإن كان معه شهود ، شهدوا ثم ينصرف إلى منزله ، ويستحضر الناس ، ويسألهم عن الشهود والمركين سراً وعلانية • قال الأصحاب : ويتسلم ديوان الحكم وهو ما كان عند القاضي قبله من المحاضر والسجلات ، وحجج الأيتام والأوقاف ، وحجج غيرهم المودعة في الديوان ، لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية ، وقد انتقلت الولاية إليه ، ثم إذا أراد النظر في الأمور نظر أولاً في المحبوسين هل يستحقونه أم لا ؟ ويأمر قبل أن يجلس للنظر فيهم من ينادي يوماً فأكثر على حسب الحاجة أن القاضي ينظر في المحبوسين يوم كذا ، فمن له محبوس ، فليحضر ، ويبعث إلى الحبس أميناً ليكتب اسم كل محبوس وما حبس به ، ومن حبس له في رقعة • وذكر القاضي أبو الطيب أنه يبعث أمينين وهو أحوط • فإذا جلس في اليوم الموعود ، وحضر الناس ، صبت الرقاع بين يديه ، فيأخذ رقعة

وينظر في الاسم المثبت فيها ، ويسأل عن خصمه فمن قال : أنا خصمه .
بعث معه ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويحضره ، وهكذا يحضر من
المحبوسين من يعرف أن المجلس يحتفل النظر في أمرهم وفي « أمالي »
السرخسي أنه يقرع بينهم للابتداء . وإذا اجتمع عنده المحبوس وخصمه ،
سأل المحبوس عن سبب حبسه ، وجوابه يفرض على وجوده . منها أن
يعترف أنه حبس بحق ، فإن كان ما حبس به مالا ، أمر بأدائه ، فإن
قال : أنا معسر ، فعلى ما سبق في التفليس ، فإن لم يؤد ولم يثبت
إعساره ، رد إلى الحبس ، وإن أدى أو ثبت إعساره نودي عليه ،
فعل له خصما آخر ، فإن لم يحضر أحد خلي ، وإن كان ما حبس به
خدأ ، أقيم عليه ، وخلي كما ذكرناه . ومنها أن يقول : شهدت على
بينة ، فحبسني القاضي لبحث عن حال الشهود ، ففي جواز الحبس
بهذا السبب خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : لا يحبس به ،
أطلقه ، وإلا رده ، وبحث عن حال الشهود ، ومنها أن يقول : حبست
بخسر أو كلب أتلفته على ذمي ، وهذا القاضي لا يعتقد التغيريم بذلك ،
فالأظهر أنه يمضيه ، والثاني : يتوقف ، ويسعى في اصطلاحهما على
شيء . ومنها أن يقول : حبست ظلماً ، فإن كان الخصم معه ، فعلى
الخصم البينة ، ويصدق المحبوس بيمينه ، فإن ذكر خصماً غائباً ،
فقليل : يطلق قطعاً ، والأصح أنه على وجهين ، فإن قلنا : لا يطلق حبس ،
أو يؤخذ منه كليل ، ويكتب إلى خصمه في الحضور ، فإن لم يفعل ،
أطلق حينئذ ، وإن قال : لا خصم لي أصلاً ، أو قال : لا أدري فيم
حبست ، نودي عليه لطلب الخصم ، فإن لم يحضر أحد ، حلف وأطلق
قال في « الوسيط » : وفي مدة المناداة لا يحبس ، ولا يخلى بالكلية ،
بل يرتقب ، وحيث أطلق الذي ادعى أنه مظلوم لا يطالب بكليل على الأصح .

فرع

لو كان قد حبسه الأول تعزيراً^(١) قال الغزالي : أطلقه الثاني ، ولم يتعرض الجمهور لهذا ، فإن بات جنايته عند الثاني ، ورأى إدامه حبسه ، فالقياس الجواز .

فرع

فإذا فرغ من المحبوسين ، نظر في الأوصياء ، فإذا حضر من ادعى أنه وصي ، بحث الحاكم عن شئنين أحدهما أصل الوصاية ، فإن أقام بينة أن القاضي المزعول نفذ وصايته ، وأطلق تصرفه ، قرره ، ولم يعزله إلا أن يطرأ فسقه ونحوه وينعزل ، فينزح المال منه ، وإن شك في عدالته فوجهان ، قال الاصطخري : يقر^(٢) المال في يده ، لأن الظاهر الأمانة ، وقال أبو إسحاق : ينتزعه حتى تثبت عدالته ، وإن وجده ضعيفاً ، أو كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه ، والتصرف فيه ، ضم إليه من يعينه ، والثاني تصرفه في المال ، فإن قال : فرقت ما أوصى به ، نظر إن كانت الوصية لمعينين ، لم يتعرض له ، لأنهم يطالبون إن لم يكن وصلهم ، وإن كانت لجهة عامة ، فإن كان عدلاً أمضى تصرفه ولم يضمه ، وإن كان فاسقاً ، ضمنه لتعديده بالتفريق بغير ولاية صحيحة ، ولو فرق الثلث الموصى به غير الوصي خوفاً عليه من أن يضيع ، نظر إن كانت الوصاية لمعينين ، وقع الموقع ، لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة ، وإلا فيضمن على الأصح .

فرع

ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال ،

(١) في الأصل : تقريراً .

(٢) في نسخ الظاهرية : « هذا » بدل « يقر » .

وتفرقة الوصايا ، فمن تغير حاله بنسق أو غيره ، فعلى ما ذكرناه في الأوصياء ومن لم يتغير حاله ، أقره ، قال الروياني : وله أن يعزله ويولي غيره بخلاف الأوصياء ، لأن الأمين يولى من جهة القاضي بخلاف الوصي .

فرع

ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها ، وفي اللقط والضوال ، فما لا يجوز تملكه للملتقط ، أو يجوز ولم يختر تملكه بمد الحول ، حفظه على صاحبه ، أو باعه ، وحفظ ثمنه لمصلحة المالك ، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال ، وله أن يخلطها^(١) بمثلها . فإذا ظهر المالك ، غرم له من بيت المال .

فرع

ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم ، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمات استخلف من ينظر في تلك الحالة أو فيما هو فيه .

الأدب الثالث : يرتب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب والمزكين والمترجمين ، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجلات ، والكتب الحكيمية ، لأن القاضي لا يتفرغ لها غالباً . ويشترط في الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتبه من المحاضر وغيرها ، وأن يكون مسلماً عدلاً . وفي « المهذب » وجه أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط بل مستحبان ، لأن القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه ، وليس بشيء . ويستحب أن يكون ققيماً وافر العقل ، غنياً عن الأطماع ، جيد الخط ،

(١) في الأصل : يحفظها .

ضابطاً للحروف ، وأن يجلسه القاضي بين يديه ليسلي عليه ، ويشاهد ما يكتبه . وأما المزكون فسيأتي فيهم فصل مفرد إن شاء الله تعالى . وأما المترجمون ، فللحاجة إلى معرفة كلام من لا يعرف القاضي لغته من خصم أو شاهد ، ويشترط في المترجم التكليف والحرية والعدالة ، لأنه ينقل إلى القاضي قولاً لا يعرفه ، فأشبهه الشاهد والمزكي بخلاف الكاتب ، ولهذه العلة شرطنا العدد فيه وفي المزكي . قال الأصحاب : فإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين ، قبلت الترجمة من رجلين أو من رجل وامرأتين ، وانفرد الإمام باشتراط رجلين ، واختاره البغوي لنفسه . وأما النكاح والعق وسائر مالا يثبت إلا برجلين ، فيشترط في ترجمته^(١) رجلان ، وفي الزنا هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة ؟ قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا ، وقيل : يكفي رجلان قطعاً ، ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان أم يشترط لكل مترجمان ؟ قولان كشهود الفرع ، وبالأول قطع العبادي في «الرقم» ، ويجوز أن يكون المترجم أعشى على الأصح ، لأنه يفسر اللفظ ، ولا يحتاج إلى معاينة وإشارة بخلاف الشهادة ، وإذا كان بالقاضي صمم ، واحتاج إلى من يسمعه فتلاثة أوجه أصحها : يشترط العدد بالمترجم ، والثاني : لا ، لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم ، والحاضرون بخلاف المترجم . والثالث : إن كان الخصمان أصميين ، اشترط ، لأن غيرهما لا يعتني اعتناءهما ، وإن كانا سميعين ، فلا . فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي ، وما يقوله الخصم ، فحكى الروياني عن القفال ، أنه لا يشترط فيه العدد ، وإذا شرطنا العدد ، اشترط لفظ الشهادة على الأصح ، فيقول : أشهد أنه يقول كذا ، ومن منع ، قال : ليست بشهادة محققة ، وإذا لم يشترط العدد ، اشترطت الحرية على الأصح ، كهلال رمضان ،

(١) في الأصل : ترجمة .

ولا يسلك به مسلك الروايات وليجري الخلاف في لفظ الشهادة والحرية مع بعده من المترجم^(١) ، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسراع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم .

فرع

إذا لم يجد القاضي كفاية ، فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال ليتفرغ للقضاء ، وإن وجدها وتعين عليه ، لم يجز أخذ شيء ، وإلا فيجوز . ويستحب ترك الأخذ ، ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء ، وفي فتاوى القاضي حسين وجه أنه يجوز^(٢) ، والمذهب الأول وبه قطع الجمهور ، وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال شيئاً مع رزق القاضي لشن ورق المحاضر والسجلات ، ولأجرة الكاتب ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أو احتيج إليه لما هو أهم ، فإن أتى المدعي بورقة ثبت فيها خصومته وشهادة الشهود ، وبأجرة الكاتب ، فذاك ، وإلا فلا يجبر عليه ، لكن يعلمه القاضي أنه إذا لم يثبت ما جرى ، فقد تنسى شهادة الشهود وحكم نفسه ، وليكن رزق القاضي بقدر كفايته وكفاية عياله على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرها ، وكذا الإمام يأخذ لنفسه ما يليق به من الخيل والعلمان ، والدار الواسعة ، ولا يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ، لأنه قد بعد العهد بزمان النبوة التي كانت سبب النصر والقاء الرعب والهيبة في القلوب ، فلو اقتصر الإمام اليوم على ذلك ، لم يطع ، وتعطلت الأمور . ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه ، أو رزقه أهل ولايته ، أو واحد منهم فالذي خرجه صاحب « التلخيص » أنه لا يجوز له قبوله ، وقد سبق في الأذان أنه يجوز أن يكون رزق المؤذن

(١) في نسخ الظاهرية : في المترجم .

(٢) في الأصل : لا يجوز .

من مال الإمام ، أو أحد الرعية ، ويجوز أن يفرق بأن ذلك لا يورث تهمة وميلاً في المؤذن بخلاف القاضي ، وكما يرزق الإمام القاضي من بيت المال يرزق أيضاً من يرجع مصلحة عمله إلى عامة المسلمين كالأمير والمفتي والمحتسب ، وإمام الصلاة والمؤذن ، ومن يعلم الناس القرآن ، ومن يقيم الحدود والقاسم ، وكاتب الصكوك ، فإن لم يكن في بيت الملك شيء ، لم يعين قاسماً ولا كاتباً لئلا يغالي بالأجرة وألحق بهؤلاء المقوم ، وفي المترجم وجهان ، أصحهما : يرزق من بيت المال كهؤلاء ، والثاني : لا ، كالوكيل قاله ابن القاص ، وأبو زيد ، وعلى هذا فمؤنة ما يترجم به للسدعي عليه على المدعى عليه ، والمسجع كالمترجم ، ففي مؤنته الوجهان ، وهما جاريان في المزكي ، والقول في الشاهد يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى .

الأدب الرابع : يستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً بارزاً نزهاً لا يؤذي فيه حر ولا برد وريح وغبار ودخان ، فيجلس في الصيف حيث يليق به ، وكذا في الشتاء وزمن الرياح ، واستحب أبو عبيد بن حريبه وغيره من الأصحاب أن يكون موضع جلوسه مرتفعاً كدكة ونحوها ليسهل عليه النظر إلى الناس ، وعليهم المطالبة ، وحسن أن يوطأ له الفراش ، وموضع الوسادة ، ليعرفه الداخل ، ويكون أهيب عند الخصوم ، وأرفق بالقاضي لئلا يمل ، والمستحب أن يكون مستقبل القبلة ، ولا يتكئ ، ويستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء ، فإن اتخذ ، كره على الأصح ، لأنه ينزه عن رفع الأصوات ، وحضور الحيض ، والكفار والمجانين وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء ، والثاني : لا يكره كما لا يكره الجلوس فيه لتعليم القرآن وسائر العلوم والإفتاء ، وإذا أثبتنا الكراهة ، فهي في إقامة الحد أشد ، وكراهة اتخاذه مجلساً للقضاء كراهة تنزيهه ، فإن ارتكبها لم يمكن الخصوم من

الاجتماع فيه والمشاتمة ونحوها ، بل يقعدون خارجة ، وينصب من يدخل خصمين خصمين ، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها ، فلا بأس بفصلها ، وإذا جلس للقضاء ولا زحمة ، كره أن يتخذ حاجباً على الأصح ، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الصحيح .

الأدب الخامس : يكره أن يقضي في كل حال يتغير فيه خلقه ، وكمال عقله لغضب أو جوع أو شبع مفترطين أو مرض مؤلم ، وخوف مزعج ، وحزن وفرح شديد ، وغلبة نعاس أو ملال أو مدافعة أحد الأخصيين ، أو حضور طعام يتوق إليه ، ثم قال الإمام واليغوي وغيرهما : الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى ، وظاهر كلام آخرين أنه لا فرق ، ولو قضى في هذه الحال ، نفذ .

فصل

إذا أقر المدعى عليه أو نكل ، فحلف المدعي ، ثم يسأل المدعي القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو نكل ، وحلف المدعي ، لزمه إجابته . ولو أقام بينة بما ادعاه ، وسأل القاضي الإشهاد عليه ، لزمه أيضاً في الأصح ، ولو حلف المدعى عليه ، وسأله الإشهاد ليكون حجة له ، فلا يطالبه مرة أخرى ، لزمه إجابته ، وإن سأله أحد المتداعين أن يكتب له محضراً بما جرى ليحتج به إذا احتاج ، نظر إن لم يكن عنده قرطاس من بيت المال ، ولم يأت به الطالب ، لم يلزمه إجابته وإن كان فهل يجب أم يستحب ؟ وجهان أصحهما : الاستجاب ، لأن الحق يثبت بالشهود لا بالكتاب ، وإن طلب أن يحكم له بما ثبت ، لزمه الحكم ، فيقول : حكمت له به ، أو أتفنت الحكم به ، أو ألزمت خصمه الحق ، وإذا حكم ، فطلب الإشهاد على حكمه ، لزمه الإشهاد ، وإن طلب أن يكتب له به سجلاً ، فعلى التفصيل والخلاف المذكور في كتابة

المحضر ، ونقل ابن كج وجهاً ثالثاً أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل والوقوف وأموال المصالح ، فلا يجب في الحال والحقوق الخاصة ، وسواء أوجبنا الكتابة أم استحبينها ، فيحتاج إلى بيان المكتوب ، وأنه كيف يضبط ويحفظ ، أما الأول ، فالمكتوب محضر وسجل ، أما المحضر ، فصورته ، بسم الله الرحمن الرحيم حضر القاضي فلان ابن فلان ، وأحضر معه فلان ابن فلان ، ويرفع في نسبهما ما يفيد التمييز ، وهذا إذا عرفهما القاضي ، ويستحب مع ذلك التعرض لحليتهما طولاً وقصراً في القد، وسمرة وشقرة في الوجه، ويصف منهما الحاجب والعين والنم والأنف . وإن لم يعرفهما ، كتب : حضر رجل ذكر أنه فلان ابن فلان ، وأحضر معه رجلاً ذكر هذا المحضر أنه فلان ابن فلان ابن فلان ، ولا بد والحالة هذه من التعرض لحليتهما ، ثم يكتب : وادعى عليه كذا من عين أو دين بصفتهما ، فأقر المدعى عليه بما ادعى ، فإن أنكر ، وأقام المدعي بينة كتب ، فأحضر المدعي فلاناً وفلاناً شاهدين ، وسأل القاضي استماع شهادتهما ، فسمعها في مجلس حكمه ، وثبت عنده عدالتهما ، وسأله أن يكتب محضراً بما جرى ، فأجابه إليه ، وذلك في تاريخ كذا ، ويثبت على رأس المحضر علامته من الحمدلة وغيرها، ويجوز أن ييهم الشاهدين فيكتب : وأحضر عدلين شهدا له بما ادعاه ، ولو كان مع المدعي كتاب فيه خط الشاهدين ، كتب تحت خطهما : شهد عندي بذلك ، وأثبت علامته في رأس الكتاب ، واكتفى به عن المحضر ، جاز ، وإن كتب المحضر ، وضمنه ذلك الكتاب ، جاز ، وعلى هذا قياس محضر يذكر تحليف المدعى عليه أو المدعي بعد نكول المدعى عليه .

وأما السجل ، فصورته : بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا في تاريخ كذا أنه ثبت عنده كذا ، فأقر فلان لفلان، أو بشهادة فلان وفلان، وقد ثبتت عدالتهما عنده، أو يمينه .

بعد نكول المدعى عليه ، وأنه^(١) حكم بذلك لفلان على فلان ، وأنفذه
 بسؤال المحكوم له . ويجوز أن يكتب : ثبت عنده ما في كتاب هذه
 نسخه ، وينسخ الكتاب إلى آخره ، ثم يكتب : وانه حكم بذلك
 وكيفية التعرض لنسب المتداعين وحليتهما على ما ذكرنا في المحضر .
 وفي تعليق الشيخ أبي حامد أن ابن خيران لم يجوز للقاضي التسجيل
 إذا لم يعرف المتداعين ، والصحيح الأول ، وإذا كان المتداعيان ، أو
 أحدهما امرأة ، واحتاج إلى إثبات الحلية ، فليكن النظر لذلك ، كالتحمل
 للشهادة ، وأما أنه كيف يضبط ويحفظ ، فينبغي للقاضي أن يجعل
 المحاضر والسجلات نسختين يدفع إلى صاحب الحق إحداهما غير
 مختومة ، وتحفظ الأخرى في ديوان القضاء مختومة ، ويكتب على
 رأسها اسم الخصمين ، ويضعها في خريطة أو قمطر ، وهو السقف
 الذي يجمع فيه المحاضر والسجلات ، ويكون بين يديه إلى آخر
 المجلس ، فإذا أراد أن يقوم ، ختمه بنفسه ، أو ختمه أمين وهو ينظر ،
 ثم أمر بحمله إلى موضعه ، ثم يدعو به في اليوم الثاني وينظر في الختم ،
 ويفكه بنفسه أو يفكه^(٢) أمينه ، وهو ينظر ويضع فيه كتب اليوم
 الثاني كما ذكرنا ، وهكذا يفعل حتى يمضي الأسبوع ، فإن كثرت ،
 جعلها إضبارة وكتب عليها : خصوصات أسبوع كذا من شهر كذا من سنة
 كذا وسجلاته ، وعزلها . وإن لم يكتب ، تركها حتى يمضي شهر ، ثم
 يعزلها ، فإذا مضت سنة ، جمعها ، وكتب عليها : كتب سنة كذا ليسهل
 الوقوف عليها عند الحاجة ، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره ، وإذا
 احتاج إلى شيء منها تولى أخذه بنفسه ، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته .

فرع

قال الهروي : إن أوجبنا التسجيل على القاضي ، لم يجوز له أخذ

(١) في الأصل : وأن .

(٢) في الأصل : يفكينه .

الأجرة عليه ، وإلا فيجوز . وأطلق بعضهم القول بالجواز ، وهو موافق لمنع الوجوب ، وهو الأصح ، وكذا استجوار المفتي ليكتب الفتوى .

الأدب السادس : يستحب للقاضي المشاورة وإنما يشاور العلماء الأئمة ، ويستحب أن يجمع أصحاب المذاهب المختلفة ليذكر كل واحد دليله فيتأملها القاضي ويأخذ بأرجحها عنده ، ثم الذين يشاورهم إن شاء أقعدهم عنده ، وإن شاء أقعدهم ناحية ، فإذا احتاج استدعاهم .

قلت : الأول أولى . والله أعلم

ثم المشاورة تكون عند اختلاف وجوه النظر ، وتعارض الآراء ، فأما الحكم المعلوم بنص أو إجماع [أو] قياس جلي ، فلا مشاورة فيه وإذا حضر المستشارون ، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم ولا يبتدئون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى ، وذكر الغزالي أنهم يحضرون قبل خروجه ، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة .

[الأدب] السابع : يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه ، بل يوكل من لا يعرفه الناس ، فإن عرفوه بوكالته أبدله ، فإن لم يجد من يوكله ، عقد بنفسه للضرورة ، فإن وقعت خصومة لمعاملة ، أناب من يحكم بينه وبين خصمه خوفاً من أن يميل إليه ، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء ، بل يعم الإجارة وسائر المعاملات ، بل نص في « الأم » أنه لا ينظر في ثقة عياله ولا أمر ضيعته ، ويكل إلى غيره ليتفرغ قلبه .

فصل

يحرم على القاضي الرشوة ، ثم إن كان له رزق في بيت المال ، لم يجز أخذ عوض من الخصوم ، فإن لم يكن ، فقال الشيخ أبو حامد :

لو قال للخصمين : لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً ، جاز ، ومثله عن القاضي أبي الطيب وغيره ، وهذا نحو ما نقل الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال وهو محتاج ، ولم يتعين عليه القضاء ، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله ، وإن تعين ، قال أصحابنا : لا يجوز الأخذ وجوزه صاحب « التقريب » وأما باذل الرشوة ، فإن بذلها ليحكم له بغير الحق ، [أو يترك الحكم بحق] حرم عليه البذل ، وإن كان ليصل إلى حقه ، فلا يحرم كفداء الأسير .

قلت : وأما المتوسط بين المرتشي والراشي ، فله حكم موكله منهما ، فإن وكلا ، حرم عليه ، لأنه وكيل للأخذ وهو محرم عليه .
والله أعلم

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها ولا يقبلها ، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال ، حرم قبول هديته في محل ولايته ، وهديته في غير محل ولايته ، كهدية من عاداته أن يهدى [له] قبل الجولاية لتقربة أو صداقة ولا يحرم قبولها على الصحيح ، وحكى ابن الصباغ في تحريمها وجهاً وهو [مقتضى] إطلاق الماوردي ، وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية^(١) ، فإن زاد المهدي على القدر المعهود ، صارت هديته كهدية من لم يعهد منه الهدية ، وحيث حكمنا بأن القبول ليس بحرام ، فله الأخذ والتملك ، والأولى أن يثبت عليها أو يضعها في بيت المال ، وحيث قلنا بالتحريم ، فقبلها ، لم يملكها على الأصح ، فعلى هذا لو أخذها ، قيل : يضعها في بيت المال ، والصحيح أنه يردها على مالِكها ، فإن لم يعرفه ، جعلها في بيت المال .

(١) على هامش إحدى نسخ الظاهرية ما نصه : سقط تمام الفصل فيمن ليس له عادة بالهدية ، ولم يصح المصنف على هذه التخريجة .

فرع

قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقاً، والهدية جائزة في بعض الأحوال، فيطلب الفرق بين حقيقتيهما مع أن الباذل راض فيهما ، والفرق من وجهين ، أحدهما ذكره ابن كحج : أن الرشوة هي التي يشترط على قابلها الحكم بغير الحق ، أو الامتناع عن الحكم بحق ، والهدية : هي العطية المطلقة . والثاني قال الغزالي في « الإحياء » : المال إما يبذل لغرض آجل فهو قرينة وصدقة ، وإما لعاجل ، وهو إما مال ، فهو هبة بشرط ثواب ، أو لتوقع ثواب ، وإما عمل ، فإن كان عملاً محرماً ، أو واجباً متعيناً ، فهو رشوة ، وإن كان مباحاً فإجارة أو جعالة ، وإما للتقرب والتودد إلى المبدول له ، فإن كان بمجرد نفسه ، فهدية ، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد ، فإن كان جاهه بالعلم أو النسب ، فهو هدية ، وإن كان بالقضاء والعمل ، فهو رشوة .

[الأدب] الثامن : في تأديبه المسيئين عن أساء الأدب في مجلسه من الخصوم بأن صرح بتكذيب الشهود ، أو ظهر منه مع خصمه لدد ، أو مجاوزة حد ، زجره ونهاه ، فإن عاد ، هدده وصاح عليه ، فإن لم ينزجر ، عزره بما يقتضيه اجتهاده من توبيخ وإغلاظ القول ، أو ضرب وحبس ، ولا يحبسه بمجرد ظهور اللدد ، وعن الاصطخري أنه على قولين . وفي « يتيمة اليتيمة » أنه إنما يضربه بالدرة دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأنه الحدود . وهذا الذي ادعاه غير مقبول ، بل الضرب بالسياط جائز في غير الحدود ، ألا ترى أن لفظ الشافعي رحمه الله في تعزير القاضي شاهد الزور حيث قال : عزره ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً . ومثال اللدد أن تتوجه اليمين على الخصم ، فيطلب يمينه ، ثم يقطعها عليه ، ويزعم أن له بينة ، ثم يحضره ثانياً وثالثاً ، ويفعل كذلك ، وكذا

لو أحضر رجلاً ، وادعى عليه وقال : لي بينة وسأحضرها ، ثم فعل ذلك ثانياً وثالثاً إيذاءً وتعنتاً . ولو اجترأ خصم على القاضي وقال : أنت تجور أو تميل ، أو ظالم ، جاز أن يعززه وأن يعفو ، والعفو أولى إن لم يحمل على ضعفه ، والتعزير أولى إن حمل عليه .

فرع

شهادة الزور من أكبر الكبائر ، ومن ثبت أنه شهد بزور ، عزره القاضي بما يراه من توييح وضرب وجس ، وشهر حاله ، وأمر بالنداء عليه في سوقه إن كان من أهل السوق ، أو قبيلته إن كانت له قبيلة ، أو مسجده تحذيراً للناس منه ، وتأكيداً لأمره ، وإنما تثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد إن تيقن القاضي ، بأن شهد أن فلاناً زنى بالكوفة يوم كذا ، وقد رآه القاضي ذلك اليوم ببغداد . هكذا أطلقه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى ، ولم يخرجوه على أن القاضي [هل] يحكم بعلمه ، ولا يكفي قيام البينة بأنه شاهد زور ، فقد تكون هذه بينة زور .

[الأدب] التاسع : لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه ، ولا لمملوكه القن وغيره القن ، ولا لشريكه فيما له فيه شرك ، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شرك ، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علوا ، ولا فروعهم وإن نزلوا ، ولا لمملوك أحدهم ، ولا لشريكه ، فإن فعل ، لم ينفذ على الصحيح . ولو أراد أن يقضي لهم بعلمه ، لم ينفذ قطعاً ، وإن جوزنا قضاءه بعلمه للأجانب ، ويجوز أن يقضي على أصوله وفروعهم ، كما يشهد عليهم . وفصل البغوي الحكم للولد وعليه ، فقال : له أن يحلف ابنه على نفي ما يدعى عليه ، لأنه قطع للخصومة لا حكم له ، وله أن يسمع بينة المدعي

على ابنه ، ولا يسمع بينة الدفع من ابنه ، وهل له أن يحكم بشهادة ابنه ؟ وجهان ، لأنه يتضمن تعديله ، فإن عدله شاهدان ، فالتجّه أنه يقضي ، ولو تحاكم إليه أبوه وابنه ، هل له الحكم لأحدهما ؟ وجهان في «المهذب» أصحهما : لا ، وبه قطع البغوي . ومتى وقعت له خصومة ، أو لأحد هؤلاء الذين يسنح حكمه لهم ، قضى فيها الإمام ، أو قاضي بلدة أخرى ، أو نائبه ، وفي النائب وجه ضعيف .

قلت : قال البغوي : وللقاضي أن يستخلف أباه أو ابنه ، لأنهما كنفسه . قال : ولو جعل الإمام إلى رجل أن يختار قاضياً ، لم يجوز أن يختار والده ولا ولده ، كما لا يختار نفسه ، وسيأتي قريباً في مسائل التزكية أنه لا يصح تزكية ولد ولا والد على الصحيح . والله أعلم

فرع

لا يقضي على عدوه على الصحيح ، وبه قطع الجمهور ، كالشهادة عليه ، وجوزه الماوردي في كتابه « الأحكام السلطانية » لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة .

فرع

تولى وصي اليتيم القضاء هل له أن يسمع البينة ويحكم له ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه قال القفال ، ومنعه ابن الحداد .

[الأدب] العاشر : فيما ينقض من قضائه وقضاء غيره ، وذلك يتعلق بقواعد ، إحداهما الأصول التي يقضي بها القاضي ، ويفتي بها المفتي كتاب الله تعالى ، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والإجماع ، والقياس ، وقد يقتصر على الكتاب والسنة ، ويقال : الإجماع يصدر عن أحدهما ، والقياس يرد إلى أحدهما . وأما قول الواحد من الصحابة رضي الله عنهم ، فإن لم ينتشر فيهم ، فقولان : القديم أنه حجة ، والجديد

ليس بحجة ، ثم قال أبو بكر الصيرفي والقفال القولان إذا لم يكن معه قياس ، فإن كان معه قياس ولو ضعيف احتج به قطعاً ، ورجح على القياس القوي ، وقال الأكثرون في الجميع القولان ، فإن قلنا بالقديم ، وجب الأخذ به ، وترك القياس ، وفي تخصيص العموم به وجهان ، وإن قلنا بالجديد ، فهو كقول آحاد المجتهدين ، لكن لو تعارض قياسان أحدهما وافق قول صحابي ، قال الغزالي : قد تميل نفس المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده .

قلت : قد صرح الشيخ أبو إسحاق في « اللع » وغيره من الأصحاب بالجزم بالأخذ بالموافق . والله أعلم

وإن اتشرو قول الصحابي ، فله ثلاثة أحوال ، أحدها : أن يخالفه غيره ، فعلى الجديد هو كاختلاف سائر المجتهدين ، وعلى القديم هما حجتان تعارضتا ، فإن اختص أحد الطرفين بكثرة عدد ، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، ترجح ، نص عليه في القديم في غير علي وألحق الجمهور بهم علياً ، ومنهم من لم يلحقه ، لأن الثلاثة كانوا في دار الهجرة والصحابة متوافرون ، وكانوا في حكمهم وفتواهم يتشاورون ، وعلي رضي الله عنه اتقل إلى الكوفة ، وتفرقت الصحابة . وإن لم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين ، أو وجد في أحدهما أحدهما ، وفي الآخر الآخر ، فهما سواء . ولو كان في أحدهما أبو بكر أو عمر ، وفي الآخر عثمان أو علي رضي الله عنهم ، فهل يستويان ، أم يرجح طرف الشيخين ؟ وجهان . ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين ، فيستويان في وجه ، ويقدم طرف أبي بكر رضي الله عنه في وجه .

الحال الثاني : أن يوافقه سائر الصحابة رضي الله عنهم ، ويقولوا بما قاله ، فهذا إجماع منهم على الحكم ، ولا يشترط فيه انقراض عصر

المجمعين على الأصح ، ولا يتمكن أحدهم من الرجوع ، بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجة عليهم ، كما هو حجة على غيرهم .

الحال الثالث : أن يسكتوا ، فلا يصرحوا بموافقته ولا مخالفته فاختار الغزالي في « المستصفي » أنه ليس بحجة ، والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب أنه حجة ، لأنهم لو خالفوه ، لاعترضوا^(١) عليه ، لكن هل هو إجماع أم حجة غير إجماع ؟ وجهان ، قال الروياني : هذا إذا لم يظهر أمارات الرضى ممن سكت ، فإن ظهرت فإجماع بلا خلاف ، قالوا : والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة أو إجماعاً ، وهل يفرق في كونه حجة وإجماعاً بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى ، أو حكماً من إمام أو قاض ؟ فيه طرق قال ابن أبي هريرة : فإن كان فتوى ، فحجة ، وإن كان حكماً ، فلا ، لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب ، ولعل السكوت لذلك . وقال أبو إسحاق عكسه ، لأن الحكم يصدر عن مشاورة ومراجعة ، وقال الأكثرون : لافرق ، وكانوا يعترضون على الإمام كغيره ، فقد خالفوا أبا بكر رضي الله عنه في الحد ، وعمر رضي الله عنه في المشركة . ومختصر هذا الاختلاف أوجه ، الصحيح أنه حجة ، والثاني حجة وإجماع ، والثالث ليس بحجة ، والرابع من المفتي حجة ، ومن الحاكم لا ، الخامس عكسه هذا إذا نقل السكوت ، أما إذا لم ينقل قول ولا سكوت ، فيجوز أن لا يلحق بهذا ، ويجوز أن يستدل به على السكوت .

مت : المختار أن عدم النقل كقول السكوت ، لأنه الأصل والظاهر . والتأعلم

(١) في الأصل : واعترضوا .

القاعدة الثانية : اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس ،
والأقرب إلى كلام الشافعي رحمه الله أن القياس نوعان جلي وغيره ،
وأما الجلي ، فهو الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتهي
احتمال مفارقتها ، أو يبعد ، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في
قوله تعالى : (فلا تقل لهما أف) وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى :
(فمن يعمل مثقال ذرة) الآية ، و [ما فوق] النقيض بالنقيض في قوله تعالى : (ولا
يظلمون نقيراً) ونظائره ، فإن فروع هذه الأحكام أولى من الأصول ،
وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياساً ، ويقول : هذه الإلحاقيات مفهومة
من النص ، ويقرب من هذا إلحاق العمياء بالعوراء في حديث النهي عن
التضحية بالعوراء وسائر الميتات بالفأرة ، وغير السمن بالسمن في حديث
« الفأرة تقع بالسمن إن كان مائعاً فأريقوه ، وإن كان جامداً فألقوها
وما حولها » والغائط بالبول في قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يبولن
أحدكم في الماء الدائم » ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة كحديث
« إنما نهيتكم من أجل الدافة » وكذا قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد
أفضى بعضكم إلى بعض) وأما غير الجلي فما لا يزيل احتمال المفارقة
ولا يبعده كل البعد ، فمنه ما العلة فيه مستنبطة ، كقياس الأرز على
البر بعله الطعم ، وقال ابن القاص : هو من الجلي ، والصحيح الأول ،
ومنه قياس الشبه ، وهو أن يشبه الحادثة أصليين إما في الأوصاف الموجودة
يشارك كل واحد من الأصليين في بعض المعاني والأوصاف الموجودة
فيه ، وإما في الأحكام كالبعد يشارك الحر في بعض الأحكام والمال
في بعضها ، فيلحق بها المشاركة فيه أكثر ، وربما سمي قياس الشبه خفياً
والذي قبله غير الجلي واضحاً ، وربما خص الجلي ببعض الأول ، وهو
ما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل .

قلت : واختلف أصحابنا في صحة قياس الشبه ، وأنه هل هو
حجة . والله أعلم

القاعدة الثالثة : المسائل الفروعية الاجتهادية إذا اختلف المجتهدون فيها طريقان أشهرهما قولان ، أظهرهما : الحق فيها واحد ، والمجتهد مأمور بإصابته ، والذاهب إلى غيره مخطئ ، والثاني : أن كل مجتهد مصيب ، والطريق الثاني القطع بالقول الأول ، وبه قال أبو إسحاق ، والقاضي أبو الطيب ، فإن قلنا : المصيب واحد ، فالمخطئ مغدور غير آثم ، بل مأجور ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اجتهد الحاكم ، فأصاب ، فله أجران ، وإذا اجتهد ، فأخطأ ، فله أجر » وقال الشيخ أبو إسحاق في «اللمع» قال ابن أبي هريرة : يَأْتِم ، والصواب الأول ، وفيما يؤجر عليه وجهان عن أبي إسحاق أحدهما - وهو ظاهر النص ، واختيار المزني - : يؤجر على قصده الصواب ، ولا يؤجر على الاجتهاد ، لأنه أفضى به إلى الخطأ ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به ، والثاني يؤجر عليه ، وعلى الاجتهاد جميعاً . وإذا قلنا : كل مجتهد مصيب ، فهل نقول : الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ما ظنه ، أم الحق واحد ، وهو أشبه المطلوب إلا أن كلاً منهم مكلف بما ظنه لا بإصابة الأشبه ؟ وجهان ، اختار الغزالي الأول ، والثاني قطع أصحابنا العراقيون ، وحكوه عن القاضي أبي حامد والداركي .

فرع

متى حكم القاضي بالاجتهاد ، ثم بان له الخطأ في حكمه ، فله حالان ، أحدهما : إن تبين أنه خالف قطعياً كنص كتاب ، أو سنة متواترة ، أو إجماع ، أو ظناً محكماً بخبر الواحد ، أو بالقياس الجلي ، فيلزمه نقض حكمه . وهل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال ليترافاً إليه ، فينقض الحكم ؟ وجهان ، قال ابن سريج : لا يلزمه إن علما أنه بان له الخطأ ، فإن ترافاً إليه ، نقض ، وقال سائر الأصحاب : يلزمه وإن علما أنه بان [له] الخطأ ، وهذا هو الصحيح ، لأنها قد

يتوهمان أنه لا ينقض وإن بان الخطأ . هذا في حقوق الآدميين ، وأما ما يتعلق بحدود الله تعالى ، فيبادر إلى تداركه إذا بان له الخطأ ، وما لا يمكن تداركه سبق حكم ضمائه .

الحال الثاني : إن تبين له بقياس خفي رآه أرجح مما حكم به ، وأنه الصواب ، فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانياً ، ولا ينقض ما حكم به أولاً ، بل يمضيه ، ثم ما نقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره ، ومالا ، فلا . ولا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره ، وإنما ينقضه إذا رفع إليه ، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه ، ولو كان المنصوب للقضاء قبله لا يصلح للقضاء ، نقض أحكامه كلها ، وإن أصاب فيها ، لأنها صدرت ممن لا ينفذ حكمه ، هذا هو القول الجملي فيما ينقض ولا ينقض . ثم تكلموا في صور ، منها لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد مضي أربع سنين ، ومدة العدة ، فوجهان أشهرهما وظاهر النص ، نقضه ، لمخالفة القياس الجملي ، لأنه يجعل حياً في المال ، فلا يقسم بين ورثته ، فلا يجعل ميتاً في النكاح . والثاني : لا ينقض كغيره من الاجتهاديات ، قال الروياني : هذا هو الصحيح . وقرب من هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس ، أو بسقوط الحد عن نكح أمه ووطنها ، ومنها حكم الحنفي ببطان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوز ، وفي ذكاة الجنين ، ومنع القصاص في القتل بالمثل ، وصحة النكاح بلا ولي ، أو بشهادة فاسقين ، أو حكم غيره بصحة بيع أم الولد ، وثبوت حرمة الرضاع بعد حولين . وصحة نكاح الشغار والمتعة ، وقتل المسلم بالذمي ، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما قاله ابن أبي ليلى . وفي نقض هذه

الأحكام وجهان ، قال الروياني : الأصح لا نقض ، لأنها اجتهادية ، والأدلة متقاربة ، ومن نقض ، قال : فيها نصوص وأقيسة جلية ، وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد .

فرع

ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لا يقبله ولا ينفذه ، وأما ما لا ينقض ويرى غيره أصوب منه ، فنقل ابن كج عن الشافعي رضي الله عنه أنه يعرض عنه ، ولا ينفذه ، لأنه إعانة على ما يعتقد خطأ . وقال ابن القاص : لا أحب تنفيذه . وفي هذا إشعار بتجويز التنفيذ ، وقد صرح السرخسي بنقل الخلاف ، فقال : إذا رفع إليه حكم قاض قبله ، فلم ير فيه ما يقتضي النقض ، لكن أدى اجتهاده إلى غيره ، فوجهان ، أحدهما : يعرض عنه ، وأصحهما : ينفذه ، وعلى هذا العمل كما لو حكم بنفسه ، ثم تغير اجتهاده تغيراً لا يقتضي النقض ، وترافع خصماء الحادثة إليه فيها ، فإنه يمضي حكمه الأول ، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أصوب منه .

فرع

إذا استقضي مقلد للضرورة ، فحكم بمذهب غير مقلده ، قال الغزالي في الأصول : إن قلنا : لا يجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده ، نقض حكمه ، وإن قلنا : له تقليد من شاء ، لم ينقض .

فصل

حكم القاضي ضربان ، أحدهما : مما ليس بإنشاء ، وإنسا هو تنفيذ لما قامت به حجة ، فينفذ ظاهراً لا باطناً ، فلو حكم بشهادة زور يظهري العدالة ، لم يحصل بحكمه الحل باطناً ، سواء كان المحكوم به

مالاً أو نكاحاً أو غيرهما ، فإن كان نكاحاً ، لم يحل للمحكوم له الاستمتاع ، ويلزمها الهرب والامتناع ما أمكنها ، فإن أكرهت فلا إثم عليها ، فإن وطئ ، قال الشيخ أبو حامد : هو زان ويحد ، وخالفه ابن الصباغ والرويانى ، لأن أبا حنيفة رحمه الله يجعلها منكوحة بالحكم ، وذلك شبهة للخلاف^(١) في الإباحة ، وإن كان المحكوم به الطلاق ، حل للمحكوم عليه وطؤها إن تمكن ، لكن يكره ، لأنه يعرض نفسه للمثمة والحد ويبقى^(٢) التوارث بينهما ، ولا تبقى النفقة للحيلولة ، ولو تزوجت لآخر ، فالحل مستمر للأول ، فإن وطئها الثاني جاهلاً بالحال ، فهو وطء شبهة ، ويحرم على الأول في العدة ، وإن كان الثاني عالماً ، أو نكحها أحد الشاهدين ووطئ ، فوجهان أحدهما يحد ، ولا يحرم على الأول في العدة ، والأشبه أنه وطء شبهة لما سبق .

الضرب الثاني : الانشاءات كالتفريق بين المتلاعنين ، وفسخ النكاح بالغيب ، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك ، فإن ترتبت على أصل كاذب ، بأن فسخ بغيب قامت بشهادة زور ، فهو كالضرب الأول ، وإن ترتبت على أصل صادق ، فإن لم تكن في محل اختلاف المجتهدين ، نفذ ظاهراً وباطناً ، وإن كان مختلفاً فيه ، نفذ ظاهراً ، وفي الباطن أوجه ، أصحها عند جماعة ، منهم البغوي ، والشيخ أبو عاصم : النفوذ مطلقاً لتتفق الكلمة ، ويتم الاتتفاع . والثاني : المنع ، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق ، واختاره الغزالي . والثالث : إن اعتقده الخصم أيضاً ، نفذ باطناً ، وإلا فلا ، هذه الأوجه تشبه الأوجه في اقتداء الشافعي بالحنفي وعكسه ، فإن منعنا النفوذ باطناً مطلقاً ، أو في حق من لا يعتقده

(١) في الأصل : للإباحة .

(٢) في الأصل : ويبقى .

لم يحل للشافعي الأخذ بحكم الحنفي بشفعة الجوار ، أو بالتوريث بالرحم إذا لم تقل به نحن ، وعلى هذا هل يمنعه القاضي لاعتقاد المحكوم له أم لا ، لاعتقاد نفسه ؟ وجهان أصحهما الثاني . ومن قال بالمنع ، فقد يقول لا ينفذ القضاء في حقه لا ظاهراً ولا باطناً .

فرع

هل تقبل شهادته بما لا يعتقد كشافعي بشفعة الجوار ؟ وجهان في « التهذيب » .

قلت : الأصح القبول . والله أعلم

فرع

قال للقاضي رجلان : كانت بيننا خصومة في كذا ، فحكم القاضي فلان بيننا بكذا ، ونحن نريد أن تستأنف الحكم بيننا باجتهدك ، ونرضى بحكمك ، فهل يجيبهما أم يتعين إمضاء الحكم الأول ، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد ؟ وجهان ، حكاهما ابن كج ، الصحيح الثاني .

فصل

في آداب مشورة . يستحب أن يدعو أصدقاءه الأمانة ، ويلتمس منهم أن يطلعوه على عيوبه ليسعى في إزالتها ، ويستحب أن يكون راكباً في مسيره إلى مجلس حكمه ، وأن يسلم على الناس في طريقه ، وعلى القوم إذا دخل ، وأن يدعو إذا جلس ، ويسأل الله تعالى التوفيق والتسديد ، وأن يقوم على رأسه أمين ينادي هل من خصم ؟ ويرتب الناس ، ويقدم الأول فالأول قال ابن المنذر : يستحب أن يكون حصيناً لمكان النساء ، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس ودعاويهم ، وأن يعين وقتاً من النهار ، فإن حضر خصمان في غير الوقت المعين ، سمع كلامهما إلا أن يكون في صلاة ، أو حمام ، أو على

طعام ونحوه ، فيؤخره قدر ما يفرغ . ويستحب أن يكون للقاضي درة يؤدب بها إذا احتاج ، ويتخذ سجنا للحاجة إليه في التعزير ، واستيفاء الحق من الماطل . وهذه فروع تتعلق بالحبس قال ابن القاص : إذا استشعر القاضي من المحبوس الفرار من الحبس ، فله نقله إلى حبس الجرائم ، ولو دعا المحبوس زوجته أو أمته إلى فراشه فيه ، لم يمنع إن كان في الحبس موضع خال ، فإن امتنعت ، أجبرت الأمة ، ولا تجبر الزوجة الحرة ، لأنه لا يصلح للسكنى ، والزوجة الأمة تجبر إن رضي سيدها . ولو قال مستحق الدين : أنا أأزمه بدلاً عن الحبس ، مكن ، لأنه أخف إلا أن يقول الغريم : تشق علي الطهارة والصلاة بسبب ملازمته ، فاحبسني ، فيحبس . وسبق الخلاف في أن الأب هل يحبس بدين ولده ، وقياس حبسه أن يحبس المريض ، والمخدرة ، وابن السبيل منعاً لهم من الظلم . وعن أبي عاصم العبادي أنهم لا يجسون ، بل يوكل بهم ليرددوا ويتمحلوا ، قال : ولا يحبس أبو الطفل ولا الوكيل والقيم في دين لم^(١) يجب بمعاملتهم^(٢) ، ولا يحبس الصبي ولا المجنون ، ولا المكاتب بالنجوم ، ولا العبد الجاني ، ولا سيده ليؤدي أو يبيع ، بل يباع عليه إذا وجد راغب ، وامتنع من البيع والفداء ، ونقل الهروي وجهين في حبس كل غريم قدرنا على ماله ، وتمكنا من بيعه . وأجرة السجان على المحبوس وأجرة الوكيل^(٣) على من وكل به إذا لم يكن في بيت المال مال ، وصرف إلى جهة أهم من هذه .

قلت : وقد ألحقت في كتاب التفليس مسائل كثيرة تتعلق بالحبس . والله أعلم

- (١) في الاصل : لا .
(٢) في احدى نسخ الظاهرية زيادة : ويحبس الأمناء في دين وجب بمعاملتهم .
(٣) في الاصل : الموكل .

الطرف الثاني في مستند قضاؤه ، وفيه مسائل إحداها : يقضي بالحجة بلا شك ، فلو لم يكن حجة ، وعلم صدق المدعي ، فهل يقضي بعلمه ؟ طريقان أحدهما : نعم قطعاً ، وأشهرهما قولان ، أظهرهما عند الجمهور : نعم ، لأنه يقضي بشهادة شاهدين ، وهو يفيد ظناً ، فالقضاء بالعلم أولى ، والجواب عما احتج به المانع من التهمة أن القاضي لو قال : ثبت عندي وصح [لدي] كذا ، لزمه قبوله بلا خلاف ، ولم يبحث عما ثبت به وصح ، والتهمة قائمة ، وسواء على القولين ما علمه في زمن ولايته ومكانها ، وما علمه في غيرها ، فإن قلنا : لا يقضي بعلمه ، فذلك إذا كان مستنده مجرد العلم ، أما إذا شهد رجلان تعرف عداتهما ، فله أن يقضي ويعنيه^(١) علمه بها عن تزكيتها ، وفيه وجه ضعيف للتهمة . ولو أقر بالمدعى في مجلس قضاؤه ، قضى ، وذلك قضاء بإقرار لا بعلمه ، وإن أقر عنده سراً ، فعلى القولين ، وقيل : يقضي قطعاً . ولو شهد عنده واحد ، فهل يعنيه علمه عن الشاهد الآخر على قول المنع ؟ وجهان ، أحدهما : لا . وإذا قلنا : يقضي بعلمه ، فذلك في المال قطعاً وكذا في القصاص ، وحد القذف على الأظهر ، ولا يجوز في حدود الله تعالى على المذهب ، وقيل : قولان ، ولا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف . بل إذا علم أن المدعي أبرأه عما ادعاه ، وأقام به بينة ، أو أن المدعي قبله حي ، أو رآه قبله غير المدعى عليه ، أو سمع مدعي الرق بعنته ، ومدعي النكاح يطلقها ثلاثاً ، وتحقق كذب الشهود ، امتنع من القضاء قطعاً . وكذا إذا علم فسق الشهود ، ثم إن الأصحاب مشلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين بما ادعى عليه مالاً وقد رآه القاضي أقرضه ذلك ، أو سمع المدعى عليه أقر بذلك ، ومعلوم أن

(١) في الاصل : ونعنيه .

رؤية الإقراض ، وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء ، فيدل أنهم أرادوا بالعلم الظن المؤكد لا اليقين .

الثانية : إذا رأى القاضي ورقة فيها ذكر حكمه لرجل ، وطلب منه إمضاه والعمل به ، نظر إن تذكره أمضاه على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وفي أمالي أبي الفرج الزاز إنه على القولين في القضاء بعلمه ، وإن لم يتذكره ، لم يعتمد قطعا لإمكان التزوير ، وكذا الشاهد لا يشهد بمضمون خطه إذا لم يتذكر ، فلو كان الكتاب محفوظاً عنده ، وبعد احتمال التزوير والتحريف ، كالمحضر والسجل الذي يحتاط فيه القاضي على ما سبق ، فالصحيح والمنصوص والذي عليه الجمهور أنه لا يقضي به أيضاً ما لم يتذكر ، لاحتمال التحريف ، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهد ، وفيهما وجه حكاة الشيخ أبو محمد وغيره أنه يجوز إذا لم يتداخله ريبه . وفي جواز رواية الحديث اعتماداً على الخط المحفوظ عنده وجهان ، أحدهما : المنع ، ولا تكفيه رواية السماع بخطه ، أو خط ثقة ، والصحيح الجواز ، لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً ، وباب الرواية على التوسعة ، ولو كتب إليه شيخ بالإجازة ، وعرف خطه ، جاز له أن يروي عنه تفريعاً على اعتماد الخط ، فيقول : أخبرني فلان كتابة ، أو في كتابه ، أو كتب إلي وهذا على تجويز الرواية بالإجازة وهو الصحيح ، ومنعها القاضي حسين .

قلت : وقد منعها أيضاً الماوردي في « الحاوي » ونقل هو منعها عن الفقهاء ، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ، ولكن أظهر قوليه ، والمشهور من مذاهب السلف والخلف ، والذي عليه العمل صحة الإجازة ، وجواز الرواية بها ، ووجوب العمل بها . ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها وأمثلتها وما يتعلق بها في « الإرشاد » في مختصر علوم الحديث ، وأنا أذكر منها هنا رموزاً إلى مقاصدها تفريعاً على الصحيح ،

وهو جوازها . الأول : إجازة معين لمعين ، كأجزتك رواية صحيح البخاري ، أو ما اشتملت عليه فهرستي وهذه أعلى أنواعها .

الثاني : إجازة غير معين لمعين ، كأجزتك مسموعاتي أو مروياتي والجمهور على أنه كالأول ، فتصح الرواية به ، ويجب العمل بها ، وقيل بمنعه مع قبول الأول .

الثالث : أن يجيز لغير معين بوصف العموم ، كأجزت المسلمين ، أو كل أحد أو من أدرك زماني ونحوه ، فالأصح أيضاً جوازها ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، وصاحبه الخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا ، وغيرهم من الحفاظ . ونقل الحفاظ أبو بكر الحازمي المتأخر من أصحابنا أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها .

الرابع : إجازة مجهول أو لمجهول ، كأجزتك كتاب السنن وهو يروي كتابا من السنن ، أو أجزت لزيد بن محمد وهناك جماعة كذلك ، فهذه باطلة . فإن أجاز لمسلمين معينين لا يعرف أعيانهم ولا أنسابهم ولا عددهم ، صحت ، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال .

الخامس : الإجازة لمعدوم ، كأجزت لمن يولد لفلان أو لفلان ، ومن يولد له ، فالصحيح بطلانها ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، وابن الصباغ ، وجوزة الخطيب وغيره . والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح ، وبه قطع القاضي أبو الطيب ، ونقله الخطيب عن شيوخه كافة .

السادس : إجازة ما لم يسمعه المجيز ، ولم يتحملة بوجه ليرويه المجاز له إذا تحمله المجيز ، وهي باطلة قطعاً .

السابع : إجازة المجاز وهي صحيحة عند أصحابنا ، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام^(١) من أصحابنا وغيرهم ، منهم الدارقطني

(١) في الاصل : للأعلام .

وأبو نعيم الأصفهاني ، والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي^(١) وغيرهم من أصحابنا . وإذا كتب الإجازة استحب أن يتلفظ بها ، ولو اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة ، صحت كالقراءة عليه مع سكوته . والله أعلم

فرع

إذا رأى بخط أيه أن لي على فلان كذا ، أو أدت إلى فلان كذا ، قال الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء اعتماداً على خط أيه إذا وثق بخطه وأماتته . قال القفال : وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة : لفلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به ، بل يؤديه من التركة ، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة بأن خطرهما عظيم وعم ، ولأتهما يتعلقان به ، ويمكن التذكر فيهما ، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين ، فجاز اعتماد الظن فيه حتى لو وجد بخط نفسه أن لي على فلان كذا ، أو أدت إلى فلان دينه ، لم يجز الحلف حتى يتذكر قاله في « الشامل » .

فرع

قال الصميري : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة ، ليستعين بها على التذكر ، ويقرب من هذا ذكر التاريخ ، وموضع التحمل ، ومن كان معه حينئذ ، ونحو ذلك .

الثالثة : شهد عنده عدلان أنك حكمت لزيد بكذا ، وهو لا يذكره ، لم يحكم بقولهما إلا أن يشهدا بالحق بعد تجديد دعوى ، وعن ابن القاضي تخريج قول : انه يمضي الحكم الأول بشهادتهما ، والمذهب الأول ، ولو شهد أنك تحملت الشهادة في واقعة كذا ، ولم يتذكر ، لم

(١) هو نصر بن إبراهيم النابلسي المقدسي ، الشافعي الفقيه الزاهد نزيل دمشق ، وملتوفى فيها سنة (٤٩٠) هـ من كتبه « الحجة على تارك الحجة » وهو يتضمن ذكر اصول الدين على قواعد اهل الحديث والسنة .

يجز أن يشهد ، وهذا بخلاف رواية الحديث ، فإن الراوي لو نسي ،
 جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح ، وفيها وجه حكاه
 ابن كجب وعلى الصحيح الفرق ما سبق أن باب الرواية على التوسعة ،
 ولهذا يقبل من العبد والمرأة ، ومن الفرع مع وجود الأصل وغير ذلك
 وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف ، ولا يقول : لم أحكم . وهل
 للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم أنه لا يعرف حكم القاضي (١) ؟
 قال صاحب « التهذيب » : يحتمل وجهين . ولو شهد الشاهدان على
 حكمه عند قاض آخر قبل شهادتهما ، وأمضى حكم الأول إلا إذا قامت
 بينة بأن الأول أنكر حكمه ، وكذبهما ، فإن قامت بينة بأنه توقف ،
 فوجهان ، أوقفهما لكلام الأكثرين أنه يقبل شهادتهما ، وقال الأودني (٢)
 وصاحب « المهذب » : لا تقبل ، لأن توقفه يورث تهمة وعلى هذا لو
 شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفا في الشهادة ، لم يجز الحكم
 بشهادة الفروع .

الرابعة : ادعى على القاضي أنك حكمت لي بكذا . قال الأصحاب :
 ليس له أن يرفعه إلى قاض آخر ، ويحلفه كما لا يحلف الشاهد إذا أنكر
 الشهادة . وعن القاضي حسين أنا إن قلنا : اليمين المردودة كالإقرار ، فله
 تحليفه ليحلف المدعي إن نكل هذا إذا ادعى عليه وهو قاض ، فإن ادعى
 عليه بعد عزله ، أو في غير محل ولايته عند قاض ، فنقل الإمام أنه يجوز
 سماع البينة ، ولا يقبل إقراره . ولا يحلف إن قلنا : اليمين المردودة
 كالإقرار ، وإن قلنا : كالبينة ، حلف ، ولك أن تقول : سماع الدعوى
 على القاضي معزولا ، كان أو غيره . بأنه حكم ليس على قواعد دعاوى
 الملزمة ، وإنما يقصد بها التدرج إلى إلزام الخصم ، فإن كان له بينة

(١) في الأصل : للقاضي .

(٢) هو محمد بن عبد الله بن بصير إمام أصحاب الشافعي في عصره
 بما وراء النهر بلا مدافعة توفي ببخارى سنة ٣٨٥ هـ .

فليقمها في وجه الخصم ، وينبغي أن لايسع على القاضي بينة ، ولا يطالب يمين ، كما لو ادعى على رجل أنك شاهدي .

الطرف الثالث في التسوية وفيه مسائل :

الأولى : ليسوِر القاضي بين الخصمين في دخولهما عليه ، وفي القيام لهما ، والنظر فيهما والاستماع ، وطلاقة الوجه ، وسائر أنواع الإكرام ، فلا يخص أحدهما بشيء من ذلك ، ويسوي في جواب سلامهما ، فإن سلما ، أجاها معا . وإن سلم أحدهما ، قال الأصحاب : يصبر حتى يسلم الآخر ، فيجيبهما ، وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل ، وذكروا أنه لا بأس أن يقول للآخر : سلم ، فإذا سلم ، أجاها ، وكأنهم احتملوا هذا الفصل محافظة على التسوية ، وحكى الإمام أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً واستبعده . ويسوي بينهما في المجلس ، فيجلس أحدهما عن يمينه ، والآخر عن شماله إن كانا شريفين ، أو بين يديه وهو الأولى على الإطلاق ، فلو كان أحدهما مسلماً ، والآخر كافراً ، فالصحيح - وبه قطع العراقيون - أنه يرفع المسلم في المجلس ، والثاني يسوي . ويشبه أن يجري الوجهان في سائر وجوه الإكرام ، ثم التسوية بين الخصمين في الأمور المذكورة واجبة على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ، واقتصر ابن الصباغ على الاستحباب .

الثانية : ليقبل عليهما بمجامع قلبه ، وعليه السكينة ، ولا يمازح أحدهما ، ولا يضاحكه ، ولا يشير إليه ، ولا يساره ، ولا ينهرهما ، ولا يصيح عليهما إذا لم يفعل ما يقتضي التأديب ، ولا يتعنت الشهود بأن يقول : لم تشهدون ؟ وما هذه الشهادة ؟ ولا يلقن المدعي الدعوى بأن يقول : ادع عليه كذا . ولا المدعى عليه الإقرار والإنكار ، ولا يجري المسائل إلى النكول على اليمين ، وكذا لا يلقن الشاهد الشهادة ، ولا يجزئه إذا مال إلى التوقف ، ولا يشككه ، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة هذا في حقوق الآدميين ، وأما في حدود الله تعالى ، فالقاضي

يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه ، وإذا كان يدعي دعوى غير محررة ، قال الاصطخري : يجوز أن تبين له كيفية الدعوى الصحيحة ، وقال غيره : لا يجوز ، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين قال في « العدة » : أصحهما الجواز ، ولا بأس بالاستفسار بأن يدعي دراهم . فيقول : أهى صحاح أم مكسورة ؟ ويستحب إذا أراد الحكم أن يجلس المحكوم عليه ، ويقول : قامت البينة عليك بكذا ، ورأيت الحكم عليك ليكون أطيب لقلبه ، وأبعد عن التهمة ، ونص في « الأم » أنه يندبها إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم ، ويؤخر الحكم اليوم واليومين إذا سألهما ، فجعله في حل من التأخير ، فإن لم يجتمعا على التحليل لم يؤخر .

الثالثة : إذا جلسا بين يديه ، فله أن يسكت حتى يتكلما ، وله أن يقول : ليتكلم المدعي منكما . وأن يقول للمدعي إذا عرفه : تكلم ، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف على رأسه ، كان أولى ، فإذا ادعى المدعي ، طالب خصمه بالجواب . وقال : ماتقول ؟ وفيه وجه ضعيف أنه لا يطالبه بالجواب حتى يسأله المدعي ، ثم ينظر في الجواب إن أقر بالمدعى ، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه ، وحينئذ يحكم ، بأن يقول له : أخرج من حقه ، أو كلفتك الخروج من حقه ، أو ألزمتك وما أشبههما . وهل يثبت المدعى بمجرد الإقرار ، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي ؟ وجهان أحدهما : يفتقر كالثبوت بالبينة ، وأصحهما لا ، لأن دلالة الإقرار على وجوب الحق جلية ، والبينة تحتاج إلى نظر واجتهاد هكذا ذكرت المسألة ، ولا يظهر الخلاف فيها ، لأنه إن كان الكلام في ثبوت المدعى به في نفسه ، فمعلوم لأنه لا يتوقف على الإقرار ، فكيف على الحكم بعد الإقرار ؟ وإن كان المراد المطالبة والإلزام ، فلا خلاف أن للمدعي الطلب بعد الإقرار وللقاضي الإلزام ، وإن أنكر المدعى عليه ، فللقاضي أن يسكت ، وله أن يقول للمدعي : ألك بينة ،

وقيل : لا يقول ذلك ، لأنه كالتلقين^(١) والصحيح الأول ، فإن قال المدعي : لي بينة ، وأقامها ، فذاك ، وإن قال : لا أقيمها ، وأريد يمينه ، مكن منه ، وإن قال : ليس لي بينة حاضرة فحلف القاضي المدعى عليه ثم جاء بينة سمعت ، وإن قال : لا بينة لي حاضرة ، ولا غائبة ، سمعت أيضاً على الأصح ، لأنه ربما لم يعرف ، أو نسي ، ثم عرف أو تذكر ، وقيل : لا بسمع للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ، ككنت ناسياً أو جاهلاً . ولو قال : لا بينة لي ، واقتصر عليه ، فقال البغوي : هو كقوله لا بينة لي حاضرة ، وقيل : كقوله لا حاضرة ولا غائبة ، فيكون فيه الوجهان ، ولو قال : شهودي عبيد أو فسقة ، ثم أتى بعدول ، قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء .

فرع

حكى الهروي وجهين في أن الحق يجب بفرغ المدعي من اليمين المردودة ، أم لا بد من حكم الحاكم ، أو أشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالبينه أم كالإقرار ؟ .

الرابعة : إذا ازدحم جماعة مدعين ، فإن عرف السبق ، قدم الأسبق فالأسبق ، والاعتبار سبق المدعي دون المدعى عليه ، وإن جاؤوا معاً ، أو جهل السبق ، أقرع ، فإن كثروا وعسر الإقراع ، كتب أسماءهم في رقاع ، وصبت بين يدي القاضي ليأخذها واحدة واحدة ، ويسمع دعوى من خرج اسمه في كل مرة ، ويستحب أن يرتب ثقة يكتب أسماءهم يوم قضائه ليعرف ترتيبهم ، ولو قدم الأسبق غيره على نفسه ، جاز ، والمفتي والمدرس يقدمان عند الازدحام أيضاً بالسبق أو بالقرعة . ولو كان الذي يعلمه ليس من فروض الكفاية ، فلاختيار إليه في تقديم من شاء . ولا يقدم القاضي مدعياً بشرف ولا غيره إلا في موضعين ،

(١) في الأصل : كالتلف .

أحدهما : إذا كان في المدعين مسافرون مستوفزون وقد شدوا الرحال ، ليخرجوا ولو^(١) أخرؤا ، لتخلعوا عن رفقتهم ، فإن قلوا ، قدموا على الصحيح ، وإلا فلا ، بل يعتبر السبق بالقرعة . والثاني لو كان في الحاضرين نسوة ، ورأى القاضي تقديمهن لينصرفن ، قدمهن على الصحيح بشرط أن لا يكثرن . وينبغي أن لا يفرق^(٢) بين أن يكون المسافر والمرأة مدعياً ، أو مدعى عليه . ثم تقديم المسافر والمرأة ليس بمستحق على الصحيح ، بل هو رخصة لجواز الأخذ به ، وهذا ظاهر نصه في « المختصر » ومنهم من يشعر كلامه بالاستحقاق .

قلت : المختار أنه مستحب لا يقتصر به على الإباحة . **والأعلم**

ثم لا يخفى أن المراد تقديم المسافر على المقيمين ، والمرأة على الرجال ، فأما المسافرون بعضهم مع بعض ، وكذا النسوة ، فالرجوع فيهم إلى السبق أو القرعة .

فرع

المقدم بالسبق أو القرعة لا يقدم إلا في دعوى واحدة ، لتلايطول على الباقيين ، فإن كان له دعوى أخرى ، فليحضر في مجلس آخر ، أو ينتظر فراغ القاضي من حكومات سائر الحاضرين ، وحينئذ تسمع دعواه الثانية إن لم يضجر القاضي ، ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه الدعوى الأولى أو علي غيره ، وفيه وجه ضعيف أن الزيادة على الأولى مسموعة إذا اتحد المدعى عليه ، وعلى هذا قال في « الوسيط » : تسمع إلى ثلاث دعاوى ، ومنهم من

(١) في الأصل : أو .

(٢) في الأصل : لا فرق .

أطلق ، ولا خلاف أنه يسمع على المدعى عليه دعوى ثان وثالث ، لأن الدعوى للمدعي وقد تعدد ، ونقل ابن كج هنا وجهين غريبين ضعيفين أحدهما : أن المقدم بدعوى لاتسمع منه الثانية إلا في مجلس آخر ، وإن فرغ القاضي من دعاوى الحاضرين ، وعليهم بعد ذلك ترفيحه . الثاني : لا يسمع على الواحد إلا دعوى شخص واحد . وأما المقدم بالسفر ، فيحتمل أن لا يقدم إلا بدعوى ، ويحتمل أن يقدم بجميع دعاويه ، لأن سبب تقديمه أن لا يتخلف عن رفقته ، ويحتمل أن يقال : إذا عرف أن له دعاوى ، فهو كالمقيمين ، لأن تقديمه بالجميع يضر غيره ، وتقديمه بدعوى لا يحصل الغرض .

قلت : الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة ، أو ضعيفة بحيث لا يضر بالباقيين إضراراً يبنياً ، قدمه جميعها ، والا فيقدم بواحدة ، لأنها مأذون فيها ، وقد يقنع بواحدة ، ويؤخر الباقي إلى أن يخصه . والله أعلم

الخامسة : تنازع الخصمان ، وزعم كل واحد أنه هو المدعي ، نظر إن سبق أحدهما إلى الدعوى ، لم يلتفت إلى قول الآخر : إنني كنت المدعي ، بل عليه أن يجيب ثم يدعي إن شاء . وإن لم يسبق وتنازعا ، سأل العون ، فمن أحضره العون فهو المدعى عليه ، فيدعي الآخر عليه ، وكذا لو قامت بينة لأحدهما أنه أحضر الآخر ليدعي عليه ، وإن استوى الطرفان ، أقرع ، فمن خرجت قرعته ادعى ، وقيل : يقدم القاضي أحدهما باجتهاده .

السادسة : قد سبق في باب الوليمة الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة أم مستحبة ؟ وذلك في غير القاضي . أما القاضي ، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خصومتها ولا وليمتها ، لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه ، فيميل [إليه] قلبه ، وأما وليمة غير الخصمين ، فثلاثة أوجه ، أحدها : تحرم عليه الإجابة إليها ، والثاني : تجب إذا أوجبناها على غيره ، والثالث : هو الصحيح : لا تحرم ولا تجب ، بل تستحب بشرط التعميم ، فإن كثرت وقطعته عن الحكم ، تركها في حق

الجميع ، ولا يخص بعض الناس ، لكن لو كان يخص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمة ، فنقل ابن كج عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا بأس بالاستمرار ، وتكره إجابته إلى دعوة اتخذت لأجل القاضي خاصة أو للأغنياء ودعي فيهم ، ولا يكره إلى ما اتخذ للجيران وهو منهم ، أو للعلماء ودعي فيهم • واعلم أن إجابة غير وليمة العرس من الدعوات مستحبة ، وظاهر ما أطلقه الأصحاب ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضاً . وإن كان الاستحباب في الولاية أكد ، ومنهم من خص الاستحباب بالوليمة ، وبه قال ابن القاص •

فرع

لا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر ويجوز أن يضيفهما معاً على الصحيح ، ومنعه أبو إسحاق ، لأنه قد يتوهم كل واحد أن المقصود بالضيافة صاحبه ، وأنه تبع ، وهذا يشكل بسائر وجوه التسوية •

السابعة : له أن يشفع لأحدهما ، وأن يؤدي المال عن عليه ، لأنه ينفعهما •

الثامنة : يعود المرضى ، ويشهد الجنائز ، ويزور القادمين ، وإذا لم يمكنه الاستيعاب ، فعل الممكن من كل نوع ، ويخص به من عرفه ، وقرب منه • قال القاضي أبو حامد : هو كإجابة الولاية يعم الجميع أو يترك الجميع ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، لأن معظم المراد بهذه الأنواع الثواب ، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين وغيرهما هكذا قاله الأكثرون • وفي أمالي أبي الفرج أنه لا يعود الخصم ولا يزوره إذا قدم ، لكن يشهد جنازته •

الطرف الرابع في البحث عن حال الشهود وتركيتهم وفيه مسائل:

الأولى : لا يجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لا يقبل شهادة غيرهم ، لما فيه من التضييق على الناس .

الثانية : إذا شهد عنده شهود ، نظر إن عرف فسقهم ، ردشهادتهم ، ولم يحتج إلى بحث ، وإن عرف عدالتهم ، قبل شهادتهم ، ولا حاجة إلى التعديل ، وإن طلبه الخصم وفيه وجه سبق في القضاء بالعلم ، وإن لم يعرف حالهم ، لم يجز قبول شهادتهم ، والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل ، سواء طعن الخصم فيهم ، أو سكت ولو أقر الخصم بعد التهمة ، ولكن قال : أخطأ^(١) في هذه الشهادة ، فوجهان ، أحدهما : يحكم بشهادتهما بلا بحث عنهما ، لأن البحث لحقه ، وقد اعترف بعد التهمة ، وأصحهما لا بد من البحث والتعديل لحق الله تعالى ، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم ، ولأن الحكم بشهادته يتضمن تعديله ، والتعديل لا يثبت بقول واحد . وإن صدقهما فيما شهدا به ، قضى القاضي بإقراره بالحق . واستغنى عن البحث عن حالهما ، وكذا لو شهد واحد فصدقه ، ولو شهد معلوماً العدالة ، ثم أقر المشهود عليه بما شهدا به قبل حكم القاضي ، فهل يستند الحكم إلى الإقرار دون الشهادة أم إليهما جميعاً ؟ وجهان حكاهما الهروي ، قال : والصحيح منهما الأول ، والثاني حكاه الفوراني في المناظرة ، وذكر الهروي أنه لو بعد الحكم بشهادتهما ، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة ، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أم قبله^(٢) ، وفيما قبل التسليم وجه ضعيف ، وأنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة ما تشهد به علي فأنت عدل صادق ، لم يكن ذلك إقراراً ، لكنه تعديل للشاهد إن كان من أهل التعديل .

(١) في الاصل : اخطؤوا .

(٢) في الاصل : قبل .

فرع

إذا جهل القاضي إسلام الشاهد ، لم يقنع بظاهر الدار ، بل يبحث عنه ، ويكفي فيه قول الشاهد. ولو جهل حريته بحث أيضاً ، ولا يكفي فيه قوله على الأصح ، لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام ، وحكى ابن كنج وجهاً أن الاستزكاء لا يجب مطلقاً إلا إذا طلبه الخصم وليس بشيء .

فرع

قال في « العدة » : إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس ، فلا حاجة إلى البحث والسؤال ، ويجعل المستفيض كالمعلوم .

الثالثة : ينبغي أن يكون للقاضي مزكون وأصحاب مسائل ، فالمزكون [هم] المرجوع إليهم لبيّنوا حال الشهود ، وأصحاب المسائل هم الذين يعثّمهم إلى المزكين ، ليجثوا ويسألوا ، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي بالمزكين ، ثم المخبرون عن فسق الشهود وعدالتهم ضربان ، أحدهما : من نصبه الحاكم للجرح والتعديل مطلقاً أو في واقعة خاصة ، فيسمع الشهادة عليهما ، وما ثبت عنده أنهاه إلى القاضي . والثاني من يشهد بالعدالة أو الفسق ، ثم من هؤلاء من يشهد أصالة ، ومنهم من يشهد على شهادة غيره ، والأول قد يعرف الحال فيشهد ، وقد لا يعرف فيأمره القاضي بالبحث ليعرف فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس من يبحث عنه ويخالطه ، ليعرف إفلاسه فيشهد ، وأما الثاني ، فهو شاهد فرع ، والقياس أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل ، أو تعذر حضوره ، وكذا ذكره الهروي ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما ينازع فيه . وإذا أراد الحاكم البحث عن حال الشهود ، كتب اسم الشاهد ، وكنيته إن اشتهر بها ، وولاءه إن كان عليه ولاء ، واسم أبيه وجده وخطيته وحرفته وسوقه ومسجده ، لتلا يشتهر بغيره ،

فإن كان مشهوداً وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، كفى ، ويكتب أيضاً اسم المشهود له ، والمشهود عليه ، فقد يكون بينهما ما يمنع شهادته له ، أو عليه من قرابة أو عداوة . وفي قدر المال وجهان أحدهما: لا يكتبه ، لأن العدالة لا تتجزأ ، والصحيح المنصوص أنه يذكره ، لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير ، وأما دعوى الأول أن العدالة لا تتجزأ ، فقد حكى أبو العباس الروياني في ذلك وجهين ، وبني عليهما أنه لو عدل ، وقد شهد بمال قليل ، ثم شهد في الحال بمال كثير هل يحتاج إلى تجديد تزكية ويكتب إلى كل مذك كتاباً ، ويدفعه إلى صاحب مسألة ، ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بعثه إليه احتياطاً ، ثم إذا وقف القاضي على ما عند المزكين، فإن كان جرحاً لم يظهره ، وقال للمدعي : زدني في الشهود ، وإن كان تعديلاً ، عمل بمقتضاه ، ثم حكى الأصحاب والحالة هذه وجهين في أن الحكم بقول المزكين ، أم بقول أصحاب المسائل ؟ قال أبو إسحاق : بقول المزكين ، لأن أصحاب المسائل شهود على شهادة ، فكيف تقبل مع حضور الأصل؟! وإنما هم رسل وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً ، فإن عاد بالجرح ، توقف القاضي ، وإن عاد بالتعديل ، دعا مزكين ليشهدا عنده بعدالة الشاهد ، ويشيرا إليه ، ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص . قال الاصطخري : إنما يحكم بقول أصحاب المسائل ، ويبنى على ما ثبت عندهم بقول المزكين . قال ابن الصباغ : وهذا وإن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة ، لأن المزكي لا يكلف الحضور ، وقول الاصطخري أصح عند الشيخ أبي حامد ، والقاضي أبي الطيب وغيرهما . قالوا : وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل ، فإن وصفاه بالفسق ، فعلى ما سبق ، وإن وصفاه بالعدالة أحضر الشاهدين ليشهدا بعدالته ، ويشيرا إليه^(١)

(١) في الأصل : أحضر الشاهدين ، ليشهد بعدالته ويشير إليه .

وإذا تأملت كلام الأصحاب ، فقد تقول : ينبغي أن لا يكون في هذا خلاف محقق ، بل إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل ، فحكم القاضي مبني على قوله ، ولا يعتبر العدد ، لأنه حاكم ، وإن أمره بالبحث ، بحث ووقف على حال الشاهد ، وشهد بما وقف عليه ، فالحكم أيضاً مبني على قوله ، لكن يعتبر العدد ، لأنه شاهد ، وإن أمره بسراجعة مزكيين ، فصاعداً وبأن يعلنه بما عندهما ، فهو رسول محض ، والاعتماد على قولهما فليحضرا ويشهدا . وكذا لو شهد على شهادتهما ، لأن الشاهد الفرع لا يقبل مع حضور الأصل .

فرع

من نصب حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة ، ومن شهر بالعدالة أو الفسق ، اشترط فيه صفات الشهود ، ويشترط مع ذلك العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما ، وأن يكون المعدل خبيراً بباطن حال من يعدله لصحبة أو جوار أو معاملة ونحوها ، قال في « الوسيط » : ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عاداته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة ، ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمه الله اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة ، لأنه لا يمكن الاختبار في يوم أو يومين ، ويشبه أن يقال : شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم في المعرفة الباطنة . ويمكن الاختبار في مدة يسيرة ، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط ، بل لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك ، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث ، ليعرف حال الشاهد فيزكيه ، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة ، وتضرر المتدعيان بالتأخير الطويل . أما الجرح ، فيعتمد فيه المعاينة أو السماع ، فالمعاينة أن يراه يزني أن يشرب الخمر ، والسماع بأن يسمعه يقذف ، أو يقر على نفسه بزنا أو شرب خمر ، فإن سمع من

غيره ، نظر إن بلغ المخبرون حد التواتر جاز الجرح لحصول العلم ، وكذا إن لم يبلغ التواتر ، لكن استفاض ، جاز الجرح أيضاً ، صرح به ابن الصباغ والبعوي وغيرهما . ولا يجوز الجرح بناء على خبر عدد يسير ، لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة ، وذكر البعوي تفريراً على قول الاصطخري في أن الحكم بقول أصحاب المسائل أنه يجوز أن يعتمد فيه أصحاب المسائل خبر واحد من الجيران إذا وقع في نفوسهم صدقه ، وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه ؟ وجهان أحدهما : نعم ، فيقول مثلاً : رأيت يزني ، وسمعته يقذف . وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة : استفاض عندي . والثاني - هو المذكور في «الشامل» - : لا حاجة إليه ، وليس للحاكم أن يقول : من أين عرفت حاله ، وعلى أي شيء بنيت شهادتك ؟ كما في سائر الشهادات ، وهذا أقيس ويحكى عن ابن أبي هريرة ، والأول أشهر . ولا يجعل الجرح بذكر الزنى قاذفاً للحاجة ، كما لا يجعل الشاهد قاذفاً ، فإن لم يوافق غير ، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنى هل يجعلون قذفة ؟ فيه القولان .

قلت : المختار أو الصواب أنه لا يجعل قاذفاً ، وإن لم يوافق غير ، لأنه معذور في شهادته بالجرح ، فإنه مسؤول عنهما وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة^(٢) فهو معذور بخلاف شهود الزنى ، فإنهم مندوبون إلى السر ، فهم مقصرون . والله أعلم

ولو أخبره بعدالته من يحصل بخبره الاستفاضة وهم من أهل الخبرة بباطن من يعدلون ، لم يبعد أن يجوز له تعديله بذلك ، وتقام خبرتهم مقام خبرته ، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته .

(١) في الأصل : فإنها .

(٢) في الأصل : معينة .

مرع

وينبغي أن يكون المزكون واقري العقول لئلا يخدعوا^(١) وبرآء من الشحناء والعصبية في النسب والمذهب ويجتهد في إخفاء أمرهم لئلا يشهروا^(٢) في الناس بالتزكية ، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكي؟ وجهان أصحهما : نعم فيقول : أشهد أنه عدل .

فرع

لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر ، وفيه وجه ضعيف . وعن كتاب حرمة أنه لو شهد اثنان ، وعدلها آخران لا يعرفهما القاضي ، وزكى الآخرين مزيان للقاضي ، جاز . ولو زكى ولده أو والده لم يقبل على الصحيح ، وبه قطع العبادي وغيره .

فرع

لاتثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي على الصحيح ، لأن الخط لا يعتد في الشهادة كما سبق ، وجوزه القاضي حسين للاعتماد على الرقعة ، قال في « الوسيط » تفريماً على الأول : يكفي رسولان مع الرقعة ، وأن الصحيح وجوب المشافهة وهذا ظاهر إن [كان] القاضي يحكم بشهادة المزكين ، فأما ان ولي بعضهم بالحكم بالعدالة والجرح ، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي ، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي .

فرع

لا يقبل الجرح المطلق ، بل لابد من بيان سببه ، ولا حاجة إلى بيان سبب التعديل ، لأن أسبابه غير منحصرة ، وفيه وجه ضعيف حكاه في

(١) في الاصل : يخدعوه .

(٢) في الاصل : يشهدوا .

العدة ، وليس بشيء والأصح أنه يكفي أن يقول : هو عدل • وقيل :
يشترط أن يقول : عدل علي ولي ، وهو ظاهر نصه في « الأم »
و « المختصر » لكن تأوله الأولون أو جعلوه تأكيداً لاشترطاً • ولا
يحصل التعديل بقوله : لا أعلم منه إلا خيراً ، أولاً أعلم [منه] ما ترد
به الشهادة •

المسألة الرابعة : إذا ارتاب القاضي بالشهود ، أو توهم غلظهم
لخفة عقل وجدها فيهم ، فينبغي أن يفرقهم ، ويسأل كل واحد منهم
عن وقت تحمل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً وغدوة أو عشية ، ومكان
محلة وسكة ، ودار وصفة ، ويسأل أتحمّل وحده أم مع غيره وأنه كتب
شهادته أم لا ، وأنه كتب قبل فلان أم بعده ، وكتبوا بجبر أم بمداد
ونحو ذلك ، ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم ، ويقف إن لم
تتفق • وإذا أجابه أحدهم ، لم يدعه يرجع إلى الباقي حتى يسألهم القاضي
لثلا يخبرهم بجوابه ومتى اتفقوا على الجواب ، أو لم يتعرضوا
للتفصيل ، ورأى أن يعظهم ، ويحذرهم عقوبة شهادة الزور ، فعل ،
فإن أصروا ، وجب القضاء إذا وجد شروطه ، ولا عبرة بما يبقى من
رية ، وإن لم يجد فيهم خفة ولا رية ، فالصحيح الذي عليه الجمهور
أنه لا يفرقهم ، لأن فيه غصاً منهم • وقال الروياني : يفرقهم ، وقال
البغوي : إن فرقهم بمسألة الخصم ، فلا بأس ، ثم إن التفريق
والاستفصال^(١) جعله الغزالي بعد التزكية ، والصحيح الذي علله
العراقيون وغيرهم أنه قبل الاستزكاء ، فإن اطلع على عورة ، استغنى
عن الاستزكاء والبحث عن حالهم ، وإن لم يطلع ، فإن عرفهم بالعدالة ،
حكم ، وإلا فحينئذ يستزكي ، وهل هذا التفريق والاستفصال واجب
أم مستحب ؟ فيه أوجه الصحيح الذي ذكره ابن كجب والبغوي ، وعامة
الأصحاب وهو الموافق للفظ « المختصر » أنه مستحب والثاني واجب ،

(١) في الأصل : الاستقلال •

قاله الإمام والغزالي • قالوا : ولو تركه وقضى مع الارتياب ، لم ينفذ •
والثالث : إن سأل الخصم وجب ، وإلا فلا •

الخامسة : تقدم بينة الجرح على بينة التعديل ، لزيادة علم الجرح .
فلو انعكس الأمر بأن قال المعدل : قد عرفت السبب الذي ذكره
الجرح ، لكنه تاب منه ، وحسنت حاله ، قدمت بينة التعديل ، لأن مع
المعدل هنا زيادة علم ، كذا ذكره جساعة ، منهم صاحب « الشامل »
وقول الواحد لا يقبل في الجرح فضلاً عن تقديمه •

السادسة : عدل الشاهد ، ثم شهد في واقعة أخرى ، فإن لم يطل
الزمان ، حكم بشهادته ، ولا يطلب تعديله ثانياً ، وإن طال ، فوجهان ،
أصحهما يطلب تعديله ثانياً ، لأن طول الزمان يغير الأحوال ، ثم يجتهد
الحاكم في طوله وقصره •

السابعة : شهادات المسافرين والمجتازين من القوافل ، كشهادة
غيرهم في الحاجة إلى التعديل ، فإن عدلها مزكيان في البلد ، أو عدل (١)
مزكيان اثنين من القافلة ، ثم هما عدلا الشاهدين ، قبلت شهادتهما وإلا فلا •

الثامنة : سأل القاضي عن الشهود في غير محل ولايته ، فعدلوا ،
ثم عاد إلى محل ولايته ، قال ابن القاص (٢) : له الحكم بشهادتهم إن
جوزنا القضاء بالعلم ، وخالفه أبو عاصم وآخرون ، وقالوا : القياس
منعه ، كما لو سمع البينة خارج ولايته •

التاسعة : عدل شاهد ، والقاضي يتحقق فسقه بالتسامع ، قال
الإمام : الذي يجب القطع به أنه يتوقف ولا يقضي •

العاشرة : تقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق ، لأن البحث
عن حال الشهود ، ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى •

(١) في الاصل : عدلا •

(٢) في الاصل : ابن كج القاضي •

الباب الثالث : في القضاء على الغائب

هو جائز في الجملة ، وحكى صاحب « التقريب » قولاً عن رواية حرملة أنه لا يجوز إلا إذا كان للدعوى اتصال بحاضر ، والمشهور الأول ، وبه قطع الأصحاب ، وفي الباب أطراف :

الأول : في الدعوى ، ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط فيها على الحاضر^(١) من بيان المدعى وقدره وصفته وقوله : إني مطالب بالمال . ولا يكفي الاقتصار على قوله : لي عليك كذا^(٢) ويشترط أن يكون للمدعي بينة وإلا فلا فائدة ، وأن يدعي جحوده ، فإن قال : هو مقرر لم تسمع بينته ولغت دعواه ، وإن لم يتعرض لجحوده ولا لإقراره ، فهل تسمع بينته ؟ وجهان أصحهما : نعم لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ، ويحتاج إلى الإثبات ، فجعلت الغيبة كالسكوت . وفي فتاوى القفال أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه ، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب ، فأما إذا كان للغائب مال حاضر ، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي تسمع بينته ويوفيه^(٣) ، سواء قال : هو مقرر ، أو جاحد ، وهل على القاضي لسماع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخراً ينكر على الغائب ؟ وجهان أحدهما : نعم لتكون البينة على إنكار منكر ، وأصحهما ما ذكره البغوي ، لأن الغائب قد يكون مقرأ ، فيكون إنكار المسخر كذباً . ومقتضى هذا التوجيه أن لا يجوز نصب المسخر ، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب وإلا فلا .

(١) في الأصل : الحاضرين .

(٢) في نسخ الظاهرية : لي عليه كذا .

(٣) في الأصل : يوفيه .

الطرف الثاني : في التحليف ، فيحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها أنه ما أبرأه من الدين الذي يدعيه ، ولا من شيء منه ، ولا اعتاض ولا استوفى ، ولا أحال عليه هو ، ولا أخذ من جهته ، بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أدائه ، ويجوز أن يقتصر ، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ، ووجوب تسليمه ، وكذا يحلف مع البينة [الوارث] إذا كان المدعى عليه صيباً أو مجنوناً أو ميتاً ليس له وارث حاضر ، فإن كان حلف بسؤال الوارث ، وحكى أبو الحسين الطرسوسي من أصحابنا قولاً أنه لا يحلف في الدعوى مع البينة وهو مذهب المزني ، والمشهور الأول ، لكن هذا التحليف واجب أم مستحب؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما : الوجوب ، ومنهم من قطع به . ومن قال بالاستحباب قال : لأن تدارك التحليف باق ، والوجوب في الميت والصبي والمجنون أولى لعجزهم عن التدارك ، لكن الخلاف مطرد فيهم ، حكاه أبو الحسن العبادي وجماعة ، وبني على هذا مالو أقام قيم طفل بينة على قيم طفل ، فإن أوجبنا التحليف ، انتظرنا حتى يبلغ المدعى له ، فيحلف ، وإن قلنا بالاستحباب ، قضى بها ، ولا يشترط في اليمين هنا التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد ، لأن البينة هنا كاملة وقيل : يشترط .

إذا لم يدع بنفسه ، بل ادعى وكيله على غائب لا يحلف ، بل يعطى المال إن كان المدعى عليه هناك مال ، ولو كان المدعى عليه حاضراً ، وقال للمدعي بالوكالة بعد أن أقام البينة عليه : أبرأني موكلك الغائب ، وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل ، فيحلف ، لم يمكن منه ، بل عليه تسليم الحق ، ثم يثبت الإبراء من بعد إن كانت له حجة ، وكذا لو ادعى ولي الصبي ديناً للصبي ، فقال المدعى عليه : إنه أتلف علي من

جنس ما تدعيه قدر دينه لم ينفعه^(١) بل عليه أداء ما أثبتته الولي ، فإذا بلغ الصبي ، حلفه • ولو قال المدعي عليه في مسألة التوكيل : أبرأني موكلك الغائب ، فاحلف أنك لا تعلم ذلك ، قال الشيخ أبو حامد : له تحليفه على نفي العلم ومن الأصحاب من يخالفه ولا يحلف الوكيل ولك أن تقول : مقتضى ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي وكيل المدعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المسقطه نيابة عن المدعي عليه فيما يتصور منه لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعي لنفسه •

فرع

يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر وهل يكفي يمين أم يشترط يمينان إحداهما لتكامل الحجة ، والثاني لنفي المسقطات وجهان أصحهما الثاني •

فرع

تعلق برجل وقال : أنت وكيل فلان الغائب ، ولي عليه كذا ، وأدعي عليك وأقيم البينة في وجهك ، فإن علم أنه وكيل ، وأراد أن لا يخاصم ، فليعزل نفسه ، وإن لم يعلم ، فينبغي أن يقول : لا أعلم أنني وكيل ولا يقول : لست بوكيل فيكون مكذباً لبينة^(٢) قد تقوم بالوكالة ، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به ؟ وجهان أحدهما : نعم ليستغني عن ضم اليمين إلى البينة ، وليكون القضاء مجمعاً عليه ، وأصحهما : لا ، لأن الوكالة حق له ، فكيف يقام بينة بها قبل دعواه •

(١) في الأصل : لم ينفذ .

(٢) في الأصل : فيكون هكذا بالبينة .

الطرف الثالث في كتاب القاضي إلى القاضي ، فالقاضي بعد سماع الدعوى والبينة على الغائب قد يقتصر عليه ، وينهي الأمر إلى قاضي بلد الغائب ليحكم ويستوفي ، وقد يحلفه كما سبق ، ويحكم وعلى التقدير الثاني قد يكون للغائب مال حاضر يمكن أداء الحق منه فيؤدى ، وقد لا يكون كذلك ، فيسأل المدعي القاضي إنهاء الحكم إلى قاضي بلد الغائب ، فيجيبه إليه . وللإنهاء طريقان ، أحدهما : أن يشهد على حكمه عدلين يخرجان إلى ذلك البلد ، والأولى أن يكتب بذلك كتاباً أولاً ، ثم يشهد ، وصورة الكتاب : حضر فلان ، وادعى على فلان الغائب المقيم ببلد كذا ، وأقام عليه شاهدين وهما فلان وفلان ، وقد عدلا عندي ، وحلفت المدعي ، وحكمت له بالمال ، فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبت ، وأشهدت بذلك فلاناً وفلاناً . ولا يشترط تسمية الشاهدين على الحكم ، ولا ذكر أصل الإشهاد ، ولا تسمية شهود الحق ، بل يكفي أن يكتب : شهد عندي عدول ويجوز أن لا يصفهم بالعدالة ، ويكون الحكم بشهادتهم تعديلاً لهم ، ذكره في العدة ، ويجوز أن لا يتعرض لأصل الشهادة ، فيكتب : حكمت بكذا بحجة أوجبت الحكم ، لأنه قد يحكم بشاهد ويمين وقد يحكم بعلمه إذا جوزناه ، وهذه حيلة يدفع بها القاضي قدح الحنفية إذا حكم بشاهد ويمين . وفي فحوى كلام الأصحاب وجه ضعيف مانع من إبهام الحجة ، لما فيه من سد باب الطعن والقدح على الخصم . ويستحب للقاضي أن يختم الكتاب ويدفع إلى الشاهدين نسخة غير مختومة ليطلعاهما ، ويتذاكرا عند الحاجة ، وأن يذكر في الكتاب نقش خاتمه الذي يختم به ، وأن يثبت اسم نفسه ، واسم المكتوب إليه في باطن الكتاب ، وفي العنوان أيضاً . وأما الإشهاد ، فإن أشهدهما أنه حكم بكذا ، ولا كتاب ، شهدا به ، وقبلت شهادتهما ، وإن أنشأ الحكم بين أيديهما ، فلهما أن يشهدا عليه وإن لم

يشهدهما ، وإن كتب ، ثم أشهد ، فينبغي أن يقرأ الكتاب أو يقرأ بين يديه عليهما ثم يقول لهما : إشهدا علي بما فيه ، أو علي حكمي المبين فيه ، وفي « الشامل » أنه لو اقتصر بعد القراءة على قوله : هذا كتابي إلى فلان ، أجزأ ، وحكى ابن كج وجهاً أنه يكفي مجرد القراءة عليهما ، والأحوط أن ينظر الشاهدان وقت القراءة عليهما في الكتاب ، فلو لم يقرأ الكتاب عليهما ، ولم يعلما ما فيه ، قال القاضي : أشهدكما علي أن هذا كتابي أو ما فيه خطي ، لم يكف ، ولم يكن لهما أن يشهدا علي حكمه ، لأن الشيء قد يكتب من غير قصد بحقيقة. ولو قال : أشهدكما علي أن ما فيه حكمي ، أو علي أنني قضيت بمضمونه ، فوجهان ، أصحهما : لا يكفي حتى يفصل ما حكم به ، والثاني : يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه ، ويجري الخلاف فيما لو قال المقر : أشهدتك علي ما في هذه القبالة وأنا عالم به ، لكن الأصح عند الغزالي في الإقرار أنه يكفي ، حتى إذا سلم القبالة إلى الشاهد ، وحفظها الشاهد ، وأمن التحريف ، جاز له أن يشهد علي إقراره ، لأنه يقر علي نفسه ، والإقرار بالمجهول صحيح ، وقطع الصيمري بأنه لا يكفي في الإقرار أيضاً حتى يقرأه ويحيط بما فيه ، قال : وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله ، ويشبه أن يكون الخلاف في أن الشاهد هل يشهد أنه أقر بمضمون القبالة مفصلاً . فأما الشهادة علي أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهماً ، فينبغي أن يقبل بلا خلاف كسائر الأقارير المبهمة ، ثم سواء شهد كذا أو كذا ، فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده ، وأمن التصرف .

فرع

التعويل علي شهادة الشهود والمقصود من الكتاب التذكر ، ومن الختم الاحتياط ، وإكرام المكتوب إليه ، فلو ضاع الكتاب ، أو امحى ،

أو انكسر الختم . وشهدا بمضسونه المضبوط عندهما ، قبلت شهادتهما ،
وقضي بها ، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب . عمل بشهادتهما ، ولا يكفي
الكتاب المجرد . وقال الاصطخري: إذا وثق المكتوب إليه بالخط والختم .
كفى . والصحيح الأول . ويشترط إسهاد رجلين عدلين ، فلا يقبل رجل
وامرأتان . وقيل : يقبل إن تعلقت الحكومة بمال ، وذكر ابن كج أنه
لو كان الكتاب برؤية هلال رمضان : كفى شهادة واحد على قولنا :
يثبت بواحد ، وأنه لو كتب بالزنى وجوزنا كتاب القاضي إلى قاض في
العقوبات هل يثبت برجلين أم يشترط أربعة ؟ وجهان بناء على القولين
في الإقرار بالزنى .

فرع

إذا وصل كتاب القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر ، أحضر
الخصم . فإن أقر بالمدعى . استوفاه . وإلا فيشهد الشاهدان أن هذا
كتاب القاضي فلان وختسه . حكم فيه لفلان بكذا على هذا وقرأه علينا
وأشهدنا به ، ولو لم يقولوا : أشهدنا به . جاز ، ولا يكفي ذكرهما
الكتاب والختم ، بل لابد من التعرض لحكمه . ثم في « التهذيب »
و « الرقم » [أن القاضي]^(١) إنما نقض الختم بعد شهادة الشهود وتعديلهم .
وذكر الهروي أنه يفتح الكتاب أولاً : ثم يشهدون ويوافق هذا قول
كثير من الأصحاب أن الشهود يقرؤون الكتاب ، ثم يشهدون ليقفوا
على ما فيه ، ويعلموا أنه لم يخرق . وليس هذا خلافاً في الجواز ، وكيف
وقد عرف أن الختم من أصله لا اعتبار به ، فكما تقبل الشهادة على
مالا ختم عليه تقبل على المفوض ختمه ، وسواء فضه القاضي أو
غيره ، وإنما هو في الأدب والاحتياط .

(١) زيادة من نسخ الظاهرية .

فرع

يجوز أن يكتب إلى قاض معين . ويجوز أن يطلق فيكتب إلى كل من يصل إليه من القضاة . وإذا كان الكتاب إلى معين . فشهد شاهداً الحكم عند حاكم آخر قبل شهادتهما . وأمضاه . وإن لم يكتب : وإلى كل من يصل إليه من القضاة اعتسداً على الشهادة . وكذا لو مات الكاتب ، وشهدا على حكمه عند المكتوب إليه . أو مات المكتوب إليه ، وشهدا عند من قام مقامه . قبل شهادتهما . وأمضى الحكم . والعزل والجنون والعسى والخرس كالموت . ولو كتب القاضي إلى خليفته . ثم مات القاضي . أو عزل . تعذر على الخليفة القبول والإمضاء إن قلنا : ينزل بانعزال الأصل . ولو ارتد القاضي الكاتب أو فسق ، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه ، فوجهان قطع ابن القاص ، وصاحب «المهذب» و«التهذيب» وآخرون بأن الكتاب إن كان بالحكم المبرم ، أمضى . لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق ، وإن كان بسماع الشهادة ، لم يقبل ولم يحكم به . كما لو فسق الشاهد قبل الحكم . وأطلق ابن كج أنه لا يقبل كتابه إذا فسق . وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد وابن الصباغ .

فرع

شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه ، وهل ثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم ؟ وجهان ، قال القفال الشاشي : نعم للحاجة ، والأصح المنع ، لأنه تعديل قبل أداء الشهادة ، ولأنه كتعديل المدعي شهوده ، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم ، فلو ثبت به عدالتهم لثبت بقولهم ، والشاهد لا يزكي نفسه .

فرع

ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له ، والمحكوم عليه ، وكتيتهما ، واسم أبويهما ، وجديهما ، وحليتهما ، وصنعتهما ،

وقبيلتهما ليسهل التمييز ، وإن كان مشهوراً ظاهر الصيت ، وحصل (١) الإعلام ببعض ما ذكرنا ، اكتفي به . وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا ، فحمل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضر الحامل عنده من زعم محكوماً عليه ، نظر إن شهد شهود الكتاب والحكم على عينه ، لأن القاضي الكاتب حكم عليه ، طُوب بالحق ، وإن لم يشهدوا على عينه ، لكن شهدوا على موصوف بالصفات المذكورة في الكتاب ، فأنكر المحضر أن ما في الكتاب اسمه ونسبه ، فاقول قوله مع يمينه . وعلى المدعي البينة على أنه اسمه ونسبه ، فإن لم تكن بينة ، ونكل المحضر ، حلف المدعي ، وتوجه له الحكم . ولو قال : لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فحكى الإمام والغزالي عن الصيدلاني أنه يقبل منه اليمين هكذا ، كما لو ادعى عليه قرض ، فأنكر ، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء ، فإنه يقبل ، واختار أنه لا يقبل ، وفرقا بأن مجرد الدعوى ليس بحجة ، وهنا قامت بينة على المسمى بهذا الاسم ، وذلك يوجب الحق عليه إن ثبت كونه المسمى ، وإن قامت البينة بأنه اسمه ونسبه ، فقال : نعم ، لكن لست المحكوم عليه ، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة ، لزمه الحكم ، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه ، وإن وجد بأن عرفه القاضي ، أو قامت عليه بينة ، وأحضر المشارك ، فإن اعترف بالحق ، طُوب به ، وخلص الأول ، وإن أنكروا ، بعث الحاكم (٢) إلى الكاتب بما وقع من الإشكال ، ليحضر الشاهدين ، ويطلب منهما مزيد صفة يتميز بها المشهود عليه ، فإن ذكرا مزيداً ، كتب إليه ثانياً ، وإلا وقف الأمر حتى تنكشف . ولو أقام المحضر بينة على موصوف بتلك الصفات كان هناك وقد مات ، فإن مات بعد الحكم ، فقد وقع الإشكال ، وإن مات قبله ، فإن لم يعاصره المحكوم

(١) في الاصل : حصل .

(٢) في الاصل : القاضي .

له ، فلا إشكال ، وإن عاصره ، حصل الإشكال على الأصح ، هذا كله إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه ، ونسبه ، وصفته كما سبق ، أما إذا اقتصر على قوله : حكمت على محمد بن أحمد مثلاً ، فالحكم باطل ، لأن المحكوم عليه مبهم ، ولم يتعين بإشارة ، ولا وصف كامل بخلاف ما إذا استقصى الوصف ، فظهر اشتراك على الندور ، حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد وأنه المعني بالكتاب ، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه إلا أن يقر بالحق ، فيؤاخذ به هذا هو الصحيح ، وهو الذي نقله الإمام والغزالي وغيرهما ، وذكر ابن القاص وأبو علي الطبري أنه إذا ورد الكتاب ، أحضر القاضي المكتوب عليه ، وقرأ عليه الكتاب ، فإن أقر أنه المكتوب عليه ، أخذه به ، سواء كان رفع نسبه وذكر صفته أم لا ، ولا شك أنه لو شهد الشهود كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه يقبل الشهادة ، ويعمل بمقتضاها ، لما سبق أن الاعتبار بقول الشهود لا بالكتاب .

فصل

سبق أن لإنهاء حكم القاضي إلى قاض آخر طريقين ، أحدهما :
المكاتبة وسبق .

والطريق الثاني المشافهة ، وتتصور من أوجه .

أحدها : أن يجتمع القاضي الذي حكم ، وقاضي بلد الغائب في غير البلدين ، ويخبره بحكمه .

والثاني : أن ينتقل الذي حكم إلى بلد الغائب ، ويخبره ، ففي الحالين لا يقبل قوله ، ولا يمضي حكمه ، لأن إخباره في غير موضع ولايته ، كإخبار القاضي بعد العزل .

والثالث : أن يحضر قاضي بلد الغائب في بلد الذي حكم فيخبره ، فإذا عاد إلى محل ولايته . فهل يسضيه . إن قلنا : يتضي بعلمه فنعم ، وإلا فلا على الأصح . كما لو قال ذلك القاضي : سعت البينة على فلان بكذا . فإنه لا يترتب الحكم عليه إذا عاد إلى محل ولايته .

والرابع : أن يكونا في محل ولايتهما . بأن وقف كل واحد في شرف محل ولايته . وقال الحاكم : حكمت بكذا فيجب على الآخر إمضائه . لأنه أبلغ من الشهادة والكتاب . وكذا لو كان في البلد قاضيان وجوزناه . فقال أحدهما للآخر : حكمت بكذا فإنه يسضيه . وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد وبالعكس . ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب . فأخبر^(١) أحدهما الآخر بحكمه أمضاه الآخر ، لأن القرية محل ولايتهما ، ولو دخل النائب البلد ، فقال للقاضي : حكمت بكذا لم يقبله ، ولو قال له القاضي : حكمت بكذا . ففي إمضائه إياه ، إذا عاد إلى قرية الخلف [في] القضاء بالعلم .

فرع

إذا حكم القاضي بحق . وشافه به والياً غير قاض ليستوفيه ، فله أن يستوفي في محل ولاية القاضي ، وكذا خارجه على الصحيح . ولو كاتب القاضي والياً غير قاض ، فإن كان صالحاً للقضاء وقد فوض إليه الإمام نظر القضاة وتولية من يراه ، جازت مكاتبته ، كما تجوز مكاتبته الإمام الأعظم . نص عليه في « المختصر » وإن لم يكن صالحاً ، أو كان ، وأم يفوض إليه ، نظر القضاة ، لم تجز مكاتبته ، لأن سماع البينة يختص بالقضاة .

(١) في الأصل : فأخبره .

فصل

ذكرنا في أول الطرف أن القاضي بعد سماع البينة قد يحكم ،
وينهيه إلى حاكم آخر ، وقد يقتصر على السماع وينهيه ، وفرغنا من
القسم الأول ، وأما الثاني فنقدم عليه مقدمة فيما يتناز به أحد
القسمين على الثاني وفي فروع تتعلق بالحكم .

اعلم أن صيغ الحكم في قوله : حكمت على فلان لفلان ،
بكذا ، وألزمته لما سبق في الأدب الخامس من الباب الثاني ،
فلو قال : ثبت عندي كذا بالبينة العادلة ، أوصح ، فهل هو
حكم ؟ فيه وجهان أحدهما : نعم ، لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جزماً
وأصحها لا ، لأنه قد يراد به قبول الشهادة ، واقتضاء البينة صحة
الدعوى . فصار كقوله : سعت البينة وقبلتها ولأن الحكم هو الإلزام ،
والثبوت ليس بإلزام . وأما ما يكتب [على] ظهور الكتب الحكيمية
وهو : صح ورود هذا الكتاب علي ، فقبلته قبول مثله ، وألزم العسل
بسوجه . فليس بحكم لاحتمال^(١) أن المراد تصحيح الكتاب ، وإثبات
الحجة . ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي على
الأصح . وهل يصح أن يلزم القاضي الميت بسوجب إقراره في حياته ؟
وجهان . وشترط تعيين ما يحكم به ، ومن يحكم له ، لكن قد ينتلئ
القاضي بظالم يريد مالا يجوز ، ويحتاج إلى ملاينته . فرخص له دفعه
بما يرههم أنه أسعفه بمراده . مثاله : أقام خارج بينة وداخل بينة . والقاضي
يعلم فسق بينة الداخل ، ولكنه يحتاج إلى ملاينته . وطلب الحكم بناء
على ترجيح بينة الداخل . فيكتب : حكمت بسا هو مقتضى الشرع في
معارضة بينة فلان الداخل ، وفلان الخارج . وقررت المحكوم به في يد
المحكوم له . وسلطته عليه . ومكنته من التصرف فيه إذا ثبتت هذه

(١) في الأصل : الاحتمال .

المقدمة ، فإذا لم يحكم القاضي ، وأنهى ماجرى من الدعوى والبينة بالكتاب ، سمي بذلك كتاب نقل^(١) الشهادة ، وكتاب التثبيت ، أي : تثبيت الحجة . وينص على الحجة ، فيذكر أنه قامت عنده بينة أو شاهد ويسين ، أو نكل المدعى عليه ، وحلف المدعي ، وإنما ينص على الحجة ، ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة ، فقد لا يرى بعض ذلك الحجة ، وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه ليقضي به المكتوب إليه ؟ قال في العدة : لا يجوز وإن جوزنا القضاء بالعلم ، لأنه ما لم يحكم به هو كالشاهد والشهادة لا تتأدى بالكتابة . وفي أمالي السرخسي جوازه ، ويقضي به المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم . وإذا كتب بسماع البينة ، فليس الشاهدين ، والأولى أن يبحث عن حالهما ويعدهما ، لأن أهل بلدهما أعرف بهما ، فإن لم يفعل ، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل . إذا عدل ، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين ؟ قال الإمام والغزالي : لا ، والقياس الجواز ، كما أنه إذا حكم ، استغنى عن تسمية الشهود ، وهذا هو المفهوم من كلام البغوي وغيره ، وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكتاب^(٢) أم له البحث وإعادة التعديل ؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني ، والقياس الأول .

قلت : هذا الذي جعله القياس هو الصواب . والله أعلم

ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي ، والقول في إشهاد القاضي ، وفي أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه ، وفي دعوى الخصم إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما سبق في القسم الأول ، وإذا عدل الكاتب شهود الحق ، فجاء الخصم بينته على جرحهم

(١) في الأصل : تقبل .

(٢) في نسخ الظاهرية : الكاتب .

سعت ، ويقدم على التعديل ، وإن استمهل البينة الجرح أمهل ثلاثة أيام هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم ، وكذا لو قال : أبرأني ، أو قضيت الحق واستمهل ليقيم البينة عليه . ولو قال : أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم ، فإنني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك ، أو قال : لي بينة أخرى هناك دافعة ، لم يسهل ، بل يؤخذ الحق منه ، فإذا أثبت جرحاً أو دعواً ، استرد ، وسواء في ذلك كتاب الحكم ، وكتاب نقل الشهادة: وفي العدة أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم أنه لاعدواة بينه وبينهم وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه أجابه إليه ، ولو سأله إحلافه على عدالتهم ، لم يجبه ، وكفى تعديل الحاكم إياهم ، وأنه لو ادعى قضاء الدين ، وسأل إحلافه : أنه لم يستوفه ، لم يحلف ، لأن الكاتب أحلفه . وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه : أنه لم يبرئه فحصل وجهان .

فرع

في مشافهة القاضي قاضياً بساع البينة فإذا نادى قاض من طرف ولايته قاضياً من طرف ولايته: إني سمعت البينة بكذا ، أو جوزنا قافيين في بلد ، فقال ذلك قاض لقاض ، هل للمقول له الحكم بذلك ؟ قال الإمام والغزالي : يبنى ذلك على أن سماع البينة وإنهاء الحال إلى قاض آخر هل هو نقل كشهادة الشهود كنقل الفروع شهادة الأصول ، أم حكم بقيام البينة ؟ وفيه وجهان ، فعلى الأول لا يجوز ، كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل . وعلى الثاني يجوز كما في الحكم المبرم . وهذا أرجح عند الإمام والغزالي ، والصحيح الأول ، وبه قال عامة الأصحاب ، وقالوا أيضاً : كتاب الساع إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على

الشهادة . وهذا نصه في « عيون المسائل » ولو قال الحاكم لخليفته :
اسع دعوى فلان وبينته ، ولا تحكم به حتى تعرفني ، ففعل هل للحاكم
أن يحكم به ؟ القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين في البلد [إلى] الآخرة ،
لإمكان حضور الشهود عنده ، لكن الأشبه هنا الجواز ، وبه أجاب
أبو العباس الروياني مع توقف فيه .

الطرف الرابع في الحكم بالشيء الغائب على غائب . الغيبة
والحضور إنما تتعاقبان الأعيان ، فأما إذا كانت دعوى نكاح أو طلاق
أو رجعة ، أو إثبات وكالة ، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور ،
وكذا إذا كان المدعى ديناً . ومتى ادعى عيناً ، فإن كانت حاضرة مشاراً
إليها . سلت إلى المدعي إذا تست حجته . وإن كانت غائبة ، فلها حالان
الأولى أن تكون غائبة عن البلد ، فهي إما عين يؤمن فيها الاشتباه
والاختلاط ، كالعقار وعبد وفرس معروفين ، وإما غيرها ، والقسم
الأول يسمع القاضي البينة عليه ، ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك
المال ليلسه إلى المدعي ، ويعتد في العقار على ذكر البقعة والسكة
والحدود ، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة ، ولا يجوز الاقتصار
على جدين أو ثلاثة ، ولا يجب التعرض للقيسة على الأصح ، لحصول
التمييز دونه . وأما القسم الثاني كغير المعروف من العييد والدواب
وغيرها فهل يسمع البينة على عنها وهي غائبة ؟ قولان : أحدهما نعم .
كما يسمع على الخصم الغائب اعتماداً على الحلية والصفة ، ولأنه
يحتاج إليه كالعقار . والثاني : لا . لكثرة الاشتباه . وهذا قال
المزني ، ورجحه طائفة ، منهم أبو الفرج الزاز ، والأول اختيار الكرايسي ،
والاصطخري . وابن القاص ، وأبي علي الطبري ، وبه أفتى القفال .
فإذا قلنا به . فهل يحكم للمدعي بما قامت به البينة ؟ قولان : أحدهما :
نعم كالعقار . وأظهرهما : لا . لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة

بعيد . والحاصل ثلاثة أقوال ، أظهرها : تسمع البينة فينبغي أن يبالغ
 البينة ولا يحكم ، والثاني لا يسمع ولا يحكم ، والثالث يسمع ويحكم .
 هذه طريقة الجمهور ، وطردوها في جسيع المنقولات التي لا تعرف .
 وقال الإمام والغزالي : مالا يؤمن فيه الاشتباه ضربان ما يمكن تمييزه
 بالصفات والحلي كالحيوان . ومالا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس ،
 فالأول على الأقوال الثلاثة . وقطعا في الكرباس ونحوه [بأنه] لا ترتبط
 الدعوى والحكم بالعين . فإن قلنا : يسمع البينة ، فينبغي أن يبالغ
 المدعي في الوصف بما يمكن الاستقصاء والتعرض للثبات . وبماذا
 يضبط بعد ذكر الجنس والنوع ؟ قولان حكاهما الهروي وغيره .
 أحدهما لتعرض الأوصاف المعبرة في السلم . والثاني يتعرض للقيمة .
 وتكفي عن ذلك الصفات ، قالوا : والأظهر أن الركن في تعريف ذوات
 الأمثال ذكر الصفات وذكر القيمة مستحب في ذوات القيسم . الركن
 القيمة . وذكر الصفات مستحب ، ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد
 المال بما جرى عنده من مجرد قيام البينة . أو مع الحكم إن جوزنا الحكم
 المبرم . فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر بالاسم والصفات المذكورة في
 يده . أو في يد غيره ، فقد صار القضاء مبهماً ، وانقطعت المطالبة في
 الحال . كما سبق في المحكوم عليه . وإن لم يأت بدافع ، فإن كان الكتاب
 كتاب حكم . وجوزنا . حلف المدعي أن هذا المال هو الذي
 شهد به شهوده عند القاضي فلان . وتسلم إليه ، ذكره ابن القاص في
 كتاب آداب القضاء . وإن كان كتاب سماع البينة ، اتزع المكتوب
 إليه المال . وبعثه إلى الكاتب . ليشهد الشهود على عينه . وفي طريقه
 قولان . أظهرهما وأشهرهما ، وبه قطع ابن الصباغ وغيره : يسلم إلى
 المدعي . ويؤخذ منه كفيل بيده . وقال أبو الحسن العبادي : يكفله
 قيمة المال . فإن ذهب إلى القاضي الكاتب : وشهد الشهود على عينه .

وسلم له . كتب القاضي بذلك إبراء الكفيل وإلا فعلى المدعي الرد ، ومؤنته ، ويختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم ، فإن كان عبداً ، جعل في عنقه القلادة ، ويختم عليها ، والمقصود من الختم أن لا يبدل المأخوذ بما لا يسترىب الشهود في أنه له ، وأخذ الكفيل واجب ، والختم مستحب . وعلى هذا القول لو كان للمدعي جارية ، فثلاثة أوجه ، أحدها : أنها كالعبد ، والثاني : لاتبعث أصلاً ، والثالث : تسلم إلى أمين في الرفقة لا إلى المدعي ، وهذا حسن .

قلت : هذا الثالث هو الصحيح أو الصواب . **وانتاعلم**

ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب ، سلسه إلى المدعي ، وقد تم الحكم له ، ثم يكتب إبراء الكفيل على ما ذكرنا ، وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً . ويكتب بأني حكمت به لفلان ، ويسلمه إلى المكتوب له . ليرده إلى القاضي الثاني ، فيقرأ الكتاب ، ويطلق الكفيل ، ويسلم العبد إلى المدعي . والقول الثاني أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعي . ويقبض منه الثمن ، ويضعه عند عدل ، أو يكفله بالثمن ، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب ، كتب بردالثن ، أو براءة الكفيل ، وبان^(١) بطلان البيع ، وإلا فالبيع صحيح ، ويسلم الثمن إلى المدعي عليه ، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة ، كما يبيع الضوال ، وحكى الفوراني بدل هذا القول أنه يسلم إليه المال ، ويأخذ القيسة ويدفعها إلى المدعي عليه للحيلولة^(٢) بينه وبين ما يزعمه ملكاً له . ثم يسترد هذه القيمة ، سواء ثبت المال للمدعي أم لا .

(١) في الأصل : أوبان .

(٢) في الأصل : إلى المدعي على الحيلولة .

الحالة الثانية : أن تكون العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد ، فإن كان الخصم حاضراً أمر بإحضاره لتقوم البينة على عينها ، ولا تسمع الشهادة على صفتها هذا [هو] الجواب في فتاوى القفال . ويشبه أن يجيء فيه وجه فيما إذا كان المدعى عليه في البلد ، هل تسمع الشهادة عليه مع غيبته عن المجلس ؟ ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر ، فأما مالا يمكن ، كالعقار ، فيجده المدعي ويقيم البينة عليه بتلك الحدود ، فإن قال الشهود : نعرف العقار بعينه ، ولا نعرف الحدود ، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه ، أو حضر بنفسه ، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى ، حكم وإلا فلا . ولو كان العقار مشهوراً لا يشته ، فلا حاجة للتحديد ، وأما ما يعسر إحضاره كشيء ثقيل ، وما أثبت في الأرض ، أو ركب في الجدار ، وأورث قلعه ضرراً ، فيصفه المدعي ، ويحضر القاضي عنده ، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه ، وإن لم يمكن وصفه حضر القاضي عنده ، أو بعث من يسمع الدعوى على عينه ، وذكر الغزالي أن العبد المدعى لو كان يعرفه القاضي ، حكم به دون الإحضار ، وجعل هذه الصورة كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار . وهذا الذي قاله إن أراد به العبد المعروف بين الناس ، فهو صحيح كما ذكرنا في العقار المعروف والعبد المشهور الغائب عن البلد ، فأما إن اختص القاضي بمعرفته ، فإن كان عالماً بصدق المدعي . وحكم بعلمه تفريراً على جوازه ، فهو قريب أيضاً ، وإن حكم بالبينة فالبينة تقوم على الصفة ، فإذا لم يسمع البينة [بالصفة] ، وجب أن يمتنع الحكم ومتى أوجبنا الإحضار ، فذلك إذا اعترف المدعى عليه باشتغال يده على مثل تلك العين ، وإن أنكر اشتغال يده على غير تلك الصفة ، صدق بيمينه ، فإن حلف ، كان للمدعي أن يدعي عليه القيمة ، لاحتمال أنها هلكت ذكره البغوي وغيره . وإن نكل وحلف المدعي ،

أو أقام بينة حين أنكر ، كلف إحضارها وحبس ، ولا يطلق إلا بالإحضار ، أو بأن يدعي التلف ، فتؤخذ منه القيمة ، وتقبل منه دعوى التلف ، وإن كانت خلاف قوله الأول للضرورة ، وقيل : لا يطلق إلا بإحضار ، أو بينة التلف ، فإن لم يدر المدعي أن العين باقية ليطالب^(١) بها ، أو تالفة ليطالب بقيمتها فادعى على التردد ، وقال : غضب مني كذا ، فإن كان باقياً ، فعليه رده ، وإن كان تالفاً ، فقيمته ، فوجهان أحدهما : لا يسمع دعواه ، لعدم الجزم ، بل يدعي العين ، ويحلف عليها ، ثم ينشئ دعوى القيمة ، ويحلف عليها ، وأصحهما وعليه عمل القضاء : يسمع للحاجة فيه ، وعلى هذا يحلف أنه لا يلزمه رد العين ، ولا قيمتها ، ويجري الوجهان فيما لو سلم ثوباً إلى دلال ليبيعه فطالبه به ، فجدد ، فلم يدر صاحب الثوب أباعه ، فيطالبه بالثمن ، أم تلف ، فيطالبه بالقيمة ، أم هو باق ليطالبه بالعين ؟ فعلى الأول يدعي العين في دعوى ، والقيمة في أخرى ، والثمن في أخرى ، وعلى الثاني يدعي أن عليه رد الثوب أو ثمنه أو قيمته ، ويحلف الخصم يميناً واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته ، ولو شهدوا أنه غضب منه عبداً بصفة كذا ، فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك^(٢) الصفة . وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً ، فإن كان غائباً والمال في البلد ، كما وصفنا أحضر مجلس الحكم أيضاً ، وأخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه .

فرع

لو كان الخصم حاضراً ، والمدعي ببلدة أخرى ، فقياس ما سبق أنا إن قلنا : تسمع البينة بالمال الغائب ، ويحكم به ، فالقاضي يحكم عليه ، وإن لم نجوز إلا السماع ، فإذا سمع البينة ، أمر بنقل المدعي إلى مجلسه ، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم .

(١) في الأصل : لطالب .

(٢) في الأصل : تكمل .

فرغ

ذكرنا أن المدعى إن كان في البلد ، كلف المدعى عليه إحضاره ، وإن كان غائباً يبعثه القاضي المكتوب إليه على يد المدعي ، ولا يكلف المدعى عليه الإحضار للمشقة ، كما يكلف الحضور هناك ولا يكلفه (١) هنا ، قال البغوي : فحيث أمر المدعي هنا بالإحضار ، فمؤنة الإحضار عليه إن ثبت أنه للمدعي ، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار والرد جميعاً ، وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب إن لم يثبت أنه للمدعي ، فعليه رده إلى موضع بمؤناته ، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده ، وإن ثبت أنه للمدعي ، فقياس ما ذكره البغوي أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعى عليه . وفي أمالي السرخسي أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال ، فإن لم يكن في بيت المال شيء ، اقترض ، فإن ثبت المال للمدعى عليه ، لزمه رد القرض بظهور تعديه ، وإلا كلف المدعي رده لظهور تعنته ، ثم قال العراقيون والبغوي وغيرهم : إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب ، ولم يثبت كونه له ، لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة ، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة ، وإذا أحضره المدعى عليه وهو في البلد ، فاقضى سكوتهم المسامحة وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي ، والفرق بين الحالين زيادة الضرر هناك .

الطرف الخامس في المحكوم عليه ، والأصل أن لا يسمع القاضي البينة ، ولا يحكم إلا بحضرة المدعى عليه ، لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب . وتفصيلها أن يقال : إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي ، فما أن يكون في البلد ، وإما لا ، فإن كان ، نظر إن كان ظاهراً يتأتى

(١) في الأصل : لا يكلفه هنا .

إحضاره ، فهل يجوز سماع البينة عليه والحكم من غير حضوره أم لا ، أم يجوز سماعها دون الحكم ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنع منها ، وأجري الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم هل يسمع البينة عليه ، ويحكم بغير سؤاله ومراجعته ، والمنع هنا أظهر وأولى • وإن تعذر إحضاره بتواريه أو بعذره ، جاز سماع الدعوى والبينة والحكم عليه على الصحيح ، ومنعه القاضي حسين ، فإن قلنا بالصحيح، فهل يحلف المدعي، كما يحلف المدعي على غائب ؟ وجهان، وقطع صاحب العدة بأنه لا يحلف، لأن الخصم قادر على الحضور وإن لم يكن في البلد ، فإن غاب إلى مسافة بعيدة ، جاز الحكم عليه ، وإن كانت قريبة ، فهو كالحاضر ، وفي ضبط البعيدة وجهان ، أحدهما : تقصر فيه الصلاة ، والقريبة دونها ، وأصحهما : أن القرية ما يمكن المبكر الرجوع منها إلى مسكنه ليلاً ، فإن زادت ، فبعيدة • ولو كان للمتسرّد وكيل نصبه بنفسه ، فهل يتوقف التحليف على طلبه ؟ جوابان لأبي العباس الروياني ، لأن الاحتياط والحالة هذه من وظيفة الوكيل ، وكذا لو كان للغائب وكيل •

فصل

من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره ، فلخصمه حالان : الأولى : أن يكون بالبلد وظاهراً يمكن إحضاره ، فيجب إحضاره ، وقال ابن سريج : يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلسه، والصحيح أنه لا فرق • ثم الإحضار قد يكون بختم من طين رطب أو غيره يدفعه إلى المدعي ، ليعرضه على الخصم • وليكن مكتوباً عليه : أجب القاضي فلاناً ، وقد يكون بشخص من الأعوان المرتبين على باب القاضي ، وتكون مؤتته على الطالب إن لم يكن لهم رزق من بيت المال، وإن بعث الختم ، فلم يجب ، بعث إليه العون ، وإن ثبت عند القاضي امتناعه بلا عذر ، أو ثبت سواد به بكسر الختم ونحوه، استعان على إحضاره بأعوان

السلطان ، فإذا حضر عزره بما يراه ، وتكون مؤنة المحضر والحالة هذه على المطلوب ، لامتناعه . وقيل : على المدعي ، والصحيح الأول ، فإن اختفى بعث من ينادي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمر باب داره ، أو ختم عليه ، فإن لم يحضر بعد الثلاث ، وسأل المدعي التسمير أو الختم ، أجابه إليه ، وينبغي أن يتقرر عنده أن الدار داره ، وإذا عرف له موضع قال ابن القاص : يبعث القاضي جماعة من النسوة والصبيان والخصيان يهجمون عليه على هذا الترتيب ، ويفتشون . ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور، لم يكلف ، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه ، أو يأمره بنصب وكيل ليخاصم عنه ، فإن وجب تحليفه ، بعث إليه من يحلفه ، والعذر كالمرض ، أو حبس ظالم ، أو الخوف منه ، وفي المرأة المخدرة خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى .

الحالة الثانية : أن يكون خارج البلد ، فينظر إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي لم يكن له [أن] يحضره ، وإن كان فيها ، فإن كان له في ذلك الموضع نائب ، لم يحضره ، بل يسمع البينة ويكتب إليه ، هذا هو الصحيح ، وقيل : يلزم إحضاره إذا طلب الخصم ، وقيل : يتخير بين الأمرين ، ذكره السرخسي في « الأملالي » وإن لم يكن هناك، فثلاثة أوجه، أحدهما - وبه قطع العراقيون - : يحضره قربت المسافة أم بعدت، لكن له أن يبعث إلى بلد المطلوب من يحكم بينه وبين المستعدي، والثاني إن كان دون مسافة القصر أحضره ، وإلا فلا ، والثالث إن كان على مسافة العدوى ، أحضره وإلا فلا ، وهذا أصح عند الإمام . وإذا قلنا : لا يحضره إذا كان هناك حاكم ، فكذا لا يحضره إذا كان [هناك] من يتوسط ويصلح بينهما ، بل يكتب إليه أن يتوسط ويصلح ، فإن تعذر فحينئذ يحضره ، وحيث قلنا : يحضر الخارج عن البلد ، فذكر الإمام والغزالي ، وصاحب العدة أنه إنما يحضره إذا أقام المدعي بينة على

ما يدعيه ، فقد لا يكون له حجة فيتضرر الخصم بالإحضار ، لكن قد لا يكون له حجة ، ويقصد تحليفه لعله ينزجر فيقر ، ولم يتعرض الجمهور لما ذكره ، لكن قالوا : يبحث القاضي عن جهة دعواه ، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقد ، كذمي أراد مطالبة مسلم بضمان خمر ، بخلاف الحاضر في البلد لا يحتاج إلى البحث في إحضاره ، لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة ولا مؤنة .

فرع

لو استعدى على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها ، وهل يشترط أمن الطريق ونسوة ثقات ، وهل على القاضي أن يبعث إليها محرماً لها^(١) لتحضر معه ؟ قال أبو العباس الروياني في كل ذلك وجهان الأصح أن يبعث إليها محرماً أو نسوة ثقات .

فصل

إذا ثبت على غائب دين ، وله مال حاضر ، فعلى القاضي توفيقه منه إذا طالب المدعي ، وإذا وفى هل يطالب المدعي بكفيل ؟ وجهان ، أحدهما : نعم فقد يكون للغائب دافع ، وأصحهما : لا ، لأن الحكم قد تم ، والأصل عدم الدافع .

فصل

ذكرنا أن القضاء على الغائب جائز ، وذلك في غير العقوبات ، وفي العقوبات ثلاثة أقوال المشهور ثالثها إن كانت لآدمي ، كقصاص وحد قذف ، جاز ، وإن كانت حداً لله تعالى ، كالزنا والشرب ، وقطع الطريق فلا ، فإن جوزنا ، كتب إلى قاضي بلد المشهود عليه ، ليأخذه بالعقوبة

(١) في الأصل : زيادة « لتحضر مالها » ولا معنى لها ، ولم ترد في اصول الظاهرية .

ثم لا فرق بين كتاب الحكم، وكتاب النقل عند الجمهور وقال الفوراني:
الخلاف في كتاب النقل ، فأما كتاب الحكم فيقبل قطعاً في العقوبتين^(١) .

فصل

إذا سمع القاضي بينة ، فعزل ، ثم ولي ثانياً ، لم يحكم بالسماع
الأول لبطلانه بالعزل ، بل تجب الاستعادة ، ولو خرج عن محل ولايته ،
ثم عاد ، فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته . ولو
سمع الشهادة على غائب ، فقدم قبل الحكم ، لم تجب الاستعادة ، لكن
يخير ويمكن من الجرح ، وإن قدم بعد الحكم ، فهو على حجه في
إقامة البينة بالأداء والإبراء ، وجرح الشهود ، لكن يشترط أن يؤرخ
الجرح^(٢) فسقه بيوم الشهادة ، لأنه إذا أطلق احتمال حدوثه بعد الحكم
وبلوغ الصبي بعد سماع البينة عليه ، أو بعد الحكم كقدوم الغائب .

فصل

المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم؟ وجهان : أحدهما
نعم قاله القفال كغيرها ، فعلى هذا لو حضر القاضي دارها ، ليحكم
بينها وبين خصمها ، أو بعث نائباً كان للخصم أن يمتنع من دخول دارها ،
ويطلب^(٣) إخراجها ، وأصحهما لا كالمرضى ، وسبيل القاضي في حقها
كما سبق في المريض ، فعلى هذا قال ابن الصباغ : إذا حضر دارها نائب
القاضي ، تكلمت من وراء الستر إن اعترف الخصم أنها خصمه ، أو
شهد اثنان من محارمها أنها هي التي ادعى عليها ، وإلا تلفت بملحفة ،
وخرجت من الستر . ثم من لا تخرج أصلاً إلا لضرورة فهي مخدرة ،
ومن لا تخرج إلا نادراً لعزاء ، أو زيارة أو حمام مخدرة أيضاً على الأصح .

(١) في الأصل : في العقوبة .

(٢) في الأصل : الخارج .

(٣) في الأصل : وطلب .

ويكفي أن لا تصير متبذلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة ، كسواء الخبز والقطن ، وبيع الغزل ونحوها ، ثم إنما يتحتم حضور المخدرة على الوجه الأول للتخفيف ، وأما ما عداه ، فيقع فيه بالتوكيل من المخدرة وغيرها .

فصل

القاضي يزوج من لاولي لها إذا كانت في محل ولايته ، سواء كانت مستوطنة محل ولايته ، أم غيرها ، ولا يزوج خارجة عن محل ولايته ، وإن رضيت . ولا يكفي حضور الخاطب ، لأن الولاية عليها لا تتعلق بذلك بخلاف ما لو حكم بحاضر على غائب ، لأن المدعي حاضر ، والحكم يتعلق به ، بخلاف ما لو كان لیتيم غائب عن محل ولايته مال حاضر ، فإنه يتصرف فيه ، لأن الولاية عليه ترتبط بماله ، ثم تصرفه في مال الیتيم الغائب يكون بالحفظ والتعهد ، وإذا أشرف على الهلاك أتى بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة ، وهكذا يفعل في مال كل غائب أشرف على الهلاك ، فإن كان حيواناً ، وخيف هلاكه ، باعه ، وإن حصلت الصيانة بالإجارة اقتصر عليها . وهل له أن يتصرف في مال الیتيم الغائب للاستئناء ، وأن ينصب قيماً كذلك ، وأن يتصرف للتجارة ، وطلب الفائدة كتصرفه في أموال الحاضرين ؟ وجهان ، لأن نصب القيم يرتبط بالمال والمالك جميعاً ، فلو جاز النصب بحضور المال ، جاز لقاضي بلد الیتيم بحضور المالك ، وحينئذ يتمانع تصرفهما . قال الغزالي : والأولى أن يلاحظ مكان الیتيم دون المال ، وله نصب القيم للحفظ والصيانة بلا خلاف ، وللقاضي إقراض مال الغائب ليحفظه^(١) بحفظه

(١) في نسخ الظاهرية : ليحصنه .

في المذمة ، وذكره صاحب « التلخيص » وهو موافق لما سبق في الحجر
في إقراض مال الصبي . وأما ما لا يتعين له مالك ، وحصل اليأس من
معرفة ، فذكر بعضهم أن له أن يبيعه ، ويصرف ثمنه إلى المصالح ،
وأن له حفظه .

قلت : هذا المحكي عن بعضهم متعين ، وقد قاله جماعة ، ولا
نعرف خلافه . والله أعلم

فصل

في مسائل منشورة

كتاب قاضي البغاة مقبول على المشهور ، وعن القديم منعه ،
أطلق بعضهم أنه لا يجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته،
والذي يستمر على أصل الشافعي رحمه الله ما ذكره ابن القاص أنه
لا يحكم ولا يشهر في غير محل ولايته ، وأما الكتاب ، فلا بأس به .
ولو حكم القاضي بيينة أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر ، فحضر
المدعى عليه ، وقال : كنت عزلت وكيلي قبل قيام البينة ، لم ينفعه ، لأن
القضاء على الغائب جائز . ولو حضر المدعي ، وقال : كنت عزلت وكيلي،
وقلنا بانعزال الوكيل قبل بلوغ الخبر ، لم يصح الحكم ، لأن القضاء
للغائب باطل ، وإذا أراد شهود كتاب حكمي التخلف في الطريق في
موضع فيه قاض وشهود ، فصاحب الكتاب إما أن يشهد على كل واحد
منهم شاهدين يحضران معه ويشهدان عند القاضي الذي يقصده ، وإما
أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه ، ليشهدوا عنده
به ، فيضمنه ، ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده . وإن كان التخلف
حيث لا قاض ولا شهود ، قال البغوي : ليس لهم ذلك ، بل عليهم
الخروج إلى موضع فيه قاض وشهود ، فإن طلبوا أجره الخروج إليه ،
فليس لهم إلا نفقتهم ، وكذا دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك

عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب ، حيث لا يكلفون الخروج ،
والقناعة به ، لأن هناك يتمكن من إسهاد غيرهم ، وإذا ألزم المكتوب
إليه الخصم بالحق ، فطلب أن يكتب له كتاباً بقبضه ، فهل على القاضي
إجابته ؟ وجهان ، قال الاصطخري : نعم ، لتلا يطالب مرة أخرى ، وقال
الجمهور : لا ، لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به ، وثبت عنده ،
ويكفي للاحتياط إسهاد المدعي على قبضه الحق • ولو طالبه بتسليم
الكتاب الذي ثبت الحق به ، لم يلزمه دفعه إليه ، وكذا من له كتاب
بدين ، واستوفاه ، أو بعقار فباعه ، لا يلزمه دفعه إلى المستوفى منه ،
وإلى المشتري ، لأنه ملكه ، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه ،
وبالله التوفيق •

* * *