

[1]

(الجزء السادس عشر من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب طاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب انتقاص الاجارة) (قال رحمه الله ذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال حين وضع رجله في الغرزان الناس قائلون غدا ماذا قال عمر وان البيع عن صفقة أو خيار والمسلحون عند شروطهم) وفي هذا الحديث دليل أن الاجارة يتعلق بها اللزوم إذا لم يشترط فيها الخيار كالبيع بخلاف ما يقوله شريح رحمه الله أن الاجارة من المواعيد لا تكون لازمة وقد بيناه وفيه دليل على أن البيع نوعان لازم بنفسه وغير لازم إذا شرط فيه الخيار فإن الصفقة هي اللازمة النافذة يقال هذه صفقة لم يشهد بها خاطب إذا أنفذ أمر دون رأى رجل فيكون حجة على الشافعي رحمه الله لأنه ثبت خيار المجلس في كل بيع وفيه دليل وجوب الوفاء بالمشروط إذا كان الشرط صحيحا شرعا فلا خلاف بيننا فالشافعي رحمه الله يقول عقد الاجارة إذا أطلقت فهي لازمة كالبيع إلا أن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعدر وعنده لا يفسخ إلا بالعيب وهو بناء على أصله أن المنافع كالأعيان الموجودة حكما فإن العقد عليها كالعقد على العين فكما لا يفسخ البيع إلا بعيب فكذلك الاجارة وعندها جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم الفسخ بسبب العيب لدفع الضرر لا لعين العيب فإذا تحقق الضرر في إيفاء العقد يكون ذلك عذرا في الفسخ وإن لم يتحقق العيب في المعقود عليه (ألا ترى) أن من استأجر أجيرا ليقطع درسه فسكن ما به من الوجود كان ذلك عذرا في فسخ الاجارة أو استأجره ليقطع يده للأكله ثم بدا له في ذلك أو استأجره ليهدم بناء له ثم بدا له في ذلك لأنه لا يتمكن من إيفاء العقد إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله من حيث اتلاف شئ من بدنه أو اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا للضرر وقد يرى

الانسان المنفعة في شئ ثم يتبين له للضرر في ذلك وكذلك لو استأجره ليتخذ له وليمة ثم بدا له في ذلك فليس للاجير أن يلزمه اتحاد الوليمة شاء أو أبى لان في ذلك عليه من الضرر في اتلاف ماله وجواز الاستئجار للمنفعة لا لضرر إذا عرف هذا فنقول من العذر في استئجار البيت أن يهدم البيت أو يهدم منه مالا يستطيع أن يسكن فيه وهذا من نوع العيب في المعقود عليه وثبوت حق الفسخ به مجمع عليه لان تقبض الدار المنافع لا تدخل في ضمانه فحصول هذا العارض في يد المستأجر كحصوله في يد الآخر فان أراد صاحب البيت أن يبيعه فليس هذا بعذر لانه لا ضرر عليه في ايفاء العقد الا قدر ما التزمه عند العقد هو الحجر على نفيه عن التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدة وان باعه فبيعه باطل لا يجوز لعجزه عن التسليم وقد بينا في البيوع ان الصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع وان كان على المؤجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر لان علقته في ايفاء العقد ضرر لم يلتزم ذلك بالعقد وهو الحبس على سقوط المستأجر عن العين فان بعقد الاجارة لا يزول ملكه عن العين ولا يثبت للمستأجر حق في ماله فيكون المديون مجبورا على قضاء الدين من ماله محبوسا لاجله إذا امتنع فلهذا كان ذلك عذرا له في الفسخ ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على انه يبيعه بنفسه فيجوز وقد ذكر في الزيادات انه يرفع الامر إلى القاضي ليكون هو الذي يفسخ الاجارة وبيعه وهو الاصح لانه هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على امضاء القاضي كالرجوع في الهبة وان انهدم منزل المؤجر ولم يكن له منزل آخر فاراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الاجارة لانه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فانه يتمكن من أن يكتري منزلا آخر أو يشتري وكذلك ان أراد التحول من المصرف لانه لا يخرج المنزل مع نفسه فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد وهو ترك المنزل في يد المستأجر إلى هذه المدة وان كان هذا بيتا في السوق يبيع فيه ويشتري فلحق المستأجر دين أو أفلس فقام من السوق فهذا عذر وله أن ينقض الاجارة لانه استأجره للانتفاع وهو يتضرر بايفاء العقد بعد ما ترك تلك التجارة أو أفلس ضررا لم يلزمه بنفس العقد وكذلك إذا أراد التحول من بلد إلى بلد لانه لو لزمه الامتناع من السفر تضرر به ضرر لم يلتزمه بالعقد وبعد خروجه لا يتمكن من الانتفاع بالبيت فان قال رب البيت انه يتعلل ولا يريد الخروج حلف القاضي المستأجر على ذلك لان الظاهر شاهد له فالظاهر أنه لا يترك ما كان عزم عليه من التجارة في الحانوت الا إذا أراد

التحول من بلد إلى بلد فالقول قوله مع يمينه وقيل بحكم القاضي حاله في ذلك فان رآه قد استعد للسفر قبل قوله. قال الله تعالى ولو أرادوا الخروج لا عدوا له عدة وقيل يقول له مع من يخرج فالانسان لا يسافر الا مع رفقة ثم يسأل رفقاءه عن ذلك وان فسخ العقد وخرج الرجل ثم رجع وقال قد بدالى في ذلك وخاصمه صاحب البيت فان القاضي يحلف المستأجر بالله انه كان في خروجه قاصدا للسفر لان رب البيت يدعى بطلان الفسخ لعدم العذر وذلك يبنى وما في ضميره في ضمير المستأجر لا يعلمه غيره فكان القول قوله مع يمينه وكذلك ان أراد التحول من تلك التجارة إلى تجارة أخرى فهذا عذر لان في ايفاء العقد ضررا لم يلتزمه

بالعقد وقد تروج نوع التجارة في وقت وتبور في وقت آخر وان لم يكن هذا ولكن وجد بيتا هو أرخص منه لم يكن عذرا. وكذلك لو اشترى منزلا وأراد التحول إليه لانه لا يلحقه ضرر الا ما التزمه بالعقد وهو التزام الاجر عند استيفاء المنفعة وانما يقصد بالفسخ هنا الربح لادفع الضرر وان استأجر دابة بعينها لى بغداد فبدا للمستأجر ان لا يخرج فهذا عذر لان عليه ضررا في ايفاء العقد وهو تحمل مشقة السفر وقال ابن عباس رضي الله عنهما لولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر قطعة من العذاب لقلت العذاب قطعة من السفر ولو قال رب الدابة أنه يتعلل بالسبيل للقاضي أن يقول له اصبر فان خرج فقاد الدابة معه لان المعقود عليه خطوات الدابة فإذا قادها معه فقد تمكن من استيفاء المعقود عليه فيلزمه الاجر وان لم يركب وكذلك لو أراد الخروج في طلب غريم له أو عبد أبى فرجع وكذلك لو مرض أو لزمه غرم أو خاف أمرا أو عثرت الدابة أو أصابها شيء لا يستطيع الركوب معه فبعض هذا عيب في المعقود عليه وبعضه عذر للمستأجرين في التخلف عن الخروج ولا فائدة للمؤاجر في ايفاء العقد إذا لم يخرج المستأجر وان عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الشخص مع دابته لم يكن له أن ينقض الاجارة لان بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه فيؤمر بتسليم الدابة وأنه يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذلك لو حبسه غريمه وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله قال إذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذر وان مرض فهو عذر له لانه يقول غري لا يشفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها كقيامي فإذا تعذر عليه الخروج لمرض يلحقه في ايفاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد وروى هشام عن أبي يوسف رحمهما الله قال إذا اكرت المرأة ابلا إلى مكة للذهاب والرجوع فلما كان في يوم النحر ولدت قبل أن تطوف

[5]

للزيادة فهذا عذر للمكاري لانه تحبس إلى مضي مدة النفاس وهذا ضرر لم يلتزمه المكاري بالعقد لانه غير معتاد وان كانت قد ولدت قبل ذلك فان كان الباقي مدة النفاس بعد يوم النحر عشرة أيام أو أقل فهذا ليس بعذر للمكاري لان ما بقى مثل مدة الحيض وذلك معلوم وقوعه عادة وكان المكاري ملتزما بضرر التأخير بقدره وان عطيت الدابة فهو عذر وهذا لان المعقود عليه فات ولاسبب للفسخ أقوى من هلاك المعقود عليه وان كانت الدابة بغير عينها لم يكن هذا عذر لان المكاري التزم العمل في ذمته وهو قادر على الوفاء به بدابة أخرى يحمله عليها ولو مات المستأجر في بعض الطريق كان عليه من الاجر بحساب ما سار وببطل عنه بحساب ما بقى لانفساخ العقد بموت أحد المتكاريين وقد بينا ذلك وان مات رب الابل في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها على حالة حتى يأتي مكة وذكر في كتاب الشروط أن هذا إذا كان في مفازة بحيث لا يقدر به على سلطان وخاف أن يقطع به وهو الصحيح لانه كما يجوز نقض الاجارة عند العذر لدفع الضرر يجوز ايفاؤها بعد ظهور سبب الانتقاض لدفع الضرر وإذا كان في المفازة لو قلنا بانتقاض العقد يتعذر عليه الركوب فيتضرر به لانه عاجز عن المشي ولا يقدر على دابة أخرى فأما إذا كان في مصر فهو لا يتضرر بانتقاض العقد وموت أحد المتكاريين موجب انتقاض العقد فإذا بقى العقد لم يضمن ان عطيت من ركوبه وعليه الاجر المسمى وهو استحسان لان العقد لما بقى للتعذر صار الحال بعد موت المكاري كالحال قبله فإذا أتى مكلة دفع ذلك إلى القاضي لان ما به من العذر قد زال وبقيت الدابة في يده ملكا للورثة وهو عيب فدفعها إلى القاضي فان سلم له القاضي الكراء

إلى الكوفة فهو جائز إما لانه أمضى فصلا مجتهد فيه باجتهاده أو لانه يرى النظر في ذلك لانه لو أخذها منه أجرها من غيره ليردها إلى الكوفة وصاحبها رضى بكونها في يده فالأولى له إذا كان المستأجر ثقة أن ينفذ له الكراء إلى الكوفة وإن رأى النظر في بيعها فهو جائز لأن البعث بثمها إلى الورثة ربما يكون أنفع وأيسر لهم فإن الثمن لا يحتاج إلى النفقة وإن كان أنفق المستأجر عليها شيئاً لم يحسب له ذلك لانه متطوع في ذلك بالانفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون بأمر القاضي فيسحب له إذا أقام البينة عليه لأن للقاضي ولاية النظر في حق الغائب فالانفاق بأمره كالانفاق بأمر صاحب الدابة ولكنه غير مقبول القول فيما يدعى من الانفاق فإذا قام البينة رد ذلك عليه من الثمن وكذلك إن أقام البينة على توفية الكراء رد عليه بحساب ما بقى لانه أثبت

[6]

دينه في تركه المبيت وهذا مال الميت ولان الأبل محبوسة في يده إلى أن يرد عليه ما أنفق بأمر القاضي أو بما عجل من الكراء فلا يتمكن القاضي من أخذها وبيعها حتى يرد عليه ما بقى له فلهذا قبل بينته على ذلك ونفذ قضاؤه على الورثة مع غيبتهم وإن استأجر أرضاً فغلب عليها الماء أو أصابها نزلاً تصلح معه الزراعة فهذا عذر لانه تعذر استيفاء المعقود عليه وكذلك إن أراد أن يترك الزرع أو افتقر حتى لا يقدر على ما يزرع فهذا عذر لأن الزارع في الحال متلف لبذره ولا بدري أ يحصل الخارج أم لا وقد بينا أنه إذا كان لا يتمكن من إيفاء العقد إلا باتلاف ماله فهو عذر له وإن وجد أرضاً أرخص منها أو أجود لم يكن هذا عذراً لانه بالفسخ يقصد هنا تحصيل الربح لادفع الضرر وإن مرض المستأجر فإن كان هو الذي يعمل بنفسه فهذا عذر لانه تعذر عليه استيفاء المعقود عليه وإن كان إنما يعمل أجراًؤه فليس هذا عذر البقاء يمكنه من استيفاء المعقود عليه كما قصده بالعقد وإن كانت الأرض لیتيم أجرها وصيه فكبر الیتيم لم يكن له أن يفسخ الاجارة لان عقد الوصي على ماله كعقده على نفسه ولا ضرر عليه في إيفاء الاجارة بعد بلوغه بخلاف ما إذا كان أجر نفسه فإن ذلك كد وتعب وهو يتضرر بإيفاء العقد بعد بلوغه وإذا استأجر عبداً لخدمة أو لعمل آخر فمرض العبد فهذا عذر في جانب المستأجر ولانه يتعذر عليه استيفاء المعقود عليه وإن أراد رب العبد ذلك لم يكن له ذلك لانه لا ضرر عليه في إيفاء العقد فالمستأجر لا يكلفه من إيفاء العمل إلا بقدر طاقته وهو يرضى بذلك وإن كان ذلك دون حقه وإن لم يفسخها واحداً منهما حتى بدأ العبد فالاجارة جائزة لازمة لزوال العذر ويطرح عنه من الأجر بحسب ذلك وهو ما يتعطل وكذلك إن أبق العبد أو كان سارقاً فللمستأجر أن يفسخ الاجارة أما لتعذر استيفاء المعقود عليه أو لضرر يلحقه في ذلك وليس لمولى العبد فسخها لانه لا ضرر عليه في إيفاء العقد فوق ما التزمه بالعقد ولو أراد المستأجر أن يسافر ويترك ذلك العمل فهو عذر لانه لا يتعذر عليه الخروج إلى السفر لحاجته ولا يمكنه أن يستحب العبد إذا خرج وإن أراد رب العبد أن يسافر به لم يكن له هذا عذر لانه لا يلحقه من الضرر فوق ما التزمه بالعبد وهو ترك العبد في يد المستأجر إلى انتهاء المدة وإن وجد المستأجر أجيراً أرخص منه لم يكن هذا عذراً لأن في هذا تحصيل الربح لادفع الضرر وإن كان العبد غير حاذق بذلك العمل لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة لان صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقد إلا أن يكون عمله فاسداً فله أن يفسخ حينئذ لان صفة السلامة عن

العيب تستحق بمطلق المعاوضة وان مات العبد انتقضت الاجارة لفوات المعقود عليه وان كان المستأجر رجلين فمات أحدهما انتقضت حصته وكذلك ان مات أحد المؤجرين اعتبار الموت أحدهما بموتهما في حق الميت منهما وان ارتد الأجر والمستأجر والعياذ بالله ولحق بدار الحرب انتقضت الاجارة لان القاضي بموته حكم حين يقضي بلحاظه فهو كما لو مات حقيقة وان لم يختصما في ذلك حتى رجع مسلما وقد بقي من المدة شيء فالاجارة لازمة فيما بقي منهما لان اللحاق بدار الحرب إذا لم يتصل قضاء القاضي به بمنزلة الغيبة فلا يوجب انفساخ العقد ولكنه كان بمنزلة العذر فإذا زال برجوعه كانت الاجارة لازمة فيما بقي من المدة والله أعلم (باب الشهادة في الاجارة) (قال رحمه الله وإذا اختلف شاهدوا الاجارة في مبلغ الأجر المسمى في العقد والمدعى هو المؤجر أو المستأجر فشهد أحدهما بمثل ما ادعاه المدعى والآخر بأقل أو أكثر لاتقبل الشهادة لان المدعى كذب أحد الشاهدين ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا قبل استيفاء المنفعة لان الحاجة إلى القضاء بالعقد ومع اختلاف الشاهدين في البذل لا يتمكن القاضي من ذلك فاما بعد استيفاء المنفعة فالحاجة إلى القضاء بالمال فينبغي أن تكون المسألة على الخلاف عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى بالاقل كما في دعوى الدين إذا ادعى المدعى ستة وشهد بها أحد الشاهدين والآخر بخمسة (قال) رضى الله عنه والاصح عندي أن الشهادة لاتقبل عندهم جميعا هنا لان الاجرة بدل في عقد المعاوضة كالثمن في البيع ولا بد أن يكون المدعى مكذبا أحد شاهديه فيمنع ذلك قبول شهادته له وان لم يكن لهما بينة وقد تصادقا على الاجارة واختلفا في الاجرة قبل استيفاء المنفعة تحالفا أو تراد الاحتمال العقد الفسخ وكذلك ان كانت دابة فقال المستكرى من الكوفة إلى بغداد بخمسة وقال رب الدابة إلى الصراه والصراه المنصف تحالفا وبعدما حلفا ان قامت البينة لأحدهما أخذت بينته لان البينة العادلة أحق بالعمل بها من اليمين الفاجرة وان قامت لهما بينة أخذت بينة رب الدابة على الأجر وبينه المستأجر على فضل المسير على قول أبي حنيفة رحمه الله وكان يقول أولا إلى بغداد باثنى عشر ونصف وهو قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره وان اتفقا على المكان واختلفا في جنس الأجر فالبينة بينة رب الدابة لانه يثبت حقه بالبينة ولانه يثبت دعواه بالبينة والأجر يثبت باقراره وانما تثبت بالبينة

الدعوى دون الاقرار وان كان قد ركبها إلى بغداد فقال قد أعرتني الدابة وقال صاحبها بل اكتريتها منك بدرهم ونصف فالقول قول الراكب ولا ضمان عليه ولا أجر أما الضمان فلانهما تصادقا على أنه ركبها بأمر صاحبها وأما الأجر فلان المستأجر منكر لعقد الاجارة فالقول في ذلك قوله مع يمينه فان أقام المؤجر شاهدين فشهد أحدهما بدرهم والآخر بدرهم ونصف فانه يقضى له بدرهم لانهما اجتمعا على الدرهم لفظا ومعنى والمقصود اثبات المال لان العقد منتهى فيقضى بما اتفق عليه الشاهدان وهذا يؤيد قول من يقول في مسألة أول الباب أنه يقضى بالاقل عندهما ولكننا نقول هناك الشاهدان ما اتفق على شيء لفظا فالخمسة غير

الستة وعندهما القضاء بالاقبل باعتبار الموافقة في المعنى وباعتبار
المعنى المدعى مكذب أحدهما وهنا اتفقا الشاهدان على الدرهم لفظا
فالمدعى يدعى ذلك ولكنه يدعى شيئا آخر مع ذلك وهو نصف درهم وأحد
الشاهدين لم يسمع ذلك فلم يشهد به ولهذا لا يصير المدعى مكذبا له
فلهذا أقضينا له بالدرهم ولو ركب رجلا دابة رجل إلى الحيرة فقال رب
الدابة أكثرتها إلى الجباية بدرهم فجاوزت ذلك وقال الذي ركب أعزتها
وحلف على ذلك فهو بريء من الاجر لانه منكر لعقد الاجارة فان أقام رب
الدابة شاهدين أنه اكراه إلى الحيرة بدرهم لم يقبل ذلك لان دعواه إكذاب
منه لشهوده فانه ادعى الاكراه إلى الجباية وان ادعى رب الدابة أنه اكراه
إلى السالحين بدرهم ونصف وشهد له شاهد بذلك وآخر شهد أنه اكراه
إلى السالحين بدرهم فانه يقضي له عليه بدرهم إذا كان قد ركبها لان
الشاهدين اتفقا على ذلك القدر لفظا والمدعى يدعيه أيضا. ولو قال
المستأجر تكاريتها منك إلى القادسية بدرهم وقال رب الدابة بل إلى
موضع كذا في السواد في غير ذلك الطريق بدرهم وقد ركبها إلى القادسية
فلا كراه عليه لانه خالف فصار ضامنا معناه أن رب الدابة ينكر الاذن له في
الركوب في طريق القادسية وقد ركب فصار ضامنا وانما ادعى رب الدابة
العقد على الركوب في طريق آخر ولم يركب المستأجر في ذلك الطريق
فلا أجر عليه لذلك ولو ادعى أنه اكراه دابتين باعياتهما إلى بغداد بعشرة
وقال رب الدابتين بل هذه منهما بعينها إلى بغداد بعشرة وأقام البينة ففي
قول أبي حنيفة الاول رحمه الله هما له إلى بغداد بخمسة عشر إذا كان أجر
مثلها سواء وفي قوله الآخر هما له إلى بغداد بعشرة لان المستأجر هو
المدعى والمثبت بينة الزيادة في حقه وكذلك ان كان رب الدابتين ادعى أنه
اكراه أحديهما بعينها بدينار وأقام البينة وأقام المستأجر البينة أنه

[9]

استكراهما جميعا بعشرة دراهم فله دابتان بدينار وخمسة دراهم لان جنس
الاجر هنا مختلف فكل واحد منهما يثبت ببينته حقه فلا بد من قبول بينة
قول كل واحد منهما بخلاف الاول فهناك جنس الاجر متحد وقد اتفق
الشهود عليه فلا حاجة لرب الدابة إلى الاثبات ولكن المستأجر هو المحتاج
إلى اثبات العقد في الدابة الاخرى وبينته تثبت ذلك وبينه رب الدابة تنفى
فالمثبت أولى وان ادعى المستأجر دابة واحدة وان تكاراها إلى بغداد بدينار
وأقام البينة وأقام صاحبها البينة أنه اكراهها إياه إلى البصرة بعشرين درهما
وقد ركبها إلى بغداد قضيت عليه بعشرين درهما ونصف دينار لان جنس
الاجر لما اختلفا فلا بد من العمل بالبنتين وقد أثبت رب الدابة بينة إلى
البصرة بعشرين درهما وأثبت المستأجر بينة العقد من البصرة إلى بغداد
بنصف دينار فلهذا قضى بهما وان ادعى المستأجر الاجارة وجدها صاحب
الدابة فشهد شاهد أنه استأجرها ليركبها إلى بغداد وشهد الآخر انه
استأجرها ليركبها ويحمل عليها هذا المتاع والمستأجر يدعى كذلك لم تجز
الشهادة لاختلاف الشاهدين في مقدار المعقود عليه وإكذاب المدعى أحد
شاهديه فان (قيل) ليس أن الشاهدين اتفقا على الركوب لفظا ومعنى
ويفرد أحدهما بالزيادة وهو حمل المتاع فينبغي أن يقضى بما اتفق عليه
الشاهدان قلنا المعقود عليه منفعة الدابة لا عين الركوب فالركوب فعل
الراكب وحمل المتاع كذلك فعله والمعقود عليه ملك رب الدابة وذلك
يختلف باختلاف الشاهدين فيما شهد به فلا تتحقق الموافقة بينهما لفظا
بخلاف الدرهم ونصف مع أن هذا انما يكون قبل استيفاء المنفعة وقبل
استيفاء المنفعة الحاجة إلى القضاء بالعقد فلا يتمكن منه مع اختلافهما

وكذلك ان اختلفا في حمولتين لان المدعى يكون مكذبا أحدهما لا محالة ولو ادعى أنه سلم ثوبا إلى صباغ وجحد الصباغ ذلك فشهد شاهد أنه دفع إليه ليصبغه أحمر بدرهم وقال الآخر ليصبغه أصفر فقد اختلفت الشهادة لاختلاف الشاهدين في المعقود عليه هو الوصف الذي يحدثه في الثوب والاصفر منه غير الاحمر فيكون المدعى مكذبا أحد الشاهدين والله أعلم بالصواب (باب ما يضمن فيه الاجير) (قال رحمه الله رجل سلم إلى قصار ثوبا فدقه بأجر مسمى فتخرق أو عصره فتخرق أو جعل فيه النورة أو وسمه فاحترق فهو ضامن لذلك كله لان هذا من جناية يده وقد بينا أن

[10]

الاجير المشترك ضامن لما جنت يده فان كان أجير المشترك القصار فعل ذلك غير متعمد له فالضمان على القصار دون الاجير لان الاجير له أجير خاص فلا يضمن الا بالخلاف ولم يخالف ثم عمله كعمل الاستاذ (ألا ترى) أن الاستاذ يستوجب به الاجر فيكون الضمان عليه وان هلك الثوب عند القصار أو سرق فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا وروى عن محمد رحمه الله قال إذا وضع القصار السراج في الحانوت فاحترق به الثوب من غير فعله فهو ضامن لان هذا مما يمكن التحرز عنه في الجملة وانما الذي لا يضمن به الحرق الغالب الذي لا يمكن التحرز عنه ولا يتمكن هو من اطفائه و(قال) في الصباغ يصبغ الثوب أحمر فيقول رب الثوب أمرتك بأصفر فالقول قول رب الثوب لان الاذن يستفاد من قبله وله أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض وان شاء أخذ ثوبه وضمن للصباغ ما زاد على العصفير في ثوبه لانه بمنزلة الغاصب فيما صبغه به حين لم يثبت اذن صاحب الثوب له في ذلك وان كان صبغه أسود فاختر أخذ الثوب لم يكن للصباغ عليه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد بينا ذلك في الغصب قال أبو حنيفة رحمه الله في الملاح إذا أخذ الاجر فان غرقت السفينة من ريح أو موج أو شيء وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح لان التلف حصل من عمله وان غرقت من مده أو معالجته أو جذفه فهو ضامن لان هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك وان كان على الملاح الطعام وخلي بينه وبين الطعام فنقص فلا ضمان على الملاح عنده بعد أن يحلف لانه أمين فالقول قوله مع يمينه ولا يضمن ما تلف بغير فعله وان انكسرت السفينة فدخل الماء فيها فأسده فان كان ذلك من عمل الملاح فهو ضامن له والا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وان كان رب الطعام في السفينة أو وكيله فلا ضمان على الملاح في شيء من ذلك الا أن يخالف ما أمر به ويصنع شيئا مما يتعمد فيه الفساد لان المتاع في يد صاحبه والعمل يصير مسلما إليه بنفسه فيخرج من ضمان الملاح بخلاف ما اذا لم يكن صاحب الطعام معه فالعمل يصير مسلما وعليه هذا قالوا لورد الموج السفينة إلى الموضع الذي حمل الطعام منه فان لم يكن رب الطعام معه فلا أجر للملاح وان كان رب الطعام معه في السفينة فله الاجر بقدر ما صار لان العمل قد صار مسلما بنفسه ويقرر الاجر بحبسه فاما إذا خالف ما أمره به فهذا العمل لا يصير مسلما إلى صاحب الطعام بل يكون العامل فيه متعديا خاصا فيكون ضامنا لذلك وإذا حجم الحجام بأجر أو بزغ البيطار أو خفن الحاقن بأجر حرا أو عبدا بأمره أو بطأ قرحه فمات من ذلك فلا ضمان

عليه بخلاف القصار إذا دق فخرق لان المستحق عليه هناك العمل السليم عن العيب وذلك في مقدور البشر يصح التزامه بالعقد وهنا المستحق عليه عمل معلوم بجده لأعمل غير سارى لان ذلك ليس في مقدور البشر فالجرح فتح باب الروح والبرء بعده بقوة الطبيعة على دفع أثر الجراحة وليس ذلك في مقدور البشر فلا يجوز التزامه بعقد المعاوضة وانما الذي في وسعه اقامة العمل بجده وقد أتى به فلا يضمن إلا أن يخالف لمجاوزة الحد أو يفعل بغير أمره فيكون ضامنا حينئذ * توضيح الفرق أن الشراية لا تقترب بالجرح ولكنه يكون بعدها بزمان ضعف الطبيعة عن دفع أثر الجراحة وتوالى الآلام على المجروح وهذا كله بعد أن يصير العمل مسلما إلى صاحبه ويخرج من ضمان العمل فاما بخرق الثوب مقترنا بالدق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار فلهذا كان ضامنا لما يتلف بعمله لان عمله مضمون بما يقابله من البدل ولو وطأ الاجير الخاص للقصار على ثوب مما لا يوطأ عليه في دقه فكان الضمان عليه خاصة لانه غير مأذون من جهة الاستاذ في الوطئ على هذا الثوب فكان متعديا فيما صنع وان كان مما يوطأ عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون في الوطئ عليه فيكون فعله كفعل الاستاذ وان كان الثوب وديعة عند القصار فالاجير ضامن وان كان ذلك مما يوطأ عليه لانه غير مأذون في بسطه والوطئ عليه من جهة الاستاذ فانه انما أذن له في العمل في بيان القصاره دون ودائع الناس عنده ولو حمل الانسان حملا في بيت القصار من ثياب القصاره فعثر وسقط فتخرق بعضها كان ضمان ذلك على القصار دون الاجير لانه مأذون في هذا العمل من جهة الاستاذ ولو دخل بنار السراج بأمر القصار فوقعت شرارة على ثوب من القصاره أو وقع السراج من يده فأصاب دهنه ثوبا من القصاره فالضمان على الاستاذ دون الغلام لانه مأذون من جهته في ادخال النار بالسراج وكذلك أجير لرجل يخدمه ان وقع من يده شئ فتكسر وأفسد متاعا مما يختلف في خدمة صاحبه فلا ضمان عليه إذا كان في ملك صاحبه لانه استأجره لهذه الاعمال ولو أن غلام القصار انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت على ثوب من القصاره فخرقته فالضمان على القصار دون الغلام لانه مأذون من جهة الاستاذ في دق الثوبين جميعا ولو وقع على ثوب انسان من غير القصاره كان ضمان ذلك على الغلام دون القصار لانه غير مأذون في دق ذلك الثوب فيكون هو جانيا في ذلك الثوب وان كان مخطئا وتعدر الخطأ لا يسقط عنه ضمان المحل وان وقعت المدقة على موضعها ثم وقعت على شئ بعدها فلا ضمان على الاجير لانها كما لو وقعت على المحل

المأذون فيه صار العمل مسلما وخرج من عهدة الاجير فلا ضمان عليه بعد ذلك وانما الضمان على الاستاذ وإذا أصاب انسانا فقتله كان الغلام ضامنا وقد بينا الفرق بين الجناية في بنى آدم وما سوى ذلك من الاموال فيما سبق وكذلك لو مر بشئ من متاعه فيما يحمله فوقع على انسان في البيت فقتله كان الضمان على الغلام لان الجناية في بنى آدم موجبة الارش العاقلة فلا يمكن اعتبار العقد فيه بخلاف ما سوى ذلك من الاموال وكذلك ان انكسر شئ من أدوات القصار بيد الغلام مما يدق به أو يدق عليه فلا ضمان عليه لانه مأذون من جهة الاستاذ وان كان مما لاحق به ولا يدق عليه

فهو ضامن وعلى هذا لو دعا رجلا قوما إلى منزله فمشوا على بساطه فخرق أو جلسوا على وسادة فخرقت وإن كان الضيف متقلدا سيفاً فلما جلس شق السيف بساطاً أو وسادة فلا ضمان عليه لأنه مأذون فيما فعل من المشي والجلوس وتقلد السيف ولو وطئ على أنية من أواني أو ثوبا لا يبسط مثله ولا يوطأ فيه ضامن لأنه غير مأذون في الوطئ والجلوس على مثله وإن حمل الأجير شيئاً في خدمة أستاذه فسقط ففسد لم يضمن ولو سقط على وديعة عنده فأفسدها كان ضامناً لها وكذلك لو عثر فسقط عليها فإن كان بساطاً أو وسادة استعاره للبسط فلا ضمان في ذلك على رب البيت ولا على أجيريه لأنه مأذون في بسطه من جهة صاحبه وإذا جفف القصار ثوبا على حبل فمرت به حمولة في الطريق فخرقته فلا ضمان على القصار لأنه متلف لا بعمله والضمان على سائق الحمولة لأنه مسبب وهو متعدي في ذلك فسوق الدابة في الطريق يتقيد عليه بشرط السلامة فإذا لم يسلم كان ضامناً ولو تَكَارَى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوماً فلما بلغ المقصد عطبت الدابة فعليه الأجر كاملاً لاستيفاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بني آدم أن المعتبر هناك عدد الجناة في حق ضمان النفس وأوضح الفرق بما ذكرنا فقال لو أن حائطاً مائلاً لرجل ثلثاه وللآخر ثلثه يقدم اليهما فيه فوقع على رجل فجرحه وقتله كان على كل واحد منهما نصف الدية ولو لم يجرحه ولكنه قتله ثقل الحائط كانت الدية عليهما بقدر المالك لأن ثقل ملك صاحب الثلثين ضعف ثقل ملك صاحب الثلث وفي الجرح المعتبر أصل الجراحة وكل واحد منهما خارج له بملكه فكان بمنزلة الجرح بيده فكذلك في مسألة الدابة يضمن باعتبار ثقل الزيادة وفي مسألة الشجاج في العبد يكون ضمان النفس على كل واحد منهما باعتبار أصل الجرح لا مقداره وعدده وعلى هذا لو أمر

[13]

رجلاً أن يضرب عبده عشرة أسواط فضرب أحد عشر سوطاً فهو متعدي في السوط الحادي عشر فيضمن نقصان ذلك العبد من قيمته مضروباً عشرة أسواط ونصف ما بقي من قيمته إذا مات من ذلك لأنه في ضرب عشرة أسواط عامل لصاحبه بأمره فكأنه فعل ذلك هذا بنفسه وقد مات العبد من السياط كلها فتوزع بدل نفسه نصفين باعتبار عدد الحياة لأعداد الجنات وإذا سلم الرجل عبده أو أمته إلى مكتب أو عمل آخر فضربه الأستاذ فهو ضامن لما أصابه من ذلك وإن أذن له في ذلك ضمان عليه لأن فعله بآذنه كفعل الموتى بنفسه فلا يكون تعدياً منه وفعله بغير أمره يكون تعدياً منه وفرق أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بين هذا وبينما إذا ضرب الدابة التي استأجرها ضرباً معتاداً فقالوا بالضرب معتاد هناك عند السير متعارف فيجعل كالمأذون فيه وهنا الضرب عند التعليم غير متعارف وإنما الضرب عند سوء الأدب يكون ذلك ليس من التعليم في شيء فالعقد المعقود على التعليم لا يثبت الأذن في الضرب فلهذا يكون ضامناً إلا أن يأذن له فيه نصاً وكذلك أن سلم ابنه في عمل إلى رجل فإن ضربه بغير إذن الأب فلا إشكال في أنه يكون ضامناً وإن ضربه بأذن الأب فلا ضمان عليه في ذلك لأنه غير متعدي في ضربه بأذن الأب ولو كان الأب هو الذي ضربه بنفسه فمات كان ضامناً في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا ضمان عليه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهما يدعيان المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة فيقولان إذا كان الأستاذ لا يضمن باعتبار إذن الأب فكيف يكون

الاب ضامنا إذا ضربه بنفسه ولكن أبو حنيفة رحمه الله يقول ضرب الاستاذ لمنفعة الصبي لا لمنفعة نفسه فلا يوجب الضمان عليه إذا كان ياذن وليه فاما ضرب الاب إياه لمنفعة نفسه فانه بغير سوء أدب ولده فيتقيد بشرط السلامة كضرب الزوج زوجته لما كان لمنفعة نفسه يقيد بشرط السلامة وإذا توهن راعى الرمكة رمكة منها فوقع الوهن في عنقها فجذبها فعطبت فهو ضامن لانه من جناية يده وان كان صاحبها أمره بالتوهن فلا ضمان عليه لان فعله بأمر صاحبها كفعل صاحبها وهذا لان التوهن ليس من عمل الراعى في شئ ولا يدل في مقابلته فلا يتقيد على المأمور بشرط السلامة بخلاف الدق من القصار ولو أمر رجلا أن يختن عبده أو ابنه فأخطأ فقطع الحشفة كان ضامنا لما بينا أن عمل الختان معلوم بمحله فإذا جاوز ذلك كان ضامنا ولم يبين في الكتاب ماذا يضمن وهو مروي عن محمد رحمه الله في النوادر قال إن برأ فعليه كمال بدل نفسه فان مات فعليه نصف بدل نفسه لانه إذا برأ

[14]

فعليه ضمان الحشفة وهو عضو مقصود لا يتأتى له في البدن فيتقدر بدله ببدل النفس وإذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس ولو أمر رجلا أن يقطع أصبعه لوجع أصابه فيها فقطعها فمات منها لم يكن على القاطع شئ الا في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله فانه يقول يضمن الدية اعتبارا بما لو قال ذلك قتلني فقتله وجه ظاهر الرواية أن الاذن صح هنا لان للأذان أن يفعل ذلك بنفسه فينتقل عمل المأذون إليه وبصير كانه فعله بنفسه بخلاف قوله اقتلني فالاذن هناك غير صحيح لان الاذن ليس له أن يفعل ذلك بنفسه وكذلك لو أمر أن يفعل ذلك بابن له صغير أو بعبد له فهذا ومالو أمره بنفسه سواء ولو أمر حجاما ليقطع سنا ففعل فقال أمرتك أن تقلع سنا غير هذا فالقول قوله والحجام ضامن لان الاذن يستفاد من جهته ولو أنكره كان القول قوله فكذلك إذا أنكر الاذن في السن الذي قلعه ولو تكاري دابة يحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل في جوالق عشرين مختوما ثم أمر رب الدابة فكان هو الذي وضعها على الدابة فلا ضمان عليه لان صاحب الدابة هو المباشر بحمل الزيادة على دابته وأكثر ما فيه أنه مغرور من جهة المستأجر ولكن الغرور إذا لم يكن مشروطا في عقد ضمان لا يكون مثبتا الرجوع للمغرور على الغار وان حملها جميعا ووضعها على الدابة ضمن المستأجر ربع قيمة الدابة لان نصف المحمول مستحق بالعقد ونصفه غير مستحق وفعل كل واحد منهما في الحل شائع في النصفين فباعتبار النصف الذي حمله على الدابة لا ضمان على أحد وباعتبار النصف الذي حمله المستأجر لا ضمان عليه في نصفه لانه يستحق بالنصف وعليه الضمان في النصف الآخر لانه متعدي فيه فكان ضامنا ربع قيمتها وان كان الحمل في عدلين فرفع كل واحد منهما عدلا فوضعاهما جميعا على الدابة لم يضمن المستأجر شيئا لان المستأجر استحق بالعقد حمل عشر مخاتيم حنطة وقد حمل هذا المقدار فيجعل حمله مما كان مستحقا بالعقد والزيادة انما حملها رب الدابة وذكر في النوادر لو أن القصار استعان بصاحب الثوب حتى دق الثوب معه فتخرق ولا يدري من أي الفعلين تخرق فعلى قول أبي يوسف رحمه الله القصار ضامن نصف القيمة باعتبار الاحتمال وعلى قول محمد رحمه الله هو ضامن جميع القيمة لان الثوب في يده فباعتبار اليد هو ضامن ما لم يصل إلى صاحبه سواء تلف بعمله أو بغير عمله فما لم يعلم أن

التلف بعمل صاحب الثوب كان القصار ضامنا وإذا ساق الراعى الغنم أو البقر فتناطحت

[15]

فقتل بعضها بعضا أو وطئ بعضها بعضا من سياقته وهو غير مشترك وهى لانسان واحد فلا ضمان عليه لانه مأذون في السوق وقد بينا أن الاجير الخاص لا يكون ضامنا فيما يتلف بعمل المأذون فيه وان كانت لقوم شتى فهو ضامن مشتركاً كان أو غير مشترك أما المشترك فلان هذا من جنابة يده وأما غير المشترك فلانه سائق الدابة التى وطئت والسائق ضامن بالسبب وكل من وقع عليه الضمان فلا أجر له فيه لانه ملك المضمون بالضمان فلا يكون مسلماً إلى صاحبه وإذا ساق الراعى الماشية فعطبت واحدة أو وقعت في نهر فعطبت فهو ضامن لانه أجبر مشترك والتلف حصل بعمله ولو استأجر دابة ليركبها فليس من الثياب أكثر مما كان عليه حين استأجرها فان لبس من ذلك مثل ما يلبس الناس إذا ركبوا لم يضمن وان كان أكثر من ذلك ضمن بقدر ما زاد لان المستحق بمطلق العقد ما هو المتعارف وان تكارى ناقة ليحمل عليها امرأة فولدت المرأة فحملها هي وولدها على الناقة بغير أمر صاحبها فعطبت الناقة فهو ضامن بحساب ما زاد عليها للولد لان الولد مقصود بالحمل بعد الانفصال وهو في مقداره مخالف فيضمن بحساب ما يخالف كما لو زاد متاعاً معها ولو نتجت الناقة فحمل ولد الناقة مع المرأة فهو ضامن أيضاً لانه مخالف لما قلنا وان تكارى بغير المحمل فحمل عليه زاملة فهو ضامن لانه مخالف فيما صنع فالزاملة أضرب بالبعير من المحمل وان حمل عليه رجلاً مكان المحمل فلا ضمان عليه فلا يكون فعله ذلك خلافاً وقد بينا نظيره في السرج مع الاكاف والله تعالى أعلم بالصواب (باب اجارة رحا الماء) (قال رحمه الله وإذا استأجر الرجل رحا ماء والبيت الذي هو فيه وهو متاعها كل شهر بأجر مسمى فهو جائز) لانه غير متنفع به واستأجره متعارف فان انقطع الماء عنها فلم يعمل رفع عنه الاجر بحساب ذلك لزوال تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي استأجره فانه انما استأجره ليطحن فيها بالماء دون الثور وبانقطاع المال زال تمكنه من ذلك وبدون التمكن من الانتفاع لا يجب الاجر فله أن ينقص الاجارة لتغير شرط العقد عليه فان لم ينقصها حتى عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقى من الشهر وان كان قد بقى يوم واحد فلم يكن له أن ينقصها لزوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقى من المدة ولان هذه الاجارة في حكم عقود متفرقة لا يثبت الخيار لتفرق الصفقة وان اختلفا في مقدار ما كان الماء منقطعاً فالقول قول المستأجر لانهما يتفقان أنه لم

[16]

يستوف جميع المعقود عليه وانما اختلفا في مقدار ما استوف قرب الرحا يدعى زيادة في ذلك والمستأجر منكر ذلك ولو قال المؤاجر لم ينقطع الماء فانه بحكم الحال فيه فان كان الماء منقطعاً في الحال فالقول قول المستأجر وان كان جارياً فالقول قول المؤاجر مع يمينه على عمله لانه إذا كان منقطعاً في الحال فالظاهر انه كان منقطعاً فيما مضى وان كان جارياً في الحال فالظاهر انه كان جارياً فيما مضى وفي الخصومات القول قول

من يشهد له الظاهر * توضيحه انا قد عرفنا الماء جاريا عند العقد والبناء على الظاهر واستصحاب الحال أصل ما لم يعلم خلافه فإذا علمنا انقطاع الماء في الحال بقدر استصحاب الحال فاعتبرنا الدعوى والانكار قرب الرحا يدعي تسليم المعقود عليه والمستأجر منكر فالقول قوله فاما إذا كان جاريا في الحال فاستصحاب الحال ممكن فجعلنا رب الرحا مسلما للمعقود عليه بهذا الطريق ولهذا كان القول قوله مع يمينه لى عمله لان الاستحلاف على ما لم يكن في يده ولامن عمله فيكون على العلم وان كان استأجر جميع ذلك بعشرة دراهم كل شهر فطحن فيها في الشهر بثلاثين درهما فربح عشرين درهما فان كان المستأجر هو الذي يقوم على الرحا والطعام أو أجيره أو عبده فالربح له طيب لان الفضل بمقابلة منفعه وان كان رب الطعام هو الذي يلي ذلك لم يطلب الربح للمستأجر إلا أن يكون قد عمله فيها عملا تنتفع بها الرحا من كرى النهر أو نقر الرحا وغير ذلك فحينئذ يجعل الفضل بمقابلة عمله فيطيب له فقد جعل نقر الرحا معتبرا يجعل الفضل بمقابلته ولم يجعل كنس البيت فيما سبق معتبرا في ذلك لان كنس البيت ليس بزيادة في البيت ولان التمكن من الانتفاع باعتباره فأما نقر الرحا وكرى النهر بعد زيادة المستأجر وبه يتمكن من الانتفاع وإذا استأجر موضعا على نهر لبنى عليه بناء ويتخذ عليه رحا ماء على أن الحجارة والمتاع والحديد والبناء من عند المستأجر فهو جائز لانه استأجر الارض لمنفعة معلومة فان انقطع ماء النهر فلم يطحن ولم يفسخ الاجارة فالاجر لازم له لان المعقود عليه منفعة الارض وهى باقية بعد انقطاع الماء والمستأجر مستوفى بما يشغل الارض بمناعه بخلاف الاول فهناك المعقود عليه منفعة الرحا لعمل الطحن والتمكن منه يزول بانقطاع الماء الا أن هنا له أن يفسخ الاجارة للعدر فان مقصوده استيفاء منفعة لا يتم ذلك بدون جريان الماء وفي الزام العقد إياه بعد انقطاع الماء ضرر فيكون ذلك عذرا له في الفسخ ولو استأجر رحا ماء بمناعها فانقطع الماء شهرا فلا أجر عليه في ذلك الشهر لما قلنا وان قل الماء حتى أضرب به في الطحن وهو يطحن مع ذلك فان كان ضررا فاحشا فهو عيب فيما هو المقصود فيتمكن

[17]

لاجله من فسخ العقد وان لم يفسخ كان الاجر واجبا عليه لبقاء تمكنه من الانتفاع ورضاه بالعيب وان كان غير فاحش فالاجارة لازمة له لانه لما استأجر الرحا في الابتداء مع علمه أن الماء يزداد تارة وينتقص أخرى فقد صار راضيا بالنقصان اليسير ولان ما لم يمكن التحرز عنه عفو وإذا خاف رب الرحا أن ينقطع الماء فتفسخ الاجارة فأكرى البيت والحجرين والمتاع خاصة فهو جائز لانه عين منتفع به فان انقطع الماء فللمستأجر أن يترك الاجارة لان استئجار هذا الاعيان كان لمقصود معلوم وقد فات ذلك بانقطاع الماء وفي ايفاء العقد بعد انقطاع الماء ضرر عليه وهذا ضرر لم يلتزمه بأصل العقد فيكون عذرا له في الفسخ كما لو استأجر والرحا يطحن بجعله فينق حمله ولم يكن عنده ما يشتري به جملا كان له أن يترك الاجارة ولو استأجر رحا ماء فانكسر أحد الحجرين أو الدوارة أو البيت فله أن يفسخ الاجارة لزوال تمكنه من الانتفاع فان أصلح ذلك رب الرحا قبل الفسخ لم يكن للمستأجر أن يفسخ بعد ذلك لزوال العذر في بقية المدة ولكن يرفع عنه من الاجر بقدر ذلك لانعدام تمكنه من الانتفاع به والقول قول المستأجر في مقدار العطلة لاتفاقهما على أنه لم يسلم جميع المعقود عليه الا أن ينكر المؤاجر البطالة أصلا فكان القول قوله باعتبار استصحاب

الماء لانا عرفنا تمكن المستأجر من الانتفاع عند تسليم الرحا ثم يدعى هو رضا مانعا فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو ادعى أن غاصبا حال بينه وبين الانتفاع بالرحا وان استأجر رحاما على أن يطحن فيها الحنطة ولا يطحن غيرها فطحن فيها شعيرا أو شيئا من الحبوب سوى الحنطة فان كان ذلك لا يضر بالرحا فلا ضمان عليه وان كان أضر عليها من الحنطة ضمنه ما نقصها لان التقيد معتبر إذا كان مفيدا والخلاف إلى ما هو أضر عدوان منه فيلزمه ضمان النقصان ولا أجر عليه في ذلك لوقت لانه غاصب ضامن من النقصان ولا يجتمع الاجر والضمان وإذا استأجر الرجل رحا وبيتا من أجير وبغيرا من آخر صفقة واحدة كل شهر باجر معلوم فهو جائز لان استئجار كل عين من هذه الاعيان على الانفراد صحيح ثم يقتسمون الاجر بينهم على قدر ذلك لان المسمى بمقابلة الكل فيتوزع عليها بالحصة ولو اشترك أرباب هذه الاشياء على أن يعملوا للناس باجر فما طحنوا فالاجر بينهم أثلاثا فان أجروا الجمل بعينه فطحن فأجر ذلك لصاحب الجمل لانه سمي بمقابلته منفعة الجمل وللآخرين أجر مثلهما لنفسهما ومتاعهما على صاحب الجمل لان سلامة الاجر له بذلك كله فيكون هو مستوفيا لمنافعهما وقد شرط بمقابلة ذلك أجر ولم

[18]

يسلم لهما ذلك الاجر فان قبلوا الطعام على أن يطحنوه باجر معلوم ولم يؤجر والا الجمل بعينه فما اكتسبوه صار أثلاثا بينهم لانهم اشتركوا في تقبل العمل وبذلك استوجبوا الاجر وان كان لرجل بيت على نهر قد كان فيه رحا ماء فذهب وجاء آخر برحا آخر ومتاعها فنصبها في البيت واشتركا على أن يتقبلا من الناس الحنطة والشعير فطحناه فما كسبا فهو بينهما نصفان فهو جائز وما طحناه وما تقبلناه فاجره بينهما نصفان لاستوائهما في تقبل العمل في ذمتها وليس للرحا ولا للبيت اجرة لان كل واحد منهما ما ابتغى عن متاعه اجرا سوى ما قال (ألا ترى) أن قصارين لو اشتركا على أن يعملوا في بيت احدهما باداه الآخر فما كسبا فهو بينهما نصفان كان جائزا ولم يكن لواحد منهما أن يطالب صاحبه باجر باداته ولو أجر الرحا باجر معلوم على طعام معلوم كان الاجر كله لصاحب الرحا لانه مسمى بمقابلة منفعة ملكه ولصاحب البيت أجر مثل بيته ونفسه على صاحب الرحا إذا كان قد عمل في ذلك لان منفعة بيته ونفسه سلمت لصاحب الرحا ولم يسلم له بمقابلته ما شرط له من الاجر (قال) ولا أجاوز به نصف أجر مثل الرحا في قول أبي يوسف رحمه الله وقد بينا نظيره في كتاب الشركة ولو انكسر الحجر الاعلى من الرحا فنصب رجل مكانه حجرا بغير أمر صاحبه وجعل يتقبل الطعام ويطحن فهو مسيء في ذلك ضامن لما أفسد من الحجر الاسفل ومتاعه لانه غاصب والاجر له لانه وجب بعقده وان كان وضع الحجر الا على برضاء صاحبه على أن الكسب بينهما نصفان فهو كما شرط وهو نظير ما سبق إذا كان يتقبلان الطعام فالاجر بينهما كما شرط ولو بنى على نهر بيتا ونصب فيها رحا ماء بغير رضى صاحب النهر ثم يقبل الطعام فكسب في ذلك مالا كان له في الكسب وكان ضامنا لمناقص البيت وساحته وموضعه والنهر لانه متلف لذلك بفعله ولا يضمن شيئا من الماء لان الماء غير مملوك ولانه لم يفسد شيئا من الماء بعمله ولو أن رجلا له نهر اشترك هو ورجلان على أن جاء أحدهما برحاء والاخر بمتاعها على أن يبنوا البيت جميعا من أموالهم على أن ما كسبوا من شئ فهو بينهم فهو جائز وهذا مثل المسألة الاولى إذا كانوا يتقبلون الطعام فالاجر بينهم أثلاثا

والله أعلم بالصواب (باب الكراء إلى مكة) (قال رحمه الله وإذا استأجر
بغيرين من الكوفة إلى مكة فحمل على أحدهما محملاً فيه

[19]

رجلان وما يصلحهما من الوطئ والدثر وإحديهما زاملة يحمل عليه كذا
مختوما والسويق وما يصلحهما من الخل والزيت والمعاليق وقد رأى
الرجلين ولم ير الوطاء والدثر ولم يبين ذلك وشرط حمل ما يكفيه من
الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد في القياس لجهالة وزن الوطاء ولدثر
وجهالة مقدار الماء والخل والزيت والمعاليق وهذه جهالة تفضي إلى
المنازعة فإن الضرر على الأبل تختلف بقله ذلك وكثرته وفي الاستحسان
يجوز لأنه متعارف وفي اشتراط اعلام وزن كل شئ من ذلك بعض الحرج ثم
المقصود على أحد الحملين الرجلان وقد رآهما الحمال وعلى الحمال الآخر
الدقيق والسويق وما سوى ذلك تبع إذا صار ما هو الأصل معلوما فاجهل
في البيع عفو ومقدار البيع يصير معلوما أيضا بطريق العرف وعلى هذا لو
اشترط عليه أن يحمل له من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز
أيضا لأنه متعارف معلوم المقدار عرفا ولو بين وزن المعاليق والهدايا كان
أحب إلينا لأنه أبعد من المنازعة وإذا أراد الاحتياط في ذلك فينبغي أن
يسمى لكل حمل قرنتين من ماء أو ادواتين من أعظم ما يكون من ذلك
ويكتب في الكتاب أن الحمال قد رأى الوطاء والدثر والقريتين والادواتين
والخيمة والعقبة فإن ذلك أوثق وإنما يكتب الكتاب على أوثق الوجوه وأن
اشترط عليه عقبة الاجير فهو جائز ويكتب وقد رأى الحمال الاجير وفي
تفسير عقبة الاجير قولان أحدهما أن المستأجر ينزل في كل يوم عند
الصباح والمساء فذلك معلوم فيركب أجيره في ذلك الوقت وسمى ذلك
عقبة الاجير والثاني أن يركب أجيره في كل مرحلة فرسخا أو نحوه مما هو
متعارف على خشبة خلف المحمل ويسمى ذلك عقبة الاجير وفي كتاب
الشروط قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرى أن يشترط من هدايا مكة
كذا وكذا منا لأن ذلك أبعد من المنازعة والمحمول من الهدايا يختلف في
الضرر على الدابة باختلاف مقدرا الوزن وإن تكاري شق محمل أو شق
زاملة فاختلغا فقال الحمال إنما عينت عيدان المحمل وقال المستكري بل
عينت الأبل فإن كان الكراء كما يتكاري به الأبل إلى مكة فهو على الأبل
وإن كان كما يتكاري به شق محمل خشب فالقول قول الحمال مع يمينه
لأنه إذا كان كما يتكاري به الأول فالظاهر يشهد للمستكري وإن كان شيئا
يسيرا كما يتكاري به الخشب فالظاهر يشهد للحمال وعند المنازعة يجعل
القول قول من يشهد له الظاهر كما لو اشترى قرية ماء بدانق فقال إنما
اشتريت القرية دون الماء لا يصدق ولو اشترى بعشرين درهما قال
السقاء بعت الماء دون القرية وكذلك لو اشترى مبطخة ثم قال المشتري
اشتريت الأرض وقال البائع إنما بعت البطيخ

[20]

فانه بحكم الثمن في ذلك فيجعل القول قول من يشهد له الظاهر وإذا
تكاري من الكوفة إلى مكة ابلا مسماة بغير أعيانها فقال الحمال أخرجك
في عشر ذي القعدة فقال المستكري أخرجني في خمس مضين أو على

عكس ذلك فانه يخرج في خمس مضين في الوجهين جميعا لانه لا يخاف الفوت إذا خرج بعد خمس مضين فان أراد الحمال أن يخرج قبل ذلك فهو يريد أن يلزمه ضرر السفر من غير حاجة إليه فيسقط عن نفسه مؤنة العلف فلا يمكن من ذلك وإذا طلب المستكرى في عشر ذي القعدة وهو يريد أن يلزم الحمال ضرر السفر من غير حاجة ليكون هو مترفها في نفسه فلهذا لا يمكن من ذلك ولان بمطلق العقد انما يثبت المتعارف والمتعارف الخروج من الكوفة بخمس مضين فإذا أراد الحمال أن يتأخر إلى نصف ذي القعدة وأبى ذلك المستكرى فليس للحمال ذلك لانه يخاف الفوت في هذا التأخير ويلحق المستكرى مشقة عظيمة باستدامة السفر وان قال المستأجر أخرجني للنصف من ذي القعدة وقال الحمال أخرجك بخمس مضين فانه يرتكب مؤنة العلف فاني أخره لعشر مضين من ذي القعدة ولا تؤخره لاكثر من ذلك لان الغالب ادراك الحج إذا خرج بعشر مضين والغالب هو الفوات إذا أخر الخروج أكثر من ذلك والمستحق بمطلق العقد صفة السلامة لا نهاية الجودة وان كان بينهما شرطا حملهما على ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم الشرط أملك: أي يوفى به ولا بأس بأن يسلف في كراء مكة قبل الحج سنة أو بأشهر لان وقت الحج معلوم لا يجهل وهذا بناء على مذهبننا ان الاجارة المضافة إلى وقت في المستقبل تصح (وعلى قول) الشافعي رحمه الله لا تصح الدار والحانوت والدواب وغير ذلك فيه سواء وهذا بناء على أصله ان جواز العقد باعتبار ان المنافع جعلت كالأعيان القائمة فانما يتحقق ذلك إذا اتصل المعقود عليه بالعقد في الاجارة المضافة ولا يوجد ذلك ثم الاضافة إلى وقت في المستقبل كالتعليق بالشرط حتى ان ما يحتمل التعليق بالشرط يجوز اضافته إلى وقت في المستقبل كالطلاق والعناق ومالا فلا كالاجارة والبيع ثم الاجارة لا تحتمل التعليق بالشرط فلا تحتمل الاضافة إلى وقت في المستقبل والدليل عليه أنه لا يتعلق به اللزوم ولا يملك الاجر بنفس العقد وان شرط التعجيل فلو انعقد العقد صحيحا لانعقد بصفة اللزوم ويملك الاجر به إذا شرط التعجيل فان ذلك موجب العقد وحجتنا في ذلك أن جواز عقد الاجارة لحاجة الناس وقد تمس الحاجة إلى الاستئجار مضافا إلى وقت في المستقبل لان في وقت حاجته ربما لا يجد ذلك أولا يجده باجر المثل فيحتاج إلى أن يسلف فيه قبل ذلك

[21]

ثم قد بينا انه وان أطلق العقد فهو في معنى المضاف في حق المعقود عليه لانه يتجدد انعقاده بحسب ما يحدث من المنفعة أو تقام العين المنتفع بها مقام المعقود عليه في هذا العقد ولا فرق في هذا بين المضاف إلى وقت في المستقبل وبين المعقود عليه في الحال وهذا لان ذكر المدة لبيان مقدار المعقود عليه كالكيل فيما يكال وذلك لا يختلف به وبه فارق التعليق بالشرط فان التعليق يمنع انعقاد العقد في الحال والاضافة لا تمنع من ذلك وفي لزوم الاجارة المضافة روايتان وأصح الروايتين أنه يلزم وليس لاحدهما أن يفسخ الا بعذر فان الاجر لا يملك بشرط التعجيل وقد بينا الفرق بين هذا وبينما إذا شرط التعجيل في عقد الاجارة في الحال لان هناك تأخر الملك بقضية المساواة فيحتمل التغير بالشرط وهنا تأخر الملك لنصيبهما على التأخير باضافة العقد إلى وقت في المستقبل فلا يتغير ذلك بالشرط ولو تكرار ابلأ إلى مكة بشئ من المكيل أو الموزون معلوم القدر والصفة وجعل له أجلا مسمى فهو جائز وان لم يسم الموضع الذي يوفيه فيه وقد نص على الخلاف فيما تقدم أن على أبي حنيفة رحمه الله

لا بد من بيان المكان فتبين بذلك أن هذا الجواب قولهما وإن حل الأجل بمكة وأراد أخذه هناك وأبى المستأجر فإن استوثق من المستأجر على أن يوفيه بالكوفة حيث تكارى وقد ذكرنا على قولهما أن اجارة الدار يتعين للايفاء موضع الدار وهنا ذلك غير ممكن لان الاجر يجب شيئاً فشيئاً بحسب سير الدابة في الطريق فيتعذر تعيين موضع استيفاء المعقود عليه للايفاء وربما يتعين للتسليم موضع السبب وهو العقد وإن كان الاجر شيئاً بعينه مما له حمل ومؤنة فانما يتعين لايفائه الموضع الذي فيه ذلك العين لانه ملك في ذلك الموضع بعينه كالمبيع بخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة فانه يسلم إليه بعد الوجوب حيث مالقيه وقد بينا الفرق بينهما في البيوع ولو تكارى منه حملاً وزاملة وشرط حملاً معلوماً على الزاملة فما أكل من ذلك الحمل أو نقص من الكيل والوزن كان له أن يتم ذلك في كل منزل ذاهباً وجائياً لانه استحق بالعقد حملاً مسمى على البعير في جميع الطريق فيكون له أن يستوفى ما استحقه بالشرط وليس للحمال أن يمنعه من ذلك بخلاف المحمل فانه إذا شرط فيه انسانين معلومين فليس له أن يحمل غيرهما إلا برضاء الحمال لان الضرر على الدابة يختلف باختلاف الراكب وإن خرج بالبعيرين يقودهما ولا يركبهما ولم يحمل عليهما جائياً فعليه الاجر كاملاً لتمكنه من استيفاء المعقود عليه وكذلك لو بعث بهما مع عبده يقودهما لما بينا أن المعقود عليه خطوات الدابة في الطريق وقد صار مسلماً إلى

[22]

المستأجر نقود الدابة معه في الطريق وإذا مات الرجل بعد ما قضى المناسك ورجع إلى مكة فانما عليه من الاجر بحسب ذلك لان العقد فيما بقى قد بطل بموته فيسقط الاجر بحسابه ويجب في تركته بحسب ما استوفى ثم بين فقال يلزمه من الكراء خمسة أعشار ونصف ويبطل عنه أربعة أعشار ونصف وبيان تخريج هذه المسألة أن من الكوفة إلى مكة سبعة وعشرين مرحلة فذلك للذهاب والرجوع كذلك وقضاء المناسك تكون في ستة أيام في يوم التروية يخرج إلى منى وفي يوم عرفة يخرج إلى عرفات وفي يوم النحر يعود إلى مكة لطواف الزيارة وثلاثة أيام بعده للرمي فيحسب لكل يوم مرحلة فإذا جمع ذلك كله كان ستين مرحلة كل سنة من ذلك عشر فإذا مات بعد قضاء المناسك والرجوع إلى مكة فقد تقرر عليه ثلاثة وثلاثون جزءاً من ستين جزءاً من الاجر سبعة وعشرين جزءاً للذهاب إلى مكة وستة أجزاء لقضاء المناسك وذلك خمسة أعشار ونصف عشر كل عشر ستة وربما يشترط الممر على المدينة فيزداد به ثلاثة مراحل فإن من الكوفة إلى مكة على طريق المدينة ثلاثين مرحلة فإن كان شرط ذلك في الذهاب تكون القسمة على ثلاثة وستين جزءاً ويتقرر عليه ستة وثلاثون جزءاً من ثلاثة وستين جزءاً من الاجر سبعة وعشرين جزءاً ولقضاء المناسك ستة أجزاء وإن كان الشرط بينهما أن الذهاب من طريق المدينة والرجوع كذلك فالقسمة على ستة وستين جزءاً وإنما يتقرر عليه ستة وثلاثين جزءاً من ستة وستين للذهاب ثلاثون ولقضاء المناسك ستة أجزاء فحاصل ما يتقرر عليه ستة أجزاء من احدى عشر جزءاً من الاجر وحرف هذه المسألة أنه لم يعتبر السهولة والوعورة في المراحل لقسمة الكراء عليها لان ذلك لا يملك ضبطه والكراء لا يتفاوت باعتباره عادة وإنما يتفاوت بالقرب والبعد فلهذا قسمه على المراحل بالسوية كما بينا وإن تكارى قوم مشاة بعيراً إلى مكة واشترطوا على المكارى أن يحمل من مرض منهم أو أعياء فهذا فاسد

للجهالة وربما تفضى هذه الجهالة إلى المنازعة ولو اشترطوا عليه عقبة لكل واحد منهم كان جائزا لان ذلك معلوم لا يمكن بعده المنازعة وإذا أراد المستأجر أن يبدل محمله ليحمل محملا غيره فان لم يكن في ذلك ضرر فله ذلك لما بينا أن التعيين الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا وان أراد أن ينصب على المحمل كنيسة أو قبة فليس له ذلك الا برضاء من المكارى لما في ذلك من زيادة الضرر على البعير وذلك لا يستحق الا بالشرط وان اشترط

[23]

عليه كنيسة بعينها فاراد أن يحمل كنيسة أعظم منها أو قبة فليس له ذلك لان هذا تعيين مفيد وفي التبديل زيادة ضرر على دابته وان أراد أن يحمل كنيسة دونها فله ذلك لانها أخف على البعير من المشروط وان أراد الحمال أن لا يخرج إلى مكة فليس له عذر لانه يتمكن من تسليم المعقود عليه من غير أن يخرج بأن يبعث بالابل مع أجيره أو مع غلامه وان أراد المستأجر أن لا يخرج من عامه ذلك فهذا عذر لانه لا يتمكن من الاستيفاء الا بتحمل مشقة السفر وفيه من الضرر ما لا يخفى وذلك لو كان أكثرى الابل لحمل الطعام إلى مكة فبلغه كساد أو خوف أو بدله ترك التجارة في الطعام فهذا عذر له لانه لا يتمكن من استيفاء المعقود عليه الا بضرر لم يلتزمه بأصل العقد وذلك عذر لفسخ الاجارة والله أعلم بالصواب (باب من استأجر أجيرا يعمل له في بيته) (قال رحمه الله وإذا استأجر أجيرا يعمل له في بيته عملا مسمى ففرغ الاجير من العمل في بيت المستأجر ولم يضعه من يده حتى فسد العمل أو هلك وله الاجر) لان عمله صار مسلما إلى المستأجر لان محمل العمل في يد المستأجر لانه في بيته والبيت مع ما فيه في يد صاحب البيت فكما صار مسلما تقرر الاجر في ذمته ولا ضمان على الاجر فيما هلك من غير فعله لان مال صاحبه هلك في يده وكذلك لو استأجره يخطط له في بيت المستأجر قميصا وخاط بعضه ثم سرق منه الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء عند حصول كمال المقصود فلو كان استأجره ليخطط في بيت الاجير لم يكن له شيء من الاجر لانه لا يصير عمله مسلما إلى صاحب الثوب فان الثوب في يد الاجير لانه في بيته ولا يقال قد اتصل عمله بملك صاحب الثوب لان اتصال العمل بملكه يوجب الملك له فيما اتصل به ولكن لما لم يكن أصل الثوب في يده فيده لا تثبت على ما اتصل به أيضا وخروجه من ضمان العامل وتعذر الاجر على المستأجر باعتبار ثبوت اليد له على المعول واستشهد بما قال انه لو استأجره يبنى له حائطا فبنى بعضه أو كله ثم انهدم فله أجر ما بنى لانه في ملك صاحب البناء وكذلك حفر البئر وكذلك الرجل يستأجر الخباز ليخبز له في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء

[24]

ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة رحمه الله لانه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله وان احترق الخبز في التنور قبل أن

يخرجه فهو ضامن لان هذا من جنابة يده ويتخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه قيمته مخبوزا وأعطاه الاجر وان شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له اجر وقد بينا نظيره في القصار وان استأجر رجلا يحمل له طعاما إلى موضع معلوم فسرقة منه في بعض الطريق فله الاجر بقدر ما تحمل لان المعقود عليه ههنا منافعه لاحداث وصف في المحل فبقدر ما تحمل يصير المعقود عليه مسلما إلى صاحبه فكان له من الاجر بقدره بخلاف ما تقدم فالمعقود عليه هناك الوصف الذي يحدث في المحل بعمله وثبوت اليد على الوصف بشيئته على الموصوف فما لم تثبت يد المستأجر على محل العمل لا يصير مسلما العمل فلا يتقرر الاجر وعلى هذا قلنا في كل موضع إذا هلك لم يكن له فيه اجر فله أن يحبسه حتى يأخذ الاجر كالحياط والقصار في بيت نفسه وفي كل موضع لو هلك كان له الاجر فليس له أن يحبسه كالحمال والخياط والخباز في بيت صاحب العمل فان حبسه وهلك عنده فهو ضامن من لانه غاصب في الحبس حين لم يكن له حق الحبس والعمال الذين يعملون في بيت المستأجر ضامنون لما جنت أيديهم مثل ما يضمنون ما عملوا في بيوتهم لان العامل أجير مشترك سواء عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر فيكون المعقود عليه العمل وعقد المعاوضة تقتضي سلامة المعقود عليه فالعمل المعيب لا يكون معقودا عليه وهذا بخلاف ما اذا استأجره يوما ليخيط له ثوبا في بيته فانه لا يضمن ما جنت يده لان المعقود عليه منافعه (ألا ترى) أنه ليس له أن يعمل ذلك في غير يومه وأنه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله ولو استأجر طباحا يصنع له طعاما في وليمة فافسد الطعام فاحرقه ولم ينضجه فهو ضامن لانه أجير مشترك وهذا من جنابة يده ولو لم يفسد الطباح ولكن رب الدار اشترى راوية من ماء فأمر صاحب البعير فادخلها الدار فساق البعير فعضب فخر على القدور فكسرها فافسد الطعام فلا ضمان على صاحب البعير لانه ساقها بأمر رب الدار وفعله كفعل رب الدار وسوق الانسان الدابة في ملك نفسه لا يكون تعديا موجبا للضمان كحفر البئر ووضع الحجر في ملك نفسه ولا ضمان على الطباح فيما عمل من الطعام لان التلف حصل بغير فعله بل بفعل مضاف إلى صاحب الدار حكما وكذلك ولو كان البعير سقط على ابن رب الدار وهو صبي فقتله أو على عبده فلا ضمان عليه لان التسبب إذا لم يكن تعديا لا يكون موجبا للضمان على أحد ولو أدخل الطباح النار ليطبخ بها فوقعت شرارة

[25]

واحترقت الدار فلا ضمان عليه لان له أن يدخل النار ويعمل بها فعمله لا يتأتى بدونها ولا ضمان على رب الدار فيما احترق للسكان لانه أدخل النار في ملكه ومن أوقد النار في ملكه لا يكون متعديا فيه فكذلك إذا فعل غيره بأمره والله أعلم بالصواب (باب اجارة الفسطاط) (قال رحمه الله وإذا استأجر فسطاطا يخرج به إلى مكة ذاهبا وجائيا ويخرج من الكوفة في هلال ذي القعدة فهو جائز) لانه استأجر عينا منتفعا به وهو معتاد استئجاره والفسطاط من المساكن فاستئجاره كاستئجار البيت وكذلك الخيمة والكنيسة والرواق والسرادق والمحمل والجرب والحوالق والحبال والقرب والبسط فذلك كله منتفع به معتاد استئجاره فان تكرار شيئا من ذلك ليخرج به إلى مكة ذاهبا وجائيا ولم يسم متى يخرج به فهو فاسد في القياس لان وجوب التسليم إليه حين يخرج به وإذا لم يكن معلوما فربما تتمكن بينهما منازعة فيه والناس يتفاوتون فيه بالخروج إلى مكة فمن بين مستعجل ومؤخر ولكنه استحس فقال وقت الخروج للحج من الكوفة

معلوم بالعرف والمتعارف كالمشروط وهذا لان المعتبر الوقت الذي تخرج فيه القافلة مع جماعة الناس ولا معتبر بالاقرار وذلك الوقت معلوم وان تخرق الفسطاط من غير خلاف ولا عنف لم يضمن المستأجر لان العين في يده امانة فان نقيضه يقرر حق صاحبه في الاجر وهو مأذون في استيفاء المنفعة على الوجه المعتاد فلا يكون ضامنا لما يتخرق منه إذا لم يحاوز ذلك وان ذهب به ورجع فقال استغنيت عنه فلم أستعمله فالاجر واجب عليه لانه تمكن من الانتفاع به وذلك يقوم مقام الانتفاع به في تقرر الاجر عليه ولو انقطعت أطنابه وانكسر عموده فلم يستطع نصبه لم يكن عليه أجر لانه لم يكن متمكنا من الانتفاع به والاجر لا يلزمه بدونه فالقول فيه قول المستأجر مع يمينه لانهما اتفقا أنه لم يتمكن من استيفاء جميع المعقود عليه وان الصفقة قد تفرقت عليه فالقول قول المستأجر في مقدار ما استوفى وكذلك لو احترق فقال المستأجر لم أستعمله إلا يوما واحدا فالقول قوله وليس عليه الكراء الا مقدار ذلك لانه منكر للزيادة ولو أسرج المستأجر في الفسطاط أو في الخيمة حتى اسود من الدخان أو احترق أو علق فيه قنديلا فان كان صنع كما يصنع الناس فلا ضمان عليه وان كان تعدى فيه أو اتخذه مطبخا أو أوقد فيه نارا حتى صار بمنزلة المطبخ من

[26]

السواد فهو ضامن لما أفسد لان بمطلق العقد يثبت له حق استيفاء المنفعة على الوجه المتعارف فإذا لم يحاوز ذلك لا يكون ضامنا وهذا لان الفسطاط من المساكن وادخال السراج والقنديل وايقاد النار في المسكن متعارف لابد للمساكن منه ولكن إذا جاوز الحد المتعارف فهو متعدي فيما صنع فيكون ضامنا لما أفسد وكان عليه الكراء إذا كان ما بقى منه شيئا ينافى السكنى فيه فان كان دون ذلك فلا كراء عليه منذ يوم لزمه الضمان لانعدام تمكنه من الانتفاع به في بقية المدة وان اشترط عليه صاحبه أن لا يوقد فيه ولا يسرج فليس له أن يوقد فيه ولا يسرج لان هذا أضر من السكنى فيه من غير اسراج وقد استثناه صاحبه بالشرط والتقييد متى كان مفيدا فهو معتبر فان فعل ذلك ضمن لانه جاوز ما استحقه بالعقد وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وانما ضمن باعتبار الزيادة فلا يمنع ذلك تقرر الاجر باستيفاء المعقود عليه كالمستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوز وإذا استأجر قبة تركية بالكوفة كل شهر بأجر معلوم ليستوقد فيها ويبيت فهو جائز ولا ضمان عليه ان احترقت من الوقود لان الايقاد فيها معتاد فلا يكون هو متعديا بالايقاد فيها فان بات فيها عبده أو ضيفه فلا ضمان لانها من المساكن وقد بينا أن له أن يسكن ضيفه وعبده فيما سكن فيه هو وهذا لانه لا ضرر على القبة بكثرة من يسكنها وإذا استأجر فسطاطا يخرج به إلى مكة فقعد وأعطاه أخاه فحج ونصب واستظل به فهو ضامن ولا أجر عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ضمان عليه وعليه الاجر لان الفسطاط من المساكن وفي المسكن لا يتعين سكنه بنفسه لان سكنه وسكنى غيره في الضرر على الفسطاط سواء فهو كتسليم البيوت (ألا ترى) أنه لو أخرج الفسطاط فيه بنفسه ثم أسكن فيه غيره لم يضمن فلذلك إذا دفعه إلى غيره حتى يخرج به وهو نظير مالهو استأجر عبدا يخدمه في طريق مكة فآجره من غيره بخدمة لم يضمن وتفاوت الناس في الاستخدام والاضرار على الغلام آيين من التفاوت في السكنى في الفسطاط ثم لما لم يتعين هناك المستأجر للاستخدام فهذا أولى وجه قولهما أن الفسطاط يحول من موضع إلى موضع والضرر عليه يتفاوت بتفاوت مواضع النصب فان نصبه في مهب

الريح يخرقه ونصبه من موضع الندوة والنز يفسده فإذا كان هذا مما يتفاوت فيه الناس ويحبسه يختلف الضرر فكان التعيين معتبرا بمنزلة الدابة استأجرها ليركبها أو الثوب يستأجره ليلبسه هو فإذا دفعه إلى غيره صار مخالفا ضامنا ولا أجر عليه لأنه لم يستوف المعقود عليه وهذا بخلاف المسكن فإنه لا يجول من

[27]

موضع إلى موضع بخلاف العبد لأن الاستخدام له حد معلوم بالعرف فإذا كلفه فوق ذلك امتنع العبد منه سواء كان المستأجر هو الذي يستخدمه أو غيره فلا فائدة في التعيين هناك بخلاف ما إذا خرج بنفسه لأنه هو الذي يختار موضع النصب للفسطاط وإذا كان ذلك برأيه كما أوجبه العقد فسكنه وسكنى غيره بعد ذلك سواء فاما إذا دفعه إلى غيره ليخرج به فاختيار موضع نصب الفسطاط لا يكون برأيه بل يكون برأى الذي خرج به وذلك خلاف موجب العقد وعلى هذا قالوا لو لم يبين عند الاستئجار من يخرج به فالعقد فاسد في قول أبى يوسف رحمه الله كما لو لم يبين من يلبس الثوب عند الاستئجار وعند محمد رحمه الله العقد جائز كما في خدمة العبد وسكنى الدار ولو انقطعت أطناب الفسطاط كلها فصنعها المستأجر من عنده ثم نصب الفسطاط حتى يرجع فعليه الاجر كله لأنه استوفى المعقود عليه فالمعقود عليه منفعة الفسطاط لا منفعة الاطناب فإذا تمكن من استيفاء المعقود عليه باطناب نفسه لزمه الاجر كما في استئجار الرحا إذا انقطع الماء فطلحن المستأجر بجملة وجب عليه الاجر ثم يمسك اطنابه لأنه ملكه فيمسكه إذا رد الفسطاط ولو لم تعلق عليه الاطناب لم يكن عليه الكراء لأنه لم يكن متمكنا من استيفاء المعقود عليه بملك صاحب الفسطاط ولا يعتبر تمكنه من الاستيفاء بملك نفسه لأن ذلك ليس مما أوجبه العقد وكذلك لو انكسر عمود الفسطاط فاما إذا انكسرت أو تاده فلم يضر به حتى رجع كان عليه الكراء كاملا وليس الاوتاد مثل الاطناب والعمود لأن الاوتاد من قبل المستأجر والاطناب والعمود من قبل صاحب الفسطاط ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول أنه بنى هذا الجواب على عرف ديارهم فاما في عرف ديارنا الاوتاد من قبل صاحب الفسطاط والاصح أن يقول من الاوتاد ما يتيسر وجوده في كل موضع ولا يتكلف بحمل مثله من موضع إلى موضع فهذا على المستأجر ومنه ما يكون متخذا من حديد وذلك لا يوجد في كل موضع فمثله يكون على صاحب الفسطاط كالعمود فمراده مما قال الاوتاد التي توجد في كل موضع فبانكسارها لا يزول تمكنه من استيفاء المعقود عليه فيكون الاجر عليه بخلاف العمود والاطناب وإن تكاري فسطاطا يخرج به إلى مكة فخلفه بالكوفة حتى رجع فهو ضامن لأنه أمسكه في غير الموضع المأذون فيه فان صاحبه انما أذن له في الامساك في الطريق ليقرر حقه في الاجر ويفوت عليه هذا المقصود إذا أمسكه بالكوفة وامساك الغير بغير إذن مالكه موجب الضمان عليه ولا كراء عليه لأنه ما تمكن من استيفاء المعقود عليه فالمعقود عليه نصبها

[28]

وسكنها في الطريق وذلك لا يتأتى إذا خلفها بالكوفة والقول قوله مع يمينه بالله ما أخرج له لأنه ينكر التمكن من استيفاء المعقود عليه ووجوب الاجر عليه فهو كما لو أنكر قبض الفسطاط أصلا وكذلك لو أقام بالكوفة ولم يخرج ولم يدفع الفسطاط إلى صاحبه فهو مثل الاول لوجود الامساك لا على الوجه الذي أذن له فيه صاحبه وكذلك لو خرج ودفع الفسطاط إلى غلامه فقال ادفعه إلى صاحبه فلم يدفعه حتى رجع المولى فهو مثل الاول لأنه لم يصل إلى صاحبه وكونه في يد غلامه ومالو خلفه في بيته بالكوفة سواء وكذلك لو دفعه إلى آخر وأمره أن يرده إلى صاحبه فلم يفعله لأنه مخالف بالامساك في غير الموضع المأذون فيه وبالتسليم إلى الاجنبي أيضا ولو حملة الرجل إلى صاحب الفسطاط فأبى أن يقبله برئ المستأجر والرجل من الضمان ولا أجر عليه لأن صاحب الفسطاط تمكن من فسطاطه حين رد عليه وفعل مأمور المستأجر كفعل المستأجر بنفسه ولو رده بنفسه لم يكن لصاحبه أن يمتنع من قبوله لأن هذا عذر له لأنه يحتاج إلى مؤنة في اخراج الفسطاط وله أن يلتزم تلك المؤنة فكذلك إذا رده ثانية لم يكن له أن يمتنع من قبوله ولو هلك الفسطاط عند هذا الآخر قبل أن يحمله إلى صاحبه فلصاحب الفسطاط أن يضمن أيهما شاء لأن كل واحد منهما متعدي في حقه غاصب فان ضمن الوكيل رجع به على المستأجر لأنه ضمن في عمل باشره له بأمره وان ضمن المستأجر لم يرجع به على الوكيل لو رجع عليه رجع الوكيل به أيضا ولأن يد الوكيل قائمة مقام يد المستأجر فهلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد المستأجر وان ذهب بالفسطاط إلى مكة ورجع به فقال المؤاجر للمستأجر أحمله إلى منزلي فليس له ذلك على المستأجر ولكنه على رب المتاع لما بينا أن منفعة النقل حصل لرب المتاع من حيث أنه تقرر حقه في الاجر فكانت مؤنة الرد عليه بخلاف المستعير وان لم يخرج بالفسطاط وخلفه بالكوفة فضمنه وسقط عنه الاجر فالحمولة على المستأجر لأنه بمنزلة الغاصب وهو الذي ينتفع بالرد من حيث أنه برأ نفسه عن الضمان وان استأجر دابة إلى بلدة أخرى فقبضتها وذهب صاحب الدابة فان حبسها بالكوفة على قدر ما يحبسها الناس إلى أن يرتحل فلا ضمان عليه وان حبسها مما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فهو ضامن لها ولاكراء عليه لأنه أمسكها في غير الموضع الذي أذن له صاحبها في الامساك وفي هذا الخلاف ضرر على صاحبها فان حقه في الاجر لا يتقرر بامساكها في هذا الموضع فلهذا كان ضامنا الا أن المقدار المتعارف من الامساك يصير مستحقا له بالعرف فيجعل كالمشروط بالنص وإذا استأجر الرجلان

[29]

فسطاطا من الكوفة إلى مكة ذاهبا وجائيا فقال أحدهما اني أريد ان آتي بالبصرة وقال الآخر اني أريد أن أرجع إلى الكوفة وأراد كل واحد منهما يأخذ الفسطاط من صاحبه فالمسألة على ثلاثة أوجه اما أن يدفع الكوفى إلى البصري أو البصري إلى الكوفى أو يختصما فيه إلى القاضى بمكة فاما إذا دفعه الكوفى إلى البصري فذهب به إلى البصرة واستعمله فلرب الفسطاط أن يضمن البصري قيمته ان هلك لأنه غاصب مستعمل في غير الموضع الذي أذن له صاحبه فيه وكذلك ان لم ينصبه فهو بالامسالا في غير الموضع الذي أذن له صاحبه فيه يكون ضامنا قيمته ان هلك وعليهما حصة الذهاب من الاجر ولا أجر على واحد منهما في الرجوع أما البصري فلأنه ما رجع من الكوفة وقد تقرر عليه ضمان القيمة وأما الكوفى فلأنه لا يكون متمكنا من استيفاء المعقود عليه في الرجوع حين ذهب البصري

بالفسطاط وان أراد صاحبه أن يضمن الكوفي فان أقر أنه أمره أن يذهب به إلى البصرة كان له أن يضمنه نصف قيمته لان النصف كان أمانة في يده وقد تعدى بالتسليم إلى صاحبه ليمسكه على خلاف ما رضى به صاحبه فكان له أن يضمنه ويضمن البصري نصف قيمته وان قال الكوفي لم أمره أن يذهب به إلى البصرة ولكنني دفعته إليه ليمسكه حتى يرتحل فلا ضمان عليه لان الفسطاط مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد من المستأجرين أن يتركه في يد صاحبه ولا يكون تسليمه إلى صاحبه ليمسكه في الموضع الذي تناول الاذن موجه الضمان عليه والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه ينكر سبب وجوب الضمان عليه وصاحب الفسطاط يدعي ذلك عليه وان دفعه البصري إلى الكوفي فرجع به إلى الكوفة فالكرء عليهما جميعا على البصري نصفه وعلى الكوفي نصفه لان الكوفي استوفى المعقود عليه في الرجوع في نصيب نفسه باعتبار ملكه وفي نصيب البصري بتسليمه إياه على ذلك وذلك ينزل منزلة استيفاء بنفسه فيجب الكراء عليهما ولا ضمان على واحد منهما ان هلك قيل هذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله ينبغي أن يكون البصري ضامنا ولاكرء عليه في الرجوع كما لو دفعه إلى أجنبي آخر وقد بيناه والاصح أنه قولهم جميعا لان صاحب الفسطاط هنا قد رضى برأى كل واحد منهما في النصب واختيار الموضع لذلك بخلاف الاجنبي فصاحب الفسطاط هناك لم يرض برأيه في اختيار موضع النصب وان غصبه الكوفي فعلى الكوفي حصته من الاجر ذاهبا وجائيا لانه استوفى المعقود عليه وعلى البصري أجره ذاهبا وليس عليه أجر في الرجوع لان نصيبه كان في يد الغاصب ولم يكن هو متمكنا من استيفاء المعقود عليه

[30]

حين ذهب من طريق البصرة ويكون الكوفي ضامنا لنصف قيمته ان هلك لانه غاصب للنصف من البصري فيكون ضامنا وان ارتفعنا لى القاضى بمكة فللقاضى في ذلك رأى فان شاء لم ينظر فيما يقولان حتى يقيما عنده البينة لان صاحب الفسطاط غائب وهما يدعيان على القاضى وجوب النظر عليه في حق الغائب في ماله فلا يلتفت إلى ذلك إذا لم يعرف سببه فان فعل القاضى بذلك ولم يجدا بينة فدفعه البصري إلى الكوفي فهو على الجواب الاول الذي قلنا إذا لم يرتفعنا إلى القاضى وإذا أقام البينة عنده على ما ادعيا قبلت البينة لانهما أثبتا سبب وجوب ولايته في هذا المال ووجوب النظر للغائب وهذه بينة تكشف الحال فتقبل من غير الخصم أو القاضى كأنه الخصم في موجب هذه البينة ثم يحلف البصري على ما يريد من الرجعة إلى البصرة لانه يدعى العذر الذي به يفسخ الاجارة في نصيبه وذلك شئ في ضميره لا يقف عليه غيره فيقبل قوله فيه مع يمينه وان شاء نظر في حالهما من غير اقامة البينة احتياطا في حق الغائب وإذا حلف البصري فالقاضي يخرج الفسطاط من يده لانها ليس من النظر للغائب ترك الفسطاط في يده ليذهب به إلى البصرة ولكنه يؤاجر نصيبه من كوفى مع الكوفى الاول ليتوصل صاحب الفسطاط إلى غير ملكه ويتوفر عليه الكراء بجميع الفسطاط في الرجوع وان أراد الكوفى أن يستأجر نصيب البصري فهو أولى الوجوه لان صاحب الفسطاط كان راضيا يكون الفسطاط في يده ولان اجارته منه تجوز بالاتفاق لانه اجارة المشاع من الشريك وذلك جائز وفعل القاضى فيما يرجع إلى النظر للغائب كفعل الغائب بنفسه وان لم يرغب فيه حينئذ يؤجره من كوفى آخر فيجوز ذلك على قول من يجوز اجارة المشاع وعلى قول من لا يجوز ذلك فهذا فصل

مجتهد فيه فإذا امضاه القاضي باجتهاده نفذ ذلك منه وإن لم يجد من يستأجره من أهل الكوفة يدفع الفسقاط إلى الكوفي وقال نصفه معك بالاجارة الاولى ونصفه معك وديعة حتى يبلغ صاحبه فهو جائز لما فيه من معنى النظر للغائب باتصال عين ملكه إليه وعلى الكوفي نصف الاجر في الرجوع لانه استوفي المعقود عليه والشيوخ طارئ فلا يمنع بقاء الاجارة ولا اجر على البصري في الرجعة لانه استوفي المعقود عليه فسخ العقد بعذر عند القاضي ولا ضمان عليه أيضا لان تسليمه إلى القاضي كتسليمه إلى صاحبه فالقاضي نائب عنه فيما يرجع عليه لذلك وإن تكرر فسقاطا من الكوفة إلى مكة ذاهبا وجائيا وخرج إلى مكة فخلفه بمكة ورجع إلى الكوفة فعليه الكراء ذاهبا وهو ضامن لقيمة الفسقاط يوم خلّفه لانه تركه في غير

[31]

الموضع الذي رضي صاحبه بتركه فيه وإن لم يختصما حتى حج من قابل فرجع بالفسقاط فلا اجر عليه في الرجعة لانه كان استأجره في العام الماضي وقد انتهى العقد بمضي ذلك الوقت فيكون غاصبا ضامنا في استعماله في العام الثاني وكل من استأجر فسقاطا أو متاعا أو حيوانا إذا فسد ذلك حتى لا ينتفع به أو غصبه غاصب فلا اجر على المستأجر منذ يوم كان ذلك لانعدام تمكنه من استيفاء المعقود عليه وعليه اجر ما قبله والقول قول المستأجر إذا اختصما يوم اختصمنا وهو على ما وصفنا من الفساد أو الغصب مع يمينه لان انعدام تمكنه من الاستيفاء في الحال يمنع البناء على استصحاب الحال فيما مضى واليمين بينة المؤاجر لانه يثبت حقه ببيئته ولا تقبل بينة المستأجر على خلاف ذلك لانه ينفي بينته ما يثبت الآخر من الاجر. رجل تكارى دابتين من رجل صفقة واحدة بعشرة دراهم ليحمل عليهما عشرين مختوما فحمل على كل واحدة منهما عشرة مخاتيم فانما يقسم الاجر على اجر مثل كل واحدة منهما وذلك لصاحبهما لان المسمى بمقابلة منفعة دابتين ولو كان بمقابلة عينهما بان يتبعا وجب قيمته على قيمتها فكذلك إذا كان بمقابلة منفعتيهما وقيمة المنفعة اجر المثل فلهذا يقسم على ذلك ولا ينظر إلى ما حمل على كل دابة (ألا ترى) أنه لو ساقهما ولم يحمل عليهما شيئا وجب الاجر عليه والله أعلم (باب الاجارة الفاسدة) (قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أو مكيل) لان الانتفاع بها لا يكون الا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالاجارة استهلاك العين ولا اجر عليه لان العقد لم ينعقد أصلا لانعدام محله فمحمل الاجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الاموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال لان العقد لما صار لغوا بقي مجرد الاذن فكانه أعاره إياه وقد بينا أن العارية في المكيل والموزون قرض وإذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما إلى الليل باجرة مسماة فهو جائز وكذلك لو استأجر حنطة مسماة يعبر بها مكايل له يوما إلى الليل فهو جائز وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه لا يجوز قبل ما رواه الكرخي رحمه الله محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بها مكيلا لا بعينه وما ذكر في اكتاب محمول على ما إذا استأجرها ليعبر بها مكيلا لا بعينه فيكون المعقود عليه معلوما

وقيل بل فيه روايتان وجه ما قال الكرخي رحمه الله ان هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الاعيان وإذا كان لا يجوز استئجارها للمنفعة التى هي مقصودة منها فلان لا يجوز استئجارها للمنفعة التى هي غير مقصودة منها أولى وجه ظاهر الرواية ان ما سمي عملا يعمل بالمستأجر مع بقاء عينه فان الوزن بالدرهم عمل مقصود كالوزن بالحجر ولو استأجر حجرا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم وهذا لان المنافع عند اطلاق العقد كونه متضمنا استهلاك العين لو صح وقد انعدم ذلك بتسمية منفعة تستوفى مع بقاء العين وهو مقصود في الناس أو كالاناء يستأجره ليعمل به أو الثوب ليلبسه وان استأجر نصيبا في أرض غير مسماة لم يجز وكذلك العبد والداية في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال هو جائز وهو بالخيار إذا علم النصيب وهو قول محمد رحمه الله وقد ذكر في آخر الشفعة انه لو باع نصيبه من الدار والمشتري لا يعلم كم نصيبه لم يجز في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبى يوسف الاول رحمه الله ثم رجع أبو يوسف وقال يجوز فأبو حنيفة استمر على مذهبه في الفصلين حيث لم يجوز البيع والاجارة في النصيب المجهولة ومسألة الاجارة له أيضا بناء على اجارة المشاع فانه لا يجوز الاجارة في النصيب الشائع وان كان معلوما فإذا كان مجهولا أولى وأبو يوسف رحمه الله استمر على مذهبه أيضا فانه جوز البيع والاجارة في نصيب العاقد وان لم يكن ذلك معلوما للاجير عند العقد لان اعلامه ممكن بالرجوع إلى قول الموجب ومن أصله أيضا جواز الاجارة في الجزء الشائع ومحمد رحمه الله فرق بين البيع والاجارة وقال في البيع الثمن يجب بنفس العقد فلو صح العقد وجب الثمن بمقابلة مجهول وفي الاجارة لا يجب الا عند استيفاء المنفعة وعند ذلك نصيب المؤاجر معلوم فانما يجب البدل بمقابلة المعلوم ومن أصله جواز الاجارة في المشاع وان استأجر مائة ذراع مكسرة من هذه الدار أو أجر مائتين من هذه الارض فانه لا يجوز في قول أبى حنيفة رحمه الله وهو جائز في قولهما وهو بناء على ما ذكرنا في البيوع إذا باع مائة ذراع من هذه الدار عند أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز لان الذراع اسم لبقعه معلومة يقع عليها الذرع وذلك يتفاوت في الدار فكما لا ينعقد البيع صحيحا بهذا اللفظ فكذلك الاجارة وعندهما ذكر الذراع كذكر السهم حتى ينعقد به البيع صحيحا فكذلك الاجارة وهو بناء على اختلافهم أيضا في اجارة المشاع ولايجوز اجارة الشجر والكرم بأجرة معلومة على أن تكون الثمرة للمستأجر لان الثمرة عين لا يجوز استحقاقها

ب عقد الاجارة فانه يجوز بيعه بعد الوجود وانما يستحق بقدر الاجارة مما لا يجوز بيعه بعد الوجود ولان محل الاجارة المنفعة وهى عرض لا يقوم بنفسه ولا يتصور بقاؤها والثمرة تقوم بنفسها كالشجرة فكما لا يجوز أن يمتلك الشجرة بعقد الاجارة فكذلك الثمرة ولان المؤاجر يلتزم ما لا يقدر على ابقائه فربما تصيب الثمرة آفة وليس وسع البشر اتخاذها وكذلك ألبان الغنم وصوفها وسمنها وولدها كل ذلك عين يجوز بيعه فلا يملك بعقد الاجارة وان استأجر أرضا فيها زرع ورطبة أو شجرة أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة فالاجارة فاسدة لان استئجار الارض لمنفعة الزراعة وهذه المنفعة لا يمكن استيفائها مع هذه الموانع فقد التزم بالعقد تسليم

مالا يقدر على تسليمه وان كان مقصود المستأجر ما فيها فهو عين لا يجوز استحقاقه بالاجارة ولايجوز اجارة الاجام والانهار للمسك ولا لغيره لان المقصود استحقاق العين ولان السمك صيد مباح فكل من أخذه فهو أحق به وانما يستحق على المؤجر بالاجارة ما كان مستحقا له ولان المؤجر يلتزم مالا يقدر على ايفائه به فان أجرها للزراعة فهي ليست بصالحة لذلك وان أجرها للسمك فربما يجده المستأجر وليس في وسع الاجر أن يمكنه من تحصيل ذلك ولو استأجر بثرا شهرين ليسقى منها أرضه وغنمه لم يجر وكذلك النهر والعين لان المقصود هو الماء وهو عين لا يجوز أن يملك بعقد الاجارة ولان الماء أصل الاباحة ما لم يحزره الانسان بانائه وهو مشترك بين الناس كافة قال صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في الثلاث في الماء والكلاء والنار فالمستأجر فيه والاجر سواء فلهذا لا يستوجب عليه أجر بسببه وان استأجر نهر ليجري فيه شربا له إلى أرضه روى عن أبي يوسف رحمه الله ان ذلك لا يجوز قال أرأيت لو استأجر مسيل ماء على سطح ليسيل ما أسطحه فيه أكان يجوز ذلك فهذا كله فاسد وهكذا ذكره محمد في ظاهر الرواية وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه ان استأجر موضعا معينا معلوما لذلك فهو جائز لان الجهالة تزول بتعيين الموضع وهي منفعة مقصودة فالاستئجار لاجله يصح وجه ظاهر الرواية أنه مجهول في نفسه فان الضرر يتفاوت بقلة الماء وكثرته واعلام مقدار الماء غير ممكن وربما لا يأخذ الماء جميع الموضع الذي عينه وربما يزداد عليه فللجهالة قلنا لا يجوز الاستئجار ولو استأجر عبدا بأجر معلوم كل شهر بطعامه لم يجر لان طعامه مجهول وهو على رب العبد فإذا شرطه على المستأجر كان فاسدا والمجهول متى ضمن إلى المعلوم يصير الكل مجهولا به وكذلك استئجار الدابة بأجر مسمى وعلفها وكذلك كل اجارة

[34]

فيها رزق أو علف فهي فاسدة الا في استئجار الظئر بطعامها وكسوتها وان أبا حنيفة رحمه الله قال أستحسن جواز ذلك وقد بيناه واشترط تطيين الدار وممرتها أو غلق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر مفسد للاجارة لانه مجهول فقد شرط الاجر لنفسه على المستأجر وكذلك استئجار الارض بأجر مسمى واشترط كرى نهرها أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقها المستأجر فهذا كله مفسد للاجارة لان أثر هذه الاعمال تبقى بعد انتهاء مدة الاجارة ويسلم ذلك للاجر فيكون في معنى شرط اجرة مجهولة على المستأجر لنفسه وكذلك لو اشترط عليه رب الارض أنه يكون له ما فيها من ذرع إذا انقضت الاجارة وان يردّها عليه مكروية فهذا كله مجهول ضمنه إلى المعلوم وشرطه لنفسه يفسد العقد به. رجل دفع أرضه إلى رجل يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغراس نصفين لم يجر ذلك لانه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس مجهول فلا يصح ذلك هكذا ذكره بعض مشايخنا رحمهم الله فاما الحاكم رحمه الله في المختصر يقول تأويل المسألة عندي أن جعل نصف الارض عوضا عن جميع الغراس ونصف الخارج عوضا لعمله فعلى هذا الطريق يقول اشترى العامل نصف الارض بجميع الغراس وهي مجهولة فكان العقد فاسدا فان فعل فالشجر لرب الارض لان العقد في الشجر كان فاسدا ومذرعه في أرضه بأمره فكان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغراس باتصاله بأرضه مستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمة الشجر وأجر ما عمل لانه ابتغى من عمله عوضا وهو نصف الخارج ولم ينل ذلك فكان عليه أجر مثله فان (قيل)

كان ينبغي على قول أبي حنيفة رحمه الله أن يكون نصف الأرض للعامل لأنه اشترى نصف الأرض شراء فاسدا ومن اشترى نصف الأرض شراء فاسدا غرس فيها أشجارا فانه ينقطع فيها حق البائع في الاسترداد عند أبي حنيفة رحمه الله (قلنا) هذا أنه لو غرس الأشجار لنفسه وهنا العامل في الغرس يقوم مقام رب الأرض ويعمل له بالاجر فكأن رب الأرض عمل ذلك بنفسه فلهذا لا يملك العامل شيئا من الأرض وإنما اختار هذا التأويل لامكان إيجاب أجر العمل فانه لو جعل مشتريا نصف الغرس كان عاملا فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر فلذلك ألزمه قيمة الغرس حين علقت ولو كان مشتريا للنصف لكان يلزمه نصف قيمة الغرس حين علقت ونصف قيمة الشجر وقت الخصومة لأنها أشجار مشتركة بينهما في أرض أحدهما فأنما يملك صاحب الأرض نصيب صاحبه عليه

[35]

بالقيمة في الحال ثم قال ولا أمره بقلع الأشجار لما يدخل به من الفساد عليهما وبظاهر هذا يتمسك من يختار الطريقة لأولى أنه يكون مشتريا نصف الغرس لأنه أشار إلى أن الأشجار تكون مشتركة ولكنه لا يقلع لما يدخل به من الفساد عليهما قال الحاكم رحمه الله تأويل هذا اللفظ فساد القلع على رب الأرض وضياع عمل الاجير بالقلع وبطلان حقه في الاجر ولو كان قد أكل الغلة على هذا حسب على الغارس ما أكل من أجره لأن الشجرة ملك رب الأرض وأنما يملك الثمر يملك الشجر فما أكله العامل من ذلك يكون محسوباً عليه من أجره (قال) رضى الله عنه والاصح عندي أن يقال في تقليل هذه المسألة ان صاحب الأرض استأجره ليحل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره بعض ما يحصل بعمله وهو نصف البستان فهو كما لو استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وذلك فاسد لأنه في معنى قصر الطحان ونهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا لأن الغرس آلة تصير الأرض بها بستانا كالصبغ للثوب فإذا فسد العقد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه إلا أن الغراس أعيان تقوم بنفسها فلا يدخل أجر العمل في قيمتها فيلزمه مع قيمة الأشجار أجر مثل عمله لأنه أبقي من عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب أجر المثل ولو دفع الغزل إلى حائك لينسجه بالنصف فهو فاسد لأنه في معنى قفيز الطحان وقد بينا اختلاف المشايخ رحمهم الله فيه وكذلك حمل الطعام في سفينة أو على دابة بنصفه غير جائز وهذا لأنه لو جاز صار شريكا بأول جزء من العمل يقع على العامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الاجر فإذا لم يصح العقد لم يملك شيئا من المعمول فيبقى عمله مسلما إلى صاحبه بعقد فاسد فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ذلك لتمام رضاه بذلك القدر ولو كان طعاما بين رجلين استأجر أحدهما صاحبه ليحمله أو يطحنه لم يجز ذلك عندنا وهو جائز عند الشافعي رحمه الله لأن هذا العمل في نصيب شريكه غير مستحق عليه فاستئجاره على ذلك كاستئجاره أجنبيا آخر وشركته في المحل لا تمنع صحة الاستئجار كما لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك أو دابة لينقل عليها الطعام المشترك صح الاستئجار فهذا مثله (وحدثنا) الحديث المشهور في النهي عن قفيز الطحان وقد بينا أن معنى النهي أنه لو جاز صار شريكا فذلك دليل على أن تقدم الشركة في المحل يمنع صحة الاجارة وهذا لأن العقد يلاقى العمل وهو عامل لنفسه

من وجه وبين كونه عاملا لنفسه وبين كونه عاملا لغيره منافاة والاجر من يكون عاملا لغيره وفيما يكون عاملا لنفسه لا يصلح أن يكون أجيرا بخلاف البيت والدابة فالعقد هناك يرد على المنفعة والبدل بمقابلتها ولا شركة له في ذلك (ألا ترى) انه لا يتعين عليه حفظ الطعام المشترك في البيت ولو سلم البيت إليه في المدة استوجب الاجر وان لم يحفظ فيه شيئا بخلاف ما نحن فيه فالعقد هنا يرد على العمل في المشترك حتى لا يستوجب الاجر بدون العمل ولا يعمل في محل آخر ثم هنا وان أقام العمل فلا أجر له بخلاف مذهب أبي حنيفة رحمه الله في اجارة المشاع فان هناك باستيفاء المنفعة يجب أجر المثل وان كان العقد فاسدا لان فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا فإذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وهنا بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث أنه في المحل المشترك عامل لنفسه وهو في العمل الواحد لا يكون عاملا لنفسه ولغيره في حالة واحدة وبدون الاستيفاء لا يجب الاجر في العقد الفاسد وعلى هذا نسج الغزل ورعى الغنم التي تكون بينهما فكل من يستوجب الاجر بالعمل فهو داخل في هذا الخلاف ولو استأجر رجا ماء على أنه انقطع الماء عنها فالاجر عليه لم يجر لان هذا الشرط مخالف موجب العقد فهو فاسد مفسد للعقد لان موجب العقد أن لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد مفسد للعقد ولان عقد الاجارة لا يتناول وقت انقطاع الماء حتى لا يجب الاجر فيه وان لم يفسخ فكانه جعل جميع المسمى بمقابلة منفعة الرجا في وقت جريان الماء ولا يدري في كم يكون الماء جاريا وجهالة المنع تمنع صحة الاجارة ولو استأجر كتبا ليقرأ فيها شعرا أو فقها أو غير ذلك لم يجر لان المعقود عليه فعل القاري والنظر في الكتاب والتأمل فيه ليفهم المكتوب فعلة أيضا فلا يجوز أن يجب عليه أجر بمقابلة فعلة ولان فهم ما في الكتاب ليس في وسع صاحب الكتاب ولا يحصل ذلك بالكتاب ولكن لمعنى في الباطن من حدة خاطر ونحو ذلك وكان صاحب الكتاب يوجب له ما لا يقدر على ايفائه فليس في عين الكتاب منفعة مقصودة ليوجب الاجر بمقابلة ذلك فكان العقد باطلا سمي المدة أو لم يسم ولا أجر له وان قرأ أو كذلك اجارة المصحف والكلام فيه أبين فان قراءة القرآن من المصحف والنظر فيه طاعة وكان هذا كله نظيره مالو استأجر كرما ليفتح له بابه فينظر فيه للاستيفاء من غير أن يدخله أو استأجر مليحا لينظر إلى وجهه فيستأنس بذلك أو استأجر جبا مملوا من

الماء لينظر فيه إذا سوى عما مته فهذا كله باطل لا أجر عليه بحكم هذه العقود فكذلك فيما سبق ولا يجوز أن يستأجر رجلا ليعلم ولده القرآن أو الفقه أو الفرائض عندنا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ذلك فالمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم فالاستئجار عليها باطل وعلى قول الشافعي كل ما لا يتعين على الاجير اقامته فالاستئجار عليه صحيح وقد بينا الكلام فيه في كتاب المناسك في الاستئجار على الحج والدليل على أنه لا

يجوز الاستئجار على تعليم القرآن حديث عبد الرحمن بن شبل الانصاري رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال صلى الله عليه وسلم لمدرس العلم اياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالى ولما أقرأ أبى بن كعب رضى الله عنه رجلا سورة من القرآن أعطاه على ذلك قوسا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار فقال لا قال صلى الله عليه وسلم رد عليه قوسه ولان من يعلم غيره القرآن فهو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يعمل فانه بعث معلما وهو ما كان يطمع في أجر على التعليم فذلك من يخلفه وعمله ذلك قرينة ومنفعة عمل يحصل له فذلك يمنعه من التسليم إلى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر وبعض أئمة بلح رحمهم الله اختاروا قول أهل المدينة رحمهم الله وقال إن المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله بنوا هذا الجواب على ما شاهدوا من عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسنة ومروءة المتعلمين في مجازات الاحسان بالاحسان من غير شرط فاما في زماننا فقد انعدم المعنيين جميعا فنقول يجوز الاستئجار لئلا يتعطل هذا الباب ولا يبعد أن يختلف الحكم باختلاف الاوقات (ألا ترى) أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضى الله عنه حين منعهن من ذلك عمر رضى الله عنه وكان ما رواه من ذلك صوابا ولو استأجروا من يؤمهم في رمضان أو غيره لم يجز لان المصلى عامل لنفسه فلا يستوجب الاجر على غيره وكذلك ان استأجروا من يؤذن لهم فالمؤذن خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الدعاء إلى الله تعالى ومنفعة عمله تحصل له لان بكثرة الجماعة يزداد ثوابه على أداء الصلاة والاصل فيه ما ذكر من حديث عثمان بن أبى العاص رضى الله عنه قال كان من آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان قال صل بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا وجاء رجل إلى عمر رضى الله عنه فقال انى أحبك فقال عمر رضى الله عنه انى أبغضك في الله قال ولم يا أمير المؤمنين قال بلغني أنك تأخذ على الاذان أجرا ولا تجوز الاجارة

[38]

على شئ من الغنا والنوح والمزامير والطبل وشئ من اللهو لانه معصية والاستئجار على المعاصي باطل فان بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولايجوز أن يستحق على المرء فعل به يكون عاصيا شرعا وكذلك الاستئجار على الحداء وكذلك الاستئجار لقراءة الشعر لان هذا ليس من اجارة الناس والمعتبر في الاجارة عرف الناس ولان ما هو المقصود انما يحصل بمضي في المستأجر وهو السماع والتأمل والتفهم فلا يكون ذلك موجبا للاجر عليه وان أعطى المستأجر شيئا من اللهو يلهو به فضاغ أو انكسر فلا ضمان عليه لانه قبضه واستعمله باذن صاحبه فان العقد وان بطل فالاذن في الاستعمال باق وإذا استأجر الذمي من المسلم بيعة يصلى فيها لم يجز لانه معصية وكذلك إذا استأجرها ذمى من ذمى وكذلك الكنيسة وبيت النار فانهم يعتقدون في هذه البقاع ما يعتقدونه في المساجد واستئجار المسلم من المسلم مسجدا يصلى فيه مكتوبة أو نافلة لا يجوز فذلك لا يمكن تصحيح هذا العقد فيما بينهم بناء على اعتقادهم وفي اعتقادنا هذا منهم معصية وشرك فالاستئجار عليه باطل ثم استئجار المسجد من المسلم للصلاة فيه كاستئجار مسلم يصلى له وقد بينا ان ذلك باطل لان استئجار على الطاعة فهذا مثله وعلى هذا لو استأجر أهل الذمة ذميا ليصلى بهم أو ليضرب لهم الناقوس فهو باطل لانه معصية وإذا

استأجر الذمي من المسلم بيتا لبيع فيه الخمر لم يجر لانه معصية فلا
ينعقد العقد عليه ولا أجر له عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز
والشافعي رحمه الله يجوز هذا العقد لان العقد يرد على منفعة البيت ولا
يتعين عليه بيع الخمر فيه فله أن يبيع فيه شيئا آخر يجوز العقد لهذا ولكننا
نقول تصرّحهما بالمقصود لا يجوز اعتبار معنى آخر فيه وما صرحا به
معصية وكذلك لو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرا فهو على هذا عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز ان العقد لان الممر يحمل للشرب
وهو معصية والاستئجار على المعصية لا تجوز والاصل فيه قوله صلى الله
عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرا وذكر في الجملة حاملها والمحمولة
إليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول يجوز الاستئجار وهو قول الشافعي رحمه
الله لانه لا يتعين عليه حمل الخمر فلو كلفه بأن يحمل عليه مثل ذلك فلا
يستوجب الاجر ولان حمل الخمر قد يكون للاراقة وللصب في الخل ليتخلل
فهو نظير مالو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح فهذا مثله الا أنهم
يفرقان فيقولان الميتة تحمل عادة للطرح وإمالة الاذى فاما الخمر يحمل
عادة للشرب والمعصية وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال ابتلينا
بمسألة وهو أن مسلما استؤجر على أن ينقل جيفة ميتة

[39]

من المشركين من بلد إلى بلد فكذلك قال أبو يوسف رحمه الله لأجر له
لانه انما يحمل حمل الجيفة إلى المقبرة لاماطة الاذى فاما حملهما من بلد
إلى بلد فهو معصية لا يجوز الاستئجار عليه (وقلت) انا ان كان الاجير عالما
بما أمر بحمله فلا أجر له أيضا وان لم يعلم بذلك فله الاجر لمعنى الغرور
واستئجار الذمي الدابة من المسلم أو السفينة لينقل عليها خمرا على
الخلاص الذي بينا وان استأجر ذمي ذميا لشيء من ذلك فهو جائز وكذلك لو
استأجره يرعى له خنازير لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم بمنزلة
الشاة والبعر في حقنا وان استأجره لبيع له ميتة أو دما لم يجر لان هذا
ليس بمال في حق أحد فحكمهم فيها كحكم المسلمين ولا بأس بان يؤجر
المسلم دارا من الذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب
أو دخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم اثم في شيء من ذلك لانه لم
يؤاجرها لذلك والمعصية في فعل المستأجر وفعله دون قصد رب الدار فلا
إثم على رب الدار في ذلك كمن باع غلاما ممن يقصد الفاحشة به أو باع
جارية ممن لا يشتريها أو يأتيها في غير المأنى لم يلحق البائع اثم في شيء
من هذه الافعال التي يأتي بها المشتري وكذلك لو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة
أو باع فيها الخمر بعد أن يكون ذلك في السواد ويمنعون من احداث ذلك
في الامصار وقد بينا ذلك الكلام في هذا الفصل فيما سبق واستدل بحديث
ثوبة بن نمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا اخصاء ولا كنيسة
في الاسلام ولحديث مكحول أن أبا عبيدة بن الجراح رضى الله عنه صالحهم
بالشام على أن يحصل عن كنائسهم القديمة وعلى أن لا يحدثوا كنيسة في
مصر من امصار المسلمين وان استأجر المسلم من المسلم بيتا ليصلى فيه
المكتوبة أو التروايح لم يجر ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم
يحق على كل مسلم دينا تمكين المسلم من موضع يصلى فيه عند الحاجة
فلا يجوز أن يأخذ على ذلك أجرا فلو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو يشجه أو
يضره ظالما لم يجر ولا أجر له لما بينا أن العقد اقامة الطاعة ثم يحق على
كل لانه استئجار على المعصية ولو جاز العقد لصار اقامة العمل مستحقا
عليه وفعل ما هو ظلم لا يكون مستحقا على أحد شرعا ولو أعطاه سلاحا
لذلك فضاع أو انكسر لم يضمن لانه قبضه باذن صاحبه ولو أن قاضيا

استأجر رجلا ليضرب حدا قد لزمه أو ليقبض من رجل أو ليقطع يد رجل أو ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا بأجر معلوم فالاجارة جائزة وله الاجر لان المعقود عليه منافعه في المدة حتى يستوجب الاجر بتسلم النفس وهو معلوم ثم يحكم أنه ملك منافعه ليستعمله في اقامة الحدود غير

[40]

ذلك وان استأجره لاقامة الحدود أو القصاص خاصة لم يجر ذلك لانه مجهول في نفسه وان فعل شيئا من ذلك كان له أجر مثله لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فان (قيل) اقامة الحد طاعة فكيف يستوجب الاجر على اقامته عند فساد العقد قلنا) معنى الطاعة فيه غير مقصود ولهذا صح من الكافر والمسلم كبناء المسجد ونحوه ولو استصحبه على أن يجعل له رزقا كل شهر فهو جائز أما ان بين مقدار ما يعطيه فالعقد جائز لان المعقود عليه منافعه وهو معلوم وان لم يبين مقدار ذلك فهو في هذا كالقاضي وللقاضي أن يأخذ رزقا بقدر كفايته من بيت المال وكذلك من ينوب عن القاضي في شئ من عمله وكذلك قسام القاضي إذا استأجره ليقسم كل شهر بأجر مسمى فهو جائز وفي حديث على رضي الله عنه فانه كان له قاسم يقسم بالاجر ولانه لم يتعين اقامة هذا العمل على أحد دينا فيجوز الاستئجار عليه ولو قضى لرجل بالقصاص في قتل فاستأجر رجلا يقتل له لم أجعل له أجرا وفي السير الكبير قال إذا استأجر رجلا يقتل مرتدا أو حريبا أسيرا لم يجر عند أصحابنا رحمهم الله ولو استأجره ليقطع طريقا جاز وأما أنا فلا أفرق بينهما وأجوز العقد فيهما ومراده بقوله عند أصحابنا أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فالحاصل أن عند محمد يجوز الاستئجار على ذلك كله لانه عمل معلوم بمحله واقامته جائز شرعا فيجوز الاستئجار عليه كذبح الشاة وقطع الطرق وكسر الحطب وما أشبه ذلك ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (حرفان) أشار إلى أحدهما في الكتاب فقال ما قيل ان هذا ليس بعمل يعنى ان القتل ازهاق الروح وذلك ليس بصنع العباد كما أن ادخال الروح ليس من صنع العباد ولا يتصور الاستئجار عليه فكذلك الازهاق بخلاف الذبح فهو عبارة عن تسيل الدم النجس ليميز به الطاهر من النجس وذلك بقطع الحقوم والاوذاج وهو من صنع العباد والقطع كذلك فانه ابانة الجزء من الجملة وذلك يحصل بصنع العبد ولان القتل ايقاع الفعل في المحل مع التجافي ومثله منه ما يحل شرعا ومنه ما يحرم كالمثلة ولا يدري كيف يكون منه ايقاع الفعل والمقصود يتم بضربة أو بضربتين فللجهالة والتردد بين الحل والحرم لم يجر الاستئجار عليه بخلاف القطع والذبح فانه يكون بامرار السلاح على المحل لا بصفة التجافي عنه وكسر الحطب بايقاع الفعل على المحل بالتجافي ولكن الكل فيه سواء في صفة الحل شرعا فلهذا جاز الاستئجار عليه ولو استأجر رجلا يغزو عنه لم يجر ذلك لان الغزو طاعة فهو سنام الدين ولما حضر القتال افترض عليه الذب عن المسلمين وقتال المشركين فلا يجوز له أخذ الاجر على اقامة

[41]

ما هو فرض عليه قال صلى الله عليه وسلم مثل الذين يغزون من أمتي
 ويأخذون على ذلك أجرا كمثل أم موسى عليه السلام كانت ترضع ولدها
 وتأخذ الأجر من فرعون ولو شارط كحالا أن يكحل عينه شهرا بدرهم جاز
 ذلك وكذلك الدواء في كل داء لانه عمل معلوم عند أهل الصنعة والاستئجار
 عليه متعارف بين الناس وإذا استأجر فحلا لينزبه لم يجز للآخر الذي جاء به
 النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التيس ولان المقصود الماء
 ولا قيمة له وصاحب الفحل يلتزم ابقاء ما لا يقدر على تسليمه ولا تجوز
 الإجارة على تعليم الغناء والنوح لان ذلك معصية وان سلم غلاما إلى معلم
 ليعلمه عملا وشرط عليه أن يحذقه فهذا فاسد لان التحذيق مجهول إذ ليس
 لذلك غاية معلومة وهذه جهالة تفضي إلى المنازعة بينهما وكذلك لو شرط
 في ذلك أشهرًا مسماة لانه يلتزم ابقاء ما لا يقدر عليه فالتحذيق ليس في
 وسع المعلم بل ذلك باعتبار شئ في خلقة المتعلم ثم فيما سمى من المدة
 لا يدري انه هل يقدر على أن يحذقه كما شرط أم لا والتزام تسليم ما لا
 يقدر عليه بعقد المعاوضة لا يجوز ولو أجر أرضه بدراهم وشرط خراجها
 على المستأجر فهذا فاسد لان الخراج مجهول لا يعرف من أصحابنا رحمهم
 الله من يقول مراده في الاراضي الصلحية فالمال في ذلك يقسم على
 الجماع والاراضي فتزداد حصة الاراضي إذا قلت الجماع وتنقص بكثرة
 الجماع فاما في جراح الوظيفة لاجهالة في المقدار وقيل ان مراده من
 هذا ان ولاية الظلمة الحقوا بالخراج روادف يزداد ذلك تارة وينتقص أخرى
 فيكون مجهولا وقيل معناه ان الخراج بحسب الطاقة وريع الارض كما أشار
 إليه عمر رضي الله عنه في قوله لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وكذلك
 أو اعطاه بغير اجر الا ان يشترط عليه أن يؤدي خراجها فان الخراج على
 صاحب الارض فإذا شرطه على المزارع يكون ذلك أجرة وجهالة الإجارة
 تفسد الإجار وهذا لان الواجب في كل جريب درهم وقفيز مما يخرج منه وذلك
 مجهول الجنس في الصفة ولو أجرها وشرط العشر على المستأجر فالعقد
 فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله لان العشر عنده على المؤجر فإذا شرطه
 على المستأجر كان أجره وهو مجهول الجنس والقدر وعندهما العشر على
 المستأجر فلا يصير اشتراط ذلك عليه وخراج المقاسمة نظير العشر فيما
 ذكرنا وإذا كان الأجر كذا درهما ودينارا أو فلسا فهو جائز وله نقد البلد
 ووزنهم فان كان وزنهم مختلفا فهو فاسد حتى يبين الوزن بمنزلة الثمن
 في البيع وقد بيناه وان جعل الأجر دراهم مسماة عددا بغير وزن وبغير
 عينها فهو فاسد ومراده في الدراهم

[42]

الموزونة فانها تتفاوت في الوزن فأما ما بعد ولا يوزن كالعطري في إذا
 سمى العدد فيه جاز كما في الفلوس وان أشار إلى دراهم بعينها جازت
 الإجارة وان لم تكن معلومة القدر كالثمن في البيع بخلاف السلم عند أبي
 حنيفة رحمه الله وقد بينا الفرق في البيوع فان قال مائة درهم عددا مما
 يدخل في المائة خمسة كان جائزا لانه قد سمى الوزن بما ذكر معناه فيما
 يزن خمسة وتسعين درهما فكأنه قال مائة الا خمسة. ولو استأجر رجلا
 يكتب له مصحفا أو فقها معلوما كان جائزا لان الكتابة عمل معلوم وهو
 يتحقق من المسلم والكافر ثم الاستئجار عليه متعارف وقيل الاستئجار
 على الكتابة كالاستئجار على الصباغة لان بعمله يحدث لون الحبر في
 البياض أو كالاستئجار على النقش وذلك جائز إذا كان معلوما عند أهل
 الصنعة (قال) الشيخ الامام رحمه الله الاصح عندي أن المقصود هنا يحصل
 بعمل الاجير وهي الكتابة بخلاف التعليم فالمقصود هناك لا يجعل الا بمعنى

في المتعلم وإيجاد ذلك ليس في وسع المعلم بينهما ولو استأجر رجلا يعمل عملا فلا أجر له في ذلك بخلاف مالهو استأجر نصيبه من دار بينهما وقد بينا هذا ولو استأجر الوصي نفسه أو عبده يعمل لليتيم لم يجر أما عند محمد رحمه الله فلان الوصي لا ينفر بالعقد لليتيم مع نفسه بحال كما في البيع وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجوز ذلك إلا بمنفعة ظاهرة ولا منفعة هنا لان من جهة الوصي مما ليس بمتقوم لنفسه ويشترط على اليتيم بمقابلته مالا متقوما فهذا لا يجوز ولم يذكر أنه لو استأجر اليتيم أو عبد اليتيم بمال نفسه ليعمل له هل يجوز أم لا قالوا وينبغي أن يجوز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما فيه من المنفعة الظاهرة لليتيم فانه يدخل في ملكه مالا بازاء ما ليس بمال والاب يستأجر نفسه أو عبده لعمل عمله لولده فيجوز ذلك ويستوجب الاجر لان شفقة الابوة تمنعه من ترك النظر له فيجوز عقده مع نفسه من غير اشتراط منفعة ظاهرة لولده فيه ولو استأجر الوصي من نفسه عبدا لليتيم ليعمل ليتيم آخر في حجرة وهو وصيهما فهذا لا يجوز لانه ان نفع أحدهما أضر بالآخر وهو لا ينفر بالتصرف إلا بمنفعة ظاهرة ولايجوز للصبي أن يؤجر نفسه لانه عقد معاوضة كالبيع فلا يملكه المحجور عليه وانما ذلك إلى وليه وله الاجر ان عمل استحسانا وفي القياس لأجر له لان العقد باطل ووجوب الاجر باعتباره فإذا بطل لم يجب الاجر وفي الاستحسان يجب الاجر لان هذا العقد منه تمحض منفعة بعد اقامة العمل فانا لو اعتبرنا العقد استوجب الاجر ولو لم يعتبره لم يجب له الاجر والصبي لا يكون محجورا عما يتمحض منفعة له

[43]

كقبول الهبة والصدقة وكذلك العبد المحجور عليه لا يؤجر نفسه فان فعل وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا لما قلنا فان مات من العمل تقرر الضمان على المستأجر لانه غاصب له ثم الاجر له لانه ملكه بالضمان من حين وجب عليه الضمان بخلاف الصبي الحر فانه وان هلك في العمل فله الاجر بقدر ما أقام من العمل لان الحر لا يملك بالضمان وإذا أخذ العبد الاجر فهو لمولاه لانه كسب عبده فان أخذه الغاصب من يده فاستهلكه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لان اتلاف بدل منفعة كاتلاف منفعه وقد بينا هذا في الغصب. وإذا استأجر نهرا يابس ليجرى فيه الماء بارضه أو إلى راحا ماء فهذا فاسد لان موضع النهر لا يصلح للسكنى واجراء الماء فيه ليس في وسعه ومقدار ما يجرى من الماء مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوءه وبوله أو مسيل ماء ليسيل فيه ماء ميزابه فهذا مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته وكذلك لو استأجر بثرا ليسقى منها غنمه وان أراد الحيلة في ذلك فالوجه أن يؤجره من حريم النهر والبئر موضعا معلوما ليكون عطنا لمواشيه ويبيح له سقى المواشى من البئر وكذلك اجارة المرعى لا تجوز والحيلة فيه أن يؤجره موضعا معلوما ليضرب فيه خيمة فيسكن ويبيح له الانتفاع بالمرعى ولو أجره بكرة وحبالا ودلوا يسقى بها غنمه فهو فاسد للجهالة الا أن يسمى وقتا فيجوز لان العقد يرد على منفعة العين في المدة فان استأجر من رجل موضع جزع يضعه على حائطه لم يجر عندنا وجاز عند الشافعي رحمه الله لانه موضع استأجره لمنفعة معلومة ولو استعاره ذلك جاز فكذلك إذا استأجره ولكننا أفسدناه للجهالة لان الضرر يتفاوت بثقل الجذع وخفته وكثرة ما يبنى وقلته وكذلك لو استأجر حائطا لبنى عليه سترة فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله للجهالة وقد يفضى إلى المنازعة وان

استأجر طريقا في دار ليمر فيه كل شهر باجر مسمى فهو فاسد وفي قول أبي حنيفة رحمه الله لجهالة الموضع الذي يتطرق فيه وللشيوخ فان عنده استئجار جزء من الدار شائعا لا يجوز فكذلك الطريق وعندهما استئجار جزء شائع صحيح فكذلك الطريق وهو معلوم بالعرف على وجه لا يكون فيه منازعة ولو استأجر علو منزل ليبنى عليه لم يجر في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قولهما لان مقدار بناء العلو معلوم بالعرف وسطح السفل حق صاحب السفل كالارض ولو استأجر أرضا ليبنى عليه بيتا جاز فكذلك إذا استأجر سطح السفل ليبنى عليه وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا استئجار الهواء والهواء ليس بمملوك لاحد

[44]

ثم مقدار ما يبنى مجهول والضرر على حيطان السفل يتفاوت بقلة ذلك وكثرته وربما تفضى هذه الجهالة إلى المنازعة بخلاف الارض فالضرر على الارض لا يختلف بخفة البناء وثقله ولو استأجر موضع كوة ينقبها في حائط له يدخل عليه منها الضوء لم يجر لان هذا ليس من اجارة الناس ولان المقصود الانتفاع بما ليس من ملك المؤاجر وهو ضوء الشمس فكذلك لو استأجر موضعا ليتدفى حائط يعلق عليه شيئا فانه لا يجوز من قبل انه ليس معه أرض وبهذا اللفظ يستدل من لا يجوز من أصحابنا رحمهم الله استئجار البناء بدون الارض ففي تأمله تنصيص على هذا ثم الضرر على الحائط يختلف بخفة ما يعلقه على التود أو بثقله فهو مجهول على وجه لا يمكن أعلامه وكذلك لو استأجر موضع ميزاب في حائط لان الضرر على الحائط يتفاوت بقلة الماء الذي يسيل في الميزاب وكثرته فاما إذا استأجر ميزابا مدة معلومة لينصبه في حائط يسيل فيه ماؤه فهذا جائز لانه عين منتفع به استأجره لمنفعة معلومة وإذا استأجر رجلا ليعمل له عمل اليوم إلى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما يجوز استحسانا ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فله أن يعمل في الغد لان المقصود العمل وهو معلوم مسمى وذكر الوقت للاستعجال لا لتعليق العقد به فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أسرع أوقات الامكان وهذا لان المستأجر انما يلتزم البذل بمقابلة ما هو مقصود له وذلك العمل دون المدة وأبو حنيفة رحمه الله يقول جمع في العقدتين تسمية العمل والمدة وحكمهما مخلف فموجب تسمية المدة استحقاق منافعه في جميع المدة بالعقد وموجب تسمية العمل أن يكون المعقود عليه الوصف الذي يحدثه في المعمول لا منافعه ويتعذر الجمع بينهما اعتبارا وليس أحدهما بالاعتبار باولى من الآخر فيفسد العقد بجهالة المعقود عليه وقد تفضى هذه الجهالة إلى المنازعة فانه إذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستأجر أن يقول منافعك في بقية اليوم حتى باعتبار تسمية الوقت وأنا استعملك وإذا لم يفرغ من العمل في اليوم فللاجير أن يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وان كان العمل مقصود المستأجر فالمدة مقصود الاجير فليس البناء على مقصود أحدهما باولى من البناء على مقصود الآخر ولان الاجير يلتزم مالا قدر عليه هو اقامة جميع العمل المسمى في الوقت المسمى وروى محمد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لو استأجره ليخيط له هذا القميص لا يجوز ولو قال في اليوم يجوز لان بحرف في

يظهر أن مراده من ذكر المدة الاستعجال لاتسمية المقدار المعقود عليه من المنفعة وحرف في للطرف والمظروف وقد يشغل جزءا من الطرف لاجميعه وعلى هذا الخلاف لو استأجر دابة من الكوفة إلى بغداد ثلاثة أيام بأجر مسمى فذكر المدة والمسافة والعمل وكذلك لو استأجره ينقل له طعاما معلوما من موضع من اليوم إلى الليل فهو على الخلاف الذي بينا وان استأجر عبدا شهرا بأجر مسمى على أنه ان مرض فعليه أن يعمل بقدر الايام التي مرض فيها من الشهر الداخل فهذا فاسد لجهالة مدة الاجارة فلا يدري في أي مقدار من الشهر يمرض ليدخل في العقد بقدر ذلك من الشهر الداخل ثم هذا الشهر يخالف مقتضى العقد لان مقتضى العقد انتهاءه بمضي المدة تمكن من استيفاء المعقود عليه أو لم يتمكن وهذا الشرط يخالف ذلك وان استأجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على أنه ان سكنه يوما ثم خرج عليه عشرة دراهم فهذا فاسد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان مقتضى العقد أنه متى خرج بعذر لا يلزمه الاجر ثم مقدار أجر منفعة البيت في اليوم الاول مجهول أنه ثلاثة دراهم أو عشرة دراهم وكذلك ان استأجر دابة بعشرة دراهم إلى بغداد على أنه ان بلغ قرية كذا ثم بدا له أن يرجع فله الاجر كاملا فهذا فاسد لجهالة مقدار الاجر إلى الموضع الذي سمى ولان الشرط يخالف مقتضى العقد وان استأجر دابة ليحمل عليها حمل كذا بأجر معلوم إلى موضع كذا على أنه ان حمل عليها كذا من الحمل فحمل غير ذلك إلى ذلك المكان ولم يحمل الاول فاجرها كذا فهو فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو جائز في قوله الآخر على ما شرطنا وكذلك لو استأجر أرضا ليزرعها حنطة بخمسين درهما وان زرعتها سمسم فاجرها مائة درهم فهو على هذا الخلاف. وكذلك ان استأجر بيتا على أنه ان أسكنه بزازا فاجره خمسة وان أسكنه قصارا فاجره عشرة وجه قوله الاول أن المعقود عليه مجهول والبدل بمقابلته مجهول فالضرر يختلف بسكن القصار والبزاز وهما عقدان في عقد ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعين في بيع أرايت لو سلم إليه البيت فلم يسكنه أصلا حتى مضت المدة فماذا يوجب عليه خمسة أو عشرة وجه قوله الآخران كل نوع من المنفعة معلوم بالتسمية والبدل بمقابلته معلوم فيصح العقد وهذا لان الاجر لا يجب بنفس العقد وانما يجب باستيفاء المنفعة وعند ذلك لاجهالة في المعقود عليه ولا في البدل فاما إذا لم يسكنها فقال بعض مشايخنا رحمهم الله ينبغي على قياس قوله الآخر أن يلزمه نصف

كل واحد من التسميتين لان وجوب الاجر التمكن من الاستيفاء هنا وقد تمكن من استيفاء المنفعتين جميعا وليس أحد البدلين بالايجاب عليه باولى من الآخر فيلزمه نصف كل واحد منهما والاصح أنه لا يلزمه الا خمسة لان أصل البدل بمقابلة منفعة البيت خمسة ثم التزم زيادة البدل بزيادة الضرر إذا سكنه قصارا لان ذلك يوهن البناء فإذا لم يسكنها أحدا فقد انعدم ذلك الضرر (ألا ترى) أنه لو أسكن بزازا لا يلزمه الا خمسة وقد كان متمكنا من أن يسكنه قصارا فإذا لم يسكنه أصلا أولى أن لا يلزمه الا خمسة فرجل استأجر دارا سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها ولا ينزل فيها فالاجارة فاسدة لانه نفى موجب العقد بالشرط وذلك يضاد العقد وان لم يسكنها فلا

أجر عليه وفي هذا اللفظ تنصيص على أن الاجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفاء لا يوجب الاجر ما لم يوجب الاستيفاء حقيقة كما في النكاح الفاسد وانما يتكلفون من الفرق بينهما غير معتمد وان سكنها فعليه بأجر مثلها لا ينقص مما سمي لانه انما رضى بالمسمى بشرط أن لا يسكن فعند السكنى لا يكون راضيا به فيلزمه أجر مثلها بالغاً ما بلغت وان جعلت أجر الدار أن يؤذن لهم سنة أو يوماً فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثل الدار ان سكنها لانه استوفى منافعتها بعقد فاسد فانما سمي إذا كان لا يصلح بدلا فهو في الحكم كما لو أجرها ولم يسم الاجر ولا أجر له في الاذان والامامة لان الاجارة لا تنعقد على هذا العمل لا صحيحا ولا فاسدا ولانه عامل لنفسه فلا يكون مسلما عمله إلى غيره. وان تكارى برذونا ليتعرض عليه فان جاز فعليه عشرة دراهم وان لم يجز فعليه خمسة فالاجارة فاسدة ومعنى المسألة أن المستأجر من أصحاب الديوان اسمه في ديوان الفرسان وقد يفق فرسه فطلب السلطان العرض فاستأجر الفرس على أنه ان لم يوقف على ضيعة فالاجر عشرة وان وقف على ذلك فالاجر خمسة فهذا فاسد لجهالة الاجر فلا يدري الجواز ولا يجوز وعليه أجر مثلها فيما استوفى من المنفعة ولا ضمان عليه أن يفق في ركوبه أو أخذه السلطان لان المقبوض بحكم اجارة فاسدة في حكم الضمان كالمقبوض بحكم اجارة صحيحة وان تكارى بغلا على أنه كلما ركب الامبر ركب معه فالاجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه وعليه من كل ركبة أجر مثله لان أجر المثل بعقد فاسد بقدر المستوفى من المنفعة وان تكارى دابة إلى بغداد على أنه ان رزقه الله تعالى من بغداد شيئا أو من فلان شيئا أعطاه نصف ذلك فهذا فاسد لجهالة الاجر والغرر المتمكن بسبب الشرط في أصل الاجر وعليه أجر مثلها فيما يركب وان تكارها إلى بغداد على أنها ان بلغت

[47]

إلى بغداد فله أجر عشرة دراهم والا فلا شئ له فالاجارة فاسدة وعليه أجر مثلها بقدر ما سار عليها لمعنى المخاطرة والضمان وقد تقدم نظيره في مسألة الخياطة والله أعلم بالصواب (باب اجارة حفر الآبار والقبور) (قال رحمه الله وإذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا في داره ولم يسم له موضعا ولم يصفها فهو فاسد) لجهالة المعقود عليه فعمل الحفر يختلف باختلاف الموضع في الصلابة والرخاوة والسهولة والصعوبة ويختلف باختلاف البئر في العرض والعمق ولو سمي عشرة أذرع في الارض ومما يدبر هكذا ذراعا بأجر مسمى جاز لان العمل صار معلوما بتسمية الذرعان عند أهل الصنعة والموضع معلوم بتسمية داره فان حفر ثلاثة أذرع ثم وجد جبلا أشد عملا وأشد مؤنة فأراد ترك ذلك فليس له ترك ذلك ويجبر على الحفر إذا كان يطاق لانه ان التزم العمل مع عمله على أن أطاق الارض تختلف فليس في ابقاء العقد عليه ضرر فوق ما التزم بالعقد فلا يكون ذلك عذرا له في الفسخ وفي الكتاب (قال) إذا كان يطاق وما من موضع الا ويطاق فيه حفرا ولكن مراده من هذا اللفظ إذا كان يطاق حفرا بآلة الحفارين ولا يحتاج الاجير إلى اتخاذ آلة أخرى لذلك لانه انما التزم اقامة العمل بآلة الحفارين فإذا كان يحتاج إلى اتخاذ آلة أخرى لذلك فهذا ضرر لم يلتزمه بالعقد فيكون عذرا له في الفسخ وان شرط عليه أن كل ذراع في سهل أو طين بدرهم وكل ذراع في جبل أو ماء بدرهمين وسمى طول البئر خمسة عشر ذراعا فهو جائز لانه ذكر نوعين من العمل وسمى بمقابلة كل واحد منهما بدلا معلوما ولا يبقى بعد ذلك للتسمية جهالة تفضى إلى المنازعة لان وجوب الاجر عند الحفر وعند ذلك ما يلزمه من الاجر معلوم القدر. ولو استأجره

ليحفر له بئرا عشرة أذرع في جبل مروءة فحفر ذراعا ثم استقبل جبلا صما صفا فان كان يطاق حفره فهو عليه والمروءة اللين من الحجر الذي يضرب إلى الخضرة والصفاء ما يضرب إلى الحمرة وقد بينا أنه التزم الحفر بالة الحفارين فإذا كان بحيث يطاق الحفرة بتلك الالة فلا عذر له في الترك وان كان لا يطاق فله أن لا يترك الاجارة وله من الاجر بحساب ما حفر وكذلك النهر والقناة والسرداب والبالوعة إذا ظهر الماء فيه قبل أن يبلغ ما شرط عليه فان كان لا يستطاع الحفر معه فهذا عذر لان في ايفاء العقد يلحقه الضرر لم يلتزمه بالعقد. ولو استأجره ليحفر له بئر في داره فحفرها ثم انهارت قبل أن يفرغ منها فله من

[48]

الاجر بحساب ما حفر لانه يقيم العمل في ملك المستأجر فيصير عمله مسلما إليه بقدر ما يفرغ منه ويتقرر حقه في الاجر فلا يسقط حقه بالتلف بعد ما يخرج من ضمانه ولو كانت بئر ماء فشرط عليه مع حفرها طيها بالاجر والحص ففعل وفرغ منها ثم انهارت فله الاجر كاملا وان انهارت قبل أن يطويها بالاجر فله الاجر بحساب ذلك لان بنفس العمل يجب له الاجر ويصير العمل مسلما إلى صاحبه فيطالبه بالاجر بحساب ما أقام من العمل ولو استأجره ليحفرها في الجبانة في غير ملكه ولا في فئانه فحفرها فانهارت فلا أجر له حتى يسلمها إلى صاحبها بمنزلة العامل من الخياط والقصار في بيت نفسه وهذا لان عمله ما اتصل بملك المستأجر ليصير المستأجر بذلك قابضا ولا بد لدخول العمل في ضمانه من أن يثبت يده عليه وذلك لا يكون إلا بالتسليم إليه وفي هذا اللفظ دليل على أن الفناء حق المرء ولكنه غير مملوك له (ألا ترى) انه قال في غير ملكه ولا في فئانه والفناء في يده لكونه أحق بالانتفاع به فإذا كان الحرف فيه يصير العمل مسلما إليه بمنزلة الحفر في ملكه. وكذلك لو استأجره ليحفر له قبرا ثم دفن فيه انسان قبل أن يأتي المستأجر بجنازته لم يكن على المستأجر أجر لانه حفر القبر في غير ملك المستأجر فما لم يسلم إليه لا يتقرر حقه في الاجر وان جاء المستأجر فحال الاجير بينه وبين القبر فانهار بعد ذلك أو دفنوا فيه انسانا آخر فله الاجر كاملا لانه قد سلم المعقود عليه إلى صاحبه وان دفن فيه المستأجر ميتة ثم قال للاجير أحث التراب عليه فابى الاجير في القياس لا يلزمه ذلك لانه التزم عمل الحفر وحشى التراب كنس وليس بحفر وهو ضد ما التزمه بعقد الاجارة ولكني انظر إلى ما يضع أهل ملك البلاد فان كان الاجير هو الذي يحشى التراب خيرته في ذلك وذلك يعمل بالكوفة وان كان الاجير لم يفعل ذلك في تلك البلدة لم أجبره عليه وهذا لان بمطلق العقد يستحق ما هو المتعارف والمعروف في كل موضع يجعل كالمشروط. وان أراد أهل المبيت أن يكون الاجير هو الذي يضع الميت في لحده وهو ينصب اللبن عليه لم يجبر الاجير على ذلك لان هذا غير متعارف بل العرف ان أقرباء الميت وأصدقاءهم الذين يضعونه في لحده وترك ذلك إلى الاجير يعد من الاستخفاف به فان وصف له موضع يحفر فيه فوافق فيه جبلا هو أشد من وجه الارض فحفره لم يزد على أجره لانه قد التزم عمل الحفر مع عمله باختلاف أطباق الارض في الصلابة والرخاوة وان استأجره بالكوفة يحفر قبرا ولم يسم له في أي المقابر يحفر فالعقد فاسد في القياس للجهالة التي تفضى إلى المنازعة ولكن أستحسن إذا حفر في الناحية

التي يدفن فيها أهل ذلك الموضع أجعل له الاجر وهذا بنماء على عادة أهل الكوفة فان لكل درب فيهم مقبرة على حدة لاهلها فأما في ديارنا فلو انتقل من محلة إلى محلة فلا بد من تسمية المقبرة بناء على عرف ديارنا وان سمي له موضعا معلوما فحفر في موضع آخر فلا أجر له الا أن يدفنوا في حفرة فان فعلوا ذلك فله الاجر حينئذ وكذلك ان أمروه بحفر القبر ولم يسموا موضعا فحفر في غير مقبرة أهل تلك البلدة أو تلك الناحية فلا أجر له الا أن يدفنوا في حفرة فحينئذ يستوجب الاجر لوجود الرضاء منهم بعمله حين دفنوا المية فيه وان أرادوا منه تطيين القبر أو تحصيصه فليس ذلك عليه لانه التزم عمل الحفر والتحصيص ليس من ذلك في شئ وفي العادة الذي يطين القبر غير الذي يحفره وان استأجروه ليحفر لهم القبر ولم يسموا له طوله ولا عرضه ولا عمقه في الارض فهو فاسد في القياس لان القبور تختلف في الطول والعرف والعمق والعمل بحسبه يتفاوت ولكنني أستحسن فاجبره فاقدره بوسط ما يعمل الناس لان ذلك معلوم بالعرف فهو كالشروط بالنص وبمطلق العقد يستحق الوسط في المعاوضات فانه فوق الوكس ودون الشطط وخير الامور أوسطها وان وصفوا له موضعا فوجد وجه الارض لينا فلما حفر ذراعا وجد جبلا أجبره على أن يحفر ان كان مما يحفر الناس لانه التزمه بمطلق العقد وان لم يسموا له لحدا ولا شقا فهو على عادة أهل تلك الناحية فان كان بالكوفة فعظم عملهم على اللحد وان كان في بلد عظم عملهم على الشق فهو على الشق لان بمطلق العقد يستحق المتعارف والمتعارف ما عليه عظم العمل ولو استأجره ليكرى له نهرا أو قناة فأراد مفتحتها ومصبها وعرضها وسمى له كم يمكن في الارض فهو جائز وان اشترط طيها بالاجر والجص من عند الاجير فهو فاسد لانه مشتري للاجر والجص فهذا بيع شرط في الاجارة وذلك مفسد للعقد وان شرط الاجر والجص من عند المستأجر ولم يسم عدد الاجر فهو في القياس فاسد لجهالة ما شرط عليه من العمل وذلك يتفاوت بتفاوت الاجر وفي الاستحسان هو جائز على ما يعمل الناس لان عدد ما يحتاج الناس إليه لذلك العمل من الاجر معلوم عند أهل الصنعة فيكون كالشروط وان سمي عدد الاجر وكيل الجص وعرض الطى وطوله في السماء فهو أوثق لانه عن المنازعة أبعد وان استأجر قوما يحفرون له سردابا لم يجر حتى يسمي طوله وعرضه وقعره في الارض فالمعقود عليه لا يصير معلوما الا بذلك وبعد الاعلام إذا عمل بعضهم أكثر من غيره فالاجر بينهم على عدد الرؤوس لان

استحقاق الاجر يقبل العمل وقد استنوا في ذلك ولانه اشتركوا مع عملهم أنه لابد من تفاوت في عملهم فكان ذلك رضاء منهم بترك اعتبار ذلك التفاوت وان لم يعمل واحد منهم لمرض أو عذر فان كان بينهم شركة في الاصل فله الاجر معهم بعقد الشركة بينهم وان لم يكن بينهم شركة فلا أجر له لان استحقاق الاجر بالعمل لا يستحقه من لم يعمل سواء ترك العمل بعذر أو بغير عذر ويرفع عنهم من الاجر بحساب حصته ويكون عملهم في حصته تطوعا لان كل واحد منهم يستحق الاجر عند العمل بالتسمية فانما يستحق بقدر ما سمي له وان زاد عمله على ما التزم بالعقد فهو متطوع في تلك الزيادة. رجل تكارى رجلا يحفر له بئرا عشرة أذرع

طولا في عرض معلوم بعشرة دراهم وزعم الحفار أنه شرط أن يحفرها خمسة أذرع طولا ولم يعمل شيئا بعد فانهما يتخالفان لاختلافهما في مقدرا المعقود عليه في حال قيام العقد واحتماله للفسخ وإن كان قد حفر خمسة أذرع فالقول قول المستأجر مع يمينه ويعطيه من الاجر بحساب ما قال لان الاجير يدعى عليه الزيادة وهو منكر ويحلف الاجير على دعوى المستأجر لانه يدعى عليه حفر خمسة أذرع أخرى مما التزمه بالعقد وهو منكر فيحلف على ذلك ويتشاركان فيما بقى ولو قال احفر لى في هذا المكان فحفر فانتهى إلى جبل لا يطاق أي لا يطاق بألة الحفارين فالاجير بالخيار لما يلحقه من الضرر فوق ما التزمه بالعقد والله أعلم بالصواب (باب اجارة البناء) (قال رحمه الله وإذا استأجر الرجل رجلا يبنى له حائطا بالجص والاجر وأعلمه طوله وعرضه وعمقه وارتفاعه في السماء فهو جائز) لانه عمل معلوم يستأجر عليه عرفا ويقدر الاجر على ايفائه وإن سمي كذا كذا ألف آجرة من هذا الاجر وكذا كذا من الجص ولم يسم الطول والعرض فهو في القياس فاسد لجهالة المعقود عليه لان المعقود عليه العمل دون الاجر والجص والعمل يختلف باختلاف صفة الحائط في الطول والعرض وفي أسفل الحائط يكون العمل أسهل وكل ما يرتفع من وجه الارض كان العمل أشق ولكنه استحسّن (فقال) هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة وبنیان مقدار الاجرة والجص يصير الطول والعرض في الحائط الذي يبنى عليه معلوم عند أهل الصنعة فلو سمي مع ذلك الطول والعرض كان أجود لانه عن الجهالة أبعد وإن سمي كذا كذا آجرا ولينا ولم يسم الملبن ولم يره اياه فهو فاسد في القياس للجهالة ولكنه

[51]

استحسن فقال ان كان ملبن ذلك البلد الاجر واللبن واحد معلوم فالمعلوم بالعرف كالمشروط بالنص وإن كان مختلف فحينئذ يفسد العقد إذا لم يبين فهو قياس النقد في ذلك وإذا استأجر بناء ليبنى له دارا الاساس والسراديب والسفل والعلو بالطاقات والاساطين والحيطان على مثل ما يبنى بالكوفة كل ألف آجرة وأربعة اكرار جص بكذا فهو في القياس فاسد لان الاساس والسفل أهون من العلو والطاقات أشد من الحائط المستطيل فكان المعقود عليه مجهولا وربما تفضي هذه الجهالة إلى المنازعة فالبناء عند العقد لا يعرف مراد صاحب البناء ولكنه استحسّن (فقال) صفة البناء معلوم بطريق الظاهر والانسان انما يبنى داره على عادة أهل بلده وأهل محلته وإن كان يتكلف التفاوت فهو يسير لاتجزئ المنازعة باعتبار العادة (قال) واجعل الزنايل والدلاء وأنية الماء على رب الدار للعرف ولان البناء التزم بالعقد العمل وهذه الاشياء ليس من العمل في شئ فيكون على رب الدار كالاجر والجص ولاطعام على رب الدار في هذه الاجارة لانه بالعقد التزم الاجر والطعام وراء الاجر ولانه غير معتاد في تقبل العمل وإنما هو معتاد في استئجار العامل يوما بيوم وإن اشترط رب الدار الزنيل وأنية الماء على المستقبل فهو عليه لانه التزمه وقد استأجره للعمل بأداة نفسه وذلك جائز كاستئجار الخياط ليخيط بآبرة نفسه وأما الماء فهو على رب الدار بمنزلة الاجر والجص ولكن على المستقبل أن يسقيه ان كانت في الدار بئر أو كانت البئر قريبة من الدار باعتبار العرف ولكن المرء على المستقبل ولا فرق بين المرء والزنيل من حيث المعنى ولكن العرف معتبر فيها وإلى ذلك أشار بقوله لان عمل الناس بالكوفة على ذلك وإن تكرر رجلا يعمل له يوما إلى الليل فهو جائز فيعمل له من حين يصلى الغداة إلى غروب الشمس لانه تكرر يومه وأول اليوم من

طلوع الفجر الثاني الا ان ما قبل الفراغ من الصلاة صار مستثنى ولانه يشتغل بالصلاة قبل أن يأخذ في العمل وآخر اليوم غروب الشمس بدليل امتداد الصوم إليه (قال) والعمال بالكوفة يعملون إلى العصر وليس لهم ذلك إلا أن يشترطوه لان العرف لا يعارض النص وقد نص عند العقد على يوم ولا يكون له أن يترك العمل قبل غروب الشمس الا عن شرط ولو اشترط رب الدار على وضع الجذوع والهواذى وكنس السطوح وتطيينها وسمى ذلك فهو جائز لانه معلوم عند أهل الصنعة وان استأجره ليعبئ باللبن فعلى البناء بل الطين ونقله إلى الحائط الا أن يكون مكانا بعيدا فيكون بالخيار إذا علم ذلك لانه يلحقه زيادة ضرر لم يلتزمه بالعقد فان كان أراه المكان فلا خيار له

[52]

لالتزامه ذلك القدر من الضرر وان استأجره ليعبئ له حائطا بالرهص وشرط عليه الطول والعرض والارتفاع فهو جائز لان العمل بما سمي يصير معلوما عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت والله أعلم بالصواب (باب اجارة الرقيق في الخدمة وغيرها) (قال رحمه الله واد استأجر عبدا للخدمة كل شهر باجر مسمى فهو جائز) لانه عقد متعارف وقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم يباشروا ذلك فهو عمل مباح معلوم في نفسه فيجوز الاستئجار عليه وله أن يستخدمه من السحر الا أن تنام الناس بعد العشاء الاخيرة لان بمطلق التسمية يستحق ما هو المتعارف وابتداء الاستخدام من وقت السحر متعارف فمن يتكرر يحتاج إلى أن يسرح الخادم ويهيا أمر طهوره ويرفع فراش نومه ويبسط ثوب تعبدته وكذلك إلى ما بعد العشاء الاخيرة قد يجلسون ساعة خصوصا في زمن طول الليالي ثم يحتاج إلى خادم يبسط فراش نومه ويطوى ثيابه ويطفئ السراج فلهذا كان له أن يستخدمه إلى هذا الوقت وانما يخدمه كما يفعل الناس فما يكون اعمال الخدمة معلوم عند الناس يطلبون ذلك من الممالك والخدم ولا يكلفونهم فوق ذلك فكذلك في وسط الليل الاستخدام غير متعارف ولا يكون له أن يكلفه ذلك وبكره له أن يستأجر امرأة حرة أو أمة يستخدمها ويخلو بها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان ولانه لا يأمن من الفتنة على نفسه أو عليها إذا خلا بها ولكن هذا النهي لمعنى في غير العقد فلا يمنع صحة الاجارة ووجوب الاجر إذا عمل كالنهي عن البيع وقت النداء وإذا استأجر العبد كل شهر بكذا ففي قوله أبى حنيفة رحمه الله الاول يطالبه بالاجر شهرا فشهر وفي قوله الاخر يوما بيوم وقد بينا نظيره وان دفع عبده إلى رجل يقوم عليه أشهر مسماة في تعليم النسخ على أن يعطيه المولى كل شهر شيئا مسمى فهو جائز لانها استأجره ليتعلم عنده وتعليم الاعمال معلوم عند أهل الصنعة فيصح الاستئجار عليه عند بيان المدة وان كان الاستاذ هو الذي شرط للمولى أن يعطيه ذلك ويقوم على غلامه في تعليم ذلك فهو جائز لانه يستخدم الغلام ويستعمله في حوائجه واستأجره مدة معلومة بما سمي من البذل وتعليم العمل وكل واحد منهما يصلح عوضا عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وكذلك تعليم سائر الاعمال وتعليم الخط والهجاء والحساب

[53]

فان شرط عليه أن يحذقه في ذلك فهو غير جائز لان التحديق ليس في وسع المعلم فالمحاذقة لمعنى في المتعلم دون المعلم وان أراد أن يدفع عبده إلى عامل باجر مسمى سنة فاراد رب العبد أن يستوثق من الاستاذ فانه يؤاجر الشهر الاول بجميع الاجر الا درهمه وبقى السنة بنفسه حتى إذا أراد الاستاذ فسخ العقد بعد مضى الشهر لا يتضرر مولى العبد بذلك ويمتنع الاستاذ من ذلك لما لحقه من زيادة الاجر (قال) وان أراد الاستاذ أن يستوثق جعل السنة كلها الا الشهر الاخير بدرهم والشهر الاخير ببقية الاجر وهذا العقد جائز لانهما عقدا عقدين كل واحد منهما في مدة معلومة ببدل معلوم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يخالف الاجرين فيجعل أحدهما دنائير والاخر دراهم فهذا أقر إلى التوثق وانما قصدا بهذا التحرز عن جهل بعض الحكام كيلا يجعلوا عقدا واحدا لاتصال المدة بعضها ببعض واتحاد جنس الاجر وإذا دفع غلامه إلى عامل يعلمه عملا ولم يشترط واحد منهما على صاحبه اجرا أو دفعه على وجه الاجارة فلما علمه العمل قال الاستاذ لى الاجر وقال رب العبد لى الاجر فانى أنظر إلى ما تصنع أهل تلك البلاد في ذلك العمل فان كان المولى هو الذي يعطى الاجر جعلت عليه أجر مثله للاستاذ وان كان الاستاذ هو الذي يعطى الاجر جعلت على الاستاذ أجر مثله للمولى لان العقد كان مطلقا بينهما فيجب حملة على المتعارف ولان الظاهر شاهد لمن يوافق العرف قوله والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه (قال) رضى الله عنه كان شيخنا الامام رحمه الله يقول العمل الذي يشترط للاستاذ فيه الاجر في ديارنا عمل المغازل فانه يفسد الحسب حتى يتعلم وكذلك الذي ينقب الجواهر وما أشبه ذلك من الاعمال الذي يفسد المتعلم بعض ما هو متقوم حتى يتعلم فإذا كان بهذه الصفة فالاجر للاستاذ ولو لم يكن الاجر مسمى عند العقد فيصار إلى اجر المثل فإذا استأجر الرجل غلاما في عمل مسمى كل شهر بكذا فالعقد لازم على كل شهر واحد لانه أضاف كلمة كل إلى ما لا يعرف منتهاه فيتناول أدناه وكل شهر يستعمله فيه بعد ذلك فله الاجر فإذا دخل من الشهر الثاني يوم واحد واستعمله فيه فقد لزمته الاجارة في ذلك لوجود الرضى منهما دلالة وبعد لزوم العقد لا يكون له أن يخرج الا من عذر وإذا أبق العبد من المستأجر فله أن يفسخ الاجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه فان لم يفسخها حتى رجع العبد فالاجارة لازمة له فيما بقى من المدة لزوال العذر وقد بينا أن الاجارة في حكم عقود متفرقة فيما يفسخ العقد في بعض المدة لفوات المعقود عليه فذلك لا يمنع لزومه فيما بقى من المدة. وإذا استأجر

[54]

عبدا شهرين شهرا بخمسة وشهرا بستة فهو جائز لان كل واحد من العقدين يتناول مدة معلومة ببدل معلوم ثم الشهر الاول يجب فيه من البدل ما ذكر أولا ان كان ذكر الخمسة أولا ففي الشهر الاول يجب خمسة لانه لو اقتصر على المذكور أولا يتعين له الشهر الاول فلا بد من أن يصرف المذكور آخره إلى الشهر الثاني وان استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهم وشهرا بخمسة فالشهران الاولان بدرهم لان الكلام المبهم إذا تعقبه تفسيره فالحكم لذلك التفسير وانما بدأ بتفسيره بالشهرين الاولين بدرهم وان استأجره للخدمة بالكوفة فليس له أن يسافر به لان خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ما التزم لان السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد فان (قيل) هو في ملك منافع ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى أن يسافر لعبده فلماذا لا يكون له أن يسافر بأجيريه للخدمة (قلنا) انما يسافر المولى في منافع

بعده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته أجيره وانما يملك منافعه بالعقد والمسمى في العقد استخدامه في الكوفة فلا يكون له أن يجاوز ذلك (ألا ترى) انه يزوج عبده لملكه رقبته ولا يدل ذلك أن له أن يزوج أجيره وان سافر به فهو ضامن لمولاه لانه صار غاصبا له بالاخراج والاستخدام لا على الوجه المستحق بالعقد ولا أجر عليه لان الاجر والضمان لا يجتمعان ولان المعقود عليه منافع العبد بالكوفة ولا يتصور وجود ذلك بعد اخراجه من الكوفة وان استأجره بالكوفة ليستخدمه كل شهر بأجر مسمى ولم يشترط الخدمة بالكوفة فهو على الخدمة بالكوفة أيضا وليس له أن يسافره لان مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف ولانه بالعقد يستحق الاستخدام فقط والسفر به وراء الاستخدام وهو يلزم مولاه مؤنة الرد فلا يكون ذلك الا عن شرط فان سافر به بغير اذن مولاه فهو ضامن ولا أجر عليه لما قلنا وليس له أن يضرب العبد فان ضربه بغير اذن صاحبه فعطب فهو ضامن ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله ظاهر فقد بيناه في الدابة ان استأجرها انه لو ضربها فعطبت ضمن عنده ففي العبد أولى وهما يفرقان فيقولان العبد مخاطب يؤمر وينهى فيفهم ذلك ولا يحتاج إلى ضربه عند الاستخدام عادة فلا يصير ماذونا فيه بمطلق العقد بخلاف الدابة فانها لاتفهم الامر والنهي ولا تتفاوت في السير الا بالضرب فيكون له أن يضربها ضربا متعارفا وان دفع الاجر عند غرة الشهر الاول إلى العبد فان كان المولى هو الذي أجره لم يبرأ من الاجر لان حقوق العقد في الاجارة تتعلق بالعاقد والعبد ليس بعاقد ولا مالك للاجر فالدفع إليه كالدفع

[55]

إلى أجنبي آخر وان كان العبد هو الذي أجر نفسه فهو بريء من الاجر لانه هو العاقد واليه قبض البدل بحكم العقد وله أن يكلفه كل شئ من خدمة البيت ويأمره أن يغسل ثوبه وان يخييط ويخبر ويعجن إذا كان يحسن ذلك ويعلق على دابته وينزل بمناعه من طهر بيت أو يرقى به إليه ويحلب شاته ويستقي له من ماء البئر فهذا كله يعد من الخدمة وما يكون من الخدمة معلوم عند الناس باعتبار العادة وفي اشتراط تسمية كل ذلك عند العقد حرج والخرج مدفوع وليس له أن يفعله خياطا ولا في صناعة من الصناعات وان كان حاذقا في ذلك لانه استأجره للخدمة وهذا العمل من التجارة ليس من الخدمة في شئ وليس على المستأجر إيطاعه الا أن يتطوع بذلك أو يكون فيه عرفا ظاهرا فله أن يأمره بخدمة أضيفه لان ذلك من خدمته فالانسان يستأجر الخادم لينوب عنه فيما هو من حوائجه وخدمة أضيفه من جملة حوائجه وله أن يؤجره من غيره للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ونحوه ولان العبد عاقل لا ينقاد إذا كلف فوق طاقته وبعد الطاقة لافرق بين أن يستخدمه المستأجر الاول والثاني. وان تزوج المستأجر امرأة فقال لها اخدميني وعيالي فله ذلك لان خدمة العيال من حوائجه وانما يستأجر الخادم في العادة لذلك وكذلك المرأة ان كانت هي المستأجرة فتزوجت فقالت اخدميني وزوجي فلها ذلك لانه من حوائجها وهو أظهر فخدمة الزوج عليها فانما استأجرته لينوب عنها فيما يحق عليها وان استأجرت امرأة رجلا لخدمتها فهو جائز وأكره أن يخلو بها حرا كان أو عبدا لما فيه من خوف الفتنة وإذا استأجر الرجل أمرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت مستحقة عليها ديناً ومطلوب منها بالنكاح عرفا على ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما زوج فاطمة من علي رضي الله عنهما جعل أمور داخل البيت عليها وأمور خارج البيت عليه ولان الشرع ألزمه نفقتها لتقوم بخدمة بيته فلا تستحق مع ذلك

أجرا آخر وان سمي وان استأجرها لترضع ولدا له من غيرها أو لترعى دوابه أو تعمل عملا سوى خدمة البيت فهو جائز لان هذا العمل غير مستحق عليها ولا مطلوب بالنكاح منها وان استأجرت المرأة زوجها لخدمتها فهو جائز لان خدمتها غير مستحقة على الزوج وقال في كتاب الآثار له أن يمتنع من الخدمة لانه يلحقه مذلة بأن يخدم زوجته وذلك عذر في فسخ الاجارة كالحره إذا أجرت نفسها للطؤرة ولم تكن معروفة بذلك ولو خدمها كان له الاجر عليها وكذلك لو استأجرته برعى غنمها أو يقوم على عمل لها فانه في ذلك كاجنبي آخر وان استأجر الرجل ابنه

[56]

ليخدمه في بيته لم يجر ولا أجر عليه لان خدمة الاب مستحق على الابن دينا وهو مطالب به عرفا فلا يأخذ عليه أجرا ويعد من العقوق أن يأخذ الولد الاجر على خدمة أبيه والعقوق حرام وكذلك ان استأجرته الام لان خدمتها أوجب عليه فانها أحوج إلى ذلك وأشفق عليه وان كان أحدهما استأجره ليرعيه غنما أو يعمل غير الخدمة جاز فان ذلك غير مستحق عليه ولا هو مطلوب في العرف وان استأجر الابن أباه أو أمه أو جده أو جدته لخدمته لم يجر لانه منهي عن استخدام هؤلاء لما فيه من الازلال فلا يجوز أن يصير ذلك مستحقا له قبلهم بعقد الاجارة وكيف يستحق هو ولا يترك هو ليستخدم والده ولا الوالدة تخدمه ولكن ان عمل شيئا من ذلك فله الاجر لان بعد الاستخدام لو لم يوجب عليه الاجر كان معنى الازلال فيه أكبر ولانا لم نحكم بصحة العقد في الابتداء لكن لا تصير خدمته مستحقة عليه وقد زال هذا المعنى حتى أقام العمل وان كان الابن مكاتبا فاستأجره أبوه لخدمته وأبوه حر غني عن خدمته أو محتاج إليها فهو جائز لان المملوك لا يلزمه خدمة أحد من أقاربه سوى مولاه فهو في ذلك كاجنبي آخر ولان خدمته لمولاه ولا سبب بين المولى وبين المستأجر والمكاتب بمنزلة العبد مملوك حتى لا تلزمه نفقة أبيه الحر وان كان محتاجا فكذلك لا تلزمه خدمته وان كان الاب عبدا والابن حرا فاستأجره من مولاه لخدمته بطل ذلك ولم يجر لان الابن ممنوع من اذلال أبيه وان كان عبدا ولهذا يعتق عليه إذا ملكه وفي استخدامه اذلاله ولا يلحقه الذل في أن يخدم ابنه وليس للمرء أن يذل نفسه فان عمل جعلت له الاجر لما قلنا فان كان الاب كافرا والابن مسلما أو الابن كافرا والاب مسلما فاستأجره لخدمته لم يجر لان خدمة الاب مستحقة على الابن دينا مع اختلاف الدين (ألا ترى) أنه يلزمه نفقته فهو كاستئجار ابنه للخدمة إذا كان موافقا له في الدين ويجوز الاستئجار للخدمة بين الاخوة وسائر الاقارب كما يجوز بين الاجانب بخلاف الاستخدام بملك اليمين فان ذلك يثبت بطريق القهر من غير أن يرضى به الخادم والقرابة القريبة تصان عن مثله فاما هذا عقد يعتمد المراضاة والاستخدام عن تراض لا يكون سببا لقطيعة الرحم بينهما فان استأجر الذمي أو المستأمن مسلما لخدمته حرا أو عبدا فهو جائز ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر لما فيه من معنى الذي وليس للمؤمن أن يذل نفسه ولكن هذا النهي لمعنى وراء ما به يتم العقد وان استأجر المسلم ذميا أو مستأمنا لخدمته كان جائزا ولكن لا ينبغي أن يستخدمه في أمور دينه من أمر الطهور ونحوه فربما لا يؤدي الامانة

فيه قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أي لا يقصرون في الافساد من دينكم والله أعلم بالصواب (باب الاستئجار على ضرب اللبن وغيره) (قال رحمه الله وإذا استأجر الرجل رجلا ليضرب له لبنا في داره فإن كان الملبن معلوما فهو جائز) لان العمل يتفاوت بحسب الملبن فإذا كان مجهولا فهذه الجهالة تفضي إلى المنازعة وبعدما كان معلوما فلا منازعة بينهما فإن أسد لبنة المطر قبل أن يرفعه أو انكسر فلا أجر عليه لانه لا يصير العمل مسلما إلى المستأجر ما لم يصر لبنا فما دام على الارض فهو طين لم يصر لبنا بعد (ألا ترى) أنه لو ترك كذلك فسد وصار وجه الارض فإن أقامه فهو برئ منه اللبان في قول أبي حنيفة رحمه الله وله الاجر وان فسد بعد ذلك وعندهما لاحتى يجف فإذا جف وأشرح فحينئذ له الاجر ومذهبهما استحسان اعتبارا فيه العرف واللبان هو الذي يتكلف لذلك في العادة ومثل هذا يصير مستحقا بمطلق العقد كإخراج الخبز من التنور وعرف القدور في القصاص يكون مستحقا على الطباخ عند الاستئجار في الوليمة وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال المستحق عليه يصير الطين لبنا وقد فعل فإنه لما أقام من وجه الارض عرفنا أنه صار لبنا وخرج من أن يكون طينا فالطين ينتشر على وجه الارض ولان الإقامة لتسوية أطرافه وذلك من عمل اللبان فاما بعد ذلك الجفاف ليس من عمل اللبان والتشريح كذلك فإنه جمع اللبن وليس بعمل لخدمته في العين فهو كالنقل إلى موضع البناء وذلك لا يستحق على اللبان * توضيحه أن المستأجر قد ينقل اللبن إلى موضع العمل قبل أن يشرحه فلم يكن التشريح من المقاصد لا محالة بخلاف الإقامة فإنه لا ينقله إلى موضع العمل قبل الإقامة فصار ذلك مستحقا له على اللبان لما عرف من مقصود المستأجر وهذا كله إذا كان يقيم العمل في ملك المستأجر فاما في غير ملكه ما لم يشرحه ويسلمه إلى المستأجر لا يخرج من ضمانه حتى إذا فسد قبل أن يسلمه إليه لم يكن له الاجر الا على قول زفر رحمه الله وقد بينا نظيره في الخياط والفرق بينهما إذا كان يعمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر. ولو تكاري خبازا يخبز له لم يجب له الاجر حتى يخرج من التنور وهذا على مذهبهما ظاهر وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بين هذا وبينما سبق فيقول لا بد من إخراج الخبز من التنور فالمستأجر لا يفعل ذلك

بنفسه عادة ولا يستأجر لاجله غيره بخلاف التشريح بعد إقامة العمل فليس ذلك بمطلوب لا محالة لجواز أن ينقله إلى موضع العمل قبل التشريح * توضيحه أن الخبز لو ترك في التنور يفسد وما يرجع إلى الإصلاح صار مستحقا على الخباز وذلك في الإخراج من التنور ووزانة الإقامة في اللبن فأما اللبن بعد الإقامة لو ترك ولم يفسد فلا يستحق التشريح على اللبان الا بالشرط وان استأجره يضرب له لبنا بملبن معلوم ويطبخ له اجرا على ان الحطب من عند رب اللبن فهو جائز لانه استأجره لعمل معلوم من عند العامل بآلات المستأجر وان أفسد اللبن بعد ما أدخله الاتون وتكسر لم يكن له الاجر لانه لم يفرغ منه بعد فإنه ما لم يخرج من الاتون لم يتم عمله في طبخ الأجر فما لم يفرغ من العمل لا يصير مسلما إلى صاحبه ولو طبخه حتى يصح ثم كف النار عنه فاختلف هو وصاحبه في الإخراج فأخراجه على الاجير بمنزلة إخراج الخبز من التنور لانه لو تركه كذلك فسد وان انكسر

قبل أن يخرج له فلا أجر له لان العمل لا يخرج من ضمانه ما لم يفرغ منه وان أخرجه من الاتون والارض في ملك رب اللبن وجب له الاجر وبيرا من ضمانه لوقوع الفراغ من العمل وتحصيل مقصود المستأجر بكماله وان كان الاتون في ملك اللبان فلا أجر له حتى يدفعه إلى صاحبه لانه ما اتصل عمله بملك المستأجر فلا بد من التسليم إليه حقيقة ليخرج من ضمانه وإذا شق رجل راوية رجل فهو ضامن لما شق منها ولما عطب بما سال منها لم يستوعبها صاحبها لان المانع لا يستمسك الا بوعاء فشق الراوية بمنزلة صب ما فيها (ألا ترى) أن قطع جبل القنديل بمنزلة مباشرة الالتقاء والكسر في ايجاب الضمان ولو صب ما فيها كان متلفا ضامنا لها ولما عطب بما سال منها لانه تسبب هو فيه متعديا بمنزلة حفر البئر والقاء الحجر في الطريق وكذلك ان كان شيئا يحمله رجل فشقه آخر فان حمله صاحبه وهو ينظر إليه فهذا رضاء بما صنع استحسانا لانه بعد العلم به لا يترك استئنافه الا راضيا بصنعه والرضاء بدلالة العرف يثبت كسكوت البكر عند العلم بالعقد ومن باع مجهول الحال ثم قال له اذهب مع مولاك وهو ساكت والصغير والكبير في هذا سواء لان وجوب هذا الضمان بمباشرة الاتلاف والصبي فيما يؤخذ به من الافعال كالبالغ وإذا شق راوية رجل فلم يسأل ما فيها ثم مال الجانب الآخر فوقع وانخرق أيضا فهو ضامن لهما جميعا لانه بمنزلة المباشر يصب ما في الراوية حين شقها وصب ما في احدى الراويتين يكون ايقاعا للآخرى بطريق ازالة ما به كان الاستمسك وهو تسبب منه لالقاء الاخرى وهو متعدي

[59]

في هذا السبب فيكون ضامنا إلا أن يكون صاحبه قد مضى وساق بغيره مع ذلك فيكون ذلك منه دليل الرضى بفعله فلا ضمان عليه فيما يحدث بعد ذلك كما لو أمره في الابتداء حين فعل (قال) رأيت لو شق فيه ثوبا صغيرا فقال صاحبها بنسما صنعت ثم مضى وساقهما فزلق رجل بما سال منه أكان يكون على الاول ضمان ذلك فلا شيء عليه من ذلك لوجود الرضاء من صاحبها حين ساق بغيره ولان فعل الاول قد انتسخ بما أخذ به الثاني من سوق البعير ونحوه وهذه المسألة ليست من مسألة الاجارات ولعل محمدا رحمه الله عند فراغه من هذا الكتاب ذكر هذه المسألة قياسا في هذا الموضع كيلا يفوت وقد جعل مثله في كتاب البحر حين ذكر بابا من الاجارات في آخر التجزى وقد بينا شرح ذلك ثم ذكر في نسخ أبي حفص رحمه الله زيادة مثله هنا (قال) إذا استأجر الرجل رجلا كل شهر بدرهم على أن يطحن له كل يوم قفيزا إلى الليل فهذا باطل الا أن يسمى له قفيزا ولكن يقول على أن يطحن لي يوما إلى الليل فحينئذ يجوز وأضاف هذا الجواب إلى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد بينا قبل هذا في الكتاب أنه متى جمع بين المدة والعمل فالعقد فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وجائز عندهما وقد جمع هنا بين المدة والعمل ثم أجاب بفساد العقد عندهما فاستدلوا بهذا على رجوعهما إلى قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل بل اختلف الجواب على قولهما باختلاف الموضوع فهناك ذكر ما هو المقصود من العمل بكماله فعرفنا أن ذكر المدة للاستعجال لا لتعليق العقد به فيبقى العقد على العمل سواء فرغ من العمل في تلك المدة أو لم يفرغ وهنا لم يذكر جميع مقصوده في العمل وانما استأجره مدة معلومة وشرط عليه في كل يوم من أيامه عملا لا يدرى أبقدر على الوفاء به أو لا يقدر فلا بد من اعتبار المدة لتعليق العقد بها والعمل مقصود لابد من اعتباره أيضا وعند اعتبارهما يصير المستحق بالعقد مجهولا على ما قررنا لان

باعتبار المدة المستحق هو الوصف الذي يجد به في المعمول وجهالة
المستحق بالعقد مفسد للعقد والله أعلم بالصواب (كتاب أدب القاضي)
(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد
بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان القضاء بالحق من أقوى
الفرائض بعد الايمان بالله تعالى وهو من أشرف العبادات لاجله أثبت الله
تعالى لادم عليه السلام اسم الخلافة فقال

[60]

جل جلاله انى جاعل في الارض خليفة وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال
عز وجل يا داود انا جعلناك خليفة في الارض وبه أمر كل نبي مرسل حتى
خاتم الانبياء عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها
هدى ونور يحكم بها النبيون وقال الله تعالى وان احكم بينهم بما أنزل الله
ولا تتبع أهواءهم) وهذا لان في القضاء بالحق اظهار العدل وبالعدل قامت
السموات والارض ورفع الظلم وهو ما يدعو إليه عقل كل عاقل وانصاف
المظلوم من الظالم واتصال الحق إلى المستحق وأمر بالمعروف ونهى
عن المنكر ولاجله بعث الانبياء والرسل صلوات الله عليهم وبه اشتغل
الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم وقد دل على جميع ما قلنا الحديث
الذي بدأ به محمد رحمه الله الكتاب ورواه عن أبي بكر الهذلي عن أبي
المليح عن أسامة الهذلي أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب إلى أبي
موسى الاشعري رضى الله عنه أما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة
متبعة وما كتب عمر إلى أبي موسى رضى الله عنهما عند الناس يسمونه
كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم وقوله أما بعد أي بعد الثناء على الله
تعالى والصلاة على رسوله صلى الله عليه وسلم وهذه الكلمة علامة بها
يعرف تحول الكاتب إلى بيان مقصوده من الكتاب وعد من فصل الخطاب
قيل في تأويل قوله تعالى وأتيناها الحكمة وفصل الخطاب الحكمة النبوة
وفصل الخطاب أما بعد وقال قتادة الحكمة الفقه وفصل الخطاب البيعة
على المدعى واليمين على من أنكر وقوله فان القضاء فريضة محكمة أي
مقطوع بها ليس فيها احتمال نسخ ولا تخصيص ولا تأويل فتفسير الحكم
هذا بيانه في قوله تعالى آيات محكمات هن أم الكتاب ومنه يقال بناء محكم
والفرض هو التقدير والقطع قال الله تعالى سورة أنزلناه وفرضناها
وقوله سنة متبعة أي طريقة مسلوكة في الدين يجب اتباعها على كل حال
فالسنة في اللغة الطريقة وما يكون متبعا منها فأخذها هدى وتركها ضلالة
(قال) فأفهم إذا أدلى اليك الخصمان والادلاء رفع الخصومة إلى الحاكم
والفهم اصابة الحق فمعناه عليك ببذل المجهول في اصابة الحق إذا أدلى
اليك وقيل معناه اسمع كلام كل واحد من الخصمين وافهم مراده وبهذا
يؤمر كل قاضي لانه لا يتمكن من تمييز الحق من المظلل الا بذلك وربما
يجرى على لسان أحد الخصمين ما يكون فيه اقرار بالحق لخصمه فإذا فهم
القاضي ذلك أنفذه وإذا لم يفهم ضاع واليه أشار في قوله فانه لا ينفع
تكلم بحق ولا نفاذ له وقيل المراد استمع إلى كلام الشهود وأفهم مرادهم
فانهم يتكلمون بالحق بين يديك وانما يظهر منفعة ذلك لتنفيذ القاضي

[61]

إياه ثم أس بين الناس معناه سوبين الخصمين فالتأسي في اللغة التسوية قال قائلهم - فلولا كثرة الباكين حولي * على اخوانهم لقتلت نفسي - وما يكون مثل أخی ولكن * أعز النفس عنهم بالتأسي وفيه دليل أن على القاضي أن يسوى بين الخصوم إذا تقدموا إليه اتفقت مللهم أو اختلفت فاسم الناس يتناول الكل وانما يسوى بينهم فيما أشار إليه في الحديث فقال في وجهك ومجلسك وعدلك يعنى في النظر إلى الخصمين والاقبال عليهما في جلوسهما بين يديه حتى لا يقدم أحدهما على الآخر وفي عدله بينهما وبالعدل أمر وحكى أن أبا يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته اللهم ان كنت تعلم انى ما تركت العدل بين الخصمين الا في حادثة واحدة فاعفها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكني أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحابة مع خصمه ولكنني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنني ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوى بينهما في المجلس فهذا كان جورى ليعلم أن هذا من أهم ما ينبغى للقاضي أن ينصرف إليه في العناية لما أشار إليه في الحديث فقال لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف من جورك والحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فإذا قدم الشريف طمع في ظلمه وانكسر بهذا التقديم قلب خصمه الضعيف فيخاف الجور وربما يتمكن للشريف عند هذا التقديم من التلبس ويعجز الضعيف عن اثبات حقه بالحجة والقاضي هو المسبب لذلك باقباله على أحدهما وتركه التسوية بينهما في المجلس ويصير به متهما بالميل أيضا وهو مأمور بالتحوز عن ذلك بأقصى ما يمكنه (قال) البينة على المدعى واليمين على من أنكر وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعد من جوامع الكلم على ما قال صلوات الله وسلامه أوتيت جوامع الكلم واختصر لي اختصارا وقد أملينا فوائد هذين الحديثين في شرح كتاب الدعوى (قال) والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وهذا أيضا مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل جواز الصلح وإشارة إلى أن القاضي مأمورا بدعاء الخصمين إلى الصلح قد وصف الله تعالى الصلح بأنه خير فقال عز وجل والصلح خير وذلك دليل النهاية في الخيرية ويستدل الشافعي رحمه الله بظاهر الاستثناء في ابطال الصلح مع الإنكار (قال) هو صلح حرم حلالا وأحل حراما لان المدعى إذا كان مبطلا فأخذ المال كان حرام عليه والصلح يحل له ذلك

[62]

وان كان محقا فالصلح يكون على بعض الحق عادة وما زاد على ذلك إلى تمام حقه كان أخذه حلالا قبل الصلح حرم عليه ذلك بالصلح وكان حراما على الخصم منعه قبل الصلح أحل له ذلك بالصلح ولكننا نقول ليس المراد هذا ولكن المراد تحليل محرم العين أو تحريم ما هو جلال العين بان وقع الصلح على خمر أو خنزير أو في الخصومة بين الزوجات صالح احدى المرأتين على أن لا يبطأ الاخرى أو صالح زوجته على أن يحرم أمته على نفسه فهذا هو الصلح الذي حرم حلالا أو أحل حراما وهذا باطل عندنا (قال) ولا يمنعك قضاء قضية بالامس راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل وفيه دليل أن إذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بأن خالف قضاؤه النص أو الاجماع فعليه أن ينقضه ولا ينبغى أن يمنعه الاستحياء من الناس من ذلك فان مراقبة الله تعالى في ذلك خير له والى ذلك أشار عمر رضى الله عنه حين ابتلى بالحديث في الصلاة الحديث إلى أن قال كدت ان أمضى في

صلاتي استحياء منكم ثم قلت لان أراقب الله تعالى خير من أن أراقبكم فمن ابتلى بشئ من ذلك فليراقب الله تعالى وهذا ليس في القاضى خاصة بل هو في كل من يبين لغيره شيئا من أمور الدين الواعظ والمفتى والقاضى في ذلك سواء إذا تبين له أنه زال فليظهر رجوعه عن ذلك فزلة العالم سبب لفتنة الناس كما قيل إن زل العالم زل بزله العالم ولكن هذا في حق القاضى أوجب لان القضاء ملزم وقوله الحق قديم يعنى هو الاصل المطلوب ولانه لاتنكتم زلة من زل بل يظهر لا محالة فإذا كان هو الذي يظهر على نفسه كان أحسن حالا عند العقلاء من أن تظهر ذلك عليه مع اصراره على الباطل ثم (قال) الفهم مما يتلجلج في صدرك وقد بينا تفسير هذه اللفظ وفي تكراره مرة بعد مرة بيان انه ينبغى للقاضى أن يصرف العناية إلى ذلك خصوصا إذا تمكن الاستيفاء في قلبه فانه عند ذلك مأمور بالتثبت ممنوع عن المجازفة خصوصا فيما لانص فيه من الحوادث واليه أشار في قوله ما لم يبلغك في القرآن والحديث وفيه بيان أنه لا ينبغى للمرء أن يتقلد القضاء مختارا الا إذا كان مجتهدا وأقرب ما قيل في حق المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس ومع هذا قد ابتلى بحادثة لا يجد لها في الكتاب والسنة ذكرا فالنصوص معدودة والحوادث ممدودة فعند ذلك لا يجد بدا من التأمل وطريق تأمله ما أشار إليه في الحديث فقال اعرف الامثال والاشتباه

[63]

وقس الامور عند ذلك فهو دليل جمهور الفقهاء رحمهم الله على ان القياس حجة فان الحوادث كلها لا توجد في الكتاب والسنة بخلاف ما يقوله أصحاب الطواهر ثم (قال) وأعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق فيما نرى وهذا هو طريق القياس أن ترد حكم الحادثة إلى أقرب الاشياء معنى ولكن انما يعتبر السنة في المعنى الذي هو صالح لاثبات ذلك الحكم به ثم (قال) أجعل للمدعى أمدا ينتهى إليه فان أحضر بينة أخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه فان ذلك أحلى للعمى وأبلغ في العذر وفيه دليل على أن القاضى عليه أن يهمل كل واحد من الخصمين بقدر ما يتمكن من اقامة الحجة فيه حتى إذا قال المدعى بينتي حاضرة أمهله ليأتي بهم فربما لم يأت بهم في المجلس الاول بناء على أن الخصم لا ينكر حقه لوضوحه فيحتاج إلى مدة ليأتي بهم وبعد ما أقام البينة إذا ادعى الخصم الدفع أمهله القاضى ليأتي بدفعه فانه مأمور بالتسوية بينهما في عدله وليكن امهاله على وجه لا يضر بخصمه فان الاستعجال اضرار بمدعى الدفع وفي تطويل مدة امهاله اضرار بمن أثبت حقه وخير الامور أوسطها وقوله فان أحضر بينته أخذ بحقه والا وجهت القضاء عليه ان كان مراده دعوى الدفع فهو أوضح لانه إذا عجز عن اثبات ما ادعى من الدفع وجه القاضى إليه القضاء ببينه المدعى وما لم يظهر عجزه عن ذلك لا يوجه القضاء عليه لان الحجة انما تقوم عليه إذا ظهر عجزه عن الدفع بالطعن والمعارضة وان كان مراده جانب المدعى فمعنى قوله وجهت القضاء عليه ألزمته الكف عن أدى الناس والخصومة من غير حجة وقوله فان ذلك أحلى للعمى لازالة الاشتباه وأبلغ في العذر للقاضى عند من توجه القضاء عليه لانه إذا وجه القضاء عليه بعد ما أمهله حتى يظهر عجزه عن الدفع انصرف من مجلسه شاكرا له ساكتا وإذا لم يمهل انصرف شاكيا منه يقول مال إلى خصمى ولم يستمع حتى ولم يمكنني من اثبات الدفع عنده ثم قال والمسلمون عدول بعضهم على بعض وقد نقل هذا اللفظ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو

دليل لابي حنيفة رحمه الله على جواز القضاء بشهادة المستور قبل السؤال عنه إذا لم يطعن الخصم وصفة العدالة ثابتة لكل مسلم باعتبار اعتقاده فان دينه يمنعه من الاقدام على ما نعتقد الحرمة فيه فيدل على انه صادق في شهادته فالكذب في الشهادة محرم في اعتقاد كل مسلم قال صلى الله عليه وسلم في خطبته عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم قرأ فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور ثم قال الا مجلودا حدا قيل المراد من ظهر عليه ارتكاب كبيرة باقامة حد تلك الكبيرة عليه فالحدود مشروعة في ارتكاب الكبائر وبظهور ذلك عليه

[64]

تنعدم العدالة الثابتة ما لم تظهر توبته وانزجاره عنه وقيل المراد المحدود في القذف وقد ذكره في بعض الروايات الا مجلودا حدا في قذف فهو دليل لنا على أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته وان تاب وان العدالة المعتبرة لاداء الشهادة تنعدم باقامة حد القذف عليه كما أشار الله تعالى إليه في قوله ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا ثم قال أو محرما عليه شهادة زور فانه إذا عرف منه شهادة الزور فقد ظهر منه الجناية في هذه الامانة ومن ظهرت جنايته في شئ لا يؤتمن على ذلك ولانه ظهر منه ارتكاب الكبيرة على ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكبر الكبائر الاشرار بالله تعالى وعقوق الوالدين ألا وقول الزور فما زال يقول ذلك حتى قلنا ليته سكت ثم (قال) لو طئنا في ولاء أو قرابة أي منهما بسبب قرابة أو ولاء وهو الموالاة فهو دليل على أن شهادة الوالد لولده لا تكون مقبولة وهو دليل لنا على أن شهادة أحد الزوجين لصاحبه لا تقبل فالزوجة من أقوى أسباب الموالاة وهو مما يجعل كل واحد منهما مائلا إلى صاحبه وقد أشار إلى نفس الولاء والقرابة انهما لا يقدحان في العدالة ولكن إذا تمكنت التهمة حينئذ يمتنع العمل بالشهادة حتى قيل في معناه إذا ظهر منه الميل إلى مولاه وقرابته في كل حق وباطل حتى يؤثره على غيره وهو تفسير القالع بأهل البيت كما ذكره في الحديث المرفوع ثم (قال) فان الله تعالى تولى منكم السرائر يعنى أن المحق والمبطل ليس للقاضي طريق إلى معرفته حقيقة فان ذلك غيب ولا يعلم الغيب الا الله تعالى ولكن الطريق للقاضي العمل بما يظهر عنده من الحجة واليه أشار في قوله ودرأ عنكم بالبينات يعنى درأ عنكم اللوم في الدنيا والاثم والعقوبة في الآخرة وهو معنى الحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال القضاء جمره فادفع الجمر عنك بعودين يعنى شهادة الشاهدين ثم قال اياك والضجر والقلق وهما نوعان من اظهار العصب والقلق الحدة والضجر رفع الصوت في الكلام فوق ما يحتاج إليه والقاضى منهى عن ذلك لانه يكسر قلب الخصم به ويمنعه من اقامة حجة ويشتهبه على القاضي بسببه طريق الاصابة وربما لا يفهم كلام أحد الخصمين عند ذلك (قال) والبادى بالناس يعنى اظهار البادين بكثرة الخصوم بين يديه واظهار الملل منهم والمراد البادي بما يسمع من بعض الخصوم مما لا حاجة به إليه فقد يطول أحد الخصمين كلامه ولكن لا ينبغي للقاضي أن يظهر البادي بذلك ما لم يجاوز الحد فإذا تكلم بما يرجع إلى الاستخفاف بالقاضي أو يذهب به حشمة مجلس القضاء فحينئذ يمنعه عن ذلك ويؤديه عليه ثم (قال) والتنكر للخصوم وهو أن يقطب وجهه إذا تقدم إليه

خصمان فان فعل ذلك مع أحدهما فهو جوز منه وان فعله معهما ربما عجز المحق عن اظهار حقه فذهب وترك حقه (ألا ترى) إلى قوله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانقضوا من حولك ثم قال في مواطن الحق التي يوجب الله تعالى بها الاجر ويحس بها على الذخر يعنى في مجلس الحكم فالحلم وترك الضجر والقلق واظهار البشر مع الناس محمود في كل موضع وفي مجلس القضاء البشر وطلاقة الوجه أولى بعد أن يكون فعله ذلك لوجه الله تعالى كما قال فانه من يخلص نيته فيما بينه وبين الله تعالى ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس وإلى نحوه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله من أخلص سريره أخلص الله علانيته ثم قال ومن يتزين للناس بما يعلم الله منه خلافه يسبه يعنى إذا رآه بعمله والمرأة مذمومة حرام على كل أحد وهو في حق القاضى أكد لانه غير محتاج إلى ذلك وانما يفعل المرء ذلك عند حاجته ولانه يقلد القضاء ليكون خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يحكم به بين الناس فينبغى أن يكون أشبه برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو كان أبعد الناس عن المرأة والنفاق وقوله يسبه الله أي يفضحه الله تعالى على رؤوس الاشهاد قال النبي صلى الله عليه وسلم من رآه رآه الله به ومن سمع سمع الله به ثم قال فما ظنك بثواب غير الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته معناه أي ان المرائى بعمله يقصد اكتساب محمد أو منال شئ مما في أيدي الناس وما يفوته به إذا ترك الاخلاص من ثواب الله تعالى فالعاقل إذا قابل ما هو موعود له من الله تعالى عند التقوى والاخلاص بما يطمع فيه من جهة الناس ترجح ما عند الله تعالى لا محالة وذلك عاجل الرزق كما قال الله تعالى ومن يتق الله يجعل له مخرجا ويرزقه من حيث لا يحتسب والمغفرة والرحمة كما قال الله تعالى ان رحمة الله قريب من المحسنين أي المتقين المخلصين فالحديث من أوله إلى آخره دليل على ان للقاضى أن يستشعر التقوى فيما يفعل فهو ملاك الامر قال صلى الله عليه وسلم ملاك دينكم الورع وقال التقى ملجم وعن عامر قال كتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه إلى معاوية رضى الله عنه أما بعد فإني كتبت كتابا في القضاء ما لم ألك ونفسي فيه خيرا وفيه دليل ان الامام ينبغي له أن يكتب إلى عماله في كل وقت بوصيهم وقد كان معاوية رضى الله عنه عامله بالشام فكتب إليه في القضاء بهذا الكتاب وبين أنه لم يقصر بل بالغ في اكتساب الخير لنفسه وله ثم ان عمر رضى الله عنه قال الزم خمس خصال يسلم لك دينك وتأخذ فيه بأفضل خطك إذا تقدم اليك الخصمان فعليك بالبينه العادلة واليمين القاطعة فهو الطريق للقاضى الذي لا يعلم الغيب فمن تمسك

به سلم له دينه ونال أفضل الحظ من المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمعنى اليمين القاطعة للخصومة والمنازعة ثم قال وأدن الضعيف حتى يشدد قلبه وينبسط لسانه ولم يرد بهذا الامر تقديم الضعيف على القوي وانما أراد الامر بالمساواة لان القوي يدنو بنفسه لقوته والضعيف لا يتجاسر على ذلك والقوى يتكلم بحجته وربما يعجز الضعيف عن ذلك فعلى القاضى أن يدنى الضعيف ليساويه بخصمه حتى يقوي قلبه وينبسط لسانه فيتكلم بحجته ثم قال وتعاهد الغريب فانك ان لم تعاهده ترك حقه ورجع إلى أهله فربما ضيع حقه من لم يرفع به رأسه قيل هذا أمر بتقديم الغريب

عند الازدحام في مجلس القضاء فان الغريب قلبه مع أهله فينبغي للقاضي أن يقدمه في سماع الخصومة ليرجع إلى أهله وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بتعاهد الغرباء وقيل مراده ان الغريب منكسر القلب فإذا لم يخصه القاضي بالتعاهد عجز عن اظهار حجته فيترك حقه ويرجع إلى أهله والقاضي هو المسبب لتضييع حقه حين لم يرفع به رأسه ثم قال وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستتب ذلك فصل القضاء وفيه دليل أن القاضي مندوب إليه أن يدعو الخصوم إلى الصلح خصوصاً في موضع اشتباه الامر وبه كان يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم فيقول ردوا الخصوم كي يصطلحوا فان فصل القضاء يورث بينهم الضغائن وعن شريح رحمه الله أن عمر رضى الله عنه كتب إليه أن لا يشار ولا يضار ولا يبيع ولا يبتاع في مجلس القضاء ولا ترتشى ولا تقضى بين اثنين وأنت غضبان أما قوله لا يشار منهم من يروى بالشين قالوا المراد المشورة أنه لا ينبغي للقاضي في مجلس القضاء أن يشتغل بالمشورة وليكن ذلك في مجلس آخر فانه إذا اشتغل بالمشورة في مجلس القضاء ربما يشتبه طريق الفصل عليه وربما يظن جاهل أنه لا يعرف حتى يسأل غيره فيزدري به وقد وقع مثل هذا لعمر رضى الله عنه في حادثة بينها في المناسك والاطهر بالشين لا يشار معناه لا يشار أحد الخصمين لان ذلك يقصر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل من حيث ان خصمه يظن أنه فيما يشار بصابعه على رشوة ولذلك لا يشار غير الخصمين في مجلس القضاء لان مجلس القضاء يجمع الناس ومشارة الاثنين في مثل هذا المجلس تؤدي إلى فتنة الآخرين قال صلى الله عليه وسلم إذا كان القوم ثلاثة فلا يتناجى اثنان دون الثالث فان ذلك يحرفه وقوله لا يضار من الضرر أي لا يقصد الاضرار بالخصوم في تأخير الخروج ولا ينغص الخصوم في استعجاله ليعجز عن اقامته حجه وفي رفع الصوت عليه أو في أخذه يسقط من كلامه ان زل فلمجالس القضاء من المهابة والحشمة ما يعجز كل

[67]

أحد عن مراعاة جميع الحدود في الكلام فإذا لم يعرض القاضي عن بعض ما يسمع كان ذلك منه مضارة والقاضي منهى عن ذلك وفيه دليل على أنه لا يشتغل بالبيع والشراء في مجلس القضاء لان بذلك ينقص حشمة مجلس القضاء ولانه مجلس اظهار الحق وبيان أحكام الدين فلا ينبغي أن يخلط به شيئاً من عمل الدنيا وقوله لا يرتشى المراد الرشوة في الحكم وهو حرام قال صلى الله عليه وسلم الراشى والمرتشي في النار ولما قيل لابن مسعود رضى الله عنه الرشوة في الحكم سحت قال ذلك الكفر انما السحت ان ترشو من تحتاج إليه امام حاجتك وفي قوله ولا تقضى بين اثنين وأنت غضبان دليل على أن القاضي ينبغي أن لا يشتغل بالقضاء في حال غضبه ولكنه يصبر حتى يسكن ما به فانه مأمور بان يقضى عند اعتدال حاله ولهذا ينهى عن القضاء إذا كان جائعاً أو كظيظاً من الطعام أو كان يدافع الاختين لانه ينعدم به اعتدال الحال فكذلك بالغضب ينعدم اعتدال الحال وربما يجري على لسانه في غضبه ما لا ينبغي أن يسمع الناس ذلك منه وربما يتغير لونه على وجه لا ينبغي أن يراه الناس على تلك الصفة أو إذا ظهر به الغضب عجز صاحب الحق عن اظهار حقه بالحجة خوفاً منه ولهذا قلنا يقوم أو ينحى الناس عن قربه حتى يسكن ما به وهذا إذا كان يعتربه ذلك في بعض الاوقات فان كان ذلك من عادته وذلك نوع من الحدة التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم انها تعترى خيار أمتي فلا يكف عند ذلك عن القضاء لانه يلتبس به عقله ويشتبه عليه وجه القضاء

بخلاف ما يعتريه من الغضب في بعض الاوقات وعن عمر رضى الله عنه أنه دعا قاضيا كان بالشام حديث السن فقال له بم تقضى قال أقضى بما في كتاب الله تعالى قال فإذا لم تجد في كتاب الله تعالى قال أقضى بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وفيه دليل على أنه يجوز أن يقلد القضاء من هو حديث السن إذا كان عالما فقد كان عمر رضى الله عنه أكثر الناس نظرا في ذلك ثم قلده مع حادثة سنة وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه إلى مكة قاضيا وأميرا وكان حديث السن ويحكى أن المأمون قلد يحيى بن أكثر قضاء البصرة وكان ابن ثمان عشرة سنة فطعن بعض الناس في ذلك لحدائثة سنة فكتب إليه المأمون كم سن القاضي فكتب في جوابه أنا على سن عتاب بن أسيد حين ولاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان عمر رضى الله عنه بلغه مثل هذا الطعن في مثل هذا القاضي لحدائثة سنة فامتنحه بالعلم فقال بم تقضى قال أقضى بما في كتاب الله تعالى وأصاب في ذلك لان كتاب الله تعالى امام

[68]

المتقين انزل للعمل به قال فإذا لم تجد في كتاب الله قال أقضى بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصاب في ذلك أيضا قلنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة وقد أمرنا باتباعه والافتداء به قال فإذا لم تجد ذلك فيما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أقضى بما قضى به أبو بكر وعمر رضى الله عنهما وقد أصاب في ذلك أيضا فقد أمرنا بالافتداء بهما بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتدوا بالذين من بعدى أبى بكر وعمر رضى الله عنهما وقال النبي صلى الله عليه وسلم عليكم بسنتى وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى عضوا عليها بالنواجذ قال فإذا لم تجد ذلك في قضائهم قال اجتهد رأيى وأصاب في ذلك فالقاضي مأمور بأن يجتهد رأيه فيما لانص فيه وهو دليلنا على جواز العمل بالقياس فيما لانص فيه فاجتهاد الرأى هو القياس يرد حكم الحادثة إلى أشباهها مما هو منصوص وإذا جاز اجتهاد الرأى في باب القبلة عند الاشتباه وانقطاع الأدلة وفي المعاملات من الحروب وغير ذلك فكذلك في القضاء فلما أصاب في جميع ما أجاب قال له عمر رضى الله عنه أنت قاضيهما أي أنى لا أعز لك عن القضاء مادمت على هذه الطريقة وفيه دليل أن الامام إذا علم من حال من قلده انه صالح لذلك ينبغي أن يقرره على العمل ولا يعزله بطعن بعض المتعنتين ما لم يتبين له شئ مما لا يحمد من السيرة منه وعن أبى مسعود رضى الله عنه قال لقد أتى علينا زمان لسننا نسأل ولسنا هنالك ثم قضى الله تعالى ان بلغنا من الامر ما يرون قيل هذا اشارة منه إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد كان الوحي ينزل وكان عليه الصلاة والسلام يبين لهم فكانوا لا يحتاجون فيه إلى ابن مسعود رضى الله عنه وغيره وقيل بل مراده الاشارة إلى زمن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فقد كانت الصحابة رضوان الله عليهم متوافرين في ذلك الوقت وما كان يحتاج إلى ابن مسعود رضى الله عنه وقيل هذا منه اشارة إلى حال صغره وجهله وانما قصد بهذا التحدث بنعمة الله تعالى حيث رفعه من تلك الدرجة إلى ما بلغه إليه لانه قال هذا حين كان بالكوفة وله أربعة آلاف تلميذ يتعلمون بين يديه حتى روى أنه لما قدم على رضى الله عنه بالكوفة وخرج إليه ابن مسعود رضى الله عنه مع أصحابه حتى سدوا الافق فلما رآهم على رضى الله عنه قال ملأت هذه القرية علما وفقها قال فمن ابتلى منكم بقضاء فليقص بما في كتاب الله تعالى وفي هذا اشارة إلى ان التحرز عن

تقلد القضاء أولى فقد عده ابن مسعود رضى الله عنه من البلوى نقوله
فمن ابتلى منكم وهو اختيار أبى حنيفة رحمه الله فانه تحرر

[69]

عن تقلد القضاء بعد ما حبس وضرب لاجله مرارا حتى قال بعض أصحابه
رحمهم الله لو تقلدت نفعت الناس فنظر إليه شبه المغضب وقال لو أمرت
أن أقطع البحر سباحة اكنت أقدر على ذلك وكأني بك قاضيا ومن اختار
تقلد القضاء قال هذا اللفظ من البلاء الذي هو نعمة قال الله تعالى وليبلى
المؤمنين منه بلاء حسنا وانما أراد من أنعم الله تعالى عليه بهذه الدرجة
فليقض بما في كتاب الله تعالى وبذلك كان بأمر رسول الله صلى الله عليه
وسلم فيقول انى تارك فيكم الثقلين كتاب الله تعالى وعترتي أهل بيته
الأقربون والأبعدون فان تمسكتم بهما لم تضلوا قال فان لم يجد ذلك في
كتاب الله تعالى فليقض بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم
وبذلك كان يأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لابي رواحة
رضى الله عنه في حادثة أما كان لك في أسوة فقال أنت تسعى في رقية
قد فكت وأنا أسعى في رقية لم يعرف فكأكها فقال صلى الله عليه وسلم
انى لأرجو أن أكون أخشاكم لله قال فان لم يجد ذلك فيما قضى به رسول
الله صلى الله عليه وسلم فليقض بما قضى الصالحون يعنى أبى بكر وعمر
رضى الله عنهما كما جاء في الحديث إذا ذكر الصالحون فحيلا بعمر قال
فان لم يجد فليجتهد رأيه ولا يقولن انى أرى وأنى أخاف وفيه دليل على
أن للقاضى أن يجتهد فيما لانص فيه وانه لا ينبغى أن لا يدع الاجتهاد في
موضعه لخوف الخطأ فان ترك الاجتهاد في موضعه بمنزلة الاجتهاد في
غير موضعه فكما لا ينبغى له أن يشتغل بالاجتهاد مع النص لا ينبغى له أن
يدع الاجتهاد فيما لانص فيه ثم بين طريق الحق في ذلك بقوله فان الحلال
بين والحرام بين وبين ذلك أمور مشتهيات فدع ما يربك إلى ما لا يربك
وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الحسن رحمه
الله وفيه بيان أن المجتهد إذا لم يترك الاحتياط في موضع الريبة فهو
مؤدى لما كلف أصاب المطلوب باجتهاده أو أخطأ وهو ما نقل عن أبى
حنيفة رحمه الله كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد أي مصيب في
طريق الاجتهاد ابتداء وقد يخطئ انتهاء فيما هو المطلوب بالاجتهاد ولكنه
معذور في ذلك لما أتى بما في وسعه وذكر عن معاذ بن جبل رضى الله عنه
قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين بعثنى إلى اليمين بم
تقضى يا معاذ قلت بما في كتاب الله تعالى قال عليه الصلاة والسلام فان
لم تجد ذلك في كتاب الله تعالى قلت أقضى بما قضى به رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال صلى الله عليه وسلم فان لم تجد ذلك فيما قضى به
رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت أجتهد رأى فقال صلوات الله عليه
وسلامه

[70]

الحمد لله الذي وفق رسول رسوله وفيه دليل على أن الامام إذا أراد أن
يقلد الانسان القضاء ينبغى له أن يجربه فان رسول الله صلى الله عليه
وسلم لما فعل ذلك بمعاذ رضى الله عنه مع انه كان معصوما فغيره بذلك

أولى فكان هذا منه على وجه التعليم لامتته ثم حمد الله تعالى حين ظهر من التجربة كما تفرس فيه وهكذا ينبغي للامام إذا بلغه عن عامل له ما يرضى به أن يعد ذلك نعمة من نعم الله تعالى عليه فليقابلها بالشكر وفيه دليل جواز اجتهاد الرأي والعمل بالقياس فيما لانص فيه من العلماء رحمهم الله من يقول جواز العمل بالقياس والاجتهاد بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وما كان يجوز ذلك في حياته لان الوحي كان ينزل وهو كان يبين لهم ما كانوا يحتاجون إلى الاستنباط في ذلك الوقت والحكم بثبت بالنص مقطوعاً به فلا يصار إليه في غير موضع الضرورة والصحيح عندنا ان كان ذلك جائز لهم في حياته صلى الله عليه وسلم كما بعده وحديث معاذ رضى الله عنه يدل عليه فان لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله بين يديه اجتهد رأيي ولما قال لعمر بن العاص رضى الله عنه أقض بين هذين قال أقضني وأنت حاضر أو جالس قال صلى الله عليه وسلم نعم قال على ماذا أقضى قال صلى الله عليه وسلم على أنك إن اجتهدت فاصبت فلك أجران وإن اخطأت فلك أجر واحد فقد جوز له صلى الله عليه وسلم الاجتهاد بحضرته وقد كان يشاورهم (ألا ترى) أنه شاورهم في أسارى بدر وأشار أبو بكر رضى الله عنه بالفداء وأخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاور السعد بن رضى الله عنهما يوم الاحزاب في صلح بنى فزارة على بعض ثمار المدينة وأخذ بما أشارا به ولما أشار إليه أسيد بن خضير في النزول عند الماء يوم بدر أخذ برأيه في ذلك وكان صواباً وينبنى على هذا الفصل الاختلاف بين العلماء رحمهم الله في أنه صلى الله عليه وسلم هل كان يجتهد فيما لم يوح إليه فيه فمنهم من يقول كان ينتظر الوحي وما كان يفصل بالاجتهاد والصحيح عندنا أنه صلى الله عليه وسلم كان يجتهد وما كان يقر على الخطأ بيانه أنه لما شاور أبا بكر وعمر رضى الله عنهما في حادثة قال صلى الله عليه وسلم قولاً فاني فيما لم يوح إلى مثلكما وقال صلى الله عليه وسلم للثخمية أرايت لو كان على أبيك دين أكنت تقضيه فقالت نعم قال صلى الله عليه وسلم فدين الله أحق وهذا قول بالاجتهاد وقال عليه السلام لعمر رضى الله عنه في القبلة أرايت لو تمضمت بماء ثم بحجته أكان يضرك وقال صلى الله عليه وسلم في بيان الصدقة على بنى هاشم أرايت لو تمضمت بماء أكنت شاربه فهذا ونحوه دليل أنه كان يقضى باجتهاده وما كان يقر على الخطأ فقصاؤه يكون

[71]

شريعة والخطأ لا يجوز أن يكون أصل الشريعة فعرفنا أنه ماكان يقر على الخطأ وبيان ذلك في قوله تعالى عفى الله عنك لم أذنت لهم الاية وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قال إذا كان في القاض خمس خصال فقد كمل وإن كان فيه أربع ولم يكن فيه واحدة ففيه وصمة وإن كان فيه ثلاث ولم يكن فيه اثنين ففيه وصمتان وهذا عبارة عن النقصان والوصم كسر يسير وفوقه القضم ونظيره القنص بالانامل وفوقه القبض باليد وفوقه الاخذ وهو التناول قال فقال قائل ماهى يا أمير المؤمنين قال علم بما كان قبله وهو اشارة إلى ما بينا في حق المجتهد قال ونزهة عن الطمع وهو مأخوذ من النزاهة فمن يتحرز عن شئ يقال هو يتنزه عن كذا والاطهر وتزهد عن الطمع من الزهادة فكل الفتنة للقاضى في طمعه فيما في أبدى الناس ولما امتحن علياً رضى الله عنه قاضياً قال له بم صلاح هذا الامر قال بالورع قال فيما فساده قال بالطمع قال لك أن تقضى فينبغي للقاضى أن يكون منزهاً عن الطمع ليأمن الفتنة ويخلص عمله لله

تعالى قال وحكم عن الخصم يعنى ان يحكم في بعض ما يسمع من الخصوم مع قدرته على منعه وهو معنى قوله عمر رضى الله عنه لا يصلح لهذا الامر الا اللين من غير ضعف القوى من غير عنف قال واستخفاف باللائمة معناه لا ينبغي للقاضى فيما يفصل من القضاء أن يخاف اللائمة من الناس فانه إذا خاب ذلك يتعذر عليه القضاء بالحق والى ذلك أشار الله تعالى في قوله ولا يخافون لوم تلائم وهذا لانه لا بد أن ينصرف أحد الخصمين من مجلسه شاكيا يلوم القاضى مع أصدقائه على ما كان منه واليه أشار شريح رحمه الله حيث قيل له كيف أصبحت قال أصبحت وشطر الناس على غضبان فإذا تفكر القاضى واشتغل بالتحرز عن اللائمة يتعذر عليه فصل القضاء قال ومشاورة أولى الراى وفيه دليل على ان القاضى وان كان عالما فينبغى له أن لا يدع مشاورة العلماء وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أكثر الناس مشاورة لأصحابه رضى الله عنهم يستشيرهم حتى في قوت أهله وإدامهم قال صلى الله عليه وسلم المشورة تلقح العقول وقال صلى الله عليه وسلم ما هلك قوم عن مشورة قط وكان عمر رضى الله عنه يستشير الصحابة رضوان الله عليهم مع فقهه حتى كان إذا رفعت إليه حادثة قال ادعوا إلى عليا وادعوا إلى زيد بن أبى كعب رضى الله عنهم فكان يستشيرهم ثم يفصل بما اتفقوا عليه فعرفنا أنه لا ينبغي للقاضى أن لا يدع المشاورة وان كان فقيها ولكن في غير مجلس القضاء على ما بينا ان الاشتغال بالمشورة في مجلس القضاء ربما يحول بينه وبين

[72]

فصل القضاء ويكون سببا لآزدرء بعض الجهال به وعن مسروق قال لان أقصى يوما بالحق أحب إلى من ان أرباط سنة فان مسروقا ممن يقدم تقلد القضاء على الامتناع عنه وقد كان السلف رحمهم الله في ذلك مختلفين وابتلي مسروق بالقضاء ومن دخل في شئ فانما يروي محاسن ذلك الشئ وقد بينا طريق أبى حنيفة رحمه الله في ايثار التحرز عن تقلد القضاء وانما قال مسروق ان القضاء يوما بالحق أحب إلى من ان أرباط سنة لما في اظهار الحق من المنفعة للناس ودفع الظلم عن المظلوم واتصال الحق إلى المستحق ومنع الظالم عن الظلم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله عدل ساعة خير من عبادة سنة وقال صلى الله عليه وسلم لان يقام حد في أرض خير من أن تمطر السماء فيها أربعين صباحا وعن علي رضى الله عنه قال القضاة ثلاثة فائتان في النار وواحد في الجنة فأما اللذان في النار فرجل علم علما فقضى بخلافه ورجل جاهل يقضى بغير علم وأما الآخر أتاه الله علما فقضى به فذلك في الجنة ولا شبهة في حق من قضى بخلاف ما علم فانه أقدم على النار عن بصيرة وكنتم ما علم من الحق فكان فعله كفعل رؤساء اليهود وفيه نزل قوله تعالى عز وجل ان الذين يكتُمون الحق وهم يعلمون وأما الجاهل فما كان ينبغي له أن يتقلد القضاء ويلتزم اداء هذه الامانة لانه لا يقدر على اداها الا بالعلم ففي التزام ما لا يقدر على القيام به ظلم نفسه وبعد التقليد لضرورة له إلى القضاء بغير علم لتمكنه من أن يتعلم أو يسأل العلماء ويقضى بفتواتهم فلماذا جعله في النار حين قضى بغير علم والذي قضى بعلمه أظهر الحق بحكمه وأنصف المظلوم من خصمه فهو في الجنة ومثل هذا لا يعرف الا بالراى فانما يحمل على أن عليا رضى الله عنه كان سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنهم فيما يسمعون ربما يرفعون وربما يرسلون وعن أبى مسعود رضى الله عنه قال يجاء بالقاضى يوم القيامة

وملك أخذ بقفاه ثم يلتفت فإذا أقبل أدفعه دفعة في مهواة أربعين خريفا وأهل الحديث يروون هذا الحديث يجاء بالقاضي العدل يوم القيام ليعلم أن حال من يعدل إذا كان بهذه الصفة فما طنك في حال من يجوز في قوله وملاك أخذ بقفاه إشارة إلى ما يلقي من الدل يوم القيالة وإن كان عادلا في قضائه في الدنيا فانما يفهم من الاخذ بالقفاء في عرف الناس الاستخفاف والذل وقيل في تأويله أنه وإن كان عادلا فقد نال بعض الوجاهة في الدنيا بسبب تقلد القضاء فلهذا له في الآخرة لما نال من الجاه في الدنيا بطريق هو طريق العمل للآخرة ومعناه قوله أدفعه في مهواة أربعين خريفا أي

[73]

دفعه على وجه في النار كما قال الله تعالى يوم يسحبون في النار على وجوههم وكان المراد من هذا أن من نافق وأظهر ما يعلم الله منه خلافه فقد كان قصده من ذلك حفظ ماء وجهه يلقي في النار على وجهه ولا يستقر إلا في قعر جهنم هو المراد من قوله في مهواة أربعين خريفا وهذا بيان في قوله تعالى أن المنافقين في الدرك الأسفل من النار قال وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ابتلى أن يقضي بين اثنين فكانما يذبح نفسه بغير سكين والحصاف رحمه الله يروى هذا من ابتلى بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين وفيه بيان التحريز عن طلب القضاء والتحريز عن التقليد فكل عاقل ممتنع من أن يذبح نفسه بغير سكين فينبغي أن يكون تحريزه عن طلب القضاء بتلك الصفة فذكر المثل من النبي صلى الله عليه وسلم كان للتقريب من الفهم (قال) رحمه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول لا ينبغي أحد أن يزدري بهذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فازدري به وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسيقى فالقى رأسه بين يديه قال ومن ابتلى أن يقضي بين اثنين فلينصفهما في الكلام والنظر ولا ينبغي له أن يرفع صوته على احدهما مالا يرفع على الآخر وقد بينا فائدة هذا اللفظ وما يؤمر به للقاضي من التسوية وعن عامر أن أبي بن أبي كعب وعمر بن الخطاب رضی الله عنهما اختصما في شئ فحكم زيد ابن ثابت رضی الله عنه فأتياه في منزله قال زيد رضی الله عنه هلا أرسلت إلى يا أمير المؤمنين قال عمر رضی الله عنه في بيته يؤتى الحكم وفي هذا بيان أنه كان يقع بينهم منازعة وخصومة ولا يظن كل واحد منهم سوى الجميل وإنما كان يقع ذلك عند اشتباه حكم الحادثة عليهم ويتقدمون إلى القاضي لطلب البيان لا للقصد إلى التلبيس والانكار ولهذا كان القاضي يدعي مفتيا وفيه دليل جواز التحكيم فقد حكم زيد ابن ثابت رضی الله عنهما وإنما حكماه لفقهه فقد كان مقداما معروفا فيهم بذلك حتى روى أن ابن عباس رضی الله عنهما كان يختلف إليه وأخذ بركابه لما أراد أن يركب وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهاءنا فقبل زيد رضی الله عنه يده وقال هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا وفيه دليل على أن الامام لا يكون قاضيا في حق نفسه فعمر رضی الله عنه في خصومة حكم زيد ابن ثابت رضی الله عنه وفيه دليل على أن من احتاج إلى العلم ينبغي له أن يأتي العالم في منزله وإن كان وجيها في الناس ولا يدعو إلى نفسه فإن وجاهته بسبب الدين فيبقى ذلك له إذا عظم الدين والذهب

إلى منزل العالم عند الحاجة إلى علمه من تعظيم الدين ولما استعظم ذلك زيد رضى الله عنه قال هلا أرسلت إلى يا أمير المؤمنين قال في بيته يؤتى الحكم وتأويل استعظام زيد رضى الله عنه أنه خاف فتنة على نفسه بسبب الوجاهة حين أتاه عمر رضى الله عنه في منزله ووطن أنه أتاه زائرا وما أتاه محكما له راعبا في علمه فلهذا استعظم ذلك (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه بين له أنه أتاه للتحكيم فقال في بيته يؤتى الحكم فأتى زيد لعمر رضى الله عنهما بوسادة وكان هذا منه امثالاً لما ندب إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله إذا أتاكم كريم قوم فأكرموا وقد بسط رسول الله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رداه حتى أتاه ولكن عمر رضى الله عنه لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت فقال هذا أول جورك وفيه دليل وجوب التسوية بين الخصمين في كل ما يتمكن القاضي منه وما كان ذلك يخفى على زيد رضى الله عنه ولكن وقع عنده أن الحكم في هذا ليس كالقاضي وإن الخليفة في هذا ليس كغيره فبين له عمر رضى الله عنه أن الحكم في حق الخصمين كالقاضي (قال) وكانت اليمين على عمر رضى الله عنه فقال لابي ابن كعب رضى الله عنه لو أعفيت أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر رضى الله عنه لا ولكن احلف فترك له أبا رضى الله عنه ذلك وأهل الحديث يروون أن عمر رضى الله عنه قال لزيد رضى الله عنه وهذا أيضا بين أن على الحكم أن يتحرز عن الميل إلى أحد الخصمين صريحا ودلالة وإن مجلس الشفاعة غير مجلس الحكومة ثم فيه دليل على أنه لا بأس للمرء أن يحلف إذا كان صادقا فقد رغب عمر رضى الله عنه في ذلك مع صلابته في الدين وإن تحرز عن ذلك فهو واسع له أيضا كما روى أن عثمان رضى الله عنه امتنع عن ذلك وقال أخشى أن يوافق قدر يميني فيقال أصبت بذلك ففيه دليل أن اليمين حق المدعى قبل المدعى عليه يستوفى بطلبه ويترك إذا ترك (ألا ترى) أن أبا رضى الله عنه ترك له ذلك وبيان هذا فيما قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم للمدعى أنك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم أنك يمين وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال لا أحد إلا في اثنين رجل أتاه الله مالا فهو ينفقه في طاعة الله ورجل أتاه علما فهو يعلمه ويقضى به ومعناه الحسد يضر إلا في الاثنين فيكون في ذلك بيان أن الحسد مذموم يضر الحاسد إلا فيما استثناه فهو محمود في ذلك وهذا ليس بحسد في الحقيقة بل هو غبطة والغبطة محمود فمعنى الحسد هو أن يتمنى الحاسد أن تذهب نعمة المحسود عنه ويتكلف لذلك ومعنى الغبطة أن يتمنى لنفسه مثل ذلك من غير أن يتكلف ويتمنى ذهاب ذلك عنه وهذا في أمر الدنيا غير مذموم ففي أمر الدين

أولى أن يكون محمودا والذي ينفق ماله في طاعة الله تعالى يكتسب الآخرة بدينه والذي يعلم ويقضى به بالحق يكتسب المحمدة في الدنيا والثواب في الآخرة فمن يتمنى لنفسه مثل ذلك يكون محمودا على هذا المعنى فاما الحسد المذموم فهو ما قيل الحاسد جاحد لقضاء الواحد فهو أن يتكلف لذهاب ذلك عنه ويعتقد أن تلك نعمة في غير موضعها واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لا ينجو أحدكم من الحسد والظن والطيرة قيل وما المخلص من ذلك فقال صلى الله عليه وسلم إذا حسدت فلا تبغ أي لا تتكلف لازالة النعمة عن المنعم عليه وإذا ظننت فلا تحقق وإذا

نظرت فلا ترجع وعن سوار بن سعيد قال شهدت أنا ورجل عند شريح رحمه الله بشهادة فقيه صاحبي عن حجة أي عجز عن اظهار حجة وغفل عن ذلك فقلت له أتفسد شهادتي ان أعريت عنه فقال لا فاعريت عنه فقضى له وانما قال هذا لان من يكون خصما في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة فخاف ان أظهر حجة صاحبه أن يجعله خصما ويفسد شهادته فبين له شريح رحمه الله انه لا يصير خصما بهذا القدر إذا لم يوكله صاحبه به بل هو متبرع فيما يظهر من حجة صاحبه وليس فيه أكثر من أن يعين المدعى وما حضر مجلس القاضي الا لتعيين المدعى وتوصله إلى حقه فلا يفسد به شهادته وعن سوار قال اختصم قوم عند شريح رحمه الله فذكرت له ذلك فقال ما رأيهم وسأذكر ذلك له الليلة فذكر ذلك له فقال ما فهمت فمرهم أن يرجعوا لي فرجعوا إليه فقضى لهم وفيه دليل على انه ينبغي لمن وقف على خطأ القاضي في قضائه أن ينبهه ولا يجاهره بذلك مراعاة لحشمته ولكنه يأمر أقرب الناس منه ليخبره بذلك في حال خلوته وفيه دليل ان القاضي إذا تبين له خطأ في قضائه ينبغي له أن يظهر رجوعه عن ذلك ولا يمنعه الاستيحاء عن الناس من ذلك ولا الخوف فالله تعالى يحفظه من الناس والناس لا يحفظونه من عذاب الله تعالى وعن مكحول قال لان أكون قاضيا أحب إلى من أن أكون خازنا يعني أن خازن بيت المال عامل للمسلمين والقاضي كذلك الا ان الخازن يحفظ على المسلمين مالهم والقاضي يحفظ عليهم دينهم وتمكن الخازن من المال خوف الفتنة على نفسه بسببه أكثر من تمكن القاضي فلهذا أثر القضاء وقد بينا ان المتقدمين فيه من كان يؤثر تقلب القضاء على الامتناع منه وعن شريح رحمه الله قال ما شددت على لهواة خصم أي ما منعت من اظهار حجة وما قويت أحد الخصمين على الآخر يتلقين شئ قط ولهذا بقى في القضاء مدة طويلة وعن علي رضي الله عنه أنه أضاف رجلا فلما مكث أياما

[76]

قرب إليه في خصومة فقال له علي رضي الله عنه أخصم أنت فقال نعم فقال علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصموه معه وفيه دليل أنه لا بأس للامام أن يخص بعض الناس بالضيفا إذا لم يكن له خصومة وانه لا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر لان ذلك يكسر قلب الخصم الآخر ويلحق به تهمة الميل ولا بأس بأن يضيفهما جميعا لان تهمة الميل تنتفى عنه إذا سوى بينهما وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن العاص رضي الله عنه اقض بين هذين قال أقضى وأنت حاضر أو جالس قال صلوات الله عليه وسلامه نعم قال علي ماذا أقضى قال سلام الله عليه على انك ان اجتهدت فاصبت فلك عشر حسنات وان أخطأت فلك حسنة وفيه دليل لاهل السنة رحمهم الله المجتهد يصيب ويخطئ وعليه دل قوله تعالى ففهمناها سليمان والفهم هو اصابة الحق فقد خصه بذلك فقيه دليل على انه معذور وان أخطأ وهذا إذا لم يكن طريق الاصابة بينا هو مثاب على اجتهاده فان أصاب المطلوب بالاجتهاد فله ثواب الاجتهاد وثواب اظهار الحق بجهده وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم فلك عشر حسنات وان أخطأ فله حسنة على اجتهاده إذا كان مصيبا في طريق الاجتهاد وان لم يصب المطلوب بالاجتهاد وعن عمر بن حصين رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى مع القاضي ما لم يخف عملا يشدده للحق ما لم يرد غيره وهذا في كل عامل ينبغي بعمله وجه الله تعالى فالله تعالى يعينه على ذلك

وبوفقه قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وقال صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة رضى الله عنه لا تسأل الامارة فانك ان تعطيها عن مسألة وكلت إليها وان أعطيتها عن غير مسألة أمنت عليها ثم هذا الوعد للقاضي ما لم يظلم عمدا فالحيث هو الظلم فإذا اشتغل به كله الله إلى نفسه وكذلك إذا أراد بعمله غير الله تعالى قال صلى الله عليه وسلم فيما يأتى عن الله عزوجل أنا أغنى الشركاء عن الشرك فمَنْ عمل لى عملا وأشرك فيه غيرى فهو كل لذلك الشريك وأنا منه برئ قال وينبغى للقاضي أن ينصف الخصمين في مجلسهما وفي النظر إليهما وفي المنطق أي يسوى بينهما فالانصاف عبارة عن التسوية مأخوذ من المناصفة ففي كل ما يتمكن من مراعاة التسوية فيه فعليه أن يسوى بينهما في ذلك الا مالا يكون في وسعه الامتناع منه من النهى فعليه أن يظهر حجة أحدهما فهو غير مأخذ بذلك لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يستوى في القسم بين نسائه ثم يقول اللهم هذا في

[77]

ما املك فلا تؤاخذني فيما لأملك يعنى من الميل بالقلب إلى عائشة رضى الله عنها ولا ينبغى أن يرفع صوته على أحدهما مالا يرفعه على الآخر لان التسوية بينهما في ذلك ممكنة وتخصيص أحدهما برفع الصوت عليه تجر تهمة إليه وهو مكسر القلب من يرفع صوته عليه ولا ينطلق بوجهه إلى أحدهما في شئ من المنطق مالا يفعله بالآخر لانه يزداد به قوة وجراءة على الخصم ويطمع أن يميل بالرشوة إليه ولا ينبغى له أن يشد على عضد أحدهما ولا يلقنه حجة فان ذلك نوع من الخصومة وبين كونه قاضيا وخصما منافاة وهو مكسر لقلب الخصم وسبب لجر تهمة الميل إليه وهو انشاء الخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لا لانشائها وينبغى له أن لا يشتري شيئا ولا يبتع في مجلس القضاء لنفسه لانه جلس للقضاء فلا يخلط به ما ليس من القضاء ومعاملته لنفسه في شئ ولان الانسان فيما يبيع ويشترى يماكس عادة وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ويضع من جاهه بين الناس وفي قوله لنفسه اشارة إلى أنه لا بأس بأن يفعل ذلك في مجلس القضاء ليتيم أو ميت مديون فان ذلك من عمل القضاء وانما جلس لاجله ومباشرة ذلك في مجلس القضاء يكون أبعد عن التهمة منه إذا باشره في غير مجلس القضاء ولا بأس بأن يبيع ويشترى لنفسه في غير مجلس القضاء عندنا ومن العلماء رحمهم الله من كره ذلك للقاضي ويروون في ذلك حديثا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبيع القاضي ولا يبتاع ولان العادة أن الناس يسامحون في المعاملة مع القضاء بين أيديهم خوفا منهم أو طعما فيهم فيكون من هذا الوجه في معنى من يأكل بدينه والمقصود يحصل إذا فوض ذلك إلى غيره ليباشر على وجه لا يعلم أنه يباشر ولكننا نقول نستدل بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى سراويل بدرهمين الحديث فقد باشر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشراء لنفسه وكان رؤساء القضاء والخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم كانوا يباشرون ذلك بأنفسهم حتى ان أبا بكر رضى الله عنه بعد ما استخلف حمل متاعا من متاع أهله إلى السوق لبيعه ولانه بعد تقلد القضاء يحتاج لنفسه وعياله إلى ماكان محتاجا إليه قبل التقلد وبأن تقلد هذه الامانة لا يمتنع عليه معنى النظر لنفسه والقيام بمصالح عياله وتهمة المساحة موهونة أو هو نادر فلا يمتنع عليه التصرف لاجله ولان ذلك إذا لم تكن مباشرة هذا التصرف من عادة القاضي في كل وقت فأما إذا كان ذلك من عادته فقلما يسامح في ذلك فوق ما يسامح به غيره وتأويل النهي ان صح في مجلس

[78]

وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء فلا ينبغي أن يشتغل به وإذا تقدم إليه الخصمان فهو بالخيار ان شاء ابتدأهما فقال مالكما وان شاء تركهما حتى يبتدأه بالمنطق وبعض القضاة يختار السكوت ليكون الخصم هو الذي يبتدئ بالكلام لان القاضي إذا ابتدأهما كان ذلك منه تهيجا للخصومة وانما جلس لفصل الخصومة لا لتهيجها ولكننا نقول الرأي في ذلك إليه فحشمة مجلس القضاء قد تمنعها من الكلام ما لم يبتدئ القاضي بالكلام فإذا كان بهذه الصفة كان له أن يبتدئ فيقول مالكما وما تقدم إليه الا بعد المنازعة والخصومة بينهما فلا يكون هذا اللفظ منه تهيجا للخصومة ولكن لا يكلمهم بشئ آخر سوى ما تقدم لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ولهذا لا يسلمان عليه إذا تقدم بين يديه مع أن السلام سنة فان تكلم صاحب الدعوى أسكت الآخر واستمع من صاحب الدعوى حتى يفهم حجته لانه إذا تكلمنا معا لا يتمكن من أن يفهم كلام كل واحد منهما قال الله تعالى ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه ولان تكلمهما معا نوع شغب وبه ينتقص حشمة مجلس القضاء قال ثم يأمره بالسكوت بعد ذلك ويستنطق الآخر وظاهر هذا اللفظ يدل على أنه يستنطق الآخر وان لم يسأل المدعى ذلك واختياره بعض القضاء انه لا يفعل ذلك الا عند سؤال المدعى ولكنه إذا نظر في دعواه فان لم تكن صحيحة يقول له قم فصح دعواك لان بالدعوى الفاسدة لا يستحق الجواب وان صحت الدعوى قال أخبرني فماذا أصنع فان قال أريد جوابه فسأله عن ذلك حينئذ يستنطق الآخر والاصح عندنا انه يستنطق الآخر وان لم يلتمس المدعى ذلك لانه ما تقدم بين يديه وما أحضر خصمه إلا ملتصقا لذلك فلا يحتاج بعد ذلك إلى التماس الآخر فان سأله فافر بحقه أمره بالخروج من حقه وان أنكر قال للمدعى سمعت انكاره أو هو منكر فما نقول فإذا قال حلفه يطلب المدعى بعد ان سأله بينة ولا يسأله ذلك ما لم يطلب يمينه لانه نوع تلقين ولا ينبغي للقاضي أن يلقي أحد الخصمين حجه ولكن إذا طلب يمينه فحينئذ جاء أو ان الاستحلاف إذا لم يكن للمدعى بينة حاضرة فسأله عند ذلك أكل بينة ولا ينبغي للقاضي أن يقضي الا هو مقبل على الحجج مفرغ نفسه لذلك لان القضاء أمر مهم فلا يتمكن من النظر فيه ومباشرة لما التزم ما لم يفرغ نفسه لذلك عن سائر الاشغال فإذا دخله هم أو غضب أو نعاس كف عن ذلك حتى ذهب ذلك لان اعتدال حاله زال بما دخله فالهم يغلب على القلب حتى لا يجد شيئاً آخر معه فيه مساعا والغضب كذلك والنعاس كذلك فالناس لا يفهم بعض ما يذكر عنده (ألا ترى) ان النبي صلى الله عليه

[79]

وسلم قال إذا نعس أحدكم في صلاته فليرقد فلا يدري لعله يريد أن يدعو فيسب نفسه ثم يقبل على القضاء وهو متفرغ له مستمع غير معجل للخصوم عن حجتهم لان الاستعجال يضر بالخصوم كما ان ترك النظر فيما يقيم من الحجة يضر به فكل واحد منهما من نوع الشر والاضرار وقد روي

ان القاضي لا يشار ولا يضار قال ولا يخوفهم فان الخوف مما يقطع حجة الرجل يعنى ان الخائف يعجز عن اظهار حجته وينبغى أن يكون القاضي مهيبا يحتشم منه ولكن لا ينبغى أن يكون مخيفا للناس يخافونه فان ذلك يمنعهم من اظهار الحق بالحجة والاصل في ذلك ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الفجر بمسجد الحيف فرأى رجلين لم يصليا معه فقال على بهما فأتى بهما وفرائضهما ترتعد فقال صلى الله عليه وسلم لا تخافا فانما أنا ابن امرأة من قريش كانت تأكل القديد الحديث فان (قيل) أليس انه ذكر في سيرة عمر رضى الله عنه ان الناس كانوا يهابونه حتى قيل لابن عباس رضى الله عنهما لم لم يذكر قولك في القول لعمر فقال كان رجلا مهيبا فهبته أو قال خفت درته (قلنا) هذا لا يكاد يصح فان عمر رضى الله عنه كان ألين من غيره في قبول الحق وكان يشاورهم وربما كان يقدم قول ابن عباس رضى الله عنهما في الاخذ عند الشورى على قول بعض الكبار من الصحابة رضوان الله عليهم ثم كون القاضي مهيبا غير مذموم عندنا وانما المذموم أن يتكلف لتخويف الخصوم إذا تقدموا بين يديه ولم ينقل ذلك عن عمر رضى الله عنه ولا عن غيره وان كان خير القاضي أن يقعد عنده أهل الفقه فتعدوا عنده فربما يحتاج إلى أن يستشيرهم وقد روينا ان عمر رضى الله عنه كان يفعل ذلك وربما يخفى عليه بعض ما يقف عليه غيره من أهل الفقه فينبهه عليه وربما يحتاج إلى أن يشهدهم فيكون أهل الفقه والصلاح عنده من نوع الاحتياط فان دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله ذلك عن شئ من أمور المسلمين جلس وحده لان طباع الناس في هذا تختلف فمنهم من يمنعه حشمة الفقهاء مما يريد من فصل القضاء ومنهم من يزداد قوة على ذلك والمقصود هو النظر للمسلمين فإذا كان هو ممن يدخله حصر بحضرة الفقهاء جلس وحده ولكن انما يتمكن من ذلك إذا كانت معروفا بالفقه والعدالة فبالفقه يؤمن غلظه وبالعادلة يؤمن جوره ولا ينبغى للقاضي أن يتعب نفسه في طول الجلوس لان بذلك يزول اعتدال الحال وقد بينا أنه لا ينظر في الحجج الا عند اعتدال الحال قال فاني اتخوف عليه ان يضر ذلك بنظره في الحجج والخصوم يعنى إذا أتعب نفسه ربما لا يفهم بعض كلام الخصوم وربما يضجر بسببه على بعض

[80]

الخصوم وهذا أيضا في المدرس كذلك واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله أن النفس تمل كما تمل الابدان فابتغوا لها طرائف الحكمة وان ابن عباس رضى الله عنهما كان إذ أمل من بيان أنواع العلم قال لاصحابه اخصموا أي خوضوا في ديوان العرب فتذكروا شيئا من الملح قال ولكنه يعقد في طرفي النهار أو ما أطاق من ذلك لان عمل القضاء عبادة فالاولى أن يجلس له في طرفي النهار قال الله تعالى وأقم الصلاة طرفي النهار ولان اعتدال حال المرء يكون في طرفي النهار عادة أو ما أطاق من ذلك لان الطاعة بحسب الطاقة ولكن لا ينبغى أن يتبكر للخصومة قبل طلوع الشمس فقد كان شريح رحمه الله إذا ابتكروا قبل حضوره قال أتتظلمون بالليل فعرفنا أن ذلك غير محمود للقاضي (قال) وينبغى للقاضي أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة لان الناس يزدحمون في مجلسه وفي اختلاف النساء مع الرجال عند الزحمة من الفتنة والقيح مالا يخفى ولكن هذا في خصومة يكون بين النساء فاما لخصومة التي تكون بين الرجال والنساء لا يجد بدا من أن يقدمهن مع الرجال وأن يجعل لكل فريق يوما على قدر ما يرى من كثرة الخصوم فلا بأس بذلك لانه إذا تركهم

يزدحمون على ما به وربما يقتتلون على ذلك وفيه من الفتنة ما لا يخفى
فيجعل ذلك مناوبة بينهم بالايام ليعرف كل واحد يوم نوبته فيحضر عند ذلك
والحضاف رحمه الله ذكر في أدب القاضي أن الاولى أن يجعل ذلك على
الرقاع فيجزئ الخصوم اجزاء ويكتب باسم كل فريق رقعة ثم يخرج الرقاق
على الايام للسبت والاخذ إلى آخره وذلك حسن ولكن محمدا رحمه الله
اختلف في الكتاب أن يقدم الناس على منازلهم الاولى فالاول ولا يتبدئ بأحد
جاء قبله غيره وإلى هذا أشار النبي صلى الله عليه وسلم في قوله سبقك
بها عكاشة وهذا لان الذي جاء أولا استحق النظر في حجة ان لو كان
القاضي جالسا عند ذلك فتأخر جلوس القاضي لا يغير استحقاقه ولا يبطل
بحضور غيره فلهذا تقدمه عملا بقوله تعالى ويؤت كل ذي فضل فضله قال
ويضع على ذلك أمينا من قبله يقدمهم إليه لانه لا يتمكن من يعرف ذلك
بنفسه لكثرة أشغاله وفيما يعجل القاضي عن مباشرته يستعين بأمين من
أمنائه وينبغي أن يتكرر ذلك الامين إلى باب مجلس القاضي ليعلم منازل
الناس في الحضور فلعلهم يكذبون في ذلك أو أن يلبسون عليه وانما يجعل
على ذلك أمينا لا يطمع ولا يرتشى فان ذلك من عمل القضاة فكما لا يطمع
هو فيما يقضى فكذلك

[81]

ينبغي أن يكون أمينه قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول قد
جرى الرسم في زماننا أن البواب على باب مجلس القضاء يأخذ من كل
خصم قطعة ليتمكن من الدخول والقاضي يعلم ذلك ولا يمنعه منه وفيه
فساد عظيم فليس لاحد أن يمنع أحدا من دخول المسجد ولا من أن يتقدم
إلى القاضي في حاجته فهو يرتشى ليكف ظلمه عنه ويمكنه مما هو
مستحق له والقاضي يعلم ذلك ولا يمنع منه فهو بمنزلة مالو علم أن أمينه
يشرب الخمر أو يزني على بابه فلا يمنعه عن ذلك وان رأى أن يجعل الغرباء
مع أهله المصروف فعل وان رأى أن يبدأ بهم فلا يضره ذلك بعد أن تكون
الغرباء غير كثير فان كثروا في كل يوم فشغلوه عن أهل المصير قدمهم
على منازلهم مع الناس وقد بينا أن الغريب على جناح السفر وربما يضر
التأخير به وقبله مع أهله فإذا لم يقدمه القاضي ربما ترك حقه ورجع إلى
أهله وقد أمر بتعاهد الغريب تعظيما لحق غربة رسول الله صلى الله عليه
وسلم فلهذا كان له أن يقدم الغرباء ولكن بشرط أن لا يضر بأهل المصير
ضررا فانهم جيرانه وانما يقلد القضاء لينظر في حوائجه فإذا كان تقديم
الغرباء يضر بأهل المصير قدمهم على منازلهم عملا بقوله صلى الله عليه
وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا بأس بان يشهد القاضي الجنارة
ويعود المريض فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدون
رضوان الله عليهم بعده يفعلون ذلك ولان هذا من حق المسلم على
المسلم قال صلى الله عليه وسلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر
في الجملة أن يشيع جنازته ويعوده إذا مرض ولا يمتنع عليه القيام بحقوق
الناس عليه بسبب تقلده القضاء ولا بأس بأن يجيب الدعوة الجامعة فذلك
من السنة قال صلى الله عليه وسلم من لم يجيب الدعوة فقد عصى أبا
القاسم قال ولا تجب الدعوة الخاصة الخمسة والعشرة في مكان لان ذلك
يجر إليه تهمة الميل بأن يقول أحد الخصمين ان فلانا في دعوة فلان كلم
القاضي وهو نائب عن خصمي وصانعه على رشوة ولان اجابة الدعوة
الخاصة مما يطمع الناس به في القاضي فعليه أن يحترز عن ذلك وأصح ما
قيل في الفرق بين الدعوة الجامعة والخاصة ان كل ما يمتنع صاحب الدعوة
من ايجاده إذا علم ان القاضي لا يجيبه فهو الدعوة الخ؟ صه وان كان لا

يُمتنع من إيجاده لذلك فهو الدعوة العامة لانه عند ذلك يعلم أن القاضي لم يكن مقصودا بتلك الدعوة وانما يمتنع من اجابة الدعوة الخاصة إذا لم يكن صاحب الدعوة ممن اعتاد إيجاد الدعوة له قبل أن يتقصد القضاء فان كان ذلك من عادته قبل هذا فلا بأس بأن يجيب دعوته واليه أشار في قوله

[82]

ولا بأس بأن يجيب دعوة ذي القرابة لان هذا بين القربى ليس من جوارب القضاء عادة ولا صدق في ذلك كالأقارب إذا كان ذلك معروفا بينهم قبل تقصد القضاء ولا ينبغي له أن يضيف أحد الخصمين الا أن يكون خصمه معه لما روينا من نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك (قال) ولا يقبل الهدية وقبلو الهدية في الشرع مندوب إليه قال صلى الله عليه وسلم نعم الشئ الهدية إذا دخلت الباب ضحكت الاسكفة وقال صلى الله عليه وسلم الهدية تذهب وجر الصدر أو وعر الصدر وقال صلى الله عليه وسلم تهادوا تحابوا ولكن هذا في حق لم يتعين لعمل من أعم؟ ل المسلمين فأما من تعين لذلك كالقضاء والولاة فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدى إليه قبل ذلك لانه من جوارب القضاء وهو نوع من الرشوة والسحت والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن للثينة على الصدقات فجاء بمال فقال هذا لكم وهذا مما أهدى إلى فقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ما بال قوم نستعملهم فيقدموا بمال ويقولون هذا لكم وهذا مما أهدى إلى فهلا جلس أحدكم عند حمش أمه فينظر أبهى إليه أم لا واستعمل عمر رضى الله عنه أبا هريرة رضى الله عنه فقد بمال فقال من ابن لك هذا قال تناجت الخيول وتلاحقت الهدايا قال أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فنظر أبهى اليك أم لا فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة ومن جملة الأكل بالقضاء ومما يدخل به عليه التهمة وبطلع فيه الناس فليتحرز من ذلك الا من ذي رحمه محرم منه فقد كان التهادى بينهم قبل ذلك عادة ولانه من جوارب القرابة وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الرد معنى قطيعة الرحم وقطيعة الرحم من الملاعن فأما في حق الأجانب قبول القاضي الهدية من جملة ما يقال إذا دخلت الهدية من الباب خرجت الأمانة من الكوة ولا ينبغي له أن يخلو في منزله مع أحد الخصمين كما لا يسار أحد الخصمين ولا بأس بأن يقضى في منزله وحيث أحب لان عمل القضاء لا يختص بمكان ولانه في كونه طاعة لا يكون فوق الصلاة وقد قال صلى الله عليه وسلم جعلت لى الارض مسجدا وطهورا فاحسن ذلك وأحب إلى أن يقضى حيث تقام جماعة الناس يعنى في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات لان ذلك يكون أبعد عن التهمة ولانه يتمكن كل واحد من أن يحضر مجلسه عند حاجته ولا يشتبه عليه موضعه ولا يحتاج إلى من يهديه إلى ذلك من الغرباء كان أو من أهل المصر ولا يقضى وهو يمشي ويسير على الدابة فأنى أتخوف عليه من

[83]

ذلك الزلل لانه عند ذلك لا يكون معتدل الحال فيكون قبله مشغولا بما هو فيه من المشى أو السير فلا يتفرغ بالنظر في الحج ولانه نوع من

الاستخفاف وهو مأمور بان يصون قضاء عن أسباب الاستخفاف ظاهرا وباطنا ولا بأس بأن يقضى وهو متكئ لان التكاه نوع جلسة كالتربع ونحوه وطباع الناس في الجلوس تختلف فمنهم من يكون التكاؤه أرواح له واعتدال حاله عند ذلك أظهر والاصل فيه حديث أم سلمة رضى الله عنها في الرجلين الذين اختصما بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم الحديث إلى أن قال وكان متكئا فاستوى جالسا فقد نظر في خصومتها حين كان متكئا فعرفنا انه لا بأس بذلك وينبغي له أن يقضى بما في كتاب الله فان أتاه شيء لم يجده فيه قضى فيه بما أتاه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان لم يجده فيه نظر فيما أتاه عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فقضى وقد بينا هذا فيما سبق والحاصل انه إذا صح له قول عن واحد من المعروفين من الصحابة رضى الله عنهم قضى به وقدمه على القياس لقوله صلى الله عليه وسلم أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم ولان فيما يبلغه عن الصحابي رضى الله عنه احتمال السماع فقد كانوا يسمعون من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يفتون به تارة ويرون أخرى وفيه أيضا احتمال ترجيح الاصابة في نفس الراي فقد وقفوا لما لم يوقف غيرهم بعدهم فان كانوا اختلفوا فيه تخير مدة أقاويله أحسنها في نفسه وليس له أن يخالفهم جميعا ويبتدع شيئا من رأيه لانهم لو اجتمعوا على قول لم يجز لاحد أن يخالفهم فإذا اختلفوا على أقاويل محصورة فذلك اجماع منهم على أن الحق لا يعد مما قالوا فلا يجوز لاحد أن يخالفهم ويبتدع شيئا من رأيه ولكنه يختار أحسن الاقاويل في نفسه لانهم لما اختلفوا ولم تجر الحاجة بينهم بالرواية فقد انقطع احتمال السماع وتعين القول بالراي فتعارض أقاويلهم كتعارض الاقيسة وعند ذلك على القاضي أن يصير إلى الترجيح ويعمل بما ظهر الرجحان فيه فكذلك عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم يصير إلى الترجيح فان لم يبين له وجه الترجيح فله أن يعمل بأي الاقاويل شاء لان بالتعارض لا تنعدم الحجة في أقاويلهم فينقى أن يعمل بأحسنها في نفسه ويكون ذلك عملا منه بالحجة فان لم يجده في ما جاءه عن أحد منهم اجتهد رأيه في ذلك وقاسه بما جاء منه ثم قضى بالذي يجتمع رأيه عليه من ذلك ويرى أنه الحق لانه مأمور بفصل القضاء والتكليف بحسب الوسع والذي في وسعه اجتهد الراي عند انقطاع سائر الادلة عنه فيشغل به إذ كان من أهله كمن اشتبه عليه القبلة عند انقطاع الادلة والاصل فيه قوله تعالى

[84]

اعتبروا يا أولى الابصار والاعتبار رد الشيء إلى نظيره فالعبرة هو البيان قال الله تعالى ان كنتم للراي تعبرون والبيان يرد الشيء إلى نظيره فان أشكل عليه شاور رهطا من أهل الفقه فيه وكذلك ان لم يكن من أهل الاجتهاد فعليه أن يشاور الفقهاء لانه يحتاج إلى معرفة الحكم ليقضي به وقد عجز عن ادراكه بنفسه فليرجع إلى من يعرف ذلك كما إذا احتاج معرفة قيمة شيء فان اختلفوا فيه نظر إلى أحسن أقاويلهم وأشبهها بالحق فأخذ به كما بينا عند اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم الا ان هنا ان راى خلاف رأيهم فان استحسن وأشبه الحق قضى بذلك لان اجماعهم لا ينعقد بدون رأيه وهو واحد منهم ولان رأيه أقوى في حقه من رأى غيره فلو قضى برأيه كان قاضيا بما هو الصواب عنده وإذا قضى برأى غيره كان قاضيا بما عنده انه خطأ وقضاؤه بما عنده انه هو الصواب أولى وان لم يكن من أهل اجتهاد الراي ليختار بعض الاقاويل نظر إلى أفقهم عنده وأورعهم فقضى بفتواه فهذا اجتهاد مثله ولا يعجل بالحكم إذا لم يبين له الامر حتى

يتفكر فيه ويشاور أهل الفقه لانه مأمور بالقضاء بالحق ولا يستدرك ذلك إلا بالتأمل والمشورة وقال صلى الله عليه وسلم الثاني من الله والعجلة من الشيطان والاصل في الباب حديث الشعبي رضى الله عنه قال كانت القضية ترفع إلى عمر رضى الله عنه وربما يتأمل في ذلك شهرا ويستشير أصحابه واليوم يفصل في المجلس ما به قضية وحديث ابن مسعود رضى الله عنه في المفوضة معروف فانه ردهم شهرا ثم قال أقول فيه برأى فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ فمنى ومن الشيطان الحديث فعرفنا انه ينبغي للقاضى أن يتأنى ويشاور عند اشتباه الامر وإذا قضى بقضاء ثم بدا له أن يرجع عنه فان كان الذي قضى به خطأ لا يختلف فيه رده وأبطله يعنى إذا كان مخالفا لنص أو لاجماع فالقضاء بخلاف النص والاجماع باطل وهو جهل من القاضى وفي الحديث ردوا الجهالات إلى السنة فان كان خطأ مما يختلف فيه أمضاه على حاله وقضى فيما يستقبل بالذي أدى إليه اجتهاده ويرى انه أفضل لان القضاء الاول حصل في موضع الاجتهاد فنقد ولزم على وجه لا يجوز ابطاله والاصل فيه ماروى ان عمر رضى الله عنه كان يقضى في حادثة بقضية ثم ترفع إليه تلك الحادثة فيقضى بخلافها فكان إذا قيل له في ذلك قال تلك كما قضينا وهذه كما يقضى وقال الشعبي رحمه الله حفظت من عمر رضى الله عنه في الحد سبعين قضية لا يشبه بعضها بعضا وبهذا يتبين ان الاجتهاد لا ينقص باجتهاد مثله ولكنه فيما يستقبل يقضى بما أدى إليه اجتهاده وأصله في التحرى للقبلة وذكر عن شريح

[85]

رحمه الله انه كان يقضى بالقضاء ثم يبدو له فيرجع عنه ولا يرجع فيما كان قضى به يعنى في المجتهادات كان إذا تحول رأيه بنى فيما يستقبل على ما أدى إليه اجتهاده ولم ينقص ما كان قضى به وفيه دليل أن التابعي إذا أدرك من الصحابة رضى الله عنهم وسوغوا له الاجتهاد معهم فان رأيه يعارض رأيهم لان شريحا رحمه الله كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضى الله عنهما ثم كان يبنى القضاء على رأيه ولا يرجع اليهما فيما كان يبدو له وقد سوغوا له ذلك حتى كان عليا رضى الله عنه يقول له قل يا أيها العبد ألا تنظر وقد رجع ابن عباس رضى الله عنهما إلى قول مسروق رحمه الله في مسألة نحر الولد وعن عامر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضى بالقضاء فينزل عليه القرآن بخلافه فيمضى ما قضى به ويستأنف القضاء وفي هذا دليل على انه كان يقضى باجتهاده في ما لم يوح إليه فيه وقد بينا انه كان لا يعجل بذلك ولكن كان ينتظر الوحي فإذا انقطع طمعه عن الوحي فيه قضى باجتهاده وصار ذلك شريعة ثم ينزل القرآن بخلافه بعد ذلك فيكون ناسخا له ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ونظيره أمر القبلة فانه صلى الله عليه وسلم بعد ما قدم المدينة كان يصلى إلى بيت المقدس ستة عشر شهرا ثم انتسخ ذلك بالامر بالتوجه إلى الكعبة وكان يستأنف القضاء بالناسخ ولا يبطل ما قضى به لان النسخ ينهى مدة الحكم ولا يبين أنه لم يكن حقا قبل نزول الناسخ واستدل بهذا الحديث على ما تقدم من المجتهادات فانه لا ينقص ما كان قضى به الا أنهما يفترقان من حيث أن الرأي لا ينسخ الرأي وعن أم سلمة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون إلى ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من مال أخيه بغير حق فانما أقضى له بقطعة من النار معنى قول اللحن أفطن وأقدر على البيان فاللحن في اللغة هو الغطنة وفيه دليل لمن يقول ان بقضاء القاضى لا يحل ما كان حراما

فيكون حجة لمحمد رحمه الله في مسألة قضاء القاضى في العقود والفسوخ وأبو حنيفة رحمه الله يقول المراد الاملاك المرسلة والمراد بيان الوعيد لمن يدعى الباطل ويقيم عليه شهود الزور فالوعيد يلحقه بذلك عندنا وان كان الملك ثبت له بقضاء القاضى بسببه قال وأكره للقاضى أن يفتى للخصوم في القضاء كراهة أن تعلم الخصوم قوله فتحترز منه بالباطل لحديث شريح رحمه الله حين سأل عن مسألة الحبس قال انما أقضى ولست أفتى وقد كره بعض الناس للقاضى أن يفتى في المعاملات أصلا وقالوا يفتى في العبادات وكره بعضهم أن يفتى في مجلس القضاء وقالوا لا بأس به في

[86]

غير مجلس القضاء لان كل واحد من الامرين مهم فإذا جمع بينهما في مجلس يخاف الخلل فيهما والاصح انه لا بأس بان يفتى في المعاملات والعبادات في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفتى ويقضى والخلفاء رضى الله عنهم بعده كذلك وللقضاء فتوى في الحقيقة إلا أنه ملزم وانما الذي يكره له أن يفتى للخصم فيما خاصم فيه إليه لما قيل ان الخصم إذا وقف على رايه ربما اشتغل بالتلبيس للتحرز عن ذلك فلا يفتوى له في ذلك حتى تنقضي الخصومة وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال اختصم رجلان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم واحدهما عالم بالخصومة والاخر جاهل بها فلم يلبسه العالم ان قضى له رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال يا رسول الله عليك السلام والله الذي لا اله غيره ان حقى لحق فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتى به فاخبره بالذي حلف عليه فقال يا رسول الله ان شئت عاودته الخصومة فقال عليه الصلاة والسلام عاوده فلم يلبسه أن قضى له فقام المقضى له وقعد المقضى عليه فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب بالحق ان حقى لحق يعلم ذلك نفسه فقال صلى الله عليه وسلم علي بالرجل فأتى به فاخبره فقال ان شئت عاودته فقال عليه السلام لا ولكن اعلم ان من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فانما يقتطع قطعة من نار فقال الرجل الحق حقه فكان النبي صلى الله عليه وسلم متكئا فجلس وقال من اقتطع بخصومته وجد له حق امرئ مسلم فليتبوأ مقعده من النار قال أبو هريرة رضى الله عنه فكانت هذه أشد من الاولى وفيه دليل على انه لا ينبغي للقاضى أن يكف عن القضاء مخافة تلبيس بعض الخصوم عليه فقد كانوا يفعلون ذلك عند من كان ينزل عليه الوحي وهو معصو؟ وفيه دليل انه لا بأس للمرء أن يحلف مختار فقد حلف الرجل مرتين من غير أن طلب ذلك منه ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك وفيه دليل على ان القاضى إذا ارتاب في شئ من قضائه ينبغي له أن يتثبت في ذلك ويحتاط (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بالمعاودة حين حلف المقضى عليه أن حقه حق وكان ذلك احتياطا منه وفيه دليل ان مال الغير لا يحل للغير بقضاء القاضى فقد ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الفطين في الوعيد الثاني أشد من الاول كما قاله أبو هريرة رضى الله عنه وهذا لان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه قال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه فكما أن من قصد قتل

المسلم بغير حق فجزاؤه ما قال الله تعالى فجزاؤه جهنم خالدا فيها فكذلك إذا قصد أخذ ماله بالباطل والتلبيس (قال) وينبغي للقاضي أن لا يلقن الشاهد ولكن يدعه حتى يشهد بما عنده فان كانت شهادته جائزة قبلها وان كانت غير جائزة ردها ولا يقول له اشهد بكذا فان هذا تلقين وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا رأي بأساً أن يقول أتشهدا بكذا وكذا وانما قال هذا حين ابتلي بالقضاء فرأى ما بالشهود من الخبر عند أداء الشهادة بالحق فان المجلس القضاء هيئة وللقاضي حشمة ومن لم يعتاد التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان إذا لم يعينه القاضي على ذلك وأداء الشهادة بالحق من باب البر قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وأمرنا باكرام الشهود قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيى بهم الحقوق وهذا القدر من التلقين يرجع إلى اكرامه بأن يذكر ما يسمع منه فيقول أتشهد بكذا لما لم يسمع منه فهو التلقين المكروه وفي مذهبه نوع رخصة والعزيمة فيما ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لان القاضي منهي عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل وما يكون فيه اعانة أحد الخصمين إما صورة أو معنى وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك ورد لم يجز له أن يلقن المدعى مع أن الدعوى لا تكون ملزمة فلان لا يجوز له أن يلقن الشاهد أولى ولان عادة بعض الناس أن المحتشم إذا لقن أحدهم شيئاً ترك ما كان قصد التكلم به وتكلم بما لقنه تعظيماً له فلا يأمر القاضي أن يفعل الشاهد مثل ذلك فيدع ما كان عنده من الشهادة ويتكلم بما لقنه القاضي والتلقين تعليم والقاضي انما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بالشهادة لا لتعليم الشاهد فلهذا أكره له أن يلقنه ولا يضر القاضي أن يقدم الشهود جميعاً أو واحداً واحداً لان الثابت بالنص اشتراط العدد والعدالة في الشهود وبذلك يظهر جانب رجحان الصدق فالتفريق بينهم في المجلس يكون زيادة والقاضي لا يتكلف لها الا أن يرتاب في أثرهم فعند ذلك عليه أن يحتاط لقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ومن الاحتياط أن يفرق بينهما الا أنه لا ينبغي له أن يتعنت معهم فان التعنت يخلط على الرجل عقله وان كان صحيحاً في شهادته ولان الشاهد أمين فيما يؤدي من الشهادة ولم يظهر خيانتة للقاضي فلا يتعنت معهم وقد أمرنا باكرامهم الا أنه إذا اتهمهم وفرق بينهم فلا بأس أن يسأل كل واحد منهم أين كان هذا وكيف ومتى كان فهو من باب الاحتياط ودفع الريبة لامن باب التعنت وان اختلفوا في ذلك اختلفا يفسد الشهادة أبطلها وان كان لا يفسدها أجازها ولا يطرحها بالتهمة والظن فان الظن لا يغنى من الحق شيئاً

قال صلى الله عليه وسلم إذا ظنت فلا تحقق فما لم يعلم منهم سواء أو يسمع منهم عند السؤال اختلفا مفسدا لشهادتهم لم يمنع من القضاء بالشهادة بمجرد الظن وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد فلا ينبغي أن يسأل عنه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولكنه يقضى بظاهر العدالة الا أن يطعن الخصم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يسأل عنهم وان لم يطعن الخصم وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فقد كان أبو حنيفة رحمه الله يفتى في القرن الثالث وقد شهد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بالصدق والخيرية بقوله صلى الله عليه وسلم خير الناس قرني الحديث

وكانت الغلبة للعدول في ذلك الوقت فلهذا كان يكتفى بظاهر العدالة وهما أفتيا بعد ذلك في القرن الذي شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهله بالكذب بقوله صلى الله عليه وسلم ثم يفتشوا الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يستشهد وكانت الغلبة في ذلك الوقت لغير العدول فقال لا بد للقاضي أن يسأل عن الشهود وحجتهم أن اشتراط العدالة في الشاهد للقضاء بشهادته ثابت بالنص قال الله تعالى اثنان ذوى عدل منكم وقيل السؤال عنهما صفة العدالة محتملة فيهما والشرط لا يثبت بما هو محتمل * توضيحه ان على القاضي أن يصون نفسه عن القضاء بشهادة الفاسق فقد أمر بالتثبت في خبر الفاسق فانما يسأل عن الشهود صيانة لقضائه فلا يتوقف على ذلك على طلب الخصم ولان كان ذلك لحق الخصم فليس لكل خصم ينصر حجته فربما يهاب الخصم الشهود فلا يجاهر بالطعن فيهم والقاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (ألا ترى) انا في الحدود يسأل عن الشهود وان لم يطعن الخصم لهذا المعنى فكذلك في الاموال وأبو حنيفة رحمه الله استدل بظاهر الحديث المسلمون عدول بعضهم على بعض فهذا من صاحب الشرع تعديل لكل مسلم فتعديل صاحب الشرع أقوى من تعديل المزكى ثم العدالة هي الاستقامة يقال للجادة طريق عدل وللبيان طريق عدل جائز وقد علم القاضي منهم الاستقامة واعتقد وذلك يحمله على الاستقامة في التعطاطى فعليه أن يتسمك به ما لم يظهر خلافه فهذا دليل شرعي فوق خبر مزكى وانما يعتمد هذا الدليل إذا لم يطعن الخصم فأما بعد طعنه يقع التعارض لان الخصم مسلم ودينه يمنعه من أن يجازف بالطعن فيهم فالتعارض وجب على القاضي أن يسأل حتى يظهر المرجح لاحد الجانبين بخبر المزكى فأما في الحدود يسأل وان لم يطعن الخصم احتيالا للدرء وقد أمر بدرء الحدود لان الحدود ان وقع فيها غلط لا يمكن تداركه وبظاهر العدالة لا تنتفي الشبهة فقيما يندرى بالشبهات لا يكتفى بذلك فأما المال مما يثبت مع

[89]

الشبهات وإذا وقع الغلط فيه أمكنه التدارك فيكتفى بظاهر العدالة في ذلك ما لم يطعن الخصم وإذا سأل عن الشهود لم يقضى بشهادتهم حتى تأتى مسألتهم مزكاة يعنى ان المزكى ان كتب في جوابه أنهم عدول لا يكتفى بذلك فالعدل قد لا يكون من أهل الشهادة كالعبد عدل في روايته وكذلك ان كتب عدول أحرار فالمحدود في القذف بعد التوبة حر عدل وكذلك ان كتب أنه نفذ فقد بطل هذا اللفظ على المستور الذي لا يعرف حاله فان كتب أنه مزكى فهو تنصيص على وجوب العمل بشهادته ولان القاضي انما طلب من المزكى التزكية فينبغي أن يجيبه إلى ما طلب بلفظه كما أنه لما طلب من الشاهد أن يشهد فما لم يأت بلفظة الشهادة لاتقبل شهادته وإذا اختصم إلى القاضي قوم يتكلمون بغير العربية وهو لا يفقه لسانهم فانه ينبغي له أن يترجم عنهم له رجل مسلم ثقة واتخاذ الترجمان للحاجة قد كان عليه الناس في الجاهلية وبعد الاسلام ولما جاء سلمان رضى الله عنه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليسلم ترجم يهودى كلامه لرسول الله صلى الله عليه وسلم فخاف في ذلك حتى نزل الوحي حديث فيه طول وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن ثابت رضى الله عنه أن يتعلم العبرانية وكان يترجم لرسول الله صلى الله عليه وسلم عمن كان يتكلم بين يديه بتلك اللغة ثم لا خلاف أنه يشترط في المترجم أن يكون عدلا مسلما لان نفس الخبر محتمل للصدق والكذب فانما يترجم جانب الصدق بالعدالة ويشترط الاسلام أيضا لان الكفار معادون للمسلمين

فالظاهر أنهم يقصدون الحناية في مثل هذا قال الله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا أي لا يقصرون في افساد أموركم فلهذا لا يقبل القاضى الترجمة الا من مسلم عدل والواحد لذلك يكفى والمثنى أحوط في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يشترط في المترجم لكلام الخصم أو لشهود الشاهدين ما يشترط في الشهادة من العدد وذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذلك الخلاف في التزكية عندهما تزكية الواحد يكفى والمثنى أحوط وعند محمد رحمه الله لابد من عدد الشهادة في ذلك وكذلك الخلاف في رسول القاضى إلى المزكى فمحمد رحمه الله يقول ما لم يفهم القاضى فكأنه لم يسمعه ومعنى هذا وهو انه انما يسمع من المترجم لانه يفهم قول المترجم وعليه ينبنى الحكم فكانت الترجمة في حقه بمنزلة الشهادة (ألا ترى) أنه يعتبر فيها ما يعتبر في الشهادة من الحرية والاسلام والعدالة فكذلك العدد وهذا لانه يلزم على القاضى القضاء وهذا أكد ما يكون من الالزام فيشترط العدد فيه لطمانية القلب كالشهادة الا أنه لا يشترط

[90]

لفظة الشهادة لان اشترط ذلك في الشهادة ليس لمعنى الالزام بل هو ثابت بالنص بخلاف القياس أو لمعنى الزجر عن الشهادة بالباطل فقوله أشهد بمنزلة قوله أحلف ولهذا أعظم الزور في شهادة الزور كما في اليمين الغموس والمدعى هو الذي يأتي بالشهود فلمكان احتمال المواضعة والتلبيس بينهم شرطنا لفظة الشهادة وأما المترجم بحيازة القاضى فيعندم في حقه مثل تلك التهمة فلهذا لا يشترط في حقه لفظة الشهادة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قال المترجم مخير غير ملزم وخبر الواحد مقبول بشرط العدالة والاسلام وان كان ملزما كما في رواية الاخبار وكما في الشهادة على رؤية هلال رمضان والدليل عليه أنه لا يعتبر لفظة الشهادة فيه ولو كان هذا في معنى الشهادة لاستوى فيما اختص به الشهادة كاختصاص الشهادة من بين سائر الاخبار بلفظ الشهادة فإذا لم يجعل هذا الخبر بمنزلة الشهادة فيه ففى العدد أولى واشترط الاسلام والعدالة هنا بمنزلة اشتراط ذلك في رواية الاخبار واشترط الحرية لانه يلزم الغير ابتداء من غير أن يلتزم شيئا فكان من باب الولاية والرق تبقى الولاية على الغير بخلاف رواية الاخبار والشهادة على هلال رمضان فانه يلتزم ذلك بنفسه ثم يتعدى إلى غيره فلا تشترط الحرية فيه لذلك ومع أن الواحد يكفى لذلك كما في رواية الاخبار ولكن رجل وامرأتان أوثق لانه في الاحتياط اقرب قال وينبغى للقاضى أن يتخذ كاتباً من اهل العفاف والصلاح لانه محتاج إلى أن يكتب ما جرى في مجلسه وربما يعجز عن مباشرة جميع ذلك بنفسه فيتخذ كاتباً لذلك والكاتب نائبه فينبغى أن يشبهه في العفاف والصلاح والكتاب من أقوى ما يعتمد عليه القاضى فلا يفوضه الا إلى من هو معروف بالصلاح والعفاف حتى لا يخدع بالرشوة ثم لم يقعه حيث يرى ما يكتب وما يصنع اما لانه يحتاج إلى الرجوع إلى ما في يده من المكتوب في كل حادثة فليكن بمرأ العين منه أو لانه لا يأمن عليه من أن يخدعه بعض الخصوم بالرشوة إذا لم يكن بمرأ العين من القاضى ثم يكتب خصومة كل خصمين وما بينهما من الشهادة في صحيفة بيضاء وحدها ثم يطويها ويختمها ويختمها بخاتمه للتوثق كيلا يزداد فيها ثم يكتب عليها خصومة فلان بن فلان وفلان بن فلان في شهر كذا في سنة كذا حتى يتيسر عليه تمييزها من سائر الصخائف إذا اختلفت بها ولا يحتاج في ذلك إلى فتح الخاتم فقد يشق عليه ذلك في كل وقت ويجعل خصومة كل شهر

في قطمر على حدة لا يخالطها شئ آخر والقطمر اسم لخريطة القاضي وفيه لغتان قمطرة وقطمر وانما يتخذ لخصومة كل شهر خريطة على حدة ليتيسر عليه وجودها

[91]

عند الحاجة إليها ويجدها بأدنى طلب ويكتب التاريخ لانه قد يحتاج إليه عند منازعة الخصوم والاصل في كتاب التاريخ ماروى ان عمر رضى الله عنه لما اراد أن يكتب إلى الافاق قيل له ان الملوك لا يقبلون الكتاب إذا لم يكن مؤخرًا فجمع الصحابة وشاورهم في التاريخ ثم اتفقوا على ان جعلوا التاريخ من وقت الهجرة وبقي ذلك إلى يومنا هذا قال وليباشر هو بنفسه مسائل الشهود فيكتبها أو يكتب بين يديه ثم يبعث بها في السر إلى أهل الثقة عنده والعفاف والصلاح فيبعث كل مسألة مع رجلين كل واحد منهما ثقة ولا يطلع واحد منهما على ما يبعث به مع صاحبه لان قضاءه يبنى على الشهادة فلا يدع في بابها أقصى ما في وسعه من الاحتياط والمباشرة بنفسه وقد كانت التزكية في الابتداء علانية ثم أحدث شريح رحمه الله تزكية السر فقيل له أحدثت يا أبى أمية فقال أحدثتم فأحدثنا فكان يجمع بين تزكية السر وتزكية العلانية فيسأل عن حال الشهود في السر ثم يحضر الشهود والمزكون ليزكوههم علانية فيقول هؤلاء الذين زكينا هم هو أتم ما يكون من الاحتياط غير ان القضاة تركوا بعد ذلك تزكية العلانية واكتفوا بتزكية السر ابقاء للستر على الناس وتحرزوا عن الغيبة التي تقع بين المزكين وبعض الشهود في تزكية العلانية إذا ميزوا المجروح فلهذا يكتفى بتزكية السر في زماننا وانما لا يطلع واحد من الرسولين على ما يبعث به مع صاحبه كيلا يتواضعا بينهما على شئ وان استطاع أن لا يعرف له صاحب مسألة فليفعل لانه إذا كان معروفًا فيرجع إليه بعض الخصوم فيخذه بالرشوة أو تخوفه بعض الشهود فيزكى المجروح لذلك ويلبس على القاضي فكان الاحتياط أن لا يعرف له صاحب مسألة ولكن في زماننا اتخذوا التزكية عملاً فيشتهر المزكى لذلك لا محالة والاحتياط للقاضي أن يسأل عنه وعن غيره من العدول وأهل الصلاح ممن يقف عليه القاضي ولا يعرفه الخصوم وإذا أتاه تزكية رجل من ثقة وأتاه من ثقة آخر انه غير عدل أعاد المسألة لوقوع التعارض بين الخبرين فان النافي معارض للمثبت فيما طريقه الخبر وقد بينا في كتاب الاستحسان وذكرنا هناك انه إذا اتفق رجلان على التزكية عمل بقولهما ولم يعمل بقول الواحد الذي خرج لان المثني حجة في الاحكام فلا يعارضه خبر الواحد وإذا اجتمع رهط على التزكية ورجلان عدلان على الحرج أخذ بقولهما لان الذين زكوا اعتمدوا ظاهر الحال وخفى عليهم ما عرفه اللذان جرحا من العارض الموجب للجرح فيه وقد ثبت ذلك بحجة كاملة فان خبر المثني حجة في اثبات الحكم (قال) وينبغي أن يكتب الشاهد اسمه ونسبه وحليته ومنزله في دار نفسه

[92]

أو في دار غيره لانه ما لم يصير معلوما عند من يسأل عن حاله لا يمكنه ان يسأل وانما يصير معلوما بما ذكرنا وانما يكتب منزله لان أعرف الناس بحال المرء جيرانه (ألا ترى) ان ذلك الرجل لما قال يا رسول الله عليك السلام

كيف أنا قال صلى الله عليه وسلم سل جيرانك وانما يتمكن من أن يسأل جيرانه عن حاله الا عرف منزله ولانه قد يتسمى رجل باسم غيره للتلبس على القاضي فيتحرز عن ذلك بأن يكتب منزله ويسأل عن التزكية في العلانية بعد التزكية في السر لانه ربما يشتبه على المزكى أو يلتبس عليه فيزكى غير من شهد وينعدم هذا الوهم عند تزكية العلانية الا انه استحسنت ترك ذلك في زماننا للتحرز عن الفتنة وإذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله ان يتفكر في ذلك حتى يتذكر وليس له أن يقضى بذلك ان لم يتذكر وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إذا وجد ذلك في قمطرة تحت خاتمه فعليه أن يقضى به وان لم يتذكر وهذا منهما نوع رخصة للقاضي لكثرة اشتغاله بعجز أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب وانما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فان الآدمي ليس في وسعه التحرز عند النسيان (ألا ترى) إلى ما ذكر الله تعالى في حق من هو معصوم فقال الله تعالى سنقرئك فلا تنسى الا ما شاء الله وفي تخصيصه بذلك بيان ان غيره ينسى وسمى الانسان انسانا لانه ينسى قال الله تعالى ولقد عهدنا إلى آدم من قبل فنسى ولم نجد له عزما فلو لم يجز له الاعتماد على كتابه عند نسيانه أدى إلى الحرج والخرج مدفوع ثم ما كان في قمطرة تحت خاتمه فالظاهر انه حق وان لم يصل إليه يد معتبرة ولا زائدة فيه والقاضي مأمور باتباع الظاهر ومذهب أبي حنيفة رحمه الله هو العزيمة فالمقصود من الكتاب ان يتذكر إذا نظر فيه لان الكتاب للقلب كالمرأة للعين وانما تعتبر المرأة ليحصل الإدراك بالعين فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه وهذا لان الكتاب قد يزور ويقتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم وليس للقاضي ان يقضى الا بعلم وبوجود الكتاب لا يستفيد العمل مع احتمال التزوير والافتعال فيه وهذه ثلاثة فصول أحدهما ما بينا والثاني في الشاهد إذا وجد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ولكن لم يتذكر الحادثة والثالث إذا سمع الحديث فوجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا غره وهو خط معروف ولكنه لم يذكر في الفصول الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ليس له ان يعتمد الكتاب ولهذا قلت له

[93]

روايته لانه كان يشترط في الرواية الحفظ من حين سمع إلى ان يروى واليه اشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله نصر الله امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من يسمعها ومحمد رحمه الله في الفصول الثلاثة اخذ بالرخصة للتيسير على الناس وقال يعتمد خطه إذا كان معروفا وأبو يوسف رحمه الله في مسألة القاضي ورواية الحديث أخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة فقال الصك الذي فيه الشهادة كان في يد الخصم فلايا من الشاهد التغيير والتبديل فيه فلا يعتمد خطه في الشهادة ما لم يتذكر الحادثة وان وجد القاضي سجلا في خريطته ولم يتذكر الحاجة فهو على الخلاف الذي بينا وان نسي قضاءه ولم يكن سجل فشهد عنده شاهد أنك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقضي بذلك وقيل على قول أبي يوسف رحمه الله لا يعتمد ذلك وعند محمد رحمه الله يعتمد ذلك فيقضى به وعلى هذا من سمع من غيره حديثا ثم نسي ذلك راوي الاصل فسمعه ممن يروى عنده فعند أبي

يوسف رحمه الله ليس له أن يعتمد رواية الغير عنه كما لا يفعل ذلك شاهد الاصلى إذا شهد عنده شاهد الفرع على شهادته وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك للتيسر من الوجه الذي قلنا وعلى هذه المسائل التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد رحمهم الله في الرواية في الجامع الصغير وهي ثلاثة مسائل سمعها محمد من أبي يوسف رحمهما الله ثم نسي ذلك أبو يوسف رحمه الله فكان لا يعتمد رواية محمد رحمه الله بناء على مذهبه في ذلك ومحمد رحمه الله كان لا يدع الرواية مع ذلك بناء على مذهبه فحال القاضى كذلك وما وجد في ديوان القاضى بعد أن يعدل من شهادة أو قضاء أو اقرار فهو غير مأخوذ به ولا مقبول الا أن يقوم بينة أنه قضى به وأنفذه وهو قاضى يومئذ لان القاضى الثاني لا يعلم حقيقة شئ من ذلك وولاية القاضى فوق ولاية الشهادة فإذا كان لا يجوز للمرء أن يشهد بما لا يعلم فئلا يجوز له أن يقضى بما لا يعلمه أولى والاصل فيه قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال صلى الله عليه وسلم للشاهد إذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد والا فدع ثم طريق اثباته عند القاضى اقامة البينة وبشترط أن يشهدوا أنه كان قاضيا حين قضى بهذا فلعله أنفذه بعد العزل والقضاء منه بعد العزل لا يكون نافذا ولا ينبغي للقاضى أن يتخذ كتابا من أهل الذمة * بلغنا أن أبا موسى الاشعري قدم على عمر رضى الله عنهما فسأله عن كاتبه فقال هو رجل من أهل الذمة فغضب عمر رضى الله عنه من ذلك

[94]

وقال لا تستعينوا بهم في شئ وأبعدوهم وأذلّوهم فاتخذ أبو موسى كتابا غيره ولان ما يقوم به كاتب القاضى من أمر الدين وهم يخونون المسلمين في أمور الدين ليفسدوه عليهم (قال) الله تعالى لا تتخذوا بطانة الآية وان عمر رضى الله عنه أعتق عبدا له نصرانيا يدعى بحنس وقال لو كنت على ديننا لاستعنا بك في شئ من أمورنا ولان كاتب القاضى يعظم في الناس وقد نهينا عن تعظيمهم قال صلى الله عليه وسلم أذلّوهم ولا تظلموهم ولا تتخذوا كتابا مملوكا ولا محدودا في قذف ولا أحدا ممن لا تجوز شهادته لان الكاتب ينوب عن القاضى فيما هو من أهم أعماله فلا يختار لذلك الا من يصلح للقضاء وربما يحتاج القاضى إلى الاعتماد على شهادته في بعض الامور أو يحتاج بعض الخصوم إلى شهادته فلا يختار الا من يصلح للشهادة ولا بأس بان يكلف القاضى الطالب صحيفة يكتب فيها حجه وشهادة شهوده لان منفعة ذلك له والذي يحق على القاضى مباشرة القضاء فاما الكتبة ليست عليه فلا يلزمه اتخاذ الصحائف لذلك من مال نفسه ولكن لو كان في بيت المال سعة فرأى أن يجعل ذلك من بيت المال فلا بأس بذلك لانه يتصل بعمله وكفايته في مال بيت المال فما يتصل به لا بأس بان يجعل في مال بيت المال وعلى هذا أجر كاتب القاضى فانه ان جعل كفايته في بيت المال لكفاية القاضى ليحتسب في عمله فهو حسن وان رأى أن يجعل ذلك على الخصوم فلا بأس به لانه يعمل لهم عملا لا يستحق على القاضى مباشرته وكذلك أجير قاسم القاضى وإذا هلك ذكر شهادة الشهود من ديوان القاضى فشهد عنده كاتبان له ان شهوده فلان وفلان وقد شهدوا عنده بكذا وكذا لم يقبل ذلك لانهما ما أشهد الكاتبين على شهادتهما ولا يقبل شهادة الانسان على شهادة غيره وإذا لم يشهد على شهادته وينبغي للقاضى أن يكتب شهادة الشاهدين بمحضر المشهود عليه أو وكيله حتى لا يغير شيئا من موضعه لان الشهود ان زادوا شيئا أو حرفوه طعن فيه وخاصم ورفع ذلك إلى القاضى نائبه وكون الكاتب بمحضر منه أقرب إلى

النظر له وإلى نفى التهمة عن القاضي وإن كتبها بغير محضر منه لم يضره ذلك لانه يكتب ما سمع وهو أمين في ذلك ما لم تظهر خيانتة وينبغي للقاضي أن يعرض كتاب الشهادة بعد ما يكتبها على الشاهد حتى يعرف هل زاد شيئاً أو حرقه عن موضعه لأن حجة القضاء شهادة الشهود فيستقصى في الاحتياط فيه وذلك في العرض على الشاهد بعد ما يكتب ولهذا قيل إذا لم يكن ماهراً في العربية ينبغي له أن يكتب شهادة الشهود بلفظه ولا يحوله إلى لغة مخافة الزيادة والنقصان والله أعلم بالصواب

[95]

(باب كتاب القاضي إلى القاضي) (قال رحمه الله أعلم بأن القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي إلى القاضي لأن كتابه لا يكون أقوى من عبارته ولو حضر بنفسه مجلس القضاء المكتوب إليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذلك إذا كتب به إليه ولأن الكتاب قد يزور ويفتعل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملاً والمحمّل لا يصلح حجة للقضاء ولكننا جوزنا العمل بكتاب القاضي إلى القاضي فيما ثبتت مع الشبهات لحديث علي رضي الله عنه أنه جوز ذلك ولحاجة الناس إلى ذلك فقد يكون الشاهد للمرء في حقه على بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادتهما وأكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب إلى مجلس ذلك القاضي ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك إلى القاضي المكتوب إليه فللتيسير جوزنا ذلك ولكن فيما ثبتت مع الشبهات لانه لا ينفك عن شبهته كما أشرنا إليه في وجه القياس فلا يكون حجة فيما يندري بالشبهات ولأن ذلك نادر لاتعم البلوى به فلما جعل هذا حجة للحاجة اقتصر على ما تعم البلوى به لأن الحاجة تمشي إلى ذلك فإذا أتى القاضي كتاب قاضي سأل الذي جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه لانه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت الا بشهادة شاهدين ثم يقرؤه عليهم ويشهدون على ما فيه فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال إذا شهدوا أنه خاتمه وكتابه قبله وإن لم يعرف ما فيه وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعجبهما أن يقف عليه غيرهما ولهذا يختم الكتاب ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه ولكننا نقول ما هو المقصود لا بد من أن يكون معلوماً للشاهد والمقصود ما في الكتاب لا عين الكتاب والختم وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتاباً آخر على حدة فاما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل الا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة (قال) ولا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم لأن ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان الكاتب ينقل

[96]

ألفاظ الشهادة كتابة إلى القاضى المكتوب إليه كما ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارة ثم لا تسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذلك لا يفتح الكتاب الا بمحضر من الخصم فإذا قرأه عليه وعلم ما فيه فانه ينبغي له أن يخرمه ويختمه لكيلا يغير شيئاً منه ويكتب عليه اسم صاحبه ليتسیر عليه وجوده في قمطره عند الحاجة إليه وإذا وصل الكتاب إلى هذا القاضى بعد ما مات الكاتب أو عزل لم يعمل به لانه ما أتاه كتاب القاضى لان الكاتب قد انعزل حين عزل أو مات فانما أتاه كتاب واحد من الرعايا وذلك لاصلاح حجة للقضاء وان مات ذلك أو عزل بعد ما وصل الكتاب إلى هذا القاضى وقرأ ما فيه فانه يعمل به لان الذي أتاه كتاب القاضى وقد بينا أن الكتاب في معنى الشهادة على الشهادة والشاهد على الشهادة إذا مات بعد أداء الشهادة يجوز العمل بشهادته بخلاف ما إذا مات قبل الاداء فكذلك كتاب القاضى إلى القاضى لان وصول الكتاب إليه وقراءته في معنى أداء الشهادة في مجلسه وان مات المكتوب إليه أو عزل قبل أن يصل إليه الكتاب ثم وصل إلى الذي ولى بعده لم يعمل به لان الكتاب إلى غيره فلا يكون حجة للقضاء في حقه وكذلك لو وصل إليه وقرأه ثم مات قبل أن يقضى به لم يعمل به من بعده بمنزلة مالهو شهد الشهود في مجلسه فمات قبل أن ينفذه الا أن يكون الكتاب إلى كل من يصل إليه من حكام المسلمين فقد جوز ذلك مع جهالة المكتوب إليه لحاجة الناس إلى ذلك استحساناً الا أنه يكلف الخصم إعادة البينة على الكتاب والختم بين يديه لان ما قام من البينة في المجلس الاول قد بطل بموته قبل تنفيذه وان كتب القاضى إلى قاضى في حق لرجل شهادة شهود شهدوا عنده عليه فانه ينبغي له أن يسمى الشهود في الكتاب وينسبهم إلى آبائهم وقبائلهم والاصل أن الغائب عن مجلس القضاء يجب تعريفه بأقصى ما يمكن (الا ترى) انه لا يعرف المحدودات الا بذكر الحدود فيعرف الادمى بالنسب والاسم لان ذلك أقصى ما يمكن في تعريفه إذا تعذر احضاره وتماز ذلك بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده فالمقصود تمييزه عن غيره والتميز يحصل بهذا فقل ما ينفق رجلان في الاسم والنسب بهذه الصفة ولان كان فهو نادر ويذكر قبيلته أيضاً ولو اكتفى بذكر اسمه واسم أبيه واسم قبيلته جاز أيضاً فقل ما ينفق رجلان في قبيلة واحدة باسمهما واسم أبيهما ويقام ذكر القبيلة مقام ذكر الجد فهو الجد الاعلى وان ذكر اسمه واسم أبيه فقد روى عن أبى يوسف رحمه الله ان ذلك يكفى إذا عرفه بصناعة وهو معروف بها وعند أبى

[97]

حنيفة رحمه الله لا يكفي لان ذكر الصناعة ليس بشئ فقد يتحول الانسان من صناعة إلى صناعة فان كان قد عرفهم بالصلاح كتب بذلك وان لم يعرفهم وأخبر بذلك عنهم كتب به لان المقصود اعلام عدالتهم للقاضى المكتوب إليه ليتمكن من القضاء بالقضاء يقع بشهادتهم وان حلاهم فحسن وان ترك التحلية لم يضر لان المقصود وهو التعريف قد حصل بذكر الاسم والنسب الا أنه إذا كان من رأى الكاتب أن يذكر التحلية فينبغي أن يذكر من ذلك ما لا يشينه ولا يعير به في الناس فيتحرز عن ذكر ما يشينه فذلك نوع غيبة فان أراد الذي جاء به من المكتوب إليه أن يكتب به إلى قاض آخر فعليه لان شهادة الشهود تثبت عنده بالكتابة فكأنه تثبت بسماعه منهم وكما جوزنا الكتاب من القاضى الاول للحاجة فكذلك نجوزه من الثاني لان الخصم قد يهرب إلى بلدة أخرى قبل قضاء المكتوب إليه بذلك عليه وإذا سمع القاضى شهادة الشهود وكتب بها إلى قاض آخر فلم يخرج الكتاب من

يده حتى حضر المدعى عليه لم يحكم بذلك عليه لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء كشاهد الفرع إذا استقصى بعد ما شهد الاصلان عنده وأشهداه على شهادتهما لم يجر له أن يقضى بذلك وهذا لان جواز القضاء بالبينة والذي سمع شهادة لابينة فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك الا بمحضر من الخصم بعد انكاره أو سكوته القائم مقام انكاره فان أعاد المدعى تلك البينة بمحضر من الخصم فالان يقضى له بها لان شرط قبول البينة للقضاء انكار الخصم وقد وجد ذلك حين أعادها وما تقدم من الاداء وجوده كعدمه وإذا وصل الكتاب إلى المكتوب إليه وقرأه بحضرة الخصم وشهد الشهود على الختم وما فيه وهو مما يختلف فيه الفقهاء لم ينفذه المكتوب إليه الا أن يكون من رأيه كما إذا شهد الفروع عنده على شهادة الاصول وهذا بخلاف ما اذا كان الاول قد قضى به وأعطى الخصم سجلا فالثاني ينفذ ذلك وان لم يكن من رأيه لان قضاء القاضي في المجتهديات نافذ (ألا ترى) أنه ليس للاول أن يبطل قضاءه وان تحول رأيه فكذلك ليس للثاني أن يبطل ذلك فأما في الكتاب الاول ما قضى بشئ (ألا ترى) أن له أن يبطل كتابه قبل أن يبعث به إلى الثاني وان الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه من ذلك شيئا فكذلك الثاني لا ينفذ كتابه الا أن يكون ذلك من رأيه ولا يقبل كتاب القاضي في شئ من الحدود والقصاص لان ذلك مما يندرى بالشبهات

[98]

وللشافعي رحمه الله قول ان ذلك مقبول الا في الحدود التي هي لله تعالى خالصا وأصل ذلك في الشهادة على الشهادة وسيأتيك بيانه في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يقبل كتاب قاضي رستاق ولا قرية ولا كتاب عاملها لان المعمول به كتاب القاضي والقاضي الرستاق متوسط وليس بقاضي فالمصر من شرائط القضاء في ظاهر الرواية لان القضاء من اعلام الدين كالجمع والاعيان فيكون مختصا بالمصر وذلك في بعض النوادر أن قاضي القرية إذا قضى بشئ بعقد تقليد مطلق فقضاؤه نافذ فعلى هذا إذا كان قاضي الرستاق بهذه الصفة يقبل كتابه وعلى هذا قالوا إذا خرج قاضي المصر إلى قرية وهي خارجة من فناء المصر فقضى هناك بالحجة لا ينفذ قضاؤه في ظاهر الرواية لانعدام شرط القضاء وهو المصر وعلى رواية النوادر ينفذ قضاؤه وكثير من المتأخرين رحمهم الله أخذوا بذلك قالوا أرايت لو كانت الخصومة في ضيعة في بعض القرى فرأي القاضي الاحوط أن يحضر ذلك الموضع ليسمع الدعوى والشاهدة ويحكم عند الضيعة أما كان ينفذ حكمه بذلك ومن قال بهذا قال تأويل ما قال في الكتاب أنه لا حاجة إلى قبول كتاب القاضي الرستاق فانه يتيسر احضار الخصم مع الشهود في مجلس القضاء في المصر ولكن هذا بعيد فقد ذكر بعده انه لا يقبل الا كتاب قاضي مدينة فيها منبر وجماعة أو كتاب الامير الذي استعمل القاضي لاله بما كفل كتاب من تلك تنفيذ القضاء والامير الذي استعمل القاضي لو نفذ القضاء بنفسه جاز ذلك منه وكيف لا يجوز وانما ينفذ قضاء القاضي بأمره فكذلك قاضي المدينة ينفذ قضاؤه لو قضى بنفسه فيقبل كتابه بخلاف قاضي الرستاق ولا تجوز شهادة أهل الذمة على كتاب قاضي المسلمين لدمى على ذمى ولا على قضائه لانهم يشهدون على فعل المسلم وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة في اثبات فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة فقل ما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في قضاء قاضي المسلمين وكتابه وخاتمه لان الاشهاد على

ذلك منه في مجلسه ومجلس قاضى المسلمين يحضره المسلمون دون أهل الذمة وإذا جاء بكتاب القاضى ان لفلان على كذا وكذا من الدين لم يجر حتى ينسبه إلى أبيه وإلى فخذة التى هو بها أو ينسبه إلى تجارة يعرف بها مشهورة وقد بينا قول أبى حنيفة رحمه الله في النسبة إلى التجارة لأنها لا تقوم مقام النسبة إلى الفخذ إلا أن يكون شيئا مشهورا لا يخفى على أحد وإن كان في تلك الفخذ أو إلى التجارة اثنان

[99]

كذلك لم يجر حتى ينسب إلى شئ يعرف به من الآخر لأنه لا بد من تميز المشهود عليه من غيره (ألا ترى) انهما لو شهدا على أحد الرجلين بحضرتهما لم يقبل ذلك بدون التعيين فكذلك في حق الغائب لا بد من تميز المشهود عليه من الآخر على وجه لا يبقى فيه شبهة وإن لم يكن كذلك إلا واحدا فاقام الخصم البينة انه قد كان فيهم رجل على ذلك الاسم والنسب وأنه قد مات لم يقبل ذلك منه إذا كان موته قبل تاريخ الكتاب وإن كان بعده قبلته وأبطلت الكتاب الذي جاء به المدعى لأن الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم للقاضى ولو كان معلوما عند القاضى وجوده وموته قبل تاريخ الكتاب لم يمتنع لاجله من العمل بالكتاب لأن في الكتاب ذكر الاسم والنسب مطلقا فانما ينصرف ذلك إلى الحى دون الميت لأنه إذا كان المقصود الميت يذكر في الكتاب فلان الميت وأما إذا كان موته بعد تاريخ الكتاب فكل واحد منها كان حيا حين كتب القاضى الكتاب وليس في الكتاب ما يميز أحدهما عن الآخر أرأيت لو ادعى هذه الدعوى على ورثة الميت واحتج ورثة الميت بالحى أكان يتمكن القاضى من القضاء على ورثة الميت بشئ وليس في الكتاب ما يميز مورثهم من الآخر إلا أن يكون في الكتاب فلان بن فلان لفلان وقد مات فيعلم بذلك أن المشهود عليه الميت منهما دون الحى وإن كان نسبه في ذلك الكتاب إلى أبيه وإلى بكر بن وائل أو إلى تميم أو همدان لم أجزه حتى ينسبه إلى فخذة التى هو منها أدناها إليه بعد أن يقول قبيلته عليها العرافة لأن المقصود التعريف وذلك لا يحصل إلا بنسبته إلى أدنى إلا فخذ أرأيت لو قالوا فلان بن فلان العربي أو نسبوه إلى آدم صلى الله عليه وسلم أكان يحصل التعريف بذلك (قال) إلا أن يكون رجلا مشهورا أشهر من القبيلة فيقبل ذلك إذا نسبه إلى تلك الشهرة فالتمييز بينه وبين غيره يحصل بالشهرة فتقوم ذلك مقام ذكر الاسم والنسب ولو جاء بكتاب قاض بشهادة شهود على دار ليس فيها حدود لم يجر ذلك كما لو شهدوا به في مجلسه وهذا لأن المشهود به مجهول فقيما لا يمكن احضاره مجلس القاضى التعريف بذكر الحدود فيبقى مجهولا بدونه وكذلك لو كانوا حدودا بحدين إلا في رواية عن أبى يوسف رحمه الله قال إذا ذكروا أحد حدى الطول وأحد حدى العرض يجوز للقاضى أن يقضى ويكتفى به وهذا ليس بصحيح لأن بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوما فإن حدودا بثلاثة حدود جاز ذلك عندنا استحسانا وعلى قول زفر رحمه الله لا يجوز لبقاء بعض الجهالة حين لم يذكروا الحد الرابع وقياس هذا بما لو ذكروا الحدود الأربعة وغلطوا في أحدهما ولكننا نقول

[100]

قد ذكروا أكثر الحدود واقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوما ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد اعلام الطول يصير معلوما أيضا وقد تكون الارض مثلثة لها ثلاثة حدود فإذا كانت بهذه الصفة فلا خلاف أنه يكتفى بذكر الحدود الثلاثة وهذا بخلاف ما إذا غلطوا في ذكر أحد الحدود لان المشهود به بما ذكروا صار شيئا آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه وما إذا خالفوا في ذكره كما إذا ادعى شراء شئ بثمن منقود فان الشهادة على ذلك تقبل وان سكنت الشهود عن ذكر جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله وان لم يحدوها ونسبوها إلى اسم معروف لم يجر ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله وجاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ وذكر الحدود في العقارات كذكر الاسم والنسب في الآدمي ثم هناك الشهرة تغنى عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالشهرة يصير موضع الاصل معلوما فما مقدار المشهود به لا يصير معلوما الا بذكر الحدود وجهالة المقدار تمنع من القضاء ومعنى هذا ان الدار المشهودة قد يزداد فيها وينقص منها ولا تتغير الشهرة بذلك بخلاف الآدمي فانه لا يزداد فيها ولا ينقص منه والحاجة هناك إلى اعلام أصله وبالشهرة يصير معلوما ولو جاء بكتاب قاض أن لفلان على فلان السدي عبد فلان بن فلان الفلاني كذا كذا أجرته لان المملوك يعرف بالنسبة إلى مالكة فالنسبة إلى الاب والقبيلة تتعطل بالرق وانما ينسب إلى مالكة (ألا ترى) ان الولاية على المملوك لمالكة دون أبيه فإذا نسبه إلى مالك معروف بالشهرة أو بذكر الاسم والنسب فقد تم تعريفه بذلك وكذلك ان نسب العبد إلى عمل أو تجارة يعرف بها فالتعريف في الحر يحصل بذلك في ظاهر الرواية فكذلك في العبد وان جاء بالكتاب ان العبد له لم يجر ذلك وهما في القياس سواء وقد بينا هذه المسألة في كتاب الابن ما يقبل فيه كتاب القاضى وما لا يقبل (قال) وقال محمد رحمه الله لا يجوز عندنا كتاب القضاة في شئ بعينه لا في العقار فانه لا يتحول عن موضعه فاما فيما سوى ذلك من الاعيان لا يقبل كتاب القاضى إلى القاضى لان الاشارة إلى عينه عند الدعوى والشهادة شرط ولهذا لا بد من احضاره بمجلس القضاء وإذا أتى كتاب القاضى إلى القاضى وليس عليه عنوان وهو مختوم بخاتمه فشهدت الشهود أنه كتابه إليه وخاتمه فانه يفتحه لانه لو كان على ظهره عنوان فيه لا يصير معلوما محكوما أنه كتاب القاضى إليه وانما يصير معلوما

[101]

بشهادة الشهود فكذلك إذا لم يكن عليه عنوان وقد ترك بعض القضاة كتبه العنوان على ظاهر الكتاب لغرض له في ذلك وليس على عنوان الظاهر اعتماد فانه ليس يجب الختم فان فتح الكتاب فلم يكن في داخله اسم الكاتب والمكتوب إليه أو كان فيه اسمهما دون اسم أبيهما لم يقبله لانه انما يقبل كتاب القاضى إليه ولا يصير ذلك معلوما الا بالعنوان في داخله على وجه يحصل به تعريف الكاتب والمكتوب إليه فإذا لم يكن ذلك لا يقبله والحاصل أن العنوان الداخل عليه الاعتماد لانه تحت الختم يؤمن فيه تغيير ذلك فإذا كان فيه تعريفا تاما يقبل الكتاب والا فلا وان كان فيه اسمائهما واسماء آبائهما قبله إذا شهدت الشهود على ما في جوفه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فيه كنيائهما دون اسمائهما لم يقبله فالتعريف لا يحصل بذلك على ما قيل المكنى باكنى الا ان يكون مشهورا كشهرة أبي حنيفة رحمه الله فحينئذ يقبل ذلك للشهرة وان كان فيه من

فلان إلى ابن فلان لم يجر لان لا يصير معلوما بهذا فقد ينسب الفلان إلى الاب الادنى وقد ينسب إلى من فوقه وقد يكون لابنه بنون سواء فان كان مشهورا مثل ابن ابي ليلي وابن شبرمة رحمهما الله جاز ذلك لحصول المقصود بذكر ما هو مشهور ولو كتب اسم القاضى ونسبه إلى جده ولم ينسبه إلى أبيه لم يجر لان التعريف يحصل بالنسبة إلى الاب الادنى فالنسبة إليه حقيقة وإلى الجد مجازا (ألا ترى) أنه ينفى عنه باثبات غيره ولو كان على عنوانه أسمائهما وأسماء آبائهما لم يجر ذلك الا أن يكون ذلك في داخله لان العنوان الظاهر ليس تحت الختم فوجوده وعدمه سواء ولو كتب القاضى إلى الامير الذي استعمله وهو في المصر معه أصلح الله الامير ثم اقتصر القصة وجاء بكتابه معه فعرفه الامير ففى القياس لا يقبل ذلك لان كتاب القاضى لا يثبت عند الامير موجبا للقضاء الا بشهادة شاهدين كالمكتوب من مصر إلى مصر وكذا لا بد من ذكر اسم الكاتب واسم أبيه واسم المكتوب إليه واسم أبيه ولم يوجد ذلك ولانه لا حاجة في المصر إلى هذا فانه يتيسر عليه أن يحضر بنفسه فيخبر الامير بما يريد اعلامه ولكن في الاستحسان يجوز للامير أن يمضى هذا لانه متعارف ويشق على القاضى أن يأتي الامير بنفسه في كل حادثة ليخبر بها ولانه لو أرسل إليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في حق جواز العمل به فكذلك إذا كتب إليه بذلك رقعة ولم يجر الرسم بمثله في الكتاب من مصر إلى مصر آخر فشرطنا هناك شرائط كتاب القاضى إلى القاضى ويجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة وشهادة امرأتين مع رجل

[102]

لانه مما يثبت مع الشبهات والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال حجة القضاء فيما يثبت مع الشبهات وذكر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلى عن القضاء كل شهر خمسمائة درهم وفيه دليل على ان الامام يعطى القاضى كفايته من مال بيت المال وانه لا يس للقاضى أن يأخذ ذلك لانه فرغ نفسه لعمل المسلمين فيكون كفايته وكفاية عياله في مال المسلمين وان كان صاحب ثروة فان لم يأخذ واحتسب في عمل القضاء فهو خير له والاصل فيه قوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والآية في الوصي وهو يعمل لليتيم كما أن القاضى يعمل للمسلمين وان الصحابة رضوان الله عليهم فرضوا لابي بكر رضى الله عنه مقدار كفايته من مال المسلمين الا أنه أوصى إلى عائشة رضى الله عنها أن ترد جميع ذلك حتى قال عمر رضى الله عنه يرحمك الله لقد أتعبت من بعدك وعمر رضى الله عنه كان يأخذ كفايته من مال بيت المال وعلي رضى الله عنه كذلك كان يأخذ كما قال ان لى من مالكم كل يوم قصعة ثريد وعثمان رضى الله عنه كان لا يأخذ لثروته ثم ذكر عن شريح رحمه الله انه قال مالى لأترزق وأستوفي منه وأوفيههم اصبر لهم نفسي في المجلس واعدل بينهم في القضاء وان شريحا رحمه الله كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضى الله عنهما وعمر رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر مائة درهم وعلي رضى الله عنه كان يرزقه كل شهر خمسمائة درهم وذلك لقلة عياله في زمن عمر رضى الله عنه ورخص سعر الطعام وكثرة عياله في زمن علي رضى الله عنه وغلاء سعر الطعام فان رزق القاضى لا يتقدر بشئ لان ذلك ليس بأجر فالاستئجار على القضاء لا يجوز وانما يعطى كفايته وكفاية عياله وكان بعض أصدقاء شريح رحمه الله عاتبه في ذلك وقال لو احتسبت قال في جوابه ومالى لأترزق فبين انه فرغ نفسه لعمل القضاء ولا بد له من

الكفاية فإذا لم يرتزق احتاج إلى الرشوة ففيه بيان أن القاضى إذا كان محتاجا ينبغى له أن يأخذ مقدار كفايته لكيلا يطمع في أموال الناس وذكر عبد الله بن يحيى الكندى كان يقسم لعلى رضى الله عنه الدور والارضين ويأخذ على ذلك أجرا وفيه دليل أن القاضى يتخذ قاسما لانه يحتاج إلى ذلك فانه في المواريث إذا بين الابصار بما يطالب بالقسمة ليتم بها انقطاع المنازعة وهو لكثرة أشغاله لا يتفرغ لذلك فيتخذ قاسما يستعين به عند الحاجة كما يتخذ كاتباً ثم الاولى أن يجعل كفاية قاسم القاضى في بيت المال ككفاية القاضي لان عمله من تنمة ما انتصب القاضى له فان لم يقدر على ذلك أمر الذين يريدون القسمة أن يستأجروه بأجر

[103]

معلوم وذلك صحيح لانه يعمل لهم عملا معلوما وذلك العمل غير مستحق عليه ولا على القاضى فالقضاء يتم ببيان نصيب كل واحد من الشركاء والقسمة عمل بعد ذلك فلا بأس بالاستئجار عليه كالكتابة ولا ينبغى له أن يكره الناس على قسامة خاصة لان ذلك يلحق به تهمة المواضعة مع قسامه ولانه إذا أكره الناس على ذلك يتحكم قسامه على الناس في الاجر وفيه ضرر عليهم وأيما قوم أصطلحوا على قسمة قاسم آخر جار بينهم بعد أن لا يكون فيهم صغير ولا غائب لان الحق لهم وهم قادرون على النظر لانفسهم فاصطلاحهم على قاسم آخر من جملة النظر منهم لانفسهم وان كان فيهم صغير أو غائب فهم يحتاجون إلى رأى القاضى في ذلك لان الصغير والغائب عاجزان عن النظر لانفسهما والقاضى ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه فان أمرهم بالقسمة وفيهم صغير أو غائب فاستأجروا قسما غير قاسمه بارخص من ذلك بعد أن يكون عدلا يعرفه القاضى جاز وبأمره أن يقسم بينهم لانه ان لم يفعل هذا والزمهم استئجار قاسمه يحكم عليهم في الاجر ثم اجر القاسم على الصغير والكبير والذكر والانثى وصاحب النصيب القليل والكثير سواء في قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الاجر عليهم على قدر الانصاء وهذه مسألة كتاب القسمة وان اتخذ القاضى جماعة من القسامين فذلك حسن ولكن الاولى أن لا يشرك بينهم فانه أجدر أن لا يتحكموا على الناس لانه إذا أشرك بينهم تواضعوا على شئ فتحكموا على الناس ولانه إذا لم يشرك بينهم يؤمن عليهم الميل إلى الرشوة لانه ان فعل ذلك أحدهم أظهره عليه صاحبه وإذا أشرك بينهم بغوت هذا المقصود وان قاطعوا رجلا منهم على شئ بعينه لم يدخل بقسم معه في ذلك لانه لا شركة بينهم وإذا شهد قاسمان على قسمة قسمها بين قوم بأمره بأن كل إنسان قد استوفى نصيبه جازت شهادتهما في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاخر رحمهما الله وفي قوله الاول لا تجوز شهادتهما وهو قول محمد رحمه الله لانهما يشهدان على فعل أنفسهما ولانهما في الحقيقة يدعيان ايفاء العمل الذي استؤجر عليه وأداء الامانة في ذلك بايصال نصيب كل واحد منهم إليه والدعوى غير الشهادة وجه قولهما أنهما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما شيئا لان الخصوم متفقون على أنهما قد وفيا العمل وان العقد انتهى بينهم وبينهما ثم لا يشهدان على عمل أنفسهما لان عملهما التمييز والمشهود به استيفاء كل إنسان نصيبه وذلك فعل المستوفى ولو شهد قاسم واحد على القسمة لم يجر لان القاسم ليس بقاضى والقاضى هو المخصوص بأن يكتفى بقوله في الالزام فاما القاسم فيما يشهد به

كغيره فلا تتم الحجة بقول الواحد وكذلك أمين القاضي إذا أمره القاضي أن يدفع مالا فقال قد دفعته وأنكر المدفوع إليه فالأمين يتصدق في نزاهة نفسه لأن يذكر وجوب الضمان عليه ولا يصدق على الآخر أنه قبض لأنه ليس بقاض فالحجة لا تتم بقوله وأيما رجل ادعى غلطا في القسمة فإنه لا تعادله القسمة ولكنه يسأل البينة على ما يدعى من الغلط لأن الأصل هو المعادلة في القسمة والظاهر أن القاسم يؤدي الأمانة في ذلك فمن ادعى خلاف ذلك لم يصدق إلا بحجة ولا ينبغي للقاضي أن يتخذ قاسما ذميا ولا مملوكا ولا محدودا في قذف ولا أعمى ولا فاسقا ولا أحدا ممن لا تجوز شهادته وقد بينا هذا في الكاتب فكذلك في القاسم لأن كل واحد منهما ينوب عن القاضي فيما يكون من تنمة عمله وقد تحتاج الخصوم إلى شهادة القاسم فلا يختار لذلك الأمر الأمن يكون أهلا لاداء الشهادة لأنه إذا كان بخلاف ذلك ولم يرد القاضي شهادته وجد الناس لذلك مقالا في القاضي يقولون لم اخترته إذا كنت لا تعتمد قوله وإذا رأى القاضي وهو في مجلس القضاء أو غيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع إليه فله أن يقيم عليه الحد في القياس لأنه يتقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه والعلم الذي استفاده بمعينة السبب فوق العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود لأن ذلك محتمل الصدق والكذب وفي الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى لو شهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك لما روى أن عمر رضى الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه لو رأيت رجلا على حد ثم وليت هل تقيمه عليه قال لا حتى يشهد معي غيرى فقال أصبت وعن الزهري عن أبي بكر رضى الله عنه يجوز ذلك ولأن الحدود التي هي من خالص حق الله تعالى يستوفى بها الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب به من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه في الإقامة ربما يتهمة بعض الناس بالجور والإقامة بغير حق وهو مأمور بأن يصون نفسه عن ذلك وهذه بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لأن هناك خصم يطالب به من العباد وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضي فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك * توضيح الفرق أن المقر بالحدود التي هي من حقوق الله تعالى إذا رجع صح رجوعه ولم يكن للقاضي ولاية الإقامة لوقوع التعارض بين خبره فكذلك إذا أخبر القاضي أنه رأى ذلك وأنكره الرجل لم يكن له أن يقيمه للتعارض بين الخبرين فكل مسلم أمين فيما يخبر به من حق الله تعالى ولهذا ضمنه في السرقة لأن ذلك حق المسروق منه ولا يعمل الرجوع فيه عن الاقرار

فأما حد القذف والقصاص وغير ذلك من حقوق الناس والرجوع فيه بعد الاقرار باطل وللقاضي أن يلزمه ذلك باقراره فكذلك له أن يلزمه بمعينته سبب ذلك لأن معابته السبب أقوى في افادة العلم من اقرار المقربة وهذا إذا رأى ذلك في مصره الذي هو قاض فيه بعد ما قلد القضاء فأما إذا كان رأى ذلك قبل أن يتقلد القضاء ثم استقصى فليس له أن يقضى بعلمه في ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أن يقضى بعلمه في ذلك لأن علمه بمعينة السبب لا يختلف بما بعد أن يستقصى وقبله وهو أقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود فان معينة السبب تفيد علم اليقين وشهادة الشهود لا تفيد ذلك فإذا جاز له

أن يقضى بشهادة الشهود عنده فلان يجوز له أن يقضى بعلم نفسه أولى ومذهب أبي حنيفة رحمه الله مروي عن الشعبي وشریح رحمه الله سئل عن هذه المسألة فقال أتى شريح رحمه الله مثلها وأنا شاهد فقال أنت الأمير حتى أشهد لك فقال أنشدك بالله أن يذهب حقي وأنت تعلم فقال أنت الأمير حتى أشهد لك والمعنى فيه أنه حين عاين السبب فقد استفاد به علم الشهادة وبان استقصى بعد ذلك لا يزداد علمه بذلك وعلم القضاء فوق علم الشهادة فإن علم القضاء ملزم والشهادة بدون القضاء لا تكون ملزمة بخلاف ما إذا رأى وهو قاضي لأنه استفاد علم القضاء هناك بمعاينة السبب والدليل على الفرق أن ما يستفيد من العلم بمعاينة السبب وما يستفده بشهادة الشهود عنده في الحكم سواء ثم شهادة الشهود عنده بعد ما استقصى تفيد علم القضاء وقبل أن يستقصى لا تفيد له ذلك حتى لو استقصى شاهد الفرع لم يكن له أن يقضى بما كان من شهادة الأصول عنده ما لم يشهدوا بذلك بعد ما استقصى فكذلك عند معاينة السبب وعلى هذا الخلاف لو عاين السبب بعد ما استقصى ولكن في غير مصره ثم لما انتهى إلى مصره خوصم في ذلك لأنه حين عاين السبب لم يكن له أن يقضى به في ذلك الموضع فهو ومالو علم قبل أن يستقصى سواء ولو عاين ذلك في مصره وهو قاض ثم عزل ثم أعيد على القضاء فلا شك أن عندهما له أن يقضى بعلمه ومن أصحابنا رحمهم الله من قال عند أبي حنيفة رحمه الله أيضا له أن يقضى بعلمه لأنه استفاد علم القضاء بمعاينة السبب حتى لو قضى به في ذلك الوقت جاز ذلك فكذلك إذا قضى به بعد ما قلد ثانيا والاصح أنه على الخلاف لأنه بعد ما عزل لم يبق له في تلك الحادثة إلا علم الشهادة فهو ومالو علم به بعد ما عزل سواء * توضيحه أنه لو سمع شهادة الشهود فلم يقض بها حتى عزل ثم أعيد على القضاء لم يقض بتلك الشهادة بخلاف ما قبل العزل فكذلك إذا عاين

[106]

السبب وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول إذا علم قبل أن يستقصى ثم استقصى فشهد عنده رجل وأخذ بذلك قضى به وذلك مروي عن شريح رحمه الله أنه قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منها علما ولكننا نقول علمه بمعاينة السبب ليس من جنس ما يحصل له من العلم بشهادة الشهود عنده واكمال أحدهما بالآخر لا يمكن والقاضي لا يتمكن من القضاء إلا بحجة بالطريق في ذلك أن يشهد مع الرجل الآخر لصاحب الحق عند الإمام الذي فوجه حتى يقض هو بذلك وإذا دفع القاضي مال اليتيم إلى تاجر فجحده التاجر فالقاضي مصدق في ذلك على التاجر يقضى عليه بالمال لأنه قاض فيما يفعله في مال اليتيم وفيما يخبر به من القضاء هو مصدق لأنه يخبر بما يملك الإنسان وكذلك لو باع مال ميت في دينه فلا عهدة على القاضي في ذلك لأن فعله ذلك من القضاء وهو فيما يلحقه من العهدة يكون خصما لا قاضيا وإذا انتفت التهمة عنه كانت العهدة على من وقع عمله لهم فإن جحد المشتري منه البيع قاضاه عليه وأخذ منه اليمين لأنه علم أنه كاذب في ذلك فهو الذي باشر السبب وكذلك هو مصدق فيما ذكر أنه قضى به من قصاص أو مال أو طلاق أو عتاق أو غير ذلك من حقوق الناس سواء أقر بذلك عندي أو قامت به بينة ويسمع للذي سمع من القاضي ذلك أن يعتمد قوله حتى في الرجم والنفس وما دونها وما يندري بالشبهات وما لا يندري بالشبهات في ذلك سواء وذكر ابن سماعه عن محمد رحمهما الله أنه رجع عن هذا القول وقال في الحدود التي تندرئ بالشبهات لا يسمع السامع إقامة ذلك بمجرد قول القاضي ما لم يخبره بذلك

غيره لان القاضى غير معصوم عن الكذب فان ذلك درجة الانبياء صلوات الله عليهم ولا تبلغ درجة القاضى درجة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحرمة النفس عظيمة والغلط فيها لا يمكن تداركه فلا يسع الاقدام عليه بمجرد قول القاضى * وجه ظاهر الرواية أن مجرد قول القاضى ملزم (ألا ترى) أن مباشرته القضاء قول ملزم فكذلك اخباره بالقضاء والدليل عليه أنه لا يستقصى في كل بلدة أكثر من واحد فلو كانت الحجة لا تتم بمجرد خبر القاضى به لجرى الرسم بايجاد القاضين في كل بلدة لصيانة الحقوق كما جرى الرسم به في الشهود وفي الاكتفاء بقاض واحد في كل بلدة دليل الاجماع من المسلمين على أن مجرد قول القاضى حجة تامة ولو عزل عن القضاء فخاصمه المقضى عليه في جميع ذلك فقال انما قضيت به عليك كان مصدقا في ذلك غير مسئول ببينة ولا مستحلف يمينا لانه أضاف إلى حالة معهودة تنافى تلك الحالة الخصومة والضمان عنه فيجب

[107]

قبول قوله في ذلك كما لو أخبر به قبل أن يعزل قال مشايخنا رحمهم الله وانا يجوز اعتماد قول القاضى في ذلك من غير أن يستفسر إذا كان فقيها ورعا فالورع يؤمننا من جوره وميله إلى الرشوة وفقهه يؤمننا من أن يغلط في ذلك فاما إذا لم يكن فقيها لابد من أن يستفسر وان كان ورعا لانه ربما يغلط لقلة فهمه وكذلك ان كان فقيها ولم يكن ورعا فلا بد من أن يستفسر لانه لقلة ورعه ربما جار في ذلك ولا ينبغي للقاضى أن يضرب في المسجد جدا ولا تعزيرا ولا يقتض واحد من أحد عندنا (وقال) الشافعي رحمه الله لا بأس بذلك بشرط أن لا يلوث المسجد لان فعل الإقامة قرينة وطاعة والمساجد أعدت لذلك ثم هو من تنمة قضائه وإذا كان له أن يجلس في المسجد للقضاء كان له أن يتم القضاء باقامة الحدود فيها * وحجتنا في ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتقام الحدود في المساجد وفي حديث مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وخصوماتكم واقامة حدودكم وسل سيوفكم وبيعكم وشرانكم وطهروها في الجمع واجعلوا على أبوابها المطاهر وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بان يعذر رجل وقال للذي أمره بذلك أخرج من المسجد ثم اضربه ولم ينقل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باقامة حد على أحد في المسجد بين يديه وهذا لانه لا يؤمن تلويث المسجد ورفع صوت المضروب بالانين عند الضرب والمسجد يتنحى عن ذلك فاما أن يخرج القاضى ليقام بين يديه أو يبعث نائباً أو يجلس عند باب المسجد ويأمر بالاقامة بين يديه خارجاً من المسجد وهو يرى ذلك ولو أن قاضيا باع لنفسه شيئا أو اشترى لم يقبل قوله في شئ منه على خصمه وهو كغيره من الناس في هذا لانه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضيا وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كسائر الرعايا (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم حين أنكر الاعرابي استيفاء ثمن الناقة منه وقال هلم شاهدا قال لم يشهد لى حتى شهد خزيمة رضى الله عنه الحديث إذا كان هذا في حق من هو معصوم عن الكذب فما ظنك في القاضى ولايجوز قضاؤه بشئ لنفسه وللولده ونوافله من قبل الرجال والنساء ولا لابويه وأجداده من قبلهما ولا لزوجته ولا لمكاتبه ومماليكه لان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة وإذا لم يجر شهادته لهؤلاء فلئلا يجوز قضاؤه لهم أولى وأما من سوى هؤلاء من القرابة وغيره فقضاؤه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم وإذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا

على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله في ذلك لانه أخبر بما لا يملك استثناءه
وهذا قول ملزم وهو

[108]

بعد العزل كغيره من الرعايا فلا يكون قولاً ملزماً وإن شهد مع آخر لم تقبل
شهادته في ذلك لانه يشهد على فعل نفسه ولا شهادة للانسان فيما يخبر
به من فعل نفسه فلا بد من أن يشهد على قضائه شاهدان سواء ليتمكن
المولى بعده من امضائه وإذا رفع قضاء القاضى بعد موته أو عزله إلى
قاض يرى خلاف رأيه فإن كان مما يختلف فيه الفقهاء أمضاه لاجماع
الناس على نفوذ قضاء القاضى في المجتهديات فلو أبطله القاضى الثاني
كان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع وإن كان القضاء الاول خطأ لا يختلف فيه
الفقهاء أبطله لانه بخلاف الاجماع أو النص (ألا ترى) أن الاول ولو وقف
على ذلك من قضاء نفسه أبطله بخلاف ما إذا تحول رأيه في المجتهديات
فكذلك يفعله المولى بعد موته ولا ينبغي للقاضى أن يكون قطاً غليظاً
جباراً عنيداً لانه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء بين
الناس فينبغى أن يتحرز عن ما هو منتفى عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى لم يجعلني
جباراً عنيداً وفي صفته في التوراة ليس بفظ ولا غليظ ولا صخاب في
الاسواق فصلوات الله عليه ولان هذه أوصاف مذمومة فعلى القاضى أن
يتحرز عنها وهو سبب لنفرة الناس عنه قال الله تعالى ولو كنت قطاً غليظ
القلب الآية والقاضى مندوب إلى اكتساب ما هو سبب لميل القلوب إليه
والاجماع إليه في حوائجهم وينبغى له أن يشتد حتى يستنطق الحق فلا يدع
من حق الله تعالى شيئاً من غير جبر به وأن يلين حيث ينبغى ذلك في غير
ضعف ولا يترك شيئاً من الحق لما روينا عن عمر رضى الله عنه قال لا
يصلح لهذا الامر الا اللين من غير ضعف القوي من غير عنف وكان رسول
الله صلى الله عليه وسلم يلين في الامور ويرفق حتى أنهيك شئ من
محارم الله فيكون من أشدهم في ذلك وينبغى له أن يتعذر إلى كل من
يخاف أن يقع في نفسه عليه شئ إذا قضى عليه وأنى يفسر للخصم ويبين
له حتى يعلم انه قد فهم عند حجة وقضى عليه بعد ما فهم وبذلك تنتفى
عنه تهمة الميل وينقطع عنه طمع الخصم والعالة فيه ولانه يصون بذلك
الخصوم عن الفتنة والشكاية منه وهو مندوب الا أن لا يترك جهده في ذلك
وإن كان لا يطمع في أمانته الا نادراً فيتقدم القاضى إلى أعوانه والقوام
عليه في ترك الحق والشدة على الناس ويأمرهم بالرفق واللين من غير أن
يضعوا فيقصروا عن شئ مما ينبغى لانهم ينوبون عنه فيما فوض إليهم
فكما يفعل ذلك في حق نفسه يأمر به أعوانه ليكون ذلك سبب تأليف
القلوب واجتماع الكلمة عليه ولا ينبغى أن يستعمل على القضاء الا
الموثوق به في

[109]

عفافه وصلاحه وعقله وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه التى
يأخذ منها الكلام فانه لا يستقيم أن يكون صاحب رأى ليس له علم بالسنة
والاحاديث فمثله يضل الناس كما ورد به الاثر * اياكم وأصحاب الراى

أعيتهم أن يحفظوها فيسألوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا ولا صاحب حديث ليس له علم بالفقه فقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحب الحديث أن يعي ما سمعه أولا يقوله قال صلوات الله عليه وسلامه نصر الله امرءا سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها فرب حامل فقه إلى غير فقيه ورب حامل فقه إلى من هو أفقه منه فعرفنا أنه لا يستقيم واحد منهما إلا بصاحبه والامام مأمور بان لا يقلد أحدا شيئا من عمل المسلمين الا إذا علم صلاحه لذلك قال صلى الله عليه وسلم من قلد غيره عملا وفي رعيته من هو أولى به منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين وعمل القضاء من أهم أمور الدين وأعمال المسلمين فلا يختار له الا من يعلم انه صالح لذلك مؤدي الامانة فيه وذلك عند اجتماع الخصال المذكورة فيه وإذا كان لا يؤتمن على شئ من المال من لا يعرف بالامانة أو يعجز عن أدائها فلنلا يؤتمن على أمر الدين أولى فكما لا يختار للقضاء الا من يحتمع فيه هذه الشرائط فكذلك للفتوى فان القاضي يفتي وقد كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتيا فلا ينبغي لاحد أن يفتي الا من كان هكذا الا أن يفتي شيئا قد سمعه فيكون حاكيا ما سمع من غيره بمنزلة الراوى لحديث سمعه يشترط فيه ما يشترط في الراوى من العقل والضبط والعدالة والاسلام لان الخبر كلام فلا يتحقق بصورته ومعناه في الراوى من غير العاقل وما من موجود في الدنيا الا وهو معتبر لصورته ومعناه فإذا كان المعنى المطلوب من الكلام البيان ولا يحصل ذلك الا بالعقل عرفنا أن العقل في المخبر شرط والضبط كذلك لان قبول الخبر منه باعتبار رجحان جانب الصدق فيه ولا يحصل ذلك الضبط والفهم والعدالة الا بذلك فرجحان جانب الصدق بالعدالة يكون لانه إذا لم ينزجر عما يعتقده حراما في دينه لا ينزجر عن الكذب أيضا واشتراط الاسلام لان الكفر ينافى رجحان جانب الصدق في خبره لان هذا من باب الدين وهم يعاودن الدين الحق ويسعون في هدمه بما يقدررون عليه فشرطنا الاسلام لذلك وبعد ما استجمع في القاضي هذه الشرائط لا يولى القضاء ما لم يكن له علم بالقضاء والمراد من هذا اللفظ العلم المتعارف بين الناس ولسانهم من استعمال الحقيقة والمجاز فالقاضي لا يستغنى عن ذلك ويتعذر عليه تنفيذ بعض القضاء إذا لم يكن عالما بذلك ولا يولى القضاء أعمى ولا محدود في قذف

[110]

ولا مكاتب ولا عبد يسعى في شئ من قيمته لان شهادة هؤلاء لاتقبل والقضاء أعظم من الشهادة ولا يولى أحد من أهل الذمة شيئا من أمر القضاء ولا مسائله لظهور الخيانة منهم في أمور الدين والسعى في افساده على المسلمين ولا ينبغي للقاضي إذا سافر أو مرض أن يستخلف الا بأمر الامام الذي هو فوقه لان من قلده انما رضى برأيه والناس يتفاوتون في الرأي والقضاء لا بد له من الرأي فلا يستخلف الا بأمر من قلده كالوكيل لا يوكل غيره الا بأمر الموكل والفرق بين القاضي والمأمور باقامة الجمعة في الاستخلاف قد بيناه في كتاب الصلاة فإذا استخلف بغير أمر الامام لم يجز قضاء خليفته الا أن ينفذ هو قضاء خليفته فحينئذ ينفعه كما لو قضى به بنفسه لان نفوذه برأيه (ألا ترى) أن الوكيل إذا وكل غيره حتى باشر التصرف ثم أجاز الوكيل الاول نفذ ذلك منه وجعل اجازته كانسائه وكذلك لو حكم حكما بين خصمين فهذا والاستخلاف سواء وقيل هذا كله إذا فعله خليفته لا بحضرته فان فعله بحضرته جاز استحسانا لان تمامه برأيه يكون بمنزلة الوكيل إذا وكل غيره حتى باع بحضرته وإن التبس

عليه القضاء فاستشار فيه رجلا من أهل الصلاح والعفة وأخذ بقوله فأنفذه بين الخصمين فهو جائز لما بينا أن القاضى فيما يعجز عنه يستعين بغيره ممن علم ذلك وإن طمع القاضى في أن يصلح الخصمين فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضى الله عنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحا فان فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن وفي رواية ردوا الخصوم من ذوى الارحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين ان طمع في الصلح لان في الزيادة على ذلك اضرار بصاحب الحق وان لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم لانه انتصب لذلك وان أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بواجب عليهم ردهم انما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك وليس ينبغي للقاضى أن يسمع من رجل واحد حجتين أو أكثر من حجتين في مجلس واحد لانه مأمور بين الناس بالتسوية وإذا سمع في مجلس واحد من رجل واحد حجتين أو ثلاثا أضر بذلك بسائر الناس الا أن يكون الناس قليلا ولا يشغله ذلك عنهم وكان يفرغ من حوائجهم قبل أن يقوم فلا بأس به حينئذ لانه لا ضرر فيه على أحد ممن حضر مجلسه ولا ينبغي للقاضى أن يقدم رجلا قد جاء رجل غيره قبله لفضل منزلته وسلطانه ولكن يقدمهم على منازلهم لان الذي سبق بالحضور وقد استحق النظر في حاجته فلا

[111]

يبطل حقه بحضور غيره كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من تواضع لغنى لغناه ذهب ثلثا دينه ولان القاضى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم والله تعالى أمر رسوله عليه الصلاة والسلام بما قال واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم الاية ونظر القاضى لهم بسبب الدين وفي ذلك السلطان وغيره سواء فانما يقدمهم على منازلهم بما ذكر في بعض النسخ من أصل بعض مسائل التحكيم وتمام ذلك في كتاب الصلح فنذكر هنا مقدار ما ذكر فنقول الحكم فيما بين الخصمين بمنزلة الحاكم المولى حتى يشترط فيه الاهلية للشهادة فإذا كان أعمى أو محدودا في قذف أو عبد أو مكاتب لم يجز حكمه بين المسلمين وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه لانه بتراضيهما صار حكما حتى أن لكل واحد منهما أن يرجع فيها ما لم يمتض فيه الحكم والحكومة فإذا أمضاها فليس لواحد منهما أن يرجع فيها كما في الصلح ولو دفع حكم الحاكم إلى القاضى فان وافق الحق ووافق رأيه أمضاه لانه لو نقضه احتاج إلى اعادته في الحال وان كان لا يوافق الحق أبطل وكذلك ان كان رأيه لا يوافق رأيه في المجتهدات فانه يبطله بمنزلة اصطلاح الخصمين لان رضاهما بحكمه لا يكون حجة الالتزام في حق القاضى وان حكما رجلين فحكم أحدهما دون الآخر فان ذلك لا يجوز لانهما رضيا برأيهما ورأى الواحد لا يكون كراى المثني ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما لانهما كسائر الرعايا بعد القيام من مجلس الحكومة فلا تقبل شهادتهما على فعل بأشراه وليس ينبغي للحكم أن يقضى في اقامة حد أو تلاعن بين الزوجين لان اصطلاح الخصمين على ذلك غير معتبر وما يحكم به بمنزلة اصطلاح الخصمين عليه وهذا لان اقامة الحدود واللعان بين الزوجين في حق الشرع فلا يستحق فيه الامن يعين ثانيا وعليه استيفاء حقوق الله تعالى وهم القضاة والائمة (ألا ترى) أن من عليه الحد لا يقيمه على نفسه فكذلك ليس للحكم ان يقيم شيئا من ذلك لانه ماتعين نائباً في استيفاء حقوق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب (كتاب الشهادات) (قال الشيخ الامام

الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل
السرخسي رحمه الله املاء اعلم بان اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهى
المعاينة فمن حيث أن

[112]

السبب المطلق للاداء المعاينة سمي الاداء شهادة واليه أشار النبي صلى
الله عليه وسلم في قوله للشاهد إذا رأيت مثل هذا الشمس فاشهدوا
لا دفع وقيل هي مشتقة من معنى الحضور يقول الرجل شهدت مجلس
فلان أي حضرت قال الله تعالى وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود
ومن حيث أنه يحضر مجلس القاضى للاداء يسمى شاهدا وتسمى أداء
شهادة ثم القياس يابى كون الشهادة حجة في الاحكام) لانه خبر محتمل
للصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولان خبر الواحد لا يوجب
العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعمل وهو المعاينة فالقضاء
أولى ولكننا تركنا ذلك بالنصوص التى فيها أمر للاحكام بالعمل بالشهادة من
ذلك قول الله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقال الله تعالى
اثان ذوى عدل منكم وقال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى وفيه
معنيان أحدهما حاجة الناس إلى ذلك لان المنازعات والخصومات تكثر بين
الناس وتتعدى اقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة والتكليف بحسب
الوسع والثاني معنى الزام الشهود حيث جعل الشرع شهادتهم حجة
لايجاب القضاء مع احتمال الكذب إذا ظهر رجحان جانب الصدق واليه أشار
النبي صلى الله عليه وسلم في قوله أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيى
الحقوق بهم ولما خص الله تعالى هذه الامة بالكرامات وصفهم بكونهم
شهداء على الناس في القيامة قال الله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا
لتكونوا شهداء على الناس وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين
كالقياس في الاحكام بغالب الراى في موضع الاجتهاد ثم القياس بعد هذا
أن يكتفى بشهادة الواحد لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد
بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل وكما لا يثبت علم
اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا أحد التواتر فلا معنى
لاشتراط العدد ولكن تركنا ذلك بالنصوص ففيها بيان العدد في الشهادات
المطلقة كما لو تلونا من الايات قال الله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم
وقال الله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال صلى الله عليه
وسلم للمدعى ليس لك الا شاهد شاهداك أو يمينه فان (قيل) هذه النصوص
بيان جواز العمل بشهادة العدد وليس فيها بيان نفى ذلك بدون العدد (قلنا)
لا كذلك فالمقادير في الشرع اما لمنع الزيادة والنقصان دون الزيادة كاقبل
مدة الحيض والسفر أو لمنع الزيادة دون النقصان كأكثر مدة الحيض وهنا
التقدير ليس لمنع الزيادة فلو لم يقد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير
فائدة وحاشا أن يكون التقدير المنصوص خاليا عن الفائدة ثم فيه معنى
طمأنينة القلب وذلك عند اخبار العدد أظهر

[113]

منه في خبر الواحد وفي الشهادة محض الالتزام وخبر الواحد لا يكفي لذلك
بخلاف الديانات فان في الديانات التزام السامع باعتقاده والمخير يلزم

نفسه ثم يتعدي إلى غيره فلم يكن ذلك الزاما محضا فلهذا لا يشترط فيه العدد بخلاف الشهادة وفيه معنى التوكيد فالتزوير والتلبيس في الخصومات يكثر فيشترط العدد في الشهادات صيانة للحقوق المعصومة ثم يشترط فيها ما يشترط في الخبر من العقل والضبط والعدالة لان البيان لا يحصل الا باعتبار عقل المتكلم والشهادة بينة. ومعرفة عقل المرء باختياره فيما يأتي. ويذر وحسن نظره في عاقبة أمره والمطلق من الشئ ينصرف إلى الكامل منه الا أنه لا حد يرجع إليه في كمال معرفة العقل سوى ما جعله الشرع حدا وهو البلوغ والعقل تيسيرا للأمر على الناس ولهذا لم يكن الصبي والمعتوه أهلا للشهادة ومعنى الضبط حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الاداء وتعتبر صفة الكمال فيه أيضا لما في النقصان من شبهة العدم ولهذا لم يجعل من اشتدت غفلته أو مجازفته فيما يقول ويسمع من أهل الشهادة إذا كان ذلك ظاهرا عند الناس وأما معرفة العدالة فلرجحان جانب الصدق. فالحجة الخبر الذي هو صدق ولا طريق لمعرفة الصدق في خبر من هو غير معصوم عن الكذب الا العدالة. والعدالة هي الاستقامة وليس لكمالها نهاية فانما يعتبر منه القدر الممكن وهو انزجاره عما يعتقده حراما في دينه ولكن هذا شرط العمل بالشهادة لا شرط الاهلية للشهادة وباعتبار هذا المعنى لا يجعل المحدود في القذف أهلا لاداء الشهادة لانه محكوم بكذبه شرعا فلا يظهر رجحان جانب الصدق في خبره بعد الحكم بكذبه شرعا ولم يشترط الاسلام في الاهلية للشهادة لان رجحان جانب الصدق يظهر في خبره مع كفره إذا كان منزجرا عما يعتقده حراما في دينه غير أن خبره لا يقبل في أمر الدين لانه متهم في ذلك فانه يعتقد السعي في هدمه ولهذا لا يجعل من أهل الشهادة في حق المسلمين لانه يعتقد عداوة المسلمين وينعدم فيما بينهم فيكون بعضهم أهلا للشهادة في حق البعض وسوى هذا يشترط في الشهادة أهلية للولاية حتى لا يكون المملوك أهلا للشهادة وان كان خبره في الديانات مقبولا لما في الشهادات من محض الالتزام والزام الغير لا يكون الا عن ولاية فشرطنا الاهلية للولاية في الشهادة كما شرطنا العدد وجعلنا النساء أحط رتبة في الشهادة من الرجال لنقصان الولاية بسبب الانوثة وبيان ذلك في الحديث الذي بدأ به الكتاب ورواه عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة النساء في الحدود وذكر بعد هذا عن الزهري قال مضت

[114]

السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود وبه نأخذ لان في شهادة النساء ضرب من الشبهة فان الضلال والنسيان يغلب عليهن ويقل معهن معنى الضبط والفهم بالانوثة إلى ذلك أشار الله تعالى في قوله عز وجل أن تصل إحداها فتذكر إحداها الاخرى ووصف رسول الله صلى الله عليه وسلم النساء بنقصان العقل والدين والحدود تندري بالشبهات وما يندري بالشبهات لا يثبت بحجة فيها شبهة تيسيرا للتحرز عنها ولا يقال فالشبهة في شهادة الرجال قائمة ما لم يبلغوا أحد التواتر ولهذا لا يثبت علم اليقين بخبرهم لان تلك الشبهة لا يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فسقط اعتبارها ولايجوز أقل من شاهدين في الحقوق بين الناس ولا في الجراحات يعنى عند امكان اشتراط العدد من غير جرح وذلك فيما يطلع عليه الرجال للاناث التي بلونا في اشتراط العدد في الشهود قال ولو كان يجوز شهادة رجل واحد لم يكن لخزيمة بن ثابت رضى الله عنه فضل في شهادته وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادته شهادة رجلين

خصه بذلك وقصة هذا الحديث ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ناقة من أعرابي وأوفاه الثمن ثم جحد الأعرابي استيفاء الثمن وجعل يقول وأعدراه هلم به شهيدا فقال صلى الله عليه وسلم من يشهد لى فقال خزيمه بن ثابت رضى الله عنه أنا أشهد لك يا رسول الله أنك أوفيت الأعرابي ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم كيف تشهد لى ولم تحصرنا فقال يا رسول الله إنا نصدقك فيما تأتينا به من خبر السماء أفلا نصدقك فيما تخبر به من أداء ثمن الناقة فقال صلى الله عليه وسلم من شهد له خزيمه فحسبه ثم هذا النوع من الشهادة ينقسم ثلاثة أقسام في اشتراط العدد فقسم يشترط فيه عدد الأربعة في الشهود وهو الزنا الموجب للحد ثبت ذلك بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولا يشترط عدد الأربعة فيما سوى الزنا العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء وليس في ذلك معنى سوى أن الله تعالى يحب الستر على العباد ولا يرضى بأشاعة الفاحشة فلذلك شرط في الزنى زيادة العدد في الشهود ولهذا جعل النسبة إلى هذه الفاحشة في الجانب موجبا للحد وفي الزوجات موجبا للعان بخلاف سائر الفواحش لستر العباد بعضهم على بعض وبيان ذلك في حديث ما عر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمه هلا سترته بثوبك وفي بعض الروايات شين والى اليتيم أنت وفى قسم يشترط فيه شهادة رجلين وهو القصاص والعقوبات التى تدرئ بالشبهات وقسم يشترط

[115]

فيه شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وذلك فيما يثبت مع الشبهات بيانه في قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان معناه فان لم يكن الشهيذان رجلين فرجل وامرأتان شهيذان ليكون تفسيراً لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين والاية في المداينات ولكن ذلك مما لا يندرى بالشبهات فيكون ذلك دليلاً على جواز العمل بشهادة رجل وامرأتين فيما لا يندرى بالشبهات والنكاح والطلاق والعتاق والنسب من هذه الجملة عندنا وقال الشافعي رحمه الله المعنى في المداينات كثرة المعاملات فيما بين الناس فانما يجعل شهادة النساء مع الرجال حجة في ذلك خاصة وهى الاموال وحقوقها فاما فيما سوى ذلك فلا بد من شهادة رجلين وقد بينا المسألة في كتاب النكاح. والشهادة على الشهادة جائزة في كل شئ ما خلا القصاص والحدود وذلك مروى عن ابراهيم رحمه الله وهذا لان الشهادة على الشهادة فيها ضرر شبهة ينعدم ذلك بجنس الشهود من حيث ان الخبر إذا تداولته الالسنه يمكن فيه زيادة ونقصان فهو بمنزلة شهادة الرجال مع النساء تكون حجة فيما يثبت مع الشبهات دون ما يندرى بالشبهات بل أولى فان الشهادة على الشهادة خلف حقيقة حتى لا يصار إليها الا عند العجز عن شهادة الاصول وشهادة النساء مع الرجال في صورة الحلف قال الله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان وليس بحلف حقيقة حتى يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استتشاف رجلين عرفنا أن ذلك أقوى من الشهادة على الشهادة ولانا نتيقن ان شاهد الفرع لم يعان السبب ولا يتيقن في ذلك شهادة النساء انما فيه تهمة الضلال والنسيان فإذا لم تكن شهادة النساء مع الرجال حجة في الحدود والقصاص فالشهادة على الشهادة أولى والشافعي رحمه الله يجعل الشهادة على الشهادة حجة في حقوق العباد أجمع. العقوبات وغير العقوبات في ذلك سواء لانه حجة أصلية فيما هو المشهور به وهو شهادة الاصول فائبات ذلك بشهادتهم في مجلس القضاء كثبوتهم بادائهم لو حضروا بانفسهم بخلاف

شهادة النساء مع الرجال فشهادة النساء حجة ضرورية لان النساء لا يحضرن محافل الرجال عادة فلا تجعل حجة الا فيما تكثر فيه المعاملة لان الضرورة تتحقق في ذلك وفي الحدود التي هي لله تعالى له قولان في أحد القولين يقول الشهادة على الشهادة لا تكون حجة في ذلك لان شهادتهم على شهادة الاصول بمنزلة شهادتهم على اقرار المقر وذلك غير مقبول في الحدود التي هي لله تعالى ومقبول في حقوق العباد فكذلك الشهادة على الشهادة وهذا لتحقيق الحاجة والضرورة للعباد وذلك ينعدم فيما هو لله تعالى وفي قول آخر يقول

[116]

الشهادة على الشهادة حجة في ذلك الا في الرجم فالشاهد على الزنا في جملة من يرمم يشترط حضوره لا محالة وفيما سوى ذلك من الحدود الامام هو الذي يقيم إذا ظهر السبب عنده وظهر بالشهادة على الشهادة لانها حجة أصلية وفيما ذكرنا جواب عن كلامه إذا تأملت ولا يجوز في شيء شهادة من لم يعاين ولم يسمع لانه لا علم له بالشهود به وبدون العلم لا يجوز له أن يشهد قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال الله تعالى وما شهدنا الا بما علمنا وهذا لان الشاهد يعلم القاضى حقيقة الحال ويميز الصادق المخبر من الكاذب ولا يتحقق ذلك منه إذا لم يعلم به وطريق العمل المعاينة إذا كان المشهود به مما يعاين والسمع إذا كان ذلك مما يسمع كإقرار المقر والله أعلم بالصواب (باب الاستحلاف) (قال رحمه الله اعلم بأن المدعى عليه يستحلف في الخصومات ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على ما أنكر الا أنه لا يستحلف الا بطلب المدعى) لان اليمين حقه قال صلى الله عليه وسلم للمدعى لك يمينه وكما لا يستحضر ولا يطلب الجواب الا بطلب المدعى فكذلك لا يستحلف الا بطلبه ومعنى جعل الشرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه أن الغموس من اليمين مهلكة على ما روى في حديث أبي أمامة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اقتطع بيمينه وجد له مال امرء مسلم حرم الله تعالى عليه الجنة قيل فان كان شيئا يسيرا يارسول الله قال صلوات الله عليه وان كان قضيا من أراك وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف يمينا فاجرة ليقتطع بها مال امرء مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان فعرفنا أنه يمين مهلكة والمدعى يزعم أن المنكر أترف حقه بجحوده فجعل له الشرع يمينه حتى تكون مهلكة له ان كان كما زعم المدعى فالاهلاك بمقابلة الاهلاك جزاء مشروع كالقصاص وان كان كما زعم المدعى عليه فلا يضره اليمين الصادقة فهذا تحقيق معنى العدل في شرع اليمين حقا للمدعى قبل المدعى عليه ثم له رأى في تأخير الاستحلاف فرما يرجو أن يحضر شهوده ولا يأمن أن تكون خصومته عند قاض لا يرى قبول البينة بعد الاستحلاف فيؤخر استحلافه لذلك فلهذا لا يحلف الا بطلب المدعى ولان من أصل أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف الخصم إذا زعم المدعى أن شهوده حضور وعندهما إذا كان الشهود في مجلس القضاء والمدعى

[117]

هو الذي يعرف ذلك فلهذا لا يستحلف الا بطلبه ثم شرط أبو حنيفة رحمه الله للاستحلف أن لا يكون للمدعي شهود حضور لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم للمدعي أنك بينة فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم إذن لك يمينه ولأن المنكر إنما يكون متلفاً حق المدعى بانكاره إذا لم يكن له شهود حضور ولو استحلف القاضى الخصم مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم إذا أقام المدعى البينة بعد ذلك وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا إذا كان الشهود في مجلس الحكم فكذلك يتمكن من المدعى من اثبات حقه بالشهادة في الحال فاما إذا لم يكونوا في مجلس الحكم فله غرض صحيح في الاستحلف وهو أن يقصر المؤونة والمسافة عليه باقرار المدعى عليه أو نكوله عن اليمين فيتوصل إلى حقه في الحال فكان له أن يطلب بيمينه ثم قد بينا في كتاب الدعوى أن المقصود نكول المدعى عليه وأن الاستحلف في كل ما يجوز فيه القضاء بالنكول ولهذا لا يستحلف في الحدود لانه لا يقضى فيها بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفي الحدود التي هي لله تعالى خالصا لا يجوز اقامتها بالاقرار بعد الرجوع فكيف يقام بالنكول والنكول قائم مقام الاقرار وفي حد القذف النكول قائم مقام الاقرار ولايجوز اقامته بما هو قائم مقام الغير كما لايقام بالشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى الا أنه يستحلف في السرقة ليقضى عند النكول بالمال دون القطع وهذا لان المدعى يدعى أخذ المال بجهة السرقة فيستحلف الخصم في الاخذ وعند نكوله يقضى بذلك لا بجهة السرقة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع وكما في الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع النساء في السرقة فانه يثبت بها الاخذ الموجب للضمان دون السرقة الموجبة للقطع فكذلك في النكول ولهذا لا يستحلف في النكاح والرجعة والفئ في الاثلاف والرق والنسب والولاء في قول أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يجوز القضاء فيها بالنكول والنكول عنده بمنزلة البدل وهما يقولان يستحلف في هذه الاشياء ويقضى بالنكول فالنكول عندهما قائم مقام الاقرار وقد بينا هذا في الدعوى وفي دعوى القصاص يستحلف لا للقضاء بالنكول بل لتعظيم حرمة النفوس (ألا ترى) أن الايمان في القسامة شرعت مكررة لذلك وأن كلمات اللعان ايمان مشروعة لتعظيم حرمة النسبة إلى الفاحشة ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا امتنع عن اليمين في دعوى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وفينا دون النفس يستحلف للقضاء بالنكول لان البدل عامل في الاطراف كهو في الاموال فإذا كان مفيدا يعمل في الاباحة وإذا كان غير مفيد يعمل في اسقاط الضمان فعند النكول يقضى بالقصاص الذي

[118]

هو عين المدعى كما يقضى بالمال وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قال النفس وما دونها سواء إذا نكل عن اليمين قضينا عليه بالارش وهو قول أبو حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا هذا في كتاب الدعوى أيضا (قال) ولا يستحلف الرجل مع شهادة شاهدين لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر والالف واللام للجنس فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس اليمين في جانب المدعى عليه فلم يبق يمين في جانب المدعى ولأن شرع اليمين في جانب المنكر لمعنى الاهلاك كما بينا ولا يتحقق ذلك في جانب المدعى ولانها مشروعة للحاجة إلى قطع المنازعة ولا حاجة إلى ذلك بعد اقامة المدعى البينة ولانها مشروعة في جانب المنكر للنفي والمدعى محتاج إلى الاثبات وإلى هذا أشار في الاصل فقال لا نرد اليمين ولا نحوها عن موضعها وقد قررنا هذا المعنى في كتاب الدعوى في مسألة رد اليمين

ومسألة القضاء بشاهد ويمين وكان على رضى الله عنه يرى استحلاف المدعى مع شهادة شاهدين ويرى استحلاف الشاهد واستحلاف الراوى إذا روى حديثا كما روى عنه أنه قال ماروى لى أحد حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا حلفته غير أبى بكر رضى الله عنه فإنه حدثنى أبو بكر رضى الله عنه ولم أحلفه ولم نأخذ بقوله فى هذا لما فيه من الزيادة على النص فى النصوص أمر الحكام بالتماس شاهدين من المدعى فاليمين بعد ذلك زيادة على النص وذلك بمنزلة النسخ ثم الحق قد ثبت بما أقام من الحجة فالبيئة سميت بيئة لان البيان يحصل بها ولو ثبت حقه باقرار الخصم لم يجر استحلافه مع ذلك فإذا ثبت بالبيئة فهو مثل ذلك أو أقوى فان كانت اليمين على الرجل فان القاضى يحلفه بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وان اكتفى بالاول أجزاء لان المشروع اليمين بالله تعالى فان الله تعالى يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال الله تعالى يحلفون بالله ما قالوا فعرفنا أن المشروع فى بيعه نصرة الحق والانكارات اليمين بالله تعالى الا أن المقصود فى المظالم والخصومات هو النكول وأحوال الناس تختلف فمنهم من يمتنع إذا غلط عليه اليمين ويتجاسر إذا حلف بالله فقط وإذا كان كذلك فالراى فى ذلك إلى القاضى ان شاء اكتفى باليمين بالله وان شاء غلط بذكر الصفات والاصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه ان الذي حلف بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذي لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب وقد بينا ذلك فى آداب القاضى ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أن تغليظ اليمين بذكر الصفات حسن بعد أن لا يحلفه أكثر من

[119]

يمين واحدة ولهذا لم يذكر حرف العطف عند ذكر الصفات ولا يحلفه بغير الله تعالى لان ذلك منهى عنه قال صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولا يستقبل به القبلة ولا يدخله المسجد وحيثما يحلفه فهو مستقيم لان المقصود تعظيم المقسم به وذلك حاصل سواء حلفه فى المسجد أو فى غير المسجد استقبل به القبلة أو لم يستقبل والشافعى رحمه الله يقول فى المال العظيم يستحلف بمكة عند البيت وبالمدينة بين الروضة والمنبر وفى بيت المقدس عند الصخرة وفى سائر البلاد فى الجوامع لحديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه فإنه رأى قوما يستحلفون عند البيت قال أعلى دم أم أمر عظيم من المال لقد خفت ان يتهيا الناس لهذا البيت وهذا نوع مبالغة للاحتياط فقد يمتنع الانسان من اليمين فى هذا الموضع مالا يمتنع منها فى سائر المواضع ولسنا نأخذ بهذا لما فيه من الزيادة على النصوص الظاهرة وهى تعدل النسخ عندنا وقد ظهر عمل الناس بخلافه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا وفيه أيضا بعض الحرج على القاضى فان حلف المدعى عليه فلقد انقطعت المنازعة لانه لاجه للمدعى فحجته البيئة أو اقرار الخصم أو نكوله وقد انعدم ذلك كله وليس له أن يخاصم بغير حجة يقول فان أبراه القاضى أي منعه من أن يخاصمه بغير حجة لأن يسقط حق الطالب عنه بقضائه ثم إن أقام الطالب البيئة عليه بالحق فإنه يأخذه منه وبعض القضاة من السلف رحمهم الله كان لا يسمعون البيئة بعد يمين الخصم وكانوا يقولون كما يترجح جانب الصدق فى جانب المدعى بالبيئة ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المنكر بعده فكذلك يتعين الصدق فى جانب المدعى عليه إذا حلف فلا

يلتفت إلى بينة المدعى بعد ذلك ولسنا نأخذ بذلك وإنما نأخذ فيه بقول عمر
رضي الله عنه فقد جوز قبول البينة من المدعى بعد يمين المدعى عليه
ويقول عمر رضي الله عنه حيث قال اليمين الفاجرة أحق أن يرد من البينة
العادلة ولسنا نقول بيمين المدعى عليه يتعين معنى الصدق في انكاره
ولكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لانه لاجحة له فإذا وجد الحجة كان له أن
يثبت حقه بها ولا يحلف الشاهد الا بامرنا لاکرام الشهود وليس من اكرامه
استحلافه ثم الاستحلاف يبنى على الخصومة ولا خصم للشاهد وكما
يستحلف المسلم في الخصومات تستحلف أهل الذمة لان المقصود النكول
وهم يمتنعون عن اليمين الكاذبة ويعتقدون حرمة ذلك كالمسلمين (قال)
ويحلف النصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام واليهود
بالله الذي أنزل التوراة على

[120]

موسى عليه السلام والاصل فيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
في قصة الرجم حيث قال لابن صوريا الاعور أنشدك الله الذي أنزل التوراة
على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا وهذا لانه قد يمتنع من اليمين
عند التغليب بهذه الصفة مالا يمتنع بدونه وذكر عن محمد رحمه الله انه
يستحلف المجوسى بالله الذي خلق النار لانهم يعظمون النار وليس عن
أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله خلاف ذلك في الظاهر الا انه روى عن
أبى حنيفة رحمه الله في النوادر قال لا يستحلف أحد الا بالله خالصا فلهذا
قال بعض مشايخنا لا ينبغي أن يذكر النار عند اليمين لان المقصود تعظيم
المقسم به والنار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله
الذي خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى بالله الذي خلق النار وكأنه
وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمون النار تعظيم العبادة فالمقصود
النكول قال بذكر ذلك في اليمين فأما المسلمون لا يعظمون شيئا من
المخلوقات تعظيم العبادة فلهذا لا يذكر شئ من ذلك في استحلاف
المسلم وغير هؤلاء من أهل الشرك يحلفون بالله فانهم يعظمون الله
تعالى كما قال عز وجل ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله وإنما يعبدون
الاصنام تقربا إلى الله تعالى بزعمهم قال الله تعالى ما نعبدهم الا
ليقربونا إلى الله زلفى فيمتنعون من الحلف بالله كاذبا ويحصل به
المقصود وهو النكول ولا يستحلف المجوسى في بيت النار لان الاستحلاف
عند القاضى والقاضى ممنوع من أن يدخل ذلك الموضع وفي ذلك معنى
تعظيم النار وإذا كان لا يدخله المسجد مع أنا أمرنا بتعظيم هذه البقعة فلئلا
يدخل المجوسى بيت النار عند الاستحلاف وقد نهينا عن تعظيمها أولى
والحر والمملوك والرجل والمرأة في اليمين سواء لان المقصود هو
القضاء بالنكول وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء وإذا
أرادت المرأة أن تحلف زوجها على الدخول بها لتؤاخذة بالمهر وقالت
تزوجني وطلقني بعد الدخول أو قالت تزوجني وطلقني قبل الدخول
فعليه نصف المهر أستحلفه بالله على ذلك فان نكل عن اليمين لزمه المال
ولا يثبت النكاح في قول أبى حنيفة رحمه الله لانها تدعى المال والعقد
والبدل يعمل في المال ولا يعمل في النكاح فيستحلف لدعوى المال وعند
النكول يقضى بذلك دون النكاح وقد بينا نظيره في دعوى السرقة والله
أعلم بالصواب (باب من لا تجوز شهادته) (قال الشيخ الامام رحمه الله
الاصل أن الشهادة ترد بالتهمة لقوله صلى الله عليه وسلم

لا شهادة لمتهم ولانه خبر محتمل للصدق والكذب فانما يكون حجة إذا ترجح جانب الصدق فيه وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم التهمة تارة تكون لمعنى في الشاهد وهو الفسق لانه لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاد حرمة متهم بأنه لا ينزجر عن شهادة الزور وقد بينا أن العدالة شرط للعمل بالشهادة والعدالة هي الاستقامة وذلك بالاسلام واعتدال العقل ولكن يعارضهما هوى يضلّه أو يصده وليس لهذا الاستقامة حد يوقف على معرفته لانه بمشيئة الله تعالى تتفاوت أحوال الناس فيها فجعل الحد في ذلك ما لا يلحق الحرج في الوقوف عليه وقيل كل من ارتكب كبيرة يستوجب بها عقوبة مقدرة فهو لا يكون عدلا في شهادته ففى غير الكبائر إذا أصر على ارتكاب شئ مما هو حرام في دينه يخرج من أن يكون عدلا وان ابتلى بشئ من غير الكبائر ولم يظهر منه الاصرار على ذلك فهو عدل في الشهادة لانه إذا أصر على ذلك فقد أظهر رجحان الهوى والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه وإذا ابتلى بذلك من غير اصرار عليه فانما ظهر رجحان دينه وعقله على الهوى والشهوة وقد تكون التهمة لمعنى في المشهود له وهو وصله خاصة بينه وبين الشاهد يدل على ايثاره على المشهود عليه وذلك شئ يعرف بالعادة فقد ظهر من عادة الناس العدول منهم وغير العدول الميل إلى الاقارب وأبنائهم على الاجانب فتمكن تهمة الكذب بهذا الطريق في الشهادة وقد يكون ذلك في الشاهد لا يقدح في عدالته وولايته وهو العمى فليس للاعمى آلة التمييز بين الناس حقيقة وذلك تمكن تهمة الغلط في الشهادة وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعى وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة فقد جعل الله تعالى عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء دليل كذبه بقوله عزوجل فإذا لم يأتوا بالشهداء فأؤثك عند الله هم الكاذبون * إذا عرفنا هذا فنقول ذكر عن شريح رحمه الله قال لا تجوز شهادة الوالد لولده والولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج للمرأة ولا العبد لسيده وبذلك نأخذ ويخالفنا في الولد والوالد مالك رحمه الله فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه بالقياس على شهادة كل واحد منهما على صاحبه وهذا لان دليل رجحان الصدق في خبره انزجاره عما يعتقد حرمة ولا فرق في هذا بين الاجانب والاقارب وحرمة شهادة الزور بسبب الدين يتناول الموضوعين ولهذا قبلت شهادة الاخ لاخته فكذلك شهادة الوالد لولده ولا معتبر بالميل إليه طبعاً بعدما قام دليل الزجر شرعاً ولكننا نستدل

بحديث هشام بن عروة عن أبى عن عائشة رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال قال لاتقبل شهادة خائن ولا خائنة ولاذى غمره على أخيه المسلم ولا شهادة الولد لوالده ولا شهادة الوالد لولده وكذلك رواه عمر بن شعيب عن أخيه عن جده زاد فيه ولا شهادة المرأة لزوجها ولا شهادة الزوج لامراته وفي الحديثين ذكر ولا مجلود حد يعنى في القذف وروى أن الحسن شهد لعلي رضى الله عنهما مع قنبر عند شريح رحمه الله بدرع له قال شريح رحمه الله انت بشاهد آخر فقال علي رضى الله عنه مكان الحسن أو مكان قنبر قال لابل مكان الحسن رضى الله عنه قال علي رضى الله عنه أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للحسن

والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة فقال قد سمعت ولكن إئت بشاهد آخر فعزله عن القضاء ثم أعاد عليه وزاد في رزقه فدل أنه كان ظاهرا فيما بينهم أن شهادة الولد لوالده لا تقبل الا أنه وقع لعلي رضي الله عنه في الابتداء أن للحسن رضي الله عنه خصوصية في ذلك لما خصه به رسول الله صلى الله عليه وسلم من السيادة ووقع عند شريح رحمه الله أن السبب المانع وهو الولاد قائم في حقه ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة في حق من هو غير معصوم عن الكذب فيبنى الحكم على السبب الظاهر وهو كما وقع عند شريح رحمه الله واليه رجع علي رضي الله عنه والمعنى فيه تمكن تهمة الكذب فإن العدالة تدل على رجحان جانب الصدق عند استواء الخصمين في حقه ولا تدل على ذلك عند عدم الاستواء (ألا ترى) أن في شهادة المرء لنفسه أو فيما له فيه منفعة لا يظهر رجحان جانب الصدق باعتبار العدالة لظهور ما يمنع من ذلك بطريق العادة فكذلك في حق الآباء والأولاد إما لشبهة البعضية بينهما أو لمنفعة الشاهد في المشهود به والمنافع بين الآباء والأولاد متصلة قال الله تعالى أبأؤكم وأبنأؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا بخلاف الأخوة وسائر القرابات فدليل العادة هناك مشترك متعارض فقد تكون القرابة سببا للتحاسد والعداوة وأول ما يقع من ذلك إنما يقع بين الأخوة بيانه في قوله تعالى قال لاقتلنك وبيان ذلك في حال يوسف عليه السلام وأخوته فمكان التعارض يظهر رجحان جانب الصدق في الشهادة له بظهور عدالته ومثل هذه المعارضة لا توجد في الآباء والأولاد لا يشكل هذا على من نظر في أحوال الناس عن انصاف فاما في شهادة أحد الزوجين لصاحبه يخالفنا الشافعي رحمه الله فيقول تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه لانه ليس بينهما بعضية والزوجية قد تكون سببا للنفار والعداوة وقد تكون سببا للميل والائثار فهي نظير الأخوة

[123]

أو دون الأخوة فانها تحتل القطع والأخوة لا تحتل ودليل هذا الوصف جريان القصاص بينهما في الطرفين في النفس وأن كل واحد منهما لا يعتق على صاحبه إذا ملكه ولان هذه وصلة بينهما باعتبار عقد لا يؤثر في المنع من قبول الشهادة كالصداق والاطهار والاختان وهذا لان عقد النكاح يثبت أحكاما مشتركة بينهما ففيما وراء ذلك ينزل كل واحد منهما من صاحبه منزلة الاجنبي كشرى العنان * وحجتنا في ذلك أن ما بينهما من وصلة الزوجية تمكن تهمة في شهادة كل واحد منهما لصاحبه. وبيان ذلك من وجوه أحدهما ان عقد النكاح مشروع لهذا وهو أن يألف كل واحد منهما بصاحبه ويميل إليه ويؤثره على غيره واليه أشار الله تعالى في قوله خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وهو مشروع لمعنى الاتحاد في القيام بمصالح المعيشة ولهذا جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم أمور داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وأمور خارج البيت على علي رضي الله عنه وبهما تقدم مصالح المعيشة فكان في ذلك كشخص واحد ولا يقال هذا الاتحاد بينهما في حقوق النكاح خاصة لان معنى الاتحاد في حقوق النكاح مستحق شرعا وفيما وراء ذلك ثابت عرفا فالظاهر ميل كل واحد منهما إلى صاحبه وإيثاره على غيره كما في الآباء والأولاد بل أظهر فان الانسان قد يعادى والديه لترضى زوجته وقد تأخذ المرأة من مال أبيها فتدفعه إلى زوجها والدليل عليه ان كل واحد منهما يعد منفعة صاحبه منفعة ويعد الزوج غنيا بمال الزوجة قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي غنى بمال خديجة رضي الله عنها ولما جاء إلى عمر رضي

الله عنه رجل فقال ان عبيد سرق مرآة امرأتي فقال مالك سرق بعضه
بعضا والدليل على أن الزوجة بمنزلة الولاد حكما استحقاق الارث بها من
غير حجب بمن هو أقرب * توضيح الفرق ما قلنا أن الزوجة بمنزلة الاصل
للولاد فان الولاد تنشأ من الزوجية والحكم الثابت للفرع يثبت في الاصل
وان انعدم ذلك المعنى فيه (ألا ترى) أن المحرم إذا كسر بيض الصيد يلزمه
الجزاء وليس في البيض معنى الصيدية ولكنه أصل الصيد فيثبت فيه من
الحكم ما يثبت في الصيد الا أن هذا الاصل انما يلحق بالولاد في حكم
يتصور قيام الزوجية عند ثبوت ذلك الحكم دون مالا يتصور كالقصاص فانه
يجب بعد القتل ولا زوجية بعد قتل أحدهما صاحبه والعنق انما يثبت بعد
الملك ولا زوجية بعد الملك فاما حكم الشهادة يكون في حال قيام الزوجية
فيلحق الزوجية فيه بالولاد وكان سفيان الثوري رحمه الله يقول شهادة
الزوج لزوجته تقبل وشهادة المرأة لزوجها لاتقبل لانها في

[124]

حكم المملوك له المقهور تحت يده فيتمكن تهمة الكذب في شهادتها له
وذلك تنعدم في شهادته لها واعتمد فيه حديث علي رضي الله عنه فانه
شهد لفاطمة رضي الله عنها في دعوى فدك مع امرأة بين يدي أبي بكر
رضي الله عنه فقال لها أبو بكر رضي الله عنه ضمي إلى الرجل رجلا أو
إلى المرأة امرأة فهذا اتفاق منهما على جواز شهادة الزوج لزوجته * ولكننا
نقول دليل التهمة تعم الجانبين من الوجه الذي قررنا فربما يكون ذلك في
جانب الزوج أظهر لانها لما كانت في يده فما لها في يده من وجه أيضا فهو
يثبت اليد لنفسه في المشهود به وكذلك بكثرة مالها تزداد قيمة ملكه فان
قيمة المملوك بالنكاح تختلف بقله مالها وكثرة مالها. بيان ذلك في مهر
المثل فمن هذا الوجه يكون الزوج شاهدا لنفسه ولا حجة في حديث علي
رضي الله عنه لان أبا بكر رضي الله عنه لم يعمل بتلك الشهادة بل ردها
وكان للرد طريقان الزوجية ونقصان العدد فإشار إلى أبعد الوجهين تحرزا
عن الوحشة وكذلك علي رضي الله عنه علم أن أبا بكر رضي الله عنه لا
يعمل بتلك الشهادة لنقصان العدد وكره انحسامها بالامتناع من أداء
الشهادة فلهذا شهد لها وقد قيل ان شهادة علي رضي الله عنه لها لم
تشتهر وانما المشهور أنه شهد لها رجل وامرأة وأما قول شريح ولا العبد
لسيده فهو مجمع عليه لان شهادة العبد لاتقبل لسيده ولا لغير سيده
وحكى عن محمد بن سلمة رضي الله عنه قال كان يحيى بن أكرم رحمه الله
أعلم الناس باختلاف العلماء رحمهم الله وكان إذا قال في شيء اتفق
العلماء رحمهم الله على كذا نزل أهل العراق على قوله وقد قال اتفق
العلماء على أن العبد لا شهادة له وقد يروي أن عليا وزيدا رضي الله عنهما
اختلفا في المكاتب إذا أدى بعض بدل الكتابة فقال علي رضي الله عنه
يعتق بقدر ما أدى منه وقال زيد رضي الله عنه لا يعتق ما بقى عليه درهم
فقال زيد لعلي رضي الله عنهما أرايت لو شهد أكان تقبل بعض شهادته
دون البعض فهذا دليل الاتفاق منهما على أن لا شهادة للعبد واختلف عمر
وعثمان رضي الله عنهما في العبد إذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم
اعتق فأعادها فقال عثمان رضي الله عنه لاتقبل وقال عمر رضي الله عنه
تقبل فذلك اتفاق منهما على أنه لا شهادة للعبد وعن ابن عباس رضي الله
عنهما قال لا شهادة للعبد وهذا لان في الشهادة معنى الولاية فانه قول
ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية الا هذا والرق يبقي الولاية
فالاصل ولاية المرء على نفسه فإذا كان الرق يخرج من أن يكون أهلا

للولاية على نفسه فعلى غيره أولى وقد استدلوا في الكتاب على أن العبد ليس من أهل الشهادة بقوله تعالى ولا ياب الشهداء إذا ما

[125]

دعوا والعبد لا يدخل في هذا الخطاب لان خدمته ومنفعته لمولاه فلا يجب عليه الحضور لاداء الشهادة وان دعى إلى ذلك بل لا يحل له ذلك لان منافعه في هذا الزمان غير مستثنى من حق المولى وذكر عن شريح رحمه الله أنه قبل شهادة الاخ لاختيه وقد بينا الفرق بين هذا وبين شهادة الولد لوالده واستدل في الكتاب بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فمطلق هذه الاضافة يدل على أن الولد كالمملوك لوالده وان مال الولد لوالده وقد دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه ومثل ذلك لا يوجد في الاخوة وسائر القرابات ويجوز شهادة الرجل لوالده من الرضاغة ووالدته لان الرضاغة تأثيره في الحرمة خاصة وفيما وراء ذلك كل واحد منهما من صاحبه كالأجنبي (ألا ترى) أنه لا يتعلق به استحقاق الارث واستحقاق النفقة حالة اليسار والعسرة وبه يفرق بين الاخوة والولاد فالاخوة لا يتعلق بها استحقاق النفقة عند عدم اليسار بخلاف الولادة والزوجية فانه يتعلق بهما استحقاق حالتي اليسار والعسرة ويجوز شهادة الرجل لام امرأته ولزوج ابنته لان المصاهرة التي بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط فاما ما سوى ذلك لا تأثير للمصاهرة فهي بمنزلة الرضاغة أو دونه وعن ابراهيم رحمه الله قال لا تجوز شهادة المحدود في القذف وان تاب انما توبته فيما بينه وبين الله تعالى وعن شريح رحمه الله مثله وبذلك ياخذ علماؤنا رحمهم الله وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه كان يقول انما يؤتبه فيما بينه وبين الله تعالى فاما نحن فلا تقبل شهادته وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته بعد التوبة وهو قول عمر رضي الله عنه وقد كان يقول لابي بكره تب تقبل شهادتك واستدل الشافعي رحمه الله بظاهر الآية فان الله تعالى قال الا الذين تابوا والاستثناء متى يعقب كلمات منسوقة بعضها على البعض ينصرف إلى جميع ما تقدم الا ما قام الدليل عليه كقول القائل امرأته طالق وعنده حر وعليه حجة الا أن يدخل الدار ثم قام الدليل من حيث الاجماع على أن الاستثناء لا ينصرف إلى الجلد فيبقى ما سواه على هذا الظاهر مع أن عندنا الاستثناء ينصرف إلى الجلد أيضا الا أن الجلد حق المقدوف فتوبته في ذلك أن يستعفيه فلا جرم إذا استعفاه فعفى عنه سقط الجلد والمعنى فيه أن الموجب لرد الشهادة فسقه وقد ارتفع بالتوبة وانما قلنا لان الموجب لرد شهادته اما أن يكون نفس القذف أو اقامة الحد عليه أو سمة الفسق لاجاز أن يكون الموجب لرد شهادته نفس القذف لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب فباعتبار الصدق لا يكون موجبا رد الشهادة ولا ترد

[126]

الشهادة على التأييد وكذلك باعتبار الكذب فلا تأثير للكذب في رد الشهادة على التأييد ولان هذا افتراء منه على عبد من عباد الله فلا يكون أعظم من افترائه على الله تعالى وهو الكفر وذلك لا يوجب رد الشهادة على التأييد ولانه نسبة الغير إلى الزنا فلا يكون أقوى من مباشرة فعل الزنا وذلك لا

يوجب رد الشهادة على التأييد وهذا على أصلكم أظهر فانكم تقولون قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته وإن لم يتب وبالاتفاق إذا تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن يكون الموجب لرد الشهادة اقامة الحد عليه فان ذلك فعل الغير به وتعتبر اقامة هذا الحد باقامة سائر الحدود وهذا لان الحد من وجه يقام تطهيرا قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لاهلا فلا يصلح أن تكون سببا لرد شهادته على التأييد وحاله إذا تاب بعد اقامة الحد عليه أحسن من حاله قبل اقامة الحد عليه فإذا بطل الوجهان صح أن الموجب لرد شهادته سمة الفسق وقد ارتفع ذلك بالتوبة بدليل قبول خبره في الديانات ولهذا قلت قبل اقامة الحد عليه لاتقبل شهادته عليه إذا لم يتب لان الفسق ثبت بنفس القذف لما فيه من هتك ستر العفة على المسلم ولهذا لزمه الحد به والحد لا يجب الا بارتكاب جريمة موجبة للفسق ولان هذا محدود في قذف حسنت توبته فتقبل شهادته كالذمي إذا أسلم بعد اقامة الحد عليه * وحجتنا في ذلك من حيث الظاهر قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والا بدما لا نهاية له فالتنصيص عليه في بيان رد شهادته دليل على أنه يتناول الشهادة على التأييد ومعنى قوله لهم أي للمحدود في القذف وبالتوبة لا يخرج من أن يكون محدودا في قذف بخلاف قوله تعالى ولا تصل على أحد منهما مات أبدا ومعناه من المنافقين وبالتوبة يخرج من أن يكون منافقا والمراد بالاية شهادته في الحوادث لاما يأتي به من الشهود على صدق مقالته فالصحيح من المذهب عندنا انه إذا أقام المحدود أربعة من الشهداء على صدق مقالته بعد اقامة الحد عليه تقبل ويصير هو مقبول الشهادة وقوله تعالى لهم شهادة بمنزلة قوله شهادتهم كما يقال هذه دارك وهذه دارك وفي التنكير ما يدل على أن المراد ما قلنا دون أربعة يشهدون له فانه لو كان المراد ذاك لقال ولا تقبلوا لهم الشهادة فان المنكر إذا أعيد يعاد معرفا قال الله تعالى كما أرسلنا إلى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول ولا كلام في المسألة من طريق القياس فان مقادير الحدود لا تعرف بالقياس ولكن الكلام على طريق الاستدلال بالمنصوص فنقول ان رد الشهادة من تمام حده وأصل الحد لا يسقط بالتوبة فما هو متمم له لا يسقط

[127]

أيضا وبيان هذا أن نفس القذف لا يكون موجبا للحد كما قاله الخصم ولان القذف متمثل بين الصدق والكذب وربما يكون حسبه من القاذف إذا علم اضاراه ووجد أربعة من الشهداء ليقيم عليه الحد ولهذا يتمكن من اثباته بالبينه ولكن وجوب الحد عليه بالقذف مع عجزه عن الاتيان بأربعة من الشهداء واليه أشار الله تعالى في قوله عز وجل ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فالمعطوف على الشرط شرط ثم العجز عن ذلك يظهر بما يظهر به العجز عن الدفع في سائر الحوادث فعند ذلك يصير القذف موجبا جلدا مؤلما محرما لقبول الشهادة وذلك منصوص عليه في قوله تعالى فاجلدوهم والغاء للتعقيب وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم معطوف على الجلد والعطف للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه فإذا كان المعطوف عليه حدا كان المعطوف من تمام الحد كما قال الشافعي رحمه الله في قوله صلى الله عليه وسلم وتغريب عام أنه من تمام حد البكر ولكن نقول هناك التغريب لا يصلح أن يكون حدا لما فيه من الاغراء على ارتكاب الفاحشة دون الزجر وهنا رد الشهادة صالح لتتميم الحد لانه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه ففيه معنى الزجر ثم حرمة القاذف باللسان ورد شهادته حد في المحل الذي حصل به الجريمة وذلك مشروع كحد السرقة والمقصود من

هذا الحد دفع الشين عن المقدوف وذلك في اهدار قوله أظهر منه في اقامة الجلد عليه فلهذا جعلنا رد الشهادة متمما للحد وهذا بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم للسارق اقطعوه ثم احسموه فان الحسم لا يكون متمما للحد لانه دواء فلا يصلح أن يكون متمما للحد ثم حرف النفي في قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة لا يمنع العطف فقد يعطف النهي على الامر كما يقول لغيره اجلس ولا تتكلم وأما قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون ليس بعطف بل هو ابتداء بحرف الواو وقد يكون ذلك لحسن نظم الكلام كقوله تعالى والراسخون في العلم وقوله تعالى ولياسم التقوى وقوله تعالى ويمحوا الله الباطل وبيان أنه ليس بعطف أن قوله تعالى فاجلدوهم أمر بفعل وهو خطاب الامة وقوله تعالى ولا تقبلوا لهم نهى عن فعل وهو خطاب الامة أيضا وقوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اثبات وصف لهم فكيف تتحقق المشاركة بينه وبين ما تقدم ليكون عطفاً ولأن قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون بيان لجريمتهم وازالة الاشكال أنهم لما أدي استوجبوا هذه العقوبة وما تقدم بيان الواجب بالجريمة ولا يتحقق عطف الجريمة على الواجب بها والدليل عليه انه لو كان هذا عطفاً لكان من الحد أيضا فينبغي أن لا يرتفع بالتوبة كما لا يرتفع بالحد فلا تأثير للتوبة في الحد

[128]

وانما يسقط عنده بعفو المقدوف ويستوى في ذلك ان تاب القاذف أو لم يتب وكان ينبغي أن يقال إذا تاب حتى حرم بفسقة أن لا يقام عليه الحد لان الحد لا يحتمل الوصف بالتحري والذي يوضح ما قلنا أن الثابت بالنص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال الله تعالى فتبينوا والمنصوص عليه هنا حكم آخر وهو الرد دون التوقف فعرفنا أنه ليس بسبب الفسق بل هو متمم للحد كما قررنا ولو كان رد الشهادة بسبب الفسق لكان في الآية عطف العلة على الحكم وذلك لا يحسن في البيان ولهذا الاصل قلنا بقبول شهادته قبل اقامة الحد عليه وان لم يتب لانه من تمام حده أو أنه بعد اقامة الحد وهذا لان باقامة الحد يصير محكوماً بكذبه والمتهم بالكذب لا شهادة له فالمحكوم بالكذب أولى ويستدل بهذا في تعيين المسألة فانه بعد اقامة الحد عليه في جميع الحوادث بمنزلة الفاسق إذا شهد في حادثة فردت شهادته فتلك الشهادة لا تقبل منه بعد ذلك وان تاب لانه صار محكوماً بكذبه فيها فكذلك المحدود في جميع الشهادة وبيان ما قلنا فيما روي ان هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سمحا قال المسلمون الان يجلد هلال فتبطل شهادته في المسلمين فذلك دليل على أنه لا تبطل شهادته قبل اقامة الحد وأن بطلان الشهادة من تمام الحد وتأويل قول عمر رضى الله عنه لابي بكره تقبل شهادتك في الديانات (ألا ترى) ان ماروى ان أبا بكره كان إذا استشهد في شئ قال وكيف تشهدني وقد أبطل المسلمون شهادتي وهو أعلم بحاله من غيره فاما الذمي إذا أقيم عليه حد القذف سقطت شهادته وتم به حده لانه كان من أهل الشهادة ثم بالاسلام استفاد شهادة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه الشهادة لم تصر مردودة وبه فارق العبد إذا أقيم عليه الحد ثم عتق لان العبد لم يكن أهلاً للشهادة وتمام الحد يرد الشهادة فيتوقف على ما بعد العتق فان عتق الان ثم حده ترد شهادته وهذا الفرق على الرواية التي يقول ان خبر المحدود في القذف في الديانات تقبل وأما على الرواية التي تقول لا يقبل خبره في الديانات وهو رواية المنتفى فوجه الفرق بينهما ان الكافر بالاسلام استفاد عدلة لم تكن موجودة عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد

فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل وقد صارت عدالته مجروحة باقامة الحد عليه فلا تقبل شهادته بحال فان (قال) القاذف عندي لا يكون أهلا للشهادة عند اقامة الحد عليه لانه فاسق وانما يستفيد الاهلية بعد ذلك بالتوبة (قلنا) لا كذلك فقد قامت الدلالة لنا على ان الفاسق من أهل الشهادة وفي قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ما يدل

[129]

على ذلك ثم مذهبه هذا من أقوى دليل لنا عليه فان عنده قبل التوبة لا شهادة له فلا تتصور رد شهادته ويتبين بهذا أن المراد من قوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة رد لشهادته بعد وجودها بالاهلية وذلك بعد التوبة وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه أنه أعمى فذكر ذلك لعلي رضى الله عنه فرد شهادته وبه نأخذ وكان مالك رحمه الله يقول ان شهادة الاعمى مقبولة لان الاعمى لا يقدح في الولاية والعدالة فباعتبارهما يجب قبول الشهادة * بيانه أنه من أهل الولاية على نفسه فتتعدى ولايته إلى غيره عند وجود سبب التعدي وهو أهل للعدالة لانزجاره عما يعتقده حراما في دينه ولهذا قبلت رواية الاعمى فقد كان في الصحابة رضوان الله عليهم من هو أعمى وقد كان في الانبياء عليهم السلام من ابتلى بذلك فدل أن الاعمى لا يقدح في العدالة وقوات العيين كفوات الرجلين واليدين فلا يؤثر في المنع من قبول شهادته ونحن نسلم هذا كله ولكن نقول يحتاج في تحمل الشهادة وأدائها إلى التمييز بين من له الحق وبين من عليه وقد عدم آلة التمييز حقيقة لان الاعمى لا يميز بين الناس الا بالصوت والنغمة فتتمكن من شهادته شبهة يمكن التحرر عنها بحسن المشهود وذلك مانع من قبول الشهادة وقال زفر رحمه الله فيما لا يجوز الشهادة عليه الا بالمعانة لا شهادة للاعمى فاما فيما تجوز الشهادة فليه بالتسا مع تقبل شهادة الاعمى لانه في السماع كالبصير وانما عدم آلة العيين ولكننا نقول في أداء الشهادة هو محتاج إلى الاشارة إلى المشهود له والمشهود عليه ولا يتمكن من ذلك الا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى تقبل شهادته لان تحمله قد صح بطريق ثبت له العلم به وبعد صحة العلم انما يحتاج إلى الحفظ والاعمى في ذلك كالبصير ويحتاج إلى الاداء باللسان والاعمى في ذلك كالبصير فتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب والاشارة اليهما بالطريق الذي يعلم أنه مصيب في ذلك يكفى لاداء الشهادة (ألا ترى) أن الاعمى يباح له وطئ زوجته وجاريته ولا يميزهما من غيرهما الا بالصوت والنغمة وأن البصير إذا شهد على ميت أو غائب يقام ذكر الاسم والنسب مقام الاشارة إلى العين في صحة أداء الشهادة فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قال لا تقبل شهادته لحديث علي رضى الله عنه فانه لا يستفسر أنه وقت التحمل كان بصير أو أعمى وفي هذا الحديث دليل أن ذلك معروفا بينهم حتى لم يخف على النساء ولكن أبو يوسف رحمه الله يقول يحتمل

[130]

أن ذلك كان في الحد وأنا أقول في الحدود إذا عمى قبل الاداء أو بعد الاداء قبل الامضاء فانه لاتعمل بشهادته لان الحدود تدرئ بالشبهات والصوت والنعمة في حق الاعمى تقام مقام المعاينة في حق البصير والحدود لاتقام بما يقوم مقام الغير بخلاف الاموال والمعنى فيه أن في شهادة الاعمى تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود وذلك يمنع قبول الشهادة كما في شهادة الاب لولده وبيان الوصف أنه يحتاج عند أداء الشهادة إلى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه والاشارة اليهما وإلى المشهود به فيما يجب احضاره وآلة هذا التمييز البصير وقد عدم الاعمى ذلك المعنى وانما يميز بالصوت والنعمة أو بخبر الغير فكما لا يجوز له ولا للبصير أن يشهد بخبر الغير فكذلك لاتقبل شهادته إذا كان تمييزه بخبر الغير والاعمى في أداء الشهادة كالبصير إذا شهد من وراء الحجاب وهذا بخلاف الوطئ فانه يجوز أن يعتمد فيه على خبر الواحد إذا أخبره ان هذه امرأته وقد زفت إليه وهذا لان الضرورة تتحقق فيه فالاعمى يحتاج إلى قضاء الشهوة والنسل كالبصير ولا ضرورة هنا ففي الشهود كثرة وهذا بخلاف الموت فان ذلك لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود فالمدعى وان استكثر من الشهود يحتاج إلى اقامة الاسم والنسبة مقام الاشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته على أن هناك الاشارة تقع إلى وكيل الغائب ووصى الميت وهو في ذلك قائم مقامه ولا يقال بانه ماكان يعلم عند الاستشهاد ان الشاهد يتلى بالعمى لان هذا المعنى يضعف بما إذا فسق الشاهد بعد التحمل فان شهادته لاتقبل والمدعى ماكان يعلم أن الشاهد يفسق بعد التحمل ثم هذا في القصاص والحدود التي فيها حق العباد موجود وكم يعتبر مع عظم حرمتها فلان لا يعتبر في الاموال مع خفة حرمتها أولى ثم بماذى يعرف انه كان بصيرا وقت التحمل فان قول الشاهد في ذلك غير مقبول وقول المدعى كذلك والمدعى عليه منكر للمشهود به أصلا (قال) ويتصور هذا فيما إذا جاء وهو بصير ليؤدي الشهادة فلم يتفرغ القاضى لسماع شهادته حتى عمى أو كان القاضى يعرف الوقت الذي عمى هو فيه وتاريخ المدعى سابق على ذلك ولا تجوز شهادة الاخرس لان أداء الشهادة يختص بلفظ الشهادة حتى إذا قال الشاهد أخبر واعلم لا يقبل ذلك منه ولفظ الشهادة لا يتحقق من الاخرس ثم شهادة الاخرس مشتبّه فانه يستدل باشارته على مراده بطريق غير موجب للعلم فتتمكن من شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ولا تكون اشارته أقوى من عبارة الناطق لو قال أخبر ولاتقبل شهادة الفاسق لان الله تعالى أمر بالتوقف في خبر الفاسق بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق فاسق نبأ

[131]

فتبينوا أن تصيبوا والامر بالتوقف يمنع العمل بالشهادة وهذا لان رجحان جانب الصدق لا يظهر في شهادة الفاسق لان اعتبار اعتقاده يدل على صدقه واعتبار تعاطيه يدل انه كاذب في شهادته فلتعارض الأدلة يجب التوقف ثم لما لم ينزجر عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده جرمته فالظاهر أنه لا ينزجر عن شهادة الزور مع اعتقاد جرمته وعن أبى يوسف رحمه الله يقول إذا كان وجبها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا تتمكن تهمة الكذب في شهادته فلوجاهته لا يتجاسر أحد من استنجاهه لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع من الكذب من غير منفعة له في ذلك والاصح ان شهادته لاتقبل لان قبول الشهادة في العمل بها لا كرام الشهود كما قال صلى الله عليه وسلم أكرموا الشهود فان الله تعالى يحى الحقوق بهم وفي حق الفاسق أمر بخلاف ذلك قال صلى الله عليه وسلم إذا لقيت

الفاسق فالفه بوجهه مكفهر ومن يكون معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا
فلهذا لاتقبل شهادته ولا شهادة أكل الربا المشهور بذلك والمعروف به
المقيم عليه فانه فاسق محارب قال الله تعالى فان لم تفعلوا فاذنوا
بحرب من الله ورسوله ولكنه شرط أن يكون مشهورا به مقيما عليه لان
العقود الفاسدة كلها ربا قال الله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا
والانسان في العادة لا يمكنه أن يتحرز عن الاسباب المفسدة للعقد في
جميع معاملاته فقد لا يهتدى إلى بعض ذلك فلهذا لا تسقط عدالته إذا لم
يكن مشهورا بأكل الربا مصرا عليه ولا شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر
لانه مرتكب للكبيرة مستوجب للحد على ذلك وذلك تسقط عدالته وانما
شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من يتهم بالشرب ولكن لا يظهر
ذلك لا يخرج من أن يكون عدلا وانما تسقط عدالته إذا كان يظهر ذلك أو
يخرج سكرانا يسخر منه الصبيان فلا مروءة لمثله ولا يبالي من الكذب عادة
ولا شهادة المحنث لانه فاسق ومراذه إذا كان محنثا في الردي من أفعاله
فأما إذا كان في كلامه لين وفي أعضائه تكسر ولم يشتهر بشئ من
الافعال الردية فهذا عدل مقبول الشهادة (ألا ترى) أن هبت المحنث كان
يدخل بيوت أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهن حتى
سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم منه كلمة شنيعة أمر باخراجه ولا
شهادة من يلعب بالحمام يطيرهن لشدة غفلته فالظاهر أن يكون قبله مع
ذلك في عامة أحواله وأنه يقل نظره في سائر الامور ثم هو مصر على نوع
لعب وقال صلى الله عليه وسلم ما أنا من در ولا الدر منى والغالب أنه
ينظر إلى العورات في السطوح وغيرها وذلك فسق فاما إذا كان يمسك
الحمام في بيته يستأنس بها ولا

[132]

يطيرها عادة فهو عدل مقبول الشهادة لان امساك الحمام في البيوت مباح
(ألا ترى) أن الناس يتخذون بروج الحمامات ولم يمنع من ذلك أحد ولا
شهادة صاحب الغناء الذي يخادن عليه ويجمعهم والنائحة لانه مصر على
نوع فسق ويستخف به عند الصلحاء من الناس ولا يمتنع من المحاربة
والاقدام على الكذب عادة فلهذا لاتقبل شهادته وأما المحدود في الخمر
والزنا والسرقة إذا تابوا فان شهادتهم مقبولة لحديث شريح رحمه الله انه
أجاز شهادة أقطع من بنى أسد فقال أجزى شهادتى فقال نعم وأراك لذلك
أهلا وكان أقطع في سرقة وهذا لان التوقف في شهادته كان لفسقه وقد
زال ذلك بالتوبة والتائب من الذنب كمن لا ذنب له وليس هذا كالمحدود في
القذف لان رد الشهادة هناك من تمام الحد فلو جعلنا رد الشهادة هنا من
تمام الحد كان بطريق القياس ولا مدخل للقياس في مقادير الحدود
والزيادة على النص بالقياس لا تجوز مع أن هذا الحد ليس في معنى ذلك
الحد لان باقامة حد القذف تتحقق جريمته وجريمة هؤلاء تتحقق قبل اقامة
الحد فاقامة الحد في حقهم تكون تطهيرا إذا انضم إليه التوبة وقد قال الله
تعالى فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح الآية وقد قال صلى الله عليه وسلم
التائب من الذنب كمن لا ذنب له وإذا أعمى الشاهد أو خرس أو ذهب عقله
أو ارتد عن الاسلام والعياذ بالله بعد ما شهد قبل أن يقضى القاضي
بشهادته فان القاضي لا يقضى بشهادته لان اقتران هذه الحوادث باداء
الشهادة تمنع العمل بها فكذلك اعتراضها بعد الاداء قبل القضاء لان
الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقاضي لا يقضى الا بحجة فاعتراض
هذه المعاني قبل القضاء يخرج شهادته من أن تكون حجة بخلاف الموت
فان اقترانه بالاداء لا يمنع العمل بشهادته (ألا ترى) أن شاهد الفرع إذا شهد

بعد موت الاصول يقبل والقضاء يكون بشهادة الاصول فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بشهادته وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله شهادة أصحاب الاهواء جائزة وهو مذهب جميع أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء ومنه من يفصل بين من يكفر في هواه وبين من لا يكفر في هواه لانهم فسقة ولا شهادة للفاسيق والفسق من حيث الاعتقاد أغلط من الفسق من حيث التعاطى (ألا ترى) أن أخبار أهل الاهواء في الديانات لا يقبل وهو أوسع من الشهادة فلان لا تقبل شهادتهم أولى وفي الكتاب استدلل بما كان من الفتنة بين الصحابة رضى الله عنهم فانهم اختلفوا واقتتلوا وقتل بعضهم بعضا ولا شك أن شهادة بعضهم على بعض كانت جائزة

[133]

مقبولة وليس بين أصحاب الاهواء من الاختلاف أشد مما كان بينهم من القتال وفي موضع آخر علل فقال انهم للتعمق في الدين ضلوا عن سواء السبيل ووقعوا في الهوى وذلك لا يلحق تهمة الكذب بهم في الشهادة فمن أهل الاهواء يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فلا يتهم باعتبار هذه الاعتقاد أن يشهد بالكذب ومنهم من يقول بالفسق يخرج من الايمان فاعتقاده هذا يحمله على التحرز عن الكذب الموجب لفسقه وقد بينا أن شهادة الفاسق انما لا تقبل لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك فهو نظير شرط المثلث معتقدا اباخته أو يتناول متروك التسمية عمدا معتقدا اباخته ذلك فانه لا يصير به مردود الشهادة الا الخطابية من أهل الاهواء وهم صنف من الروافض يستجبرون أن يشهدوا للمدعى إذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فاعتقاده هذا يمكن تهمة الكذب في شهادته قالوا وكذلك من يعتقد أن الالهام حجة موجبة للعلم لا تقبل شهادته لان اعتقاده ذلك يمكن تهمة الكذب فربما أقدم على أداء الشهادة بهذا الطريق فاما رواية الاخبار عن أهل الاهواء فقد اختلف فيه مشايخنا رحمهم الله والاصح عندي أنه لا تقبل لان المعتقد للهوى يدعو الناس إلى اعتقاده ومنتهم بالنقول على رسول الله صلى الله عليه وسلم لانتمام مراده فلا تقبل روايته لهذا ولا يوجد مثل ذلك منه في الشهادة في المعاملات وعلى هذا شهادة العدو على عدوه لا تقبل عند الشافعي رحمه الله لان العدواة بينهما تحمله على القول عليه ولهذا لم يجوز شهادة أهل الاهواء على أهل الحق فاما عندنا إذا كانت العدواة بينهما بسبب شئ من أمر الدين فشهادة بعضهم على بعض تقبل لخلوها عن تهمة الكذب فاما من يعادى غيره لمجاوزته حد الدين يمتنع من الشهادة بالزور وان كان يعاديه بسبب شئ من أمر الدنيا فهو أمر موجب فسقه فلا تقبل شهادته عليه إذا ظهر ذلك منه وشهادة أهل الاسلام جائزة على أهل الشرك كلهم لان الله تعالى أثبت للمؤمنين شهادة على الناس بقوله عز وجل لتكونوا شهداء على الناس ولما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر أولى ومن عرف منهم بالخيانة لم تجز شهادته أهل الاهواء وغير أهل الاهواء في ذلك سواء فالمجون نوع جنون قال القائل في هذا المعنى ان شرخ الشباب والشعر الاسود ما لم يعاص كان جنونا ثم لما جن تشدد غفلته على وجه ينعدم به الضبط أو يقل وتظهر منه المجازفة فيما يقول ويفعل فيتهم بالمجازفة في الشهادة أيضا وشهادة أهل الشرك بينهم جائزة بعضهم على بعض عندنا وقال

مالك والشافعي رحمهما الله لا شهادة لهم على أحد وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول إذا اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت لاتقبل لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لأهل ملة على ملة أخرى إلا المسلمين فشادتهم مقبولة على أهل الملل كلها وإن عند اختلاف الملة يعادى بعضهم بعضا وذلك يمنع من قبول الشهادة كما لاتقبل شهادتهم على المسلمين وعلى هذا كان ينبغي أن لاتقبل شهادة المسلمين عليهم إلا أنا تركنا ذلك لعلو حال الاسلام قال صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلو عليه ولأنهم يعادون أهل الشرك بسبب المسلمون فيه محقون وهو اصرارهم على الشرك فلا يقدر ذلك في شهادتهم بخلاف أهل الملل فاليهود يعادون النصارى والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه غير محقين قال الله تعالى وقالت اليهود ليست النصارى على شيء وقالت النصارى ليست اليهود على شيء وقال الشافعي رحمه الله الكافر الفاسق ولاتقبل شهادته كالفاسق المسلم وبيان فسقه قوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا وقال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون والفسق عبارة عن الخروج يقال فسقت الرطبة إذا خرجت من قشرها وسميت الفارة فوسيقة لخروجها من جحرها وسمى المسلم بذلك لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر لخروجه عن حد الدين اعتقادا فإذا ثبت أنه فاسق وجب التوقف في خبره بالنص والشرط في الشاهد بالنص أن يكون مرضيا قال الله تعالى ممن ترضون من الشهداء والكافر لا يكون مرضيا والدليل عليه أن شهادته على المسلمين لا تقبل وكل من لا يكون من أهل الشهادة على المسلمين لا يكون من أهل الشهادة على أحد كالعبيد والصبيان بل أولى فالعبد المسلم أحسن حالا من الكافر (ألا ترى) أن خبره في الديانات يقبل ولا يقبل خبر الكافر وإن الرق من آثار الكفر فإذا كان أثر الكفر يخرج من الأهلية للشهادة فاصل الكفر أولى وقاس بالمرتد واستدل ببطلان شهادته على قضاء قاض المسلمين وعلى شهادة المسلم فلو كان من أهل الشهادة لقبيل شهادته في هذا إذا كان الخصم كافرا * وحجتنا في ذلك قوله تعالى أو آخر أن من غيركم أي من غير دينكم وهو بناء على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم إلى قوله أو آخر أن من غيركم ففيه تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم جوازها على وصية الكافر وما يثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص ثم انتسخ في لك في حق المسلم بانتساح حكم ولايتهم على المسلمين فيبقى حكم الشهادة فيهما بينهم على ما ثبت بضرورة النص فليس من ضرورة

انتساح شهادتهم على المسلمين انتساح شهادة بعضهم على بعض كالولاية ورحم رسول الله صلى الله عليه وسلم يهودين دينا بشهادة أربعة منهم وعن أبي موسى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعن عمر وعلي رضى الله عنهما في ذميين دينا قالا يدفعان إلى أهل دينهما ليحكم بينهما ومن ضرورة جواز حكم بعضهم على بعض والسلف رحمهم الله كانوا مجمعين على هذا حتى قال يحيى بن اكنم رحمه الله تتبعنا أقاويل السلف فلم أجد أحدا منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أنى رأيت لربيعة فيه قولين

والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم وبيان الوصف في قوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد منه الولاية دون الموالاة فانه معطوف على قوله تعالى مالكم من ولايتهم من شئ والدليل عليه أنها تصح الانكحة فيما بينهم ولانكاح الا بولي والمسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولان الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الاطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدى ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبتت الاهلية للولاية تثبتت الاهلية للشهادة ثم المقبول يترجح جانب الصدق وذلك في انزجاره عما يعتقده حراما في دينه والكافر منزجر عن ذلك فتقبل شهادته واسم العدالة والرضاء ثبت في حق الكافر في المعاملات بصفة الامانة فقد وصفه الله تعالى بذلك في قوله عزوجل ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار ولايقال انهم أظهروا الكفر عنادا كما قال الله تعالى وحدثوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا لان هذا كان في الاحبار الذين كانوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى تواطئوا على كتمان بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونبوته فلا شهادة لأولئك عندنا فاما من سواهم يعتقدون الكفر لان عندهم أن الحق ما هم عليه قال الله تعالى ومنهم أमीون لا يعلمون الكتاب الا أمانى وقال عزوجل وان فريقا منهم ليكتمون الحق وبهذا التحقيق يتبين أن فسقهم فسق اعتقاد وقد بينا أن هذا لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة وانما لاتقبل شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عن المسلمين وانما لاتقبل شهادة العبد والصبي لانعدام الاهلية والولاية وبه يتبين أن أثر الرق فوق تأثير الكفر في حكم الولاية ثم هم يعادون المسلمين بسبب باطل فيحملهم ذلك على التقوى على المسلمين فلهذا لاتقبل شهادتهم على المسلمين وأما المرتد فلا ولاية له على أحد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول في قبول شهادة بعضهم على البعض ضرورة ولان

[136]

المسلمين قل ما يحضرون معاملات أهل الذمة خصوصا الانكحة والوصايا فلو لم تجز شهادة بعضهم على البعض في ذلك أدى إلى ابطال حقوقهم وقد أمرنا بمراعات حقوقهم ودفع ظلم بعضهم عن بعض فلهذا الضرورة قبلنا شهادة بعضهم على بعض كما قبلنا شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ولا تتحقق هذه الضرورة في شهادتهم على المسلمين ولا في شهادتهم على شهادة المسلم أو على قضاء قاض مسلم وهذا على أصل مالك رحمه الله أظهر فانه يجوز شهادة الصبيان في الجراحات وتمزيق الثياب التي بينهم في الملاعب فقل أن يتفرقوا (قال) لان العدول لا يحضرون ذلك الموضع وبعد التفرق لاتقبل لان الظاهر انهم يلقنون الكذب وقد أمرنا أن لا نمكنهم من الاجتماع للعب فيحصل المقصود بالزجر عن ذلك فلا حاجة إلى قبول شهادة الصبيان في ذلك وكذلك جراحات النساء في الحمامات لانا أمرنا بمنعهن من الاجتماع لما في اجتماع النساء من الفتنة وكذلك الفسقة من أصحاب السجون لانهم حبسوا باسباب منع الشرع من ذلك فيحصل المقصود بالمنع فاما هنا فقد أمرنا بمراعاة حقوق أهل الذمة وان نجعل دماءهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا مع ان أصحاب السجون لا يخلون عن أمناء السلطان عادة وبناء الاحكام معلى عرف الشريعة دون عادة الظلمة ولا حجة لابن أبى ليلى رحمه الله في الحديث لان عندنا الكفر كله ملة واحدة قال الله تعالى هذان خصمان اختصموا في ربهم وقال الله تعالى لكم دينكم ولى دين فعابد الحجر وعابد الوثن أهل

ملة واحدة وان اختلفت نحلهم كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وان اختلفت مذاهبهم ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو دعواهم الولد لله تعالى والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم نبوة عيسى عليه السلام والغريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقون وهو انكارهم التوحيد ظاهرا ودعواهم الاثنيين فشهادة بعضهم على البعض كشهادة المسلمين على الكفار ولان كان بعضهم يعادى البعض بسبب باطل فلم يصبر بعضهم مقهور بعض ليحملهم ذلك على القول بخلاف الكفار فقد صاروا مقهورين من جهة المسلمين وذلك يحملهم على القول عليهم فلماذا لا تقبل شهادتهم على المسلمين فاما شهادة العبيد فقد بينا الاجماع فيها بين الفقهاء رحمهم الله وأما شهادة المكاتب والمدير وأم الولد لقيام الرق فيهم ومعتق البعض كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب ولايجوز شهادة المولى لاحد من هؤلاء لان شهادته لملكه كشهادته لنفسه باعتبار قيام الملك والحق له في المشهود به وكذلك شهادة أبى المولى وابنه وامراته لهؤلاء بمنزلة شهادته

[137]

للمولى وكذلك شهادة الزوج لامراته الامة وشهادة المرأة لزوجها المملوك لان وصلة الزوجة كوصلة الولاد في المنع من قبول الشهادة وإذا شهد المكاتب أو العبد أو الصبي عند القاضى بشهادة فردها ثم شهد بها بعد العتق والكبر جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالشهادة لا تتحقق الا ممن هو أهل بخلاف الفاسق إذا شهد في حادثة فردت شهادته ثم أعادها بعد التوبة فانها لا تقبل لان المردود كان شهادة والفسق لا يخرج من أن يكن أهلا للولاية فلا يخرج من أن يكون أهلا للشهادة وانما لا تقبل شهادته لتهمة الكذب فإذا كان المردود شهادة فهي شهادة حكم الحاكم بطلانها بدليل شرعي فليس له أن يصحها بعد ذلك وبعضهم يشير إلى فرق آخر فيقول لعل الفاسق قصد بالتوبة ترويح شهادته فلا يوجد ذلك في الرقيق والصغير فانه ليس إليه ازالة الرق والصغير ولكن هذا ليس بقوي فالكاfer إذا شهد على مسلم فردت شهادته ثم أعادها بعد الاسلام تقبل وهذا المعنى موجود فيه فعرفنا أن الاعتماد على كون المؤدى شهادة كما قررنا وإذا تحمل المملوك شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق ثم شهد بها جاز لان التحمل بالمعينة والسمع والرق لا ينافي ذلك وعند الاداء هو أهل لشهادته ولا تهمة في شهادته فهو نظير الصبي إذا تحمل وشهد بعد البلوغ وكذلك الزوج إذا أبان امرأته ثم أدى الشهادة لها جازت شهادته لان التحمل كان صحيحا مع قيام الزوجية وعند الاداء ليس بينهما سبب التهمة ولو شهد الحر لامراته بشهادة فردها القاضى ثم أبانها ونكحت غيره ثم شهد لها تلك الشهادة لم يجز لان المردود شهادة فالزوج أهل الشهادة في حق زوجته وكذلك لو شهدت المرأة لزوجها ولو شهد العبد لمولاه فرد القاضى ثم شهد له بها بعد العتق جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة فالعبد ليس بأهل للشهادة في حق أحد وإذا شهد المولى لعبده بنكاح فردت شهادته ثم شهد له بها بعد العتق لم يجز لان المردود كان شهادة فالمولى من أهل الشهادة ولو شهد كافر على مسلم فرد القاضى بها ثم أسلم فشهد بها جازت شهادته لان المردود لم يكن شهادة بخلاف ما إذا شهد كافر لكافر فرد القاضى لتهمة ثم أدعاها بعد ما أسلم لان هناك المردود شهادة وانما ردها لتهمة الكذب فبعد ما ترجح جانب الكذب في تلك الشهادة بحكم الحاكم لا يجوز العمل بها قط كما في شهادة الفاسق من المسلمين

والله أعلم بالصواب (الشهادة على الشهادة) (قال رحمه الله ولايجوز على شهادة رجل أو امرأة أقل من شهادة رجلين أو رجل

[138]

وامرأتين عندنا وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد) لان الفرع قائم مقام الاصلى معبر عنه بمنزلة رسول في اتصال شهادته إلى مجلس القاضى وكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد على الواحد مقبولة ومذهبنا مروى عن علي رضى الله عنه والمعنى فيه أن شهادة الاصلى غابت عن مجلس القاضى فلا يثبت عنده الا بشهادة شاهدين كإقرار المقر وهذا لانها شهادة ملزمة فيما يجب على القاضى القضاء بشهادة الاصول والعدد شرط في هذه الشهادة إذا كان متمكنا بخلاف رواية الاخبار وان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا أن يشهد رجلان على شهادة كل واحد منهما لان الفرعين يقوم مقام أصل واحد فلا تتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم حجة القضاء بشهادتهما والدليل عليه أن أحد الفرعين لو كان أصليا فشهد على شهادة نفسه وعلى شهادة صاحبه مع غيره لا تتم الحجة بالاتفاق فكذلك إذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين * وحجتنا في ذلك انهما يشهدان جميعا على شهادة كل واحد منهما وكما يثبت قول الواحد في مجلس القاضى بشهادة شاهدين يثبت قول الجماعة كالإقرار وهذا لان الفرعين عدد تام لنصاب الشهادة وهما يشهدان على شهادة الاصول الا على أصل الحق فإذا شهدا على شهادة أحدهما تثبت شهادته في مجلس القضاء كما لو حضر فشهد بنفسه ثم إذا شهد على شهادة الآخر تثبت شهادته أيضا في مجلس القضاء إذا لافرق بين شهادتهما على شهادته وبين شهادة رجلين آخرين بذلك بخلاف شهادة المرأتين فذاك ليس بنصاب تام للشهادة ولكن كل امرأة بمنزلة شطر العلة والمرأتان شاهد واحد وبالشاهد الواحد لا يتم نصاب الشهادة وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لان الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة لمعنيين أحدهما أنه عنده علم المعاينة في هذه الحادثة فلا يستفيد شيئا بأشهاد الآخر إياه على شهادته في الثاني أن شهادة الفرع في حكم البطل ولهذا لا يصر إليه الا عند العجز عن حضور الاصل بموته أو مرضه أو غيبته والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلا وبدلا في حادثة واحدة * توضيحه أن شاهدة الاصلى تثبت نصف الحق فلو جوزنا مع ذلك شهادته وشهادة الآخر لكان فيه اثبات ثلاثة ارباع الحق بشهادة الواحد وذلك لا يجوز فاما إذا شهدا جميعا على شهادة الاصلين فلا يثبت في الحاصل بشهادة كل واحد منهما الا نصف الحق وذلك جائز والشهادة على الشهادة في كتب

[139]

القضاة جائزة لان ذلك يثبت مع الشبهات وتقبل فيه شهادة النساء مع الرجال فكذلك الشهادة على الشهادة وان شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن قاضى كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز لان المشهود به فعل القاضى لانفس الحد وفعل القاضى مما يثبت مع الشبهات وانما الذي

يندرئ بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضى حد القذف ليست بسبب موجب للعقوبة فان (قيل) اليس أن اقامة الحد مسقطه لشهادته عندكم بطريق العقوبة (قلنا) ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه هو السبب الموجب للحد وهو القذف الا أنه يترتب عليه ليكون متمما له فلا يظهر قبله فاما في الحقيقة القذف مع العجز عن أربعة من الشهداء يوجب جلدا مؤلما ويبطل شهادته بناء عليه وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهد وقد خرس المشهود على شهادته أو عمى أو ارتد أو فسق أو ذهب عقله لم تجز الشهادة على شهادته وان كان الفرعيان عدلين لان القضاء انما يكون بشهادة الاصول فاما الفرعي ينقل إلى مجلس القاضى بعبارة شهادته الاصول فكان الاصلى حضر بنفسه وشهد ثم ابتلى بشئ من ذلك قبل قضاء القاضى فكما لا يجوز للقاضى أن يقضى بشهادته هناك لانه لو قضى بها كان قضاء بغير حجة فكذلك هنا وشهادة أهل الذمة على المستأمنين جائزة بخلاف شهادة المستأمنين على أهل الذمة لان الذمي من أهل دارنا حتى لا يتمكن من الرجوع إلى دار الحرب بخلاف المستأمن فشهادة الذمي على المستأمن كشهادة المسلم على الذمي وشهادة المستأمن على الذمي كشهادة الذمي على المسلم وشهادة المستأمنين بعضهم على بعض تقبل إذا كانوا من أهل دار واحدة وان كانوا من أهل دارين كالرومي والتركي لا تقبل لان الولاية فيما بينهم تنقطع بخلاف المنعنين ولهذا لا يجرى التوارث بينهم بخلاف دار الاسلام فانها دار حكم فيه اختلاف المنعة لا يختلف بالدار فاما دار الحرب ليس بدار أحكام فيه اختلاف المنعت تختلف بالدار وهذا بخلاف أهل الذمة فانهم صاروا من أهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان كانوا من منعة مختلفة فاما المستأمنون ما صاروا من أهل دارنا ولهذا يمكنون من الرجوع إلى دار الحرب ولا يمكنون من اطالة المقام في دار الاسلام (قال) ومن ترك من المسلمين الصلوات في الجماعة والجمع مجانة لم تقبل شهادته لانه مرتكب لما يفسق به ولان الجماعة من أعلام الدين فتركها ضلالة (ألا ترى) أن عمر رضى الله عنه قال يوما لأصحابه قد خرج من بيتنا من كان ينزل عليه الوحي وخلف فيما بيننا علامة يميز بها المخلص من المنافق وهى الجماعة فكل من لقيناه في

[140]

جماعة المسلمين شهدنا بايمانه ومن لقيناه يتخلف عن الجماعة شهدنا بانه منافق وان كان ترك ذلك سهوا وهى لا تتم شهادته أجزت شهادته لان ترك الجماعة سهو لا يوجب فسقه لان الساهي معذور في بعض الفرائض دونه أولى وإذا شهد كافران على شهادة مسلمين لكافر على كافر بحق أو على قضاء قاضى المسلمين على كافر لمسلم أو كافر لم تجز شهادتهما لان المشهود به فعل المسلم ولا حاجة إلى فعل بيان المسلم بشهادة الكافر لان فعل المسلم يتيسر اثباته بشهادة المسلمين وشهادة العبد والامة في هلال رمضان جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله * وحجتنا فيه حديث الاعرابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فما اعتبر في ذلك الا الايمان حيث قال أتشهد لا اله الا الله الحديث وقد بينا في كتاب الصوم الفرق بين هذا وبين الشهادة على هلال الفطر والاضحى وان الشهادة على هلال رمضان ليست بالزام للغير ابتداء بل هو التزام والتزام المسلم الصوم في رمضان بايمانه فبهذه الشهادة تبين الوقت ولا يكون الالتزام فيها ابتداء ولو شهد مسلمان على شهادة كافر جازت الشهادة لانه إذا كانت تثبت بشهادة المسلمين شهادة المسلم فلان تثبت بشهادتهما

شهادة الكافر وهى دون شهادة المسلم أولى وان كان كافرا في يده أمة اشتراها من مسلم فشهد عليه كافران أنها لكافر أو مسلم لم تجز شهادتهما وكذلك لو كانت في يده بهيمة من مسلم أو صدقة وهذا في قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمهم الله ثم رجع فقال أقضى بها على الكافر خاصة ولا أقضى بها على غيره وهو قول ابن أبى ليلى رحمه الله لان الملك في هذا للكافر في الحال وشهادة الكافر حجة في استحقاق الملك عليه وليس من الضرورة استحقاق الملك عليه الاستحقاق على البائع أو بطلان البيع كما لو أقر المشتري بها لانسان فان الملك يستحق عليه باقراره ولا يبطل به البيع ولا فرق بينهما فان القضاء بحسب الحجة والاقرار حجة على المقر دون غيره فكذلك شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم ولا يبي حنيفة ومحمد رحمهم الله طريقان أحدهما ان الملك بحجة البينة يستحق من الاصل فلهذا يستحق بزوانده ويرجع الباعة بعضهم على بعض باليمين وإذا كان أصل الملك للمسلم فهذه الشهادة انما تقوم على استحقاق الملك على المسلم وشهادة الكافر ليست بحجة في ذلك كما قيل التملك من غيره وهذا لان القاضى لا يتمكن من القضاء بملك حدث بعد شراء الكافر لانه لا بد للملك الحادث من سبب حادث ولم يثبت عنده ولا يتمكن من القضاء بالملك من الاصل لان هذه الشهادة ليست بحجة فيه بخلاف الاقرار فان

[141]

الاقرار يجعل في الحكم بمنزلة ايجاب الملك للمقر له ابتداء ولهذا لا تستحق به الزوائد المنفصلة فيتمكن القاضي من القضاء بملك حادث بعد الشراء والثاني ان هذه البينة تقوم على ابطال تصرف المسلم من البيع والهبة (الآتى) أن الشهود لو كانوا مسلمين بطل بها تصرف البائع والواهب وشهادة الكفار على ابطال تصرف المسلم لا تقبل بخلاف الاقرار فانه لا يتضمن ابطال تصرف المالك ولكن المقر يصير مبلغا باقراره واتلافه لا يتضمن انتقاض قبضه وبطلان تصرف البائع فأما هنا بهذه البينة تصير يد الكافر مستحقة من الاصل بهذا الاستحقاق يفوت قبضه ضرورة وفوات القبض المستحق بالعقد يبطل التصرف ولو مات كافرا وترك اثنين وألفى درهم فاقسماها ثم أسلم أحدهما فشهد كافران على أبيهما بدين أخرت ذلك في حصة الكافر خاصة لان شهادة الكافر حجة على الكافر دون المسلم وبشئ الدين على الميت يستحق تركته وتركته مال الاثنين في الحال فيثبت الدين بهذه الحجة في استحقاق نصيب الكافر من التركة دون نصيب المسلم كما لو أقر أحد الاثنين بالدين على الأب وجد الآخر ولو مات كافر فادعى مسلم وكافر دينا عليه وأقام كل واحد منهما بينة من أهل الكفر أخذت بينة المسلم وأعطيته حقه فان بقى شئ كان للكافر وروي الحسن بن زياد عن أبى يوسف رحمهما الله ان التركة تقسم بينهما على مقدار دينهما لان كل واحد منهما يثبت ببينته دينه على الميت فان أقام كل واحد منهما حجة على الميت فكان الدينين يثبت باقرار الميت بخلاف ما تقدم فان الوارث مستحق عليه باعتبار الحال فاما كل واحد من الفرعين لا يستحق على صاحبه شيئا وانما يستحق كل واحد منهما على الميت وعلى ورثته ووجه ظاهر الرواية ان دين المسلم ثبت في حق الميت وفي حق غريم الكافر ودين الكافر ثبت في حق الميت ولم يثبت في حق الغريم المسلم لان بينته ليست بحجة في حقه والمزاحمة بينهما لا تكون الا عند المساواة ولا مساواة بينهما إذا كان دين أحدهما ثابتا في حق الآخر ودين الآخر ليس بثابت في حقه فهو بمنزلة الدين المقر به في الصحة مع

الدين المقر به في المرض تقدم دين الصحة فان فضل شئ فهو للمقر له في المرض فهذا مثله ولو مات الكافر فأوصى إلى رجل مسلم فادعى رجل على الميت ديناً وأقام شهوداً من أهل الكفر جازت شهادتهم استحساناً وفي القياس لاتقبل لانها لا تقوم على المسلم في الزام قضاء الدين فالوصى يلزمه قضاء الدين والتركة في يده في الحال فبهذه البينة تستحق عليه يده وشهادة الكفار في ذلك ليست بحجة كما لو كان الوارث مسلماً * ووجه

[142]

الاستحسان ان الثابت بهذه الشهادة تصرف وليه الكافر وشهادة الكفار حجة في ذلك والوصى نائب عنه بعد موته فيكون بمنزلة الوكيل في حياته ولو وكل كافر مسلماً بخصومة فشهد عليه كافر ان بالدين قبلت البينة * يوضحه ان قضاء الدين من حق الميت وهو انما نصب الصبي ليتدارك به ما فرط في حياته وانما يتم له هذا المقصود إذا اعتبرنا حاله فيما يقام عليه من الحجة لاحال الوصي فكذلك تجوز شهادة الكافر على المكاتب الكافر والعبد المأذون الكافر وان كان مولاه مسلماً يتصرفان لانفسهما ولهذا لا يرجعان بعهدة التصرف على أحد فالاستحقاق بهذه الشهادة يقتصر عليهما ثم المولى بالاذن وايجاب الكتابة فقد صار راضياً بالاستحقاق عليهما بشهادة الكفار لما باشر العقد مع علمه بحالهما كما صار راضياً باستحقاق الكسب باقرارهما ولو كان العبد المأذون له مسلماً ومولاه كافراً لم تجز شهادة الكفار على العبد لانه يقوم الاستحقاق على المسلم ولو وكل كافراً مسلماً ب شراء أو بيع لم يجز على الوكيل في ذلك شهادة الكفار لان الوكيل بالشراء والبيع في حقوق العقد كالعاقد لنفسه فانما تقوم هذه البينة على المسلم ولو وكل مسلم كافراً بذلك جازت شهادة الكفار على الوكيل لانه بمنزلة العاقد بنفسه ثم ايجابه العقد كلامه فيثبت بهذه الشهادة كاقاراره ولو شهد على اقراره بذلك قبلت الشهادة وجعلت بمنزلة ما لو ثبت اقراره بالمعينة فكذلك إذا شهد على العقد والله أعلم بالصواب (باب شهادة النساء) (قال رحمه الله ولا تجوز شهادة النساء وحدهن الا فيما ينظر إليه الرجال الولادة والعيب يكون في موضع لا ينظر إليه الا النساء) لان الاصل أن لا شهادة له للنساء فانهن ناقصات العقل والدين كما وصفهن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبالنقصان يثبت شبهة العدم ثم الضلال والنسيان غلب عليهن وسرعة الانخداع والميل إلى الهوى ظاهر فيهن وذلك يمكن تهمة في الشهادة وهي تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فلا تكون شهادتهن على الانفراد حجة تامة لذلك ولكننا تركنا القياس فيما لا يطلع عليه الرجال بالاثار وهو حديث مجاهد وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء بن أبي رباح وطاوس رضى الله عنهم قالوا قال يارسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولان الضرورة تتحقق

[143]

في هذا الموضع فانه يتعلق به أحكام يحتاج إلى بيانه في مجلس القاضى ويتعذر اثباته بشهادة الرجال لانهم لا يطلعون عليه فلا بد من قبول شهادة

النساء فيه لان الحجة لاثبات الحقوق مشروعة بحسب الامكان ثم يثبت ذلك بشهادة امرأة واحدة إذا كانت حرة مسلمة عدلا عندنا والمثنى والثلاث أحوط وعند الشافعي لا تثبت الا بشهادة أربع نسوة وعند ابن أبي ليلى شهادة امرأتين فالشافعي يقول كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة كما في المذكورات فشهادة أربع نسوة بمنزلة شهادة رجلين فيما يطلع عليه الرجال * توضيحه أن حال الرجال في الشهادة أقوى من حال النساء وإذا كان لا يجوز اثبات شيء مما يطلع عليه الرجال بشهادة رجل واحد لمعنى الالتزام فلان لا يجوز اثباته بشهادة امرأة واحدة أولى ولا معنى لقول من يقول أن هذا خبر وليس بشهادة فان الحرية فيه شرط بالاتفاق قال في الكتاب لو شهدت أمة أو كافرة لا تقبل وكذلك لفظ الشهادة لا بد منه فعرفنا أنه بمنزلة الشهادة في الحقوق وبهذا يستدل ابن أبي ليلى رحمه الله أيضا الا أنه يقول المعتبر في الشهادات شيان العدد والذكورة وقد تعذر اعتبار أحدهما وهو الذكورة هنا ولو لم يتعذر اعتبار العدد فيبقى معتبرا كما في سائر الشهادات ولا معنى لقول من يقول أن نظر الواحدة أحق من نظر المثنى لانه بالاتفاق المثنى والثلاث أحوط فلو كان هذا معتبرا لما جاز النظر الا لامرأة واحدة * وحجتنا في ذلك حديث حذيفة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة على الولادة وقال شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال والنساء اسم جنس فيدخل فيه أدنى ما يتناوله الاسم والمعنى فيه أن هذه خبر لا يشترط في قبوله الذكورة ولا يشترط فيه العدد كرواية الاخبار وحقيقة المعنى فيه أن نظر الرجال إلى هذا الموضع غير متعذر ولا ممتنع ولكن نظر الجنس إلى الجنس أحق فإذا أمكن تحصيل المقصود بشهادة النساء سقط اعتبار صفة الذكورية لهذا المعنى وهذا موجود في العدد فان نظر الواحدة أحق من نظر الجماعة فسقط اعتبار العدد بالمعنى الذي يسقط اعتبار الذكورة ولهذا لا يسقط اعتبار الحرية فيه لان نظر المملوكة ليس بأخف من نظر الحرة ولهذا لا يسقط اعتبار الاسلام فيه لان نظر الكافرة ليس بأخف من نظر المسلمة فينعدم من الشرائط ما يمكن اعتباره ولا يعتبر ما لا يمكن اعتباره فعلى هذا الحرف نسلم أنه شهادة ولكن يدعي أن سقط اعتبار العدد فيه بالمعنى الذي يسقط اعتبار الذكورة وفي الحاصل هذا أحد شبهها من الاصلين من الشهادة لمعنى الالتزام ومعنى الاخبار لان صفة الذكورة

[144]

فيه لا تشترط فوفرنا خطه على الشبهين وقلنا لشبهه بالاخبار يسقط اعتبار العدد فيه شرطا ويبقى معتبرا احتياطا كما في رواية الاخبار الواحد يكفى والمثنى والثلاث أحوط لزيادة طمأنية القلب ولاعتباره بالشهادات فيه شرطنا الحرية والاسلام ولفظ الشهادة وهذا لانه مختص بمجلس القاضى فلهذا يشترط فيه لفظ الشهادة ولم يذكر في الكتاب أنه لو شهد ذلك رجل بأن قال فأجأتها فاتفق نظرى إليها والجواب أنه لا يمنع قبول الشهادة إذا كان عدلا في هذا الموضع ثم الصحيح أنه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة فإذا كان ثبت المشهود به هنا بشهادة امرأة واحدة فشهادة رجل واحد أولى وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله أنه قال وان قال تعمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا واستدلوا عليه بقول أبي حنيفة رحمه الله أن النسب لا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة ان لم يكن هناك حبل ظاهر ولا فراش قائم ولا اقرار الزوج بالحبل وقد بينا هذا في كتاب الطلاق فاما

الاستهلاك فاني لأقبل فيه شهادة النساء عليه الا في الصلاة عليه فأما في الميراث فلا أقبل في ذلك أقل من رجلين أو رجل وامرأتين في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهم الله تقبل في ذلك شهادة امرأة واحدة حرة مسلمة عدل لحديث علي رضي الله عنه انه أجاز شهادة القابلة في الاستهلال والمعنى فيه ان استهلال الصبي يكون عند الولادة وتلك حالة لا يطلع عليها الرجال وفي صوته عند ذلك من الضعف ما لا يسمعه الا من شهد تلك الحالة وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجل كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه ولهذا يصلى عليه بشهادة النساء فكذلك يرث وأبو حنيفة رحمه الله يقول الاستهلال صوت مسموع وفي السماع من جال يشاركون النساء فإذا كان المشهود به مما يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء فيه حجة تامة وان وقع ذلك في حالة لا يحضرها الرجال كالشهادات على جراحات النساء في الحمامات بخلاف الولادة فهو انفصال الولد من الام والرجال لا يشاركون النساء في الاطلاع عليه وحديث علي رضي الله عنه محمول على قبول شهادة النساء في الصلاة وانما قبلنا ذلك في حق الصلاة عليه لان ذلك من أمر الدين وخبر المرأة الواحدة حجة تامة في ذلك كشهادتهما على رؤية هلال رمضان بخلاف الميراث فانه من حقوق العباد فلا يثبت بشهادة النساء في موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال والله أعلم

[145]

(باب شهادة الزور وغيرها) (قال رحمه الله ذكر عن شريح رحمه الله انه كان إذا أخذ شاهد الزور بعث به إلى أهل سوقه ان كان سوقيا وإلى قومه ان كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا فيقول ان شريحا رحمه الله يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس) وبهذا أخذ أبو حنيفة رحمه الله فقال القاضي يكتفى في شهادة الزور بالتشهير ولا يعزره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطلا وقال أبو يوسف بعد ذلك يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطلا وقد بينا الكلام في مقدار التعزير في كتاب الحدود فأما الكلام في التعزير في حق شاهد الزور فهما استدلا بحديث عمر رضي الله عنه حيث قال في شاهد الزور يضرب أربعين سوطلا ويسخم وجهه ويطاف به الا ان الدليل قد قام على انتساح حكم التسخيم للوجه فان ذلك مثله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور فيبقى حكم التعزير والتشهير بأن يطاف به ثم التشهير لاعلام الناس حتي لا يعتمدوا وشهادته بعد ذلك والتعزير لارتكابه كبيرة فشهادة الزور من أعظم الكبائر فانها عدلت بالشرك بالله تعالى قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفيه اشارة إلى عظم حرمة المسلم فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بالزور كالشهادة على نفسه بالزور وإذا ثبت أنه مرتكب للكبيرة قلنا يعذر على ذلك وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بقول شريح رحمه الله فانه كان قاضيا في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما يشتهر من قضاياه كالمروري عنهما ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك من حقهم فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك واقراراه على نفسه بذلك دليل توبته فلهذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته لان بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيرا لائقا بجريمته فيكتفى به وما نقل عن عمر رضي

الله عنه محمول على معنى السياسة إذا علم الامام انه لا ينزجر الا به (ألا ترى) انه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه فكذلك التقرير (قال) وشاهد الزور عندنا المقرر على نفسه بذلك لانه لا تتمكن تهمة الكذب في اقراره على نفسه فلا طريق إلى اثبات ذلك بالبينة عليه لانه نفس لشهادته والبينة حجة للاثبات دون النفي وكذلك من ردت شهادته

[146]

لتهمة أو للدفع عن نفسه أو بالاختلاف في الشهادة أو بتكذيب الذي شهد له فانه لا يكون شاهدا لزور فيما ذكرنا من الحكم لاني لأدرى أيهما الصادق المشهود له أو الشاهد فلعل المشهود له أراد بالشاهد العقوبة والتهمة فقصر في دعواه عما شهد به شاهده وكذلك من ردت شهادته للتهمة فلعله صادق في شهادته وإذا اختلف الشاهد ان في الشهادة فلا يعرف الكاذب منهما فلهذا لا يعزر واحد من هؤلاء والرجال والنساء وأهل الذمة في شهادة الزور سواء لقيام الاهلية في حقهم جميعا فيما تعلق بشهادة الزور وإذا شهد أحد الشاهدين على قتل أو جراحة عمدا أو خطا وبشهادته الاخر على الاقرار بذلك لم تجز شهادتهما لاختلاف المشهود به فأحدهما يشهد بفعل معين والاخر يقول مسموع والقول غير الفعل وكذلك لو اختلفا في الوقت أو في المكان الذي كان به القتل فأما في البيع اختلاف الشهود في المكان والزمان والانشاء والاقرار لا يمنع قبول الشهادة الا على قول زفر رحمه الله فانه يقول لا تقبل لاختلافهما في المشهود به فالموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر كالأفعال ولكننا نقول القول يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول في الحكم فهذا الاختلاف لا يتحقق بينهما اختلاف في المشهود به وكذلك صيغة الاقرار والانشاء في البيع واحدة بخلاف الافعال فانها لا تحتمل التكرار ولو شهد أحدهما في قرض مائة درهم وشهد الاخر على الاقرار بذلك جاز كما في البيع لان البيع والقرض كلام كله وقال بعضهم هنا الجواب في القرض غلط فان الاقرار فعل فانه لا يتحقق الا بتسليم المال والقبض بحكم القبض موجب ضمان المثل كالغصب وكما ان اختلاف الشهود في الغصب في الاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة فكذلك في القرض ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لان حكم القرض انما يثبت بقوله أقرضتك لا بتسليم المال إليه فان تسليم المال إليه بدون هذا القول يكون ايداعا وقوله أقرضتك صيغة الاقرار والانشاء فيه واحد كما في البيع ولو شهد أحدهما على مائة والاخر على خمسين لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله لاختلاف الشاهدين في المشهود به لفظا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل على الأقل إذا كان المدعي يدعى الاكثر حتى لا يصير مكذبا أحد شاهديه وقد بينا في كتاب الطلاق في التطليقة والتطليقتين ولا يجوز شهادة دافع عن نفسه مغرما أو جار إليها مغنما لانه متهم في شهادته وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم ولانه في معنى الشاهد لنفسه وشهادة المرء لنفسه دعوى ولا تجوز شهادة المفاوض لشريكه في شيء ما خلا

[147]

الحدود والقصاص والنكاح فذلك ليس من شركة ما بينهما فنزل كل واحد منهما في المشهود به من صاحبه منزلة الاجنبي وأما في الاموال هما يعقد المفاوضة صار في ذلك كشخص واحد فكل واحد منهما فيما يشهد به لصاحبه بمنزلة الشاهد لنفسه وشهادة الشريك لشريكه وان كانا غير متفاوضين لا تجوز في تجارتهما للثمة لان فيما يكون من تجارتهما الشاهد يثبت الحق لنفسه وصاحبه كالوكيل عنه فهو كشهادة الموكل لوكيله فيما وكله به فأما فيما ليس من تجارتهما فهو كسائر الاجانب لان تهمة الميل بسبب عقد الشركة لا تتمكن عند ظهور العدالة فان بسبب الشركة يحصل بينهما الصداقة والصديق إذا كان عدلا عاقلا يمنع صديقه من أكل الحرام ولا يحمله على ذلك بالشهادة وكذلك شهادة أجير أحد الشريكين للشريك الآخر وشهادة الاجير لاستاذة لا تجوز في شئ وان كان عدلا أخذ في ذلك بالثقة واستحسن لما بلغنا في ذلك عن شريح رحمه الله ولحالة الناس التي هم عليها اليوم والمراد الاشارة إلى التهمة فالاجير هنا هو التلميذ الخاص وقد ظهر مثله إلى استاذة وايثاره على غيره فكان بمنزلة الزوجية في المنع من قبول الشهادة ولانه هو الذي يقبض ما يجب لاستاذة فكانه يثبت حق القبض لنفسه بشهادته وقد ورد الحديث بأن لا شهادة للقانع بأهل بيته ومعنى ذلك انه يعد خيرهم خير نفسه وشهرهم شر نفسه والاجير في حق استاذة بهذه الصفة وقيل مراده أجيرا استأجره مسانهة أو مشاهرة فانما يستوجب الاجر بتسليم نفسه وفي الزمان الذي يسلم نفسه لاداء الشهادة له يستوجب الاجر فكان بمنزلة من استؤجر على أداء الشهادة فلهذا لا تقبل شهادته لاستاذة في شئ ولو ان رجلا كان عليه مال فشهد ابنه ان الطالب أبرأ أباهما واحتال به على فلان والطالب منكر لم تجز شهادتهما لانهما يسقطان بشهادتهما مطالبة الطالب عن أبيهما فدفعهما عن أبيهما كدفعهما عن أنفسهما ولو كان المال على غير أبيهما فشهدا أن الطالب احتال به على أبيهما والطالب ينكر والمطلوب يدعى الحوالة والبراءة جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما بالمال ويلزمانه المطالبة بشهادتهما وانما يسقطان بها مطالبة الطالب عن المطلوب وهو اجنبي عنهما فلهذا قبلنا شهادتهما ولو شهد رجلان أن لهما ولفلان على فلان كذا لم تجز شهادتهما لانهما شاهدان لانفسهما وهذا لانهما يشهدان بدين مشترك أو ينصرف واحد يثبت به المال لهما ولفلان فإذا لم تقبل شهادتهما في حق أنفسهما وكان مدعين في ذلك فكذلك في حق الثالث كما لو شهدا أنه قذف هذا وأما في كلمة واحدة وكذلك لو شهدا أن فلانا أبرأهما

[148]

وفلانا من مال كان له عليهما وعليه لان المشهود به كلام واحد وهو في حقهما دعوى لا شهادة وبين الدعوى والشهادة مغايرة فإذا كان كلامهما دعوى في البعض لا تكون شهادة معتبرة في الباقي وكذلك شهادة ولدهما لانهما في البعض يشهدان لوألبهما ولايجوز شهادة الاجير لمعلمه يريد به التلميذ وقد بينا المعنى فيه وإذا ادعى رجل دابة في يد رجل فقال هي دابة فلان دفعها إلى ودیعة فردها عليه وجاء أحد الورثة فخاصمه في ذلك وقال هي دابتي تصدق بها على أبی فجاء الذي كانت في يده أولا وشهد أنها دابته (قال) ان كان يعلم ان هذا أودعها أباه ثم ردها عليه فشهادته جائزة والا فلا تجوز شهادته لان هذا دافع مغرم ومعنى هذا انه إذا علم أنه هو الذي أودعها إياه وانه قد ردها عليه فقد خرج من ضمانها بيقين لان المستودع يستفيد البراءة بالرد على من أودعه غاصبا كان أو مالكا فلا تتمكن تهمة في

شهادته بالملك للمدعي بعد ذلك وأما إذا لم يعلم ذلك فقد صار هو مقرا على نفسه بثبوت يده عليها وذلك موجب للضمان عليه لمالها ما لم تصل يده إليها فهو بهذه الشهادة يريد اتصالها إلى يده ليبرئ نفسه عن ضمانها فتمكن تهمة في شهادته (قال) وكذلك الدار قيل هذا على قول من يقول العقار يضمن بالغصب وقيل بل هو قول الكل لانه يخاف أن يرفع إلى قاض يرى العقار كالمقول في ايجاب الضمان على مثبت اليد عليها فيقضى عليه بالضمان فهو بهذه الشهادة يدفع المغمم على نفسه أيضا. رجل معه شاة فمر رجل فقال اذبحها فذبحها ثم جاء رجل فأقام البينة ان هذا أغصبها منه وأقام شاهدين أحدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح لانه دافع المغمم عن نفسه فالمدعى إذا ثبت ملكه يتمكن من تضمين الذابح والذابح بشهادته يصير مقرا بالضمان له عن نفسه فانما يقصد باخراج الكلام مخرج الشهادة دفع المغمم عن نفسه بان يتوصل صاحبها إلى حقه في تضمين الغاصب ولان ضمان الغصب إذا تقرر أوجب الملك للغاصب فهو بهذه الشهادة يريد أن يقرر الضمان على من أمره بالذبح ليثبت الملك له فيعتبر عند ذلك أمره في اسقاط الضمان عن الذابح فكان دافع المغمم من هذا الوجه والثاني يحتمل ان المالك غيره وغيره يضمنه وهو لا يضمنه باعتبار ان بينهما محبة ومودة فقد تمكنت التهمة في هذه الشهادة (قال) ومن التهاثر أن يشهد الشاهد ان هذا الشيء لم يكن له لان هذا نفى والشهادة للاثبات دون النفى فان النفى مما لا يعرف لان الانسان ما لم يصحب غيره أثناء الليل وأطراف النهار لا يعلم ان هذا الشيء ليس له وهو وان صحبه لا يعلم ذلك أيضا فقد لا يعرف الانسان ذلك من نفسه بأن يكون ورث شيئا فيكون

[149]

مملوكا له وهو لا يعلم بذلك فإذا كان لا يعرف هذا من نفسه فكيف يعرف غيره منه وكذلك لو شهد أنه لم يكن لفلان على فلان دين لانه لا طريق إلى معرفة ما شهد به من نفى الدين عن ذمته وكذلك كل شهادة هكذا أنها لم تكن وان فلانا لم يصنع كذا وانه لم يحضر مكان كذا وان كان بمكان كذا فهو كله باطل لان القاضي يعلم أنه مجازف في شهادته إذ لا طريق له إلى معرفة ذلك حقيقة فإذا علم الحاكم ان الشاهد كاذب أو مجازف في شهادته لا تقبل شهادته وكذلك قولهم انه لم يحضر يومئذ ذلك المكان فهذا نفى وكذلك قولهم انه كان يومئذ بمكان كذا وكذا لان المقصود ليس هو اثبات كونه في ذلك المكان وانما المقصود نفى كونه في المكان الذي يدعيه المدعى يومئذ والمعتبر ما هو المقصود أو من التهاثر ان يقيم الرجل البينة على حق فيقضى له به فيقول المقضي عليه أنا أقيم بينة أنه لى فهذا لا يقبل منه لانه يقيم البينة لابطال قضاء القاضي عليه ودعواه ذلك غير مسموع فكيف تقبل بينة عليه وهذه البينة لو كانت قائمة له عند القضاء يمتنع القاضي من القضاء للمدعى فلان لا يبطل القضاء بها أولى (قال) ولو قبلت مثل هذا لقبلت من الاخر مثلها فيؤدى إلى ما لا يتناهى وذكر في الاصل المسألة التي بينها في كتاب الحدود إذا شهد أربعة على شهود الزنا أنهم التزماء وقد بينها ثمة والله أعلم (باب الشهادة في النسب وغيره) (قال رحمه الله وإذا شهد شاهدان على رجل انه فلان ابن فلان الفلاني وان الميت فلان ابن فلان ابن عمه وورثته لا يعلمون له وارثا غيره ولفلان ذلك الميت دار في يد رجل وهو مقر أنها له غير أنه لا يعرف له وارثا فانا أجيز شهادة هؤلاء على النسب وأدفع إليه الدار وان كانوا لم يذكروا أباه استحسننا) وهذه فصول أربعة النسب والنكاح والقضاء والموت

وفي القياس لا تجوز الشهادة في شئ منها بالتسامع لان الشهادة لا تجوز الا بعلم وانما يستفيد العلم بمعينة السبب أو بالخبر المتواتر فاما بالتسامع لا يستفيد العلم وقال الله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وحكم المال أخف من حكم النكاح فإذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ففي النكاح أولى وفي التسامع القاضى والشاهد سواء ثم لا يجوز للقاضى أن يقضى بالتسامع فكذلك لا يجوز للشاهد الا أنا استحسنا جواز الشهادة على هذه الاشياء الاربعة لتعامل الناس في ذلك

[150]

واستحسانهم (ألا ترى) أنا نشهد ان عمر بن الخطاب وعلي بن أبى طالب رضى الله عنهما ماتا ولم ندرك شيئا من ذلك ونشهد أن فاطمة رضى الله عنها زوجة علي رضى الله عنه وان اسماء بنت أبى بكر رضى الله عنه ونشهد ان شريحا رضى الله عنه كان قاضيا ونشهد أنهم قد ماتوا ولم ندرك شيئا من ذلك ثم هذه أسباب يقضون بها على ما يشتهر فان النسب يشتهر فيها بالتهنئة والموت بالتعزية والنكاح بالشهود والوليمة والقضاء بقراءة المنشور فنزلت الشهرة منزلة العيان في افادة العلم بخلاف الاموال وغيرها * يوضحه ان هذه الامور قل ما يعاين سببها حقيقة فسبب النسب الولاة ولا يحضرها الا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك الا الخواص من الناس والميت أيضا قل ما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص من الناس فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدى إلى الحرج بخلاف البيوع وغيرها فانه كلام يسمعه كل واحد وسبب الملك هو اليد وهو مما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك انما يحضره الخواص فلهذا لا تجوز الشهادة عليها بالتسامع ثم الاحكام التى تتعلق بهذه الاشياء الاربعة تبقى بعد انقضاء قرون فلو لم تجز الشهادة عليها بالتسامع لتعطلت تلك الاحكام بانقضاء تلك القرون ولهذا قلنا في الصحيح من الجواب ان الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة ولكن على شرائط الوقف لا تجوز الشهادة بالتسامع لان أصل الوقف يشتهر فأما شرائطه لا تشتهر ولا بد للشاهد من نوع علم ليشهد فان كان الشاهد لا يعرف الرجل الا أن المدعى أخبره بذلك أو شهد به عنده رجل ما ينبغي له أن يشهد حتى يكون النسب مشهورا أو شهد به عنده رجلان عدلان لئلا يقول المدعى بشهادة رجل واحد عنده لا يحصل الاشتهار ولا يتم شرعا وانما ثبت له العلم هنا بالاشتهار عرفا أو شرعا فالاشتهار عرفا بأن يعلمه أكثر الناس والاشتهار شرعا بشاة رجلين (ألا ترى) ان الاعلام في النكاح شرط ويكون ذلك شرعا بشهادة رجلين الا ان فيما يتردد بين الصدق والكذب لا بد من عدالة الرجلين كما في الشهادة عند القاضى فإذا شهد بذلك عنده رجلان فقد وجد الاشتهاد عنده شرعا وولاية الشهادة دون ولاية القضاء فإذا كان يجوز للقاضى أن يقضى بشهادة رجلين عنده فلان لا يجوز له إذا شهد عنده به رجلان عدلان أولى ولو قدم عليه رجل من بلد آخر وانتسب له وأقام معه دهرًا لم يسعه أن يشهد على نفسه حتى يلقي من أهل بلده رجلين عدلين ممن يعرفه يشهدان له على ذلك ثم يسعه الشهادة عليه لانه يحصل له بذلك نوع علم وذلك كاف فيما لا يشترط

[151]

عليه معاينة السبب ولو نظر إلى رجل مشهود باسمه ونسبه غير انه لم يخالطه ولم يتكلم معه وسعه أن يشهد انه فلان ابن فلان لحصول نوع علم له بالاشتهار وكذلك إذا رأى انسانا في مجلس القضاء يقضى بين المسلمين فهو في سعة من الشهادة على انه قاضيا لحصول العلم له بذلك الاشهاد والشهادة انما تجب عليه بالعلم لا بالتكلم والمخالطة فإذا حصل العلم له بالاشهاد حل له أداء الشهادة ولو مات رجل فأقام آخر البينة أن الميت فلان ابن فلان وانه فلان حتى يلتقوا إلى أب واحد وهو عصيته وأقاربه لا يعلمون له وارثا غيره قضيت له بالميراث لانه أثبت سبب الورثة مفسرا بالحجة فان جاء آخر وأقام البينة أن الميت ابنه ولد على فراشه وان هذا أبوه لا وارث له غيره جعلت الميراث لهذا وأبطلت القضاء للاول لان البينة الثابتة طاعنة في البينة الاولى دافعة لها فانه يتبين بها أن الاول لم يكن خصما في اثبات نسب الميت وانه كان محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ولا تقبل البينة من غير خصم فلهذا يبطل القضاء الاول وان أقام الثاني البينة ان الميت فلان ابن فلان ونسبه إلى أب آخر وقبيلة أخرى وانه فلان ابن فلان ابن عمه إلى أب واحد لا وارث له غيره لم أحول النسب بعد أن يثبت من فخذ ومن أب إلى أن يجرى من هو أقرب من الذي جعلت له الميراث لان البينة الثانية ليست بطاعنة في الاولى ولكنها معارضة للاولى وعند المعارضة الاولى ترجح الاولى لاتصال القضاء بها فلا تقبل البينة الثانية لان الجمع بينهما متعذر والقضاء النافذ لا يجوز ابطاله بدليل مشتبته وهو كمن ادعى دابة في يد انسان أنها له ثم أقام البينة فقضى القاضي بها له ثم أقام ذو اليد البينة أنها لو لم يقبل ذلك منه ولو أقام البينة على النتائج قبل ذلك منه لان هذه البينة طاعنة في البينة الاولى دافعة لها وكذلك ان أقام رجل البينة على نكاح امرأة بتاريخ وقضى القاضي له بذلك ثم أقام آخر البينة على نكاحه بذلك التاريخ أيضا لم تقبل ولو أقام البينة على النكاح بتاريخ سابق قبلت بينته لانها طاعنة في البينة الاولى وإذا شهد شاهد أن هذا أعتق فلانا وانه مولاه وعصيته لا وارث له غيره فان كان قد أدرك المعتق وسمع العتق به فشهادتهما جائزة وان كان لم يدركاه ولم يسمعا العتق منه لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية أبي حفص رحمه الله فلا وهذا قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول رحمهما الله ثم رجع أبو يوسف رحمه الله فقال إذا شهدوا على ولاء مشهور فهو كشهادتهم بالنسب وان لم يسمعوا ذلك منه ولم يدركوه لان الولاء كالنسب ثم الشهادة على النسب بطريق التسامع والشهرة

[152]

جائزة فكذلك على الولاء لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قرن بينهما فقال الولاء لحمه كلحمة النسب (ألا ترى) انا نشهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما وان لم ندرك ذلك ثم الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضي قرن كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامح تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء والشرع جعل الولاء كالنسب في حق وجوب الانتماء فقال صلى الله عليه وسلم من انتسب إلى غير أبيه أو انتمى إلى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا * وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان العتق ازالة ملك اليمين بالقول فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع وبيانه فيما قررنا ان العتق كلام يسمعه الناس كالبيع وليس كالولادة فلا حاجة إلى اقامة التسامع فيه مقام البينة ثم لا يفتقر

لسبب الولاء ما يشتهر به فالانسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره فكان هذا دون البيع لان البيع لا ينقد ما لم يعلم به المشتري والعق نافذ وان لم يعلم المعتق بخلاف الطلاق وما تقدم لانه مقترن بأسبابها ما يشتهر من الوجه الذي قررنا وكذلك لو شهدوا ان فلانا أعتق أبا فلان وان فلان ابن فلان عصبة فلان الذي أعتق وعصبة فلان المعتق فاني لأجيز شهادتهما حتى ينسبا الذي أعتق وعصبته إلى أب واحد يلتقيان إليه وان لم يردكا ذلك لم يضرهما بعد أن يشهدا على سماع العتق من المعتق ثم ان المعتق مات وترك ابنه ثم مات ابنه ولا يعلمان له وارثا غيره وانه لا ينسب له ولا ولاء سواء فحينئذ تقبل شهادتهم لان القاضي لا يقضى بالميراث ما لم يفسروا بنسب الوراثة وانما يسير مفسرا معلوما عنده بما ذكر غير ان في النسب شهادتهم بالتسامع مقبولة وفي الولاء لا تقبل شهادتهم ما لم يسمعا العتق من المعتق الا عند أبي يوسف رحمه الله كما بينا قال ولست أكلفهم في المواريث انه لا وارث له غيره وقال ابن أبي ليلى رحمه الله ما لم يشهدوا بذلك لا يقضى القاضي بالميراث له لان سبب استحقاقه لا يصير معلوما للقاضي الا به لجواز أن يكون هناك من يزاحم أو يترجح عليه فلا يكون هو وارثا مع ثبوت ما فسر الشهود من السبب ولكننا نقول قولهم لا وراث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططا وحملهم على الكذب واليه أشار في الكتاب (فقال) من قبل ان هذا عيب يحملهم القاضي عليه أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم انهم يشهدون بما لا يعلمون وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره فهذا يكفي وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا يكفي لان هذا ليس من الشهادة في

[153]

شئ فانهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم ونحن نسلم ان المشهود به لا يثبت بهذا اللفظ ولكن استحقاق الميراث له بالسبب الذي أثبتته الشهود مفسرا الا انهم إذا لم يذكروا هذه الزيادة كان على القاضي أن يتلوم فرما يظهر وارث آخر مزاحم له أو مقدم عليه فهم بهذا اللفظ كفوا القاضي مؤنة التلوم ونظرا في ذلك لانفسهم فتحرزوا عن الكذب والمجازفة لانهم لو قالوا لا وراث له غيره كانوا مجازفين في ذلك فتحرزوا بقولهم لا نعلم له وارثا غيره وفي الحقيقة مرادهم هو الاول فما يكون من سباب التحرز عن الكذب لا يكون قدحا في شهادتهم ولو شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا بأرض كذا وكذا غير فلان جاز ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يجز ذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله حتى يقولوا مبهمه لا نعلم له وارثا غيره لان في تخصيصهم مكانا ايها انهم يعلمون له وارثا في غير ذلك المكان أرايت لو قالوا لا نعلم له وارثا سواء في هذا المجلس أكان يقتضي بالميراث لهم وأبو حنيفة يقول هذا اللفظ مبهم للمبالغة في بيان انه لا وارث له غيره ومعناه ان بلده كذا ومولده كذا ومسقط رأسه كذا ولا نعلم له بها وارثا غيره فأحرى أن لا يكون له وارثا آخر في مكان آخر ثم تخصيصهم هذا المكان بالذكر في هذا اللفظ لغو لان ما لا يعلم المرء لا يختص بمكان دون مكان فهو ومالو أطلقوا سواء وقولهما ان هذا ايها فلان كان كذلك فهو مفهوم والمفهوم لا يقابل المنطوق والاصل في ذلك ما روي ان ثابت بن الدحداح لما مات قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاهل قبيلته هل تعرفون له فيكم نسبا قالوا لا الا ان ابن أخت له فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثه لابن أخته ابن لبانة بن عبد المنذر

رضى الله عنه فقد ذكروا انهم لا يعرفون له فيهم وارثا ونسبا ولم نكلفهم أكثر من ذلك ولو ادعى رجلان ولاء رجل واحد فأقام كل واحد منهما بينة أنه أعتقه وهو يملكه ولا يعلمون له وارثا غيره جعلت الولاية بينهما والميراث لانهما استويا في سبب الاستحقاق والولاية إما أن يعتبر بالنسب ولو أقام البينة على نسبه كان الميراث بينهما لاستهوائهما في النسب أو يجعل الولاية كالملك لانه أثر من آثار الملك وإذا استويا في إقامة البينة على الملك يقضى بالملك بينهما نصفان فإن أقام أحدهما بينة قبل صاحبه وقضيت له ثم أقام الآخر بعد ذلك بينة لم نقبل منه ولم يشارك الأول لان الولاية كالنسب من حيث أنه لا يحتمل النقص والفسخ ولا يحتمل النقل من شخص إلى شخص ثم في النسب إذا ترجحت البينة الأولى بالقضاء لم تقبل بعد ذلك فكذا

[154]

في الولاية ولو شهد رجل على رجل أن مولاه أعتق أمه ثم ولدت بعد العتق لستة أشهر من فلان وهو عبد لفلان فقضى القاضي له بالولاية ثم جاء مولى العبد وأقام البينة أنه كان أعتق أباه فلانا قبل موته وهو لا وارث له غيره جعلت له الميراث والولاية لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولو عاينا ذلك حكمنا بجر الولاية إلى قوم الأب فكذا إذا ثبت بالبينة وهذا لانه ليس في هذه البينة إبطال القضاء الأول فان القضاء الأول كان قضاء بالولاية لمعتق الأم لانه لا ولاء له من قبل الأب وهو صحيح ثم بقى ذلك الولاية عند الموت لعدم الدليل المحول لا لوجود الدليل المنفى فإذا ثبت الثاني الدليل المحول ببينته وجب القضاء بالولاية والميراث له بخلاف الأول فهناك البينة الثانية تقوم لإبطال القضاء الأول بطريق المعارضة وقد بينا أن عند المعارضة الأولى يترجح بالقضاء فان نقض القضاء بدليل محتمل لا يجوز وإذا شهدا على موت رجل وأقر أنها لم يعاينا ذلك لم تجز إلا أن يكون مشهور الموت لانه إذ لم يكن مشهورا وأقر أنها لم يعاينا فقد أقر أنها يشهدان بغير علم وإذا كان مشهور الموت فإنما يشهدان بما يعلمانه بالشهرة وان قالوا نشهد بأنه مات أجرت ذلك والا استفسرهما لان مطلق الشهادة يجب حملها على سبب صحيح كما لو شهد بمطلق الملك قبلت شهادتهما ولا يستفسران أنهما يشهدان بذلك بظاهر اليد أو غيره وكذلك ان قال نحن دفناه أو شهدنا جنازته فهذا منهما شهادة بموته لان الحى لا يدفن ولا يصلى على جنازته وإذا أخبر الرجل المديون به أو المرأة أنه عاين موت فلان فالذي انتهى إليه الخبر في سعة من يشهد على موته قيل معنى هذا إذا اشتهر عند الناس حتى سمعه الشاهد من واحد بعد واحد فأما إذا لم يسمعه إلا من هذا الواحد فانه لا يجوز له أن يشهد بموته كما في النسب والنكاح وقد بينا وقيل بل في الموت يسعه ذلك إذا كان المخبر ثقة موثوقا به لان أمر الناس هكذا يكون فالميت انما يعاينه من يغسله ثم يخبر الناس بذلك فيتعمدون خبره ويعلمون انه صادق في مقالته فيجوز له أن يعتمد هذا الخبر في الشهادة على موته وإذا جاء موت الرجل من أرض أخرى فصنع أهله ما يصنعون على الميت فانه لا يسع أحد أن يشهد على موته حتى يخبر به من شاهده ممن يثق به لان مثل هذا الخبر قد يكون حقا وقد يكون باطلا والغالب عند بعد المسافة أنه باطل فلا يعتمد عليه حتى يخبره من يثق به عن معاينة فإذا أخبره بذلك وسعه أن يشهد (ألا ترى) انه لو مات ميت فأخرجت جنازته حتى يدفن وسع الجيران أن يشهدوا بموته وان لم يعاينوا ذلك لانهم سمعوا

ذلك مما عاين وإذا تزوج امرأة نكاحا ظاهرا ودخل بها علانية وأقام معها أياما ثم ماتت فانه يسع الجيران ان يشهدوا على أنها امرأته وان لم يشهدوا النكاح لانه اقترن بالنكاح ما أوجب تشهيره أرايت لو كان بينهما ولد أما كان يسعهم أن يشهدوا انه ولدهما وان لم يعاينوا الولادة فإذا كان يجوز هذا فيما يبنى على النكاح فكذلك في النكاح وإذا شهد شاهدان أن فلانا مات وترك هذه الدار ميراثا لفلان ابنه هذا لا يعلمون له وارثا غيره لم يدركوا فلانا الميت فشهادتهم باطلة لانهم يشهدون بالملك للميت فان الوراثة خلافة فما لم يثبت الملك للميت لا يخلفه وارثه فيه ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع وإذا كان القاضى يعلم انهم لم يدركوا فلانا الميت فقد علم انهم جازفوا في هذه الشهادة وبهذا يستدل أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله في مسألة الولاء فيقولان ان الولاء بالعتق لا يثبت للعتق الا أن يكون مالكا فهم يشهدون بالملك له أو لا ولا تجوز الشهادة على الملك بالتسامع ولهذا قال كثير من مشايخنا رحمهم الله في الوقف ان الشهادة عليه بالتسامع ممن لا يدرك الواقف لا تقبل لانه ما لم يثبت الملك للواقف لا يثبت الوقف من جهته والشهادة على الملك بالتسامع لا تجوز الا ان أكثرهم على جواز ذلك في الوقف استحسانا للضرورة الداعية إلى ذلك وتحقيق مقصود الواقف وهو التأيد في صدقته ولو شهدوا على دار في يد رجل أنها دار جد هذا المدعى وخطته وقد أدركوا الحد لم تجز شهادتهما حتى يجيزوا المواريث لان المدعى يحتاج إلى اثبات سبب انتقال الملك إليه من الجد وبثبوت الملك للجد لا يحصل هذا المقصود ولا يتمكن القاضى من القضاء له حتى يجيزوا المواريث ولو شهد على اقرار الذي في يديه انها دار جد هذا أجزت ذلك وجعلتها له ان لم يكن له وارث غيره لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة وهذا لان الاقرار موجب بنفسه قبل ان يتصل به القضاء بخلاف الشهادة فانها لا توجب شيئا الا بقضاء القاضى ولا يتمكن القاضى من القضاء الا بسبب ثابت عنده ونظير هذه المسألة ما بينا في كتاب الدعوى أنهم إذا شهدوا أنها كانت لابنه وقد مات أبوه لا يقضى له بشئ الا في قول أبى يوسف الاخر بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذي اليد بأنها كانت لابنه وكذلك لو شهدوا انها كانت من يد المدعى لا يستحق بهذا شيئا بخلاف ما اذا شهدوا على اقرار ذي اليد انها كانت في يد المدعى وفى الكتاب أشار إلى الفرق وقال إذا أقر ذو اليد بهذا فقد أخرجها من نصيبه فيخرجها من يده الا أن يأتي ببينة بحق له فيها وإذا أخرجناها من يده فلا مستحق لها سوى المدعى فتدفع

إليه وإذا شهد الشهود بغير اقرار فهم لم يثبتوا للمدعى شيئا إذا لم يجيزوا المواريث إليه وهذا في الحقيقة إشارة إلى ما ذكرنا ان الاقرار موجب بنفسه والشهادة لا توجب شيئا بدون قضاء القاضى وإذا كانت الدار في يد رجل فأقام ابن أخيه البينة أنها دار جده مات وتركها ميراثا لابن الابن وعمه ولا يعلمون له وارثا غيرهما وان أباه مات وترك نصيبه منها ميراثا له لا يعلمون له وارثا غيره وان أقام الاخر البينة ان أخاه مات قبل أبيه وان أباه قد ورث منه السدس ثم مات أبوه فورثه هذا فانى أقبل شهادة شهود ابن

الاخ لانه هو المدعى ومعنى هذا انه هو يثبت الملك لنفسه في نصف الدار بينته وذو اليد لا يثبت لنفسه شيئا عليه ولكن يبقى بينته ما أثبت هو من نصف الدار لنفسه والبيئات للاثبات لا للنفي * يوضحه انا إذا قبلنا بينة ابن الاخ صار ذو اليد بها مقضيا عليه في نصف الدار وإذا قبلنا بينة ذي اليد لا يصير ابن الاخ مقضيا في شيء والقضاء يستدعى مقضيا عليه وكانت بينة ابن الاخ أولى بذلك فان كان لاب الغلام ميراث من تركه سوى الدار لم أقبل بينة واحد منهما على صاحبه لان كل واحد منهما هنا يثبت لنفسه بينته شيئا في يد ابن الاخ وهو نصف الدار والاخر سدس تركه أخيه التي كانت في يد أبيه بطريق الميراث له من أبيه وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه لو قبلنا بينة صاحبه عليه فاستويا من هذا الوجه والاصل ان كل أمرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا (ألا ترى) ان الابن والابن إذا غرقا جميعا في سفينة أو وقع عليهما بيت ولا يعلم أيهما مات أولا لم يرث واحد منهما صاحبه فكذلك هنا لما تحققت المساواة بينهما في التاريخ جعل كأنهما ماتا معا فيكون ميراث كل واحد منهما لابنه فلا يرث كل واحد منهما من صاحبه ولو أقام رجل البينة على ميراث رجل انه مات يوم كذا وهو ابنه لا وارث له غيره وأقامت امرأة البينة انه تزوجها يوم كذا بعد ذلك اليوم ثم مات بعد ذلك فأنى أخذ ببينة المرأة لأنها تثبت المهر والميراث فلا بد من قبول بينتها على ذلك ثم بينتها طاعنة في بينة الابن على تاريخ الموت فمن ضرورة الحكم بصحة النكاح منه بعد ذلك الحكم بحياته ولو أقامت امرأة أخرى البينة بعد ما قضيت بموته في يوم وورثت امرأته انه تزوجها بعد ذلك الوقت الذي ذكروا فيه موته قبلت ذلك أيضا لان هذه الاخرى مدعية مثبتة المهر والميراث لنفسها ثم بينتها طاعنة في البينة الاخرى على تاريخ الموت ولو كان الوارث أقام البينة ان فلانا قتل أباه يوم كذا قضيت بذلك ثم أقامت المرأة البينة انه تزوجها بعد ذلك اليوم ثم التفت إلى بينتها

[157]

قال لان القتل حق لازم والموت ليس فيه حق لازم ومعنى هذا الكلام ان الابن باثبات فعل القتل على القاتل يثبت لنفسه موجه من قصاص أو دية فكانت بينته مثبتة وبينه المرأة على النكاح أيضا مثبتة للمهر والميراث لها فلما استويا في الاثبات وترجحت بينة الابن باتصال القضاء بها لم تقبل بينة المرأة بعد ذلك لان القضاء النافذ لا يجوز ابطاله بطريق المعارضة فاما في الموت الابن لا يثبت لنفسه في اقامة البينة على تاريخ الموت حقا فان الميراث مستحق له بالموت لا بالتاريخ فانما بقي هو بتلك البينة النكاح بعده وبينه المرأة تثبت وقد بينا ان النافي من البينتين لا يعارض المثبت فيترجح بينتها ويتبين به بطلان الطلاق الاول كما إذا أثبت سبب إرث مقدم على ما قضى القاضى به * يوضح الفرق ان القتل فعل يتعلق به حكم شرعا والفعل لا يتحقق من العبد الا في زمان فكان الابن متمكنا من اثبات الفعل عليه في ذلك الزمان بالبينة لاثبات حكمه فأما الموت ليس بفعل من العبد يتعلق به حكم ليمكن الابن من اثباته في زمان بالبينة وانما يمكنه من اثبات الخلافة لنفسه بعد موته وفي ذلك لافرق بين موته في وقت دون وقت ثم الاصل ان بعد المساواة في الاثبات إذا تيقن القاضى بالكذب في احدى البينتين وقد اتصل القضاء باحدهما فانه يعين الكذب في الاخرى (ألا ترى) انه لو قامت عليه بينة انه تزوج هذه المرأة يوم النحر بملكة فقضى القاضى بها ثم شهد شاهدان آخران انه تزوج هذه الاخرى يوم النحر في ذلك اليوم بخراسان لم تجز الشهادة الثانية لانا نتيقن بكذب أحد الفريقين

وقد ترجح جانب المصدق في البينة الاولى باتصال القضاء بها فيتعين الكذب في البينة الثانية فكذلك فيما تقدم من مسألة القتل والله أعلم (باب طعن الخصم في الشاهد) (قال رحمه الله وإذا شهد شاهدان فاقبل شهادتهما حتى أعلم أنهما حران) لان الناس أحرار الا في أربعة الشهادة والحدود والقصاص والعقل كذا مروى عن علي رضي الله عنه وتفسيره في الشهادة هذا وفي الحد إذا قذف انسان ثم زعم القاذف ان المقدوف عبد فانه لا يحد القاذف حتى يثبت المقدوف حرته بالحجة وفي القصاص إذا قطع يد انسان ثم زعم القاطع ان المقطوعة يد عبد فانه لا يقضى بالقصاص حتى يثبت حرته بالحجة وفي القتل إذا قتل انسان خطأ وزعمت العاقلة انه عبد فلان فانه لا

[158]

تقضى عليهم بالدية حتى تقوم البينة على حرته وهذا لان ثبوت الحرية لكل أحد باعتبار الظاهر إما لان الدار دار حرية أو لان الاصل في الناس الحرية فانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وقد كان حرين الا ان الظاهر يدفع به الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق لان الاستحقاق لا يثبت الا بدليل موجب له ويقال ما عرف ثبوته ليس بدليل منفي بل لعدم الدليل المزيل والدليل عليه ان ظاهر اليد يدفع به استحقاق المدعى ولا يستحق به حتى إذا كانت في يده جارية ولها ولد في يد غيره لا يستحق ولدها باعتبار يده فيها إذا عرفنا هذا فنقول في الشهادة اثبات الاستحقاق على المشهود عليه بقول الشاهد الظاهر ولا يكفي لذلك وكذلك في القذف الزام الحد على القاذف في القصاص وإيجاب العقوبة على القاطع وفي العقل إيجاب الدية على العاقلة وذلك لا يكون الا باعتبار الحرية فما لم تثبت الحرية بالحجة لا يجوز القضاء بشئ من ذلك فان قال الشهود نحن أحرار لم نملك قط لم يقبل قولهما حتى باتيا بالبينة على ذلك وانما أراد به انه لا تقبل شهادتهما فأما في قولهما انا أحرار لم نملك مصدقان في حقهما بطريق الظاهر ولكن لا نقضى بشهادتهما حتى يقيم البينة على حريتهما وان سأل القاضي عنهما فاجبر انهما حران فقبل ذلك وأجاز شهادتهما كان حسنا لان حريتهما من الاسباب التي يعمل شهادتهما الا بها بمنزلة العدالة فكما أن العدالة تصير معلومة عند القاضي بهذا الطريق فكذلك الحرية قال والباب الاول أحب إلى وأحسن يعنى الاثبات بالبينة لان الاهلية للشهادة لا تثبت بدون الحرية وتثبت بدون العدالة ولان الحرية والرق من حقوق العباد تجرى فيهما الخصومة وطريق الاثبات في مثله البينة فأما العدالة لا تجرى فيها الخصومة فيمكن معرفتها بالسؤال عن حاله والحاصل ان الحرية في هذه الحالة أخذت شبهتين من أصليين من العدالة لانها من أسباب قبول الشهادة ومن الملك لانها لا تجرى فيها الخصومة وفيها حق العباد فيوفر حظه عليهما فليشبهها بالعدالة تصير معلومة بالسؤال وليشبهها بالملك تصير معلومة بالبينة وهذا الوجه أقوى وأحسن لان الحرية تصير مقضيا بها ولو قالوا قد كنا عبيدين فأعتقنا المولى لم نصدقهما الا ببينة لان الملك يثبت للمولى عليهما باقرارهما وازالة الملك الثابت لا يكون الا بحجة البينة فان جاء بالبينة على ذلك قبلت ذلك وأعتقهما وان كان المولى غائبا لان المشهود عليه انتصب خصما عن المولى فانه لا يتمكن من دفع المشهود به عن نفسه الا بانكار حريتهما والاصل ان حق الحاضر متى كان متصلا بحق الغائب فان الحاضر ينتصب خصما عن الغائب ومتى

قضي القاضي بالبينة على خصم حاضر فذلك قضاء على من انتصب لهذا الحاضر خصماً عنه فإذا جاء المولى وانكر ذلك لم يلتفت إلى انكاره وكان من القضاء بالعتق ماضياً لأن الحاضر بمنزلة الوكيل عن الغائب وهذا عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقضى بالعتق حتى يحضر المولى ويقام عليه البينة لأن المعتق مدعى عليه واستدل على زفر رحمه الله بما قال رأيت لو ادعى قتل رجل أنه قطع يده عمداً أو ادعى عليه قذفاً وميراثاً وأقام البينة أن مولاه أعتقه وأن هذا قطع يده بعد ذلك أو قدمه ألم أحكم عليه بما حكم به الحر على الحر فيكون ذلك قضاء على مولاه وأن كان غائباً وكذلك لو أقام رجل البينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده بعد ذلك لو استدان منه ديناً أو باعه أجزت ذلك وأن جاء المولى فانكر عتقه لم أكلفه إعادة البينة وزفر رحمه الله في هذا كله مخالف إلا أن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام والله أعلم بالصواب (باب الشهادة في الشراء والبيع) (قال رحمه الله وإذا ادعى رجل شراء دار في يد رجل وشهد شاهدان وأن لم يسميا الثمن والبائع ينكر ذلك فشهادتهما باطلة) لأن الدعوى أن كانت بصفة الشهادة فهي فاسدة وأن كانت مع تسمية الثمن فالشهود لم تشهد بما الدعا المدعى ثم القاضي يحتاج إلى القضاء بالعقد ويتعذر عليه القضاء بالعقد إذا لم يكن الثمن مسمى لأنه كما لا يصح البيع ابتداءً بدون تسمية الثمن فكذلك لا يظهر بالقضاء بدون تسمية الثمن ولا يمكنه أن يقضى بالثمن حين لم تشهد به الشهود وكذلك لو سمي الثمن واختلفا في جنسه أو في مقداره لأن المدعى يكذب أحدهما لا محالة ولأن كل واحد منهما يشهد بعقد غير ما يشهد به صاحبه فالبيع بالدنانير غير البيع بالدراهم ولا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من العقدين لانعدام شهادة شاهدين عليه وكذلك إذا شهد أحدهما بالبيع بألف والآخر بالبيع بالف وخمسائة ويستوى أن كان البائع هو المدعى للبيع أو الشراء وفي الخلع أن كانت المرأة هي التي تدعى فكذلك الجواب لأنها تكذب أحد الشاهدين وأن كان الزوج هنا المدعى في الخلع فشهد أحد الشاهدين على الف والآخر على الف وخمسائة فشهادتهما مقبولة في مقدار الألف لأن الفرقه وقعت باقرار الزوج وهذا منه دعوى الدين عليها في الحاصل وقد اتفق الشاهدان على الألف لفظاً

ومعنى وفي النكاح لو كان الزوج هو المدعى للعقد فالشهادة لا تقبل لأن النكاح بالف غير النكاح بالف وخمسائة والزواج يكذب أحد شاهديه وأن كانت المرأة هي التي تدعى النكاح بالف وخمسائة فعند أبي حنيفة رحمه الله تقبل شهادتهما على مقدار الألف لأن دعواها دعوى المال وقد اتفق الشاهدان على الألف لفظاً ومعنى كما في الخلع وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا تقبل الشهادة لأن عقد النكاح معاوضة المرأة بالمال كالبيع فكما أن اختلاف الشاهدين في مقدار البدل في البيع يمنع قبول الشهادة فكذلك في النكاح وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما وهو أن صحة النكاح تستغنى عن تسمية المهر بخلاف البيع فن هذا الوجه المال كالزائد في النكاح ودعواها فيه دعوى الدين وتام بيان هذا الفصل في الجامع الصغير

وان اتفق في جميع ذلك غير أنهما اختلفا في المكان والوقت في البيع أو في الاقرار والانشاء فشهادتهما جائزة وقد بينا هذا وان شهدا على اقرار البائع بالبيع ولم يسميا ثمننا ولم يشهدا بقبض الثمن فالشهادة باطلة لان حاجة القاضى إلى القضاء بالعقد ولا يتمكن من ذلك إذا لم يكن الثمن مسمى وان قال أقر عندنا انه باعها منه واستوفى الثمن ولم يسم الثمن فهو جائز لان الحاجة إلى القضاء بالعقد بالملك للمدعى دون القضاء فقد انتهى حكم العقد باستيفاء الثمن ولان الجهالة انما تؤثر لانها تقضى إلى منازعة مانعة عن التسليم والتسليم (ألا ترى) أن ما لا يحتاج إلى قبضه فجهالته لا تضر وهو المصالح عنه بخلاف ما يحتاج إلى قبضه وهو المصالح عليه فإذا أقر باستيفاء الثمن فلا حاجة هنا إلى تسليم الثمن فجهالته لا تمنع القاضى من القضاء بحكم الاقرار وإذا لم يقبض الثمن لا يجب على البائع تسليم البيع ما لم يصل إليه الثمن فجهالة الثمن في هذه الحالة تمنع القضاء بموجب اقراره وفي الموضوعين جميعا الثابت من الاقرار بالبيعة كالثابت بالمعينة ولو قال بعثها منه ولم استوف الثمن لم يؤمر بتسليمها إليه ولو قال بعثها منه واستوفيت الثمن أمر بتسليمها إليه فكذلك إذا ثبت بالبيعة وإذا ادعى شراء دار وأقام شاهدين عليها غير أنهما لا يعرفان الدار والحدود ولم يسميا شيئا من ذلك فهو باطل لان المشهود به مجهول ولان المدعى غير المشهود به فالمدعى شراء دار معينة معلومة والمشهود به شراء دار مجهولة فان قال قد سمي البائع والمشتري موضع الدار وحدودها ثم وصفوا ذلك وسموه فهو جائز لانهم شهدوا بمعلوم وهو الشراء في دار معلومة بذكر الحدود والموضع غير انى أسأل المدعى البيعة على ما سمي الشهود من موضع الدار والحدود لان القاضى يقول للمدعى قد ثبتت عندي انك اشتريت

[161]

منه دارا حدودها ما سمي الشهود ولكن لأدرى أن هذه الدار المعينة التى يدعيها هي تلك الدار وان حدودها ما سمي الشهود فثبت ذلك عندي بالبيعة فإذا أقام البيعة على ذلك حينئذ يتمكن القاضى من القضاء له بالمدعى بالبيعة السابقة وكذلك لو حدودها بثلاثة حدود فقد بينا في أدب القاضى ان ذكر أكثر الحدود وذكر الجميع عندنا سواء استحسانا وان الشهرة لا تقوم مقام ذكر الحدود في العقار عند أبى حنيفة رحمه الله وكذلك لو ادعى البائع وجد المشتري في جميع هذه الوجوه لان الحاجة إلى القضاء بالعقد لافرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشتري. دار في يد رجل فأقام رجل عليها شاهدين انها داره اشتراها من فلان وأقام ذو اليد البيعة انها داره اشتراها من فلان ذلك أيضا فهي للذي في يده لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيهما كان للبائع وادعى كل واحد منهما سبب انتقال الملك إليه وسبب ذي اليد أقوى لان الشراء مع القبض أقوى من الشراء بدون القبض ولان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فهو أولى الا أن يؤرخا وتاريخ الخارج أسبق فحينئذ يقضى بها له لانه أثبت الشراء في وقت لا ينازعه الاخر فيه ولو أقام كل واحد منهما البيعة على الشراء من رجل آخر قضيت بها للمدعى لان كل واحد منهما هنا يحتاج إلى اثبات الملك لبائعه أو لا فكان البائعين حضرا وادعى الملك المطلق وبيعة الخارج في ذلك أولى عندنا فاما في الاول الملك ثابت للبائع بتصادقهما وانما يحتاج كل واحد منهما إلى اثبات سبب الانتقال إليه * يوضح الفرق أن هناك الخارج محتاج إلى اثبات الاستحقاق على البائع وعلى ذي اليد في تثبته ما يثبت له الاستحقاق على البائع وليس فيها مال يثبت الاستحقاق على ذي اليد من

غير المالك حادث لجواز أن يكون شراء ذي اليد سابقا وحاجة ذي اليد إلى اثبات الاستحقاق على البائع خاصة ولا حاجة له إلى اثبات الاستحقاق على صاحبه لأن صاحبه غير مستحق لها بيد له فيها وفي بينته ما يثبت له ذلك فاما هنا كل واحد منهما يحتاج إلى اثبات الاستحقاق لبائعه أولا ليرتب عليه استحقاقه بالشراء وفيما هو المقصود بينة الخارج أولى من بينة ذي اليد. دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يقيم البينة انه اشتراها منه بألف درهم فان وقت أخذ بأول الوقتان لأن صاحب أسبق التاريخين أثبت الملك لنفسه بالشراء في وقت لا ينزاع فيه غيره والآخر بينة انما أثبت الشراء من غير المالك وان وقت أحد البينتين دون الأخرى فهي لصاحب الوقت لأن الشراء من غير المالك حادث فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات حتى يثبت سبق

[162]

التاريخ فالذي لم توفت شهوده انما أثبت شراءه في الحال وصاحبه أثبت الشراء من حين أرخت شهوده فهو أولى الا أن تكون الدار في يد الآخر فهي لصاحب اليد حينئذ لأن تمكن ذي اليد من القبض دليل سبق عقده وهذا دليل معاين وفي حق الآخر التاريخ مخبر به وليس الخبر كالمعاينة ولأن حاجة الخارج إلى اثبات الاستحقاق على ذي اليد وليس في بينته ما يوجب ذلك وان أرخت شهوده لجواز أن يكون شراء ذي اليد سابقا فان لم يوقتا فكل واحد منهما بالخيار ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك لأن استواء الحجتين الحكم هو القضاء بها بينهما نصفان فقد تفرقت الصفقة على كل واحد منهما وبيع بعض الملك قبل البعض والتبعض في الاملاك المجتمعة عيب فيخبر كل واحد منهما ان شاء أخذ نصفها بنصف الثمن وان شاء ترك وكذلك لو كان أحدهما ابن البائع أو مكاتبه لانه في حكم الشراء منه هو كاجنبي آخر فكذلك في دعوى الشراء عليه. دار في يد رجل فاقام رجل البينة انه اشتراها من ذي اليد وأقام ذو اليد البينة انه اشتراها من المدعي ولا يدرى أي ذلك أول فانه يقضى بها لذي اليد وتبطل البينتان جميعا لأن كل واحد منهما اثبت اقرار صاحبه بالملك له فكل مشتري مقر بالملك لبائعه وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري فيجعل هذا بمنزلة إقامة كل واحد منهما البينة على اقرار صاحبه بالملك له وهنا تنهاتر البينتان كما لو سمعنا الاقرار منهما معا ولم يذكر في المسألة اختلافا هنا وقد ذكر في الجامع ان هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله فان عند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين جميعا فيجعل كأن ذي اليد اشتراها أولا وقبضها ثم باعها فيؤمر بتسليمها إلى الخارج لأن القضاء بالعقدين ممكن بهذا الطريق وقد بينا المسألة بفروعها في الجامع قال (ألا ترى) ان كل واحد منهما لو أقام البينة ان القاضى قضى له بهذه الدار على صاحبه انه يترك في يد ذي اليد وتنهاتر البينتان الا أن محمدا رحمه الله يفرق بينهما فيقول في الشراء اثبات الترتيب بين العقدين ممكن باعتبار اليد لاني إن جعلت شراء ذي اليد سابق جاز بيعه بعد القبض وان جعلت شراء الخارج سابقا لم يجز بيعه من البائع قبل القبض ومثل هذا الترتيب في القضاء غير ممكن ولأن الشراء يتأكد بالقبض ولهذا يستفاد به ملك التصرف العقار في ذلك والمنقول عندي سواء فيستقيم ان يجعل قبض ذي اليد صادرا عند عقده أو يجعل ذلك دليل سبق عقده فاما القضاء لا يتأكد بالقبض بل يتأكد بنفسه فتتحقق فيه المعارضة بين البينتين. دار في يد رجل فاقام البينة انه باعها من فلان بألف درهم في رمضان وأقام فلان البينة انه اشتراها

منه في شوال بخمسائة درهم لان القضاء بالعقدين ممكن والبيئات حجج فعند امكان العمل بهما لا يجوز الغاء أحدهما فيجعل كأنه باعها في رمضان بألف ثم باعها في شوال بخمسائة فيكون العقد الثاني فاسخا للعقد الاول ولو عاينا الشرائين كان الشراء الثاني فاسخا للاول والدار له بالثمن الثاني وكذلك لو أقام فلان البيعة انه وهبها له في شوال على أن يعوضه خمسمائة وقبضها جميعا لان الهبة بشرط العوض بعد التقاض بمنزلة البيع فهذا واقامة البيعة على الشراء في شوال بخمسائة أمضيت البيع بألف في رمضان وقضيت له من ذلك بخمسائة سواء الذي أثبت انه أعطاه في شوال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله بيعة المرتهن أثبت ببيئته اقرار الراهن بالرهن منه في شوال فكأننا سمعنا منه هذا الاقرار لان الثابت بالبيعة كالثابت بالمعينة ولو أقر هو بذلك لم يصح منه بعد ذلك دعوى البيع في رمضان للتناقص فالبائع لا يرهن المبيع من المشتري وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله قالا البيع أقوى من الرهن لان البيع يوجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب ذلك فعند تعذر العمل بالبيئتين يترجح الأقوى وهو البيع وكما أن المرتهن أثبت اقرار الرهن بالرهن فالبائع أثبت اقرار المشتري بالشراء منه في رمضان وذلك يمنعه من دعوى الرهن في شوال فلما وقع التعارض في هذا رجحنا أقوى الحجتين وهو حجة البيع وفي الكتاب (قال) ليس الرهن كالهبة بالعوض لان الهبة بالعوض بيع والرهن ليس ببيع فقد يرهنك الرجل دارك ولا يبيعك دارك ومعنى هذا ان الرهن دون البيع فلا يكون ناقضا للبيع (ألا ترى) أنا لو عاينا العقدين لم ينتقض البيع بالرهن وهو معنى قوله قد يرهنك دارك ولو عاينا البيعين انتقض الاول بالثاني فبانتقاض الاول الدار تعود إلى البائع فهذا معنى قوله لا يبيعك. دارك دار في يد رجل فادعاه رجلان كل واحد منهما يقيم البيعة أنه اشتراها بألف وكفل عنه صاحبه المدعى معه فان علم الاول منهما قضى له بها وان لم يعلم فلكل واحد منهما أن يأخذ نصفها بنصف الالف ان شاء لاستواء الحجتين فان أخذها فالكفالة لازمة لكل واحد منهما على صاحبه من قبل أنهما ليسا بشريكين ومعنى هذا أنه يقضى لكل واحد منهما بنصف الدار بشراء يفرد هو به بلا شركة بينهما في العقد ولو عاينا الشرائين بهذه الصفة بشرط الكفالة من كل واحد منهما على صاحبه

وكفالة صاحبه له بذلك كانت الكفالة لازمة فكذلك إذا قضى بذلك بالبيعة. وإذا أقام رجل البيعة انه اشترى دارا في يد رجل بألف درهم وقال ذو اليد لم أبع ثم أقام البائع البيعة على أنه قد رد عليه الدار فأنى أقبل ذلك منه وانقض البيع ولا يبطل انكاره البيع بيعة لان انكاره ليس باكذاب منه لشهوده وانه في الانكار يقول لا بيع بيننا فيها وبعد مارد عليه الدار لا بيع بينهما فيها ولو قال لم يجر بيننا بيع فهو متمكن من دعوى الدار مع اصراره على الكلام الاول بأن يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه ادعى هذه الدعوى مرة ثم بدا له فيها فرد الدار على فعرفنا أن هذا الانكار ليس باكذاب منه لشهوده. وإذا ادعى رجل دارا في يد رجل وأقام البيعة ان أباه

اشتراها منه بالف وقد مات أبوه والبائع ينكر فاني لا أكلفه البينة انه مات وتركها ميراثا ولكن أسأله البينة انه لا يعلم لابنه وارثا غيره فإذا أقام على ذلك بينة أمرته أن ينقد الالف ويقبض الدار لان الابن قائم مقام الاب بعد موته ولو حضر الاب في حياته وأقام البينة انه اشتراها منه بالف درهم أمر بتسليم الثمن وقبض الدار وكذلك الابن إذا ثبت ذلك بعد موت أبيه الا أن من الجائز أن معه من يزاحمه في الميراث فيؤمر باقامة البينة على أنه لا يعلم له وارثا غيره وان لم يقم البينة على ذلك تلوم القاضي فيه زمانا فقد بينا هذا في كتاب الدعوى ولو كانت الدار في يد رجل غير البائع سأله البينة أن أباه مات وتركها ميراثا لان هنا لو حضر الاب في حياته وأقام البينة على ذي اليد انه اشترى هذه الدار من فلان بالف وذو اليد غير البائع لا يستحق به شيئا ما لم يثبت الملك لمورثه وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا كما لو أقام الاب البينة انها ملكه اشتراها من فلان (قال) في الكتاب وليس هذا كالاولى لان الاولى هي في يده رهن بالثمن بمنزلة رجل أقام البينة ان أباه رهن هذه الدار عند هذا بالف درهم وقد مات الاب ولا وارث له غيره وجاء بالالف ينقدها ومعني هذا ان الدار إذا كانت في يد البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء أثبت اقرار ذي اليد بالملك لمورثه ولكنها محبوسة في يده بالثمن كالمرهونة فيؤمر باداء الثمن وقبضها وإذا كانت في يد غير البائع فالوارث باقامة البينة على الشراء ما أثبت اقرار ذي اليد بالملك المورثة انما أثبت اقرار البائع بذلك والملك للبائع غير ثابت فيها حتى يثبت باقراره الملك لمورثه فلا بد له من اقامة البينة على ملك مورثه عند موته وذلك بان يشهد الشهود أنه تركها ميراثا. وإذا ادعى رجل دارا في يد رجلين فاقام البينة أن أحدهما باعه الدار وسلم الآخر ولا يعرف الشهود الذي

[165]

باع من الذي سلم فشهادتهم باطلة لان المشهود عليه بالبيع مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه بالبيع فهو مجهول والمشهود عليه بالتسليم كذلك وما لم يبين الشاهد المشهود عليه في شهادته لا تكون شهادته حجة ولانهم تحملوا الشهادة على معين منهما ثم منعوا تلك الشهادة حين لم يعرفوا البائع بعينه. وكذلك دار في يد رجل أقام البينة انه باعها من أحد هذين الرجلين ولا يعرفونه بعينه فشهادتهم باطلة لجهالة المشهود عليه. دار في يد رجل فادعى رجل انه اشتراها كلها بالف وادعى آخر انه اشترى نصفها بخمسمائة وادعى آخر انه اشترى ثلثها بستمائة درهم وأقاموا البينة فهم بالخيار ان شاؤا أخذوها وان شاؤا تركوها لان عند تعارض البينات لا بد من أن تتفرق الصفقة على كل واحد منهم فيما أثبت شراءهم فيه فالخيار كذلك فان أخذوها كان لصاحب الجميع المثلث خاصة وكان السدس بينه وبين صاحب الثلثين نصفين وكان النصف بينهما أثلاثا ولزم كل واحد منهما حصة ما أخذ من الثمن في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله وأصل هذه المسألة أن القسمة في هذا الفصل على طريق المنازعة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على طريق العول وقد بينا هذا الفصل في شرك كتاب الدعوى وجمعنا فيها نظائر هذه المسألة واضدادها فنقول في تخريج قول أبي حنيفة رحمه الله لا منازعة في الثلث لمدعى النصف ومدعى الثلثين ومدعى الجميع يدعى ذلك فيسلم له الثلث ثم ما زاد على النصف إلى تمام الثلثين وهو السدس لا منازعة فيه لصاحب الثلث وقد استوى فيه حجة صاحب الثلثين وصاحب الجميع فيقضى بينهما نصفان

وفي النصف استوى حجة صاحب الكل والثلثين والنصف فيقضى به بينهم اثلاثا وسهام الدار في الحاصل اثني عشر لحاجتنا إلى سدس يقسم نصفين فصاحب الجميع اخذ مرة أربعة ومرة سهمًا ومرة سهمين فانه ما يسلم له سبعة أسهم من اثني عشر سهمًا ولذلك نصف الدار ونصف سدسهما فيلزمه ذلك القدر من الثمن وصاحب الثلثين اخذ مرة سهمًا ومرة سهمين وذلك ثلاثة وهو ربع الدار وصاحب النصف ما أخذ إلا سهمين وهو سدس الدار فاما عندهما القسمة على طريق العول واصل سهام الدار ستة فصاحب الجميع يضرب بستة وصاحب الثلثين بأربعة وصاحب النصف بثلاثة فتكون جملة هذه السهام ثلاثة عشر ويقسم الدار بينهم على ذلك فان ادعاها رجلان وأقام أحدهما البينة على شراء الجميع والآخر البينة على شراء النصف ولصاحب الجميع ثلاثة أرباع الدار لان النصف سالم له بلا منازعة ونصف النصف الآخر بالمنازعة ولصاحب

[166]

النصف ربعها في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهما القسمة على طريق العول فتكون الدار بينهما اثلاثا وان ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الشراء بالف والقبض وأقام البينة فان عرف الاول فهي للاول لان مدعى الرهن إذا أثبت حقه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فشراء الآخر بعد لا يجوز بدون اجازته وان لم يعلم فصاحب الشراء أولى لان الشراء أقوى من الرهن لان الشراء موجب الملك في البدلين والرهن لا يوجب لان الشراء يلزم بنفسه وان لم يتصل به القبض والرهن لا يتم الا بالقبض والشراء يلزم من الجانبين والرهن لا يلزم في جانب المرتهن لتمكنه من الرد متى شاء والضعف لا يظهر في مقابلة القوى فان أقام أحدهما البينة على الشراء والآخر على الهبة والصدقة فصاحب الشراء أولى لان الشراء عقد معارضه يلزم بنفسه وموجب الملك في البدلين فيكون أقوى من التبرع الذي لايم بالقبض فان أثبت صاحب التبرع قبضه سابقا فهو أولى لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه الآخر فيه وكذلك ان كانت الدار في يد صاحب الصدقة ولا يدري أيهما أول فصاحب الصدقة أولى لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده فيكون هو أولى إلا أن يقيم صاحب الشراء البينة انه أولى وان أقام كل واحد منهما البينة انه ارتهنها بالف ففي القياس لا يكون رهنا لواحد منهما وبهذا نأخذ وفي الاستحسان يكون لكل واحد منهما نصفها رهنا لان كل واحد منهما أثبت الرهن منه بالبينة والقضاء بالبنتين ممكن فان رهن الدار الواحدة من رجلين بدين لهما عليه صحيح ووجه القياس أن الحجتين لما استوتا فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف واثبات حكم الرهن لكل واحد منهما في النصف شائعا غير ممكن فتبطل البينتان كما لو أقام رجلان كل واحد منهما البينة على نكاح امرأة واحدة وأخذنا بالقياس لان وجه القياس أقوى فان في الرهن من رجلين العقد واحد وكل واحد منهما راضى بثبوت حق صاحبه في الحبس فامكن اثبات ملك اليد الذي هو موجب الرهن لهما في المحل من غير شيوع بأن يجعل كأن العين كلها محبوسة بدين كل واحد منهما ولا يتأتى ذلك هنا لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه بعقد على حدة ولا يرضى كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه معه فلا بد من القضاء لكل واحد منهما بالنصف وان رهنا من رجلين النصف من هذا بدنه والنصف من هذا بدنه لم يجر فلهذا نأخذ بالقياس فان ادعى أحدهما الرهن والقبض وادعى الآخر الهبة على عوض والتقابض فأقام البينة فانه يقضي بهذا للذي يدعى الهبة على عوض لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض

بمنزلة البيع وقد بينا انه يترجح دعوى الشراء على دعوى الرهن عند تعارض الحجج ولو كانت هبة بغير عوض قضيت بها لصاحب الرهن من قبل انه قد نفذ ماله فيه وقد كان ينبغي في قياس القول الذي قلنا قبل هذا ان يكون لصاحب الهبة ومعنى هذا أن صاحب الهبة في القياس أولى لانه يثبت بينته مالك العين لنفسه والمرتهن لا يثبت ذلك بينته وكل واحد من العقدين لا يتم الا بالقبض فيترجح الموجب للملك في العين منهما وفي الاستحسان الرهن أولى لانه عقد ضمان فالمقبوض بحكم الرهن بما يقابله من الدين والمقبوض بحكم الهبة لا يكون مضمونا أقوى من عقد التبرع فلهذا كانت بينة صاحب الرهن أولى وللقياس وجه آخر وهو ان الرهن لا يرد على الهبة والهبة ترد على الرهن فانه بعد الهبة منه لو رهنه كان باطلاق وبعد الرهن لو وهبه من المرتهن كان صحيحا فعند التعارض يترجح الوارد لكن في الاستحسان قال لابد من اثبات حق المرتهن فثبوت الملك للرهن له لا يمنع ثبوت حق المرتهن فيها فان الواهب إذا رهن الموهوب بدينه برضاء الموهوب له حاز ولا يمكن اثبات الهبة مع ثبوت حق المرتهن فانه بعد الرهن لو وهب برضاء المرتهن وسلم يبطل حق المرتهن فلهذا جعلنا الرهن أولى من الهبة وان أقام كل واحد منهما البينة أنه تصدق بها عليه وقبضها لم يقض لواحد منهما لانه انما يقضي لكل واحد منهما بنصفها والهبة لا تتم في المشاع الذي يحتمل القسمة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان هذا قول أبي حنيفة رحمه الله فاما عندهما ينبغي أن يقضى بها بينهما نصفان بمنزلة هبة الدار من رجلين والاصح ان هذا قولهم جميعا لانهما انما يجوز ان ذلك عند اتحاد العقد والاتحاد في جانب الواهب فاما إذا وهب النصف من كل واحد منهما في عقد على حدة لا يجوز وهنا كل واحد منهما أثبت بينته الهبة منه في عقد على حدة فلهذا لا يقضى لكل واحد منهما بنصفها فان شهدت احدهما انه أول فهي له لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه الاخر فيه وان لم يشهدوا بذلك وهي في يد احدهما فهي لذي اليد لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده وإذا كانت الدار في يد ثلاثة رهط فادعى احدهم الجميع والاخر النصف وادعى الثالث الثلثين وليست لهم بينة فلكل واحد منهم مافى يده لان في يد كل واحد منهم ثلث الدار فدعوى كل واحد منهم ينصرف إلى مافى يده ولان قوله مقدم فيه على قول الخارج لانه مستحق لما في يده باعتبار ظاهر اليد ويحلف كل واحد منهما على دعوى الاخر لان صاحب الجميع يدعى لنفسه جميع مافى يد صاحبيه وهما ينكران ذلك وصاحب الثلثين يدعى نصف مافى يد كل

واحد من صاحبيه وهما ينكران ذلك فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبيه فان حلفوا فلكل واحد منهما الثلث باعتبار يده وان نكلوا عن اليمين في دعوى صاحب الجميع وحلف صاحب الجميع لهما فالدار كلها له لان نكولهما كإقرارهما له بذلك أو كبد لهما له مافى أيديهما ولكن هذا إذا حلف صاحب الجميع لهما وحلف كل واحد منهما لصاحبه أيضا وان نكلوا عن اليمين لصاحب الثلثين وحلفوا لصاحب الجميع والنصف كان لصاحب

الثلاثين الذي في يده ويأخذ نصف ما في يد كل واحد من صاحبه لانه يدعى ثلثي الدار ونصف ذلك وهو الثلث في يده ونصفه في يد كل واحد منهما سدس الجميع وذلك نصف ما في يد كل واحد منهما ونكولهما بمنزلة الاقرار وان نكلوا عن اليمين لصاحب النصف وحلفوا لصاحب الثلاثين وصاحب الجميع فصاحب النصف يأخذ ربع ما في يد كل واحد من صاحبيه لانه يدعى نصف الدار فثلثا ذلك النصف في يده والثلث في يد صاحبيه وذلك السدس في يد كل واحد منهما نصف سدس الجميع وهو ربع الثلث الذي في يده فكل واحد منهما بالنكول صار مقرا له بذلك وان نكل صاحب الجميع عن اليمين لصاحب النصف وحلف بعضهم لبعض فصاحب النصف يأخذ مما في يد صاحب الجميع ربع ما في يده وهو نصف سدس جميع الدار لانه بالنكول صار مقرا له بالقدر الذي ادعاه في يده نصف سدس جميع الدار وان قامت لهم جميعا البينة فلصاحب النصف الثمن ولصاحب الثلاثين الربع ولصاحب الجميع خمسة عشر وسهما من أربعة وعشرين سهما في قول أبى حنيفة رحمه الله لان بينة كل واحد منهم لم تقبل فيما في يده وتقبل فيه بينة الاخر ثم القسمة عنده على طريق المنازعة في الثلث الذي في يد صاحب النصف تقبل فيه بينة صاحب الجميع وصاحب الثلاثين ثم نصف ذلك الثلث يسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف الاخر بينهما نصفان للمنازعة فيحتاج إلى حساب ينقسم ثلاثة ارباع وذلك اثنا عشر فصارت سهام الدار على اثني عشر سهما ففي يد صاحب الجميع ثلث الدار وصاحب الثلاثين يدعى نصف ذلك وصاحب النصف يدعى ربع ذلك فيقضى لكل واحد منهما بمقدار ما ادعى من ذلك وفي يد صاحب الثلاثين أربعة صاحب الجميع يدعى جميع ذلك وصاحب النصف ربع ذلك وثلاثة ارباعه يسلم لصاحب الجميع والربع وهو سهم واحد استوت منازعتهم فيه فكان بينهما نصفان فانكسر بالانصاف فاضعف السهام فلهذا صارت الدار سهام أربعة وعشرين في يد كل واحد منهم ثمانية ثم سلم لصاحب الجميع ما في يد صاحب النصف ستة وما في يد صاحب

[169]

الثلاثين سبعة وبقي له مما كان في يده سهماً فجملة ذلك خمسة عشر سهماً وصاحب الثلاثين أخذ من يد صاحب النصف سهمين ومن يد صاحب الجميع أربعة فذلك ستة وهو ربع جميع الدار وصاحب النصف أخذ من يد صاحب الجميع سهمين ومن يد صاحب الثلاثين سهماً فذلك ثلاثة وهو ثمن الدار وقد بينا تخريج المسألة على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله في كتاب الدعوى في اعتبار القسمة على طريق العول فان السهام عندهما ترتفع إلى مائة وثمانين فلم يعد هنا كراهة التطويل وكذلك إذا لم يكن بينة ونكلوا عن اليمين فهو ومالو أقام البينة في حكم الاستحقاق والتخريج سواء. وإذا كانت الدار في يد رجلين وعبد أحدهما والعبد مأذون عليه دين وكل واحد منهم يدعى الدار كلها فهي بينهم أثلاثاً لان المولى من كسب عبده المديون كالأجنبي فان حق غرمائه في كسبة مقدم على حق المولى فتظهر يده في معارضة يد المولى كيد المكاتب فان لم يكن على العبد دين فالدار بين الحرين نصفان لان كسب العبد هنا حق مولاه ويده من وجه كيد مولاه فلا معتبر بيده في معارضة يد المولى وانما يبقى المعتبر في الدار يد المولى ويد الاجنبي فهي بينهما نصفان بمنزلة ثوب يتنازع فيه رجلان وفي يد أحدهما عامة الثوب وفي يد الاخر طرف الثوب فانه يقضى به بينهما نصفان. دار في يد رجل يدعى رجل انه اشتراها من آخر وهو يملكها يوم باعها وأقام البينة وذو اليد يقول ليست لى فاني أفضى بالدار

للمدعى لانه أثبت الملك لنفسه باثباته الشراء ممن كان مالکها وذو اليد لم يخرج من خصومته بقوله ليست لى فانه كان خصما له باعتبار يده فيها وبهذا اللفظ لا يتبين أن يده فيها ليست بيد خصومة فقضى بالدار للمدعى إلا أن يقيم ذو اليد البينة انها عارية في يده أو باجارة أو بوكالة بالقيام عليها من رجل غير البائع فان أقام على ذلك بينة فلا خصومة بينهما لانه أثبت بان يده فيها يد حفظ لايد خصومة وهذه مخمسة كتاب الدعوى فان جاء المشتري بينة ان ذلك الرجل سلطه على قبضها من هذا الساكن قبضها وقضى له بذلك لانه أثبت ببينته انه أحق بحفظها منه وانه ثبت له حق نقلها من يد ذي اليد إلى يد نفسه بامر صاحبها اياه بذلك ولو عاين ما أثبتته البينة كان له حق قبضها فكذلك إذا ثبت ذلك بالبينة والله أعلم (باب ما يكون بين الرجلين فيه خصومة) (قال رحمه الله دار في يد رجل رهن والراهن غائب فادعاه رجل وأقام البينة فان أقام

[170]

المرتته البينة انها رهن في يده فلا خصومة بينهما) لانه أثبت ببينته أن يده فيها يد حفظ لايد خصومة فالمرهون عينه أمانة في يد المرتته بمنزلة الودعة ولئن كان مضمونا فهو ضمان لا يوجب الملك له في العين بحال ولو كان مضمونا ضمنا يوجب الملك له إذا تقرر كالمغصوب لم يكن خصما فيه لمدعى الملك فإذا كان دون ذلك أولى وكذلك لو كان المرتته الذي الدار في يده غائبا والراهن حاضرا فلا خصومة بينه وبين المدعى لان دعوى الملك لا تسمع في العين الاعلى ذي اليد واليد فيها مستحقة للمرتته وهو غائب والاجارة والعارية في ذلك كالرهن وان لم يقيم ذو اليد البينة على ذلك فهو خصم لظهوره يده فيها ومنفعة المدعى منها بيده فلا يخرج من خصومته بمجرد قوله وكذلك لو قال انها ليست لى ولم ينسبها إلى أحد فهو خصم فيها لان بينته على هذا لا تقبل وبدون البينة لا يخرج من خصومته * يوضحه انه انما يخرج ذو اليد من الخصومة إذا أحال المدعى على رجل معروف يتمكن من الخصومة معه حتى لو قال هو لرجل عارية عندي وأقام البينة على ذلك لم تندفع الخصومة عنه فلان لا تندفع بقوله ليست لى أولى وان أقر المدعى انها في يده باجارة أو عارية أو رهن فلا خصومة بينهما فيها لان اقراره ملزم اياه وقد أقر أنه ليس بخصم له وان كان المدعى ادعى انه اشتراها من فلان وادعى ذو اليد أن فلانا ذلك أسكنها اياه ولم يقم البينة على ذلك فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن أصل الملك فيها لفلان فتكون أصولها إلى يد ذي اليد من جهة فلان وفلان ذلك لو حضر لم يكن بينه وبين ذي اليد خصومة لاقرار ذي اليد له بها عليه فكذلك لا خصومة بينه وبين من يدعى تلقى الملك من جهة فلان إلا أن يقيم المدعى البينة أن البائع وكله بقتضها منه فإذا أقام البينة على ذلك يجب على ذي اليد دفعها إليه لانه أثبت البينة انه أحق بامساكها واثبات اليد عليها من ذي اليد والعروض في جميع ما ذكر كالعقار وإذا كانت الدار بين شريكين فغاب أحدهما فادعى رجل أنه اشترى من الغائب نصيبه لم يكن الشريك خصما له في ذلك لانه ادعى سبب ملك جديد بينه وبين الغائب في نصيبه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يدعى قبله ولان ذا اليد مقر أن يده في نصيب الغائب من جهته فلا يكون خصما لمن يدعى بملكه عليه وان ادعى انه اشتراها أو بعضها من الميت الذي ورثها منه كان الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه يدعى سبب الاستحقاق على الميت وأحد الورثة خصم عن الميت وعن سائر الورثة فيما يدعى على الميت كدعوى الدين

ويستوى ان كانوا قسموا الدار أو لم يقسموا لان قسمتهم في حق المدعى إذا

[171]

ثبت فشراؤه باطل. دار في يد رجل بشراء فاسد فادعاها آخر فالمشتري خصم فيها لان المشتري يملك رقبته وكل من يملك الرقبة أو يدعيها خصم له وهذا بناء على أصلنا أن الشراء الفاسد موجب للملك بعد القبض وانما نص على حكم الملك هنا. دار في يد رجل فادعاها آخر وأقام كل واحد منهم البينة أنه اشتراها من يد رجل واحد والمدعى هو الاول ولم ينقد الثمن والبائع غائب فاني أقضي بها للمدعى لان ذي اليد زعم انها ملكه فيكون خصما فيها للمدعى وانما يزعم أنه يملكها من جهة البائع فيكون خصما عنه في اثبات سبب الملك عليه وقد أثبت المدعى تقدم شرائه بالبينة فيقضى بالدار له ويستوفى منه الثمن فان كان ذو اليد قد نقد الثمن أعطيته الثمن قصاصا لانه استحق الرجوع على البائع بما أدي إليه من الثمن وقد طفر بماله من جنس حقه فiaخذ مقدار حقه من ذلك وللقاضي أن يعينه عليه لما ثبت حق الاخذ وان كان فيه فضل أمسكه على البائع لانه مال الغائب فيحفظه عليه وهذا إذا كان البائع أقر عند القاضي بقبض الثمن من ذي اليد قبل غيبته فان لم يكن كذلك وأقام ذو اليد البينة على أنه كان أعطاه الثمن لم يقض القاضي بشئ لانه يقيم البينة على الغائب ولا يقضى القاضي على الغائب بالبينة إذا لم يحضر عنه خصم وان كان ذو اليد لم ينقد للبائع الثمن أو كانت الدار في يده بهبة أو صدقة دفعتها إلى المدعى لاثباته سبب الملك فيها بتاريخ سابق وأخذت الثمن منه للبائع لانه مال الغائب فيحفظ عليه والحاصل أن المشتري يحتاج إلى اثبات الملك على البيع ينتفع به ويتصرف فيه ولا يتمكن من ذلك الا بنقد الثمن فالقاضي ينظر لهما فيستوفي الثمن منه لمراعاة حق الغائب ويسلم الدار إليه ليتوصل الانتفاع بملكه. رجل باع جارية من رجل ثم غاب المشتري ولا يدري أين هو فأقام البائع على ذلك بينة فان القاضي يسمع بينته لانه يزعم أنه قد وجب على القاضي النظر إليه وللمفقود في ماله فإذا أثبت ذلك بالحجة قبل القاضي ذلك منه وباع الجارية على المشتري بطريق حفظ ملكه عليه لان عين الملك لا تبقى له بدون النفقة وحفظ الثمن أيسر عليه من حفظ العين فإذا باعها نقد البائع الثمن لانه طفر بجنس حقه من مال غريمه واستوثق منه بكفيل نظرا منه للغائب لجواز ان يكون قد استوفى الثمن وبراء المشتري من ذلك فان كان فيه فضل أمسك الفضل للمشتري وان كان وضعه فذلك على المشتري لان قبض القاضي له الجارية كقبض المشتري اياها بنفسه فيه يتقرر عليه جميع الثمن ويطالبه البائع بمقدار الوضعية إذا حضر وان كان أبراه المشتري لم يبع القاضي الجارية لان ثبوت الولاية للقاضي بطريق

[172]

النظر منه لهما وذلك عند الضرورة إذا كان لا يوقف على موضع المشتري فاما إذا كان يعرف ذلك فالبائع متمكن من أن يبيعه ويطالبه بالثمن وملكه مضمون على البائع بالثمن فليس للقاضي ان يبطل عليه عين ملكه لاتصال

البائع إلى حقه والله أعلم بالصواب (باب اختلاف الشهادة) (قال رحمه الله شاهدان شهدا ان فلانا طلق امرأته فشهد احدهما انه طلقها يوم الجمعة بالبصرة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بعينه بالكوفة لم تقبل شهادتهما لانا نيقن بكذب احدهما) فان الانسان في يوم واحد لا يكون بالبصرة والكوفة (ألا ترى) انه لو شهد بكل واحد من اللفظين رجلا لم تقبل الشهادة لهذا فإذا شهد لكل واحد منهما رجل واحد أولى بخلاف ما اذا شهد أحدهما انه طلقها بالكوفة والآخر انه طلقها بالبصرة ولم يوقتا وقتا فهناك الشهادة تقبل لان الطلاق كلام يتكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في المكان. رجل يدعى دارا في يد رجل انها له وشهد له بها شاهدان احدهما بالشراء والآخر بالهبة فالشهادة باطلة لان المدعى لا بد أن يدعى أحد السببين وبه يكون مكذبا أحد الشاهدين لا محالة ولان الهبة غير البيع وليس على واحد من السببين حجة تامة وكذلك لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالصدقة أو الرهن أو الميراث أو الوصية فهو باطل للمعنيين وكذلك لو شهد احدهما بالميراث والآخر بالوصية فهو باطل للمعنيين وإذا ادعى دارا في يد رجل أنه وهبها له وانه لم يتصدق بها عليه واقام شاهدين على الصدقة وقال لم يهبها لي قط وقد ادعى الهبة عند القاضى فهذا اكذاب منه لشاهديه وهو تناقض منه في الكلام فقد زعم مرة انه لم يتصدق بها عليه ثم ادعى الصدقة بعد ذلك وزعم مرة انه وهبها له ثم قال لم يهبها لي قط ولا تناقض أظهر من هذا ومع التناقض لا يسمع دعواه والبينة لا تقبل الا بعد دعوى صحيحة ثم اكذاب المدعى شاهدة تخرج شهادته من أن تكون حجة له وكذلك لو ادعى انها ميراث لم يشترها قط ثم جاء بعد ذلك فقال هي بشراء ولم ارثها قط وجاء بشاهدين على الشراء منذ سنة فهو باطل لمعنى التناقض والا كذاب فان ادعاها هبة ولم يقل لم يتصدق بها على قط ثم جاء بعد ذلك بشهود على الصدقة وقال لما جردني الهبة سألته ان يتصدق بها على ففعل اجزت هذا لانه وفق بين كلاميه بتوفيق صحيح فينعدم له الا كذاب والتناقض

[173]

(ألا ترى) انا لو عاينا ما أخبر به كان الملك ثابتا له بجهة الصدقة فكذلك إذا أخبر به واثبته بالبينة وكذلك لو قال ورثتها ثم قال جردني الميراث فاشتريتها منه وجاء بشاهدين على الشراء لان معنى التناقض والا كذاب انعدم بتوفيقه وهذا بخلاف ما لو كان ادعى الشراء أولا ثم جاء بشاهدين يشهدان على انه ورثه من ابيه لان هذا في هذا المواضع لا وجه للتوفيق لانه لا يمكنه ان يقول اشتريتها منه كما ادعيت ثم جردني الشراء فورثتها من أبى وإذا اختلف شاهدا الرهن في جنس الدين أو مقداره فالشهادة لا تقبل لا كذاب المدعى أحد الشاهدين ولان الدين مع الرهن يتحاذيان محاذاة الثمن للمبيع ثم اختلاف الشاهدين في الثمن يمنع قبول شهادتهما على البيع فكذلك في الرهن فان اتفقا على ذلك واختلفا في الايام والبلدان وهما يشهدان على معانية القبض فالشهادة جائزة في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله استحسانا وفي القياس لا تقبل وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وعلى الخلاف الهبة والصدقة وان شهدوا على اقرار الرهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت الشهادة بالاتفاق وجه القياس ان تمام هذه العقود بالقبض والقبض فعل واختلاف الشاهدين في الوقت والزمان في الافعال يمنع قبول الشهادة كالغصب والقتل وهذا لان المشهود به مختلف فالفعل الموجود في مكان غير الموجود في مكان آخر بخلاف ما اذا شهدوا على الاقرار فالقرار كلام مكرر * يوضحه انه لو شهد

أحدهما بمعاينة القبض والآخر باقرار الراهن به لم تقبل الشهادة وجعل
الرهن في هذا كالغصب ولم يجعل كالبيع فكذلك إذا اختلفا في المكان
والزمان وللإستحسان وجهان أشار إلى أحد الوجهين هنا (فقال) لان
القبض قد يكون غيره مرة وأشار إلى الوجه الآخر في كتاب الرهن (فقال)
لانه لا يكون رهنا ولا قبضا إلا باقرار الراهن ومعنى ما ذكر هنا ان القبض
بحكم الرهن فعل صورة ولكنه بمنزلة القول حكما لانه يعاد ويكرر ويكون
الثاني هو الاول (ألا ترى) أن المرتهن إذا قبض الرهن ثم استرده الراهن
منه غصبا أو أعاره المرتهن إياه ثم قبضه منه ثانية فهذا يكون هو القبض
الاول حتى يكون مضمونا باعتبار قيمته عند القبض الاول فعرفنا أنه مما
يعاد ويكرر فلا يختلف المشهود به باختلاف الشاهدين في وقته بخلاف
الغصب والقتل ولما أخذ شيئا من أصليين توفر حظه عليهما (فنقول)
لشبهه بالافعال صورة إذا اختلف الشاهدان في الانشاء والاقرار لا تقبل
الشهادة ولشبهه بالاقوال حكما لا يمتنع قبول الشهادة باختلاف الشاهدين
فيه في الوقت والمكان ومعنى ما ذكر في كتاب الرهن ان حكم ضمان
الرهن

[174]

لا يثبت الا باقرار الراهن أنه مرهون عندك بالدين فان بدون هذا القول إذا
قبضه المرتهن بغير اذن الراهن فهو غاصب وإذا سلمه الراهن إليه فهو
مودع فعرفنا أن حكمه لا يثبت الا باقرار الراهن فباعتبار حكمه جعلناه
كالاقوال وجعل شهادة الشاهدين على المعاينة فيه وشهادتهما على
الاقرار به سواء فكما أن في الشهادة على الاقرار اختلافهما في الوقت
والزمان لا يمنع العمل بشهادتهما فكذلك في الشهادة على المعاينة. وإذا
طلب الرجل شفعة في دار وأقا شاهدين على الشراء واختلفا في الثمن أو
في البائع فشهادتهما باطلة لاختلافهما في المشهود به لان المدعى
مكذب أحدهما لا محالة ولو اتفقا على الاقرار بالشراء من واحد بمال
واختلفا فقال أحدهما كنا جميعا في مكان كذا وقال الآخر كنا فرادى أو
قال أحدهما كنا في البيت وقال الآخر في المسجد أو قال أحدهما كان ذلك
بالغداة وقال الآخر كان بالعشي فشهادتهما جائزة لانهما اتفقا في
المشهود به وهو الاقرار واختلفا فيما لم يكلما حفظه وفعله في الوقت
والمكان فلا يقدح ذلك في شهادتهما كما لو اختلفا في الثياب التي كانت
عليهما أو المراكب أو فيمن حضرهما وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان
الوقت والمكان والوصف لم يسألهما القاضى عن ذلك ولو سألهما فقالا
لأنحفظ ذلك لا تبطل شهادتهما ثم ذكر بعض مسائل أدب القاضى وروي
فيه حديث الشعبي رحمه الله في كتاب عمر إلى معاوية رضى الله عنهما
في القضاء وقد تقدم بيان ذلك في أدب القاضى وذكر عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال من الحزم أن يستشير أولى الراى ثم يطيعهم
وفيه دليل أنه لا ينبغي للقاضى أن يترك الاستشارة وكذلك غير القاضى إذا
حزبه أمر فالمشورة تلقح للعقول وقد قال صلى الله عليه وسلم ما هلك
أمرؤ عن مشورة وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستشير أصحابه
رضى الله عنهم في كل شئ حتى في قوت أهله وأدامهم وفيه دليل على
أنه انما استشار أولى الراى الكامل ويتحيز عن مشورة ناقصات العقل من
النسوان وان من استشار أولى الراى الكامل من الرجال فعليه أن يطيعهم
إذا لم يتهمهم فيما أشاروا عليه لان فائدة المشورة لا تظهر الا بالطاعة
وإذا شهد شاهدان أن فلانا أقر أن هذا الثوب ثوب فلان وهو في يده وشهد
آخر أن فلانا الذي شهدا له أقر بها لفلان الذي شهد عليه فهو لذي اليد لان

البينتين تعارضتا في الاقرار فيها رأيا كما لو عاين الاقرارين ويبقى الثوب في يد ذي اليد مستحقا له بيده وان كان في يدهما فهو بينهما نصفان لاستوائهما في استحقاقه باليد. دار بين رجلين فأقام كل واحد منهما البينة

[175]

أن فلانا أقر له بها ووقتا فهي لصاحب الوقت الآخر ولانسبة لهذا البيع يعنى إذا أقام كل واحد منهما البينة أن فلانا باعها منه ووقتا فهي لصاحب الوقت الاول والفرق بينهما أن كل واحد منهما يدعى أن وصولها إليه من جهة فلان ففي مسألة الاقرار الذي أقام البينة على الوقت الآخر أثبت اقرار فلان بها له منذ شهر وذلك يمنع دعوى فلان الملك لنفسه فيها منذ سنة فكذلك يمنع دعوى من ثبتت الملك لنفسه ببينته منذ سنة باقرار فلان له بها منذ سنة وذلك يمنع فلانا من أن يثبت الملك لنفسه فيها منذ شهر باقرار فلان له بها فلهذا رجحنا صاحب الوقت الآخر وفي البيع ثبوت الشراء منذ شهر لا يمنع فلانا من دعوى الملك فيها لنفسه منذ سنة فكذلك لا يمنع من يدعى تملكها من جهته من أن يثبت بيعها منه منذ سنة وإذا وجب قبول بينته على ذلك ثبت شراؤه في وقت لا ينارعه الآخر فيه فانما أثبت الآخر بعد ذلك الشراء من غير المالك وعلى هذا لو أقام البينة أنه باع هذه الدار من فلان منذ سنة وأقام الآخر البينة منذ سنتين فهي للذي أقام البينة على سنتين لان كل واحد منهما مثبت الملك لنفسه باقامته البينة على تملكها من فلان بالبيع فيترجح أسبق التاريخين لانعدام منازعة الآخر معه في ذلك الوقت وإذا لم يوقتا فهي لذي اليد لانفاقهما على أنها مملوكة مسلمة إليه وانما يدعى كل واحد منهما الثمن في ذمته لنفسه وقد أثبتته بالبينة وفي الذمة سعة وإذا ادعى على رجل ألفى درهم أو ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالالف والآخر بالف وخمسمائة قضى له بالالف لاتفاق الشاهدين على الف لفظا ومعنى فالالف وخمسمائة جملتان أحدهما معطوفة على الاخرى فبعطف أحدهما الخمسمائة على الف لا يخرج من أن يكون شاهدا له بالف لفظا بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله فيما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لان هناك اختلافا في المشهود به لفظا فخمسة عشر اسم واحد لعدد (ألا ترى) أنه ليس فيه حرف العطف فهو نظير الف والالفين فان كان المدعى يدعى ألفا فقد أكذب الذي شهد على الف وخمسمائة فلا تقبل شهادتهما له الا أن يوفق فيقول كان أصل حقى ألفا وخمسمائة لكنى استوفيت خمسمائة أو أبراته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ تقبل شهادتهما على الف لانه وفق بتوفيق صحيح محتمل وان اختلفا في جنس المال فشهادتهما باطلة لان المدعى يكذب احدهما ولان المشهود به مختلف وليس على واحد من المالين شهادة شاهدين ولو شهدا على قتل أو قطع أو غصب أو عمل واختلفا في الوقت أو المكان أو فيما وقع به القتل كانت الشهادة باطلة

[176]

لاختلافهما في المشهود به وكذلك ان شهدا احدهما على الفعل والآخر على الاقرار به فهذا اختلاف في المشهود به وان شهد على اقرار القائل

به في وقتين مختلفين أو في مكانين مختلفين قبلت الشهادة لان الاقرار قول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في الوقت والمكان به ولو ادعى ثوبا في يد رجل انه رهنه منه منذ عشرة أيام فجاء بشاهدين فشهد أحدهما انه وهبه منه منذ عشرة أيام والاخر منذ خمسة عشر يوما فالشهادة باطلة لان المدعى مكذب أحد شاهديه وقد أقر بأنه كان مملوكا للواهب قبل عشرة أيام وذلك يمنع دعواه ما شهد به هذا من هبته منذ خمسة عشر يوما ولو لم يوقت المدعى جازت الشهادة لانه غير مكذب واحدا منهما والمشهود به قول أو ما هو كالقول حكما فاختلاف الشاهدين في الوقت لا يمنع قبول الشهادة فيه. وإذا شهد الوصي على الميت بدين أو على رجل بدين للميت فشهادته بالدين على الميت صحيحة وبالدين للميت مردودة لانه فيما شهد به للميت يثبت حق القبض لنفسه فيكون متهما ولا تهمة فيما شهد به على الميت الا ان يكون قد قضاه من التركة فحينئذ هو متهم في شهادته من حيث انه يقصد به اسقاط الضمان عن نفسه وإذا شهد الوصي على الميت بدين لبعض الورثة فان ذلك جائز للكبار لخلوها عن التهمة ولا يجوز للصغار لتمكن التهمة في شهادته فحق القبض في ذلك إليه وكذلك لو شهد لبعض الورثة على البعض بحق في شهادته للكبار جائزة وللصغار مردودة لانه لا يقبض للكبار شيئا وهو يقبض ما يجب للصغار فيكون في معنى الشاهد لنفسه وإذا قضى القاضى على رجل بأرض أو دار في يديه بيينة قامت عليه بذلك ودفعها إلى المقضى له بينائها ثم ان المقضى له اقر بينائها للمقضى عليه فانه يدفع ذلك إليه باقراره ولا يكون هذا الاقرار اكذابا منه لشهوده في الارض لان المشهد به الارض والبناء انما يدخل تبعا كما يدخل في البيع تبعا من غير ذكر وليس من ضرورة كون البناء للمشهود عليه الا ان يكون الارض للمدعى كما شهد به الشهود وكذلك ان اقام المقضى عليه البيينة انه قد بنى فيها هذا البناء فهو له لما بينا انه انما صار مقضيا عليه بالاصل والبناء تبع في ذلك فكذلك القضاء لا يمنعه من اثبات حق نفسه في البناء وان كان المدعى حين اقام البيينة شهد الشهود ان هذه الدار لهذا المدعى بينائهما فأقر هو بالبناء للمقضى عليه أبطلت الشهادة لانه أكذب شهوده لانهم صرحوا في شهادتهم بملك البناء له مقصودا وقد كذبهم في ذلك والمدعى متى أكذب شاهدا في بعض ما شهد له به بطلت شهادته في الكل كما إذا ادعى ألفا وشهد له بالف وخمسمائة وإذا وكلت امرأة رجلين بأن تزوجاها

[177]

ثم شهد ان الزوج طلقها ثلاثا وهى تدعى أو تنكر جازت الشهادة لخلوها عن التهمة وكذلك ان كان عمين فزوجا ابنت أخ لهما وهى صغيرة ثم شهدا على الطلاق أو كانا أخوين لها زوجها ثم شهدا بالطلاق قبلت الشهادة لانهما يثبتان الحرمة حقا لله تعالى ولا يجران إلى أنفسهما شيئا فوجب العمل بشهادتهما والله أعلم (كتاب الرجوع عن الشهادة) (قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله املاء اعلم بأن أداء الشهادة بالحق مأمور به شرعا) قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله أمروا به للوجوب وقال الله تعالى ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا والنهى عن الالباء عند الدعاء أمر بالحضور للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمهما فانه آثم قلبه واستحقاق الوعيد بترك الواجب وقال صلى الله عليه وسلم كاتم الشهادة بالحق كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر قال صلى الله عليه وسلم في خطبته أيها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله

تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وفي هذا بيان كرامة المؤمن فقد جعل الله تعالى الشهادة عليه بما لا أصل له بمنزلة شهادة الكافر على ذاته بما لا أصل له من شريك أو صاحب أو ولد وقال صلى الله عليه وسلم ألا أنبئكم بأكبر الكبائر قالوا نعم قال الاشرار بالله وعقوق الوالدين وكان منكنا فاستوى جالسا ثم قال ألا وقول الزور فجعل يكررها حتى قلنا ليته يسكر وفي رواية سأله رجل عن الكبائر فقال صلى الله عليه وسلم الاشرار بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور وفي حديث سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعه الملائكة في السموات والارض فيحق على كل مسلم الاجتناب عنها بجهده والتوبة عنها متى وقع فيها خطأ أو عمدا وذلك بأن يرجع عن الشهادة وليكن رجوعه في مجلس القضاء لانه فسخ للشهادة التي أداها وقد اختصت الشهادة بمجلس القضاء فالرجوع عنها كذلك وهذا لان التوبة بحسب الجريمة قال صلى الله عليه وسلم السر بالسر والعلانية بالعلانية فإذا كانت جريمته في مجلس القضاء جهرا فلتكن توبته بالرجوع كذلك ولا يمنعه الاستحياء من الناس وخوف اللائمة من اظهار الرجوع في مجلس القضاء فلا أن يراقب الله تعالى خيرا له من

[178]

أن يراقب الناس ورجوعه صحيح مقبول في حقه وان كان مردودا فيما يرجع إلى حق غيره حتى إذا رجع قبل القضاء لم يقض القاضي بشهادته لبطانها بالرجوع وإذا رجع بعد القضاء لم يبطل برجوعه حق المقضى له والاصل فيه الحديث الذي بدأ الكتاب به وروراه عن الشعبي رحمه الله أن رجلين شهدا عند علي بن أبي طالب رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بعد ذلك بأخر فقال أوهما انما السارق هذا فقال علي رضى الله عنه لهما لا أصدقكما على هذا الآخر وأضمنكما دية يد الاول ولو أتى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما ففيه دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حقه وانه عند الرجوع ضامن ما استحق بشهادته وانه غير مصدق في حق غيره للتناقض في كلامه والمناقض لا قول له في حق غيره ولكن التناقض لا يمنع الزامه حكم كلامه ثم الشافعي رحمه الله يستدل بالحديث في فصلين أحدهما في وجوب القصاص على الشهود إذا رجعوا بعد ما استوفى العقوبة بشهادتهم وزعموا أنهم تعمدوا ذلك في شهادتهم وفي أن اليدين يقطعان بيد واحدة فقد قال ولو أنى أعلمكما فعلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما فإذا جاز قطع اليدين يقطعان بيد واحدة بطريق الشهادة فبالمباشرة أولى ولكننا نقول هذا اللفظ منه على سبيل التهديد بدون التحقيق وقد تهدد الامام بما لا يتحقق قال عمر رضى الله عنه ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالانفاق ثم لم يكن من علي رضى الله عنه هكذا كذبا لانه علق بما لا طريق إليه وهو العلم بانهما فعلا ذلك عمدا فلم يكن هذا كذاب بهذا التعليق ويحصل المقصود وهو الزجر وهو نظير قوله تعالى بل فعله كبيرهم هذا فاستلوههم ان كانوا ينطقون ثم لم يكن هذا الكلام من ابراهيم صلوات الله عليه كذبا لانه علقه بما لا يكون ومعناه ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم والدليل عليه أن من مذهب علي رضى الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة فقد روى ذلك عنه في الكتاب فبهذا تبين أن مراده التهديد وذكر عن حماد رحمه الله أنه كان يقول في الشاهدين إذا رجعا عن الشهادة بعد قضاء القاضي فانه ينظر إلى حالهما يوم رجعا فان كان حالهما أحسن منه يوم شهدا صدقهما

القاضي في الرجوع ورد القضاء وأبطله وإن كان حالهما يوم رجعا مثل حالهما يوم شهدا دون ذلك لم يصدقهما القاضي ولم يقبل رجوعهما ولم يضمنها شيئا وكان القضاء الاول ماضيا وبهذا كان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا ثم رجع فقال لا أبطل القضاء بقولهما لآخر وإن كان أعدل منهم يوم شهدا ولكن أضمنهما المال الذي شهدا به وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وجه قوله الاول

[179]

أن كل واحد من الخبرين متردد بين الصدق والكذب فانما يترجح جانب الصدق فيه بالعدالة وحسن حال المخبر فإذا كانت عدالته عند الرجوع أظهر وحاله عند ذلك أحسن فرجحان جانب الصدق في هذين الخبرين بين والظاهر أن رجوعه توبة واستدراك لما كان منه من التفريط والقاضي يتبع الظاهر لأنه ما وراء ذلك غيب عنه وإذا كان حاله عند الرجوع دون حاله عنه الشهادة فرجحان جانب الكذب في الرجوع أبين والظاهر أنه بالرجوع قاصد إلى الاضرار بالمقضى له وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند أداء الشهادة فعند المساواة يترجح الاول بالسبق واتصال القضاء به فإن الشئ لا ينقضه ما هو مثله أو دونه وينقضه ما هو فوقه ولا ضمان عليه لأنه ما يتناول شيئا إنما أخبر بخبر وذلك لم يكن موجبا للاتلاف بدون القضاء والقاضي يختار في قضائه فذلك يمنع اضافة الاتلاف إلى الشهادة فلهذا لا يضمن الشاهد شيئا * وجه قوله الآخر أن ظاهر العدالة ترجح جانب الصدق في الخبر ولكن لا ينعدم به معنى التناقض في الكلام وهو بالرجوع مناقض في كلامه فعدالته عند الرجوع لاتعدم التناقض وكما أن القاضي لا يقضى بالكلام المتناقض فكذلك لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض ثم جانب الصدق يعين في الشهادة وتأكد ذلك بقضاء القاضي في حق المقضى له فيه بتعين جانب الكذب في الرجوع وإذا كان تهمة الكذب عند الرجوع لفسقه يمنع القاضي من ابطال القضاء فتعين الكذب فيه بدليل شرعي لأنه يمنع من ابطال القضاء أولى فلو أبطل القضاء باعتبار هذا المعنى أدى إلى ما لا يتناهى لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع فيجب إعادة القضاء الاول ولكن يجب الضمان عليه لاقاراره عند الرجوع أنه أتلف المال على المشهود عليه بشهادته بغير حق والتناقض لا يمنع ثبوت حكم اقراره على نفسه والاتلاف وإن كان يحصل بقضاء القاضي فسبب القضاء شهادة للشهود وإنما يحال بالحكم على أصل السبب وهذا لأن القاضي بمنزلة الملجأ من جهتهم فإن بعد ظهور عدالتهم يحق عليه القضاء شرعا ثم السبب إذا كان تعديا بمنزلة المباشرة في ايجاب ضمان المال وقد اقر بالتعدي في السبب الذي كان منهما وبهذا السبب سلط المشهود له على مال المشهود عليه ولو تسلطا عليه باثبات اليد لانفسهما ضمنا فكذلك إذا سلطا الغير عليه لأن وجوب الضمان للحاجة إلى الجبران ودفع الضرر والخسران عن المتلف عليه وقد تحققت الحاجة إلى ذلك ولا يمكن ايجاب الضمان على القاضي لأنه غير متعدي في القضاء بل هو مباشر لما فرض عليه ظاهرا فتعين الشهود لايجاب الضمان عليهم وعن ابراهيم

[180]

رحمه الله قال إذا شهد شاهدان على قطع يد فقضي القاضى بذلك ثم رجعا عن الشهادة فعليهما الدية وإن رجعا أحدهما فعليه نصف الدية وبه نأخذ لأنهما سببا لقطع اليد بطريق هو تعدى منهما وهو سبب معتاد في الناس فقد يقصد المرء الاضرار بغيره في نفسه أو ماله بالشهادة الباطلة عند عجزه عن تحصيل مقصوده بالمباشرة والتسبب بهذه الصفة موجب ضمان الدية كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق إلا أن ضمان الدية في مالهما لأن وجوبه بقولهما وهو اقراهما على أنفسهما عند الرجوع وقولهما ليس بحجة على العاقلة وإذا كان ضامنين للدية إذا رجعا كان أحدهما ضامنا لنصف الدية إذا رجعا لأن بشهادة كل واحد منهما يقوم بنصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف أيضا فيجب على الراجح من الضمان بقدر ما انعدمت الحجة فيه وذلك النصف وكذلك لو شهد بمال فقضى القاضى به ثم رجعا أحدهما فعليه نصف المال فإن رجعا جميعا فعليهما المالك كله وهذا بخلاف ماذا رجعا قبل قضاء القاضى حتى امتنع القاضى من القضاء للمشهود له لأنهما لم يتلغا عليه شيئا مستحقا له فالشهادة قبل القضاء لا توجب شيئا للمشهود له فاما بعد القضاء فقد اتلغا على المشهود عليه ما كان مستحقا له من المال فيضمنان له ذلك وعن الشعبي رحمه الله أن رجلين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وفرق القاضى بينهما ثم تزوجها أحد الشاهدين ثم رجعا عن شهادته فلم يفرق بينهما الشعبي وبه كان يأخذ أبو حنيفة رحمه الله وكان يقول فرقة القاضى جائزة ظاهرا وباطنا ولا يرد القاضى المرأة إلى زوجها برجع الشاهدين ولا يفرق بينهما وبين الزوج الثاني إن كان هو الشاهد وقال محمد رحمه الله لا يصدق الشاهد على إبطال شهادته الأولى ولكنه يصدق على نفسه فيفرق بينه وبينها إن كان هو تزوجها وإلى هذا رجعا أبو يوسف رحمه الله وأصل المسألة أن قضاء القاضى بالمعقود والفسوخ والنكاح والطلاق والعتاق بشهادة الزور تنفذ ظاهرا وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول رحمهما الله وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعي رحمهم الله ينفذ قضاؤه ظاهرا وباطنا حتى إذا ادعى نكاح امرأة وأقام شاهدي زور فقضى القاضى له بالنكاح وسعه أن يطأها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأول رحمهما الله ولا يحل له ذلك في قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد والشافعي رحمهم الله وحجتهم في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام فقد نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجا بحكم الحاكم فهو تنصيص على أنه وإن قضى القاضى له بالشراء

[181]

بشهادة الزور لا يحل له تناوله ويكون ذلك منه أكلا باطلا وقال النبي صلى الله عليه وسلم انكم تختصمون إلى ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فانما أقضى له بقطعة من نار والمعنى فيه أن قضاءه اعتمد سببا باطلا فلا ينفذ باطنا كما إذا قضى بشهادة العبيد أو الكفار أو المحدودين في القذف وبيان الوصف أن قضاءه اعتمد شهادة الزور وهو سبب باطل فانه كبير وحجة القضاء مشروعة والكبيرة ضدها وإذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء فحقيقة الكذب أولى ولأن ما قضى به لا يكون له فيكون قضاؤه باطلا كما لو قضى بنكاح منكوبة الغير لأنسان بشهادة الزور وبيان الوصف انه أظهر بقضائه نكاحا كان قد تقدم وإذا لم يكن بينهما نكاح فلا يتصور اظهاره بالقضاء عرفنا أنه قضى بما لا يكون له ولا يجوز أن يجعل قضاؤه إن شاء لأن ولاية

الانشاء لم تثبت له فان سبب ولايته دعوى المدعى وشهادة شهوده وهو
انما ادعى عقدا سابقا وبذلك شهد شهوده فلا يتمكن القاضى من القضاء
بما لم يدعه المدعى ولا يشهد به الشهود ولان القاضى لم يقصد ان شاء
العقد بينهما وانما ينفذ قضاءه على الوجه الذي قصده (ألا ترى) أن قضاءه
في الاملاك المرسله لا ينفذ باطنا لهذا المعنى ولا يجعل ذلك انشاء تملك
منه وبه فارق قضاء القاضى بالفرقة بين المتلاعنين وبيعة التركة في
الدين الثابت بشهادة الزور لانه قصد الانشاء هنا وما ظهر عنده من الحجة
يصلح للانشاء أيضا وكذلك في المجتهديات تثبت له ولاية الانشاء بما لاح
عنده من الدليل وقضاؤه ان شاء أيضا بطريق القصد منه إلى ذلك فاما هنا
انما قصد الامضاء فلا يمكن أن يجعل منشئا (ألا ترى) ان رجلا وامرأة لو أقرا
بالنكاح وهما يعلمان أنه لانكاح بينهما لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا
الاقرار وهما يملكان الانشاء ولكنهما بالاقرار أظهر عقدا قد كان بينهما
فلا يجعل ذلك انشاء منهما ولان المدعى متيقن بما لو تبين القاضى به
امتنع من القضاء فلا ينفذ قضاؤه في حقه وان كان القاضى معذورا لخفاء
هذه الحقيقة عليه كما لو كانت امرأة مجوسية أو مرتدة أو منكوحة الغير أو
أخته من الرضاغة والدليل على أن قضاءه ليس بانشاء أنه لا يستدعى
شرائط الانشاء من الشهود والمهر والولى وأبو حنيفة رحمه الله احتج بما
روى أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه وأقام
شاهدين فقضى علي رضي الله عنه بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم
يكن بدا يا أمير المؤمنين فزوجني منه فانه لانكاح بيننا فقال علي رضي
الله عنه شاهداك

[182]

زواجك فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بل يعقد النكاح بينهما فلم يجبها
إلى ذلك ولا يقال انما يجبها إلى ذلك لان الزوج لم يرض بذلك لانا نقول
ليس كذلك بل الزوج راض لانه يدعى النكاح والمرأة رضيت أيضا حيث قالت
فزوجني منه وكان يتيسر عليه ذلك فقد كان الزوج راغبا فيها ثم لم
يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه فقال شاهداك زواجك أي
الزمانى القضاء بالنكاح بينكما فثبت النكاح بقضاء وما نقل عنه في هذا
الباب كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا طريق إلى
معرفة ذلك حقيقة بالرأى ويتبين بهذا ان ما استدلوا به من الآية والحديث
في الاملاك المرسله وبه يقول والمعنى فيه أنه قضى بأمر الله تعالى فيما
له فيه ولاية الانشاء وقضاؤه بأمر الله تعالى يكون نافذا حقيقة لاستحالة
القول بأن يأمر الله تعالى بالقضاء ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه وبيان
الوصف انه لما تفحص عن أحوال الشهود وزكوا عنده سرا وعلانية وجب
عليه القضاء بشهادتهم حتى لو امتنع من ذلك ياثم ويخرج ويعزل ويعذر
فعرفنا أنه صار مأمورا بالقضاء وهذا لانه لا طريق له إلى معرفة حقيقة
الصدق والكذب من الشهادة لان الله تعالى لم يجعل لنا طريقا إلى معرفة
حقيقة الصدق من خبر من هو غير معصوم عن الكذب ولا يتوجه عليه شرعا
لوقوف على مالا طريق له إلى معرفته لان التكليف بحسب الوسع والذي
في وسعه التعرف عن أحوال الشهود فان استقصى ذلك غاية الاستقصاء
فقد أتى بما في وسعه وصار مأمورا بالقضاء لان ما وراء هذا ساقط عنه
باعتبار أنه ليس في وسعه ثم انما يتوجه عليه الامر بحسب الامكان
والمأمور به أن يجعلها بقضائه زوجته فلذلك طريقان اظهرا نكاح ان كان
وان شاء عقد بينهما فإذا لم يسبق منهما عقد تعذر اظهاره بالقضاء
فيتعين الانشاء إذا ليس هنا طريق آخر فيثبت له ولاية الانشاء بهذا النوع

من الدليل الشرعي ويجعل انشاءه كانشاء الخصمين فيثبت الحل به بينهما حقيقة بل قضاؤه أولى وأقوى من انشاء الخصمين عن اتفاق (ألا ترى) أن في المجتهدين صفة اللزوم يثبت بانشاء القاضى ولا يثبت بانشاء الخصمين فعرفنا أن قضاؤه أقوى من انشاء الخصمين وشرط صحة الانشاء الشهادة والمحل القابل له ولاشك أن المحل شرط حتى إذا كانت المرأة منكوبة الغير أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحل فكذلك الشهادة شرطه إلا أن مجلس القضاء لا يخلو عن شاهدين فلهذا لم يذكر الشهادة فاما الولي ليس بشرط عندنا ولا حاجة إلى ذكر المهر ويجب هذا التحقيق حكمه بالغة وهو أن لا يجتمع رجلان على امرأة واحدة أحدهما

[183]

بنكاح ظاهر له والآخر بنكاح باطن له ففي ذلك من القبح ما لا يخفى والدين مصون عن مثل هذا القبح ولا يكون القاضى بقضائه ممكنا من الزنا ففيه من الفساد ما لا يخفى وإذا كان يثبت له ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين وبين امرأته لنفيها به عن الزنا ويثبت له ولاية تزويج الصغير والصغيرة لمعنى النظر لهما فلان يثبت له ولاية انعقاد العقد هنا لنفيها به عن الزنا ويصون قضاؤه به عن التمكين من الزنا أولى وكذلك يثبت له ولاية انشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب أحدهما كما قال صلى الله عليه وسلم الله يعلم أن أحكما لكاذب فكذلك يثبت له ولاية الانشاء مع كذب الشهود لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعا وأمر القبله على هذا فانه لما توجه عليه الأمر بالصلاة إلى جهة القبله وأتى بما في وسعه في طلب القبله يثبت له ولاية نسب القبله حتى أن الجهة التى أدى إليها اجتهاده تنتصب قبله في حقه فتجوز صلاته إليها وإن تبين له الخطأ بعد ذلك وبهذا يتبين فساد ما قالوا أن المدعى عالم بما لو علمه القاضى امتنع من القضاء ففي اللعان الكاذب منهما عالم بما لو علمه القاضى امتنع من التفريق ومع ذلك نفذ القضاء في حقه لتوجه الأمر على القاضى وتوجه الأمر بالانقياد واتباع أمر القاضى في حق الناس وهذا بخلاف ما إذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في قذف فإن هذه أسباب يمكن الوقوف عليها عند الاستقصاء ولكن ربما يلحقه الحرج في ذلك فللحرج تعذر بترك الاستقصاء ولكن لم يسقط الخطاب بأصابتها حقيقة فلا يتوجه الأمر بالقضاء بدونها حقيقة فاما حقيقة الصديق فلا طريق إلى الوقوف عليه والأمر بالقضاء يتوجه بدونه وهو بمنزلة ماله أو ترضاً بماء أو صلى في ثوب لم يتبين أنه كان نجسا فانه يلزمه الاعادة لهذا المعنى أو هو بمنزلة ماله قضى باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه فاما الاملاك المرسله فليس للقاضى هناك ولاية الانشاء لان تملك المال من الغير بغير سبب ليس فيه ولاية القاضى ولا لصاحب المال أيضا وفي أسباب تملك المال كثرة فلا يمكن تعيين شئ منها فعرفنا انه ليس له في ذلك الموضع إلا ولاية اظهار الملك فإذا لم يكن هناك ملك سابق فلا تصور لاطهاره بالقضاء والتكليف بحسب الوسع فبهذا تبين انه لم يكن مأمورا بالقضاء باطنا فاما هنا له ولاية الانشاء وطريقه متعين من الوجه الذي قلنا فباعترار * يصير مأمورا بالقضاء بالنكاح بينهما حقيقة * يوضحه ان هناك القاضى لا يقول للمدعى ملكتك هذا المال وانما يقصر يد المدعى عليه عن المال ويأمره بالتسليم إليه ليأخذه على أنه ملكه كما يدعيه وقضاؤه بهذا نافذ فاما هنا نقول قضيت

بالنكاح بينكما وجعلتها زوجة لك فينبغي ان يثبت النكاح بينهما بقضائه إذا عرفنا هذا فنقول إذا ادعت المرأة ان زوجها طلقها ثلاثا وأقامت على ذلك شاهدي زور فقضى القاضي بالفرقة بينهما فتزوجها أحد الشاهدين بعد انقضاء العدة فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يحل للثاني أن يطأها ولا يحل للاول ذلك لان الفرقة وقعت بينهما وبين الاول حقيقة وصح النكاح بينهما وبين الثاني بعد انقضاء العدة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس للاول ان يطأها لقضاء القاضي بالفرقة بينهما وكيف يطؤها ولو فعل ذلك كان زانيا عند القاضي وعند الناس فلا يجوز للمرء أن يعرض نفسه لهذه التهمة ولا يحل للثاني ان يطأها لانه يعلم أنها منكوبة الغير وانه كان كاذبا فيما يشهد به من الطلاق وذلك كان كبيرة منه فلا يحل له ما كان حراما عليه وقال محمد رحمه الله ليس للثاني ان يطأها لهذا ويحل للاول ان يطأها ما لم يدخل بها الثاني فإذا دخل بها الثاني لا يحل للاول ان يطأها بعد ذلك لوجوب العدة عليها من الثاني بالوطئ بالشبهة والمنكوبة إذا وجبت عليها العدة من غير الزوج حرم على الزوج وطؤها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب عليها العدة من الثاني لانهما زانيان في هذا الوطئ يعلمان حقيقة الامر فهو يقول يطؤها الاول سرا بنكاح باطن له والثاني علانية بنكاح ظاهر له وهذا قبيح فانه يودى إلى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك الا أنهم يقولون معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ونحن ننهي كل واحد عن مثل هذا التلبس وهو نظير ما يقولون فيما إذا كان ادعى جارية في يد رجل أنها له وقضى القاضي له بشهادة شاهدي زور فانها في الباطن مملوكة للاول يطؤها سرا وفي الظاهر مملوكة للثاني يطؤها علانية وهذا القبح يتقرر فيه ولكن معنى الصيانة عن هذا القبح يحصل بالنهي ثم التمكن من هذا الظاهر بتلبس والناس أطور وقليل منهم الشكور وما ذهب إليه أبو يوسف فيه نوع ضرر أيضا فان المرأة تبقى معلقة لأذات بعل ولا مطلقة إذ هي لا يحل للاول ولا للثاني وليس لها أن تتزوج بزواج آخر ولدفع هذا الضرر أمر الشرع بالتفريق بين العين وامرأته فعرفنا أن الوجه بطريق الفقه ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله واتباع فيه عليا رضي الله عنه وان قضاء القاضي ينفذ وأنها تحل بالنكاح للثاني رجل ادعى على رجل أنه باع منه جاريته هذه بالف درهم والمشتري يجحد ذلك فاقا عليه شاهدين فالزمه القاضي البيع والمشتري يعلم أنه لم يشتريها منه ثم رجعا عن شهادتهما لم يصدقا على نقض البيع لان شهادتهما ما تأدت بحكم الحاكم وتناقض كلامهما

في الرجوع ولا ضمان عليهما لانهما أتلغا على المشتري الثمن بعوض يعدله وهو الجارية فان ماليتها مثل مالية الثمن والاتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المتلف لان وجوب الضمان للجبران والنقصان هنا منجبر بعوض يعدله المشتري في حل من وطئها في قول أبي حنيفة رحمه الله لان القاضي له ولاية الانشاء في البيوع فانه يبيع التركة في الدين ويبيع مال اليتيم والغائب لمعنى النظر فيكون قضاؤه كانشاء البيع لمعنى النظر للخصمين في ذلك وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله لا يحل له أن يطأها لان قضاءه امضاء لبيع كان فإذا لم يكن بينهما بيع كان باطلا في

الباطن. وإذا شهد شاهدان على رجل انه قذف امرأته بالزنا والرجل يعلم أنهما شهدا بباطل فأمره القاضي بأن يلتعن هو وامرأته وفرق بينهما لم يسع للزوج أن يطأها ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك أما عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر وعندهما لأن للقاضي هنا انشاء التفريق بينهما فينفذ قضاءه على الوجه الذي قصده وقد بينا نظيره في بيع التركة في دين ثبت بشهادة الزور قال (ألا ترى) أن الزوج لو قذفها وهو يعلم أنه كاذب فكره أن يكذب نفسه فلا عن القاضي بينهما وفرق لم يسع الزوج أن يطأها وإن كان يعلم أنها لم تزن ولو تزوجت بعد انقضاء العدة وسعها ذلك وإن كانت تعلم أن الزوج كاذب فيما رماها به لما أن للقاضي انشاء التفريق وهو قضاء منه في موضعه لولاية التفريق له بسبب اللعان عند اشتباه الحال حتى إذا كان الحال معلوما لا يفرق بينهما فالاشتباه لا يؤثر في المنع من نفوذ قضائه على الوجه الذي قصده في اللعان وأبو حنيفة رحمه الله يقول في هذا كله بعد قضائه لأنه مأمور باتباع الظاهر وما سوى ذلك مما لا طريق له إلى معرفته ساقط عنه (ألا ترى) أنه لو خلا بامرأته ولم يدخل بها ثم طلقها وأقرت هي بذلك أن لها المهر كاملا يسعها أن تأخذه وإن كانت قد علمت أن الزوج لم يقربها ولكن لما سقط عنها ما ليس في وسعها وأتت بما عليها من التسليم تقرر حقها في المهر ولزمها العقد فلا يسعها أن تتزوج قبل انقضاء عدتها ولا يسع الزوج أن يتزوج أختها في عدتها فيه يتضح مما سبق من فصول اللعان والشهادة. وكذلك لو قذف امرأته بالزنا وهو صادق فجحدته المرأة ولا عن القاضي بينهما وفرق وانقضت عدتها فهي في سعة من أن تتزوج غيره وله أن يتزوج أختها وإن كانا يعلمان من زناها مالو علمه القاضي لم يفرق بينهما. وإذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق أمته هذه فجاز القاضي ذلك واعتقها وتزوجت ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمتها للمولى

[186]

لأن ملك المولى فيها كان مالا متقوما وقد أبطلا ذلك بشهادتهما فإذا رجعوا بالرجوع أنهما أتلغاه بغير حق صدقا على انفسهما وضمنا قيمتها للمولى ولم يسع المولى وطؤها لأنها عتقت بحكم الحاكم ومن ضرورة سلامة الضمان للمولى ان لا تبقى هي على ملكه وبدون ملك الرقبة لا يثبت له عليها ملك الحل بغير سبب. ولو أن صبيا وصبية سببا وكبرا وعتقا وتزوج احدهما الاخرى ثم جاء حربى مسلما واقام بينة أنهما ولداه فقضى القاضي بذلك وفرق بينهما ثم رجعا عن شهادتهما لم يقبل رجوعهما ولا يسع الزوج أن يطأها وإن علم أنهما شهدا بزور وكيف يطؤها وقد جعلها القاضي أخته ولم يضمن الشاهدان شيئا عندنا وعند الشافعي رحمه الله يضمنان له مهر مثلها وهذا بناء على أصل نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى وهو ان البضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم عندنا فلم يتلغا عليه مالا متقوما بشهادتهما وعند الشافعي رحمه الله يتقوم بمهر المثل عند خروجه من ملكه كما يتقوم عند دخوله في ملكه. ولو كانت صبوية في يدي رجل يزعم انها أمته فيشهد شاهدان أنه أقر انها ابنته فقضى بذلك القاضي لم يسع المولى ان يطأها وإن علم أنهما شهدا زور لأن القاضي حكم بانها ابنته فإن رجعا ضمنا قيمتها لانهما أقرتا بالرجوع أنهما أتلغا عليه مالا متقوما بشهادتهما وهو ملكه في رقبتهما ولو ماتت وتركت ميراثا وسعه أن يأكل ميراثها. وكذلك لو مات الأب كانت في سعة من أكل ميراثه أما في جانبها فهو واضح لأنه لا علم لها بحقيقة الامر فحالة العلوق غيب عنها وفي مثله عليها اتباع قضاء القاضي فيسعها أن تأكل ميراثه وأما في جانبها

فهو مشكل لان الميراث والنسب مما ليس للقاضي فيه ولاية الانشاء وهو يعلم أنها ليست بابنته حقيقة فينبغي ان لا يسعه أن يأكل ميراثها حتى قيل تأويله أنه يأكل ميراثها بسبب الولاء لان القاضي قضى بالعتق وله فيه ولاية الانشاء فيثبت الولاء له والاصح أن يقال لما كان للقاضي ولاية الانشاء في قطع النسب باللعان فكذلك له ولاية الانشاء في القضاء بالنسب إذا صادف محله فقد صادف محله وهنا فانه ليس لها نسب معروف فلماذا يسعه أن يأكل ميراثها ولو شهدا على مال فقضى به القاضي فقبضه أو لم يقبضه ثم رجعا ضمنا المال إذا أخذه المقضى له من المقضى عليه وقبل الاخذ لا يضمنها المقضى عليه شيئا لان تحقق النقصان عند تسليم المال إلى المقضى له فاما ما بقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل وهما أتلفا عليه دينا حين الزماه ذلك بشهادتهما فلو ضمنها عينا قبل الاداء كان قد استوفى منهما عينا مماثلة الدين ولا مماثلة بين العين والدين وفي الاعيان يثبت الملك للمقضى

[187]

له بقضاء القاضي ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لان الملك في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي وكذلك هذا في العقار فان بالشهادة الباطلة يضمن العقار كالمنقول لان فيها اتلاف الملك واليد على المقضى عليه والعقار يضمن بمثل هذا السبب فان اتلاف الملك يتحقق فيها بخلاف الغصب على قول من يقول العقار لا يضمن بالغصب ولو شهد ثلاثة نفر على رجل بمال وقضى به القاضي ثم رجع أحدهم لم يضمن شيئا لان الاصل في ضمان الرجوع انه يعتبر بقاء من بقى على الشهادة لا رجوع من رجع وقد بقى على الشهادة حجة تامة فلا يضمن الراجع شيئا وهذا لان الراجع وان زعم أنه متلف بشهادته عليه فما أتلفه يستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع على المتلف بالضمان كمن مال انسان أو أتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه إذا لم يضمنه المستحق شيئا. ولو رجع اثنان منهم ضمنا نصف المال لانه لقي على الشهادة لم يثبت نصف المال بشهادته وانما انعدمت الحجة في النصف خاصة فيضمن الراجحان ذلك. ولو شهد رجل وامرأتان ثم رجعت امرأة فعليها ربع المال لان الثابت بشهادتها ربع المال ولانه قد بقى على الشهادة من يثبت بشهادته ثلاثة أرباع المال فعلى الراجع ربع المال وان رجعت المرأتان فعليهما النصف وان رجع الرجل وحده فعليه نصف المال وان رجع رجل وامرأة فعليهما ثلاثة أرباع المال على الرجل النصف وعلى المرأة الربع وان رجعوا جميعا فعلى الرجل نصف المال وعلى المرأتين النصف لان الثابت بشهادة الرجل مثل ما ثبت بشهادة المرأتين فقد قامت في الشهادة مقام رجل واحد كما قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل. فان شهد رجل وعشر نسوة فقضى القاضي ثم رجعوا جميعا فعلى الرجل سدس المال وعلى النساء خمسة أسداس المال في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل النصف وعلى النساء النصف لان النساء وان كثرن في الشهادة لا يضمن الا مقام رجل واحد (ألا ترى) أن الحجة لا تتم ما لم يشهد معهم رجل فكان الثابت بشهادته نصف المال وبشهادتهن نصف المال * يوضحه أن الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة ولهذا لا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم

بكثرة النساء وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف
الآخر يثبت بشهادة النساء فعليهن ضمانه عند الرجوع وأبو حنيفة رحمه
الله يقول كل

[188]

امراتين في الشهادة يقومان مقام الرجل الواحد فعشر نسوة بخمسة من
الرجال وهذه المسألة بمنزلة مآلو شهد ستة من الرجال ثم رجعوا فيكون
الضمان عليهم أسداساً ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة كحكم
الميراث وفي الميراث عند كثرة البنات مع الابن يجعل كل اثنتين كإبن
واحد ولم يجعل حالة الاختلاط كحالة انفراد البنات فعند الانفراد لا يزداد لهن
على الثلاثين ثم عند الاختلاط يجعل كل اثنتين كإبن فكذلك في الشهادة
وهذا لأن النقصان على أدنى العدد في الشهادة يمنع القضاء فاما الزيادة
على النصاب معتبر في أن القضاء يكون بشهادة الكل فبكثرة النساء عند
وجود الرجل يزداد النصاب ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين
كرجل واحد فعند الرجوع كذلك يقضى بالضمان ولو رجع ثمان نسوة لم
يكن عليهم شيء لأنه قد بقي على الشهادة من يثبت الاستحقاق بشهادته
وهو رجل وامرأتان فإن رجعت امرأة بعد ذلك كان عليها وعلى الثمان ربع
المال لأن الحجة إنما بقيت في ثلاثة أرباع الحق فيجب الضمان بقدر ما
انعدمت الحجة فيه وليس البعض بأولى من البعض في وجوب ذلك عليه
فلهذا ضمن التسع ربع المال عليهن بالسوية وإن رجعت العاشرة فعليها
وعلى التسع نصف المال أما عندهما ظاهر لأن الثابت بشهادتهن نصف
المال وعند أبي حنيفة رحمه الله لأنه بقي على الشهادة من يثبت نصف
المال بشهادته بمنزلة مآلو شهد ستة من الرجال ثم رجع خمسة ولو شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا كان الضمان على الرجلين دون المرأة لأن
المرأة الواحدة لا تكون شاهدة فإن المرأتين شاهد واحد فالمرأة الواحدة
شطر العلة في كونها شاهداً وبشطر العلة لا يثبت شيء من الحكم فكان
القضاء بشهادة رجلين دون المرأة فلا يضمن عند الرجوع شيئاً. ولو شهد
رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل نصف المال لأن الحجة
بقيت في نصف المال فقد بقي امرأتان على الشهادة ثم هذا النصف عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله على الرجل خاصة لما بينا أن عندهما نصف
المال متعين في أنه ثابت بشهادة الرجل ونصف ثابت بشهادة النساء وقد
بقي من النساء على الشهادة من يثبت نصف المال بشهادته فعرفنا أن
الحجة انعدمت في النصف الذي هو ثابت بشهادة الرجل خاصة فيكون
الضمان عليه دون المرأة وينبغي في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن
يكون النصف أثلاثاً على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل فكل
امرأة منهن إذا ضمتها إلى الأخرى كانتا شاهداً فلا يكون القضاء محالاً به
على شهادة البعض دون البعض

[189]

وقد بقيت الحجة في نصف الحق فيجب ضمان نصف الحق على الراجعين
أثلاثاً لأن الثابت بشهادة الرجل ضعف ما يثبت بشهادة المرأة ولو رجعوا
جميعاً كان على الرجل النصف وعلى النسوة النصف في قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رحمه الله على الرجل خمسا المال وعلى النسوة ثلاثة أخماسه كما ذكرنا في الفصل الاول. وإذا شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا فالضمان اثنان لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة بالمال ثم رجعوا وإذا شهد شاهدان بمال قضى به القاضى ثم ادعى المشهود عليه أنهما رجعا وأراد يمينها فلا يمين عليهما في ذلك ولا تقبل عليهما به بينة لانه ادعى عليهما رجوعا باطلا لما بينا أن الرجوع فسخ للشهادة فيختص بمجلس الحكم كالشهادة فلما ان شهادتهما في غير مجلس القاضى باطلة فكذلك رجوعهما والحدود والقصاص في هذا كالأموال. وإذا رجعا عن شهادتهما وأشهدا بالمال على أنفسهما من قبل الرجوع ثم جحد ذلك فشهدت عليهما شهود بالمال عليهما قبل الرجوع والضمان لم يقبل ذلك لان الرجوع في غير مجلس القضاء باطل فانما أشهدا على أنفسهما بالمال بسبب باطل وذلك لا يلزمهما شيء وكذلك لو شهدوا على زنا واحصان فرجمه القاضى بذلك ثم أشهد الشهود عليهم بالرجوع لم يكن عليهم بالرجوع حد ولا ضمان لانهم بالرجوع ما صاروا قاذفين له ولكن الشهادة تنفسخ بالرجوع فيصير كلام الشاهدين قدفا عند ذلك وفسخ الشهادة بالرجوع مختص بمجلس الحكم (قال) ولو أوجبت عليهما الحد لا وجبت عليهما الضمان وقد بينا أنهم لا يضمنون بالرجوع في غير مجلس الحكم فلا يجدون أيضا وإذا لم يقض القاضى بشهادة شاهدين حتى رجعا عنها لم يقض بها لان القضاء يستدعى قيام الحجة عنده ولم تبق الحجة حين رجعا ولان شهادتهما تتأكد بالقضاء فبالرجوع قبل التأكد يبطل بحيث لا يبقى له أثر ولا ضمان عليهما لانهما لم يتلغا شيئا على أحد أما المشهود عليه فقد بقي المال على ملكه وأما المشهود له فلم يثبت له استحقاق قبل القضاء. ولو اشترى رجل دارا بألف درهم وهى قيمتها ونقده الثمن فشهد شاهدان أن هذا الرجل شفعها وان هذه الدار التى هي في يديه ملزقة بداره فقضى القاضى له بالشفعة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما أتلفا على المشتري ملكه فليها يعوض يعد له وهو الثمن الذي أخذه من الشفع فان كان المشتري قد بنا فيها بناء فأمره القاضى بنقصه ضمن الشاهدان له قيمة بنائه لانه كان مستحقا لقرار البناء بملكه الدار وقد شهد أن الشفع أحق بملكها منه فكانا متلفين للبناء عليه فيضمنان له قيمة البناء مبنيا ويكون النقص لهما بالضمان بمنزلة ما لم

[190]

هدماه بأيديهما وإذا رجع الشاهدان عن شهادة شهدا بها عند غير القاضى الذي شهدا عنده فانه يقضى عليهما بالضمان لان شرط صحة الرجوع مجلس القاضى لا مجلس ذلك القاضى الذي شهدا عنده فرجوعهما في مجلس القاضى الاخر كرجوعهم في مجلس القاضى الذي شهدا عنده أرايت لو مات الاول أو عزل فرجع في مجلس القاضى الذي قام مقامه أليس يقضى عليهما بالضمان فكذلك إذا رجعا في مجلس القاضى الاخر فان قضى بذلك عليهما فلم يؤدبا حتى تخاصمها إلى القاضى الذي شهدا عنده أول مرة وجحد الرجوع فقامت عليهما البينة بالرجوع وبقضاء القاضى عليهما بالضمان فانه ينفذ ذلك عليهما ويضمنها المال لان المدعى أثبت المال عليهما بالحجة بسبب صحيح فيضمنهما المال به وكذلك لو رجعا عند القاضى الذي شهدا عنده فيضمنهما ذلك ثم اختصموا إلى غيره وكذلك لو شهد عليهما شاهدان باقرارهما انهما رجعا عند قاضى من القضاة وانه ضمنهما ذلك فالثابت من اقرارهما بالبينة كالثابت بالمعينة

ولو سمع القاضى اقرارهما بذلك ضمنهما المال فكذلك إذا اثبت المدعى ذلك بالحجة ولو رجع عند غير قاض وضمنهما المال وكتابه على أنفسهما صكا وبسبب المال إلى الوجه الذي هو له منه ثم جدا ذلك عند القاضى لم يقض بذلك عليهما لانهما كتاب على أنفسهما الصك بمال بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضى وكذلك لو أقر بذلك ضمنهما المال فكذلك إذا اثبت المدعى ذلك بالحجة ولو رجع عند غير قاض وضمنهما المال على الوجه الذي هو له منه ثم جدا ذلك عند القاضى لم يقض بذلك عليهما لانهما كتبا على أنفسهما الصك بسبب باطل وهو رجوعهما عند غير القاضى وكذلك لو أقر بذلك عند صاحب الشرط أو عامل كورة ليس القضاء إليه لان الرجوع معتبر بالشهادة فكما أن الشهادة عند هؤلاء كالشهادة عند غيرهم من الرعايا فكذلك الرجوع. وإذا شهدا على رجل انه باع عبده هذا من فلان بالف درهم والبائع يجحد والمشتري يدعى ثم رجعا عن الشهادة فان كانت قيمة العبد الف درهم أو أقل فلا ضمان على الشاهدين لانهما أدخلتا في ملك البائع ما يعدل ما أخرجاه عن ملكه أو يزيد عليه وهو الثمن الذي استوفاه من المشتري وان كانت قيمة العبد أكثر من ألف ضمنا الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض يعد له والبعض معتبر بالكل وكذلك كل بيع أو صرف شهدا به وان آخر المقضى عليه الضمان عنهما جاز لان هذا تأجيل دين واجب في الذمة وهو وسائر الديون سواء ثم إذا أجل رب الدين للمدين صح هذا التأجيل فكذا هنا ولان الواجب عليهما

[191]

ليس ببذل الصرف وانما هو بدل الغصب أو مال مستهلك وقد تقدم بيان صحة التأجيل به وإذا كان لرجل على رجل دين فشهد شاهدان أنه وهبه أو تصدق به عليه أو أبراه منه أو حله أو أوفاه ثم رجع ضمنا المال لانهما أتلفا عليه المال بشهادتهما فان (قيل) قد أتلفا عليه الدين فكيف يضمنان له العين (قلنا) قد أتلفا عليه ديننا يتعين بالقبض فيضمنان له مثل ذلك ديننا في ذمتهم يتعين بالقبض منهما. وان شهدا أنه أجله سنة فقضى بذلك ثم رجع قبل الحل أو بعده ضمنا المال للطالب لانهما فوتا عليه حق القبض بالشهادة بالتأجيل إلى انقضاء الاجل وذلك موجب للضمان عليهما وهذا لان التأجيل في الحكم كالإبراء (ألا ترى) أن المريض إذا أجل في دين له يعتبر خروجه من الثلث كما لو أبرأ ثم هذا يتضح في رجوعهما قبل حل الاجل وكذلك لو رجع بعد حل الاجل لان الضمان عليهما عند الرجوع بالشهادة لا بالرجوع فالإتلاف بالشهادة يحصل وإذا صار ضامنين بها لا يسقط الضمان عنهما بحلول الاجل كالوكيل بالبيع بثمن حال إذا باع ثمن حال ثم أجل عن المشتري كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده لهذا المعنى ولان الضامن كان ضامنا للموكل قبل حلول الاجل وبعده ولان الضمان انما وجب عليهما بسبب الإتلاف لما بينا أنهما بشهادتهما فوتا عليه حق القبض وبحلول الاجل لم يتبين أن ذلك لم يكن إتلافا فلهذا كان له حق الرجوع عليهما وكان الخيار له ان شاء أخذ المطلوب وان شاء أخذ الشاهد فإذا أخذ الشاهد كان لهما حق الرجوع به على المطلوب إلى أجله لانهما ملكا ذلك المال بالضمان في ذمة المطلوب ولان الطالب حين ضمنهما فقد أقامهما مقام نفسه في الرجوع على المطلوب فان لوى على المطلوب برئ من الشاهدين لانهما قاما في ذلك مقام الطالب لو اختار الرجوع على المطلوب ولا يكون لهما حق الرجوع على الطالب لانهما قاما مقامه ثم إذا أدى للطالب لا يكون له حق الرجوع على احد فكذلك للذي قام مقامه بخلاف الحوالة فانه إذا نوى المال على المحتال عليه يرجع به على المحيل

لان تحول الحق إلى ذمة المحتال عليه كان بشرط سلامة المال للطالب من المحتال عليه فإذا لم يسلم عاد إلى ذمة المحيل وهنا أصل المال صار للشاهدين بالضمان مطلقا فان خرجا كانا لهما وان نوى كانا عليهما لانهما قاما في ذلك مقام الطالب. ولو شهدا على رجل انه وهب عبده لهذا الرجل وقبضه وقضى القاضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا قيمة العبد لانهما أتلفا ملكه بغير عوض ولا رجوع للمولى في الهبة إذا أخذ القيمة اما لان القيمة عوض له من هبته أو لان يزعم انه ملك العبد من الشاهدين بما أخذ

[192]

منهما من الضمان فلا سبيل له على الموهوب له ولا للشاهدين لان رجوعهما فيما يرجع إلى ابطال قضاء القاضى باطل والقاضى بقضائه جعل العبد هبة للموهوب له من جهة المقضى عليه لامن جهة الشاهدين وليس لغير الواهب حق الرجوع في الهبة ولو لم يضمن المقضى عليه للشاهدين فله الرجوع في العبد بقضاء القاضى لانه هو الواهب للعبد بحكم القاضى وللواهب ان يرجع في الهبة ما لم يصل إليه العوض فان (قيل) فإذا ضمن الشاهدان القيمة ينبغي أن يكون لهما حق الرجوع في الهبة باعتبار أنهما قاما مقام الواهب في ذلك كما في مسألة الدين (قلنا) الدين في الذمة مال وهو يحتمل التملك بعوض ولهذا جاز الاستبدال بالدين مع من عليه الدين فيمكن ان يجعل مملكا ولك من الشاهدين بما استوفي فاما في حق الرجوع في الهبة ليس بمال متحمل للاعتياض فيه فلا يكون مملكا ذلك من الشهود بالرجوع عليهما بالضمان ولا يمكن اثبات حق الرجوع لهما باعتبار أنهما يقومان مقامه لانه بعد ما وصل إليه العوض لا يكون له حق الرجوع في الهبة فلا يكون ذلك لمن قام مقامه أيضا ولو شهدا على عبد في يد رجل انه لهذا الرجل فقضى له به وهو أبيض العين ثم ذهب البياض عنه وازداد خيرا أو مات عند المقضى له ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمته ثم قضى به ولا يلتفت إلى ما كان فيه بعد ذلك من زيادة أو نقصان لان وجوب الضمان عليهما بالاتلاف بسبب الشهادة ففي القضاء بالضمان يعتبر القيمة وقت الشهادة كما في المغصوب والمستهلك والقول قولهما في القيمة لان الضمان يجب عليهما فالقول في مقداره قولهما ولو شهدا على رجل انه وكل هذا الرجل بقبض دينه الذي على فلان وفلان مقرر بالدين فقضى القاضى به للوكيل وقبضه واستهلكه ثم قدم صاحب الدين فانكر الوكالة ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا المال بشهادتهما انما بصناعته ثانيا بقبض المال فيحفظ له والوكيل ضامن لما استهلكه من ذلك لان المال بقضاء القاضى حصل في يده أمانة للموكل وقد تعدى بالاستهلاك وكذلك هذا في قبض كل ودیعة وغلة وميراث وغير ذلك. ولو شهد رجل وامرأتان على ألف درهم ورجل وامرأتان عليهما وعلى مائة دينار فقضى القاضى بذلك ثم رجع رجل وامرأتان عن شهادتهم على الدراهم دون الدنانير لم يضمنوا شيئا لانه قد بقى على الدراهم من تتم الحجة بشهادته ورجوع هؤلاء في حق الدراهم لا يكون رجوعا منهم عن الشهادة في الدنانير فلهذا لا يضمنون شرعا ولو رجعوا جميعا عن الدراهم والدنانير فضمنان الدنانير على الذين شهدوا بها خاصة وضمنان الدراهم جميعا عند أبى حنيفة ارباع على كل امرأتين ربع

وعلى كل رجل ربع وعندهما ثلاث على كل رجل الثلث وعلى النسوة الثلث وان كان رجوع الشهود عن الشهادة في مرض الموت فذلك منهما بمنزلة الاقرار بالدين على أنفسهما في مرضهما فيبدآن بدين الصحة وإذا شهد شاهدان على رجل أنه باع عبده هذا بالف درهم وهو يساوى ألفين على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فقصى القاضى ثم مضت الثلاثة فوجب البيع ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا فضل ما بين القيمة والثلث لانهما أتلفاه بشهادتهما بغير عوض (فان قيل لا كذلك فالبيع بشرط خيار البائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فإذا لم يفعل كان راضيا بهذا البيع فينبغي ان لا يضمن الشاهدان شيئا (قلنا) زوال الملك وان كان يتأخر إلى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا استحق المشتري المبيع بزوائده فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهم والبائع كان منكرا لاصل البيع فمع انكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار لانه إذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويتبين للناس كذبه والعامل يتحرز عن ذلك بجهده فلماذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في اسقاط الضمان عن الشهود ولو أوجب البيع في الثلاثة لم يضمن له الشاهدان شيئا لانه صار مقرا بالبيع مزيلا ملكه باختياره فلا يكون الشاهد متلفا عليه بشهادته. وكذلك لو كان شرط الخيار للمشتري وهو منكر للشراء وفي قيمة العبد نقصان عن الثمن فان سكت المشتري حتى مضت المدة ضمن المشهود له النقصان عند الرجوع وان اختار البيع قبل الثلاثة لم يضمن له شيئا لما بينا في جانب البيع ولو شهدا برهن عبده والراهن مقر بالدين جاحد للرهن فقصى القاضى بالعبد رهنا ثم رجعا فان لم يكن في قيمة العبد فضل على الدين فلا ضمان عليهما لانهما شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ولو شهد على المطلوب بحقيقة ايفاء الدين بمال في يده هو مثل الدين لم يضمن عند الرجوع. فكذلك إذا شهدا بثبوت يد الاستيفاء للمرتهن في ماله وان كان في قيمته فضل على الدين لم يضمن أيضا مادام العبد حيا لانه باق على ملك المطلوب وهو متمكن من أخذه بقضاء الدين وهو مقر بالدين فإذا مات عند المرتهن ضمنا ذلك الفضل لانهما أتلفا الفضل عليه بغير عوض حين أثبتا حق الحبس فيه للمرتهن ولم يسقط شيء من الدين عنه باعتباره ولو كان الراهن هو الذي ادعى الرهن وجد المرتهن ذلك فقصى القاضى بشهادتهما فلا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا على المرتهن شيئا فاحقه في المطالبة بالدين بعد الرهن كما كان من قبل وهو متمكن من رد الرهن لان

عقد الرهن لا يتعلق به اللزوم في جانب المرتهن (فان قيل) فلماذا تقبل البينة عليه بذلك وهي لا تلزم شيئا (قلنا) اثبات السبب بالبينة صحيح وان كان لا يتعلق به اللزوم في الحال كما في البيع بشرط الخيار للبائع أو للمشتري الا ان يكونا شهدا عليه برهن هالك في يده فحينئذ هذا بمنزلة شهادتهما عليه باستيفاء الدين لان الاستيفاء يتم بملك الرهن فيكونان متلفين للمال عليه فيضمنان له ذلك عند الرجوع وإذا عمل المضارب بالمال وربح فادعي انه أخذه مضاربة بالنصف وشهد له شاهدان ورب المال يقول بالثلث واخذ المضارب نصف الربح ورد الباقي ثم رجع الشاهدان ضمنا السدس الذي شهدا به لان القول قول رب المال لولا

شهادتهما فما زاد على الثلث إلى اتمام النصف انما استحقه المضارب على رب المال بشهادتهما وقد أقر بالرجوع أنهما أتلفا ذلك عليه بغير حق ولو كان الربح كله دينا لم يضمن شيئا حتى يقبض فما قبض منه اقتسماه نصفين ويضمن الشاهدان سدسه لرب المال لان وجوب الضمان عليهما بتفويت اليد على نفس المال ولا يتحقق ذلك ما لم يخرج الدين وتصل إلى المضارب حصته فعند ذلك يتم التفويت عليه بسبب شهادتهما ولو شهدا أنه أعطاه الثلث فلا ضمان عليهما في هذا الوجه إذا رجعا لان القول قول رب المال بغير شهود فلم يتلغا على المضارب شيئا بشهادتهما إذ الاستحقاق لم يثبت له بمجرد دعواه النصف بخلاف الاول قرب المال هناك ما يستحق للربح باعتبار أنه ماله فهما أتلفا عليه بشهادتهما ما كان مستحقا له فيضمنان إذا رجعا ولو نوى رأس المال في الوجهين لم يضمن شيئا لأنهما ما شهدا في رأس المال بشيء انما شهادتهما في الربح ولم يظهر الربح ولو شهدا أنهما اشتركا ورأس مالك كل واحد منهما الف درهم على أن الربح بينهما أثلاثا وصاحب الثلث يدعى النصف وقد ربحا قبل الشهادة فقسمة القاضى بينهما أثلاثا ثم رجعا ضمنا لصاحب الثلث ما بين الثلث والنصف في كل ربح كان قبل الشهادة لان كل واحد منهما مستحق لنصف الربح عند تساويهما في رأس المال والقول قول مدعى النصف لولا شهادتهما فما زاد على الثلث إلى النصف أتلفاه بشهادتهما على من أخذ الثلث بغير حق وما ربحا فيما اشتريا بعد الشهادة فلا ضمان عليهما فيه لان كل واحد منهما متمكن من فسخ الشركة بغير رضا صاحبه فاقداهما على التصرف بعد قضاء القاضى بان الربح أثلاث يكون رضا منهما بذلك ورضا المتلف عليه يمنع وجوب الضمان على المتلف بطريق المباشرة فبالشهادة أولى ولو كان في يد رجل مال فشهد شاهدان لرجل أنه شريكه شركة مفاوضة فقضى القاضى له بنصف

[195]

ما في يده ثم رجعا ضمنا ذلك النصف للمشهود عليه لان القول قول المنكر للشركة وهو ذو اليد لولا شهادتهما فانما صار نصف ما في يده مستحقا عليه بشهادتهما وقد أقر أنهما أتلفاه بغير حق ولو شهدا على رجل بوديعة فجددها أو عارية أو بضاعة فضمنه القاضى ذلك رجعا ضمنا له ما غرم من ذلك لأنهما شهدا عليه بدين فالوديعة المجحودة دين على المودع وقد أقر بالرجوع أنهما الزماه بغير حق فيضمنان له ما استوفي منه بذلك السبب. ولو ركب رجل بغير رجل إلى مكة فعطب فقال رب البعير غصيني وقال الراكب استأجرته منك بكذا وأقام عليه شاهدين فأبراه القاضى من الضمان وأنفذ عليه ما وجب من الاجر ثم رجعا عن شهادتهما ضمنا قيمة البعير الا مقدار ما أخذ صاحبه من الاجر لان ركوب بغير الغير موجب للضمان على الراكب لولا شهادتهما لكان ضمان القيمة دينا على الراكب بما ظهر منه فهما بشهادتهما أثبتا له سبب البراءة وقد أقر عند الرجوع أنهما أتلفا ذلك على رب البعير فكانا ضامنين له الا أنهما عوضاه مقدار ما شهدا له من الاجر فيطرح عليهما ذلك ولان صاحب البعير مقر أن الراكب غاصب لا أجر له عليه وأن ما استوفى منه استوفاه بحساب ضمان القيمة وزعمه معتبر في حقه فلا يرجع على الشاهدين الا بالفضل ولو كان البعير أول يوم ركبه يساوى مائتي درهم وآخر يوم عطب فيه يساوى ثلثمائة درهم لزيادة في يده والاجر خمسون فانهما يضمنان مائتين وخمسين درهما بحساب يوم عطب. من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا في قولهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله انما يضمنان بحساب قيمته يوم ركب

وقالوا هذا نظير الحاربة المغصوبة إذا ازدادت في بدنها ثم باعها الغاصب وسلمها إليه فانه كما لم يذكر الخلاف هنا لم يذكر هناك وانما ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في تلك المسألة في النوادر وحكم هذه وحكم تلك سواء والاصح ان هذا قولهم جميعا وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما فيقول ضمان البيع والتسليم ضمان غصب ولهذا لا يضمن به الا ما يضمن بالغصب والغصب بعد الغصب في الاصل لا يتحقق من واحد والزيادة المتصلة لاتفرّد عن الاصل فاما ضمان الركوب إذا عطيت الدابة ضمان اتلاف (ألا ترى) ان الحر يضمن به والاتلاف الحقيقي بعد الغصب يتحقق في الاصل مع الزيادة فكان الراكب ضامنا قيمتها حين عطيت لولا شهادتهما فيضمنان عند الرجوع قيمتها باعتبار تلك الحال. رجل له على رجل ألف درهم وهو مقر بها وفي يد الطالب ثوب يساوي مائة درهم يدعى أنه له فاقام المطلوب شاهدين أنه رهنه اياه بالمال وقضى به ثم هلك الثوب فذهب بمائة

[196]

درهم ثم رجعا ضمنا مائة درهم للطالب لان القول قوله في الثوب انه ملكه باعتبار يده فهما أتلفا عليه ملك الثوب بشهادتهما انه للمطلوب فيضمنان له عند الرجوع (فان قيل) كيف يضمنان ولم يخرج الثوب من يده حتى هلك (قلنا) عين الرهن أمانة في يد المرتهن فيده في ذلك كيد الراهن ثم أثبتا بشهادتهما يد الاستيفاء للمرتهن في مقدار المائة وقد تم ذلك بهلاك الرهن فكأنهما شهدا عليه انه استوفاه مائة ثم رجعا ولو كان ذو اليد مقرا بالثوب للراهن غير أنه يقول هو عندي وديعة وقال الراهن بل هو رهن عندك وأقام شاهدين عليه فقضى به ثم هلك ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانهما لم يتلفا على ذي اليد عين الثوب لانه لا يدعى ملكه لنفسه وقد كان متمكنا من رده على الراهن بعد قضاء القاضى فالرهن لا يكون لازما في جانب المرتهن فيجعل امساكه الثوب بعد قضاء القاضى بانه رهن عنده رضا منه بما شهدا عليه فلا يضمنان له عند الرجوع شيئا بخلاف الاول فقد أتلفا عليه ملكه في الثوب هناك ولو شهد شاهدان على رجل أنه أسلم عشرة دراهم في كر حنطة إلى رجل يجحد ذلك ولم يعترف فقضى القاضى به وأمر بدفع العشرة إليه وأوجب الكر عليه ثم رجعا فلا ضمان عليهما حتى يقبض الكر لانهما الزما المسلم إليه الكر دينا فلو ضمنا له يضمنان العين والعين فوق الدين في المالية وضمن الاتلاف يتقدر بالمثل فإذا قبضه منهما فهما ضامنان لطعام مثله الا عشرة دراهم ينقص من ذلك الكر لان مقدار العشرة حصل الاتلاف فيه بعوض فلا يجب ضمانه عليهما عند الرجوع وما زاد على ذلك أتلفاه بغير عوض فان كان رأس المال مثل الكر لم يضمننا شيئا لانهما عوضاه مثل ما أتلفا عليه والاتلاف بعوض يعدل المتلف ولا يوجب الضمان على المتلف. ولو شهدا على رجل أنه أكرى شق محمل إلى مكة بمائة درهم فقضى له القاضى وحمله وقبض الاجر ثم رجعا عن شهادتهما فلا ضمان عليهما إذا كان المستأجر هو المدعى وان كان الاجر ضعف ذلك لانهما أتلفا المنفعة على رب الابل والمنفعة ليست بمال يضمن بالاستهلاك عندنا ولو أتلفاه مباشرة بان ركبا لم يضمننا فإذا أتلفاه بشهادتهما أولى وان كان ادعاه صاحب الابل وجحده المستأجر ضمنا له مما أدى ما زاد على أجر مثل البعير لانهما أتلفا عليه ما التزمه بشهادتهما من الاجر وعوضاه من ذلك منفعة البعير والمنافع تتقوم بالعقد وتأخذ حكم المالية ولهذا لا يثبت الحيوان دينا في الذمة بمقابلته فلا يضمنان مقدار ما أتلفاه بعوض ويضمنان ما سوى ذلك لانه لولا شهادتهما لكان القول قول الراكب ولم يضمن شيئا فانما لزمه الاجر بشهادتهما ولو أقر عند الرجوع

أنهما أتلفا ذلك بغير حق فيضمنان له مالا يقابله من ذلك عوض يعدله. ولو ادعى رجل على رجل ألف درهم وأقام بما عليه شاهدين وأقام المشهود عليه بالآلاف شاهدين أنه أبرأه منها أو شهدوا أنه أبرأه من كل قليل وكثير يدعى ذلك فعدلوا واجتمعت البيتان عند القاضي فانه لا ينبغي له أن لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لان هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطه مفرغة للذمة فكيف يقضى باشغال الذمة بالمال وقد ظهر عنده ما يفرغ الذمة ثم الابراء في معنى الناسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالمنسوخ بعد ظهور الناسخ لا يجوز فان أخذ بشهادة شهود البراءة فقضى بها ثم رجعوا فان القاضي يكلف المشهود له بالآلاف أنهما أتلفا ذلك بغير حق فيضمنان له مالا يقابله من ذلك عوض يعدله. ولو ادعى رجل على رجل ألف درهم وأقام بما عليه شاهدين وأقام المشهود عليه بالآلاف شاهدين أنه أبرأه منها أو شهدوا أنه أبرأه من كل قليل وكثير يدعى ذلك فعدلوا واجتمعت البيتان عند القاضي فانه لا ينبغي له أن لا يسمع من الشهود الذين شهدوا على المال لان هنا من يشهد على البراءة والبراءة مسقطه مفرغة للذمة فكيف يقضى باشغال الذمة بالمال وقد ظهر عنده ما يفرغ الذمة ثم الابراء في معنى الناسخ بحكم وجوب الدين والقضاء بالمنسوخ بعد ظهور الناسخ لا يجوز فان أخذ بشهادة شهود البراءة فقضى بها ثم رجعوا فان القاضي يكلف المشهود له بالآلاف بالبينه المثبتة ولا يلتفت إلى ما مضى لانه لم يقض بشهادتهم على أصل المال والشهادة التي لم يتصل القضاء بها لا تكون موجبة شيأ فلابد من اعادتهم إذا أراد تضمين شهود البراءة لانهم يضمنون باتلافهم عليه ما كان مستحقا له وانما ثبت هذا الاستحقاق باعادة البينة وان أعادهم فخصمهم في ذلك شهود البراءة الذين رجعوا لانه يدعي عليهم الضمان فهم خصماؤه في ذلك ولا يتمكن من أن يلزم المدين شيأ بهذه الشهادة لان رجوع شهود البراءة بعد قضاء القاضي بشهادتهم لا يكون معتبرا في حقه فلهذا لا تقوم شهود البراءة مقام المدين في اعادة هذه البينة عليهم فان شهد الشهود على الآلاف أنها على المدعى عليه في الاصل فقضى بها على شهود البراءة لانه يتحقق اتلافهم ذلك المال على الطالب بشهادتهم عليه بالبراءة فيضمنان له ولا يرجعان بها على المشهود له بالبراءة لانهما يضمنان عند الرجوع ورجوعهما ليس بحجة في حق المشهود له بالبراءة وقال وانما يأمر القاضي مدعى المال باعادة شهوده بعد رجوع شاهدي البراءة بمحض منهما لان المال انما وجب عليهما ساعة رجعا وهو مال حادث وجب عليهما فلا يجبرا بشهادة الشهود الذين شهدوا به قبل وجوب المال عليهما لانهما كأنهما غصبا المال ساعة يقضى القاضي له ورجعا والله أعلم (تم الجزء السادس عشر ويليه السابع عشر) (أوله باب الرجوع عن الشهادة في الطلاق والنكاح)