

كتاب القضاء^(١)

بالمذموم: أي الحكم بين الناس؛ وجمعه أفضية كقَبَاءٍ وأقبية. وهو لغةٌ: إحكام الشيء وإمضاؤه، ومنه: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ﴾^(٢). وفراعه، ومنه: ﴿فَوَكَّرَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾^(٣): أي قتله وفرغ منه. وإتمامه، ومنه: ﴿لِيُقَضَىٰ أَجَلٌ مُّسَمًّى﴾^(٤)، أي ليمت الأجل. وشرعاً: الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى. قال ابن عبد السلام: الحكم الذي يستفیده القاضي بالولاية هو إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه إمضاؤه، وسُمي القضاة حكماً لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله لكونه يكف الظالم عن ظلمه؛ أو من إحكام الشيء، ومنه حَكَمَةُ اللجام لمنعه الدابة من ركوبها رأسها؛ وقد قيل إن الحكمة مأخوذة من هذا أيضاً لمنعها النفس من هواها.

والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع؛ فمن الكتاب آيات كقوله تعالى: ﴿وَأَن اخْتُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾^(٥) وقوله تعالى: ﴿فَاخْتُمَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ﴾^(٦) وقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ﴾^(٧). ومن السنة أخبار، كخبر الصحيحين: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ، وَإِنْ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ»^(٨)، وفي رواية صحح الحاكم إسناده: «فَلَهُ عَشْرَةُ أَجُورٍ»^(٩). وروى البيهقي خبر: «إِذَا جَلَسَ الْحَاكِمُ لِلْحُكْمِ بَعَثَ اللَّهُ لَهُ مَلَكَينِ يُسَدِّدَانِهِ وَيُوقِفَانِهِ؛ فَإِنْ عَدَلَ أَقَامَا، وَإِنْ جَارَ عَرَجَا وَتَرَكَاهُ»^(١٠). قال المصنف في شرح مسلم: أجمع المسلمون على أن الحديث - يعني الذي في الصحيحين - في حاكم عالم أهل للحكم إن أصاب فله أجران باجتهاده، وإن أخطأ فله أجر باجتهاده في طلب الحق؛ أما من ليس بأهل للحكم فلا يحل له أن يحكم، وإن حكم فلا أجر له، بل هو آثم ولا ينفذ حكمه سواء وافق الحق أم لا؛ لأن إصابته اتفاقية ليست

(١) روضة الطالبين: ٩٢/١١، حاشية الجمل: ٣٣٤/٤، التنبيه: ص ١٤٤، حاشية الشرقاوي: ٤٩١/٢، حاشية الباجوري: ٢/٥٤٥، غاية البيان: ص ٣٢٢، فتح الوهاب: ٢/٢٠٧، الإقناع: ٢/٢٦٠، حاشية بجيرمي: ٤/٣١٦، السراج الوهاج: ص ٥٨٧، الأم: ٦/١٩٨، كفاية الأخيار: ٢/١٥٧، حاشية الشرواني: ١٠/١٠١، حاشية العبادي: ١٠/١٠١، إعانة الطالبين: ٤/٢٠٨، المهدب: ٢/٢٩٠.

(٢) سورة الإسراء، الآية: ٤.

(٣) سورة القصص، الآية: ١٥.

(٤) سورة الأنعام، الآية: ٦٠.

(٥) سورة المائدة، الآية: ٤٩.

(٦) سورة المائدة، الآية: ٤٢.

(٧) سورة النساء، الآية: ١٠٥.

(٨) أخرجه البخاري في كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ (الحديث: ٧٣٥٢) وأخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد، فأصاب أو أخطأ (الحديث: ٤٤٦٢).

(٩) أخرجه الحاكم في «المستدرک» في كتاب: الأحكام (الحديث: ٨٨/٤).

(١٠) أخرجه البيهقي في كتاب: آداب القاضي، باب: مقتل من ابتلى بشيء من الأعمال فقام فيه بالقسط (الحديث: ٨٨/١٠).

هُوَ فَرَضٌ كِفَايَةٌ؛

صادرة عن أصل شرعي، فهو عاصٍ في جميع أحكامه سواء وافق الصواب أم لا، وهي مردودة كلها، ولا يعذر في شيء من ذلك. وقد روى الأربعة والحاكم والبيهقي أن النبي ﷺ قال: «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ وَقَاضٍ فِي الْجَنَّةِ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ وَقَضَى بِهِ، وَالَّذَانِ فِي النَّارِ: رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ»^(١) فالقاضي الذي ينفذ حكمه هو الأول والثاني والثالث لا اعتبار بحكهما. والإجماع منعقد على فعله سلفاً وخلفاً. وقد استقصى النبي ﷺ والخلفاء الراشدون بعده فمن بعدهم ووليه سادات وتورع عنه مثلهم، وورد من الترغيب والتحذير أحاديث كثيرة. ولا شك أنه منصب عظيم إذا قام العبد بحقه، ولكنه خطر والسلامة فيه بعيدة إلا من عَصَمَهُ اللهُ تعالى؛ وقد كتب سلمان الفارسي إلى أبي الدرداء رضي الله تعالى عنهما لما كان قاضياً ببيت المقدس: «إن الأرض لا تقدر أن تقدر أحداً، وإنما يقدر المرء عمله، وقد بلغني أنك جعلت طبيياً تَدَاوِي، فإن كنت تبرىء فينعماً لك، وإن كنت مطبياً فاحذر أن تقتل أحداً فتدخل النار؛ فما بالك بمن ليس بطبيب ولا مطب. وقال بعض الأكابر ممن دخل في القضاء: «أنا نذير لمن يكون عنده أهلية العلم أن لا يتولى القضاء». فإن كلام العلماء يؤخذ بالقبول، وكلام القضاة تسري إليه الظنون، وإن ترتب على القضاء أجر في وقائع جزئية، فالعلم يترتب عليه أمور كلية تبقى إلى يوم القيامة، وما ورد في التحذير عنه: «مَنْ جُهِلَ قَاضِيًا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»^(٢)، فهو محمول على من يكره له القضاء، أو يحرم على ما سيأتي.

(هو) أي قبول تولية القضاء من الإمام (فرض كفاية) في حق الصالحين له في الناحية؛ أما كونه فرضاً فلقوله تعالى: «كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ»^(٣) ولأن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق، وقيل من ينصف من نفسه؛ ولا يقدر الإمام على فصل الخصومات بنفسه فدعت الحاجة إلى تولية القضاء. وأما كونه على الكفاية فلأنه أمر بمعروف أو نهي عن منكر، وهما على الكفاية؛ وقد بعث النبي ﷺ علياً إلى اليمن قاضياً، فقال: يا رسول الله بعثني أقضي بينهم وأنا شاب لا أدري ما القضاء! فضرب النبي ﷺ صدره وقال: «اللَّهُمَّ اهْدِهِ وَثَبِّتْ لِسَانَهُ»^(٤) قال: فوالذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما شككت في قضاء بين اثنين، رواه أبو داود والحاكم وقال: صحيح الإسناد. واستخلف النبي ﷺ عتاب بن أسيد على مكة والياً وقاضياً، وقلد معاذاً قضاء اليمن. وبعث أبو بكر أنساً إلى البحرين، وبعث عمر أبا موسى الأشعري إلى البصرة. فلو كان فرض عين لم يكف واحد. وعن

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: في طلب القضاء، (الحديث: ٣٥٧٣) وأخرجه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ (الحديث: ١٣٢٢) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق (الحديث: ٢٣١٥) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الأحكام (الحديث: ٩٠/٤) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: إثم من أفنى أو قضى بالجهل (الحديث: ١١٦/١٠).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: الأقضية، باب: في طلب القضاء (الحديث: ٣٥٧١) و(الحديث: ٣٥٧٢) وأخرجه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ (الحديث: ١٣٢٥) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: ذكر القضاء (الحديث: ٢٣٠٨) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٢٣٠/٢) و(الحديث: ٣٦٥/٢) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الأحكام (الحديث: ٩٢/٤) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: كراهية الإمارة وكراهية تولي أعمالها لمن رأى من نفسه ضعفاً... (الحديث: ٩٦/١٠) وأخرجه الدارقطني في كتاب: الأقضية والأحكام (الحديث: ٢٠٤/٤).

(٣) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: ذكر القضاة (الحديث: ٢٣١٠) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ١/١١١) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: معرفة الصحابة (الحديث: ١٣٥/٣).

فَإِنْ تَعَيَّنَ لِرَمَّةِ طَلْبِهِ، وَإِلَّا فَإِنْ كَانَ غَيْرُهُ أَصْلَحَ وَكَانَ يَتَوَلَّاهُ فَلِلْمَفْضُولِ الْقَبُولُ، وَقِيلَ: لَا. وَيُكْرَهُ طَلْبُهُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ. وَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ فَلَهُ الْقَبُولُ؛

القاضي أبي الطيب استحباب نصب القضاة في البلدان؛ قال ابن الرفعة: ولم أره لغيره. فعلى المشهور إذا قام بالفرض من يصلح سقط الفرض عن الباقيين. وإن امتنعوا أئتموا وأجبر الإمام أحد الصالحين على الصحيح.

وخرج بقبوله التولية إيقاعها للقاضي من الإمام فإنها فرض عين عليه لدخوله في عموم ولايته ولا يصح إلا من جهته، ولا يجوز أن يتوقف حتى يسأل لأنها من الحقوق المسترعاة. وقد مر في كتاب السير أنه يجب على الإمام أن يولي في كل مسافة عدوى قاضياً كما يجب عليه أن يجعل في كل مسافة قصر مفتياً، وتقدم هناك الفرق بينهما. قال البلقيني: وأما إيقاع القضاء بين المتنازعين ففرض عين على الإمام بنفسه أو نائبه، وإن ترافعا إلى النائب فإيقاع القضاء بينهما فرض عين عليه، ولا يجوز له الدفع إذا كان فيه تعطيل وتطويل نزاع: (فإن تعين) للقضاء واحد في تلك الناحية بأن لم يصلح غيره، (لزومه طلبه) إن لم يعرض عليه للحاجة إليه، ولا يعذر لخوف ميل منه، بل يلزمه أن يطلب ويقبل ويحترز من المال كسائر فروض الأعيان.

تنبيه: محل وجوب الطلب إذا ظن الإجابة كما بحثه الأذري، فإن تحقق أو غلب على ظنه عدمها لما علم من فساد الزمان وأئتمته لم يلزمه، فإن عرض عليه لزومه القبول، فإن امتنع عصى، وللإمام إجباره على الأصح؛ لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره فأشبهه صاحب الطعام إذا منعه المضطر. فإن قيل: إنه بامتناعه حينئذ يصير فاسقاً، ويحمل قولهم على أنه يجبر أنه يؤمر بالتوبة أو لا، فإذا تاب أجبر. أجيب بأنه لا يفسق بذلك لأنه يمتنع غالباً إلا متأولاً للتحذيرات الواردة في الباب، واستشعاره من نفسه العجز، وعدم اعتماده على نفسه الأمانة بالسوء؛ وكيف يفسق من امتنع متأولاً تأويلاً سائغاً آذاه اجتهاده إليه! وأن المنجى له من عذاب الله وسخطه عدم التلبس بهذا الأمر؛ وقد يرى هو أنه لا يعرف إلا باعترافه، فالوجه عدم فسقه بمجرد امتناعه خوفاً على دينه أو غير ذلك من الأعداء الباطنة الخفية علينا، ولا يعصي بذلك أيضاً لما ذكر.

ولو خلا الزمان عن إمام رجح الناس إلى العلماء؛ فإن كثر علماء الناحية فالمتبع أعلمهم، فإن استتروا وتنازعوا أقرع كما قاله الإمام. (وإلا) بأن لم يتعين للقضاء واحد في تلك الناحية لوجود غيره معه نظرت، (فإن كان غيره أصح) لتولية القضاء منه (وكان) الأصلح (يتولاه) أي يرضى بتوليته، (فللمفضول) المتصف بصفة القضاء وهو غير الأصلح (القبول) للتولية إذا بذل له من غير طلب في الأصح. (وقيل: لا) يجوز له قبولها. (و) على الأول (يكره طلبه) لوجود من هو أولى منه، (وقيل: يحرم) واستشككه الإمام بأنه إذا كان النصب جائزاً فكيف يحرم طلب الجائز؟ ونظير هذا سؤال الصدقة في المسجد، فإنه لا يجوز. ويجوز إعطاؤه على الأصح، إذ الإعطاء باختيار المعطي فالسؤال كالعدم. وعلى الثاني يحرم طلبه.

تنبيه: أشعر قوله: «يتولاه» تخصيص الخلاف برضاه بالتولية، فإن لم يرض بها فكالعدم، وهو كذلك كما في الروضة وأصلها. ومحله أيضاً حيث لا عذر، فإن كان لكون المفضول أطوع في الناس أو أقرب للقلوب أو كان الأفضل غائباً أو مريضاً انعقد للمفضول جزءاً كما قاله الماوردي.

(وإن كان) غيره (مثله) وسئل بلا طلب، (فله القبول) لأنه من أهله ولا يلزمه على الأصح لأنه قد يقوم به غيره. وقد امتنع ابن عمر رضي الله تعالى عنهما لما سأله عثمان رضي الله عنه القضاء^(١)؛ رواه الترمذي.

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي (الحديث: ١٣٢٢).

وَيُنْدَبُ الطَّلَبُ إِنْ كَانَ خَامِلاً يَزْجُو بِهِ نَشْرَ الْعِلْمِ أَوْ مُحْتَاجاً إِلَى الرِّزْقِ، وَإِلَّا فَالْأَوْلَى تَرْكُهُ.
قُلْتُ: وَيُكْرَهُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وعرض على الحسين بن منصور النيسابوري قضاء نيسابور، فاخفى ثلاثة أيام ودعا الله تعالى فمات في اليوم الثالث. وورد كتاب السلطان بتولية نصر بن علي الجهضمي عشية قضاء البصرة، فقال: أشاور نفسي الليلة وأخبركم غداً؛ وأتوا عليه من الغد فوجدوه ميتاً. وقال مكحول: لو خُيِّرَ بين القضاء والقتل اخترت القتل. وامتنع منه الإمام الشافعي رضي الله عنه لما استدعاه المأمون لقضاء الشرق والغرب. وامتنع منه الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه لما استدعاه المنصور فحبسه وضربه. وحكى القاضي الطبري وغيره أن الوزير بن الفرات طلب أبا علي بن خيران لتولية القضاء، فهرب منه فختم على دوره نحواً من عشرين يوماً، كما قيل فيه:

وَطَيُّنُوا الْبَابَ عَلَى أَبِي عَلِيٍّ عِشْرِينَ يَوْمًا لِيَلِي قَمًا وَلِيٍّ

وقال بعض القضاة:

وُلِيْتُ الْقَضَاءَ وَوُلِيْتُ الْقَضَا ءَ لَمْ يَكُنْ شَيْئاً تَوَلَّيْتُهُ
فَأَوْقَفَنِي فِي الْقَضَاءِ الْقَضَا ءَ وَمَا كُنْتُ قَدَمًا تَمَنَيْتُهُ

وقال آخر:

فَيَا لَيْتَنِي لَمْ أَكُنْ قَاضِيًا وَيَا لَيْتَهَا كَانَتْ الْقَاضِيَةَ

تنبيه: قول المصنف: «وله القبول» يقتضي جوازه وإن خاف على نفسه اتباع الهوى، وقال الإمام والرافعي: ينبغي أن يحترز، فإن أهم الغنائم حفظ السلامة اهـ. وقضيته منع الإقدام حينئذ وهو الظاهر، بل قطع في الذخائر بوجوب الامتناع.

(ويندب) له (الطلب) للقضاء (إن كان خاملاً) أي غير مشهور بين الناس، (يرجوه) أي القضاء (نشر العلم) لتحصل المنفعة بنشره إذا عرفه الناس، (أو) لم يكن خاملاً، لكن كان (محتاجاً إلى الرزق) فإذا ولي حصل له كفايته من بيت المال بسبب هو طاعة لما في العدل من جزيل الثواب؛ وفي هذا إشعار على أنه يجوز أخذ الرزق على القضاء، وسيأتي إيضاح ذلك.

تنبيه: يندب الطلب أيضاً إذا كانت الحقوق مضاعة لجور أو عجز، أو فسدت الأحكام بتولية جاهل؛ فيقصد بالطلب تدارك ذلك. وقد أخبر الله تعالى عن نبيه يوسف صلوات الله وسلامه عليه أنه طلب، فقال: ﴿اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الْأَرْضِ﴾^(١) وإنما طلب ذلك شفقة على خلق الله لا منفعة نفسه.

(وإلا) بأن لم يكن خاملاً بل مشهوراً ولا محتاجاً للرزق بل مكفياً به، (فالأولى) له (تركه) أي طلب القضاء لما فيه من الخطر من غير حاجة، وينشر العلم والفتيا. (قلت) كما قال الرافعي في الشرح: (ويكره) له حينئذ الطلب (على الصحيح) وكذا قبول التولية أيضاً (والله أعلم) لأنه ورد فيه نهي مخصوص، وعليه حملت الأخبار الواردة في التحذير وامتناع السلف منه. والثاني: لا كراهة في طلب ولا قبول، بل هما خلاف الأولى.

تنبيه: أهمل المصنف من أقسام الطلب التحريم، قال الماوردي: كما إذا قصد انتقاماً من الأعداء أو اكتساباً بالارتشاء. وجعل من المكروه طلبه للمباهاة والاستعلاء، وتوزع في ذلك. وجرى بعضهم على الحرمة

(١) سورة يوسف، الآية: ٥٥.

وَالْإِعْتِبَارُ فِي التَّعْيِينِ وَعَدَمِهِ بِالنَّاحِيَةِ. وَشَرَطُ الْقَاضِي مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ حُرٌّ ذَكَرَ.....

لأحاديث الدالة عليه وهو ظاهر. وهذا التفصيل إذا لم يكن هناك قاض مؤلّي، فإن كان نظر، فإن كان غير مستحق القضاء فكالمدوم. وإن كان مستحقاً له فطلب عزله حرام ولو كان دون الطالب؛ وتبطل بذلك عدالة الطالب، فإن عزل وولي الطالب نفذ حكمه عند الضرورة، أما عند تمهد الأصول الشرعية فلا ينفذ. وهذا في الطلب بلا بذل مال، فإن كان نظر إن تعين على الباذل القضاء أو كان ممن يسن له جاز له بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ. وهذا كما إذا تعذر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال، فإن لم يتعين ولم يسن طلبه لم يجز بذل المال ليولى، ويجوز له البذل بعد التولية لثلا يعزل، والآخذ ظالم بالأخذ؛ ووقع في الروضة أنه يجوز له بذله ليولى ونسب إلى الغلط. وأما بذل المال لعزل قاض لم يكن متصفاً بصفة القضاء فمستحب لما فيه من تخليص الناس منه، ولكن آخذه ظالم بالأخذ، وإن كان بصفة القضاء فهو حرام. فإن عزله وولى الباذل نفذ عند الضرورة كما مر، أما عند تمهد الأصول الشرعية فتوليته باطلة والمعزول على قضائه؛ لأن العزل بالرشوة حرام، وتولية المرتشى للراشي حرام.

(والاعتبار في التعيين) للقضاء (وعدمه) ببلدة (بالناحية) وكذا في وجوب الطلب والقبول وعدمه، فلا يجب على من تعين عليه القضاء طلب ولا قبول له في غير ناحيته لما في فيه من الهجرة وترك الوطن. وفارق سائر فروض الكفایات بأنه يمكنه القيام بها والعود إلى الوطن والقضاء لا غاية له مع قيام حاجة بلد المعين إليه. وظاهر كلام أصل الروضة أنه لو كان بناحية صالحان وولي أحدهما لم يجب على الآخر ذلك في ناحية ليس بها صالح؛ وهو كذلك لما ذكر خلافاً للبلقيني ومن تبعه في الوجوب عليه.

تنبيه: حكم المقلد الآن حكم المجتهدين في الأصلح وعدمه كما قاله بعض المتأخرين ويؤيده قول الغزالي في الوسيط: المقلد إذا بلغ رتبة الاجتهاد في المذهب وجب تقديمه على من لم يبلغها؛ فقد اعتبر - أعني المقلدين - وإن كان قيد بالاجتهاد.

ثم شرع فيما يشترط لتولية القاضي، فقال: (وشرط القاضي) أي من يؤلّي قاضياً، (مسلم) أي إسلام وكذا الباقي. وهذا الشرط داخل في اشتراط العدالة، ولهذا لم يذكره في الروضة، فلا يولي كافر على مسلمين لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(١) ولا سبيل أعظم من القضاء، ولا على كفار؛ لأن القصد به فصل الأحكام والكافر جاهل بها. وأما جريان العادة بنصب حاكم من أهل الذمة عليهم، فقال الماوردي والرويانى: إنما هي رئاسة وزعامة لا تقليد حكم وقضاء، ولا يلزمهم حكمه بإلزامه بل بالتزامهم، ولا يلزمون بالتحاكم عنده. (مكلف) أي بالغ عاقل، فلا يولى صبي ولا مجنون وإن تقطع جنونه لقصهما.

تنبيه: قال الماوردي: ولا يكفي العقل الذي يتعلق به التكليف حتى يكون صحيح الفكر جيد الفطنة بعيداً عن السهو والغفلة يتوصل بذكائه إلى وضوح المشكل وحل المعضل.

(حر) فلا يؤلّي رقيق كله أو بعضه لنقصه كالشهادة، أو (ذكر) فلا تولى امرأة، لقوله صلى الله عليه وسلم: «لَنْ يَفْلِحَ قَوْمٌ وَلَوْ أَمْرَهُمْ امْرَأَةٌ»^(٢) رواه البخاري؛ ولأن النساء ناقصات عقل ودين.

(١) سورة النساء، الآية: ١٤٠.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: المغازي، باب: كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر (الحديث: ٤٤٢٥) وأخرجه أيضاً في كتاب:

الفتن، باب: (٨) (الحديث: ٧٠٩٩).

عَدْلٌ سَمِيعٌ بَصِيرٌ نَاطِقٌ كَافٍ مُجْتَهِدٌ،

تنبيه: شمل إطلاق المصنف منعها ولر فيما تقبل شهادتها فيه وهو كذلك، وفيه إشارة إلى الرد على أبي حنيفة حيث جوزه حينئذ، وعلى ابن جرير الطبري حيث جوزه مطلقاً. والخُتْنَى المشكل في ذلك كالمراة كما قاله الماوردي وغيره، فلو ولي ثم بان رجلاً لم يصح توليته كما قاله الماوردي؛ وصرح به في البحر، وقال: إنه المذهب لا يحتاج إلى تولية جديدة. أما إذا بانت ذكوره قبل التولية فإنها تصح.

(عدل) وسيأتي في الشهادات بيانه؛ فلا يولى فاسق لعدم الوثوق بقوله ولأنه ممنوع من النظر في مال ولده مع وفور شفقتة، فنظره في أمر العامة أولى بالمنع.

تنبيه: يؤخذ مما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى عن الصيمري أنه يشترط في الشاهد أن لا يكون محجوراً عليه بسفه، وأن يكون القاضي كذلك؛ وبه صرح البلقيني، لأن مقتضى القضاء التصرف على المحجور عليهم. قال: وأما الإكراه فإنه مانع من صحة القبول إلا فيمن تعين عليه. ولا يولى مبتدع أيضاً ردت شهادته، ولا من ينكر الإجماع أو أخبار الآحاد أو الاجتهاد المتضمن إنكاره إنكار القياس.

(سميع) ولو بصياح في أذنه؛ فلا يولى أصم لا يسمع أيضاً فإنه لا يفرق بين إقرار وإنكار. (بصير) فلا يولى أعمى ولا من يرى الأشباح ولا يعرف الصور لأنه لا يعرف الطالب من المطلوب، فإن كان يعرف الصور إذا قربت منه صح. وخرج بالأعمى الأعور، فإنه يصح توليته، وكذا من يبصر نهراً فقط دون من يبصر ليلاً فقط ما قال الأذرعى. فإن قيل: قد استخلف النبي ﷺ ابن أم مكتوم على المدينة وهو أعمى^(١)، ولذلك قال مالك بصحة ولاية الأعمى. أوجب بأنه إنما استخلفه في إمامة الصلاة دون الحكم.

تنبيه: لو سمع القاضي البينة ثم عمي قضى في تلك الواقعة على الأصح. واستثنى أيضاً لو نزل أهل قلعة على حكم أعمى فإنه يجوز كما هو مذكور في محله.

(ناطق) فلا يولى أخرس وإن فهمت إشارته، لعجزه عن تنفيذ الأحكام. (كاف) للقيام بأمر القضاء؛ فلا يولى مغفل ومختل نظر بكبر أو مرض ونحو ذلك. وفسر بعضهم الكفاية اللاتفة بالقضاء بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه، فلا يكون ضعيف النفس جباناً فإن كثيراً من الناس يكون عالماً دَيِّناً ونفسه ضعيفة عن التنفيذ والإلزام والسطوة فيطمع في جانبه بسبب ذلك؛ ولذلك قال ابن عبد السلام: وللولاية شرطان العلم بأحكامها والقدرة على تحصيل مصالحها وترك مفسادها، فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية، قال ﷺ: «يَا أَبَا ذَرٍّ إِنَّي أَرَاكَ ضَعِيفاً، لَا تَتَأَمَّرَنَّ عَلَيَّ اثْنَيْنِ وَلَا ثَلَاثِينَ مَالَ يَتِيمٍ»^(٢). وجعل بعضهم هذا الشرط خارجاً بقوله: (مجتهد) فلا يولى

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الصلاة، باب: إمامة الأعمى (الحديث: ٥٩٥) وأخرجه أيضاً في كتاب: الخراج والإمارة، باب: في الضرير يولى (الحديث: ٢٩٣١) وأخرجه البيهقي في كتاب: الصلاة، باب: إقامة الأعمى (الحديث: ٨٨/٣) وأخرجه ابن الجارود في «المتقى» (الحديث: ٣١٠).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: الإمارة، باب: كراهة الإمارة بغير ضرورة (الحديث: ٤٦٩٧) وأخرجه أبو داود في كتاب: الوصايا، باب: ما جاء في الدخول في الوصايا (الحديث: ٢٨٦٨) وأخرجه النسائي في كتاب: الوصايا، باب: عن الولاية على مال اليتيم (الحديث: ٢٦٩٩) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: كراهية الأمانة وكراهية تولى أعمالها لمن رأى من نفسه ضعفاً (الحديث: ٩٥/١٠) وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: الحظر والإباحة (الحديث: ٥٥٦٤) وأخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (الحديث: ٥٦) وأخرجه النسوي في «تاريخه» (٤٦٣/٢).

وَهُوَ أَنْ يَعْرِفَ مِنَ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مَا يَتَّعَلَقُ بِالْأَحْكَامِ، وَخَاصُّهُ وَعَامُّهُ، وَمُجْمَلُهُ وَمُيَبِّنُهُ، وَنَاسِخُهُ وَمَنْسُوخُهُ، وَمُتَوَاتِرِ السُّنَّةِ وَغَيْرِهِ، وَالْمُتَّصِلِ وَالْمُرْسَلِ، وَحَالَ الرُّوَاةِ قُوَّةً وَضَعْفًا، وَلِسَانَ الْعَرَبِ لُغَةً وَنَحْوًا، وَأَقْوَالَ الْعُلَمَاءِ مِنَ الصَّحَابَةِ فَمَنْ بَعْدَهُمْ إِجْمَاعًا وَأَخْتِلَافًا،

الجاهل بالأحكام الشرعية ولا المقلد، وهو من حفظ مذهب صاحبه لكنه غير عارف بغوامضه وقاصر عن تقرير أدلته لأنه لا يصلح للفتوى فللقضاء أولى.

تنبيه: كان ينبغي للمصنف أن يقول: «إسلام وتكليف» وكذا ما بعدهما، فيأتي بالمصدر كما قدرته في كلامه؛ لأن الشرط هو الإسلام وغيره من المذكورات، وكذا ما بعدهما لا الشخص نفسه. أو أن يقول: «مسلماً مكلفاً الخ» بنصب الجميع على خبر كان المحذوفة كقوله فيما سبق: «يشترط في الإمام كونه مسلماً».

(وهو) أي المجتهد (أن يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام) أي طريق الاجتهاد، ولا يشترط حفظ آياتها ولا أحاديثها المتعلقة بها عن ظهر قلب؛ وآي الأحكام كما ذكره البندنجي والماوردي وغيرهما خمسمائة آية، وعن الماوردي أن عدد أحاديث الأحكام خمسمائة كعدد الآي. واعتراض الأول بأن الأحكام كما تستنبط من الأوامر والنواهي تستنبط من القصص والمواعظ ونحوهما. والثاني: بأن غالب الأحاديث لا تكاد تخلو عن حكم شرعي، وأدب شرعي، وسياسة دينية؛ وكل ذلك أحكام شرعية. وأجيب عن ذلك بأن المراد التي هي محال النظر والاجتهاد والخفاء ونحو ذلك. واحترز المصنف بقوله: «ما يتعلق بالأحكام» عن المواعظ والقصص.

(و) يعرف (خاصه وعامه) بتذكير الضمير نظراً لـ «ما»؛ والخاص خلاف العام الذي هو لفظ يستغرق الصالح له من غير حصر. ويعرف العام الذي أريد به الخصوص، والخاص الذي أريد به العموم ومطلقه ومقيده (ومجمله) وهو ما لم تتضح دلالاته، (ومبينه) وهو المتضح دلالاته ويعرف نصه وظاهره، (وناسخه ومنسوخه) فيعرف ما نسخ لفظه وبقيت تلاوته وعكسه. ويعرف المتشابه والمحكم (ومتواتر السنة وغيره) أي الآحاد؛ لأن له أن يتمكن من الترجيح عند تعارض الأدلة، فيقدم الخاص على العام والمقيد على المطلق والمبين على المجمل والناسخ على المنسوخ والمتواتر على الآحاد.

تنبيه: أفرد المصنف الضمير حملاً على لفظ «ما»؛ قال ابن برهان: ويشترط أن يعرف أسباب النزول، (و) يعرف (المتصل) من السنة (والمرسَل) منها، وأريد به هنا غير المتصل؛ (وحال الرواة قوة وضعفاً) بنصبهما على التمييز لأنه بذلك يتوصل إلى تقرير الأحكام.

تنبيه: إنما يشترط معرفة الرواة في حديث لم يجمع على قبوله، أما ما أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة روايته فلا حاجة للبحث عن عدالتهم، وما عدا ذلك يكتفي في عدالة روايته بتعديل إمام مشهور عرف صحة مذهبه. قال في زيادة الروضة: هذا ما أطبق عليه جمهور الأصحاب، وشذ من شرط في التعديل اثنين اهـ. ولا بد مع العدالة من الضبط.

(و) يعرف (لسان العرب لغة ونحواً) بنصبهما أيضاً على التمييز. وأراد بالنحو ما يشمل البناء والإعراب والتصريف لورود الشريعة به؛ ولأن به يعرف عموم اللفظ وخصوصه وإطلاقه وتقييده وإجماله وبيانه وصيغ الأمر والنهى والخبر والاستفهام والوعد والوعيد والأسماء والأفعال والحروف وما لا بد منه في فهم الكتاب والسنة. (و) يعرف (أقوال العلماء من الصحابة) رضي الله تعالى عنهم، (فمن بعدهم إجماعاً واختلافاً) لثلا يقع في حكم أجمعوا على خلافه.

وَالْقِيَاسَ بِأَنْوَاعِهِ .

تنبيه: قضية كلامه أنه يشترط معرفة جميع ذلك؛ وليس مراداً، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يفتي أو يحكم فيها أن قوله لا يخالف الإجماع فيها إما بعلمه بموافقة بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن تلك المسألة لم يتكلم فيها الأولون بل تولدت في عصره، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ كما نقلناه عن الغزالي وأقرّاه.

(و) يعرف (القياس) صحيحه وفساده (بأنواعه) الأولى والمساوي والأذون ليعمل بها؛ فالأول كقياس ضرب الوالدين على التأفيف، والثاني كقياس إحراق مال اليتيم على أكله في التحريم فيهما، والثالث كقياس التفاح على البُرِّ في باب الربا بجامع الطعم. ولا يشترط أن يكون متبحراً في كل نوع من هذه العلوم حتى يكون في النحو كسيبويه وفي اللغة كالخليل، بل يكفي معرفة جَمَلٍ منها؛ قال ابن الصباغ: إن هذا سهل في هذا الزمان، فإن العلوم قد دُوّنت وجمعت اهـ. ويشترط أن يكون له من كتب الحديث أصل مصحح يجمع أحاديث غالب الأحكام كصحيح البخاري وسنن أبي داود. ولا يشترط حفظه جميع القرآن ولا بعضه عن ظهر قلب، بل يكفي أن يعرف مظانّ أحكامه في أبوابها فيراجعها وقت الحاجة.

تنبيه: أشعر اقتصار المصنف على الأدلة الأربعة أنه لا يشترط معرفة الأدلة المختلف فيها، كالأخذ بأقل ما قبل وكالاستصحاب؛ وليس مراداً، بل لا بدّ أيضاً من معرفتها. وبأنه لا يشترط معرفة أصول الاعتقاد؛ وليس مراداً أيضاً، فقد حكى في الروضة كأصلها عن الأصحاب اشتراطه. وبأنه لا يشترط فيه الكتابة؛ وهو الأصح، لأنه ﷺ كان أمياً لا يقرأ ولا يكتب. وقيل: يشترط، وصحّحه الجرجاني، وقال الزركشي: إنه المختار في هذا الزمان؛ لأنه يحتاج أن يكتب لغيره ويكتب إليه، وإذا قرىء عليه شيء ربما حرّف القارىء بخلاف الذين كانوا عند النبي ﷺ؛ ولأن عدم الكتابة في حقه معجزة، وفي حق غيره منقصة. وبأنه لا يشترط فيه معرفة الحساب لتصحيح المسائل الحسابية الفقهية؛ وهو كذلك كما صوبه في المطلب، لأن الجهل به لا يوجب الخلل في غير تلك المسائل، والإحاطة بجميع الأحكام لا تشترط.

ثم اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق، وهو الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، وأما المقيد بمذهب إمام خاص فليس عليه غير معرفة قواعد إمامه. وليراع فيها ما يراعيه المطلق في قوانين الشرع فإنه مع المجتهد كالمجتهد مع نصوص الشرع، ولهذا ليس له أن يعدل عن نص إمامه، كما لا يسوغ الاجتهاد مع النص. قال ابن دقيق العيد: ولا يخلو العصر عن مجتهد إلا إذا تداعى الزمان وقربت الساعة؛ وأما قول الغزالي والقفال: «إن العصر خلا عن المجتهد المستقل»، فالظاهر أن المراد مجتهد قائم بالقضاء فإن العلماء يرغبون عنه وهذا ظاهر لا شك فيه، أو كيف يمكن القضاء على الأعصار بخلوها عن المجتهد والقفال نفسه كان يقول للسائل في مسألة الصبر: أسألني عن مذهب الشافعي أم ما عندي؟ وقال: هو والشيخ أبو علي والقاضي الحسين والأستاذ أبو إسحاق وغيرهم أسناداً مقلدين للشافعي، بل وافق رأينا رأيه. فما هذا كلام من يدعي زوال رتبة الاجتهاد. وقال: ابن الصلاح وإمام الحرمين والغزالي والشيخ أبو إسحاق الشيرازي من الأئمة المجتهدين في المذهب.

فروع: يجوز أن يتبع الاجتهاد بأن يكون العالم مجتهداً في باب دون باب، فيكفيه علم ما يتعلق بالباب الذي يجتهد فيه. ويندب أن يكون من يتولى القضاء من قريش. ومراعاة العلم والثقوى أولى من مراعاة النسب.

فَإِنْ تَعَدَّرَ جَمْعُ هَذِهِ الشُّرُوطِ فَوَلَّى سُلْطَانٌ لَهُ شَوْكَةٌ فَاسِقًا أَوْ مُقْلِدًا نَفَذَ قَضَاؤَهُ لِلضَّرُورَةِ .
وَيُنْدَبُ لِلْإِمَامِ إِذَا وَلى قَاضِيًا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الاسْتِخْلَافِ ، فَإِنْ نَهَاهُ لَمْ يَسْتَخْلِفْ ، فَإِنْ أَطْلَقَ
اسْتَخْلَفَ فِيمَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ لَا غَيْرِهِ فِي الْأَصَحِّ . وَشَرَطُ الْمُسْتَخْلَفِ كَالْقَاضِي ،

وأن يكون ذا حلم وتثبت ولين وفطنة ويقظة وكتابة وصحة حواس وأعضاء . وأن يكون عارفاً بلغة البلد الذي يقضي لأهله، قنوعاً سليماً من الشحناء، صدوقاً، وافر العقل، ذا وقار وسكينة . وإذا عرف الإمام أهلية أحد ولأه، وإلا بحث عن حاله كما اختبر النبي ﷺ معاذاً . ولو ولى من لا يصلح للقضاء مع وجود الصالح له والعلم بالحال أثم المولى بكسر اللام والمولى بفتحها؛ ولا ينفذ قضاؤه وإن أصاب فيه . هذا هو الأصل في الباب، (فإن تعذر) في رجل (جمع هذه الشروط) السابقة (فولى سلطان له شوكة فاسقاً) مسلماً (أو مقلداً، نفذ) . بالمعجمة - (قضاؤه للضرورة) لثلاث تعطل مصالح الناس .

تنبيه: أنهم تقييده بالفاسق . أي المسلم كما قدرته في كلامه - أنه لا ينفذ من المرأة والكافر إذا وليا بالشوكة؛ واستظهره الأذرعى، لكن صرح ابن عبد السلام بنفوذه من الصبي والمرأة دون الكافر، وهذا هو الظاهر . ومعلوم أنه يشترط في غير الأهل طرف من الأحكام . وللعادل أن يتولى القضاء من الأمير الباغي، فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاه زياد، فقالت: إن لم يقض لهم خيارهم قضى لهم شرارهم .

(ويندب للإمام إذا ولى قاضياً أن يأذن له في الاستخلاف) ليكون أسهل له وأسرع إلى فصل الخصومات، ويتأكد عند اتساع العمل وكثرة الرعية . (فإن نهاه) عن الاستخلاف (لم يستخلف) ويقتصر على ما يمكنه إن كانت توليته أكثر لأنه منه لم يرض بنظر غيره، فإن استخلف لم ينفذ حكم خليفته، فإن تراضى الخصمان بحكمه التحق بالمحكم كما في الروضة وأصلها، وإن عين له من يستخلفه وليس بأهل لم يكن له استخلافه لفساده ولا غيره لعدم الإذن .

تنبيه: لو قال: «وليتك القضاء على أن تستخلف فيه ولا تنظر فيه بنفسك»، قال الماوردي: هذا تقليد اختيار ومراعاة وليس بتقليد حكم ولا نظر . قال الزركشي: ويحتمل في هذا إبطال التولية، كما لو قالت للولي: أذنت لك في تزويجي ولا تزوج بنفسك انتهى . والظاهر الأول؛ ويفرق بأن ولي النكاح ثابت له الولاية، وهي تريد أن تنفيها عنه بخلاف من أذن له في أن يولى القضاء . (فإن أطلق) أي الإمام الولاية لشخص ولم ينه عن الاستخلاف ولم يأذن له فيه، وهو لا يقدر إلا على بعضه؛ (استخلف فيما لا يقدر عليه) لحاجته إليه، (لا) في (غيره) وهو ما يقدر عليه (في الأصح) لأن قرينة الحال تقتضي ذلك . وليس من العجز ما لا يراه المستخلف في مذهبه، فليس له أن يستخلف مخالفاً ليعقد ما لا يراه مع قدرته على ما ولي فيه كما قاله بعد المتأخرين، والقادر على ما وليه لا يستخلف فيه أيضاً على الأصح . والثاني: يستخلف في المسألتين كالإمام بجامع النظر في المصالح العامة .

تنبيه: محلّ الخلاف في العجز المقارن، أما الطارىء كما لو مرض القاضي أو أراد أن يسافر لشغل فيجوز له الاستخلاف قطعاً؛ قاله في التهذيب . ولو أذن له الإمام في الاستخلاف وعمم أو أطلق بأن لم يعمم له في الإذن جاز له الاستخلاف في العام والخاص والمقدور عليه، وإن خصصه بشيء لم يتعده .

(وشرط) الشخص (المستخلف) - بفتح اللام بخطه - (كالقاضي) في شروطه السابقة، لأنه قاضٍ .

إِلَّا أَنْ يُسْتَخْلَفَ فِي أَمْرٍ خَاصٍّ: كَسَمَاعِ بَيِّنَةٍ فَيَكْفِيهِ عِلْمُهُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ؛ وَيَحْكُمُ بِأَجْتِهَادِهِ أَوْ بِأَجْتِهَادِ مُقَلِّدِهِ إِنْ كَانَ مُقَلِّدًا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَ عَلَيْهِ خِلَافَهُ. وَلَوْ حَكَّمَ خَصْمَانِ رَجُلًا فِي غَيْرِ حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى جَازَ مُطْلَقًا بِشَرْطِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا يَجُوزُ، وَقِيلَ: بِشَرْطِ عَدَمِ قَاضٍ بِالْبَلَدِ، وَقِيلَ:

تنبيه: ظاهر إطلاق كلامه جواز استخلاف أبيه وابنه، وبه صرح الماوردي والبخاري وغيرهما؛ لكن محله إن ثبتت عدالتهما عند غيره، أما إذا فرض الإمام لشخص اختيار قاض فلا يختار ولده ولا والده، كما لا يختار نفسه. ثم استثنى من التشبيه المذكور قوله: (إلا أن يستخلف) شخص (في أمر خاص؛ كسماع بيينة فيكفي علمه بما يتعلق به) أي الأمر الخاص من شرائط البيينة، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد كما نقله عن أبي محمد وأقره وإن أشعر كلام المتن باشتراطه أيضاً بأن خلاف الاستخلاف يجري أيضاً في الأمر الخاص، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين؛ لكن قطع القفال بالجواز، وفي كلام الروضة ما يوافق. وحيث جاز الاستخلاف فاستخلف شافعي مخالفاً أو بالعكس جاز على المشهور كما يشير إليه قوله: (ويحكم) الخليفة (باجتهاده) إن كان مجتهداً، (أو باجتهاد مقلده) بفتح اللام بخطه، (إن كان مقلداً) بكسرهما، حيث ينفذ قضاء المقلد؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ﴾^(١) والحق ما دل عليه الدليل عند المجتهد، فلا يجوز أن يحكم بغيره والمقلد ملحق بمن يقلده لأنه إنما يحكم بمعتقده فلذلك أجرى عليه حكمه. (ولا يجوز أن يشترط عليه) أي على من استخلفه (خلافه) أي الحكم باجتهاده أو باجتهاد مقلده لأنه لا يعتقد. وقضية ذلك أنه لو شرطه لم يصح الاستخلاف، وهو كذلك؛ لأن الحاكم إنما يعمل باجتهاده أو اجتهاد مقلده، وكذا لو شرطه الإمام في تولية القاضي لم تصح توليته لما مر، وإن قال: «لا تحكم في كذا» فيما يخالفه فيه جاز وحكم في غيره من بقية الحوادث، كقوله: «لا تحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد»: (ولو حكم) بكاف مشددة، (خصمان رجلاً) غير قاض (في غير حد الله تعالى) من مال أو غيره، (جاز مطلقاً) على التفاصيل الآتية؛ (بشروط أهلية القضاء) ولا يشترط عدم القاضي؛ لأنه وقع لجمع من كبار الصحابة ولم ينكره أحد، قال الماوردي: فكان إجماعاً.

تنبيه: قوله: «خصمان» يوهم اعتبار الخصومة؛ وليس مراداً، فإن التحكيم يجري في النكاح، فلو قال «اثنان» كان أولى، وقوله: «في غير حدود الله» مزيد على المحرر، ولا بد منه لأنه لا يصح التحكيم فيها، ولو قال «في غير عقوبة الله» ليتناول التعزير كان أولى لأنه كالحد في ذلك. واحترز بقوله: «بشروط أهلية القضاء» عما إذا كان غير أهل فلا ينفذ حكمه قطعاً، والمراد بالأهلية الأهلية المطلقة لا بالنسبة إلى تلك الواقعة؛ ولهذا قال في المحرر: ويشترط فيه صفة القاضي. نعم يستثنى التحكيم في عقد النكاح، فإنه يجوز فيه تحكيم من لم يكن مجتهداً كما مر ذلك في بابه. واستثنى البلقيني من جواز التحكيم الوكيلين، فلا يكفي تحكيمهما، بل الاعتبار تحكيم الموكلين والوليين، فلا يكفي تحكيمهما إذا كان مذهب المحكم يضر بأحدهما. والمحجور عليه بالفلس لا يكفي رضاه إذا كان مذهب المحكم يضر بغيره. والمأذون له في التجارة وعامل القراض لا يكفي تحكيمهما، بل لا بد من رضا المالك. والمحجور عليه بالسفه لا أثر لتحكيمه؛ قال: ولم أر من تعرض لذلك. (وفي قول) من طريق: (لا يجوز) التحكيم مطلقاً لما فيه من الانتيات على الإمام. (وقيل) أي وفي وجه من طريق: يجوز التحكيم (بشروط عدم قاض بالبلد) لوجود الضرورة حينئذ. (وقيل) أي وفي وجه من طريق:

(١) سورة ص، الآية: ٢٦.

يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ قِصَاصٍ وَنِكَاحٍ وَنَحْوِهِمَا. وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ إِلَّا عَلَى رَاضٍ بِهِ فَلَا يَكْفِي رِضَا قَاتِلٍ فِي ضَرْبِ دِيَّةٍ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْحُكْمِ أَمْتَنَعَ الْحُكْمُ، وَلَا يُشْتَرَطُ الرِّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ فِي الْأَظْهَرِ. وَلَوْ نَصَبَ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَخَصَّ كُلًّا بِمَكَانٍ أَوْ زَمَانٍ أَوْ نَوْعٍ جَازٍ،

(يختص) جواز التحكيم (بمال) لأنه أخف (دون قصاص ونكاح ونحوهما) كلعان وحد قذف لخطر أمرها، فتناط بنظر القاضي ومنصبه. والصحيح عدم الاختصاص؛ لأن من صح حكمه في مال صح في غيره كالموئى من جهة الإمام.

تنبيه: لا يأتي التحكم في حدود الله تعالى، إذ ليس لها طالب معين. ويؤخذ من هذا التعليل أن حق الله تعالى المالي الذي لا طالب له معين لا يجوز فيه التحكيم.

(و) المحكم (لا ينفذ حكمه إلا على راض به) قبل حكمه؛ لأن رضا الخصمين هو المثبت للولاية، فلا بد من تقدمه.

تنبيه: محل اشتراط الرضا حيث لم يكن أحد الخصمين القاضي، فلو تحاكم القاضي مع شخص عند محكم لم يشترط رضا الآخر على المذهب بناء على أن ذلك تولية. وردّه ابن الرفعة بأن ابن الصباغ وغيره قالوا: ليس التحكيم تولية، فلا يحسن البناء. وأجيب بأن محل هذا إذا صدر التحكيم من غير قاض فيحسن البناء.

(فلا يكفي رضا قاتل) بحكمه (في ضرب دية على عاقلته) بل لا بد من رضا العاقلة؛ لأنهم لا يؤاخذون بإقرار الجاني فكيف يؤاخذون برضاه. ويشترط استدامة الرضا إلا تمام الحكم، (و) حينئذ (إن رجع أحدهما قبل) تمام (الحكم) ولو بعد إقامة البينة والشروع فيه، (امتنع الحكم) لعدم استمرار الرضا. (ولا يشترط الرضا بعد الحكم في الأظهر) كحكم الموئى من جهة الإمام. والثاني: يشترط؛ لأن رضاهما معتبر في أصل الحكم فكذا في لزومه.

تنبيه: ليس للمحكم أن يحبس، بل غاية الإثبات والحكم، وقضيته أنه ليس له الترسيم؛ قال الرافعي نقلاً عن الغزالي: وإذا حكم بشيء من العقوبات كالقصاص وحد القذف لم يستوفه لأن ذلك يحرم أبهة الولاية، وإذا ثبت الحق عنده وحكم به أو لم يحكم فله أن يشهد على نفسه في المجلس خاصة، إذ لا يقبل قوله بعد الاتفاق كالقاضي بعد العزل؛ قاله الماوردي. ولا يحكم لنحو ولده ممن يتهم في حقه ولا على عدوه كما في القاضي لأنه لا يزيد عليه، ويمضي حكم المحكم كالقاضي ولا ينقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره.

فرع: يجوز أن يتحاكما إلى اثنين، فلا ينفذ حكم أحدهما حتى يجتمعا. ويفارق تولية قاضيين على اجتماعهما على الحكم لظهور الفرق؛ قاله في المطلب.

(ولو نصب) الإمام ببلد (قاضيين في بلد وخص كلًّا بمكان) منه يحكم فيه، (أو زمان) كيوم كذا، (أو نوع) من الحكم كأن جعل أحدهما يحكم في الأموال والآخر في الدماء والفروج؛ (جاز) لعدم المنازعة بينهما.

تنبيه: شمل كلامه ما لو ولى الإمام قاضياً يحكم بين الرجال وآخر يحكم بين النساء؛ وهو ما جزم به الإمام. وعلى هذا لو اختصم رجل وامرأة لم يفصل واحد منهما الخصومة فلا بد من ثالث يتولى القضاء بين الرجال والنساء، قال الأذريعي: وقس بهذا ما يشبهه.

وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخْصَّ فِي الْأَصْحَ، إِلَّا أَنْ يَشْرَطَ اجْتِمَاعَهُمَا عَلَى الْحُكْمِ.

١ - فصل: فيما يعرض للقاضي مما يقتضي عزله

جُنَّ قَاضٍ أَوْ أُعْمِيَ عَلَيْهِ أَوْ عَمِيَ أَوْ ذَهَبَتْ أَهْلِيَّةُ اجْتِهَادِهِ وَضَبَطَهُ بِغَفْلَةٍ أَوْ نِسْيَانٍ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ،

(وكذا إن لم يخص) كلا من القاضيين بما ذكر بل وعم ولايتهما، فيجوز (في الأصح) كنصب الوصيين والوكيلين؛ وحكاه في البحر عن النص، ونسبه الماوردي إلى الأكثرين. والثاني: لا يجوز؛ وصححه الإمام والغزالي وابن أبي عسرون. (إلا أن يشترط اجتماعهما على الحكم) فلا يجوز لما يقع بينهما من الخلاف في محل الاجتهاد فلا تنفصل الخصومات. وقضية هذا التعليل أنه لو ولى الإمام مقلدين لإمام واحد وقلنا تجوز ولاية المقلد أنه يجوز وإن شرط اجتماعهما على الحكم لأنه لا يؤدي إلى اختلاف لأن إمامهما واحد. فإن قيل: قد يكون للإمام الواحد قولان فيرى أحدهما العمل بقول والآخر بخلافه فيؤدي إلى النزاع والاختلاف. أجاب الشيخ برهان الدين الفزاري بأن كلاً منهما إنما يحكم بما هو الأصح من القولين؛ وهو كما قال ابن شهبة ظاهر في المقلد الصرف، وعند تصريح ذلك الإمام بتصحيح أحد القولين؛ أما إذا كانا من أهل النظر والترجيح والحق ما لم يقف فيه على نص من أئمة المذهب بما هو منصوص وترجيح أحد القولين، فهنا يقع النزاع في ذلك والاختلاف ويختلف النظر فيتجه المنع أيضاً، أما إذا أطلق بأن لم يشترط استقلالهما ولا اجتماعهما فإنه يحمل على إثبات الاستقلال تنزيلاً للمطلق على ما يجوز. ويفارق نظيره في الوصيين بأن تعيينهما بشرط اجتماعهما على التصرف جائز. فحمل المطلق عليه بخلاف القاضيين. وإن طلب القاضيان خصماً بطلب خصميه له منهما أجب السابق منهما بالطلب، فإن طلباه معاً أقرع بينهما، وإن تنازع الخصمان في اختيار القاضيين أوجب الطالب للحق دون المطلوب كما جزم به الروياني، فإن تساوى بأن كان كل منهما طالباً ومطلوباً كتحاكمهما في قسمة ملك أو اختلافاً في قدر ثمن مبيع أو صداقاً اختلافاً يوجب تخلفهما تحاكماً عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القرب إليهما عمل بالقرعة، ولا يعرض عنهما حتى يصطلحا لثلا يؤدي إلى طول النزاع.

تنبيه: ما ذكره المصنف من نصب القاضيين يجري أيضاً في أكثر من قاضيين، قال الماوردي والروياني: بشرط أن يقل عددهم، فإن كثر لم يصح قطعاً؛ ولم يحدوا القلة والكثرة بشيء. قال في المطلب: ويجوز أن يناط ذلك بقدر الحاجة اهـ. وهذا ظاهر.

تتمة: قال الماوردي: ولو قلده - أي الإمام - بلداً وسكت عن نواحيها، فإن جرى العرف بإفرادها عنها لم تدخل في ولايته، وإن جرت بإضافتها دخلت، وإن اختلف العرف روعي أكثرها عرفاً، فإن استويا روعي أقربهما عهداً.

فصل: فيما يعرض للقاضي مما يقتضي عزله أو انعزاله: (جن قاض) أطبق جنونه أو تقطع كما يقتضيه إطلاقهم. وفي الروضة كأصلها في باب البغاة عن الماوردي: أن الإمام لو تقطع جنونه وزمن الإفاقة أكثر بحيث يمكنه فيه القيام بالأمر أنه لا يتعزل. قيل: وقياسه في القاضي كذلك؛ وسيأتي الفرق بين الإمام والقاضي. (أو أعمى عليه أو عمي) وفي معنى العمى الخرس والصمم. (أو ذهب أهلية اجتهاده وضبطه بغفلة أو نسيان) مُخَلَّ بالضببط؛ (لم ينفذ حكمه) في حال مما ذكر لانعزاله بذلك؛ ولأن هذه الأمور تمنع من ولاية الأب فالحاكم أولى.

وَكَذَا لَوْ فَسَقَ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ زَالَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ لَمْ تَعُدْ وِلَايَتُهُ فِي الْأَصَحِّ. وَلِلْإِمَامِ عَزْلُ قَاضٍ
ظَهَرَ مِنْهُ خَلَلٌ أَوْ لَمْ يَظْهَرْ وَهَنَاكَ أَفْضَلُ مِنْهُ.....

تنبيهات: أحدها: يستثنى من عدم نفوذ قضاء الأعمى ما لو سمع البينة وتعليلها ثم عمي فإن قضاءه ينفذ في تلك الواقعة إن لم يحتج إلى إشارة فكأنه إنما انعزل بالنسبة إلى غير هذه الواقعة، بل لو عاد بصره تبين أنه لم ينعزل لأنه لو ذهب لما عاد كما مر ذلك في الجنائيات. والثاني: قوله: «ذهب أهلية اجتهاده» ظاهر في أن الكلام في المجتهد المطلق، أما المقلد لمذهب معين إذا كان مجتهداً فيه فإذا خرج عن أهلية الاجتهاد فيه قال الأذرعى: فحكمه كذلك وأولى؛ قال: ومن لم يبلغ هذه الرتبة وهو الموجود اليوم غالباً فلم أر فيه شيئاً. ويشبه أنه إذا حصل له أدنى تغفل ونحوه لم ينفذ حكمه لانحطاط رتبته فيقترح في ولايته ما عساه يفتخر في حق غيره. الثالث: المرض المعجز له عن النهضة؛ والحكم ينعزل به إذا كان لا يرجى زواله، فإن رجي أو عجز عن النهضة دون الحكم لم ينعزل؛ قاله الماوردي. الرابع: لو أنكر كونه قاضياً، ففي البحر ينعزل؛ ومحلّه كما قال الزركشي إذا تعمد ولا غرض له في الإخفاء. الخامس: لو أنكر الإمام كونه قاضياً لم ينعزل كما بحثه بعض المتأخرين. (وكذا لو فسق) لم ينفذ حكمه؛ وينعزل (في الأصح) لوجود المنافي للولاية. والثاني: ينفذ كالإمام الأعظم. وفرق الأول بحدوث الفتن وإضطراب الأمور.

تنبيه: هذه المسألة مكررة لتقدمها في فصل الإيصاء، إلا أن يقال ذكرت هناك للانعزال وهنا لعدم نفوذ الحكم؛ ولهذا لم يتعرض للانعزال، وإن كنت قدرته في كلامه.

تنبيه: محل ذلك في غير قاضي الضرورة، أما هو إذا ولاه ذو شوكه والقاضي فاسق فزاد فسقه، فلا ينعزل كما بحثه بعض المتأخرين. فإن قيل: فاقد الطهورين إذا أحدث بعد إحرامه تبطل صلاته على الراجح فهلاً كان هنا كذلك! أوجب بأن صلاته إنما بطلت لشمول النص لها، وهو حتى يجد ريحاً أو يسمع صوتاً.

ثم أشار المصنف رحمه الله تعالى لفرع من قاعدة أن الزائل العائد كالذي لم يعد بقوله: (فإن زالت هذه الأحوال) السابقة من جنون وما بعده ثم عادت الأهلية، (لم تعد ولايته) بلا تولية (في الأصح) كالوكالة؛ ولأن الشيء إذا بطل لم ينقلب إلى الصحة بنفسه، وإن زال المانع كالبيع ونحوه. والثاني: تعود من غير استئناف تولية كالأب إذا جن ثم أفاق أو فسق ثم تاب.

تنبيه: لو زالت أهلية الناظر على الوقف ثم عادت، فإن كان نظره مشروطاً في أصل الوقف عادة ولايته جزماً كما أفتى به المصنف لقوته، إذ ليس لأحد عزله، وإلا فلا يعود إلا بتولية جديدة.

(و) يجوز (للإمام عزل قاضٍ ظهر منه خلل) لا يقتضي انعزاله، ويكفي فيه غلبة الظن كما في أصل الروضة عن الوسط، وجزم به في الشرح الصغير. ومن الظن كثرة الشكاوى منه، بل قال ابن عبد السلام: إذا كثرت الشكاوى منه وجب عزله اهـ. وهذا ظاهر. وقد روى أبو داود: أن النبي صلى الله عليه وسلم عزل إماماً يصلي بقوم بصق في القبلة وقال: «لَا يُصَلِّي بِهِمْ بَعْدَهَا أَبَدًا»^(١). وإذا جاز هذا في إمام الصلاة جاز في القاضي، بل أولى. نعم إن كان متعيناً للقضاء لم يجز عزله، ولو عزله لم ينعزل. أما ظهور خلل يقتضي انعزاله، فلا يحتاج فيه إلى عزل لانعزاله به. (أولم يظهر) منه خلل، (و) لكن (هناك) من هو (أفضل منه) تحصيلاً لتلك المزية

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الصلاة، باب: في كراهية البزاق في المسجد (الحديث: ٤٨١).

أَوْ مِثْلَهُ وَفِي عَزْلِهِ بِهِ مَصْلَحَةٌ كَتَسْكِينِ فِتْنَةٍ، وَإِلَّا فَلَا؛ لَكِنْ يَنْفُذُ الْعَزْلُ فِي الْأَصْحَحِ.
وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ بُلُوغِهِ خَيْرَ عَزْلِهِ.

للمسلمين. ولا يجب ذلك، وإن قلنا: إن ولاية المفضول لا تنعقد مع وجود الفاضل؛ لأن الولاية قد تمت فلا يقدح فيها ما يحدث. (أو) كان هناك (مثله) أي أو دونه، (و) لكن (في عزله به) للمسلمين (مصلحة كتسكين فتنه) لما فيه من المصلحة للمسلمين، (وإلا) بأن لم يكن في عزله مصلحة (فلا) يجوز عزله، لأنه عبث وتصرف الإمام يسان عنه. وهذا قيد في المثل لا في الأفضل، وقيد في المحرر أيضاً بعدم الفتنة في عزله، فقال: أو مثله. وفي عزله به للمسلمين مصلحة وليس في عزله فتنة. ولا يستغنى عنه بقوله وفي عزله به مصلحة فقد يكون الشيء مصلحة من وجه آخر، و (لكن ينفذ العزل في الأصح) مراعاة لطاعة الإمام. والثاني: لا؛ لأنه لا خلل في الأول ولا مصلحة في عزله. أما إذا لم يوجد هناك من يصلح للقضاء غيره فإنه لا ينعزل، ومتى كان العزل في محل النظر واحتمل أن يكون فيه مصلحة فلا اعتراض على الإمام فيه وبحكم نفوذه. ولو ولى الإمام قاضياً ظاناً موت القاضي الأول أو فسقه فبان حياً أو عدلاً لم يقدح في ولاية الثاني؛ كذا قاله، وقضيته كما قال الأذريعي انعزاله الأول بالثاني لأنه أقامه مقامه لا أنه ضمه إليه، وبه صرح البغوي في تعليقه. وقضية كلام القفال عدم انعزاله، والأول أوجه. وفي بعض الشروح أن تولية قاض بعد قاضي هل هي عزل للأول؟ وجهان، وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان اهـ. قال الزركشي: والراجح أنها ليست بعزل. وقد ذكر في الروضة في الوكالة أنه لو وكل شخصاً ثم وكل آخر فليس بعزل للأول قطعاً مع أن تصرف الوكيل أضعف من تصرف القاضي. واحترز المصنف بالإمام عن القاضي مع خليفته فله عزله بلا موجب بناءً على انعزاله بموته كما قاله الماوردي والسبكي، وإن خالف فيه البلقيني. وأفهم قوله: «وللإمام» أنه ليس للقاضي عزل نفسه، وليس مراداً بل له عزل نفسه كالوكيل كما جزم به في الروضة وأصلها؛ قال الشيخ أبو علي: إلا إن تعين عليه فلا يعزل نفسه؛ قال ابن عبد السلام: ولا ينعزل.

تنبيه: ما ذكره المصنف من جواز العزل محلّه في الأمر العام، أما الخاص فقال الزركشي نقلاً عن إفتاء جمع متأخرين: ولا ينعزل أرباب الوظائف الخاصة كالإمامة والأذان والتصرف والتدريس والطلب والنظر بالعزل من غير سبب إلا أن يكون في شرط الواقف ما يقتضيه؛ وقاسه على الجند المثبتين في الديوان. وفيه كلام للسبكي ذكرته في باب الوقف.

(والمذهب أنه) أي القاضي، (لا ينعزل قبل بلوغه خبر عزله) وفي قوله من الطريق الثاني أنه ينعزل كأرجح القولين في الوكيل. والفرق بينهما على الأول عظم الضرر في نقض أقضيته بعد العزل وقبل بلوغ الخبر، بخلاف الوكيل. ولو علم الخصم أنه معزول لم ينفذ حكمه له لعلمه أنه غير حاكم باطناً؛ ذكره الماوردي في النكاح. نعم لو رضي بحكمه كان كالتحكيم.

تنبيه: لم يتعرضوا لما يحصل به بلوغ خبر العزل، قال الزركشي: ينبغي إلحاق ذلك بخبر التولية؛ أي تولية القضاء، بل أولى حتى يعتبر شاهدان، وتكفي الاستفاضة، ولا يكفي الكتاب المجرد في الأصح فيهما. وقال الأذريعي: الظاهر أنه يكفي خبر عدل واحد، ولو عبداً وامراً اهـ. وهذا هو الظاهر. ويفرق بين التولية والعزل، بأن التولية فيها إقدام على الأحكام فيحتاج لها، والعزل فيه توقف عنها؛ وهو أحوط. قال البلقيني: ولو بلغه الخبر ولم يبلغ نوابه لا ينعزلون حتى يبلغهم الخبر وتبقى ولاية أصلهم مستمرة حكماً وإن لم ينفذ

وَإِذَا كَتَبَ الْإِمَامُ إِلَيْهِ: «إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعزُولٌ» فَقَرَأَهُ أَنْعَزَلَ، وَكَذَا إِنْ قُرِئَ عَلَيْهِ فِي الْأَصْحَحِ. وَيَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَأَنْعَزَلَهُ مَنْ أَدْنَى لَهُ فِي شُغْلِ مَعِينٍ كَبَيْعِ مَالِ مَيْتٍ، وَالْأَصْحَحُ أَنْعَزَالَ نَائِبِهِ الْمُطْلَقِ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي اسْتِخْلَافٍ، أَوْ قِيلَ لَهُ: «اسْتَخْلِفْ عَنْ نَفْسِكَ» أَوْ أُطْلِقَ، فَإِنْ قَالَ: «اسْتَخْلِفْ عَنِّي» فَلَا.

حكمه، ويستمر ما رتب له على سدّ الوظيفة لسدها بنوابه. قال: والقياس في عكسه - أي فيما لو بلغ النائب قبل أصله - أن النائب لا ينعزل حتى يبلغ أصله خبر العزل وينفذ حكمه كما ينفذ حكم أصله. قال: ولم أر من تعرض له اهـ. وما قاله ظاهر في الأول ممنوع في العكس؛ لأن النائب دخل في عموم كلام الأصحاب حتى يبلغه الخبر والنائب قاض فينعزل ببلوغ الخبر كما جرى عليه شيخنا في بعض كتبه. ولو ولي السلطان قاضياً ببلد فحكم ذلك القاضي ولم يعلم أن السلطان ولاة، قال الزركشي: فيحتمل أن ينفذ حكمه، كما لو وكل وكيلاً ببيع شيء فتصرف الوكيل وباعه ثم علم بالوكالة، فإن الشيخ أبا حامد وغيره قالوا: هو على الخلاف فيما لو باع مال أبيه ظاناً بحياته فبان ميتاً اهـ. والظاهر عدم نفوذ حكمه لاشتراط قبول من القاضي وأخذاً مما بحثه في قاضٍ أقدم على تزويج امرأة يعتقد أنها في غير محل ولايته ثم ظهر أنها بمحل ولايته من أنه لا يصح؛ قال: لأنه بالإقدام يفسق ويخرج عن الولاية.

(وإذا) علق الإمام عزل القاضي بقراءة كتاب، كأن (كتب الإمام إليه إذا قرأت كتابي فأنت معزول فقرأه انعزل) لوجود الصفة، وكذا لو طالعه وفهم ما فيه ولم يتلفظ، (وكذا إن قرئ عليه في الأصح) لأن القصد إعلامه بالنعزل لا قراءته بنفسه. والثاني: لا ينعزل نظراً إلى صورة اللفظ. ولو كتب إليه عزلتك أو أنت معزول من غير تعليق على القراءة لم ينعزل ما لم يأت الكتاب كما قاله البغوي وغيره.

تنبيه: لو جاءه بعض الكتاب فقياس ما قالوه في الطلاق أنه إن انمحي موضع العزل لا ينعزل وإلا انعزل.

ثم شرع في بيان انعزال نواب القاضي، فقال: (وينعزل بموته) أي القاضي، (وانعزاله) نائبه المقيد، وهو كل (من أذن له في شغل معين كبيع مال ميت) أو غائب وسماع شهادة في حادثة وغير ذلك من القضايا الجزئية كالوكيل. والمراد إذا علم بذلك كما يعلم مما مر، وصرح به ابن سراقه وفي الروضة وأصلها عن السرخسي: أن الإمام لو نصب نائباً عن القاضي لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله. قال الرافعي: ويجوز أن يقال إذا كان الأذن مقيداً بالنياحة ولم يبق الأصل لم يبق النائب اهـ. وهذا ظاهر. وبحث بعضهم أن الموت ليس بعزل، بل ينتهي به القضاء. (والأصح انعزال نائبه المطلق) بما ذكر، وهذا (إن لم يأذن له في الاستخلاف) لأن الاستخلاف في هذه للمعاونة، وقد زالت ولايته فبطلت المعاونة. (أو) (إن قيل له) أي قال له الإمام: (استخلف عن نفسك، أو أطلق) له الاستخلاف لظهور غرض المعاونة وبطلانها ببطلان ولايته.

تنبيه: محلّ انعزاله عند الإطلاق إذا لم يعين من يستخلفه، فإن قال: «استخلف فلاناً» فهو كقوله: «استخلف عني» فلا ينعزل، لأنه قطع نظره بالتعيين وجعله سفيراً؛ أشار إليه الماوردي والرويانى كما ذكره الأذرعى وغيره. (فإن قيل) أي قال الإمام له: (استخلف عني فلا) ينعزل الخليفة بما ذكر؛ لأنه نائب عن الإمام، والأول: سفير في التولية، والثاني: ينعزل مطلقاً كالوكيل بموت الموكل، والثالث: لا مطلقاً رعاية لمصلحة الناس.

وَلَا يَنْعَزِلُ قَاضٍ بِمَوْتِ الْإِمَامِ وَلَا نَاطِرُ يَتِيمٍ وَوَقَفَ بِمَوْتِ قَاضٍ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ بَعْدَ أَنْعَزَالِهِ: «حَكَمْتُ بِكَذَا»، فَإِنْ شَهِدَ مَعَ آخَرَ بِحُكْمِهِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ، أَوْ بِحُكْمِ حَاكِمٍ جَائِزِ الْحُكْمِ قُبِلَتْ فِي الْأَصَحِّ.

تنبيه: مقتضى كلام الأصحاب انعزال نواب قاضي الإقليم الكبير بموته حيث لم يقل له الإمام استخلف عني؛ وهو كذلك، فقد قال الصيمري: نواب القاضي الكبير كقاضي خراسان ينعزلون بموته، وعزله على الصحيح بخلاف قضاة الإمام. قال: وجعل القاضي حسين قضاة والي الإقليم كقضاة الإمام، محلّه فيما إذا صرح الإمام له بذلك أو اقتضاه العرف، وحينئذ فيكون كالمنصوبين من جهة الإمام.

(ولا ينعزل قاض) وغيره ممن ولي أمراً عاماً كوكيل بيت المال، (بموت الإمام) وانعزاله لشدة الضرر في تعطيل الحوادث. وفرّق في الحاوي بينه وبين خليفة القاضي بأن الإمام يستتبع القضاة في حقوق المسلمين فلم ينعزلوا بموته والقاضي يستتبع خليفته في حق نفسه فانعزل بموته. قال: وعلى هذا الفرق يجوز للقاضي أن ينعزل خليفته بغير موجب، ولا يجوز للإمام عزل القاضي بغير موجب اهـ. وتقدم الكلام على ذلك. قال الأذري: وأفتى بعض العصريين بانعزال وكيل بيت المال بموت السلطان متمسكاً بقولهم: «إن الوكيل ينعزل بموت الموكل» وهذا جمود على الأسماء وذهول عن المعنى، وليس بصواب بل غلط. (ولا) ينعزل (ناظر يتيم، و) ناظر (وقف بموت قاض) وانعزاله لثلاث تتعطل أبواب المصالح.

تنبيه: لو شرط لواقف النظر لحاكم المسلمين ببلد كذا ففوض النظر فيه لواحد ثم تولى قاض جديد، قال الأذري: الظاهر انعزاله قطعاً؛ لأنه آل إلى القاضي الجديد بشرط الواقف كما لو شرط النظر لزيد ثم لعمر وفتى زيد لنفسه نائباً فيه ثم مات زيد فإنه ينعزل نائبه لا محالة ويصير النظر لعمر وفتى زيد، إذ كلام المصنف على ما إذا آل النظر إلى القاضي لكون الواقف لم يشترط ناظراً، أو انقضى من شرط له، أو خرج عن الأهلية. قال ابن شعبة: ويقع في كتب الأوقاف كثيراً. فإذا انقضت الذرية يكون النظر فيه لحاكم المسلمين ببلد كذا بوليه من شاء من نقبائه ونوابه، فإذا آل النظر إلى قاض فوّلّى النظر لشخص فهل ينعزل بموت ذلك القاضي أو انعزاله. والأقرب عدم انعزاله.

(ولا يقبل قوله) أي القاضي (بعد انعزاله): كنت (حكمت بكذا) لفلان إلا بينة؛ لأنه لا يملك إنشاء الحكم حينئذ فلا يملك الإقرار. نعم لو انعزل بالعمى قبل منه ذلك لأنه إنما انعزل بالعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، وقوله: «حكمت عليك بكذا» لا يحتاج إلى ذلك؛ قاله البلقيني. ولو قال: «صرفت مال الوقف لجهته أو عمارته التي يقتضيها الحال» صدق بلا يمين. (فإن شهد مع آخر بحكمه لم يقبل على الصحيح) لأنه يشهد بفعل نفسه. والثاني: يقبل، كما لو شهدت المرضعة أنها أرضعت ولم تطالب بأجرة. وفرق الأول بأن فعلها غير مقصود بالإثبات؛ ولأن شهادتها على فعلها تتضمن تزكيته بخلاف القاضي فيهما. واحتراز بحكمه عما لو شهد أن فلاناً أقر في مجلس حكمه بكذا، فإنه يقبل قطعاً لأنه لم يشهد على فعل نفسه، وإنما يشهد على إقرار سمعه؛ قاله الماوردي.

تنبيه: قول المصنف: «مع آخر» يوهم أنه لو شهد بذلك وحده لم يقبل قطعاً، ومقتضى كلامهم جريان الخلاف في الحاليين. وقد يكون الحق مما يثبت بالشاهد واليمين فلو حذفه لكان أولى؛ قاله الزركشي.

(أو) شهد (بحكم حاكم جائز الحكم) ولم يصفه إلى نفسه، (قبلت) شهادته (في الأصح) كالمرضعة إذا شهدت كذلك. والثاني: المنع؛ لأنه قد يريد فعل نفسه.

تنبيه: قول المصنف: «جائز الحكم» تأكيد كما قاله بعضهم. ومحل الخلاف إذا لم يعلم القاضي أنه

وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ قَبْلَ عَزْلِهِ: «حَكَمْتُ بِكَذَا»، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ فَكَمَعَزُولٍ. وَلَوْ أَدْعَى شَخْصٌ عَلَى مَعَزُولٍ أَنَّهُ أَخَذَ مَالَهُ بِرِشْوَةٍ أَوْ شَهَادَةَ عَبْدَيْنِ مَثَلًا أُخْضِرَ وَفُصِّلَتْ خُصُومَتُهُمَا،

حكمه، وإلا فلا يقبل جزماً نظراً لبقاء التهمة، ومحله أيضاً إذا قلنا لا يعتبر تعيين الحاكم في الشهادة على الحكم، بل يكفي أن تقوم البيعة على حكومة حاكم من الحكام كما هو المذهب المشهور. أما إذا قلنا باشتراط التعيين فلا يقبل قطعاً.

(ويقبل قوله قبل عزله: حكمت بكذا) حتى لو قال على سبيل الحكم: «نساء القرية طوالق من أزواجهن» قبل قوله: «بلا حجة» لقدرتة على الإنشاء حينئذ، بخلاف ما لو قاله على سبيل الإخبار فلا يقبل كما صرح به البيهقي، وهو مقتضى كلام أصل الروضة. وينبغي أن يكون محله كما قال شيخنا ما لو أسنده إلى ما قبل ولايته. قال الأذري: وما قالوه من قبول قوله ظاهر في القاضي المجتهد مطلقاً أو في مذهب إمامه، أما غيرهما ففي قبوله وقفة، وقد استخرت الله وأفتيت فيمن سئل من قضاة العصر عن مستند قضاة أنه يلزمه بيانه لأنه قد يظن ما ليس بمستند مستنداً كما هو كثير أو غالب. قال: ويشبه أن يكون محل ما ذكر في قرية أهلها محصورون، أما في بلد كبير كبغداد فلا لأننا نقطع ببطان قوله. وإلى ما قاله يشير تعبير الشيخين بالقرية. ولو قال الحاكم: شهد عندي فلان وفلان بكذا وأنكرا لم يلتفت لإنكارهما كما قاله ابن الصباغ. (فإن كان) أي القاضي (في غير محل ولايته فكمعزول) في أنه لا ينفذ حكمه لعدم قدرته على الإنشاء ثم.

تنبيه: المراد بمحل ولايته بلد قضاة، وظن بعضهم أنه لا ينفذ حكمه في غير مجلسه المعد للحكم وهو خطأ صريح، نبه عليه ابن الصلاح والمصنف في الطبقات. قال الزركشي: وظاهر كلامهم أن المراد المحيط بها السور والبناء المتصل دون البساتين والمزارع، فعلى هذا لو زوج القاضي امرأة في البلد وهو بالمزارع أو البساتين أو عكسه لم يصح لأنه ليس في محل ولايته. قال: وكثير من الحكام يتساهل في ذلك والأحوط تركه؛ لأن الولاية لم تتناول غير البلد اهـ. وهذا إذا لم يكن عرف كما قدمناه. ولو قال المعزول للأمين: «أعطيتك المال أيام قضائي لتحفظه لفلان» فقال الأمين: «بل لفلان» صدق المعزول؛ وهل يغرم الأمين لمن عينه هو قدر ذلك؟ فيه وجهان في تعليق القاضي، أوجههما كما قال شيخنا المنع. فإن قال له الأمين: «لم تعطني شيئاً بل هو لفلان» فالقول قول الأمين؛ لأن الأصل عدم الإعطاء. ويستثنى من إطلاق المصنف ما لو أذن الإمام للقاضي أن يحكم بين أهل ولايته حيثما كان، فإنه يجوز له الحكم بينهم ولو كان في غير محل ولايته، قال صاحب البيان: هذا الذي يقتضيه المذهب؛ وقاله في الذخائر أيضاً. وحينئذ يقبل قوله على من هو من أهل بلده أنه حكم عليه بكذا. (ولو ادعى شخص على معزول أنه أخذ ماله برشوة) أي على سبيل الرشوة كما في المحرر، وهي بتثليث الرأى: دفع لمن لم يحكم بالحق أو يمتنع عن الحكم به. (أو شهادة عبدين مثلاً) أي أو غيرهما ممن لا تقبل شهادته وأعطاه لفلان، ومعتقده أنه لا تجوز شهادتهما؛ (أخضر وفصلت خصومتها) كما لو ادعى عليه غضباً لتعذر إثبات ذلك بغير حضوره، وله أن يوكل ولا يحضر كما قاله في المطلب. وإذا حضر فإن أقيمت عليه بيعة أو أقر حكم عليه وإلا صدق بيمينه كسائر الأمانة إذا ادعى عليهما جنابة، ولعموم خبر: «الْبَيْئَةُ عَلَى الْمُدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١) وقيل: بلا يمين؛ لأنه أمير الشرع فيصان منصبه على التحليف. قال الزركشي: وهذا يمين عزل مع بقاء أهليته، أما من ظهر فسقه وشاع جوره وخيائته، فالظاهر أنه يحلف قطعاً.

(١) أخرجه البخاري في كتاب: التفسير، باب: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَإِيمَانِهِمْ ثَمناً قليلاً...﴾ (الحديث: ٤٥٥٢) وأخرجه

وَأَنَّ قَالَ: «حَكَمَ بَعْدَيْنِ» وَلَمْ يَذْكَرْ مَا لَمْ أَحْضِرْ؛ وَقِيلَ: لَا حَتَّى يَقِيمَ بَيْتَهُ بِدَعْوَاهُ، فَإِنْ أَحْضِرَ وَأَنْكَرَ صَدَقَ بِلَا يَمِينٍ فِي الْأَصْح. قُلْتُ: الْأَصْحُ يَمِينٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَوْ أَدْعَى عَلَى قَاضٍ جَوْرٌ فِي حُكْمٍ لَمْ يُسْمَعْ ذَلِكَ وَيُشْتَرَطُ بَيْتُهُ،

تنبيه: لو حضر إنسان إلى القاضي الجديد وتظلم من المعزول وطلب إحضاره إلى مجلس الحكم لم يبادر بإحضاره بل يقول: ما تريد منه؟ فإن ذكر أنه يدعي عليه ديناً أو عيناً أحضره. ولا يجوز إحضاره قبل تحقق الدعوى إذ قد لا يكون له حق، وإنما قصد ابتداله بالحضور.

(وإن قال) الشخص (حكم) عليّ القاضي (ببعدين) أو نحوهما مما لا تقبل شهادته كفاسقين، قال ابن الرفعة: أي وهو يعلم ذلك فإنه لا يجوز وأنا أطالبه بالغرم. (ولم يذكر) رشوة ولا (مألاً أحضر) المعزول ليجيب عن دعواه. (وقيل: لا حتى يقيم بيته بدعواه) لأنه كان أمين الشرع. والظاهر من أحكام القضاة جريانها على الصحة فلا يعدل عن الظاهر إلا بيئته. (فإن أحضر) على الوجهين وأدعى عليه (وأنكر) بأن قال: لم أحكم عليه أصلاً، أو: لم أحكم إلا بشهادة حزين؛ (صدق بلا يمين في الأصح) لأنه أمين الشرع فيصان منصبه عن الحلف والابتدال بالمنازعات. (قلت: الأصح يمين، والله أعلم) لعموم قوله ﷺ: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(١) ولأن أقصى درجات المعزل أن يكون مؤتمناً، والمؤتمن كالمودع يحلف. قال الزركشي: وقد اختلف تصحيح المصنف، فقد صحح الأول في الروضة، والصواب ما صححه هنا فإنه المنصوص. قال الفارقي: محل الخلاف إذا علم الشاهدان وإلا فينظر فيهما ليعرف حالهما. قال الغزالي: وهو متجه في العبد دون الفسقة؛ لأن الفسق قد يطرا على العبد اهـ. وهو طاهر.

(ولو ادّعي) بالبناء للمفعول، (على قاض) حال ولايته، (جَوْرٌ في حكم) أو ادعى على شاهد زور، وأريد تحليفه كما سيأتي في الدعوى؛ (لم يسمع ذلك، ويشترط بيئته) به فلا يحلف فيه واحد منهما لأنها أمينان شرعاً، ولو فتح باب التحليف لاشتد الأمر ورجب الناس عن القضاء والشهادة؛ قال الزركشي: وهذا إذا كان موثقاً به وإلا حلف. وقال الأذري: قولهم في توجيه منع التحليف أنه لو حلف الخ أن ذلك مبني على كمال القاضي ووجود أهليته التامة، ونحن نقطع بأن غالب من يلي القضاء في عصرنا لو حلف الواحد كل يوم سبعين مرة على عدم جوره في الحكم وارتشائه لم يرد ذلك عن الحرص على القضاء ودوام ولايته مع ذلك، بل يشتد

= أيضاً في كتاب: الرهن، باب: إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه فالبيئته على المدعي واليمين على المدعى عليه (الحديث: ٢٥١٤) وأيضاً في كتاب: الشهادات، باب: اليمين على المدعى عليه (الحديث: ٣٦١٩) وأخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: اليمين على المدعى عليه (الحديث: ٤٤٤٥) وأخرجه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في أن البيئته على المدعي واليمين على المدعى عليه (الحديث: ١٣٤٢) وأخرجه النسائي في كتاب: أداة القضاة، باب: عظة الحاكم على اليمين (الحديث: ٥٤٤٠) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: البيئته على المدعي واليمين على المدعى عليه (الحديث: ٢٣٢١) وأخرجه البيهقي في سنن في كتاب: الدعوى والبيئات، باب: البيئته على المدعي واليمين على المدعى عليه (الحديث: ٢٥٢/١٠) وأخرجه الدارقطني في كتاب: السير، باب: خبر الواحد يوجب العمل (الحديث: ١٥٧/٤) وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ١٠١/١٠) وأخرجه الإمام الشافعي في مسنده (الحديث: ١٩١) وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ٣٧٦٩) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٥٢٨٢) و(الحديث: ١٥٢٨٣) وذكره ابن حجر في «المطالب العالية» (الحديث: ١٢٣٠) وفي «تلخيص الحبير» (٣٩/٤) و(٢٠٨/٤).

(١) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: القسامة، باب: أصل القسامة والبداية فيها مع اللوث بإيمان المدعى (الحديث: ١٢٣/٨) وذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (١٦٧/٤) وذكره الحبيب في «مسند الربيع» (٤٦/٢).

وَأَنَّ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِحُكْمِهِ حَكَمَ بَيْنَهُمَا خَلِيفَتُهُ أَوْ غَيْرُهُ.

٢ - فصل: في آداب القضاء وغيرها

لِيَكْتُبَ الْإِمَامُ لِمَنْ يُؤَلِّيه، وَيُشْهِدَ بِالْكِتَابِ شَاهِدَيْنِ يَخْرُجَانِ مَعَهُ إِلَى الْبَلَدِ يُخْبِرَانِ بِالْحَالِ؛

حرصه وتهافته عليه وطلبه هو وغيره؛ فإننا لله وإنا إليه راجعون اهـ. هذا في زمانه، فلو أدرك زماننا، فإن قيل: كيف تشترط البيئة مع عدم سماع الدعوى؟ أوجب بأن المراد لم تسمع الدعوى لقصد تحليفه وإن سمعت لأجل البيئة، فإن كانت له بيئة سمعت لا محالة. (وإن لم تتعلق) تلك الدعوى على قاض (بحكمه) بل يخاصمه نفسه، (حكم بينهما) فيها (خليفته، أو) قاض آخر (غيره) كأحد الرعايا. قال السبكي: هذا إن كانت الدعوى بما لا يقدر فيه ولا يخل بمنصبه ولا يوجب عزله، وإلا فاقطع بأن الدعوى لا تسمع ولا يحلف ولا طريق للمدعي حينئذ إلا البيئة. ثم قال: بل أقول لكل من ثبتت عدالته وأدعي عليه بدعوى ينبغي للقاضي أن ينظر فيها وفي إنكار ذلك العدل بها، فإن كان يمكن أن يكون عن سهو وغفلة أو اجتهاد وتأويل ونحوه بحيث لا يخل بعدالته فيسمعها ويقبلها بيمين كغيرها إلا أن يظهر له من المدعي تعنت فيدفعه، وإن كان إنكاره لا يمكن أن يكون إلا قادحاً فيه فينبغي أن لا يسمع دعوى المدعي في ذلك وطلب تحليفه إلا أن يأتي ببينة؛ وذلك لأن ما يدعيه والحالة هذه مخالف لما ثبت من عدالته، وله طريق وهو البيئة.

تتمة: ليس لأحد أن يدعي على متولٍ في محل ولايته عند قاض أنه حكم بكذا، فإن كان في غير محلها أو معزولاً سمعت ولا يحلف؛ ذكره في الروضة وأصلها، فما تقرر في المعزول مخالف لما صححه هنا كما مر.

فصل: في آداب القضاء وغيرها: (ليكتب الإمام) ندباً (لمن يوليه) القضاء ببلد ما فوضه إليه في كتاب؛ لأن النبي ﷺ «كتب لعمر بن حزم لما بعثه إلى اليمن وهو ابن سبع عشرة سنة»^(١) رواه أصحاب السنن؛ ولأن أبا بكر كتب لأنس لما بعثه إلى البحرين وختم بخاتم رسول الله ﷺ^(٢)؛ رواه البخاري. ولم يجب ذلك لأنه ﷺ لم يكتب لمعاذ، بل اقتصر على وصيته. وإذا كتبت إليه كتاب العهد بالولاية ذكر في الكتاب ما يحتاج القاضي إلى القيام به ويعظه فيه ويعظمه ويوصيه بتقوى الله تعالى، ومشاورة أهل العلم، وتفقد الشهود وغير ذلك. وفي معنى الإمام القاضي الكبير إذا استخلف في أعماله البعيدة. قال الصيمري: وينبغي للإمام أن يسلم كتاب عهده إليه بحضرة خوفاً من الزيادة فيه والنقصان ويقول له: هذا عهدي وحجتي عند الله.

(ويشهد) ندباً (بالكتاب) أي المكتوب بما تضمنه من التولية، (شاهدين يخرجان معه إلى البلد) الذي تولاه قرب أو بعد، (يخبران) أهل البلد (بالحال) من التولية وغيرها؛ وعبارة التنبيه: «وأشهد على التولية شاهدين»، وهي أولى من عبارة الكتاب، إذ الاعتماد على التولية دون الكتاب. وعند إسهادهما يقرآن الكتاب أو يقرأه الإمام عليهما؛ فإذا قرأه الإمام، قال في البحر: لا يحتاج الشاهدان إلى أن ينظرا في الكتاب، وإن قرأه غير الإمام

(١) أخرجه النسائي في كتاب: القسامة، باب: ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين (الحديث: ٤٨٦٨) و(الحديث: ٤٨٦٩) و(الحديث: ٤٨٧٠) و(الحديث: ٤٨٧١) و(الحديث: ٤٨٧٢) وأخرجه الدارمي في سننه في كتاب: الديات، باب: الدية في قتل العمدة (الحديث: ١٨٨/٢) وأخرجه الإمام مالك في الموطأ في كتاب: العقول، باب: ذكر العقول (الحديث: ١١٢٩) وأخرجه الدارقطني في كتاب: الحدود والديات وغيره (الحديث: ٢٠٩/٣).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الزكاة، باب: زكاة الغنم (الحديث: ١٤٥٤).

وَتَكْفِيهِ الْاِسْتِفَاضَةَ فِي الْأَصَحِّ لَا مُجَرَّدُ كِتَابٍ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَيَبْحَثُ الْقَاضِي عَنْ حَالِ عُلَمَاءِ الْبَلَدِ وَعُدُولِهِ. وَيَدْخُلُ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ،

فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه ليعلمنا أن الأمر على ما قرأه القارىء من غير زيادة ولا نقصان. ولو أشهد ولم يكتب كفى فإن الاعتماد على الشهود، فإذا أخبروا أهل البلد لزهم طاعته.

تنبيه: أشار بقوله: «بخبران» إلى أنه لا يشترط لفظ الشهادة عند أهل ذلك البلد؛ وهو كذلك كما نقله في الروضة عن الأصحاب من أن هذه الشهادة ليست على قواعد الشهادات، إذ ليس هناك قاض تؤدى عنده الشهادة. قال الزركشي: وقضية ذلك أنه لو كان هناك قاض آخر كما جرت به العادة في بعض البلاد من نصب أتباع المذاهب الأربعة اعتبار حقيقة الشهادة ولا شك فيه. وقال البلقيني: عندي أنه إذا كان المدار على الأخبار فإنه ليس على قواعد الشهادات فينبغي أن يكتبي بواحد لأن هذا من باب الخبر؛ قال: ولم أر من تعرض لذلك اه. والظاهر هو إطلاق كلام الأصحاب.

(وتكفي) بمثناة فوقية، عن أخبارهما بالتولية، (الاستفاضة) بها (في الأصح) لحصول المقصود؛ ولم ينقل عنه عليه السلام ولا عن الخلفاء الراشدين الإشهاد. والثاني: المنع؛ لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة كالبيع والإجارة.

تنبيه: ظاهر كلامه تبعاً للمحرر جريان الخلاف ولو كان البلد بعيداً؛ وهو كذلك. ومنهم من ذكره في البلد القريب، وليس للتقييد كما دل عليه كلام الروضة وأصلها.

(لا مجرد كتاب) بها بلا إشهاد أو استفاضة، فلا يكفي (على المذهب) لإمكان التزوير. وفي وجه من الطريق الثاني: يكفي، لبعده الجراءة في مثل ذلك على الإمام.

تنبيه: أنهم كلامه أنه لا يكفي مجرد إخبار القاضي لهم؛ ولا خلاف في ذلك إن لم يصدقوه، فإن صدقوه ففي وجوب طاعته وجهان. وقياس ما قالوه في الوكالة عدم وجوبها؛ لأن الإمام لو أنكر توليته كان القول قوله. قال الأذرعى: لعل وجوبها أشبه، وفي الآثار والأخبار ما يعضده؛ أي ولأنهم اعترفوا بحق عليهم.

(ويبحث) برفع المثناة، (القاضي) قبل دخوله بلد التولية الذي لا يعرف من فيه، (عن حال علماء البلد وعدوله) والمزكين سراً وعلانية ليدخل على بصيرة بحال من فيه؛ لأنه لا بد له منهم فيسأل عن ذلك قبل الخروج، فإن لم يتيسر ففي الطريق، فإن لم يتيسر فحين يدخل.

تنبيه: يندب إذا ولي أن يدعو أصدقاءه الأئمة ليعلموه عيوبه فيسعى في زوالها كما ذكره الرافعي آخر الباب الثاني في جامع أدب القضاء.

(ويدخل يوم الاثنين) صبيحته؛ لأنه عليه السلام دخل المدينة فيه حين اشتد الضحى. فإن تعسر فالخميس، وإلا فالسبت. وأن يدخل في عمامة سوداء، ففي مسلم: «أنه صلى الله عليه وسلم دخل مكة يوم الفتح بها»^(١)؛ ولأنه أهيب له. قال المصنف: ويستحب لمن كان له وظيفة من وظائف الخير كقراءة قرآن أو حديث أو ذكر أو صنعة من الصنائع أو عمل من الأعمال أن يفعل ذلك أول النهار إن أمكنه، وكذلك من أراد سفرأ أو إنشاء أمر كعقد نكاح أو غير ذلك من الأمور.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: جواز دخول مكة بغير إحرام (الحديث: ٣٢٩٦).

وَيَنْزِلُ وَسَطَ الْبَلَدِ، وَيَنْظُرُ أَوَّلًا فِي أَهْلِ الْحَبْسِ.

فَمَنْ قَالَ: «حَبِسْتُ بِحَقِّ» أَدَامَهُ، أَوْ «ظَلَمًا» فَعَلَى خَصْمِهِ حُجَّةٌ؛ فَإِنْ كَانَ غَائِبًا كَتَبَ إِلَيْهِ

(وينزل وسط البلد) بفتح السين في الأشهر، ليساوي أهله في القرب منه. هذا إذا اتسعت خطته كما قاله الزركشي، وإلا نزل حيث تيسر؛ قال: وهذا إذا لم يكن فيه موضع يعتاد النزول فيه. قال القاضي أبو محمد: وإذا دخل نهاراً قَصَدَ الجامع فيصلي فيه ركعتين ثم أمر بعهده فقرأ ثم أمر بالنداء: من كانت له حاجة فلي نظر ما رفع إليه من أمورهم ليكون قد أخذ في العمل^(١) واستحق رزقه اهـ. وهذا يفهم أنه لا يستحق الرزق من يوم الولاية، وإنما يستحقه من يوم الشروع في العمل. قال ابن شعبة: وقد صرح الماوردي بذلك فقال: لا يستحق قبل الوصول إلى عمله، فإذا وصل ونظر استحق، وإن وصل ولم ينظر، فإن تصدى للنظر استحق وإن لم ينظر كالأجير إذا سلم نفسه، وإن لم يتصد لم يستحق اهـ. ثم إن شاء قرأ العهد فوراً، وإن شاء وعد الناس ليوم يحضرون فيه ليقراء عليهم؛ وإن كان معه شهود شهدوا ثم انصرف إلى منزله. (وينظر أولاً في أهل الحبس) لأن الحبس عذاب، فينظر هل يستحقونه أو لا.

تنبیه: ما صرح به في البداءة بأهل الحبس قاله الإمام والغزالي وابن الصباغ؛ لكنه خلاف ما نقلناه عن الأصحاب أنه بعد قراءة العهد يتسلم ديوان الحكم، وهو ما كان عند القاضي قبله من المحاضر، وهي التي فيها ذكر ما جرى من غير حكم، والسجلات، وهي ما يشتمل على الحكم، وحجج الأيتام وأموالهم ونحو ذلك من الحجج المودعة في الديوان كحجج الأوقاف؛ لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية وقد انتقلت الولاية إليه فيتسلمها ليحفظها على أربابها. وهذا التقديم على سبيل الاستحباب كما صرح به الرافعي في أواخر الآداب، لكن نقل ابن الرفعة عن الإمام أنه واجب وأقره؛ والأولى أن يقال ما دعت إليه مصلحة وجب تقديمه كما يؤخذ مما يأتي. وإنما قدم على أهل الحبس ما مر مع أنه عذاب لأنه أهم، ويؤخذ منه ما جزم به البلقيني أنه يقدم على البحث عنهم أيضاً كل ما كان أهم منه كالنظر في المحاجير والجنائين الذين تحت نظره، وما أشرف على الهلاك من الحيوان في التركات وغيرها، وما أشرف من الأوقاف وأملاك محاجيره على السقوط بحيث يتعين الفور في تداركه، وكيفية النظر في أمر المحبوسين أن يأمر منادياً ينادي يوماً أو أكثر على حسب الحاجة: ألا إن القاضي فلاناً ينظر في أمر المحبوسين يوم كذا، فمن كان له محبوس فليحضر. ويبعث إلى الحبس أميناً من أمنائه يكتب في رقاع أسماءهم وما حبس به كل منهم ومن حبس له في رقعة، فإذا جلس اليوم الموعود وحضر الناس نصب تلك الرقاع بين يديه، فيأخذ واحدة واحدة، وينظر في اسم المثبت فيها، ويسأل عن خصمه، فمن قال أنا خصمه بعث معه ثقة إلى الحبس ليأخذ بيده ويخرجه. وهكذا يحضر من المحبوسين بقدر ما يعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم، ويسألهم بعد اجتماعهم عن سبب حبسهم. (فمن قال حبست بحق) فعل به مقتضاه؛ فإن كان الحق حدًا أقامه عليه وأطلقه، أو تعزيراً ورأى إطلاقه فعل، أو مالا أمره بأدائه، فإن لم يوفه ولم يثبت إعساره (أداه) في الحبس، وإلا تُودي عليه لاحتمال خصم آخر، فإن لم يحضر أحد أطلق. (أو) قال حبست (ظلماً) فعلى خصمه حجة) إن كان حاضراً أنه حبسه بحق، فإن لم يقمها صدق المحبوس بيمينه وأطلق. ولا يطالب بكفيل على الأصح، ونازع البلقيني في ذلك وقال: القول قول خصمه بيمينه ولا يكلف حجة لأن معه حجة سابقة وهي أن الحاكم حبسه. (فإن كان) خصمه (غائباً) عن البلد طالبه بكفيله أوردته إلى الحبس و (كتب إليه)

(١) ذكره القرطبي في «التفسير» (١٤/٣٢٠) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحدیث: ٢٩٣٠٤).

لِيَحْضُرَ ثُمَّ فِي الْأَوْصِيَاءِ، فَمَنْ أَدْعَى وَصَايَةَ سَأَلَ عَنْهَا وَعَنْ حَالِهِ وَتَصَرُّفِهِ، فَمَنْ وَجَدَهُ فَاسِقًا أَخَذَ الْمَالَ مِنْهُ، أَوْ ضَعِيفًا عَضَّدَهُ بِمُعِينٍ.

قال الزركشي: إلى قاضي بلد خصمه، وقال ابن المقري: إلى خصمه؛ وهو أقرب إلى قول المصنف. (ليحضر) لفصل الخصومة بينهما، فإن لم يحضر أطلق. ونازع البلقيني في ذلك وقال: إن إحضاره من العجائب إذ يصير المحبوس المطلوب طالباً لمن له الحق وليس في الشريعة ما يشهد لهذا. ورُدُّ بأنه ليس المراد إلزامه بالحضور بل إعلامه بذلك ليلحق بحجته في إدامة حبس المحبوس إن كان له بذلك حجة، ويكفي المدعى إقامة بيينة بإثبات الحق الذي حبس به أو بأن القاضي المعزول حكم عليه بذلك. (ثم) بعد النظر في أهل الحبس ينظر (في) حال (الأوصياء) على الأطفال والمجانين والسفهاء لأنهم يتصرفون في حق من لا يملك المطالبة بماله فكان تقديمهم أولى مما بعدهم. قال الماوردي: ويبدأ في الأوصياء ونحوهم بمن شاء من غير قرعة، والفرق بينهم وبين المحبوسين أن المحابيس ينظر لهم، والأوصياء ونحوهم ينظر عليهم.

تنبيه: سبيل تصرفه في مال عنده لیتيم في غير عمله كتصرفه في مال الغائب، إذ العبرة بمكان الطفل لا المال كما مر في باب الحجر، وإنما ينظر في الأوصياء بعد ثبوت الوصاية عنده بطريقه. (فمن ادعى) منهم (وصاية) بكسر الواو بخطه ويجوز فتحها: اسم من أوصيت له جعلته وصياً: (سأل عنها) من جهة ثبوتها بالبيينة هل ثبتت وصاية بها أو لا. (و) سأل (عن حاله) بالنسبة إلى الأمانة والكفاية؛ وهذا مزيد على المحرر. (و) عن (تصرفه) فيها، فإن قال: صرفت ما أوصى به؛ فإن كان لمعين لم يتعرض له، وهو كما قال الأذري ظاهر إن كانوا أهلاً للمطالبة، فإن كانوا محجورين فلا، أو لجهة عامة وهو عدل أمضاه أو فاسق ضمنه لتعديبه. ولو فرقها أجنبي لمعينين نفذ أو لعامة ضمن. وإذا كان الموصى به باقياً تحت يد الوصي، (فمن وجدته) عدلاً قوياً أقره، أو (فاسقاً أخذ المال منه) وجوباً ووضع عند غيره من الأمانة.

تنبيه: كلامه يفهم أنه لا يأخذه ممن شك في عدالته؛ وهو ما جرى عليه ابن المقري، وهو الأقرب إلى كلام الجمهور، لأن الظاهر الأمانة. وقيل: ينزع منه حتى ثبت عدالته، وقال الأذري وغيره: إنه المختار لفساد الزمان. ومحل الوجهين كما قاله البلقيني إذا لم تثبت عدالته عند الأول، وإلا فلا يتعرض له مع الشك جزماً. فإن قيل: إذا عدل الشاهد ثم شهد في واقعة أخرى بحيث طال الزمان احتاج إلى الاستزكاء؛ لأن طول الزمان يغير الأحوال. أوجب بأن الوصاية قضية واحدة، وقد ثبت الحال فيها فلا يتكرر، ولو كلفنا الوصي ذلك لأضرنا بالمحجور عليه باشتغال الوصي عنه بإثبات عدالته ولا كذلك الشاهد.

(أو) وجدته عدلاً (ضعيفاً) عن القيام بها لكثرة المال أو غيره، (عضده) أي قواه (بمعين) ولا يرفع يده؛ ثم بعد الأوصياء يبحث عن أمانة القاضي المنصوبين على الأطفال وتفرقة الوصايا، فيعزل من فسق منهم ويعين الضعيف بآخر. وله أن يعزل من يشاء من الأمانة وإن لم يتغير حاله ويولي غيره بخلاف الأوصياء؛ لأن الأمانة يتولون من جهة القاضي بخلاف الأوصياء. وأخروا عن الأوصياء لأن التهمة فيهم أبعد؛ لأن ناصبهم القاضي، وهو لا ينصب إلا بعد ثبوت الأهلية عنده بخلاف الأوصياء. ثم يبحث عن الأوقاف العامة ومتوليها، وعن الخاصة أيضاً كما قاله الماوردي والرويانى لأنها تؤول لمن لا يتعين من الفقراء والمساكين، فينظر هل آلت إليهم وهل له ولاية على من تعين منهم لصغر أو نحوه؟ ويبحث أيضاً عن اللقطة التي لا يجوز تملكها للملقط أو يجوز ولم يختر تملكها بعد التعريف. وعن الضوال فيحفظ هذه الأموال في بيت المال مفردة عن أمثالها، وله خلطها بمثلها إن ظهر في ذلك مصلحة أودعت إليه حاجة كما قاله الأذري، فإذا ظهر مالها غرم له من بيت

وَيَتَّخِذُ مُزَكِّيًّا، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مُسْلِمًا عَدْلًا عَارِفًا بِكِتَابَةِ مَحَاضِرِ وَسِجَلَاتِ. وَيُسْتَحَبُّ فِقْهُ، وَوُفُورُ عَقْلِ، وَجَوْدَةُ حَظِّ. وَمُتَزَجِّمًا،

المال، وله بيعها وحفظ ثمنها لمصلحة مالكيها؛ ويقدم من كل نوع مما ذكر الأهم فالأهم. ويستخلف فيما إذا عرضت حادثه حال شغله بهذه المهمات من ينظر في تلك الحادثة أو فيما هو فيه.

(و) بعد ذلك (يتخذ) بذال معجمة، (مزكياً) بزاي؛ لشدة الحاجة إليه ليعرفه حال من يجهل حاله من الشهود؛ لأنه لا يمكنه البحث عنهم، وسيأتي شرطه آخر الباب.

تنبية: أراد المصنف بالمزكي الجنس، ولو قال مزكين كان أولى، لأن الواحد لا يكفي إلا أن ينصب حاكماً في الجرح.

(و) يتخذ (كاتباً) لتوقع الحاجة إليه لأنه مشغول بالحكم والاجتهاد والكتابة تشغله، وكان للنبي ﷺ كُتَّابٌ فوق الأربعين. وإنما يسرّ اتخاذه إذا لم يطلب أجرة، أو طلب وكان يرزق من بيت المال وإلا لم يتعين لثلا يتغالى في الأجرة. (ويشترط كونه) أي الكاتب (مسليماً عدلاً) في الشهادة كما يؤخذ من كلام الجيلي لتؤمن خيانه، إذ قد يغفل القاضي عن قراءة ما يكتبه أو يقرأه. ولا بد من الحرية والذكورة وكونه (عارفاً بكتابة محاضر وسجلات) وكتب حكيمية لثلا يفسدها، حافظاً لثلا يغلط؛ فلا يكفي من اتصف بشيء من ضد ذلك. وهذا فيما يتعلق بالحكم، أما ما يتعلق بخاصة أمره فيستكتب فيه من شاء.

تنبية: أفرد المصنف الكاتب لأنه لا يشترط فيه عدد كما أفهمه كلام أصل الروضة؛ لأنه لا يثبت شيئاً، بل يتخذ القاضي ما يحصل به الكفاية. وقوله: «مُحَاضِرٌ» مجرور بالفتحة جمع محضر، وهو بفتح الميم: ما يكتب فيه ما جرى للمتحاكمين في المجلس، فإن زاد عليه الحكم أو تنفيذه سمي سجلاً، وقد يطلق المحضر على السجل.

(ويستحب) في الكاتب (فقهه) زائد على ما لا بد منه من أحكام الكتابة لثلا يؤتى من قِبَلِ الجهل. أما الذي يتعلق بها فشرط. وهذا ما جمع به بين إطلاق الرافي الاستحباب وإطلاق الماوردي الاشتراط. (ووفور عقل) زائد على العقل التكليفي لثلا يخدع ويدلس عليه. أما العقل التكليفي فشرط كما علم مما مر، وعفة عن الطمع لثلا يستمال به. (وجودة خط) أي يكون خطه حسناً واضحاً مع ضبطه الحروف وترتيبها، فلا يترك فسحة يمكن إلحاق شيء فيها وتفصيلها، فلا يكتب سبعة مثل تسعة ولا ثلاثاً مثل ثلاثين لثلا يقع الغلط والاشتباه. قال علي رضي الله تعالى عنه: «الخط الحسن يزيد الحق وضوحاً»^(١). ويسن أن يكون حاسباً للحاجة إليه في كتب المقاسم والمواريث فصيحاً عالمياً بلغات الخصوم، وأن يجلس كاتبه بين يديه ليمليه ما يريد وليرى ما يكتبه.

(و) يتخذ (مترجماً) يفسر للقاضي لغة المتخاصمين؛ لأن القاضي قد لا يعرف لغتهما فلا بد ممن يطلعه على ذلك. قال ابن النقيب: كذا أطلقوه، ولم يظهر لي اتخاذه على أي لغة، فإن اللغات لا تكاد تنحصر، ويبعد أن الشخص الواحد يحيط بجميعها، وأبعد منه أن يتخذ من كل لغة اثنين لعظم المشقة؛ فالأقرب أن يتخذ من اللغات التي يغلب وجودها في علمه وفيه عسر أيضاً.

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب: الخصومات، باب: الربط والحبس في الحرم (٧٥/٥) وأخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: ما جاء في بيع دور مكة وكراثها وجريان الإرث فيها (الحديث: ٣٤/٦) وأخرجه عبد الرزاق في كتاب: المناسك، باب: الكراء في الحرم، وهل تُؤبَد دور مكة والكراء بمنى (الحديث: ٩٢١٣).

وَشَرْطُهُ عَدَالَةٌ، وَحُرِّيَّةٌ، وَعَدَدٌ. وَالْأَصْحَحُ جَوَازُ أَعْمَى، وَأَشْتَرَاطُ عَدَدٍ فِي إِسْمَاعِ قَاضٍ بِهِ صَمَمٌ.

(وشرط عدالة، وحرية، وعدد) ولفظ شهادة كالشاهد بأن يقول كل منهما: أشهد أنه يقول كذا. فإن كان الحق يثبت برجل وامرأتين كفى في ترجمته مثل ذلك كما في أصل الروضة عن الأصحاب، وإن كان قضية كلام المصنف أنه لا يكفي في الزنا رجلاً كالشهادة على الإقرار به. (والأصح جواز) ترجمة (أعمى) لأن الترجمة تفسيراً للفظ الذي سمعه فلا يحتاج فيه إلى معانية وإشارة، بخلاف الشهادة التي قاس عليها الوجه الثاني.

تنبيه: محل الجواز إذا لم يتكلم في المجلس إلا الخصمان، وإلا لم يجز قطعاً كما نقله الزركشي عن الإمام وأقره.

(و) الأصح (اشتراط عدد في إسماع قاض به صمم) كالمترجم فإنه ينقل عين اللفظ كما أن ذاك ينقل معناه. والثاني: المنع؛ لأن المسمع لو غير أنكر عليه الخصم والحاضرون بخلاف المترجم. وقضية هذا التعليل أنه لو كان الخصم أصمّين أيضاً اشترط العدد قطعاً، وبه صرح القاضي الحسين.

تنبيه: لا بد في المسمع من لفظ الشهادة، فيقول: أشهد أنه يقول كذا. ويجوز أن يكون أعمى قياساً عليه، ويكتفي بإسماع رجل وامرأتين في المال قياساً عليه أيضاً. وقد أشار المصنف بقوله: «في إسماع قاض» إلى التصوير بالنقل من الخصم إلى القاضي، فأما إسماع الخصم الأصم ما يقوله القاضي والخصم فلا يشترط فيه عدد لأنه إخبار محض، لكن يشترط فيه الحرية، وكالأصم في ذلك من لا يعرف لغة خصمه أو القاضي. وأشار أيضاً بقوله: «في إسماع قاض» إلى أن المراد صمم يسمع معه برفع الصوت، أما إن لم يسمع أصلاً لم تصح ولايته كما مر في شرط القاضي.

فروع: للقاضي وإن وجد كفايته أخذ كفايته وكفاية عياله مما يليق بحالهم من بيت المال ليتفرغ للقضاء إلا أن يتعين للقضاء ووجد ما يكفيه وعياله، فلا يجوز له أخذ شيء لأنه يؤدي فرضاً تعين عليه وهو واجد الكفاية. ويسن لمن لم يتعين إذا كان مكتفياً ترك الأخذ، ومحل جواز الأخذ للمكنتفي وغيره إذا لم يوجد متطوع بالقضاء صالح له، وإلا فلا يجوز كما صرح به الماوردي وغيره. ولا يجوز أن يرزق القاضي من خاص مال الإمام أو غيره من الآحاد، ولا يجوز له قبوله. وفارق نظيره في المؤذن بأن ذاك لا يورث فيه تهمة ولا ميلاً لأن عمله لا يختلف، وفي المفتي بأن القاضي أجدر بالاحتياط منه. فإن قيل: الرافعي رجح في الكلام على الرشوة جوازه وهنا عدمه. أجيب بأن ما هناك في المحتاج وما هنا في غيره. ولا يجوز عقد الإجارة على القضاء كما مر في بابها وأجرة الكاتب ولو كان القاضي وثمان الورق الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات وغيرهما من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال أو احتيج إليه إلى ما هو أهم فعلى من له العمل من مدع ومدعى عليه إن شاء كتابة ما جرى في خصومته، وإلا فلا يجبر على ذلك، لكن يعلمه القاضي له أنه إذا لم يكتب ما جرى فقد ينسى شهادة الشهود وحكم نفسه. وللإمام أن يأخذ من بيت المال لنفسه ما يليق به من خيل وغلمان ودار وأمتعة، ولا يلزمه الاقتصار على ما اقتصر عليه النبي ﷺ والخلفاء الراشدون والصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين لبعده العهد عن زمن النبوة التي كانت سبباً للنصر بالرعب في القلوب، فلو اقتصر اليوم على ذلك لم يطع وتعطلت الأمور. ويرزق الإمام أيضاً من بيت المال كل من كان عمله مصلحة عامة للمسلمين كالأمير والمفتي والمحتسب والمؤذن وإمام الصلاة ومعلم القرآن وغيره من العلوم الشرعية والقاسم والمقوم والمترجم وكاتب الصكوك، فإن لم يكن في بيت المال شيء لم يندب أن يعين قاسماً ولا كاتباً ولا مقوماً ولا مترجماً ولا مسمعاً ولا مزكياً، وذلك لثلاث يغالوا

وَيَتَّخِذُ دِرَّةً لِلتَّأْدِيبِ، وَسِجْنًا لِإِدَاءِ حَقِّ وَلْتَعْزِيرٍ. وَيُسْتَحَبُّ كَوْنُ مَجْلِسِهِ فَسِيحًا بَارِزًا مَصُونًا مِنْ أَدَى حَرٍّ وَبَرْدٍ لِاتِّقَاءِ بِالْوَقْتِ وَالْقَضَاءِ لِأَمْسَجِدًا.

بالأجرة. (ويتخذ درة) بكسر الدال المهملة وتشديد الراء، (للتأديب) اقتداءً بعمر رضي الله تعالى عنه.

تنبية: قد يفهم كلام المصنف أن القاضي لا يؤدي بالسوط؛ وليس مراداً، بل له ذلك إن أدى إليه اجتهاده.

فائدة: قال الشعبي: كانت درة عمر أهيب من سيف الحجاج. قال الدميري: وفي حفطي من شيخنا أنها كانت من نعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأنه ما ضرب بها أحداً على ذنب وعاد إليه.

(و) يتخذ (سجناً لأداء حق) الله تعالى أو الآدمي، (ولتعزير) لأن عمر رضي الله تعالى عنه اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجناً؛ رواه البيهقي وعبد الرازق في مصنفه. وفي البخاري: بأربعمائة^(١).

تنبية: لو امتنع مديون من أداء ما عليه تخير القاضي من بيع ماله بغير إذنه وبين سجنه لبيع ماله نفسه كما في الروضة في باب التفليس نقلاً عن الأصحاب. ولا يسجن والد بدين ولده في الأصح، ولا من استؤجرت عينه لعمل وتعذر عمله في السجن كما في فتاوى الغزالي، ونفقة المسجون في ماله وكذا أجرة السجن والسجان. ولو استشعر القاضي من المحبوس الفرار من حبسه فله نقله إلى حبس الجرائم كما في الروضة وأصلها عن ابن القاص. ولو سجن لحق رجل فجاء آخر وادعى عليه أخرجه الحاكم بغير إذن غريمه ثم رده والحبس لمعسر عذر في ترك الجمعة له. ويتخذ أعواناً ثقات. قال شريح الروياني: وأجرة العين على الطالب إن لم يمتنع خصمه من الحضور، فإن امتنع فالأجرة عليه لتعديبه بالامتناع.

(ويستحب كون مجلسه) أي القاضي (فسيحاً) لأن الضيق يتأذى منه الخصوم، (بارزاً) أي ظاهراً ليعرفه من أراد من مستوطن وغريب (مصوناً من أذى حر وبرد) بأن يكون في الصيف في مهب الريح وفي الشتاء في كن. ويكون مصوناً أيضاً من كل ما يؤدي من نحو الروائح والدخان والغبار. (لائقاً بالوقت) فيجلس في كل فصل من الصيف والشتاء وغيرهما بما يناسبه، فيجلس في الصيف في مهب الريح وفي الشتاء في كن؛ وهذا معلوم من قوله قبل: «مصوناً». ولو عبر بما قاله في المحرر، فإنه قال: «لائقاً بالوقت لا يتأذى فيه بالحر والبرد»، فجعل ذلك مثل اللائق لا صفة أخرى كان أولى. وزاد على المحرر قوله: (والقضاء) كأن يكون داراً (لا مسجد) فيكره اتخاذه مجلساً للحكم؛ لأن مجلس القاضي لا يخلو عن اللفظ وارتفاع الأصوات. وقد يحتاج لإحضار المجانين والصغار والحيض والكفار والدواب والمسجد يسان عن ذلك. وفي مسلم: أنه ﷺ حين سمع من يتشدد ضالته في المسجد قال: (إِنَّ الْمَسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهَذَا إِنَّمَا بُنِيَتْ لَهُ)^(٢) فإن اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة أو غيرها فلا بأس بفضلها، وعلى ذلك يحمل ما جاء عنه ﷺ وعن خلفائه في القضاء في المسجد. وكذا إذا احتاج للجلوس فيه لعذر من مطر ونحوه، فإن جلس فيه مع الكراهة أو دونها منع الخصوم من الخوض فيه بالمخاصمة والمشاتمة ونحوهما، بل يقعدون خارجة وينصب من يدخل عليه خصمين خصمين.

(١) أخرجه مسلم في كتاب: المساجد، باب: النهي عن الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناقد (الحديث: ١٢٦٠) (والحديث: ١٢٦١).

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: الأدب، باب: ما جاء فيمن دخل بيته ما يقول (الحديث: ٥٠٩٤) وأخرجه الترمذي في كتاب: الدعوات، باب: (٣٥) (الحديث: ٣٤٢٧) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الدعاء والتكبير والتسبيح والذكر (الحديث: ٥١٩/١).

وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْضِيَ فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَشَبَعٍ مُفْرَطَيْنِ، وَكُلُّ حَالٍ يَسُوءُ خُلُقَهُ فِيهِ. وَيُنْدَبُ أَنْ يُشَاوِرَ الْفُقَهَاءَ، وَأَنْ لَا يَشْتَرِيَ وَيَبِيعَ بِنَفْسِهِ.

وإقامة الحدود فيه أشد كراهة كما نصّ عليه، وقيل: يحرم إقامتها فيه كما جزم به ابن الصباغ؛ وهو محمول على ما إذا خيف تلويث المسجد من دم ونحوه.

تنبيه: من الآداب أن يجلس على مرتفع كدكة ليسهل عليه النظر إلى الناس وعليهم المطالبة. وأن يتميز عن غيره بفراش ووسادة وإن كان مشهوراً بالزهد والتواضع ليعرفه الناس وليكون أهيب للخصوم وأرفق به فلا يمل. وأن يستقبل القبلة لأنها أشرف المجالس كما رواه الحاكم وصححه. وأن لا يتكلم بغير عذر. وأن يدعو عقب جلوسه بالتوفيق والتسديد، والأولى ما روته أم سلمة أن النبي ﷺ كان إذا خرج من بيته قال: «بِسْمِ اللَّهِ، تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ، اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ أَنْ أَضِلَّ أَوْ أَضَلَّ أَوْ أَزِلَّ أَوْ أُزِلَّ أَوْ أَظْلِمَ أَوْ أُظْلَمَ أَوْ أَجْهَلَ أَوْ يُجْهَلَ عَلَيَّ»^(١) قال في الأذكار: حديث صحيح رواه أبو داود، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح؛ قال ابن وقاص: وسمعت أن الشعبي كان يقول إذا خرج إلى مجلس القضاء ويزيد فيه: «أَوْ أَهْتَدِي أَوْ يُهْتَدَى عَلَيَّ، اللَّهُمَّ أَعِنِّي بِالْعِلْمِ وَرَيْئِي بِالْجَلْمِ وَالزَّمَنِي التَّقْوَى حَتَّى لَا أَنْطِقَ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا أَقْضِيَ إِلَّا بِالْعَدْلِ»^(٢). وأن يأتي مجلس القضاء ركبياً، ويستعمل ما جرت به العادة من العمامة والطيلسان. ويندب أن يسلم على الناس يميناً وشمالاً.

(ويكره) له (أن يقضي في حال غضب وجوع وشبع مفراطين، و) في (كل حال يسوء خلقه فيه) كالمرض ومدافعة الأخبثين وشدة الحزن والسرور وغلبة النعاس، لخبر الصحيحين: «لَا يَخْكُمُ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانٌ»^(٣) رواه ابن ماجه بلفظ: «لَا يَقْضِي»^(٤) وفي صحيح أبي عوانة: «لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضْبَانٌ مَهْمُومٌ وَلَا مُصَابٌ، وَلَا يَقْضِي وَهُوَ جَائِعٌ»^(٥). وظاهر هذا أنه لا فرق بين المجتهد وغيره؛ وهو كذلك، وإن قال في المطلب: لو فرق بين ما للاجتهاد فيه مجال وغيره لم يبعد. ولا فرق بين أن يكون الغضب لله أو لغيره، وهو كذلك كما قال الأزرعي إنه هو الموافق لإطلاق الأحاديث وكلام الشافعي والجمهور، وإن استثنى الإمام والبخاري الغضب لله تعالى؛ لأن المقصود تشويش الفكر، وهو لا يختلف بذلك، نعم تنتفي الكراهة إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال. وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة، فإن قضى مع تغير خلقه نفذ قضاؤه لقصة الزبير المشهورة. ويكره أن يتخذ حاجباً حيث لا زحمة وقت الحكم لخبر: «مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئاً فَأَخْتَجَبَ حَاجِبَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^(٦) رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده. فإن لم يجلس للحاكم بأن كان في وقت خلواته أو كان ثم زحمة لم يكره نصبه، والبواب وهو من يقعد بالبواب للإحراز، ويدخل على القاضي للاستئذان

- (١) أخرجه أبو داود في كتاب: الأدب، باب: ما جاء فيمن دخل بيته ما يقول (الحديث: ٥٠٩٤) وأخرجه الترمذي في كتاب: الدعوات، باب (٣٥) (الحديث: ٣٤٢٧).
- (٢) أخرجه المنقح الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٣٧٧٦) و(الحديث: ٥٠٩٢) وذكره السيوطي في «جمع الجوامع» (الحديث: ٩٨٨٩).
- (٣) أخرجه البخاري في كتاب: الأحكام، باب: هل يقضي القاضي أو يقضي وهو غضبان (الحديث: ٧١٥٨) وأخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان (الحديث: ٤٤٦٥) و(الحديث: ٤٤٦٦).
- (٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: لا يحكم الحاكم وهو غضبان (الحديث: ٢٣١٦).
- (٥) ذكره الزبيدي في «إتحاف السادة المتقين» (الحديث: ١٤٧/١).
- (٦) أخرجه أبو داود في كتاب: الخراج، باب: فيما يلزم الإمام من أمر الرعيّة والمحبة عنه (الحديث: ٢٩٤٨) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الأحكام (الحديث: ٩٤/٤).

وَلَا يَكُونُ لَهُ وَكِيلٌ مَعْرُوفٌ؛ فَإِنْ أَهْدَىٰ إِلَيْهِ مَنْ لَهُ خُصُومَةٌ أَوْ لَمْ يُهْدَ قَبْلَ وَلَايَتِهِ حَرَمٌ قَبُولُهَا،

كالحاجب فيما ذكر. قال الماوردي: أما من وظيفته ترتيب الخصوم والإعلام بمنازل الناس؛ أي المسمى الآن بالنقيب، فلا بأس باتخاذها وصرح القاضي أبو الطيب وغيره باستحبابه.

(ويندب) عند الاختلاف وجوه النظر وتعارض الأدلة في حكم، (أن يشاور الفقهاء) لقوله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾^(١). قال الحسن البصري: كان النبي ﷺ مستغنياً عنها، ولكن أراد أن تصير سنة للحكام. أما الحكم المعلوم بنص أو إجماع أو قياس جلي فلا.

تنبيه: المراد بالفقهاء كما قاله جمع من الأصحاب الذين يقبل قولهم في الإفتاء فيدخل الأعمى والعبد والمرأة، ويخرج الفاسق والجاهل. وقال القاضي حسين: لا يشاور من دونه في العلم على الأصح؛ قال: وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة، وإلا فمستحبة اهـ. وقوله: «لا يشاور من دونه» فيه كما قال ابن شعبة نظر، فقد يكون عند المفضول في بعض المسائل ما ليس عند الفاضل؛ ويردّه أيضاً مشاورته ﷺ.

(و) يندب (أن لا يشتري، و) لا (يبيع بنفسه) لثلا يشتغل قلبه عما هو بصده؛ ولأنه قد يحابي فيميل قلبه إلى من يحاييه إذا وقع بينه وبين غيره حكومة، والمحابة فيها رشوة أو هدية وهي محرمة.

تنبيه: عطف هذين على قبلهما يفهم كونهما خلاف الأولى؛ لكن في الروضة وأصلها أنهما مكروهان، ومع ذلك فغيرهما من بقية المعاملات من إجارة وغيرها كالبيع والشراء، بل نص في الأم على أنه لا ينظر في نفقة عياله ولا أمر صنعته بل يكفله إلى غيره تفرغاً لقلبه. واستثنى الزركشي معاملة أبعاضه لانقضاء المعنى ولا ينفذ حكمه لهم؛ وما قاله لا يأتي مع التعليل الأول.

(و) يندب أن (لا يكون له وكيل معروف) كيلا يحابي أيضاً، فإن فعل ذلك كره. والمعاملة في مجلس حكمه أشد كراهة، فإن عرف وكيله استبدل غيره، فإن لم يجد وكيلاً عقد لنفسه للضرورة، فإن وقعت لمن عامله خصومة أناب ندباً غيره في فصلها خوف الميل إليه. (فإن أهدى إليه من له خصومة) في الحال عنده، سواء أكان ممن يُهْدَى إليه قبل الولاية أم لا، سواء أكان في محل ولايته أم لا؛ (أو لم) يكن له خصومة لكنه لم (يهد) له (قبل ولايته) القضاء ثم أهدى إليه بعض القضاء هدية، (حرم) عليه (قبولها) أما في الأولى فلخبر: «هَدَايَا الْعُمَّالِ غُلُولٌ»^(٢) رواه البيهقي بإسناد حسن، وزوي: «هَدَايَا الْعُمَّالِ سُخْتٌ»^(٣)، وزوي «هَدَايَا السُّلْطَانِ سُخْتٌ»^(٤) ولأنها تدعو إلى الميل إليه وينكسر بها قلب خصمه. وما وقع في الروضة من أنها لا تحرم في غير محل ولايته سببه خلل وقع في نسخ الرافعي السقيمة، وأما في الثانية فلأن سببها العمل ظاهراً؛ ولا يملكها في صورتين لو قبلها، ويردّها على مالکها، فإن تعذر وضعها في بيت المال. وقضية كلامهم أنه لو أرسلها إليه في محل ولايته ولم يدخل بها حرمت، وهو كذلك وإن ذكر فيها الماوردي وجهين.

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٥٩.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: لا يقبل منه هدية (الحديث: ١٣٨/١٠).

(٣) ذكره ابن عدي في «الضعفاء» (٢٨١/١) وذكره السهمي في «تاريخ جرجان» (٢٩٦).

(٤) ذكره الزبيدي في «إتحاف السادة المتقين» (١٦٢/٦) وذكره ابن عساكر في «مختصر تاريخ دمشق» (٣٩٨/٤) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٥٠٨٤) وذكره العدلوني في «كشف الخفاء» (٤٦٣/٢).

وَأِنْ كَانَ يُهْدِي وَلَا خُصُومَةً جَازَ بِقَدْرِ الْعَادَةِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُثِيبَ عَلَيْهَا.

تنبيه: يستثنى من ذلك هدية أبعاضه كما قال الأزرعي إذ لا ينفذ حكمه لهم.

(وإن كان يُهدي) إليه بضم أوله، قبل ولايته؛ (و) الحال أنه (لا خصومة) له، (جاز) قبولها إن كانت الهدية (بقدر العادة) السابقة ولاية القضاء في صفة الهدية وقدرها. ولو قال: «كالعادة» دخلت الصفة وذلك لخروجها حيثئذ عن سبب الولاية، فانتفت التهمة. (والأولى) إن قبلها (أن) يردها أو (يثيب عليها) أو يضعها في بيت المال؛ لأن ذلك أبعد عن التهمة، ولأنه ﷺ كان يقبلها ويثيب عليها^(١). أما إذا زادت على المعتاد فكما لو لم يعهد منه؛ كذا في أصل الروضة. وقضيته تحريم الجميع، لكن قال الروياني نقلاً عن المذهب: إن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها لدخولها في المألوف وإلا فلا. وفي الذخائر: ينبغي أن يقال إن لم تتميز الزيادة، أي بجنس أو قدر، حرم قبول الجميع، وإلا فالزيادة فقط، لأنها حدثت بالولاية؛ وصوِّبه الزركشي، وجعله الإسنوي القياس، وهو الظاهر. فإن زاد في المعنى كأن أهدى من عادته قطن حريراً، فقد قالوا يحرم أيضاً. لكن هل يبطل في الجمع أو يصح منها بقدر قيمة المعتاد؟ فيه نظر، واستظهر الإسنوي الأول، وهو ظاهر إن كان للزيادة وقع، وإلا فلا عبرة بها. والضيافة والهبة كالهدية، وكذا الصدقة كما قاله شيخنا. والزكاة كذلك كما قاله بعض المتأخرين إن لم يتعين الدافع إليه. والعارية إن كانت مما يقابل بأجرة حكمها كالهدية، وإلا فلا كما بحثه بعض المتأخرين.

تنبيه: قبول الرشوة حرام، وهي ما يبذل له ليحكم بغير الحق، أو ليمتنع من الحكم بالحق، وذلك لخبر: «لَعَنَ اللَّهُ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ فِي الْحُكْمِ»^(٢) رواه ابن حبان وغيره وصححوه؛ ولأن الحكم الذي يأخذ عليه المال إن كان بغير حق فأخذ المال في مقابلته حرام، أو بحق فلا يجوز توفيقه على المال إن كان له رزق في بيت المال. ورؤي: «إِنَّ الْقَاضِيَّ إِذَا أَخَذَ فَقَدْ أَكَلَ السُّحْتِ، وَإِذَا أَخَذَ الرِّشْوَةَ بَلَغَتْ بِهِ الْكُفْرَ»^(٣). واختلف في تأويله، فقيل: إذا أخذها مستحلاً، وقيل: أراد إن ذلك طريق وسبب موصل إليه كما قال بعض السلف: المعاصي بريء الكفر.

فروع: ليس للقاضي حضور وليمة أحد الخصمين حالة الخصومة، ولا حضور وليمتيهما ولو في غير محل الولاية لخوف الميل. وله تخصيص إجابة من اعتاد تخصيصه قبل الولاية، ويندب إجابة غير الخصمين إن عمم

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الهبة، باب: المكافأة في الهبة (الحديث: ٢٥٨٥) وأخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في قبول الهدايا (الحديث: ٣٥٣٦) وأخرجه الترمذي في كتاب: البر والصلة، باب: ما جاء في قبول الهدية والمكافأة عليها (الحديث: ١٩٥٣) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٩٠/٦) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الهبات، باب: المكافأة في الهبة (الحديث: ١٨٠/٦) وأخرجه البيهقي في «شرح السنة» (الحديث: ١٠٥/٦) وذكره التبريزي في «مشكاة المصابيح» (الحديث: ١٨٢٦) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ١٤٤٨١) وذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (٦/٢) و(١٢/٢) وذكره القرطبي في «تفسيره» (١٩٨/١٣) وذكره الخطيب البغدادي في «تاريخه» (٢٢٣/٤) وذكره ابن عدي في «الكامل في الضعفاء» (٦٩٧/٢).

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم (الحديث: ١٣٣٦) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٣٨٧/٢) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: الأحكام (الحديث: ١٠٣/٤) وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: القضاء، باب: الرشوة (الحديث: ٥٠٧٦) وأخرجه ابن الجارود في «المنتقى» (الحديث: ٥٨٥) وذكره الخطيب في «تاريخ بغداد» (٢٥٤/١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: التشديد في أخذ الرشوة وفي إعطائها على إبطال حق (الحديث: ١٣٩/١٠).

وَلَا يَنْفُذُ حُكْمُهُ لِنَفْسِهِ وَرَقِيقِهِ وَشَرِيكِهِ فِي الْمَشْتَرَكِ، وَكَذَا أَضْلُهُ وَفَرَعُهُ عَلَى الصَّحِيحِ؛

المولم النداء لها ولم يقطعه كثرة الولايم عن الحكم وإلا فيترك الجميع. ويكره له حضوره وليمة اتخذت له خاصة أو للأغنياء وأدعي فيهم، بخلاف ما لو اتخذت للجيران أو للعلماء وهو فيهم. ولا يضيف أحد الخصمين دون الآخر. ولا يلحق فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم، إذ ليس لهم أهلية الإلزام. وللقاضي أن يشفع لأحد الخصمين ويزن عنه ما عليه، لأنه ينفعهما. وأن يعود المرضي، ويشهد الجنائز، ويזור القادمين ولو كانوا متخاصمين؛ لأن ذلك قرينة. قال في أصل الروضة: فإن لم يمكنه التعميم أتى بممكن كل نوع وخص من عرفه وقرب منه. وفرقوا بينها وبين الولايم إذا كثرت بأن أظهر الأغراض فيها الثواب لا الإكرام، وفي الولايم العكس. وشهادة الزور من أكبر الكبائر، وإنما تثبت بإقرار الشاهد، أو يتيقن القاضي منه بأن شهد على رجل أنه زنى يوم كذا في بلد كذا وقد رآه القاضي ذلك اليوم في غيره فيعززه بما يراه ويشهره. ولا تكفي إقامة البيينة بأنه شهد زوراً لاحتمال زورها، وإنما يتصور إقامتها بالإقرار به.

ثم شرع في موانع حكم القاضي بقوله: (ولا ينفذ حكمه لنفسه) لأنه من خصائصه ﷺ. نعم يجوز له تعزيز من أساء الأدب عليه فيما يتعلق بأحكامه كقوله: «حكمت بالجور» ونحو ذلك، واستثنى البلقيني صوراً تتضمن حكمه فيها لنفسه وينفذ؛ الأولى: أن يحكم لمجوره بالوصية على الأصح في أصل الروضة، وأن يضمن استيلاء على المال المحكوم به وتصرفه فيه؛ وفي معناه حكمه على من في جهته مال لوقف تحت نظره بطريق الحكم. الثانية: الأوقاف التي شرط النظر فيها للحاكم أو صار فيها النظر إليه بطريق العموم، لانقراض ناظرها الخاص له الحكم بصحتها وموجبها وإن تضمن الحكم لنفسه في الاستيلاء أو التصرف. الثالثة: للإمام الحكم بانتقال ملك إلى بيت المال وإن كان فيه استيلاءه عليه بجهة الإمامة، وللقاضي الحكم به أيضاً وإن كان يصرف إليه من جامعيته ونحوها.

(و) لا (رقيقه) بالجر؛ أي لا يحكم له في تعزيز أو قصاص أو مال للتهمة. واستثنى البلقيني منه أيضاً صوراً؛ أولاً: حكمه لرقيقه بجنابة عليه قبل رقه بأن جنى ملتزم على ذمي ثم نقض المجني عليه العهد والتحق بدار الحرب واسترق؛ قال: ولم أر من تعرض لذلك؛ قال: ويوقف المال إلى عتقه، فإن مات رقيقاً فلا يظهر أنه في ثانیها: العبد الموصى بإعتاقه الخارج من الثلث إذا قلنا إن كسبه له دون الوارث وكان الوارث حاكماً فله الحكم بطريقه. ثالثاً: العبد المنذور إعتاقه.

(و) لا (شريكه) يحكم له (في) المال (المشترط) بينهما للتهمة. قال البلقيني: ويستثنى من ذلك ما إذا حكم بشاهد ويمين الشريك فإنه يجوز؛ لأن المنصوص أنه لا يشاركه في هذه الصورة؛ قال: ولم أر من تعرض لذلك. (وكذا أصله وفرعه) لا ينفذ حكمه لكل منهم (على الصحيح) لأنهم أبعاضه فيشبه قضاؤه لهم قضاءه لنفسه، ورقيق أصله وفرعه كأصله وفرعه ورقيق أحدهما في المشترك كذلك. والثاني: ينفذ حكمه لهم بالبيينة؛ لأن القاضي أسير البيينة فلا تظهر منه تهمة. ويؤخذ من ذلك أن محل الخلاف عند إقامة البيينة أما قضاؤه بالعلم فلا ينفذ قطعاً. واحترز بالحكم لمن ذكر عن الحكم عليهم فإنه ينفذ عليهم. قال الماوردي: ولو حكم على نفسه وأخذناه به هل هو إقرار أو حكم؟ وجهان، أو جههما كما قال شيخنا الثاني. ولو حكم لولده على ولده أو لأصله على فرعه أو عكسه لم يصح كما يؤخذ مما مر. وهل يجوز للابن أن ينفذ حكم أبيه؟ وجهان حكاهما شريح الروياني، قال: وقيل يجوز قولاً واحداً؛ لأن لا تهمة فيه اهـ. ويظهر الجواز لما ذكر. وفي جواز حكمه

وَيَحْكُمُ لَهُ وَرَهْؤُلَاءِ الْإِمَامُ أَوْ قَاضٍ آخَرَ، وَكَذًا نَائِبُهُ عَلَى الصَّحِيحِ. وَإِذَا أَقْرَأَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَوْ نَكَلَ فَحَلَفَ الْمُدْعَى وَسَأَلَ الْقَاضِي أَنْ يُشْهَدَ عَلَى إِقْرَارِهِ عِنْدَهُ أَوْ يَمِينِهِ، أَوْ الْحُكْمَ بِمَا ثَبَتَ وَالْإِشْهَادَ بِهِ لَزْمَهُ،

بشهادة ابن له لم يعدله شاهدان وجهان، أحدهما: نعم؛ لأن المقصود الخصم لا الشاهد. والثاني: لا؛ قال ابن الرفعة: وهو الأرجح في البحر وغيره لأنه لا يتضمن تعديله، فإن عدله شاهدان حكم بشهادته. وكتبه في ذلك سائر أبعاضه.

(ويحكم له) أي القاضي (ولهؤلاء) المذكورين معه حيث لكل منهم خصومة (الإمام أو قاض آخر) مستقل، سواء أكان معه في بلده أم في بلدة أخرى لانتفاء التهمة. (وكذا نائبه) يحكم له (على الصحيح) كبقية الحكم. والثاني: لا، للتهمة.

تنبيه: قد يوهم اقتصار المصنف على منع الحكم لمن ذكر جوازه على العدو؛ وهو وجه اختار الماوردي، والمشهور في المذهب أنه لا يجوز حكمه عليه، ويجوز أن يحكم له.

(وإذا أقر المدعى عليه) عند القاضي بالمدعى به، (أو نكل) عن اليمين بعد عرضها عليها، (فحلف المدعي) اليمين المردودة أو أقام بيته، (وسأل القاضي أن يشهد على إقراره عنده) في صورة الإقرار، (أو على يمينه) في صورة النكول، أو على ما قامت به البيته، (أو) سأل (الحكم بما ثبت) عنده، (و) سأل أيضاً (الإشهاد به لزمه) إجابته؛ لأنه قد ينكر بعد ذلك فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه إن قلنا لا يقضى بعلمه، وإن قلنا يقضى به فربما نسي أو انعزل فلا يقبل قوله فيضيع الحق. ولو أقام المدعى عليه بيته بما ادعاه وسأله الإشهاد عليه لزمه أيضاً؛ لأن الإشهاد أيضاً يتضمن تعديل البيته وإثبات حقه. ولو حلف المدعى عليه وسأل القاضي الإشهاد بإحلافه ليكون حجة له فلا يطالبه مرة أخرى لزمه إجابته.

تنبيه: كلامه يقتضي أنه لا يجب الحكم قبل أن يسأله المدعي؛ وهو كذلك، قال في الروضة في باب القضاء على الغائب: لا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بسؤال المدعي على الأصح. نعم إن كان الحكم لمن لا يعبر عن نفسه لصغر أو جنون وهو وليه فيظهر كما قال الأذرعى الجزم بأنه لا يتوقف على سؤال أحد. ولم يبين المصنف صيغة الحكم اللازم، وصيغته قوله: «حكمت على فلان لفلان بكذا»، أو «قضيت بكذا»، أو «نفذت الحكم به»، أو «ألزمت الخصم به» أو نحو ذلك، كـ «أمضيته» أو «أجزته» بخلاف قوله: «ثبت عندي»، أو «صح»، أو «وضع لدي» أو «سمعت البيته»، أو «قبلتها»، فإنه لم يكن حكماً، وكذا ما يكتب على ظهر الكتب الحكمية وهو الصحيح، وورد هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله وألزمت العمل بموجبه. ولا بد في الحكم من تعيين ما يحكم به ومن يحكم له، لكن قد يُبْتَلَى القاضي بظالم يريد ما لا يجوز ويحتاج إلى ملاينته فرخص في رفعه بما يخيل إليه أنه أسعفه بمراده؛ مثاله: أقام الخارج بيته والداخل بيته والقاضي يعلم بفسق بيته الداخل ولكنه يحتاج إلى ملاينته، وطلب هو الحكم بناء على ترجيح بيته، فيكتب: «حكمت بما هو مقتضى الشرع في معارضته بيته فلان الداخل وفلان الخارج وقررت المحكوم به في يد المحكوم له وسلطته عليه ومكنته من التصرف».

ولما فرغ المصنف مما تجب فيه إجابة القاضي للمدعي شرع فيما يسن له فيه الإجابة، وذكر ذلك في

قوله:

أَوْ أَنْ يَكْتُبَ لَهُ مَحْضَرًا بِمَا جَرَى مِنْ غَيْرِ حُكْمٍ أَوْ سِجَالًا بِمَا حَكَمَ اسْتُجِيبَ إِجَابَتُهُ، وَقِيلَ:

(أو) سأل المدعي القاضي (أن يكتب له) في قرطاس أحضره من عنده أو من بيت المال (محضراً بما جرى من غير حكم، أو) يكتب له (سجلاً بما حكم) به، (استحب) للقاضي (إجابته) في الأصح لأنه مذكور. (وقيل تجب) كالإشهاد. وفرق الأول بأن الكتابة لا تثبت حقاً بخلاف الإشهاد، وسواء في ذلك الديون المؤجلة والوقوف وغيرها. نعم إن تعلقت الحكومة بصبي أو مجنون له أو عليه وجب التسجيل على ما نقل عن الزبيلي وشريح الروياني وغيره. وكالمدعي في استحباب الإجابة المدعى عليه كما في الروضة كأصلها.

تبييه: اعلم أن لألفاظ الحكم المتداولة في التسجيلات مراتب، أداها الثبوت المجرد، وهو أنواع: ثبوت اعتراف المتبايعين مثلاً بجريان البيع، وثبوت ما قامت به البينة من ذلك، وثبوت نفس الجريان. وهذا كله ليس بحكم كما صححاه في باب القضاء على الغائب ونقله في البحر عن نص الأم وأكثر الأصحاب؛ لأنه إنما يراد به صحة الدعوى وقبول الشهادة، فهو بمثابة: سَمِعْتُ البينة وَقَبِلْتُهَا، ولا إلزام في ذلك، والحكم إلزام. وأعلها الثبوت من الحكم؛ والحكم أنواع ستة: الحكم بصحة البيع مثلاً، والحكم بموجبه، والحكم بموجب ما ثبت عنده، والحكم بموجب ما قامت به البينة عنده، والحكم بموجب ما أشهد به على نفسه، والحكم بثبوت ما شهدت به البينة؛ وأدنى هذه الأنواع هذا السادس، وهو الحكم بثبوت ما شهدت به البينة لأنه لا يزيد على أن يكون حكماً بتعديل البينة، وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النظر فيها وجواز النقل في البلد، وأعلها الحكم بالصحة أو بالموجب، أعني الأولين. وأما هذان فلا يطلق القول بأن أحدهما أعلى من الآخر، بل يختلف ذلك باختلاف الأشياء، ففي شيء يكون الحكم بالصحة أعلى من الحكم بالموجب، وفي شيء يكون الأمر بالعكس؛ فإذا كانت مختلفة فيها وحكم بها من يراها كان حكمه بها أعلى من حكمه بالموجب. مثاله بيع المدبر مختلف في صحته، فالشافعي يرى صحته، والحنفي يرى فساده؛ فإذا حكم بصحته شافعي كان حكمه بها أعلى من حكمه بموجب البيع؛ لأن حكمه في الأول حكم المختلف فيه قصداً، وفي الثاني يكون حكمه بها ضمناً، لأنه في الثاني إنما حكم قصداً بترتب أثر البيع عليه، واستتبع هذا الحكم بالصحة، لأن أثر الشيء إنما يترتب عليه إذا كان صحيحاً. ومثل هذا تعليق طلاق المرأة على نكاحها، فالشافعي يرى بطلانه والمالكي يرى صحته؛ فلو حكم بصحته مالكي صح، واستتبع حكمه به الحكم بوقوع الطلاق إذا وجد السبب، وهو النكاح، بخلاف ما لو حكم بموجب التعليق المذكور فإنه يكون حكمه متوجهاً إلى وقوع الطلاق قصداً لا ضمناً فيكون لغواً؛ لأن الوقوع لم يوجد، فهو حكم بالشيء قبل وجوده، فلا يمنع الشافعي أن يحكم بعد النكاح ببقاء العصمة وعدم وقوع الطلاق. وإذا كان الشيء متفقاً على صحته والخلاف في غيرها كان الأمر بالعكس؛ أي يكون الحكم بالموجب فيه أعلى من الحكم بالصحة، مثاله التدبير متفق على صحته، فإذا حكم الحنفي بصحته لا يكون حكمه مانعاً للشافعي من الحكم بصحة بيعه، بخلاف ما لو حكم الحنفي بموجب التدبير، فإن حكمه بذلك يكون حكماً ببطلان بيعه، فهو مانع من حكم الشافعي بصحة بيعه، بخلاف ما لو حكم الحنفي بموجب التدبير، فإن حكمه بذلك يكون حكماً ببطلان بيعه، فهو مانع من حكم الشافعي بصحة بيعه. وهل يكون حكم الشافعي بموجب التدبير حكماً بصحة بيعه حتى لا يحكم الحنفي بفساده؟ الظاهر كما قال الأشموني لا؛ لأن جواز بيعه ليس من موجب التدبير، بل التدبير ليس مانعاً منه ولا مقتضياً له. نعم جواز بيعه من موجبات الملك، فلو حكم شافعي بموجب الملك أن يكون مانعاً للحنفي من الحكم ببطلان بيعه؛ لأن الشافعي حينئذ قد حكم بصحة البيع ضمناً. ومثل التدبير بيع الدار المتفق على صحته لو اختلف فيه؛ إذا حكم الشافعي بصحته كان حكمه مانعاً

تَجِبُ. وَيُسْتَحَبُّ نُسَخَتَانِ: إِحْدَاهُمَا لَهُ، وَالْأُخْرَى تُحْفَظُ فِي دِيْوَانِ الْحُكْمِ. وَإِذَا حَكَمَ بِأَجْتِهَادِهِ
ثُمَّ بَانَ خِلَافٌ

للحنفي من الحكم بشفعة الجوار، وإن حكم بموجب البيع كان حكمه به مانعاً للحنفي من ذلك. ولو حكم شافعي بصحة إجارة لا يكون حكمه مانعاً للحنفي من الحكم بفسخها بموت أحد المتأجرين، وإن حكم الشافعي فيها بالموجب فالظاهر خلافاً لبعضهم أن حكمه يكون مانعاً للحنفي من الحكم بالفسخ بعد الموت؛ لأن حكم الشافعي بالموجب قد يتناول الحكم بانسحاب بقاء الإجارة ضمناً. فإن قيل: حكم الشافعي ببقاء الإجارة بعد الموت حكم بالموت قبل وجوده فيكون باطلاً كما مر في حكم المالكي بموجب التعليق. أجب بأن الحكم ببقاء الإجارة حكم وقع ضمناً؛ لأن موجب الإجارة لم ينحصر فيه، وحكم المالكي بموجب التعليق وقع بوقوع الطلاق قصداً لانحصار موجب التعليق فيه، وهم يفترون في الضمنيات ما لا يفترون في القصدات؛ قال الأشموني: هذا ما ظهر لي. وقد بان لك أن الحكم بالصحة يستلزم الحكم بالموجب وعكسه، وهذا غالب لا دائم فقد يتجرد كل منهما عن الآخر، مثال تجرد الصحة البيع بشرط الخيار فإنه صحيح ولم يترتب عليه أثره فيحكم فيه بالصحة ولا يحكم فيه بالموجب، ومثال تجرد الموجب الخلع والكتابة على نحو خمر فإنهما فاسدان وترتب عليهما أثرهما من البيونة والعنق ولزوم مهر المثل والقيمة فيحكم فيهما بالموجب دون الصحة، وكذا الربا والسرقة ونحوهما يحكم فيه بالموجب دون الصحة. ويتوقف الحكم بموجب البيع مثلاً كما أوضحته على ثبوت ملك المالك وحيازته وأهليته وصحة صيغته في مذهب الحاكم. وقال ابن قاسم أخذاً من كلام ابن شهبه: والفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب أن الحكم بالموجب يستدعي صحة الصيغة وأهلية التصرف، والحكم بالصحة يستدعي ذلك وكون التصرف صادراً في محله وفائدته في الأثر المختلف فيه، فلو وقف على نفسه وحكم بموجب حاكم كان حكماً منه بأن الواقف من أهل التصرف، وصيغة وقفه على نفسه صحيحة حتى لا يحكم ببطانها من يرى الإبطال، وليس حكماً بصحة وقفه لتوقفه على كونه مالكاً لما وقفه حين وقفه ولم يثبت ذلك. ويسن للقاضي إذا أراد الحكم أن يعلم الخصم بأن الحكم موجب عليه وله الحكم على ميت بإقراره حياً في أحد وجهين رجحه الأذرع.

(ويستحب) للقاضي (نسختان) بما وقع بين الخصمين وإن لم يطالبا بذلك. (إحدهما) تعطى (له) أي صاحب الحق غير مختومة لينظر فيها ويعرضها على الشهود لثلاثين يوماً. (و) النسخة (الأخرى تحفظ في ديوان الحكم) مختومة مكتوباً على رأسها اسم الخصمين ويضعها في جرز له لا لأنه طريق للتذكر؛ وإنما تعددت لأنها لو كانت واحدة ودفعتها للمحكوم عليه لم يؤمن من ضياعها. وما يجتمع عند الحاكم يُضَمُّ بعضه إلى بعض ويكتب عليه محاضر كذا في شهر كذا، وإذا احتاج إليه تولى أخذه بنفسه ونظر أولاً إلى ختمه وعلامته.

تنبيه: ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وقد يقتصر على الكتاب والسنة، ويقال: الإجماع يصدر عن أحدهما، والقياس يرد إلى أحدهما. وليس قول الصحابي إن لم ينتشر في الصحابة حجة؛ لأنه غير معصوم عن الخطأ، لكن يرجح به أحد القياسين على الآخر، وإذا كان ليس بحجة فاختلاف الصحابة في شيء كاختلاف سائر المجتهدين. فإن انتشر قول الصحابي في الصحابة ووافقوه فإجماع حرّ في حقه، فلا يجوز له مخالفة الإجماع، فإن سكتوا فحجة إن انقضوا وإلا فلا، لاحتمال أن يخالفوه لأمر عرض لهم. قالوا: والحق مع أحد المجتهدين في الفروع، قال صاحب الأنوار: وفي الأصول. والآخر مخطيء مأجور لقصده.

(وإذا) تقرر ذلك ثم (حكم) قاض (باجتهاده) وهو من أهله وإن لم يطلب الخصم، (ثم بان) حكمه (خلاف

نَصُّ الْكِتَابِ أَوْ السُّنَّةِ أَوْ الْإِجْمَاعِ أَوْ قِيَاسِ جَلِيٍّ نَقَضَهُ هُوَ وَعَیْرُهُ،

نص الكتاب، أو السنة المتواترة، أو الآحاد (أو) خلاف (الإجماع، أو قياس جلي) وهو ما قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع، أو يبعد تأثيره كقياس الضرب على التأفيف للوالدين في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُمَّةٌ﴾^(١) وما فوق الذرة بها في قوله: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾^(٢)؛ وكذا ما قطع فيه بالمساواة، وإن لم يكن أولى كقياس الأمة على العبد في السراية وغير السمن من المائعات عليه في حكم وقوع الفأرة. قال الرافعي: وربما خص بعضهم اسم الجلي بما كان الفرع فيه أولى بحكم الأصل، وسمى ما كان مساوياً واضحاً.

(نقضه هو) أي يلزمه لك، وإن لم يرفع إليه كما صرح به الماوردي والإمام والغزالي وغيرهم فيتبع أحكامه لنقضها. (و) نقضه (غيره) أيضاً، وإن لم يجز له تتبع أحكام غيره في أحد وجهين صححه الفارقي وعزاه الماوردي إلى جمهور البصريين. فأما النقض لمخالفة الإجماع فبالإجماع والباقي في معناه، فقد قال ﷺ: «مَنْ أُخِذَتْ فِي أَمْرِنَا هَذَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ»^(٣). وكان عمر رضي الله تعالى عنه يفاضل بين الأصابع في الدية لتفاوت منافعها^(٤) حتى روى له الخبر في التسوية فنقض حكمه؛ رواه الخطابي في المعالم. وقضى عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه فيمن ردّ عبداً ببيع أنه يرد معه خراجه، فأخبره عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها «أن النبي ﷺ قضى أن الخراج بالضمان»^(٥) فرجع، وقضى بأخذ الخراج من الذي أخذه؛ رواه الشافعي في مسنده. ونقض علي رضي الله تعالى عنه قضاء شريح في ابني عم أحدهما أخ لأم بأن المال للأخ^(٦) متمسكاً بقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(٧) فقال له علي: قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَهِيَ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ﴾^(٨). قال الزركشي: وفي معنى قول المصنف باجتهاده ما إذا كان مقلداً ولي للضرورة، وحكم بخلاف نص إمامه مقلداً لوجه ضعيف، فإنهم جعلوا نص إمامه بالنسبة إليه كنص الشارع بالنسبة إلى المجتهد كما قاله في الروضة في الكلام على الفتوى؛ قال: ويجب نقضه، ولا شك في نقض ما صدر من مقلد غير متبحر بخلاف المعتمد عند أهل المذهب، ولو حكم بغير مذهب من قلده لم ينقض بناءً على أن للمقلد تقليد من شاء.

(١) سورة الإسراء، الآية: ٢٣.

(٢) سورة الزلزلة، الآية: ٧.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحو على صلح جوز فهو مردود (الحديث: ٢٦٩٧) وأخرجه مسلم في كتاب: الأقضية، باب: نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (الحديث: ٤٤٦٧) وأخرجه أبو داود في كتاب: السنة، باب: في لزوم السنة، (الحديث: ٤٦٠٦) وأخرجه ابن ماجه في المقدمة، باب: تعظيم حديث رسول الله ﷺ والتغليظ على من عارضه (الحديث: ١٤) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٧٣/٦) و(الحديث: ٢٤٠/٦) وأخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده (الحديث: ١٤٢٢) وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: المقدمة، باب: الاعتصام بالسنة (الحديث: ٢٦) و(الحديث: ٢٧) وأخرجه أبو عوانة في «صحيحه» (الحديث: ١٨/٤) و(الحديث: ١٩/٤) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: من اجتهد ثم رأى أن اجتهاده خالف نصاً أو إجماعاً أو ما في معناه رده على نفسه وعلى غيره (الحديث: ١١٩/١٠) وأخرجه البغوي في «شرح السنة» (الحديث: ١٠٣) وأخرجه الدارقطني في كتاب: الأقضية والأحكام (الحديث: ٢٢٤/٤ - ٢٢٥).

(٤) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الديات، باب: الأصابع كلها سواء (الحديث: ٩٣/٨).

(٥) أخرجه الإمام الشافعي في مسنده (الحديث: ١٨٩).

(٦) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الفرائض، باب: ميراث ابني عم أحدهما زوج والآخ أخ لأم (الحديث: ٢٣٩/٦).

(٧) سورة الأنفال، الآية: ٧٥ وسورة الأحزاب، الآية: ٦.

(٨) سورة النساء، الآية: ١٢.

لَا خَفِيٍّ.

وَالْقَضَاءُ يَنْفُذُ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا.

تنبيه: صيغة النقض: «نقضته» و «فسخته» أو نحو ذلك ك «أبطلته». ولو قال: «هذا باطل» أو «ليس بصحيح» فوجهان، وينبغي أن يكون نقضاً. وفي تعبيرهم بنقض وانتقض مسامحة، إذ المراد أن الحكم لم يصح من أصله؛ نَبَهَ عليه ابن عبد السلام. وعلى القاضي إعلام الخصمين بصورة الحال؛ قال الماوردي: ويجب على القاضي أن يسجل بالنقض كما سجل بالحكم ليكون التسجيل الثاني مبطلاً للأول كما صار الثاني ناقضاً للحكم الأول، فإن لم يكن قد سجل بالحكم لم يلزمه الإسجال بالنقض، وإن كان الإسجال به أولى.

وقوله (لا) إن بان خلاف قياس (خفي) تصريح بمفهوم جلي. وأراد بالخفي ما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعد، كقياس الأرز على البر في باب الربا بعلة الطعم، فلا ينقض الحكم المخالف له؛ لأن الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم ولشق الأمر على الناس. ومشهور عن عمر رضي الله تعالى عنه حكم بحرمان الأخ الشقيق في المشتركة ثم شرك بعد ذلك ولم ينقض قضاءه الأول، وقال: ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي. ولو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، ومدة العدة، وبنفي خيار المجلس، وبنفي بيع العرايا، وبمنع القصاص في القتل بمقتل، وبصحة بيع أم الولد، ونكاح الشغار، ونكاح المتعة، وحرمة الرضاع بعد حولين أو نحو ذلك كقتل مسلم بذي، وجريان التوارث بين المسلم والكافر؛ نقض قضاؤه كالقضاء استحسان فاسد، وذلك لمخالفة القياس الجلي في جعل المفقود ميتاً مطلقاً أو حياً كذلك في الأولى، والحاكم المخالف جعله فيها ميتاً في النكاح دون المال، ولمخالفة القياس الجلي في عصمة النفوس في الرابعة، ولظهور الأخبار في خلاف حكمه في البقية وبعدها عن التأويلات التي عنده. وهذا ما عليه الأكثر كما يعلم من كلام الرافعي هنا، واقتصر في كتاب الأمهات الأولاد على نقله عن الروياني نفسه عن الأصحاب، وصححه الروياني وكلام الروضة فيما عدا مسألة المفقود يميل إليه. والاستحسان الفاسد أن يستحسن شيء لأمر بهجس في النفس أو لعادة الناس من غير دليل أو على خلاف الدليل لأنه تحرم متابعتة، أما إذا استحسن الشيء لدليل يقوم عليه أو من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، فيجب متابعتة ولا ينقض. ولو قضى بصحة النكاح بلا ولي أو بشهادة من لا تقبل شهادته كفاسق لم ينقض حكمه كمعظم المسائل المختلف فيها.

تنبيه: هذا كله في الصالح للقضاء، أما من لم يصلح له فإن أحكامه تنقض وإن أصاب فيها لأنها صدرت ممن لا ينفذ حكمه. ويؤخذ من ذلك أنه لو ولّاه ذو شوكة بحيث ينفذ حكمه مع الجهل أو نحوه أنه لا ينقض ما أصاب فيه، وهو الظاهر كما جرى عليه ابن المقري.

(والقضاء) فيما باطن الأمر فيه بخلاف ظاهره، (ينفذ ظاهراً لا باطناً) لأننا مأمورون باتباع الظاهر، والله يتولى السرائر؛ فلا يحل هذا الحكم حراماً ولا عكسه. فلو حكم بشهادة شاهدين ظاهرهما العدالة لم يحصل بحكمه الحل باطناً، سواء المال وغيره، ولقوله ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْعَرَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضِ قَائِضِي لَهُ يَنْحَوِي مَا أَسْمَعُ مِنْهُ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَحِيهِ بِشَيْءٍ فَلَا يَأْخُذْهُ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»^(١) متفق

(١) أخرجه البخاري في كتاب: المظالم، باب: إثم من خاصم في باطل وهو يعلمه (الحديث: ٢٤٥٨) وأخرجه أيضاً في كتاب: الشهادات، باب: من أقام البيعة بعد اليمين (الحديث: ٢٦٨٠) وأيضاً في كتاب: الحيل، باب: (١٠) (الحديث: ٦٩٦٧) وفي كتاب: الأحكام، باب: موعظة الإمام للخصوم (الحديث: ٧١٦٩) وفي الكتاب نفسه، باب: القضاء في كثير المال وقليله (الحديث: ٧١٨٥) وأخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: الحكم بالظاهر واللحن بالحجة (الحديث: ٤٤٤٨).

وَلَا يَقْضِي بِخِلَافِ عِلْمِهِ بِالْإِجْمَاعِ؛ وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقْضِي بِعِلْمِهِ

عليه. فإذا كان المحكوم به نكاحاً لم يحل للمحكوم له الاستمتاع بها وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أكرهت فلا إثم عليها كما قاله. وحمله الإسني على ما إذا ربطت وإلا فالوطء لا يباح بالإكراه. وأجيب بأن محلّه إذا لم يتقدمه حكم بخلاف ما هنا. وفي حده بالوطء وجهان، أو جههما كما جزم به صاحب الأنوار وابن المقري عدم الحد؛ لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحه بالحكم، فيكون وطؤ موطأ في نكاح مختلف في صحته وذلك شبهة. وإذا تقرر أنه لا يجوز لها تمكينه وقصدها دفعته كالمصائل على البضع وإن أتى على نفسه. فإن قيل: فلعله ممن يرى الإباحة فكيف يسوغ دفعه وقتله؟ أجيب بأن المسوغ للدفع والموجب له انتهاك الفرج المحرم بغير طريق شرعي وإن كان الطالب لا إثم عليه، كما لو صال صبي أو مجنون على بضع امرأة فإنه لا يجوز لها دفعه بل يجب. وإن كان طلاقاً حل له وطؤها باطناً إن تمكن منه لكنه يكره لأنه يعرض نفسه للتهمة ويبقى التوارث بينهما للنفقة للحيلولة. ولو نكحت آخر فوطئها جاهلاً بالحال فشبّهة وتحرم على الأول حتى تنقضي العدة، أو عالماً أو نكحها أحد الشاهدين ووطئ. فكذا في الأشبه عند الشيخين. أما ما باطن الأمر فيه كظاهره بأن ترتب على أصل صادق فينفذ الحكم فيه باطناً أيضاً قطعاً إن كان في محل اتفاق المجتهدين وعلى الأصح عند البغوي وغيره إن كان في محل اختلافهم وإن كان لمن لا يعتقد لتتفق الكلمة ويتم الانتفاع، فلو حكم حنفي لشافعي بشفاعة الجوار أو بالإرث بالرحم حل له الأخذ به اعتباراً بعقيدة الحاكم؛ لأن ذلك مجتهد وفيه والاجتهاد إلى القاضي لا إلى غيره. ولو شهد شاهد بما يعتقد القاضي للشاهد كشافعي شهد عنه حنفي بشفاعة الجوار قبلت شهادته لذلك؛ قال الإسني: ولشهادته بذلك حالان، أحدهما: أن يشهد بنفس الجوار وهو جائز. ثانيهما: أن يشهد باستحقاق الأخذ بالشفاعة أو بشفاعة الجوار، وينبغي عدم جوازه لاعتقاده خلافه اهـ. وهذا لا يأتي مع تعليلهم المذكور.

(ولا يقضي) القاضي (بخلاف علمه بالإجماع) كما إذا شهد شاهد أن بزوجة بين اثنين وهو يعلم أن بينهما محرمة أو طلاقاً بائناً، فلا يقضي بالبينة في ذلك لأنه لو قضى به لكان قاطعاً ببطان حكمه والحكم بالباطل محرم.

تنبيه: اعترض على المصنف دعواه الإجماع بوجه حكاه الماوردي بأنه يحكم بالشهادة المخالفة لعلمه. وأجيب بأن لنا خلافاً في أن الأوجه هل تقدر في الإجماع بناءً على أن لازم المذهب هل هو مذهب أو لا، والراجح أنه ليس بمذهب فلا تقدر. وتعبير المصنف مشعر بأنه لو قضى بشهادة شاهدين لا يعلم صدقهما ولا كذبهما يكون قاضياً بخلاف علمه، فلا ينفذ قضاؤه؛ وليس مراداً بل هو نافذ جزماً، فلو عبر كالماوردي وغيره بـ «لا يقضي بما يعلم خلافه» كان أولى. وقوله: «ولا يقضي بخلاف علمه» يندرج فيه حكمه بخلاف عقيدته؛ قال البلقيني: وهذا يمكن أن يدعى فيه اتفاق العلماء؛ لأن الحكم إنما يبرم من حاكم بما يعتقد.

(والأظهر أنه يقضي بعلمه) ولو علمه قبل ولايته أو في غير محل ولايته. وسواء أكان في الواقعة بينة أم لا؛ لأنه إذا حكم بما يفيد الظن وهو الشاهدان أو شاهد ويمين فبالعلم أولى. وعلى هذا يقضي بعلمه في المال قطعاً، وكذا في الفصاص وحده القذف في الأظهر. والثاني: المنع لما فيه من التهمة. ورّد بأنه لو قال: «ثبت عندي وصح لديّ كذا» قبل قطعاً مع احتمال التهمة. وعلى الأول يُكره كما أشار إليه الشافعي في الأم؛ قال الربيع: كان الشافعي يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء. قال الماوردي: ولا بد أن يقول للمنكر

إِلَّا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى .

قد علمت أن له تمليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي؛ فإن ترك أحد هذين لم ينفذ. وشرط الشيخ عز الدين في القواعد كون الحاكم ظاهر التقوى والورع.

تبييه: شمل إطلاق المصنف جريان الخلاف في الجرح والتعديل؛ وهي طريقة ضعيفة والمشهور القطع بأنه يقضي فيه بالعلم، وقد جزم المصنف في الفصل الآتي: ولا يقضي بعلمه جزماً لأصله وفرعه وشريكه في المشترك وما المراد بالعلم الذي يقضي به اهـ. واليقين الذي لا يحتمل غيره أو غلبة الظن مطلقاً؟ والراجح الثاني كما يقتضيه كلام الرافعي، فمتى تحقق الحاكم طريقاً تسوغ الشهادة للشاهد جاز له الحكم بها كمشاهدة القرض والإبراء أو استصحاب حكمهما، ومشاهدة اليد والتصرف مدة طويلة بلا معارض، وكخبرة باطن المعسر ومن لا وارث له ونحو ذلك. ولا يكتفي في ذلك بمجرد الظنون وما يقع في القلوب بلا أسباب لم يشهد الشرع باعتبارها. هذا كله فيما علمه بالمشاهدة، أما ما علمه بالتواتر فهو أولى؛ لأن المحذور ثم التهمة، فإذا شاع الأمر زالت. واختار البلقيني التفصيل بين التواتر الظاهر لكل أحد كوجود بغداد فيقضي به قطعاً، وبين التواتر المختص فيتخرج على خلاف القضاء بالعلم. واستثنى البلقيني من القضاء بالعلم ما لو علم القاضي بالإبراء فذكره للمقر فقال: «أعرف صدور الإبراء منه، ومع ذلك فدينه باق عليّ»، فإن القاضي يقضي على المقر بما أقر به، وإن كان على خلاف ما علمه القاضي؛ لأن الخصم قد أقر بما يدفع علم القاضي. قال: ولم أر من تعرض لذلك وهو فقه واضح اهـ. ورَدَّ بأن هذا ليس بقضاء على خلاف العلم؛ لأن إقرار الخصم المتأخر عن الإبراء قد يرفع حكم الإبراء فصار العمل به لا بالبيينة ولا بالإقرار المتقدم. واستثنى من محل الخلاف بالقضاء بالعلم صور، أحدها: ما لو أقر في مجلس قضائه بشيء فله أن يقضي به قطعاً، لكنه قضاء بالإقرار لا بالعلم. ثانيها: لو علم الإمام استحقاق من طلب الزكاة جاز الدفع له. ثالثها: لو عاين القاضي اللوث كان له اعتماده، ولا يخرج على الخلاف في القضاء بالقضاء بالعلم. رابعها: أن يقرَّ عنده بالطلاق الثلاث، ثم يدعي زوجيتها. خامسها: أن يدعي أن فلاناً قتل أباه وهو يعلم أنه قتله غيره.

(إلا في حدود الله تعالى) كالزنا والسرقه والمحاربة والشرب، فلا يقضي بعلمه فيها لأنها تدرأ بالشبهات ويندب سترها، والتعزيرات المتعلقة بحق الله تعالى كالحدود المتعلقة به تعالى كما قاله البلقيني. ويستثنى من ذلك ما إذا علم القاضي من مكلف أنه أسلم ثم أظهر الردة، فقد أفتى البلقيني بأن القاضي يقضي عليه بالإسلام بعلمه ويرتب عليه أحكامه. واستثنى أيضاً ما إذا اعترف في مجلس الحكم بما يوجب الحد ولم يرجع عن إقراره فإنه يقضي فيه بعلمه ولو اعترف سراً، لقوله ﷺ: «فَإِنْ اعْتَرَفْتَ فَأَزْجُمَهَا»^(١) ولم يقيده بأن يكون اعترافها

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الوكالة، باب: الوكالة في الحدود (الحديث: ٢٣١٤) و(الحديث: ٢٣١٥) وأخرجه أيضاً في كتاب: الحدود، باب: إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنا عند الحاكم والناس هل على الحاكم أن يبعث إليها (الحديث: ٦٨٤٢) و(الحديث: ٦٨٤٣) وأخرجه مسلم في كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (الحديث: ٤٤١٠) وأخرجه أبو داود في كتاب: الحدود، باب: في المرأة التي أمر النبي ﷺ برجمها من جهينة (الحديث: ٤٤٤٥) وأخرجه الترمذي في كتاب: الحدود، باب: ما جاء في الرجم على الثيب (الحديث: ١٤٣٣) وأخرجه النسائي في كتاب: آداب القضاة، باب: صون النساء عن مجلس الحكم (الحديث: ٥٤٢٥) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الحدود، باب: حد الزنا (الحديث: ٢٥٤٩) وأخرجه الدارمي في كتاب: الحدود، باب: الاعتراف بالزنا (الحديث: ١٧٧/٢) وأخرجه البيهقي في كتاب: الحدود، باب: ما يستدل على شرائط الاحصان (الحديث: ٢١٣/٨).

وَلَوْ رَأَى وَرَقَةً فِيهَا حُكْمُهُ أَوْ شَهَادَتُهُ أَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّكَ حَكَمْتَ أَوْ شَهِدْتَ بِهِذَا لَمْ يَعْمَلْ بِهِ وَلَمْ يَشْهَدْ حَتَّى يَتَذَكَّرَ؛ وَفِيهِمَا وَجْهٌ فِي وَرَقَةٍ مَصُونَةٍ عِنْدَهُمَا، وَلَهُ الْحَلْفُ عَلَى اسْتِحْقَاقِ حَقِّ أَوْ آدَائِهِ أَعْتِمَاداً عَلَى خَطِّ مُورَثِهِ إِذَا وَثِقَ بِخَطِّهِ وَأَمَانَتِهِ؛ وَالصَّحِيحُ جَوَازُ رِوَايَةِ الْحَدِيثِ بِخَطِّ مَحْفُوظٍ عِنْدَهُ.

بحضور الناس. وخرج بحدود الله تعالى وتعزيراته حقوقه المالية فيقضي فيها بعلمه كما صرح به الدارمي، ولو قامت عنده بيعة بخلاف علمه امتنع عليه الحكم بشيء منها.

تنبيه: قال الأذري: وإذا نفذنا أحكام القاضي الفاسق للضرورة كما مر فينبغي أن لا ينفذ قضاؤه بعلمه بلا خلاف، إذ لا ضرورة إلى تنفيذ هذه الجزئية النادرة مع فسقه الظاهر وعدم قبول شهادته بذلك قطعاً.

(ولو رأى) قاضٍ أو شاهد (ورقة فيها حكمه أو شهادته) على إنسان بشيء، (أو شهد شاهدان أنك حكمت أو شهدت بهذا لم يعمل) القاضي (به) أي بمضمون خطه، (ولم يشهد) أي الشاهد بمضمون خطه، (حتى يتذكر) كل منهما أنه حكم أو شهد به على التفصيل، لإمكان التزوير وتشابه الخطوط في الحالة الأولى، وأما الثانية فلأن القاعدة إذا أمكن اليقين لا يعتمد الظن، ولا يكفي تذكر أصل القضية.

تنبيه: أفهم قوله لم يعمل به جواز العمل به لغيره، وهو كذلك في الحالة الثانية، فإذا شهد غيره عنه بأن فلاناً حكم بكذا اعتمده. والفرق أن جهله بفعله نفسه لما كان بعيداً قدح في صدق الشهود وأفهم العمل به عند التذكر، وهو ظاهر.

(وفيهما) أي العمل والشهادة، (وجه في ورقة مصونة) من سجل ويحضر (عندهما) أي القاضي والشاهد أنه يجوز الاعتماد عليه إذا وثق بخطه ولم يداخله ريبه لبعد التحريف في مثل ذلك؛ والأصح الأول لاحتماله. (وله) أي الشخص (الحلف على استحقاق حق) له على غيره (أو) على (آدائه) لغيره، (اعتماداً على خط مورثه) أن له على فلان كذا أو عليه له كذا، (إذا وثق بخطه وأمانته) اعتضاداً بالقرينة. واحتج ابن دقيق العيد لجواز اليمين على غلبة الظن بحلف عمر رضي الله تعالى عنه بحضرة النبي ﷺ أن ابن صياد هو الدجال ولم ينكر عليه^(١)؛ وسيأتي في الدعاوى جواز الحلف على البت بظن مؤكد يعتمد خطه أو خط أبيه. وفرقوا بين ذلك وبين القضاء والشهادة بأنهما يتعلقان بغير القاضي والشاهد بخلاف الحلف، فإنه يتعلق بنفس الحالف، ويباح بغالب الظن. وضبط القفال الوثوق بخط الأب كما نقله الشيخان وأقره بكونه بحيث لو وجد في التذكرة لفلان على كذا لم يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به بل يؤديه من التركة.

تنبيه: قوله: «مورثه» ليس بقيد، بل خط مكاتبه الذي مات في أثناء الكتابة، وخط مأذونه القين بعد موته، وخط معاملة في القراض وشريكه في التجارة كذلك عملاً بالظن المؤكد، وكذا الخط ليس بقيد، بل الإخبار من عدل مثله؛ نبه عليه الزركشي.

(والصحيح جواز رواية الحديث بخط محفوظ عنده) وإن لم يتذكره لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً؛ وسواء أكان بخطه أم بخط غيره. والثاني: المنع كالشهادة. وفرق الأول بأنه قد يتساهل في الرواية بخلاف الشهادة لأنها تقبل من العبد والمرأة، ومن الفرع مع حضور الأصل بخلاف الشهادة؛ ولأن الراوي يقول حدثني فلان عن فلان

(١) ذكره النووي في شرح مسلم في كتاب: الفتن، باب: ذكر ابن صياد (١٨/٢٥٤).

٣ - فصل: في التسوية بين الخصمين

لَيْسُو بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولِ عَلَيْهِ، وَقِيَامِ لَهُمَا، وَأَسْتِمَاعِ، وَطَلَاقَةِ وَجْهِ، وَجَوَابِ سَلَامٍ وَمَجْلِسِ؛ وَالْأَصْحَحُ رَفْعُ مُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّي فِيهِ،

أنه يروي كذا، ولا يقول الشاهد حدثني فلان أنه يشهد بكذا. ويجوز للشخص أن يروي بإجازة أرسلها إليه المحدث بخطه إن عرف هو خطه اعتماداً على الخط، فيقول: «أخبرني فلان كتابة» أو في «كتابة» أو «كتب إليّ بكذا»، ويصح أن يروي عنه بقوله: «أجزتكَ مَرْوِيَّاتِي أو نحوها كسموعاتي»، بل لو قال: «أجزت المسلمين أو من أدرك زماني أو نحو ذلك ككل أحد» صح، ولا يصح بقوله: «أجزت أحد هؤلاء الثلاثة مثلاً مروياتي ونحوها» أو «أجزتكَ أحد هذه الكتب» للجهل بالمجاز له في الأولى وبالمجاز في الثانية، ولا بقوله: «أجزت من سيولد بمروياتي» مثلاً لعدم المجاز له. وتصح الإجازة لغير المميز، وتكفي الرواية بكتابة ونية إجازة كما تكفي مع القراءة عليه مع سكوته؛ وإذا كتب الإجازة استحَبَّ أن يتلفظ بها.

فصل: في التسوية بين الخصمين وما يتبعها: (ليسو) القاضي حتماً على الصحيح (بين الخصمين في دخول عليه) فلا يدخل أحدهما قبل الآخر، بل يأذن لهما في الدخول.

تنبيه: الخضم - بفتح الخاء وسكون الصاد - يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث، ومن العرب من يشته ويجمعه، ومشى المصنف على التثنية هنا، وعلى الجميع في قوله بعد: «وإذا ازدحم خصوم». أما الخضم بكسر الصاد، فهو الشديد الخصومة.

(و) في (قيام لهما) فيقوم لهما أو يترك. وكره ابن أبي الدم القيام لهما جميعاً؛ لأن أحدهما قد يكون شريفاً والآخر وضيعاً فإذا قام لهما علم الوضع أن القيام لأجل خصمه فيزداد الشريف تيبهاً والوضيع كسراً، فترك القيام لهما أقرب إلى العدل؛ قال: فلو دخل الخصم ذو الهيئة فظن الحاكم أنه ليس بمحاكم فقام له فليقم لخصمه أو يعتذر بأنه قام للأول ولم يشعر بكونه خصماً. قال الأذري: وينبغي أن يقال إن كان لآخر ممن يقام له قام وإلا اعتذر. (واستماع) لكلامهما ونذر إليهما. (و) في (طلاقة وجه) لهما (و) في (جواب سلام) منهما إن سلماً معاً؛ ولا يرذ على أحدهما ويترك الآخر، فإن سلم عليه أحدهما انتظر الآخر أو قال سلم ليجيبهما معاً إذا سلم. قال الشيخان: وقد يتوقف في هذا إذا طال الفصل، وكأنهم احتملوا هذا الفصل لثلا يبطل معنى التسوية. فإن قيل: ما ذكرناه هنا لا يوافق ما جزمنا به في السير من أن ابتداء السلام سنة كفاية، فإذا حضر جمع وسلم أحدهم كفي عن الباقيين. أجب بأنهم ارتكبوا ذلك هنا حذراً من التخصيص وتوهم الميل. (و) في (مجلس) لهما بأن يجلسهما بين يديه أو أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره؛ والجلوس بين يديه أولى. ومثل ما ذكره سائر أنواع الإكرام فلا يخص أحدهما بشيء منهما وإن اختلفا بفضيلة وغيرها. ولا يرتفع الموكل على الوكيل والخصم؛ لأن الدعوى متعلقة به أيضاً بدليل تحليله إذا وجبت يمين؛ حكاه ابن الرفعة عن الزبيلي وأقره؛ قال الأذري وغيره: وهو حسن والبلوى به عامة، وقد رأينا من يوكل فراراً من التسوية بينه وبين خصمه. وليقبل على الخصمين بقلبه وعليه السكينة بلا مزح ولا تشاور ولا تهر ولا صباح ما لم يتركا أدباً. ويندب أن يجلسا بين يديه لتمييزا، وليكون استماعه إلى كل منهما أسهل. وإذا جلسا تقارباً إلا أن يكونا رجلاً وامراً غير محرم فيتباعدان.

(والأصح) وعبر في الروضة بالصحيح، (رفع مسلم عن ذمي فيه) أي المجلس، كأن يجلس المسلم أقرب إليه من الذمي لما روى البيهقي عن الشعبي قال: خرج علي رضي الله تعالى عنه إلى السوق فإذا هو بنصراني

وَإِذَا جَلَسَا فَلَهُ أَنْ يَسْكُتَ، وَأَنْ يَقُولَ لِيَتَكَلَّمَ الْمُدَّعِي، فَإِذَا أَدْعَى طَالَ بَحْصَمَهُ بِالْجَوَابِ فَإِنْ أَقْرَ فَذَاكَ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لِلْمُدَّعِي: «أَلَكْ بَيْتَةٌ؟»

يبع درعاً، فعرفها علي فقال: هذه درعي بيني وبينك قاضي المسلمين؛ فيأتيا شريحاً، فلما رأى القاضي علياً قام من مجلسه وأجلسه وجلس شريح أمامه إلى جنب النصراني، فقال له علي: لو كان خصمي مسلماً لجلست معه بين يديك ولكن سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا تَسَاوَوْهُمُ فِي الْمَجَالِسِ»^(١) أقض بيني وبينه يا شريح! فقال شريح: ما تقول يا أمير المؤمنين؟ فقال: هذه درعي ذهبت مني منذ زمان؛ فقال شريح: ما تقول يا نصراني؟ فقال: ما أكذب أمير المؤمنين الدرع درعي. فقال شريح لأمر المؤمنين: هل من بيته؟ فقال علي: صدق شريح. فقال النصراني: إني أشهد أن هذه أحكام الأنبياء. ثم أسلم النصراني فأعطاه علي الدرع وحمله على فرس عتيق؛ قال الشعبي: فقد رأيت يقاتل المشركين عليه. ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. والثاني: يسوى بينهما فيه؛ ويشبه كما في الروضة كأصلها أن يجري ذلك في سائر وجوه الإكرام حتى في التقديم في الدعوى كما بحثه بعضهم، وهو كما قال شيخنا ظاهر إذا قلت الخصوم المسلمون، وإلا فالظاهر خلافه لكثرة ضرر المسلمين.

تنبيه: لم يبين المصنف أن الخلاف في الجواز أو الوجوب، وصرح صاحب التمييز بالوجوب، وهو قياس القاعدة الأغلبية أن ما كان ممنوعاً منه إذا جاز وجب كقطع اليد في السرقة. وصرح سليم في المجرد بالجواز، وعبارته التي نقلها ابن شهبة عنه: فلا بأس أن يرفع المسلم. قال الإسنوي: ولو كان أحدهما ذمياً والآخر مرتداً، فينتج تخريجه على التكافؤ في القصاص؛ والصحيح أن المرتد يقتل بالذمي دون عكسه. وتعجب البلقيني من هذا التخريج، فإن التكافؤ في القصاص ليس مما نحن فيه بسبيل، ولو اعتبرناه لرفع الحر على العبد والوالد على الولد.

(وإذا) حضر الخصمان بين يديه و (جلسا) أو وقفا كما هو الغالب، (فله أن يسكت) عنهما حتى يتكلمتا لأنهما حضرا ليتكلمتا. (و) له (أن يقول) إن لم يعرف المدعي: (ليتكلم المدعي) منكما؛ لأنه ربما هاباه. وله إن عرفه أن يقول له: تكلم! كما في الروضة وأصلها. والأولى أن يقول ذلك القائم بين يديه، فإن طال سكوتهما بغير سبب من هيبة وتحرير كلام ونحوهما قال: ما خطبكما؟ قال الماوردي: فإن لم يدع واحد منهما أقيما من مكانهما. قال الماوردي: والأولى بالخصم أن يستأذن القاضي في الكلام. (فإذا ادعى) أحدهما دعوى صحيحة، (طالب خصمه بالجواب) وإن لم يسأله المدعي؛ لأن المقصود فصل الخصومة وبذلك تنفصل، فيقول له: ما تقول؟ أو: اخرج من دعواه إن كانت ممكنة! فإن علم كذب المدعي مثل أن يدعي الذمي استئجار الأمير أو الكبير لعلف الدواب أو كنس بيته وكدعوى المعروف بالعيب وجر ذوي الأقدار لمجلس القضاة واستحلافهم ليفتدوا منه بشيء فكذاك، خلافاً للإصطخري في قوله لا يلتفت إليه.

(فإن أقر) بما ادعى عليه به حقيقة وحكماً، (فذاك) ظاهر في ثبوته بغير حكم بخلاف البيينة؛ لأن دلالة الإقرار ولو حكماً على وجوب الحق جلية إذ الإنسان على نفسه بصير، بخلاف البيينة فإنها تحتاج إلى نظر واجتهاد. وللمدعي بعد الإقرار أن يطلب من القاضي الحكم عليه. (وإن أنكر) الدعوى، وهي مما لا يمين فيها في جانب المدعي، (فله) أي القاضي (أن يقول للمدعي: ألك بيته) وإن كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين قال له: ألك بيته أو شاهد مع يمين؟ فإن كان اليمين في جانب المدعي لكونه أميناً أو في قسامة قال له:

(١) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: إتصاف الخصمين في المدخل عليه والاستماع منهما والانصات لكل واحد منهما... (الحديث: ١٣٦/١٠).

وَأَنْ يَسْكُتَ، فَإِنْ قَالَ: «لِي بَيِّنَةٌ وَأُرِيدُ تَحْلِيْفَهُ» فَلَهُ ذَلِكَ، أَوْ «لَا بَيِّنَةَ لِي» ثُمَّ أَحْضَرَهَا قُبِلَتْ فِي الْأَصْحَحِ. وَإِذَا أَرْدَحَمَ حُضُومَ قُدَّمَ الْأَسْبَقُ.

فَإِنْ جُهِلَ أَوْ جَاؤُوا مَعَا أَقْرَعُ.

أتختلف؟ ويقول للزوج المدعي على زوجته بالزنا: أتلاعئها؟ فلو عبر المصنف بالحجة بدل البينة كان أولى ليشمل جميع ذلك.

(و) للقاضي (أن) لا يستفهم المدعي عن البينة بأن (يسكت) تحرزاً عن اعتقاد ميله إلى المدعي. نعم إن جهل المدعي أن له إقامة البينة فلا يسكت، بل يجب إعلامه بأن له ذلك كما أفهمه كلام المهذب وغيره. وقال البلقيني: إن علم علمه بذلك فالسكوت أولى، وإن شك فالقول أولى، وإن علم جهله به وجب إعلامه اهـ. وهو تفصيل حسن. (فإن قال) المدعي: (لي بيينة) وأقامها، فذاك (وأريد تحليفه فله ذلك) لأنه إن تورع عن اليمين وأقر سهل الأمر على المدعي واستغنى عن إقامة البينة، وإن حلف أقام المدعي البينة وأظهر خيانتة وكذبه؛ فله في طلب تحليفه غرض ظاهر. واستثنى البلقيني ما إذا ادعى لغيره بطريق الولاية أو النظر أو الوكالة أو لنفسه ولكن كان محجوراً عليه بسفه أو فلس أو مأذوناً له في التجارة أو مكاتباً فليس له ذلك في شيء من هذه الصور لثلا يحلف، ثم يرفعه لحاكم يرى منع البينة بعد الحلف فيضيق الحق. ورَدَ بأن المطالبة متعلقة بالمدعي فلا يرفع غريمه إلا لمن يسمع البينة بعد الحلف بتقدير أن ما ينفصل أمره عند الأول.

(أو) قال: (لا بيينة لي) وأطلق، أو زاد عليه: لا بيينة لي حاضرة ولا غائبة، أو: كل بيينة أقيمها فهي باطلة أو كاذبة أو زور؛ وحلّفه (ثم أحضرها قبلت في الأصح) لأنه ربما لم يعرف بيينة أو نسي، ثم عرف أو تذكر. والثاني: لا للمناقضة، إلا أن يذكر لكلامه تأويلاً ككنت ناسياً أو جاهلاً؛ ونسبه الماوردي والرويانى إلى الأكثرين. أما لو قال: لا بيينة لي حاضرة ثم أحضرها، فإنها تقبل قطعاً لعدم المناقضة. ولو قال: «شهردى فسقة» أو «عبيد» فجاء بعدول، وقد مضت مدة استبراء أو عتق، أقبلت شهادتهم وإلا فلا. قال الأذرعى: وهذا ظاهر فيما إذا اعترف أن هذه البيينة هي التي نسب إليها ذلك، أما لو أحضر بيينة عن قرب فقال: هذه بيينة عادلة جهلتها أو نسيها غير تلك ثم علمتها أو تذكرتها؛ فيشبه أن تقبل لا سيما إذا كانت حرية المحضرين وعدالتهم مشهورة.

تنبيه: يندب للقاضي بعد ظهور وجه الحكم ندب الخصمين إلى صلح يُرْجَى، ويؤخر له الحكم يوماً ويومين برضاها، بخلاف ما إذا لم يرضيا.

(وإذا ازدحم) في مجلس القاضي (خصوم) مدعون، (قدم) حتماً (الأسبق) فالأسبق منهم بمجلس الحكم إن جاءوا مترتبين وعرف السابق؛ لأنه العدل، كما لو سبق موضع مباح، والعبرة بسبق المدعي دون المدعى عليه، لأن الحق للمدعي.

تنبيه: قال البلقيني: محل وجوب تقديم السابق إذا تعين على القاضي فصل الخصومات، وإلا فله أن يقدم من شاء كما صرحوا به في العلم الذي لا يجب تعليمه.

(فإن جهل) الأسبق منهم (أو جاءوا معاً أقرع) بينهم، وقدم من خرجت قرعته، إذ لا مرجح؛ فإن آثر

وَيُقَدَّمُ مُسَافِرُونَ مُسْتَوْفِرُونَ، وَنِسْوَةٌ، وَإِنْ تَأَخَّرُوا مَا لَمْ يَكْثُرُوا، وَلَا يُقَدَّمُ سَابِقٌ وَقَارِعٌ إِلَّا بِدَعْوَى.

بعضهم بعضاً جاز. هذا إذا أمكن الإقراع، فإن كثروا أو عسر الإقراع كتب أسماءهم في رقاع وجعلها بين يديه ليأخذها واحدة واحدة ويقدم صاحبها؛ هكذا قاله، وهذا نوع من الإقراع كما صرح به الروياني. وتسمع دعوى الأول فالأول حتماً، فإن كان فيهم مريض يتضرر بالصبر لتوبته فالأولى لغيره كما قال الروياني وغيره تقديمه، فإن لم يفعل قدمه القاضي إن كان مطلوباً ولا يقدمه إن كان طالباً، لأن المطلوب مجبور والطالب مجبر.

تنبيه: لا يقدم القاضي بعض المدعين على بعض إلا في صورتين، أشار للأولى منهما بقوله: (ويقدم) ندباً على المختار في زوائد الروضة، (مسافرون مستوفرون) أي متهيثون للسفر خائفون من انقطاعهن إن تأخروا على مقيمين لثلا يتضرروا بالتخلف. وأشار للثانية بقوله: (و) يقدم (نسوة) على رجال طلبا لسترهن (وإن تأخروا) أي المسافرون والنسوة في المحيي إلى القاضي؛ وفيه تغليب المذكر على المؤنث، وكذا في قوله: (ما لم يكثروا) فإن كثروا بل أو ساووا كما في المهذب، أو كان الجميع مسافرون أو نسوة، فالتقديم بالسبق أو القرعة.

تنبيه: أفهم إطلاقه المسافرين والنسوة أنه لا فرق فيه بين كون كل منهما مدعياً أو مدعى عليه؛ وهو ما بحثه في أصل الروضة، وإن نازع فيه البلقيني وقال: إنه مختص بالمدعين. والخائني مع الرجال كالنسوة. ويقدم المسافر المرأة المقيمة كما صرح به في الأنوار. وإطلاق المصنف النساء يقتضي أنه لا فرق بين الشابة والعجوز، وهو كذلك وإن قال الزركشي: القياس إلحاق العجوز بالرجال لانتهاء المحذور. وأفهم اقتضاره على المسافرين والنسوة الحصر فيهما؛ وليس مراداً، بل المريض كما سبق كذلك. قال الزركشي: وينبغي أن يلحق به من له مريض بلا متعهد، وتقديم مسلم على كافر. والازدحام على المفتي والمدرس كالازدحام على القاضي إن كان العلم فرضاً ولو على الكفاية، وإلا فالخبرة إلى المفتي أو المدرس.

(ولا يقدم سابق وقارع) أي من خرجت قرعته، (إلا بدعوى) واحدة وإن اتحد المدعى عليه لثلا يتضرر الباقي؛ لأنه ربما استوعب المجلس بدعاويه فتسمع دعواه وينصرف ثم يحضر في مجلس آخر وينتظر فراغ دعوى الحاضرين ثم تسمع دعواه. الثانية: إن بقي وقت ولم يضجر.

تنبيه: سكت المصنف عن حكم تقديم المسافر والنسوة، والأرجح تقديمهم بدعاويهم إن كانت خفيفة لا تضر بالمقيمين في الأولى وبالرجال في الثانية، فإن طالت قدم من ذكر بواحدة لأنها مأذون فيها، وقد يمنع بواحدة ويؤخر الباقي إلى أن يحضر؛ هذا ما رجحه في الروضة، واعترضه الإسنيوي بأن ما ذكره من التقديم بواحدة فقط ممنوع بل القياس على ما قاله أن يسمع في عدد لا يضر بالباقيين، كما لو لم يكن معه غيره؛ أي من المسافرين أو النساء. قال الأذري: وهذا لا يكاد ينضبط. وإذا قدمنا بواحدة فالمراد كما بحثه شيخنا التقديم بالدعوى وجوبها وفصل الحكم فيها. نعم إن تأخر الحكم لانتظار بينة أو تزكية أو نحوها سمع دعوى من بعده حتى يحضر هو بيئته فيشتغل حينئذ بإتمام خصومته، ولا وجه لتعطيل الخصوم؛ ذكره الأذري وغيره.

تنبيه: لو قال كل من الخصمين: «أنا المدعي»، فإن كان قد سبق أحدهما إلى الدعوى لم تقطع دعواه بل على الآخر أن يجيب ثم يدعي إن شاء وإلا ادعى من بعث منهما العون خلف الآخر، وكذا من أقام بينة بأنه أحضر الآخر ليدعي عليه؛ فإن استوا أقرع بينهم فمن خرجت قرعته ادعى.

وَيَحْرُمُ اتِّخَاذَ شُهُودٍ مُعَيَّنِينَ لَا يَقْبَلُ غَيْرَهُمْ. وَإِذَا شَهِدَ شُهُودٌ فَعَرَفَ عَدَالَةَ أَوْ فُسَقَاءَ عَمِلَ بِعِلْمِهِ، وَإِلَّا وَجِبَ الاسْتِزْكَاءُ بِأَنْ يَكْتُبَ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الشَّاهِدُ وَالْمَشْهُودُ لَهُ وَعَلَيْهِ وَكَذَا قَدَرَ الدِّينَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَيَبْعَثُ بِهِ مُزَكِّيًّا

(ويحرم) على القاضي اتخاذ شهود معينين (لا يقبل غيرهم) لما فيه من التضييق على الناس، إذ قد يتحمل الشهادة غيرهم، فإذا لم يقبل ضاع الحق، وقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(١) فإن عين شهوداً وقبل غيرهم لم يحرم ولم يكره كما قاله الماوردي. (وإذا شهد) عند القاضي (شهود فعرّف) فيهم (عدالة أو فسقاً عمل بعلمه) فيهم فيقبل من عرف عدالته ولم يحتج إلى تعديل وإن طلبه الخصم، ويرد من عرف فسقه ولا يحتاج إلى بحث.

تنبيه: محل هذا في العدالة في غير أصله وفرعه، أما هما ففيهما وجهان؛ أرجحهما كما قاله البلقيني عدم الجواز ما لم تقم عنده بيعة بعدالتهما تفريراً على تصحيح الروضة أنه لا يقبل تركيته لهما. (وإلا) بأن لم يعرف القاضي في الشهود عدالة ولا فسقاً، (وجب الاستزكاء) أي طلب القاضي منهم التزكية، وهي البحث عن حال الشهود سواء أطلبه الخصم أم لا، طعن في الشهود أم لا، اعترف بعدالتهم أم لا؛ لأن الحكم يقع بشهادتهم فيجب البحث عن شرطها. نعم لو صدقهما الخصم فيما شهدوا به قضى بإقراره لا بالبيعة.

تنبيه: لو جهل إسلام الشهود رجع فيه إلى قولهم بخلاف جهله بحريتهم، فإنه لا بد من البيعة. ولو شهد عليه شاهدان معروفان بالعدالة واعترف الخصم بما شهدا به قبل الحكم عليه؛ فالحكم بالإقرار لا بالشهادة لأنه أقوى، بخلاف ما لو أقر بعد الحكم فإن الحكم قد مضى مستنداً إلى الشهادة؛ هذا ما نقله في أصل الروضة عن الهروي وأقره. وتقدم في باب الزنا أن الأصح عند الماوردي اعتبار الأسبق من الإقرار والشهادة؛ وتقدم ما فيه. وقول ابن شهبة: «والصحيح استناده إلى المجموع» ممنوع.

ثم بين صورة الاستزكاء بقوله: (بأن) أي كأن (يكتب) القاضي (ما يتميز به الشاهد والمشهود له، و) المشهود (عليه) من اسم وكنية إن اشتهر بها، وولاء إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وجده وحليته وحرفته وسوقه ومسجده لثلاثه يشتهر به، وقد يكون بينهما وبين الشاهد ما يمنع الشهادة كبغضة أو عداوة؛ فإن كان الشاهد مشهوراً وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف اكتفي به. (وكذا قدر) المشهود به من (الدين) وغيره (على الصحيح) لأنه قد يغلب على الظن صدق الشاهد في القليل دون الكثير. والثاني: لا يكتبه، لأن العدالة لا تختلف بقله المال وكثرته؛ ونقله الإمام عن معظم الأئمة، وقال عن الأول: ليس بسديد، فكان الأولى التعبير بالأصح لا بالصحيح، وأن يقول: وكذا ما شهدوا به ليعلم الدين والعين والنكاح والقتل وغيرها؛ وليستغنى عما قدرته في كلامه.

(و) أن (يبعث به) أي بما كتبه (مزكياً) هو نصب بإسقاط الخافض؛ وصرح به في المحرر، فقال: إلى مزك. وفي الشرح والروضة: ينبغي أن يكون للقاضي مكون وأصحاب مسائل، فالمزكون الرجوع إليهم لبيئوا حال الشهود، وأصحاب المسائل هم الذين يبعثهم القاضي إلى المزكين لبيئوا ويسألوا؛ وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي رضي الله عنه بالمزكين اه. قال في الروضة: ويكتب لكل مزك كتاباً ويدفعه إلى

ثُمَّ يُشَافِهُهُ الْمُرَكَّبِيُّ بِمَا عِنْدَهُ؛ وَقِيلَ: تَكْفِي كِتَابَتُهُ، وَشَرْطُهُ كَشَاهِدٍ مَعَ مَعْرِفَةِ الْجَرْحِ وَالتَّغْدِيلِ، وَخُبْرَةَ بَاطِنٍ مَنْ يُعَدِّلُهُ لِصُحْبَةٍ أَوْ جَوَارٍ أَوْ مُعَامَلَةٍ؛

صاحب مسألة ويخفي كل كتاب عن غير من دفعه إليه وغير من بيعته احتياطاً لئلا يسعى المشهود له في التزكية والمشهود عليه في الجرح.

(ثم) إن عاد إليه الرسل بجرح من المزكين توقف عن الحكم وكنم الجرح وقال للمدعي: زدني في الشهود! أو عادوا إليه بتعديل لم يحكم بقولهم، بل (يشافهه) أي القاضي (المزكي) المبعوث إليه (بما عنده) من حال الشهود من جرح أو تعديل؛ لأن الحكم يقع بشهادته ويشير إلى المزكي ليأمن بذلك الغلط من شخص إلى آخر، ولا يقتصر المزكي على الكتابة للقاضي مع أصحاب المسائل في الأصح. (وقيل تكفي كتابته) له معهم من غير مشافهة، وهذا ما اختاره القاضي حسين وأصحابه وعليه عمل القضاة الآن من اكتفائهم برؤية سجل العدالة. وليس المراد بالمزكي واحداً كما يشعر به كلامه بل اثنين فأكثر.

تنبيه: من نصب أرباب المسائل حاكماً في الجرح والتعديل كفى أن ينهي إلى القاضي وحده ذلك، فلا يعتبر العدد لأنه حاكم فالحكم مبني على قوله، وكذا لو أمر القاضي صاحب المسألة بالبحث فبحث وشهد بما بحته؛ لكن يعتبر العدد لأنه شاهد. قال في أصل الروضة: وإذا تأملت كلام الأصحاب فقد تقول ينبغي أن لا يكون فيه خلاف محقق، بل إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل فحكم القاضي مبني على قوله، فلا يعتبر العدد لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث فبحث ووقف على حال الشاهد وشهد به، فالحكم أيضاً مبني على قوله، لكن يعتبر العدد لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مزكين وإعلامه ما عندهما فهو رسول محض فليحضر أو يشهد، وكذا لو شهدا على شهادتهما لأن شاهد الفرع لا يقبل مع حضور الأصل اهـ. فقد رفع بذلك الخلاف في أن الحكم بقول المزكين أو بقول هؤلاء. والذي نقله عن الأكثرين أنه بقول هؤلاء، وهو كما قال شيخنا المعتمد. واعتذر ابن الصباغ عن كونه شهادة على شهادة مع حضور الأصل بالحاجة؛ لأن المزكين لا يكلفون الحضور. ويعتبر فيمن نصب حاكماً في الجرح والتعديل صفات القضاة.

(وشروطه) أي المزكي الذي يشهد بالعدالة مثلاً، (كشاهد) أي كشرطه. وقضيته عدم شهادة الأب بتعديل الابن وعكسه، وهو الأصح. (مع معرفة) أسباب (الجرح والتعديل) لئلا يجرح العدل ويزكى الفاسق، (وخبرة باطن من يعدله لصحبة أو جوار) بكسر الجيم أفصح من ضمها، (أو معاملة) ونحوها، فعن عمر رضي الله تعالى عنه أن اثنين شهدا عنده، فقال لهما: إني لا أعرفكما، ولا يضركما أنني لا أعرفكما، اثتيا بمن يعرفكما! فأتيا برجل، فقال له عمر: كيف تعرفهما؟ قال: بالصلاح والأمانة، قال: هل كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ومدخلهما ومخرجهما؟ قال: لا، قال: هل عاملتهما بهذه الدراهم والدنانير التي يعرف بهما أمانات الرجال؟ قال: لا، قال: هل صاحبتهما في السفر الذي يسفر عن أخلاق الرجال؟ قال: لا، قال: فأنت لا تعرفهما، اثتيا بمن يعرفكما^(١) والمعنى فيه أن أسباب الفسق خفية غالباً، فلا بد من معرفة المزكي حال من يزكيه. ويشترط علم القاضي بأنه خبير بباطن الحال إلا إذا علم من عدالته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة فيعتمده. ولا يعتبر في خبرة الباطن التقادم في معرفته، بل يكتفي بشدة الفحص ولو غريباً يصل المزكي بفحصه إلى كونه

(١) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي (الحديث: ١٠/١٢٥).

وَالْأَصْحَحُ اشْتِرَاطُ لَفْظِ شَهَادَتِهِ، وَأَنَّهُ يَكْفِي: «هُوَ عَدْلٌ»، وَقِيلَ: يَزِيدُ «عَلِيٌّ» وَ «لِي». وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ، وَيَعْتَمَدُ فِيهِ الْمُعَايَنَةُ أَوْ الْاِسْتِفَاضَةُ، وَيَقْدَمُ عَلَى التَّعْدِيلِ،

خبيراً بباطنه، فحين يغلب على ظنه عدالته باستفاضة شهد بها. واحترز المصنف بقوله: «من يعدله» عن الشاهد بالجرح، فإنه لا يشترط فيه الخبرة الباطنة فإنه لا يقبل إلا مفسراً. وما ذكره من اعتبار شروط الشاهد محله في غير المنصوب، أما من نصب حاكماً في الجرح والتعديل فيعتبر فيه صفات القاضي كما مر. وقوله: «وخبرة» ومجروور بالعطف على قوله: «مع معرفته»؛ وجوز ابن الفركاح رفعه بالعطف على خبرة قوله: «وشرطه خبرة».

(والأصح اشتراط لفظ شهادة) من المزكى، فيقول: أشهد أنه عدل أو غير عدل لكذا كسائر الشهادات. والثاني: لا يشترط لفظها، بل يكفي «أعلم وأتحقق» وهو شاذ. (و) الأصح (أنه يكفي) مع لفظ الشهادة قول المزكى: (هو عدل) لأنه أثبت العدالة التي اقتضاها ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾^(١) وهذا ما نص عليه في حرملة. (وقيل) ونص عليه في الأم والمختصر: (يزيد) على ذلك قوله: (علي ولي) لأن قوله: «هو عدل» لا يمنع أن يكون عدلاً في شيء دون شيء؛ فهذه الزيادة تزيل الاحتمال، وعلى الأول تأكيد. ولو شهد عند القاضي جماعة وأشكل عليه عدالتهم فأخبر نائب القاضي أن اثنين منهم عدلان، فإن عينهما حكم وإلا فلا. (ويجب ذكر سبب الجرح) صريحاً كقوله: «هو زان» أو «قاذف» أو «سارق» أو نحو ذلك، أو يقول ما يعتقده من البدعة المنكرة؛ لأن أسباب الجرح مختلف فيها، فلا بدّ من البيان ليفعل القاضي باجتهاده، ويكفي ذكر بعض أسباب. وقيل إن كان الجرح عالماً بالأسباب اكتفي بإطلاقه وإلا فلا.

تنبيه: محل الخلاف في غير المنصوب للجرح والتعديل، أما هو فليس للحاكم سؤاله عن السبب كما نقله الزركشي عن المطلب عن ابن الصباغ. وإنما لم يحتج في التعديل إلى بيان سبب العدالة؛ لأن أسبابها كثيرة غير منحصرة. ولا يجعل الجرح بذكر الزنا قاذفاً وإن انفرد لأنه مسئول في حقه فرض كفاية أو عين، بخلاف شهود الزنا إذا نقصوا عن الأربعة، فإنهم قذفة لأنهم مندوبون إلى الستر فهم مقصرون. ولو قال الشاهد: «أنا مجروح» قبل وإن لم يبين السبب كما قاله الهروي. وإنما يكون الجرح والتعديل عند القاضي أو من يعينه القاضي لذلك.

(ويعتمد) الجرح (فيه) أي الجرح، (المعاينة) كأن رآه يزني، أو السماع كما ذكره في المحرر كما إذا سمعه يقذف إنساناً، أو يقر على نفسه بذلك، (أو الاستفاضة) عنه بين الناس بما يجرحه، أو التواتر كما فهم بالأولى؛ وكذا شهادة عدلين مثلاً بشرطه لحصول العلم أو الظن بذلك. وفي اشتراط ذكر ما يعتمده من معاينة ونحوها وجهان، أحدهما وهو الأظهر: نعم؛ فعلى هذا لا بد أن يقول رأيت يزني أو سمعته يقذف أو نحو ذلك. وثانيهما وهو الأقيس: لا. ذكره في الروضة وأصلها؛ ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة، وهو الظاهر في سائر الشهادات.

تنبيه: إذا لم يقبل الجرح يفيد التوقف عن الاحتجاج بالمجروح إلى أن يبحث عن ذلك الجرح؛ ذكره ابن الصلاح والمصنف في الرواية. قال ابن النقيب: ولا فرق بين الرواية والشهادة فيما يظهر.

(ويقدم) الجرح؛ أي بينته (على) بينة (التعديل) سواء أكانت بينة الجرح أكثر أم لا لزيادة علمها، فإن بينة التعديل ثبت أمرها على ما ظهر من الأسباب الدالة على العدالة وخفي عليها ما اطلع عليه بينة الجرح من السبب

(١) سورة الطلاق، الآية: ٢.

فَإِنْ قَالَ الْمُعَدَّلُ: «عَرَفْتُ سَبَبَ الْجَرْحِ وَتَابَ مِنْهُ وَأَصْلَحَ» قَدَّمَ؛ وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يَكْفِي فِي التَّعْدِيلِ قَوْلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ: «هُوَ عَدْلٌ، وَقَدْ غَلِطَ».

٤ - باب: القضاء على الغائب

التي جرحته به كما لو قامت بينة بالحق وبينة بالإبراء. (فإن قال المعدل) بكسر الدال بخطه: (عرفت سبب الجرح وتاب منه وأصلح، قدم) قوله على قول الجرح؛ لأن معه حينئذ زيادة علم بجريان التوبة وصلاح الحال بعد وجود السبب الذي اعتمده الجرح.

تنبيه: هذه المسألة إحدى مسألتين تقدم فيهما بينة التعديل على الجرح. والثانية: لو جرح ببلد ثم انتقل لآخر فعده اثنان قدم التعديل كما قاله صاحب البيان عن الأصحاب؛ قال في الذخائر: ولا يشترط اختلاف البلدين، بل لو كانا في بلد واختلف الزمان فكذلك اهـ. وحاصل الأمر تقديم البينة التي معها زيادة علم من جرح أو تعديل. ولو عدل الشاهد في واقعة ثم شهد في أخرى وطال بينهما زمن استبعده القاضي باجتهاده طلب تعديله ثانياً؛ لأن طول الزمن يغير الأحوال بخلاف ما إذا لم يطل. ولو عدل في مال قليل هل يعمل بذلك التعديل المذكور في شهادته بالمال الكثير بناء على أن العدالة لا تتجزأ أو لا بناء على أنها تتجزأ؟ وجهان؛ قال ابن أبي الدم: المشهور من المذهب الأول، فمن قبل في درهم قبل في الألف؛ نقله عن الأذري وأقره. ولو عدل الشاهد عند القاضي في غير محل ولايته لم يعمل بشهادته إذا عاد إلى محل ولايته، إذ ليس هذا قضاء بعلم، بل بينة فهو كما لو سمع البينة خارج ولايته.

(والأصح أنه لا يكفي في التعديل قول) الخصم (المدعى عليه) وهو عارف بالتعديل أهل للإقرار بالحق المدعى به: (هو) أي الشاهد (عدل وقد غلط) على في شهادته، بل لا بد من البحث والتعديل لأن الاستزكاء حق لله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة فاسق وإن رضي الخصم.

تنبيه: كلامه يقتضي أن مقابل الأصح الاكتفاء بذلك في التعديل؛ ولا قائل به، وإنما مقابله الاكتفاء به في الحكم على المدعى عليه بذلك؛ لأن الحق له وقد اعترف بعدالته. قال البلقيني: وقوله: «وقد غلط» لا يحتاج إليه، بل اعترافه بعدالته يقتضي جريان الوجيهين وإن لم يقل غلط.

خاتمة: تقبل شهادة الحسبة في الجرح والتعديل كما سيأتي؛ لأن البحث عن حال الشهود ومنع الحكم بشهادة الفاسق حق لله تعالى. ويسن للقاضي قبل التزكية أن يفرق شهوداً أرباب نهم أو توهم غلطهم لخفة عقل وجدها فيهم ويسأل كلا منهم عن زمان محل الشهادة عاماً وشهراً ويوماً أو غدوة أو عشية، وعمن كتب شهادته معه، وأنه كتب بحجر أو مداد ونحو ذلك ليستدل على صدقهم إن اتفقت كلمتهم وإلا فيقف عن الحكم. وإذا أجابه أحدهم لم يدعه يرجع إلى الباقيين حتى يسألهم لثلا يخبرهم بجوابه، فإن امتنعوا من التفصيل ورأى أن يعظهم ويحذرهم عقوبة شهادة الزور وعظهم وحذرهم. فإن أصروا على شهادتهم ولم يفصلوا وجب عليه القضاء إذا وجدت شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة. وإنما استحب له ذلك قبل التزكية لا بعدها؛ لأنه إن اطلع على عورة استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، وإن لم يرتب فيهم ولا توهم غلطهم فلا يفرقهم وإن طلب منه الخصم تفريقهم؛ لأن فيه غضاً منهم. انتهى.

باب القضاء على الغائب

عن البلد أو عن المجلس وتواري أو تعزز، مع ما يذكر معه. والدعوى على الغائب إما من صاحب الحق

هُوَ جَائِزٌ إِنْ كَانَ بَيِّنَةٌ وَأَدْعَى الْمُدَّعِي

أو وكيله كما سيأتي. وبدأ المصنف بالأول فقال: (هو جائز) بشرطه الآتي لعموم الأدلة، ولقول عمر في خطبته: «من كان له على الأسيغ - بالفاء المكسورة - مال فليأتنا غداً، فإننا بائعو ماله وقاسمونه بين غرامته» وكان غائباً. ولقوله ﷺ لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَرْوِفِ»^(١) وهو قضاء منه على زوجها، ولو كان فتوى لقال: لك أن تأخذي، أو لا بأس عليك أو نحوه، ولم يقل خذي؛ لأن المفتى لا يقطع، فلما قطع كان حكماً. كذا استدلوا به؛ وقال المصنف في شرح مسلم^(٢): لا يصح الاستدلال به، لأن أبا سفيان كان حاضراً بمكة، فإن الواقعة كانت بمكة لما حضرت هند المبايعة. وذكر الرافعي في النفقات ما يدل على أن ذلك كان استفتاءً؛ قال ابن شعبة: وهو الذي يظهر؛ لأنه ﷺ لم يحلفها، ولم يقدر المحكوم به لها ولم تجر دعوى على ما شرطه اهـ. ويحتمل أن تكون الواقعة وقعت مرتين. وضح عن عمر رضي الله عنه أنه حكم في امرأة المفقود أنها تتربص أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، وقال ابن حزم: صح عن عثمان القضاء على الغائب^(٣). ولا مخالف لهما من الصحابة؛ ولأن البينة مسموعة بالاتفاق على الغائب، فليجب الحكم بها كالبينة المسموعة على الحاضر الساكت. وأيضاً فالحكم على الميت والصغير جائز، وهما أعجز عن الدفع من الغائب؛ ولأن في المنع منه إضاعة للحقوق التي ندب الحكام إلى حفظها فإنه لا يعجز الممتنع من الوفاء عن الغيبة. وألحق القاضي حسين بالغائب ما إذا حضره المجلس فهرب قبل أن يسمع الحاكم البينة أو بعده وقبل الحكم فإنه يحكم عليه قطعاً. وإنما يسمع الدعوى ويقضي بها على الغائب (إن) بين المدعي ما المدعي به وقدره ونوعه ووصفه وقال إني طالب بحقي، و (كان) للمدعي (بينة) ولو شاهداً ويميناً فيما يقضي فيه بهما؛ لأن الدعوى لقصد ثبوت الحق، وطريقه محصورة في إقرار أو يمين مردودة أو بينة، والأولان مفقودان عند غيبة المدعى عليه.

تنبيه: كلامه يوهم جواز الدعوى على الغائب وإن لم يكن عليه بينة؛ وليس مراداً، فكان الأولى أن يعتبر ذلك في صحة الدعوى كما قدرته في كلامه وإن نازع البلقيني في اشتراط البينة في صحة سماع الدعوى وقال: الدعوى صحيحة بدونها، ولكن لا يحكم القاضي إلا أن يستند قضاؤه إلى الحجة المعتبرة. ولو عبر المصنف بالحجة بدل البينة ليشمل علم القاضي بالواقعة إذا سوغنا الحكم لكان أولى. وقوله: (وَادْعَى الْمُدَّعِي) على الغائب (جحوده) أي الحق المدعى به شرط لصحة الدعوى وسماع البينة على الغائب. ولا يكلف البينة بالبحود

(١) أخرجه البخاري في كتاب: البيوع، باب: ما أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع (الحديث: ٢٢١١) وأخرجه أيضاً في كتاب: النفقات، باب: «وعلى الوارث مثل ذلك» وهل على المرأة منه شيء (الحديث: ٥٣٧٠) وأخرجه أيضاً في كتاب: الأحكام، باب: القضاء على الغائب (الحديث: ٧١٨٠) وأخرجه مسلم في كتاب: الأفضية، باب: قضية هند (الحديث: ٤٤٥٢) وأخرجه أبو داود في كتاب: الإجارة، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده (الحديث: ٣٥٣٢) و(الحديث: ٣٥٣٣) وأخرجه النسائي في كتاب: آداب القضاة، باب: قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه (الحديث: ٥٤٣٥) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب: للمرأة من مال زوجها (الحديث: ٢٢٩٣) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٥٠/٦) و(الحديث: ٢٠٦/٦) وأخرجه الدرامي في كتاب: النكاح، باب: في وجوب نفقة الرجل على أهله (الحديث: ١٥٩/٢) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: آداب القاضي، باب: من أجاز القضاء على الغائب (الحديث: ١٠/١٤١) وأخرجه البيهقي في «شرح الستة» (الحديث: ٨/ ٢٠٤-٢٠٦) وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: الرضاع، باب: النفقة (الحديث: ٤٢٥٥).

(٢) ذكره النووي في شرح مسلم في كتاب: الأفضية، باب: قضية هند (٢٣٤/١١).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه في كتاب: العدد، باب: من قال تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشر ثم تحل (الحديث: ٧/٤٤٥).

جُحُودَهُ، فَإِنْ قَالَ: «هُوَ مُقَرَّرٌ» لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ.

وَأَنْ أُطْلِقَ فَلأَصَحُّ أَنَّهَا تُسْمَعُ. وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْقَاضِي نَضْبُ مُسَخَّرِ يُنْكَرُ عَلَى الْغَائِبِ، وَيَجِبُ أَنْ يُحْلَفَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ أَنَّ الْحَقَّ ثَابِتٌ فِي ذِمَّتِهِ،

بالاتفاق كما حكاه الإمام، ثم استشكله بأنه إن كان يدعي جحوده في الحال فهو محال؛ لأنه لا يعلم حاله وإن كان يدعي جحوده لما كان حاضراً للقضاء في الحال لا يرتبط بجحود ماضٍ اهـ. وقد يجاب بأن الأصل استمرار الجحود.

تنبيه: يقوم مقام الجحود ما في معناه، كما لو اشترى عيناً وخرجت مستحقة فادعى الثمن على البائع الغائب فلا خلاف أنها تسمع وإن لم يذكر الجحود، وإقدامه على البيع كافٍ في الدلالة على جحوده؛ قاله الإمام والغزالي.

(فإن قال: هو) أي الغائب (مقر) وأنا أقيم البينة استظهاراً لمخالفة أن يبكر لغت دعواه، و (لم تسمع بيئته) لتصريحه بالمنافي لسماعها؛ لأنها لا تقام على مقر.

تنبيه: هذا إن أراد بإقامتها أن يكتب القاضي بذلك لحاكم بلد الغائب، فلو كان للغائب مال حاضر وأقام البينة على دينه ليوفيه القاضي حقه سمعت، وإن قال: هو مقر كما في الروضة وأصلها عن فتاوى القفال. وزاد البلقيني على هذه الصورة صوراً آخر. أحدها: لو قال هو مقر ولكنه ممتنع سمعت بيئته وحكم بها. ثانيها: إذا كانت بيئته شاهدة بالإقرار فإنه يقول عند مطابقة دعواه بيئته أقر فلان بكذا أولى به بيئته؛ قال: فإن قيل: لم لم يقل هو مقر الآن بخلاف صورة القفال؟ قلنا: قوله أقر يقتضي دوام الإقرار؛ لأن الأصل بقاء الإقرار، ولكنه ضمني ويغتر في الضمني ما لا يغتر في الاستقلال. ثالثها: لو كان الغائب لا يقبل إقراره لسفه ونحوه فلا يمنع قوله هو مقر من سماع بيئته المدعي، وكذا المفلس يقر بدين معاملة بعد الحجر فإنه لا يقبل في حق الغرماء، فلا يضر قول المدعي في غيبته إنه مقر، لأن إقراره لا يؤثر، وكذا لو قال: هذه الدار لزيد بل لعمرى فادعاهما عمرو في غيبته ليقم بيئته لا يضره قوله وهو مقر لأن إقراره غير مؤثر في العقد الذي وقعت به الدعوى. قال: ويتصور نحو ذلك في الرهن والجنابة، ولم أر من تعرض لذلك.

(وإن أطلق) المدعي بأن لم يتعرض لجحود الغائب ولا لإقراره؛ (فالأصح أنها) أي بيئته (تسمع) لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته ويحتاج إلى إثبات حقه، فيجعل غيبته كسكوته. والثاني: لا تسمع؛ لأن البيئته إنما يحتاج إليها عند الجحود. (و) الأصح (أنه لا يلزم القاضي مسخراً) بفتح الخاء المعجمة، (ينكر على الغائب) عند الدعوى عليه؛ قال في أصل الروضة: لأنه قد يكون مقرراً فيكون إنكار المسخر كذباً؛ قال: ومقتضى هذا التوجيه أنه لا يجوز نصبه، لكن الذي ذكره العبادي وغيره أن القاضي مخير بين النصب وعدمه انتهى. فقول ابن المقرئ: «إن نصبه مستحب» قال شيخنا: قد يتوقف فيه. والثاني: يلزمه لتكون البيئته على إنكار منكر.

(ويجب) على القاضي (أن يحلفه) أي المدعي يمين الاستظهار، (بعد) إقامة (البيئته) أي وتعديلها وقبل توفية الحق، (أن الحق) الذي لي على الغائب (ثابت في ذمته) إلى الآن وأنه يجب تسليمه إلي كما في الروضة وأصلها احتياطاً للمحكوم عليه؛ لأنه لو حضر ربما ادعى ما يبرئه منه، هذا أقل ما يكفي، والأكمل على ما ذكره في أصل الروضة أنه ما أبراه من الدين الذي يدعيه ولا من شيء منه ولا اعتاض ولا استوفى ولا أحال عليه هو

وَقِيلَ: «يُسْتَحَبُّ؛ وَيَجْرِيَانِ فِي دَعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ. وَلَوْ أَدْعَى وَكَيْلٌ عَلَى غَائِبٍ فَلَا تَحْلِيفَ».

ولا أحد من جهته بل هو ثابت في ذمة المدعى عليه يلزمه أداءه. ثم قال: ويجوز أن يقتصر فيحلفه على ثبوت المال في ذمته ووجوب تسليمه اهـ. وإنما اعتبر ذكر لزوم تسليمه لأنه قد يكون ثابتاً في ذمته، ولا يلزمه تسليمه لتأجيل ونحوه. (وقيل: يستحب) تحليفه؛ لأنه يمكنه التدارك إن كان له دافع.

تنبيه: محل وجوب التحليف إذا لم يكن للغائب وكيل حاضر، وإلا لم يحتج إلى ضم اليمين إلى البينة كما قاله ابن الرفعة.

(ويجريان) هذان الوجهان (في دعوى على صبي أو مجنون) أو ميت بلا وارث خاص؛ والأصح الوجوب لعجزهم عن التدارك، فإن كان للميت وارث خاص اعتبر في الحلف طلب الوارث، لأن الحق له في التركة، ومثله ما لو كان للصبي أو المجنون نائب خاص؛ وبه صرح صاحب المهذب والتهذيب وغيرهما كما نقله الزركشي وأقره.

تنبيه: قد علم من ذلك أنه لا تنافي بين ما ذكر هنا وما ذكر في كتاب دعوى الدم والقسامة من أن شرط المدعى عليه أن يكون مكلفاً ملتزماً للأحكام، فلا تصح الدعوى على صبي ومجنون؛ لأن محل ذلك عند حضور وليهما فتكون الدعوى على الولي، أما عند غيبته فالدعوى عليهما كالدعوى على الغائب فلا تسمع إلا أن يكون هناك بينة ويحتاج معها إلى اليمين، ولا يشترط في يمين الاستظهار التعرض لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد لكمال الحجة هنا كما صرح به في أصل الروضة. وأفهم قول المصنف أن يحلفه بعد البينة أنه لا ينفذ الحكم عليه قبل التحليف، وهو مقتضى كلام الأصحاب. وأفهم اقتضاه في الحال الصبي والمجنون بالغائب في الحلف أن المدعي على المتورى أو المتعزز لا يحلف بعد البينة؛ وسيأتي الكلام عليه في الفصل الآتي.

فروع: لو قدم الغائب أو كمل الناقض فهو على حجته من قادح في البينة أو معارضة بينته بالأداء أو الإبراء شرط ذلك في الحكم أم لا. ولو ادعى قيم لموليه شيئاً وأقام بينة على قيم شخص آخر فمقتضى كلام الشيخين أنه يجب انتظار كمال المدعى له ليحلف ثم يحكم له؛ وإن خالفهما السبكي، وقال الوجه: أنه يحكم له ولا ينتظر كماله؛ لأنه قد يترتب على الانتظار ضياع الحق. ولا تسمع الدعوى والبينة على الغائب بإسقاط حق له، لأن الدعوى بذلك والبينة لا تسمع إلا بعد المطالبة بالحق؛ قال ابن الصلاح: وطريقه في ذلك أن يدعي على إنسان أن رب الدين أحاله به فيعترف المدعى عليه بالدين لربه وبالحوالة ويدعي أنه برأه منه أو أقبضه فتسمع الدعوى بذلك والبينة وإن كان رب الدين حاضراً بالبلد.

(ولو ادعى وكيل) عن غائب بحق (على غائب) عن البلد وأقام البينة وقلنا كما سبق بوجوب التحليف بعدها، (فلا تحليف) على الوكيل، بل يحكم بالبينة ويعطي المال المدعى به وإن كان للمدعى عليه هناك مال؛ لأن الوكيل لا يحلف يمين الاستظهار بحال، لأن الشخص لا يستحق يمين غيره، ولو وقفنا الأمر إلى أن يحضر الموكل لأنجز الأمر إلى تعذر استيفاء الحقوق بالوكالة. وأفهم كلام الروض كأصله أنه لا يعطيه إن لم يكن هناك مال؛ والمتجه كما قال التاج السبكي خلافه إن كان المال في محل عمله؛ وقد يحمل قوله هناك على محل ولايته فيزول الإشكال.

ثم أشار المصنف لمسألة مستأنفة ليست من هذا الباب ولا تعلق لها بما قبلها، وإن أوهم كلامه خلافه،

وَلَوْ حَضَرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَقَالَ لَوَكِيلِ الْمُدْعَى: «أَبْرَأَنِي مُوَكَّلُكَ» أَمْرًا بِالتَّسْلِيمِ. وَإِذَا ثَبَتَ مَالٌ عَلَى غَائِبٍ وَلَهُ مَالٌ قَضَاهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ، وَإِلَّا فَإِنْ سَأَلَ الْمُدْعَى إِنْهَاءَ الْحَالِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ أَجَابَهُ فَيَنْهَى سَمَاعَ بَيِّنَةٍ لِيُحْكَمَ بِهَا ثُمَّ يَسْتَوْفِي الْمَالَ، أَوْ حُكْمًا لِيَسْتَوْفِيَ؛

فقال: (ولو حضر) أي كان (المدعى عليه) حاضراً فادعى عليه وكيل شخص غائب بحق، (و) أقام البينة عليه، ثم (قال لوكيل المدعى أبرأني موكلك) الغائب عما ادعته على (أمر) المدعى عليه (بالتسليم) للحق المدعى به للوكيل، ولا يؤخر الحق إلى حضور الموكل الغائب؛ لأنه يؤدي إلى تعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء. ويمن ثبوت الإبراء بعد ذلك إن كان له حجة. وكذا لو ادعى قيم الصبي ديناً للصبي، فقال المدعى عليه إنه أتلف علي من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه، لم ينفعه في تأخير قضاء ما أثبتته القيم، بل يقتضيه في الحال؛ وإذا بلغ الصبي عاقلاً حلفه على نفي ما ادعاه من الإتلاف. فإن قيل: هذا يشكل على ما مر من أن مقتضى كلام الشيخين أنه يجب انتظار كمال المدعى له. أجيب بأن صورة المسألة هنا أن قيم الصبي ادعى ديناً له على حاضر رشيد اعترف به، ولكن ادعى وجود مسقط صدر من الصبي وهو إتلافه فلا يؤخر الاستيفاء لليمين المتوجهة على الصبي بعد بلوغه وما مر فيما إذا أقام قيم الطفل بينة وقلنا بوجود التحليف فينظر؛ لأن البينة على الطفل ومن في معناه من غائب ومجنون لا يعمل بها حتى يحلف مقيمها على المسقطات التي يتصور دعواها من الغائب ومن في معناه فلم تتم الحجة التي يعمل بها فإنه لا يعمل بالبينة وحدها، بل لا بد من البينة واليمين.

تنبيه: لو سأل المدعى عليه تحليف الوكيل الذي ادعى عليه أنه لم يعلم أن موكله أبرأه من الحق أجيب إليه؛ قاله الشيخ أبو حامد وغيره. فإن قيل: هذا يخالف ما سبق من أن الوكيل لا يحلف. أجيب بأنه لا يلزم من تحليفه هنا تحليفه ثم؛ لأن تحليفه هنا إنما جاء من جهة دعوى صحيحة يقتضي اعترافه بها سقوط مطالبته لخروجه باعترافه فيها عن الوكالة في الخصومة، بخلاف يمين الاستظهار فإن حاصلها أن المال ثابت في ذمة الغائب أو الميت، وهذا لا يتأتى من الوكيل؛ وفي معنى الإبراء دعوى علمه بالوفاء ونحوه.

فروع: لو قال شخص لآخر: أنت وكيل فلان الغائب ولي عليه كذا وادعى عليك وأقيم به بينة، فأنكر الوكالة أو قال: لا أعلم إني وكيل، لم تقم عليه بينة بأنه وكيله، لأن الوكالة حق له فكيف تقام بينة بها قبل دعواه. وإذا علم أنه وكيل وأراد أن لا يخصم فليعزل نفسه، وإن لم يعلم ذلك فينبغي أن يقول: لا أعلم أنني وكيل، ولا يقول: لست بوكيل، فيكون مكذباً لبينة قد تقوم عليه بالوكالة. (وإذا ثبت) عند حاكم (مال على غائب) وحكم به عليه (وله مال) حاضر وطلبه المدعى (قضاء الحاكم منه) لأنه حق وجب عليه وتعدر وفاؤه من جهة من عليه فقام الحاكم مقامه كما لو كان حاضراً فامتنع.

تنبيه: قضية كلامه أنه يقضيه ولا يطالب بكفيل؛ وهو الأصح، لأن الأصل عدم الدفع. (وإلا) بأن لم يكن الغائب مال حاضر، (فإن سأل المدعى إنهاء الحال) من سماع بينة أو شاهد ويمين بعد ثبوت عدالة الشاهد أو سأل إنهاء حكم (إلى قاضي بلد الغائب أجابه) لذلك إن علم مكان الغائب مسارعة إلى قضاء الحقوق، (فينهي) إليه (سماع بينة ليحكم بها ثم يستوفي المال) ويكتب في صفة إنهاؤها: سمعت بينة عادلة قامت عندي بأن لفلان على فلان كذا فأحكم بها. وهو مشروط ببعده المسافة كما سيأتي. (و) ينهي إليه (حكماً) إن حكم (ليستوفي) المال، ويكتب في إنهاء الحكم: قامت عندي بينة عادلة على فلان لفلان بكذا وحكمت له به فاستوفى حقه؛ ولأن الحاجة قد تدعو لذلك، فإن من له بينة في بلد وخصمه في بلد آخر لا يمكنه حملها إلى بلد الخصم ولا حمل الخصم إلى بلد البينة فيضيع الحق؛ ولا يشترط في هذه الحالة بعد المسافة كما سيأتي.

وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهَدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ. وَتُسْتَحَبُّ كِتَابٌ بِهِ يَذْكَرُ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ، وَيَخْتَمُهُ.

تنبيه: اعلم أن لإنهاء الحال إلى قاضي بلد الغائب ثلاث درجات، الأولى: سماع البينة. والثانية: قول الحاكم ثبت عندي، وهي تستلزم الأولى بخلاف العكس. والثالثة: الحكم بالحق، وهو أرفع الدرجات وتستلزم ما قبلها، وحيثنذا فالذي يرتب عليه المكتوب إليه الحكم هو الثانية لا الأولى. قال ابن شعبة: فإذا تعبير المصنف ليس بمحرر. وقوله: «إلى قاضي بلد الغائب» يوهم أنه لا بد أن يكون المكتوب إليه معيناً؛ وليس مراداً، بل يجوز أن يكتب إلى من يصل إليه من قضاة المسلمين، فمن بلغه عمل به. ولو كتب لمعين فشهد الشاهدان عند غيره قبل شهادتهما وأفضاه اعتماداً على الشهادة. وقول المصنف: «سماع بينة ليحكم بها» يوهم أنه لو سمع البينة ولم يعد لهم وفوض تعديلها إلى المكتوب إليه لا يجوز؛ وليس مراداً، ويوهم أنه لو ثبت الحق عنده بعلمه وكتب ليقضي له بموجب علمه على المدعى عليه أنه لا يجوز؛ وبه صرح في العدة فقال: لا يجوز وإن جوزنا القضاء بالعلم؛ لأنه ما لم يحكم به هو كالشاهد، والشهادة لا تتأدى بالكتابة. وفي أمالي السرخسي جوازه. ويفضي به المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم؛ لأن إخباره عن علمه إخبار عن قيام الحجة، فليكن كإخباره عن قيام البينة. قال الإسني: وبما قاله في العدة جزم به صاحب البحر وجرى عليه ابن المقرئ، وقال البلقيني: الأصح المعتمد ما قاله السرخسي اه. وهذا هو مقتضى كلام أصل الروضة؛ ولهذا قال شيخنا: ما قاله المصنف - يعني ابن المقرئ - عكس ما اقتضاه كلام أصله ولعله سبق قلم.

(وَالْإِنْهَاءُ أَنْ يُشْهَدَ عَدْلَيْنِ بِذَلِكَ) أي بسماع البينة خاصة، أو بالحكم باستيفاء الحق يؤديانه عند القاضي الآخر. ولو لم يشهدهما ولكن أنشأ الحكم بحضورهما فلهما أن يشهدا عليه وإن لم يشهدهما كما يعلم مما يأتي. (ويستحب) مع الإشهاد (كتاب به) ولا يجب، لأن الاعتماد على الشهادة، وفائدة الكتاب ليذكر الشاهد الحال لأنه قد ينساه. (يذكر فيه ما يميز به المحكوم عليه) والمحكوم له من اسم كل منهما وكنيته وقبيلته وحليته وغير ذلك ليسهل التمييز، ويذكر أسماء شهور الكتاب وتاريخه.

تنبيه: كان الأولى أن يقول: «ما يميز به الغائب» بدل «المحكوم عليه» ليتناول الثبوت المجرد عن الحكم. (ويختمه) أي الكتاب ندباً حفظاً للكتابة وإكراماً للمكتوب إليه، وختم الكتاب ستة متبعة كما قاله ابن بطال شارح البخاري؛ روى البخاري: «أنه ﷺ كان يرسل كتبه غير مختومة، فامتنع بعضهم من قبولها إلا مختومة، فاتخذ خاتماً ونقش عليه محمد رسول الله^(١). وإنما كانوا لا يقرؤون كتاباً غير مختوم خوفاً على كشف أسرارهم وإضاعة تدبيرهم. ويكون الختم بعد قراءته على الشاهد بحضرته، ويقول: أشهدكما أنني كتبت إلى فلان بما سمعتم؛ ويضعان خطهما فيه. ولا يكفي أن يقول: أشهد كما أن هذا خطي وأن ما فيه حكمي، من غير قراءة. ويدفع للشاهدين نسخة أخرى بلا ختم ليطالعاها، ويتذكرا عند الحاجة. ومن صفة الكتاب: «بسم الله الرحمن الرحيم حضر، عافانا الله وإياك فلان، وادعى على فلان الغائب المقيم ببلدك بالشيء الفلاني وأقام عليه شاهدين هما فلان وفلان، وقد عدلا عندي وحلقت المدعي وحكمت له بالمال، فسألني أن أكتب إليك في ذلك فأجبت وأشهدت بالكتاب فلاناً وفلاناً». ويسن أن يكتب اسمه واسم المكتوب إليه في العنوان أيضاً، فإن لم

(١) أخرجه البخاري في كتاب: العلم، باب: ما يذكر في المناولة وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان (الحديث: ٦٥) وأخرجه أيضاً في كتاب: الجهاد، باب: دعوة اليهود والنصارى وعلى ما يقاتلون عليه (الحديث: ٢٩٣٨) وأخرجه أيضاً في كتاب: اللباس، باب: اتخاذ الخاتم ليختم به الشيء أو ليكتب به إلى أهل الكتاب وغيرهم (الحديث: ٥٨٧٥) وأيضاً في كتاب: الأحكام، باب: الشهادة على الخط المختوم وما يجوز من ذلك... (الحديث: ٧١٦٢).

وَيَشْهَدَانِ عَلَيْهِ إِنْ أَنْكَرَ، فَإِنْ قَالَ: «لَسْتُ الْمُسَمَّى فِي الْكِتَابِ» صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَكْتُوبَ أَسْمُهُ وَنَسَبُهُ، فَإِنْ أَقَامَهَا فَقَالَ: «لَسْتُ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ» لَزِمَهُ الْحُكْمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُشَارِكٌ لَهُ فِي الْإِسْمِ وَالصِّفَاتِ، وَإِنْ كَانَ أَحْضَرَ، فَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ طَوْلِبَ وَتَرَكَ الْأَوَّلَ، وَإِلَّا بَعَثَ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَطْلُبَ مِنَ الشُّهُودِ زِيَادَةَ صِفَةٍ تُمَيِّزُهُ وَيَكْتُبُهَا ثَانِيًا. وَلَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ يَبْلُدُ الْحَاكِمِ فَشَافَهُهُ بِحُكْمِهِ فَفِي إِمضَائِهِ إِذَا عَادَ إِلَى وِلَايَتِهِ خِلَافُ الْقَضَاءِ بِعِلْمِهِ.

يعلم بلد الغائب كتب الكتاب مطلقاً إلى كل من يبلغه من قضاة المسلمين، ثم من يبلغه عمل به. ويشترط في شهود الكتاب والحكم ظهور عدالتهم عند القاضي المكتوب إليه، ولا تثبت عدالتهم عنده بتعليل الكاتب إياهم في الأصح. وإذا حملا الكتاب إلى بلد الغائب أخرجاه إليه ليقف على ما فيه.

(ويشهدان) عند القاضي المكتوب إليه (عليه) أي على ما صدر من القاضي الكاتب من الحكم أو الثبوت المجرد عن الحكم، (إن أنكر) الخصم المحصر للقاضي الحق المدعى به عليه. (فإن اعترف به ألزمه القاضي توفيقه، و (إن قال لست المسمى في) هذا (الكتاب) أي المكتوب، (صدق بيمينه) أنه ليس المسمى فيه؛ لأنه أخبر بنفسه والأصل فراغ ذمته. ولا يكفي الحلف على نفي اللزوم كما في الشرح الصغير. نعم إن أجاب بلا يلزمني شيء وأراد الحلف عليه مكن. (وعلى المدعي بينة بأن هذا المكتوب اسمه ونسبه) لأن الأصل عدم تسميته بهذا الاسم. وهذا إن لم يكن معروفاً به وإلا فلا يفيد إنكاره، وكذا إذا شهدوا على عينه أن القاضي الكاتب حكم عليه فيستوفى منه؛ قال الزركشي: وهذه البينة يكفي فيها العدالة الظاهر. ولا يبالغ في البحث والاستزكاء كما أشار إليه الرافعي في باب الشهادات. (فإن أقامها) أي أقام المدعي البينة بأن المكتوب في الكتاب اسم المدعى عليه ونسبه، (فقال) الغائب صحيح ما قامت به البينة، لكن (لست المحكوم عليه) بهذا الحق، (لزمه الحكم) بما قامت به البينة ولم يلتفت لقوله (إن لم يكن هناك) شخص آخر (مشارك له في الاسم والصفات) المذكورة؛ لأن الظاهر أنه المحكوم عليه. (وإن كان) هناك مشارك له فيما ذكر وقد مات بعد الحكم وقع الإشكال، وإن مات قبله فإن لم يعاصره فلا إشكال، وإن عاصره وكان حاضراً (أحضر، فإن اعترف) المشارك له (بالحق طولب) به (وترك الأول) لبيان أن الغلط فيه.

تنبيه: هذا إذا صدقه المدعي، وإلا فهي مسألة ما إذا كذب المقر له وقد سبقت في الإقرار كما قاله صاحب البيان. (وإلا) بأن لم يعترف المشارك له بالحق، (بعث) القاضي المكتوب إليه (إلى) القاضي (الكاتب) ليطلب من الشهود زيادة صفة تمييزه) أي المشهود عليه، (ويكتبها ثانياً) وينهيها لبلد الغائب، فإن لم يجد زيادة على الصفات المكتوبة وقف الأمر حتى ينكشف بتمييز شهود الأصل بالإشارة إليه.

تنبيه: يعتبر مع المعاصرة إمكان المعاملة كما صرح به البندنجي والجرجاني وغيرهما. وقضية كلام المصنف الاقتصار على كتابة الصفة المميزة من غير حكم، وهو كذلك وإن قال البلقيني: لا بد من حكم مستأنف على الموصوف بالصفة الزائدة وإن لم يحتج لدعوى وحلف.

(ولو حضر قاضي بلد الغائب يبلد الحاكم) للمدعي الحاضر، (فشافهه بحكمه) على الغائب، (ففي إفضائه) أي تنفيذه (إذا عاد إلى) محل (ولايته) خلاف القضاء بعلمه) وقد مر فيحكم. وخرج يبلد الحاكم ما لو اجتمعا في غير بلدهما وأخبره بحكمه فليس له إمضاؤه إذا عاد لمحل ولايته، وبحكمه ما لو شافهه بسمع البينة فقط فلا

وَلَوْ نَادَاهُ فِي طَرْفِي وَلَا يَتِيهَمَا أَنْضَاهُ. وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ بَيْتَةٍ كَتَبَ: سَمِعْتُ بَيْتَةَ عَلَى فُلَانٍ، وَبُسْمِيهَا الْقَاضِي إِنْ لَمْ يُعَدِّلْهَا، وَإِلَّا فَلَأَصْحُ جَوَازُ تَرْكِ التَّسْمِيَةِ. وَالْكِتَابُ بِالْحُكْمِ يَمْضِي مَعَ قُرْبِ الْمَسَافَةِ وَيَسْمَعُ الْبَيْتَةَ لَا يَقْبَلُ عَلَى الصَّحِيحِ إِلَّا فِي مَسَافَةٍ قُبُولِ شَهَادَةٍ عَلَى شَهَادَةٍ.

٥ - فصل: في بيان الدعوى بعين غائبة

أَدْعَى عَيْنًا غَائِبَةً عَنِ الْبَلَدِ يُؤْمَنُ أَشْتِبَاهُهَا كَعَقَارٍ وَعَبْدٍ وَفَرَسٍ مَعْرُوفَاتٍ

يقضي بها إذا عاد إلى محل ولايته جزماً كما قاله الإمام والغزالي. ولا يتخرج على القضاء بالعلم، وهو قضية كلام الرافعي هنا، والفرق أن قوله في محل ولايته حكمت بكذا يحصل للسامع به علم بالحكم، لأنه صالح للإنشاء في تخريجه على القضاء بالعلم، بخلاف سماع الشهادة، فإن الإخبار به لا يحصل علماً بوقوعه فتعين أن يسلك به مسلك الشهادة فاخص سماعها بمحل الولاية.

(ولو ناداه) وهما كائنان (في طرفي ولايتهما) أي قال قاضي بلد الحاضر وهو في طرف ولايته لقاضي بلد الغائب في طرف ولايته: حكمت بكذا على فلان الذي يبلدك؛ (أمضاه) أي نفذه لأنه أبلغ من الشهادة والكتابة في الاعتماد عليه. وكذا لو كان في البلد قاضيان وقال أحدهما للآخر: إني حكمت بكذا، فإنه يمضيه إذا أخيره به نائبه في البلد وعكسه. (وإن اقتصر) القاضي الكاتب (على سماع بيعة) بلا حكم، (كتب) بها إلى بلد الغائب فيقول في كتابه له: (سمعت بيعة على فلان) ابن فلان ويصفه بما يميزه به بكذا وكذا ليتولى المكتوب إليه الحكم عليه. (ويسميا القاضي) الكاتب حتماً ويرفع في نسبها (إن لم يعدلها) ليبحث المكتوب إليه عن عدلتها وغيرها حتى يحكم بها، (وإلا) بأن عدلها (فالأصح جواز ترك التسمية) للبيعة، ويأخذ القاضي المكتوب إليه اكتفاء بتعديل القاضي الكاتب لها من غير إعادة تعديلها كما قال الرافعي إنه القياس، وصوبه المصنف؛ كما يستغنى عن تسمية الشهود. والثاني: المنع؛ لأن الآخر إنما يقضي بقولهم.

تنبيه: لو أقام الخصم بيعة بجرح الشهود قدمت على بيعة التعديل وللمدعى عليه الاستمهال ثلاثة أيام ليقم بيعة الجرح، وكذا لو قال أبرأني أو قضيت الحق واستمهال لقيام البيعة، فلو قال: أمهلوني حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم فلاني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك، أو قال: لي بيعة هناك دافعة؛ لم يمهل، بل يؤخذ الحق منه، فإن أثبت جرحاً أو دفعاً استرد. وجميع ما سبق حيث الحججة شاهدان، فإذا كانت شاهداً ويميناً أو يميناً مردودة وجب بيانها، فقد لا يكون ذلك حجة عند المنهي إليه.

(والكتاب) أو الإنهاء بدونه (بالحكم يمضي مع قرب المسافة) وبعدها كما في المحرر وغيره لفهمه بطريق الأولى. (و) الكتاب (بسماع البيعة) فقط (لا يقبل على الصحيح إلا في مسافة قبول شهادة على شهادة) وهي كما سيأتي ما فوق مسافة العدوى المعتبرة بأنها التي يرجع منها المبكر لموضعه ليلاً لا المعتبرة بمسافة القصر على الصحيح. والثاني: يقبل مع قرب المسافة أيضاً. وفارق على الأول الإنهاء بالحكم لأن الحكم قد تم ولم يبق إلا الاستيفاء بخلاف سماع الحججة، إذ يسهل اختصارها مع القرب والعبارة في المسافة بما بين القاضيين، لا بما بين القاضي المنهي والغريم.

فصل: في بيان الدعوى بعين غائبة أو غيرها وسماع البيعة والحكم بها: إذا (ادعى) عند قاض (عيناً غائبة عن البلد) سواء أكانت في محل ولايته أم لا، (يؤمن اشتباهها) بغيرها (كعقار وعبد وفرس معروفات) بالشهرة.

سَمِعَ بَيِّنَتَهُ وَحَكَمَ بِهَا وَكَتَبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ لِيُسَلِّمَهُ لِلْمُدْعِي وَيَعْتَمِدُ فِي الْعَقَارِ حُدُودَهُ .
أَوْ لَا يُؤْمَنُ فَلَا أَظْهَرُ سَمَاعَ الْبَيِّنَةِ ، وَيُبَالِغُ الْمُدْعِي فِي الْوَصْفِ وَيَذْكُرُ الْقِيَمَةَ ، وَأَنَّهُ لَا يَخْكُمُ
بِهَا بَلَّ يَكْتُبُ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَالِ بِمَا شَهِدَتْ بِهِ فَيَأْخُذُهُ وَيَبْعَثُهُ إِلَى الْكَاتِبِ لِيَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ ؛

تنبيه : لو عبر كالمحرر والروضة بمعرفين بتغليب العاقل على غيره كان أولى، ولكنه غلب غير العاقل الأكثر على العاقل الأقل . وجواب الشرط المقدر قوله : (سمع) القاضي (ببيئته وحكم بها وكتب) بذلك (إلى) قاضي بلد المال ليسلمه) أي المدعى به، (للمدعي) بعد ثبوت ذلك عنده كما في نظيره من الدعوى على الغائب . ولا فرق في مسائل الفصل بين حضور المدعى عليه وغيبته، وإنما أدخله المصنف في الباب نظراً لغيبته المحكوم به، ولا بين كون المدعى به في محل ولاية القاضي أو خارجاً عنها كما أن قضاءه ينفذ على الخارج عن محل ولايته إذا قامت البيئته بنسبه وصفته . قال الإمام : وعلى هذا قال العلماء بحقائق القضاء : قاضي قرية ينفذ قضاؤه على بقاع الدنيا في دائرة الآفاق ويقضي على أهل الدنيا . (ويعتمد) المدعي (في) دعوى (العقار) الذي لم يشتهر، (حدوده) الأربعة ليتميز .

تنبيه : محل ذكر حدوده كلها إذا لم يعلم بأقل منها، وإلا اكتفى بما يعلم به منها كما يؤخذ مما أفنى به القفال وغيره . ويجب ذكر البقعة والسكة، وهل هو في أولها أو آخرها أو وسطها، وغير ذلك مما يتميز به العقار . ولا يجب ذكر القيمة لحصول التمييز بدونها . هذا كله إذا توقف التعريف على الحدود، فلو حصل التعريف باسم وضع لها لا يشاركها فيه غيرها كدار الندوة بمكة كفى كما جزم به الماوردي في الدعاوى . وإن ادعى أشجاراً في بستان ذكر حدوده التي لا يتميز بدونها وعدد الأشجار ومحلها من البستان وما تتميز به عن غيرها، والضابط التمييز . (أو) كان المدعى به عيناً غائبة عن البلد، (لا يؤمن) اشتباهها بخير المعروف من العبيد والدواب وغيرها؛ (فالأظهر سماع البيئته) على صفتها مع غيبتها وهي غائبة اعتماداً على الصفات؛ لأن الصفة تميزها عن غيرها، والحاجة داعية إلى إقامة الحجج عليها كالعقار . والثاني : المنع؛ لأن الصفات تشابه . (و) على الأظهر (يبالغ المدعي في) استقصاء (الوصف) للمدعى به المثلي قدر ما يمكنه، (ويذكر القيمة) في المتقوم وجوباً فيهما، ويندب أن يذكر فيه المثلي وأن يبالغ في وصف المتقوم .

تنبيه : ما قررت به كلام المصنف هو ما في الروضة وأصلها هنا، وما ذكره كالروضة وأصلها في الدعاوى من وجوب وصف العين بصفة السلم دون قيمتها مثلية كانت أو متقومة هو في عين حاضرة بالبلد يمكن إحضار مجلس الحكم . وبذلك اندفع قول بعضهم إن كلامهما هنا يخالف ما في الدعاوى، وقال البلقيني مع اعتماده ما في الدعاوى : كلام المتن في غير النقد، أما هو فيعتبر فيه ذكر الجنس والنوع والصحة والتكسير . (و) الأظهر (أنه) إذا سمع بيئته الصفة (لا يحكم بها) لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد، والحاجة تندفع بسماع البيئته والمكاتبة بها .

تنبيه : هذا معطوف على الأظهر كما قدرته في كلامه؛ أي إذا قلنا بسماع البيئته، ففي الحكم بها قولان، أظهرهما لا يحكم بها لما مر، والثاني : يحكم ولا نظر إلى خطر الاشتباه .

ثم فرع المصنف على الأظهر فقال : (بل يكتب إلى قاضي بلد المال بما شهدت) تلك البيئته (به فيأخذ) أي ينزع القاضي المكتوب إليه المدعى به من يد المدعى عليه إذا وجده بالصفة التي تضمنها الكتاب، (ويبعثه إلى) القاضي (الكااتب ليشهدوا) أي الشهود أولاً (على عينه) أي المدعى به ليحصل اليقين .

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُسَلَّمُهُ إِلَى الْمُدْعَى بِكَفَيْلٍ بِيَدَيْهِ. فَإِنْ شَهِدُوا بِعَيْنِهِ كَتَبَ بِبَرَاءَةِ الْكَفَيْلِ، وَإِلَّا فَعَلَى الْمُدْعَى مُؤَنَّةُ الرَّدِّ، أَوْ غَائِبَةٌ عَنِ الْمَجْلِسِ لِأَنَّ الْبَلَدَ أَمْرَ بِإِحْضَارِ مَا يُمَكِّنُ إِحْضَارَهُ لِيَشْهَدُوا بِعَيْنِهِ، وَلَا تُسْمَعُ شَهَادَةٌ بِصِفَةِ.

تنبيه: ظاهر كلامه كالمحرر تفريع هذه المسألة على عدم الحكم بسماع بيعة الصفة، لكن الذي في الروضة أنه يكتب بما جرى عنده من مجرد قيام البيعة أو مع الحكم إن جوزناه في طريقه، قولان.

(والأظهر أنه) أي المكتوب إليه (يسلمه إلى المدعي) بعد أن يحلفه كما قال الزركشي إن المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي. ويجب أن يكون التسليم (بكفيل بيده) أي المدعى احتياطاً للمدعى عليه حتى إذا لم تعينه البيعة طوالب برده. وقيل: لا يكفله بيده، بل يكفله بقيمة المال. ويسن أن يختم على العين حين تسليمها بختم لازم لثلاث تبدل بما يقع به اللبس على الشهود، فإن كان رقيقاً جعل في عنقه قلادة وختم عليها، وأخذ الكفيل واجب. والختم مستحب؛ والمقصود من الختم أن لا تبدل المأخوذة، فإن كانت الدعوى بأمة تحرم خلوة المدعى بها بعثها مع أمين في الرفقة كما استحسنة الرافعي وقال في الروضة إنه الصحيح أو الصواب، لتقوم البيعة بعينها.

تنبيه: محل ما ذكره من البعث حيث لم يُبَدِّ الخضم دافعاً، فإن أبداه بأن أظهر عيناً أخرى مشاركة في الاسم والصفة المذكورة فكما مر في المحكوم عليه.

(فإن) ذهب الشهود إلى القاضي الكاتب، و (شهدوا) عنده (بعينه) أي المدعى به حكم به للمدعي وسلمه إليه، و (كتب) إلى قاضي بلد المال (ببراءة الكفيل) ولا يحتاج إلى إرساله مرة ثانية. (وإلا) بأن لم يشهدوا على عينه (فعلى المدعي مؤنة الرد) للمدعى به والإحضار له إلى مكانه لتعديه، ولهذا كان مضموناً عليه كما حكاه ابن الرفعة عن البندنجي. وعليه أيضاً أجرته لمدة الحيلولة إن كانت له منفعة كما قاله العراقيون لأنه عطل منفعته على صاحبه بغير حق. (أو) كان المدعى به عيناً (غائبة عن المجلس) للحكم (لا) عن (البلد أمر) بضم أوله؛ أي أمر القاضي الخصم أو من العين في يده (بإحضار ما يمكن) أي يسهل (إحضاره ليشهدوا بعينه) أي عليها ليسر ذلك، والفرق بينه وبين الغائب عن البلد بعد المسافة وكثرة المشقة. أما ما لا يمكن إحضاره كالعقار فيحده المدعي ويقيم البيعة بتلك الحدود. فإن قال الشهود: نعرف العقار بعينه لا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البيعة على عينه أو يحضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى حكم وإلا فلا. هذا إذا لم يكن العقار مشهوراً بالبلد وإلا لم يحتج إلى تحديده كما مر في العين الغائبة عن البلد. وأما ما يعسر إحضاره كالشيء الثقيل أو ما أثبت في الأرض أو ركز في الجدار وأورث قلعه ضرراً فكالعقار، فلو عبر المصنف بتيسر إحضاره دون الإمكان كان أولى ليشمل ما ذكر. ويستثنى من إطلاقه وجوب الإحضار ما لو كانت العين مشهودة للناس فإنه لم يحتج إلى إحضارها، وكذا إذا عرفها القاضي وحكم بعلمه بناءً على جواز حكمه بعلمه.

تنبيه: قضية قوله: «غائبة عن المجلس لا البلد» أن الغائبة عن البلد لا يؤمر بإحضارها وإن قربت؛ وليس مراداً، بل الغائبة عن البلد بموضع يجب الأعداء إليه كالتي في البلد لاشتراك الحالين في إيجاب الحضور كما نبه على ذلك في المطلب.

(ولا تسمع شهادة بصفة) لعين غائبة عن مجلس الحكم وإن سمعت الدعوى بها؛ لأنه إنما جاز السماع حال غيبتها عن البلد للحاجة وهي منتفية هنا كما لا تسمع في غيبة المدعى عليه عن المجلس لا البلد، بل إن

وَإِذَا وَجَبَ إِخْضَارُ فَقَالَ: «لَيْسَ بِيَدِي عَيْنٌ بِهَذِهِ الصِّفَةِ» صُدِّقَ بِيَمِينِهِ. ثُمَّ لِلْمُدَّعِي دَعْوَى الْقِيَمَةِ فَإِنْ تَكَلَّفَ فَحَلَفَ الْمُدَّعِي أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً كَلَّفَ الْإِخْضَارَ وَحَسِبَ عَلَيْهِ، وَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بِإِخْضَارٍ أَوْ دَعْوَى تَلْفٍ. وَلَوْ شَكَّ الْمُدَّعِي هَلْ تَلَفَتْ الْعَيْنُ فَيَدَّعِي قِيَمَةً، أَمْ لَا فَيَدَّعِيهَا فَقَالَ: «غَضَبَ مِنِّي كَذَا»، فَإِنْ بَقِيَ لِرِمِّهِ رَدُّهُ وَإِلَّا فَقِيَمَتُهُ سَمِعَتْ دَعْوَاهُ؛ وَقِيلَ: لَا بَلَّ يَدَّعِيهَا وَيُحْلَفُ ثُمَّ يَدَّعِي الْقِيَمَةَ. وَيَجْرِيَانِ فِيمَنْ دَفَعَ ثَوْبًا لِدَلَالٍ لِيَبِيَعَهُ.....

كان الخصم حاضراً أمر بإحضارها ليقوم البينة على عينها إن أقر باشتغال يده عليها، وحيث امتنعت الشهادة بالوصف امتنع الحكم.

تنبيه: ما جزم به من عدم السماع بالصفة ذكره في الروضة، ثم قال بعد ذلك: ولو شهدوا أنه غضب عبداً بصفة كذا فمات العبد استحق بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة. وهذا ما عزاه الراقعي لصاحب العدة، قال ابن شعبة: وهو مخالف لكلامهما الأول.

(وإذا وجب إحضار) الشيء المدعى ولا بينة لدعيه (فقال) المدعى عليه: (ليس بيدي عين بهذه الصفة، صدق بيمينه) على حسب جوابه؛ لأن الأصل عدم عين تحت يده بهذه الصفة. (ثم) بعد حلفه يجوز (للمدعي دعوى القيمة) لاحتمال أنها هلكت.

تنبيه: ظاهر كلامه أنه يدعي القيمة مطلقاً وليس مراداً، بل إنما يدعي القيمة فيما إذا كانت متقومة، فإن كانت مثلية ادعى المثل لأنه يضمن به.

(فإن نكل) المدعى عليه عن اليمين (فحلف المدعي، أو) لم ينكل، بل (أقام) المدعي (بينته) حين إنكاره بأن العين الموصوفة كانت بيده، (كلف الإحضار) للمدعي به ليشهد الشهود على عينه كما سبق.

(و) إن امتنع ولم يبد عذراً (حبس عليه) أي الإحضار، لأنه امتنع من حق واجب عليه. (ولا يطلق) من الحبس (إلا بإحضاره) المدعى به؛ لأنه عين ما حبس عليه. (أو دعوى تلف) له فيصدق بيمينه، وإن ناقض قوله الأول للضرورة، لأنه قد يكون صادقاً، ولأننا لو لم نقبل قوله لخلد عليه الحبس.

تنبيه: هذا إذا أطلق دعوى التلف أو أسندها إلى جهة خفية كسرقة، أما لو أسندها إلى سبب ظاهر، فالوجه كما قاله الأذرعى تكليفه البينة على وجود السبب كما مر في الوديعه، ثم يصدق في دعوى التلف به بيمينه، ثم ما ذكره المصنف فيمن جزم بالدعوى.

(و) حينئذ (لو شك المدعي) على من غضب عيناً منه؛ أي تردد: بأن تساوى عنده الطرفان أو رجح أحدهما، (هل تلفت العين) المدعى بها (فيدعي قيمة) عينها إن كانت متقومة، أو مثلاً إن كانت مثلية. (أم لا فيدعيها) أي العين نفسها (فقال) في صفة دعواه: (غضب مني) فلان (كذا فإن بقي لزمه رده) إلي (وإلا فقيمته) إن كان متقوماً أو مثله إن كان مثلياً يلزمه؛ (سمعت دعواه) مع التردد للحاجة. ثم إن أقر بشيء فذاك، وإن أنكر حلف أنه لا يلزمه رد العين ولا بد لها. فإن نكل، فهل يحلف المدعي على التردد أو يشترط التعيين؟ وجهان، أوجههما كما قال شيخنا الأول. (وقيل لا) تسمع دعواه على التردد، (بل يدعيها) أي العين (ويحلفه) عليها (ثم) بعد حلفه (يدعي القيمة) أو المثل ويحلفه على ذلك، (ويجريان) أي هذان الوجهان (فيمن دفع ثوباً لدلال لبيعه)

فَجَحَدَهُ وَشَكَ هَلْ بَاعَهُ فَيَطْلُبُ الثَّمَنَ، أَمْ أَتْلَفَهُ فَيَقِيمَتُهُ، أَمْ هُوَ بَاقٍ فَيَطْلُبُهُ حَيْثُ أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ فَثَبَّتْ لِلْمُدْعَى؛ أَسْتَقَرَّتْ مُؤَنَّتُهُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَهِيَ، وَمُؤَنَةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُدْعَى.

٦ - فصل: في الغائب المحكوم عليه

الْغَائِبُ الَّذِي تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ وَيَحْكُمُ عَلَيْهِ مِنْ بِمَسَافَةِ بَعِيدَةٍ؛ وَهِيَ الَّتِي لَا يَزْجَعُ مِنْهَا مُبَكَّرٌ إِلَى مَوْضِعِهِ لَيْلًا، وَقِيلَ: مَسَافَةٌ قَصْرٌ. وَمَنْ بِقَرِيبَةٍ كَحَاضِرٍ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ وَيُحْكَمُ بِغَيْرِ حُضُورِهِ إِلَّا لِتَوَارِيهِ أَوْ تَعَزُّزِهِ.

فطالبه به (فجحدته) الدلال (وشك) الدافع (هل باعه) الدلال (فيطلب) منه الثمن (أم أتلفه فقيمته) يطلبها (أم هو باق فيطلبه) منه، فعلى الأصح السابق يدعي على الدلال رد الثوب أو ثمنه إن باعه أو قيمه إن أتلفه، ويحلف الخصم ميمناً واحدة أنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته. وعلى الثاني يدعي العين في دعوى، والثمن في أخرى، والقيمة في أخرى؛ فإذا نكل المدعى عليه حلف ثلاثة أيمان، فإن نكل حلف المدعي على التردد على الأوجه كما مر. قال البلقيني: وقد يكون الدلال باعه ولم يسلمه ولم يقبض الثمن والدعوى المذكورة ليست جامعة لذلك، والقاضي إنما يسمع الدعوى المترددة حيث اقتضت الإلزام على كل وجه، فلو أتى ببقية الاحتمالات لم يسمعها الحاكم فإن فيها ما لا إلزام به؛ قال: ولم أر من تعرض لذلك. وإذا حضر الغائب عن المجلس (حيث أوجبنا) على المدعى عليه (الإحضار) للمدعى به فأحضره (فثبت للمدعي استقرت مؤنته) أي الإحضار (على المدعى عليه) لتعديه، (وإلا) بأن لم يثبت للمدعى (فهي) أي مؤنة الإحضار (ومؤنة الرد) للمال إلى محله (على المدعي) لتعديه؛ قال الزركشي: ولا أجرة عليه لمدة الحيلولة، بخلافه في الغائب عن البلد كما مر.

تنبيه: لو تلف المال في الطريق بانهدام دار ونحوه، قال في المطلب: لم يضمه المدعي بلا خلاف.

فصل: في ضابط الغائب المحكوم عليه، وبيان غيبته المشترطة في الحكم عليه وما يذكر معه: (الغائب الذي تسمع البينة) عليه (ويحكم عليه) بموجبها (من) هو كائن (بمسافة بعيدة، وهي التي لا يرجع منها مبكر إلى موضعه) لذي بكر منه (ليلاً) بعد فراغ المحاكم كما بينه البلقيني، لما في إيجاب الحضور عليه من المشقة الحاصلة بمفارقة الأهل والوطن في الليل. قال البلقيني: وتعبير المصنف غير مستقيم؛ لأن قوله «منها» يعود على المسافة البعيدة، والمسافة البعيدة ليست التي لا يرجع منها، بل التي لا يصل إليها ليلاً من يخرج بكرة من موضعه إلى بلد الحاكم. قال بعضهم: ولو قال مبكر منها لاستقام، وهو مراده.

تنبيه: قوله «ليلاً» يريد أوائل الليل، وهو القدر الذي ينتهي به سفر الناس غالباً. (وقيل) هي (مسافة قصر) لأن الشارع اعتبرها في مواضع فما دونها في حكم الحاضر. (ومن بقريبة) وهي دون البعيدة بوجهها حكمة (كحاضر) في البلد (فلا تسمع بينته) عليه، (و) لا (يحكم) عليه (بغير حضوره أو تعززه) وعجز القاضي حينئذ عن إحضاره بنفسه وبأعوان السلطان، فتسمع البينة عليه حينئذ ويحكم عليه بغير حضوره وبغير نصب وكيل ينكر عنه لتعذر الوصول إليه كالغائب وإلا اتخذ الناس ذريعة إلى إبطال الحق. وهل يحلف له المدعي يمين الاستظهار كالغائب أو لا لقدرته على الحضور؟ وجهان صحح منهما البلقيني الأول؛ لأن هذا احتياط للقضاء، فلا يمنع منه ذلك، وجزم صاحب العدة والماوردي والرويانى بالثاني، وهو أوجه كما صححه الأذرعى وغيره.

وَالْأَظْهَرُ جَوَازُ الْقَضَاءِ عَلَى غَائِبٍ فِي قِصَاصٍ وَحَدِّ قَذْفٍ وَمَنْعُهُ فِي حَدِّ لِّلَّهِ تَعَالَى . وَلَوْ سَمِعَ بَيِّنَةً عَلَى غَائِبٍ فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ لَمْ يَسْتَعِدَّهَا بَلْ يُخَيِّرُهُ وَيُمْكِنُهُ مِنْ جَرْحٍ ، وَلَوْ عُزِلَ بَعْدَ سَمَاعِ بَيِّنَةٍ ثُمَّ وُلِّيَ وَجِبَتْ الْإِسْتِعَادَةُ . وَإِذَا اسْتُعِدِّيَ عَلَى حَاضِرٍ بِالْبَلَدِ أَخْضَرَهُ

تنبيه: هذا كله إذا كان الخصم الخارج عن البلد في محل ولاية القاضي، فإن كان خارجاً عنها فالبعد والقرب على حد سواء، فيجوز أن تسمع الدعوى عليه، ويحكم ويكتب كما قاله الماوردي وغيره.

(والأظهر) وعبر في الروضة بالمشهور، (جواز القضاء على غائب في) عقوبة لآدمي، نحو (قصاص وحدّ قذف) لأنه حق آدمي فأشبهه المال (ومنعه في حد لله تعالى) أو تعزير له؛ لأن حق الله تعالى مبني على المسامحة والدرء لاستغناؤه تعالى، بخلاف حق الآدمي، فإنه مبني على التضييق لاحتياجه. والثاني: المنع مطلقاً؛ لأن ذلك يسمى في دفعه ولا يوسع بابه. والثالث الجواز مطلقاً كالأموال، وما اجتمع فيه حق لله تعالى ولآدمي.

(ولو سمع) قاض (بينة على غائب فقدم) أو على صبي فيبلغ عاقلاً أو على مجنون فأفاق (قبل الحكم) في الجميع، (لم يستعدها) أو لا يجب عليه أن يستعيدها، بخلاف شهود الأصل إذا حضروا بعد شهادة شهود الفرع، وقبل الحكم لا تقضى بشهادتهم لأنهم بدل ولا حكم للبدل مع وجود الأصل. (بل يخيره) أي من ذكر بالحال، (ويمكنه) بعد ذلك من (جرح) فيها وما يمنع شهادتها عليه كعداوة ويمهل لذلك ثلاثة أيام. وأما بعد الحكم فهو على حجة بالأداء والإبراء والجرح يوم الشهادة، لأنه إذا أطلق الجرح احتمل حدوثه بعد الحكم كما قاله؛ ولا معنى لاشتراطه يوم الشهادة، بل لو جرحها قبلها ولم تَمْضِ مدة الاستبراء فكذلك، فإن مضت لم يؤثر الجرح كما صرح به الماوردي. قال الأذرعى: والظاهر أنه لا عبرة ببلوغ الصبي سفيهاً لدوام الحجر عليه كما لو بلغ مجنوناً. (ولو عزل) قاض (بعد سماع بينة، ثم وُلِّيَ وجبت الاستعادة) قطعاً، ولا يحكم بالسماع الأول لبطلانه بالعزل.

تنبيه: لو خرج عن محل ولايته ثم عاد فله الحكم بالسماع الأول على الصحيح لبقاء ولايته.

ثم استطرد المصنف لذكر ما لا يختص بهذا الباب فقال: (وإذا استعدي) بالبناء للمفعول من أَعْدَى يُعْدِي: أي يزيل العدوان، وهو الظلم، كأشكاه أزال شكواه. (على) خصم صالح لسماع الدعوى والجواب عنها، (حاضر بالبلد) أي طلب من القاضي إحضاره ولم يعلم القاضي كذبه كما قاله الماوردي وغيره، سواء عرف أن بينهما معاملة أم لا. (أحضره) وجوباً إقامة لشعار الأحكام ولزومه الحضور رعاية لمراتب الحكام. وقال ابن أبي الدم: إذا استحضره القاضي وجب عليه الإجابة لا أن يوكل أو يقضي الحق إلى الطالب اهـ. وهذا ظاهر. وعن ابن سريج أنه يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلس الحكم؛ والمذهب أنه لا فرق. ويستثنى من وجوب الإحضار من وقعت الإجارة على عينه وكان يتعطل بحضوره مجلس الحكم حق المستأجر؛ ذكره السبكي في التفليس من شرحه على المهذب وأخذه من قول الغزالي بعدم حبس من وقعت الإجارة على عينه، وقال: لا يعترض بانفاق الأصحاب على إحضاره البرزة، وإن كانت متزوجة أو حبسها؛ لأن الإجارة لها أمد ينتظر، وهو انقضاء المدة بخلاف النكاح. وفي الزوائد عن العدة أن المستعدي عليه إذا كان من أهل الصيانة والمروءة وتوهم الحاكم أن المستعدي يقصد ابتذاله وأذاه لا يحضره، ولكن ينفذ إليه من يسمع الدعوى تنزيلاً لسيانته منزلة المخدرة. وجزم به سليم في التقريب ويوم الجمعة كغيره في إحضار الخصم؛ لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى تفرغ الصلاة بخلاف اليهودي يوم السبت، فإنه يحضره ويكسر عليه سبته. قال الزركشي: ويقاس

بِدْفَعِ خَتْمِ طِينِ رَطْبٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ بِمُرْتَبٍ لِذَلِكَ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ بِلَا عُدْرٍ أَخْضَرَهُ بِأَعْوَانِ السُّلْطَانِ وَعَزَّرَهُ.

عليه النصراني في الأحد؛ أما إذا ادعاه الخصم إلى حاكم من غير رفع فقال الإمام: لا يلزمه الحضور، بل الواجب أداء الحق إن كان عليه. وفي الحاوي والمهذب والبيان الحضور مطلقاً لظاهر قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾^(١) الآية. وحمل ابن أبي الدم الأول على ما إذا قال: «لي عليك كذا فاحضر معي إلى الحاكم»، فلا يلزمه الحضور وإنما عليه وفاء الدين، والثاني على ما إذا قال: «بيني وبينك محاكمة» ولم يعلمه بها ليخرج عنها فيلزمه الحضور اهـ. وكلام الإمام أظهر. ويحضر القاضي الخصم المطلوب إحضاره لمجلس الحكم، (بدفع ختم) أي مختوم (طين رطب أو غيره) للمدعي بعرضه على الخصم، وليكن نقش الختم: أجب القاضي فلاناً؛ وكان هذا أولاً عادة قضاء السلف، ثم هجر واعتاد الناس الآن الكتابة في الكاغد؛ وهو أولى. (أو) أخضره إن لم يجب بما مر (بمرتب لذلك) من الأعوان بباب القاضي يسمون في زماننا بالرسل صيانة للحقوق، ومؤنة العون على الطالب إن لم يرزق من بيت المال.

تنبيه: ظاهر كلامه التخيير بينهما وليس مراداً، ولذا قدرت في كلامه: إن لم يجب بما مر؛ ففي تعليق الشيخ أبي حامد أنه يرسل الختم أولاً، فإن لم يحضر بعث إليه العون. قال البلقيني: وفيه مصلحة لأن الطالب قد يتضرر بأخذ أجرته منه، أي فإن أجرة العون عليه إن لم يرزق من بيت المال كما مر. نعم ينبغي كما قال شيخنا أن يكون مؤنة من أخضره عند امتناعه الحضور يبعث الختم على المطلوب أخذاً مما يأتي، وفي الحاوي للقاضي أن يجمع بين ختم الطين والمرتب إن أدى اجتهاده من إليه من قوة الخصم وضعفه.

(فإن امتنع) المطلوب من الحضور (بلا عذر) أو سوء أدب بكسر الختم ونحوه، ولو بقول العون الثقة؛ (أخضره) وجوباً (بأعوان السلطان) وعليه حينئذ مؤنتهم لامتناعهم. (وعززه) بما يراه ممن ضرب أو حبس أو غيره. وله العفو عن تعزيره إن رآه، فإن اختفى نودي بإذن القاضي على باب داره أنه إن لم يحضر إلى ثلاثة أيام سُمّر بابه أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاث وطلب الختم سمره أو ختمه إجابة إليه إن تقرر عنده أنها داره، ولا يرفع المسمار ولا الختم إلا بعد فراغ الحكم. والظاهر كما قال الأذرعى أن محلّ التسمير أو الختم إذا كان لا يأويها غيره، وإلا فلا سبيل إلى ذلك ولا إلى إخراج من فيها. فإن عرف موضعه بعث إليه النساء ثم الصبيان ثم الخصيان بها جمون الدار ويفتشون عليه ثم يبعث معهم عدلين كما قاله ابن القاص وغيره؛ فإذا دخلوا الدار وقف الرجال في الصحن وأخذ غيرهم في التفتيش. قالوا: ولا هجوم في الحدود إلا في حدّ قاطع الطريق. قال الماوردي: وإذا تعذر حضور بعد هذه الأحوال حكم القاضي بالينة. وهل يجعل امتناعه كالنكول في رده اليمين؟ الأشبه نعم؛ لكن لا يحكم عليه بذلك إلا بعد إعادة النداء على بابه ثانياً بأنه يحكم عليه بالنكول، فإذا امتنع من الحضور بعد النداء الثاني حكم بنكوله. وإن امتنع من الحضور لعذر كخوف ظالم أو حبسه أو مرض بعث إليه نائبه ليحكم بينه وبين خصمه، أو وكل المعذور من يخاصم عنه؛ ويبعث القاضي إليه من يحلفه إن وجب تحليفه. قال في المهمات: ويظهر أن هذا في غير معروف النسب. أو لم يكن عليه بيعة، وإلا سمع الدعوى والبيعة وحكم عليه لأن المرض كالغيبية في سماع شهادة الفرع فكذا في الحكم عليه؛ قال: وقد صرح بذلك البغوي.

(١) سورة النور، الآية: ٥١.

أَوْ غَائِبٍ فِي غَيْرِ وَلَايَتِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِحْضَارُهُ. أَوْ فِيهَا وَلَهُ هُنَاكَ نَائِبٌ لَمْ يُحْضَرْهُ بَلْ يَسْمَعُ بَيِّنَةً وَيَكْتُبُ إِلَيْهِ.

أَوْ لَا نَائِبٍ، فَالْأَصْحَحُ يُحْضَرُهُ مِنْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى فَقَطْ، وَهِيَ الَّتِي يَرْجِعُ مِنْهَا مُبَكَّرًا لَيْلًا، وَأَنَّ الْمُخَدَّرَةَ لَا تُحْضَرُ،

(أو) كان الاستعداد على (غائب في غير) محل (ولايته) أي القاضي، (فليس له إحضاره) لأنه لا ولاية له عليه، ولو استحضره لم يلزمه إجابته، بل يسمع الدعوى والبينة ثم إن شاء أنهى السماع وإن شاء حكم بعد تحليف المدعي على ما سبق وإن كانت في مسافة قريبة كما مر عن الماوردي.

(أو) على غائب (فيها) أي في محل ولايته (وله هناك نائب لم يحضره) القاضي لما في إحضاره من المشقة مع وجود الحاكم هناك؛ (بل يسمع بيته) عليه بذلك (ويكتب) بسماعها (إليها) أي نائبه ليحكم بها لإمكان الفصل بهذا الطريق فلا يكلف الحضور.

تنبيه: ظاهر كلامه كالروضة وأصلها أنه لا فرق بين أن يكون على مسافة قريبة أو بعيدة؛ وليس مراداً، بل محل ذلك إذا كان فوق مسافة العدوى لما مر أن الكتاب بسماع البينة لا يقبل في مسافة العدوى.

(أو لا نائب) له هناك؛ (فالأصح يحضره من مسافة العدوى فقط) لكن بعد تحيّر الدعوى وصحة سماعها. (وهي التي يرجع منها مبكر) إلى موضعه (ليلاً) سميت بذلك لأن القاضي يعدي لمن طلب خصماً منها لإحضار خصمه؛ أي يقويه أو يعينه. والثاني: إن كان دون مسافة القصر أحضره وإلا فلا؛ لأن ما دون مسافة القصر حكم الحاضر في مسائل كثيرة. والثالث: يحضره وإن بعدت المسافة؛ وهذا ما اقتضى كلام الروضة وأصلها ترجيحه وعليه العراقيون، ورجحه ابن المقري؛ لأن عمر رضي الله عنه استدعى المغيرة بن شعبة في قضية من البصرة إلى المدينة، ولثلاث يتخذ السفر طريقاً لإبطال الحقوق؛ ومع هذا فالأوجه ما في المتن، وليس في قضية عمر رضي الله تعالى عنه أنه أحضره بغير اختياره، ولما في ذلك من المشقة في إحضاره، ويبعث القاضي إلى بلد المطلوب.

تنبيه: محلّ إحضاره إذا لم يكن هناك نائب وما لم يكن هناك من يتوسط ويصلح بينهما، فإن كان لم يحضره بل يكتب إليه أن يتوسط ويصلح بينهما. واشترط ابن الرفعة وابن يونس فيه أهلية القضاء، ولم يشترطه الشيخان. وقال الشيخ عماد الدين الحسيني: يتجه أن يقال إن كانت القضية مما تنفصل بصلح فيكفي وجود متوسط مطاع يصلح بينهما، وإن كانت لا تنفصل بصلح فلا بد من صالح للقضاء في تلك الواقعة ليفوض إليه الفصل بينهما بصلح أو غيره اهـ. وهذا لا بأس به. وقول المصنف: «ليلاً» يتناول أول الليل ووسطه وآخره. قال في المهمات: وليس كذلك بل الضابط أن يرجع قبل الليل؛ كذا ذكره الأصحاب، وكما هو في أصل الروضة في النكاح في سوابل الولاية اهـ.

ثم استثنى المصنف في المعنى من قولهم: «لا تسمع البينة على حاضر» قوله: (و) الأصح (أن المخدرة) الحاضرة (لا تحضر) للدعوى، بضم أوله وفتح ثالثة مضارع أحضر: أي لا تكلف الحضور للدعوى عليها صرفاً للمشفقة عنها كالمريض؛ لأنه ﷺ قال: «أَعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا، فَإِنْ اخْتَرَفَتْ فَارْجِعْهَا»^(١) فلم يطلبها لكونها

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الوكالة، باب: الوكالة في الحدود (الحديث: ٢٣١٤) وأخرجه أيضاً في كتاب: الصلح، باب: إذا اصطلحوا على صلح جور (الحديث: ٢٦٩٥) وأيضاً في كتاب: الحدود، باب: الاعتراف بالزنا (الحديث: ٦٨٢٧) =

وَهِيَ مَنْ لَا يَكْثُرُ خُرُوجُهَا لِحَاجَاتٍ.

مخدرة، ورجم الغامدية ظاهراً لكونها برزة. كذا استدل به، ونظر فيه. ولا تكلف أيضاً الحضور للتخليف إن لم يكن في اليمين تغليظ بالمكان، فإن كان أحضرت على الأصح في الروضة في الباب الثالث من الدعوى؛ بل توكل أو بيعت القاضي إليها نائبه فتجيب من وراء الستر إن اعترف الخصم أنها هي، أو شهد اثنان من محارمها أنها هي، وإلا تلفعت بنحو ملحفة وخرجت من الستر إلى مجلس الحكم؛ وعند الحلف تحلف في مكانها.

(وهي) أي المخدرة (من لا يكثر خروجها لحاجات) متكررة كسواء خبز وأقط وبيع غزل ونحوها بأن لم تخرج أصلاً إلا لضرورة أو لم تخرج إلا قليلاً لحاجة كزيارة وحمام وعزاء. والوجه الثاني: أنها تحضر كغيرها، وبه جزم القفال في فتاويه، وغير المخدرة وهي البرزة. بفتح الباء الموحدة - يحضرها القاضي، لكن يبعث إليها محرماً لها أو نسوة ثقات لتخرج معهم بشرط أمن الطريق كما جرى عليه ابن المقري وصاحب الأنوار.

تنبيه: لو كانت برزة ثم لزم التخذير قال القاضي الحسين في فتاويه: حكمها حكم الفاسق يتوب، فلا بد من مُضَيِّ سنة في قول، أو ستة أشهر في قول اهـ. وفرق الأذري بين المخدرة برفعة بعلمها وغيرها؛ قال ابن شهية: وهو المتجه، قال: وليس للتخدير أصل في الشرع اهـ. ولو اختلفا في التخدير ففي فتاوى القاضي أن عليها البينة. وقال الماوردي والرويانى: إن كانت من قوم الأغلب من حال نسايتهم التخدير صدقت بيمنتها، وإلا صدق بيمنتها؛ أي حيث لا بينة لهما، وهذا أولى.

خاتمة في مسائل مثورة مهمة: للقاضي أن يشهد في محل ولايته على كتاب حكم كتبه في غير محل ولايته، وليس له أن يشهد في غير محل ولايته على كتاب حكم كتبه في محل ولايته، والحكم كالإشهاد بخلاف الكتابة لا بأس بها؛ وقول المحكوم عليه الموكل في الخصومة: «كنت عزلت وكيلي قبل قيام البينة» لا يبطل الحكم، لأن القضاء على الغائب جائز، بخلاف المحكوم له إذا قال ذلك يبطل الحكم لأن القضاء للغائب باطل. وليس لمن تحمّل شهادة بكتاب حكمي أرسله به القاضي الكاتب إلى قاضي بلد الغائب وخرج به أن يتخلف في الطريق عن القاضي المقصود إلا إن أشهد على شهادته بأن أشهد على نفسه شاهدين يحضران بالكتاب ويشهدان به عند القاضي المقصود أو شهد به عند قاض فيضمينه ويكتب به للقاضي المقصود، فإن لم يجد قاضياً ولا شهوداً وطلب أجره لخروجه إلى القاضي المقصود لم يعط غير النفقة وكراء الدابة، بخلاف سؤاله الأجر قبل الخروج من بلد القاضي الكاتب فيعطاهما، وإن زادت على ما ذكر فإنه لا يكلف الخروج والقناعة بذلك؛ لأن القاضي يتمكن من إسهاد غيره، وهنا التحمل مضطر إليه. وإن استوفى المكتوب إليه الحق من الخصم وسأله الخصم الإسهاد على المدعي بذلك لزمه إجابته، ولا يلزمه أن يكتب له كتاباً؛ لأن الحاكم إنما

= (والحديث: ٦٨٢٨) وفي كتاب: الأحكام، باب: هل يجوز للحاكم أن يبعث رجلاً وحده للنظر في الأمور (الحديث: ٧١٩٣) (والحديث: ٧١٩٤) وفي كتاب: أخبار الآحاد، باب: ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق في الأذان والصلاة والصوم والفرائض والأحكام (الحديث: ٧٢٥٨) و(الحديث: ٧٢٥٩) و(الحديث: ٧٢٦٠) وأخرجه مسلم في كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنى (الحديث: ٤٤١٠) وأخرجه أبو داود في كتاب: الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي ﷺ بجمعها من جهينة (الحديث: ٤٤٤٥) وأخرجه الترمذي في كتاب: الحدود، باب: ما جاء في الرجم على الثيب (الحديث: ١٤٣٣) وأخرجه النسائي في كتاب: آداب القضاء، باب: صون النساء عن مجلس الحكم (الحديث: ٥٤٢٥) و(الحديث: ٥٤٢٦) وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الحدود، باب: حد الزنا (الحديث: ٢٥٤٩) وأخرجه الدارمي في كتاب: الحدود، باب: الاعتراف بالزنا (الحديث: ١٧٧/٢) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الحدود، باب: ما يستدل به على شرائط الاحصان (الحديث: ٢١٣/٨).

٧ - بَابُ: الْقِسْمَةِ

قَدْ يَقْسِمُ الشُّرَكَاءُ أَوْ مَنْصُوبُهُمْ أَوْ مَنْصُوبُ الْإِمَامِ. وَشَرَطُ مَنْصُوبِهِ: ذَكَرَ حُرٌّ عَدْلٌ.....

يطالب بالزام ما حكم به وثبت عنده، ولا أن يعطيه الكتاب الذي ثبت به الحق كما لا يلزم من استوفى من غريمه ماله عليه بحجة أو من باع غيره شيئاً له به حجة أن يعطيه الحجة لأنها غالباً تكون ملكه، ولأنه قد يظهر استحقاقه فيحتاج إليها. وللقاضي إقراض مال للغائب من ثقة ليحفظه في الذمة، وله بيع حيوانه لخوف هلاكه ونحوه كغصبه، وله إجارته إن أمن عليه لأن المنافع تفوت بمضي الوقت. وإذا باع شيئاً للمصلحة أو أجره بأجرة مثله ثم قدم الغائب فليس له الفسخ كالصبي إذا بلغ؛ ولأن ما فعله القاضي كان بناية شرعية. ومال من لا تُزجى معرفته للقاضي يَبَعُهُ وصرف ثمنه في المصالح وله حفظه؛ قال الأذري: والأحوط في هذه الأعصار صرفه في المصالح لا حفظه لأنه يعرضه للنهب ومد أيدي الظلمة إليه.

باب القسمة

بكسر القاف، وهي تمييز بعض الأنصاء من بعض. والقَسَامُ الذي يقسم الأشياء بين الناس؛ قال لبيد:

فَاتْفَحْ بِمَا قَسَمَ الْمَلِيكَ فَإِنَّمَا قَسَمَ الْمَعِيشَةَ بَيْنَنَا قَسَامُهَا

ووجه ذكرها في خلال القضاء أن القاضي لا يستغني عن القسامة للحاجة إلى قسمة المشتركة، بل القاسم كالحاكم فحسن الكلام في القسمة مع الأقضية. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾^(١) الآية، وخير: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»^(٢)، و«كَانَ ﷺ يَقْسِمُ الْغَنَائِمَ بَيْنَ أَرْبَابِهَا»^(٣) رواهما الشيخان. والحاجة داعية إليها لتمكين كل واحد من الشركاء من التصرف في ملكه على الكمال ويتخلص من سوء المشاركة واختلاف الأيدي.

(قد يقسم) المشترك (الشركاء) بأنفسهم لأن الحق لهم، (أو) يقسمه (منصوبهم) أي وكيلهم، (أو) منصوب الإمام) أو هو نفسه أو المحكم، لحصول المقصود بكل من ذلك.

تنبيه: لو وكل بعضهم واحداً منهم أن يقسم عليه، قال في الاستقصاء: إن وكله على أن يفرز لكل منهم نصيبه لم يجز؛ لأن على الوكيل أن يحتاط لموكله، وفي هذا لا يمكنه لأنه يحتاط لنفسه، وإن وكله على أن يكون نصيب الوكيل والموكل جزءاً واحداً جاز لأنه يحتاط لنفسه ولموكله، وإن وكل جميع الشركاء أحدهم أن يقسم عنهم ويرى فيما يأخذه بالقسمة لكل واحد منهم رأيه لم يجز، ولا يجوز حتى يوكل كل واحد منهم وكلياً عن نفسه على الانفراد.

(وشرط منصوبه) أي الإمام، (ذكر حر عدل) لأنه يلزم كالحاكم من حيث أن الحاكم ينظر في الحجة ويجتهد، ثم يلزم بالحكم كذلك القسام أيضاً مساحة وتقديراً، ثم يلزم بالإفراز لأن ذلك ولاية ومن لا يتصف بما ذكر ليس من أهل الولايات.

(١) سورة النساء، الآية: ٨.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الشركة، باب: الشركة في الأرضين وغيرها (الحديث: ٢٤٩٥) وأخرجه أيضاً في الكتاب نفسه،

باب: إذا قسم الشركاء الدور أو غيرها فليس لهم رجوع ولا شفعة (الحديث: ٢٤٩٦) وأيضاً في كتاب: الحيل، باب: في

الهبة والشفعة (الحديث: ٦٩٧٦) وأخرجه مسلم في كتاب: المساقاة، باب: الشفعة (الحديث: ٤١٠٤).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب: الجهاد، باب: في غزوة حنين (الحديث: ٤٥٩٥).

يَعْلَمُ الْمَسَاحَةَ وَالْحِسَابَ. فَإِنْ كَانَ فِيهَا تَقْوِيمٌ وَجَبَ قَاسِمَانِ، وَإِلَّا فَقَاسِمٌ، وَفِي قَوْلٍ: أَتْنَانِ. وَلِلْإِمَامِ جَعَلَ الْقَاسِمَ حَاكِمًا فِي التَّقْوِيمِ فَيَعْمَلُ فِيهِ بَعْدَئِلَيْنِ، وَيَقْسِمُ. وَيَجْعَلُ الْإِمَامُ رِزْقَ مَنْصُوبِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَجْرَتُهُ عَلَى الشَّرْكَاءِ.

تنبيه: اعتبر في المحرر التكليف، وحذفه المصنف لدخوله في العدالة كدخول الإسلام فيها. ولو قال بدل «عدل» تقبل شهادته لاستيفاد منه اشتراط السمع والبصر والنطق والضبط، إذ لا بد فيه من ذلك.

(يعلم المساحة) بكسر الميم من مسح الأرض ذرعها. وعلم المساحة يغني عن قوله: (والحساب) لاستدعائها له من غير عكس. وإنما شرط علمهما لأنهما آلة القسمة كما أن الفقه آلة القضاء، واعتبر الماوردي وغيره مع ذلك أن يكون عفيفاً عن الطمع؛ واقتضاه كلام الأم. وهل يشترط فيه معرفة التقويم أو لا؟ وجهان، أوجهما الثاني كما جرى عليه ابن المقري، وقال الإسوي: جزم باستحبابه القاضيان البندنجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم، وحينئذ فإن لم يكن عارفاً رجع إلى إخبار عدلين عند الحاجة إلى ذلك. واعتمد البلقيني الأول في قسمتي التعديل والرودون قسمة الأجزاء.

تنبيه: أنهم قول المصنف: «منصوبه» أنه لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء؛ وهو كذلك لأنه وكيل عنهم كما مر، لكن يشترط فيه التكليف إلا أن يكون فيهم محجور عليه فتعتبر فيه العدالة أيضاً، ومحكمهم كمنصوب الإمام.

(فإن كان فيها) أي القسمة (تقويم) هو مصدر قَوْمَ السلعة: قدر قيمتها؛ (وجب قاسمان) لاشتراط العدد في المقوم؛ لأن التقويم شهادة بالقيمة. (وإلا) بأن لم يكن فيها تقويم (فقاسم) واحد في الأظهر. (وفي قول) من طريق (اثنان) كالمقومين. وماخذ الوجهين أنه حاكم أو شاهد، والراجع الأول لأن قسمته تلزم بنفس قوله، ولأنه يستوفي الحقوق لأهلها. ورجح البلقيني الثاني، وقال: لم نجد نصاً صريحاً يخالفه.

تنبيه: محل الخلاف في منصوب الإمام، فلو فوّض الشركاء القسمة إلى واحد غيرهم بالتراضي جاز قطعاً كما في أصل الروضة، وظاهر كلام المصنف أنه يكفي واحد وإن كان فيها خرس؛ وهو الأصح، وإن قال الإمام القياس أنه لا بد من اثنين كالتقويم؛ لأن الخارص يجتهد ويعمل باجتهاده فكان كالحاكم، والمقوم يخبر بقيمة الشيء فهو كالشاهد. ولا يحتاج القاسم إلى لفظ الشهادة وإن وجب تعدده لأنها تستند إلى عمل محسوس.

(وللإمام جعل القاسم حاكماً في التقويم) بأن يفوض له سماع البينة فيه وأن يحكم به، (فيعمل فيه بعدلين) أي بقولهما، (ويقسم) بنفسه. وللقاضي الحكم في التقويم بعلمه كما هو الأصح في أصل الروضة، وإن اقتضى كلام المصنف خلافه. (ويجعل الإمام رزقاً منصوبه) إن لم يتبرع (من بيت المال) وجوباً إذا كان فيه سعة كما هو مقتضى كلام الرافعي، ويكون من سهم المصالح لأنه من المصالح العامة، وحكى الماوردي عن علي رضي الله عنه فعل ذلك، ولا يزداد على أجره مثله كما صرح به الدارمي. (فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان مصرف أهم من ذلك أو لم يف، (فأجرتة على الشركاء) إن طلب القسمة جميعهم أو بعضهم لأن العمل لهم، وقيل: هي على الطالب وحده؛ وليس للإمام حينئذ نصب قاسم معين، بل يدع الناس يستأجرون من شاءوا لثلاثي يغالي المعين في الأجرة أو يواطئه بعضهم فيحيف؛ كذا في أصل الروضة فيحتمل أنه حرام كما قاله القاضي حسين وأنه مكروه كما قاله الفوراني؛ والأول أوجه.

فَإِنْ اسْتَأْجَرُوهُ وَسَمَّى كُلُّ قَدْرًا لَزِمَهُ وَإِلَّا فَالْأَجْرَةُ مُوزَعَةٌ عَلَى الْحِصَصِ، وَفِي قَوْلٍ: عَلَى الرُّؤُوسِ. ثُمَّ مَا عَظَّمَ الضَّرْرُ فِي قِسْمَتِهِ كَجَوْهَرَةٍ وَثَوْبٍ نَفِيسَيْنِ وَرَوْجِي خُفٍّ إِنْ طَلَبَ الشَّرَكَاءُ كُلُّهُمْ قِسْمَتَهُ لَمْ يُجِبْهُمُ الْقَاضِي. وَلَا يَمْنَعُهُمْ إِنْ قَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ إِنْ لَمْ تَبْطُلْ مَنَفَعَتُهُ كَسَيْفٍ يُكْسَرُ

(فإن استأجروه وسمى كل) منهم (قدراً لزمه) سواء تساوا فيه أم تفاضلوا، وسواء كان مساوياً بالأجرة مثل حصته أم لا، وليستأجروا بعقد واحد كأن يقولوا: استأجرتك لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان؛ أو يوكلوا من يعقد لهم كذلك. فلو انفرد كل منهم بعقد لإفراز نصيبه وترتبوا كما قاله أو لم يترتبوا كما بحثه شيخنا صحح إن رضي الباقون، بل يصح أن يعقد أحدهم ويكون حينئذ أصيلاً ووكيلاً، ولا حاجة حينئذ إلى عقد الباقين. فإن لم يرضوا لم يصح كما قاله ابن المقري وصاحب الأنوار، وهو الظاهر؛ لأن ذلك يقتضي التصرف في ملك غيره بغير إذنه. نعم لهم ذلك في قسمة الإجماع بأمر الحاكم، وقيل: يصح وإن لم يرض الباقون، لأن كلاً عقد لنفسه؛ قال في الكفاية: وبه جزم الماوردي وغيره، وعليه نص الشافعي.

(وإلا) بأن سموا أجرة مطلقة في إجارة صحيحة أو فاسدة، (فالأجرة موزعة على) قدر (الحصص) المأخوذة، لأنها من مؤن الملك كنفقة المشترك. (وفي قول) من طريق حاكمه لقولين: الأجرة موزعة (على) عدد (الرؤوس) لأن العمل في النصيب القليل كالعمل في الكثير. وهذه طريقة ذكرها المراوغة، وطريقة العراقيين الجزم بالأول؛ قال ابن الرفعة: وهي أصح باتفاق الأصحاب؛ وصححها في أصل الروضة، إذ قد يكون له سهم من ألف سهم، فلو أُلزم نصف الأجرة لربما استوعب قيمة نصيبه، وهذا مدفوع بالمنقول. واحترننا بالمأخوذة عن الحصص الأصلية في قسمة التعديل، فإن الأجرة ليست على قدرها، بل على قدر المأخوذ قلة وكثرة، لأن العمل في الكثير أكثر منه في القليل. هذا إن كانت الإجارة صحيحة وإلا فالموزع أجرة المثل.

تنبيه: تجب الأجرة في مال الصبي وإن لم يكن له في القسمة غبطة؛ لأن الإجابة إليها واجبة والأجرة من المؤن التابعة لها. وعلى الولي طلب القسمة له حيث كان له فيها غبطة وإلا فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك أجيب وإن لم يكن للصبي فيها غبطة، وكالصبي المجنون والمحجور عليه بسفه. ولو دعا الشركاء القاسم ولم يسما له أجرة لم يستحق شيئاً، كما لو دفع شخص ثوبه لقصار ولم يسّم له أجرة أو الحاكم فله أجرة المثل. ولو استأجر جماعة كاتباً لكتابة صك كانت الأجرة على قدر حصصهم كما جزم به الرافعي آخر الشفعة.

(ثم ما) أي المشترك الذي (عظم الضرر في قسمته كجوهرة وثوب نفيسين وزوجي) أي فردي (خف) ومصراعي باب، (إن طلب الشركاء كلهم قسمته لم يجبهم القاضي) إليها جزماً، ويمنعهم منها إن بطلت منفعتها بالكلية؛ لأنه سفه. ونازع البلقيني في زوجي خف وقال: لم أجد للرافعي شاهداً من نص الشافعي ولا سلفاً في ذلك في الطريقتين، فإنه قد ينتفع بفردة الخف كأن يكون أقطع الرجل؛ وبسط الكلام في ذلك. والأصحاب لا ينظرون إلى هذه الأشياء النادرة.

(ولا يمنعمهم إن قسموا بأنفسهم إن لم تبطل منفعته) أي المقسوم بالكلية، (كسيف يكسر) لإمكان الانتفاع مما صار إليه منه على حاله، أو باتخاذة سكيناً ونحو ذلك. ولا يجيبهم إلى ذلك على الأصح لما فيه من إضاعة المال. فإن قيل: هذا مشكل لأنه إن لم يكن حراماً لم يمتنع على القاضي ذلك، وإن كان حراماً فليس له التمكين منه. أجيب بأن إتلاف المال ممنوع منه ثم جوز لأحد الشريكين رخصة لسوء المشاركة. فإن قيل أيضاً: هذا مخالف لما ذكره في البيع من أنه لا يصح بيع نصف معين من إناء وسيف ونحوهما؛ وعللوه بأنه غير

وَمَا يَنْظُرُ نَفْعُهُ الْمَقْصُودُ كَحَمَامٍ وَطَاحُونَةٍ صَغِيرَيْنِ لَا يَجَابُ طَالِبٌ قِسْمَتِهِ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ أَمَكَرَ جَعَلَهُ حَمَامَيْنِ أُجِيبَ. وَلَوْ كَانَتْ لَهُ عَشْرُ دَارٍ لَا يَصْلُحُ لِلسُّكْنَى وَالْبَاقِي لآخَرَ، فَالْأَصَحُّ إِجْبَارُ صَاحِبِ الْعَشْرِ بِطَلْبِ صَاحِبِهِ دُونَ عَكْسِهِ.

مقدور على تسليمه شرعاً. أوجب بأن شرط بيع المعين أن لا يحصل هناك نقص بسبب تسليمه، وهو لو باعه نصفاً شائعاً من ذلك جاز، ثم لهم القسمة بعد ذلك لما مر، فلا منافاة بين البابين.

(وما يبطل) بقسمته (نفعه المقصود) منه (كحمام وطاحونة صغيرين) طلب بعض الشركاء قسمة ما ذكر وامتنع بعضهم، (لإيجاب طالب قسمته) جبراً (في الأصح) لما فيه من الضرر على الآخر؛ وفي الحديث «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ»^(١) رواه مالك وغيره. والثاني: يجاب لأجل ضرر الشركة. تنبيه: في لفظ «صغيرين» تغليب الأول المذكور، فإن لفظ الحمام مذكور على الثاني المؤنث، فإن الطاحونة وهي الرّحى كما في الصحاح مؤنثة.

(فإن أمكن جعله) أي ما ذكر (حمامين) أو طاحونتين، (أوجب) طالب قسمة ذلك وأجبر الممتنع، وإن احتجج إلى إحداث بئر أو مستوقد وتيسر لانتفاء الضرر مع تيسر تدارك ما احتجج إليه من ذلك بأمر قريب. قال الأذرعى: وإنما تيسر ذلك إذا كان ما يلي ذلك مملوكاً له أو مواتاً، فلو كان ما يليه وقفاً أو شارعاً أو ملكاً لمن لا يسمح ببيع شيء منه فلا، وحينئذ يجزم بنفي الإيجاب. ويعلم من هذا أن المراد بقوله المقصود أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها ولو بإحداث مرافق. فإن قيل: لو باع داراً لا يمر لها مع إمكان تحصيله ببيع أو إجارة لم يصح على الصحيح فهلاً كانت القسمة كذلك! أوجب بأن شرط المبيع أن يكون منتفعاً به في الحال ولم يمكن بخلاف القسمة.

(ولو كان له) مثلاً (عشر دار لا يصلح) بمشاة تحتية؛ أي العشر، (للسكنى، والباقي لآخر) يصلح لها ولو بضم ما يملكه بجواره؛ (فالأصح) المنصوص (إجبار صاحب العشر بطلب صاحبه) لأن الطالب ينتفع بها، وضرر صاحب العشر لا ينشأ من مجرد القسمة بل سببه قلة نصيبه. والثاني: المنع لضرر شريكه. (دون عكسه) وهو عدم إجبار صاحب الباقي بطلب صاحب العشر القسمة لأنه مضيع لماله متعنت. والثاني: يجبر لتمييز ملكه. أما إذا صلح العشر ولو بالضم فيجبر بطلب صاحبه الآخر لعدم التعنت حينئذ.

تنبيه: لو كان نصف دار لخمس ونصفها الآخر لواحد فطلب الآخر القسمة أوجب، وحينئذ فلكل من الخمسة القسمة تبعاً له وإن كان العشر الذي لكل منهم لا يصلح مسكناً له لأن في القسمة فائدة لبعض الشركاء. ولو بقي حق الخمسة مشاعاً ثم طلب واحد منهم القسمة لم يجبر الباقيون عليها، لأنها تضر الجميع. وإن طلب أولاً الخمسة نصيبهم مشاعاً لو كانت الدار لعشرة فطلب خمسة منهم إفراز نصيبهم مشاعاً أجيوا، لأنهم ينتفعون بنصيبهم كما كانوا ينتفعون به قبل القسمة، ولم يعتبروا مطلق الانتفاع لعظم التفاوت بين أجناس المنافع.

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره (الحديث: ٢٣٤٠) و(الحديث: ٢٣٤١) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٣١٣/١) وأخرجه الإمام مالك في الموطأ في كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق (الحديث: ١٤٦١) وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: البيوع (الحديث: ٥٨/٢) وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار (الحديث: ٦٩/٦) وأخرجه الدارقطني في كتاب: الأحباس (الحديث: ٢٢٨/٤) وأخرجه الإمام الشافعي في مسنده (الحديث: ٢٢٤) وذكره المتقي الهندي في «كنز العمال» (الحديث: ٩٤٩٨) وأخرجه أبو نعيم في «حلية الأولياء» (الحديث: ٧٦/٩) وذكره العجلوني في «كشف الخفاء» (٥٠٦/٢).

وَمَا لَا يَعْظُمُ ضَرْرُهُ قِسْمَتُهُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهُمَا: بِالْأَجْزَاءِ، كَمِثْلِي وَدَارٍ مُتَّفِقَةِ الْأَبْنِيَّةِ وَأَرْضٍ مُشْتَبِهَةِ الْأَجْزَاءِ، فَيُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ فَتَعْدَلُ السَّهَامُ كَيْلًا وَوَزْنًا وَذَرْعًا بِعَدَدِ الْأَنْصِبَاءِ إِنْ اسْتَوَتْ، وَيَكْتُبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ شَرِيكَ أَوْ جُزْءًا مُمَيَّزًا بِحَدِّ أَوْ جِهَةٍ وَتُدْرَجُ فِي بِنَادِقٍ مُسْتَوِيَةٍ ثُمَّ يُخْرَجُ مَنْ لَمْ يَحْضُرْهَا رُقْعَةً عَلَى الْجُزْءِ الْأَوَّلِ إِنْ كَتَبَ الْأَسْمَاءَ فَيُعْطَى مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَوْ عَلَى اسْمِ زَيْدٍ إِنْ كَتَبَ الْأَجْزَاءَ.

(وما لا يعظم) في قسمته (ضرر قسمته أنواع) ثلاثة عند المراوزة: قسمة أجزاء وقسمة تعديل وقسمة رد؛ لأن المقسوم إما أن تتساوى الأنصباء فيه إلى إعطاء شيء غير المشترك من المتقاسمين أو لا؛ الأول الرد، والثاني التعديل، ونوعان عند العراقيين: قسمة رد، وقسمة لا رد فيها؛ وهذا هو ظاهر عبارة صاحب التنبيه.

وقد بدأ المصنف الأول من الأقسام الثلاثة، فقال: (أحدها) القسمة (بالأجزاء) وتسمى قسمة المتشابهات، وهي التي لا يحتاج فيها إلى رد شيء من بعضهم، ولا إلى تقويم. (كمثلي) من حب وغيره، وتقدم حد المثل في الغصب. قال الأزرعي وغيره: وتشرط السلامة في الجوب والنقود، فإن الحب المعيب والنقد المغشوش معدودان من المتقومات. قال ابن شهبة: وفيه نظر فقد ذكر الرافي أنه إذا جوزنا المعاملة بالمغشوشة فهي مثلية، والأصح جواز المعاملة بها اهـ. وهذا ظاهر. (و) مثل (دار متفقة الأبنية، و) مثل (أرض مشتبهة الأجزاء) وما في معناها، والثياب الغليظة التي لا تنقص بالقطع؛ (فيجبر الممتنع) عليها وإن كانت الأنصباء متفاوتة إذ لا ضرر عليها فيها وليتفق الطالب بماله على الكمال ويتخلص من سوء المشاركة.

تنبيه: المراد باتفاق الأبنية في الدار كما قاله الإمام أن يكون في شرقي الدار صفة وبيت، وكذلك في غربيها. (فتعدل السهام كَيْلًا) في المكيل (وووزنًا) في الموزون (وذرعًا) في المدروع كالأرض المتساوية، أو عدًا في المعدود. وقوله: (بعدهد الأنصباء) متعلق بـ «تعدل». هذا (إن استوت) تلك الأنصباء، كما إذا كانت بين ثلاثة أثلاثًا فتجعل ثلاثة أجزاء، ثم يؤخذ ثلاث رقاع (ويكتب) مثلاً هنا وفيما يأتي من بقية الأنواع (في كل رقعة) إما (اسم شريك) من الشركاء (أو جزءًا) من الأجزاء (مميزًا) عن البقية (بحد أو جهة) أو غير ذلك، (وتدرج) الرقع (في بنادق) من نحو شمع أو طين (مستوية) وزناً وشكلاً لئلا تسبق اليد لإخراج الكبيرة وفيه ترجيح لصاحبها.

تنبيه: ظاهر كلامه وجوب التسوية في البنادق؛ وفيه تردد للجويني، واختار الإمام أنه على الاحتياط لا الوجوب وجزم به الغزالي؛ وهو الظاهر. ونقلنا في باب العتق عن الصيدلاني أنه لا يجوز الإقراع بأشياء مختلفة كدواة وقلم وحصاة؛ ثم قال: وفيه وقفة، إذ لا حيف في ذلك مع الجهل بالحال. وأيده الرافي بكلام الشافعي والإمام، وهذا هو الظاهر.

(ثم يخرجها، أي الرقاع (من لم يحضرها) بعد أن تجعل في حجرة مثلاً، وفي الروضة وأصلها: من لم يحضر الكتاب والأدراج، فكان الأولى أن يقول هنا: من لم يحضر هنالك كما عبر به في المحرر وصبي ونحوه كعجمي أولى بذلك من غيره لأنه أبعد عن التهمة. (رقعة) إما (على الجزء الأول) من تلك الأجزاء (إن كتب الأسماء) في الرقاع كزيد وبكر وخالد، (فيعطى من خرج اسمه) في تلك الرقعة ويتعين حقه في ذلك، ثم يخرج رقعة أخرى على الجزء الذي يليه فيعطى من خرج اسمه في الرقعة الثانية ويتعين الباقي للثالث إن كانوا ثلاثة. (أو) يخرج من لم يحضرها رقعة (على اسم زيد) مثلاً (إن كتب الأجزاء) في الرقاع، أي أسماء الأجزاء؛ فيخرج

فَإِنْ اِخْتَلَفَتِ الْأَنْصِبَاءُ كِنِصْفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ جُزئَتِ الْأَرْضُ عَلَى أَقَلِّ السَّهَامِ وَقُسِمَتْ كَمَا سَبَقَ، وَيَخْتَرِزُ عَنِ تَفْرِيقِ حِصَّةٍ وَاحِدٍ.

الثاني: بالتعديل، كأرضٍ تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء،

رقعة في المثال المذكور على اسم زيد ثم على اسم بكر، ويتعين الجزء الثالث لخالد. وما ذكره لا يختص بقسمة الأجزاء، بل يأتي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة.

تنبيه: الاعتبار في البداية بواحد من الشركاء والأجزاء متوطئ بنظر القسام فيقف على أي طرف شاء ويستني من شاء، فإن المحكم في المستحق من الأجزاء القرعة، فلا تهمة.

(فإن اختلفت الأنصباء) بين الشركاء (كنصف وثلث سدس) في أرض مثلاً، (جزئت الأرض على أقل السهام) وهو في هذا المثال السدس؛ (وقسمت) أي الأرض (كما سبق) ومقتضى هذا أنه يخير بين كتبه أسماء الشركاء وكتبه الأجزاء، لكن المصحح كتب أسماءهم دون كتبه الأجزاء. وهل ذلك واجب أو لا؟ وجهان، أصحهما الثاني. وبه يتبين سلوك كل من الطرفين، وحينئذ فاقترضاه كلام المصنف صحيح. وإنما كان كتب الأسماء أولى، لأنه لو كتب الأجزاء أو أخرج على الأسماء فربما خرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس فيفرق ملك من له النصف أو الثلث. واحترز المصنف عن هذا بقوله: (ويحترز) إذا كتب الأجزاء (عن تفريق حصة واحد) بأن لا يبدأ بصاحب السدس؛ لأن التفريق إنما جاء من قبله، بل بصاحب النصف، فإن خرج له الأول أخذ الثلاثة ولاءً، وإن خرج له الثاني أخذه وما قبله وما بعده. قال الإسنوي: وإعطاؤه ما قبله وما بعده تحكّم فلم لا أعطي اثنان بعده؟ ويتعين الأول لصاحب السدس والباقي لصاحب الثلث، أو يقال لا يتعين هذا، بل يتبع نظر القاسم اهـ. وهذا ظاهر. أو خرج له الثالث أخذه مع اللذين قبله ثم يخرج باسم الآخرين أو الرابع أخذه مع اللذين قبله، ويتعين الأول لصاحب السدس، والأخيران لصاحب الثلث؛ أو الخامس أخذه مع اللذين قبله، ويتعين السادس لصاحب السدس، والأولان لصاحب الثلث. أو السادس أخذه مع اللذين قبله. ثم بعد ذلك يخرج رقعة أخرى باسم أحد الآخرين ولا يخفى الحكم، أو بصاحب الثلث؛ فإن خرج له الأول أو الثاني أخذهما، أو الخامس أو السادس فكذلك. ثم يخرج باسم أحد الآخرين، فإن خرج له الثالث أخذه مع الثاني وتعين الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. أو الرابع أخذه مع الخامس، وتعين السادس لصاحب السدس، والثلاثة الأول لصاحب النصف. هذا إذا كتب في ست رقع، ويجوز أن يقتصر على ست رقع لكل واحد رقعة فيخرج رقعة على الجزء الأول؛ فإن خرج الأول لصاحب السدس أخذه، ثم إن خرج الثاني لصاحب الثلث أخذه وما يليه وتعين الباقي لصاحب النصف. وإن خرج الأول أولاً لصاحب النصف أخذ الثلاثة الأول، ثم إن خرج الرابع لصاحب الثلث أخذه والخامس وتعين الباقي لصاحب السدس. وإن خرج الرابع لصاحب السدس أخذه وتعين الباقي لصاحب الثلث، وإن خرج الأول لصاحب الثلث لم يخف الحكم مما مر، ولا يخرج السهام على الأسماء في هذا القسم بلا خلاف. قالوا: ولا فائدة في الطريقة الأولى زائدة على الطريقة الثانية إلا سرعة خروج اسم صاحب الأكثر وذلك لا يوجب حيفاً لتساوي السهام، لكن الطريقة الأولى هي المختارة؛ لأن لصاحبي النصف والثلث مزية بكثرة الملك، فكان لهما مزية بكثرة الرقع.

النوع (الثاني): القسمة (بالتعديل) بأن تعدل السهام بالقسمة وهو قسمان ما يعد فيه المقسوم شيئاً واحداً وما يعد فيه شيئين؛ فالأول ما أشار إليه بقوله: (كأرضٍ تختلف قيمة أجزائها بحسب قوة إنبات وقرب ماء) ونحو

وَيُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ عَلَيْهَا فِي الْأَطْهَرِ. وَلَوْ أَسْتَوَتْ قِيَمَةُ دَارَتِي أَوْ حَانُوتَيْنِ فَطَلَبَ جَعَلَ كُلُّ لِيَوَاجِدِ فَلَا إِجْبَارًا، أَوْ عَيْدٍ أَوْ ثِيَابٍ مِنْ نَوْعٍ أَجْبَرَ، أَوْ نَوْعَيْنِ فَلَا.

ذلك، أو يختلف جنس ما فيها كبستان بعضه نخل وبعضه عنب، ودار بعضها حجر وبها لَبَنٌ. فإذا كانت لاثنتين نصفين وقيمة ثلثها في المثال الأول المشتغل على ما ذكر كقيمة ثلثها الخالي عن ذلك جعل الثلث سهماً والثلثان سهماً وأقرع كما مر. ولو مثل المصنف بالبستان فهم منه ما مثل به بطريق الأولى. وإن اختلف الأنصاء كنصف وثلث وسدس جعلت ستة أسهم بالقيمة لا بالمساحة.

(ويجبر الممتنع) من الشركاء (عليها في الأطهر) إلحاقاً للتساوي في القيمة بالتساوي في الأجزاء. والثاني: المنع، لاختلاف الأغراض والمنافع، وعلى الأول أجرة القاسم بحسب المأخوذ كما مر الإشارة إليه، ولو أمكن قسمة الجيد وحده والرديء وحده لم يجبر على قسمة التعديل كأرضين يمكن قسمة كل منهما بالأجزاء.

ثم أشار للقسم الثاني من قسمي التعديل، وهو ما يعدّ فيه المقسوم شيئين فصاعداً بقوله: (ولو استوت قيمة دارين، أو حانوتين) مثلاً لاثنتين بالسوية (فطلب) كل من الشريكين (جعل كل) من الدارين أو الحانوتين (لواحد) بأن يجعل له داراً أو حانوتاً ولشريكه كذلك، (فلا إجبار) في ذلك سواء أتجاورا أم تباعدا لتفاوت الأغراض باختلاف المحال والأبنية.

تنبيه: يستثنى من الدارين ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتغلة عليهما وشركتهما بالنصف وطلب أحدهما قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيباً فإنه يجبر على ذلك، وفي الحانوتين ما إذا اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة لا تحتل أحدها القسمة وتسمى العضائد، فطلب أحدهما قسمة عيانهما أجيب على الأصح في أصل الروضة وإن زالت الشركة بالقسمة وينزل ذلك منزلة الخان المشتغل على البيوت والمسكن. قال الجيلي: ومحلها إذا لم تنقص القيمة بالقسمة، وإلا لم يجبر جزماً.

(أو) استوت قيمة (عبيد أو ثياب) أو دواب أو أشجار أو غيرها من سائر العروض، (من نوع) وأمكن التسوية، ولو اختلف العدد؛ (أجبر) الممتنع إن زالت الشركة بالقسمة، كثلاثة أعبد بين اثنين قيمة أحدهم مائة والآخرين مائة وكثلاثة أعبد متساوية القيمة بين ثلاثة، وذلك لعلّة اختلاف الأغراض فيها. أما إذا بقيت الشركة في البعض كعبدين بين اثنين قيمة أحدهما نصف الآخر فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس به ويبقى له ربع الآخر، فإنه لا إجبار في ذلك على المذهب؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية. وهذه الصور استثنائها من إطلاق كلام المصنف الزركشي، والأولى عدم استثنائها فإن قول المصنف: «أو عبيد وثياب» معطوف على «دارين» إذ تقديره: أو استوت قيمة عبيد أو ثياب؛ وحينئذ فلا استثناء.

(أو) من (نوهين) كعبدين تركي وهندي أو جنسين كما فهم بالأولى كعبد وثوب؛ (فلا) إجبار في ذلك وإن اختلفا وتعذر التمييز، كتمر جيد ورديء؛ لتفاوت الأغراض بكل نوع وكل جنس، وإنما يقسم مثل هذا بالتراضي.

تنبيه: يُجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها لا على قسمة أحدهما فقط وعلى جعله لواحد والآخر لآخر، واللبن - بكسر الموحدة - فإن استوت قوالبه فقسمة قسمة المتشابهات، وإن اختلفت فالتعديل.

الثالث: بالردِّ، بأنَّ يكونَ في أحدِ الجانبينِ بئرٌ أو شجرٌ لا يمكنُ قسمتهُ فبِرْدٍ من يأخذهُ قسماً قيمتهُ، ولا إجبارَ فيه، وهو بيعٌ، وكذا التعديلُ على المذهبِ. وقسمةُ الأجزاءِ إفرازٌ في الأظهرِ.

النوع (الثالث): القسمة (بالرد بأن) يحتاج في القسمة إلى رد مال أجنبي كما اقتضاه كلام الرافعي، كأن (يكون في أحد الجانبين) من أرض مشتركة (بئر أو شجر لا يمكن قسمته) وما في الجانب الآخر لا يعادل ذلك إلا بضم شيء إليه من خارج؛ (فيرد من يأخذه) بالقسمة التي أخرجتها القرعة (قسط قيمته) أي ما ذكر من البئر أو الشجر؛ مثاله قيمة كل جانب ألف وقيمة البئر أو الشجر ألف فاقسما رد آخر ما في البئر أو الشجر خمسمائة.

تنبیه: تعبير المصنف أولى من تعبير المحرر والشرحين والروضة حيث قالوا: إنه يضبط قيمة ما اختص به ذلك الطرف ثم يقسم الأرض على أن يرد من يأخذ ذلك الجانب تلك القيمة؛ فإن ظاهر هذا التعبير أن يرد جميع تلك القيمة؛ وليس مراداً، وإنما يرد القسط.

(ولا إجبار فيه) أي نوع الرد؛ لأن فيه تملك ما لا شركة فيه فكان كثير المشترك. (وهو) أي ما ذكر من قسمة الرد (بيع) على المشهور لوجود حقيقته، وهو مقابلة المال بالمال، وقيل بيع في القدر المقابل بالمردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل. (وكذا التعديل) بيع أيضاً (على المذهب) لأن كل جزء مشترك بينهما، وإنما دخلها الإجبار للحاجة كبيع الحاكم مال المديون جبراً. والطريق الثاني طرُد القولين في قسمة الأجزاء. (وقسمة الأجزاء إفراز) تبين إن ما خرج لكل من الشريكين مثلاً هو الذي كان ملكه لا بيع (في الأظهر) لأنها لو كانت بيعاً لما دخلها الإجبار ولما جاز الاعتماد فيها على القرعة. والثاني: أنها بيع؛ وصححه جمع من الأصحاب والروضة كأصلها في بابي الربا وزكاة المعشرات، لأن ما من جزء من المال إلا وكان مشتركاً بينهما، فإذا اقتسما باع كل منهما ما كان له في حصة صاحبه بماله في حصته.

تنبیه: حيث قلنا القسمة ببيع ثبت فيها أحكامه من الخيارين والشفعة وغيرها إلا أنه لا يفترق إلى لفظ بيع أو تملك، ويقوم الرضا مقامهما فيشترط في الربوي التقاض في المجلس، وامتنعت في الرطب والعنب وما عقدت النار أجزاءه ونحو ذلك كما علم من باب الربا، وإن قلنا إفراز جاز ذلك. ويقسم الرطب والعنب في الإفراز، ولو كانت قسمتهما على الشجر خرساً لا غيرهما من سائر الثمار، فلا يقسم على الشجر، لأن الخرص لا يدخله، وتقسم الأرض مزروعة وحدها ولو إجباراً سواء كان الزرع بعلاً أم قصيلاً أم حباً مشتدداً، لأنه في الأرض بمنزلة القماش في الدار بخلاف البناء والشجر لأن للزرع أمداً بخلافهما، أو مع الزرع قصيلاً بتراضي الشركاء؛ لأن الزرع حينئذ معلوم مشاهد لا الزرع وحده ولا معها، وهو بذر بعد أو بعد بدو صلاحه فلا يقسم وإن جعلناها إفرازاً كما لو جعلناها بيعاً، لأنها في الأولى قسمة مجهول، وفي الأخيرين على الأول قسمة مجهول ومعلوم، وعلى الثاني بيع طعام وأرض بطعام وأرض. وتصح الإقالة في قسمة هي بيع لا إفراز، وتصح القسمة في مملوك عن وقف إن قلنا هي إفراز، لا إن قلنا هي بيع مطلقاً أو إفراز وفيها رد من المالك لا تصح. أما في الأول فلا تمتنع بيع الوقف، وأما في الثاني فلأن المالك يأخذ بإزاء ملكه جزءاً من الوقف. فإن لم يكن فيها رد أو كان فيها رد من أرباب الوقف صحت، ولغت على القولين قسمة وقف فقط بأن قسم بين أربابه لما فيه من تغيير شرط الواقف. قال البلقيني: هذا إذا صدر الوقف من واحد على سبيل واحد، فإن صدر من اثنين فقد جزم الماوردي بجواز القسمة كما تجوز قسمة الوقف مع الملك، وذلك راجح من جهة المعنى وأفتيت به. قال

وَيُشْتَرَطُ فِي الرَّدِّ الرُّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْفُرْعَةِ؛ وَلَوْ تَرَضِيًا بِقِسْمَةٍ مَا لَّا إِجْبَارَ فِيهِ أَشْرَطُ الرُّضَا بَعْدَ الْفُرْعَةِ فِي الْأَصَحِّ، كَقَوْلِهِمَا: «رَضِينَا بِهَذِهِ الْقِسْمَةِ» أَوْ «بِمَا أَخْرَجْتَهُ الْفُرْعَةُ». وَلَوْ ثَبَتَ بَيِّنَةٌ غَلَطٌ أَوْ حَيْفٌ فِي قِسْمَةِ إِجْبَارٍ نَقِضَتْ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ وَأَدْعَاهُ وَاجِدٌ فَلَهُ تَحْلِيْفُ شَرِيكِهِ،

شيخنا: وكلامه متدافع فيما إذا صدر من واحد على سبيلين أو عكسه. والأقرب في الأول بمقتضى ما قاله الجواز، وفي الثاني عدمه.

(ويشترط في) قسمة (الرد الرضا) في ابتداء القرعة جزماً، و (بعد خروج القرعة) على الصحيح في الروضة؛ لأنها بيع والبيع لا يحصل بالقرعة فافتقر إلى التراضي بعد خروجها كقبله. وقيل: يلزم بخروج القرعة، ويلزم من خرج له الأكثر بدل ما يقابل الزائد كالقسمة المجبر عليها. وأجاب الأول بأن هذه القسمة اعتبر التراضي في ابتدائها بخلاف الإيجاب.

(ولو تراضيا) أي الشريكان فأكثر (بقسمة ما لا إيجاب فيه اشترط الرضا بعد) خروج (القرعة في الأصح) وصيغة الرضا: (رضينا بهذه القسمة) أو بهذا (أو بما أخرجته القرعة) لأن الرضا أمر خفي فوجب أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه. وأهم كلامه الاكتفاء بذلك، وأنه لا يشترط الإتيان بلفظ البيع أو التمليك؛ وهو الأصح.

تنبيه: قال الشيخ برهان الدين الفزاري وتبعه في المهمات: في كلام المصنف خلل من أوجه، أحدها: أن ما لا إيجاب فيه هو قسمة الرد فقط. وقد ذكرها قبلها بلا فاصلة، وجزم باشتراط الرضا فلزم التكرار مع جزمه أولاً وحكاية الخلاف ثانياً. ثانيها: أنه عبر بالأصح فافتضى قوة الخلاف، وفي الروضة عبر بالصحيح فافتضى ضعف مقابله. ثالثها: أنه عكس ما في المحرر فإنه لم يذكر فيه هذا الخلاف إلا في قسمة الإيجاب، فقال: والقسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي هل يعتبر تكرار الرضا بعد خروج القرعة فيها؟ وجهان، رجح منهما التكرار اه. وقال في التوشيح: الذي يظهر أنه أراد في المنهاج أن يكتب «ما فيه إيجاب» فكتب «ما لا إيجاب فيه»، وأنا أرجو أن تكون عبارته «ما الإيجاب فيه» بالألف واللام في الإيجاب، ثم سقطت الألف فقرئت «ما لا إيجاب فيه»، وبهذا يزول التكرار والتناقض والتعاكس اه. وقال الشارح: اعترض قوله: «لا إيجاب فيه» بأن صوابه عكسه كما في المحرر القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي الخ؛ ويجاب بأن المراد ما انتفى فيه الإيجاب مما هو محلله الذي هو قسمة التعديل والأجزاء وهو أصرح في المراد مما في المحرر اه. فقول الشارح: «وهو» أي المراد لا عبارة المصنف، وكونه أصرح لأنه مصرح فيه بالرضا وعدم الإيجاب بخلاف عبارة المحرر وإن كان عدم الإيجاب لازماً لها لأن الصريح أصرح من اللازم.

(ولو ثبت بيينة) أو بإقرار الخصم وباليمين المردودة أو الشاهد ويمين، (غلط) ولو غير فاحش (أو) ثبت (حيف في قسمة إيجاب نقضت) تلك القسمة كما لو قامت بيينة على ظلم القاضي أو كذب الشهود.

تنبيه: لو عبر بدل البيينة بالحجة لكان أعم ليشمل ما ذكر.

(فإن لم تكن بيينة) ولا ثبت ذلك بغيرها مما مر، (وادعاه) أي الغلط أو الحيف (واحد) من الشريكين فأكثر، وبين قدر ما ادعاه؛ (فله تحليف شريكه) لأن من ادعى على خصمه ما لو أقر به لنفعه فأنكر كان له تحليفه، فإن حلف مضت على الصحة، وإن نكل وحلف المدعي نقضت القسمة كما لو أقر سماع الدعوى على القاسم بذلك ولا يحلف كما لا يحلف الحاكم أنه لم يظلم، فإن اعترف به القاسم وصدقوه نقضت القسمة، فإن

وَلَوْ أَدْعَاهُ فِي قِسْمَةِ تَرَاضٍ وَقُلْنَا هِيَ بَيْعٌ فَلَأَصَحُّ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْغَلَطِ، فَلَا فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى .
قُلْتُ: وَإِنْ قُلْنَا إِفْرَازٌ نُقِضَتْ إِنْ ثَبَّتْ، وَإِلَّا فَيُخْلِفُ شَرِيكُهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ
الْمَقْسُومِ شَائِعاً بَطَلَتْ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي خِلَافٌ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، أَوْ مِنَ النَّصِيبِينَ مُعَيَّنٍ سِوَاءَ بَقِيَّتْ،
وَإِلَّا بَطَلَتْ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

لم يصدقوه لم تنقض. ورد الأجرة كالقاضي يعترف بالغلط أو الحيف في الحكم أن صدقه المحكوم له رد المال المحكوم به إلى المحكوم عليه وإلا فلا، وغرم القاضي للمحكوم عليه بدل ما حكم به. وقول القاسم في قسمة الإيجار حال ولايته: «قسمت» كقول القاضي وهو في محل ولايته: «حكمت» فيقبل وإلا لم يقبل، بل لا تسمع شهادته لأحد الشريكين وإن لم يطلب أجرة إذا ذكر فعله.

(ولو ادعاه) أي الغلط أو الحيف (في قسمة تراض) بأن نصبا قاسماً أو اقتسما بأنفسهما ورضيا بعد القسمة، (وقلنا هي) أي قسمة التراضي (بيع، فالأصح أنه لا أثر للغلط) وعلى هذا (فلا فائدة لهذه الدعوى) وإن تحقق الغبن لأنه رضي بترك الزيادة له فصار كما لو اشترى شيئاً بغيره. والثاني: لها أثر، فننقض لأنهما تراضيا لاعتقادهما أنها قسمة عدل فيان خلافه.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو كان المقسوم ربوياً وتحقق الغلط أو الحيف في كيل أو وزن، فإن القسمة باطلة لا محالة للربا؛ نبه عليه الأذرعي وغيره.

(قلت) كما قال الرافعي في الشرح: (وإن قلنا) إن قسمة التراضي (إفراز نقطت) تلك القسمة بإدعاء الغلط فيها (إن ثبت) الغلط بيينة، (وإلا فيحلف شريكه، والله أعلم) وهذا الحكم يؤخذ من اقتصار المحرر على التفريع على الأصح، فصرح به المصنف إيضاحاً. (ولو استحق بعض المقسوم شائعاً) كالربع (بطلت) تلك القسمة (فيه) أي البعض المستحق، (وفي الباقي) بعده (خلاف تفريق الصفقة) كما في الروضة، ومقتضاه أن الأظهر الصحة وثبت الخيار. والثاني: البطلان؛ قال في المهمات: وهذا ما صححه الأكثرون وهو المفتى به في المذهب؛ وبسط ذلك. ومع هذا فالمعتمد ما اقتضاه كلام المصنف. (أو) لم يستحق بعض المقسوم شائعاً (من النصيبين) قدر (معين) حالة كونه (سواء بقيت) تلك القسمة في الباقي (وإلا) بأن كان المعين من أحد النصيبين أكثر من المعين من نصيب الآخر (بطلت) تلك القسمة؛ لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون قدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر وتعود الإشاعة.

تنبيه: أراد ببطلتها ظاهراً وإلا فبالاستحقاق بان أن لا قسمة. واستثنى ابن عبد السلام ما لو وقع في الغنيمة عين لمسلم استولى الكفار عليها ولم يظهر أمرها إلا بعد القسمة، بل يعرض من وقعت في نصيبه من خمس الخمس ولا تنقض القسمة؛ ثم قال: هذا إن كثر الجند، فإن كانوا قليلاً كعشرة فينبغي أن تنقض، إذ لا عسر في إعادتها.

خاتمة في مسائل منثورة مهمة: تقسم المنافع بين الشريكين كما تقسم الأعيان مهايأة مياومة ومشاهرة ومسانة، وعلى أن يسكن أو يزرع هذا مكاناً من المشترك وهذا مكاناً آخر منه، لكن لا إيجار في المنقسم وغيره من الأعيان التي طلبت قسمة منافعها فلا تقسم إلا بالتوافق لأن المهايأة تعجل حق أحدهما وتؤخر حق الآخر بخلاف قسمة الأعيان؛ قال البلقيني: وهذا في المنافع المملوكة بحق الملك في العين، أما المملوكة بإجارة أو

وصية فيُجبر على قسمتها وإن لم تكن العين قابلة للقسمة، إذ لا حق للشركة في العين، فإن تراضيا بالمهاياة وتنازعا في البداءة بأحدهما أقرع بينهما ولكل منهما الرجوع عن المهاياة، فإن رجع أحدهما عنها بعد استيفاء المدة أو بعضها لزم المستوفي للآخر نصف أجره المثل لما استوفي كما إذا تلفت العين المستوفي أحدهما منفعتها، فإن تنازعا في المهاياة وأصرًا على ذلك أجرها القاضي عليهما ولا يبيعهما عليهما لأنهما كاملان ولا حق لغيرهما فيها. ولا تجوز المهاياة في ثمر الشجر ليكون لهذا عاماً ولهذا عاماً، ولا في لبن الشاة مثلاً ليحلب هذا يوماً وهذا يوماً؛ لأن ذلك ربوي مجهول، وطريق من أراد ذلك أن يبيع كل منهما لصاحبه مدة، واغتفر الجهل لضرورة الشركة مع تسامح الناس في ذلك. وليس للقاضي أن يجيب جماعة إلى قسمة شيء مشترك بينهم حتى يقيموا عنده بينة بملكهم، سواء اتفقا على طلب القسمة أو تنازعوا فيه؛ لأنه قد يكون في أيديهم بإجارة أو إعارة أو نحو ذلك، فإذا قسمه بينهم فقد يدعون الملك محتجين بقسمة القاضي. ويقبل في إثبات الملك شاهد وامرأتان، وكذا شاهد ويمين كما جزم به الدارمي واقتضاه كلام غيره وصوبه الزركشي، وإن خالف فيه ابن المقري. ولا تصح قسمة الديون المشتركة في الذمم لأنها إما بيع دين بدين، أو إفراز ما في الذمة؛ وكلاهما ممتنع، وإنما امتنع إفراز ما في الذمة لعدم قبضه، وعلى هذا لو تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لأحدهما وما في ذمة عمرو للآخر لم يختص أحد منهما بما قبضه. ولو تقاسم شريكان ثم تنازعا في بيت أو قطعة أرض وقال كل هذا من نصيبي ولا بينة تحالفا وفسخت القسمة، وقال الشيخ أبو حامد: يحلف ذو اليد ولمن أطلع على عيب في نصيبه أن يفسخ. ولو تقاسما داراً وبأبها في قسم أحدهما والآخر يستطرق إلى نصيبه من باب يفتحه إلى شارع فمنعه السلطان لم تنفسخ القسمة كما قاله ابن الأستاذ خلافاً لابن الصلاح. ولا يقاسم الولي محجوره بنفسه ولو قلنا القسمة إفراز كما صرحوا به فيما إذا كان بين الصبي ووليّه حنطة.