

جَوَالُ الْذَّهَبِ

فِي فَرْوَعِ مَذَهَبِ الْأَمَامِ الشِّافِعِيِّ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

تَأْلِيفُ
الشَّيْخِ الْإِمَامِ أَبِي الْحَمَاسِنِ
عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ أَسْعَادِ التَّرْوِيَانِيِّ
الْمُتَوَفِّ فِي سَنَةِ ٥٠٢ هـ

حَقْقَهُ وَعَلَقَ عَلَيْهِ
الْحَمَدُ لِلَّهِ وَسَبَّابَةُ الدُّرُّشِيِّ

الْجَزْءُ الْحَادِيُّ عَشَرُ

كِتَابُ الْجَوَالِ الْمُذَهَّبِ
لِلشَّيْخِ الْإِمَامِ الشِّافِعِيِّ
بِيَهُوتِ لَيْبَنَتِ

جميع الحقوق محفوظة للناشر
الطبعة الأولى
١٤٢٣ - ٢٠٠٢ هـ

دار إحياء التراث العربي
DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing
للطباعة والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٣ - ٢٧٢٧٨٤ فاكس: ٢٧٢٧٧٣٨٥٦٢٢ - ٨٥٧١٧ ص.ب: ٨٥٦٢٣٧١٧٧٢٧٣٨٥٦٢٢ - ٨٥٦٢٣٧١٧٧٢٧٣٨٥٦٢٢ ص.ب: ٨٥٦٢٣٧١٧٧٢٧٣٨٥٦٢٢

باب من يعتق من مماليكه إذا حنت

مسألة: قال: «وَمَنْ يَعْتَقْ مَا يَمْلِكُ»^(١).

الفصل

يعني إذا قال: رقيقى أحرار، أو مماليكى أحرار، أو إن دخلت الدار فمماليكى أحرار، ودخل الدار، فإن كان عبيد وإماء عتقوا؛ لأن هذا الاسم يتناولهم حقيقة، وإن كان مدبراً أو مدبرة عتقاً أيضاً، لأنهما في حكم العبد القن، ولو باشرهما بالعتق عتقاً، وإن كانت له أم ولد عتقاً أيضاً؛ لأنه لو باشرها بالعتق عتقاً، وكذلك إذا كان له أشخاص من عبيد وإماء يحكم بعتقهم؛ لأنه يملك ذلك ملكاً حقيقة، وإن كان له مكاتب أو مكاتبنة فإن نوى عتقهما عتقاً بالنية، وإن أطلق ولم ينوه فالمنصوص أنهما لا يعتقان؛ لأنه خارج عن ملك سيده في تصرفه فلا يتصرف في رقبته ولا منفعته، ويستحق كل منهما الحقوق على صاحبه فلا يدخل في اسم المماليك. واعلم أن الشافعى علل فقال: «لَأَنَّ الْمُكَاتَبَ خَارِجَ عَنْ مُلْكِهِ بِمَعْنَى دَاخِلٍ». وله تأويلان:

أحدهما: أنه خارج عن ملكه مع براء عقد الكتابة، وداخل في ملكه بتعجيزه نفسه.

والثاني: أنه أراد أنه خارج ببعض أحكام الحرية له، وداخل بثبوت بعض أحكام الرق له.

وقال الربيع: سماعي من الشافعى أنهما يعتقان، فمن أصحابنا من لم يجعل هذا قولًا للشافعى، وقال: هذا من كيس الربيع وتخريجه وليس بقول الشافعى. ومنهم من قال وهو الصحيح: هذا قول آخر في المسألة قولان؛ أنه قال: سماعي منه وهو ثقة فيما يرويه، ووجه قوله: «الكاتب عبد ما بقي عليه درهم». ويؤكده أنه مملوك لسيده، ولهذا لا ولایة ولا شهادة، وهذا لا يصح؛ لأن من أصحابنا من قال: يجوز أن يكون مملوكاً لا مالك له كستر الكعبة. ومنهم من قال: مملوك لنفسه ولا يعتق؛ لأنه لم يكمل ملكه، كما إذا [أ/أ] اشتري عبداً فإنه يملكه ولا ينفذ عتقه فيه؛ لأنه لم يكمل ملكه.

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٠٠/١٥).

فإنه قيل: أليس لو أعتقه نفذ عتقه فدل أنه مملوك؟ قلنا: إذا واجهه بالعتق كان إبراءة من مال الكتابة، لأن عتقه لا يحصل إلا به، ولهذا بقي له أولاده واكتسابه، وهنا أطلق اللفظ فينصرف إلى من ملكه حقيقة، ولا حاجة إلى استعماله في المكاتب ولا يتناوله المطلقاً في الحقيقة.

مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَفَ بِعَنْقِ عَبْدِهِ لَيُضْرِبَنَّهُ غَدَّ فَبَاعَهُ الْيَوْمَ فَلَمَّا مَضَى غَدَّ اشْتَرَاهُ».

الفصل

هذه مسألة مبنية على مسألة في الطلاق، وهي إذا قال لها: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم أبانها فدخلت الدار لم تطلق، فإن تزوجها بعد ذلك ثم دخلت الدار لم تطلق أيضاً، لأن الصفة قد وجدت دفعاً فانحلت اليمين. ولو لم تدخل الدار في حال البينونة ثم تزوجها فدخلت هل تعود الصفة؟ قد ذكرنا أنه إن أبانها بدون الثلاث ثم تزوجها، ففي القديم تعود اليمين قولهً واحداً، وفي الجديد قولهً. وإن أبانها بالثلاث ففي الجديد لا تعود قولهً واحداً، وفي القديم قولهً.

فإذا ثبت هذا فها هنا إذا قال لعبدة: إن لم أضربك غداً فأنت حر، فإن جاء الغد وهو مالكه، فإن ضربه بَرَّ في يمينه، وإن لم يضربه حتى، إلا أنه لا يعتق؛ لأنه ليس في ملكه. فإن اشتراه بعد ذلك لا يؤثر شيئاً؛ لأن وقت اليمين قد فات.

وفرع أصحابنا على هذا إذا قال: إن لم أضربك غداً فأنت حر، ثم جاء الغد وتمكن من ضربه فلم يضربه ثم باعه قبل غروب الشمس لا يعتق أيضاً، لأن الصفة قد وجدت وهي حالة الغروب وليس العبد في ملكه فلم يعتق. ولو باع العبد قبل أن يضربه ثم ابتعاه قبل غروب الشمس من الغد وتمكن من ضربه هل تعود اليمين حتى إذا لم يضربه عتق أم لا يعود؟ فيه قولان. وانختلف أصحابنا على أي أصل يبني ذلك، فمنهم من قال: هو بمتنزلة البينونة [١/ب] بعد الثلاث، وقد تقدم هذا في «كتاب الخلع». وقال القفال: العود بملكٍ جديدٍ في هذا الرق يشبه العود بنكاحٍ جديدٍ قبل زوج آخر، وإن أعتقه وهو كافرًّا فاسترق فملكه من الرق الجديد، فهو كالعود في النكاح بعد زوج آخر في الجديد لا يعود حتى، وفي القديم قولهً.

فرع

لو قال: والله لا أضربك غداً، فإن ضربه في الغد بَرَّ، وإن لم يضربه حتى عند غروب الشمس، وإن باعه قبل الغروب وفاته الضرب حتى أيضاً وتلزمهم الكفارة. والفرق بين هذه

المسألة والتي قبلها أن اليمين هناك معلقة بالعتق وذلك تعلق بعين العبد ولا يمكن ذلك؛ لأن العبد غير مملوك له فحنت ولزمه الكفارة عند تمكنه من الضرب وتفويته إيهأ على نفسه.

فرع آخر

لو قال: إن لم أضربك غداً فانت حر، فباعه قبل مجيء الغد ثم اشتراه بعد انقضاء غده، قال ابن أبي هريرة: يعتق عليه وينقض البيع ويرجع بثمنه لاستحقاق عتقه قبل بيعه وهذا غلط؛ لأن نفوذ البيع أوجد زوال ملكه.

فرع آخر

لو وبه قبل غده وافتكمه بعد غده ففي عتقه عليه ثلات أقوال بناء على إعتاق المرهون.

مسألة: قال: «وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ أَنْتَ حُرٌّ إِنْ يَعْتَكَ فَبَاعَهُ بَيْنَمَا لَيْسَ بِيَبْعَثُ خَيْرٌ فَهُوَ حُرٌّ».

الفصل

إذا قال لعبدك: إن بعتك فانت حر فقد علق عتقه على بيعه، فإن باعه مطلقاً عتق عليه؛ لأن صفة العتق مصادفة عقيب البيع والخيار ثابت له في تلك الحالة وهو خيار المجلس. ولو باشره بالعتق عتق فكذلك إذا وجدت الصفة عتق خلافاً لمالك وأبي حنيفة؛ لأن عندهما لا يثبت خيار المجلس. ولو باعه بشرط خيار الثلاث عتق بالإجماع عندنا لثبوت الخيارين؛ خيار المجلس وخيار الشريط، وعندهما لثبوت خيار الثلاث. وقد ذكرنا أنه لو باعه على أن لا خيار له فيه، ظاهر كلام الشافعى هنا مقتضى صحة البيع وأن لا يعتق عليه؛ لأنه قال: «فباعه [أ/أ] بيعاً ليس ببيع خيار» لم يعتق.

وقيل: قوله: «ليس ببيع خيار»، لم يرد به هذا، بل أراد ليس ببيع شرط فيه خيار ثلاثة أيام، وقصد به الرد على مالك وأبي حنيفة حيث شرطاً في نفوذ العتق هنا شرط خيار الثلاث وهذا هو الصحيح، وهو الذي نص عليه في البوطي، وذكره أبو إسحاق، واحتاره القاضي أبو حامد. وقال القاضي أبو حامد: هذا يسقط تأويل من قال من أصحابنا: إن معناه ليس ببيع شرط فيه إبطال خيار المجلس عند عقد البيع وجعل جواز اشتراط إبطال خيار المجلس مع العقد قوله للشافعى بهذا اللفظ، وقد ذكرنا في البيع فيه ثلاثة أوجه، وال الصحيح بطلان البيع والشرط، وهو ظاهر قوله في «كتاب البيوع»؛ لأن شرط ما ينافي مقتضى العقد ولا يتعلّق به مصلحة العقد. وعلى هذا لا يعتق العبد أيضاً؛ لأن الصفة لم توجد، وإذا قلنا يصح العقد دون الشرط يعتق؛ لأن الصفة توجد..

مسألة: قال: «وَلَوْ قَالَ إِنْ زَوَّجْتُكَ أَوْ بَعْتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَرَوَجْهُ أَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَحْتَ»^(١).

هذا على ما ذكر صحيح؛ لأن ظاهر اللفظ ينصرف إلى الصحيح دون الفاسد، ووافقتنا المزنی في عقد بتصور مرة صحيحاً ومرة فاسداً مثل هذا العقد. فأما إذا قال: إن بعت خمراً أو خنزيراً فأنت حر لا يحث عند الشافعی بحال؛ لأن البيع الصحيح لا يتصور فيها بحال، وقال المزنی: يحث.

وكذلك لو قال: لا أبيع الخمر فباعها لا يحث عندنا خلافاً للمزنی. واحتج بأنه لا بيع الخمر إلا فاسداً، فكانه لم يرد إلا وجود لفظ لا يجافي القبول وقد وجد ذلك، وهذا غلط لما ذكرنا.

وكذلك لو قال: لا أبيع بيعاً فاسداً لم يحث وقلنا: لا يمكنك أن تبيع بيعاً فاسداً فتحث به. وقال أبو حنيفة: إذا قال لا أبيع بيعاً فاسداً وأقبض حث عند الإقاض؛ لأن الملك به يقع.

وفي التزویج سلم أنه لا يحث بالفاسد إذا خلف بعقد من المستقبل، فإن خلف أنه لا يزوج وكان قد زوج تزویجاً فاسداً قال: يحث [٣/٣ ب] وكذلك لو تزوج فاسداً ثم قال: والله ما تزوجت حث عنده، فيقيس الماضي على المستقبل. وقال مالك: يحث بالبيع الفاسد والنکاح الفاسد بكل حال.

فرع

لو قال: والله ما صلیت وكان قد صلی صلاةً فاسدةً لا يحث. وقال محمد: يحث وهذا غلط؛ لأن الفاسد لا يتناوله النهي في المستقبل كذلك في الماضي.

فرع آخر

لو قال: والله ما وهبت لفلان فوہب فلم يقبل، قد ذكرنا أنه لا يحث في أصح الوجهين. وقال أبو حنيفة ويه قال ابن سریع: يحث؛ لأن البذل أول العقد وهذا يبطل بالبيع؛ لأنه لا يعقل فيه بالبذل حتى يعقبه القبول؛ لأن مجرد البذل لا يكون عقد فيهما. وكذلك لو علقة بالرهن والإجارة. وكذلك لو قال لا أغيره فأعارة فلم يقبل لا يحث خلافاً لأبي حنيفة، وعلل بأنه لا عوض في العارية، والمقصود ما يوجد من المغير فيحث به.

وهذا لا يصح لما ذكرنا.

مسألة: قال: «وإذا حلفت لا يأكل الرؤوس».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل الرؤوس لا يحثت إلا بأكل رؤوس النعم خاصة الإبل والبقر والغنم، فاما غيرها فلا يحثت بأكله. وقال أبو حنيفة: يحثت بأكل رؤوس الغنم والبقر دون الإبل. وقال أبو يوسف: يحثت بأكل رؤوس الغنم فقط، وقال: يحثت بأكل رؤوس الطيور والحيتان. ودللنا أن اسم الرؤوس وإن كان يقع على كل رأس حقيقة إلا أن الذي يتعارف الناس أكله هو هذه الثلاثة، فإنها هي التي تتميز عن الأبدان وتقصد للأكل فحثت بأكلها دون غيرها، وهو معنى قول الشافعي: «لأن الأيمان مخصوصة بالعرف». وقيل: إنما اختلفت أجوية العلماء هنا لاختلاف العادات في بلدانهم، ففي الحجاز تفرد رؤوس الغنم كلها فتسوى وتتابع صحيحة مشوية. وفي الكوفة جرت العادة بذلك في البقر والغنم خاصة. وبغداد جرت العادة بذلك برؤوس الغنم خاصة، وكذلك [٣/١] بخراسان.

واما إذا أكل رؤوس الصيد كالأرانب والغزلان والثعالب ونحو ذلك، قال: إلا أن يكون ببلد يكثر فيها الصيد كما تكثر فيها لحوم الأنعام في السوق وتتميز رؤوسها فيحثت في رؤوسها. وإن كان ببلد يقل فيها الصيد ولا يكثر، قال أصحابنا: فيه وجهان، أحدهما: لا يحثت؛ لأن إطلاق الاسم لا يتناوله.

والثاني: يحثت؛ لأن ما يثبت له العرف في بلده يثبت في سائر البلاد كخبز الأرز ولحم الفرس. قال أبو إسحاق: وعلى هذا إذا كان قوم في موضع من السواحل يأكلون السمك وتتابع رؤوسها مفردة عندهم كما تتابع رؤوس الغنم عندنا يحثت بأكل تلك الرؤوس أيضاً.

ومن هذا أفتى بعض علماء طبرستان أنه يحثت فيها بأكل رأس الحوت وعندى هذا التخريج خطأ؛ لأنه لا يشوى في طبرستان رأس الحوت كما يشوى رأس البقر والغنم خاصة. وإذا قال بالفارسية: سريريان نخورم، فإنه لا يتحمل ذلك رأس الحوت.

وقال في «الحاوي»: إذا كان في بلدة يكثر فيها الصيد أو السمك، ويقطع رأسه عن جسده ويفرد بيده في سوقه يحثت بأكله. ولكن هل يجوز عرف هذا البلد مقصوراً على أهله أم عاماً فيهم وفي الطارئين إليها؟ فيه وجهان:

أحدهما: خاص في أهله دون الطارئين إليها تغليباً لعرف الحالف، فإن دخل أهل

الريف إلى بلاد الفلووات والبحار لم يحثوا إلا برؤوس النعم، وإن دخل أهل الفلووات إلى أمصار الريف لم يحثوا إلا برؤوس الصيد، وإن دخل أهل البحار إلى أمصار الريف لم يحثوا إلا برؤوس الصيد، وإن دخل أهل البحار إلى أمصار الريف لم يحثوا إلا برؤوس الحيتان.

الثاني: أنه عام في أهلها وفي الطارئ إليها تغليباً لعرف المكان، فإن دخل أهل الريف إلى بلاد الفلووات حثوا برؤوس الصيد، وإن دخلوا إلى بلاد البحار حثوا برؤوس الحيتان، وإن دخل أهل الفلووات والبحار إلى الريف حثوا برؤوس النعم.

٣/ب] وفي بقاء حثهم بعرف بلادهم وجهان:

أحدهما: باقي عليهم لاستقراره عندهم، فعلى هذا يحث أهل الريف في بلاد الفلووات بأكل رؤوس الصيد وبأكل رؤوس النعم مع رؤوس الصيد، ويحث أهل البحار فيها بأكل رؤوس الحيتان ورؤوس النعم.

والثاني: لا يزول عنهم عرف بلادهم بالانتقال عنها، فلا يحث أهل الفلووات والبحار في بلاد الريف إلا برؤوس النعم، ولا يحث أهل الريف في بلاد الفلووات إلا برؤوس الصيد، وفي بلاد البحر إلا برؤوس الحيتان.

وهذا كله إذا عللتنا أن الشافعي حثَّ برؤوس النعم لاختصاصها بقطع رؤوسها عن أجسادها وإنفرادها ببيعها في أسواقها. ومن أصحابنا من علل بعلة أخرى، وهي أن عرف كلامهم متوجه إليها وإنفراد أكلها مختص بها، فإنه لا يعرف من قال أكل الرؤوس إلا رؤوس النعم وغيرها يعرف بقرينه، ولا يفرد بالأكل إلا رؤوس النعم وغيرها تؤكل مع أجنادها.

وقال صاحب «الحاوي»: في التعليين امتراج من وجه وتميز من وجه، فعلى هذا هل يكون عرف البلد خاصاً فيه أو عاماً في جميع البلدان فيه؟ ظاهر المذهب أنه يصير عاماً في جميع البلدان كلها فيحث جميعهم برؤوس النعم الثلاثة. وإن عرفنا أن بعض البلدان عرفها في رؤوس الصيد والحيتان حث جميع الناس، وإن لم نعلمه لم يحثوا. والشافعي إنما خص الحث برؤوس النعم الثلاثة لأنه لم يعرف عرف بلد في غيرها، ولو علم لحثت بها جميع الناس كما حثهم برؤوس النعم، ولهذا حث القروي الذي لا يسكن بيت شعر في حلفه لا يسكن بيتاً يسكنه؛ لأن عرف البادية جاري به. وقال ابن سريج: عرف كل بلد مخصوص في أهله ومقصور عليهم دون غيرهم، فعلى هذا يحث أهل الحجاز برؤوس النعم الثلاثة. [٤/أ]

كما قال الشافعي اعتباراً بعرفهم، ويحث أهل الكوفة برؤوس البقر والغنم دون الإبل كما

قال أبو حنيفة اعتبراً بعرفهم، ويحثت أهل بغداد برؤوس الغنم وحدها كما قال أبو يوسف ومحمد. وعلى هذا لا يحث القروي بسكنى بيت الشعر. قال: فإن انتقل عن بلدة لهم فيها عرف إلى بلدة يخالفونهم فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: يحثون بعرف بلدتهم الذي انتقلوا منه. والثاني: يحثون بعرف البلد الذي انتقلوا إليه. والثالث: يحثون بعرف البلدين معاً.

مسألة: قال: «وَكَذَلِكَ الْبَيْضُ».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل بيض إنما يحثت بأكل البيض الذي يزاييل بائضه حياً ويؤكل منفرداً عنه، وهو بيض الدجاج والطيور والبط والنعام والعصافير ونحو ذلك، ولا يحثت بأكل بيض الحيتان والجراد لأنهما لا يزاييل بائضه إلا أن ينوي ذلك. فإن قيل: أكل بيض النعامة نادر فوجب أن لا يحثت بأكله؟ قيل: العرف في بيض النعامة والدجاجة واحد في إطلاق الاسم، وإنما يؤكل نادراً لقلته وكثير ثمنه، ومتزلة ذلك منزلة رجل فقير حلف لا يلبس ثوباً وهو من يلبس الصوف أو القطن، فلبس خزاً أو شيئاً أو غير ذلك من الثياب الفاخرة التي لا يلبسها مثله يحثت؛ لأن الاسم في الجميع واحد، وإنما يختلف الاستعمال للتواضع أو كثرة الثمن ونحو ذلك.

وقال في «الحاوي»: في بيض النعامة يحثت به أهل البدية، وهل يحثت أهل الأمصار؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحثون إذا قلنا أهل القرى يحثون بسكنى بيت الشعر.

والثاني: لا يحثون به إذا قلنا إن أهل القرى لا يحثون بسكنى بيت الشعر ويحثت بأكل المعتاد أهل النادر والمعتاد بلا إشكال.

وقال أبو إسحاق: يحتمل أن لا يحثت بيض العصافير والحمام ونحو ذلك؛ لأن عرفهم [٤/ب] ترك أكله، فخرج بالعرف من اليمين، والصحيح المنصوص ما تقدم.

فرع

لو ذبح دجاجة في جوفها بيض وصل إليه بذبحها فهل يحثت بأكلها؟

وجهان أحدهما: لا يحثت؛ لأنه لم يزاييل بائضه حياً فصار كبيض السمك.

والثاني: يحثت؛ لأنه من جنس ما وصل إليه مع حياة بائضه.

وقيل: إذا أكل الذي في جوفها من غير قشر لا يحث وحشاً واحداً. وقيل: لا يحث إلا بأكل بيسن الدجاج فقط للعرف، وهذا غلط.

مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلْ لَحْمًا»^(١).

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل لحماً حث بأكل لحم الإبل، والبقر، والغنم، والوحش، والطيور؛ لأن كلها لحم، ولا يحث بأكل لحم السمك؛ لأنه ليس بالأغلب وإن كان الله تعالى أطلق عليه اسم اللحم. ويقال: أكلت السمك والحوت ولا يقال أكلت لحم السمك، وهذا إذا لم يكن له نية، فإن نوى ذلك حث. وقال مالك وأبي يوسف: يحث بذلك بكل حال؛ لأن الله تعالى سماه لحماً، فقال: «إِنَّا كُلُّا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا» [النحل: ١٤] قلنا: لو حلف لا يقعد تحت سقف بيته لا يحث إذا قعد تحت السماء وقد سماها الله تعالى سقفاً؛ لأنه مجاز كذلك هنا.

فرع

لو أكله نيئاً حث خلافاً لمالك، وهذا لأنه يقال: أكل اللحم على الإطلاق.

فرع آخر

لو أكل لحم الخنزير وسائر ما لا يحل له من اللحوم، قال ابن سريج: فيه وجهان: أحدهما: لا يحث؛ لأن ما لا يحل أكله في الشرع لا تتناوله يمينه المطلقة، كما لو قال: لا أبيع لم يحث بالبيع الفاسد.

والثاني: يحث، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن اسم اللحم يقع عليه حقيقة كما يقع على المأكول، ويخالف البيع لأن الاسم لا ينصرف إلى الفاسد عند الإطلاق، ولذا لو باع غيره لم يحث. لو أكل لحم شاة غيره يحث بلا خلاف، وهذا اختيار القفال، والأول أصح عندي للعرف والعادة.

فرع آخر

لو قال [٥/أ] لها: والله لا وظئتك فوطئها في حال الحيض حث في يمينه. وقال

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/١٥).

المزنبي في «المنشور»: لو حلف لَيْطَانًَ امرأته الساعة فحاضت المرأة من ساعتها، نص الشافعي أنه إن وطئها حائضاً لا يبر؛ لأن الشافعي يقول: لو حلف لا يشتري اليوم فاشترى فاسداً لا يحث؛ لأن الفاسد لا معنى له، فحصل وجهان، ذكره القاضي الطبرى. وقيل: المنصوص أنه يحث وإن كان الوطء حراماً في الشرع وخالقه المزنبي.

مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبَ سَوِيقَاً فَأَكَلَهُ، أَوْ لَا يَأْكُلُ خُبْزًا فَمَا هُنَّ شَرَبَةٌ»^(١).

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يشرب سويقاً فإن شربه خلطه بالماء وتحساه حث به، وإن استفه يابساً لم يحث؛ لأنه ليس بشرب. وإن حلف لا يأكل خبزاً فأكله بأن مضغه وابتلعه حث، وإن جعله فيتاً وبله بالماء وتحساه لا يحث؛ لأنه شرب وليس بأكل، والتعليق في ذلك أن الأفعال أجناس مختلفة كما أن الأعيان أجناس مختلفة، ثم علق يمينه على يمين من الأيمان لم تتعلق اليمين بغيرها، فكذلك إذا علقه على فعل لا يتعلق بغيره. قوله الشافعي رضي الله عنه: «فِمَا هُنَّ» في الماء، أي ميّته، يقال: ماثه وميّته.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب سويقاً فذاقه بلسانه لا يحث؛ لأن الذوق ليس بأكل ولا شرب وإن دخل بطنه.

فرع آخر

لو حلف لا يذوق فأكل وشرب حث؛ لأن الأكل والشرب يتضمنان الذوق. وقال بعض أصحابنا: يحتمل أنه إذا شرب لا يحث؛ لأن الشرب غير الذوق.

وقال القفال: فيهما وجهان، وعند أبي حنيفة لا يحث.

فرع آخر

لو حلف لا يذوق شيئاً فأخذه بفمه فمضغه ثم لفظه ولم يصل إلى جوفه هل يحث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحث، كما لا يفطر به الصائم، ولا يقال: ذاق الشيء حتى يصل إلى

(١) انظر الحاوي الكبير (٤١٧/١٥).

حلقه [٥/ب]

والثاني: يحث، وهو الأصح؛ لأن اسم الذوق يقع عليه وإن لم يصل إلى جوفه، فإنه عبارة عن معرفة طعم الشيء بلهوته وقد وجد ذلك، وهو قول عامة أصحابنا.

فرع آخر

لو قال لا أطعم شيئاً حثت بالأكل والشرب، وكذلك إذا قال بالفارسية؛ لأن الطعام اسم جامع لهما.

فرع آخر

لو حلف لا يتطعم هذا العام، فالتطعم معرفة طعمه بسانه، فلا يعتبر فيه وصول شيء إلى جوفه، فمتى عرف طعمه حثت، ولو قال لا أطعم الطعام لم يحث بتطعمه لفارق بين الطعام والتطعم، فإن الطعام أن يصير طعاماً له، والتطعم أن يعرف طعمه.

فرع آخر

لو أوجر الطعام بقمع في حلقه ولم يدر في لهوات فمه حتى وصل إلى جوفه، فإن كانت يمينه على الأكل والشرب والذوق والتطعم لا يحث لعدم شرطها، وإن كانت على أن لا أطعم حث؛ لأنه قد وصل إلى جوفه ما صار طعاماً له.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو حلف لا يأكل السكر فمضغه حث؛ ولو أمسكه في فيه فذاب ودخل جوفه لا يحث؛ لأنه يشترط في الأكل المضغ حتى يحث، وعندني أنه يحث به؛ لأنه يقال: أكل السكر وإن ذاب في حلقه.

فرع آخر

لو قال: لا ابتلعت هذا التفاح أو شيئاً آخر فمضغه ثم ابتلعته لم يحث. ولو قال: لا أكلته فابتلعته لم يحث مالم يزدرده.

فرع آخر

لو قال: لا وطئتك فأثأها في دبرها حث؛ لأنه يسمى وطئاً، ذكره بعض أصحابنا. وذكر في «الحاوي» أنه لا يحث؛ لأن جنسه لا يباح.

فرع آخر

لو قال: لا تناولت دواء فتناول السكر بغير علة لم يحيث، وإن تداوى به حنث، كما لو قال: لا تداویت فاحتجم لعلة حنث، وإن كان لغير علة لم يحيث.

[١/٦] مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ سَمْنًا فَأَكَلَهُ بِالْخُبْزِ أَوْ بِالْعَصِيَّةِ»^(١).

الفصل

السمن على ضربين؛ جامد ومائع. فاما الجامد فأكله أن يمضغه، فإذا قال: لا أكل سمنا فأكله هكذا حنث، وإن أكله بالخبز قال الشافعي رضي الله عنه وعامة أصحابنا: يحيث؛ لأنه أكله مع الخبز، يقال: أكل الخبز وأكل السمن، فقد وجد المحلول عليه وزنادة فيحيث به. وقال أبو يوسف: لا يحيث به؛ لأنه لم يأكله وحده، بل أكله مع غيره فصار كما لو قال: لا أكل من طعام اشتراه زيد فاشتراه زيد وعمرو فأكل منه لم يحيث، وبه قال الاصطخري من أصحابنا وهذا غلط؛ لأن هناك ما أكل ما اشتراه المحلول عليه خاصة، وهاهنا أكل المحلول عليه حقيقة فوزانه أنه إذا حلف لا يأكل طعاماً اشتراه زيد فاشترى زيد طعاماً واشترى عمرو طعاماً فخلطهما وأكلهما حنث، وإن أذابه أو كان مائعاً فشربه لم يحيث؛ لأنه ليس بأكل، وإن أكله بالخبز حنث خلافاً للاصطخري فإنه قال: لا يحيث إذا أكله مع غيره.

وقال في «الحاوي»: إذا أكله مع غيره من خبز أو سويق فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: ما ذكرنا أولاً وهو المذهب، سواء كان جامداً أو ذائباً.

والثاني: ما قاله الاصطخري.

والثالث: ما قاله أبو إسحاق: إن كان جامداً لم يحيث بأكله مع غيره؛ لأنه يقدر على أكل الجامد منفرداً، ولا يقدر على أكل الذائب إلا مع غيره. وكذلك لو حلف لا يأكل عسلاً أو دبساً؛ لأنهما يجمدان تارةً وينذوبان أخرى. وكذلك لو حلف لا يأكل لبناً فأكله بغيره أو طبخه مع غيره.

فرع

لو أكله بعصيدة، قال الشافعي رضي الله عنه: يحيث. قال بعض أصحابنا: أراد أن

(١) انظر الحاوي الكبير (٤١٨/١٥).

يعصده في خبز ويأكله، فاما إذا طبخ عصيدة فأكلها لا يحث؛ لأنه لا يقال له: أكل سمنا [٦/ب] وإنما له أكل عصيدة أو خبيصاً أو غير ذلك. ومن أصحابنا من قال: أراد به العصيدة المعروفة وهي الفالوذج وغير ذلك مما يجعل السمن فيه، ينظر فيه فإن كان مستهلكاً لم يحث، وإن كان غير مستهلك حتى لو انجمد تبين السمن فيه ونرى ذلك يحث؛ لأنه قد أكل سمناً مع عصيدة فكانه أكله مع الخبز وهذا هو الصحيح، وهو كما قلنا في المحرم إذا أكل خبيصاً فيه زعفران ظاهر يلزمه الفدية.

واما إذا قال لا أكل خلاً فأكل مرقاً فيه خل فهي على الاختلاف الذي ذكرنا بين أصحابنا، وقد نص عليه في «الأم» فقال: «ولو قال لا أكل خلاً فأكل مرقاً فيه خل لا يحث»؛ لأن الخل مستهلك فيه بحيث لا أثر له، فاما إذا كان لونه وطعمه قائمين فهو غير مستهلك فيجب أن يحث. وقيل: قول الشافعى: «إلا أن يكون جاماً» أراد أنه إذا لم يأكله منفرداً أو أكله في العصيدة لا يحث، وهذا التفسير غير صحيح، وإنما ذكر هذا الاستثناء إلى ذكر العرف والعادة، حيث قال: لأن السمن لا يكون مأكولاً إلا بغierre، إلا أن يكون جاماً فيقدر على أن يأكله جاماً منفرداً فيأكله جاماً منفرداً فيأكله في عادة تادرة جاماً منفرداً، هذا معنى الاستثناء لا ما قال القائل.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب لبناً فخلطه بماءع، فإن كان اللبن أغلب لظهور طعمه ولو نه حث بشربه وإلا فلا يحث.

مسألة: قال: «إذا حلف لا يأكل هذو التمرة فوقع في تمر».

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يأكل هذه التمرة بعينها فوّقعت في تمر كثير فأكل، ينظر فإن تيقن أنه أكل التمرة المحلول على حث بيقين، وإن [٧/أ] تيقن أن التي بقيت هي المحلول عليها لا يحث بيقين، فإن شك فلا يدرى هي الباقيه أم قد أكلها؟ قال الشافعى رضى الله عنه: «لا يحث»؛ لأن الأصل عدم الحث حتى يتحقق ذلك، ولكن الورع أن يحث نفسه لجواز أن يكون قد حث. وقال في «الأم»: «والورع أن لا يأكل منه شيئاً إلا حث نفسه». قال أصحابنا: وإذا حث نفسه خرج كفارة يمين، كما لو تيقن الحث، وكذلك لو هلك تمرة واحدة منها ولا يدرى أنها المحلول عليها أو لا.

وقال بعض مشايخنا بخراسان: وفي ضد هذا لو حلف أن لا يأكلها ثم وقعت في تمر، ثم استبقى واحدة أو ضاعت لم يبر، لأن الأصل عدم البر، واليقين لا يترك بالشك.

فرع

لو حلف لا يأكل هذه التمرة فأكلها إلا نواها وقمعها حنث؛ لأنه أكل مأكلها وألقى غير مأكلها. ولو أكلها إلا يسيراً منها كنقرة طائر لم يحنث خلافاً لمالك.

مسألة: قال: «إذا حلف لا يأكل هذه الحنطة فطحنتها».

الفصل

لا فرق بين أن يقول: لا أكل من هذه الحنطة، أو يقول: لا أكل هذه الحنطة، في أنه إذا طحنتها دقيناً أو قلاها فجعلها سويفاً أو خبزاً أو عصدها فأكل من ذلك لا يحنث؛ لأنه لم يأكل ما يقع عليه اسم حنطة، إلا أن قوله: من هذه الحنطة يقتضى بعضها، وقوله هذه الحنطة يقتضى جميعها. وقال أبو يوسف ومحمد: يحنث بكل ذلك. وقال أبو حنيفة: يحنث بالدقيق ولا يحنث بالخبز. وحكي عن أبي حنيفة مثل قولنا. واحتجوا بأن الحنطة تؤكل هكذا، فأشبه إذا قال: لا أكلت هذا اللحم فشواه وأكله حنث، وهذا لا يصح لـما ذكرنا، فصار كما لو زرعها وأكل من حشيشها أو قال: لا أكلت هذا البيض فصار فرخاً فأكله لم يحنث، ويفارق ما قاس عليه؛ لأن اسم اللحم وصورته لم يزولا بخلاف مسألتنا.

فرع

إذا حلف لا يأكل من [٧/ب] هذا الدقيق فخبزه وأكله لم يحنث، ولو استفٌ منه جسماً لا يحنث؛ لأن العرف أنه لا يؤكل منه إلا مخبوزاً، وهذا لا يصح؛ لأن في الحنطة لا يعتبر بقاء الاسم دون العرف بالاتفاق كذلك هاهنا، ولأنه يؤكل غير مخبوز من وجوهه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: من وجه لنا.

فرع آخر

لو قال: لا أكلمه شاباً فكلمه شيئاً، أو قال: لا أكلت جدياً فأكله تيساً، أو قال: لا أكل تمراً فأكل رطباً لا يحنث قوله واحداً، لأن اليمين هاهنا تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة. ولو قال: والله لا أكلم هذا الصبي فصار شاباً، أو لا أكلم هذا الشاب فصار شيئاً، أو لا أكلت من لحم هذا الجدي فصار تيساً، أو لا أكلت من هذه البسرة فصارت رطبة، أو هذه الرطبة فصارت تمرة هل يحنث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحنت لزوال الاسم.

والثاني: يحنت؛ لأن صورتها لم تزل بل تغيرت الصفة.

وقال أبو حنيفة: في الحيوان يحنت، وفي الباقي لا يحنت؛ لأن قصده بأن لا يكلم الشاب لاستخفاف به وذلك يزول بكتبه، وكذلك قصده باليمين أن لا يأكل لحم الجدي وذلك المعنى لم يزول وهذا صحيح؛ لأن المعتبر في اليمين الاسم دون القصد، ولهذا لو حلف لا يأكل هذا اللحم فأكله شيئاً يحنت وإن كان القصد به الانتفاع من أكله مطبوخاً.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قال لا أكل هذه الحنطة فجعلها دقيقاً فأكلها هل يحنت؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحنت بكل ما يتخد منها، ومعناه لا أكل شيئاً يتخد من هذه الحنطة.

والثاني: لا يحنت، ومن للتبعيض، أي لا أكل قليلها وكثيرها.

قال: وقيل: نص الشافعي رضي الله عنه على أنه إذا قال: لا أكل هذه الحنطة فاتخذها دقيقاً فأكل منه لا يحنت، ونص أنه لو قال: لا أكل هذا السخل فصار كيشاً، أو لا أكلم هذا الصبي فصار شيخاً فكلمه، أو أكل التيس حنت [٨/١٠] فمن الأصحاب من قال: في الكل قولان، ومنهم من فرق بأن في مسألة الحنطة والتمر ذكر الاسم وقد تبدل الاسم، والصبي صفة تبدل الصفة لا يوجب سقوط حكم الحنط، وأيضاً الحنطة تصير خبزاً، والتمر يصير عصيدة بفعل وعلاج، والسلطة تصير كيشاً بفعل الله تعالى عند مضي الزمان، وهذا إذا عرّف فأما إذا نَكَرَ فقال: صبياً فكلم شيئاً حنت على ما ذكرنا، وهذا كله تخليط والاعتماد على ما ذكرنا أولاً.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب هذا العصير فشربه خمراً، أو قال: لا أشرب هذا الخمر فصارت خلأ لا يحنت وجهاً واحداً؛ لأنها افترنَ بزوال الاسم زوال الحكم.

فرع آخر

لو حلف لا يلبس هذا الغزل فنسجه ثوباً حنت بلبسه وجهاً واحداً؛ لأن الغزل لما كان لا يلبس إلا منسوجاً صار مضمراً في اليمين والمضمر في الأيمان كالمظهر، كما لو قال: لا أكل هذا الحيوان حنت بأكله مطبخاً وإن لم يكن حيواناً عند أكله؛ لأنها صفة مضمرة فجرى عليها حكم المظهر.

فرع آخر

لو حلف لا يشم البنفسج أو الورد فشم دهن البنفسج أو الورد لا يحث. وقال أبو حنيفة: يحث بدهن البنفسج دون دهن الورد لعرف أهل الكوفة؛ لأنهم يسمون دهن البنفسج بنفسجاً ولا يسمون دهن الورد ورداً.

وقال أحمد: يحث بدهن البنفسج والورد أيضاً؛ لأن المقصود الرائحة. قلنا: هذه تسمية مجازاً والحقيقة أولى، ولأن البنفسج اسم لجسم ذي رائحة فلا يجوز أن يتعلق حكمه بالرائحة وحدها ولهذا لو شم بنفسجاً بعد انتقال رائحته إلى الدهن حث عندها خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو يبسا كان في الحث بهما بعد يبسهما وجهان، أحدهما: لا يحث، كمن حلف لا يأكل رطباً فأكل تمراً.

والثاني: يحث لبقاء اسمه وصفته، ويخالف التمرة لأن زال عنه اسم الرطب وبقي اسم الورد والبنفسج على ما يبس منه. [٨/ب]

والتعليل في هذين الوجهين كأن حلف من لا يأكل الرطب فأكله تمراً على وجهين.

فرع آخر

لو مرّ بهما في السوق فشم رائحتها، فإن حمل النسيم الرائحة حتى شمها لم يحث، وإن اجتذب الرائحة بخياشيمه حتى شمها حث؛ لأن شمها بهبوب النسيم ليس من فعله، وشمها باجتذاب خياشيمه من فعله، ويخالف المحرم يشم الطيب من حانوت العطار؛ لأن المحرم عليه استعمال الطيب دون الرائحة.

مسألة: قال: «ولئن حلف لا يأكل لحماً فأكل سخماً»^(١).

الفصل

الأصل في هذا أن كل ما انفرد عن غيره باسمه، ففي حكم الحث ينفرد، فإذا قال: لا آكل لحماً فأكل اللحم الأحمر أو اللحم السمين الذي على الظهر أو الحشو حث؛ لأنه لحم سمين، ولو أكل من شحم البطن لم يحث. وحكي عن مالك أنه قال: يحث وهذا

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٢٤).

خطأً؛ لأنَّه لا يسمى لحِمًا عرَفًا وعادَة، فهو كما لو حَلْف لا يأكل الشَّحْم لم يَحْتَ بأَكْل اللَّحْم بالإجماع.

فرع

لو حَلْف لا يأكل لحِمًا فأَكْل القَلْب أو الْكَبْد أو الطَّحَال لا يَحْتَ. وقال أبو حِنْفَة: يَحْتَ بأَكْلِهَا. وَدَلِيلُنَا أَنَّه اسْمًا آخَر مُنْفَرِدًا، كَمَا لو أَكْل الرِّيَة والكُرْش لا يَحْتَ بالإجماع.

وقال بعض أَصْحَابِنَا بِخَرَاسَان: لَا نَصْ فِيهِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَحْتَ بِالْقَلْب لَأَنَّه لَحْم. وَقَيْلٌ فِيهِ وَجْهَان، وَفِي الْكَبْد وَالطَّحَال لَا خَلَاف.

فرع آخر

لو أَكْلَ مِنْ قَانِصَة الدِّجَاج فَهُوَ عَلَى الْخَلَاف الَّذِي ذَكَرْنَا فِيهِ الْكَبْد وَالطَّحَال.

فرع آخر

لو أَكْل لَحْم اللِّسَان أَوْ لَحْم الْخَدَيْن مِنَ الرَّأْس يَحْتَ لَأَنَّه لَحْم. وَكَذَلِكَ لو أَكْلَ الْأَكَارِع؛ لَأَنَّهَا لَحْم وَهِيَ اسْمٌ عَضْوٌ. وَقَالَ فِي «الْحَاوِي» فِيهِ وَجْهَان، أَحَدُهُمَا: هَذَا، وَالثَّانِي: لَا يَحْتَ؛ لَأَنَّ اسْمَهُ مُضَافٌ، يَقَالُ: لَحْم اللِّسَان، وَلَحْم الرَّأْس، وَلَا يَقَالُ لَه لَحْم عَلَى الإِطْلَاق.

فرع آخر

لو أَكْل شَحْم العَيْنَيْن لَا يَحْتَ لَأَنَّه لا يُسَمِّي لَحِمًا.

فرع آخر

لو أَكْلَ الْأَلْيَة فِيهِ وَجْهَان:

١/٩] أَحَدُهُمَا: يَحْتَ؛ لَأَنَّهَا لَا تُسَمِّي شَحْمًا فَكَانَتْ لَحِمًا.

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْأَصْحَّ أَنَّه لَا يَحْتَ؛ لَأَنَّهَا لَا تُسَمِّي لَحِمًا كَمَا لَا تُسَمِّي شَحْمًا.

وَقَالَ فِي «الْحَاوِي»: فِيهَا ثَلَاثَة أُوْجَهٌ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّه مِنَ الشَّحْم فَيَحْتَ بِهَا فِي الشَّحْم دُونَ اللَّحْم.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا مِنَ اللَّحْم لَا تَصَالُهَا بِالْعَظْم، وَهُوَ قَوْلُ الْبَغْدَادِيْن.

والثالث: وهو قول البصريين أنها ليست من اللحم ولا من الشحم؛ لأنها تتميز عن اللحم والشحم.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل شحاماً فأكل اللحم أو البياض الذي على اللحم لا يحث. وقال أبو حامد: لا يحث بالأليلة بلا خلاف. وقد ذكرنا وجهاً آخر يحث لأنه يسمى شحاماً، قال الله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَّلْتُ ظُهُورُهُمَا﴾ [الأنعام: ١٤٦] فاستثناء من الشحم، ودليلنا أنه لا يسمى شحاماً ولهذا لا يفرد عن اللحم ولا يسمى باعه شحاماً، فلم يحث به وإنما يحث بالشحم الذي ينفرد عن اللحم وهو شحم الكلية والكرش. وحكي عن القفال أنه قال مرة: يحث بشحم الظهر، وقال مرة: لا يحث فيتحمل وجهين، وال الصحيح عندي ما تقدم.

فرع آخر

لو أكل شحم العينين فيه وجهان؛ أحدهما: يحث لأنه ينطلق عليه اسم الشحم. والثاني: لا يحث؛ لأنه لا ينطلق إلا بقرينة، فيقال: شحم العينين ولا يقال له شحم على الإطلاق، وأما الدماغ فليس بشحم ولا لحم فلا يحث باليدين بأحدهما بلا خلاف.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل رطباً فأكل بسراً لم يحث، وكذلك إذا قال: لا آكل بسراً فأكل رطباً لم يحث، ولو قال: لا آكل رطباً ولا بسراً فأكل طلعاً وملحاً لا يحث؛ لأن لكل واحداً اسمًا ينفرد به.

فرع آخر

لو قال: لا آكل رطباً فأكل تمراً، أو تمراً فأكل رطباً لم يحث، وحكي أن أبا حنيفة قال: إذا حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً حث؛ لأن الرطب تمر وزيادة، ولو قال: رطباً فأكل تمراً لم يحث؛ لأن التمر ليس برطب وهذا لا يصح؛ لأن الرطب [٩/٩] لا يسمى تمراً كما لا يسمى التمر رطباً.

فرع آخر

لو قال: لا آكل رطباً فأكل منصفاً، فإن أكل ما ترطب منه حث، وإن أكل الذي لم يترطب منه لم يحث، وإن أكل الجميع حث؛ لأنه أكل ما يسمى رطباً، هكذا ذكره جماعة

من أصحابنا. وقال بعضهم: لا يحث؛ لأنه لا يسمى رطباً وإنما يسمى منصفاً وهذا غلط؛ لأن معنى المنصف أن نصفه رطباً ونصفه بسر، فإذا كان هذا معناه ينبغي أن يحث بأكل ما هو رطب منه، ألا ترى أنه لو أكل بعض رطبة حث؛ لأنه أكل ما هو رطب، كذلك ها هنا.

وقال في «الحاوبي»: إذا أكل جميعها فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول الأكثرين يحث بها في البسر والرطب لما فيه من بسرٍ ورطبٍ.

والثاني: وهو اختيار الاصطخري وابن أبي هريرة لا يحث بها في البسر ولا في الرطب لخروجها في الإطلاق من اسم البسر والرطب.

والثالث: قاله أبو الفياض البصري، إن كان أكثرها بسراً حث في البسر دون الرطب، وإن كان أكثرها رطباً حث بها في الرطب دون البسر اعتباراً بالأغلب.

فرع آخر

لو قال: لا أكل رطبة فأكل منصفة لم يحث؛ لأنها ليست برطبة. ولو قال: لا أكل تمرة فأكل منصفة لم يحث أيضاً لهذا المعنى.

فرع آخر

لو قال: لا أكل هذه الرطبة فصارت تمرة، قال صاحب «الإفصاح»: وهل يحث بأكلها؟ فيه وجهان، وال الصحيح أنه لا يحث، كالحنطة إذا طبخها ثم أكلها يحث؛ لأن تغيره بغير صنعة آدمي وليس بشيء.

فرع آخر

لو حلف: لا أكل خوخاً فأكله يابساً، أو لا يأكل مشمساً فأكله يابساً ففي حنته وجهان:

أحدهما: لا يحث لزوال الصفة.

والثاني: يحث لبقاء الاسم بخلاف الرطب الذي يزول عنه الاسم.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل زيداً فأكل لبناً لم يحث؛ لأن كل واحد منها غير الآخر، وإن كان يستخرج منه، كما لو حلف لا يأكل دبساً فأكل تمرة، [١/١٠] وكذلك إن كان سمناً لم يحث، كما لو حلف لا يأكل تمرة فأكل دبساً. وقيل: إذا أكل لبناً في يمين الزيد فيه وجه

آخر أنه يحنت؛ لأن فيه زبداً وليس بشيء.

فرع آخر

لو قال: لا أكل لبناً فأكل زبداً لا نص فيه، واختلف أصحابنا، قال أبو إسحاق: لا يحنت، لأن أحدهما غير الآخر. وقال ابن أبي هريرة، وصاحب «الإفصاح»: يحنت؛ لأن جميع ما يخرج من اللبن فهو لبن، وبه قال إبراهيم التخعي، وهو اختيار بعض مشايخ خراسان. وقال ابن أبي هريرة: ولا يحنت باللبن في يمين الزبد؛ لأنه ليس اللبن من الزبد، وهذا بالعكس أولى؛ لأن اللبن زبداً. وقال بعض أصحابنا: الصحيح أن يقال: إن كان فيه لبن ظاهر حنث، وإن كان مستهلكاً غير ظاهر لم يحنت، كما قلنا فيه إذا حلف لا يأكل سمناً فعنصد به.

فرع آخر

لو أكل السمن في يمين اللبن لا يحنت قولاً واحداً، لأنه لا لبن في السمن. وقيل: فيه وجهان؛ لأنه يستخرج من اللبن وليس بشيء.

وقال في «الحاوبي»: قياس قول ابن أبي هريرة أنه يحنت به لاشتراكهما في الصفة، وهو غلط.

فرع آخر

لو أكل طيباً أو رائباً أو ماستاً أو لبناً أو شيرازاً. قال القاضي الطبرى: يحنت في جميع ذلك. ورأيت بعض أصحابنا توقف في الشيراز وليس فيه توقف عندي فإنه من أنواع اللبن، وعندي يحتمل أن يقال: لا يحنت به ولا باللباء والماست والرائب؛ لأنه لا يقع عليه اسم اللبن عرفاً وعادة ظاهرة.

فرع آخر

لو أكل الجن أو المصل. قال القاضي الطبرى: الذي عندي أنه لا يحنت؛ لأنه قد خرج من اسم اللبن بالصفة، كما لو حلف لا يأكل الدبس فأكل الناطف لم يحنت.

وحكى عن صاحب «الإفصاح» وابن أبي هريرة أنهما قالا: لا يحنت؛ لأنه لبن محمد الشيراز والماست.

فرع آخر

لو قال: لا آكل لبنا فأأكل ألبان الصيد [١٠/ب] يحث عند الشافعى رضى الله عنه. وكذلك بكل مباح معهود كان أو غير معهود. وقال ابن سريج: يحث بالمعهود من ألبان التعم دون ألبان الصيد، كما لو قال في البيض: لا يحث بيض العصافير والحمام.

فرع آخر

اللبان الخيل معهودة في بلاد الترك دون بلاد العرب، وألبان الأدميات معهودة في الصغار دون الكبار فيتغير به الحكم عند ابن سريج، والمذهب أن الكل سواء.

فرع آخر

في الألبان المحرمة كألبان الأتان وجهان؛ أحدهما: يحث اعتباراً بالاسم. والثاني: لا يحث اعتباراً بالشرع.

فرع آخر

إذا حلف على الزبد فلا يكون لألبان الإبل زبد، فإن كان لألبان شيء من الصيد فهو نادر غير معتاد، فيحث به عند الشافعى رضى الله عنه اعتباراً بالاسم، ولا يحث به على قول ابن سريج اعتباراً بالعرف.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل اللباء وهو أول لبن يحدث بالولادة بعد انقطاعه بالحمل إذا رأيت وقت الولادة، وفي حنته بما حلب قبلها وجهان مخرجان من الوجهين فيما تقدم على الولادة من يوم النفاس هل يكون نفاساً؟ فيه وجهان؛ فإن قلتا يكون نفاساً لأن هذا لباء، وإن قلنا لا يكون نفاساً لم يكن هذا اللبن لباء، وغاية اللباء بعد الولادة ثلاث حلبات، وربما زاد ونقص بحسب اختلاف الحيوان في القوة والضعف، وصفته ما خالف اللبن في لونه وقوامه، فإن لون اللباء يميل إلى الصفرة وهو أثخن من اللبن وهو عند الرعاة معروف.

فرع آخر

لو قال: والله لا آكل فاكهة حنت بأكل ما يسمى فاكهة، ومن جملتها الرطب والعنب والرمان والتفاح والخوخ ونحو ذلك. وقال أبو حنيفة: لا يحث بأكل الرطب والعنب والرمان وخالفه أصحابه، واحتج [١١/أ] بقوله تعالى: «فِيهَا فَكِهَةٌ وَخَلٌ وَرَمَانٌ» [الرعد: ٦٨]، فأفردhem بالذكر وذليلنا أنه يسمى فاكهة بدلليل أنه يسمى بائعه فاكهياً، وموضع بيته دار

الفاكهة فيحث به. وأما الآية الكريمة قلنا: أفردهما تخصصاً لأنهما أجلُ الفواكه، فهو كقوله تعالى: «مَنْ كَانَ عَذْوَأَ لَهُ وَتَبَكَّبَهُ وَرُسْلَهُ، وَجَرِيلَ وَمِكَنَلَ» [القرآن: ٩٨]، فأفردهما وإن كانوا من جملة الملائكة.

فرع آخر

لو أكل نبأً أو توتاً يحث، ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو أكل رطباً ذكرنا حكمه، وهو قول الجمهور. وقال بعض أصحابنا: هو من الفاكهة في البلاد التي يقل فيها كبغداد، ولا يكون من الفاكهة في جميع الأمصار التي يكثر فيها كالبصرة. وقيل: لا يحث بالرطب أصلاً في وجهه.

فرع آخر

الموز والبطيخ فاكهة؛ لأنَّه ينضج ويحلو، وهذا اختيار ابن سريج وجماعة. ومن أصحابنا من قال: لا يحث به.

فرع آخر

الزيتون هل يدخل في اسم الفاكهة؟ وجهان.

فرع آخر

الثاء والخيار لا يكون فاكهةً لا تغير عن كونها عند فسادها لو أكله يابساً، فإن انتقل من اسمه كالرطب يسمى تمراً بعد يبسه، وكالعنب يسمى زبيباً لا يحث بأكله، وقد خرج عن الفاكهة، وإن كان لا ينتقل عن اسمه كالتين والخوخ والممشمش ففي حثه بأكله وجهان؛ أحدهما: يحث به لبقاء اسمه. والثاني: لا يحث به لانتقاله عن صفتة.

فرع آخر

لو حلف لا يأكل أدمأ فأكل لحماً أو جبناً حث. وكذلك كل ما يؤتدم به في العادة سواء كان مما يصطبح به أو لا يصطبح، وبه قال محمد، وأحمد. ولو أكل تمراً ففيه وجهان؛ أحدهما: يحث.

والثاني: لا يحث؛ لأنَّه لا يؤتدم به وإنما يؤكل قوتاً وحلوة. وقال أبو حنيفة: الأدم ما يصطبح به كالخل والشیرج، فاما ما لا يصطبح به كاللحم والجبين [١١/ب] والبيض

والباذنجان فليس بأدم. واحتى بما روت عائشة رضي الله عنها قالت: دخل عليَّ رسول الله ﷺ والبرمة تفور بأدم ولحم، فعطفت الأدم على اللحم فدل على افتراقهما. ودليلنا قوله ﷺ: «سَيِّدُ إِدَامِ أَهْلِ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ اللَّحْمُ»^(١)، وسَيِّدُ الشَّرَابِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ الْمَاءُ، وسَيِّدُ الْرِّيَاحِينِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ الْفَاغِيَةِ»^(٢)، قال الأصمسي: الفاغية: نور الحناء. وروي «سَيِّدُ إِدَامِ أَهْلِ الدُّنْيَا اللَّحْمُ، وسَيِّدُ رِيحَانِ أَهْلِ الْجَنَّةِ الْفَاغِيَةِ». وعن صهيب رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «اللَّحْمُ سَيِّدُ الْإِدَامِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ، وَالْخَبْزُ سَيِّدُ الطَّعَامِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» ونوعان أكرمهما الله تعالى في الدنيا والآخرة فجعلهما شرفاً لأهل الدنيا في دنياهم وزينة لأهل الآخرة في آخرتهم الذهب والفضة. وفي رواية عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فَضْلُّ عَائِشَةَ عَلَى النِّسَاءِ كَفْضُلِ الْخَبْزِ وَاللَّحْمِ عَلَى سَائِرِ الْإِدَامِ»^(٣). وروت حفصة بنت عمر رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «اللَّحْمُ إِدَامٌ»^(٤). وقد قال أبو حنيفة: يحث بالملح الطيب. وأما ما ذكره فلا يصح التمسك به؛ لأنها ذكرته تأكيداً وإن كان داخلاً في اسم الأدام.

وقال في «الحاوي»: الأدام مشتق في استطابة أكل الخبز حتى يستمرى، وهو أربعة أقسام:

أحدها: ما يكون إداماً ب بحيث يأكله منفرداً، وهو ما يؤدم به في الأغلب من اللحم والسمك، والبيض واللبن.

والثاني: ما لا يكون إداماً إذا انفرد وبصير إداماً مع الخبز وهو يستأدم به في خصوص العرف دون عمومه كالعسل والدبس والتمر فلا يحث إن أكله مع الخبز. [١٢/أ] وقد روى أن النبي ﷺ أعطى سائلاً خبزاً وتمرًا، فقال: «هذا إدام هدا»^(٥). وروي عن يوسف بن عبد الله بن سلام قال: إن النبي ﷺ أخذ كسرة من خبز شعير فوضع عليها تمرة وقال: «هذا إدام هذه»^(٦) فأكلها.

(١) ذكر ابن عبد البر في «التمهيد» (٣/٨٦).

(٢) تقدم ذكره.

(٣) لم أجده بهذه اللفظ.

(٤) لم أجده.

(٥) أخرجه الطبراني في الأوسط (٨/٢٦٩).

(٦) أخرجه الطبراني في الصغير (٢/١١٨).

الثالث: ما لا يكون إداماً ولا يحث بأكله منفرداً ولا بالخبز، وهو الفواكه كلها؛ لأن اسم الإدام لا ينطلق عليها من عرف عام ولا خاص، والمستأدم بها خارج عن العرب.

والرابع: ما اختلف فيه لاختلاف أحواله، فتارة يؤكل قوتاً وتارة إداماً كالأرز والباقلاء، فله في أكله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأكله مخبوزاً فقد صار بهذه الصفة قوتاً ولا يحث به.

والثاني: أن يأكله مطبوخاً بخبز، فقد صار بهذه الصفة إداماً يحث بأكله.

والثالث: أن يأكله مطبوخاً منفرداً بغير خبز فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يحث بها اعتباراً بصفته في الابداء.

والثاني: لا يحث به اعتباراً بأصله من الأقوات.

والثالث: يعتبر عرف بلده، فإن كان في عرفهم إداماً كأهل العراق حث بأكله، وإن كان في عرفهم قوتاً كأهل طبرستان لم يحث بأكله.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت قوتاً فالأقوات ما قامت به الأبدان وأمكن الاقتصار عليه وهو معتبر بالعرف، والعرف فيه ضربان؛ عرف شرع وعرف استعمال.

فأما عرف الشرع فهو منطلق على ما وجبت فيه زكاة العين فيحث بأكله سواء دخل في عرف قوته أو خرج عنه؛ لأن عرف الشرع عام لعموم أحكامه، فيحث بأكل التمر والزبيب وإن لم يكن من أقواته.

فأما عرف الاختيار كأهل البوادي يقتاتون ألبان الحيوان، أو سكان الجزائر يقتاتون لحوم السمك، وسكان قلل الجبال يقتاتون لحوم الصيد، فيحث كل قوم منهم بأكل عرفهم في أقواتهم ولا يحثون بعرف غيرهم لخصوصه في عرفهم، ويحثون بالعرف الشرعي لعمومه فيهم، ولا يحث غيرهم بعرفهم لخصوصه فيهم.

وأما عرف الاضطرار [١٢/ب] كأهل الفلوات يقتاتون الحشيش في زمان الجذب، فيحثون في زمان الجذب بقوتهم في الجذب، وقوتهم في الخصب وهو الألبان، ويحثون في زمان الخصب بقوتهم في الخصب دون الجذب، ويكون عرف الزمان معتبراً كما كان عرف المكان معتبراً، ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو حلف لا يأكل طعاماً حنث بكل مطعم من الحلوي وغيره، ولا يحنث بأكل الدواء وإن كان مطعوماً؛ لأن اسم الطعام لا ينطلق عليه. وقال في «المذهب»: في الدواء وجهان؛ لأنه يجري فيه الدواء بقلة الطعام. وحكي عن محمد أنه قال: لا يحنث إلا بأكل الحنطة اعتباراً باسمه عرفاً، وهذا غلط لقوله تعالى: «كُلُّ الْطَّعَامِ كَانَ حَلَّ لِنَفْسِهِ إِنْ كَوَيْلَ إِلَّا مَا حَرَمَ إِنْ كَوَيْلَ عَلَى نَفْسِهِ» [آل عمران: ٩٣] فأطلق الاسم على كل مطعم.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت الحلواه فأأكل ما عصر بالسكر والعسل والدبس حنث، ولا يحنث بأكل السكر والعسل لأنه حلو وليس بحلواه.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت حلاوة يحنث بعلكها ولا يحنث بأكل الفواكه الحلوة. ولو حلف لا يأكل شيئاً حلواً حنث بالفواكه الحلوة أيضاً.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت لذيداً فأكل ما يستلذه هو ولا يستلذه غيره حنث. ولو أكل ما يستلذه غيره ولا يستلذه هو لم يحنث؛ لأنه غير مستلذ فيما أكل.

فرع آخر

لو قال: لا أكلت مستلذاً حنث بما يستلذه غيره أيضاً؛ لأن المستلذ من صفات المأكول في اللذيد من صفات الأكل.

فرع آخر

لو حلف لا شمت مشموماً حنث بشم الياسمين والخزامي والنيلوفر؛ لأن اسم المشموم يطلق على جميعه، ولا يحنث بشم الكافور، والمسك والعنبر لخروجهما عن اسم المشموم بأسمائها المفردة.

فرع آخر

لو حلف لا شمت أطياً حنث [١٢/أ] بشم الكافور والمسك والعنبر، ولا يحنث بشم المشموم؛ لأنه ليس بطيب. ولو قال: لا أشم مستطاباً حنث بكل هذا؛ لأنه مستطاب الرائحة.

فرع آخر

لو حلف لا يشم الريحان، قال ابن سريج يحث إذا شم الريحان الفارس الأخضر وهو الشاهسبرم، ولا يحث بشم الورد والياسمين وغيرهما؛ لأنه ينطلق عليه اسم الريحان لما ذكرنا.

فرع آخر

لو حلف لا يشم الورد فإنما يحث بشم الورد الجوري الأحمر والأبيض دون غيره من الأوراد لما ذكرنا.

فرع آخر

لو حلف لا يضرب امرأته فعضها أو نتف شعرها أو خنقها لم يحث، ذكره ابن سريج. وقال أبو حنيفة وأحمد: يحث، واحتجوا بأن الغرض باليمين أن يؤلمها، وما فعله مؤلم لها. ودليلنا أنه لا يسمى ضرباً ولا يحث به في اليمين على الضرب كالشتم. وأما [...] فيحصل بالشتم ولا يحث به. وحكي عن المزني أنه قال: أنا في هذا واقف، ولكن إن قلت لا يقع اسم الضرب على العض احتملت اللغة ذلك.

فرع آخر

إذا سبها أو شتمها لا يحث بلا إشكال. وقال مالك: يحث بكل ما آلم قلبها من الأقوال والأفعال.

فرع آخر

لو لكمها أو لطمها أو رضها، قال في «الحاوي»: فيه وجهان:
أحدهما: يحث به؛ لأنه يقال: ضربه بيده وإن تنوّعت أسماء الضرب.
والثاني: لا يحث؛ لأن اسم الضرب ينطلق على ما كان باللة مستعملة فيه.

فرع آخر

لو حلف لا يشرب الماء فشرب ماء البحر يحتمل وجهين:
أحدهما: يحث؛ لأن ماء مطلق يجوز التوضيء به.

والثاني: لا يحث؛ لأنَّه لا يُشرب عادة.

فرع آخر

لو حلف لا يستخدم فلاناً فخدمه من غير أن يطلب خدمته لم يحث، سواء كان عنده أو عبد غيره أو حراً. وقال أبو حنيفة: إذا كان عبد نفسه حث؛ لأن سكته وإقراره على الخدمة استخدام عليه، ودليلنا أن اليمين عقدها [١٣/ب] على فعل نفسه وهو الاستخدام، فإذا خدمه العبد بنفسه من جهة فعل لا مختاراً ولا مكرهاً لم يحث، كما لو قال: لا فارقتك حتى أستوفى حقي منك ففرَّ الغريم منه لم يحث. وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأنَّه تقرير على الخدمة ولا يسمى استخداماً.

فرع آخر

لو حلف فقال: كل جارية أتسراها فهي حرة، ينظر فإن لم يكن له في ذلك الوقت جارية ثم اشتري جارية وتسراها لم تعتق؛ لأن عقد الصفة قبل وجود الملك، وإن كانت له جارية أو جوار انعقدت الصفة، فإذا تسرى بواحدة منهن عتقت وفي صفة التسري قال ابن سريج: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يحصنها الموطئ ويمنعها من الدخول والخروج، ويطأها أنزل أو لم ينزل، أحبل أو لم يحصل، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد.

والثاني: أن التسري هو الوطء حصن أو لم يحصن أنزل أو لم ينزل، وبه قال: [...]؛ لأنَّه مشتق من السرور، وذلك يكون بالجماع. وقيل: مشتق من السر وهو الجماع أيضاً. وقيل: من السر وهو الظهر، فإنها صارت مركبةً ممطأةً.

والثالث: وهو المنصوص عليه في اللعن والإيلاء، وأن التسري هو الوطء الذي يطلب به الولد، وهو أن يطأ وينزل أحبل أو لم يحصل؛ لأنَّ هذا هو العادة في التسري، وبه قال أبو يوسف.

وقال القاضي الطبرى: قال في «الإملاء»: والتسري أن يطأ جاريته طالباً للولد؛ وهو أن يطأ وينزل ولا يعزل سواء أحبلها أو لم يحصلها إذا كان مبتغياً للولد. لأنَّ العرف أن من أعد سرية فإنما يتخذها لطلب الولد، فوجب حمله على مقتضى العرف، فالذهب هذا المنصوص. ولأصحابنا وجهان آخران. وقيل: نص في «الإملاء» أن التسري يحصل بثلاث شرائط؛ أن يسترها عن أعين الناس، وأن يطأها وينزل في فرجها؛ لأنَّ كونها أسرى جواريه إنما يحصل باتخاذها للولد، وهو في هذا.

فرع آخر

إذا حلف لا يصلي [١٤/أ] فكبّر ونوى الصلاة. قال أصحابنا: حنث، وقال ابن سريج: إذا كبر وقرأ وركع حنث سجد أو لم يسجد واحتاج بأنه قبل أن يركع لم يأت بمعظم الركعة، وإذا أتى بمعظمها فقام مقام كلها. وقال أبو حنيفة: يحنث إذا أتى بسجدة؛ لأن الركعة لا يثبت لها حكم حتى يقيدها بسجدة وهذا لا يصح؛ لأنه يقال صلى إذا أحرم بالصلاحة، وقد قال عليه السلام في إمامية جبريل عليه السلام: «وصلتى بي الظهر حين زالت الشمس»^(١)، وأراد: أحرم بي الصلاة، فإذا تناوله الاسم وجب أن يحنث. وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأن عند أبي حنيفة الركعة الواحدة لا تكون صلاة بانفرادها، وعندنا من غير السجدتين والشهد لا تكون صلاة، فإذا حنث بعض وجب أن يحنث بأولها؛ لأن إبطال قول أبي حنيفة حيث اعتبر السجود.

فرع آخر

إذا حلف لا يصوم فدخل في الصوم بالنية حنث؛ لأنه يسمى صائماً به.

فرع آخر

لو قال: والله لا أصلي صلاة، لا يحنث بالدخول فيها حتى يصلي ركعتين ويسلم منها. وقيل: فيه قول آخر يحنث إذا صلّى ركعة واحدة ويسلم منها.

فرع آخر

لو حلف لا يدخل بيته فدخل دهليز الدار لا يحنث؛ لأنه لا يراد الإيواء والسكنى، بل يراد للنمر والاجتياز، فلو دخل بيته في دار حنث؛ لأن اسم البيت يقع عليه وإن كان من جملة الدار.

فرع آخر

لو دخل صفة في دار لم يحنث، وقال أبو حنيفة: يحنث وهذا لا يصح؛ لأن اسم البيت لا يقع على الصفة، كاسم الصفة لا يقع على البيت إذا حلف لا يدخل صفة فدخل بيته لا يحنث.

(١) تقدم تخرجه.

فرع آخر

لو قال: من بشرنبي بخبر زيد من عبيدي فهو حر، فبشره واحد بخبر سار لزيد عتق، وإن بشره بخبر مكروه لزيد ففيه وجهان:
أحدهما: يعتقد؛ لأن البشارة مأخوذة من تغير البشرة، وقد تتغير بالمكروه كما تتغير بالسار.

والثاني: [١٤/ب] أنه لا يعتقد؛ لأن البشارة قد صارت في العرف للسار من الأخبار دون المكروه. وقال صاحب «الحاوي»: الصحيح أن ينظر حال الحال مع زيد، فإن كان صديقاً له لم يعتقد بالخبر المكروه، وإن كان عدواً له عتق بالخبر المكروه؛ لأنه يسره فصار بشارة عنده.

فرع آخر

لو بشره الجماعة في حالة واحدة أعتقدوا جميعاً، ولو بشره جميع عبيده في حالة واحدة لم يعتقد واحد منهم؛ لأنه قال: من بشرنبي من عبيدي يقتضي البعض دون الجميع.

فرع آخر

لو قال: من بشرنبي بقدوم زيد من عبيدي فهو حر، فبشره واحد ثم آخر عتق الأول دون الآخر؛ لأن البشارة اسم لما تحصل به البشرى والسرور، وقد حصل ذلك بالأول دون الثاني، فإن جاء اثنان أو ثلاثة دفعه بشروه يعتقد الكل ولا يعتقد من جاء بعده.

ولو قال: من أخبرني بقدوم زيد فهو حر، فأخبره واحد فهو حر، فدخل واحد أول ثم دخل آخر يعتقد الأول دون الثاني، فإن دخل اثنان معاً ثم دخل ثالث لم يعتقد واحد منهم؛ لأن الاثنين لم يسبق أحدهما الآخر، والشرط أن يكون عبداً هو أول ولم توجد هذه الصفة، وبالتالي لا يوصف بأنه أول.

فرع آخر

لو قال: أول من يدخل الدار من عبيدي وحده فهو حر، فدخل الثنان معاً ثم دخل واحد بعدهما، يعتقد الذي دخل بعدهما، لأنه أول من دخل الدار وحده.

فرع آخر

لو دخل واحد ولم يدخل بعده، قال ابن سريج: يحتمل أن يقال: يعتقد الأول؛ لأنه أول دخل. ويحتمل أن يقال: لا يعتقد؛ لأنه لا يكون أولاً إلا إذا كان له آخر والأول

أصبح، وحكي القاضي الطبرى هذا الوجه الثاني عن ابن سريج، والوجه الأول عن سائر أصحابنا. [١٥/١]

فرع آخر

لو قال: من سبق بدخول الدار من عبدي فهو حرّ، فأيهم سبق بالدخول عتق ولم يعتق بعده. ولو سبق بالدخول اثنان معاً ثم دخل بعدهما ثالث لم يعتقا؛ لأنّه ليس فيهما سابق.

فرع آخر

لو قال: آخر من دخل الدار من عبدي فهو حرّ، فدخل واحد ثم واحد لم يعتق واحد منهم حتى يموت السيد، فإذا مات عتق آخر عبد دخل الدار قبل موته؛ لأن قوله: «آخر من دخل» أطلق في جميع من يدخل، فما دام هو حياً لا يكون آخرأ لجواز أن يدخل بعده غيره وبالموت يتبيّن الآخر.

فرع آخر

لو قال لعبد: إن لم أحج العام فانت حرّ، ثم اختلف العبد والسيد فقال السيد: قد حججت، وقال العبد: ما حججت وقد عنت، وأقام العبد بينة أن السيد رؤي يوم النحر بالكوفة. قال ابن سريج: يعتق العبد؛ لأنّه يستحيل في حكم العادة أن يكون حاجاً في هذه السنة، فحكم أنه لم يحج وعنت العبد.

فرع آخر

إذا قال لعبددين له: إذا جاء الغد فأحدكم حرّ، ثم جاء الغد وهما في ملكه يعتق أحدهما لا بعينه ويرجع إليه في التفسير وهو ظاهر، فأما إذا باع أحدهما قبل مجيء الغد أو يعتقه أو ولهه وأقبضه، ثم جاء الغد قال محمد: يعتق الباقي عليه. وقال ابن سريج: لا يعتق؛ لأنّه أوقع عتقاً فيهما، قال: يجوز أن يتعين من غير تعينه، فيتبيّن أن يكون على صفة بتعلق الحرية عند مجيء الغد بهما ثم يعتق هو أحدهما. فإن باع أحد العبددين في يومه ثم اشتراه وجاء الغد وهما في ملكه، فإن قلنا: الصفة تعود بعده الملك فهو كالمسألة الأولى، وإن قلنا: لا تعود، فهو كالمسألة الثانية.

فرع آخر

لو كانت المسألة بحالها نصف أحدهما في يومه، ثم جاء الغد وقع العتق مبهماً في أحدهما لأنّهما [١٥/ب] جمِيعاً محل لوقوع العتق، ثم يتنظر فإن عين العتق في العبد الكامل

عتق كله، وإن عينه في الذي باع نصفه عتق النصف وسرى إلى الباقي إن كان موسراً، وإن كان معسراً لم يسر.

فرع آخر

قال ابن سريح تفريعاً على هذا: إذا كان له عبдан فقال: إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر، ثم جاء الغد وهم في ملكه عتق أحدهما لا عينه، فإن باع أحدهما أو مات أو أعتقه ثم جاء الغد لا يعتق عليه النصف الباقي؛ لأنه جعل الشرط مجاء الغد وأحدهما في ملكه، وهما في ملكه نصف أحدهما.

فرع آخر

لو قال لعبده وعبد غيره: أحدكما حر لم يعتق واحد منهما؛ لأن أحدهما لا يملك إعتاقه فلا يصح التخيير.

فرع آخر

لو قال: لا كلمت زيداً فسمّي عمرأ ثم كلمه حنث؛ لأن اليمين تعلقت بنفسه دون اسمه.

فرع آخر

إذا حلف لا يتكلف لفلاي بمال فتكلف بوجهه لم يحيث، وبه قال أبو حنيفة. وقال أحمد: يحيث بناء على قوله: «إذا تعذر تسليم المكافول به يجب المال وصار ذلك كفالة»، قال: وهذا لا يصح؛ لأن الكفالة بالوجه كفالة بيده، وبدينه ليس بمال فلم يتناوله يمينه، وما ذكروه لا يسلم ولا يصح أيضاً؛ لأنه يلزم المال لتعذر تسليمه لا أن الكفالة كانت بالمال.

فرع آخر

لو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لم يحيث سواء كان في الصلاة أو في غيرها، وبه قال أحمد: وقال أبو حنيفة: إن قرأ خارج الصلاة حنث؛ لأن القرآن كلام الله، فإذا قرأ فهو متكلم به وهذا لا يصح؛ لأن ما لا يحيث به في الصلاة لا يحيث به خارج الصلاة كالإشارة.

فرع آخر

إذا حلف لا يكلمه فصلٍ خلفه فسها فسبح أو كبر، قياس المذهب أنه يحيث. وقال أبو حنيفة: إن كان في الصلاة لم يحيث، وإن كان خارجاً يحيث كما قال في القرآن وهذا

لا يصح؛ لأن قارئ القرآن لا يسمى [١٦/أ] متكلماً بل يسمى قارئاً، ويسمى بالتسبيح متكلماً.

فرع آخر

لو حلف لا يكلم فلاناً فقرأ آية من القرآن فهم ذلك الرجل منها، مثل إن كان يدق الباب فقال: «أَذْهُلُوهَا ٰسْكُنُهَا ٰإِمْبَنَهَا» [الحجر: ٤٦] فإن قصده قراءة القرآن لم يحث وإن حث.

فرع آخر

لو حلف لا يكلم الناس فكلم واحداً حث، لأن الألف واللام للجنس، فإذا كلام واحداً من الجنس حث، كما لو قال: لا أكلت الخبز فأكل حبزاً حث.

فرع آخر

لو قال: لا أكلم ناساً انصرف إلى ثلاثة أنفس.

فرع آخر

لو حلف لا يكلمه فزجره بأن قال: تنح عني حث. وقال أبو حنيفة: إن زجره عقيب اليمين لم يحث، وإن قال بعد ذلك حث. وكذا الخلاف إذا قال: لا كلمتك فاذهب أو فقم.

وحكى عن أبي حنيفة أنه قال: إذا قال لزوجته: والله لا كلمتك فاذهب لا يحث إلا أن ينوي بقوله فاذهي الطلاق؛ لأنه إذا نوى به الطلاق كان كلاماً مستأنفاً لا يتعلق بالأول، بخلاف ما لو لم ينوى به الطلاق؛ لأنه يكون تمام الكلام، وهذا لا يصح؛ لأن قوله: قومي كلام منه لها حقيقة، فإذا وجد منه بعد يمينه حث به، كما لو كان قد فصله.

فرع آخر

لو قال رجل لرجل: كلام زيداً اليوم، وقال: والله لا كلمته، فإن يمينه على الأبد إلا أن ينوي اليوم، فان ذلك في الطلاق وقال: نويت اليوم لم يقبل في الحكم. وقال أصحاب أبي حنيفة: تكون يمينه على اليوم ودلالة الحال خصت ذلك، إلا أن يطول الكلام مثل أن يقول: ما أتيتني في متزلي وقد أتيتك في متزلك غير مرة، فيقول: والله لا أتيتك فإن هذا يكون على اليوم؛ لأن الكلام طال وهذا لا يصح؛ لأن يمينه مطلقة فوجب أن تكون

على التأييد، كما لو ابتدأ بها أو طال الكلام.

فرع آخر

لو قال: لا لبست حلياً، قال أبو حنيفة: لا يحث باللؤلؤ [١٦/ب] حتى تمزح بذهب أو فضة، وعندنا يحث به؛ لأنَّه حليٌّ، قال الله تعالى: ﴿لَيُحِكَّمُونَ فِيهَا مِنْ أَسْكَارِهِ مِنْ ذَهَبٍ وَلُؤلُؤًا﴾ [الحج: ٢٣].

فرع آخر

لو تحلى بالخرز والصقر، فإنَّ كان في عرفهم حلياً كأهل البوادي وسكان السواد يحث وإلا فلا يحث. وقيل: هل يحث به غيرهم؟ فيه وجهان كما قلنا في بيوت الشعر ورؤوس الصيد.

فرع آخر

لا فرق في الحث بين مباحه ومحظوره، ويحث بلبس الخاتم ذهباً كان أو فضة. وقال أبو حنيفة: لا يحث إنَّ كان من فضة، ويحث إنَّ كان من ذهب؛ لأنَّ الذهب غير مألفٍ والفضة مألفة، وهذا لا يصح؛ لأنَّ مألفة وغيره سواء كالمسوقة والأطواق. وقد روي أنَّ النبي ﷺ تحلى خاتماً من ذهب ثم نزعه^(١).

فرع آخر

لو لبس ثوباً منسوجاً بالذهب لا يحث؛ لأنَّه باسم الثوب أخص منه باسم الحلى. وكذلك لو تقلد سيف مخلي؛ لأنَّ السيف ليس بخلي وإنَّ كان عليه حليٌّ.

فرع آخر

لو لبس منطقةً محلةً بذهب أو فضةٍ فيه وجهان، أحدهما: يحث بها؛ لأنَّها من حلي الرجال. والثاني: لا يحث؛ لأنَّها من الآلات المحلة كالسيف.

(١) أخرجه البخاري في اللباس، باب خواتيم الذهب (٥٨٦٥) ومن مسلم في اللباس والزيمة باب تحريم خاتم الذهب على الرجال (٢٠٩١) والترمذى في اللباس عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في لبس الخاتم في اليمين (١٧٤١).

فرع آخر

لو حلف لا يلبس قلنسوة فلبسها في رجله لم يحث؛ لأن اليمين تقتضي لبسًا متعارفًا وهذا غير متعارف.

فرع آخر

لو حلف لا يلبس شيئاً فلبس درعاً أو جوشناً أو خفأً أو نعلاً فيه وجهان؛ أحدهما: يحث؛ لأنه لبس شيئاً.

والثاني: لا يحث؛ لأن إطلاق اللبس لا ينصرف إلى غير الثياب.

فرع آخر

لو قال: والله لا كلمتك حث؛ لأنه بإعادة الكلام قد صار مكلماً له.

فرع آخر

لو كلمه وهو نائم، فإن كان كلاماً يواظط مثله النائم حث به وإلا فلا.

فصل

قال صاحب «الحاوي»: أذكر في الأيمان أصلًا يحمل عليه أحکامها لبس من الإخلال، فأقول: [١٧/أ] كل يمين انعقدت على اسم يعتبر به البر والحدث لم يخل ذلك الاسم من أمرین؛ مجمل ومحسر، فإن كان مجملًا كقوله في الإثبات: والله لأفعل شيئاً، وفي النفي: والله لا فعلت شيئاً، فاسم الشيء يُضم إلى كل مُسمى فلا يحمل على جميع الأشياء لخروجها عن القدرة، والعرف يوجب أن يحمل على بعضها ولا يتغير بعضها إلا بالبيان فيرجع فيها إلى بيانه، فإن كانت له نية وقت يمينه يحمل على نيته فيصير بالنية مفسراً وبالقول مخبراً، كأنه أراد بقوله: لا فعلت شيئاً أي لا دخلت هذه الدار. وبقوله: لأفعل شيئاً أي لا دخلن هذه الدار، فتعلق بره وحثه بدخول الدار، سواء تقدم على بيانه أو تأخر، فإن لم يكن له نية وقت يمينه له أن يعنيها بعد اليمين فيما شاء ويعمل فيها على خياره، كمن قال لنسائه: إحداكن طالق، ولم يعين واحدة، كان له تعين الطلاق فيمن شاء منها، وإذا كان التعين إلى خياره فإن كان حلف بالطلاق أو العناق يؤخذ جبراً باليقين لتعلق حق الأدمي بها، وإن كان حلف بالله لا يجبر فيعين متى شاء ولا حث فيها قبل التعين، وإذا عينها باختياره فجعل قوله: لأفعلن شيئاً معيناً، في أن يركب هذه الدابة، وقوله: لا فعلت شيئاً معيناً وأن لا يركب هذه الدابة صار هذا التعين هو المراد باليمين، فتعلق به البر

والحنث دون غيره.

ثم لا يخلو إما إن وجد منه ركوب الدابة قبل التعين أو لم يوجد، فإن لم يوجد تعلق بالبر والحنث بما يستأنفه من ركوبها بعد التعين، وإن كان ركوبها قبل التعين ففي وقوع البر والحنث به وجهان مبنيان على تعين الطلاق المبهم في واحدة من نسائه، هل يوجب وقوعه وقت اللفظ أم وقت التعين؟ فيه وجهان:

فإن قلنا: يقع باللفظ يتعلق البر والحنث بما تقدم من [١٧/ب] الركوب قبل التعين، ولا يتعلق بما تأخر عنه بُرٌ ولا حنث.

والثاني: يقع الطلاق وقت التعين، فعلى هذا يتعلق البر والحنث بالركوب بعد التعين ولا يتعلق بما تقدمه بُرٌ ولا حنث.

وأما الاسم المفسر فضربان، أحدها: إن كان له حقيقة ومجاز كالسراج مجاز في الشمس، والبساط مجاز في الأرض، فينقسم في الأيمان خمسة أقسام:

أحدهما: أن يريد به الحقيقة دون المجاز، فيحمل على حقيقته لفظاً ومعتقداً سواء كان من إرادة الحقيقة لغويأً أو شرعاً، فإذا حلف لا يأكل الزيد لم يحث باللين على هذا.

والثاني: أن يريد به المجاز دون الحقيقة، فيريد بالسراج الشمس دون المصباح، وباللحم السمك، فإن كانت يمينه بالله عز وجل حمل على المجاز في الظاهر والباطن لاستثناء الحقيقة بيته، وإن كانت بالطلاق حملت على المجاز في الباطن وحملت على أغلف الأمرين في الظاهر، سواء كان ما أراد من المجاز شرعاً أو لغويأً.

والثالث: أن يريد الجمع بين حقيقته ومجازه، فيحمل عليهما في بره وحنته؛ لأنه أغلف فيحمل السراج على المصباح والشمس على هذا.

والرابع: أن يريد به غير حقيقته ومجازه، كمن أراد بالسراج غير المصباح والشمس، فلا يحمل على الذي أراد لخروجه عن مقتضى لفظه، كمن أراد الطلاق بما ليس بصريح ولا كناية، ولا يحمل على المجاز لتجريده عن النية.

وأما حمله على الحقيقة، فإن كانت يمينه بالطلاق حملت على الحقيقة في الظاهر لا في الباطن، وإن كانت يمينه بالله تعالى لم يحمل على الحقيقة لا في الظاهر ولا في الباطن، وإن كانت لغواً لا يشعل بها بُرٌ ولا حنث. وقال مالك ومحمد: إنه حمل يمينه على إرادته وإن خرج عن الحقيقة والمجاز إذا اقتنى به ضربٌ من الاحتمال. وحكى عن محمد أنه قال فيما قال لغريمه: والله لأجرنك على الشوك [١٨/أ] بُرٌ بمطله وتأخير دينه اعتباراً بمخرج

الكلام ومقصوده وهذا غلط؛ لأن ما خرج عن الحقيقة والمجاز صار مختصاً بمجرد النية والنية لا يتعلق بها يمين، كما لو نوى يميناً.

والخامس: أن تجرد يمينه عن نيته وإرادته فتحمل في البر والجث على الحقيقة دون المجاز [لأن افتقار المجاز إلى النية يسقط حكمه إذا تجرد عن نية مثل كنایات الطلاق إذا لم تقترب بها نية] فإن اختلف الشرع في حقيقته ومجازه كالنکاح في الشرع هو حقيقة في العقد ومجاز في الوطء، وفي اللغة حقيقة في الوطء مجاز في العقد، وكالصلوة، والزكاة، والصوم لها حقيقة في الشرع غير حقيقة اللغة، فيحمل على حقيقته في الشرع دون اللغة لأنه ناقل.

والضرب الثاني على الاسم الخاص أن يكون له حقيقة وليس مجاز، وهو على أربعة أقسام؛ مبهم، ومعين، ومطلق، ومقيد.

فالمبهم: لا كلمت رجلاً يحث بكل من كلامه من الرجال دون الصبي والمرأة.

والمعين: لا كلمت زيداً يحث بكلامه صغيراً أو كبيراً.

والمطلق: أن يقول: لا شربت ماء، فإطلاقه أن لا يذكر أنه قدراً، ولا يعين له زماناً ولا مكاناً، فيحث بشربه في كل مكان وزمان إذا شربه صرفاً، فإن شربه ممزوجاً حث إذا غلب على غيره بلونه وطعمه، وإن غلب عليه غيره بلونه وطعمه لم يحث.

والمقييد: ثلاثة؛ مقييد بمكان لا شربته بالبصرة، ومقيد بزمان لا شربته اليوم، ومقيد بصفة لا شربته صرفاً فيقتيد به.

ويحث في المبهم بالمعين ولم يحث في المعين بالمبهم، وحث في المطلق بالمقيد ولم يحث في المقيد بالمطلق، لعموم المبهم والمطلق وخصوص المعين والمقيد، فإن أراد بالمبهم معيناً وبالمطلق مقيداً حمل على إرادته لفظه، فيجعل المبهم معيناً والمطلق مقيداً في الظاهر والباطن إن كان حالفاً بالطلاق؛ لأنه استثناء بعض ما شمله عموم الجنس، فصار بتخصيص العموم في النصوص الشرعية، فلا يحث في إبهام قوله: لا كلمت رجلاً وقد أراد زيداً [١٨/ب] إلا بكلامه دون غيره من الرجال، ولا يحث في إطلاق قوله: لا شربت ماء وقد أراد شهراً لا يشربه فيه دون غيره من الشهور.

فأما عكس هذا إذا أراد بالمعين نبيهاً وبال المقيد مطلقاً حمل على لفظه في التعين والتقييد ولم يحمل على إرادته في الإبهام والإطلاق؛ لأن ما تجاوز المعين والمقيد خارج

عن لفظ اليمين، فصار مراداً بغير يمين فلا يحث في تعين قوله: لا كلمت زيداً هذا وقد أراد كل الرجال إلا بكلام زيد وحده. ولا يحث في تقيد قوله: لا شربت الماء في شهرني هذا وقد أراد كل الشهر على الأبد ألا يشربه فيه وحده.

وشاهدنا من الطلاق أن يقول لأمرأته: أنت طالق واحدة ويريد بها ثلاثة لا تطلق ثلاثة، لأنه قد صرخ بنفيها بلفظ فلم يقع بمجرد إرادته، فاقتصر حكم العكس لافتراق العلتين.

وأما العام فضريان؛ أحدهما: عام اللفظ عام المراد ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان عمومه في لفظه ومعناه، مثل قوله: والله لا كلمت الناس يحمل على كل إنسان من صغير وكبير، وعلى كل نوع من الكلام سقيم وسليم، ومثله في التنزيل قوله تعالى: «إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ شَيْءاً عَلِيمًا» [العنكبوت: ٦٢]، وقياسه بالإيمان أن يقول: لا أكلت اللحم، يحث بكل نوع من اللحم على كل صفة من الأكل.

والثاني: ما كان عمومه في لفظه دون معناه، كقوله: والله لا أكلت الحنطة، يحث بكل نوع من الحنطة ولا يحث بأكل ما حدث عن الحنطة من سويق أو دقيق، وإذا قال: لا أكلت اللبن يحث بكل نوع من اللبن ولا يحث بما حدث من اللبن من جبن ومصل وسمن، فيصير محمولاً على عموم لفظه دون معناه، وهذا يختص بما إذا تغير عن حالي زال عن اسمه فافعل ذلك قياساً مطراً في نظائره.

والثالث: ما كان عمومه في معناه دون لفظه، مثل قوله: لا أكلت عسلاً فأكل خبيصاً فيه عسل، [١٩/١] ولا أكلت دقيقاً وأكل خبيصاً فيه دقيق حث؛ لأن في الخبيص عسلاً ودقيقاً، وكذلك السمن، وهذا يختص بما إذا حدث له اسم بالمشاركة لم يزل الاسم الخاص عن كل نوع منها؛ لأنه لا يسمى خبيصاً إلا باجتماعهما ولا يزول اسم كل نوع عنه؛ لأنه لا يقال: هذا خبيص فيه عسل وفيه دقيق وفيه سمن. فإن قيل: أليس لو قال: لا أكلت دقيقاً فأكل خبزاً حث؟ قلنا: الفرق أنه لا يقال هذا خبز فيه دقيق، ويقال: هذا خبيص فيه دقيق، فصار اسم الدقيق في الخبيص باقياً وفي الخبز زائلاً فاقتصرا.

والضرب الثاني: ما كان عام اللفظ خاص المراد، فهو ما خص عموم لفظه بسبب أوجب خروجه عن عموم كما خصه عموم الكتاب والسنة، وتخصيص اللفظ العام في الإيمان من خمسة أوجه أحدها: تخصيص عمومه بالمحظوظ.

والثاني: بالشرع.

والثالث: بالعرف.

والرابع: بالاستثناء.

والخامس: بالنية.

فأما الأول: ما امتنع استيفاء عمومه في القصد كقوله: والله لا يأكلنَّ الخبز، ولا شربنَّ الماء، ولا يكلمنَّ الناس، ولاتصدقن على المساكين، لما امتنع أن يأكل كل الخبز، أو يشرب كل الماء، [ويكلم جميع الناس، ويتصدق على جميع المساكين]^(١) لما خص العقل عموم الجنس فتعلق البر والحنث بأكل بعضه وشرب بعضه، وكلام بعض الناس، والتصدق على بعض المساكين.

ثم هذه الأجناس ضربان [معدوم وغير معدوم]^(٢) فغير المعدوم الخبز والماء فيتعلق البر والحنث بقليله وكثيرة. والمعدوم كالناس والمساكين، فإن كانت يمينه على الإثبات كقوله: لا يكلمنَّ الناس، ولاتصدقنَّ على المساكين لم يبر حتى يكلم ثلاثة ويتصدق على ثلاثة اعتباراً بأقل الجمع، وإن كانت يمينه على نفي كقوله: لا كلمت الناس ولا تصدقت على المساكين حتى بكلام واحد وبالصدقة على واحد اعتباراً [١٩/ب] بأقل العدد، والفرق أن نفي الجميع ممكן وإثبات الجميع ممتنع، فاعتبر أقل الجمع بالإثبات واعتبر أقل العدد في نفي.

وأما التخصيص بالشرع فضربان؛ تخصيص اسم وتخصيص حكم، فتخصيص الاسم كالصوم في اللغة الإمساك عن الطعام والكلام، ثم خصه الشرع بالإمساك عن الطعام والشراب في النهار فلا تعتقد يمينه إلا بالصوم الشرعي، وكذا الحج، والصلوة.

وأما تخصيص الحكم فكل حرم الخنزير خص بالتحريم من عموم اللحوم المباعة، ففي تخصيص العموم به في الإيمان وجهان:

فلا يحنث إذا حلف لا يأكل لحم الخنزير، ولا يبر إذا حلف ليأكلن اللحم فأكل لحم الخنزير، ولو حلف لأوطأنَّ لا يحنث بالوطء في الدبر، ولو حلف أنه لا يطأ لم يبر بالوطء في الدبر، ويبَرَّ ويحنث بوطء الزنا؛ لأنَّه من جنس المباح، وعلى هذا لو حلف لا يتيم لا يحمل على موضوع اللغة وهو القصد، بل يحمل على التيم الشرعي في سفِر أو مرض، وعلى الوجه الآخر لا يتخصص عموم الأيمان بالأحكام الشرعية، لاتفاق أحكام القرآن في الحظر والإباحة اعتباراً بما انعقدت عليه، فيحمل على عمومها فيما حل وحرم اعتباراً بالاسم دون الحكم فيحنث في اللحم بكل لحم، وفي الوطء بكل وطء.

وأما تخصيص العموم بالعرف فضربان؛ عام وخاص.

فالعام: كمن حلف لغيره لا خدمتك الليل والنهار، فيختص بالعرف من خدمة النهار زمان الأكل والشرب، والطهارة والصلاوة، والاستراحة بحسب ما يخدم فيه من شاق وسهل، ومن خدمة الليل وقت النوم المألف، فإن ترك الخدمة فيها لم يحث لخروجهما بالعرف من عموم يمينه، وإن ترك الخدمة في غيرها من الأوقات حث لدخولها في عرف يمينه، ولو حلف [٢٠/أ] لأضربينك الليل والنهار خرج بالعرف من زمان الليل والنهار ما ذكرناه، فلا يكون بترك الضرب فيها حثاً، وخرج بالعرف من بقية الزمان في الضرب خصوصاً للوقت الذي يكون ألم الضرب فيه باقياً، فيكون بقاء ألمه كبقاء فعله، فإن ترك ضربه مع بقاء الألم لم يحث، وإن تركه مع زوال الألم حث؛ لأن من دوام فعله أن يتخلله فترات من العرف، فاعتبر بدوام ألمه الحادث عنه.

ولو قال: والله لا وضعت ردائى عن عاتقى انعقدت يمينه على لبسه في زمان العرف، فإن نزعه في زمان الليل، أو في دخول الحمام، أو عند تبدلاته في منزله لم يحث لخروجه بالعرف من زمان لبسه، وإن نزعه في غيره حث لدخوله في عرف ليسها، ولو قال لغريمه: والله لا نزعت ردائى عن عاتقى أقضيك حلك حث بنزعه قبل قضاء دينه في زمان العرف وغيره، والفرق أنه جعله في الإطلاق مقصوداً، وفي قضاء الدين شرطاً، والعرف معتبر في الإيمان دون الشرط.

وعلى هذا لو قال لغريمه: والله لا خدمتك حتى أقضيك حلك لم يحث بترك الخدمة في زمان الاستراحة قبل القضاء؛ لأنه جعل الخدمة جزاء ولم يجعلها شرطاً، وعلى هذا لو حلف لا يأكل الرؤوس لا يحث بأكل رؤوس غير النعم لخروجهما بالعرف من عموم الاسم.

ولو حلف لا يلبس هذا القميص لا يحث إذا ارتدى به، ولو حلف لا يلبس الخاتم لا يحث بلبسه في الإبهام ويحث بلبسه في الخنسر اعتباراً بالعادة وتخصيصاً بالعرف، وأما العرف الخاص: كقوله: لا قتلت ولا ضربت، فأمر بالقتل والضرب يحث به الملوك دون السوقة.

ولو قال: والله لا تصدق حث الأغنياء بدفعها وحث الفقراء بأخذها اعتباراً بالعرف في الفريقين: ولو قال: والله لا ظفت ولا سعيت حث أهل مكة [٢٠/ب] بالطواف بالبيت وبالسعى بين الصفا والمروءة، وحث غيرهم بالسعى على القدم وبالطواف في الأسواق، وحث [أهل] الوشاة بالسعى إلى الولاة.

ولو قال: والله لا ختمت، حث القارئ بختم القرآن، ويحث التاجر بختم كيسه؛ لأنه عرف بكل واحدٍ منهما أنه، ولو قال: والله لا قرأت، حث بقراءة القرآن دون قراءة

الشعر، ولو قال: والله لا تكلمت، حنت بالكلام، وإنشاء الشعر دون قراءة القرآن لخروجه بالإعجاز من جنس الكلام الذي ليس فيه إعجاز.

وأما تخصيص العموم بالاستثناء: فهو القول المخرج من لفظ اليمين بعد ما اشتمل عليه وله شرطان؛ أن يكون متصلًا بها، وأن يخالف حكم اليمين، فإن كانت على نفيٍ كان الاستثناء إثباتاً، وإن كانت على إثباتٍ كان الاستثناء نفياً، وخالف أصحابنا في هذا الاستثناء، هل يفتقر إلى اعتقاده في أول اليمين على وجهين:

أحدهما: يفتقر إليه حتى إن لم يعتقد بطل حكمه فيما بينه وبين الله تعالى، وإن كان حكمه في الظاهر صحيحاً.

والثاني: لا يفتقر ويصبح إذا اتصل بها ظاهراً وباطناً، وحكم هذا الاستثناء أن يخرج عن يمينه بعض جملها وهو على أربعة أضرب:

أحدها: استثناء مكانٍ.

والثاني: استثناء زمانٍ.

والثالث: استثناء عددٍ.

والرابع: استثناء صفةٍ. وفي ذكر أحدها بيان جميعها، فإذا قال: والله لأضربي زيداً إلا في داري بِرَّاً إن ضربه في غير داره، ولم يبر إن ضربه في داره. ولو قال: والله لا ضربت زيداً إلا في داري، حنت إن ضربه في غير داره، ولم يحنت إن ضربه في داره، وبرَّاً إن لم يضربه في غير داره، ولم يبر إن لم يضربه في داره، وعلى هذا القياس.

وأما التخصيص بالنسبة: فإن ينوي بقلبه [أ/٢١] في عقد يمينه ما يصح أن يذكر باللفظ، فيحمل فيه على نيته إذا اقترن بعقد يمينه، ولا يصح إن تقدمت النية على اليمين أو تأخرت عنها، وذلك مثل قوله: والله لا كلمت زيداً وينوي به مهماً، أو لا أكلت خبزاً وينوي به ليلاً، فيحمل في اليمين بالله تعالى على نيته ظاهراً وباطناً، وفي الطلاق يحمل ظاهراً لا باطناً والله أعلم.

مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَّتْ لَا يُكَلِّمَ رَجُلًا فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ وَالْمَخْلُوفُ عَلَيْهِ فِيهِمْ يَحْنَثُ»^(١).

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٤٥).

قال أصحابنا: جملة هذا أنه إذا علم ونواه بقلبه حنت قولهً واحداً، وإن أغزله بقلبه وقصد السلام على غيره لم يحيث قولهً واحداً وإن لم يعلم فسلم على جماعتهم فهل يحيث قولهً لأنَّه مخطيء، وفي الخطأ قولهً، ولو مرّ عليه فسلم ناسياً عليه فيه قولهً، وإن سلم عليه ذاكراً لليمين إلا أنه لا يعرف فهو خطأ فيه قولهً، وإن نوى السلام على جماعتهم حنت؛ لأنَّه سلم عليه وعليهم، وإن أطلق السلام عالماً بأنه فيهم ولم يعزله بالنية ولا قصده بالنية، قال في «الأم» ونقول المزني إلى «المختصر»: لا يحيث. وقال الربيع: وفيه قول آخر أنه يحيث. فالمسألة على قولين:

أحدهما: لا يحيث؛ لأنَّه يحتمل أن سلم عليهم دونه، ويحتمل أن يسلم عليه وعليهم فلم يحيث بالشك.

والثاني: يحيث؛ لأنَّه إذا سلم عليهم وهو فيهم فقد سلم عليهم وعلى كل واحد منهم لحق عموم اللفظ فحيث به.

مسألة: قال: «ولَوْ كَتَبَ إِلَيْهِ كِتَابًا أَوْ أَرْسَلَ إِلَيْهِ رَسُولًا فَالْوَرْعُ أَنْ يُحْتَدَّ نَفْسَهُ». أعلم أنه إذا حلف لا يكلم رجلاً، فكتب إليه، أو أرسل إليه رسولاً، أو أشار إليه، أو أومأ إليه هل يحيث؟ قولهً:

قال في «القديم»: يحيث، وبه قال مالك لقوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِشَرِّيْ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَحْيًا» [الشورى: ٥١]، فاستثنى الوحي من الكلام، [٢١/ب] وقال تعالى: «إِنَّمَا يُحَمِّلُ أَثْنَاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَضَانُ» [آل عمران: ٤١]، فاستثنى الرمز من الكلام، ولأنَّ الكلام يراد لفهم ما في القلب، وبهذه الأشياء يحصل الإفهام.

وقال في «الجديد»: لا يحيث وهو الأصح، واختاره المزني؛ لأنَّ الله تعالى قال: «فَقُولُوا إِنِّي نَذَرْتُ لِرَبِّنِي صَوْمَانِ» [مريم: ٢٦] الآية، ثم قال: «فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ» [مريم: ٢٩]، فلو كانت الإشارة من الكلام لما أشارت وقد نذرت أن لا تتكلم، ولأنَّه يصح نفي اسم الكلام عن هذه الأشياء فيقول: ما تكلمت ولكن أشرت وكتب فلم يحيث به، وأما الآية التي ذكروها قلت: ذاك استثناء من غير الجنس وقد ورد به القرآن، قال الله تعالى: «لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَقُوا إِلَّا سَلَامًا» [مريم: ٦٢]، واحتج المزني على اختياره بأنَّ الله تعالى قال: «إِنَّمَا يُحَمِّلُ أَثْنَاسَ ثَلَاثَ لِيَالٍ سَوِيًّا فَرَحْجَ عَلَى قَوْمِهِ مِنَ الْمُخْرَابِ فَأَوْحَى إِلَيْهِمْ أَنْ سَيَحُوْ بَكَرَةً وَعَشِيًّا» [١١، ١٠] فاقهم بما يقوم في الفهم مقام الكلام ولم تتكلم به، وقد احتج الشافعي - رضي الله عنه - بأنَّ الهجرة محرمة فوق ثلاثة، فلو كتب أو أرسل إليه وهو يقدر على كلامه لم يخرجه هذا من الهجرة التي يأثم بها، فلو كان الكتاب كلاماً يخرج به من الهجرة،

وأجاب بعض أصحابنا عما ذكر المزني فقال: أما حديث زكريا عليه السلام فلأنه نهي عن الكلام مع استثناء الإشارة، وهو قوله تعالى: ﴿أَلَا تُكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ [آل عمران: ٤١]، وبهذا استدللنا على أن الرمز كلام.

وأما الهجرة فإن كانت المخاطبة بينهما فيما قبل الهجرة بالكتاب أو الرسالة خرج من الهجرة إذا كانت عادته جارية بالتسليم بالإشارة، وإن كاتبه وهما في مجلس واحد وقال في هذه الحالة لغيره: قل له كذا وكذا، فهذا إصرار منه على الهجرة؛ لأنه لا تزول به الوحشة وإن كان كلاماً إذا لم يقصد إزالة الوحشة حتى لو غاب صاحبه فكتابه [١٢/١] معذراً أو غير معذراً، ولكنه لم يؤذنه بما في الكتاب زالت الهجرة بذلك، ولو كاتبه بالشتم أو استقبله فشافهه بالشتم لم تزل به الهجرة وإن تكلم، وهذا المعنى غير موجود، هكذا ذكره أصحابنا بخراسان.

وقال في «الحاوي» وغيره: إذا كتب إليه أو أرسل إليه رسولًا وهو يقدر على الكلام معه، هل يخرج عن مأثم الهجرة؟ فيه وجهان؛ قال أبو إسحاق: لا يخرج. وقال ابن أبي هريرة: يخرج؛ لأن المقصود نفي الوحشة التي بينهما وعودهما إلى ما كانوا عليه من الأنس. ومن أصحابنا من قال في أصل المسألة: لا يحيث قوله واحداً، وما ذكر في «القديم» أراد به في الورع، وأراد أنوئي في يمينه المكاتبة والمراسلة.

ومن أصحابنا من قال: هذا في المعايبة بحيث جرت العادة بالمكاتبة والمراسلة، فإن كان معه في المجلس فكتب إليه رقعة لم يحيث قوله واحداً.

فرع

لو حلف لا يكلم فلاناً فكلم غيره بكلام سمعه، فإن لم يكن فيه تعريض له لم يحيث، وإن كان فيه تعريض له، فإن كان مواجهها بالكلام حثت به؛ لأنه قد صار مكلماً له، وإن كان غير مواجهها له لم يحيث. وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - لما أرادت الخروج إلى البصرة أشارت إليها أم سلمة ألا تفعل، وحلفت عليها إن خرجت أن لا تكلمها، فلما خرجت وعادت إلى المدينة، قالت أم سلمة: يا حائط ألم أقل لك، يا حائط ألم أنهك، فبلغت غرضها وسلمت من الحث^(١).

فرع

لو كان الحالف إماماً والمحلف عليه مصلياً خلفه فسلم في الصلاة، فالحكم فيه كما ذكرناه إذا سلم على جماعة وهو فيهم في قياس المذهب.

وقال أبو حنيفة: لا يحث؛ لأن سلام الصلاة ليس بكلام [٢٢/ب] كتكيرها وهذا لا يصح؛ لأن شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين، وليس كالتكبير فإنه يخرج بالسلام من الصلاة وينافيها، ولو قدمه عاماً عن موضعه بطلت صلاته.

مسألة: قال: «ولئن حلفت لا يرى كذا إلا رفعه» إلى فلان القاضي ثم رأه نظر، فإن رفعه إليه برأه، وإن لم يرفعه إليه مع الإمكان حتى مات القاضي أو هو حث؛ لأنه فاته رفعه إليه بتغريط من جهته، وإن أمكنه رفعه إليه إلا أنه حجب عن القاضي ومنع من رفعه إليه حتى فات بموته هل يحث؟ فيه قولان، وإن لم يمكنه رفعه إليه حتى مات القاضي أو هو، مثل أن يرى فيما يموت القاضي عقيبه من غير أن يكون بين الرؤية وبين موته زمان يمكن رفعه إليه، أو يرى فيخرج في الحال ثم يموت هو في الطريق.

قال أبو إسحاق: لا يحث قوله واحداً، لأن مالم يمكنه رفعه إليه فهو كما لم يره، وإنما يلتحقه الحث إذا أمكنه الرفع مع الرؤية، ووافقه بعض أصحابنا على هذا وقال: القولان في المكره الذي أدركه زمان الرفع فمنع. وقال أبو حامد: في هذا قولان أيضاً كالمكره، والأول أصح. فإن قيل: قال الشافعى رضي الله عنه: «لو حلف لا يرى كذا إلا رفعه إلى قاضٍ» فنكر ولم يعين فلم يصح حمل المسألة على تعين القاضي؟ قلنا: الشافعى لم يحك لفظ الحالف وإنما هو لفظه، ألا ترى أنه لو وصل به إلى قاضٍ سماه وعينه كان صحيحاً فثبت ما قلناه.

قال الشافعى رضي الله عنه: «ولئن عزل فلان كائناً نيته أن يرفعه إليه إن كان قاضياً فلأنه يجيز رفعه إليه، وإن لم يكن له نية خشيت أن يحث إن لم يرفعه إليه». ومعنى هذا الكلام أنه إذا سمي القاضى وعيته ثم رأى الأمر الذى حلف على رفعه [٢٣/أ] إليه فلم يرفعه حتى عزل عن القضاء يُنظر، فإن قال: ما دام قاضياً أو نوى ذلك بقلبه، فهو بمنزلة موته على ما بیناه فأغنى عن الإعادة، وإن لم يقل ذلك ولا نية له، قال الشافعى: «خشيت أن يحث إن لم يرفع فيه». قال أبو إسحاق: إنما علق الشافعى القول في حثه ولم يقطع؛ لأنه لم يقتصر على اسمه حتى وصفه بالقضاء، فيمكن أن يكون هذا شرطاً ويمكن أن يكون هذا شرطاً، وتكون الإشارة واقعة على العين دون الصفة.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان:

أحدهما: أنه إشارة إلى العين والصفة؛ لأنَّه سمي ووصف فتعلق بهما. وقال أبو حنيفة: لأن الرفع إليه لا يكون إلا في حال الولاية.

والثاني: لا يتعلق بالصفة وإنما يتعلق بالعين ويكون ذكر الصفة زيادة في معرفة العين وهو الصحيح، وهو ظاهر مذهب الشافعى رضي الله عنه؛ لأنَّه قال: «فإن لم يرفعه بعد عزله خشيت أن يحيث»، فنص على الحنث، فدل على أنه كان أقوى في نفسه، وهذا اختيار القاضى الطبرى. قال: والدليل عليه أن رجلاً لو قال: والله لا ركب دابة فلان بن فلان القاضى، ثم عزل فركب ذاته حنث، وإن لم يكن قوله: القاضى إلا زيادة في تعريف عينه، فيجب أن يكون هنا مثله.

فإذا ثبت هذا وقلنا: القضاء لا يتعلق به اليمين، فإنه يرفعه إليه بعد عزله ويبير، فإن لم يرتفعه حنث. وكذلك ما يراه بعد عزله يحتاج أن يرفعه إليه، فإن لم يفعل حنث. وإذا قلنا: يتعلق اليمين بالقضاء، فإذا عزل كان كما لو مات على ما قدمناه.

فرع

لو لم يسم فقال: لا أرى منكراً إلا رفعته إلى قاضٍ، فإن كان قاضياً أو عزل ثم رأه فعليه رفعه إلى القاضى بعده؛ لأنَّه لم يخص قاضياً دون قاضٍ، فإن مات الذي كان قاضياً [٢٣/ب] وقت يمينه قبل الرفع إليه أو عُزل وولي غيره رفعه إليه بِرَأْيِ يمينه ولا يحيث ها هنا حتى يرى منكراً ويمكنه الرفع إلى قاضٍ، ولا يرفعه حتى يموت فيحيث به.

فرع آخر

لو قال: لا أرى منكراً إلا رفعته إلى القاضى، قال أبو إسحاق: هذا التعريف وهو القاضى في بلده؛ لأنَّه المعروف والمعهود، ولو أمكنه الرفع إلى قاضى بلده في ذلك الوقت فلم يرفعه حتى مات ذلك القاضى حنث، ولا يبر بأن يرفع إلى القاضى بعده.

ولم يذكر أبو إسحاق في هذا القسم إذا رأى بعد موت قاضى البلد وتقليله غيره كيف الحكم، ويجب أن يقال: لا يجب رفعه إليه؛ لأنَّ التعريف عنده تعلق بالقاضى الموجود في حال يمينه، ويكون حكم هذا القسم حكم مسألة الكتاب، فإنَّ التعريف إذا رجع إليه كان بمثابة ما لو عينه وعرفه بيمينه. وقال القاضى الطبرى: هذا مذهب أبي إسحاق وقد ذكره في شرحه.

وقال بعض أصحابنا: إنَّ لم يكن له نية المعهود كان للجنس، وهذا يصح على قول

من قال من أصحابنا: إن الاسم المفرد إذا عرف بالألف واللام ظاهرة للجنس ويجعل للعهد بدليل، وذلك مثل قوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوهُمَا أَيْدِيهِمَا» [المائدة: ٣٨] الآية، «الْأَرْبَيْهُ وَالْأَرْبَيْهُ فَاجْلِدُوهُمَا» [النور: ٢] الآية، ونحو ذلك، فعلى هذا فإلى أي قاضٍ رفعه في ذلك البلد يبرأ في يمينه، ولا يحثث بموته إذا ولّه آخر رفعه إليه وبيّن.

مسألة: قال: «ولو حَلَفَ مَا لَهُ مَالٌ وَلَهُ عَرَضٌ أَوْ دِينٌ حَنَثَ»^(١).

إذا حلف ما له مال وله شيء من العروض والعقارات ونحو ذلك حنث. وقال أبو حنيفة: لا يحثث إلا أن يملك شيئاً من الأموال الزكاتية استحساناً؛ لأن عرف المال في الشروع ينصرف إلى الزكاتي لقوله تعالى: «حَذَّرَ مِنْ أَنْوَهِمْ صَدَقَةً» [التبية: ١٠٣]، ودليلنا [١/٢٤] أن العروض مال حقيقة، بدليل أن الله تعالى قال: «وَأَحْلَلَ لَكُمْ مَا وَرَأَتِ الْكُنُمْ أَنْ تَبَغُوا بِأَنْوَهِكُمْ» [النساء: ٢٤]، ويجوز الترويح بالعروض، وقال عليه السلام: «خير المال مهرة مأمورة، أو سكة مأمورة»^(٢). والمهرة المأمورة: الخيل الكثيرة النتاج، والسكة المأمورة: التخيل المصطفة المؤيرة. وقال مالك: لا يحثث إلا بالذهب والفضة دون غيرها، وهذا أيضاً لا يصح لـما ذكرنا.

فرع

إذا قال: إن شفى الله مريضي فلله علىي أن أتصدق بما لي، فالحكم فيه كما ذكرنا في اليمين، ويتناول ذلك كل ما يتمول خلافاً لأبي حنيفة ومالك رحمهما الله.

فرع آخر

قال: لو كان له دين على إنسان، فإن كان حالاً حنث، فإن ذلك مال يملك أخذه والمطالبة به متى شاء كالوديعة، وإن كان مؤجلاً ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحثث؛ لأنه لا يملكه في الحال، وإنما يملكه بعد حلول الأجل، بدليل أنه لا يملك المطالبة به، وبه قال مالك رحمه الله.

والثاني: وهو الأصح يحثث؛ لأنه مال له وإن لم يملك المطالبة به كالدين على المعاشر، وعدم المطالبة لا تخرجه عن كونه مالاً، كما لو آجر داره وسلمها إليه فليس له

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٤٩/١٥).

(٢) أخرجه أحمد في «مسند» (٥٤١٨).

المطالبة بها وهي ماله.

وقال أبو حنيفة رحمة الله: لا يحث به حالاً كان أو موجلاً، كما لو كانت له المطالبة بالشفعه وهذا غلط؛ لأن الزكاة تتعلق بالدين ولا تجب الزكاة إلا في المال، ولأنه لو قال: لفلانٍ على مال، وفسره بالدين فدل على أنه يسمى مالاً.

فرع آخر

لو كان يملك بعض زوجته لم يحث. قال أصحابنا: وكذا لو ملك سائر المنافع؛ لأنها لا تسمى أموالاً وإن كانت في معنى المال.

فرع آخر

لو كان له مكاتب أو أم ولد أو مدبر يحث لقيولها على ملكه، ذكره أصحابنا مشايخ خراسان. قال صاحب «الحاوي»: [٢٤/ب] في أم الولد وجهان؛ أحدهما: لا يحث لأنه لا يجوز أن يعرض عنها بمال بخلاف المكاتب إذا عجز.

فرع آخر

لو كان له مال مغصوب يحث لبقائه على ملكه، وفي الضال وجهان؛ أحدهما: لا يحث؛ لأن بقاءه مشكوك فيه.

والثاني: يحث؛ لأن الأصل بقاءه.

فرع آخر

لو كان له وقف، فإن قلنا: رقبة الوقف غير داخلة في ملكه لم يحث، وإن قلنا: رقبة الوقف داخلة في ملكه فيه وجهان كأم الولد، ولو نوى مالاً دون مال فهو على نيته فيما بينه وبين الله تعالى.

فرع آخر

لو قال: ما لي إلا مائة درهم ولم أملك إلا خمسين درهماً، ونوى أنه لا يملك زيادة على مائة لم يحث، وإن أطلق ففيه وجهان.

مسألة: قال: «ولَوْ حَلَفَ لِيَضْرِبَنَّ عَنْدَهُ مائَةَ سَوْطٍ»^(١).

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٥١/١٥).

الفصل

في هذا مسائل؛ إحداها: أن يجمع مائة سوط ويشدتها وضربه بها ضربة واحدة، وتحقق أن المائة كلها أصابته فقد بَرَ في يمينه. وقال مالك رحمه الله: لا يبر حتى يضربه مائة سوط متفرقة، وبه قال أحمد، وهذا لا يصح لقوله تعالى: **«وَمَنْ يَدْعُكَ ضَعْلًا فَأَنْتَ بِهِ وَلَا تَحْتَكَ»** [ص: ٤٤] فدل أنه يبر بذلك، ولأن حقيقة الضرب أن يصيغ المضروب من يد الضارب، وهذا يوجد في الضرب بالجمع كوجوده بالمتفرق فحصل البر بهما.

فرع

لو حلف ليضربيه مائة ضربة، فجمع مائة سوط أو مائة شمراح فضربه بها دفعة واحدة هل يبر بذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يبر؛ لأنـه ما ضرب إلا ضربة واحدة فصار كالرامي سبع حصيات في رمي الجamar تعد زمية واحدة؛ لأنـها نـها جعل العـدد للـضرـبات، وفي المسـألـة الأولى جـعلـ العـدد الأـسوـاتـ.

والثاني: يبر به؛ لأنـ كلـ سـوطـ يـحـصـلـ بـهـ ضـربـةـ، أـلاـ تـرـىـ أـنـ الزـانـيـ إـذـ ضـربـ بـهـ [أ/٢٥] سـقطـ عـنـ الـحدـ.

فرع آخر

متى وقع اسم الضرب فقد بَرَ، سواء ألمـ بذلكـ أوـ لمـ يؤلمـهـ، نـصـ عليهـ. وقال مـالـكـ: لا يـبرـ إـلاـ بـأـلـمـ بـالـضـربـ؛ لأنـهـ يـشـرـطـ الإـيـلـامـ فـيـ ضـربـهـ الـحدـ وـالـتـعـزـيرـ، وـهـذـاـ لاـ يـصـحـ؛ لأنـ اـسـمـ الضـربـ يـتـنـاـوـلـهـ مـؤـلـمـاـ كـانـ أـوـ غـيرـ مـؤـلـمـ، يـقـالـ: ضـربـ مـؤـلـمـ، وـضـربـ غـيرـ مـؤـلـمـ، فـإـذـاـ تـنـاـوـلـهـ الـاسـمـ بـرـ بـهـ وـيـخـالـفـ الـحدـ وـالـتـعـزـيرـ؛ لأنـ الغـرـضـ بـهـماـ الرـدـعـ وـالـزـجـرـ، وـلـاـ يـحـصـلـ ذلكـ إـلـاـ بـالـإـيـلـامـ، وـهـنـاـ الـاعـتـارـ بـمـاـ يـتـنـاـوـلـهـ وـلـهـ الـاسـمـ فـلـاـ يـشـرـطـ فـيـ الـأـلـمـ. وـلـوـ وـضـعـ عـلـيـهـ السـوطـ وـرـفـعـهـ لـاـ يـبرـ بـهـ بـلـاـ خـلـافـ.

فرع آخر

لو عـلـمـ أـنـ الـجـمـيعـ لـمـ يـمـاسـهـ لـمـ يـبـرـ؛ لأنـ الضـربـ لـمـ يـحـصـلـ بـكـمـالـهـ وـمـعـاـسـهـ الـجـمـيعـ أـنـ يـقـعـ الـبـعـضـ فـوـقـ الـبـعـضـ حـتـىـ يـصـلـ إـلـيـهـ شـدـةـ الـكـلـ.

فرع آخر

لو شـكـ هـلـ أـصـابـهـ الـكـلـ أـمـ لـاـ ظـاهـرـهـ قـالـ هـهـنـاـ: إـنـهـ يـبـرـ، وـالـورـعـ أـنـ يـحـثـ نـفـسـهـ. قـالـ

المزنني: هذا خلاف قوله: لي فعلن كذا إلا أن يشاء فلان فمات فلان حنث، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم، وعند أبي حنيفة والمزنني هاهنا لا يبر.

وقال القفال: هاهنا قول آخر لا يبر أيضاً كما في مسألة المشتبه، وهما كالقولين في إعتاق العبد الغائب الذي لا يعرف حياته عن الكفار، ففي قول يعتبر براءة الذمة، والأصل أنها لم تبرأ، بل هي مشغولة بالكفار، وفي قول يعتبر أصل بقاء العبد، كذا هاهنا يعتبر أحد القولين ظاهر إصابته كله، وفي الثاني يعتبر أن الأصل أنه لم يبر ما لم يتيقن.

ومن أصحابنا من أنكر هذا وقال: مالم يمسه في السياط فقد يقل ما ماسه، فقد حصل معنى الضرب بالمماس وغير المماس، وهذا خلاف نص الشافعي رضي الله عنه؛ لأنه قال: أحاط أنها لم تمسه كلها لم يبر.

ومن أصحابنا من قال: إذا شك في الإصابة ولم يغلب على ظنه شيء حنث، وإن لم يتيقن الإصابة وغلب على ظنه [٢٥/ب] الكل برأ. وقال أبو حنيفة والمزنني: لا يبر؛ لأن الأصل عدم الإصابة مالم يتيقن وهذا لا يصح؛ لأن غلبة الظن أجريت في الحكم مجرى اليقين، كما يحكم بخبر الواحد والقياس على غلبة الظن.

فرع آخر

لو قال: مائة سوط لم يبر بعثكال النخل، ولو قال مائة خشبة برأ بالعثكال.

فرع آخر

لو كان عليه لباس يمنع وصول الضرب إلى بشرة بدنها، فإن كان كثيفاً يخرج عن العرف ويمنع من الإحساس بالضرب لم يبر، وإن كان مألفاً لا يخرج عن العرف ولا يمنع من الإحساس بالضرب يبر وإن لم يألم.

فرع آخر

لو قال: ليضربن عبده مائة مرة فعليه في البر أن يفرقها، ولا يجوز أن يجمعها، فإن جمعها وضربها كانت مرة، ولو قال: أضربك بمائة سوط وضربه بها جاز وإن لم يصل جميعها إلى بدنك ما ذكرنا؛ لأن دخول الباء على العدد لم يجعله صفة لآلة الضرب ولا يجعله صفة لعدد المضروب، ولو قال: أضربك مائة سوط وحذف الباء من العدد لزم البر أن يصل جميعها إلى بدنك؛ لأنه جعله صفة لعدد الضرب دون الآلة، ذكره في «الحاوي».

مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَهْبِطْ لَهُ هِبَةٌ فَتَصَدَّقَ عَلَيْهِ أَوْ نَحَلَهُ أَوْ أَعْمَرَهُ فَهُوَ هِبَةٌ»^(١)

الفصل

اعلم أنه إذا حلف لا يهبط لفلان هبة فإن هذا يتناول جميع أنواع التمليل بغير عوض في حال الحياة، فإن وهب له شيئاً أو أهدي إليه هدية وأقيض، وإن لم يتقدمها عقد، أو كان ابنه فتحله أو أعمره، أو تصدق عليه صدقة تطوع يحثت بجميع ذلك، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: لا يحثت في صدقة التطوع؛ لأن الصدقة لا تسمى هبة، ولهذا كانت الصدقة لا تحل لرسول الله ﷺ وتحل له الهدية والهبة وهذا لا يصح؛ لأن [٢٦/أ] المسكين الذي يتصدق عليه بشيء لا يتعاشى في العبارة أن يقول: وهب لي فلان كذا، ولأن الهبة اسم عام لجميع التمليلات بغير عوض، إلا أن كل نوع منها مختص باسم، فإذا وهب التضير من التضير يقال: هبة، وإذا وهب لمن هو أعلى منه يقال: هدية، وإذا وهب الولد يقال: نحله، وإذا وهب الفقير يقال: صدقة حثت بكلها، وهو كاسم الرطب يتناول أنواعاً كثيرة. وأما صدقة التطوع هل كانت تحل لرسول الله ﷺ فيه قولان.

فرع

لو أوصى بمالي لم يحثت؛ لأنه ليس بتمليل عين في حال الحياة، وإنما يحصل التمليل منها بالموت والقبول، وإذا مات سقطت.

فرع آخر

إذا عقد الهبة ففي زمان حثته وجهان مخرجان من القولين متى يملك الهبة؟ أحدهما: بالقبض، فيحثت وقت إقراضها.

والثاني: يدل بالقبض على ملكها وقت عقدها فيحثت وقت العقد.

فرع آخر

إذا عقد الهبة وسلم فلم يقبلها الموهوب له وردها هل يحثت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يحثت؛ لأن الهبة لم تتم تخريجاً من قوله أنه ملكها بالقبض.

والثاني: يحثت؛ لتعلقها بفعله تخريجاً من قوله أنها تملك بالعقد. ذكره في

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٥٤/١٥).

«الحاوي»، وقد ذكرنا هذا فيما قبله مختصراً.

فرع آخر

لو تصدق عليه صدقة فرض لم يحث لخروجها عن تبرع الهبات، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان، ولو حاب في بيع لم يحث لخروجها عن الهبة، ولو أبراً من دين عليه، فإن قلنا القبول شرط في صحته حث، وإن قلنا لا يشترط القبول ففي صحته وجهان: أحدهما: يحث به؛ لأنه نوع من الهبة.

والثاني: لا يحث به لتعلقه بالذمة دون العين.

فرع آخر

لو حلف لا يهب لمكاتبه فأبرأه من مال المكاتب لم يحث وجهأً واحداً لأن إبراء المكاتب عنق.

فرع آخر

لو عفا عن قود عليه [٢٦/ب] لم يحث؛ لأنه ليس ملك، وكذلك لو عفا عن الشفعة.

فرع آخر

لو وقف عليه وقفأً، فإن قلنا: إن رقة الوقف لا تُملك لم يحث به وإن قلنا: تُملك في حثه به وجهان؛ أحدهما: يحث لنقل ملكية بغير بدل.

والثاني: لا يحث؛ لأن ملكه غير تام لمنعه من كمال التصرف فيه.

فرع آخر

لو دعاه إلى طعام وليمة لم يحث به؛ لأن طعام الوليمة غير موهوب، وإنما هو مأذون في استهلاكه على صفة مخصوصة.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: «إن أسكنه داراً فهي عارية لم يملكها إياه، ومتى شاء رجع» فلا ينطلق عليه اسم الهبة ولا يحث. وحكي عن مالك رحمة الله أنه قال: يحث بالعارية والوقف.

فرع آخر

لو حلف لا يتصدق على غني حنث، ذكره أصحابنا بخراسان. وقال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأن الصدقة على الغني هبة. ولو حلف لا يتصدق فهو هب لم يحنث بلا خلاف، كما لو حلف لا يأكل خوخاً فأكل غيره من الفواكه لا يحنث؛ لأنه غير الذي خصه بالاسم.

مسألة: قال: «وَلَوْ حَلَفَ لَا يَرْكَبَ دَابَّةَ الْعَبْدِ فَرَكِبَ لَمْ يَحْنَثْ».

الفصل

صورة المسألة أن يحلف لا يركب دابة العبد فركب دابة جعلها السيد برسم عبده يركبها لم يحنث. وقال أبو حنيفة: يحنث؛ لأن هذه الدابة تضاد إلى عبده ولا تضاد إليه، وهذا لا يصح؛ لأن العبد لا يملكونها، والإضافة تقتضي الملك في حق من يملك، فإذا لم يملكونها المحفوظ عليها لم يحنث الحالف، كما لو ركب دابة استعارها المحفوظ عليه لم يحنث الحالف، ولأن الدابة الواحدة لا تنسب إلى الاثنين في حالة واحدة على طريق الحقيقة، وقد ثبت أنه لو قال: لا ركب دابة سيده فركب دابة جعلها برسم عبده يحنث، وأما ما ذكروه فلا يصح؛ لأن اليمين تحل على الحقيقة دون المجاز إذا كان لها [٢٧/أ] حقيقة ومجاز، وكذلك الخلاف إذا قال: والله لا دخلت داراً الليلة، فدخل داراً لا يسكنها لا يحنث في يمينه؛ لأن الدار لغيره خلافاً لأبي حنيفة، وبقوله قال المزنبي.

فرع

لو حلف لا يركب دابة زيد فركب دابة جعلها زيد لركوبه يحنث عندنا خلافاً لأبي حنيفة.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة فلان فملكه سيده دابة. فإن قلنا: يملك العبد بالتملك حنث، وإن قلنا: لا يملك لا يحنث.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة زيد فركب دابة لمكابيه لا يحنث؛ لأن السيد لا يملكونها ولا ينفذ تصرفه فيها.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة زيد فركب دابة ملكها زيد عبده، قال صاحب «الإفصاح»: يحث؛ لأن المالك حقيقة. وقال بعض أصحابنا: هذا مبني على أنه يملك بالتمليك، فإن قلنا يملك بالتمليك لا يحث، وإن قلنا: لا يملك يحث.

فرع آخر

لو حلف لا يركب دابة المكاتب فركب دابة له، قال أبو حامد: يحتمل أن يقال: لا يحث؛ لأن له الملك حقيقة، ويحتمل أن يقال: يحث؛ لأنه يتصرف فيه تصرف المالك، ويملك ملكاً ضعيفاً، وهو اختيار مشايخ خراسان وهذا أظهر؛ لأنه إذا لم يضف إلى سيد المكاتب لا بد من إضافتها إليه.

فرع آخر

لو قال: لا أركب سرج هذه الدابة، أو دابة الطبل حث برکوب السرج الذي هو برسم تلك الدابة؛ لأن مقصوده بذلك التعريف لا التملك ولذلك لو قال: لا آكل ثمرة هذه النخلة أو طعام هذه القرية فأكل حث.

فرع آخر

لو قال: لا أدخل داراً في كانجار بابل أو خان يحيى بنسابور حث بدخوله في ذلك الموضع وإن مات من أضيف إليه ذلك كما ذكرناه.

فرع آخر

[٢٨/ب]: لو حلف لا يملك عبداً وله مكاتب لا يحث، نص عليه، وقال في «الأم»: «لو ذهب ذاهب إلى أنه عبد ما بقي عليه درهم». فإنما يعني به أنه عبد في حال دون حال؛ لأنه لو كان عبداً لكان مسلطاً على بيته وأخذ كسبه، فقد قيل: هذا قول آخر. وقال صاحب «الإفصاح»: لا نجعل هذا قول آخر؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - ألم نفسه شيئاً وانفصل عنه فلا يجعل بذلك قول آخر.

فرع آخر

لو قال: لا ضربت عبد زيد، فوهبه زيد ولم يقبضه، أو جنى فتعلق أرش الجنابة برقبته فضربه حث؛ لأن ملكه لم يزل بعد كما لو رهنه.

مسألة: قال: «وَلَئِنْ قَالَ: مَالِي فِي سَبِيلِ اللَّهِ، أَوْ صَدَقَةً عَلَى مَعْنَى الْأَيْمَانِ»^(١)

الفصل

هذه المسألة بالنذر أشبه منها بالأيمان، غير أن المزني أوردها ها هنا لتعلقها بالأيمان، والحكم فيها أن الرجل إذا نذر ثنراً أخرجه مخرج المجاج والغضب، بأن يقصد به منع نفسه عن فعل شيء أو إلزامها فعل شيء، فيقول: إن فعلت كذا فمالي صدقة، أو إن لم أفعل كذا فمالي صدقة، فوجد شرطاً ذلك لزمه حكمه. واحتلَّ العلماء فيما يلزمُه على سبعة مذاهب:

ذهب الشافعي - رضي الله عنه - إلى أنه بال الخيار بين أن يفي بذره وبين أن يكفر كفارة يمين، وبه قال عمر، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة، وحفصة، وزينب، وأم سلمة - رضي الله عنهم - وعطاء، وطاوس، وعبيد الله العنبري، وشريك، والحسن، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيدة، وأبو ثور. وقال في كتاب «الاعتكاف»: لو قال: إن فعلت كذا وكذا فعلي اعتكاف شهر، وكان قد فعل ذلك الشيء فعليه اعتكاف شهر.

ومن أصحابنا من قال: الواجب الكفارة، [٢٨/أ] وإذا أخرج ماله كان زيادة على الكفارة، واحتلَّ أصحابنا فيه على طريق:

إحداهما: فيه قولان؛ أحدهما: أنه مخير.
والثاني: يلزمُه الوفاء فقط.

والثانية: قولًا واحدًا هو مخير، وما ذكره في الاعتكاف ليس بقول ثانٍ، بل هو أحد الشيئين المخير فيهما.

والثالثة: قال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان؛ أحدهما: أنه مخير.

والثاني: يلزمُه كفارة؛ لأنَّه يمين لا نذر. وقد قال الشافعي رضي الله عنه: القياس أن عليه كفارة يمين.

والرابعة: فيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: يلزمُه كفارة اليمين ولكنه إن وفى بما ذكره أجزاء، وهذا العبد في القياس عبد عبد.

وقال في «الحاوي»: إذا قلنا بالتخير فيه وجهان:

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٥٦/١٥).

أحدهما: الواجب عليه أحدهما وهمما في الوجوب سواء، وله الخيار فيما شاء منها. والثاني: الواجب عليه الكفارة وله إسقاطها بالذرء؛ لأن حكم اليمين أغلب وهي بالله أغاظ وإن كان الوفاء بالذرء أفضل.

وقال الحكم وحماد والنخعي: لا يلزمـه بهذا القول شيء بحالـ؛ لأنـه وصف مالـه بما لا يصير موصوفـاً بهـ. وقال ربيعة: يلزمـه أنـ يتصـدق بـقدر الزـكـاة منـ الأـموـالـ الزـكـاتـيـةـ؛ لأنـ المـطـلقـ مـحـمـولـ عـلـىـ مـعـهـودـ الشـرـعـ، وإنـماـ يـجـبـ فـيـ الشـرـعـ مـنـ الـمـالـ قـدـرـ الـزـكـاةـ.

وقال مالـكـ، والـزـهـرـيـ، وأـحـمـدـ فـيـ روـاـيـةـ: يـلـزـمـهـ أـنـ يـتـصـدقـ بـثـلـثـ مـالـهـ، وـاـحـتـجـ بـأـبـاـ لـبـابـةـ قـالـ: ياـ رـسـوـلـ اللهـ، أـتـأـذـنـ لـيـ أـنـ أـنـخـلـعـ مـنـ مـالـيـ كـلـهـ؟ فـقـالـ: يـعـزـيـكـ مـنـهـ الـثـلـثــ، فـثـبـتـ أـنـ الـثـلـثـ يـقـومـ مـقـامـ الـكـلــ.

وقال أبو حنيفة: يـلـزـمـهـ أـنـ يـتـصـدقـ بـجـمـعـ أـمـوـالـ الزـكـاتـيـةـ دـوـنـ غـيـرـهـاـ، فـإـنـ لـمـ يـكـنـ لـهـ إـلـاـ مـالـ الزـكـاتـيـ أـمـسـكـ مـنـ قـدـرـ النـفـقـةـ ثـمـ قـضـىـ ذـلـكـ إـذـاـ أـيـسـرـ. وـقـالـ عـثـمـانـ الـبـتـيـ: يـلـزـمـهـ التـصـدقـ بـجـمـعـ مـالـ الزـكـاتـيـ وـغـيـرـ الزـكـاتـيـ، كـمـاـ لـوـ قـالـ: إـنـ شـفـيـ اللـهـ مـرـيـضـيـ [٢٨ـ/ـبـ] فـلـلـهـ عـلـىـ التـصـدقـ بـمـالـيـ، وـهـوـ روـاـيـةـ عـنـ اـبـنـ عـمـرــ رـضـيـ اللـهـ عـنـهـمـاــ وـقـالـ جـاـبـرـ بـنـ زـيـدـ أـبـوـ الشـعـثـاءـ: إـنـ كـانـ مـالـهـ كـثـيرـاـ يـتـصـدقـ بـعـشـرـهـ، وـإـنـ وـسـطـاـ يـتـصـدقـ بـسـبـعـهـ، وـإـنـ كـانـ قـلـيلـاـ يـتـصـدقـ بـخـمـسـهـ، وـالـكـثـيرـ أـفـانـ، وـالـوـسـطـ أـلـفـ، وـالـقـلـيلـ خـمـسـمـائـةـ. وـدـلـلـنـاـ مـاـ رـوـتـ عـائـشـةــ رـضـيـ اللـهـ عـنـهــ أـنـ النـبـيـ ﷺـ قـالـ: «مـنـ حـلـفـ بـالـمـشـيـ وـالـهـدـيـ، أـوـ جـعـلـ مـالـهـ فـيـ سـبـيلـ اللـهـ أـوـ المـسـاـكـينـ، أـوـ فـيـ رـتـاجـ الـكـعـبـةـ فـكـفـارـتـهـ كـفـارـةـ يـمـينـ»^(١)ـ وـأـيـضاـ فـبـدـاـيـتـهـ بـدـاـيـةـ الـأـيـمـانـ، وـنـهـاـيـتـهـ نـهـاـيـةـ النـذـرـ فـخـبـرـنـاـ بـيـنـ حـكـمـيـهـمـاــ وـرـوـيـ سـعـيدـ بـنـ الـمـسـيـبـ أـنـ أـخـوـيـنـ كـانـ بـيـنـهـمـاـ مـيرـاثـ، فـسـأـلـ أـحـدـهـمـاـ صـاحـبـهـ الـقـسـمـةـ، فـقـالـ: إـنـ عـدـتـ سـأـلـتـنـيـ الـقـسـمـةـ لـاـ كـلـمـكـ أـبـدـاـ وـكـلـ مـالـيـ فـيـ رـتـاجـ الـكـعـبـةـ، فـقـالـ لـهـ عـمـرــ رـضـيـ اللـهـ عـنـهــ: إـنـ الـكـعـبـةـ غـنـيـةـ عـنـ مـالـكـ، كـفـرـ عـنـ يـمـينـكـ وـكـلـ أـخـاـكـ، سـمـعـتـ رـسـوـلـ اللـهـ ﷺـ يـقـولـ: «لـاـ يـمـينـ عـلـيـكـ وـلـاـ نـذـرـ فـيـ مـعـصـيـةـ الـرـبـ»ـ. وـقـالـ فـيـ قـطـيـعـةـ الـرـحـمـ: «وـلـاـ فـيـمـاـ تـمـلـكـ»^(٢)ـ. وـأـصـلـ رـتـاجـ الـبـابـ، وـلـمـ يـرـدـ بـهـ الـبـابـ نـفـسـهـ، وـإـنـماـ الـمـعـنـىـ أـنـ يـكـونـ مـالـهـ هـدـيـاـ إـلـىـ الـكـعـبـةـ، أـيـ فـيـ كـسـوـةـ الـكـعـبـةـ وـالـنـفـقـةـ عـلـيـهـاـ.

وـرـوـيـ أـنـ رـجـلـاـ سـأـلـ عـائـشـةــ رـضـيـ اللـهـ عـنـهــ: عـمـنـ قـالـ: كـلـ مـالـيـ فـيـ سـبـيلـ اللـهــ، أـوـ كـلـ مـالـيـ فـيـ رـتـاجـ الـكـعـبـةــ، مـاـ يـكـفـرـ ذـلـكـ؟ فـقـالـتـ: يـكـفـرـهـ مـاـ يـكـفـرـ يـمـينـ»^(٣)ـ.

(١) أـخـرـجـهـ الـبـيـهـقـيـ فـيـ سـنـةـ (٦٥/١٠).

(٢) أـخـرـجـهـ أـبـوـ دـاـوـدـ فـيـ الـأـيـمـانـ وـالـنـذـرـ، بـابـ الـيـمـينـ فـيـ قـطـيـعـةـ الـرـحـمـ.

(٣) أـخـرـجـهـ مـالـكـ فـيـ النـذـرـ وـالـأـيـمـانـ، بـابـ جـامـعـ الـأـيـمـانـ (١٠٤٠).

وروى عقبة بن عامر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «كفارة النذر كفارة الأيمين»^(١)، وهذا معتبر في نذر اللجاج، فإن في نذر النذور لا تجري الكفارة. وروي عن أبي رافع أن مولاته حلفت بالمشي إلى بيت الله، وكل مملوك لها حر، وهي يوماً يهودية وليوماً نصرانية، وكل شيء لها في سبيل الله إن لم تفرق بينه وبين امرأته، فسألت [٢٩/١] ابن عمر، وابن عباس، وأبا هريرة، وعائشة، وحفصة، وأم سلمة - رضي الله عنهم - فكلهم: كفري عن يمينك وخلبي بينهما، ففعلت^(٢).

وروى عمران بن حصين - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لا نذر في غضب، وكفارته كفارة يمين»^(٣).

وأما ما ذكره النخعي فلا يصح؛ لأنَّه أَلْزَمَهُ وهو قربة في نفسه فيستحيل ألا يلزمَهُ شيء. وأما ما ذكره ربيعة فلا يصح؛ لأنَّ الزكاة تجب مواساةً من المال، وهوها تصدق بجميعه. وأما ما ذكره مالك، قلنا: أبو لبابة كان من الثلاثة الذين خلفوا، فأراد أن يتبرع بماله على سبيل الله والشكور، ولم يكن أوجب ذلك؛ لأنَّ يقابله ما روي أنَّ أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - تصدق بجميع ماله فأقره رسول الله ﷺ على ذلك^(٤).

وأما ما ذكره أبو حنيفة فلا يصح؛ لأنَّ نذر التبر لم يخرج مخرج الأيمين بخلاف هذا. وأما ما ذكره جابر بن زيد فلا يصح لما ذكرناه.

إذا تقرر هذا فما تعلق بهذا النذر على ثلاثة أضرب:

أحدها: صدقة المال، أو الصوم، أو الصلاة، أو الاعتكاف، فإذا وجد شرطه تخبر على المذهب الصحيح.

والثاني: إن تعلق به طلاقاً أو عتقاً يلزمَهُ ذلك عند وجود الشرط؛ لأنَّهما يتتجزآن عند وجود الشرط، وصورته أن يقول: إنَّ كلمتَ فلاناً فبعدي حر، أو امرأتي طالق. ولو قال: إنَّ كلمتَ فلاناً فللله علَيَّ أنْ أعتق عبداً، فكلمهُ كان مخيراً بين العتق والكفارة على ما

(١) أخرجه مسلم في النذر، باب في كفارة النذر (١٦٤٥) والنسائي في الأيمان والنذور، باب كفارة النذر (٣٨٣٢) وأبو داود في الأيمان والنذور، باب من نذر نذراً لم يسمه (٣٣٢٣) وأحمد في «مسند» (١٦٨٥٠).

(٢) ذكره المرزوقي في اختلاف العلماء (١/٢١٩).

(٣) أخرجه النسائي في الأيمان والنذور، باب كفارة النذر (٣٨٤٢) وأحمد في «مسند» (١٩٣٨٧).

(٤) تقدم تخريرجه.

ذكرنا . والفرق أنه رفع العتق والطلاق بشرط هناك ، فإذا وجد الشرط وقعا ، وهاهنا التزم في الذمة بالشرط ، فإن لم يكن الشرط فيه عوضاً لم يلزم .

والثالث : [٢٩/ب] إن تعلق به حجاً فالمخصوص أنه مخير . ومن أصحابنا من قال : يلزمه الحج ، والفرق بينه وبين سائر العبادات أن الحج يلزم بالدخول فيه ، فكذلك بالنذر بخلاف الصوم والصلوة .

ومن أصحابنا من قال : قال المزني : قال الشافعي - رضي الله عنه - : ومن حنت بالمشي إلى بيت الله الحرام ففيه قوله : أحدهما : قول عطاء عليه كفارة يمين ، ومذهبه أن أعمال البر لا تكون إلا في فرض الله تعالى ، وسكت الشافعي عن القول الثاني إيجاب الوفاء . ومنهم من أراد بالقول الثاني التخيير بين الوفاء وبين الكفارة . ففي هذه المسألة ثلاثة أقاويل كالمسألة الأولى ، وهي منصوصة في مواضع متفرقة .

ومن أصحابنا من قال : ليس على قولين عنده ، وإنما حكى خلاف الناس على قولين ، واختار لنفسه قول عطاء ، ومعناه أنه يجزئه كفارة اليمين لا أنه تعيين الكفارة . ومن خرج من هذه المسائل على قولين فإنما خرج القول الآخر من الاعتكاف على ما ذكرنا ، وقدر المزني أنه خرجه على قولين فقال : قطع بأنه قول عدو من أصحاب رسول الله ﷺ والقياس ، فلا وجه للقول الآخر ، والجواب عنه ما ذكره هذا القائل .

قال المزني : وقد قال الشافعي في موضع آخر : لو قال : الله نذر حج إن شاء فلان ، فشاء لم يكن عليه شيء ، إنما النذر ما أريد به الله تعالى ليس على تعالى في الخلق والشائي غير النادر ، فمال المزني إلى هذا القول وهو إيجاب الكفارة .

وقال بعض أصحابنا بخراسان : هو الكفارة كما في الأيمان يحنت لا يتخير بينهما وبين غيرها ، وهو ظاهر قول عطاء ، وهو القياس . وقال في «الحاوي» : [٣٠/أ] إذا علق به الحج قال في «الأم» : فيه قوله ، فوهم أبو حامد وخرج مذهبه على قولين ؛ أحدهما : يتخير ، والثاني : يلزم الحج ؛ لأن الحج في الالتزام بخلاف الصدقة ، والصوم ، والصلوة .

وقال جمهور أصحابنا مذهب لا يختلف فيه كما لم يختلف في غيره ، وأنه مخير بين الحج والكفارة قوله واحداً كما في الصدقة والصلوة ، وحملوا قول الشافعي : «فيه قوله» أي تفهها ؛ لأن لهم في الصدقة أقاويل وليس لهم في الحج إلا قوله ، ومذهب التخيير قوله واحداً في الكل .

وأما قول الشافعي هاهنا : «والتبير أن يقول : الله على إن شفاني الله أن أحج له نذراً

قال أصحابنا هذا يدل على أنه إذا قال: الله على أن أتصدق بما لي لم يلزمه شيء حتى يعلمه بمعنى، فيقول: إن شفى الله مريضي، أو رد على غائي، أو آتاني مالاً. ومن أصحابنا من قال: لا يدل على هذا المعنى؛ لأن الشافعي قال: «لو قال الله على أن أحج في عامي هذا كان عليه أن يحج» وإنما أراد الشافعي أن يبين أن أقل اليمين يخالف النذر، وهذا ظاهر المذهب. وقد فرع في مسائل الاعتكاف ولم يشترط فيه أن يكون على المجازاة، وبه قال ابن سريج، وابن أبي هريرة، والأصطخري، ولأن نذر الهدي المسمى ببيت الله الحرام لا يتعلّق بالمجازاة بالإجماع، وكذلك إيجاب الضحايا، وكذلك سائر القراءات والطاعات، فحصل من هذا أن النذر ضربان؛ نذر تبرر، ونذر لجاج وغضب.

فاما نذر اللجاج فيه طرق؛ أحدها: قول واحد وهو التخيير.

والثانية: قولان التخيير والوفاء.

والثالثة: ثلاثة أقوال على ما ذكرنا.

والرابعة: قولان كفارة اليمين والتخمير.

والخامسة: قول واحد وهو كفارة اليمين، وهو اختيار كثير من مشايخ خراسان:

وأما نذر التبرر فضريبان: أحدهما: ما يقصد به المجازاة بأن يستجلب نعمة، مثل أن يقول: إن رزقني الله ولداً أو علماً، أو شفي مريضي فلله علىيّ كذا، أو يدفع به نعمة بأن يقول: [٣٠/ب] إن نجاني الله من ظلم فلانٍ أو من الغرق أو الحرق، فلله علىيّ كذا، فهذا يلزممه الوفاء به بلا خلاف عند وجود الشرط لقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْمُقْوَدِ» [البادرة: ١]، وقال تعالى: «وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَيْتَ مَا تَنْهَا مِنْ فَضْلِهِ، لَتَصْدِقَنَّ» [التوبه: ٧٥] الآية، فنم من لم يف ببنزره، ولأنه في مقابلة شرط بمثلة المعاوضات، فإذا وجد الشرط لزم كما يلزم الثمن في مقابلة الثمن.

والثاني: ما يبتدئ به النذر مطلقاً من غير المجازاة فهو على خلافٍ بين أصحابنا؛ فقال الجمهور: يلزم الوفاء به قولاً واحداً، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -. وقال أبو إسحاق والصيرفي: لا يلزم الوفاء به، وبه قال أبو يوسف، وهذا لأن حقوق الأذميين إنما تلزم ما كان في مقابلتها عوض كالبيع، وما لا عوض في مقابلتها لا تلزم، فكذلك حقوق الله تعالى بالنذر لا تجب إلا أن يكون في مقابلتها عوض.

وحكى غلام ثعلب عن ثعلب أنه قال: النذر عند العرب وعد بشرط. ودليلنا أنه ألزم نفسه غرامة على وجه التبرر فيلزمها كما لو ألزم نفسه أضحيته. وأما ما ذكر ثعلب فلا يصح؛

لأن العرب تسمى الملزوم نذراً. وأما ما ذكروه فلا يصح؛ لأن الأضحية والضمان عن الغير يلزمان بغير عوضٍ. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان مخرجان، أو وجهان، وال الصحيح الطريقة الأولى.

فرع

لو قال: إن رأيت فلاناً فللها علىيَّ أن أحج، سُئلَ فَإِنْ قَالَ: أردت إن رزقني الله رؤيتيه فرأيته كان عليه الحج. وإن أراد به اليمين كان حالفاً فيتخير بين الوفاء وبين كفارة اليمين.

قال أصحابنا: وكذلك لو قال: إن دخلت مكة فللها علىيَّ أن أعتق رقبة، فإن أراد إن رزقني الله دخولها فهو نذرٌ، وإن أراد معنى اليمين، أي لأدخلنها فهو مخير على ما ذكرنا. وكذلك لو قال: إن سلمت على فلانٍ فللها علىيَّ كذا، يتحمل هذين المعنين.

فرع آخر

لو قال: إن دخلت الدار [٣١/أ] فمالي علىيَّ حرام فهو موقوف على ما حرمه رسول الله ﷺ على نفسه في مارية القبطية حتى أنزل الله تعالى: ﴿يَكِنْهَا أَلَّى لَرْ تُحِمِّ مَا أَمَلَ اللَّهُ لَكُمْ﴾ [التحريم: ١] الآية، روى الأكثرون أنه حرم مارية، فعلى هذا لا يلزم الحالف في تحريم غير ذات الفروج من ماله شيءٍ، ويكون اليمين فيه لغوًّا. وروي أن الذي حرم الفسل فعلى هذا يلزم الحالف تحريم ماله، وعليه كفارة يمين كما يلزم في تحريم ذات الفروج كفارة يمين.

فرع آخر

لو قال: إن شفى الله مريضي تصدق بماله، وقد ذكرنا أنه يلزم الوفاء به، وفي قدر ما يستر به عورته وجهان؛ أحدهما: يتصدق به لاستثنائه بالشرع في حقوق الله تعالى. والثاني: يلزم ذلك لعموم اللفظ.

فرع آخر

لو قال: إن شفى الله مريضي فلا أليس جديداً ولا أكل الحلوي لا ينعقد ولا يلزم الوفاء به.

فرع آخر

لو قال: إن هلك فلانٌ وهبت داري لفلانٍ، فإن كان الهالك من أعداء الله تعالى انعقد

به الشرط؛ لأنه طاعة، وإن لم يكن كذلك فلا ينعقد به الشرط. ثم إن كان المذهب له ممن يقصد بهيته الأجر والثواب لزمه الجزاء؛ لأنه طاعة، وإن كان ممن يقصد به التواصل والمحبة لم يلزم به الجزاء لأنه مباح.

فرع آخر

لو قال: إن سليم مالي وهلك مال فلان أعتقدت عبدي وطلقت امرأتي، انعقد نذره على سلامة ماله ولم ينعقد على هلاك مال غيره؛ لأن ما شرطه من سلامة ماله مباح، وما شرطه من هلاك مال غيره معصية، أولزمه في الجزاء عتق عبده ولا يلزمته الطلاق؛ لأن الجزاء بالعتق طاعة، والجزاء بالطلاق مباح.

فرع آخر

لو قال: إن شفى الله مريضي فللله عليّ نذر، ينصرف إطلاق هذا النذر إلى الصدقة؛ لأنها الأغلب من عرف النذور، ولا يتعذر إطلاقها بمال فجاز تقليل المال اعتباراً بالاسم.

فرع آخر

لو قال: [٣١/ب] أيمان البيعة لازمة لي، لم يلزمها بإطلاق هذا شيء ولا ينعقد به يمين؛ لأن البيعة التي كانت على عهد رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين كانت أخذها باليد بلا يمين، وإنما أحدثت الأيمان في بيعة الحجاج بن يوسف، فأدخل أيماناً بالله تعالى، وبالعتاق، والطلاق، والحج، وصدقة المال، فإذا قال: أيمان البيعة لازمة لي ينصرف ذلك إلى البيعة الشرعية، وليس فيها يمين. فإذا قال ذلك وعنى به الأيمان التي ربها الحجاج نظر، فإن قال: بطلاقها وعتاقها فقد صرخ بذكرها، فلا تحتاج إلى النية وتنعقد يمينه بالطلاق والعتاق، وإن لم يصرخ بذلك ونوى أيمان البيعة هذه التي فيها الطلاق والعتاق انعقدت يمينه بالطلاق والعتاق خاصة؛ لأن اليمين بها تعتقد بالكتابية مع النية، وليس ذلك من أجل ذكر البيعة.

وقال في «الحاوي»: لو قال: عليّ أيمان البيعة انصرف ذلك عن بيعة الرسول ﷺ؛ لأنه لم يكن في بيته يمينٌ وتوجه إلى بيعة الحجاج لانعقادها على يمين، والحكم على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا قال: إن كلمت زيداً وشفى الله مريضي فللله عليّ أن أحج، هل يخير بين الوفاء

والكافارة عند وجود الشرطين على قول التخيير في نذر اللجاج؟ قال والدي - رحمه الله -: القياس يقتضي أنه يخير؛ لأن التخيير هناك إنما يثبت لاجتماع الشهرين فيه، وهذا المعنى موجود هاهنا فوجب إثبات التخيير.

فرع آخر

لو حلف ثم نوى في الليل أن يصوم غداً عن كفارة اليمين ثم حنث صحت هذه النية، وإذا طلع الفجر بعد وجوب الكفارة، وإن كنا نقول لا يجوز تقدم الصوم على الحنث في كفارة اليمين؛ لأنه من صحة النية لا يعتبر وجوب الصوم، وإن اعتبر في صحة الصوم وجوبيه، ألا ترى أنه ينوي في الليل صوم الغد من رمضان [١/٣٢] فيجوز، وإن لم يكن الصوم ثابتاً في الذمة في تلك الحالة، ولا يصح منه صومه إلا في الوقت الذي ثبت وجوبيه، ومحل نية الصوم محل طهارة الصلاة قبل دخول وقت الصلاة وإن لم تكن واجبة فيه، ولا تصح الصلاة قبل وجوبيها كذلك في الموضع مثله، ويحتمل وجهاً آخر، وهو أن النية في مسألة الكفارة لا تصح؛ لأن النية عبادةً على البدن، وهو في حال النية غير مخاطب بصوم الغد ويخالف صوم رمضان؛ لأنه مخاطب في حال النية بصوم الغد، وهذا الوجه ذكره والدي - رحمه الله -.

فرع آخر

إذا حلف وحنث ثم حلف ولم يحنث، ثم أعتق رقبة بنيمة الكفارة ولم يعين، وأراد صرف هذا العنق إلى كفارة اليمين الثانية هل له ذلك؟ قال والدي - رحمه الله -:

يحتمل وجهين: أحدهما: له ذلك كما لو كانتا واجبتين عليه؛ لأن جواز كفارة اليمين قبل الحنث وبعد الحلف كجوازها بعدهما.

والثاني: يكون العنق عن الواجب وقد تعين عنه عند الواقع؛ لأنه إذا عين بالنية إحدى الكفارتين الواجبتين عليه تعين في ذلك المزية الحاصلة بنيمة التي أحدثها، وهاهنا المزية حاصلة بالوجوب فانصرف إليه دون غيره.

وهكذا إذا كان عليه دينان مثلان مؤجل ومعجل وما له مرهون بالمؤجل، فقضى أحدهما من غير تعين ولا نية، ثم أراد صرفه إلى المؤجل احتمل ما ذكرناه من الوجهين.

فرع آخر

إذا حلف لا شيء عليه لفلان، فقبل شهد شاهدان أن عليه لفلان كذا وكذا، وأنه كان

عليه عند هذا الحلف حنث في الحكم ووقع الطلاق إن كان الحلف به؛ لأن الشاهدين صحة في الطلاق، والثاني وهو كالطلاق المعلق بدخول الدار، فإذا صح الدخول بالشهادة، كان كصحته بالإقرار في وقوع الطلاق، فكذلك إذا كانت الصفة [٣٢/ب] وجوب الحق عليه، ولا يصح أن يقال: يجوز أن يكون وفراً المال على صاحب الحق والشهداء لا يعلمهونه، فلا يقع الطلاق بالاحتمال؛ لأن هذا الموضع من وقوع الطلاق يمنع من وجوب المال أيضاً، ويمنع من قبول الشهادة في مسألة الدخول لاحتمال كذب الشهود، ويمنع من قبول الشهادة على أصل الطلاق لاحتمال الكذب، فلما حمل على الظاهر في هذه الموارد يحمل على الظاهر فيما نحن فيه، فلو شهد شاهدان في ذلك المجلس أن عليه لفلانٍ كذا، ولم يكن، وكان عليه عند الحلف احتمل لا يقبل في وقوع الطلاق لجواز وجوبه بعد اليمين في ذلك المجلس، بأن يعقد وكيله بعد اليمين عقداً أو يجيئه الرَّاد للايقن به، وكان شرط له جعله ونحو ذلك من الأسباب التي قد لا تظهر، ويكون الحالف عارفاً بها والشهداء كمثله ولكنهم يشهدون من غير بيان السبب، فإذا أمكن هذا لم يجز إيقاع الطلاق بالاحتمال.

فرع آخر

قال والدي - رحمة الله -: إذا قدم الإطعام على وقت الوجوب كأنه خرج خطأً وهو عادم للرتبة ولا يستطيع الصوم، فأطعمن ستين مسكيناً قبل ثبوت الخروج، هل يصح الإطعام؟ عندي أنه ينظر، فإن كان شيئاً كبيراً لا يستطيع الصوم بحال صح الإطعام، وإن كان مريضاً ولكن يرجى زوال مرضه احتمل أن لا يجوز؛ لأن الإطعام إنما يجوز عند العجز عن أصله وهو الصوم، وهذا إنما يعتبر عند وجوب الصوم قبل الموت لم يكن الصوم، وإن أطعم ربما يكون قادراً على الصوم في وقت الوجوب، وهو عقيب موت المخرج، ولا تجوز عبادة البدن موقوفة على شرط متأخر عنها، ويحتمل جوازه؛ لأنه حق مال يتعلق بالكافارة فصح تقادمه كالعنق، وفي الشيخ الهرم أيضاً نظر.

فرع آخر

إذا مات وعليه كفارة القتل وهو عادم للرقبة وله مال، [أ/٣٣] الظاهر أنه يطعمن عنه من جهة أن أداء الصوم إذا تعذر بالموت بعد الإمكان يوجب الإطعام كقضاء رمضان، فإن كان هذا الصوم لا بدل له من حيث الإطعام في حال الحياة. ولو صار هذا المكفر شيئاً هرماً بعد الإمكان لا يجوز الإطعام لجواز أن يتمكن من العنق، وقد قبل خلاف هذا، والأصح ما ذكرنا. وهذا إذا قلنا الاعتبار في الكفارة بحالة الأداء، فإن قلنا الاعتبار بحالة الوجوب يلزم الإطعام.

فرع آخر

لو قال لها: إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق، فأذن لها في الخروج وبقي مجنوناً هل يصح الإذن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح كما لو أذن لها في البيع والشراء.

والثاني: يصح وهو الأصح؛ لأن البيع والشراء لا يصحان من المجنون فلم يصح الإذن بها للمجنون، والدخول والخروج يوجد من المجنون فصح الإذن به للمجنون.

فإذا قلنا بالثاني لم يقع الطلاق، وإذا قلنا بالأول صار كما لو خرجت بغير إذن، فيبني على القولين في أن عمد المجنون عمد أم خطأ؟ فإن قلنا: عمدٌ وقع الطلاق، وإن قلنا: خطأً ففي وقوع الطلاق قولان كما لو خرجت ناسية فيه قولان، والقول في الصبية كالقول في المجنونة وفيه وجهان.

فرع آخر

لو قال: والله لا أدخل هذه الدار مثلاً هل يعتبر القصد عند قوله والله؟ فيه ثلاثة مسائل: أحدها: أن ينوي عند قوله: والله تعقيبه بالدخول ذكرًا فهذا حلف لا محالة.

والثانية: أن ينوي عند قوله: والله شيئاً، فلما فرغ منه عقبه بذكر الدخول، فهذا لا يكون حلفاً.

والثالثة: أن ينوي عند قوله: والله تعقيبه بذكر شيء لا على التعين على وجه اليمين، فلما فرغ منه عقبه بذكر الدخول فيحتمل وجهين:

أحدهما: يكون حلفاً ولا يجعل التعين شرطاً عند ذكر الله تعالى.

والثاني: لا يكون [٣٣/ب] حلفاً لفقد التعين عند ذكر الله تعالى.

فرع آخر

إذا لاعن ولاعنت فالكاذب منهمما يلزم الكفاره؛ لأنه يمين عندنا، وهل يلزم كفاره أم كفارات؟ يحتمل أن يقال: يلزم كفاره واحدة؛ لأن الأيمان إذا تكررت على شيء وكان القصد بالإعادة التكرار فالواجب كفاره، وكذا في أيمان القسامه إذا كانت كذباً يكفي كفاره واحدة لما ذكرنا.

فرع آخر

إذا حلف الكافر الذى ينفي الإله بالله تتعقد يمينه؛ لأنه يُستحلف في الدعاوى بالله تعالى، وإن حلف بالله تعالى ومراده الصنم أعيد عليه الحلف؛ لأن اليمين بغير الله تعالى لا تصح بحال، ولو حلف بجسم فقال: والله الذى هو جسم لا أفعل كذا، يحتمل أن يقال: لا تتعقد يمينه؛ لأنه حلف بغير الله تعالى في الحقيقة لاستحالة كون الله تعالى جسماً، وهذا أوضاع على قول من يكفرهم، ويحتمل أن يقال: تتعقد يمينه؛ لأنه حلف بالله تعالى ولكنه أخطأ في وصفه، وهذا أوضاع على قول من لا يكفرهم، وهكذا لو حلف لتلك الدعوى هل تعاد عليه اليمين؟ تخرج على وجهين:

أحدهما: تعاد عليه اليمين، وهذا على الوجه الأول.

والثاني: لا تعاد عليه، وهذا على الوجه الثاني.

فرع آخر

إذا أقر بالقتل عمداً ثم راجع عن إقراره هل يقبل قوله في سقوط الكفاراة؟ قال الإمام والدي - رحمه الله -: يحتمل أن يقال: إن كان من أهل الإعتاق أو الإطعام لم يقبل، وإن كان من أهل الصيام قبل، والفرق أن حق الأدمي يتعلق بكفارة العتق والإطعام فلم يقبل الرجوع من أجل حق الأدمي يخالف الصوم؛ لأن حق الله تعالى على الاختصاص لا حق للأدمي فيه بوجه، فجاز قبول الرجوع فيه.

فرع آخر

إذا حلف لا يدخل الدار اليوم فدخلها ناسياً وانقضى اليوم [أ/٣٤] صار باراً في يمينه. ولو حلف لا يدخلها فدخلها ناسياً لا يصير حانثاً في أحد القولين. والفرق أن الغرض في الأول تحصيل الدخول، والحلف وقع ليكون داعياً إلى فعله، فإذا حصل الدخول فقد وجد المقصود بالداعي فأغنى عن ذكر الداعي. وفي المسألة الثانية المقصود انتفاء الدخول والحلف ليكون داعياً له إلى الترك، وإنما يصح أن يكون داعياً له إلى تركه إذا كان ذاكراً له، فإذا لم يكن ذاكراً صار كأن حلفه لم يتناول هذا الفعل فلم يقع الحث.

كتاب النذور^(١)

مسألة: قال: «من نذر أن يمشي إلى بيت الله تعالى لزمه إن قدر على المشي».

الفصل

الأصل في النذور ثبوت حكمها في الشعاع الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿يُؤْفَدُ إِلَيْنَا﴾** [الإنسان: ٧] الآية، فمدحهم على الوفاء بالنذر، والمدح إنما يكون على فعل واجب أو مندوب.

وأما السنة ما روت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»^(٢).

وأيضاً روي أن المشركين أغروا على سرح المدينة، فذهبوا ببعضهم رسول الله ﷺ، وأسرموا امرأة من المسلمين، وهي امرأة أبي ذر، فقامت فجعلت لا تضع يدها على بغير إلا رغا، حتى أتت على العصباء قالت: فأتيت على ناقة ذلول فلم ترغ فركبتها، ثم جعلت الله عليها إن نجاها الله لتنحرنها، فلما قدمت المدينة عرفت الناقة، فأخبر النبي ﷺ فأرسل إليها، فجاءها وبها وأخبر بذرها، فقال: «بس ما جزتها - إن الله أنجانا عليها لتنحرنها، لا وفاء لنذر في معصية [٣٤/ ب] ولا فيما لا يملك ابن آدم»^(٣). قوله: مجرسة: معناه الوطئة المذلة، يقال: فلان جرسه الأمور إذا راضته وذلتة، فدل من طريق دليل الخطاب على أن النذر يلزم في الطاعة.

وأيضاً روي ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: بينما النبي ﷺ يخطب إذ هو برجي قائم في الشمس، فسأل عنه فقال: هذا أبو إسرائيل نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٦٣/ ١٥).

(٢) أخرجه البخاري في الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة (٦٦٩٦) والترمذى في النذور والأيمان عن رسول الله ﷺ، باب من نذر أن يطيع الله فليطعه (١٥٢٦) والنسائي في الأيمان والنذور، باب النذر في الطاعة (٣٨٠٦) وأبو داود في الأيمان والنذور، باب ما جاء في النذر في المعصية (٣٢٨٩).

(٣) أخرجه مسلم في النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد (١٦٤١) وأبو داود في الأيمان والنذور، باب في النذر فيما لا يملك (٣٣١٦) وأحمد في «مسنده» (١٩٣٦٢).

يتكلم ويصوم، فقال: «مروه فليتكلم وليقعد وليستظل ولitem صومه»^(١) وهذا النذر يتضمن نوعين من طاعةٍ ومعصيةٍ، فأمره رسول الله ﷺ بالوفاء بالطاعة وهو الصوم، وأن يترك ما ليس بطاعةٍ وهو القيام في الشمس ونحوه.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قام فخطب الناس في يوم شديد الحر، فقام رجل من الأعراب في الشمس فقال رسول الله ﷺ: «مالك؟» فقال: نذرت أن لا أجلس حتى تفرغ، فقال: «اجلس فليس هذا بذر، إنما النذر ما ابتعي به وجه الله تعالى»^(٢).

وأيضاً روت ميمونة بنت كروم قالت: خرجت مع أبي في حجة، فرأيت رسول الله ﷺ وسمعت الناس يقولون رسول الله، فجعلت أبده بصري، فدنا إليه أبي وهو على ناقة له معه درة كدرة الكتاب، فسمعت الأعراب والناس يقولون: الطبطبية الطبطبية يا رسول الله، إن ولد لي ولدان أنحر على رأس يرانه في عقبه من الثناء عدة من الغنم، فقال رسول الله: «هل بها من هذه الأوثان؟» قال: لا، قال: «فأوف بما نذرت به الله»^(٣).

[٣٥/أ] وقولها: «أبده بصري» معناه أتبعه بصري وألزمه إيه لا أقطعه عنه. والطبطبية حكاية وقع الإقدام.

وأيضاً روى ابن عباس - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «من نذر لم يسمه فكفارته كفارة يمين، ومن نذر في معصية الله فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذراً فأطاقه فليف به»^(٤). وأيضاً روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، إني نذرت أن أضرب على رأسي بالدف، فقال: «أوف بذرك»^(٥). قال الإمام الخطابي: ضرب الدف ليس مما يعد من أبواب الطاعات التي تتعلق بها النذور، وأحسن حاله أن يكون من باب المباح، غير أنه لما اتصل بإظهار الفرج بإظهار سلامة مقدم رسول الله ﷺ حين قدم المدينة في بعض غزواته، وكانت مسأة الكفار وإزعام المنافقين صار فعلها كبعض القرب التي هي من نوافل الطاعات، ولهذا أبجح ضرب الدف واستحب

(١) أخرجه البخاري في الأيمان والذور، باب النذر فيما لا يملك وفي معصية (٦٧٠٤) وأبو داود في الأيمان والذور، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية (٣٣٠٠).

(٢) ذكره الشوكاني في «نيل الأوطار» (١٤١/٩).

(٣) أخرجه أبو داود في الأيمان والذور، باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر (٣٣١٤).

(٤) أخرجه أبو داود في الأيمان والذور، باب من نذر نذراً لا يطيقه (٣٣٢٢).

(٥) أخرجه أبو داود في الأيمان والذور، باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر (٣٣١٢).

في النكاح لما فيه من الإشادة بذكره والخروج به عن معنى السفاح. وأما الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه.

واعلم أن النذر في اللغة الوعد بخيرٍ أو شرٍ، وفي الشرع: الوعد بالخير دون الشر، قال رسول الله ﷺ: «لا نذر في معصية الله»^(١).

واعلم أن الله تعالى حمد من وفى بعهده فقال تعالى: ﴿يُؤْفَقُونَ بِالنَّذْرِ﴾ [الإنسان: ٧]، وقال: ﴿لِلَّهِ الْمُؤْمِنُوكَ يَعْمَلُونَ إِذَا عَاهَدُوكُمْ﴾ [البقرة: ١٧٧]، ثم ذم من لم يف بندره على ما ذكرنا.

وقد ذكرنا أقسام النذر، والآن رجعنا إلى مسألة الكتاب، فإذا نذر المشي إلى بيت الله الحرام، إما على طريق المجازاة، أو على شرط طريق المجازاة، وأوجبنا على المذهب الصحيح ينعقد نذرها، [٣٥/ب] ويلزمه المشي إليه بنسكه إما بحج أو عمرة لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما - أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى بيت الله الحرام فأمرها النبي ﷺ أن تمشي بحج أو عمرة^(٢). وفي رواية: أنها نذرت أن تحج مأشية، وأنها لا تطيق ذلك، فقال ﷺ: «إن الله لغنى عن مشي أختك فلتترك ولتهد بدنة»^(٣).

وفي رواية أن عقبة بن عامر سأله رسول الله ﷺ عن أختٍ له نذرت أن تحج حافية غير مختمرة، فقال: «مروها فلتختمر ولتركب ولتصنم ثلاثة أيام»^(٤). وقيل: هذا الصيام بدلٌ من الهدى خيرٍ فيه كما خير قاتل الصيد بمثل وبين التقويم بالطعام وبين الصوم بدل كل مي يوماً.

إذا ثبت هذا فلا يخلو النادر إما أن يكون قادراً على المشي أو عاجزاً عنه، فإن كان قادراً لزمه المشي؛ لأنه طاعة، ومن نذر طاعة وقدر عليها يلزمه الإتيان بها.

(١) أخرجه الترمذى في النذور والأيمان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ، أن لا نذر في معصية (١٥٢٥) والنسانى في الأيمان والنذور، باب النذر فيما لا يملك (٣٨١٢) وأحمد في «مسنده» (١٩٤٨٣).

(٢) ذكره ابن حجر في «تلخيص العجيز» (٤/١٧٨).

(٣) أخرجه أبو داود في الأيمان والنذور، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية (٣٣٠٣) وأحمد في «مسنده» (٢١٣٥).

(٤) أخرجه الترمذى في النذور والأيمان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهة الحلف بغير ملة الإسلام (١٥٤٤) والنسانى في الأيمان والنذور، باب إذا حلفت المرأة لتمشي حافية غير مختمرة (٣٨١٥) وأبن ماجه في الكفارات، باب من نذر أن يحج مأشياً (٢١٣٤)، وأحمد في «مسنده» (١٦٨٥٥).

وقد روي أن إبراهيم وإسماعيل - صلى الله عليهما - حجا ماشيين . وقال ابن عباس - رضي الله عنهما - : ما آسى على شيء كما آسى على أن لو حجت في شبابي ماشياً ، وقد سمعت رسول الله ﷺ يقول : « وَأَذْنَ فِي الْتَّاهِينَ بِالْحَجَّ يَأْتُكَ رِجَالًا » [الحج : ٢٧] ،^(١) فبدأ بالرجال .

وقال بعض أصحابنا بخراسان : هل يلزم المشي ؟ قوله : أحدهما : يلزم وهو المنصوص هاهنا ، كالمتابعة في الصوم .

والثاني : لا يلزم ، لأن لا قربة في المشي ولا يجب بالشرع .

قال : وأصل القولين أن الحج ماشياً أفضل أو راكباً ؟ فيه قوله : أحدهما : سواء .

والثاني : ماشياً أفضل .

قال ابن سريج : المشي والركوب سواء مالم يحرم ، فإذا أحرم فالمشي أفضل حتى يفرغ من الحج ، وهذا غريب لم يذكره أهل العراق . وقال في « الحاوي » : إذا قال : أمشي أو أركب إلى بيت الله الحرام فيه ثلاثة أوجه :

أحدها : لا يلزم الركوب ولا المشي ، لأن واحداً منهما [٣٦/١] لا يجب بالشرع فلم يجب بالنذر .

والثاني : يجبان به ، يلزم المشي إذا شرط المشي ، والركوب إذا شرط الركوب ، لأن في المشي زيادة عمل ، وفي الركوب زيادة نفقة وكلاهما قربة .

والثالث : وهو الأشبه المشي يلزم بالشرط دون الركوب ، لأن في المشي مشقة وفي الركوب ترفها . فإذا تقرر هذا فإن مشى فقد أتى بما لزمه ولا كلام ، وإن ركب مع قدرته على المشي فقد أساء وأجزاءه ، وبهريق دماً واجباً لقوله ﷺ : « من ترك نسكاً فعليه دم »^(٢) ، ولأنه ترفة بالركوب فأشبه إذا ترفة بالطيب واللباس .

وقال بعض أصحابنا بخراسان : هل يصح حجه ؟ فيه قوله : أحدهما : ما ذكرنا .

والثاني : لا يصح حجه . فيقضي الحج ويمشي ما ركب ولا يركب ما مشى جاز ، وهذا غريب . وإن عجز عن المشي فله أن يركب ويصح حجه بلا إشكال لما ذكرنا من خبر أخت

(١) أخرجه ابن حجر الطبراني في تفسيره (١٤٥/١٧) .

(٢) ذكره ابن حجر في « تلخيص العبير » (٢/٢٥٦) .

عقبة بن عامر، ولأنه لو عجز عن القيام في الصلاة يجوز له القعود كذلك هاهنا.

إذا ركب قال الشافعي - رضي الله عنه -: أراق دمًا احتياطًا من قبل أنه لم يطع شيئاً سقط عنه. قال أبو إسحاق: ولأن ما لا يطيق لا يدخل في نذره؛ لأن إيجابه يتضمن الإمكان، فظاهر هذا أنه لا يلزم الدم وهو المذهب، وقيل: إنه نص على قولين؛ أحدهما: هذا.

والثاني: يلزم الدم للخبر الذي ذكرنا، ولا يجوز أن يأمرها رسول الله ﷺ بالركوب إلا مع العجز وأوجب عليها الدم، ولأنه نسك لو تركه لغير عذر يلزم الدم فكذلك إذا تركه لعذر كالرمي ونحوه، وأيضاً فرق الشافعي - رضي الله عنه - فقال: لأن الناس أصلحوا أمر الحج بالصيام والصدقة والنسك ولم يعلموا أمر الصلاة إلا بالصلاة، فكانه أراد أن الحج يدخله العبران بالمال بخلاف الصلاة.

إذا أوجبنا المشي عليه فمن أي موضع لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: [٣٦/ب] أن يقول: الله على أن أحج ماشياً، يلزم المشي من حين يحرم من الميقات أو قبله إذا أحرم، وله أن يركب فيما قبل؛ لأنه أوجب المشي في حل الحج دون غيره.

والثاني: أن يقول: على أن أمشي إلى مكة. قال أبو إسحاق: يلزم المشي من دويرة أهله؛ لأن نذره يقتضي هذا ويحرم من الميقات، . وقال صاحب «الإفصاح»: يمشي من دويرة أهله ويحرم من دويرة أهله أيضاً؛ لأنه لا قربة في المشي دون الإحرام، فلا يختلف أصحابنا في وجوب المشي من دويرة أهله، واختلفوا في وجوب الإحرام منها على وجهين:

أحدهما: يلزم من دويرة أهله لأن الأصل في الإحرام الوجوب من دويرة أهله، ولكن رخص للحاج تركه إلى الميقات، فإذا نذر حمل مطلق النذر على ذلك الأصل.

والثاني: وبه قال عامة أصحابنا وهو الصحيح: يلزم الإحرام من الميقات وبه قال أحمد؛ لأن مطلق النذر محمول على المعهود في الشرع، والإحرام في الشرع يجب من الميقات، هكذا ذكره القاضي الطبرى، وقال بعض أصحابنا ذكره صاحب «الإفصاح» قول أبي إسحاق.

وفي أول ما يجب عليه المشي وجهان: أحدهما: يجب عليه المشي من بلدته إذا توجه منه لحجه اعتباراً بالعرف في حج الماشي، فعلى هذا يلزم الإحرام من بلدته.

والثاني: يلزم المishi من ميقاته اعتباراً بأول أفعال الحج وأركانه؛ لأن المishi من غير إحرام لا قربة فيه، فعلى هذا يحرم من ميقاته.

والثالث: أن يقول: الله علىيَّ أن آتني مكة ماشيأ، فحكمه ما ذكرنا إذا قال: الله علىيَّ أن أمشي إلى مكة.

فرع

إذا أوجبنا عليه الفدية عند ترك المishi فيه وجهان:

أحدهما: أنها فدية ترك المishi المشروط وتارك لما ركب من نفقة الركوب، فصار كالمحموم الذي وجبت عليه الفدية بترك الإحرام من ميقات بلده [٣٧/أ] في آخر نسكه، فعلى هذا تكون الفدية دم شاة، فإن أفسر بها صام عشرة أيام.

والثاني: أنها فدية ترفه؛ لأن ترفه في ترك المishi أو في مؤنة الركوب، فصار كفدية الحلق الذي ترفه به يكون مخيراً بين دم شاة، أو إطعام ثلاثة أشع، أو صيام ثلاثة أيام لما ذكرنا من خبر أخت عقبة بن عامر: «ولتصم ثلاثة أيام».

فرع آخر

إذا قال: الله علىيَّ أن أمشي إلى بيت الله تعالى، ولم يقل الحرام، ظاهر ما نقله المزني ينعقد النذر ويلزم المishi إليها بنسك كالمسألة قبلها؛ لأن مطلق بيت الله يرجع إلى الكعبة، وقال عامة أصحابنا: لا ينعقد نذر إلا أن ينوي بيت الله الحرام؛ لأن المساجد كلها بيوت الله تعالى، قال الله تعالى: «فِي بَيْتِ اللَّهِ أَذْنَ اللَّهِ أَنْ تُرْفَعَ» [النور: ٣٦]، فإذا أطلق البيت احتمل البيت الحرام، واحتفل غيره من المساجد وهذا هو الصحيح؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نص في «الأم» فقال: «إذا نذر أن يمشي إلى بيت الله ولا نية له، فالاختيار أن يمشي إلى بيت الله الحرام، ولا يجب عليه ذلك إلا أن ينويه؛ لأن المساجد بيوت الله»، فأسقط المزني ذكر الحرام وأخل بالنقل، فحصل قولان، والمسألة مشهورة بالوجهين. وقال في «الحاوي»: إذا قال: على المishi إلى بيت الله الحرام وأطلق ولم يقترب به إرادة، قال ابن أبي هريرة: هو مبني على اختلاف القولين فيمن أراد دخول مكة هل يلزم المishi الإحرام لدخوله؟ فيه قولان؛ فإذا قلنا: يلزم المishi فهنا ينعقد النذر على حج أو عمرة. وإذا قلنا: لا يلزم المishi هذا وجهان تخرجاً من القولين فيمن نذر أن يمشي إلى مسجد المدينة. فإذا قلنا هناك يلزم المishi قصد لا يجب به الإحرام، فكذلك قصد المسجد الحرام لا يلزم المishi في الإحرام، ويكون النذر في جميعها مقصورة على مجرد القصد لاشراكهما في معنى الوجوب. وإذا قلنا

[٣٧/ب] هناك لا يلزم، فإن لزمه النذر إلى المسجد الحرام شرعاً، فوجوب نذراً بخلاف ذلك اقتضى افتراقهما في هذا التعليل أن يجب بقصد المسجد الحرام في النذر ما أوجب قصده بالشرع، وهذا التخريج وإن كان محتملاً فإنما يستعمل مع عدم النص، ونص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه يلزمه الحج أو العمرة؛ لأنه معهود النذر عرفاً فلا يجوز العدول عنه إلى التخريج.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أطلق هكذا هل يصح نذر؟ قولهان بناء على أصل، وهو أن النذر يحمل على أقل ما ورد الشرع به، أو على مجرد الإسم. فإذا قلنا: على أقل ما ورد الشرع يلزم، وإن قلنا: على مجرد الاسم فهنا أصل آخر، وهو أن الإحرام هل يجب على من يدخل مكة لغير الحج؟ وفيه قولهان؛ فإذا قلنا يجب صبح النذر ويلزمه المشي حاجاً أو معتمراً، وقيل: إتيان مكة لا يلزم النسك في وقته. وإن قلنا لا يجب فهاهنا أصل آخر يبني عليه، وهو إذا نذر إتيان مسجد المدينة هل يصح نذر؟ قولهان. وإن قلنا: يصح النذر في مسجد المدينة يأتي هناك قربة من صفة أو اعتكاف، فهاهنا أيضاً يأتي مكة ويفعل شيئاً من هذا، وهذا كله تخليط والاعتماد على ما سبق.

فرع آخر

لو نذر المشي إلى بيت الله الحرام، ونوى أن يأتي الحج ولا يعتمر ولا عزم أو صرخ به لفظاً، قال أبو إسحاق: يحتمل وجهين:
أحدهما: ينعقد نذر المشي إليه متنسكاً ولا يلتفت إلى كلام ونية؛ لأن الشريعة قد أوجبت على من قصد الإحرام بأحدهما.

والثاني: لا ينعقد نذر؛ لأن الكلام إذا اتصل يبني بعضه على بعض، فإذا قال: لا حاجاً ولا معتمراً صار كأنه لم ينذر النسك أصلاً فلا يلزم شيء.

قال أبو حامد: ويشبه أن يكون الوجهان مبنيين على أن من نذر المشي إلى مسجد المدينة هل ينعقد نذر؟ [٣٨/أ] فيه قولهان؛ لأن المشي هناك لا يتضمن نسكاً، فإن قلنا هناك لا يلزم، لا يلزم هنا، وإن قلنا هناك يلزم، يلزم هنا، وقيل: لا يستقيم هذا البناء؛ لأن من يقول هنا: ينعقد نذر يقول يلغو قوله: لا حاجاً ولا معتمراً، فلا يكون نذره حالياً عن النسك.

وقال في «الحاوي»: هل يصح نذر؟ وجهان: أحدهما: لا يصح لاستثناء مقصوده ولا شيء عليه.

والثاني: لعود الاستثناء إلى الحكم دون القصد، فعلى هذا في الشرط وجهان: أحدهما: باطل وعليه أن يحرم بحج أو عمرة.

والثاني: الشرط صحيح لاتصاله بالنذر، فعلى هذا فيه وجهان: أحدهما: يلزم أن يضم إلى قصد البيت عبادة من طواف، أو صلاة، أو صيام، أو اعتكاف ليصيغ القصد طاعة إذا اقترن بطاعة.

والثاني: لا يلزم ذلك؛ لأن قصد البيت طاعة، وشاهدته قربة، فحصل أربعة أوجه؛ أحدها: النذر باطل.

والثاني: النذر صحيح والشرط باطل.

والثالث: النذر والشرط صحيحان وعليه فعل عبادة.

والرابع: أنهما صحيحان ولا شيء عليه غير القصد. وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا يصح النذر ببني على أنه إذا نذر الخروج إلى مسجد المدينة هل يلزم أن يصلني ركعتين فيه قولان مخرجان؛ فإن قلنا هناك يلزم فهنا يلزم أن يصلني ركعتين، وإن قلنا لا يلزم الصلاة هناك لا يلزم هنا غير القصد.

فرع آخر

إذا نذر أن يحج راكباً أو يمضي إلى بيت الله تعالى راكباً لزمه ذلك اتفاقاً في الحج، فإن ترك الركوب ومشي يلزم دم؛ لأنه ترفه بترك النفقة، وقد ذكرنا وجهان أنه لا تلزم الفدية؛ لأنه لم يترفه بترك الركوب، بخلاف ما لو نذر ركب بدل المشي.

وقال في «الحاوي»: إذا ترك المشي والركوب [٣٨/ب] فيه ثلاثة أوجه؛ لا جرمان أصلاً لاختصاص الجرمان بالمتناлик الشرعية وليس المشي والركوب بنسلك شرعية.

والثاني: يلزم جرمانهما بدم.

والثالث: وهو الأشبه تلزم الفدية إذا ركب، ولا يلزم إذا مشى بدل الركوب. ولو عجز عن الركوب بالعسرة فيه وجهان؛ أحدهما: يسقط بالعجز.

والثاني: تجب الفدية مع العجز لتوجه العجز إلى الفعل دون الفدية، كالفدية في الحلق عند العذر. وعلى هذا فيه وجهان؛ أحدهما: فدية وترك.

والثاني: فدية ترفة على ما ذكرنا. وإذا قلنا لا يلزم الركوب يحرم في ميقاته. وإذا قلنا

يلزمه الركوب أبتدأ بالركوب من دويرة أهله ولزمه الإحرام من بلده؛ لأنه لما صار الركوب من حقوق هذا الحج الممنذور، وإن لم يكن من حقوق حج الإسلام وجب أن يقتربن به الإحرام ليصيّر به داخلاً في لوازم النذر.

فرع آخر

لو قال: الله علىي أن أذهب إلى بيت الله الحرام، أو أمضي، يلزمه كما لو قال: أمشي. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه بلفظ الذهاب والمضي؛ لأنّه ليس بمعهود، وهذا لا بصح، لأنّه نذرقصد إلى الخروج إلى البيت، فهو كما لو قال: أمشي.

فرع آخر

لو لم يشترط ركوبًا ولا مشيًّا فقال: أقصد، أو أذهب، أو أمضي، أو أتوجه إليه تخير بين الركوب والمشي.

مسألة: قال: «إِذَا فَاتَهُ الْحَجَّ مَاشِيًّا مَشَى حَتَّى تَجِلَّ لَهُ النِّسَاءُ»^(١).

الفصل

الكلام في هذا في بيان انتهاء المشي، والحكم في ذلك أنه يحتاج حتى يتحلل من الحج والعمرة، إلا أن للحج تحللين، فيمشي حتى يحل التحللين جمِيعاً، وفي ذلك الوقت تحل له النساء، وللعمرة تحلل واحد وهو بالطواف والسعى في أحد القولين. والقول الثاني بالحج فمثي حتى يأتي بجميع ذلك؛ [٣٩/أ] لأن تمام الخروج من الحج إنما يحصل في هذه الغاية، ثم له أن يركب وإن بقي عليه بقية من الحج، وهي الرمي في أيام من أيام التشريق خارج من الحج، كالسلام الثاني في الصلاة.

وقال في «الحاوي»: إذا نذر أن يحج ماشياً ففي أول ما يجب عليه من المشي وجهان على ما ذكرنا، وأخر مشيه إذا حل إحلاله الثاني على ما ذكرنا.

ولو نذر أن يحج إلى بيت الله كان أول مشيه من بلده إذا توجه وفي آخره ثلاثة أوجه: أحدها: إذا وصل إلى البيت اعتباراً بلفظه.

والثاني: إذا طاف بالبيت طواف القدوم اعتباراً بأول قربة.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٧٢).

والثالث: إذا حل إحلاله الثاني اعتباراً بكمال نسكه. وإذا نذر أن يعتمر ماشياً كان في أول مشيه وجهان كما ذكرنا في الحج، وأخر مشيه إذا حل من عمرته.

فرع

لو قال: الله على الحج ولم ينبو عليه حجة الإسلام لم ينعقد النذر؛ لأنه لا ينعقد نسك مجلل.

مسألة: قال: «إِذَا فَاتَهُ الْحَجُّ حَلَّ مَاشِيَاً وَعَلَيْهِ الْحَجُّ مِنْ قَابِلٍ مَاشِيَاً»^(١).

اعلم أنه إذا نذر أن يحج ماشياً فشرع فيه ثم فاته، فعليه المضي في الفائت والتحلل بعمل عمرة والطواف والسعي والحلق وعليه القضاء من قابل، ويلزمه المشي والقضاء بلا فدية؛ لأن فرض الحج لا يسقط به عنه، فصار كأنه هو الحج المنذور، وأما ما مضى فيه من الفائت فهل يلزم المشي؟ فيه قولان؛ أحدهما: وهو الصحيح وعليه نص في «الأم»، ونقله المزني في «المختصر»: يلزم؛ لأن الفائت يلزم أن يتحلل بعمل عمرة على الصفة التي دخل فيه الحج المنذور، إذ لا يسقط الفرض به فلم يجب المشي فيه، وهذا اختيار صاحب «الإفصاح»، قال: وقوله: «حل ماشياً» أراد به على طريق الاستحباب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزم أن يحل ماشياً إلا على أصل المزني، فإنه يقول: يأتي بجميع أعمال الحج كمن أفسد حجه، [٣٩/٣] وعندنا يتحلل بعمل العمرة ويحتاج إلى القضاء، فلا يلزم المشي فيه قوله واحداً.

وقال في «الحاوي»: وفي زمان قضايه وجهان؛ أحدهما: على التراخي كأصل النذر، والثاني: على الفور في الآتي، وعليه في القضاء أن يحج ماشياً، ولكن هل يعتد بمشيه الذي كان فيه؟ وجهان:

أحدهما: لا يعتد به كما لا يعتد بغيره من أركانه، ويلزمه العود إلى بلده للاحرامه بالقضاء منه ومشيه.

والثاني: يعتد بمشيه في الفائت وإن لم يعتد بشيء من أركانه لاختصاص المشي بالنذر دون الشرع، فيجوز أن يركب في حجة القضاء حتى ينتهي إلى محل الفوات ثم يركب في بقية حجه حتى يتحلل منه، حكاه ابن أبي هريرة مع ضعفه.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٧٤).

فرع آخر

لو قال: الله علىي أن أحج العام القابل، هل يجوز تقديمها؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز؛ لأن عبادات الأبدان لا يجوز تقديمها على وقتها. والثاني: يجوز إذا وجد شرط نذره كما يجوز تقديم حجة الإسلام قبل وجوبها.

فرع آخر

الأولى به أن يحرم في عام نذره، فإذا أححرم به ففاته هل يلزمها؟ فيه قولان؛ أحدهما: يلزمها كغير المعين.

والثاني: لا يلزمها إلا أن المعين لا يتماثل في القضاء، فإذا قلنا لا يلزمها وجب أن يمشي فيما يتحلل به من فواته؛ لأنه في الباقي مؤول لحقوق نذرها، وإذا قلنا يلزمها قضاءه لزمه في قصائه المشي، وفي لزوم المشي فيما يتحلل به قولان.

فرع آخر

لو أخر الحج عن عامه المعين، فإن كان لغير عذر يلزمها قضاها، وإن كان لغير عذر ففي وجوب قضاها قولان كالفوات.

مسألة: قال: «ولئن قال: لِلَّهِ عَلَى أَنْ أَمْشِي لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ حَتَّى يَكُونَ بِرًا»^(١).

الفصل

جملة هذا أنه لا يخلو إما أن ينذر مثيأ مطلقاً، أو إلى موضع بعينه، فإن نذر مثيأ مطلقاً لم ينعقد نذر ولا شيء عليه؛ [٤٠/أ] لأن المشي إلى غير موضع البر ليس بقرية فلا يجب النذر، كما لو نذر أن ينام أو يأكل، وحكي عن أحمد أنه قال: إذا نذر فعل المباح انعقد نذره وكان مخيراً بين الوفاء به وبين الكفارة للخبر الذي ذكرنا في المرأة التي نذرت أن تضرب الدف على رأس رسول الله ﷺ.

ودليلنا خبر الأعرابي أنه نذر أن يقوم ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم، فأسقط رسول الله ﷺ من نذره ما ليس بطاعة، وقد ذكرنا تأويل ما ذكروا من الخبر، وإن أطلق ذلك ونوى بقلبه أن يمشي إلى بيت الله الحرام لزمه على ما نواه.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٧٦).

وإن نذر أن يمشي إلى موضع معين ففيه مسائل: أحدها: أن ينذر المشي إلى بيت الله الحرام، وقد ذكرنا ذلك، وكذلك لو نذر الصلاة فيه يلزم أن يأتيه ويصلّي فيه؛ لأن بقعة الحرم تختص بالنسك.

الثانية: أن ينذر المشي إلى مسجد المدينة والمسجد الأقصى، فهل ينعقد نذره؟ فيه قولان: أحدهما: ينعقد ويلزم إثباته، نص عليه في البوطي، وهو اختيار أبي إسحاق، وبه قال مالك، وأحمد لقوله عليه السلام: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد؛ المسجد الحرام، ومسجدي هذا، والمسجد الأقصى»^(١) ولم يرد به الجواز؛ لأنه يجوز شد الرحال إلى سائر المساجد، فثبت أنه أراد الوجوب، ولا وجوب إلا في هذا الموضع. وفي رواية: «تشد الرحال إلى ثلاثة مساجد» الخبر.

والثاني: لا ينعقد نذر، وهو ظاهر النص هاهنا، ونص عليه في «الأم» لأنه قال: «واجب».

ثم قال: «وَلَا يَبْيَنْ لِي أَنْ يَجِبْ كَمَا يَبْيَنْ لِي أَنَّ أَوْجِبَ الْمَشْيَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى، وَذَلِكَ أَنَّ الْبَرَّ يُبَيَّنُ بَيْتَ اللَّهِ تَعَالَى فَرْضٌ، وَالبَرُّ يُبَيَّنُهَا دِينُ نَافِلَةٍ».

وهذا اختيار عامة أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة - رحمة الله تعالى - [٤٠/ب] لما روى جابر - رضي الله عنه - أن رجلاً قال يوم الفتح: يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلّي في بيت المقدس ركعتين، فقال رسول الله عليه السلام: «صل هنا»، قال ذلك مرتين أو ثلاثة، فقال رسول الله عليه السلام: «شأنك إذا»^(٢).

ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن قوله: «هنا» أراد في المسجد الحرام وهو أفضل فلا حجة فيه، وهذا التأويل خطأ؛ لأن روي أن رجلاً قال لرسول الله عليه السلام: «إني نذرت أن أصلّي في مسجد إيلاء، وهو المسجد الأقصى ركعتين» فقال عليه السلام: «صل في بيتك»، فأعاد السؤال، فقال: «أنت أعلم»^(٣).

(١) أخرجه البخاري في الجمعة، باب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة (١١٨٩) ومسلم في الحج، باب سفر المرأة مع مجرم إلى حج وغيرة (٨٢٧) والترمذى في الصلاة بباب ما جاء في أي المساجد أفضل (٣٢٦).

(٢) أخرجه أبو داود في الأيمان والندور، باب من نذر أن يصلّي في بيت المقدس (٣٣٠٥) وأحمد في «مسند» (١٤٥٠٢) والدارمي في الندور والأيمان، باب من نذر أن يصلّي في بيت المقدس (٢٣٣٩).

(٣) لم أجده بهذا اللفظ.

فرع

لو نذر أن يصلي ركعتين في أحد هذين المساجدين انعقد نذره، وهل تجب الصلاة فيه؟ فعلى القولين اللذين ذكرناهما. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذان القولان ينبعان على ما ذكرنا أن النذر يحمل على ماله وجوب بacial الشرع، أو على ما يتناوله اسم القرابة في الجملة وفيه قولان، وهذا ضعيف؛ لأن الإعتكاف يلزم بالنذر ولا أصل له في الوجوب.

فرع آخر

إذا قلنا انعقد نذره بالمشي إليهما، قال أصحابنا: يلزمه إذا وصل إليهما أن يصلي ركعتين؛ لأن القصد بالسعى إليهما القرابة بالصلاحة فيما، فتضمن ذلك نذره؛ لأن القصد به القرابة، وهكذا ذكره القفال.

ومن أصحابنا من قال: يُصلي ركعتين أو يعتكف ساعة فيهما حتى تكون قربة.

وقال صاحب «الحاوي»: هل يلزمه فعل عبادة فيه؟ وجهان:

أحدهما: لا يلزمه ويكون النذر مقصوراً على التبرر بقصده، ومجرد النظر إليهما قربة وطاعة. والثاني: يلزمه [٤١/أ] فعل عبادة.

وإذا قلنا بهذا ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه مخير فيما شاء من صلاة أو صوم أو اعتكاف. والثاني: يلزمه الصلاة خاصة لاختصاص المساجد بالصلاحة عرفاً فاقتضت بها نذراً.

فرع آخر

لو عين في نذره ما يفعله فيه من صلاة أو صوم أو اعتكاف تعين فيه وهل يلزم المشي فيه؟ وجهان؛ أحدهما: لا يلزم المشي ويكون محمولاً على القصد، فإن ركب جاز، وإن كان المشي الذي صرخ به أفضل يلزمه لأنه صرخ به.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني فركب هل يجوز؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجزيه إذا قلنا نذره مقصور على الوصول إليه؛ لأنه يصير المشي هو العبادة المقصودة وعليه إعادة قصده إليه مأشياً.

والثاني: يجزيه إذا قلنا أنه يلتزم بقصده فعل عبادة فيه؛ لأنه يصير المقصود بالنذر هو

فعل العبادة منه، ولا يلزم الخبر بفدية كما قلنا في المشي إلى الحرم لاختصاص القربة بجران الحج دون غيره.

فرع آخر

إذا قال أمشي إليه وأصلي فيه ركعتين، وقلنا ينعقد النذر قد ذكرنا الحكم. وقال في «الحاوي»: في استحقاق فعلها وجهان:

أحدهما: يستحق إذا قلنا يلتزم بقصده فعل عبادة فيه.

والثاني: لا يستحق، فإن صلاتها في غيره أجزاء، لأنه لا يلتزم بقصده فعل غيره، والأظهر لزوم صلاته فيه وأنها لا تجزئه في غيره.

وقد روى حبة العرني أن رجلاً قام إلى علي - رضي الله عنه - فقال: يا أمير المؤمنين، إني اشتريت بعيرين وتجهزت أريد بيت المقدس، فقال: بع بعيرك وتجهازك وصل في مسجد الكوفة.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا نذر أن يصلى في مسجد المدينة لا يقوم غيره من المساجد غيره إلا مسجد مكة. ولو نذر أن يصلى في مسجد بيت المقدس قام المسجد الحرام ومسجد المدينة مقامه فقط. ولو نذر في مسجد آخر لم يتعين بحال. [٤١/ب] ولو نذر صلاة الفرض في المساجد الثلاثة ذكرنا حكمه، ولو نذر في مسجد آخر، فإن انتقل إلى مسجد آخر يكون الجمعة فيه أكثر وأعظم جاز وإنما فلا يجوز.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: لو نذراً أن يصلى ركعتين في مسجد الحنيف بمنى، فإن كان من أهل مكة لم يلزم بهذا النذر أكثر من صلاة ركعتين؛ لأن في الحرم التي حرمته مشتركة، وإن كان من أهل الحل يلتزم بهذا النذر، وفيما ينعقد به نذر وجهان: أحدهما: ينعقد بما نذره من الصلاة في الحرم إذا قلنا يجوز له دخول الحرم بغير إحرام. وفي تعين الصلاة في مسجد الحنيف وجهان:

أحدهما: لا يتعين ويجوز له أن يصليها في أي موضع من الحرم شاء؛ لأن حرمة جميع الحرم واحدة، ولأن مشاهدة الكعبة في صلاته أفضل من أن لا يشاهدها.

والثاني: يتعين في مسجد الحنيف ولا يجزئه في غيره، لما روى أبو هريرة - رضي الله

عنه - أن النبي ﷺ قال: «لو كنت امرأً من أهل مكة ما أتى على سبب حتى آتني مسجد الخيف وأصلني فيه»^(١).

والثاني: يلزمه بنذر هذا الإحرام بحج أو عمرة إذا قلنا لا يجوز له دخول الحرم إلا بالإحرام.

فعلى هذا في التزامه ما عقد نذره عليه من الصلاة وجهان:

أحدهما: لا يلزمه فعل الصلاة؛ لأن الشعع قد نقل نذره إلى ما هو أعظم منه، فلم يجمع عليه بين بدلٍ ومبدل.

والثاني: لا يسقط عنه فعل الصلاة؛ لأنه ملتزم لها بنذرها، وملتزم للإحرام بدخول الحرم، فصارت الصلاة واجبة عليه بالنذر، والإحرام بالشرع فلم يجتمع فيه بدلٍ ومبدلٍ. وقال أبو حنيفة: لا تعين الصلاة عليه بالنذر في موضع؛ لأن مالاً أصل له في الوجوب في الشرع لا يجب بالنذر كعيادة المريض، وهذا لا يصح؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: إني نذرت أن اعتكف ليلة في المسجد الحرام، فقال: «أوف بنذرك». [٤٢/١] ولأن الصلاة فيه أفضل من غيره، لأن النبي ﷺ قال: «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي»^(٢). وأما عيادة المريض لا نسلم، بل تلزم بالنذر لأنها قربة.

والثالثة: لو نذر أن يمشي إلى العراق، أو إلى بغداد، أو إلى مسجد البصرة، أو الكوفة ونحو ذلك سوى المساجد الثلاثة لا ينعقد نذره ولا يلزمه إيتائه؛ لأنه ليس له طاعة في المشي إلى شيء من البلدان ولا إلى مساجدها، نص عليه في «الأم» ويفارق المشي إلى بيت الله الحرام فإنه طاعة على ما ذكرنا.

وقد روي أن ابن عباس - رضي الله عنهم - مرض، فدعا ولده فجمعهم ثم قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من حج من مكة ماشياً حتى يرجع إلى مكة كتب الله له بكل خطوة سبعمائة حسنة من حسنت الحرم»، قيل: وما حسنت الحرم؟ قال: «كل حسنة مائة ألف حسنة»^(٣). وسئل ابن عباس - رضي الله عنهم - عن نذر أن يمشي إلى الكعبة، فمشى

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه أحمد في «مسند» (١٥٦٨٥).

(٣) أخرجه الحاكم في المستدرك (١٦٩٢) (٦٣١/١).

نصف الطريق ثم ركب، فقال: إذا كان عام قابل فليركب ما مشى وليمش ما ركب ويتحر
بدنة^(١).

وقال أنس - رضي الله عنه - : من رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ بشيخ كبير يهادي بين ابنيه، فقال: «ما
بال هذا؟» قالوا: نذر يا رسول الله أن يمشي، فقال: «إن الله - عز وجل - غني عن تعذيب
هذا نفسه» فأمره أن يركب فركب^(٢). ولم يذكر الفدية، وهذا يدل على أنه يجوز الركوب
عند العجز ولا فدية.

فرع آخر

لو نذر أن يأتي إلى موضع من الحرام، لزمه حج أو عمرة سواء ذكر مزدلفة أو منى أو
مكة، أو الحرم أو المسجد الحرام، حتى لو قال: علىي أن آتي دار أبي جهل، أو دار
الخيزران التي كانت داراً لزوجة خليفة من الحرم يلزمها ذلك بحج أو عمرة؛ لأن كلها سواء
في حرم الحرم، وبه قال أحمد:

قال أبو حنيفة: لا يلزم مشي، [٤٢/ب] وإنما يلزم إذا قال: أمشي إلى بيت الله
الحرام، أو إلى مكة، أو إلى الكعبة استحساناً، لأن الناس يعبرون بذلك عن إيجاب
الإحرام. وقال أبو يوسف، ومحمد، ووزير: إذا قال: إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام
يلزمه، وإن قال: إلى مزدلفة أو منى لم يلزم. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا قلنا لا يجوز
له دخول الحرم إلا بالإحرام. وإذا قلنا يجوز ذلك لا يلزم شيء.

فرع آخر

لو نذر أن يأتي عرفة أو مناً أو قريباً من الحرم، قال الشافعي - رضي الله عنه - : لا
يلزمه شيء؛ لأن هذه مواضع من الحل لا يلزم الإحرام بقصدها، وقد صحف في بعض
النسخ فقيل: مني بدل منا، وهو غلط؛ لأن مني من الحرم، وأراد بالمن من الظهران وهو
من الحل.

وقال في «الحاوي»: لو قيل: ينعقد النذر ونذر المشي إلى عرفة كان مذهباً، ويكون

(١) أخرجه البيهقي في الكبير (٨١/١٠).

(٢) أخرجه البخاري في الحج، باب من نذر المشي إلى الكعبة (١٨٦٥) ومسلم في النذر، باب من نذر أن
يمشي إلى الكعبة (١٦٤٢) والترمذى في النذور والأيمان عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ، باب ما جاء فيمن يحلف
بالمشي ولا يستطيع (١٥٣٧).

المنعقد بتندره الحج دون العمرة لاختصاص عرفة بالحج، وهذا لأن قصد عرفة يجب بالشرع فوجب بالتندر بخلاف الميقات؛ لأنه لا يلزم قصده شرعاً لانعقاده بالإحرام قبلها وبعدها.

مسألة: قال: «رَأَوْ نَذَرَ أَنْ يَنْحَرِ بِمَكَّةَ لَمْ يُجْزِئُ بِغَيْرِهَا»^(١).

الفصل

اعلم أنه إذا نذر أن ينحر بمكة ويفرق اللحم فيها يلزمه ذلك؛ لأنه طاعة وقربة، ولا يجوز ذلك في غيرها كالنحر الواجب في الإحرام لا يجزئه في غيرها. ولو نذر أن ينحر في مكة فقط ولم يذكر تفرقة اللحم ولا نوى ذلك، يلزمه ذلك وتفرقة اللحم هناك أيضاً؛ لأن النحر يتضمن تفرقة اللحم كما في الهدي الشرعي، نص عليه. ومن أصحابنا من قال: يلزمه النحر بها ويفرق اللحم حيث شاء؛ لأن النحر فيها قربة فيلزم بالتندر، ولا يلزم شيء آخر لم يسمه في نذرته.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لا يلزمه تفرقة اللحم إلا أن ينوي ذلك ويلزمه النحر فقط؛ لأنه قربة وقد بذلك وعده. ولو نذر أن ينحر بغير مكة من البلدان [٤٣/أ] نقل المزني أنه يجب عليه النحر وتفرقة اللحم على مساكين ذلك الموضع. وانختلف أصحابنا في هذا، فذهب أبو إسحاق إلى ظاهر هذا النقل، وأوجب النحر وتفرقة اللحم على مساكين البلد الذي نذر قياساً على النذر بمكة.

وقال سائر أصحابنا: لا يجب النحر هناك إلا أن يشترط مع النحر التصدق بلحمه على مساكينه، أو ينوي ذلك بقلبه، فاما إذا عرى عن ذلك الشرط والنية لم يجب، ويفارق النذر بمكة؛ لأن النحر وتفرقة اللحم على مساكين الحرم واجب في الشرع، فحل مطلق نذره على مقتضاه، وهذا هو الصحيح، وقد نص في «الأم» على هذا، فقال: «إذا نذر أن ينحر بمكة لزمه أن ينحر بها» لأن النحر بمكة برأ.

ولو نذر أن ينحر في غيرها لم يلزم؛ لأنه لا بُرُّ فيه إلا أن يريد التصدق بلحمها فلا يجوز أن يفرق إلا حيث نحر، هكذا ذكر القاضي أبو حامد صاحب «الإفصاح».

وقيل: إن المزني أخل بالنقل، وإنما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - لو نذر أن ينحر في بلدة من البلدان ويتصدق باللحم لزمه. وقيل: مراد المزني فيما نقل هذا، وهو أن يقسم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٧٩).

اللحم على مساكين ذلك البلد غصاً طر Isa؛ لأنه علل فقال: لأنه وجب لمساكين الحرم وليس مراده تقييد النحر بالبلد الذي نذر النحر به؛ لأن النحر لا يتقييد إلا بالحرم، فعلى هذا لو نذر النحر هناك وتفرقه اللحم ببلدة أخرى وحمل اللحم إلى تلك البلدة وتصدق به، هل يجوز؟ فيه وجهان.

وقال في «الحاوي»: إذا نحر بالبصرة وأطلق تفرقه لحمه فيه ثلاثة أوجه: أحدها: يلزم نحره وتفرقه لحمه فيها اعتباراً بالنذر والعرف.

والثاني: يلزم نحره بالبصرة ويجوز له تفرقه لحمه في غير البصرة اعتباراً بالنذر دون العرف.

والثالث: يجوز نحره في غير البصرة ويلزمه تفرقه لحمه في البصرة اعتباراً بالعرف دون النذر؛ لأنه لا فضيلة في تعينها بالنذر.

فرع

[٤٣/ب] لو نذر النحر لنفسه لا يلزم؛ لأنه تجرد عن قربة، ولو نذر نحره للمساكين يلزم نحره قبل دفعه إليهم، ولو دفعه حياً لم يجز لما في إراقة الدم من القرابة وأنه جعل حقهم في لحمه.

فرع آخر

لا يجوز أن يطيخ لحمه قبل دفعه، ولو طيخ متقدماً فيضمن بما بين قيمته مطيوخاً ونيا إن نقص به.

فرع آخر

لو ندر للأغنياء خاصة فإن اقتربن به نوع من القرابة ليأنس به الأغنياء في التوسيع لزمه، وإن تجرد عن القرابة وقصد به المباهاة والتطاول لم يلزم، ولو أطلق النذر ولم يجعل لنفسه ولا لغيره يحمل على العرف المقصود بالنذر ويصح.

فرع آخر

لو نذر نحره بالبصرة وتفرقه لحمه في غير البصرة لا يلزم نحره بالبصرة؛ لأنه لا فضل لنحره فيها على نحره في غيرها بخلاف نحره في الحرم الذي هو أفضل منه في غير الحرم ولا يلزم نحره في الموضع الذي يستحق فيه تفرقته؛ لأنه غير مسمى في ندره، وإن كانت البصرة من أجل التسمية أولى إذا وصل لحمه إلى مستحقه طر Isa.

فرع آخر

لو أطلق محل نحره فيه قولان من القولين نقل الصدقة، فإن قلنا يجوز نقل الصدقة يكون نحر ندره وتفرقة لحمه مستحقة في بلده، ويجوز أن يعدل بها إلى غيره فينحر في بلده ويفرق في مساكين غير بلده. وإن قلنا لا يجوز فعلى هذا يكون تفرقة لحمه في مساكين بلده مستحقة، وفي وجوب نحره في بلده وجهان؛ أحدهما: يجب. والثاني: يستحب.

فرع آخر

لو ندر أن ينحر في بلده يلزمه ولا يحتاج إلى شرط الصدقة، ذكره في «الإفصاح».

فرع آخر

لو ندر الصلاة في الجامع له أن يصلى في بيته على ما ذكرنا، وفيه وجه آخر لا بد أن يصلى في مسجد ما وإن لم يكن جامعاً.

فرع آخر

[٤٤/أ] إذا نذر أن يجاهد في جهة لم يجزء في غيرها.

مسألة: قال^(١): «وَأَنْ نَذَرَ أَنْ يَهْدِي مَنَاعَأَلَمْ يُجْزِئْ إِلَّا أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ».

الفصل

اعلم أنه إذا نذر شيئاً لا يخلو إما أن يطلق ذلك أو يعينه، فإن عينه بأن يقول: الله علىي أن أهدي هذا، لا يخلو إما أن يكون ذلك مما ينقل أو مما لا ينقل، كالثياب والعبد ونحو ذلك فإنه ينقله ويفرقه على مساكين الحرم، وإنما حملنا مطلق الهدي على الحرم؛ لأن الله تعالى قال: «وَالْهَدَى مَعْكُوفًا أَنْ يَلْعَمْ مَحْلُمًا» [الفتح: ٢٥]، وقال تعالى: «ثُمَّ مَحَلِّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْسَّيِّقِ» [الحج: ٣٣]، وإنما وجب إيصاله إلى مساكين الحرم؛ لأن المقصود من حمله إلى الحرم منفعة أهله، ومعنى الهدي المطلق في الشرع ما يصل إليهم، ولا يجوز أن يجعله في طيب البيت وتعليقه ستراً على البيت، وإن نوى شيئاً قال الشافعي رضي الله - عنه: «فإن نوى أن يكون من طيب البيت أو ستراً يعلقه على البيت جعله حيث نوى؛ لأن لفظ الإهداء صالح للإهداء إلى البيت والإهداء إلى المساكين».

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٨٣).

وقال أصحابنا بخراسان: إذا أطلق إن شاء جعله ستراً للبيت أو شرى به الطيب وطيب به الكعبة، وهذا غلط ظاهر.

وإن كان الشيء مما لا ينقل كالدور والعقار ونحوها باع ذلك ثم أهدى ثمنه؛ لأنه إذا تعدد نقله وجب أن يحمل بدلله، ألا ترى أنه إذا أهدى شيئاً بعينه فتألفه فتلقى لزمه بدلله، ووجب حمل بدلله لتعدد المبدل، ولأنه لما نذر ذلك مع علمه بأنه لا ينقل علمنا أنه قد بدله. وقد روى أن رجلاً سأله ابن عمر - رضي الله عنهما - في امرأة نذرت أن تهدي داراً فقال: تبعها وتصدق بثمنها على مساكين الحرم^(١).

فرع

إذا نقل المنقول إلى الحرم، فمؤنة النقل على من تكون؟ قال القفال: يُنظر، فإنه قال: جعلت هذا هدياً [٤٤/ب] بالمؤنة فقد يباع بعضه وينفق على الباقي ليصل إليهم، وإن قال: علىي أن أهدى بهذا فالمؤنة عليه في ماله.

فرع آخر

لو كان منقولاً ولكن لم تجر العادة بنقله مثل حجر الرحا والعارض الكبير، فحكمه حكم الأرضي والعقار، وإلى هذا أشار القفال - رحمه الله - .

فرع آخر

لو نذر حيواناً غير النعم من طائر أو دابة يلزمه أن يتصدق بها حياً، ولا يجوز أن يذبح إذا لا قربة في ذبحه، فإن ذبح وهو مأكول تصدق باللحم وغرم ما نقص الذبح؛ ولو نذر النعم يذبحه ويتصدق به، ولا يجوز أن يتصدق به حياً؛ لأن الذبح فيه قربة ذكره القفال.

فرع آخر

ولو أطلق نذر الهدي فقال: الله علىي أن أهدى الهدي يحمل على الهدي الشرعي، وهو الشيء من الإبل، والبقر، والمعز، والجذع من الصنآن؛ لأنه لما دخل ألف اللام في قوله الهدي اقتضى ذلك الهدي المعروف في الشرع. وقال في «الحاوي»: هكذا ذكره أبو حامد، وقال سائر أصحابنا: يستوي الحكم بين دخول ألف اللام وإذا لم تدخل ألف اللام يجزء كله.

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/٧٩).

فرع آخر

لو قال: على أن أهدي هدياً إن لم يقل هدياً فيه قولان:

أحدهما: أنه يلزم الهدى الشرعي الذي ذكرنا ولا يجزئه إلا في الحرم. قال الشافعى - رضى الله عنه هنا: إلا أن يُحصر فينحر حيث أحضر، وهذا لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وهو المشهور الصحيح.

والثاني: قاله في «الإملاء»: أي شيء أهدي مما يُتممّل في العادة جاز؛ لأنَّ اسم الهدى يقع عليه لغة وشرعاً.

أما اللغة: يقال: أهدي فلان إلى فلان كذا، وأهدي له ما يُتَمَّلُ. وأما الشرع: روي في خبر الجمعة أن النبي ﷺ [قال: «من راح في الساعة [٤٥/أ] الخامسة فكأنما قرب بضعة»^(١).

فإن قيل: يجوز أن يجب عليه عشر شاة وأقل في أجزاء الصيد، فجوز ذلك على القول الأول. قلنا: ذلك على طريق البدل والمقابلة، ولا يجوز ذلك العشر في نفسه هدية، بل هو جزء من هدي فلا يجوز ذلك.

فإن قيل: إذا نذر أن يتصدق لا يلزمه أن يتصدق بخمسة دراهم، وأقل التصدق في الشع هذا، وكذلك إذا نذر الصوم يلزمه يوم، وأقل ما ورد الشرع بالصيام ثلاثون يوماً. قيل: الدرهم تتبعض فصح التصدق بدرهم واحد بخلاف الهدي. وأيضاً الدرهم الواحد قد يجب في الزكاة، وهو إذا كان خليطاً مع آخر في الدرهم، وأما صيام ثلاثين يوماً فثلاثون عبادة لخمس صلوات في اليوم والليلة، وقد يبلغ صبي أو يسلم كافر في رمضان، فلا يلزمه إلا صوم يوم واحد.

فرع آخر

لو قال: علىي أن أهدي بدنَّه، أو بقرَّه، أو شَاءَ هل تعتبر السلامة من العيوب منها أم لا؟ فيه قولان مخرجان بناء على القولين السابقين، وكذلك هل يعتبر فيها السن من الثنية من الإبل والبقر والمعز والجذع من الصنَّان على هذين.

(١) أخرج البخاري في الجمعة، باب فضل الجمعة، باب الطيب والسوالك يوم الجمعة (٨٨١) ومسلم في الجمعة، باب الطيب والسوالك يوم الجمعة (٤٩٩) والترمذى في الجمعة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التبشير إلى الجمعة (٨٥٠).

فرع آخر

قال في «الحاوى»: لو قال: الله على أن أجعل هذا المتاع هديةً توجه مطلق هذا النذر إلى وجوب نقله إلى الحرم؛ لأنه محل الهدى في الشرع على ما ذكرنا. ولو قال: الله على أن أهدي المتاع ولم يقل هدياً فقد نفأ، يلزم معرفان؛ عرف اللفظ أن يكون هدية، وعرف الشرع أن يكون هديةً، فإن أراد عرف اللفظ أن يكون هدية بين المتواصلين لم ينعقد به النذر، إلا إن تقرب بقريبة تختص بثواب، وإن أراد عرف الشرع وجب إيصاله إلى الحرم، وإن أطلق فيه وجهان:

أحدهما: يحمل على عرف الشرع وينعقد النذر.

والثاني: يحمل على عرف اللفظ؛ لأنه قد افترن به عرف الاستعمال، فيكون هدية ولا يكون، [٤٥/ب] فلا ينعقد به النذر.

فرع آخر

لو جعله للكعبة خص به الكعبة في الستي، أو الطيب، أو الشمع، أو الدهن. وإن جعله لأهل الحرم يلزم صرفه إلى الفقراء منهم دون الأغنياء، وهل يجوز صرفه إلى ذوي القربي؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز كالزكاة والكفارات. والثاني: لا يجوز؛ لأنه تطوع بذاته.

فرع آخر

لو كان المتاع ما لا يمكن تفريقه فيهم كاللؤلؤ والجوهر كان حقهم في قيمته، وهل يلزم النذر بيعه أو دفع قيمته؟ فيه وجهان مخرجان من اختلاف قول الشافعى في العبد الجانى، هل يدفعه السيد بقيمتها أم بثمنه؟ فيه قولان:

أحدهما: بقيمتها، فعلى هذا يجوز للنذر أن يصرف قيمته إليهم وإن لم يبعه.

والثاني: عليه بيع الجانى لجواز ابتعاده بأكثر من قيمته فعلى هذا يلزم بيع هذا المتاع لجواز أن يرغب فيه من يشتريه بأكثر من ثمنه، فإن أراد أن يأخذه بالثمن المبذول فيه جاز.

فرع آخر

إذا ألمزناه قيمته، فإن كانت قيمته في موضع النذر أكثر جاز، وإن كانت أقل لم يجز. فإن استهلكه وجبت عليه قيمته في أكثر حالاته من موضع الاستهلاك، أو من الحرم لما وجب عليه من إيصاله إلى الحرم.

فرع آخر

لو كان الهدي مما لم يجز لأن إخراج البدل فيما استحقت أعيانه لا يجوز كالزكوات.

فرع آخر

لو نذر هدي بقرة بعينها ثم أتلفها هو، فعليه أكثر الأمرين من قيمتها أو مثلها؛ لأن أكثرهما حق المساكين، وإن أتلفها غيره يجب على المتفق قيمتها ويلزمه صرفها في مثلها، فإن فضل شيء فيه وجهان:

أحدهما: يصرف في مثل آخر أو جزء من مثل آخر.

والثاني: يصرفها ورقاً.

وإن كانت القيمة أقل فهل يلزم الناذر تمام ثمن مثلها؟ وجهان؛ أحدهما: يلزم إلزمه لاستحقاق المساكين له [٤٦/١] بالنذر.

والثاني: لا يلزم وهو الأشبه؛ لأنه قد مات ما نذر. فإن قلنا بهذا يجيء فيه الوجهان اللذان ذكرناهما في زيادة القيمة.

فرع آخر

لو تلفت بنفسها هل يلزم ضمانه؟ فيه وجهان، والأصح أن لا ضمان؛ لأنها بعد النذر كالأمانة. والوجه الثاني يضمنها لتعلق نذرها بذمتها، فالجهة باقية بخلاف ما لو نذر إعناق عبد بعينه فمات لم يضمنه.

فرع آخر

إذا قلنا بالوجه الثاني أنه يضمنها ففي ضمانها ثلاثة أوجه؛ أحدها: مثلها.

والثاني: يضمن قيمتها.

والثالث: يضمن أكثر الأمرين من المثل أو القيمة.

فرع آخر

إذا أطلق الهدي، قال الشافعي - رضي الله عنه -: «فعليه أن يهدى ما كان ولو ببيضة أو تمرة». واختلف أصحابنا في هذا على وجهين:

أحدهما: قاله على وجه المبالغة، ويعتبر أن يهدى أقل ما يكون ثمناً لمبيع أو مبيعاً بثمن، ولا تكون التمرة الواحدة ثمناً ولا مبيعاً كما قلنا في أقل الصدقات.

والوجه الثاني: أنه قال حقيقة؛ لأن التمرة هدي في جزء جرادة.
وقال الشافعي - رضي الله عنه -: «وأستحب أن لا ينقص من كأنها «المد» والله أعلم؛ لأنه أقل ما يواسى به وأجزل ما دونه».

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذراً، أو أمشي إلى بيت الله نذراً، فعليه أن يهديهما ويلزمه المشي إلى بيت الله تعالى، إلا أن تكون نيته أنني سأحدث نذراً أو سأهديها فلا يلزمها.

فرع آخر

قال في «الأم»: «ولو نذر أنه يهدي هدياً ونوى بهيمة أو جدياً أو رضيعاً أجزاء، ولو نذر أن يهدي شاة عوراء أو عرباء أو عمياء أو ما لا يجوز أضحية أهداها، ولو أهدي تماماً كان أحب إلى». قال الشافعي - رضي الله عنه -: وكل هذا هدي، إلا ترى إلى قول الله تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مُتَعِيضاً فَجَزَاءُهُ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ الْأَنْعَوْنَيْنِ كُمْ بِهِ ذَوَا عَذَلِيَّةٍ مِنْكُمْ هَذِيَا بَلِغَ الْكَمْبَةَ» [المائدة: ٩٥] فقد يقتل صغيراً أو أغريج ويجزيه مثله»، وقال في «الأم» أيضاً: «لو قال: شاتي هذه هدي [٤٦/ب] إلى الحرم أهدي».

مسألة: قال^(١): «وَمَنْ نَذَرَ بَدْنَةً لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا ثَنِيَّةً أَوْ ثَنِيَّةً».

جملته إذا نذر ببدنة فلا يخلو إما أن يطلق أو يقيد ببدنة من الإبل، فإن أطلق فالإطلاق يقتضي ببدنة من الإبل، فإن كان واحداً لها أهداها. قال الشافعي - رضي الله عنه -: «إِذَا لَمْ يَجِدْ بَدْنَةً فَبَقَرَةً»، كما نقول في البدنة الواجبة في الإحرام متى لم يجد تزول إلى البقرة ثانية، فإن لم يجد بقرة فتتبع من الغنم يجزء ضحايا.

واختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: هو على الترتيب وهو المذهب، وبه قال عامة أصحابنا. ومنهم من قال: هو على التخيير؛ لأن الشريعة أقامت البقرة مقام البدنة فجاز أن يتخير، وأصل هذين الوجهين البدنة على المفسد حجه، هل هو على التخيير أم الترتيب؟ فيه قولان. ومن قال بالتخيير قال: قول الشافعي - رضي الله عنه -: «إِنْ لَمْ يَجِدْ أَيْ فِي الشَّرْعِ بَدْلًا مِنْهُ لَا نَفْعَاءُ اسْمُ الْهَدِيِّ عَنْهُ»، وإن كان قيَّد النذر وقال: ببدنة من

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٤٨٥).

الإبل يتعين في الإبل بلا خلاف، ولا يجوز أن يعدل عنها مع القدرة عليها؛ لأنه أزال الاحتمال بالتقيد. وقيل: هذا إذا كان مراده أن لا يتقرب إلا بالبدنة؛ لأنه علق نذره بعينها، فيينظركم قيمة البدنة، فما كان قيمتها يشتري به بقرًا، فإن فضل منها شيء صرفه فيما أمكن من البقر ولو في عشر بقرات. وإن كان لا يقدر على شراء بقر كامل بالفضل هل يشتري سهماً من البقر أم يتصدق به على مساكين الحرم؟ فيه وجهان. وينتظر هذا إذا لم يقصد جنساً من الأجناس الثلاثة، [٤٧/١] فالأجناس الثلاثة متساوية في الجواز، إما على التخيير أو على الترتيب، وإذا قصد الإبل والنذر تعلق بجنس البدنة، ولا يجوز أن ينتقل إلى البقرة إلا بقيمتها، وإن لم يجد بقرة بقيمتها يلزمها إتمامها وعليه أكثر الأمرين من البقرة أو قيمة البدنة.

ومن أصحابنا من قال: إذا لم يجد الإبل فلا بدل له، وتكون الإبل في ذمته حتى يجدها؛ لأنه عينها بذرته، والمذهب الأول؛ لأنه يجوز الانتقال إلى بدل الشيء عند العجز، كما يجوز الانتقال إلى التيمم عند عدم الماء، وأن المقصود نفع المساكين، وهم ينتفعون بلحوم البقر أيضاً بخلاف ما لو نذر إعناق عبد لا يجوز العدول عنه بحال. ومن أصحابنا من قال: يجوز البقرة قل ثمنها أو كثر، ذكره في «الحاوي».

وقال بعض أصحابنا بخراسان: أراد الشافعي - رضي الله عنه - بما ذكر إذا عين بعيراً، أو قال: الله علىي أن أهدي بها، أو في هذا المسألة التي ذكرنا هل يتخيير؟ وجهان أيضاً، وهو غلط ظاهر، وليس مراد الشافعي هذا. وحكي عن القفال أنه قال: لا يجوز غير الإبل سواء قال مطلقاً بذرته أو قال: بذنة من الإبل، أو كانت الإبل موجودة أو غير موجودة، ولعل هذا اختياره وهو القياس، ولكنه خلاف النص على ما بناه.

فرع

قال أصحابنا: إذا انتقل إلى البدل في هذه المسائل التي ذكرناها يتخيير بين البقر والغنم، ولا يراعي الترتيب بين البقر؛ لأن الواجب البدنة أو بدلها.

وقال في «الحاوي»: إذا وجد البقرة لا يعدل إلى الغنم، فإن لم يجد البقرة عدل إلى سبع من الغنم، وهل يراعي القيمة؟ فيه وجهان؛ فإذا راعينا القيمة ففي قيمتها ثلاثة أوجه: أحدها: عليه أكثر الأمرين من قيمة البدنة أو سبع من الغنم؛ لأن البدنة هي الأصل [٤٧/ب] المنذور.

والثاني: يلزمه أكثر الأمرين من قيمة البقرة، أو سبع من الغنم.

والثالث: يعتبر أكثر الأمور الثلاثة من قيمة البدنة أو البقرة، أو سبع من الغنم؛ لأنه

أصل في البدنة في البقرة، والبقرة أصل في الغنم فاعتبر أغلفتها.

ثم قال الشافعي - رضي الله عنه: «والخَصِيُّ يُجْزَى». وقد ذكرنا هذا في الأضحية، وذلك أن الخصي أطيب لحمًا من الفحل وأوفر وأطيب وذكر بعض أصحابنا إذا نذر أضحية وأطلق لا يجزئه الحامل، وهذا غريب.

مسألة: قال: «وَلَوْ نَذَرَ عَشْرَأَصَامَةً مُتَتَابِعًا وَمُتَفَرِّقًا»^(١).

جملة هذا إذا نذر صوم عشرة أيام وأطلق يجوز متتابعاً ومتفرقاً، وقال داود: يلزمه التتابع، وهذا غلط، لأن الاسم يقع عليهما. وإن نذر أن يصوم شهراً يعنيه فإنه متتابع من حيث الوقت كصوم رمضان، ولكن صفة التتابع لا تلزمه حتى لو أفتر يوماً لم يلزمه استيفائه، وكذلك لو قال: الله علىي أن أصوم شهراً من الآن. ولو قال: أصوم شهراً له أن يصوم شهراً بين الهلالين تماماً كان أو ناقصاً، ولو أن يفرق. وإذا فرق لا يجوز أقل من ثلاثين يوماً. وكذلك لو تابع إلا أنه لم يبدأ من أول الشهر بل كسره ولو ب يوم.

مسألة: قال: «وَلَوْ نَذَرَ صَيَامَ سَنَةً يَعْيَّنُهَا صَافَهَا إِلَّا رَمَضَانَ».

اعلم أنه إذا نذر صوم سنة فلا يخلو إما أن يقول: السنة الفلانية، أو يقول: سنة من وقتها، أو يقول: سنة مطلقاً. فإن قال: من وقتها يلزم صوم سنة هلالية التي عشرين شهراً؛ لأن السنة في الشرع هذه، ويصوم جميع السنة إلا يوم الفطر ويوم الأضحى وأيام التشريق؛ لأنه لا ينعقد نذرها فيها ولا يلزمها قضاءها، وهذا بصوم [٤٨/أ] شهر رمضان عن رمضان لا عن النذر، ولا يلزمها قضاوه؛ لأنه مستحق بصومه ولا ينعقد فيه غيره فلم يتناوله النذر، ولو أفتر في بعضها فلا يخلو إما أن يكون بعذر أو بغير عذر فإن كان بغير عذر، فإن كان أطلق النذر ولم يشترط فيه التتابع يمضي على بقية صومه ويقضي ما أفتره، وإن كان شرط فيه التتابع انقطع حكم الصوم وعليه الاستثناف. وإن فطر لعذر، فإن كان النذر امرأة فأفطرت أيام حيضها، منعت في صومها ولا تستأنف؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وهل يجب عليها قضاء ما أفترته؟ قوله:

أحدهما: لا يلزمها؛ لأنه لا يدخل في نذرها إلا ما يمكنها وتقدر عليه.

والثاني: يلزمها القضاء؛ لأن الزمان محل للصوم، وإنما منعت فيها من الصوم لمعنى يمنعها وهو الحيض فلزمها القضاء، ولأن النذر فمحمل على المشروع ابتداء، والحادي

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٩٠/١٥)

تفضي الصوم الواجب بالشرع، فكذلك الواجب بالنذر.

فإن قيل: أليس قلتم: لو نذرت الصوم في أيام الحيض لا ينعقد نذرها ولا يجب القضاء قوله واحداً، فهلا قلتم هاهنا مثله؟ قيل: الفرق أن النذر إذا احتضن بزمان الحيض كان نذر معصية، وهذا إذا تعلق بالسنة لم يكن معصية فافترا. وإن أفتر بمرض فحكم الرجل والمرأة فيه سواء، فهل ينقطع التتابع به؟ قوله: فإذا قلنا لا ينقطع أو كانت الموالة من حيث الوقت لا من حيث الشرط هل يلزمه قضاء ما أفتر بالمرض؟ فيه وجهان بناء على القولين في الحائض؛ لأنه غير متمكن من صومه كالحائض، وإن كان لسفرٍ ففي طريقان؛ أحدهما: أنه كالمفطر بالمرض فيه وجهان. [٤٨/ب].

والثاني: أنه كالمفطر بغير عذر لقدرته على الصوم، وقد ذكرنا في كتاب «الظهار»: ويلزمه القضاء بلا خلاف؛ لأنه يفتر باختياره.

ولو قال: الله على أن أصوم سنة كذا يصومها إلا رمضان، فإنه يصومه لرمضان ويفطر في الأيام التي ذكرنا ولا قضاء لما ذكرنا، فإن أنظر يوماً سوياً هذه الأيام أو صام عن غيره يقضيه ولا يبطل ما مضى؛ لأن التتابع للوقت على ما ذكرنا، ولو كان النذر إمرأة فأفترت بالحبيب، أو أفترت هي والرجل بالمرض هل تفضي؟ فعلى ما ذكرنا. قال صاحب «الإفصاح»: وال الصحيح أن لا قضاء، لا في هذه المسألة ولا في المسألة السابقة.

ولو قيد بالتتابع فقال: سنة كذا متتابعاً فأفتر يوماً متعمداً بطل التتابع، ويبطل ما مضى من صومه ويستأنف على ما ذكرنا. وحكي عن الف قال أنه لا يبطل ما مضى من صومه، ولا تأثير لقوله: «متتابعاً» وهو غلط عليه عندي.

ولو قال: الله على أن أصوم بدء السنة يتناول السنة الشرعية من المحرم، فإن كان قد مضى نصف الحول لا يلزمـه الباقي، ثم إذا كان في ذلك الباقي رمضان والأعياد لا يلزمـه قضاءها. وأما إذا قال: أصوم سنة ولم يعين وأطلقـ ينعقد نذرـه ويثبتـ الصوم في ذمته، ويلزمهـ أن يصوم سنة اثـني عشرـ شهـراً، ويجـوز متـوالـياً ومتـفـرـقاً. ثم إذا اخـتـارـ الصـومـ فيـ ذـمـتـهـ، وـيلـزـمـهـ أـنـ يـصـومـ سـنـةـ اـثـنـيـ عـشـرـ شـهـراًـ، وـيـجـوزـ مـتـوـالـياًـ وـمـتـفـرـقاًـ. ثـمـ إـذـاـ اـخـتـارـ الصـومـ فـهـوـ عـلـىـ ماـ ذـكـرـنـاـ فـيـ تـامـ الشـهـرـ وـنـقـصـانـهـ، وـإـذـاـ أـفـتـرـ الـأـعـيـادـ وـصـامـ لـرـمـضـانـ يـلـزـمـهـ قـضـاءـ الـكـلـ؛ـ لـأـنـ السـنـةـ إـذـاـ كـانـتـ فـيـ الذـمـةـ تـقـدـرـتـ بـتـمـامـ اـثـنـيـ عـشـرـ شـهـراًـ وـلـفـظـ القـضـاءـ عـنـ الشـافـعـيـ -ـ رـضـيـ اللـهـ عـنـهـ -ـ عـبـارـةـ مـجـازـ لـأـ عـبـارـةـ [٤٩/أـ]ـ حـقـيقـةـ؛ـ لـأـنـ السـنـةـ إـذـاـ كـانـتـ بـغـيرـ عـيـنـهـ قـضـاءـ هـذـهـ الـأـيـامـ عـلـىـ الـأـدـاءـ لـأـ عـلـىـ مـعـنـىـ الـقـضـاءـ،ـ ثـمـ إـذـاـ قـضـىـ شـهـرـ رـمـضـانـ قـضـىـ مـكـانـهـ شـهـراًـ تـامـاًـ كـانـأـ وـنـاقـصـاًـ؛ـ لـأـنـ قـضـاءـ شـهـرـ بـأـدـاءـ شـهـرـ.ـ وـأـمـاـ إـذـاـ قـضـىـ زـمـانـ الـأـعـيـادـ فـقـدـ أـفـتـرـ فـيـ خـمـسـةـ أـيـامـ فـيـسـقـطـ اـعـتـارـ الـهـلـالـ فـيـ هـذـيـنـ الشـهـرـيـنـ وـيـكـونـ الـأـعـتـارـ بـالـعـدـدـ،ـ فـإـنـ كـانـ

الشهران تامين قضى خمسة أيام، وإن كانا ناقصين قضى سبعة أيام، وإن كان أحدهما ناقصاً والآخر تماماً قضى ستة أيام.

وقال بعض أصحابنا: لو ابتدأ في هذه السنة التي ذكرناها من المحرم إلى المحرم، يقال: صام سنة، وإن كان صومه لسنة منكرة فالقياس أنه لا يلزم صيام هذه الأيام، وإن كان ظاهر المذهب بخلافه. وإن شرط التابع وقال: سنة متابعاً يلزم ذلك، ولا يمكنه أن لا يتخللها رمضان وأيام العيد وأيام الحيض، وذلك كله لا يقطع التابع ولكن يلزم قضاءها على ما ذكرنا.

وقال في «الحاوي»: لو نذر صيام شهرين متتابعين فحاضت لم ينقطع التابع بها، وفي وجوب قضاءها قولان؛ أحدهما: تقضي كما تقضي في الكفاره.

والثاني: لا يلزمها القضاء، لأن وجوبه بالشرط بخلاف الكفاره، وهذا غريب.

فرع

لو نذر صوم يوم الخميس فصام يوماً قبله لا يجوز، هذا هو المذهب المشهور. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان؛ أحدهما: لا يصح وهو الأصح، وبه قال محمد.. والثاني: يجوز وبه قال أبو يوسف. قال أصحابنا: وهكذا لو قيد الصلاة بوقت هل يجوز تقديمها على الوقت؟ فعلى هذا الخلاف.

وقال في «الحاوي»: إذا نذر وقال: الله علىي أن أصلي في يوم الخميس، فإن قصده تفضيل ذلك الزمان يجوز أن يضلي [٤٩/ب] يوم الأربعاء ويوم الجمعة. لأنه لا فضيلة ليوم الخميس، وإن قصده أن يجعله وقتاً للنذر لا يجوز قبله ولو كان له فضيلة على غيرها، وإن قال: الله علىي أن أصلي ليلة القدر فهي أفضل من غيرها فلا تجزئ الصلاة في غيرها، وليلة القدر في العشر الأواخر وهي لا تتعين قطعاً في إحدى ليالي العشر فيلزم أن يضليها في كل ليلة من ليالي العشر ليصادفها في إحدى لياليه، كمن نسي صلاة من خمس صلوات لا يعرفها قضى جميعها، فإن لم يضليها في العشر كلها لم يقضها إلا في مثله، وهذا حسن صحيح. ولو عين الصدقة لوقت يجوز تقدمها عليه.

فرع آخر

لو نذر صوم يوم العيد لا ينعقد نذره، وقد ذكرنا عن أبي حنيفة أنه قال: ينعقد نذره ويلزم أن يصوم يوماً آخر، فإن صام فيه هل يسقط عنه وجوب نذره؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لأن نذر معضية.

والثاني: ينعقد ويصلحهافي وقت آخر وهو الأظهر. ومن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: النذر باطل فلا ينعقد بوفاء ولا قضاء.

والثاني: ينعقد النذر بالوفاء بالصلوة، فيصلح في الوقت ولا يقضى؛ لأنَّه ظهر سببها والصلوة التي لها سبب تجوز في الوقت المنهي عنه. والثالث: ينعقد النذر بالقضاء دون الوفاء فيصلحها في غير وقتها ليفي بالنذر ويسلم من المعصية.

والفرق بينها وبين نذر صوم يوم العيد أنَّ الوقت المنهي عنه يصلح لشيء من الصلوات التي لها أسباب، فينعقد النذر بالصلوة فيه لحقه بحكم النهي، ويوم العيد لا يقبل الصوم في حق الناس كافة على العموم فلا ينعقد نذر الصوم فيه.

فرع آخر

لو نذر صوم يوم الشك هل ينعقد نذره؟ فيه وجهان، والأظهر أنه ينعقد.

فرع آخر

لو نذر أن يقرأ القرآن جنباً هل ينعقد نذره؟ وجهان. [٥٠/أ] والأظهر أنه ينعقد.

فرع آخر

لو نذر أن يقرأ القرآن جنباً هل ينعقد نذره؟ وجهان، والظاهر عندي أنه ينعقد نذره. وإذا قلنا ينعقد فإنما يقرأ القرآن بعد اغتساله لا في حال الجنابة.

فرع آخر

لو نذر صوم نصف يوم لا ينعقد نذره وهو المذهب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل ينعقد نذره؟ فيه قولان؛ أحدهما: ما ذكرنا.

والثاني: ينعقد ويلزم صوم يوم تام. قال: هذا إذا لم يكن أكل في ذلك اليوم، فإن كان قد أكل ثم نذر يترتب على ما تقدم. فإن قلنا هناك: لا يلزم شيء، فها هنا أولى. وإن قلنا هناك: يلزم صوم يوم فها هنا وجهان. قال: وعلى هذا لو قال: على الركوع، فيه وجهان؛ أحدهما: لا يلزم شيء. والثاني: يلزم ركعة تامة.

فرع آخر

لو نذر أن يذبح نفسه أو ابنه أو أباه لا ينعقد، وبه قال أبو يوسف؛ لأنَّه تقرب

بمعصية. وقال أبو حنيفة: إذا نذر ذبح نفسه أو ابنه ينعقد نذره ويلزمه ذبح شاة، وبه قال محمد، وزاد على أبي حنيفة وقال: إذا نذر ذبح عبده ينعقد نذره ويلزمه شاة أيضاً، وعند أبي حنيفة لا ينعقد، وعن أحمد روايتان؛ إحديهما: يلزمه ذبح شاة.

والثاني: يلزمه كفارة يمين، وروي هذا عن سعيد بن المسيب، واحتجوا بما روى القاسم بن محمد أن امرأة جاءت إلى ابن عباس - رضي الله عنهم - فقالت: يا ابن عباس، إني قد نذرت أن أنحر ابني، فقال لها: لا تنحر ابني وكفري عن يمينك، فقال له شيخ: وكيف تكون كفارة في طاعة شيطان؟ فقال: بلى، أليس الله تعالى يقول: ﴿الَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْكُم﴾ [المجادلة: ٢] إلى آخر الآية، ثم ذكر من الكفارة ما رأيت^(١).

وروي عن عطاء بن أبي رباح أن رجلاً أتى ابن عباس - رضي الله عنهم - فقال: إني نذرت لأنحرن نفسي [٥٠/ب] فقال ابن عباس: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أَشْوَأُ حَسَنَةً﴾ ثم تلا قوله تعالى: ﴿وَقَدِيمَتْهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصفات: ١٠٧]^(٢)، وروي في هذا الخبر أنه قال: إني نذرت أن أنحر ابني، فقال هذا.

وروي عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهم - أنه قال في رجل نذر أن ينحر نفسه، قال: ينحر مائة من الإبل في كل عام ثلاثة^(٣).

قلنا: قول ابن عباس لا يكون حجة، والقياس مقدم عليه واجتلت الرواية عنه، فروي أنه قال: عليه مائة بذنة ثم قال لمஸروق: ما ترى؟ قال: عليه شاة، فرجع إلى قوله، وقال: أنَّ عليه شاة. ثم هو استحباب، أي أشكر الله تعالى إذا لم يوجب ذلك.

ثم رويانا عن ابن عوف، عن رجل، أن رجلاً سأله ابن عمر - رضي الله عنهم - عن رجل نذر أن لا يكلم أخيه، فإن كلامه فهو ينحر نفسه بين المقام والركن في أيام التشريق، فقال: يا ابن أخي، أبلغ من وراءك أنه لا نذر في معصية الله عز وجل، لو نذر أن لا يصلي فصلى كان خيراً له، ولو نذر أن لا يصوم رمضان فصامه كان خيراً له، مُر صاحبك فليكفر عن يمينه وليكلم أخيه^(٤).

(١) أخرجه البيهقي في ستة (١٠/٧٢) ومالك في الموطأ (٤٧٦/٢).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٩٨٧٠) (١٠/٧٣).

(٣) ذكره ابن كثير في تفسيره (٤/١٧).

(٤) أخرجه البيهقي في ستة (١٠/٧٤).

مسألة: قال^(١): «ولئن قال: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَحْجَجَ عَامِي هَذَا فَحَالَ بَيْتَهُ وَبَيْتَهُ عُذْرٌ».

الفصل

إذا نذر أن يحج في عامه ذلك النذر ينعقد، لأنه طاعة، ثم إن وجد شرائط الحج يلزمه أن يحج في عامه ذلك ويسقط عنه وجوب النذر إذا فعل، وإن لم يحج نظر، فإن مضى من الزمان قدر ما يمكنه أن يحج فلم يفعل استقر الفرض في ذمته، ولا تسقط نفقة تلك الشرائط أو بعضها. وإن مات قضي عنه، وإن نفذ هذه الشرائط أو بعضها قبل مضي زمان يمكنه الحج فيه سقط عنه حكم الحج؛ لأن فرض الحج إنما يستقر بالتمكن من أدائه، ولم يمكن هنا الأداء. ويفارق هذا [٥١/أ] حجة الإسلام؛ لأنه متى أمكن وجب لأنها تختص بسنة واحدة، وهذا اختص بسنة واحدة سقط عنه الفرض بالعجز عن أدائه فيها، وإن حصر ومنع فهذا مبني على أن من حصر عن حجة الإسلام ما حكمه؟ وقد ذكرنا في كتاب «الحج» أنه ينظر، فإن كان الحصر عاماً لم يستقر الفرض عليه في هذه السنة، فإن عاشر إلى العام القابل أو كان واحداً للشروط والطريق مخلٍ لزمه أداء الحج. وإن اختل بعض الشرائط أو صدًّا عن الطريق لم يلزم، وإن مات لم يقض عنه، وإن أحصر حصراً خاصاً بأن يمنعه صاحب الدين أو سلطان بلده، قال الشافعي - رضي الله عنه - في كتاب «الحج»: «يستقر الفرض عليه»، وقال هنا: «إذا حَالَ بَيْتَهُ وَبَيْتَهُ عُذْرٌ أَوْ سُلْطَانٌ فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ».

واختلف أصحابنا فيه على طريقتين: أحدهما: قولًا واحدًا يستقر عليه، والذي قال هنا أراد به إذا حصره سلطان بلده حصراً عاماً ومنعه وغيره من الحج، وهو اختيار القاضي الطبرى.

والطريقة الثانية: فيه قولان؛ أحدهما: لا يستقر عليه كالحصر العام.

والثاني: يستقر عليه؛ لأن الطريق مُخلٍّ، وإنما تعذر عليه أداء الحج بمعنى يختص به، فهذا حكم حجة الإسلام.

فأما المندورة فحكمها مبني عليها، فكل موضع قلنا يستقر ذلك فكذلك المندورة، وكل موضع قلنا لا يستقر ذلك لا تستقر المندورة، ولا يختلفان إلا في شيء واحد، وهو ما ذكرنا أن حجة الإسلام إذا لم تجب في هذه السنة تجب في سنة أخرى عند وجود الشرائط بخلاف المندورة في هذه السنة. وقال المزني وابن سريج: يلزم القضاء بكل حال كما لو

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٩٤/١٥).

قال: أصوم غداً فأغمي عليه حتى مضى الغد يلزمه قضاء يوم آخر.

وقال صاحب «التقريب»: ولهذا وجه [٥١/ب] وهو قول أبي حنيفة، وهذا لا يصح؛ لأن النذر المطلق محمول على الشروع، والحجج الشرعي لا يستقر مع الحصر بخلاف الصوم، فإن الصوم الشرعي يجب عليه مع الإغماء أيضاً.

ومن أصحابنا من قال: في حجة النذر طريقان؛ أحدهما: أنها كحججة الإسلام، فإن كان الإحصار خاصاً يجب به قضاء الحجج المندور، وإن كان الحصر عاماً فهل يجب قضاءه؟ قولهان؛ لأن حجة النذر أغلظ. قال صاحب «الحاوي»: وهذه الطريقة أشبه بالمذهب، وإن أخرى لعذر يختص به من مرض أو ضل الطريق أو أخطأ العدد، أو نسي الوقت فقد استقر في ذمته ولزمه فعله، فإن مات قضي عنه، وهذا لأن حصر العدو يخالف هذه الأعذار في جواز التحلل من الحج الشرعي والمندور محمول على المشروع.

واعلم أن هذا مشكل، وموضع إشكاله لأن القضاء إذا لزمه مع عذر المرض وخطأ العدد وجب أن يلزمه مع حصر العدو ومنع السلطان، فإذا لم يلزمه في منع العدو وجب أن لا يلزمه في المرض، ولا تخلو هذه السنة من أن تكون متعينة لنذر أولاً، وكيفما كان فالواجب أن يستوي منع العدو ومنع المرض، وهذا مذهب المزنبي في المرض، وادعاه قوله للشافعي - رضي الله عنه - وإزالة هذا الإشكال بآأن يقال: معلوم من مذهب الشافعي - رضي الله عنه -، أنه فصل بين المرض وحصر العدو في التحلل فالحق المرض بسائر المعاذير التي هي معاذير تقصيره مثل خطأ العدد أو النسيان والتواني، وهذه المعاذير التي حصلت بتقصيره فالقضاء معها واجب قوله واحداً، ولا خلاف فيه وإنما الإشكال في المرض.

شیع

لو قال: إن شفى الله مريضي فلله عليه أن أحجج، فشفاء الله تعالى وجب الحجج عليه، ولا يعتبر في وجوبه وجود الزاد والراحلة، [١٥٢/١] وهل يعتبر وجودهما في وجوب أدائه؟ ظاهر المذهب أنه يعتبر.

وقال صاحب «الحاوي»: فيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة: أحدهما: لا يعتبر؛ لأنه كان قادرًا على استثنائه في نذر، وهو قول من لا يطرح الغلبة في الأيمان فلم يطرحها في النذر. والثاني: يعتبر كما قلنا في المشروع.

فرع آخر

هل يجب تعجيله على الفور؟ فيه وجهان يخالف الم مشروع.

فرع آخر

لو قال: إن قدم غائب فلله عليّ أن أحج في عامي هذا، فإن قدم عامه سقط نذره ولا يجب عليه الحج، وإن قدم قبل حج عامٍ والوقت متسع لحجه لزمه وتعيين في عامه، وإن تضيق الوقت عن إمكان الأداء ففي لزوم نذره وجوب الحج عليه وجهان؛ أحدهما: يلزمه حجحة الإسلام.

والثاني: يلزمه ويقضيه بعد عامه؛ لأنّه قد كان قادرًا على استثنائه في نذره، وهو قول من لا يطرح الغلبة، ذكره صاحب «الحاوي».

فرع آخر

لو قال: لله عليّ أن أحج سنة ولم يقل في عامي هذا، لم يحج في عامه وحج في عام آخر إن أمكن. وإن مات قبل الإمكان فلا شيء عليه. وحكي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال: يلقى الله تعالى وعليه حجّ ولا يصح عندي عنه.

مسألة: قال: «ولئن قال: لله عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقدم ليلاً فلا صوم عليه»^(١).

الفصل

اعلم أنه إذا نذر أن يصوم يوم يقدم فيه فلان هل ينعقد نذره؟ فيه قولان: أحدهما: لا ينعقد؛ لأنّه لا يمكن الوفاء به؛ لأنّه إن قدم ليلاً لم يلزمه أن يصوم من الغد؛ لأن الصفة لم توجد، وإن قدم بالنهار وهو مفتر أو صائم عن غيره لم يمكنه أن يصوم عن نذره، وإن نوى من الليل قبل القدوم أن يصوم غداً فقد أتى ببعضه تطوعاً، وقد نذر صوم جميعه واجباً، وهذا اختيار أبي حامد، [٥٢/ب] وقاشه على ما لو قال: لله عليّ أن أصوم أمس اليوم الذي يقدم فيه فلان.

والثاني: ينعقد نذره وهو الصحيح، وهو اختيار المزنوي والقاضي الطبرى؛ لأنّه يمكن أن يقف على قدمه قبله فينوي بالليل أن يصوم من الغد لقدمه، فإذا أمكن ذلك انعقد نذره.

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٩٦/١٥).

واحتاج المزني فقال: قد يجب عليه الصوم في زمان لا يمكنه فعله فيه، ألا ترى أن الصبي الذي يبلغ في أثناء اليوم فيلزمه قضاءه، وكذلك المغمى عليه والحاียน يلزمهما قضاء الصوم وإن لم يمكنهما.

وأما قياسه على ما قال: أصوم أمس اليوم الذي يقدم فيه فلان، فيحتمل أن يقال هنا: ينعقد النذر أيضاً.

فإذا تقرر هذا فإذا قلنا لا ينعقد نذره فلا كلام، وإذا قلنا ينعقد نذره فإن قدم ليلاً لم يجب عليه شيء؛ لأنه نذر صوم يوم يقدم فيه ولم يوجد ذلك اليوم. قال الشافعي - رضي الله عنه -: «وأحب أن يصوم من الغد من أجل أنه قصد ذلك بذاته» وإن قدمها بالنهار وكان قد غلب عليه بالليل ونوى بصوم لقدمه، ويجوز أن يكون أوله تطوعاً وآخره واجباً، وإنما يعلم بأن أعلم أنه سيدخل فيه لقربه منه، وإنما صح صومه هكذا؛ لأنه قد نواه عن علم به، وهذا اختيار أبي إسحاق وجماعة.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز أن يصوم هكذا؛ لأنه قد صام أوله قبل مقدمه، وأنه يجوز أن يتأخر عنه مع الإخبار به، فلا يصير عالماً بما يفعله، ولا يمكن قطع النية به، وهذا اختيار القفال. وإن قدم ولم يعلم وهو مفتر أو صائم عن التطوع أو واجب آخر يلزمته قضاوه؛ لأنه لم ينوه في أوله واجباً.

ومن أصحابنا من قال: [٥٣/أ] إذا كان مفتراً يستحب له الإمساك في بقيةه ولا يجب. وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه طريقان: أحدهما: يجب الإمساك فيه؟ قوله بناء على أنه يجب عليه قضاء يوم آخر، وفيه قوله.

والثاني: لا يجب قوله واحداً وإن أوجبنا القضاء؛ لأن المسافر إذا قدم في خلال النهار لا يلزمته التشبه وإن لزمته القضاء.

وإن كان صائماً تطوعاً لا يجزئه عن نذره، وهل يتحتم صومه عليه؟ فيه وجهان: أحدهما: يتحتم؛ لأنه قد كان عند الله تعالى مستحقاً في نذره. والثاني: لا يتحتم، ويكون على خياره فيه إن شاء أفتر فيه وإن شاء أتمه وهو الأظهر اعتباراً بما انعقدت نيته عليه من تطوعه.

وإن كان صائماً عن فرض لم يتعين فيه كقضاء رمضان، أو صوم كفارة يلزم إتمامه عن فرضه الذي نواه، وهل يلزمته قضاوه عن ذلك الفرض؟ وجهان: أحدهما: يلزمته وهو اختيار

أبي إسحاق؛ لأن فرض صيامه صار مشتركاً. وقال ابن أبي هريرة: يستحب قضاوه؛ ولا يجب لدخوله فيه عن نية انعقدت به، ثم عليه أن يقضى صوم نذره في المستقبل فيصوم على قول أبي إسحاق ثلاثة أيام، يومين عن فرضه ويوماً عن نذره. وعلى قول ابن أبي هريرة ثلاثة أيام؛ يوماً عن فرضه، ويوماً عن نذره، ويوماً يكون مستحقاً.

مسألة: قال: «ولَوْ أَضَبَحَ فِيهِ صَائِمًا عَنْ نَذْرٍ غَيْرِ هَذَا أَخْبَثُ أَنْ يُفْرَدَ لِصُومِهِ لِنَذْرِهِ وَيَعُودُ لِصُومِهِ لِقُدُومِ فُلَانٍ». [٥٣/ب]

الفصل

صورة هذه المسألة أنه نذر أن يصوم يوم الخميس ثم قال بعده: الله عليّ أن أصوم يوم يقدم فيه فلان فقدم يوم الخميس، وهذا صائم عن نذره الأول.

قال الشافعي رضي الله عنه: «مضى في نذره وأتمه، [٥٣/ب] فإذا فرغ منه أحببت أن يعيده، فإن لم يعد أجزأه ثم قضى يوماً آخر لمقدم فلان» وهو النذر الثاني؛ لأن هذا الزمان قد كان يصح صومه عن ذلك النذر ولكن صامه عن غيره فيلزمه القضاء عن نذره. فإن قيل: لم استحب الشافعي رضي الله عنه أن يعيد ما صامه عن نذره؟ قلنا: لأنه صام يوم الخميس وقد استحق فيه أن يصوم عن مقدم فلان، فأحب أن يصوم في يوم لا يستحق صومه لغيره ولا يكون فرضه مشتركاً، فيصوم يومين يوماً فرضاً ويوماً مستحباً. فإن قيل: هل قلتم يصح صومه عن نذره الأول وقد استحق صومه لمقدم فلان كما قلتم فيمن صام رمضان من غيره لم يصح؛ لأن مستحق لصوم رمضان قبل استحقاق النذر في وقت لا يمنع صحة غيره، إلا ترى أنه لو نذر أن يصلّي في وقت بعيته، أو يوم ثم قضى فيه صلاة فائته، أو صوماً عن القضاء أو النطوع كان جائزًا. فإن قيل: أليس لو نذر صوم يوم من شهر رمضان لم ينعقد نذره، فكيف انعقد هنا وقد وافق يوماً يعين عليه فيه صوم النذر؟

قيل: صوم شهر رمضان متعين فيه ولا يجوز أن يقع فيه صوم آخر، وليس كذلك اليوم الذي استحق صومه بالنذر، فإنه لو صام فيه غيره صومه فافترقا.

ثم قال الشافعي - رضي الله عنه -: «وَيَخْتَلِلُ الْقِيَاسُ أَنْ لَا يَكُونَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ صَائِمًا عَنْ نَذْرِهِ» فحصل قولان، وتفسير قوله: «لا يصلح أن يكون فيه صائمًا عن نذره» ما فسره المزني، فقال: يعني أنه لا صوم لنذره إلا بنته قبل الفجر ولم يكن له سبيل إلى أن يعلم أن عليه صومه إلا بعد مقدمه، وفيه ضعف لما ذكرنا أنه ربما يعلم بالليل تقارب القدوم فينوي صومه [٥٤/أ] فيصبح صوم ذلك اليوم عن نذره، واختار المزني وجوب القضاء، فقال: قضاوه عندي أولى. واختار في نذر الحج سنة بعينها وجوب القضاء

أيضاً بكل حال.. واحتاج بصوم رمضان ومسألة الإغماء على ما ذكر وادعى أنه قول الشافعى - رضي الله عنه -، فقال: وقد قطع بهذا القول في موضع آخر، فصارت المسألة في المرض وحضر السلطان على قولين، هكذا ذكره الإمام الجويني - رحمة الله -.

فرع

لو قال: عبدي حر يوم يقدم فلان فقدم ليلاً لا يعتقد إلا أن يكون أراد باليوم الوقت.
وقال أبو حنيفة: يعتقد.

فرع آخر

لو قال: إن قدم يوم كذا فعبيدي حر، فقدم من ليلته لا يعتقد إلا أن يريد جملة اليوم والليلة. وحكي عن أبي حنيفة - رحمة الله -: يعتقد، ذكره القفال.

مسألة: قال: «ولئن قال لله على أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً، فقدم يوم الاثنين فعليه أن يصوم كل الاثنين يستقبله»^(١).

الفصل

إذا قال: الله على أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً فقدم يوم الاثنين فقد ذكرنا أن نذره هل ينعقد في اليوم الذي يقدم فيه فلان؟ قوله. وأما الاثنين المستقبلة ينعقد النذر فيها قولًا واحدًا؛ لأنه يمكنه صومها واجبًا بعد وجود الشرط فانعقد النذر، فإن وافق الاثنين رمضان فعليه أن يصومها عن رمضان؛ لأنه مستحق له، فإن صامه عن النذر لم يصح عن رمضان ولا عن النذر، ولا يلزمها قضاء الاثنين عن النذر، لأن نذر صوم كل يوم اثنين وهو يعلم أنه لا بد في رمضان من تخلص الاثنين وصومها عن النذر لا يصح، فصار ذلك كأنها مستثناة عن جملة النذر، فلا يتعلق حكمها بها.

وإن وافق ذلك [٥٤/ب] يوم الأضحى أو يوم الفطر، أو أيام التشريق، فليس له أن يصومها نذر، وهل يلزمها القضاء؟ فيه قوله:

أحدهما: لا يلزمها القضاء، نص عليه في النذر، وهو اختيار المزنى وهو الصحيح؛ لأن الزمان مستحق للغطر، فإذا وافقه وأفطر فلا قضاء، ولأن نذره لا يصح في يوم العيد فلا يلزمها قضاءه، كالاثنين في شهر رمضان.

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٩٨/١٥).

والثاني: يلزمه القضاء نص عليه في كتاب «الصوم» لأن نذر صوم يوم يمكنه صومه عن نذره وهو أن لا يتفق يوم الاثنين في هذه الأيام، فإذا تعذر الصوم فيه يلزمه القضاء ويفارق الاثنين في رمضان، لأن رمضان لا يخلو عنها بحال. قال أبو إسحاق والقول الأول أقوى.

مسألة: قال: «وَلَوْ وَجَبَ عَلَيْهِ صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ صَامَهُمَا وَقَضَى كُلَّ اثْنَيْنِ فِيهِمَا».

جملة هذا أنه إذا نذر صوم يوم بيته على التأييد وهو في المسألة التي تقدمت أو في غيرها ولزمه صوم شهرين متتابعين فعليه أن يصوم أولاً الشهرين؛ لأنه إذا صامهما أمكنه أن يقضي الاثنين التي وقعت في الشهرين فيأتي بالصومين معاً، وإذا صام الاثنين عن النذر ينقطع تابع صوم الشهرين، فإن الجمع بين الأمرين أولى.

فإذا ثبت هذا وصام الشهرين يلزمه قضاء كل الاثنين تخلل الشهرين، لأنه أمكنه أن يصوم هذه الأيام عن نذره، فإذا ترك صومها لأمر عرض لزمه القضاء كما لو ترك صومها لمرض. وقد قال الشافعي - رضي الله عنه -: «يلزمه القضاء» لأنه أدخل صوم الشهرين على نفسه.

وقال صاحب الإفصاح: اختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من قال: إذا تقدم وجوب النذر وتأخر وجوب الشهرين عنه، فأما إذا تقدم وجوب الشهرين وتأخر وجوب النذر [٥٥/٥٥] في كل اثنين فإنه يصوم الشهرين المتتابعين ولا قضاء عليه، كما إذا صام شهر رمضان لا قضاء عليه. ومنهم من قال: لا فرق بينهما وعليه القضاء لأنه أمكنه صيامها عن نذره فلم يصومها، ولو صامها عن النذر وقعت الموضع.

وقيل: هذا القول نقله الربيع وهو المذهب. وقال القاضي الطبرى: الأول أصح؛ لأن الشافعى - رضي الله عنه - صرخ به هاهنا، فقال: «لأن هذا شيء أدخله على نفسه بعدهما وجب عليه صوم الاثنين» فدل على أن وجوب صوم الشهرين متاخر، وإن كان متقدماً لا تجيء هذه العلة، بل وجبت قبل النذر فلم ينصرف النذر إليها.

مسألة: قال: «وَلَوْ كَانَ النَّاذِرُ امْرَأً فَهِيَ كَالرَّجُلِ»^(١).

اعلم أن المرأة في نذرها كالرجل، فإذا نذرت أن تصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان أبداً ينعقد نذرها في الأيام المستقبلة، وفي اليوم الأول قولان كما في الرجل، فإذا وافق ذلك اليوم يوم حيسها فليس لها أن تصوم، وهل يلزمها القضاء؟ قولان:

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥/٥٠٠).

أحدهما: لا يلزم؛ لأن هذا الزمان مستحق بلفظه.

والثاني: يلزم؛ لأنه يصح الصوم في هذا الزمان في الجملة، ولكن لا يصح منها لعارض عرض لها. ومن أصحابنا من قال قولهً واحداً لا يلزمها القضاء؛ لأن الحيض لا ينافي وجوب القضاء كما في رمضان، ولأن من قال لا يلزمها القضاء خرجه من أنه لا يلزمها قضاء يوم العيد في أحد القولين، وهذا التخريج لأن تحريم صوم يوم العيد عام في حق كل الناس، وتحريم الحيض خاص فيها. وقيل: التخريج صحيح والفرق ضعيف؛ لأن الشرع حرم عليها صوم زمان الحيض كما حرم عليه صوم زمان العيد، وسوى بينهما في نذر الزمانين أنه لا ينعقد [٥٥/ب] فيستوي هنا أيضاً في هذا الحكم.

ومن أصحابنا من رتب فقال: إن قلنا يقضى أيام العيد هاهنا أولى، وإن قلنا لا يقضى فهنا قوله.

مسألة: قال: «ولَوْ قَالَتْ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ أَيَّامَ حَيْضِي فَلَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ؛ لَأَنَّهَا نَذَرَتْ نَذْرَ مَعْصِيَةٍ».

الفصل

جملته أنها إذا نذرت أن تصوم أيام حيضها لم ينعقد نذرها ولا يلزمها شيء بهذا النذر. وقال المزن尼: «هذا يدل على أنها لا تقضى نذر معصية»، وأراد به أنها إذا نذرت مطلقاً فوافق زمان الحيض، أو زمان العيد لا تقضى على ما اختار من القولين هناك.

قال أصحابنا: الفرق أنها لم تقصد هناك غير ما هو معصية بل قصدت القرابة والطاعة؛ فإذا وافق زمان المعصية يلزم القضاء كما في رمضان بخلاف ما إذا قصدت نذر صوم يوم الحيض بعينه. وحكي أن الربيع لما ذكر هذه المسألة قال: لا ينعقد نذرها ويلزمها كفارة يمين. قال: وفيه قول آخر أنه لا يلزمها أن يكفر عن نذر المعصية بكفارة يمين وإن لم يكن في هذه المسألة. قال أصحابنا: هذا قاله تخريراً عن نفسه؛ لأن غيره لم يحكه ولا تقضيه أصول الشافعي، وكان الربيع إذا ألم شيتاً يقول: وفيه قول آخر لقصوره عن الانفصال عنه، وإنما بروايته دون تخريرجه، وتأويلها: روت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين»^(١)، أن يحمل على بذل اللجاج الذي يخرب فيه بين الوفاء وكفارة اليمين؛ لأن أصحاب الحديث قالوا: لم يثبت إسناده، واعتماده على

سليمان بن أرقم وهو متزوك الحديث.

[٥٦/أ] فإن قيل: روى قتادة عن الحسن عن هياج بن عمران البرجمي أن غلاماً لأبيه أبق، فجعل الله عليه لثن قدر عليه ليقطعن يده، فلما قدر عليه بعثي إلى عمران بن الحصين - رضي الله عنه - فسألته فقال: إني سمعت النبي ﷺ يحث في خطبته عن الصدقة وينهي عن المثلة، فقل لأبيك فليكفر عن يمينه وليتجاوز عن غلامه. وبعثي إلى سمرة - رضي الله عنه - فقال مثل ذلك^(١). قيل: نحمله على الاستحباب بدليل أنه نذر مالا يمكنه الوفاء به بحال فلا شيء عليه.

فرع

لو نذرت أن تصوم عدد أيام حيضها صح النذر؛ لأنها جعلت أيام الحيض قدرأ و لم تجعلها زماناً للصوم.

مسألة: قال: «إِذَا نَذَرَ الرَّجُلُ صَوْمًا أَوْ صَلَةً وَلَمْ يَنْبُغِ عَدَدًا».

الفصل

جملة هذا أنه إذا نذر صوماً مطلقاً يلزم صوم يوم واحد؛ لأن أقل ما وقع عليه الاسم. وقال في «الحاوي»: لو قيل: يلزم صيام ثلاثة أيام كان مذهباً؛ لأنه أقل صوم ورد في الشرع نصاً. ولو نذر صلاة مطلقاً نقل المزني - رحمه الله - أنه يلزم ركعتان، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد - رحمهما الله تعالى - في رواية، ونقل الربع يجزئ ركعة، وروي هذا عن أحمد. واتفق أصحابنا - رحمهم الله - على أن المسألة قولان:

أحدهما: يلزم ركعتان، وقيل: هذا أصح؛ لأن أقل صلاة مقصودة متبوعة في الشرع ركعتان، وهي صلاة الصبح وصلاة الوتر، وإن كانت ركعة فهي تابعة غير مقصودة فلا يعتبر ذلك كما لا يعتبر سجدة واحدة، وإن كانت صلاة شرعية وهي سجدة التلاوة.

والثاني: يلزم ركعة؛ لأنها صلاة كاملة عندنا، ولا يعتبر بالمشروع؛ لأن المشروع في الصوم صوم شهر رمضان، ويكفيه في النذر صوم يوم واحد.

وقيل: هذان [٥٦/ب] القولان مبنيان على أن النذر المطلق هل ينعقد بواجب الشرع أم لا؟ وفيه قولان.

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (١٩٣٤٥).

فرع

هل يجوز صوم النذر بالنية قبل الزوال؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز، وقيل: فيه وجهان؛ لأنه يسلك بالمندور مسلك النذر في وجوبه.

ثم قال الشافعي - رضي الله عنه -: «فإن مات قبل أن يقضيه وأوصى أن يقضى عنه ففي الصوم يطعم مكان كل يوم مذًا من طعام، ويقترب إلى الله عنه في الصلاة بما استطاعوا، ولا يُصلِّي ولا يُصَام عنه». وذكر بعض مشايخ طبرستان أن التقرب إلى الله تعالى في الصلاة وأن يطعم مذًا لصلاة يوم وليله، وإن زاد كان أولى، ولا يجب ذلك بحال.

مسألة: قال: «وَلَوْ نَذَرَ إِعْتَاقَ رَقَبَةٍ فَأَيْ رَقَبَةٍ أَعْنَقَ أَجْزَاءً»^(١).

اختلف أصحابنا في هذا، فمنهم من أخذ بظاهره أنه يجزئه أي رقبة كانت معيبة أو سليمة، مسلمة أو كافرة. ومنهم من قال: لا يجزئه إلا ما يجوز في الكفار، وهي أن تكون مسلمة سليمة. قال الداركي: وهذا هو الصحيح؛ لأن مطلق كلام النذر يحمل على معهود الشرع، والعنق الواجب شرعاً لا يجوز إلا على الوصف الذي ذكرنا.

قال الداركي: فإن قيل: هذا يبطل بمن قال: الله على هدي يجوز ما يقع عليه الاسم في أحد القولين، قيل: الفرق أن الهدي يجب في الشرع قليلاً وكثيره من مذ طعام إلى أقل منه وأكثر، ويجب في قتل صغار الصيد صغار النعم، والشرع لم يرد بإعتاق رقبة كافرة أو معيبة بحال، فظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - الأول.

واعلم أن هذا العطف مشكل؛ لأنه أجاب في نذر الصلاة بأنه لا يجوز أقل من ركعتين، فاعتبر الشرع فيه، فكان ينبغي أن يقيد نذر العنق بواجب الشرع أيضاً. [٥٧/١] ولعل هذا العطف من جهة المزني، فنقل المسألة من موضع آخر وذكر في هذا المكان، ويحتمل أن معناه: فأي رقبة أعتق أجزاءً من صغيرة أو كبيرة، أو رفيعة في القيمة أو وضيعة، ولم يرد به الكفر والإسلام والنفائص التي تمنع الإجزاء. وقيل: أصل الوجهين القولان في نذر الهدي مطلقاً هل يحمل على النعم أم لا؟

مسألة: قال: «وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ لَآخَرَ: يَوْمِنِي فِي يَمِينِكَ».

الفصل

في هذا مسألتان؛ إحديهما: أن يكون صاحبه حلف يميناً فقال له رجل: يميني في

(١) انظر العاوي الكبير (١٥/٥٠٣).

يمينك، فهل ينعقد للثاني يمين؟ ينظر، فإن كان الأول حلف بالله تعالى لم ينعقد للثاني يمين؛ لأن اليمين بالله تعالى لا تصح إلا بلفظ معظم مفخم. قوله: «يميني في يمينك» ليس بلفظ معظم، وإن كان حلف بمعنى أو طلاق.

قال المزني: قلت للشافعي: فإن يميني في يمينك بالطلاق فحلف أعليه شيء؟ فقال: لا يمين إلا على الحالف دون صاحبه. قال أصحابنا: معناه إذا لم يننو، فأما إذا نوى اليمين بالطلاق فحلف صاحبه لزمه؛ لأن اليمين بالطلاق والعتاق ينعقد بالكتابية مع النية كما تنعقد بالتصريح، وقد نص الشافعي - رضي الله عنه - على مثل هذا في الإيلاء، فقال: «إذا قال لإحدى نسائه: والله لا أصبتك فقد آلى منها، فإن قال لأخرى: فقد أشركتك معها لم يكن مولياً من الثانية وإن نوى اليمين؛ لأن اليمين بالله تعالى لا تقع بالكتابية، ولو قال لإحدى نسائه إن طلقتك فأنت طالق فقد آلى منها، فإن قال لأخرى قد أشركتك معها، فإن لم يكن نية لم يكن مولياً من الثانية، وإن كان له نية صار مولياً منها جميعاً». هكذا ذكر القاضي الطبرى.

وقال بعض أصحابنا: سؤال المزني أن يكون الآخر لم يحلف بعد، وإنما أراد إذا حلف، فإذا قال: يميني في يمينك، يعني إذا حلفت [٥٧/ب] يلزمك ما يلزمك، لا يتعلق به حلف بالله تعالى، أو بالطلاق نوى أو لم يننو؛ لأن حمل اليمين إنما يصير على يمين موجودة، ويدين الثاني لم توجد بعد، والذي يدل على أن صورة المسألة هكذا أنه لو قال: قلت له، فإن قال يميني في يمينك بالطلاق فحلف، وهذا يقتضي أنه استأنف الحلف بعد هذا القول، فإن كان حلف ذلك الرجل ثم قال: هو هذا، أنت تنوين أن ينعقد له وإنما لا، وهذا أظهر في مسألة الإيلاء وحده الحلف ثم شرك.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: اختلف أصحابنا فيما نقل المزني - رحمه الله -، فمنهم من غلط فيه، وإذا حلف بالطلاق فقال الآخر: يميني في يمينك، أي أنا معلم طلاق امرأتي كما علقت يصح، وكذلك لو قال ذلك ثم حلف المخاطب بعد.

ومنهم من صلح ما نقله المزني وقال: التشريح والكتابية في اليمين لا يصح بخلاف التشريح في نفس الطلاق، فلو حنت رجل بالطلاق فقال آخر يميني في يمينك وأراد وقوع الطلاق على امرأته تطلق امرأته ويكون كتابة في الطلاق، وكذلك لو قال قبل حنت الحالف: يميني في يمينك، أي إذا وجدت الصفة وطلقت امرأتك فامرأتى طالق أيضاً، فهذا تعليق نفس الطلاق بصفة فيصح ذلك، فحصل وجهان إذا لم يكن حنت الأول فقال هذا.

كتاب أدب القناع^(١)

الأصل في وجوب القضاء وتنفيذ الحكم بين الناس الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: «بَدَأْرُدْ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ الْأَنْاسِ بِالْحَقِّ» [٤٦ الآية، وأراد: إنما جعلناك خليفة لنا، وتكون الخلافة بالنبوة. وقيل: أراد خليفة لمن تقدمك فيها، [٥٨/١] وتكون الخلافة بالملك.

والحكم مأخوذ من الحكمة التي توجب وضع الشيء موضعه، وقيل: مأخوذ من إحكام الشيء ومن حكمه اللجام لما فيه من الإلزام.

وقوله: «بِالْعَقْدِ» أي بالعدل، وقيل: بالحق الذي لزمك الله تعالى، وقوله: «وَلَا تَنْهَىَ» أي الميل مع من تهواه، وقيل: أن تحكم بما تهواه «فَيُضْلِكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ» أي دين الله، وقيل: عن طاعة الله.

وقوله: «بِمَا نَسُوا يَوْمَ الْحِسَابِ» أي بما تركوا العمل ليوم الحساب، وقيل: بما أعرضوا عن يوم الحساب. وقوله تعالى:

«وَدَاؤُدْ وَسَلِيمَنَ إِذْ بَحْكَمَانِ فِي الْحَرْثِ» [الأنبياء: ٧٨] الآيتين، النـفـش: رعي النـيل، والعمل: رعي النـهـار، وكان الحكم في أغنام رجل رعت كرم آخر وزرعة، فحكم داود - عليه السلام - بالغنم لصاحب الكرم والزرع، وحكم سليمان - عليه السلام - بأن يدفع الغنم إلى صاحب الكرم ليتفق بدرها ونسليها ويدفع الكرم إلى صاحب الغنم ليعمره حتى يعود إلى حاله، ثم يرد الكرم ويسترجع الغنم، فقال الله تعالى: «فَفَهَمْنَاهَا سَلِيمَنَ» وكان حـكـمـ الله تعالى فيما حـكـمـ سـلـيمـانـ، فـرـجـعـ دـاـودـ عـنـ حـكـمـهـ إـلـىـ حـكـمـ سـلـيمـانـ^(٢). فـإـنـ قـبـلـ: كـيـفـ نـقـضـ دـاـودـ عـلـيـهـ السـلـامـ - حـكـمـهـ بـاجـهـادـ سـلـيمـانـ عـلـيـهـ السـلـامـ؟ قـلـنـاـ: دـاـودـ عـلـيـهـ السـلـامـ - كـانـ قـدـ أـفـتـىـ بـهـذـاـ لـمـ يـحـكـمـ وـلـمـ يـنـفـذـهـ، فـلـذـلـكـ رـجـعـ عـنـهـ، وـيـجـوـزـ أـنـ يـكـوـنـ حـكـمـ سـلـيمـانـ مـنـ وـحـيـ فـيـكـوـنـ نـصـاـ يـبـطـلـ بـهـ الـاجـهـادـ.

(١) انظر الحاوي الكبير (٣/١٦)

(٢) ذكره القرطبي في «تفسيره» (١١/٣٠٧).

وقال الحسن البصري: لو لا هذه الآية لرأيت الحكم قد هلكوا، لكن الله تعالى عندها باجتهاده وأثنى على هذا بصلواه.

وأيضاً قوله تعالى: **﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَقَّ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بِيَنَهُمْ﴾** [النساء: ٦٥] الآية، وهي نزلت في الزبير ورجل من الأنصار وقد شهدا بدرأ، وقيل: إنه حاطب بن أبي بلعة تخصصاً إلى رسول الله ﷺ في شراح من الحرة كانا يسبيان به نخلاً لهما [٥٨/ب] فقال ﷺ: «اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك» فغضب الأنصاري وقال: إن كان ابن عمتك، فتلون وجه رسول الله ﷺ حتى عرف أن قد ساءه، ثم قال: «يا زبير احبس الماء إلى الجدر أو إلى الكعبين ثم خل سبيل الماء» فنزلت هذه الآية: **﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَقَّ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بِيَنَهُمْ﴾**^(١)، أي فيما تنازعوا فيه، وسميت المنازعة مشاجرة لتدخل كل منها كتداخل الشجر الملتئف، ... ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً، أي تسليماً لحكمك.

وأيضاً قال الله تعالى: **﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤْمِنُوا أَلْمَتَتْ إِنَّ أَهْلَهُمْ﴾** [النساء: ٥٨]، وأيضاً قوله تعالى: **﴿وَإِنْ أَخْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾** [المائدة: ٤٩]، وقوله تعالى: **﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَعْكِمُ بَيْنَ النَّاسِ﴾** [النساء: ١٠٥] الآية، وقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَخْكُمْ بَيْنَهُمْ أَنْ يَقُولُوا سَيَقْنَا وَأَطْعَنَّ﴾** [النور: ٥١] الآية، وقوله تعالى: **﴿وَمَا يَنْهَا الْحِكْمَةُ وَفَصِيلُ الْخَطَابُ﴾** [ص: ٢٠]، قال أبو عبد الرحمن: فصل الخطاب: فصل القضاة. وقال شريح: الشهود والأيمان. وقوله تعالى: **﴿وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾** [البقرة: ٢٦٩]، قال ابن عباس - رضي الله عنهما - يعني المعرفة بالقرآن ناسخه ومنسوخه، ومتشابهه ومقدمه ومؤخره، وحلاله وحرامه وأمثاله^(٢).

وأما السنة: فما روى بريدة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «القضاة ثلاثة؛ قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة، فمن قضى بغير الحق وهو يعلم بذلك في النار، وقاضٍ يقضى ولا يعلم فأهلك حقوق الناس بذلك في النار، وقاضٍ قضى بالحق بذلك في الجنة»^(٣). هكذا رواه ابن المنذر.

(١) أخرجه البخاري في المسافة، باب سكر الأنهر (٢٣٦٠) ومسلم في الفضائل، باب وجوب اتباعه (٢٢٥٧) والترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجلين يكون أحدهما أسلف من الآخر (١٣٦٣).

(٢) أخرجه الطبرى في «تفسيره» (٨٩/٣).

(٣) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ، في القاضى (١٣٢٢).

وروى أبو داود عن بريدة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «القضاء ثلاثة؛ واحدٌ في الجنة واثنان في النار، فاما الذي في الجنة فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار عنه، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار»^(١). وفي هذا الخبر دليل على أن كل مجتهد لا يكون مصيبة، بل الحق في واحدٍ؛ لأنه لو لم يكن هكذا لم يكن للتقسيم معنى على هذا الوجه.

وأيضاً روى عمرو بن العاص وأبو هريرة - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «إذا قضى القاضي فأصاب كان له عشرة أجور، وإن أخطأ كان له أجر أو أجران»^(٢).

وروى أن رجلين اختصنا إلى عمرو بن العاص - رضي الله عنه - فقضى بينهما، فسخط المقصي عليه، فأتى رسول الله ﷺ فأخبره، فقال: «إذا قضى واجتهد كان له عشرة أجور، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجر أو أجران»^(٣).

واعلم أن المخطئ إنما يؤجر به على اجتهاده في طلب الحق؛ لأن اجتهاده عبادة ولا يؤجر على الخطأ، بل يوضع عنه الإثم فقط، وهذا إذا كان جاماً لآلة الاجتهاد، عارفاً بالأصول، عالماً بوجوه القياس.

وأيضاً روى أبو البحري عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن، فقلت: يا رسول الله، تبعثني وأنا شاب أقضي بينهم ولا أدرى ما القضاء؟ قال: فضرب في صدري وقال: «اللهم اهد قلبه، وثبت لسانه»، قال: فوالذي فلق الحبة ما شكت في قضاء بين اثنين^(٤).

وروى أنه قال: «إن الله مثبت قلبك وهاد لسانك، فإذا حضر الخصمان إليك فلا تقضي لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر، فإنه أحرى أن يتبيّن لك القضاء»، قال: فما أشكلت على قضية بعدها^(٥)، وقدمنها على رسول الله ﷺ في حجة الوداع.

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في القاضي يخطئ (٣٥٧٣) وابن ماجه في الأحكام، باب الحكم يجتهد فيصيّب الحق (٢٣١٥).

(٢) ذكره الديلمي في «الفردوس ببيانور الخطاب» (٢٩٠/١).

(٣) أخرج نحوه الحاكم في «المستدرك» (٩٩/٤).

(٤) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (١٨٢/٤).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٩/١).

وروي أنه قال: «إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك» فما شكت في قضاء بعد^(١). وأيضاً روي أن رسول الله [٥٩/ب] ﷺ لما أراد أن يبعث معاذًا إلى اليمن قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟» قال: أقضى بكتاب الله - عز وجل، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟» قال: بسنة رسول الله. قال: «فإن لم تجد في سنة رسول الله؟» قال: أجتهدرأيي ولا آلو، فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضى رسول الله»^(٢).

وقوله: «أجتهدرأيي» أراد به الاجتهاد في رد القضية من طريق القياس إلى معنى الكتاب والسنة، ولم يرد به الرأي الذي يخطر بباله من غير أصل من كتاب أو سنة، وفي هذا إثبات القياس، وأنه ليس للحاكم أن يقلد غيره. قوله: «لا آلو» معناه لا أقصر في الاجتهاد، ولا أترك بلوغ الوسع منه.

وروت أم سلمة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم أن يكون أحن بحجته من بعض فأقضي له ما أسمع منه، فمن قضيت له حن أخيه شيئاً فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار»^(٣).

وقوله: «أحن بحجته»: معناه أفطن بها، وأحن مفتوحة الحاء، ولحن الرجل في كلامه لحنا بسكون الحاء.

وروي أن عثمان قال لعبد الله بن عمر - رضي الله عنهم - اذهب واقض بين الناس، قال: أتعفني يا أمير المؤمنين، فإني أعزم عليك، قال: لا تتعجل عليّ، هل سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من عاذ بالله - عز وجل - فقد عاذ بمعاذ» قال: نعم، فإني أعوذ بالله أن أكون قاضياً، قال: فما تكره من ذلك وكان أبوك يقضي؟ قال: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من كان قاضياً فقضى بالجور كان من أهل النار، ومن كان قاضياً فقضى بالجهل كان من أهل النار، ومن كان قاضياً فقضى بالعدل سأل أن ينفلت كفافاً فما أرجو بعد ذلك»^(٤).

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب كيف القضاء (٣٥٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب اجتهاد الرأي في القضاء (٣٥٩٢) وأحمد في «مسند» (٢١٥٩٥) والدارمي في المقدمة، باب الفتاوى وما فيه من الشدة (١٦٨).

(٣) أخرجه البخاري في الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت (٦٩٦٧) ومسلم في الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحججة (١٧١٣) وأبو داود في الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ (٣٥٨٣).

(٤) أخرجه ابن حبان في «صححه» (٥٠٥٦) (١١/٤٤٠).

وأيضاً روى أبو أيوب الأنصاري [٦٠/١] - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الله مع القاسم حين يقسم، ومع القاضي حين يقضى»^(١).

وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إذا جلس القاضي للحكم بُعث إلَيْهِ ملَكين يسْدَدَانَهُ، فَإِنْ عَدَلَ أَقَاماً، وَإِنْ جَارَ عَرْجَا وَتَرْكَاهُ»^(٢).

وأيضاً روى أن النبي ﷺ استخلف عتاب بن أبي سعيد على مكة بعد الفتح وباياً وقاضياً، وقال: «انهُمْ عَنْ بَيعِ مَالِمْ يَقْبضُونَهُ، وَرِيعِ مَالِمْ يَضْمَنُونَهُ»^(٣).

وروى أنه ﷺ قد دَحَيَ الكلبي قضاة ناحية. وأيضاً فقد قضى رسول الله ﷺ بين المتنازعين وحكم بين المتشاجرين على ما سُنِذَّرَهُ بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وأما الأجماع، فلأنه لا خلاف بين المسلمين فيه.

وقد حكم أبو بكر - رضي الله عنه - بين الناس، ويعث أنس بن مالك - رضي الله عنه - إلى البحرين قاضياً^(٤).

وقال علي - رضي الله عنه -: قَدَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبَا بَكْرَ فِي مَرْضَهِ لِصَلَةِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَمَّا تَوَفَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ نَظَرَنَا فَوْجَدَنَا أَحَقَّ بِالْأَمْرِ فَرَضَنَا لِدُنْيَاَنَا مِنْ رَضِيَّهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِدِينِنَا، فَبَيَّنَتْ أَبَا بَكْرَ، وَكَانَ لِذَلِكَ أَهْلًا فَأَقَامَ بَيْنَ أَظْهَرِنَا الْكَلْمَةَ وَاحِدَةً وَالْأَمْرَ وَاحِدَةً، لَا يَخْتَلِفُ عَلَيْهِ مَنْ أَثْنَانَ^(٥).

وروى الحسن عن علي - رضي الله عنهما - قال: لقد أمر النبي ﷺ أبا بكر أن يصلني بالناس، فإني لشاهد ما أنا بغايت ولا بي من مرض ففترضي لدنيانا من رضي رسول الله ﷺ لدنينا^(٦).

وحكمة عمر - رضي الله عنه - بين الناس، ويعث أبا موسى الأشعري - رضي الله عنه -

(١) أخرجه أحمد في «مسنده» (٤٣٠٠٠).

(٢) أخرجه نحوه البيهقي في «الكبرى» (٨٨/١٠).

(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٥/٣١٣).

(٤) أخرجه البخاري في فرض الخمد، باب ما ذكر من درع النبي وعصاه وسيفه وقدحه (٣١٠٦).

(٥) ذكر نحوه ابن عبد البر في «التمهيد» (٢٢/١٤٩).

(٦) ذكره الخلال في كتاب السنة (١/٢٧٤).

إلى البصرة قاضياً. وبعث ابن عباس [٦٠/ب] - رضي الله عنه - إلى البصرة قاضياً وناظراً^(١).

وأيضاً فالقضاء أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، وقال الله عز وجل: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجْتُ لِتَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَاكُ عنِ الْمُنْكَرِ﴾ الآية [١١٠ عصران: ١١٠]، وأيضاً ففي أحكام الاجتهاد ما يكثر فيه الاختلاف، ولم تتعين هاتين المختلفتين فيه إلا بالحكم الفاصل والقضاء القاطع.

فإذا تقرر هذا فالقضاء مأخوذ من إحكام الشيء والفراغ منه، قال الشاعر يرثي عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -:

قَضَيْتَ أُمُورًا ثُمَّ غَادَرْتَ بَعْدَهَا بِوَائِجَ مِنْ أَكْمَامِهَا لَمْ تُفَتِّقْ
أَيْ أَحْكَمْتَ أُمُورًا وَأَمْضَيْتَهَا، وَخَلَفْتَ بَعْدَكَ دُواهِي خَافِيَةَ كَامِنَةَ.

وقد يراد بالقضاء إمضاء الحكم، ومنه قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْكَ بَعْضَ إِنْسَكَبِيلَ فِي الْكِتَبِ﴾ [الإسراء: ٤]، أي أمضينا وأنهينا.

وفي للحاكم قاض لأنه يمضي الأحكام ويحكمها، وسمى حكماً لمنعه الظالم من الظلم، ومن ذلك سميت حكمة اللجام، لأنها تمنع الدابة عن رکوبها رأسها، وسميت الحكمة حكمة لمنعها الناس من هواهم.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن القضاء من فرائض الكفایات، فإذا قام به من يصح قضاوه سقط فرضه عن الباقيين، وإذا تركه الجميع ولم يقم به أحد أثموا بتركه وكانتا تاركين للفرض لقوله عليه السلام: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْدِسُ أَمْةً لِيْسَ فِيهِمْ مَنْ يَأْخُذُ لِلْضَّعِيفِ حَقَّهُ»^(٢). وروي أن النبي عليه السلام قال: «لتَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ أَوْ لِيُسْلِطُنَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ شَرَارَكُمْ»^(٣).

وأيضاً فإن نصب الإمام إذا كان واجباً كان نصب القاضي واجباً ولا فرق بينهما؛ لأن من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وذلك فرض على الكفایة بالإجماع فكذلك [٦١/أ] القضاء.

فإن قيل: هذا الذي قلتموه مخالف للسنة؛ لأن أبا هريرة - رضي الله عنه - روى أن

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٥١١٧) (٢٨٧/٣).

(٢) تقدم ذكره.

(٣) أخرجه نحوه أحمد في «مسند» (٢٢٨٠١).

النبي ﷺ قال: «من ولى القضاء فقد ذبح بغير سكين»^(١) وهذا يحتمل معنيين: أحدهما: أن الذبح في العادة بالسكين فعدل به عن سنن العادة ليعلم أنه كان منه هلاك دينه دون هلاك بدنه.

والثاني: أن الذبح الموحى الذي فيه إراحة الذبيحة وخلاصها من طول الألم إنما يكون بالسكين؛ لأنه يمور في حلق المذبوح فيجهز عليه، وإذا ذبح بغير السكين كان ذبحه خفقاً وتعذيباً، فضرب به المثل ليكون أبلغ في الحذر من الواقع فيه.

وروى عن علي - رضي الله عنه - أنه خطب بذى قار وعليه عمامة سوداء، فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من قاضٍ ولا والٍ إلا يؤتى به يوم القيمة فيوقف على الصراط فينشر له شبرة، فإن كان عادلاً نجاه الله بعدله، وإن كان غير ذلك انتقض الصراط به انتفاضة فصار ما بين كل عضو من أعضائه مسيرة مائة عام، فلا يلقى جهنم إلا بحر وجهه وجيئه»^(٢). وروى عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «ويل للأمراء، وويل للأمناء، يأتين على أخذهم يوم يود لو كان معلقاً بالثريا بذوابته يتذبذب بين السماء والأرض وأنه لم يول أحداً»^(٣).

وروى أن رسول الله ﷺ قال لأبي ذر: «يا أبا ذر أحب لك ما أحب لنفسي، إني أراك ضعيفاً، فلا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم»^(٤). وروى ابن أبي أوفى - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الله مع القاضي مالم يجر، فإذا جار برع الله منه ولزمه الشيطان»^(٥).

وروى أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «من ابتغى القضاء وسائل [٦١/ب] عنه الشفاعة، وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله - عز وجل - ملكاً يسدده»^(٦).

(١) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضى (١٣٢٥) وأبو داود في الأقضية، باب في طلب القضاء (٣٥٧١) وابن ماجه في الأحكام، باب ذكر القضاة (٢٣٨) وأحمد في «مسنده» (٥٥٧).

(٢) لم أجده.

(٣) أخرجه أحمد في «مسنده» (٨٤١٣) عن أبي هريرة.

(٤) أخرجه مسلم في الإمارة، باب كراهة الإمارة بغير ضرورة (١٨٢٦)، والنسائي في الوصايا، باب النهي عن الولاية على مال اليتيم (٣٦٧)، وأبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الدخول في الوصايا (٢٨٦٨).

(٥) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جار في الإمام العادل (١٣٣٠).

(٦) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القضاء (١٣٢٤).

وحكى أن أبا قلابة لما طلب للقضاء هرب فقيل له: لو وليت قضيت بالحق، فقال: من يقع في البحر كيف يسبح.

وحكى أن أبا هريرة - رضي الله عنه - أراد محمد بن واسع على القضاء، فقال: لتخليني أو لا أضربنك ثلثمائة سوط إن تفعل فسلط، وذليل الدنيا خير من ذليل الآخرة. وقال مكحول: لو خبرت بين القضاء والقتل لا خترت القتل.

وقال عليه السلام في خطبته: «أصحاب الجنة ثلاثة؛ ذو سلطان مقتطع موفق، ورجل رحيم رقيق القلب، ورجل ضعيف فقير متصدق»^(١).

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «المقطون عند الله يوم القيمة على منابر من نور عن يمين الرحمن وكلنا يديه يمين، وهم الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولوا»^(٢).

وروى عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لا حسد إلا في اثنين؛ رجل أتى الله مالاً فسلطه على هلكته في الخير، ورجل آتاه الله حكمة فهو يقضى بها ويعلمها»^(٣).

[٦٢] أ] وروى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «يوم من إمام

(١) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (٤/٩٩).

(٢) أخرجه مسلم في الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائز والبحث على الرفق (١٨٢٧) والنمسائي في آداب القضاة، باب فضل الحاكم العادل في حكمه (٥٣٧٩) وأحمد في «مستنه» (٦٤٥٦).

(٣) أخرج البخاري في العلم، باب الاغبطة في العلم والحكمة (٧٣) ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها، باب فضل من يقوم بالقرآن ويعلمه وفضل من تعلم حكمة (٨١٦) وابن ماجه في الزهد، باب الحسد (٤٢٠٨).

عادلٌ أفضلي من عبادة ستين سنة، وحدٌ يقام في الأرض أزكي من مطر أربعين يوماً^(١).
وروي أن النبي ﷺ قال: «سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله؛ إمام
عادل...»^(٢) الخبر، فبدأ بذكر الإمام العادل.

وقال مسروق: لأن أقضى بعدل أو حق أحب إلىَّ من أن أغزو في سبيل الله سنة.
وقال الحسن البصري: كان يقال: لأجر حاكم يوماً أفضلي من أجر رجل يصلِّي في بيته
سبعين سنة.

وقال عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -: لأن أجلس فأقضى بين اثنين بحقِّ أحبِّ
إليَّ من عبادة سبعين سنة^(٣).

وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب في كتابه إلى أبي موسى الأشعري -
رضي الله عنه: أن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر، فمن
خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في
نفسه شأنه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصاً^(٤).

فدل هذا على أن القضاء أفضلي العبادات وأقرب القرب إلى الله تعالى إذا عرف من
نفسه القيام به وأداء حقوقه.

والأخبار الواردة في ذمِّ من رغب فيه محمولة على من يشق عليه القيام به ويحاف أن
لا يسلم فيه.

وقال أبو قلابة: ما وجدت مثل القاضي العالم الأمثل السابغ وقع في بحرِكم عسى
يسبح حتى يغرق.

وقال القاضي [٦٢/ب] الطبرى: وحدثنى بعض شيوخنا ببغداد أن أبيه استصحبه في
بعض أشغاله في باب الشام، فأراني دوراً مختومة فقال: هذه دور أبي علي ابن حيران طلبه
الوزير ابن الفرات ليوليه القضاء وقد هرب منه فختم داره، فقال لي: احفظ هذا حتى
تحكيمه.

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» عن ابن عباس (١٦٢/٨).

(٢) أخرجه البخاري في الأذان، باب من جلس في المسجد يتضرر الصلاة وفضل المساجد (٦٦٠) ومسلم في
الزكاة، باب فضل إخفاء الصدقة (١٠٣١) والترمذى في الزهد عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الحب
في الله (٢٣٩١).

(٣) ذكره ابن قدامة في «المغنى» (٨٩/١٠).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٠/١٠).

فإذا تقرر هذا فالناس في القضاة على أربعة أضرب؛ ضرب يجب عليه أن يتولى القضاة، وضرب يستحب له ولا يجب عليه، وضرب يستحب له تركه ولا يستحب له فعله، وضرب يحرم عليه فعله والدخول فيه.

فأما من يجب عليه فرجل يكون من أهل الفقه والأمانة ولا يوجد في بلده من يصلح للقضاء غيره من أهله، فإنه يتبع عليه فرضه؛ لأن الفرض على الكفاية إذا لم يكن من يقوم به غيره أحد يتبع عليه كما نقول في الفتوى، وغسل الموتى والصلة عليهم ودفنهم ونحر ذلك. ويجب على الإمام أن يعرضه عليه ويدعوه إلى الدخول فيه، فإن امتنع لم يحل له، وكان للإمام إجباره عليه.

ومن أصحابنا من قال: ليس له إجباره عليه لقوله عليه: «إنا لا نجبر على القضاة أحداً»^(١)، وأنه من فروض الكفايات، فإذا أجبرناه عليه جعلناه من فرائض الأعيان، وهذا ضعيف لا وجه له، والخبر محمول على ما لو كان هناك نص وفرائض الكفايات قد تتبع في على ما ذكرنا، وأنه إذا ألم به فلا يحل له تركه ويجوز إجباره على فعل الفرض الذي يتعلق بحقوق المسلمين، وأن من اضطر إلى طعامه وهو لا يحتاج إليه [٦٣/أ] أجبر على بذلك، فإذا اضطر إلى منفعته أجبر على بذلها ولا فرق بينهما.

فرع

إذا تبع عليه ما ذكرنا يجب عليه أن يمضي للإمام ويعرض نفسه عليه؛ لأنه بمنزلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إذا تبع عليه، فإن لم يفعل ذلك عصى وأثم. وقال في «الحاوي»: لا يتبع طلب القضاة؛ لأن فرض التقليد على المولى دون المولى.

فرع آخر

لو كان هناك جماعة بهذه الصفة وجب عليهم على طريق الكفاية، حتى يقوم به أحدهم فيسقط فرضه عن جماعتهم، فإن عرض الإمام القضاة على واحد منهم هل يجبه على قبوله إذا امتنع؟ ينظر فإن امتنع لعدم لم يجبه، وإن امتنع لغير عذر هل يجبه عليه؟ وجهان أحدهما: لا يجبه؛ لأنها نيابة كالوكالة، وأنه إذا وجد غيره لم يتبع عليه فلا يجبه عليه.

والثاني: يجبه؛ لأنه دعاه إلى واجب رأى تعينه فيه، وأنه مأمور بطاعته، فإن تركه

(١) لم أجده.

على امتناعه يجوز أن تكون حال غيره مثل حاله فيفقضي الأمر إذا تعطيل القضاء بخلاف الوكالة.

فرع آخر

لو استوى جماعة في شروط القضاء وفيهم طالب وممسك فالأولى أن يقلد الممسك دون الطالب، لأنه أرغم في السلامة، فإن عدل الإمام عن الممسك إلى الطالب جاز وصح تقليده.

فرع آخر

إذا تكاملت الشروط في جماعة فالأولى بالإمام أن يقلد أفضليهم، فإن عدل إلى المفضول انعقدت ولايته.

فرع آخر

لو تكاملت شروط الإمامة في جماعة وجب على أهل الاختيار أن يقلدوا أفضليهم، فإن عدلوا إلى المفضول، قال جمهور العلماء: يجوز كما قلنا في القضاء. وذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز، والفرق أن القضاء نيابة خاصة فجاز أن يعمل على اختيار المستنيب، والإمامية ولاية عامة فلم يصح فيها تفريط أهل الاختيار لافتياهم على غيرهم.

فرع آخر

[٦٣/ب] إذا تكاملت في واحد دون غيره لا يصير بتفرده في عصره. والياً يوْلَى ولو تكاملت شروط الإمامة في واحد منفرد بشرطها قال أكثر الفقهاء: لا تنعقد إمامته إلا بعقد أهل الاختيار كولاية القضاء. وقال فقهاء العراق وبعض المتكلمين: تنعقد إمامته من غير عقد؛ لأن عقد أهل الاختيار إنما يراد لتمييز المستحق، فإذا تميز بصفته استغنى عن عقدتهم ويفارق القضاء؛ لأنه نيابة خاصة ويجوز صرفه عنها مع بقائه على صفتة فافتقرت إلى عاقد، والإمامية ولاية عامة لا يجوز أن يصرف عنها مع بقائه على صفتة فلم تفتقر إلى عاقد.

ومن الفقهاء من سوى بين الإمامة والقضاء، وجعل ولاية القضاء فيمن تفرد بشرطه منعقدة من غير عاقد كالإمامية وهذا أدب، والأصح التسوية بينهما في البطلان؛ لأن الولايات عقود فافتقرت إلى عاقد.

وأما الضرب الثاني من يستحب له ولا يجب عليه: فرجل من أهل العفة والأمانة والاجتهاد، وفي البلد مثله جماعة إلا أنه فقير لا كفاية له، فيتولى القضاء ليأخذ الرزق.

وكذلك إذا كان له كفاية ولكنها خامل الذكر لا يعرف، فيزيد القضاء ليعرف فينفع بعلمه فيستحب له طلبه والدخول فيه.

فإن قيل: أليس قال عليه السلام عبد الرحمن بن سمرة: «لا تسأل الإمارة، فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أعطيتها من غير مسألة أعتنت عليها»^(١).

وروى أبو موسى الأشعري - رضي الله عنه - أن النبي عليه السلام قال: «لا أستعمل - أو لا يُستعمل - على عملنا من أراده»^(٢).

قيل: قال الفقهاء: الأولى أن يطلب ذلك ولا يتعرض له حتى يُساق إليه من غير طلبه لهذا الخبر، ويستحب له أن يجيب إليه إذا كان مطلوباً، وهذا لأن الطلب تكلف والإجابة معونة. وقال [٦٤/أ] بعض أصحابنا: يكره له الطلب بكل حال، ولكن تستحب له الإجابة إذا كان مطلوباً، ذكره في «الحاوري».

وقال القاضي الطبرى: تأويل الخبر عندي إذا أسرع الطلب من غير أن يقف الإمام على حاله، فهذا يكره حتى يستبحث الإمام عنمن يستحقه ويصلح له فيوليه، ولا يفوت عليه رأيه بالإطماع في الطلب هذا المنع على هذا الوجه، فاما إذا علم الإمام حاله ورأه موضعاً للقضاء يكره له طلبه، بل يستحب له على ما ذكره والله أعلم.

وهكذا إذا كانت الحقوق مُضاعة لجور أو عجز والأحكام فاسدة بجهل أو هو، فقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام، يستحب له طلبه ولا شك في هذا؛ لأنه يقصد أمراً بمعرفة ونهيأ عن منكر، ويستحق به الأجر من الله تعالى.

قال أصحابنا: وقد أخبر الله تعالى عن يوسف - عليه الصلاة والسلام - أنه طلب فقال: «أَجْعَلْنِي عَلَىٰ خَرَائِنِ الْأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلَيْهِ» [يوسف: ٥٥]، وإنما طلب على المعنى الذي ذكرنا شفقة على المسلمين لا منفعة للمسلمين.

وأما الضرب الثالث الذي لا يستحب له فعله ويستحب له تركه: فهو أن يكون رجلاً

(١) أخرجه البخاري في الأيمان والندور، باب قول الله تعالى: «لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم» (٦٦٢٢) ومسلم في الأيمان، باب ندب من حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها (١٦٥٢)، والترمذى في الندور والأيمان عن رسول الله عليه السلام، باب ما جاء فيمن حلف يميناً فرأى غيرها خيراً منها (١٥٢٩).

(٢) أخرجه البخاري في الإجارة، باب استئجار الرجل الصالح (٢٢٦١) ومسلم في الإمارة، باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها (١٨٤٤) وأبو داود في الأقضية باب في طلب القضاء والتسرع إليه (٣٥٧٩).

من أهل العفة والأمانة مكفيًا معروفاً بالعلم، يرجع إليه في الفتوى، فال الأولى له الاشتغال بتعليم العلم والفتيا، ويترك طلب القضاء لما فيه من الضرر والخطر، وعلى هذا يحمل امتناع من امتناع من تقلد القضاء من الصحابة والتبعين، وقد قال تعالى: «إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى الْمُتَّمَثِينَ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ» الآية [الأحزاب: ٧٢].

وأما الضرب الرابع الذي يحرم عليه القضاء: فهو أن يكون جاهلاً بالحكم أو فاسقاً، فلا يحل لهما أن يتوليا القضاء، وإن ولاهما لا تصح أحکامهما ولم تنفذ قضيائهما.

وقال في «الحاوي»: والطلبة خمسة؛ مستحب، ومحظوظ، ومحظوظ، ومحظوظ، ومحظوظ، ومختلف فيه:

فأما المستحب: [٦٤/ب] فأن تكون الحقوق مضاعة على ما ذكرنا.

وأما المحظوظ: فأن يقصد بطلبه انتقاماً من أعدائه أو تكسباً بارتشاء فيأثم به.

وأما المباح: فأن يطلب لاستمداد رزقه أو لاستدفاف الضرر به فهو مباح؛ لأن المقصود به مباح.

وأما المكره: فأن يطلب المباهة والاستعلاء، قال الله تعالى: «تَنَاهُ اللَّادُرُ الْأَخِرَةَ يَعْمَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِي الْأَرْضِ» الآية [القصص: ٨٣].

وأما المختلف فيه: فأن يطلبه رغبة في الولاية. والنظر فيه ثلاثة أوجه للسلف وأصحابنا: أحدها: يكره أن يكون طالباً ويكره أن يجib إليه مطلوباً، وهو ظاهر قول عمر - رضي الله عنه - وأصحابنا - ومكره وأبي قلابة ومن يخشى من الفقهاء، وطلب السلامة لما ذكرنا من أخبار النهي.

والثاني: يستحب أن يكون طالباً وأن يجib إليه إذا كان مطلوباً، وهو ظاهر قول عمر - رضي الله عنه - والحسن، ومسروق ومن يُساهل من الفقهاء وقال: إن التعاون على البر والتقوى لما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «من طلب القضاء حتى يُنال، فإن غالب عدله جوره فله الجنة، وإن غالب جوره عدله فله النار»^(١)، ولأنه فرض لا يؤدي إلا بالتعاون، والله تعالى يقول: «وَتَعَاوَنُوا» الآية [المائدة: ٢].

والثالث: وهو أعدلها يكره أن يكون طالباً ويستحب أن يجib إليه مطلوباً، وهو قول أكثر المتوسطين في الأمور من الفقهاء، وهذا كله حسن.

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية باب في القاضي يخطيء (٣٧٥).

فرع آخر

لو بذل على طلب القضاة مالاً، فإن كان واجباً متعيناً عليه أو مستحباً له لزييل جور غيره فبذلك على هذا الطلب مستحب له، وقبوله محظور على القابل له. وإن كان طلبه محظوراً فبذلك على هذا الطلب محظور، وإن كان طلبه مكروراً فبذلك على هذا الطلب مكرور فيخالف الحكم بحال الطلب لامتزاجهما، فقبوله منه أشد حظراً وتحريماً. [٦٥/١] وإن كان طلبه مُبَاحَاً فيعتبر البذل، فإن كان بعد التقليد لم يحرم على الباذل وحرم على القابل لقوله عليه السلام: «هدايا الأمراء غلول»^(١). وإن كان البذل قبل التقليد حرم على الباذل والقابل جميعاً؛ لأنها من الرشى المحظورة على باذلها وقابلها لرواية أنس - رضي الله عنه - أن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه قال: «لعن الله الراشي والرائش والمرتشي»^(٢). فالراشى: باذل الرشوة، والمرتشى: قابلها، والرائش: المتوسط. وقال عبد الله بن عمرو: «لعن رسول الله الراشي والمرتشي»^(٣).

وإنما تحلقهم العقوبة معاً إذا استووا في القصد، وهو أن يرتشوا لينال به باطلأً ويتوصل به إلى ظلم، فاما إذا أعطى ليتوصل به إلى حق أو يرفع عن نفسه ظلماً، فإنه غير داخل في الوعيد.

وقد روى ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه أخذ في شيء وهو بأرض الحبشة، فأعطى دينارين حتى خلى سبيله.

وقال الحسن البصري، وجابر بن زيد وعطاء: لا يأس أن يصانع الرجل عن نفسه وما له إذا خالف الظلم.

فرع آخر

إذا حرمنا عليه بذل المال فبذل وقلده، فإن قال: قلديتك بهذا المال لا يصح التقليد، وإن قال: قلديتك القضاة مطلقاً فال التقليد صحيح، وإن تقدم بسبب هو معصية كالبيع إذا تقدمه شرط فاسد، وقيل: لا يصح التقليد؛ لأنه صار به فاسقاً فلا ينفذ حكمه حتى يتوب ثم يولي.

(١) أخرجه أحمد في «مسند» (٢٣٠٩٠) بلفظ: «هدايا العمال غلول».

(٢) سيبأني تخرجه.

(٣) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله صلوات الله عليه وآله وسلامه، باب ما جاء في الراشي والمرتشى في الحكم (١٢٣٧) وأبو داود في الأقضية، باب فيكرأهية الرشوة (٣٥٨٠) وأحمد في «مسند» (٦٤٩٦).

فرع آخر

يجب على الإمام تقليد القضاء، وهو فرض متعين عليه لدخوله في عموم ولاته، ولأن التقليد لا يصح إلا من جهته، ولا يجوز أن يتوقف حتى يسأله؛ لأنه من الحقوق المسترعة.

فرع آخر

القاضي في إقليم من الأقاليم إذا عجز عن النظر في جميع النواحي يلزمه تقليد القضاء فيما عجز عن مباشرة النظر فيه، فإن بعد عن الإمام تعيين [٦٥/ب] فرض التقليد على القاضي، وإن قرب منه كان فرض التقليد مشتركاً بين القاضي وبين الإمام ويعين عليهما دون غيرهما، فأيهما تفرد بالتقليد سقط فرضه عنهما، فإن تفرد القاضي فيه بالتقليد كان فيه على عموم ولاته، وإن تفرد الإمام بالتقليد كان عزلاً للقاضي عنه، إلا أن يصرح في التقليد باستنابته عنه فيكون باقياً على ولاته.

فرع آخر

يجوز للإمام أن يعزل من قلده القاضي، ولا يجوز للقاضي أن يعزل من قلده الإمام إلا أن يكون مستناباً عنه، ففي جواز تفرد القاضي بعزله وجهان:
أحدهما: يجوز كما لو كان هو المستنيب. والثاني: لا يجوز لافتاته على الإمام في اختياره. ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

لو خلا بلد عن قاض فقلد أهل البلد قاضياً بينهم كان باطلأً إن كان في العصر إمام لافتاتهم عليه فيما هو أحق به، ولم يجز أن ينظر بينهم ملزماً، فإن نظر بطلت أحكامه وصار بها مجروباً، ويجوز أن ينظر بينهم متوسطاً مع التراضي، والأولى أن يعتزل عن الوسطة بينهم لثلا يشتبه بذوي الولايات الصحيحة ولما تقدم من التقليد.

وإن خلا العصر من إمام، فإن كان يرجى أن يتجدد الإمام نظر في زمان قريب كان تقليد القاضي باطلأً، وإن لم يرج فإن أمكنهم أن يتحاكموا إلى قاضي أقرب البلاد إليهم كان تقليدهم للقاضي باطلأً، وإن لم يمكنهم التحاكم إلى غيره نظر، فإن لم يمكنهم أن ينصروه على تنفيذ أحكامه كان باطلأً أيضاً لقصورهم عن قوة الولاية، وإن أمكنهم نصره وتقوية يده كان تقليده جائزأً حتى لا يتعالبوا على الحقوق إذا اجتمع على تقليده جميع أهل الاختيار منهم.

فرع آخر

لا يعتبر [٦٦/أ] في تقليد الإمام اجتماع أهل الاختيار كلهم بخلاف القضاء في المسألة التي ذكرناها، والفرق أن ولاية الإمام عامة في جميع البلاد التي لا يمكن اجتماع أهلها على الاختيار سقط اعتبار اجتماعهم لتعذرها، وولاية القاضي خاصة على بلده واحد يمكن اجتماع أهل الاختيار عليه، فلزم اعتبار اجتماعهم لامكانه.

فرع آخر

لو قلله القضاء بعض أهل الاختيار منهم نظر في باقيهم، فإن ظهر منهم الرضا بالسكت وعدم الاختلاف صح التقليد، وصار بالرضا كالمجتمعين عليه؛ لأنه يمكن أن يباشر جميعهم، وإن ظهر منهم الإنكار بطل التقليد لعدم شرطه في الإجماع.

فرع آخر

لو كان للبلد جانبان فرض بتأييد أحد الجانبين دون الآخر صح تقليله في الجانب المرتضى فيه دون الجانب الآخر؛ لأن تميز الجانبين كتميز البلدين.

فرع آخر

إذا صحت ولايته في هذه المسألة نفذت أحكامه طوعاً وقسرأً لانعقاد ولايته، فإن تجدد بعده إمام لم ينقض له حكماً نفذ على الصحة وله عزله وإقراره، ولم يجز للقاضي أن يستأنف النظر إليه بعد إذنه، ولو كان تقليله عن إمام لم يلزم الاستئذان، والفرق وجود الضرورة في تقليد أهل الاختيار وعدم الضرورة في تقليد الإمام.

فرع آخر

هذا القاضي في هذه المسألة يكتفي بإذن الإمام عن تجديد تقليد ويقوم الإذن له مقام التقليد، وإن لم يجز الاقتصار على الإذن في الولايات المستحدثة؛ لأنه تقدم لهذا القاضي شروط التقليد، فكان حكمه أخف، ذكره في «الحاوي».

فرع آخر

قال الشافعي - رضي الله - عنه في «أدب القضاء»: «ولو أن القاضي والقاسم والكاتب للقاضي وصاحب الديوان [٦٦/ب] وصاحب بيت المال والمأذونين لم يأخذوا جعلاً وعملوا محاسبين كان أحبَّ إلىَّ، وإن أخذوا جعلاً لم يحرم عليهم عندي، وبعضهم أذر بالجعل

من بعضِ، وما منهم من أحدٍ كان أحبَّ إلىَّ أن تركَ العملَ من المؤذن».

ثم قال: «ولا بأس أن يأخذَ العملَ علىَّ أن يكيلَ للناسِ ويُزنَ لهم ويعلمُهم القرآنَ والنحو، وما يتأدبو به من الشعرِ مما ليسَ فيه مكرورٌ».

قال أصحابنا: إنما استحب الشافعِي تركَ العملَ لمن له كفايةٌ يرجعُ إليها ويكتفي بها، لأنَّ من الناسَ من قال: لا يجوزُ ذلك، فاستحب الخروجُ من الخلافِ. فأمَّا من له كفايةٌ يرجعُ إليها فالمُستحبُ أن لا يأخذَ الرزقَ ويرُرَ علىَ ما يحتاجُ إليه فيما يلتَبَسُ به في أمرِ القضاءِ والحكمِ، إِلَّا أنَّ أباً بكرَ الصديقَ - رضيَ اللهُ عنهُ - أخذَ في كلِ يومِ درهمَيْنِ من بيتِ المالِ، ورويَ أنَّه لِمَا ولَيَ الخلافة خَرَجَ بِرَزْمَةٍ إِلَى السوقِ، فقيلَ لَهُ: ما هَذَا؟ فَقَالَ: أنا كاسبٌ أَهْلِي، فاجتَمَعَت الصَّحَابَةُ وقَدَرُوا لَهُ درهمَيْنِ في كلِ يومِ.

ورويَ عنِ عمرَ - رضيَ اللهُ عنهُ - أَنَّهُ قَالَ: أَنْزَلْتُ نفسيَّ منْ هَذَا الْمَالِ مَنْزَلَةَ الْيَتَمِّ، وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلَيَسْتَعْفِفَ، وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلَيَأْخُذْ بِالْمَعْرُوفِ.

ورويَ عنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ اسْتَعْمَلَنَا هُنَّكُمْ عَلَى عَمَلٍ مِّنْ لَمْ يَكُنْ لَّهُ اِمْرَأَةٌ فَلَيَتَزَوَّجَ اِمْرَأً، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَّهُ خَادِمٌ فَلَيَتَخَذَ خَادِمًا، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَّهُ مَسْكِنٌ فَلَيَتَخَذَ مَسْكِنًا»^(١).

ورويَ عنِ عمرَ - رضيَ اللهُ عنهُ - أَنَّهُ بَعَثَ إِلَى الْكُوفَةِ ثَلَاثَةَ نَفَرٍ؛ عَبْدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودَ قاضِيَاً، وَعُمَارَ بْنَ يَاسِرَ أَمِيرَاً، وَعُثْمَانَ بْنَ حَنِيفَ مَاسِحَاً، وَجَعَلَ لَهُمْ كُلَّ يَوْمٍ شَاهَةً، نَصَفَهَا مَعَ السَّوَاقِطِ لِعَمَارٍ، وَالنَّصِيفِ الْآخَرِ بَيْنَ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ وَبَيْنَ عُثْمَانَ بْنَ حَنِيفَ^(٢).

ورويَ عنِ عمرَ - رضيَ اللهُ عنهُ - أَنَّهُ رَزَقَ شَرِيحاً [٦٧/١] كُلَّ شَهْرٍ مائَةَ درْهَمٍ، فَلَمَّا أَفْضَلَتِ الْخَلَافَةَ إِلَى عَلَيِّ - رضيَ اللهُ عنهُ - جَعَلَ رَزْقَهُ كُلَّ سَنَةٍ خَمْسَمِائَةَ درْهَمٍ^(٣).

ورويَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ عبدِ العزِيزَ بَعَثَ يَزِيدَ بْنَ أَبِي مَالِكٍ، وَالْحَارِثَ بْنَ مُحَمَّدٍ فِي أَمِيرٍ مِّنْ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ وَفَرَضَ لَهُمْ رِزْقًا، فَقَبِيلَ يَزِيدَ بْنَ أَبِي مَالِكٍ وَلَمْ يَقْبِلِ الْحَارِثَ، فَقَالَ عُمَرُ بْنُ عبدِ العزِيزَ مَا نَعْلَمُ بِمَا فَعَلَ يَزِيدُ بِأَبْسَأَ، وَأَكْثَرُ اللهِ فِينَا مِثْلُ الْحَارِثِ.

(١) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي «مَسْنَدِهِ» (١٧٥٥٦).

(٢) أَخْرَجَهُ البَيْهِقِيُّ فِي «الْكَبِيرِ» (١٢٧٩١) (٣٥٤/٦).

(٣) ذَكَرَ ابْنُ حَجْرٍ فِي «تَلْخِيصِ الْحِبْرِ» أَنَّ عُمَرَ كَانَ يَرْزُقُ شَيْءاً شَيْئاً فِي كُلِّ شَهْرٍ مائَةَ درْهَمٍ، وَلَمْ يَكُنْ الْخَيْرُ (٤/١٩٤).

وأيضاً فإن الله تعالى فرض للعاملين على الصدقات سهماً وجعل لهم حقاً لسعدهم فيها وقيامهم بها، فالقاضي بذلك أولى، ولأن خمس الخمس لمصالح المسلمين وهذا من أهم المصالح أو مثل أهمها فوجب أن يصرف إليه.

فإن قيل: أليس روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجرأ؟^(١) قلنا: أراد به إذا كان مستغنباً عنه فال أولى له ذلك، أو أراد بهأخذ ذلك من غير بيت المال.

ومن أصحابنا من قال: إذا كان له كفاية يكره له أخذ الرزق عليه وإذا لم يتعين عليه فرض القضاء، فإن تعين عليه فرضه وكان مكفيأً لم يجز له أخذ الرزق من بيت المال؛ لأنه فرض متعين عليه، ولا يجوز أن يأخذ في مقابلته عوضاً. وإن كان فقيراً وإذا اشتغل بالقضاء بطل كسبه وجب أن يرزق؛ لأنه لا يلزمته تضييع حق نفسه بمراعاة حق غيره.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه يجب على الإمام أن يبعث القضاة إلى البلدان، ولا يكلفون السير في خصوماتهم إلى بلد الإمام لما ذكرنا أنه عليه بعث القضاة إلى البلدان، ولا بد أن يكون الإمام عالماً بتكميل شروط القضاء في المولى ليقع العقد صحيحاً بعد معرفته به، فإن كان رجلاً قد عرفه ووقف على معرفته وعلمه لا يحتاج إلى السؤال والبحث عنه وعن حاله، وإن لم يكن عرف حاله يجمع بينه وبين أهل العلم [٦٧/ب] حتى يقف على مقدار علمه، ثم يسأل عنه من يعرفه من جيرانه والمختلطين به، فإذا ثبتت عدالته وعلمه ولاه القضاء.

وقال الإصطخري: يحضر عنده الموافقين والمخالفين، ويأمرهم بالمناظرة بين يديه حتى يعرفه من أهل الاجتهاد، فإذا عرفه سأله في الباطن، ثم ولاه بعد ذلك، وهذا قريب كما ذكرنا.

فرع آخر

إذا استفاض الخبر بحالة كانت الاستفاضة أكد من الشهادة ولا يحتاج معها إلى الأخبار، وإن لم يستفاض به الخبر جاز أن يقتصر منها على شهادة عدلين بتكميل شروط القضاء فيه، ويختبره ليتحقق باختباره صحة معرفته، وهذا الاختبار بعد شهادة عدلين هل يكون واجباً أو مستحيلاً في وجهان:

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/٩١).

أحدهما: أنه استحباب يستظهر به، لأن صحة الشهادة يوجب العمل بها.
والثاني: أنه واجب لجواز أن يطأ عليه نسيان أو اختلال.

فإن لم يشهد بتكامل صفاته شاهدان لزم اختباره قبل تقليله على ما ذكرنا، وهذا لأن النبي ﷺ اختبر معاذ - رضي الله عنه - حين قلده قضاء اليمن، ولم يختبر عليه - رضي الله عنه - عند تقليله^(١)؛ لأنه أخبر منه بمعاذ - رضي الله عنهما -.

فرع آخر

إذا قلده وهو لا يعلم تكامل الشروط فيه ثم علمها كان التقليل باطلًا حتى يستأنفه بعد العلم بتكاملها لوقوع التقليل مع الشك فيه.

فرع آخر

صفة العقد معتبر باللفظ مع الحضور، وبالمكاتبة مع الغيبة للضرورة، ولا يجوز أن يقتصر على المكاتبة مع الحضور لارتفاع الضرورة.

فرع آخر

لفظ العقد يشتمل على صريح وكناية ومحنة و مختلف فيه، فالصريح أربعة الفاظ، قلديك القضاء، ووليتك القضاء، واستخلفتك على القضاء، أو استبنتك على القضاء.
[٦٨/أ] وأما الكنية فأربعة الفاظ؛ قد اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت عليك، أو عهدت إليك بالقضاء، أو وكلت إليك القضاء، فلا ينعقد لاحتمالها مالم يقتنن بها ما يزول به الاحتمال، بأن يقول: فاحكم، أو يقول: فانظر فتكون الكنية كالصريح.
فأما المختلف فيه فأربعة الفاظ؛ قد فوضت إليك القضاء، أو ردت إليك القضاء، أو أسلدت إليك القضاء وفيهما وجهان؛ أحدهما: أنه صريح في التقليل.
والثاني: أنها كناية وهو الأصح.

فرع آخر

يفتقر عقد التقليل إلى شيئين؛ أحدهما: ذكر البلد الذي تقليله. والثاني: صفة الحكم من عموم وخصوص، فإن أطلق كان على العموم في المنازعات وعلى الخصوص في الولايات.

(١) ذكر ابن حجر في «تلخيص العبير» أن النبي ﷺ اختبر معاذًا ولم يتم الخبر عن علي (٤/١٨٦).

فرع آخر

تمام العقد يعتبر بقبول المولى، فإن كان حاضراً كان قبوله بالقول على الفور، فيقول: قد قبلت، أو تقلدت، وإن كان غائباً جاز أن يكون قبوله على التراخي.

فرع آخر

صحة القبول تفتقر إلى شرطين: أحدهما: أن يعلم المولى أن المولى مستحق للولاية التي استنابه فيها، فإن لم يعلم لا يصح قبوله.

والثاني: أن يعلم المولى من نفسه أنه مستكمل للشروط المعتبرة في القضاء، فإن علم خلافه لم يصح قبوله، وكان بالقبول مجروباً.

فرع آخر

لو شرع في النظر قبل القبول، فهل يكون شروعه فيه قبولاً؟ وجهان: أحدهما: يكون قبولاً فتفنذ أحكامه.

والثاني: لا يكون قبولاً حتى يصرح بالقبول نطقاً وتكون أحكامه مردودة قبله، وهذا لأن الشروع في النظر فرع لعقد الولاية فلم ينعقد به قبولها.

فرع آخر

إذا وله القضاء [٦٨/ب] على البلد كتب له بالعهد بما ولي؛ لأن النبي ﷺ كتب العهد لعمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن^(١)، وكتب أبو بكر الصديق لأنس - رضي الله عنهما - العهد إلى البحرين وختمه بخاتم رسول الله ﷺ^(٢).

وروى جابر بن مضرب أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى أهل الكوفة: أما بعد فإني بعثت إليكم عمراً أميراً، وعبد الله بن مسعود قاضياً وزيراً فاسمعوا لهما وأطيعوا فقد آثرتكم بهما^(٣).

ولا يشترط كتب العهد في صحة التقليد؛ لأن النبي ﷺ لم يكتب العهد لمعاذ بن جبل

(١) تقدم تخرجه.

(٢) تقدم تخرجه.

(٣) أخرج نحوه الطبراني في الكبير (٨٤٧٨) (٨٦/٩).

- رضي الله عنه - فاقتصر على وصيته، وإنما يراد العهد ليكون شاهداً بما تضمنه من صفات التقليد وشروطه.

فرع آخر

إذا كتب العهد يأمره بتفويى الله تعالى، والثبت في القضاء، ومشاورة أهل العلم، وتصفح أحوال الشهود وتأمل الشهادات، وتعاهد اليتامى وحفظ أموالهم، ومراعاة الأوقاف، وغير ذلك مما يحتاج إلى مراعاته.

وقد روي عن إدريس الأودي أنه قال: أخرج إلينا سعد بن أبي بردة كتاباً، فقال: هذا كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى: أما بعد، فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، الفهم الفهم، إذا آوى إليك أمر بين الناس ووجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يخاف ضعيف من جورك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والصلح جائز بين الناس إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس أن تراجع الحق، فإن الحق قديم لا يبطل الحق شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما يختل في صدرك مالم يبلغك من القرآن، فتعرف الأمثال في الأشباء، ثم قس [٦٩/١] الأمور عند ذلك واعتمد إلى أحبها إلى الله تعالى وأشدها، فما ترى أجعل للمدعى أمداً ينتهي إليه، فإن أحضر بينة وإلا وجهت عليه القضاء، فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر، وال المسلمين عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حدي، أو مجرياً بشهادة الزور، أو ظنيناً في ولاء أو قرابة، فإن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم الشبهات. ثم إياك والضجر والقلق والتآذى بالناس، والتنكر بالخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الأجر ويكسب بها الذخر، وأنه من يصلح سريرته فيما بينه وبين ربه أصلح الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك يشنه الله فما ظنك بثواب الله تعالى في عاجل الدنيا وخزائن رحمته والسلام^(١).

فرع آخر

إذا كتب له العهد نظر، فإن كان البلد الذي ولاه إياه بعيداً لا يستفيض إليه الخبر بما يكون في بلد الإمام، أحضر شاهدين عدلين وقرأ عليهما العهد أو قرأه غيره بحضوره، وأشهدهما على توليته ليمضيا معه إلى بلد ولايته يقيما له الشهادة عند أهله ويقول لهما: أشهدنا على أن قد وليت قضاء البلد الفلاني وتقدمت إليه بما يشتمل العهد عليه، وإن كان

(١) أخرجه الدارقطني في «سننه» (٤/٢٠٧).

البلد قريباً من بلد الإمام كواسط من بغداد والكوفة منها ونحو ذلك، فهل ثبتت ولايته عند أهل البلد باستفاضة الخبر دون الشهادة؟ وجهان:

أحدهما: وهو اختيار الإصطخري يثبت بذلك؛ لأنها أوكد من شهادة شاهدين.

والثاني: لا يثبت بذلك وهو اختيار أبي إسحاق؛ لأن الشهادة أخص، ولأنه عقد لا يقبل فيه الاستفاضة كالإجارة والوكالة.

وقيل: أصل هذا الاختلاف في النكاح والوقف والعتق هل يثبت بالاستفاضة؟ فيه وجهان؛ فإذا ثبت [٦٩/ب] بالاستفاضة يلزم الرعایا الانقياد له والطاعة، وإذا قلنا لا يثبت بها لا يلزمهم الطاعة.

فرع آخر

إذا قرأ الإمام العهد على الشاهدين بنفسه لا يحتاج الشاهد إلى أن ينظر في الكتاب، فإن الإمام قد ثبتت أمانته، وإن قرأ غيره بحضوره نظر الشاهدان فيه ليعلما أن الأمر على ما قرأه القارئ من غير زيادة ولا نقصان.

فرع آخر

إذا شهد شاهدان بالتقليد والعهد، والذي تضمنه الولاية، فإن عرف أهل البلد عدالتهم لزمتهم الطاعة، وإن لم يعرفوا عدالتهم لم يلزمهم الطاعة حتى يكشفوا عن الطاعة.

فرع آخر

لو لم يشهد بها شاهدان وورد القاضي المولى فأخبرهم بولايته لم تلزمهم الطاعة إن لم يصدقوا، وإن صدقوا هل تلزمهم طاعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: تلزمهم؛ لأنهم اعترفوا بحق عليهم.

والثاني: لا يلزمهم؛ لأنه يتضمن إقرارهم على المولى.

فرع آخر

لا يلزم عقد القضاء في حق المولى والمولى؛ لأنه في حقهما من العقود الجائزه؛ لأنها استتابة كالوكالة، ويجوز للمولى أن يعزله إذا شاء، والأولى أن لا يعزله إلا من عذر، وأن لا يعزل المولى نفسه إلا لعذر.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو عزله الإمام من غير عذر هل يعزل؟ وجهان.

فرع آخر

إذا كان العزل من المولى أشعاعه حتى لا ينظر المولى بعد، فإن نظر قبل علمه بالعزل ففي نفوذ أحکامه وجهان كما قلنا في الموكيل بالنصرفات هل ينعزل بعزله قبله علمه فيه؟ ومن أصحابنا من قال هنا قولًا واحدًا لا ينعزل مالم يعلم؛ لأن القضاء أكيد من الوكالة.

وقيل: ينعزل من وقت العزل قولًا واحدًا ل الاحتياط فيه، والصحيح الطريقة الأولى، وإن كان العزل من المولى شاعر ليقلد المولى غيره، فإن حكم بعد رد حكمه بلا خلاف.

فرع آخر

التقليد [٧٠/أ] لازم في حق أهل العمل من الرعاعي، فيلزمهم التزام الحكم وإظهار الطاعة، فإن امتنعوا من التزامه لعدم أوضاعه، وإن كان بغير عذر أرهبوا، فإن أقاموا على الامتناع حوربوا؛ لأن التزام القضاء من الفرض.

فرع آخر

قال الإمام جدي: إذا أنكر القاضي كونه قاضياً صار معزولاً، كما لو أنكر الوكيل الوكالة؛ لأن الإنكار أبلغ من عزله نفسه، وفيه وجه ضعيف لا يصير معزولاً.

فرع آخر

إذا صحت توليته وأراد الخروج إلى بلد القضاء دعا من بحضرته من أهل ذلك البلد وسألهم من العدول والأمناء والعلماء الذين فيه، ومن يتولى أموال اليتامي وغيرها من الأموال، فإن لم يكن بحضرته أحد سأله في طريقه حتى يقف على حقيقته ويدخل على علم بحال البلد.

فرع آخر

إذا بلغ البلد فالمستحب أن يدخلها بسواد؛ لأن النبي ﷺ دخل مكة وعلى رأسه عمامة سوداء^(١)، ولأنه أهيب له.

(١) أخرجه مسلم في الحج، باب جواز دخول مك بغير إحرام (١٣٥٨) والترمذني في الجهاد عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الألوية (١٦٧٩) والنسائي في مناسك الحج، باب دخول مكة بغير إحرام (٢٨٦٩) وأبو داود في اللباس، باب في العمائم (٤٠٧٦).

فرع آخر

قال أصحابنا: يستحب أن يدخل البلد يوم الاثنين؛ لأن النبي ﷺ دخل المدينة يوم الاثنين^(١).

فرع آخر

إذا دخل البلد، فإن شاء قصد أوسع موضع في البلد من جامع أو رحبة مسجد أو غيرها، ويجمع الناس ويقرأ عليهم العهد، فإن كان معه شهود شهدوا بما في الكتاب، وإن شاء نزل في منزل ثم أمر منادياً: ألا إن فلان ابن فلان قد ورد قاضياً في يوم كذا، ويريد أن يخرج إلى موضع كذا في يوم كذا لقراءة عهده، فمن أحب أن يحضر فليحضر إن شاء الله. فإن كان بلداً كبيراً أمر بالنداء يومين أو ثلاثة، وإن كان صغيراً أمر بالنداء يوماً واحداً.

فرع آخر

قال في «الأم»: «وينزل متوسط مصر» وإنما قال ذلك ليكون قريباً إلى الجميع، فإنه إذا نزل في طرفٍ بعد قصده عن قوم وقرب على آخرين، [٧٠/ب] ثم بدأ واستحضر الناس وسألهم في الباطن عن الشهود والمذكى والأمناء، فمن خرج منهم فإنه لا يسأل عنه في العلانية، ومن عدل وأثنى عليه الخير سأله في العلانية كما عدلوه في السر، وقد ثبتت عدالته، وإن جرحوه في العلانية فسقوا بذلك وسقط قولهم؛ لأنهم كذبوا أنفسهم وسأل عنه غيرهم، وإن كان قد بدأ وسألهم في العلانية فقد ترك المستحب، فإذا فعل ذلك فمن عدل سأله في الباطن، فإن جرحوه وقالوا توقينا لسانه وشره في العلانية قبل جرهم ولا يفسقون بذلك.

وقال في «الحاوي»: أول آدابه إذا ورد بلد عمله أن يعلمهم قبل دخوله بوروده قاضياً فيه، إما بكتابٍ أو رسولٍ ليعلم ما هم عليه من موافقةٍ واختلاف، فإن اتفقوا على طاعته دخل، وإن اتفقا على مخالفته توقف واستطاع رأي الإمام.

وال الأولى أن يستصحب القاضي كتاب الإمام إلى أمير البلد بتقليده القضاة حتى يجمعهم على طاعته جبراً إن خالفوا، فإن وافقه بعضهم اعتبر الأكثر، فإن كان موافقوه أكثر عدداً من مخالفيه وأقوى يداً دخل، وإن كان مخالفوه أكثر توقف، وعلى الإمام رد مخالفيه إلى طاعته ولو بقتالهم حتى يذعنوا له بالطاعة، ويعينه فيما ينفذ أمره فيهم ويبيط يده عليهم ليقدر على

(١) أخرجه أحمد في «مسند» (٢٥٠٢).

الانتصار من القوي للضعيف، ومن الشريف للمشروع، ثم ينادي في البلد بوروده إن اتسع الوقت ليعلم به الداني والقاصي، والخاص والعام، والصغير والكبير، فيكون أهيب في النفوس وأعظم في القلوب.

وإذا دخل يسكن وسط البلد على ما ذكرنا، ويحتاج أن يبدأ بقراءة عهده قبل نظره؛ ليعلم الناس ما تضمنه من حذوه عمله [١/٧١] ومن صفة ولايته في عموم وخصوص، ويجمع الناس لقراءته في أفسح بقائه من جوامعه ومساجده؛ لأنه يتضمن طاعة الله تعالى، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. ثم ينظر بعد قراءته في حكومة ولو بين خصمين ل تستقر ولايته بالنظر، ويتواطأ الخصوم في الحكم، وليعلم الناس قدر صنعته في عمله.

قال: ثم أمرین يعتمدھما الخصوم في نظره: أحدهما: أن يجعل مجلس نظره من يُعَد معرف بالمكان مخصوصاً بالنظر والأحكام حتى لا يسألوا عنه أن يخفى عليهم ولا يعدلوا عنه إن نظر في غير أحکامھم.

والثاني: أن يكون زمان نظره معيناً عليه من الأيام ليتأهلاً فيه إلى التحاكم إليه، فإن كثرت المحاكمات لزمه النظر في كل يوم، ويكون وقت نظره من اليوم معروفاً ليكون باقية مخصوصاً بالنظر في أمور المسلمين لراحة ودعته، فإن قلت المحاكمات جعل يوم نظره في الأسبوع مخصوصاً بحسب الحاجة في يوم أو يومين أو ثلاثة بقدر الحاجة حتى يستعد الناس للتحاكم فيه.

ويختار أن يكون أيام نظره من الأسبوع يوم السبت و يوم الاثنين و يوم الخميس، ولو تجدد في غير يوم النظر مالا يمكن تأخيره نظر فيه ولم يؤخره.

فرع آخر

إذا تصدى للحكم بعد استقرار ولايته وانقياد الناس لطاعته يبعث في الحال إلى الحاكم المعرف أن يدفع إليه ديوان الحكم، وهو حجج الخصوم من المحاضر والسجلات وكتب الوقف؛ لأن الحكام يستظهرون في حفظ الحقوق على أربابها بحفظ حججهم ووثائقهم في نسختين، فيسلم إلى المحكوم له إحداهما وتكون الأخرى في ديوانه يرجع إليها إذا احتاج ليكون على ثقة بما في يده، وكان القاضي السابق [٧١/ب] أحق بإمساكها؛ لأن له نظراً وولاية، والآن قد زال ذلك، وصار النظر للثاني.

فرع آخر

إذا تسلمتها واتسع له الزمان تصفحها وعمل بموجب ما تضمنها إذا دعته الحاجة إليه،

ولا يحكم بما فيها إلا إذا شهد به شاهدان، ولا يحكم بخط القاضي قبله لاشتباه الخطوط وإمكان التزوير عليها.

فرع آخر

يجب على الإمام أن يسير أحوال البلاد في القضاء ويكشف عن أحوال القضاة فيها، فإذا علم أن في البلد قاضياً مستحفاً للنظر سقط عنه فرضه، وإذا علم أنه لا قاضي فيه، أو فيه من لا يستحق النظر وجب عليه أن يقلد فيه قاضياً، وكان ذلك عليه فرضاً متعيناً، وإن كان في البلد من يصلح للقضاء كان تقليله لمعرفته به وبأهلة أولى من تقليل الغريب.

فرع آخر

لو قلد غير متعين فقال: من نظر من أهل البصرة في قضائهما فهو مقلد من جهتي لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن ينظر من ليس بأهله، ولو قال: من علمائهما لم يجز أيضاً؛ لأن المقلد منهم مجهول.

فرع آخر

لو قال: إن نظر في قضاء البصرة زيد قلدته لم يجز وإن نظر؛ لأنه عقد علق بشرط.

فرع آخر

لو ذكر عدد أسماءهم وقلدهم ثم قال: فاتهم نظر فيه، فهو القاضي دون غيره صح التقليد في الناظر سواء قل العدد أو كثراً، لأنه جعل نظره عدلاً لغيره ولم يجعله شرطاً في تقليله، ولو جعل جميعهم ناظرين فيه بطل تقليلهم إن كثروا، وهل يصح إن قلوا؟ فيه وجهان.

فرع آخر

لا يلزم في تقليل القضاء أن يكون مذهب المولى لمذهب، فيجوز للشفعوي أن يقلد حنفياً، وللحنفي أن يقلد شفعياً؛ لأن على القاضي أن يحكم بمذهب لا بمذهب غيره.

فرع آخر

لو كان شفعوياً فأدى اجتهاده في قضية أن يحكم فيها بمذهب أبي حنيفة - رحمة الله - جاز.

وقال بعض أصحابنا: [٧٢/أ] من اعترى إلى مذهب منع أن يحكم بمذهب غيره لتجهيز التهمة إليه، وهذا وجه تقتضيه السياسة بعد استقرار المذاهب وتمييز أهلها، ولكن حكم

الشرع لا يوجب؛ لأن الاجتهاد في كل طريق الاجتهاد، فإن من قضى في حكم باجتهاد ثم أراد أن يقضي من بعد لزمه إعادة الاجتهاد، فإن أداء إلى خلاف الأول كان كُلّ واحدٍ من الحكمين ماضياً، وهذا لما روي أن عمر - رضي الله عنه - حكم في مسألة المشركة بتشريك الإخوة من الأم والأب مع الإخوة من الأم في عام، ولم يشركهم معهم في عام آخر؛ وقال: هذه على ما قضينا وتلك على ما مضينا^(١).

فرع آخر

لو شرط المولى في عقد التقليد أن لا يحكم إلا بمذهب الشافعي رضي الله عنه، أو بمذهب أبي حنيفة رحمة الله عليه كان الشرط باطلًا سواء كان موافقاً لمذهب المولى أو مخالفًا؛ لأنَّه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب فيه الاجتهاد. وأما التقليد هل يصح؟ يعتبر بشرطه، فإنَّ عدلَ به عن لفظ الشرط وأخرجه مخرج النهي فقال: لا يحكم بمذهب أبي حنيفة صح التقليد وإن بطل الشرط، وإن جعله بلفظ الشرط في العقد، فقال: قلْدتك على أن تحكم بمذهب أبي حنيفة أن جعله أمراً، أو على أن لا تحكم بمذهب الشافعي أن جعله نهياً بطل التقليد لفساد الشرط؛ لأنَّه معقود على شرط فاسد.

وقال أهل العراق: لا يبطل التقليد، وإن بطل الشرط كما لو لم يخرج مخرج الشرط، وقد ذكرنا الفرق بينهما، فإنَّ كان الشرط خاصاً في حكم بعينه فلا يخلو إما أن يكون أمراً أو نهياً، فإنَّ كان أمراً فقال: قد من المسلم بالكافر كان أمره بهذا الشرط فاسداً، فإنَّ تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط، وإن قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد لفساد الشرط، وإن كان الشرط نهياً فعلى ضربين:

أحدهما: أن ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر [٧٢/ب] ولا يقضي فيه بإيجاب قوْدٍ ولا بإسقاطه، فهو شرطٌ جائز وتقليد صحيح؛ لأنَّه اقتصر بولايته على ما عداه فصار خارجاً عن نظره.

والثاني: ألا ينهاه عن الحكم فيه وينهاه عن القضاء بالقصاص فيه، فهذا النهي هل يوجب صرفة عن النظر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يوجب ذلك فلا يحكم فيه بإيجاب قوْدٍ ولا بإسقاطه، فعلى هذا يكون التقليد صحيحاً فيما عداه.

(١) أخرج نحوه الدارقطني في «ستة» (٦٦) (٤/٨٨).

والثاني: لا يوجب ذلك ويصير النهي عنه أمراً بضده، وهو أن يقتضى من المسلم بالكافر، فإن تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد مع فساد الشرط، ويحكم فيه بما يؤدي اجتهاده إليه من وجوب القصاص أو إسقاطه، وإن اقترنت بلفظ التقليد بطل التقليد لفساد الشرط، وقال أهل العراق: يصح التقليد هنا أيضاً وإن فسد الشرط.

فرع آخر

يلزم الإمام أن يعين على البلد الذي تقلده قضاة فيقول: قلدتك قضاة البصرة، أو قلدتك قضاة الكوفة ليكون معلوماً. ولو قال: قلدتك قضاة البصرة أو قضاة الكوفة لم يجز للجهل بالعمل، وكذلك لو قال: قلدتك قضاة أي بلد شئت، أو أي بلد رضيك أهله لم يجز.

فرع آخر

لو قلدته قضاة البصرة أو أمل، فإن نص على دخول النواحي والسوداد في تقليده دخل وينفذ قضاوه في أعماله المتسوية إليها، وإن نص على خروجها من تقليده كانت ولايته مقصورة على تلك البلدة وإن أطلق، فإن كان العرف جارياً بإفرادها عن قاضي البلد لم تدخل في ولايته، وإن جرى العرف بإضافتها إلى قاضي البلد دخلت في ولايته، وإن اختلف العرف في إفرادها وإضافتها روعي أكثرهما عرفاً، فإن استويا عرفاً روعي أقربهما عهداً، فإن كان الأقرب إضافتها دخلت في ولايته، وإن كان بخلاف ذلك لا تدخل في ولايته.

فرع آخر

[٧٣/أ] يجوز أن يكون التقليد عاماً ومحصوصاً. فالعام: أن يقلدته قضاة جميع البلد، والقضاء بين جميع أهله، والقضاء في جميع الأيام. والمحصوص: أن يكون مقصوراً على قضاة بعض البلد، فيجوز إذا كان معيناً سواء اقتصر على قضاة أكثر البلد، أو أقله، أو محله من محاله؛ لأن القضاء يخص ولا يعم.

فرع آخر

لو قلدته البصرة في جانب ربيعة جاز، سواء كان للجانب الآخر قاضٌ آخر أو لا، ويختص بما حُصيَ.

فرع آخر

لو قلد أحدهما جانب ربيعة وقد الآخر جانب مصر، كانت ولاية كل واحد منهما مقصورة على جانبه.

فرع آخر

إذا خص جانب ربيعة على ما ذكرنا يجوز أن ينظر بين أهله وبين الطارئين إليه من غير أهله، إلا أن يخص النظر بين أهله دون الطارئين إليه فلا يتعلوا.

فرع آخر

لو قلد أحدهما جانب ربيعة والآخر جانب مصر، وبين الجانبين موضع مشترك بينهما روعي الأغلب عليه في إضافته إلى أحدهما فجعل داخلاً، فإن استوى الأمران فيه روعي القرب، فما كان منه أقرب إلى جانب ربيعة دخل في ولاية قاضيه، وما كان منه أقرب إلى جانب مصر دخل في ولاية قاضيه.

فرع آخر

لو تحاكم من الجانبين رجلان، فدعى كل واحدٍ منهما إلى قاضي جانبه نظر، فإن كان عند التنازع قد اجتمعا في أحد الجانبين أجيبي من هو في جانبه في المحاكم إلى قاضيه؛ لأن خصمه فيه طالباً كان أو مطلوباً، وإن كان كل واحدٍ منهما في جانبه عند التنازع، فليس لواحدٍ منهما أن يجرِ الآخر على المحاكمة إلى قاضيه لا يقدر أن يعده على خصميه لخروجه عن نظره طالباً كان أو مطلوباً، فإن أراد الطالب أن يستعدي قاضي المطلوب على خصميه [٧٣/ب] وجب عليه أن يعده، ويحكم بينهما في جانبه لحصولهما في عمله، فإن حصل أحد القاضيين في جانب الآخر لم يكن له أن يحكم فيه من تنازع إليه سواء كان من أهل عمله أو غير عمله؛ لأن حكمه لا يتعدي إلا في عمله.

فرع آخر

لو قلد قاضيين في بلدي لينظر كل واحدٍ منهما بين جميع أهله فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأنه يقضى أمرهما إلى التجاذب في تنازع الخصوم إليهما، وتبطل ولايتهما إن جمع بينهما في التقليد، وتصبح ولاية الأول إن قلد أحدهما بعد الآخر. والثاني: وهو قول الأكثرين يجوز؛ لأنهما استنابة كالوکالة، وقد نقل الشافعی رضي الله عنه فلا نطلق الوجهان.

فرع آخر

إذا قلنا بالمذهب الصحيح فتنازع خصمان وجذب كل واحدٍ منهما الخصم إلى أحدهما، عمل على قول الطالب منهما دون المطلوب، وحاكمه إلى من أراده منهما؛ لأن حكم كل واحدٍ من القاضيين نافذ عليهما.

فرع آخر

لو كان كل واحد منهما طالباً ومطلوباً لتنازعهما في قسمة ملك أو احتلافهم في ثمن مبيع، عمل على قول من دعا إلى أقرب القاضيين، فإن استويا في القرب ففيه وجهان: أحدهما: يقرع بينهما لتساويهما.

والثاني: يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما.

فرع آخر

لو قلده جميع البلد لينظر في أحد جانبيه أو في جامعه لم يجز لعموم ولايته، وكان التقليد باطلأً أن جعل ذلك شرطاً فيه، قوله: قلدتك على أن تنظر فيه لتنافي حكم الشرط والإطلاق، ولو لم يكن شرطاً، [٧٤/أ] بل كان أمراً، قوله: قلدتك قضاء البصرة فانتظر في جامعها صح التقليد وبطل الشرط، وله أن ينظر في غير الجامع؛ لأنه لا يملك الحجر عليه في مواضع جلوسه.

فرع آخر

لو قال: قلدتك على أن تحكم في الجامع بين من قال فيه صح، ولم يجز أن يحكم في غيره؛ لأنه جعل الولاية هنا مقصورة على من جاءه الجامع وهم لا يتعينون إلا فيه.

فرع آخر

لو كان التقليد مقصوراً على بعض أهل البلد دون جميعهم يجوز إذا تميزوا عن غيرهم، قوله: قلدتك لتنضي بالبصرة بين العرب دون العجم، ويقلد الآخر القضاء بين العجم دون العرب فيجوز، ويختص بما خص وليس لواحدٍ منهما أن يحكم بين من ليس من العرب ولا من العجم كالنبط لخروجهم عن نظر كل واحدٍ منهما.

فرع آخر

لو كان في البلد عربي النسب عجمي اللسان أو عجمي النسب عربي اللسان فإن كان في التقليد ما يدل على إرادة النسب دون اللسان، أو اللسان دون النسب يحمل عليه وإن لم يكن فيه ما يدل على إرادة واحدٍ منهما يحمل على اعتبار النسب دون اللسان؛ لأن النسب صفة لازمة للسان صفة زائلة.

فرع آخر

لو كان في العجم فزال العرب ففي أحق الحاكمين بالنظر في أحکامهم وجهان مبنيان على الوجهين في سؤالي ذوي القربى، هل يحرم عليهم من الصدقات ما يحرم على ذوى القربى؟ فيه وجهان: فإن قلنا يحرم تغليباً للولاء على النسب، فعلى هذا يكون قاضي العرب أحق بالنظر بينهم من قاضي العجم.

والثاني: [٧٤/ب] يغلب النسب على الولاء، فعلى ~~هذا~~ يكون قاضي العجم أحق.

فرع آخر

لو وقع التنازع بين عربي وعجمي واتفقا على التحاكم إلى قاضي أحدهما، فإن اتفقا على قاضي المطلوب ينفذ حكمه بينهما؛ لأنه مندوب إلى استيفاء الحقوق من أهل نظره والحق مستوفى من المطلوب للطالب، وإن اتفقا على التحاكم إلى قاضي الطالب ففي نفوذ حكمه بينهما وجهان مخرجان من القولين في نفوذ حكم من تراضيا به من غير الحاكم.

فرع آخر

لو تجاذب العربي والجمي ودوا كل واحداً منهما إلى نظر قاضيه ففيه وجهان: أحدهما: يوقف تنازعهما ويقطع تخاصمهما حتى يتتفقا على قاضي أحدهما، فإن اتفقا على قاضي المطلوب جاز، وإن اتفقا على قاضي الطالب فقد ذكرنا وجهين.

والوجه الثاني: أن يجتمع القاضيان على سماع الدعوى؛ لأن كل واحداً منهما موجود بين أهل نظره، وليس له الانفراد في هذا النظر فلزم اجتماعهما عليه، فإذا اجتمعوا على سماع الدعوى تفرد بالحكم منهما قاضي المطلوب دون الطالب، وإن اقتضى الحكم عرض اليمين البينة تفرد بسماعها قاضي المشهود عليه دون المشهود له، وإن اقتضى الحكم في الأحوال كلها نافذاً من قاضي المطلوب دون الطالب، فإن امتنع القاضيان من الاجتماع أتما بالامتناع وكان قاضي المطلوب أعظمهما أتما، وأخذهما الأمير بالاجتماع بغيرهما.

فرع آخر

يجوز أن يكون القاضي مقصور الولاية على النظر بين خصمين معينين، ولا ينظر بين غيرهما.

فرع آخر

إذا جوزنا هذا ينظر، فإن رد إليه النظر بينهما في كل تنازع يحدث منهما، فيكون بعد فصل الحكم بينهما انعزل، وإن قلده مطلقاً الحكم بينهما فيحمل على العموم في كل ما تحدد من خصوصيهما، وعلى هذا لو قلده [٧٥/أ] الإمام قضاة بليه على أن يستخلف عليه ولا ينظر فيه بنفسه، فهذا تقليد مراعاة وليس بتقليد حكم ولا نظر، فإذا قلد من اختاره ثبتت ولایة المختار، ولم يكن لمن اختاره عزله وله الإشراف عليه والمراعاة له، ولو كان الإمام عزله على من يستخلفه جاز، وكان هذا تقليد تنفيذ وإشراف وليس بتقليد حاكم ولا اختيار.

فرع آخر

يجوز أن يكون التقليد مقصوراً على بعض الأيام دون الكل، فيجوز إذا عين على اليوم الذي يحكم فيه ولا يجوز إن لم يعينه؛ لأن النظر مقصوراً على المحاكمين فيه، فوجب تعين اليوم ليتعين به الحضور.

فرع آخر

إذا قلده النظر في يوم السبت فيه ثلاثة أحوالٍ: أحدهما: أن يجعله ناظراً في كل سبٍت على ولايته بعد انقضاء السبت، وإن لم يكن له أن ينظر في غيره لبقاء نظره في أمثاله. والحالة الثانية: أن يجعله ناظراً في سبٍت واحدٍ فينعزل بعد غروب الشمس، وليس له أن يجمع في نظر السبت بين الليل والنهار.

والحالة الثالثة: أن يطلق فيحمل على الخصوص، وهو أول سبٍت يكون بعد هذا التقليد. ولو لم ينظر فيه لم يجز أن ينظر في غيره.

والفرق بين أن يقلده النظر بين اثنين فيحمل إطلاقه على العموم في كل تنازع يكون بينهما، وبين أن يقلده النظر في يوم السبت فيحمل إطلاقه على الخصوص في سبٍت واحدٍ أن الخصمين باقيان يحمل النظر بينهما على العموم، ويوم السبت ينقضى فيحمل النظر فيه على الخصوص.

فرع آخر

لو قلد قاضياً أن ينظر في يوم السبت، وقال آخر أن ينظر في يوم الأحد، كان كل واحدٍ منهما مقصور النظر على يومه.

فرع آخر

لو تدافع خصمان في يوم السبت إلى قاضيه ولم ينفصل الحكم بينهما فيه حتى رجعا في يوم الأحد، كان قاضي يوم الأحد أحق بالنظر بينهما.

فرع آخر

لو تنازع اثنان فدعا أحدهما إلى قاضي السبت ودعا الآخر [٧٥/ب] إلى قاضي الأحد، فإن كان تنازعهما في يوم السبت كان قاضيه أحق بالنظر بينهما، وإن كان تنازعهما في يوم الأحد كان قاضيه أحق بالنظر بينهما، وإن كان تنازعهما في غيرهما في أيام من الأيام لم يترجع قول واحد منهما حتى يستأنف الترافع في أحد اليومين، فيكون ذلك اليوم أحق بالنظر بينهما.

فرع آخر

لو قلده النظر في شهرٍ من السنة يختص بذلك الشهر ليلاً ونهاراً، لأن الشهر يجمعهما.

فرع آخر

لو قلده النظر في جميع الأحكام تكون ولايته مشتملة على جميع ما يختص بنظر القضاة، ويشمل عشرة أقساماً:

أحدها: يثبت الحقوق عند التناكر من ديون في الذمم وأعيان في اليد بعد سماع الدعوى، وسؤال الخصوم وثبوتها يكون من أحد وجهين إقرار أو بينة.

والثاني: استيفاء الحقوق بعد ثبوتها عند التدافع والتمانع، فإن كانت في الذمة ألزم الخروج منها، وإن كانت أعياناً سلمها إن امتنع من تسليمها.

والثالث: النظر في العقود من المناكح والبيوع وغيرها عند الاختلاف فيها، ليحكم باجتهاده في صحتها وفسادها، أو ليخالف عليها.

والرابع: فصل الشاجر في حقوق الأملاك من الشفعة وحدودها والاستخلاف، والعمل بشواهد الأبنية، فاما مخارج الأبنية والأجنحة في الطرق ومقاعد الأسواق، فإن جاءه فيها متظلم نظر فيه ودخل في ولايته، وإن لم يأت فيه متظلم دخل في المشبه وكان المحتسب أحق بالنظر فيه، ثم إن لم يفتقر إلى اجتهاده تفرد المحتسب به، وإن افتقر إلى اجتهاده وكان القاضي أحق بالاجتهاد فيه وأولى من المحتسب، ويكون المحتسب فيه منفذًا لحكم القاضي.

والخامس: الولاية على الأيامى في المناجم من أكفائهم عند عدم أوليائهم أو عضلهم. والسادس: الولاية على [٧٦/أ] ذوى الحجر لصغر أو جنون إذا عدم أولياء النسب، أو لسفة يحجر به ويرتفع بابناس الرشد.

والسابع: الحكم بنفقات الأقارب والزوجات والعيال وتقريرها برأيه واجتهاده.

والثامن: النظر في الأوقاف والوصايا إن لم يكن فيها ناظر يتولى ذلك، وإن كان فيها ناظر يراعيها، فإن كانت لمعينين سقط الاجتهاد فيهم، وإن كانت للموصوفين تعينوا باجتهاد الناظر قبل الحكم، وباجتهاد القاضي عند الحكم.

والناسع: النظر في التعديل والجرح والتقليد والعزل، فيعمل فيه على اجتهاده سواء وافق فيه اجتهاد من قلده أو خالفه إلا في التقليد والعزل، فيكون اجتهاد من قلده فيه أنفذ.

والعاشر: إقامة الحدود على مستحقها فيما تعلق بحقوق الأدميين من إقامة حد القذف والقصاص.

فأما ما تعلق منها بحقوق الله تعالى المحسنة كحد الزنا وشرب الخمر وتارك الصلاة، فإن تعلقت باجتهاد كان القاضي أحق بها لاختصاصه بالاجتهاد في الأحكام، ويأمر أمير البلد باستيفائها، وهو أولى من مباشرتها بنفسه، وعليه أن يعمل بأمره فيها، وإن لم يتعين بالاجتهاد كان الأمير أحق بها لتعلقها ب Accountability السلطنة، فإن تعلق بها سمع البينة سمعها القاضي واستوفى الأمير.

فرع آخر

لو كان أموال الغائبين في بلد قضائه، فإن علموا بها فلا نظر للقاضي فيها لوقوفها على اختيار أربابها. وإن لم يعلموا بها لأنهم ورثوها وهم لا يعلمون فهي داخلة في نظر القاضي وعليه حفظها حتى يقدموا أو يوكلا فتخرج حينئذ من نظره.

فرع آخر

هل يتولى القاضي قرض الصدقات وتفريقها في ذوي السهمان، فإن قلد الإمام عليها ناظراً كان أحق بها من القاضي. وإن لم يقلد عليها ناظراً ففي استحقاق هذا القاضي بمطلق ولايته النظر [٧٦/أ] فيها؟ وجهان:

أحدهما: لا يستحق؛ لأنها من حقوق الله تعالى فيمن سماه أبا.

والثاني: له النظر فيها؛ لأنها من حقوق الأموال التي تحمل على اجتهاد الإمام.

فرع آخر

ليس للقاضي التعرض للأموال الفيء وجهها واحداً؛ لأن وجوه مصروفها موقوف على اجتهاد الأئمة.

فرع آخر

الإمامية في صلاة الجمعة والأعياد بل تكون إليه فإن ندب لها إمام كان أحق بها من القاضي، وإن لم يندب لها إمام ففي اختصاص القاضي بإقامتها وجهان: أحدهما: يقيمهما لأنها من حقوق الله تعالى العامة.

والثاني: لا حق له في إقامتها؛ لأن الأمر بها أخص.

فرع آخر

لو قلده النظر الخاص يصح، وهو أن يقلده النظر في المدابينات دون المناكح، أو الحكم بالإقرار من غير سماع بينة، أو في نصاب مقدر من المال فيجوز ويختص بما خص. وقال أبو عبد الله الزهري: لم يزل الأمراء عندنا بالبصرة برهة من الدهر يستقضون على المسجد الجامع قاضياً يسمونه قاضي المسجد يحكم في مائتي درهم وعشرين ديناراً فما دونها، ويفرض النفقات ولا يتعدى بها موضعه ولا ما قدر له.

فرع آخر

لو قلده النظر في المناكح جاز أن يحكم بما يتعلق بها من صداق وفرض نفقة وسكن وكسوة، ويزوج الأيمامي، ولا يحكم بين الزوجين فيما يتعلق بالمدابينات، ويجوز أن يحكم بأجرة الرضاع، ولا يحكم بنفقة الأولاد ويحكم بنفقة خادم الزوجة ولا يحكم بنفقة خادم الزوج.

فرع آخر

لو قلده النظر في نصاب مقدر وهو مائتا درهم فنظر فيها بين خصمين جاز أن ينظر بينهما ثانية في هذا القدر وثالثة.

فرع آخر

لو قلده النظر في مائتي درهم [٧٧/أ] وكان بين شريكين أربعمائة درهم يجوز أن ينظر فيها، إذا كانت دعوى الشريكين متفرقة، ولا يجوز أن ينظر إن كانت دعواهما واحدة.

فرع آخر

لو أراد أن ينظر في عروض قيمتها مائة درهم جاز تغليباً لحكم التقدير دون الجنس، إلا أن يصرح بالنهي عن النظر في العروض، فلا يجوز حينئذ.

واعلم أن صاحب «الحاوي» رحمة الله تعالى ذكره ترتيباً حسناً فقال: ولادة القضاء تشتمل على خمسة شروط؛ مولى، ومولى، وعمل، ونظر، وعقد. فأما المولى ينقسم إلى أصل وفرع، فالأسأل الإمام والفرع قاضي الأقاليم. وأما المولى فتقلد القضاء من جهته من فروض الكفايات، ويدخل في فرضه كل من تكاملت فيه شروط القضاء حتى يقوم به أحدهم.

وأما العمل فيلزم الإمام أن يعين على البلد الذي تقلده القضاء، ويجوز أن يكون بالتقليد عاماً ومحصوصاً، والمحصوص ينقسم ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون مقصوراً على قضاء بعض البلد.

والثاني: أن يكون التقليد مقصوراً على بعض أهل البلد دون جميعهم.

والثالث: أن يكون التقليد مقصوراً على بعض الأيام دون الكل.

وأما الرابع وهو النظر فضربيان؛ عام وخاص، وما يختص بنظر القضاة عشرة أقسام على ما ذكرنا.

وأما الخامس: العقد الذي يصح به التقليد، وهو يشتمل على ثلاثة شروط؛ مقدمة العقد، وصفة العقد، ولزوم العقد.

فأما الأول أن يكون المولى عارفاً بتكامل شروط القضاء في المولى. وأما صفة العقد: معتبر باللفظ مع الحضور، وبالمحكمة مع الغيبة. وما لزوم العقد: [٧٧/ب] فمعلوم وقد ذكرنا تفريعات كل فصل منها مبيناً مشرحاً وبالله التوفيق.

مسألة: قال: «وأرجب للقاضي أن يجلس في موضع بارز للناس ولا يكون دونه حجاب»^(١).

الفصل

إنما استحب الشافعي رضي الله عنه للقاضي أن يجلس في موضع فسيح ظاهير، إما

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٢٧).

رجباً أو غير ذلك ليكون في موضع ظاهري يراه الخاص والعام، والقاطن والغريب، ويصل إليه الجميع، ولأنه إذا كان ظاهراً لا يحتاج الفاصل إلى الاستئذان عليه، وإذا كان فسيحاً واسعاً ترثاح النفوس ولا يسع فيه الملك، وفي بعض النسخ: «بارزاً للناس» بالتصب، فقوله «بارزاً» بالخض صفة للموضع، وبالنسبة صفة للقاضي في ظهوره من غير إذن.

قال أصحابنا: ولا يجلس في بيته وإن أذن عليه؛ لأنه ليس ببارز، ويقع فيه الحجاب ولا يعرف من جاء إليه بجلوسه، ولا سيما إذا كان غريباً.

قال أصحابنا: وإذا كان بارزاً لا يحتاج مع البروز إلى الاستئذان وإذن، ولو نظر بينهم في داره التي لا يدخلها أحد إلا بإذنه جاز ولم يكره إن قل، لما روي عن أم سلمة رضي الله عنها - أنها قالت: اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان من الأنصار في مواريث متقدمة فقضى رسول الله ﷺ بينهما في بيتي ^(١).

وروي أنه كان بين عمر وأبي بن كعب - رضي الله عنهما - منازعة فأتيا زيد بن ثابت في بيته فقضى بينهما، وقال لعمر - رضي الله عنه: لو أمرتني لجئتكم، فقال: في بيته الحكم.

ولو كثرت المحاكمات [٧٨/أ] عدل عن النظر في داره التي توجب إلى الاستئذان إلى المجلس الذي وصفناه بالشريطين المتقدمين، وإن كان حكمه نافذاً في الأحوال كلها . ويكره أن يكون له حاجب على أن يكون وصول المحاكمين إليه موقوفاً على إذنه؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «من ولِي من أمر الناس شيئاً فاحتاجب حجبه الله يوم القيمة» ^(٢).

وروي أن أبا مريم الأسدى قدم على معاوية، فقال له معاوية: ما أقدمك؟ قال: حديث سمعته من رسول الله ﷺ لما رأيت موقفك، سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ولاه الله من أمر الناس شيئاً فاحتاجب عن حاجتهم وخلتهم وفاقتهم احتجب الله يوم القيمة عن حاجته وخلته وفاقتده» ^(٣).

وروي أن عمر - رضي الله عنه - قلد سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - الكوفة، فقضى فيها زماناً بغير حاجب، ثم اتَّخذ حاجباً، فعزل عمر - رضي الله عنه - حاجبه.

(١) لم أجده.

(٢) أخرج نحوه أحمد في «مسند» (٢١٥٧١).

(٣) أخرجه البهقي في «الكبرى» (٤٥٠٢) (١٠/١٠).

ولأنه ربما منع الحاجب ذا ظلامة لهوى، وربما استعجل على الإذن وارتدى.

قال أصحابنا: فإن اتخذ حاجباً في غير مجلس الحكم لم يكره له، بل إذا احتجب عن الناس في غير مجلس الحكم وزمانه كان أحفظ لحشمته وأعظم لهيبته فيكون أولى.

ومن قال يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان الاستقامة وسداد أهله، فأما في زمان الاختلاط والتهارج واستطالة السفهاء والفاغة، فالمستحب له أن يتخذ حاجباً لحفظ هيبته وينع من استطالة الخصوم، وبهذا أقول في زماننا هذا.

قال القفال: لا يكره ذلك في وقت الحكم ليدفع الزحام عنه، فيكون في الحقيقة مرتبأً لا حاجباً، ويكره في الأوقات الأخرى؛ لأنه ربما يجيء صاحب حاجةٍ فيدفعه عنه، وهذا حسن.

فرع

لا يكره للأئمة اتخاذ الحجاب، [٧٨/ب] بل يستحب لهم؛ لأنهم يتذمرون في عموم الأمور، فيحتاجون أن يفردوا لكل نظر وقتاً يحرسه الحجاب عليهم وينمعوا من دخول أصناف الناس من غير أوقاتهم، وقد روي أنه كان على باب عمر - رضي الله عنه - حاجب يسمى يرفا، فاجتمع على بابه أبو سفيان وسهيل بن عمرو، وسلمان، وبلال، وصهيب، وجماعة من وجوه العرب، فأذن لسلمان وصهيب وبلال - رضي الله عنه - فتمعر وجه أبي سفيان، فقال له سهيل بن عمرو: يا أبو سفيان، إن هؤلاء دعوا ودعيت، فأجابوا وتأخرت، ولئن حستهم اليوم على باب عمر بن الخطاب لأنك غداً أشد حسداً لهم على باب الجنة^(١).

ولأنه لولا الحجاب لما تميز هؤلاء بالسابقة، ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم وأقدارهم.

وحكى أنه استصعب الإذن على المغيرة بن شعبة في خلوة أرادها مع عمر - رضي الله عنه - فرشا يرفا حتى سهل له الإذن عليه، وكان يسأل يرفا أن يجلس في الدھلیز إذا تعذر عليه الدخول حتى يظن الناس أنه وصل حتى تظهر له منزلة الاختصاص بعمر رضي الله عنه.

وفي مثل هذا يكره الحجاب؛ لأن الحاجب ربما فعل مالا يراه المحتاجب، وقد كان الحسن حاجب عثمان، وقبر حاجب علي رضي الله عنهم.

(١) ذكره المناوي في «فيض القدير» (٤٤٠/٢).

فرع آخر

الشروط المعتبرة في الحجابة نوعان؛ واجبٌ ومستحبٌ، فالواجب ثلاثة؛ العدالة، والعلمة، والأمانة. وأما المستحب فخمسة؛ أن يكون حسن المنظر، جميل المخبر عارفاً بمقادير الناس، بعيداً عن الهوى والعصبية، معتدل الأخلاق بين الشراسة واللين.

مسألة: قال: «وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ لِكِثْرَةِ الْغَاشِيَةِ وَالْمُشَائِمَةِ بَيْنَ الْخُصُومِ، فِي أَرْفَقِ الْأَمَانِ بِهِ وَأَحْرَاهَا أَلَا تَسْرُعُ مَلَالَتِهِ فِيهِ»^(١).

اعلم أنه يكره للقاضي أن يجعل المسجد مجلساً لقضاءه صغر المسجد أو كبر، وهذه كراهة تنزيه لا تحريم، وبه قال عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب. وقال مالك، والشعبي، وشريح، وأحمد، وإسحاق: لا يكره بحال. وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي رضي الله عنهم. وعن أبي حنيفة روايتان؛ إحداهما: أنه يكره،

والثانية: أن لا يكره في المسجد الأعظم.

وقال ابن أبي ليلى: يستحب له القضاء فيه، لأنه طاعة. واحتجوا بما روي عن الشعبي قال: رأيت عمر - رضي الله عنه مستنداً إلى القبلة يقضي بين الناس^(٢).

ودليلنا ما روى أن رسول الله ﷺ سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد، فقال: «لا وجدها، إنما بنيت المساجد لذكر الله وإقامة الصلاة»^(٣)، وروي أنه قال: «أيها الناشد غيرك الواجب»^(٤). وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردها الله إليك، فإن المساجد لم تبن لهذا»^(٥). وروى أنس - رضي الله عنه - في خبر الأعرابي: إنما هي - يعني المساجد - لذكر الله والصلاه، وقراءة القرآن^(٦).

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٠/١٦).

(٢) تقدم تخریجه.

(٣) تقدم تخریجه.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٢٢) (١/٤٤٠).

(٥) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد (٥٦٨) وابن ماجه في المساجد والجماعات، باب النهي عن إنشاد الضوال في المساجد (٧٦٧).

(٦) أخرجه أحمد في «مسنده» (٢٥٧٢) (١).

ووجه الدليل أن النبي ﷺ منع رفع الصوت لطلب الصالة في المسجد، ونحن نعلم أن رفع الأصوات والخصوصيات والمهاترات [٧٩/ب] في مجلس القضاء أكثر، فكان بالكراهة أولى. وروى معاذ - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وخصوصياتكم، ورفع أصواتكم وسل سيفكم، وإقامة حدودكم، وجمروها في الجمع، واتخذوا على أبواب مساجدكم مطاهر»^(١).

وروي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عبد الحميد بن زيد: لا تقضي في المسجد فإنه يأتيك اليهودي والنصراني والجائز^(٢). وروي أنه كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن بمثل ذلك.

وقال سعيد بن المسيب: لو كان لي من الأمر شيء ما تركت اثنين يختصمان في المسجد^(٣). وأيضاً فسبيل الحكم أن يجلس في موضع يصل إليه الطاهر والجائز، والمجنون، والصغير، والمشعر، والمسجد يصان عن ذلك، وربما يتوجه الحد على رجل فلا يمكن إقامته فيه، ولأن الغالب من المتخاصمين اللغط والتكاذب واللجاجة والشتائم، وينزه المسجد عن ذلك. وأما خبرهم فلا حجة لهم فيه؛ لأنه يحتمل أن يكون عن اتفاق وقع، وقد قال أصحابنا: لو كان في المسجد معتكفاً أو متضرراً للصلوة، فتعاكم اثنان لا يكره الحكم بينهما، وقد قضى رسول الله ﷺ والصحابة في المسجد على هذا الوجه. وهذا لأن حضوره في المسجد لم يكن مقصوراً على القضاء فيه.

وروي عن الحسن البصري أنه قال: دخلت المسجد فرأيت عثمان - رضي الله عنه - قد ألقى رداءه ونام، فأتاه سقا بقرية ومعه خصم، فجلس عثمان [٨٠/أ] رضي الله عنه وقضى بينهما.

فرع آخر

قال أصحابنا: لا يكره القضاء في المسجد في حالتين:
إحداهما: ما ذكرنا في موضع الاتفاق من غير قصد.

والثانية: إذا لزم تغليظ الأيمان بالمكان؛ لأن النبي ﷺ غلظ لعان العجلاني في المسجد^(٤).

(١) أخرجه ابن ماجه عن واثلة بن الأسعف في المساجد والجماعات، باب ما يكره في المساجد (٧٥٠).

(٢) أخرجه نعوه عبد الرزاق في «مصنفه» (٢٣/١٠).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٣٠) (٤٤٢/١).

(٤) تقدم ذكره.

فرع آخر

قال أصحابنا: ولا يكره فيه الجلوس للفتيا وتعلم القرآن والعلم؛ لأنه ليس فيه ما ذكرنا في القضاء.

وأما قول الشافعي - رضي الله عنه -: في أرفق الأماكن به أراد أن يكون في موضع لا يتلذذ منه بالشمس والغبار والدخان، والرائحة الكريهة؛ لأن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى أبي موسى - رضي الله عنه: إياك والغضب والقلق والضجر، وهذه الأشياء تفضي إلى الضجر، وتمتنع الحاكم من التوفير على الاجتهاد، وتمتنع الخصوم من استيفاء الحجة، فإن حكم مع هذه الأحوال صح حكمه كما يصح إذا حكم في حال الغضب مع النهي الوارد فيه، وهذا لا يجلس في موضع ضيق لا تصل إليه العجوز والشيخ والضعف. وقيل: أراد به أن يكون الموضع إن احتاج فيه إلى البول والغائط قدر عليه، وإن عطش شرب الماء فيه، وإن جاع أكل فيه الطعام؛ لأنها أحوال لا يستغني القاضي عنها.

وقال بعض أصحابنا: يبني له دكة عظيمة في ساحة واسعة، وإن كان على باب داره دكة واسعة يجلس عليها، أو جلس في دهليز داره مفتوح الباب وكان واسعاً يراه الناس كان حسناً. وقال بعض أصحابنا بخراسان: توطاً له فرشة و يجعل له متکاً ويوضع له وسادة ليكون أرفق به وأحبب له عند الحضور حتى لا يمل.

مسألة: قال: «وَأَنَا لِإِقَامَةِ الْحَدِّ فِي الْمَسْجِدِ أَكْرَهُ».

إنما قال ذلك لما روى ابن عباس - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ [٨٠/ب] قال: «لا تقام الحدود في المساجد»^(١) وروى حكيم بن حزام أن النبي ﷺ: نهى أن تقام الحدود في المساجد، وأن يستقاد فيها^(٢).

وروى أن عمر - رضي الله عنه - أتى برجل في شيء فقال: أخرجه من المسجد وأضربه^(٣). وروي أن علياً - رضي الله عنه - أتى بسارق في المسجد فقال: يا قنبر، أخرجه من المسجد واقطع يده^(٤).

(١) أخرجه الترمذى في الديات عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا (٤٠١) وابن ماجه في الحدود، باب النبي عن إقامة الحدود في المساجد (٢٥٩٩) والدارمى في الديات، باب في القود بين الولد والوالد (٢٣٥٧).

(٢) أخرجه أحمد في «مسنده» (٥١٥١).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٤٣٦/١).

(٤) أخرج نحوه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٥٢٦/٥).

وحكى عن أبي حنيفة أنه قال: لا يكره إقامة الحدود في المسجد؛ لأنها أشهر نكالاً وأبلغ زجراً، وأنها من حقوق الله تعالى، وهذا لا يصح لما ذكرنا. ولأنه إذا أقيم عليه الحد ربما يبول أو يتقاطر منه دم فيتلوث به المسجد، فلهذا كانت الكراهة فيه، وإن كان في إقامته تلوث المسجد مثل قطع اليد في السرقة ونحوه يحرم في المسجد.

فرع آخر

إذا سار القاضي إلى مجلسه سلم في الطريق على من يراه؛ لأن السنة أن يسلم الراكب على الماشي، والساير على الجالس، والقليل على الكثير. وروي أن النبي ﷺ قال: «ألا أدلّكم على شيء إذا قلتموه تحابتم، أفشوا السلام بينكم»^(١).

فرع آخر

إذا دخل مجلسه سلم على القوم، وكذلك يفعل الخصمان إذا وصلا إليه، ويرد القاضي جواب السلام، فإن عطس القاض شمته أو أحدهما، وإن عطس أحدهما شمته القاضي أو صاحبه.

فرع آخر

يصلّي عند التأهّب للجلوس ركعتين، فإن جلوسه في المسجد كانت الصلاة تحية تجوز في أوقات النهي، وإن كانت في غير المسجد لا يصلّيها في أوقات النهي.

فرع آخر

إذا فرغ من الركعتين دعا الله تعالى بال توفيق والعصمة والتسديد، ويستحب أن يدعو بما روت أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته يقول: «اللهم إني أعوذ بك أن أزل أو أزل، أو أضل، أو أظلم أو أجهل [أ/أ/أ/أ] أو يجهل على»^(٢).

(١) أخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان أن لا يدخل الجنة إلا المؤمنون (٥٤) والترمذى في الاستئذان والأداب عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في إفشاء السلام (٢٦٨٨) وأبو داود في الأدب، باب في إفشاء السلام (٥١٩٣) وابن ماجه في المقدمة، باب في الإيمان (٦٨).

(٢) أخرجه الترمذى في الاستئذان، باب الاستعاة من دعاء لا يستجاب (٥٥٣٩) وأبو داود في الأدب، باب ما يقول إذا خرج من بيته (٥٠٩٤) وابن ماجه في الدعاء، باب ما يدعوه به الرجل إذا خرج من بيته (٣٨٨٤) وأحمد في «مسند» (٢٦١٦٤).

وروى أن الشعبى كان يقولهن ويزيد عليهن: أو أعتدى أو يعتدى علىَّ، اللهم أعني بالعلم، وزيني بالحلم، وأكرمنى بالقوى حتى لا أنطق إلا بالحق، ولا أقضى إلا بالعدل.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يستحب أن يقول هذا إذا جلس للحكم، ثم يشرع في نظره بعد استقبال القبلة، لا سيما إذا كان في المسجد؛ لأن النبي ﷺ قال: «خير المجالس ما استقبل به القبلة»^(١).

فرع آخر

قال ابن أبي أحمد: ولا يتكلّم في مجلسه لما زوى عمرو بن الشريذ، عن أبيه، أن النبي ﷺ أبصر رجلاً جالساً وقد اتاكا على يده اليسرى، فقال: «هذه جلسة المغضوب عليهم»^(٢)، فأنكر الاتكاء.

فرع آخر

قال: ويجمع الفقهاء فيجلسهم عن يمينه وشماله حتى يسمعوا كلامه وكلام الخصمين، ويرفع مجالسهم ويتزلمهم على قدر منازلهم من العلم والنهي، ويكون على رأسه مُحضر يقدم الخصوم ويؤخرهم، ويكون ثقةً أميناً لثلا يميل مع بعض الخصوم.

مسألة^(٣): قال: «وَمَنْقُولٌ فِي قَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: لَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ أَوْ لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْتَيْنِ وَهُوَ غَصْبَانٌ»^(٤).

جملة هذا أنه يكره للقاضي أن يقضي في حال الغضب، لما روى عبد الرحمن بن أبي بكرة، أن النبي ﷺ قال: «لا يقضى القاضي بين اثنين وهو غضبان». وروي أن أبي بكرة رضي الله عنه - كتب إلى ابنه وهو على سجستان: أن لا تقضي بين اثنين وأنت غضبان، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول... . وذكر الخبر^(٥).

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٢٦٦/٢).

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٧٢٤٣) (٧/٣١٦).

(٣) انظر الحاوي الكبير (٣٢/١٦).

(٤) أخرجه الشافعى في «مسنده» (٢٧٦/١).

(٥) أخرجه البخارى في الأحكام، باب هل يقضى القاضي أو يفتى وهو غضبان (٧١٥٨) ومسلم في الأقضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان (١٧١٧) وأخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء لا يقضى القاضي وهو غضبان (١٣٣٤).

وروى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان»^(١).

وروى أن النبي ﷺ قال: «لا يقضي القاضي [٨١/ب] وهو غضبان مهموم، ولا مصاب محزون، ولا يقضى وهو جائع»^(٢)، فإن الغضب يفسد عقله وفهمه وخلقه، فيشوش اجتهاده وخطره، وقد أمر الله تعالى بالتأني والثبت في الأحكام. وقال أنس - رضي الله عنه: قال رسول الله ﷺ: «التأني من الله، والعجلة من الشيطان»^(٣).

وروى ابن عباس - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «إذا تأنيت أصبت أو كدت تصيب، وإذا استعجلت أخطأت أو كدت تخطئ»^(٤).

وقال أبو هريرة - رضي الله عنه: قال رجلٌ للنبي ﷺ: أوصني، فقال: «لا تغضب»^(٥). وروي أن شريحًا كان إذا جاء أو غضب قام فلم يقض.

وروى عن زياد بن أبي السكن أنه قال: دخلت على الشعبي عند طلوع الشمس وهو يأكل فقال: آخذ حلمي قبل الخروج إلى القضاء^(٦). وروي أنه كان يأكل قبل الفجر، فقيل له في ذلك فقال: آخذ حلمي ثم أخرج فأقضي بين الناس.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا غضب لنفسه، فإن غضب لحق الله تعالى فلا يأس أن يقضي في تلك الحالة؛ لما روى أن الزبير بن العوام - رضي الله عنه - لما خاصم جاراً له في الماء، وقال له رسول الله ﷺ: «است زررك ثم أرسل الماء إلى جارك» لوى خصمه شدقة، وقال: إن كان ابن عمتك، فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه، ثم قال للزبير: «احبس الماء حتى يبلغ الجدر»^(٧) فقضى عليه في حال الغضب، وهذا غريب.

قال الشافعي رضي الله عنه: «وكل شيء يحدث في الإنسان ما يغير فهمه وخلقه كالجوع الشديد والعطش، والفرح الشديد، [٨٢/أ] والحر المزعج والبرد المؤلم، والغم

(١) أخرجه البيهقي في «الكتابي» (١٠٥/١٠).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ.

(٣) أخرجه الترمذى عن سهل بن سعد الساعدى في البر والصلة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التأني والعجلة (٢٠١٢).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكتابي» (١٠٤/١٠).

(٥) أخرجه البخارى في الأدب، باب العذر من الغضب (٦١١٦).

(٦) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (١٨٨/٢).

(٧) تقدم تخریجه.

الشديد، وكان يدافع الأخرين، أو حضره العشاء ونفسه تتوق إليه، أو غلبة النعاس، فكل هذا في معنى الغضب فلا يقضى في هذه الأحوال، ولكن لو قضى فيها نفذ».

مسألة: قال: «وَأَكْرَهَ لَهُ الْبَيْعَ وَالشَّرَاءَ خَوْفَ الْمُخَابَاةِ»^(١).

اعلم أنه يكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه؛ لأنه ربما يبتاع منه بمنصبان أو يشتري منه بزيادة، وذلك يجري مجرى الهبة والهدية، ويطلب بها الميل عند الحكم، وذلك محرم على القاضي.

وقال في «الأم»: في مجلس الحكم أكره له هذا؛ لأن في مجلس الحكم علتين، إحديهما: ما ذكرنا،

والثانية: اشتغال قلبه. وفي غير مجلس الحكم علة واحدة، فتكون الكراهة أشد في مجلس الحكم.

فرع

قال: ويجوز أن يوكل إلى غيره ذلك، ولكن ينبغي أن يكون ذلك الوكيل منسوباً.

فرع

قال: ويجوز أن يوكل إلى غيره، ولكن ينبغي أن يكون ذلك الوكيل منسوباً إليه معروفاً به؛ لأن المحاباة تحصل كما تحصل لو باشر القاضي بنفسه، وإنما لا تحصل المحاباة إذا لم يعلم من بايعه أنه وكيل القاضي.

فرع آخر

قال في «الأم»: «ولو أشتري أو باعه لم أنقض البيع ولا الشراء لأنه ليس بمحرم». وحكي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - رحمة الله - أنه قال: لا يكره له تولي البيع والشراء بنفسه، ودليلنا قوله عليه السلام: «ما عدل والي اتجر في رعيته أبداً»^(٢).

وقال شريح: شرط على عمر - رضي الله عنه - حين ولاني القضاء لا أبيع ولا أبتاع، ولا أرتشي، ولا أقضى وأنا أغضبان^(٣).

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٢/١٦).

(٢) أخرجه الطبراني في «مسند الشاميين» (١٣٢٢) (٢/٢٧٢).

(٣) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/١١٩).

فإن قيل: أليس كان رسول الله ﷺ يبيع ويشتري؟ قيل: لأن الله تعالى نزه رسوله ﷺ عما يتوجه إلى غيره من التهمة، فقال: **وَمَا هُوَ عَلَى الْقِبْطِ يَصْنَعُ** (٢٤) [التكوير: ٢٤، أبي بعثتهم، ولأنه ما فعل بعد النبوة إلا نادراً فقصد بها بيان الأحكام. [٨٢/ب].

فرع آخر

إذا لم يجد بدأً من مباشرة البيع والشراء وقد احتمكم إليه، اخترنا له أن لا ينظر في حكمته بنفسه ويختلف من ينظر فيها حتى لا يفهم، فإنه وإن حكم بالحق فإنه لا يؤمن أن يكون قلبه أميل إليه من خصمه إن باشره، أو إلى خصمه ميل إن عاشره.

مسألة: قال: «وَلَا أُحِبُّ أَنْ يَتَخَلَّفَ عَنِ الْوَلِيمَةِ»^(١).

الفصل

اعلم أن إجابة الداعي إلى الوليمة واجبة على غير القاضي على ما تقدم بيانه، فاما على القاضي قال بعض أصحابنا: إنها واجبة إلا أن يحللوه؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: «ولَا أُحِبُّ أَنْ يَتَخَلَّفَ عَنِ الْوَلِيمَةِ»، أو إما أن يجيب كلاً أو يترك كلاً فلم يجعلها واجبة، بل جعلها مستحبة، وهذا لأنه أجير المسلمين، وفي مروره إلى الولائم ربما يحصل الضرر بالخصوم، فإنه لا يدرى متى يتحاكم إليه، فازيل عن الوجوب وبقي الاستحباب.

ومن أصحابنا من قال: في الأئمة والقضاة ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنهم كغيرهم.

والثاني: لا يلزمهم الإجابة لاختصاصهم بمصالح المسلمين، وبه قال ابن أبي هريرة.

والثالث: إن كان مرتزقاً لا يحضر، لأنه أجير المسلمين، وإن لم يكن مرتزقاً يلزمته الإجابة.

فتكون الإجابة على الوجه الأول فرضاً يأثم بتركها، وعلى الوجه الثاني الإجابة مستحبة يكره تركها، وعلى الوجه الثالث الإجابة مفضلة باعتبار حاله في الارتزاق والتطوع.

فرع

قال أصحابنا: وإن كان إذا حضر الولائم كلها انقطع النظر بين الخصوم، أو يؤدي إلى

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٣/١٦).

البدلة لزمه النظر وترك الإجابة إلى الولائم؛ لأن الاشتغال بما أخذ عليه الجعل أولى من الاشتغال بغيره.

فرع آخر

قال: إن للقاضي هذا في الوليمة خاصة دون سائر الدعوات، فإنه لا يستحب في سائر الدعوات ما يستحب في الوليمة؛ لأنها دعوة مسنونة فأكيد الأمر في إجابتها. [أ/٨٣] مسألة: إذا أراد الإجابة ينبغي أن يجيب الكل بحيث لا نيل بالقضاء، فيكون قد فعل المستحب، ولا ينبغي أن يجيب البعض دون البعض، بل إذا لم يكن إلا ذلك ترك الكل. والأولى في زماننا هذا أن لا يجيب واحداً؛ لأن السرائر قد خبئت والظنون قد تغيرت، ولكننه يعتذر إليهم ويسألهم التحليل، وهذا على سبيل الاستحباب والاحتياط، ولأنه إذا أجاب البعض يحمل ذلك على الميل إلى قوم دون قوم وذلك لا يجوز.

فرع

قال القفال: وإنما يجب داعياً يقع له خصومة، فاما إذا دعاه أحد الخصميين لا يجيب كما لا يقبل هديته بحالٍ؛ لأن الخصم الآخر ربما لا يمكنه اتخاذ دعوة فينكسر قلبه بحضور القاضي دعوة الخصم. قال: وعلى هذا إذا سلم عليه خصماني لم يخص أحدهما بالجواب، بل يجيئهما أو يدعوهما. وإفشاء السلام أولى غير أن تركه جائز؛ لأنه أهيب وأحرى أن لا يستأنس به الخصوم. قال: وقيل: إذا سلم عليه أحد الخصميين أمر للآخر أن يسلم أيضاً ثم يجيئهما، وإنما يأمر غيره بذلك إذ لا يحسن أن يقول هو بنفسه سلم علىَّ.

وقال بعض أصحابنا: إذا حضر الخصوم تسقط عنهم سُنة السلام، فإن سلماً جمِيعاً رد القاضي عليهمما، وإن سلم أحدهما ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدهما: يرد عليه في الحال.

والثاني: يرد عليه بعد الحكم بينهما.

والثالث: يرد في الحال عليهمما.

ومن أصحابنا من قال: لا يرد عليهم القاضي جواب السلام أصلاً؛ لأنهم أوقعوا السلام في غير موقعه فلا يستحقون الرد عليهم.

فرع آخر

المرتزن إذا حضر الوليمة فإن قل زمان حضوره فيها كالليوم أو ما قاربه لم يلزم رد

شيء من رزقه، وإن طال، وأفل زمان طوله ثلاثة أيام، رد من رزقه بقسط ما أخل بنظره. ذكره في «الحاوي».

مسألة: قال: «ويَعُودُ [٨٣/ب] الْمَرِيضُ، وَيَشَهُدُ الْجَنَائِزَ، وَيَأْتِي مَقْدَمَ الْغَائِبِ»^(١). يستحب له أن يفعل كل ذلك لما روى أن رسول الله ﷺ عاد غلاماً يهودياً في جواره وعرض عليه الإسلام فأسلم^(٢).

ويحضر كلها إن تيسر بخلاف الولائم؛ لأنها لا تطول والولائم تطول، فله أن يفعل البعض دون البعض. قال أبو إسحاق: ويخص بذلك من عرفه وقرب منه، والفرق بين هذا وبين حضور الولائم أن حضورها حق الداعي؛ لأنه ينفق وينكلف الناس بحضوره إكراماً له، وليس كذلك عيادة المريض وحضور الجنائز؛ لأن ذلك من أعمال البر والطاعة يقصد بها وجه الله تعالى والثواب.

وأيضاً فإن عيادة المرضى والجنائز تكثر وفي حضورها كلها مشقة شديدة، وانقطاع عما عليه من النظر لامتدادها بخلاف الولائم في الغالب، فيحضرها متى قدر، ولا يجوز أن يحضر بينهم.

وأما زيارة القادم فإن شاء زار البعض، وإن شاء تركها وليس عليه زيارة جميع القادمين؛ لأن ذلك مما يكثر ولا ينبغي أن يعتاد الزورات في البلد لهذه الأمور؛ لأن فيه ابتداً وتضييئاً للقضاء.

وقال ابن المرزبان: سمعت القاضي أبا حمداً يقول: الصحيح أن يعود الكل أو يترك الكل، وكذلك في الجنائز ومقدم الغائب، وهذا خلاف ما قاله سائر أصحابنا. والشافعي - رضي الله عنه - ذكر ذلك في إجابة الوليمة دون غيرها، فلا يصح هذا القول.

فرع

إن جاء الخصمان بذاته قبل صلاة الجنائز؛ لأن ذلك فرض على الكفاية والقضاء فرض على عينه.

(١) انظر الحاوي الكبير (٤٤/١٦).

(٢) أخرج نحوه البخاري في الجنائز، باب إذا أسلم الصبي فمات هل يصلى عليه (١٣٥٦) وأحمد في «مستنده» (١٣٥٦٥).

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: يجوز للقاضي اتخاذ السجن لما روى أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة يوماً وليلة^(١). وروي أن عمر - رضي الله عنه - [٨٤/أ] اشتري داراً بمكة بأربعة آلاف درهم وجعلها سجناً^(٢).

وروي أن عمر - رضي الله عنه - حبس الحطينة الشاعر فقال:

مَاذَا تَفْرُوْلُ لِأَفْرَارِخِ بَنْدِي عَوْجِ
خُمْرُ الْخَوَاصِلِ لَا مَاءَ وَلَا شَجَرُ
الْقَيْتَ كَاسِبُهُمْ فِي قَعْرِ مَظْلَمَةٍ
فَأَرْحَمْ عَلَيْكَ سَلَامُ اللَّهِ يَا عَمَرُ
فخلاء وحبس آخر فقال:

بِإِعْمَرِ الْفَارُوقِ طَالْ حَبْسِي
وَمَرَّ مِنِي إِخْرَوْتِي وَعَرَسِي
فِي حَدَّثِ لَمْ تَقْتَرِفْهُ نَفْسِي
إِلَّا ضَرَوْيِي مِنْ شَعَاعِ الشَّمْسِ
ورُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا - رضي الله عنه - بَنِي سَجْنًا^(٣). وَلَا نَهْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلتَّأْدِيبِ وَلَا سِيَفَاءُ
الْحَقُوقِ مِنَ الْمَمَاطِلِ بِالدِّينِ.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يستحب أن يتخذ درة يؤدب بها من استوجب التأديب، ويرهب بها السفه؛ لما روى أن عمر - رضي الله عنه - اتخذ درة يؤدب بها^(٤).

وروى أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ضرب مملوكة بالدرة، وقال: أكشفي قناعك^(٥). وروي أن عمر - رضي الله عنه - رأى زيد بن خالد الجهنمي ركع ركعتين بعد العصر، فمشى إليه حتى ضربه بالدرة^(٦). وروي أن عمر -

(١) أخرجه الترمذى في الديات عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الحبس في التهمة (١٤١٧) والثانى في قطع السارق، باب إمتحان السارق بالضرب والحبس (٤٨٧٦) وأبو داود في الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره (٣٦٣٠).

(٢) ذكره ابن كثير في «تفسيره» (٣/٢١٥).

(٣) ذكره السيوطي في شرح «سنن» ابن ماجه (١٧٥/١).

(٤) ذكره ابن أبي عاصم في كتاب الزهد (١١٥/١).

(٥) تقدم تخریجه.

(٦) أخرجه أحمد في «مسند» (١٦٥٨٨).

رضي الله عنه - كتب إلى أبي موسى - رضي الله عنه: إذا رأيت الخصم يعتمد الظلم فأوجع رأسه^(١).

فرع آخر

قد ذكرنا أنه ينبغي أن يكون على رأس القاضي رجل ينادي هل من خصم ويقدم الأول فال الأول. قال ابن المنذر: ويستحب أن يكون خادم من أجل النساء اللواتي يتقدمن إلى القاضي. وروي عن الشعبي أنه كان يقضى وعلى رأسه رجل ينادي هل من خصم.

فرع آخر

قد ذكرنا أنه يجمع الفقهاء وقت القضاء، وقيل: يستحب أن يستحضرهم من كل مذهب ويستشيرهم فيما يشكل عليه، ثم إن شاء جمعهم في مجلس حكمه، وإن شاء أقعدهم [٨٤/ب] ناحية حتى يستدعهم إذا احتاج إليهم، وإذا حضروه لا يردون عليه إلا ما خالف نص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الذي لا يحتمل إلا معنى واحداً، إلا أن يسألهم عن ذلك فيجيئون.

وينبغي أن يكون عنده شاهدان عدلان حتى إن احتاج يشهادما فيتحملان الشهادة على ما يجري فإن في حكم القاضي بعلمه خلافاً بين العلماء فيخرج بذلك من الخلاف، ويجوز أن يقعدهما ناحية إذا قلنا يقضي القاضي بعلمه؛ لأن أكثر ما فيه أن يقر بعض الخصوم ثم جحد فيحكم بعلمه، ويجب أن يقعدهما بحضرته إذا قلنا لا يقضي القاضي بعلمه، حتى إن جحد الخصم بعد الإقرار شهدا به.

فرع آخر

ينبغي أن يكون القاضي مطرقاً رأسه عند دخول جميع المتنازعين عليه من شريف ومشروب، ويراعي الوقار فلا يبدأ أحداً بكلام أو سلام أو إكرام.

وحكى أن المهدي أمير المؤمنين تقدم مع خصوم له إلى مجلس عبيد الله العنبري قاضي البصرة، فلما رأه القاضي مقبلاً أطرق إلى الأرض حتى جلس مع خصوصه مجلس المحاكمين، فلما انقضت الحكومة قام القاضي فوقف بين يديه، فقال المهدي: والله لو

(١) ذكره معمر بن راشد في «الجامع» (٣٢٨/١١).

قامت حين دخلت عليك لعزتك، ولو لم تقم حين انقضى الحكم لعزتك. وهذا لأن قيامه قبل الحكم ميل، وترك قيامه له بعد الحكم ترکاً لحق الإمام، فيكون العزل الأول مستحقاً والعزل الثاني أධباً.

فرع آخر

ينبغي أن يبعد مجالس الخصوم منه ليكون أبلغ في الهيئة، وأيضاً لا يسبق إليه تهمة أن يشير إلى أحدهما بخلاف الحق، ويكون البساط الذي يجلس عليه متميزاً عن بساط الخصوم حتى يكون أهيب له.

فرع آخر

ينبغي أن لا يحضر مجلسه مع الخصوم إلا من له بالحكم تعلق، [أ/٨٥] فإنما يستحب إلا يخلو مجلس الحكم من شهود وفقهاء، أما الشهود فليشهدوا بما جرى فيه، وأما الفقهاء فاللهمشاورة على ما ذكرنا. ويمتنع أن يحضر مع الخصم من ليس بوكيل له في المخاصمة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يستحب أن يسوى بينهما في مقعدهما والنظر إليهما وكلامه لهما، ولا يخص أحدهما بتقرير ولا نظر ولا كلام، وليكن جلوس الخصوم بين يديه جثياً على الركب، ليتميز عن جلوس غيرهم فيكون أهيب. وينبغي أن يكون كلام الخصوم مقصوراً على الدعوى والجواب، وكلام القاضي مقصوراً على المسألة والحكم.

وقال في «الحاوي»: ينبع أن يميز مجلس الحكم من غيره من خمسة أوجه:

أحداها: فضل وقار القاضي، فلا يبدأ بكلام أو سلام، ويطرق رأسه على ما ذكرنا. والثاني: أن يبعد مجالس الخصوم عنه.

والثالث: إلا يحضر مع الخصوم إلا من له تعلق بالحكم.

والرابع: أن يسوى بينهما على ما ذكرنا.

والخامس: أن يكون كلامهم مقصوراً على الدعوى والجواب كما ذكرنا.

فرع آخر

إذا أراد القاضي أن ينظر في الأمور عند جلوسه للقضاء، فأول ما يبدأ بالنظر فيه أمر

المحبوسين، فيتصفح عن أحوالهم، ولا يحتاج فيه إلى متظلم إليه لعجز المحبوس عن التظلم، وهذا لأن الحبس عذاب، فهم أهم بالنظر من غيرهم.

فرع آخر

إذا بدأ بهم ينفذ إلى الحبس رجلين من إمامه حتى يكتب اسم من حبس له، وبأي شيء حبس. وقال بعض أصحابنا: [٨٥/ب] ينفذ إلى الحبس ثقة أميناً ومعه شاهداً عدلاً، وقيل: يبعث بشقة ولا يعتبر العدد، وعندي الاحتياط في العدد ولكن يجوز أن يقتصر على واحد؛ لأن طريقه الخبر.

فرع آخر

إذا أراد الأمين أن يكتب أسماءهم يقدم بالقرعة من خرجت عليه القرعة، وإذا حمل المكتوب إلى القاضي، ثم ينادي في الناس ثلاثة أيام إن كان البلد كبيراً، أو يوماً واحداً إن كان البلد صغيراً، أن القاضي بدأ بالنظر في أمر المحبوسين، فمن كان له على محبوسٍ حق فليحضر في يوم كذا. وقيل: ينادي هكذا أولاً ثم يبعث ثقةً مع شاهدين ليكتب اسم المحبوسين، ولا بأس بهذا عندي.

فرع آخر

إذا اجتمعوا أقرع بين المحبوسين فيمن يقدمه في النظر، ولا يقرع بين الخصوم؛ لأن نظرةً للمحبوبين على خصومهم، ثم إذا أقرع أحدهم أمر بابراجه وينادي بإحضار خصمه، ولا يفتقر إخراج المحبوب إلى إذن خصمه؛ لأنه يخرج في حقه لا في حق حابسه. وقيل: إذا استبين خصم المحبوب الذي خرجت عليه القرعة وجهه القاضي مع أمينه إلى الحبس حتى يأخذ يد خصمه ويأتي به إلى مجلس الحكم.

فرع آخر

لو كان الحبس بعيداً أخرج بالقرعة جميع من يقدر على النظر بينهم في يومه قبل شروعه في النظر. فإذا تكاملوا بدأ بالنظر في أمر الأسبق بالقرعة السابقة ولا يستأنف القرعة ثانية، وإن كان الحبس قريباً من مجلس الحكم لم يخرج منه ثانية إلا بعد فراغه من النظر في أمر الأول؛ [٨٦/أ] لأن المقصود اتصال نظره، ولا يتصل مع البعض إلا بابراج كلهم، ويتصل مع القرب بابراج واحد.

فرع آخر

إذا تقدم المحبوس إليه سأله عن سبب حبسه، ولا يقتصر على السؤال الأول في الحبس وعارضه به، فإن اتفق جوابه عمل عليه، وإن اختلف جوابه عمل على أغاظ الأمرين من الأول والثاني، فإن ثبت في ديوان الحكم سبب حبسه قابله بما قال في الأول والثاني وعمل على أغاظ الثلاثة.

فرع آخر

إذا استقر العمل بأحد الأمور كان له فيما يذكره من سبب حبسه خمسة أحوال: أحدها: أن يقول: حبسني تعزيزاً في اللدد كان مني ولم يحبسي خصم، فقد استوفى حق التعزيز بعزل الأول، وأن يستكمل مدة حبسه مع بقاء نظر الأول؛ لأن القاضي الثاني لا يعزز لذنب كان مع غيره، ولم يطلقه لجواز أن يكون له خصم لم يذكره حتى ينادي أياماً بأن القاضي قد رأى إطلاق فلان من حبسه، فإن كان له خصم قد حبس له فليحضر، فإذا مضت ثلاثة أيام ولم يحضر له خصم أطلقه بعد إطلاقه أنه ما حبس بحق خصم.

والحالة الثانية: أن يقول: شهد الشهود على بحقي له ولكن لم تثبت عدالتهم فحبسني لتعديلهم، فاختلَف أصحابنا في جواز الحبس لاستكشاف حال الشهود، فقال أبو إسحاق: يجوز؛ لأن الخصم قد أتى بما عليه، وإنما بقي الاستكشاف الذي إلى الحاكم. وقال الأصطخري: لا يجوز ذلك؛ لأنه ربما لا يعد لأن يكون حسناً بحقي.

فإن قلنا بقول أبي إسحاق يرد إلى الحبس حتى يسأل عن أحوال الشهود. وإن قلنا بقول الأصطخري عليه بتكامل البينة بالعدد والصفة.

وقال بعض أصحابنا: إن قلنا بقول الأصطخري وكان القاضي قال: حكمت بحبسه لزم حبسه [٦/ب] باجتهاده، ولا يجوز إطلاقه، وإن لم يقل حكمت وجب إطلاقه، ولكن لا يعدل بإطلاقه حتى ينادي في الناس ثلاثة أيام على ما ذكرنا.

والحالة الثالثة: أن يقول: حبسني تعدياً بغير حق ولغير خصم فقد ادعى ما يخالف الظاهر من أحوال القضاة، وحبسه حكم فلا ينقض إلا بتعيين الفساد، وعمل على بينة إن كانت، فإن شهدت أنه حبس بحقي عزز في جرمه للقاضي الذي حبسه، وإن شهدت أنه حبس بظلم نادي ثلاثة في حضور خصم إن كان له ثم أطلق بعد ثلاثة إن لم يحضر، وإن لم تقم بينة بأحد أمرين لزم بأن ينادي ثلاثة على ما ذكرنا، فإن لم يظهر له خصم خلاه ولا يخليه حتى يحلفه أنه لا خصم له؛ لأن دعوه تخالف الظاهر هنا هذا بخلاف المسألة قبلها.

وقال في «الحاوي»: يعيده إلى حبسه ويكتشف عن حاله حتى يأس القاضي بعد الكشف من ظهور حق عليه، وطالبه بكفيل بنفسه ثم أطلقه.

فإن قيل: الكفالة بالنفس لا تصح إلا من يثبت عليه حق. قيل: الحبس من جملة الحقوق، فإن عدم كفلاً استظهر فيبقاء حبسه على طلب كفيل ثم أطلقه عند إعوازه، وهو غاية ما يقدر عليه القاضي في استظهاره، فإن ظهر له خصم سأله، فإن أقر به حكم بينهما، وإن أنكر قيل: أنت مدعى ابتداءً فحكم أو أقم البينة أنه كان محبوساً بدينك وإلا حبسناه.

والحالة الرابعة: أن يقول: حبسني الخصم بما لا يستحق باراقة خمرٍ وقتل خنزير، فإن كان الخصم مسلماً بطلاقه، وإن كان الخصم ذمياً، فإن كان القاضي شفوعياً لا يرى وجوب عزمه كان حكمه باطلأ، وصار القاضي الثاني هو الحكم، فإن كان شفوعياً أيضاً لا يرى وجوب الغرم حكم بطلاقه، وإن كان حنفياً حكم بمذهبه حكم يحبسه إن امتنع، وإن كان [٨٧/أ] القاضي الأول حنفياً يرى وجوب الغرم، فإن كان رأى القاضي مثل رأيه كان المحبوس على حبسه، وإن كان مخالفأ له لم ينتقض حكم الأول لنفوذه عن اجتهاد سانع، وهل يجب إمضاؤه على الثاني؟ فيه قولان: أحدهما: يلزم إمضاؤه؛ لأن اجتهاده انتقض بالاجتهاد.

والثاني: لا يلزم إمضاؤه لبطلانه عنده، ويعيده إلى حبسه من غير أن يلزمه القضاء؛ لأنه لا يراه ولا يطلقه لأنه لا ينقض الحكم به وأقره فيه حتى يصطدحوا.

والحالة الخامسة: أن يقول: حبسني لخصم بحق، فيسأل عن خصميه وعن الحق الذي حبس به، فإذا حضر وطالب فإن كان من حقوق الأبدان كالقصاص، فالحبس به غير مستحق؛ لأن تعجيل استيفائه منه ممكן وإن كان مالاً، فإن كان عيناً فإن استحقه بعقد حكم فيه بما يوجب العقد من إقباض الثمن وتسليميه، وإن استحقه بغير عقد كالمحضوب، فإن ثبت قبضها ببيئة حكم القاضي بتسليمها، وإن ثبت باقراره رفع يده عنها، ولم يمنع المدعى منها ولم يحكم له بتسليمها لجواز أن تكون لغيره، وإن كان مالاً في الذمة أمره بقضائه إن كان ملبياً، وإن أدعى عسراً نظر في سبب الاستحقاق، فإن كان عن مقابلة مال لم يقبل إلا بعد الكشف، وإن كان في غير مال قبل قوله في العسراً مع يمينه، ووجب إطلاقه بها بعد النداء عليه، يقال: ألا إن فلان ابن فلان يُخلِّي، فإن كان له خصم آخر فليحضر، وهذا لجواز أن يكون له خصم آخر.

ولو أقام صاحب الدين البينة على أن للمحبوس مالاً، فإن لم يعيق المال لم تسمع الشهادة للجهل بها، وإن عين المال بأن له هذه الدار، [٨٧/ب] سُئل المحبوس، فإن

اعترف بها حكم بقضاء الدين منها، ولو امتنع باعها عليه وقضى عنه دينه، وإن أنكرها فإن لم يقر بها لغيره لا يؤثر إنكاره وتباع عليه، وإن أقر بها لغيره فإن أحاله على إنسان مجهول لا يعرفه بيعت عليه ولا يتوقف، وإن أحاله على معلوم وقال: هي لزید، سُئل زید فإن أنكرها بيعت عليه ووكل القاضي عنه وكيلًا بيعها، ولا يتولى القاضي مع إنكاره. وإن صدقه زید قيل له: ألك بينة بأن الدار لك ملكاً، فإن أقامها حكم له بالدار؛ لأنه معه باقرار المحبوس بينة ويداً، فكان أولى من بينة المحبوس مع زوال يده بالإنكار، وإن لم يكن له بينة ففي الحكم بها لزید وجهان:

أحدهما: يحكم بها لزید؛ لأن المحبوس قد أبطل بينة ببطل شهادتها وصار مقرأ بها لزید فلزم إقراره.

والثاني: لا يحكم بها لزید وتكون الدار ملك المحبوس؛ لأن البينة شهدت له بالملك، ولصاحب الدين بالقضاء، فإذا أكذبها ردت في حق نفسه ولم ترد في حق صاحب القرض، فإذا بيع المال عليه أو لم يبع ينادي عليه ويخللي:

وعلى ما ذكرنا لو قال: حبسني بحد الخمر، أو حد القذف لفلان، أو حد الزنا ينظر فيه وتحده إن لزمه الحد، ويخللي إلا إذا أمكن استيفاء الحد، فلا فائدة في التأخير. وإذا أراد تخليله أمر بالنداء عليه على ما ذكرنا.

ولو قال: حبسني فلان من غير الحكم لا يقبل ذلك؛ لأنه خلاف الظاهر، ويستكشف على ما ذكرنا إذا قال: حبسني ظلماً، وإذا أراد أن يخللي حلفه، وقيل: إن كان فلان حاضراً أحضره (ق ٨٨ ب) حتى يقيم عليه البينة أن له عليه حقاً وإلا أطلقه، وإن كان غائباً ففيه وجهان:

أحدهما: يطلقه؛ لأن الأصل أن لا حبس. والثاني: لا يطلق؛ لأن الظاهر أنه حبسه القاضي بحق ذكره بعض أصحابنا بخراسان.

فرع آخر

إذا فرغ من أمر المحبوبين على ما ذكرنا نظر في أمور الأوصياء؛ لأن الوصي ينظر في مال من لا يكنته المطالبة بحقه، ولا يعبر عن نفسه، وهو الأطفال والمجانين والمساكين، فكان النظر في أمرهم أولى. ثم لا يخلو الوصي من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقيم البينة على أن الحاكم الذي نفذ وصيته وأطلق تصرفه في المال، فإن القاضي الثاني لا يتعرض له، ويمضي عليه ما ثبت من حكم الأول؛ لأن الظاهر أن الأول

لم ينفذه إلا بعد ثبوت عدالته، إلا أن يعلم من حدوث فسقٍ أو خيانةٍ فينقضي ذلك.

والثاني: أن لا يكون الحكم الأول نفذ وصيته، وأراد أن يقيم البينة عنده على الوصية، فإن الحكم الثاني يسمع بينته، ونظر في عدالته، فإن كان عدلاً أمضاه، وإن كان فاسقاً انتزع المال من يده وجعله في يد أمينٍ عدلٍ. وإن شك في أمانته ففي وجهان؛ قال الإمام طبراني: يقره في يده؛ لأن الظاهر الأمانة، كما لو نصبه الحكم. وقال أبو إسحاق: ينتزع المال من يده حتى يعلم أمانته، ويفارق أمين الحكم؛ لأن الحكم لا ينصب إلا من هو ثقة مرضي، وإن كان أميناً ضعيفاً ضمَّ إليه أميناً يقويه.

والثالث: أن يقسم الوصي البينة أن فلاناً أوصى إليه وأمره بتفرقة المال، وقال: قد فرقت، نظر الحكم، فإن كانت الوصية لأقوامٍ معينين لم يتعرض له قلوا أو كثروا؛ لأنهم يطالبون به وإن لم يوصله إليهم. وإن كانت الوصية لغير معينين مثل الفقراء والمساكين نظر، [٨٨/ب] فإن كان عدلاً لم يضمنه، وإن كان فاسقاً ضمَّ منه؛ لأن الفاسق لا يكون وصياً، فكان تفرقة المال تعدِّياً منه عليه فيلزمها ضمانة، ورد تفريق ما يضمنه إلى أمينه حتى يفرقه عليهم، وليس للوصي أن يرجع على المساكين بما فرقه وإن صدقوه على الوصية؛ لأنه مقرٌ بوصوله إليه بحقٍ، ذكره في «الحاوي».

وإن كان فسقه خفياً يحتاج إلى الاجتهد نفذ تصرفه ولا يضمنه إلا بالتعدي ما لم يحكم بفسقه، وإذا كان الفسق ظاهراً وباع شيئاً من التركة فسخ بيعه وإن لم يكن عرف المال بعد، فإن كان عدلاً قوياً فهو أكمل الأوصياء حالاً فيقره في يده ونفذ وصيته؛ لأنه من أهل الولاية. وإن كان أميناً ضعيفاً لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصية يضم إليه أميناً يقوى به في تنفيذها.

وإن كان فاسقاً عزله؛ لأن الوصية ولاية والفاشق ليس من أهل الولاية. ومن أصحابنا من قال: هذا إذا كان خائناً في الأمانة فاسقاً في الديانة ثقة في الأمانة، فإن كانت الوصية بالولاية على الأطفال أو بت分区ن الثالث في غير معينين انتزعها منه وردها إلى غيره، وإن كانت لتفريق الثالث لمعينين أو في قضاء الدين لمسمين يجوز أن يقرها في يده، والفرق أن في تلك ولاية واجتهد وليس الفاسق من أهلها، وهذه مقصورة بالتعيين على التنفيذ دون الاجتهد.

والرابع: أن يقول: إن فلاناً أوصى بتفرقة هذا المال وخفت عليه الهلاك ففرقته بنفسه، ولم تكن الوصية إلى وأقام البينة على الوصية، فإن كان لأقوامٍ معينين لم يتعرض له

حتى يدعى من له الوصية، وإن كان لأقوام بأوصاف مثل الفقراء والمساكين فيه وجهان؛ [٨٩/أ] أحدهما: يضمن؛ لأنَّه متعدٍ بثروته.

والثاني: لا يضمن؛ لأنَّه قد أوصَلَه إلى أصحابه ووضعه في موضعه، والأول أصح عندى.

واعلم أنه إذا أراد النظر في أمور الأوصياء، بدأ بمس يدي من غير قرعة بخلاف المحبوبين؛ لأنَّ هذا من نظر اجتهادِه، ولأنَّ النظر فيه عليهم لا لهم.

وقيل: للوصي ثلاثة أحوال: أحدها: أن يكون وصيًّا في الولاية على الأطفال أو المجانين فيلزمه في حقهم ثلاثة أشياء؛ حفظ أصول أموالهم، وتمييز فروعها، والنفقة عليهم بالمعروف.

والثانية: أن يكون وصيًّا في تفريق الثلث وقضاء الدين، فلا يتعداه إلى ولاية الأطفال، ونظر في الوصية فإنَّ كانت لمعينين سقط اجتهاده فيها، وصرف الدين والثلث إلى المسلمين، وإنَّ كانت في موصوفين وصاروا بعد الدفع فيها كالمعينين، فإنَّ عدل عن أهل تلك الصفة إلى غيرهم لم يجز، وضمن لأهل تلك الصفة، ولا يكون له استرجاع ما دفع إليهم إلا أن يصدقواه على الوصية والصفة.

والثالثة: أن يكون وصيًّا في الأمرين من ولاية الأطفال، وتفريق الثلث فهي الوصية العامة، فيلزمه أن يعمل في كل واحدٍ منها ما كان يعملاً لو تفرد به، فإذا عرف القاضي كيفية الوصية اختبر حال الوصي في أمانته وثبوته على ما ذكرنا.

فرع آخر

إذا فرغ من أمر الأوصياء نظر في أمور الأبناء، فالامين هو الذي ينصبه القاضي في أموال الأيتام الذين لا ولٍ لهم، ومن أموال المحجور عليهم للسفه ينظر في أمرهم، فإنَّ لم يكن حالهم تغيرت وكانوا من أهل الأمانة والنظر أقرهم، وإن تغيرت حالهم عزلهم، وإن أراد يولي غيرهم ويعزلهم من غير تغيير حالهم [٨٩/ب] كان له ذلك، والفرق بين هذا وبين الوصي حيث قلنا ليس له أن يعزله إن توليه الوصي ابتداء لم تكن إليه، وتولية هذا إليه إن لم يكن القاضي الأول ولاه فكان له عزله أيضاً، وإن وجد فيه ضعفاً فالقاضي بال الخيار بين أن يضم إليه قوياً من أمنائه، أو ينتزع من يده إلى قوي بخلاف الوصي.

وقال في «الحاوي»: يعتبر فيهم ثلاثة أشياء. أحدها: ما هم عليه من قوة وأمانة.

والثاني: ما يتصرفون فيه من الولاية عن الأطفال والنظر في الأموال.

والثالث: ما فعلوه فيها من قبل وما يستأنفوه من العمل فيها من بعد.
ويبدأ بمن يراه منهم من غير فرعية كالاوصياء، ولا يخلو حال الأمين فيها من أربعة
أحوال:

أحدها: أن يكون عدلاً وقد فعل ما جاز فيكون على ولايته ونفاد فعله.
والثانية: أن يكون عدلاً وقد فعل ما لم يجز بالجهالة فيكون على ولايته، ويرد ما فعله
ويضمن إن فات استدراكه. والثالثة: أن يكون فاسقاً وقد فعل ما جاز، فولايته باطلة بفسقه،
ولا يضمن ما تعين ويضمن ما لم يتعين كالوصي.
والرابعة: أن يكون فاسقاً وفعل ما لم يجز فولايته باطلة ويرد ما فعل ويضمن ما
تصرف فيه.

فرع آخر

لو ادعى هذا الأمين أجرة جعلها له الحاكم قبله، فإن أقام ببينة أعطاه إذا لم يرد على
أجرة مثله، وإن عدم البينة ففي استحقاقها وجهان مبنيان على الوجهين إذا ركب الدابة من
ادعى إعارتها، وادعى المالك إجارتها، فإن قلنا هناك لا أجرة لمالك الدابة فلا أجرة للأمين
هنا. وإن قلنا هناك يلزم الأجرة تلزم الأجرة هنا.

فرع آخر

إذا فرغ من أمور الأمانة نظر في أحوال الصدال [٩٠/أ] واللقطة، فربما يكون من
الناس من لا يختار وتملك اللقطة فيتركها عند الحاكم، فينظر الحاكم في ذلك فما لا يخاف
تلفه ولا يلزمه مؤنة في حفظه على صاحبه، وما يلزمه مؤنة في حفظه أو يخاف عليه التلف
كالماوashi وغيرها باعها وحفظ ثمنها على صاحبها، وإن كانت دراهم أو دنانير أو نحو ذلك
أخذها الحاكم وجعلها في بيت المال معرفة له عن خبرها، حتى إذا جاء صاحبها رد لها عليه
أو خلطها في مال بيت المال.

وقال في «الحاوي»: جملة ما ذكرنا أن القاضي يبدأ بالنظر في الأمانات وهي خمسة:
أحدها: أن يتسلم ديوان الحكم ممن كان قبله.
والثانية: أن يتصفح أحوال المحبوسين. والثالثة: النظر في أمور الأوصياء.
والرابعة: النظر في أمور الأمانة.

والخامسة: النظر في الوقوف العامة والخاصة.

ففي العامة لا يقف النظر على مطالبة؛ لأن مستحقها لا يتغير. وفي الخاصة؛ لأن مصروفها إلى معين من الفقراء، فينظر هل يصل إليهم؟ وهل يستحق الولاية على من يعيق منهم بصرٍ أو جنونٍ، وليعلم سببها فتحمل على شروط واقفيها، وإن تغير حال الوالي عليها فعل به ما قدمناه في الأولياء والأوصياء.

فرع آخر

يجب على القاضي بعد تصفح حال الأمناء والأوصياء أن يثبت في ديوانه حال كل أمينٍ ووصيٍ فيما بيده من الأموال، ومن يلي عليه من الأيتام، ليكون حجة للجهتين، فإن وجد ذكره في ديوان القضاة الأول عارض به وعمل بأحواطها، وإذا تطاول مدة الوقف سجل به لتكون الحجة باقية وثبته في ديوانه.

مسألة

وإذا بان له من أحد الخصميين لدد نهاء الفعل أراد باللدد شدة اللجاج [٩٠/ب] والخصوصة. وفي اللغة: اللدد الالتواء والميل، يقال: للديد الوادي وهو جانبه لأنهما يكونان ملتوين، وسمى الوجور من أحد الشدفين لدوداً، لأنه يميل يقال: خصم الده وخصوم لد. قال الله تعالى: ﴿لَتَنْذِلُ بِهِ قَوْمًا لَدًا﴾ [مريم: ٩٩٧]، وقال تعالى: ﴿وَهُوَ اللَّهُ الْخَصَّارُ﴾ [البقرة: ٢٠٤]، وهو لا يميل ولا يستقيم على جهة واحدة، ويقال: فلان يتلدد إذا كان يتلتفق يميناً وشمالاً. فإذا تقرر هذا، فهذا اللدد يوجد من الخصم ويظهر للحاكم من وجوه؛ أحدها: أن يقول: استحلف الخصم فإذا كان في أثناء التحليف يقول: اقطع فلي بيضة، ثم لا يكون له بيضة أو يقدمه إلى الحاكم، فإذا أراد أن يحكم يقول: لي بيضة، ثم يمضي ويقدمه مرة أخرى، ولا يكون له بيضة، فإذا أراد أن يحكم يقول: لي بيضة ويتذكر منه ذلك بحيث يعلم أنه يقصد الإضرار والتعنت، أو يحمله إلى مجلس الحكم ويهره ثم يعود من الغد ويحمله ثانيةً ونحو ذلك، فإذا بان للحاكم ذلك أول دفعه نهاء ولا يبدؤه بزير ولا زجر، فإن عاد ثانيةً زبره وزجره، ويعتبر ذلك من وجهين؛ أحدهما: بحسب اللدد.

والثاني: على قدر منزلته، فإن عاد ثالثاً ضربه أو حبسه تعزيزاً يجتهد فيه بحسب اللدد على قدر المنزلة.

وقيل: في الأول نهاء، وفي الثاني زبره، وفي الثالث زجره وأغلظ القول، وفي الرابع عذره وهذا حسن عندي، وهو اختيار القاضي الطبرى، وإنما يبدأ بالتهى لأنه ربما فعل ذلك ليضيق صدره، ثم إذا عاد يزيد في درجة النهي، وعلى هذا.

فرع

لو كان في لدنه شتم وفحش وكان سفيهاً ضربه بالنعل وأطراف الشياب على مقداره، وإن كان شيخاً ساكتاً يمنع الحق ويخرج عن الواجب باللدد حبسه، فإن جمع [٩١/أ] في لدنه بين الأمرين جاز أن يجمع في تعزيره بين الضرب والحبس.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: يضرب ضرب تأديب بالدرة ضرباً رقيقاً لا يؤلم الماً شديداً ولا يضره بالسوط لأنه ينكمأ في البدن ولا يصنعه؛ لأنه بذلك ولا يطحه ولا يمده.

فرع آخر

لو ردَّ على القاضي وأغلظ له القول، فإن رأى تأديبه فعل، وقد ترك النبي ﷺ التأديب في قصة الزبير مع الأنصاري حين قال: إن كان ابن عمتك. وقيل: أن النبي ﷺ عزره حين قال للزبير: «أمر الماء على بطنه واحبسه حتى يبلغ الجدر»^(١)، وهذا القول منه تعزيزاً. وروي أنه كان يقسم الصدقات، فقال له رجل: أعدل، فقال: «ويلك إذا لم أعدل فمن يعدل»^(٢). وهذا القول تعزيزاً، أيضاً وفيه نزل قوله تعالى: «وَمَنْ يَعْرُكُ فِي الصَّدَقَاتِ» [آل عمران: ٥٨] الآية.

فرع آخر

قال الشافعي رضي الله عنه: «وأحب أن لا يكون القاضي جباراً عسوفاً عبياً ولا ضعيفاً مهيناً»؛ لأنه إن كان جباراً تهبيه الخصوم فلا يتمكنون من استيفاء حجتهم، وإن كان مهيناً ضعيفاً انبسطوا بين يديه واستخفوا به، ولكن يكون بين أمرين معتدل الأحوال وقوراً، كما وصف أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - شديد من غير عنف، ولين من غير ضعف. وقال عمر رضي الله عنه: لا يصلح لأمور الأمة إلا رجل قوي من غير عنف، ولين من غير ضعف، لا يأخذه من الله لومة لائم».

مسألة

قال: «وَيُشَارُرُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «وَشَارِرُهُمْ فِي الْأَرْضِ» [آل عمران: ١٥٩]». أعلم أنه إذا

(١) تقدم تخرجه.

(٢) أخرجه ابن حبان في «صححه» (١٤٨/١١).

أراد القاضي أن يقضى، فإن كان يقضى في أمر ظاهر عليه نص كتاب، أو سنة، أو إجماع أو قياس، لا يحتمل إلا معنى [٩١/ب] واحداً لا يحتاج في ذلك إلى المشاورة، إنما ثرد للاجتهداد والنظر، وهذا أمر ظاهر لا يحتاج فيه إلى الاجتهداد والنظر، وإن كان يقتضي في أمر خفي يحتاج فيه اجتهداد ونظر، يستحب له أن يشاور لقوله تعالى: **«وَشَارُونَهُمْ فِي الْأَرْضِ»**.

قال الحسن البصري رحمه الله: إن كان رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لغيناً ولكن أراد أن يستعن بذلك الأئمة والقضاة بعده. وقال تعالى: **«وَأَمْرُهُمْ شُورَىٰ بَنَتِهِمْ»** [الشورى: ٣٨]، وقال رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«الْمُسْتَشِيرُ مَعْنَىٰ وَالْمُسْتَشَارُ مُؤْتَمِنٌ»**^(١). وقد شاور رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أصحابه في أسارى بدر، فأشار أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - بالفداء، وأشار عمر بالقتل، فأخذ برأي أبي بكر الصديق وفادي، فأنزل الله تعالى: **«مَا كَاتَ لِتَيْنَىٰ أَنْ يَكُونُ لَهُ أَشَرَىٰ حَقَّ يُشَخِّرُ فِي الْأَرْضِ»** [الأنفال: ٦٧]، الآية، فقال صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«لَوْ نَزَّلْتَ عَذَابَنَمَّا نَجَّا مِنْهُ إِلَّا عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابَ»**^(٢). وشاور أهل المدينة في شيئاً؛ في حفر الخندق حتى اتفقوا عليه^(٣)، وفي صلح الأحزاب على ثلث ثمار المدينة، فقالوا: إن كان الله أمرك بهذا فالسمع والطاعة لأمر الله تعالى، وإن كان غير ذلك فلا نطعمهم فيما فيهم في الجاهلية لم يكونوا يصلون إلى ثمرة إلا بشراء أو قرئ فامتنع^(٤). وشاور أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - الصحابة في الجدة أم الوالد هل ترث؟ وشاورهم عمر - رضي الله عنه - في أم الأب وفي دية الجنين [٩٢/أ] التي أجهضت ذا بطنها: وشاورهم عثمان - رضي الله عنه - في الأحكام. وقال الزهري: قال أبو هريرة - رضي الله عنه - ما رأيت أحداً أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٥).

وقال عمر بن عبد العزيز: القاضي لا ينبغي أن يكون قاضياً حتى يكون فيه خمس خصال؛ يكون عفيفاً حليماً عالماً بما كان قبله، مستشيراً ذوي الألباب، لا يبالي بملامة الناس^(٦). ولأنه إذا شاور يكون أقطع للتهمة وأوضح لحكم المسألة، ويتباهي بالمشاورة ويذكر بها ما نسيه. وقيل: كان علي - رضي الله عنه - قليل الاستشارة في الأحكام؛ لأنه

(١) ذكره ابن عبد البر في «التمهيد» [٣٧٠/٨].

(٢) انظره في تفسير ابن كثير [٤/٢].

(٣) تقدم ذكره.

(٤) ذكر نحوه ابن حجر في «فتح الباري» [٤٠٠/٧].

(٥) أخرجه ابن حبان في «صحيحة» [٢١٧/١١].

(٦) أخرجه البهقي في «الكبرى» [١١٠/١٠].

قد شاهد استشارة من قبله فاكتفى بها. وقيل: لأنه لم يبق في عصره عديل يشاوره. وقيل: كان استشارة رسول الله ﷺ في أمور الدنيا ومصالحها. واختلف أصحابنا في استشارته في الدين والأحكام كاختلافهم، هل له أن يجتهد رأيه فيها، فقال بعضهم: ما استشار ﷺ في الدين ولا في الأحكام؛ لأن الله تعالى قال: **﴿وَمَا يَطِقُ عَنِ الْمَوْئِدِ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾** [النجم: ٣، ٤]، وقال آخرون: استشارهم في الدين والأحكام، فمنه ما شاورهم في علامة تكون لأوقات الصلوات، فأشار بعضهم بالنقوس وببعضهم بالقرون والقصة معروفة. وشاور أصحابه في حد الزنا والسارق، فقالوا: الله ورسوله أعلم، فقال: «هن فواحش وفيهن عقوبة»^(١) حتى أنزل الله تعالى فيهما ما أنزل، [٩٢/ب] وهذا قول من جعل الاجتهاد رأيه فيها.

وأما غير رسول الله ﷺ من الصحابة ومن بعدهم فمشاورتهم في مصالح الدنيا وأحكام الدين فما يختص منها بالدنيا ندب إليه عقلاً، وما اختص فيها بالدين ندب إليه شرعاً، ولو لم يشاور وحكم نفذ إذا لم يخالف نصاً، أو إجماعاً، أو قياساً جلياً، وليس على أهل الشورى أن يعارضوه فيه، ولا يمنعوه منه إذا كان مسوغاً في الاجتهاد.

مسألة

قال: «وَلَا يُشَاوِرُ إِذَا نَزَلَ بِهِ الْمَشْكُلُ إِلَّا أَمِينًا عَالِمًا بِالْكِتَابِ وَالسُّنْنَةِ وَالآثَارِ».

الفصل

اعتبر فيمن يشاور شروط المفتى وذكر سبع شرائط؛ الأمانة، والعلم بالكتاب، والعلم بالسنة، والعلم بالآثار - يعني أقاويل الصحابة - والعلم بأقاويل الناس - يعني العلماء بعدهم - فيما أجمعوا عليه وفيما اختلفوا فيه، والعلم بالمقاييس، والعلم بلسان العرب.

ومعنى قوله: عالماً بالكتاب والسنة: أن يكون مع العلم بمعانיהם مهدياً إلى ترتيب أحدهما على الثاني عند تقابل المختلفين، ولا يشاور العوام؛ لأن القصد من المشورة طلب الفائدة، ولا يكون ذلك إلا بالمشورة مع العلماء. واعلم أن المشكل وغير المشكل في ذلك سواء، وإن خص الشافعي - رضي الله عنه - فقال: «إذا نزل به المشكل».

فرع

يجوز أن يشاور الأعمى، والعبد، والمرأة؛ لأنه يعتبر فيمن يشاور شروط المفتى، ولا

(١) أخرجه مالك في النداء للصلة، باب العمل في جامع الصلاة (٤٠٣).

يعتبر في المفتى البصر والحرية والذكورة، وإنما يعتبر شرطان؛ العدالة المعتبرة في المخبر دون الشاهد؛ لأن الحرية شرط في الشاهد دون المفتى، [٩٣/أ] والثاني أن يكون من أهل الاجتهاد، فإنه يحيط علمه بخمسة أصول:

أحدها: علمه بكتاب الله تعالى في معرفة ناسخه ومنسوخه، ومحكمه ومتناهيه، ومفسره ومجمله، وعمومه وخصوصه وإن لم يقم بتلاوته.

والثاني: علمه بسنة رسول الله ﷺ ومعرفة أخبار التواتر والأحاداد، وصحة الطرق والإسناد، وما تقدم منها وما تأخر، وما كان على سبب وغير سبب وإن لم يسمعها مسندة إذا عرفها من وجوه الصحة.

والثالث: علمه بالإجماع والاختلاف وأقوايل الناس، ليتبع الإجماع ويجتهد في المختلف فيه.

والرابع: علمه بالقياس الجلي والخفى، وقياس المعنى وقياس الشبه، وصحة العلل وفسادها.

والخامس: علمه بالغربية فيما تدعو إليه الحاجة من اللغة والإعراب؛ لأن لسان الكتاب والسنة عربي، فيعرف لسان العرب وصيغة الفاظهم، وموضع خطابهم، لتفرقه عن الفاعل والمفعول، وحكم الأوامر والنواهي في التنب والارشاد، والعموم والخصوص. فإن قيل: هذه الشرائط لا تجتمع في أحدٍ فيكون سد باب الاجتهاد والفتوى. قيل: لم يرد الشافعى - رضي الله عنه - أن يكون محيطاً بكلها، بل إذا علم الأصول الخمسة وأشرف عليها حتى يتبعه بما علم على ما لا يعلم، وإن لم يصر أعلم الناس بها جاز أن يفتى، وجاز أن يستفتى، وجاز أن يشاوره القاضى في الأحكام النازلة.

فرع

لا فرق بين المفتى الذي يوافق القاضى في مذهبه وبين المفتى الذي يخالفه؛ لأنه لا يمتنع عنه الجواب بل يسأله عن الدليل وعن التعليل، وقد قال الشافعى رضي الله عنه: «ويجمع المواقفين والمخالفين [٩٣/ب] ليذكر كل واحد دليلاً ويستأذنوا فيه فيظهر الحق وتنتفع له طرق الاجتهاد». وقال أيضاً: «ويجمع المختلفين لا يتأذن لقصبه العلم» أي لاستقصائه ولكشف بعضهم عن بعض. قيل: القصبي الكشف بالسؤال والمناظرة في طلب الصواب.

فرع آخر

لو كان فاسقاً لم يحمل على قوله فيما تعلق بالرواية والفتيا. واختلفوا في جواز مباحثته فيما يتعلق بالمعاني والاستنباط، فقال ابن أبي هريرة لا يجوز؛ لأنَّه لا يوثق به حذراً مما يستحدثه من شبهةٍ فاسدةٍ. وقال آخرون: يجوز؛ لأنَّه ربما يكشف بمناظرته وجه الصواب؛ لأنَّه لا يؤخذ بقوله بل يُحمل على ما تنتهي إليه المناظرة من وضوح الصحة والفساد.

فرع آخر

لا يقول على مشاورةٍ واحدٍ، بل يجمع عدداً يكشف بمناظرهم ما غمض، ولا يقلدهم وإن كانوا عدداً.

مسألة

قال^(١): «وَلَا يَقْبِلُ وَإِنْ كَانَ أَعْلَمَ مِنْهُ حَتَّى يَعْلَمَ كَعْلَمِيَّةَ أَنَّ هَذَا لَازِمٌ لَهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ تَخْتَلِفِ الرِّوَايَةُ فِيهِ، وَبِدَلَالَةِ عَلَيْهِ، أَوْ أَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ وَجْهَهُ أَظْهَرَ مِنْهُ فَإِنَّمَا أَنْ يَقْلِدَهُ فَلَمْ يَجْعَلْ ذَلِكَ لِأَحَدٍ بَعْدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ».

معنى هذا الفصل ما شرحه في الأُم فقال: «وَلَا يَقْبِلُ مِنَ الْمُشَيرِ إِلَى إِشَارَةٍ حَتَّى يَخْبِرَهُ أَنَّهُ أَشَارَ بِهِ مِنْ حَيْثُ يَلْزَمُ، وَذَلِكَ كِتَابٌ أَوْ سَنَةٌ أَوْ إِجْمَاعٌ أَوْ قِيَاسٌ عَلَى هَذَا، وَلَا يَقْبِلُ إِذَا قَالَ هَذَا لَهُ حَتَّى يَقْفَهُ عَلَيْهِ وَيَعْقُلُ مِنْهُ مَا عَقْلٌ، وَحَتَّى يَسْأَلُ هُلْ لَهُ وَجْهٌ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الَّذِي قَالَ، وَأَنَّ الْآيَةَ وَجْهَهُانَ، أَوْ سَنَةَ رَوْيَتْ مَخْفَفَةً، أَوْ سَنَةَ ظَاهِرَهَا يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ لَمْ يَعْمَلْ بِأَحَدِ الْوَجْهَيْنِ حَتَّى يَجِدْ دَلَالَتَهُ فِي كِتَابٍ، أَوْ سَنَةٍ، أَوْ إِجْمَاعٍ، أَوْ قِيَاسٍ عَلَى أَنَّ الْوَجْهَ الَّذِي [٩٤/١] عَمِلَ بِهِ هُوَ الْوَجْهُ الَّذِي يَلْزَمُهُ، وَالَّذِي هُوَ أَوْلَى بِهِ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي تَرَكَهُ، وَهَذَا لَا يَعْمَلُ بِالْقِيَاسِ أَبْدَأَ حَتَّى أَوْلَى بِالشَّهِيْدِ بِالْكِتَابِ أَوْ السَّنَةِ أَوْ إِجْمَاعِهِ». والمقصود أَنَّهُ لَا يَعْمَلُ بِالتَّقْلِيدِ إِنَّمَا يَعْمَلُ بِمَا يَؤْدِي إِلَيْهِ اجْتِهَادِهِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو يُوسُفُ، وَمُحَمَّدُ، وَأَحْمَدُ.

وقال أبو حنيفة: إنَّ كَانَ الْقَاضِي أَعْلَمَ مِنْ مُخَالِفِهِ عَمِلَ عَلَى اجْتِهَادِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ مُخَالِفُهُ أَعْلَمَ مِنْهُ عَمِلَ عَلَى اجْتِهَادِ مُخَالِفِهِ. وقال بعض أصحابنا بِيَغْدَادَ: إِذَا لَمْ يَبْيَنْ لَهُ حَكْمُ الْحَادِثَةِ جَازَ لَهُ تَرْكُ الْاجْتِهَادِ إِلَى قَوْلِ مِنْ يَوْافِقُهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْمَلَ بِقَوْلِ غَيْرِهِ وَهُوَ يَعْتَقِدُ خَطَأَهُ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ مَا تَقْدِمُ. وَاحْتَجَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ قَوْلُ مِنْهُ هُوَ أَعْلَمُ مِنْهُ عَنْهُ إِذَا

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/٥١).

صار إليه، فهو ضرب من الاجتهاد وهذا لا يصح؛ لأنَّه من أهل الاجتهاد يجوز له التقليد كما لو قلد من هو مثله.

وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأنَّ من هو أعلم منه يجوز عليه الخطأ، فإذا اعتقادَ أنَّ ما قاله خطأ لم يجز أن يعمل به، وجوز بعض العلماء تقليد علماء السلف، وجوز بعض أصحاب الحديث تقليد الصحابة والتابعين دون غيرهم لقوله عليه السلام: «خير الناس قرني ثم الذين يلونهم»^(١)، ومنهم من قال: يجوز تقليد الأربعة من الخلفاء ولا يجوز تقليد غيرهم. وقال بعضهم: يجوز تقليد أبي بكر وعمر - رضي الله عنهم - خاصة لقوله عليه السلام: «اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر»^(٢).

فإن قيل: ما قاله الشافعي - رضي الله عنه - خطأ؛ لأنَّه جعل القبول من النبي عليه السلام تقليداً. قلنا: لم يزد به حقيقة التقليد، وإنما أراد به القبول من غير السؤال عن وجهه، وهل يقع عليه اسم التقليد؟ فيه وجهان؛ فمن قال بتناوله الاسم احتاج بهذا الاستثناء، [٩٤/ب] فإن الشافعي - رضي الله عنه - استثنى ذلك من التقليد في الجواز، وهذا هو الصحيح من المذهب. ومن قال لا يتناوله قال: هذا استثناء من غير الجنس - أي التقليد - لا يجوز، لكن قبول قول رسول الله عليه السلام جائز.

فرع

لو لم يصل القاضي باجتهاده إلى حكم الحادثة ففي جواز تقليده فيها وجهان: قال ابن سريج: يجوز أن يقلد فيها للضرورة، وبأحكام فإنه ما من حاكم عالم إلا يجوز أن يشكل عليه أحکام بعض الحوادث. وقال أبو إسحاق: لا يجوز، بل يستخلف عليها من يحكم باجتهاده إن ضاق وقت الحادثة لا الحاكم ملزمه، فلا يجوز أن يلزم مالا يعتقد لزومه، وصورة التضييق أن يتقدم إليه مسافران في حادثة والقافلة ترحل ويختفان الانقطاع عنها.

فرع آخر

فإذا تقرر فساد التقليد وجب النظر في أصول الشرع ليصل إلى العلم بموجتها، وقال

(١) أخرجه البخاري في الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جود إذا أشهد (٢٦٥٢) ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم (٢٥٣٣) والترمذى في الفتنة عن رسول الله عليه السلام، باب ما جاء في القرن الثالث (٢٢٢١).

(٢) أخرجه الترمذى في المناقب عن رسول الله عليه السلام، باب في مناقب أبي بكر وعمر كليهما (٣٦٦٢) وابن ماجه في المقدمة، باب فضل أبي بكر الصديق (٩٧) وأحمد في «مسنده» (٢٢٧٣٤).

قوم من السلف: لا يجب النظر ويعوّل على الإلهام، وهذا غلط لقوله تعالى: «سَرِّيْهِمْ إِبَّيْتَنَا فِي الْأَنْقَافِ» [فصلت: ٥٣]، الآية، وقال أيضاً عزّ وجلّ: «وَمَا أَخْلَقْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ وَمَا حَكَمْتُهُ إِلَّا لِلَّهِ» [الشورى: ١٠]، يعني إما بالنص على حكمه، وإما بالنص على أصله.

فصل

ذكره القاضي الإمام صاحب «الحاوي» رحمة الله تعالى في هذا الموضع يتصل بالأصول والفروع، فأوردته على وجهه حتى لا يشد منه شيء، قال: إذا ثبت وجوب النظر في الأصول الشرعية فالسبب المؤدي إلى معرفة الأصول والعمل بها شيئاً: علم الحسن والعقل؛ لأن حجج العقل أصل لمعرفة الأصول، إذ لا تعرف صحة الأصول إلا بحجج العقول، ولذلك لم يرد الشرع إلا بما أوجبه العقل أو جزءه، ولم يرد بما حظره العقل [٩٥/أ] وأبطله، قال الله تعالى: «وَتَلَكَ الْأَمْتَلُ تَضَرِّبُهَا لِلنَّاسِ وَمَا يَعْقِلُهَا إِلَّا الْعَالَمُونَ» [العنكبوت: ٤٣]، أي لا يعلمها إلا العاقلون. وقال تعالى: «إِنَّ فِي ذَلِكَ لَذِكْرًا لِأُولَئِكَ الْأُنْهَى» [طه: ٥٤] أي العقول. والسبب الثاني في معرفة الأصول الشرعية معرفة لسان العرب، وهو معتبر في حجج السمع خاصة، قال الله تعالى: «وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ رَسُولٍ إِلَّا بِلِسَانٍ قَوْمِهِ» [إبراهيم: ٤] الآية، وهذا لأنه لا يخاطبهم إلا بما يفهمونه ليكون حجة لهم وعليهم. وقال تعالى: «إِسَاطُ الَّذِي يُلْحِدُونَ إِلَيْهِ أَعْجَمِيٌّ وَهَذِهِ لِسَانٌ عَرَفَتْ مُبِيتٌ» [النحل: ١٠٣]، فاحتاج الناظر إلى معرفة لسانهم، وموضع خطابهم، ليفرق بين الحقيقة والمجاز، وبين الإثبات والنفي، وبين المطلق والمقييد، وبين العام والخاص، وبين المفسر والمجمل، والناسخ والمنسوخ، والفاعل والمفعول، ويعرف صيغة الأوامر والنواهي، فإن قصر عنها لم يصح منه، ولا يعني به أن يكون عالماً بجميع لغتهم وإعراب كلامهم؛ لأن التشاغل به يقطعه عن عمل ما سواه، وإنما يعني به أن يكون عالماً بموضع كلامهم ومشهور خطابهم، وهو مشهور على أربعة وجوه؛ أمر، ونهي، وخبر، واستخار.

فاما من لا يقصد النظر المؤدي إلى العلم فالذى يلزم من معرفة العربية ما يجب أن يتلوه في صلاته من القرآن والأذكار دون غيره، فإذا جمع الناظر بين هذين الشيئين من العقل ولسان العرب صح منه النظر في الأصول.

واختلفوا في العبارة عن الأصل والفرع، فقيل: الأصل ما دل على غيره، والفرع ما دل عليه غيره، وقال آخرون: الأصل ما تفرع منه غيره والفرع ما تفرع عن غيره. ثم اعلم أن أصول الشرع أربعة: الكتاب، والسنّة، والإجماع، والقياس. فالأصل الأول: [٩٥/ب] كتاب الله تعالى الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، قال الله تعالى: «هَذَا كِتَابٌ

يُطْقُ عَيْتُكُم بِالْعَقْدِ» [الجاثية: ٢٩]، [وقال تعالى: «مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ»] [الأنعام: ٣٨]،
وقال تعالى: «وَمَا أَخْتَلَفْتُمُ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحَكْمُهُ إِلَيَّ اللَّهِ».

وكلام الله يشتمل على ثلاثة وجوه؛ أمر، ونهي، وخبر، وليس فيه استخبار لعلمه بما
كان وما يكون، وما ورد فيه على صيغة الاستخبار والاستفهام، فالمراد به تقرير أو عيد،
ومن أصحابنا من حل ما فيه بأنحس من هذه العبارة، فقال: لأنه يشتمل على إعلام وإلزام.

فالإعلام وعد أو عيد، وليس يخلو ما فيه من القصص من أن يراد به وعد أو عيد،
والإلزام أمر ونهي، فالأمر ما تقييد بلحظة، والنهي ما تقييد بتركه.

والأمر ينقسم بالقرائن ثلاثة أقسام، واجب، واستحباب، ومباح، فإن تجرد عن قرينة
كان محمولاً عند الشافعي على الوجوب إلا بدليل تصرفه عن ظاهره. وقال غيره: هو
محمول على الاستحباب، وقال جماعة: هو موقف، وما قاله الشافعي - رضي الله عنه -
أولى لفرق ما بين ورود الأمر وعدمه.

والنهي ينقسم إلى ثلاثة أقسام: تحريم، وكرامة، وتنزيه، فإن جرد عن قرينة؛ قال
الشافعي: «يحمل على التحريم والفساد». والأمر يقتضي فعل المأمور به مرة، ولا يحمل
على التكرار إلا بدليل. والنهي يقتضي ترك المنهى عنه دوماً. والنهي يقتضي الفور،
وفيما يقتضيه مطلق الأمر من الفور والترابي وجهان؛ أحدهما: يحمل على الفور
النهي، والثاني: على التراثي.

وقد يرد الأمر بلفظ الخبر كقوله: «وَالْمُطَلَّقُ يَرْبَضُ إِنْقِسَهُنَّ تَلَثَّةٌ فُرُوعٌ» [البقرة: ٢٢٨].
ويجوز أن يتوجه إليه الفسخ. وقال قوم: لا يجوز كالخبر، وهذا فاسد لأنه في معنى
الأمر، [٩٦/أ] ومطلق الأمر والنهي متوجه إلى جميع الأحرار من الرجال والنساء، وفي
دخول العبيد فيها ثلاثة أوجه:

أحدها: يدخلون فيه لتوجه التكليف إليهم.

والثاني: لا يدخلون فيه إلا بدليل؛ لأنهم أتباع الأحرار.

والثالث: إن تضمن الخطاب بعيداً توجه إليهم، وإن تضمن ملكاً أو عقداً أو ولاية لم
يدخلوا فيه.

إذا ورد الخطاب باللفظ المذكور لا يدخل النساء فيه إلا بدليل، كما لو ورد بلفظ
المؤنث لا يدخل فيه الرجال إلا بدليل، وهذا متفق عليه، وهذا مختلف فيه.

وما تضمنته شرائع من قبلنا فما لم يقصه الله تعالى علينا لم يلزمنا حكمه لانتقاء العلم بصحته، وأما ما قصه علينا في كتابه العزيز يلزمنا منه ما شرعه إبراهيم - عليه السلام - لقوله تعالى: **﴿فَإِنَّمَا أُوحِيَنَا إِلَيْكَ أَنْ أَتَيْعَ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا﴾** [النحل: ١٢٢]. وفي لزوم ما شرعه غيره من الأنبياء وجهان؛ أحدهما: يلزم لكونه حقاً ما لم يقم دليل على نسخة.

والثاني: لا يلزم لكونه منسوخاً.

فصل

اعلم أن الذي يشتمل عليه نصوص الكتاب في الأحكام خمسماة آية، وهي تنقسم ستة أقسام:

أحداها: العموم والخصوص، فالعموم الجمع والاشراك، وأقل الجمع ثلاثة، ومن جعل أقل الجمع اثنين جعلها أقل العموم والخصوص هو الانفراد، وأقل الشخص واحد، ويجوز أن يكون الشخص مخرجاً لأقل العموم إذا انطلق على الباقى اسم العموم كالاستثناء، ويكون المخصوص غير مراد بالعموم خلاف النسخ، ويصير المراد بالعموم الباقى منه بعد الشخص. ويجوز تخصيص العموم المؤكّد كما يجوز تخصيص العموم المطلق. وقال بعض العلماء: لا يخصّص المؤكّد منه، وهذا غلط لوجّه الاحتمال بعد التأكيد كوجوده من قبل. ثم العموم ثلاثة أحوال: [٩٦/ب] أحدها: أن يقترب به من الدلائل أو الشواهد ما يوجب حمله على العموم، كقوله تعالى: **﴿حَرَمَتْ عَيْتَكُمْ أَمْهَكُمْ﴾** [الناء: ٢٣] الآية، فهو محمول على العموم في تحريم الأمهات والبنات من تخصيص.

والثانية: أن يقترب به ما يدل على تخصيصه كقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا جَرَأَوْا الَّذِينَ يَحْمَلُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾** الآية **﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾** [المائدة: ٣٤] الآية.

والثالثة: أن يطلق، قال أهل الظاهر: لا صيغة للعموم توجب العمل بها، والواجب فيه التوقف حتى يقوم دليل على المراد بها كالمجمل. وقال بعض المتكلمين: يجب استعماله على عمومه ما لم يقم دليل على تخصيصه من غير نظر ولا اجتهاد امثلاً لوجب الأمر. وقال أهل العراق إنه قبل التخصيص مستعمل على عمومه من غير اجتهاد ولا نظر، وبعد التخصيص مجمل لا يستعمل إلا بعد البيان؛ لأنّه قبل التخصيص جليٌ وبعد التخصيص خفيٌ. والرابع: وهو مذهب الشافعى - رضي الله عنه - أن لمطلق العموم صيغة توجب النظر والاجتهاد في أدلة تخصيصه، فإن وجد ما يخصّه استعمل باقيه بعد تخصيصه وإن لم يوجد ما يخصّه أجري على عمومه، ولا يجوز استعماله قبل النظر، ولا يصير مجملًا بعد

التخصيص؛ لأنَّه قبل النظر والاجتهاد يكافِأ الاحتمال، وبعد إمعان النظر والاجتهاد يتراجع الاستعمال، وليس لزمان الاجتهاد والنظر وقت مقدر وإنما هو معتبر بما يؤديه الاجتهاد إليه من الرجاء والإياس.

واعلم أنَّ أدلة التخصيص تؤخذ من أحد أربعة أصول؛ الكتاب، والسنَّة، والإجماع، والقياس. فأما تخصيص الكتاب كقوله تعالى: «رَأَيْتُمْ لَتَّئِنَتْ يَرَبَّصَنْ يَأْنَسَهُنَّ ثَلَاثَةَ قُرُونَ» [البقرة: ٢٢٨]، لأنَّه خص منه المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى: «فَنَّا لَكُمْ عَيْنَهُنَّ مِنْ عَيْنَهُنَّ تَعْدُونَهُنَّ» [الأحزاب: ٤٩] الآية.

[٩٧/أ] وأما تخصيصه بالسنَّة كقوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوْا أَيْدِيهِمَا» [المائدَة: ٣٨]، خصه قوله ﷺ: «لا قطع في أقل من ربع دينار»^(١). وأما تخصيص الكتاب بالإجماع فإنَّ قوله تعالى: «يُوصِّيُكُمُ اللَّهُ فِي أُولَئِكُمْ لِلَّذِكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأَثْيَرِ» [النساء: ١١] خصه الإجماع بأنَّ العبد لا يورث، وخصته السنَّة في أنَّ القاتل والكافر لا يرثان، فصار بعضها مخصوصاً بالسنَّة وبعضها مخصوصاً بالإجماع.

وأما تخصيصه بالقياس مثل قوله تعالى: «الْأَرْبَةُ وَالرَّابِعُ فَاجْعِلُوْا كُلَّ وَجْهٍ وَهُنَّا يَأْتُهُمْ جَلَدٌ» [النور: ٢] الآية، ثم خص الأمة بنصف الحد بقوله تعالى: «فَتَبَرَّهُنَّ نَصْفُ مَا عَلَى الْمَسْكِنِ مِنْ الْعَذَابِ» [النساء: ٢٥]. ثم خص العبد بنصف الحد قياساً على الأمة، فصار بعض الآية مخصوصاً بالقياس. ويجوز تخصيص العموم بالقياس الجلي، وفي جواز تخصيصه بالقياس الخفي وجهان، فإنَّ عدم المجتهد أدلة التخصيص من أحد هذه الأصول الأربع جاز القياس على الخصوص في العموم، ولم يجز القياس على الباقي من العموم، مثاله أنَّ قوله تعالى: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوْا أَيْدِيهِمَا» [المائدَة: ٣٨] الآية، لما خص منه من سرق من ثمر أو كثر في سقوط القطع عنه، لم يجز أن تقسيس على قطع السارق قطع من ليس بسارق، وجاز أن تقسيس على سارق الثمر والتمر سارق غير الثمر والتمر في سقوط القطع عنه.

والفرق بينهما أنَّ العموم لما ضعف عن حكم استيفاء اسمه قوي معناه عن اجتناب غيره، والمخصوص لـما قوي حكمه عن استيفاء اسمه قوي معناه على اجتناب غيره.

والقسم الثاني المجمل والمفسر: فالمحسن هو الذي يفهم منه المراد، والمجمل هو الذي لم يفهم منه المراد، ومثله في الكتاب قوله تعالى: «وَمَأْتُوْا حَقَّهُ يَوْمَ حَسَابِهِ»

(١) ذكره ابن حزم في الأحكام (٣٦٣/٢).

(الأنعام: ١٤١)، قوله تعالى: [٩٧/ب] ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَأَلْوَأُوا الْرَّكْنَةَ﴾ [البقرة: ٤٣]. قوله ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموها مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»^(١).

فإن قيل: كيف جاز خطابهم بما لا يفهمونه من المجمل؟ قلنا: إنما جاز لأحد أمرين:

أحدهما: ليكون إجماله توطنه للنفوس على قبول ما يتعقبه من البيان، فإنه لو بدأ في تكليف الصلاة والزكاة ببيانهما جاز أن تنفر النفوس منهما ولا تنفر من إجمالها.

والثاني: أن الله تعالى جعل من الأحكام جلياً، وجعل منها خفياً، ليتفاصل الناس في العمل بها، ويثابوا على الاستنباط لها، وكذلك جعل منها مفسراً جلياً، وجعل منها مجملأ خفياً.

ثم أعلم أن المجمل ضربان: أحدهما: أن يقع الإجمالي في الاسم المشترك كالقراء بينطلق على الظاهر والحيض، والشقيق على الحمرة والبياض، فإن اقترب تنبية أخذ به، وإن تجرد عن تنبية أخذ به وإن تجرد واقترب به عرف عمل عليه، وإن تجرد عن تنبية وعرف وجوب الاجتهاد في المراد منها، وكان من خفي الأحكام التي وكل العلماء فيها إلى الاستنباط، فصار داخلاً في المجمل لخفائه وخارجاً عنه لإمكان استنباطه.

والثاني: الإجمالي في الحكم المبهم.

وهو ضربان: أحدهما: ما كان إجماله في لفظه، كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَأَلْوَأُوا الْرَّكْنَةَ﴾ [البقرة: ٤٣]، ﴿وَأَلْوَأُوا حَقْلَهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾ [الأنعام: ١٤١].

والثاني: ما كان إجماله بغيره، مثل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الْبَيْوَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] والربا صنف من البيوع، فصار به الباقى من البيوع مجملأ على قول كثير من أصحابنا. [٩٨/أ] وقال بعضهم، وهو عموم خصّ منه الربا، ومثاله من السنة قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٢)، وكلا الضربين مجمل يفتقر إلى بيان يفهم به المراد.

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب دعاء النبي الناس إلى الإسلام والنبوة (٢٩٤٦) ومسلم في الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا ر إله إلا الله (٢٠) والترمذى في الإيمان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا ر إله إلا الله (٢٦٠٦).

(٢) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس (١٣٥٢) وابن ماجه في الأحكام، باب الصلح (٢٢٥٣).

فإن قيل: التعبد بممثل هذا الخطاب قبل بيانه؟ قلنا: يلزم لأن النبي ﷺ بعث معاذًا - رضي الله عنه - إلى اليمن، وقال له: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، فإن أجابوك فأعلمهم أن في أموالهم حقًا يؤخذ من أغنيائهم فيرد في فقرائهم»^(١) فتعبدهم بالتزام الزكاة قبل بيانها، وفي كيفية تعبدهم بالتزامه وجهان: أحدهما: أنهم متبعدون قبل البيان بالتزامه بعد البيان.

والثاني: أنهم متبعدون قبل البيان بالتزامه مجملًا، وبعد البيان بالتزامه مفصلاً.

ثم أعلم أن البيان يختلف باختلاف المجمل وهو ضربان: أحدهما: ما وكل العلماء إلى اجتهادهم في بيانه من غير سمع يفتقر إليه، مثل قوله تعالى: «حَقٌّ يُعَطُّوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدِهِمْ وَهُمْ صَنَعُوْرُوك» [التوبه: ٢٩] فلم يزد سماع ببيان أقل الجزية حتى اجتهد العلماء في أقلها. وكقوله تعالى: «إِذَا تُؤْتِكُ لِلصَّالِحَةِ مِنْ يَوْمِ الْجَمْعَةِ فَأَسْعِنَا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ» [الجمعة: ٩] الآية، فأجمل ذكر العدد الذي تتعقد بهم الجمعة حتى اجتهد العلماء فيه. وكقوله تعالى: «لِئْنْ قَدْ دُوِّسْكُتْ مِنْ سَعْيِهِ» [الطلاق: ٧] الآية، فأجمل قدر النفقه حتى اجتهد العلماء في تقديرها، فهذا ونظائره من المجمل التي لا يفتقر إلى بيان السمع، في بيانه عن الرسول ﷺ؛ لأنه مأخوذ من أصول الأدلة المستقرة، وقد سأله عمر رسول الله ﷺ [٩٨/ب] عن الكلالة، فقال: «تكفيك آية الصيف»^(٢)، فوكله إلى الاجتهد ولم يصرح بالبيان..

واختلف أصحابنا في هذا النوع من البيان الصادر عن الاجتهاد هل يؤخذ قياساً أو تنبئها؟ على وجهين: أحدهما: يؤخذ تنبئها من لفظ المجمل وشواهد أحواله؛ لأن النبي ﷺ قال لعمر - رضي الله عنه: «تكفيك آية الصيف». فردها إليه ليستدل بما تضمنها من تنبئه وشاهد حالي.

والثاني: يجوز أن يؤخذ قياساً على ما استتر بيائه من نص أو إجماع؛ لأن عمر - رضي الله عنه - سأله عن قبْلَة الصائم، فقال: «أرأيت لو تمضمضت»^(٣) فجعل القبلة بغیر إزالت كالمضمضة من غير ازدراي.

(١) أخرجه البخاري في الزكاة، باب وجوب الزكاة (١٣٩٥) ومسلم في الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٩) والترمذي في الزكاة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهةأخذ خيار المال في الصدقة (٦٢٥).

(٢) أخرجه مسلم في الفرائض، باب إمارات الكلالة (١٦١٧) وابن ماجه في الفرائض، باب الكلالة (٢٧٢٦) وأحمد في «مستنده» (١٨٠).

(٣) أخرجه أحمد في «مستنده» (١٣٩).

والثاني من المجمل: ما يفتقر بيانه إلى السمع، كقوله تعالى: «وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَأَتُوا الزَّكُورَةَ» [البقرة: ٤٣]، لا يوصل إلى بيانه إلا من نص مسموع من كتاب أو سنة، فعلى هذا يجوز أن يتأخر بيانه وبيان تخصيص العموم عن وقت نزوله إلى وقت تقييده واستعماله أم لا؟ فعلى ثلاثة أوجه: أحدها: يجوز؛ لأن معاذًا - رضي الله عنه - أخر بيان الزكوة لأهل اليمن إلى الوقت الذي أخذها منهم.

والثاني: لا يجوز؛ لاختلاف أحوال الناس في الحاجة إلى البيان وللتحرز بتعجيله من احترام المنية للرسول ﷺ المبين.

والثالث: يجوز تأخير بيان العموم؛ لأنه قبل البيان مفهوم، ولا يجوز تأخير بيان المجمل لأنه قبل البيان غير مفهوم.

القسم الثالث: المطلق والمقييد، وهو أن يرد الخطاب مقيدياً بحال، أو وصف، أو شرط، ثم يرد من جنسه مطلق غير مقييد بوصف ولا شرط، والكلام فيه مشتمل على فصلين: أحدهما: في المقييد هل يجب أن يكون حكمه مقصوراً على الشرط المقييد به [٩٩/أ] أم لا؟.

والثاني: في المطلق هل يجب حمله على المقييد من جنسه أم لا؟
فأما الأول عندنا وعند جمهور العلماء ينقسم قسمين:

أحدهما: ما كان تقييده بالوصف في ثبوت حكمه فيثبت الحكم بوجوده وينتفي بعده، كقوله تعالى: «وَإِن كُثُرْتُمْ تَرْتَجِعُوا إِلَى سَفَرٍ» إلى قوله: «فَلَمْ يَهْدُوا مِنَ الْأَلْوَهِمْ مَنْ يَتَّمِمُوا» [المائدة: ٦]، فتقييد التيمم بالمرض والسفر شرطاً في إياحته، وهذا التيمم فيما كان معناه خاصاً.

والثاني: ما لا يكون بالوصف المقييد شرطاً في حكم الأصل ويعمم حكمه مع وجود الشرط وعده، كقوله تعالى: «وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الْأَصْلَةِ إِنْ خَفِطْتُمْ أَنْ يَقْتَلُوكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا» [النساء: ١٠١]، وليس الخوف شرطاً في جواز القصر، وكقوله في جواز الصيد: «وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعِمِّدًا فَجَزَاءُهُ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمَ» [المائدة: ٩٥]، ولا يكون العمد شرطاً في وجوبه.

وهذا القسم فيما كان معناه عاماً، والفرق بينهما يكون باعتبار معنى التقييد، فإن كان معناه خاصاً كالقسم الأول ثبت حكم التقييد، وإن كان معناه عاماً كالقسم الثاني سقط حكم التقييد. وقال داود وأهل الظاهر: لا معنى لهذا التقسيم، ويجري جميع المقييد على تقييده، ويكون شرطاً في ثبوت حكم ثبت بوجوده ويسقط بعده. ولا يعتبر معنى الأصل في عموم

ولا خصوص؛ لأن الاعتماد على النصوص دون المعاني عندهم، وهذا غلط؛ لأن الله تعالى قال: «وَلَا تَقْتُلُوا أُولَئِكُمْ خَيْرَةٌ إِلَّاتِقْ» [الإسراء: ٣١]، ولا يستباح قتلهم من إملاق كما لا يستباح مع وجوده، وقال تعالى: «وَلَا تُكَرِّهُوا فِتْنَتُكُمْ عَلَى الْبَغْيَةِ إِنَّ أَرْدَنَ تَحْصَنَا» [النور: ٣٣]، ولا يجوز الإكراه على البغاء وإن لم يردن تحصناً. فلما سقط حكم التقييد في هذا ولم يصر نسخاً جاز أن يسقط في غيره ولا يكون نسخاً، فإن خص هذا بدليل فقد جعلوا للدليل تأثيراً في إسقاط التقييد، وهو الذي ذكرنا. [٩٩/ب] فان قيل: فإذا سقط التقييد صار لغواً غير مقيد. قلنا: يتحمل ذكر التقييد مع سقوط حكمه أموراً:

منها: أمر يكون حكم السكوت عنه مأخوذ من حكم المنطوق به لاستعماله المجتهد فيما لم يجد فيه نصاً، فإن أكثر الحوادث غير منصوص.

ومنها: أن يكون التقييد تبييناً على غيره، كما قال تعالى: «وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأْمِنَهُ يُقْتَلُوا يُؤْذَنُهُ إِلَيْكَ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمِنَهُ يُدْيَنُكُمْ لَا يُؤْذَنُهُ إِلَيْكُمْ» [آل عمران: ٧٥] الآية، فنبه بالقطار على الكثير، ونبه بالدينار على القليل، وإن كان حكم القليل والكثير فيهما سواء.

ومنها: أن يكون الوصف هو الأغلب من أحوال ما قيد به، فيذكره لغليته كما قال تعالى: «فَإِنَّ خَفْتُمُ الَّذِي يُقْتَلُهُ حَذَدُوا اللَّهُ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا أَفْدَتُمُ بِهِمْ» [البقرة: ٢٢٩] الآية، وإن كانت مفادة الزوجين تجوز مع وجود الخوف وعدمه؛ لأن الأغلب من المفادة أن تكون مع الخوف.

وإذا احتمل هذه الأمور وغيرها صار وجود التقييد مقيداً مع سقوط حكمه وإن لم يكن لغواً.

فإذا تقرر هذا وجب النظر في كل مقيد، فإذا ظهر دليل على عدم تأثيره سقط حكم التقييد وصار في عموم حكمه كالمطلق، وإن عدم الدليل وجب حمله على تقييده وجعل شرطاً في ثبوت حكمه.

وأما حكم المطلق الوارد من جنس المقيد إذا جعل التقييد شرطاً في المقيد، فظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه - أنه يجب حمل المطلق على المقيد من جنسه ما لم يقم دليل على حمله على إطلاقه كما في العدالة في الشهود، وقوله تعالى: «وَأَسْتَهِنُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ يَجْالِكُمْ» [البقرة: ٢٨٢] يحمل على قوله تعالى: «وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» [الطلاق: ٢]، وعلى هذا حمل إطلاق العتق في كفارة الظهار على العتق المقيد بالأيمان في كفارة القتل، وظاهر مذهب أبي حنيفة - رحمة الله - أن المطلق محمول على إطلاقه ما لم يقم دليل [١/١٠٠] على الحمل على المقيد من جنسه.

وذهب أصحابنا إلى أن حكم المطلق بعد المقيد من جنسه موقوف على الدليل، فإن قام الدليل على تقييده قيد، وإن لم يقم على واحدٍ منها دليل صار كالذى لم يرد فيه نص فيعدل فيه إلى غيره من أدلة الشرع والاجتهاد في استنباط المعانى، ويصير احتماله لأمرٍ مبطلاً لحكم النص فيه، وهذا قول من ذهب إلى وقف العموم حتى يقوم دليل على تخصيص أو عموم. وهذا أفسد المذاهب؛ لأن النصوص المحتملة يكون الاجتهاد عائداً إليها ولا يعدل بالاحتمال إلى غيرها، ليكون حكم النص ثابتاً بما يؤدي إليه الاجتهاد من نفي الاحتمال عنه وتعيين المراد به. قال الإمام الماوردي: «والذى عندي وأراه أولى المذاهب في المطلق والمقيد أن يعتبر غلظ حكم المطلق والمقيد، فإن كان حكم المطلق أغلظ حمل على إطلاقه ولم يقيد إلا بدليل. وإن كان حكم المقيد أغلظ حمل المطلق على المقيد ولم يحمل على إطلاقه إلا بدليل؛ لأن التغليظ إلزام وما تضمنه الإلزام لم يسقط إلزامه بالإجمال». فإذا تقرر هذا الذي ذكرنا، ووجب حمل المطلق على المقيد كان ذلك مستعملاً في إطلاق الصفة، ولا يكون مستعملاً في إطلاق الأصل، مثاله: أن مسح اليدين في التيم المطلق، وفي الموضوع مقيد بالمرفقين فتحمل عليه. وأطلق ذكر الرأس والرجلين في التيم وذكراً في الموضوع، فلم يتحمل ترك ذكرهما في التيم على إثبات ذكرهما في الموضوع؛ لأن ذكر المرافق سنة وذكر الرأس والرجلين أصل. وقال ابن خيران: المطلق يحمل على المقيد في الأصل أيضاً، فالله تعالى ذكر الإطعام في كفارة الظهار ولم يذكر في كفارة القتل فيحمل عليها. وفي هذا إثبات أصل بغير أصل، فإذا ثبت حمل المطلق على المقيد فهل وجب عليه حمله من طريق اللغة أو من طريق الشرع؟ وجهان:

أحدهما: من طريق اللغة؛ لأن في لسان العرب موضوع لهذا.

والثاني: بالشرع [١٠٠/ب] المستقر على استنباط المعانى؛ لأن الأحكام لا تؤخذ إلا شرعاً من نص أو قياس.

إذا ورداً مقيدين من جنسٍ واحدٍ بشرطين مختلفين، وأطلق ثالث من جنسهما وجب حمل المطلق على إطلاقه ولم يجز حمله على أحد المقيدتين؛ لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، وحمل كل من المقيدتين على تقييد نظيره فينظر في صفتى التقييد فيما. فإن تناهى الجمع بينهما لم يحمل أحدهما على الآخر، واختص كل واحدٍ منهما بالصفة التي قيد بها، وذلك مثل تقييد صوم الظهار بالتتابع، وتقييد صوم التمتع بالتفرقة، ولا يمكن الجمع بين التتابع والتفرق فيختص كل واحدٍ منها بصفته، فإن أمكن اجتماع الصفتين ولم يتناهيا ففي حمل كل واحدٍ منهما على تقييد نظيره وجهان: أحدهما: لا يحمل إلا على ما قيد به إذا قلنا المطلق لا يحمل على المقيد إلا بدليل.

والثاني: يحمل على تقييده وتقيد نظيره، فيصير كل واحدٍ منها مقيداً بالصفتين إذا قلنا بجواز حمل المطلق على المقيد.

فعلى هذا يجوز أن يحمل ما أطلق من جنسهما على تقييدهما معاً، ويصير كل واحدٍ من النصوص الثلاثة المتجلسة مقيداً بشرطين.

والقسم الرابع: الإثبات والنفي، فينقسم ثلاثة أقسامٍ؛ إثبات تجرد عن نفي، ونفي تجرد عن إثبات، وما اجتمع فيه نفي وإثبات. فاما الأول فضربيان:

أحدهما: أن يقترب بحرف التحقيق فيكون إثباته نفياً لما عداه، كقوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات»^(١). وقوله عليه السلام: «إنما الولاء لمن أعتق»^(٢). وبسوء كان هذا الإثبات جواباً أو ابتداء. ولكن اختلف أصحابنا في النفي به هل هو بلفظ النطق أو بدلائه على وجهين:

أحدهما: أن الذي أوجب النفي بعد الإثبات هو دليل اللفظ دون اللفظ، فيكون دليل الخطاب هو الموجب للنفي؛ لأنها لفظة [١٠١/١] لجنس فجرى مجرى التأكيد.

والثاني: أنها أوجبت النفي والإثبات بنفس اللفظ؛ لأن لفظة إنما موضوعة في اللغة لإثبات ما اتصل ونفي ما انفصل عنها.

والثاني: أن يتجرد الإثبات عن حرف التحقيق، كقوله عليه السلام: «في سائمة الغنم زكاة»^(٣) وقوله: «القطع في ربع دينار» فلم يخرج حالتان:

أحدهما: أن يكون جواباً لسائل عن الزكاة في سائمة الغنم فقال: «في سائمة الغنم زكاة»، ولسائل عن القطع في ربع دينار، فقال: «القطع في ربع دينار»، فلا يكون هذا الإثبات نفياً لما عداه.

والثانية: أن يبدأ به الرسول عليه السلام فيقول مبتدئاً: في الغنم زكاة، فيكون هذا الإثبات نفياً لما عداه فلا يجب في غيرها، وهذا لأنه لا بد لتخصيص هذا بالذكر من موجب، فلما خرج عن الجواب ثبت وروده للبيان، وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعى - رضي الله عنه - وقول

(١) أخرجه البخارى في بده الوجى، باب بده الوجى (١) وأبو داود في الطلاق، باب فيما عني به الطلاق والنيات (٢٢٠١) وابن ماجه في الزهد، باب النية (٤٢٧).

(٢) أخرجه البخارى في الزكاة، باب الصدقة على موالى أزواج النبي (١٤٩٣) ومسلم في العتق باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، والترمذى في الوصايا عن رسول الله عليه السلام، باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعترض عند الموت (٢١٢٤).

(٣) ذكره ابن حجر في «تلخيص العبير» (١٥٦/٢).

جمهور أصحابه. وذهب ابن سريج وأبو حامد إلى أن حكم ما عدا الإثبات موقوف على الدليل لما تضمنه من الاحتمال، وهذا فاسد لما ذكرنا من التعليل.

وإذا انتفى حكم الإثبات عما عداه على ما بيناه فقد اختلف أصحابنا في موجب نفيه عنه على وجهين؛ أحدهما: أنه أوجب لسان العرب لغة، والثاني: أنه أوجب دليل الخطاب شرعاً.

وأما القسم الثاني في النفي إذا تجرد عن إثبات فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون جواباً لسؤال فلا يكون النفي موجباً لإثبات ما عداه، كقوله عليه السلام: «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان»^(١) لا يدل على التحرير بالثالثة.

والضرب الثاني: أن يتدىء الرسول عليه السلام فيقول: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور»^(٢) فدل على قبولها بالطهور، ويكون نفي الحكم عن تلك الصفة موجباً لإثباته عند عدمها، وهو الظاهر من مذهب الشافعى رضي الله عنه.

ويحتمل قول من جعل ما عدا الإثبات موقوفاً، وإذا كان حكم النفي مطلقاً يحتمل نفي الجواز ونفي الكمال لعمومه، كقوله عليه السلام: «لا صلاة إلا بطهور»^(٣)، فكان هذا النفي مانعاً [١٠١/ ب] من أجزائها.

فإن قام دليل على نفي الكمال حمل عليه، كقوله عليه السلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد»^(٤). ويجيء على مذهب من قال بوقف المحتمل بجعل هذا موقوفاً لأنه محتمل.

وأما القسم الثالث: الجامع للإثبات والنفي يشتمل على ثلاثة أنواع؛ الاستثناء، والشرط، والغاية.

فأما الاستثناء فالمعتبر في ثبوت حكمه ثلاثة أشياء:

(١) أخرجه مسلم في الرضاع، باب في المقصة والمصنتان (١٤٥١) وابن ماجه في التكالب باب لا تحرم المقصة ولا المصنتان (١٩٤٠).

(٢) أخرجه النسائي في الطهارة، باب فرض الوضوء (١٣٩) وأبو داود في الطهارة باب فرض الوضوء (٥٩) وابن ماجه في الطهارة وستتها، باب لا يقبل الله صلاة بغير طهور (٢٧٣) والدارمي في الطهارة، باب لا يقبل الصلاة بغير طهور (٦٨٦).

(٣) ذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (٢١٥/٨).

(٤) أخرجه الحاكم في «المستدرك» (١/ ٣٧٣).

أحداها: أن يرجع إلى أصل يبقى منه بعد الاستثناء بعضه وإن قل، فإن رفع جميعه لم يصح؛ لأنه يصير نسخاً، ويبطل حكم الأصل ويبطل الاستثناء.

والثاني: أن يكون الاستثناء من جنس الأصل ليصح به خروج بعضه، فإن عاد إلى غير جنسه صح عند الشافعي في المعنى دون اللفظ، وأبطله قوم في اللفظ والمعنى، وأجازه قوم في اللفظ والمعنى. مثاله أن يقول: لفلان على ألف درهم إلا دينار، فلا يجعل لفظ الدينار مستثنى من لفظ الدرارم؛ لأنه لا يجانسها، وإنما تجعل قيمته مستثنة من الدرارم؛ لأنه لا ينافيها فصار الاستثناء في المعنى دون اللفظ.

والثالث: أن يعلق على الاستثناء ضد حكم الأصل، فإن كان الأصل إثباتاً صار الاستثناء نفياً، وإن كان الأصل نفياً صار الاستثناء إثباتاً. فإن عاد الاستثناء إلى جمل مذكورة تقدمته يمكن أن يعود إلى جميعها، ويمكن أن يعود إلى بعضها، فعند الشافعي تعود إلى جميعها ما لم يخصه دليلاً، كقوله تعالى: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا» [المائدة: ٣٤]، فكان راجعاً إلى كل ما تقدم من القتل والصلب والنفي.

وقال أبو حنيفة رحمة الله: يرجع إلى أقرب مذكور إلا أن يقم دليلاً، كقوله تعالى: «فَتَعْرِيرُ رَقِبَةِ مُؤْمِنَةِ وَدِيَةِ مُسْلِمَةِ إِنَّهُ أَهْلُهُ إِلَّا أَنْ يَصْكِدَهُو» [النساء: ٩٢]، فرجع إلى الديمة دون الكفارة.

وكذلك ما اختلفا [١٠٢/١] في قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْءُونَ الْمُحَمَّدَتِ فَمَمْ لَرْ يَأْتُوا يَأْتُهُ شَهَادَةً» إلى قوله: «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا» [المائدة: ٤٥]، فعند أبي حنيفة ترجع التوبة إلى الفسق وحده؛ لأنه أقرب مذكور، وعندنا ترجع إليه وإلى قبول الشهادة اعتباراً بالعموم، ولا يرجع عندهما إلى الجلد لاختلافهما في التعليل، فعند أبي حنيفة لبعده عن أقرب مذكور، وعند الشافعي لخروجه بدليلاً، وهو أن حد القذف حق الأدمي فلا يسقط بالتوبة. وكذلك لم يجعل قوله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا حَطَّاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا حَطَّا فَتَعْرِيرُ رَقِبَةِ مُؤْمِنَةِ وَدِيَةِ مُسْلِمَةِ إِنَّهُ أَهْلُهُ إِلَّا أَنْ يَصْكِدَهُو» [النساء: ٩٢] عائداً إلى الكفارة؛ لأنها من حقوق الله تعالى التي لا تسقط بالغفو، ويكون عائداً إلى الديمة لسقوطها بالعموم.

وأما النوع الثاني وهو الشرط: فالشرط في اللغة هو العلامة، ومنه قوله تعالى: «فَقَدْ جَاءَ أَشْرَطَهُمْ» [محمد: ١٨]، أي علاماتها، ولهذا يُسمى الشرطي لتمييزه بعلامته. والشرط في الشرع هو الشيء الذي علق به الحكم لكونه علامة له. فإذا علق الحكم بشرط ثبت الحكم بوجوده وانتفى بعده، كقوله تعالى: «إِنْ أَخْبَرْتُمْ فَمَا أَنْتُمْ مِنَ الْمُكْنَىٰ» [البقرة: ١٩٦] الآية، فيتتعلق به إثبات ونفي، فيجري مجرى الاستثناء من وجيه وإن خالقه من وجيه. فوجه

اجتماعهما أنه قد يثبت حكماً وينفي حكماً. ووجه افتراقهما أن الشرط يثبت الحكم في حال وجوده وينفيه في حال عدمه، والاستثناء يجمع بين النفي والإثبات في حالة واحدة، وربما قيد الحكم فيقوم الدليل على ثبوت الحكم مع وجوده وعدمه فلا يتعلّق بالشرط إثبات ولا نفي، ويصرّفه الدليل بما وضع له من الحقيقة إلى ما قصد من المجاز، كقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يُؤْسِنُ مِنَ الْمَحِيطِ مِنْ يَسِيرَكُمْ إِنْ أَتَبْتَثَرْ فَعَدَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤]، وحكمها في العدة مع وجود الريبة وعدم الريبة سواء، فإن تجرد الشرط عن دليل حمل على موجبه في النفي والإثبات، وإن علق الشرط بجملة مذكورة عاد إلى جميعها ما لم يخصه دليل كالاستثناء. وجعلها أبو حنيفة [١٠٢/ ب] عائداً إلى أقرب مذكور. ودليلنا قوله تعالى: ﴿فَكَثُرَهُ، إِلَطَّاعُ عَشَرَةُ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا نُطْعِمُونَ﴾ إلى قوله: ﴿فَصَيَّامُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ﴾ [السادسة: ٨٩]، وهذا يعود إلى جميع ما تقدّم، ولا يعود إلى أقرب مذكور من تحرير الرقبة.

وأما الثالث: الغاية فهي على ثبوت الحكم قبلها وانتفائه بعدها، كقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَأَسْرِيُوا حَتَّى يَبْيَنَ لَكُمُ الْعَبْطُ الْأَيْضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَشَوَدِ مِنَ الْعَجَرِ﴾ [البقرة: ١٨٧]، فكان الفجر حدّاً لإباحة الأكل قبله وتحريمه بعده، فتعلق بالغاية إثبات ونفي كالاستثناء والشرط، غير أن الشرط موجب لثبوت الحكم بعده وانتفائه قبله، والغاية موجبة لثبوت الحكم قبلها، ولا ينافيها بعدها. فإن اقترنت بالغاية شرط تعلق الإثبات بها والنفي بأحدهما، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرِبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرُنَّ﴾ وهذا غاية، ثم قال: ﴿فَإِذَا نَظَرُهُنَّ فَأُوْفُرُكُمْ مِنْ حَيْثُ أَرْأَيْتُمُ اللَّهَ﴾ [البقرة: ٢٢٢]، وهذا شرط تعلق حكم الإثبات بوجود الشرط بعد الغاية، فلا يستباح وطئها إلا بالغسل بعد انقطاع الدم، وتنتفي الاستباحة بعدهما أو عدم أحدهما من غاية أو شرط.

وأما القسم الخامس: وهو المحكم والمتتشابه، فأصله قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ مَا يَتَّبِعُ تَحْكِيمَكُمْ﴾ [آل عمران: ٧]، وفي المحكم والمتتشابه للعلماء ثمانية أقوال: أحدها: وهو قوله ابن عباس وابن مسعود - رضي الله عنهم - المحكم الناسخ، والمتتشابه المنسوخ.

والثاني: المحكم الفرائض والوعد، والمتتشابه القصص والأمثال.

والثالث: المحكم الذي لم تكرر ألفاظه، والمتتشابه الذي تكررت ألفاظه.

والرابع: المحكم ما عرف العلماء تأويله وفهموا معناه، والمتتشابه ما لم يكن لهم إلى علمه سبيل، كقيام الساعة، وطلوع الشمس من مغربها.

والخامس: المحكم ما أحكم الله تعالى بيان حلاله وحرامه، فلم تتشبه معانيه، والمتتشابه ما اشتبهت معانيه.

[١٠٣/أ] والسادس: المحكم ما لم يحتمل من التأويل إلا وجهاً واحداً، والمتشابه ما احتمل من التأويل أوجهاً.

والسابع: المحكم ما قام بنفسه ولم يحتج إلى الاستدلال، والمتشابه ما لم يقم بنفسه واحتاج إلى الاستدلال.

والثامن: المحكم ما كانت معانيه أحكامه معقولة، والمتشابه ما كانت معانيه أحكامه غير معقولة، كأعداد الصلوة، والختصاص الصيام بشهر رمضان.

وفي قوله تعالى: **﴿هُنَّ أُمُّ الْكِتَبِ﴾** ثلاثة أوجه: أحدها: أنه أراد الآي التي فيها الفرائض والحدود؛ لأنها أكثر المقصود.

والثاني: أراد فواتح السور التي يستخرج منها القرآن.

والثالث: أراد معقول المعاني؛ لأنه يتفرع عنه ما يشاركه في معناه، فيصير الأصل كفرونه كالأم لحدوثها عنه، فلذلك يسمى أم الكتاب.

﴿فَإِنَّمَا الَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ رَبِيعٌ﴾ [آل عمران: ٧]، أي شك، وقيل: ميل عن الحق، **﴿فَيَتَبَعُونَ مَا تَشَبَّهُ بِهِ مِنْهُ أَيْقَاعَةَ الْقِتَّةِ وَأَيْقَاعَةَ تَأْوِيلِهِ﴾** [آل عمران: ٧]، فأراد به الأجل الذي أرادت اليهود أن يغروا من الحروف المقطعة في القرآن من انتصاف مدة النبي **ﷺ** بحسب الجمل.

والثاني: أنه معرفة غرائب القرآن في العلم بورود النسخ قبل وقته. **﴿أَيْقَاعَةَ الْقِتَّةِ﴾**: أي الشرك. وقيل: اللبس. وقيل: إفساد ذات البين. **﴿وَأَيْقَاعَةَ تَأْوِيلِهِ﴾**: أي التفسير، وقيل: إنه العاقبة المنتظرة. **﴿وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ﴾**: قيل: تأويل جميع المتتشابه؛ لأن فيه ما يعلمه الناس وفيه ما لا يعلمه إلا الله سبحانه وتعالى. وقيل: تأويله القيامة لما فيه من الوعد والوعيد [١٠٣/ب] كما قال تعالى: **﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلُهُ يَوْمَ يَأْتِي تَأْوِيلُهُ﴾** [الأعراف: ٥٣]، ويعني يوم القيمة، وقيل: تأويله. قوله: **﴿وَالرَّسُولُونَ فِي الْعُمُرِ﴾** يعني الثابتين فيه والعاملين به. وقيل: يعني المستبدين له والعالمين به، وفيهم وجهان:

أحدهما: أنهم دخلون في الاستثناء، وتقديره أن الذي يعلم تأويله هو الله تعالى والراسخون في العلم أيضاً يعلمونه. وقال مجاهد: قال ابن عباس - رضي الله عنهما: أنا من يعلم تأويله^(١).

(١) ذكره القرطبي في «تفسيره» (١٨/٤).

والثاني: أنهم خارجون من الاستثناء، ويكونون معنى الكلام: وما يعلم تأويله إلا الله وحده، ثم استأنف فقال: ﴿وَالرَّسُولُ يَقُولُونَ مَا مَنَّا بِهِ﴾ ﴿كُلُّ قَنْ عِنْدَ رَبِّنَا﴾ وهذا يتحمل وجهين؛ أحدهما: أن علم ذلك عند ربنا.

والثاني: ما فصله الله تعالى من المحكم والمتشابه منزل من عند ربنا، وإنما جعل الله تعالى كتابه محكماً ومتشابهاً استدعاً للنظر من غير اتكال على الخبر ليتبين التفاضل ويستجزل الشواب.

وروى معاذ - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «القرآن على ثلاثة أجزاء؛ حلال فاتبعه، وحرام فاجتنبه، ومتشابه يشكل عليك فكله إلى عالمه»^(١).

فإذا وضع ذلك فما تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام والأعلام ينقسم أربعة أقسام؛ أحدها: محكم في جميع أحواله، ومتشابه في أحواله، ومتشابه في حالٍ ومحكم في حالٍ، ومحكم من وجوه ومتشابه من وجوه. فاما الأول فضربان: مفهوم ومعقول، والفرق بينهما أن المفهوم [٤/١٠٤] ما لم يحتاج إلى فكري، والمعقول ما يحتاج إلى فكري.

والمفهوم ضربان: أحدهما: ما فهم بصربيح لفظه كقوله تعالى في تحريم المناكح: «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُنْهَىكُمْ» [الناء: ٢٢].

والثاني: ما فهم بمخرج خطابه مثل قوله تعالى في تحريم الخمر والقمار: «إِنَّمَا أَنْهَى
وَالْتَّبَرُ وَالْأَصَابُ وَالْأَذَلُمُ يَجْعَلُ مِنْ عَلَى الشَّيْطَنِ فَاجْتَبَيْهُ» [المائدah: ٩٠]، فدل وضع الخطاب على تحريمه.

واما المعقول فضربان: أحدهما: ما علم بالتنبيه، كقوله تعالى: «وَوَرَثَهُ أَبُوهُ فَلَمْ يَنْهِ
الثَّالِثُ» [الناء: ١١]، فنبه بثلث الأم أنباقي للأب.

والثاني: ما علم بالاستدلال، مثل تقدير أقل الحمل بستة أشهر بقوله تعالى: «وَكَمْلُهُ
وَفَصْلُهُ تَلْثَنَ شَهْرٌ» [الاحقاف: ١٥]، دل بقوله حولين على أنباقي من ثلاثين شهراً هو أقل الحمل.

فهذه الضروب الأربع ونظائرها محكمة غير متشابهة.

واما المتتشابه في الأحوال فضربان: أحدهما: ما تولجت فيه إشارة يتحمل الاستدلال بها كقوله تعالى في الكلالة: «وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأً وَلَهُ لَحْ أَوْ أَخْتُ» [الناء: ١٢] الآية، فسأل عمر - رضي الله عنه رسول الله ﷺ عن الكلالة فقال: «تكفيك آية

•

(١) ذكره الديلمي في الفردوس «بمأثور الخطاب» (٤١/٣).

الصيف^(١)، يعني قوله تعالى: **﴿يَسْأَلُونَكَ قُلْ أَللَّهُ يَقْبِلُكُمْ فِي الْكَلَلِ﴾** [النَّاسَ: ١٧٦] الآية، وإنما سماها آية الصيف؛ لأنها نزلت في الصيف، فلم يزده في البيان على الرد إلى الإشارة.

والثاني: ما تجرب عن الإشارة كالحروف المفردة في القرآن، مثل قوله تعالى: **﴿الَّرَبَّ﴾** و**﴿كَعَيْضَ﴾** (١)، فكانت على احتمال مشتبه غير أن المراد في الضرب الأول خفي، وفي هذا الضرب مبهم، وكلاهما من المتشابه.

وأما المتشابه في حال المحكم في حال فضريان؛ أحدهما: العموم إذا خص.

والثاني: المجمل إذا فسر، مما قبل البيان من المتشابه وبعد البيان من المحكم.

[١٠٤/ب] وأما المحكم من وجوه المتشابه من وجوه فضريان: أحدهما: أن يكون المتشابه في الموجب والمحكم في الواجب، مثل قوله تعالى: **﴿فَوَلَا تَقْتُلُوا النَّفَسَ الَّتِي حَرَمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِيقَ﴾** [الأنعام: ١٥١]، فالحق هو السبب الموجب وهو من المتشابه، وإباحة القتل هو الواجب وهو من المحكم.

والضرب الثاني: أن يكون المحكم في الموجب والمتشابه في الواجب، كقوله تعالى: **﴿وَمَأْتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ﴾** [الأنعام: ١٤١]، فالسبب الموجب هو استحصاد الزرع وهو من المحكم، والحق المؤدى هو الواجب وهو من المتشابه.

وأما القسم السادس: فهو الناسخ والمنسوخ؛ والنسخ: هو رفع ما ثبت حكمه بالشرع دون العقل؛ لأن واجبات العقول لا يجوز نسخها بشعر ولا عقل. والنسخ مختص بالأحكام المشتملة على الأوامر والنواهي دون الأخبار؛ لأن نسخ الخبر مفضي إلى دخول الكذب في ناسخه ومنسوخه، ونسخ الحكم إنما هو العلم بانتقضاء مدته، وهو مأخوذ في اللغة من نسخ المطر الآخر إذا أزالت، فسمى في الشرع نسخاً لزوال الحكم به، كما سمي به نسخ الأحكام الشرعية؛ لأنها معتبرة بالمصالح.

وقد تختلف المصالح باختلاف الأزمان، فيكون المنسوخ مصلحة في الزمان الأول دون الثاني، ويكون الناسخ مصلحته في الزمان الثاني دون الأول، فيكون كل واحد منهما مصلحة في زمانه وحسناً في وقته وإن تضاداً، ولا يكون بداء ورجوعاً فيستتبّع كما زعم قوم من اليهود؛ لأن البداء هو الرجوع فيما تقدم من أمير ونهي، والنسخ هو أمر بالشيء في وقتٍ ونهي عنه في وقتٍ فافترقا.

(١) تقدم تخرّجه.

ثم اعلم أن النسخ جائز في الكتاب والسنة؛ لأن كل واحدٍ منها أصل لأحكام الشرع، فإذا جاز [١٠٥/أ] في الكتاب الذي هو أصل السنة كان في السنة أجوز.

ثم الناسخ والمنسوخ في الكتاب والسنة يشتمل على تفصيل بيانه على سبعة أقسام؛ أحدها: ما يقع فيه النسخ.

والثاني: ما يقع به النسخ.

والثالث: في أحكام النسخ.

والرابع: في أحوال النسخ.

والخامس: في زمان النسخ.

والسادس: في دلائل النسخ.

والسابع: في الفرق بين التخصيص والنسخ.

فاما الأول: فقد ذكرنا أنه في الأوامر والنواهي الشرعية، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون مطلقة فيجوز نسخها وإن وردت بلفظ الخبر، ووهم بعض أصحابنا وقال: لا يجوز إذا وردت بلفظ الخبر اعتباراً بالأخبار، وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: اختصاص الأخبار بالأعلام، واختصاص النواهي بالإلزام.

والثاني: اختصاص الأخبار بالماضي والأوامر بالمستقبل، ولما تعلق بما ورد من الأوامر بلفظ الأخبار أحكام الأوامر دون الأخبار من هذين الوجهين، كذلك في حكم النسخ.

والضرب الثاني: أن يرد الأمر مؤكداً بالتأييد، ففي جواز نسخه وجهان: أحدهما: لا يجوز نسخه؛ لأن صريح التأييد مانع من احتمال النسخ.

والثالث: وهو الأشبه أنه يجوز؛ لأن المطلقة يقتضي التأييد كالمؤكدة؛ لأنه لما جاز انقطاع المؤيد بالاستثناء، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبِلُوا لَمَّا شَهَدَهُ أَبَدًا﴾ ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَأْبُوا﴾ [النور: ٤، ٥] الآية، جاز انقطاعه بالنسخ كالمطلقة.

والضرب الثالث: أن يكون الأمر مقدراً بمدة فيكون انقضاء المدة موجباً لانقطاع الأمر، فيصير نسخاً بغير نسخ، فإن أريد نسخه قبل انقضاء مدته ففي جوازه وجهان كالمؤيد.

وأما القسم الثاني: فالنسخ يكون بمثل المنسوخ، فنسخ الكتاب بالكتاب والستة بالستة، قال الله تعالى: «مَا نَسَّنَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُسِّنَهَا ثُمَّ أَتَتْ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا» [البقرة: ١٠٦]، وفي المراد بنسخها وجهان؛ [١٠٥/ب] أحدهما: تبديلها.

والثاني: نقضها. قوله تعالى: «أَوْ نُسِّنَهَا أَيْ نَزَّلْهَا فَلَا نَسْخَهَا وَجْهَانَ أَحَدَهَا أَيْ نَرَكَهَا فَلَا نَسْخَهَا».

والثاني: أراد نؤخرها، ومنه بيع النساء، أي نؤخر إنزالها.

وفي قوله: «ثُمَّ أَتَتْ بِخَيْرٍ مِنْهَا أَوْ مِثْلَهَا» وجهان: أحدهما: أراد بخير منها في المفعة، إما بالتحفيف وإما بكثرة الثواب.

والثاني: أنه على التقديم والتأخير، ومعناه نأت منها بخير.

وإذا كان كذلك لم يجز نسخ القرآن بالستة صرخ به الشافعي، ووافقه أصحابه، واختلفوا هل منع منه العقل أو الشرع على وجهين: أحدهما: منع منه العقل؛ لأنّه يمنع من اعتراض المأمور على الآخر.

والثاني: منع منه الشرع دون العقل؛ لأن التفويض إلى المأمور لا يمنع من مشاركة الأمر.

وجوز أبو حنيفة نسخ القرآن بالستة المستفيضة كما نسخت آية الوصايا، وهي قوله تعالى: «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ إِنْ تَرَكْ حَيَاً» [البقرة: ١٨٠] الآية، بقوله عليه السلام: «الا وصية لوارث»^(١). ودليلنا قوله تعالى: «وَإِذَا بَدَأْنَا مَآيِّهً مَكَانَ مَآيِّهً وَالله أَعْلَمُ بِمَا يَرَى» [التحل: ١٠١]، وقوله تعالى: «قُلْ مَا يَكُونُ لِهِ أَنْ يُبَدِّلَ مِنْ تِلْقَائِي نَقْسِي إِنْ أَتَيْعُ لِأَمَا يُوحَى إِلَيَّ» وروى جابر - رضي الله عنه - أن النبي عليه السلام قال: «كلامي لا ينسخ كلام الله تعالى وكلام الله ينسخ كلامي، وكلام الله ينسخ بعضه بعضاً»^(٢)، رواه الدارقطني رحمة الله، والذي نسخ آية الوصايا هو آية المواريث وكانت السنة بياناً. وأما نسخ السنة بالقرآن فظاهر مذهبنا الذي نص عليه في القديم والجديد أنه لا يجوز نسخ السنة بالقرآن، كما لا يجوز نسخ القرآن بالستة.

(١) أخرجه الترمذى في الوصايا عن رسول الله عليه السلام، باب ما جاء لا وصية لوارث (٢١٢١) والنسائي في الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث (٣٦٤١) وأبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث (٢٨٧٠) وابن ماجه في الوصايا، باب لا وصية لوارث (٢٧١٣).

(٢) أخرجه الدارقطنى في «ستة» (٤/١٤٥).

وقال ابن سريج: يجوز بخلاف ذلك؛ لأن القرآن أوكد من السنة، وخرجه قوله ثانية للشافعي - رضي الله عنه - من كلام تأوله في الرسالة، واستشهاده بأن الأمر أنفذ حكماً من المأمور.

[١٠٦/أ] ثم اختلف أصحابنا في طريق الجواز والمنع في الشع مع جوازه في العقل على ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يوجد سنة إلا ولها في كتاب الله تعالى أصل كانت السنة بياناً لجمله، فإذا ورد الكتاب بنسخها كان نسخاً لما في الكتاب من أصلها، فصار هذا نسخ الكتاب بالكتاب.

والثاني: أن الله تعالى يوحى إلى رسول الله ﷺ بما يخفيه عن أمته، فإذا أراد نسخ ما سنه للرسول ﷺ أعلم به حتى يظهر نسخه، ثم يرد الكتاب بنسخه تأكيداً لنسخ رسول الله ﷺ، فصار ذلك نسخ السنة بالسنة.

والثالث: نسخ الكتاب بالسنة يكون أمراً من الله تعالى لرسوله ﷺ بالنسخ، فيكون الله تعالى هو الأمر به والرسول ﷺ هو الناسخ، فصار ذلك نسخ السنة بالكتاب والسنة والله أعلم.

وأما القسم الثالث في أحكام النسخ فهو على خمسة أضرب. أحدها: ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته، والناسخ باقي الحكم والتلاوة، كنسخ العدة حولاً بأربعة أشهر وعشرين، ونسخ آية الوصايا بأية المواريث.

والثاني: ما نسخ حكمه وتلاوته والناسخ باقي الحكم والتلاوة كنسخ صيام أيام البيض بصيام شهر رمضان، ونسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة، كما قال ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أول ما نسخ باب الصيام الأول واستقبال بيت المقدس».

والثالث: ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته ونسخت تلاوة الناسخ وبقي حكمه، كقوله تعالى في حد الزنا: «وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ النَّفَخَةَ مِنْ يَسَابِكُمْ» [النَّاهَ: ١٥] الآية، نسخه قوله تعالى: «الشِّيخُ وَالشِّيخَةُ إِذَا زَنَيَا فَارْجُمُوهُمَا أَلْبَتْهُ نَكَالًاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»، قال عمر - رضي الله عنه -: [١٠٦/ب] كنا نقرأها على عهد رسول الله ﷺ، ولو لا أن يقال زاد عمر في كتاب الله لأتتها فيه^(١).

فإن قيل: فكيف يجوز أن يكون المنسوخ ناسخاً؟ قلنا: فيه جوابان:

أحدهما: أن النسخ إنما كان بالحكم دون التلاوة والحكم باق وإن نسخت التلاوة.
والثاني: يجوز أن يكون النسخ به قبل نسخ التلاوة.

والضرب الرابع: ما نسخ حكمه وتلاوته ونسخت تلاوة الناسخ وبقي حكمه، وهو ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن: عشر رضعات محرمات فنسخن بخمس معلومات، وتوفي رسول الله ﷺ وهن مما يقرأ في القرآن^(١). تعني في العمل بهن دون التلاوة، فكان المنسوخ مرفوع الحكم والتلاوة، والناسخ مرفوع التلاوة باق الحكم.

والضرب الخامس: ما نسخ حكمه وتلاوته وهو لا يعلم الذي نسخه، كما روي أنه كان في القرآن: لو كان لابن آدم واد من ذهب لا ينفعه إله ثانية، ولو كان له ثالث لا ينفعه إله ثالثاً، ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب ويتباه الله على من تاب. وروى أنس - رضي الله عنه - أنهم كانوا يقرأون: بلغوا إخواننا عنا أنا قد لقينا ربنا فرضي عنا ورضي عنا^(٢). ومثل هذا قد يكون رفعاً له في المعنى ولا يكون نسخاً له في الحكم، روي أن رجلاً قام من الليل ليقرأ سورة فلم يقدر عليها، وقام آخر ليقرأها فلم يقدر عليها، فسئل رسول الله ﷺ عنها، فقال: «رفعت البارحة».

وأما القسم الرابع: من أحوال النسخ، فهو على خمسة أضرب:

أحدها: ما نسخ إلى مثله في الخفة والغلظ، كنسخ استقبال بيت المقدس [١٠٧/١] باستقبال الكعبة.

والثاني: ما نسخ إلى ما هو أغلظ منه كنسخ صيام أيام البيض بصيام شهر رمضان، وإلزام في الزنا بالرجم.

والثالث: النسخ إلى ما هو أخف منه، كنسخ العدة حولاً بأربعة أشهر وعشرين، ونسخ مصايرة الواحد بعشرة في الجهاد بمصايرته لاثنين.

والرابع: ما نسخ إلى غير بدلٍ كنسخ قيام الليل في قوله تعالى: «يَنْهَا الْمَرْأَةُ

(١) أخرجه مسلم في الرضاع، باب التحرير بخمس رضعات (١٤٥٢) والنسائي في النكاح بباب القدر الذي يحرم من الرضاعة (٣٢٠٧) وأبو داود في النكاح، بباب هل يحرم ما دون خمس رضعات (٢٠٦٢) ومالك في الرضاع، بباب جامع ما جاء في الرضاعة (١٢٩٣).

(٢) أخرجه أبو عوانة في «مستنده» (٤٦٣/٤).

﴿فَوْ أَيْلَلَ﴾ [المزمول: ٢، ١]، بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَيْلَلَ فَنَهَجَّدْ بِهِ، نَافِلَةً لَكَ﴾ [الإسراء: ٧٩] الآية، فنسخ فرضه بغير بدل.

والخامس: ما نسخ فيه للتخيير بين شيئين بإسقاط أحدهما واحتدام الآخر، كقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطْمِئِنُونَ فِتَّيَهُ طَعَامٌ وَسِكِّينٌ﴾ [البقرة: ١٨٤] الآية، بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهَرَ فَلِيَصُمِّمْ﴾ [البقرة: ١٨٥] الآية.

وأما القسم الخامس في زمان النسخ فهو على ثلاثة أضرب؛ أحدها: يجوز فيه النسخ.

والثاني: لا يجوز فيه النسخ.

والثالث: فيه خلاف.

فأما الذي يجوز فيه النسخ فهو بعد اعتقاد المنسوخ والعمل به، فيجوز سواء عمل به كل الناس كاستقبال بيت المقدس، أو عمل به بعضهم كفرض الصدقة في مناجاة الرسول ﷺ نسخت بعد أن عمل بها علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وحده^(١). وأما الذي لا يجوز النسخ فيه فهو قبل اعتقاد المنسوخ والعمل به، فلا يجوز أن يرد النسخ لأن من شرط النسخ أن يكون بعد استقرار الفرض ليخرج عن البداء إلى الإعلام بالمرة.

فإن قيل: فقد روي في ليلة المعراج، أن الله تعالى فرض على أمته خمسين صلاة، فلم يزل ﷺ يراجع ربه فيها ويستغفر له حتى استقر الفرض على خمس^(٢). قلنا: كان هذا على وجه التقرير دون النسخ؛ لأن الفرض يستقر بنفوذ الأمر، ولم يكن من الله تعالى فيه أمر إلا عند استقرار الخمس.

وأما المختلف فيه [١٠٧/ ب] فورود النسخ بعد اعتقاد المنسوخ وقبل العمل به، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز كما لا يجوز قبل الاعتقاد لما ذكرنا من العلة، ليخرج من البداء إلى النسخ.

(١) ذكره ابن كثير في «تفسيره» (٤/ ٣٢٧).

(٢) أخرجه البخاري في الصلاة، باب كيف فرضت الصلاة في الإسراء (٣٤٩) ومسلم في الإيمان، باب الإسراء برسول الله ﷺ إلى السموات وفرض الصلوات (١٦٢) والنساني في الصلاة، باب فرض الصلاة وذكر اختلاف الناقلتين (٤٤٨).

والثاني: يجوز كما يجوز بعد العمل؛ لأن الاعتقاد من أعمال القلب دون العمل اختياراً لطاعتهم، كما أمر الله تعالى إبراهيم - عليه الصلاة والسلام - بذبح ابنه ثم نهاد قبل ذبحه فقال: ﴿فَلَمَّا أَنْبَلَّا وَكَلَّا لَتَحِينَ﴾ [١١] الآية، فاختبر بذلك طاعته ونهاد بعد الاعتقاد قبل الفعل.

والثالث: لا يجوز إلا أن يمضي بعد الاعتقاد وزمان العمل به، وإن لم يعمل به لاختصاص النسخ بقدير مدة التكليف وذلك موجود بمضي زمانه، فإذا استقر النسخ بما بنياه لم يلزم فرضه قبل ظهوره من الرسول ﷺ، وإن كان فرضه لازماً للرسول ﷺ، فإذا أظهره سقط عنه فرض الإبلاغ ولزم فرضه في الحال لكل من عمل به من الحاضرين. فاما فرضه على الغائبين عنه ففيه وجهان: أحدهما: يجب؛ لأن الله تعالى عهم بفرضه ولم يخص به حاضراً من غائب. والثاني: وهو الأشبه أنه لا يجب إلا بعد العلم، كما يلزم الحاضرين فرضه بعد إبلاغ الرسول ﷺ وإن تقدم فرضه على الرسول ﷺ، وكذلك استدامة أهل قيام في صلاتهم إلى بيت المقدس وتحولوا إلى الكعبة وينوا. وقال ابن عمر - رضي الله عنهما: كنا نخبار أربعين سنة لا نرى بذلك يأساً حتى أخبرنا ابن خديج أن النبي ﷺ نهى عن المخابرة فتركناها لقول رافع^(١)، ولم يتراجعوا فيما تقدم.

وأما القسم السادس في دلائل النسخ: [١٠٨/أ] وهو أن يرد في الشيء الواحد كلمات مختلقات، فهما ضربان:

أحدهما: أن يمكن استعمالها ولا يتنافي اجتماعهما وهو ضربان: أحدهما: أن يكون أعم من الآخر لعموم أحدهما وخصوص الآخر، فيقضي بالأخص على الأعم فيستثنى منه، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنْ﴾ [القرآن: ٢٢١]، وقال تعالى فيمن أباح نكاحهن: ﴿وَالْحَصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدah: ٥]، فقضى بعده بتلك، فصار كقوله تعالى: ولا تنكحوا إلا الكتابيات حتى يؤمن، وكان عموماً مختصاً ولم يكن ناسخاً ولا منسوحاً.

والثاني: تساوى الآيات في جواز تخصيص كل واحد منهم بالآخر، كقوله تعالى: ﴿وَإِن تَحْمِلُوا بَيْنَ الْأَخْتَيْنِ﴾ [الأنعام: ٢٣]، قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لَفْرُهُمْ حَفَظُونَ﴾ [٦] إلأى علّة آنفوجههم أَوْ مَا مَلَكُتْ أَيْمَنَهُمْ﴾ [المؤمنون: ٥، ٦]، فجاز أن يكون تحريم الجمع بين الأختين إلا بملك اليمين، وجاز أن يكون أباحه ملك اليمين إلا الجمع بين الأختين، فوجب الرجوع إلى دليل يوجب تخصيص إحديهما بالأخرى، ولذلك قال عثمان رضي الله عنه: أحلتهما آية

(١) أخرجه النسائي في الأيمان والثروز، باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض (٣٩١٧).

وحرمتهم آية^(١) والتحريم أولى، فهذا فيما أمكن استعمال الحكمين المختلفين فيه، وأنه يحمل على التخصيص دون النسخ إلا أن يقوم دليل على النسخ فيعدل بالدليل على استعمال التخصيص النسخ كآية الوصايا وآية المواريث، فقد كان يمكن استعمالها من غير نسخ، ولكن روي عن الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم قالوا: نسخت آية المواريث آية الوصايا، فعدل عن استعمال التخصيص إلى النسخ^(٢).

والضرب الثاني: أن يتنافي الحكمان، ولا يمكن استعمالهما فيعلم مع التنافي أن أحدهما ناسخ للأخر فيرجع إلى دلائل النسخ، فيستدل بها على الناسخ والمنسوخ، وهي خمسة دلائل مرتبة بقدم بعضها على بعض:

فأولها: أن يتقدم أحدهما ويتأخر الآخر، فيعلم أن المتأخر ناسخ للمرتب. فإن قيل: [١٠٨/ب] قوله تعالى في العدة: «يَرِئُنَّ إِلَيْهِنَّ أَزْيَاءَ أَشْهُرٍ وَعَشَرًا» [البقرة: ٢٢٤] ناسخ لقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْكُنَّ مِنْكُمْ وَيَرَوْنَ أَزْوَاجَهُمْ مَتَّعًا إِلَى الْحَوْلِ عَيْنَ إِخْرَاجٍ» [البقرة: ٢٤٠]، وهو متقدم عليه. قيل: هو متقدم عليه في التلاوة، ومتأخر عنه في التنزيل، وقد عدل بترتيب التلاوة عن ترتيب التنزيل بحسب ما أمر الله تعالى به للصلة التي استأثر بعلمها، فقد قيل: إن آخر آية نزلت قوله تعالى: «وَأَتَقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ» [البقرة: ٢٨١]، وهي متقدمة في سورة البقرة، وأول ما نزل من القرآن سورة سورة أقرأ، وهي متاخرة في المفصل والنسخ، إنما تختص بالمتاخر في التنزيل دون التلاوة.

فإن أشكل المتقدم والمتأخر، وجاز أن يكون كل واحداً منهم متقدماً أو متاخراً عدل إلى الدليل، وهو بيان الرسول ﷺ، فإن ثبت عنه بيان الناسخ من المنسوخ عمل عليه، وكانت السنة مبينة ولم تكن ناسخة. وإن عدم بيان الرسول ﷺ عدل إلى الدليل الثالث وهو الإجماع، فإن انعقد الإجماع على تعيين الناسخ والمنسوخ عمل عليه، وكان الإجماع مبيناً ولم يكن ناسخاً. وإن عدم الإجماع عدل إلى الدليل الرابع وهو الاستعمال، فإذا كان أحدهما مستعملاً والآخر متروكاً كان المستعمل ناسخاً والمتروك منسوخاً. فإن لم يوجد في الاستعمال بيان إما لاشبهه أو لاشراكه عدل إلى الدليل.

الخامس: وهو الترجيح ب Shawāhīd al-Asūl و الأدلة وكانت غاية العمل به. وقال بعض أهل العلم: كل آية منسوخة ففي ضمن تلاوتها ما يدل على أن حكمها غير ثابت على

(١) أخرجه مالك في «الموطأ»، في النكاح، باب ما جاء في كراهة إصابة الآخرين بملك اليدين (١١٤٤).

(٢) تقدم ذكره.

الإطلاق، كقوله تعالى في سورة النساء في حد الزنا: «فَإِنِّي كُوْنُتُ فِي الْمَوْتِ أَوْ يَجْعَلُ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا» [النساء: ١٥]، أن حكمها لا يدوم، فنسختها آية النور في قوله تعالى: «الَّذِي أَنْزَلَنَا إِلَيْنَا فَاجْلِدُو إِلَيْنَا مَنْ يَعْلَمُ مِنْهُمْ» [النور: ٢] الآية، [١٠٩/١] ولهذا قال النبي ﷺ: «خذوا عنِّي، خذوا عنِّي، قد جعل الله لهن سبيلا»^(١) الخبر. وهذا الذي ادعاه هذا القائل يبعد أن يوجد في كل آية منسوخة، لكنه معتقد لمذهب أبي حنيفة في أن الزيادة على النص تكون نسخاً، فيجعل ذلك من شواهد المنسوخ، وليس الزيادة على النص عندنا نسخاً.

وأما القسم السابع في الفرق بين التخصيص والنسخ: والفرق بينهما من خمسة أوجه: أحدها: أن تخصيص العموم يجوز أن يكون مقترباً به ومتقدماً عليه ومتاخراً عنه، ولا يجوز أن يكون الناسخ متقدماً على المنسوخ ولا مقترباً به، بل يجب أن يتاخر عنه.

والثاني: التخصيص بيان ما أريد بالعموم، والنسخ بيان ما لم يرد بالمنسوخ.

والثالث: تخصيص العموم يجوز أن يكون بغير جنسه بخلاف النسخ.

والرابع: يجوز التخصيص في الأحكام والأخبار، والنسخ يختص بالأحكام.

والخامس: التخصيص على الفور، والنسخ على التراخي. فهذا كله بيان الأقسام السبعة من أحكام الأصل وهو الكتاب.

وأما الأصل الثاني وهو أصل الشرع؛ السنة: وهذا لأن الله تعالى ختم برسوله ﷺ النبوة وكمل بها الشريعة، وجعل الله بيان ما أخفاه من مجملٍ ومتباينٍ، وإظهار ما يشرعه من أحكام ومصالح، فقال تعالى: «وَأَنَّزَلَنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نَزَّلَ إِلَيْهِمْ» [النحل: ٤٤].

ولما جعله الله تعالى بهذه المنزلة أوجب على الناس طاعته في قبول ما يشرعه لهم وامتثال ما يأمرهم به وينهائهم عنه، فقال تعالى: «وَمَا أَنْتُمُ الرَّسُولُ فَحَذِّرُهُ وَمَا أَنْتُمْ عَنْهُ فَانْهَوْهُ» [الحشر: ٧] الآية، فأوجب عليه لأمته أمرين؛ البيان والبلاغ، قال الله تعالى: «إِنَّمَا يَأْمُرُهُمُ الرَّسُولُ بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ» [المائدة: ٦٧] الآية، وأوجب للرسول على أمته ﷺ أمرين؛ طاعته في قبول قوله، [١٠٩/١] وأن يبلغوا عنه ما أخبرهم به، كما قال ﷺ: «لَيَلْعَنَنِي مَنْ كَفَرَ بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ وَلَيَأْمُرَنِي مَنْ كَفَرَ بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكُمْ الشَّاهِدُ الْغَائِبُ»^(٢). وقال ﷺ: «بَلَّغُو عَنِّي وَلَا تكذِّبُو عَلَيَّ، فَرَبُّ مَبْلَغٍ أَوْعَى مِنْ سَامِعٍ،

(١) أخرجه مسلم في الحدود، باب حد الزنى (١٦٩٠) وأبو داود في الحدود، باب في الرجم (٤٤١٥) وأحمد في «مسنده» (١٥٤٨٠) والدارمي في الحدود، باب في تفسير قول الله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلاً (٢٣٢٧).

(٢) أخرجه البخاري في الفتنة، باب قول النبي لا ترجعوا بعدي كفاراً يضرب بعضكم (٧٠٧٨) ومسلم =

ورب حامل فقهه إلى من هو أفقه منه^(١).

ولما كان الرسول ﷺ لا يقدر أن يبلغ جميع الناس للعجز عنه، اقتصر على إبلاغ من حضر لينقله الحاضر إلى الغائب. ولما لم يبق فيهم إلى الأبد، وكل من يأتي في عصرٍ بعد عصر يأخذون عنهم تقدمهم من عصرٍ لينقل عنه كل سلفٍ إلى خلفه، فيستديم على الأبد نقل سنته، وينعلم جميع من يأتي بشرائعه، فصار نقل الأخبار عنه أصلاً من أصول الشرع.

ثم الأخبار على ثلاثة أصناف؛ أخبار استفاضة، وتواتر، وأحادي.

فأما الاستفاضة: أن تبدو منتشرة من البر والفاجر، ويتحققها العالم والجاهل، فلا يختلف فيها مخبر، ولا يشكك فيها سامع، ويكون انتشارها في ابتدائها كانتشارها في آخرها، وهذا أقوى الأخبار حالاً وأثبتها حكماً. وأما التواتر فما ابتدأ به الواحد بعد الواحد حتى يكثُر عددهم ويبلغوا قدرًا ينتفي عن مثلهم التواطؤ والغلط، ولا يعترض في خبرهم تشكيك ولا ارتياح، فيكون في أوله من أخبار الأحادي، وفي آخره من أخبار التواتر، فيصير مخالفًا لخبر الاستفاضة في أوله وموافقًا له في آخره، ويكون الفرق بين خبر الاستفاضة وخبر التواتر من ثلاثة أوجه: أحدها: ما ذكرنا من اختلافهما في الابتداء واتفاقهما في الانتهاء.

والثاني: أن أخبار الاستفاضة لا يراعى فيها عدالة المخبر وفي التواتر يراعى.

والثالث: أن أخبار الاستفاضة [١١٠/أ] ينتشر من غير قصد لروايتها، وأخبار التواتر ما انتشر عن قصد لروايتها.

ثم يستوي الخبران في انتفاء التشكيك عنهم ووقوع العلم بهما، وليس العدد فيها محصوراً ليكون أنفي للارتياح وأمنع من التصنع، وإنما الشرط فيهما أن ينتفي عن المخبرين بهما جواز التواطؤ على الكذب، ويمتنع اتفاقهم في السهو والغلط حتى يزول الشك ويحصل اليقين، ثم ينتهي إلى عصرٍ بعد عصرٍ على مثل هذه الحال، فالمستفيض من أخبار السنة مثل عدد الركعات، والمتواتر فيها مثل نصب الزكوات. فإن قيل: فقد استفاض في النصارى قتل عيسى - عليه السلام - وقد أخبر الله تعالى بکذبهم. قيل: إنما استفاض عن أربعة نفرٍ، ثم استفاض عنهم الخبر فصار أصله من أخبار الأحادي وانتشاره من أخبار الاستفاضة.

= في القسامه والمحاربين والقصاصين والديات، باب لغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال (١٦٧٩) وابن ماجه في المقدمة، باب من بلغ علمًا (٢٣٣).

(١) تقدم تخرجه.

وأما أخبار الآحاد فهو: ما أخبر به الواحد والعدد القليل الذي يجوز على مثلهم التواطؤ على الكذب، أو الاتفاق في السهو والغلط، وهي على ثلاثة أضرب؛ أخبار المعاملات، وأخبار الشهادات، وأخبار السنن والديانات.

فأما أخبار المعاملات فلا يراعى فيها عدالة المخبر، وإنما يراعى فيها سكون النفس إلى خبره، فيقبل من كل بري وفاجر، ومسلم وكافر، وصغير وكبير. فإذا قال واحد منهم: هذه هدية فلان إليك جاز القبول وينصرف فيها بقوله، ولذلك لو قال: قد أذن لك فلان في دخول داره، وإنما لا تعتبر فيه العدالة؛ لأن العرف جاز باستنابة أهل البذلة فيه، ومن خرج عن حد الصيانة وذلك منافي لشروط العدالة. وأما أخبار الشهادات فيعتبر فيها شرطان ورود الشرع بهما وانعقد الإجماع عليهما:

أحدهما: العدالة؛ لأن المتذبذب لها أهل الصيانة، فتعتبر العدالة ليكونوا من أهل الصدق والصيانة [١١٠/ب].

والثاني: العدد على ما ورد الشرع به من الاختلاف، فصارت الشهادة من هذين الوجهين أغلظ من أخبار المعاملات وإن كانوا جمِيعاً من أخبار الآحاد. وأما أخبار السنن في العبادات، فمختلف في قبول أخبار الآحاد فيها. فقال الأصم وابن علية: لا يقبل ويعدل إلى غيرها من أدلة الشرع؛ لأنها لا توجب العلم فلا توجب العمل. وذهب الجمهور إلى قبولها ووجوب العمل بها، لقوله تعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لَّيَتَنْفَقُهُوا فِي الَّذِينَ وَلَيَتَنْذِرُوا قَوْمَهُمْ﴾ [التوبه: ٢٢] الآية، فلو لم تلزم الحجة بالأحاديث النافرة لأمر فيه بالتواتر والاستفاضة، ولأن النبي ﷺ بعث معاذًا - رضي الله عنه - إلى اليمن، فنقل السنن وعلمهم العبادات ونصب الزكوات قبلوا. وقال بعض أصحاب الحديث: لا يجوز قبول خبر من لا يوافقه على مذهبه وهذا غلط، ويؤدي إلى إطراح أكثر السنن، ولأنه لما سقط عن رسول الله ﷺ فرض البلاغ بذلك للأحاديث لزم فيها قبول أخبار الآحاد، ولأنه يجوز العمل على قول مفتى واحد وهو ما في أحكام الدين سواء. وذهب بعض أهل العراق إلى أنها لا تقبل إلا عن اثنين حتى تتصال بالرسول ﷺ كأقل الشهادات.

وذهب آخرون إلى أنها لا تقبل إلا من أربعة عن أربعة كأكثر الشهادات. وعند الجمهور خبر الواحد والجماعة في وجوب العمل بها واحد، وقد عمل أبو بكر - رضي الله عنه - في ميراث الجدة على خبر الواحد، وأخذ الجزية من المحبوس. وعمل عمر - رضي الله عنه - على خبر الواحد في دية الجنين^(١)، لأن ما يجوز على [١١١/أ] الواحد

يجوز على الاثنين والأربعة وليس اعتبار أخبار السن بالشهادة أولى من اعتبارها بأخبار المعاملات؛ لأنها واسطة بينهما فاعتبر فيها العدالة كالشهادة، وقبل فيها خبر الواحد كالمعاملة.

ثم أعلم أنه يجب العمل بما تضمنها ما لم يمنع منه العقل. وقال أبو حنيفة: لا يعمل بها إذا خالفت الأصول ولهذا ردّ خبر المضرة وخبر... وقال مالك: لا يعمل بها إذا خالفت عمل أهل المدينة، ولذلك لم يعمل على خبر خيار المجلس وهو الراوي له، وهذا غلط؛ لأن الخبر أصل فلم يجز أن يدفع بأصلٍ وهو حجة على أهل المدينة فلم يدفع بعلمهم.

وإذا وجب العمل فهو غير موجب للعلم الباطن بخلاف المستفيض والمتواتر، وهل يوجب العلم الظاهر؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يوجب؛ لأن ظاهر العلم من نتائج باطنه فلم يفترقا. والثاني: يوجب؛ لأن سكون النفس إليه موجب له ولو لاه لكان ظناً.

ثم الكلام في السنن يشتمل على فصلين؛ أحدهما: في أحوال الرواية الناقلين لها. والثاني: في أحكام المتون المعول عليها.

فأما الأول فيه خمسة فصول؛ أحدها: في صفات الراوي.

والثاني: في شروط التحمل. والثالث: في صيغة الأداء.

والرابع: في أحوال الإسناد.

والخامس: في نقل السماع.

فأما الأول: فيعتبر فيه أربعة شروط؛ أحدها: البلوغ، فإنه لا حكم لقول الصغير في حق نفسه فكيف في حق غيره.

والثاني: العقل، ولا يقتصر على الذي يتعلّق به التكليف حتى ينضم إليه التيقظ والتحفظ، فيفرق بين الصحيح والباطل ليصح تمييزه.

والثالث: [١١/ب] العدالة في الدين؛ لأن الفاسق مردود القول فيه، قال الله تعالى: «**يَتَأَلَّمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَالْيُسُوقُ بِنَكَرٍ فَتَبِعُوهُمْ**» [الحجرات: ٦].

ولا يرد خبر أهل الأهواء والبدع ما لم يكفروا غيرهم، ويظهروا عنادهم، وقد اتهم بذلك كثير من التابعين فما ردت به أخبارهم، وشدد بعض أصحاب الحديث فقال: لا يقبل خبرهم، وقد ذكرنا ذلك من قبل.

والرابع: أن يكون مأمون الزلل، شديد اليقظة، بعيداً من السهو والغفلة حتى لا يشتبه عليه الكذب بالصدق، ويكون على ثقة من نفسه ويكون الناس على ثقته به.

وحكى عن مالك - رحمه الله - أنه قال: لقد سمعت من سبعين شيئاً أتقرب إلى الله تعالى بادعيتهم لا أروي عن أحدهم. وإنما قال هذا لأنهم كانوا أهل سلامة لا تؤمن غفلتهم وإن قويت دياتهم.

ولا فرق بين الجاهل والعالم إذا كان ضابطاً؛ لأن الصدر الأول قبلوا روايات الأعراب وأهل البوادي، وقال رسول الله ﷺ: «رب خامل فقه إلى من هو أفقه منه»^(١). ويقبل خبر الأعمى وإن لم تقبل شهادته، وكذلك يقبل خبر العبد والمرأة؛ لأن فتواهما مقبولة لاختصاصه بالدين.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل أخبار النساء في الدين إلا أخبار عائشة وأم سلمة رضي الله عنهما. هكذا ذكر صاحب «الحاوي» عنه ولا يصح، قلنا: لو كان نقص الأنوثة مانعاً لعم، ولأنه يقبل قول المرأة في الفتوى وهو أغلظ.

وأما شروط التحمل فللمستمع أربعة أحوالٍ؛ أحدها: أن يسمعه من لفظ المحدث.
والثاني: أن يقرأه عليه.

والثالث: أن يجيزه المحدث.

والرابع: أن يكتبه المحدث. فأما الأول فيصبح تحمله عنه سواء كان عن قصد واسترقاء، أو كان باتفاق ومذكرة بخلاف الشهادة، ويجوز أن يكون المحدث أعمى أو أصم، ولا يصح السمع إن كان المتحمل أصم ويصح إن كان أعمى.

وأما [١١٢/أ] قراءة المستمع على المحدث فيصبح تحمله كما لو قرأه المحدث، وكذلك لو قرأه غير المستمع على المحدث كان كما لو قرأه المستمع، ومن شرط صحة السمع في هذا شيئاً: أحدهما: أن يكون المحدث سميعاً، فإن كان أصم لم يصح

والثاني: أن يعترف المحدث بصحمة ما قرأه عليه، ولا يصح التحمل إن لم يعترف به، ويجوز أن يكون القارئ أصم.

(١) أخرجه الترمذى في العلم عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في البحث على تبليغ السمع (٢٦٥٦) وأبى داود في العلم، باب فضل نشر العلم (٣٦٦٠) وأبى ماجه في المقدمة، باب من بلغ علماً (٤٣٠) وأحمد في «مستنده» (١٢٩٣٧).

وأما الإجازة فلا يصح التحمل بالإجازة عند الشافعي - رضي الله عنه - وجماعة، وأجازه بعض أصحاب الحديث في الأحوال. وقال بعضهم: يعتبر في صحة الإجازة أن يسلم الكتاب من يده عند إجازته، فيصح التحمل إذا قال: قد أجزت لك ما في هذا الكتاب، ولا يصح إن لم يسلم الكتاب. وقيل: لو صحت الإجازة بطلت الرحلة، وقد يتدلّس في الإجازة الفاسد بالصحيح والمجهول بالمعروف.

فأما المكابحة: فلا يصح فيها التحمل.

فإن قيل: فقد كتب رسول الله ﷺ إلى عماله في السنن والأحكام كتبًا عملوا عليها وأخذ الناس بها، منها كتابه لعمرو بن حزم في الديات^(١)، والصحيفة التي أخذها أبو بكر - رضي الله عنه - من قراب سيفه في تنصيب الزكوات. قلنا: قد كانت ترد مع رسول يعول على خبرهم بها.

ويصح سماع غير البالغ إذا كان مميزاً سمع ابن الزبير وكان ابن تسع سنين حين مات رسول الله ﷺ، وسمع ابن عباس - رضي الله عنهما - قبل بلوغه وقبل الناس روایتهما بعد البلوغ. وهكذا لو كان كافراً ثم أسلم، أو كان فاسقاً ثم اعتدل؛ لأن شرط صحة التحمل صحة التمييز وحده.

وأما صفة الأداء: فيعتبر في المحدث إذا روي بعد ما قدمناه من شروط التحمل شرطان؛ أحدهما: ذكر إسناده.

والثاني: التحرى في لفظ متنه. ثم له حالتان:

إحداهما: أن يحدث من حفظه فيصح السماع منه [١١٢/ب] إذا وثق بحفظه.

والثانية: أن يحدث من كتابه، فإن كان أعمى لا تصح روایته من كتابه لأن الكتب قد تشبه عليه، وإن كان بصيراً صح أن يروي كتابه بشرطين؛ أحدهما: أن يكون واثقاً بكتابه.

والثاني: أن يكون ذاكراً لوقت سماعه. فإن أخل أحدهما لم تصح روایته.

ومنع أبو حنيفة - رحمة الله - أن يروي من حفظه كما لا يجوز للشاهد أن يشهد من حفظه، ولا يصح هذا لقوله ﷺ: «قيدوا العلم بالكتاب»^(٢). ولو لم يصح الرجوع إليه لكان الأمر بتقييده غير مفيد. وروي أن رجلاً شكا إلى رسول الله ﷺ النسيان، فقال له: «حرك

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (٨٥/٨).

(٢) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣٨٣/٢).

يدك»^(١)، أي اكتب حتى ترجع إذا نسيت إلى ما كتبت. وقد كتب عثمان - رضي الله عنه - حين جمع القرآن عدة مصاحف ونفذهما إلى الأمصار، فحفظ المسلمون منها القرآن.

والفرق بين الشهادة والخبر أن الشهادة يفترق فيها حال الشاهد والمشهود عليه فتغليظت بالحفظ كما تغليظت بالعدد، وفي الحديث يشترك المحدث والمستمع فتحفظت بالكتاب. وقد صارت الرواية في عصرنا من الكتاب أثبت عند أصحاب الحديث من الحفظ لما يرجعون إليه من شواهد الأصول في صحة السمع.

ويجوز أن يقول المحدث في روايته: «حدثنا» و«أخبرنا» و«أحدثنا» وهو عند الشافعي سواء في الحكم، ولكن الأولى في عرف أصحاب الحديث أن يسمع من لفظ المحدث أن يقول: «حدثنا» وإن قرأه على المحدث أن يقول: «أخبرنا» وإن سمع وحده قال: «حدثني» و«أخبرني»، وإن سمع مع جماعة قال حدثنا وأخبرنا لتكون هذه الحروف تذكيراً بأصل السمع وإن كانت في الحكم سواء. ويجوز أن يقبل في رواية المحدث فيما يعود نفعه إليه، ولا يجوز ذلك في الشهادة، وهذا لاشتراك الناس في السنن والديانات وافتراقهم في الشهادات. [١١٣/أ] وإذا أسنذ الراوي حديثه من رجل، فأنكر ذلك الرجل الحديث أو نسيه لم يقبح في صحة الرواية، ولا يجوز للمحدث أن يرويه عن المستمع إن أنكره، ويجوز أن يرويه عنه إن نسيه، وقد روى ربيعة بن عبد الرحمن عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد، ثم نسي سهيل الحديث فأخبره به ربيعة، فصار سهيل يقول: أخبرني ربيعة عنني أنني حدثته عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد^(٢).

إذا عمل الراوي بغير روايته لم يقبح في صحة الرواية؛ لأن أبا هريرة روى غسل الإناء من لوغ الكلب سبعاً، وأفتي بفسله ثلاثة^(٣)، فعملوا على روايته دون فتياه، لجواز أن يكون قد نسي الرواية فأفتي بغيرها؛ وروايته حجة وفتواه ليست بحجة.

وأما تفسير الراوي للحديث الذي رواه، فإن كان من الصحابة الذين سمعوا لفظ الرسول ﷺ وشاهدوا مخرج كلامه حمل على تفسيره، كما فسر ابن عمر - رضي الله عنهما

(١) لم أجده.

(٢) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد (١٣٤٣) وأبو داود في الأقضية، باب القضاة باليمين والشاهد (٣٦١٠) وابن ماجه في الأحكام، باب القضاء بالشاهد واليمين (٢٣٦٨).

(٣) سأطى تخریجه.

- افتراق المتباعين أنه بالأبدان دون الكلام، فحمل على تفسيره. وإن كان هذا المحدث من دون الصحابة لم يكن تفسيره حجة؛ لأنه وغيره سواء.

وأما أحوال الإسناد: فصحته معتبرة بثلاثة شروط أن يكون الإسناد متصلة بالرسول ﷺ، فإن كان مرسلاً أو منقطعًا لم يجز. والمرسل: أن يروي التابعي عنه ﷺ وهو لم يشاهده ولا يرويه عن صاحبها شاهده. والمنقطع أن يكون من الروايتين رجل لم يذكر، فالمنقطع لا يكون حجة، ووافقنا أبو حنيفة فيه. والمرسل عند أبي حنيفة حجة وربما جعله أقوى من المسند لثقة التابعي بصحته في إرساله. [١١٣/أ] ولا يكون عند الشافعي - رضي الله عنه - حجة، ولا يجوز العمل به إذا انفرد حتى يسمى راوية عن رسول الله ﷺ؛ لأنه قد يجوز أن يسمعه عن مثله من التابعين، ويجوز أن يسمعه عنمن لا يوثق بصحته، وقد قال الشافعي: «ومرسل سعيد بن المسيب عندنا حسن»، وهذا لأنه ما أرسل حديثاً إلا وقد وجد مسندًا عن أكابر الصحابة رضي الله عنهم.

وأما رواية الصحابة فلا مرسل فيها؛ لأنه إن قال: سمعت فلا شبهة في صحته، وإن قال: قال رسول الله ﷺ فالظاهر أنه عن سمعه منه، وإن سمعه من غيره فليس يرويه إلا عند مثله؛ لأن صحابة رسول الله ﷺ رضي الله عنهم محکوم بعد العهم، وجميعهم مقبول الرواية عنه لقوله ﷺ: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم»^(١). وقال ابن عباس رضي الله عنهم: ليس كل ما حديثكم به سمعته من رسول الله ﷺ، ولكن سمعت وحدثني به أصحابه. فأجرى عليه أهل العلم وأصحاب الحديث أحكام المسند.

والثاني: أن تكون الرواية عن مسمى مشهور سمي به، حتى لا يقع التدليس في اسمه، فإن لم يسمه وقال: أخبرني الثقة، وأخبرني من لا أتهم، لم يكن حجة في صحة النقل؛ لأنه قد ينفع به ويكون مجروراً عند غيره.

فإن قيل: ذكر الشافعي مثل هذا. قلنا: قد اشتهر من عناه بهذا، وأراد بمن يشق به إبراهيم بن إسماعيل، فصار كالتسمية له وإن كان الأولى أن يصرح باسمه، لكنه ربما أشكل عليه في وقت الحديث اسم الراوي، وهو واحد في عدد ثقات، فيتخرج أن يسمى به من لا يقطع بصحته، فعدل عنه إلا ما لا جرح فيه [١١٤/أ] فقال: أخبرني الثقة، فلا وجه لمن أنكره عليه من أصحاب الحديث مع ظهور العذر فيه.

والثالث: أن يعرف عدالة كل واحد من الرواية حتى يتصل ذلك بالصحابة، وليس

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص العيير» (٤/١٩٠).

رواية العدل عن غيره دليل على عدالته؛ لأن العدل قد يروى عن عدل وغير عدل.. وقال الشعبي في روايته: حدثني الحارث الأعور وكان والله كاذباً^(١).

فإن قيل: أفيجوز أن يروى عن غير عدل.. قيل: يجوز في المشاهير ولا يجوز في المناكير، ويجوز أن يروي المتقدم على المتأخر، فقد روى ابن سيرين، عن خالد الحناء، عن أبي قلابة حديث القرعة، وسمع إبراهيم من الأعمش حديث قيام المأمور عن يمين الإمام.

وإذا كانت عدالة الرواية شرطاً في صحة الحديث، فحالهم ثلاثة أقسام: أحدهما: أن يعلم عدالتهم فيحكم بصحة الحديث.

والثاني: أن يعلم جرهم أو جرح أحدهم فلا يحكم بصحته. والثالث: أن يجهل أحوالهم، فعند أبي حنيفة يقبل ما لم يعلم الجرح، وعند الشافعي لا يقبل إلا أن يعلم التعديل فيكشف عن عدالتهم.

فإن شهد قوم بالتعديل وقوم بالجرح، فالجرح أولى ولا يقبل الجرح حتى يذكر ما به صار مجرحاً. فإن وجده كذب في حديث يرد جميع أحاديثه المتقدمة، ووجب نقض ما عمل به منها وإن لم ينقض بشهادة من حديث فسقه؛ لأن الحديث حجة لازمة لجميع الناس وفي جميع الأعصار، فكان حكمه أغلظ من الشهادة الخاصة، وفي تعديل الراوي وجهان:

أحدهما: أنه يجري مجرى الخبر؛ لأنه داخل في عموم الأخبار، فعلى هذا يقبل في عدالته خبر الواحد وخبر المحدث.

والثاني: يجري مجرى الشهادة؛ لأنه حكم على غائب فلا يقبل في تعديله أقل من شاهدين. وفي جواز أن يكون المحدث أحدهما [١٤/١١٤ بـ] وجهان، كما لو عدل شهود الفرع شهود الأصل.

وأما الجرح فلا يقبل فيه أقل من شاهدين؛ لأنها شهادة على باطن مغيب. فاما الصحابة رضي الله عنهم فلا يعتبر فيهم إلا صحبتهم، فإذا صحت قبلت أحاديثهم إذا خرجوا عن اشتهر بالاتفاق؛ لأن الله تعالى اختار لرسوله ﷺ من رضي عنهم ووصفهم بالرحمة، فقال تعالى: ﴿رُحَمَاءَ يَنْهَا تَرَهُمْ رُكَعاً سُجَّدًا﴾ [الفتح: ٢٩]. فاما من عرف من الرواية بالتدليس

(١) ذكره العقيلي في الضعفاء (١/٢٠٨).

فصفتان: أحدهما: من عرف بتدليس متون الأحاديث، فهذا مجرّوح العدالة مطروح الأحاديث وهو من يحرف الكلم عن مواضعه.

والثاني: من عرف منه تدليس الرواية مع صدقه في المتون. فقد حكى أن شريكاً وهشيمًا والأعمش كانوا مدلسين. وقيل: إن التدليس في أهل الكوفة أشهر منه في أهل البصرة، واتهم سفيان بن عيينة بالتدليس في حديث رواه عن عمرو بن دينار وكان بينه وبين عمرو بن دينار في ذلك الحديث ثلاثة رجال، فقيل له بعد الرواية عنه من حدثك بهذه؟ فقال: حدثني علي بن المديني، عن أبي عاصم، عن ابن جرير، عن عمرو بن دينار فاعله بعض أصحاب الحديث من أجل هذا، وتنسب إلى التدليس وإن كان ثقة عدلاً.

ثم لا يخلو حال التدليس في أسماء الرواية من إحدى حالتين:

إحداهما: أن يكون في إيدال الأسماء بغيرها فيعدل عن اسم زيد بن خالد فيسميه عمرو بن بكر لتزول من عدل عن اسمه وارتفاعه من عدل إلى اسمه، فهذا كذب يرد حديثه .

والثانية: أن يكون التدليس في إطراح اسم الراوي الأقرب وإضافة الحديث إلى من هو أبعد، كالذي حكى عن سفيان بن عيينة [في حديثه عن عمرو بن دينار] وبينهما في بعض [أ/١١٥] الأحاديث رجال، وإن سمع منه أكثرها فلا يكون هذا التدليس مجرّوحًا، ولكن لا يقبل حديثه إذا روي عن فلان، حتى يقول: «حدثني» أو «أخبرني»، فإذا قال ذلك زال احتمال التدليس فيقبل حديثه.

وشدد بعض أصحاب الحديث حال التدليس، فيقبل حديثه حتى يقول: «سمعت»، ولا يقبله إذا قال: «حدثني» أو «أخبرني»، كما لا يقبله إذا قال: «عن فلان».

ولو كان موثوقاً بأنه لا يدلّس سمعت روايته عن فلان، وإن لم يقل: «حدثني» أو «أخبرني» كما يقبل من مالك، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وأما القسم الخامس في نقل السمع للراوي في نقل سمعه أربعة أحوال: أحدها: أن يروي ما سمعه بألفاظه وعلى صفتة.

والثاني: أن يروي معناه بغير لفظه.

والثالث: ينقص منه. والرابع: أن يزيد عليه.

فأما الحالة الأولى فلا يخلو مصدره من رسول الله ﷺ أن يكون ابتداءً أو جواباً. فإن

كان ابتداءً وحکاہ فقد أدى الأمانة فيه كقوله ﷺ: «مفتاح الصلاة الطهور، واتحريرها التكبير، وتحليلها التسليم»^(١). وإن كان جواباً عن سؤال فهو على ثلاثة أضرب:

أحدهما: أن يكون الجواب مغنياً عن ذكر السؤال كما سئل رسول الله ﷺ عن التوضأ بماء البحر، فقال: «هو الطهور ما وله، الحل ميتة»^(٢)، فالراوي فيه مخير بين ذكر السؤال وتركه.

والثاني: يفتقر الجواب إلى ذكر السؤال كما سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: «أينقص الرطب إذا بيس؟» فقيل: نعم، فقال: «فلا إذا». فلا يجوز أن يقتصر على رواية الجواب حتى يذكر السؤال؛ لأن قوله: «فلا إذا» لا يفهم إلا بذكر السؤال.

والثالث: أن يكون إطلاق الجواب يحتمل أمرين، فإذا نقل السؤال بقى أحد الاحتمالين، كما سئل رسول الله [١١٥/ب] ﷺ عن الناقة تذبح فيوجد في جوفها جنين ميت أفيؤكل؟ فقال: «ذكاته ذكاة أمه»^(٣). فلو قاله ابتداءً لاحتمل أن تكون ذكنته مثل ذكوة أمه، وبحتمل أن يستباح بذكاة أمه، فإذا ذكر السؤال صار الجواب محمولاً على أنه يستباح بذكاة أمه فيكون الإخلال بذكر السؤال تقصيراً عن البيان فكره وإن لم يلزم. ويستوي في هذا من هو أصل الخبر كالصحابي ومن تفرع عليه من التابعين ومن دونهم.

والحالة الثانية: أن يروي معنى الحديث بغير لفظه، فهو ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون في الأوامر والنواهي كقوله ﷺ: «لا تبيعوا الذهب بالذهب»^(٤)، فيروى: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الذهب بالذهب إلا سواء بسواء^(٥). وبقوله ﷺ: «اقتلوا

(١) أخرجه الترمذى في الطهارة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء أن مفتاح الصلاة الطهور (٢) وأبو داود في الطهارة، باب فرض الوضوء (٦١) وابن ماجه في الطهارة وستنها بباب مفتاح الصلاة الطهور (٢٧٥) وأحمد في «مسنده» (١٠٠٩).

(٢) أخرجه الترمذى في الطهارة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في ماء البحر أنه طهور (٦٩) والنسائي في الطهارة، باب ماء البحر (٥٩) وأبو داود في الطهارة، باب الوضوء بماء البحر (٨٣) وابن ماجه في الطهارة وستنها، باب الوضوء بماء البحر (٣٨٦).

(٣) أخرجه أبو داود في الضحايا، باب ما جاء في ذكاة الجنين (٢٨٢٧) وابن ماجه في الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه (٣١٩٩) وأحمد في «مسنده» (٨٦٧).

(٤) أخرجه البخارى في البيوع، باب بيع الفضة بالفضة (٢١٧٧) ومسلم في المسافة، باب الربا (١٥٨٤) والنسائي في البيوع، باب بيع الذهب بالذهب (٤٥٧٠).

(٥) أخرجه البخارى في البيوع، باب بيع الذهب بالذهب (٢١٧٥) ومسلم في المسافة، باب النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً (١٥٩٠) والنسائي في البيوع، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة (٤٥٧٨).

الأسودين في الصلاة»^(١)، فهذا جائز؛ لأن افعل أمر ولا تفعل نهي، وكان الراوي فيهما مخيراً، ويستوي في هذا التخيير من كان أصل الخبر من الصحابة، ومن صار فرعاً فيه كالتابعين ومن بعدهم.

والثانية: أن يكون في نقل كلام قاله بالفاظ ويكون الكلام يحتمل الألفاظ أو خفي المعنى، كقوله عليه السلام: «لا طلاق في الإغلاق»^(٢). فينبغي أن ينقله بلفظه ولا يعبر عنه بغيره ليكون ما تضمنه من الاحتمال والخفاء فإنه لم يذكره محملاً ولا خفياً إلا لمصلحة ول يكن استباطه إلى العلماء.

والثالث: أن يكون المعنى جلياً غير محتمل، كقوله عليه السلام: «الخير كثير وقليل فاعله»^(٣)، فلا يجوز لمن سمع كلامه من التابعين ومن بعدهم أن يورد المعنى بغير لفظه حتى ينقل اللفظ على صيغته، ويورد المعنى [١١٦/أ] بالفاظه.

وهل يجوز لمن شاهده عليه السلام من الصحابة وعرف مخرج كلامه، أن يورد المعنى بغير لفظه؟ وجهان لأصحابنا: أحدهما: لا يجوز كغيره من التابعين.

والثاني: يجوز له؛ لأنه أعرف بمحواه من غيره.

وقال صاحب «الحاوي»: والذى أراه أنه إن كان يحفظ اللفظ لم يجز أن يرويه بغير لفظه؛ لأن في كلام الرسول عليه السلام من الفصاحة ما لا يوجد في كلام غيره، وإن لم يحفظ اللفظ جاز أن يورد معناه بغير لفظه؛ لأن الراوى قد يحمل أمرين؛ اللفظ والمعنى، فإن قدر عليهما لزمه أداءهما وإن عجز عن اللفظ وقدر على المعنى لزمه أداؤه لثلا يكون مقصراً في نقل ما تحمل، فربما تعلق بالمعنى من الأحكام ما لا يجوز أن يكتمه، وقد قال الله تعالى: «وَلَا تَكُنُوا أَشْهَدَةً» [البقرة: ٢٨٣] الآية.

والحالة الثالثة: أن ينقص من الفاظه، وهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يصير الباقى منه مبئراً لا يعلم معناه فلا يصح ذلك منه، وعليه أن يستوفيه لتم فائدة الخبر.

والثاني: أن يكون الباقى مفهوماً ولكن يكون ذكر المتروك يوجب اختلاف الحكم في

(١) أخرجه أبو داود في الصلاة، باب العمل في الصلاة (٩٢١).

(٢) ذكره ابن حجر في «تلخيص العبير» (٢١٠/٣).

(٣) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٢٨٢/٣).

المذكور، مثل قوله عليه السلام لأبي بردية بن نيار وقد ضحى قبل الصلاة قال له: «أعد أضحيتك»، فقال: ليس عندي إلا جزعة من المعز، فقال: «تجزيك ولا تجزيء أحداً بعده»^(١). فلو روى الناقل: «تجزيك» لفهم أنها تجزي جميع الناس، فلما قال: «ولا تجزي أحداً بعده»، دل على اختصاصه بهذا الحكم فلا يجوز تركه وإن كان ما رواه مفهوماً.

والثالث: أن يكونباقي مفهوماً مستقل الحكم، كقوله عليه السلام: «هو الظهور ماؤه، الحل مينته»، فيجوز أن يقتصر في الرواية على أحدهما فيروي: «هو الظهور ماؤه» أو يروي «الحل مينته»^(٢) لأنهما كلمات فلم يلزم الجميع [١١٦/ب] بينهما في الرواية إلا أن يتبعين عليه فرضة الإبلاغ عند الحاجة إليه فلزمه أداء ما تحمل كالشاهد.

والحالة الرابعة: أن يزيد في الخبر، وهو على ثلاثة أضرب: أحدهما: أن تكون الزيادة شرحاً للحال كما نهى عليه السلام عن تلقي الركبان، وأن يبيع حاضر لباد^(٣)، فيزيد فيه ذكر السبب الذي دعاه إلى هذا القول فيصحيح هذا من الصحابي؛ لأنه قد شاهد الحال دون التابعي.

والثاني: أن تكون الزيادة تفسيراً لمعنى الكلام كنهيه عليه السلام عن المحاقلة والمزاينة^(٤)، فيجوز للراوي من صحابي وتابعـي أن يفسـر معناها في روايـته، فتصـير الزيـادة تفسـيراً فيجوزـ، ولـكنـ إن فـسـرـهاـ الصـحـابـيـ لـزمـ قـبـولـ تـفسـيرـهـ بـغـيرـ دـلـيلـ،ـ وإنـ فـسـرـهاـ التـابـعـيـ لـمـ يـلـزمـ قـبـولـهـ إـلـاـ بـدـلـيلـ.

والثالث: أن تخرج الزيادة عن شرح السبب وتفسـيرـ المعـنىـ فـماـ هـيـ إـلـاـ كـذـبـ صـرـيحـ،ـ وقدـ نـزـهـ اللهـ تـعـالـىـ عـنـ صـحـابـةـ رـسـوـلـهـ عليه السلامـ،ـ وقدـ قـالـ عليه السلامـ:ـ «ـمـنـ كـذـبـ عـلـيـ مـتـعـمـداـ فـلـيـتـبـوـأـ مـقـعـدـهـ مـنـ النـارـ»^(٥).

(١) ذكره ابن كثير في «تفسيره» (٤/٥٦٠).

(٢) تقدم تخرجه.

(٣) أخرجه البخاري في البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم (٢١٥٠) ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه (١٥١٥) والنسائي في البيوع، باب بيع الحاضر للبادي (٤٤٩٦).

(٤) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع المزاينة (٢١٨٦) ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا (١٥٣٩) والترمذى في البيوع عن رسول الله عليه السلام، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة والمزاينة (١٢٢٤).

(٥) أخرجه البخاري في العلم، باب إثـمـ مـنـ كـذـبـ عـلـيـ النـبـيـ (١١٠)ـ وـمـسـلـمـ فـيـ المـقـدـمـةـ بـابـ تـغـلـيـظـ الـكـذـبـ =

وأما الأصل الثاني من أحكام المتن المنقوله والسنن المروية، فجمع ما ذكرنا أن كتاب الله تعالى يشتمل عليه من الأقسام ستة وهي العموم والخصوص، والمفسر والمجمل، والمطلق والمقيد، والإثبات والنفي، والمحكم والمتشبه، والناسخ والمنسوخ فمثلاً موجود في السنة وأحكامها على ما ذكرناه في الكتاب.

ثم تختص السنة بأصول تشتمل عليها ثلاثة أقسام؛ ما يؤخذ من السنة والثاني ما يجب بيانه بالسنة والثالث ما يلزم العمل به من السنة فاما الأول عن الرسول ﷺ من ثلاثة أوجه أحدها: [١١٧/أ] من قوله. والثاني: من فعله. والثالث: من إقراره.

فاما قوله فهو مطاع فيها، قال الله تعالى: ﴿أطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا رَسُولَهُ﴾ [النور: ٥٩] الآية. وهي على أربعة أضرب؛ أمر، ونهي، وخبر، واستخبار فيطاع في أوامره ويتبع في نواهيه ويصرف في خبره ويجاب عن استخباره. ثم ينقسم قسمين؛ أحدهما: ما ابتدأه. والثاني: ما كان جواباً عن سؤال.

فاما المبتدأ من قوله فيشتمل على خمسة أقسام؛ عبادات، ومعاملات، وترغيب، وترهيب وتأديب.

فاما العبادات: فتردد بين وجوب ونفي. وأما المعاملات: فتردد بين إباحة وحظر. وأما الترغيب بالثواب فداع إلى الطاعة.

واما الترهيب بالعقاب فزاجر عن المعصية. وأما التأديب: فباعت على الجملة والألفة. وبهذا تم مصالح الدين والدنيا.

واما ما كان جواباً عن سؤال فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما قابل السؤال فلم يزد عليه ولم ينقص منه، كما سئل رسول الله ﷺ عن الاستطاعة في الحج، فقال: «زاد وراحلة»^(١)، وهذا حد الجواب أن يكون مطابقاً للسؤال.

والثاني: أن يكون الجواب أزيد من السؤال، كما سُئل رسول الله ﷺ عن ماء البحر

= على رسول الله ﷺ، (٣) والترمذى في الفتنة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في النهي عن سب الرياح (٢٢٥٧).

(١) أخرجه الترمذى في الحج عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في إيجاب الحج بالزاد والراحلة (٨٣)، وابن ماجه في المناك، باب ما يوجب الحج (٢٨٩٦).

الجزء الحادي عشر من كتاب بحر المذهب

فقال: «هو الظهور ما وُهِ، الحل ميّته»، فتكون الزيادة على السؤال بيان شرع مبتدأ.

والثالث: أن يكون الجواب أقصى فله أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون نقصان الجواب لخطأ السائل، كما سُئل رسول الله ﷺ عما يلبس المحرم، فقال: «لا يلبس قميصاً ولا عماماً»^(١).

والثاني: أن يكون في كتاب الله تعالى بيان كيفية السؤال، كما سأله عمر - رضي الله عنه - رسول الله ﷺ عن الكلالة فقال: [١١٧/ب] «يُكفيك آية الصيف»^(٢).

والثالث: أن يكون في بعض الجواب تنبية على بقية الجواب، كما سُئل عمر عن قبلة الصائم، فقال: أرأيت لو تمضمضت^(٣).

والرابع: أن يكون لتوقيف عنه، فإن لم يكن له تعلق بالديانات لم يلزم إتمام الجواب، وإن كان له تعلق بالديانات لزم إتمام الجواب لما فيه من إظهار دين الله تعالى، وليس يتوقف إلا ليتوقع أمر الله تعالى في بيانه، كما سأله ﷺ أسيد بن حضير عن الحيض، فتوقف حتى نزل فيه: «وَسَأَلُوكُمْ عَنِ الْمَعِيضِ» [البقرة: ٢٢٢] الآية^(٤).

وأما أفعال الرسول ﷺ فضريبان: أحدهما: ما يتعلق بالديانات كأكله ومشربه وملبسه فيدل على الإباحة، لأن أفعاله ﷺ تتردد بين الحسن والجائز، ولا يفعل ما يقبح في العقل أو يكره في الشرع، فيكون التأسي به أقرب من المخالف له، قال الله تعالى: «لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُشْوَةً حَسَنَةً» [الأحزاب: ٢١]، إلا أن يقوم دليل على اختصاصه بالإباحة، كما في الناكح فلا يجوز اتباعه فيه.

والثاني: ما اختص بالديانات فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأمر باتباعه فيها، كما قال ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلني»^(٥). وقال ﷺ

(١) أخرجه البخاري في العلم، باب من أجاب السائل بأكثر مما سأله (١٣٤) ومسلم في الحج، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا يباح (١١٧٧) والنسائي في مناسك الحج، باب التهي عن لبس العمامات في الإحرام (٢٦٧٦).

(٢) تقدم تخریجه.

(٣) تقدم تخریجه.

(٤) انظر تفسير ابن حجر العسقلاني (٣٨٨/٢).

(٥) أخرجه البخاري في الأذان، باب الأذان للمسافر إذا كانوا جماعة والإقامة وكذلك (٦٣١) والدارمي في الصلاة، باب من أحق بالإمام (١٢٥٣).

في الحج: «خذوا عني مناسككم»^(١). فيكون اتباعه فيها فرضاً لاقتران أمره بفعله.

والثانية: أن ينهى عن اتباعه فيها، كما نهى رسول الله عن الوصال وانتهى الناس، ثم إنه رسول الله واصل فواصلوا، فقال رسول الله: «إني لست مثلكم، إني أطعم وأسقى»^(٢).

فلا يجب علينا اتباعه فيه لنهيه، وهذا كله على ثلاثة أضرب: أحدهما: ما كان له مباحاً علينا محظوراً كالمناكح.

والثاني: ما كان له مستحباً ولنا مكروهاً كالوصل.

والثالث: [١١٨/أ] ما كان عليه فرضاً وعلينا ندباً، كالسوق والتور والأضحية وغيرها كما في الخبر.

والحالة الثالثة: أن تتجدد أفعاله عن أن يأمر بها أو ينهى عنها، فاتباعه فيها ندب، وهل يكون فرضاً أو مستحباً؟ فيه وجهان: قال الأثرون: يستحب إلا أن يقترن بها أمر؛ لأنه قد كان يستيسر بكثير من أفعاله، فلو كان اتباعه فيها فرضاً لأظهرها كما أظهر أقواله ليكون البلاغ بها عاماً.

والثاني: اتباعه فيها فرض ما لم ينه عنه. وروي أن رجلاً أرسل إلى أم سلمة يسألها عن قبلة الصائم، فقالت: إن رسول الله رسول الله قد قبل وهو صائم. فقال الرجل: لست كرسول الله رسول الله، إن الله قد غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، وأعاد زوجته لسؤاله، فذكرت أم سلمة ذلك لرسول الله رسول الله فقال: «إني لأرجو أن تكون أتقاكم الله وأعلمكم بحدوده»^(٣) فدل على وجوب اتباعه في أفعاله. وأما إقرار رسول الله رسول الله على ما أقرهم عليه من بياعات ومعاملات، وأماكن ومشروبات، وأبنية ومقاعد في الأسواق، فجميعها في الشعري مباح؛ لأنه لا يستجيز أن يقر الناس على منكري محظور، كما وصفه الله تعالى في قوله: «الذين يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ أَنَّى الْأُمَّةُ» [الاعراف: ١٥٧] الآية، فدل أن ما أقر عليه خارج عن المنكر وداخل في المعروف. واختلاف العلماء في حكم الاستباحة لذلك بعد الإقرار عليه على وجهين: أحدهما: أنها مستباحة بالعرف المتقدم دون الشرع.

والثاني: أنها مستباحة بالشرع حتى أقروا.

(١) تقدم تخرجه.

(٢) أخرجه مسلم في الصيام، باب النهي عن الوصال في الصوم (١١٠٢) وأحمد في «مسنده» (٥٧٦١).

(٣) أخرج نحوه مالك في الصيام، باب ما جاء في الرخصة في القبلة للصائم (٦٤٥).

وهذا الوجهان من الاختلاف في أصول الأشياء قبل مجيء الشرع، هل كانت على الإباحة حتى حظرها الشرع، أو كانت على الحظر حتى أباحها الشرع.

وأما القاسم الثاني فيما يجب بيانه بالسنة [١١٨/ب] فعلى أربعة أضرب:

أحدها: ما لزمه بيانه في حقوق الله تعالى وحقوق عباده، وهو بيان ما أجمله الله تعالى في كتابه العزيز من الصلاة والزكاة، فالرسول ﷺ مأمور بيانه في حق الله تعالى لقيام بحقه فيها، وأما مأمور بيانه في حقوق العباد ليعلموا ما كلفوا منها.

والثاني: ما لزم الرسول ﷺ بيانه في حقوق الله تعالى دون عباده، وهو تخصيص العموم يلزم بيانه في حق الله تعالى لاستثنائه له، ولا يلزم في حقوق العباد؛ لأنهم على العموم ما لم ينقلوا عنه.

والثالث: ما لزمه بيانه في حقوق العباد دون حقوق الله تعالى، وهو ما يستحق الثواب بفعله ولا يجب العقاب بتركه، كنواfulness العبادات وأفعال القلوب.

والرابع: ما اختلف فيه وهو ما استأنف الرسول ﷺ بيانه من الأحكام التي ليست في كتاب الله تعالى، كالحكم بالشفاعة للحجار، والقضاء بالدية على العاقلة، وإعطاء السلب للقاتل، وأن لا ميراث لقاتل ونحو ذلك، فيلزم الرسول ﷺ بيانه في حقوق العباد، لأنه لا طريق لهم إلى العمل إلا منه، وفي لزوم بيانها في حقوق الله تعالى وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في أنه هل يجوز للرسول ﷺ أن يحكم فيها باجتهاده؟ وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن الاجتهاد فضيلة، فكان النبي ﷺ بها أحق، والدليل عليه أيضاً قصة داود وسليمان - ضل الله عليهما - في حكم الحوت إذ نفشت فيه غنم القوم، فعلى هذا يكون هذا البيان لازماً في حقوق الله تعالى.

[١١٩/أ] والثاني: ليس له الاجتهاد؛ لأنه لا يسوغ الاجتهاد مع وجود النص وأوامر الله تعالى نص، وعلى هذا لا يكون هذا البيان لازماً في حقوق الله تعالى. وقال صاحب «الحاوي»: «الأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين في اجتهاده أن يكون اجتهاده معتبراً بالحكم، فإن كان مما يشارك فيه أمهه، كنهيه عن الكلام في الصلاة، وكنهيه ﷺ عن الجمع بين المرأة وعمتها^(١) لم يكن له أن يجتهد فيه حتى يأخذه عن أمر الله تعالى ووحيه،

(١) أخرجه البخاري في النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها (٥١٠٩) ومسلم في النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها (١٤٠٨) والنسائي في النكاح، باب الجمع بين المرأة وعمتها (٣٢٨٨).

كما قال عليه السلام ابن مسعود - رضي الله عنه: «إن الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء، وأن مما أحدث أن لا تتكلموا في الصلاة»^(١). وإن كان مما لا يشارك فيه أمته، كقوله عليه السلام: «لا ميراث لقاتل»^(٢) وكحده عليه السلام لشارب الخمر، جاز أن يحكم فيه برأيه واجتهاده، وإنما كان كذلك لأن الأحكام هي إلزام من أمر المأمور بما دخل فيه أن يكون مأموراً به، وما لم يدخل فيه جاز أن يكون أمراً به؛ لأن المأمور غير الأمر».

وأما القسم الثالث فيما يلزم به من السنة فنقول: السنة إذا جاءت بحكم فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تفرد السنة بذلك الحكم، أو يقترن بها فيه أصل آخر.

فإن انفرد بذلك الحكم وجب العمل بها في التزام ذلك الحكم؛ لأنها أصل في أحكام الشرع سواء وافقها القياس أو لا. وقال أبو حنيفة: إن خالفت القياس الذي لا يتحمل كان العمل على القياس أولى من الأخذ بالسنة وهذا لا يصح؛ لأن القياس فرع السنة ولا يجوز [١١٩/ب] أن يكون رافعاً للسنة. وإن اقترن بالسنة في ذلك الحكم أصل آخر فهو على ثلاثة أضري، كتاب الله تعالى، وال سنة، والإجماع.

فأما الأول: فلا يخلو الكتاب من أن يكون موافقاً لحكم السنة أو منافيًّا له. فإن كان موافقاً له صار ذلك الحكم ثابتاً بأصلين الكتاب وال سنة. ونظر فيما فإن تقدمت السنة به على الكتاب كان وجوبه بالسنة والكتاب مؤكداً، وإن تقدم الكتاب به على السنة كان وجوبه بالكتاب وال سنة.

وإن كان الكتاب منافيًّا للسنة في ذلك الحكم فأثبته أحدهما ونفاه الآخر فهو على ثلاثة أضري: أحدهما: أن يتقدم الكتاب فيكون العمل على الكتاب دون السنة؛ لأن الكتاب لا ينسخ بالسنة.

والثاني: أن تقدم السنة على الكتاب، فيكون العمل عند الشافعي بالسنة دون الكتاب؛ لأن عنده السنة لا تنسخ بالكتاب، وعلى قول ابن سريج يكون العمل على الكتاب دون السنة، وتكون السنة منسوبة بالكتاب.

والثالث: وإن ورداً مورداً واحداً ولا يتقدم أحدهما على الآخر، فلا أصحابنا فيه ثلاثة أوجه:

(١) أخرجه النسائي في السهو، باب الكلام في الصلاة (١٢٢١) وأبو داود في الصلاة، باب رد السلام في الصلاة (٩٢٤).

(٢) ذكره ابن حجر في الداية في تخريج أحاديث الهدایة (٢٦٠/٢).

أحداها: يؤخذ فيه بكتاب الله تعالى؛ لأنَّه أصل السنة، وقد قال ﷺ: «ما آتاكم عنِي فاعرضوه على كتاب الله تعالى، فإن وافقه فاعرضوه على كتاب الله تعالى، فإن وافقه فاعملوا به، وإن خالفه فاتركوه»^(١).

والثاني: يؤخذ بحكم السنة لاختصاصها بالبيان، فالله تعالى يقول: «وَمَا مَنَّا لَكُمُ الرَّسُولُ فَحَذَّرُوهُ وَمَا نَهَّاكُمُ عَنْهُ فَانْهَوْهُ» [الحشر: ٧].

والثالث: يجب التوقف عنهما حتى يقوم الدليل على ثبوت أحدهما.

وقال صاحب «الحاوي»: [١٢٠/أ] «والصحيح عندي أن ينظر في حكم السنة، فإن كان تخصيصاً حمل على السنة؛ لأن عموم الكتاب مخصوص بالسنة، وإن كان نسخاً عمل على الكتاب دون السنة؛ لأن الكتاب لا ينسخ بالسنة».

وأما الضرب الثاني في مقابلة السنة بالسنة، فإن اتفقا وكان الفعل فيهما موافقاً للقول، تأكَّد الحكم باجتماعهما فيه ووجب العمل به، وإن تناهياً فيه وكان الفعل في السنة مخالفًا للقول، مثل أن يرد عن الرسول ﷺ قول فيعمل بخلافه، والأحكام قد توجد من فعله كما توجد من قوله، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحداها: أن يمكن استعمالهما على ما لا يتنافيان، مثل نهيه ﷺ عن الصلاة بعد العصر، ثم صلى بعد العصر^(٢)؛ فتحمل نهيه عن الصلاة التي لا سبب لها، ويحمل فعله على الصلاة التي لها سبب فيجب العمل بها، ويحمل كل واحد منهما على ما يوجبه استعماله.

والثاني: أن يكون الرسول ﷺ مخصوصاً بذلك الفعل، كما بين اختصاصه بالوسائل بعد نهيه عنه فيؤخذ بعموم نهيه ﷺ، ويعدل عن عمومه في حقه بفعله.

والثالث: أن لا يمكن استعمالها ولا يبين اختصاصه بأحددهما، فهذا يوجب أن يكون المتأخر منهما ناسخاً للمتقدم، والظاهر من مذهب الشافعي - رضي الله عنه - أن القول لا ينسخ إلا بالقول، والفعل لا ينسخ إلا بالفعل. وقال بعض أصحابنا: يجوز نسخ كل واحد منهما بالآخر؛ لأن كل واحد منهما سنة يؤخذ بها.

وقد روَى أنَّ النبي ﷺ قال في السارق: «إِنْ عَادَ فِي الْخَامِسَةِ فَاقْتُلُوهُ»، ثم رفع [١٢٠/ب] إلى النبي ﷺ في المرة الخامسة فلم يقتله^(٣)، فدل على أن القتل منسوخ.

(١) تقدم ذكره.

(٢) أخرجه ابن خزيمة في «صحبيه» (٢٦١/٢).

(٣) لم أجده.

وقال عليه السلام: «الثيب بالثيب جلد مائة والرجم»^(١)، ثم رجم ماعزاً ولم يجلده، فدل على أن الجلد منسوخ، فعلى مذهب من جوز نسخ القول بالفعل جعل فعله المتأخر ناسحاً لقوله المتقدم.

وعلى الظاهر من مذهب الشافعى أن القول لا ينسخ بالفعل، لكن يستدل بفعله المخالف لقوله على أنه قد تقدم على فعله قول نسخ القول الأول، ثم ورد فعله المخالف بعد قوله الناسخ، فاقتصر الناس على نقل الفعل دون القول لظهور النسخ فيه. فإن لم يعلم المتقدم من المتأخر عدل عنهما إلى عمل الصحابة بأحدهما، وكان عمله بأحدهما دليلاً على نسخ الآخر، وإن لم يكن في العمل بيان وجوب التوقف عنهما حتى يقوم الدليل على ثبوت أحدهما.

وأما الضرب الثالث: في مقابلة السنة بالإجماع فهو على ثلاثة أضرب: أحدهما: أن يكون الإجماع موافقاً للسنة في العمل بها، كما قال عليه السلام: «لا ميراث لقاتل، ولا وصية لوارث»^(٢)، فيكون الحكم ثابتاً بالسنة والإجماع دليلاً على صحة النقل، فيصير هذا الخبر في حكم المتواتر وإن لم يكن متواتراً.

والثاني: أن ينعقد الإجماع على خلاف السنة، فيدل ذلك على أنها منسوخة أو نقلها غير صحيح، فيكون ذلك موجباً لترك السنة والعمل على الإجماع.

والثالث: أن يعمل فيها بعض الصحابة ويتركها بعضاً، فالعمل بالسنة واجب [١٢١/١] وإن تركها بعضاً؛ لأن التارك لها محجوج بها.

ولو رويت سنة لمن غاب عن الرسول عليه السلام فعمل بها ثم لقيه هل يلزمه سؤاله عنها؟ فيه وجهان: أحدهما: يلزمته ليكون على يقين من وجوب العمل بها.

والثاني: لا يلزمته؛ لأنه لو لزمته السؤال إذا حضر للزمته الهجرة إذا غاب.

وقال صاحب «الحاوى»: «الصحيح عندي أن وجوب السؤال مختلف باختلاف السنة، فإن كانت تغليظاً لم يلزمته السؤال، وإن كانت ترخيصاً لزمته السؤال؛ لأن التغليظ التزام والترخيص إسقاط».

(١) أخرجه مسلم في الحدود، باب حد الزنى (١٦٩٠) والترمذى في الحدود عن رسول الله، باب ما جاء في الرجم على الثيب (١٤٣٤) وابن ماجه في الحدود، باب حد الزنى (٢٥٥٠) وأحمد في «مستنده» (١٥٤٨٠).

(٢) تقدم ذكره.

وإذا ظفر الإنسان براوي حديث عن رسول الله ﷺ يتعلّق بالسنن والأحكام، فإنّ كان من العامة المقلّدين لم يلزمهم سماعه؛ لأنّ فرضية السؤال عن نزول الحوادث به، وإنّ كان من الخاصة المجتهدين لزمه سماع الحديث ليكون أصلًا في اجتهاده، ونقل السنن من فروض الكفایات، فإذا نقلها من فيه كفاية سقط فرضها عن الباقيين وإلا خرّجوا أجمعين. والذي يدخل في فرض الكفایة من قبلت منه الرواية دون من لم تقبل، وعلى متّحمل السنة أن يرويها إذا سئل عنها، ولا يلزمها روايتها إذا لم يُسئل، إلا أن يجد الناس على خلافها فيلزمها روايتها ليعملوا بها.

وأما الأصل الثالث من أصول الشرع وهو الإجماع: والإجماع أن يستفيض إثبات أهل العلم من دلائل الأحكام وطرق الاستنباط على قولٍ في حكم لم يختلف فيه أهل عصرهم، وتكون استفاضته عند أمثالهم من أهل العلم بعد عصرهم، فتُعتبر الاستفاضة عن أهل العلم، وفي أهل العلم [١٢١/ب] ولا يكون لقول من خرج عن أهل العلم تأثير من وافق أو اختلف، فهذا حد الإجماع وهو حجة في الأحكام.

وأنكر قوم مكان الإجماع وإن كان دليلاً، وأنكر قوم أن يكون دليلاً وإن أمكن، وقد دلّلنا على بطلانه فيما تقدّم، والدليل عليه قوله تعالى: **﴿وَتَتَّبِعُونَ سَبِيلَ مَنْ أَنْبَأَ إِلَيْهِ﴾** [القمان: ١٥] فدلّ أمره باتباعهم على إمكان اتفاقهم ووجوب إجماعهم، ثم نهى الله تعالى عن مخالفتهم بقوله تعالى: **﴿وَرَتَّبْعُونَ عَيْرَ سَبِيلَ الْمُؤْمِنِينَ قُولُهُ مَا تَوَلَّ﴾** [النساء: ١١٥]، فصار محظوراً ثم أكده بقوله تعالى: **﴿وَأَعْنَصُمُوا بَحْبَلَ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا يَفْرَقُونَ﴾** [آل عمران: ١٠٣].

وروي أنّ النبي ﷺ قال: «الأمة المجتمعة حجة على من شدّ عنها»، ثم أخبر أنّهم لا يجتمعون إلا على حق، فقال تعالى: **﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجْتُ لِلنَّاسِ﴾** [آل عمران: ١١٠] الآية. ثم جعل أهل كل عصر حجة على من بعدهم من الأعصار ليستديم الإبلاغ، فقال تعالى: **﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطَّا لِتَكُونُوا شَهَادَةً عَلَى الظَّالِمِينَ وَيَكُونُونَ أَرْسُلُ عَبْدِكُمْ شَهِيدًا﴾** [آل عمران: ١٤٣].

ثم اختلف العلماء في أمة كلّ نبي هل يكون اجتماعهم حجة؟ فقال بعض المتكلّمين: إجماع غير هذه الأمة لا يكون حجة، وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأنّ اليهود والنصارى أجمعوا على قتل عيسى - عليه السلام - وأخبر الله تعالى بذلكم. وقال آخرون منهم: يكون حجة على من بعدهم من أمتهم؛ لوجوب العمل بشرع الأنبياء في عصرٍ بعد عصرٍ ما لم يرد نسخاً. وأما إجماعهم على قتل عيسى - عليه السلام - فإنّما أجمعوا على نقل القتل المأمور عن آحاد [١٢٢/أ] فتعترضهم الشبهة ويجوز عليهم الكذب، والإجماع في النقل حق وإن كان القتل باطلأ.

وعلى هذا تعلق بالإجماع أربعة أحكام إمكان وجوده، ولزوم حجته، واشتماله على الحق، ووجوده في كل عصر. ثم الكلام فيه يشتمل على أربعة فصول: أحدها: ما ينعقد عنه الإجماع.

والثاني: ما ينعقد به الإجماع.

والثالث: ما يستقر به الإجماع.

والرابع: في معارضة الاختلاف والإجماع.

فأما الأول فهو ينعقد عن دليل أوجب اتفاقهم عليه؛ لأن ما لا يوجب له يتعدى الاتفاق فيه، والدليل الداعي إليه يكون من سبعة أوجه:

أحدها: أن ينعقد عن تنبئه من كتاب الله تعالى، كإجماعهم على أن ابن الابن في الميراث كالابن.

والثاني: أن ينعقد عن استنباط من سنة النبي ﷺ، كإجماعهم على توريث كل من الجدتين السادس.

والثالث: أن ينعقد عن الاستفاضة والانتشار، كإجماع على أعداد الركعات وترتيبها في الركوع والسجود.

والرابع: أن ينعقد عن العمل به، كإجماع على نصب الزكوات.

والخامس: أن ينعقد عن المعاشرة والجدال، كإجماعهم على قتال ما نهى الزكاة.

والسادس: أن ينعقد عن توقيف، كإجماعهم أن الجمعة تسقط فرض الظهر. والسابع: أن ينعقد عن استدلال وقياس، كإجماعهم على أن الجواميس في الزكاة كالبقر. فإن تجرد الإجماع عن دليل يدعوه إليه ووجد الاتفاق عليه فهل يصح وينعقد؟ قال جماعة من أهل العلم: يجوز لقوله ﷺ: [١٢٢/ ب] «ما رأه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^(١). وهذا قول من جعل الإلهام دليلاً.

وقال الجمهور: لا يجوز أن ينعقد إلا بدليل؛ لأن إثبات الشرع بغير دليل لا يجوز، ولأن اتفاق الكافة بغير سبب لا يوجد. وإذا انعقد الإجماع عن أحد أدلة، فهل يقطع بصحته؟ وجهان:

(١) ذكره الزيلاعي في «نصب الراية» (٤/ ١٣٣).

أحدهما: أنه يقطع بصحته لقيام الحجة به.

والثاني: أن الإجماع غير معصوم عن السهو والغلط اعتباراً بأهله في انتفاء العصمة عن أحادهم، فكذلك عن جماعتهم، ولا يكون قيام الحجة موجباً لعصمتهم، كما تقوم الحجة بخبر الواحد وإن كان غير معصوم.

وأما ما ينعقد به الإجماع فانعقاده يعتبر بأربعة شروط:

أحدها: أن يعتبر فيه قول الخاصة من أهل العلم دون العامة، لقوله تعالى: **﴿شَهَدَ اللَّهُ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَاللَّهُ أَكْبَرُ كُلُّمَا فَإِنَّمَا يَأْكُلُنَّهُ﴾** [آل عمران: ١٨]، فشخص أهل العلم بهذه المنزلة، ولهذا قال **﴿رَبِّكُمْ أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ الْأَنْصَارِيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - خَالِفَ الصَّحَابَةِ وَقَالَ: الْبَرْدُ لَا يَفْطَرُ الصَّائِمُ﴾** ^(١) [الأنبياء: ١١]، وروي أن أبو طلحة الأنصاري - رضي الله عنه - خالف الصحابة وقال: البرد لا يفطر الصائم؛ لأنه ليس بطعم ولا شراب ^(٢). فردوا قوله ولم يعتدوا بخلافه؛ لأنه كان من عامة الصحابة دون علمائهم.

والثانية: يعتبر فيه قول علماء الأمصار كلهم. وقال مالك رحمة الله: الإجماع يعتبر بأهل المدينة وهذا باطل؛ لأن الأحكام مستنبطة من الكتاب والسنّة لا من الأمكنة، وقد قال تعالى: **﴿فَإِنْ تَرَعَّمْتَ فِي تَحْوِيْقِهِ فَرُدُّهُ إِلَى اللَّهِ وَأَرْسُلُهُ﴾** [النساء: ٥٨]، ولم يأمر برده إلى أهل المدينة.

والثالث: أن لا يظهر في أحدهم الخلاف فيه، فإن تظاهر أحدهم [١٢٣/أ] بخلافه، فإن كان يدفع خلافه نصّ كان خلافه مرتفعاً والإجماع بغيره ينعقد، كما خالف ابن مسعود - رضي الله عنه - الصحابة في الفاتحة والمعوذتين ولم يجعلهن من القرآن ^(٣)، فلا يعتد بخلافه لوجود النص، وقد انعقد الإجماع على أنهن من القرآن. وكما ذهب حذيفة بن اليمان إلى أن أول الصوم أسفار الصبح، فلم يعتد بخلافه وأجمعوا على أن أوله من طلوع الفجر.

وإن كان لا يدفع قول مخالفيه نصّ فيكون خلافه معانعاً من انعقاد الإجماع، سواً كان من أكابر أهل العصر أو من أصغرهم سنّاً، كما خالف ابن عباس - رضي الله عنه - جميع الصحابة في العول، وقال: **«مَنْ شَاءَ بِاَهْلِتِهِ عِنْدَ الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ»** ^(٤)، فصار خلافه خلافاً والإجماع بخلافه مرتفعاً.

(١) أخرج الترمذى في العلم عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة (٣٦٤١) وابو داود في العلم، باب البحث على طلب العلم (٣٦٤١) وابن ماجه في المقدمة، باب فضل العلماء والبحث على طلب العلم (٢٢٣) وأحمد في «مستنه» (٢١٢٠٨).

(٢) ذكره ابن الجوزى في «العلل المتأتية» (٥٤٥/٢).

(٣) ذكره الأمدي في الأحكام (٢١٣/١).

(٤) أخرج نحوه البيهقى في «الكتاب» (٣٨٣/٧).

وقال أَحْمَدُ: خَلَافُ الْوَاحِدِ لَا يَنْقُضُ الْإِجْمَاعَ، وَيَكُونُ مَحْجُوْجًا بِمَنْ عَدَاهُ، وَهَذَا غَلْطٌ؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرًا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - خَالِفُ جَمِيعِ الصَّحَابَةِ فِي قَتْلِ أَهْلِ الرَّدَّةِ، ثُمَّ بَانَ الْحَقُّ مَعَهُ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿يُؤْتِيَ الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ﴾ [البقرة: ٢٦٩].

والرابع: أَنْ يَنْتَشِرُ فِي جَمِيعِ أَهْلِ الْعَصْرِ فَيَكُونُوْا فِيهِ بَيْنَ مُعْتَرِفٍ بِهِ أَوْ رَاضٍ لَهُ، فَإِنْ انتَشَرُ فِيهِمْ فَأَمْسِكُوْهُمْ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَظْهُرُوْنَمِنْهُمْ اعْتِرَافٌ أَوْ رَضِيَّةٌ فَهُوَ ضَرِبَانَ أَحَدَهُمَا: أَنْ يَكُونُ فِي عَصْرِ الصَّحَابَةِ.

والثاني: أَنْ يَكُونُوْا فِي غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْصَارِ.

فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ عَصْرِ الصَّحَابَةِ فَلَا يَكُونُ انتَشَارُ قَوْلِ الْوَاحِدِ مِنْهُمْ مَعَ إِمْسَاكِ غَيْرِهِ إِجْمَاعًا وَلَا حَجَةً؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ يَعْرُضُونَ عَمَّا لَا يَتَعَيَّنُ فِرْضُهُ عَلَيْهِمْ. وَإِنْ كَانَ فِي عَصْرِ الصَّحَابَةِ الَّذِي قَدْ خَصَّ اللَّهُ تَعَالَى بِفَضْلِ أَهْلِهِ، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿أَصْحَابِي كَالنَّجُومِ﴾، بِأَيْمَنِ اقْتِدِيرِتِمْ اهْتَدِيْتُمْ^(١) فَإِذَا قَالَ الْوَاحِدُ مِنْهُمْ قَوْلًا أَوْ حَكْمًا بِهِ فَأَمْسِكُ الْبَاقِي فَهُوَ عَلَى ضَرِبَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ مَا يَخَافُ [١٢٣/ب] فَوْتُ اسْتِدْرَاكَهُ، كَلَرَاقَةٌ دُمٌ أَوْ اسْتِبَاحَةٌ فَرْجٌ فَيَكُونُ إِجْمَاعًا، لِأَنَّهُمْ لَوْ اعْتَقَدُوْا خَلَافَهُ لَأَنْكَرُوهُ، إِذَا لَا يَصْحُّ مِنْهُمْ أَنْ لَا يَتَقْفَوْا عَلَى إِقْرَارٍ مُنْكِرٍ، وَإِنْ كَانَ مَا لَا يَفْوَتُ اسْتِدْرَاكَهُ كَانَ حَجَةً؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْ عَصْرِهِمْ، وَفِي كُونِهِ إِجْمَاعًا يَمْنَعُ مِنَ الْاجْتِهَادِ وَجَهَانَ لِأَصْحَابِنَا:

أَحَدُهُمَا: يَكُونُ إِجْمَاعًا لَا يَسْوَغُ مَعَهُ الْاجْتِهَادَ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْخَلَافِ مَعَ الْاِنْتَشَارِ يَمْنَعُ مِنْ إِثْبَاتِ الْخَلَافِ.

والثاني: لَا يَكُونُ إِجْمَاعًا وَالْاجْتِهَادُ مَعَهُ جَائزٌ؛ لِأَنَّ مَنْ نَسَبَ إِلَى سَاكِنِ قَوْلًا أَوْ اعْتِقَادًا فَقَدْ افْتَرَ عَلَيْهِ.

وَإِنْ لَمْ يَنْتَشِرْ فِي كُلِّهِمْ وَلَا يَرْدِ فِيهِ خَلَافٌ مِنْ أَحَدِهِمْ لَا يَكُونُ إِجْمَاعًا، وَهُلْ يَكُونُ حَجَةً يَعْتَبِرُ بِمَا يَوْافِهُ مِنْ قِيَاسٍ أَوْ يَخْالِفُهُ؟ فَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ:

أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ الْقِيَاسُ مُوَافِقًا لِقَوْلِهِ فَيَكُونُ قَوْلُهُ حَجَةٌ بِالْقِيَاسِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُ مُخَالِفًا لِلْقِيَاسِ الْجَلِيِّ، فَالْعَمَلُ بِالْقِيَاسِ الْجَلِيِّ أُولَى.

وَالثَّالِثَةُ: أَنْ يَكُونَ مَعَ قَوْلِ الصَّحَابَيِّ قِيَاسٌ جَلِيٌّ، وَيَخْالِفُهُ قِيَاسٌ خَفِيٌّ فَقَوْلُهُ مَعَ الْقِيَاسِ الْجَلِيِّ أُولَى.

(١) تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ.

والرابعة: أن يكون مع قوله قياسٌ خفي ويخالفه قياسٌ جلي.

قال في «القديم»: قوله مع القياس الخفي أولى وألزم من القياس الجلي؛ لأن الصحابة أهدى إلى الحق، ثم رجع وقال في «الجديد»: القياس الجلي أولى بالعمل من قوله مع القياس الخفي؛ لأنهم كانوا يحاجون بالقياس حتى قال ابن عباس رضي الله عنه: ألا يتقى الله زيد بن ثابت، يجعل ابن الابن ابنًا ولا يجعل أب الأب أباً^(١). فإذا لزمهم العمل بالقياس كان لغيرهم ألزم.

وأما ما يستقر به الإجماع فيعتبر بأربعة شروط.

العمل باتفاقهم عليه، سواء اقترن بقولهم عمل أو لا. وقال بعض الناس: لا بد أن يقترن به عمل؛ لأنه العمل تحقيق [١٢٤/أ] للقول، وهذا لا وجه له؛ لأن حجج الأقوال أكثر من حجج الأفعال، وإن انفرد كل واحدٍ منهما كان حجة فلا يلزم اجتماعهما إذا لم يختلفا.

فإن تجرد الإجماع في القول عن عمل يوافقه أو يخالفه كان القول إجماعاً، وإن تجرد الإجماع في العمل عن قول يواافقه أو يخالفه كان إجماعاً. ولو أجمعوا على القول واختلفوا في العمل بطل الإجماع إن لم يكن لاختلافهم في العمل تأويل. وإن أجمعوا على العمل واختلفوا في القول بطل الإجماع، ولم يكن لاختلافهم في القول تأويل لما يلزم من اتفاقهم في القول والعمل، فإن جهل الاتفاق والعمل لم يثبت بذلك إجماع ولا خلاف لتردد़هما بين اتفاقٍ يكون إجماعاً، افتراقٍ يكون خلافاً.

والثاني: أن يستدِّيماً ما كانوا عليه من الإجماع ولا يحدث من أحدهم خلاف، فإن خالفهم واحد بعد إجماعهم بطل الإجماع وساغ الخلاف؛ لأنه لما جاز أن يحدث إجماع بعد الخلاف جاز أن يحدث خالفهم بعد الإجماع. وروي أن علياً - رضي الله عنه - خالف في بيع أمهات الأولاد بعد إجماعه مع أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على أن بيعهن لا يجوز^(٢)، فبطل بخلافه الإجماع في تحريم بيعهن. وقد قيل: إن رضي الله عنه رجع بعد هذا حين قال له عبيدة السلماني: يا أمير المؤمنين، إن رأيك مع الجماعة أحب إلىَّ من رأيك وحده^(٣). فإن كان هذا الرجوع صحيحاً كان تحريم بيعهن إجماعاً.

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٦/١٩٦).

(٢) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحير» (٤/٢١٩).

(٣) وهو تتمة الأثر السابق.

والثالث: أن ينقرض عصرهم حتى يؤمن حدوث الخلاف بينهم، فإن بقاء العصر ربما أحدث من بعضهم خلافاً كما خالف ابن عباس رضي الله عنهم في العول بعد موت عمر رضي الله عنه، فقيل له: ألا قلته في أيامه؟ فقال: هبته وكان امرءاً مهيباً^(١). ولا يعتبر في انقراض [١٢٤/ب] العصر موت جميع أهله لأن هذا أمر يضيق ولا ينحصر، وقد تتدخل الأعصار ويندرج الناس من حالي بعد حالي، ويختلفون في الأعمار والأجال، وإنما المعتبر في انقراضه أمران:

أحدهما: أن يستولи على العصر الثاني غير أهل العصر الأول.

والثاني: أن ينقرض فيهم من بقي من أهل العصر الأول؛ وهذا لأن أنس بن مالك وعبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنهمَا عاشا إلى عصر التابعين وطاولوهم فجمعوا بين عصرين، فلم يدل ذلك على بقاء عصر الصحابة فيهم.

ثم إذا كان انقراض العصر شرطاً في استقرار الإجماع فهو معتبر في الأحكام التي لا يتعلق بها إتلاف وإهلاك واستهلاك، ولا يستقر إجماعهم فيها إلا بانقراضهم عليها.

فأما الأحكام التي يتعلق بها إتلاف واستهلاك لا يمكن استدراكه، فقد اختلف أصحابنا في انقراض العصر، هل يكون شرطاً والإجماع مستقر بالاتفاق عليه، وليس لأحدهم أن يستحدث فيه خلافاً؛ لأنهم في عظام الأمور، لا يجوز أن يتقوّلوا على الإجماع عليها إلا بعد وضوح الحق منها، كما أجمعوا مع أبي بكر - رضي الله عنه - على قتال مانعي الزكاة وفيه إراقة الدماء، فلم يكن لأحدهم بعد الإجماع وما سفك فيه من الدماء أن يخالف فيه؛ لأنه يجعل ما تقدم من إجماعهم منكراً، ولا يجوز أن تجتمع الأمة على منكري.

والرابع: أن لا يلحق بالعصر الأول من ينazuهم من أهل العصر الثاني، فإن لحق بعض الصحابة بعض التابعين فخالفهم في إجماعهم فيه وجهان:

أحدهما: لا يرتفع الإجماع؛ لأنهم بمشاهدة النبي ﷺ أحفظ لشريعته وقد أنكرت عائشة - رضي الله عنها - على أبي سلمة بن عبد الرحمن منازعته الصحابة، وقالت: أراك كالفروج إذا اجتمع مع الديكة صايتها. [١٢٥/أ]

والثاني: أن خلافه يمنع الإجماع؛ لأن صغر السن لا يمنع تفرد القول، كما خالف

(١) ذكره ابن قدامة في «المغني» (٦/١٧٥).

ابن عباس في صغر سنه أكابر الصحابة، وقد قال علي رضي الله عنه: اعرف الحق تعرف أهله^(١).

فإذا استقر الإجماع بهذه الشروط الأربعة وجب أن يكون إجماع أهل العصر حجة على من بعد من أهل الأعصار المتأخرة ويكون حجة على الصحابة، وإجماع التابعين حجة على تابعي التابعين ولا يكون حجة على التابعين، هكذا حكم الإجماع في كل عصر ثان.

وقال داود: الإجماع اللازم مختص بعصر الصحابة لاختصاصه بنزول الوحي فيهم، وهذا غلط؛ لأن وضوح الحق مستمر في كل عصر؛ لأنه لا يخلو عصر من قائم لله بحجه.

الفصل الرابع: في معارضه الإجماع والاختلاف: فينقسم أربعة أقسام:

أحدها: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصر واحد، مثل أن يتقدم إجماع الصحابة ثم يحدث من أحدهم خلاف، فهذا الخلاف مانع من انعقاد الإجماع.

والثاني: أن يحدث الإجماع بعد تقدم الخلاف في عصر واحد فيرتفع به الخلاف المتقدم كاختلاف الصحابة في قتال مانعي الزكاة، ثم وافقوا أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - فيرتفع به الخلاف بالإجماع، وفي هذا الإجماع وجهان:

أحدهما: أنه أوكد من إجماع لم يتقدمه خلاف؛ لأنه يدل على ظهور الحق بعد الثبات.

والثاني: أنهما سواء؛ لأن الحق يقترب بكل واحدي منهما.

والثالث: أن يحدث الخلاف بعد تقدم الإجماع في عصرين مختلفين، كإجماع الصحابة وخلاف التابعين لهم، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يخالفوهم مع اتفاق الأحوال في المجمع عليها، فهذا الخلاف الحادث مطرح والإجماع المتقدم منعقد، لأن حجة الإجماع قاهرة.

والثاني: أن يحدث في المجمع عليه [١٢٥/ب] صفة زائدة أو ناقصة فيحدث الخلاف فيها بحدوث ما اختلف من صفاتها، فيكون الإجماع في الصفات منعقداً، وحدوث الاختلاف في الصفات المختلفة سائغاً عند الشافعي رضي الله عنه وجمهور العلماء.

وقال داود وبعض أهل الظاهر: يستصحب حكم الإجماع واختلاف الصفات الحادثة

(١) ذكره الحافظ المناوي في فيض القدير (٢١٠/١) والقرطبي في تفسيره (٣٤٠/١).

لا يبيع اختلاف الحكم فيها إلا بدليل قاطع، وجعلوا استصحاب الحال حجة في الأحكام، ومثال هذا أن ينعقد الإجماع على إبطال التيمم برفقة الماء قبل الصلاة، فإذا رأى في الصلاة أبطلوا تيممه استصحاباً لبطلانه قبل الصلاة من غير أن يجمعوا بينهما بقياسٍ، كما لو استيقن الطهر وشك في الحديث وجب أن يستصحب حكم اليقين ويلغى حكم الشك، وهذا فاسدٌ.

ولكل حالٍ تجددت حكم توقف على الدليل، يجوز أن يكون مساوياً، ويجوز أن يكون مخالفاً، ويكون الإجماع حجة في الحال التي ورد فيها، ولا يكون حجة في غيرها إلا أن يكون القياس موجباً لاستصحاب حكمه، فإن الإجماع أصل يجوز القياس عليه، فيكون القياس هو الذي أوجب استصحاب حكم الإجماع لا الإجماع، وإنما كان كذلك لأنه لما ساغ الاجتهاد فيما عدا حالة الإجماع، ولم يسع الاجتهاد في حالة الإجماع دل على افتراقهما فيه، ولم يلزم أن يساويه في حكمه، وأما حمل الطهارة على اليقين فلأن الشرع لم ينصب عليها دليلاً وقد نصب على الأحكام دليلاً.

وذهب بعض أصحابنا إلى أن استصحاب الحال إن لم يعارضه دليل يجوز أن يجعل دليلاً، وقوله مدفوع بما ذكرناه. ويترفع على هذا إذا اختلف أهل الاجتهاد في حكم فأثبته بعضهم ونفاه ببعضهم. وقال داود وأهل الظاهر: لا دليل على النافي، ويجب الدليل على المثبت استصحاباً لحكم الأصل في النفي كما تجب البينة على المدعى دون المنكر. وعند الشافعي [١٢٦/أ] والجمهور يجب الدليل على النافي كوجوبه على المثبت، وأنه لا يجوز له نفي الحكم إلا بدليل، كما لا يجوز له إثباته إلا بدليل؛ لأن الله تعالى نصب على الأحكام أدلة النفي والإثبات، والنافي للحكم مثبت لضده فلم يجز نفيه إلا بدليل. فاما وجوب البينة على المدعى دون المنكر، فلأن يمين المنكر كبينة المدعى، فصارا مجتمعين في البينة وإن اختلفا في صفتها.

والرابع: أن يحدث الإجماع بعد الخلاف في عصرين مختلفين، كاختلاف الصحابة في حكم على قولين فيجمع التابعون على أحدهما، فظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه - والجمهور أن حكم الاختلاف ثابت، وأن ما يعقبه من الإجماع غير منعقد؛ لأن انفرض الصحابة على قولين في حكم إجماع منهم على توسيع الاجتهاد في ذلك الحكم، وفي الإجماع الثاني إبطال لما أجمعوا من توسيع الاجتهاد، فصار في إثبات إجماع التابعين إبطال لإجماع الصحابة فلم يجز.

وقال الحارث بن أسد المحاسبي وتابعه بعض أصحابه يزول حكم الاختلاف بما يعقبه من الإجماع كما يزول اختلاف الصحابة إذا تعقبه إجماعهم، وهذا فاسد؛ لأن إجماع

الصحابة لا ينعقد إلا بانفراضهم، فوقع الفرق بين انفراضهم على وفافي أو خلافه.

وعلى هذا لو اختلفت الصحابة على قولين في حكم صار ذلك إجماعاً منهم على إبطال ما عدا القولين، ولم يجز لمن بعدهم من التابعين إحداث قول ثالث. مثاله: أن الصحابة انفراضوا على قولين في ابنى عم أحدهما أخ من أم، أحدهما التسوية بينهما في الميراث، والثاني الأخ للأم منهمما أولى بكل الميراث، فخالفهم من التابعين سعيد بن جبير فجعل ابن العم الذي ليس بأخ لأم أحق بالميراث، فخالفهم بإحداث قول ثالث.

وذهب بعض من ينتسب إلى العلم إلى تسويع هذا؛ لأن الاختلاف [١٢٦/ب] [التسويع] الاجتهاد، وهذا غلط؛ لأن في انفراض الصحابة على قولين إجماعاً منهم على إبطال ما خرج عن القولين، وأن الحق في أحددهما، فلم يجز للتابع أن يبطل ما انعقد إجماعهم عليه، ويجوز نقل الإجماع بأخبار الآحاد؛ لأنه ليس أوكد من سنن الرسول ﷺ.

فإن نقل الراوي أنهم أجمعوا على كذا فقطع بإجماعهم عليه قبلت منه، وأثبتت الإجماع بقوله سواء كان الراوي من أهل الاجتهاد أو لم يكن. وإن قال الراوي لم أعرف بينهم اختلافاً فيه، فإن لم يكن من أهل الاجتهاد ولا من أحاط علمًا بالإجماع والاختلاف لم يثبت الإجماع بروايته.

واختلف أصحابنا في ثبوته بها إن كان من أهل الاجتهاد والتقدم في العلم بالإجماع والاختلاف، فأثبتت بعضهم الإجماع وجعل نفي الاختلاف إثباتاً للإجماع. وقال بعضهم: لا يثبت الإجماع بهذا النفي ولكل من القولين وجه.

وأما الأصل الرابع من أصول الشرع وهو القياس فله مقدمتان؛ إحداهما: الاجتهاد، والثانية: الاستنباط.

فأما الاجتهاد فهو مأخوذ من جهد النفس وكدها في طلب المراد، كما أخذ جهاد العدو من جهد النفس في قهر العدو. والاجتهاد هو طلب الصواب بالأمرات، الدالة عليه.

وقال ابن أبي هريرة: إن الاجتهاد هو القياس، ونسبة إلى الشافعي رضي الله عنه من كلام اشتبه عليه في كتاب «الرسالة». والذي قال الشافعي رضي الله عنه في هذا الكتاب: أن معنى الاجتهاد معنى القياس، يريده أن كل واحد منهمما يتوصل به إلى حكم غير منصوص عليه.

والفرق بين الاجتهاد والقياس: أن الاجتهاد هو ما وصفناه من أنه طلب الصواب بالأمرات الدالة عليه. [١٢٧/أ] والقياس: هو الجمع بين الفرع والأصل لاشتراكتهما في

علة الأصل، فافتقر، أن القياس يفتقر إلى الاجتهاد، وقد لا يفتقر الاجتهاد إلى القياس على ما سنوضّحه، فلذلك جعلنا الاجتهاد مقدمة للقياس. والدليل على أن الاجتهاد له أصل يعتمد عليه في الأحكام، خبر معاذ رضي الله عنه حيث قال: أجهد رأي، فدل على أن الاجتهاد عند عدم النص أصل في أحكام الشرع.

ثم الكلام في الاجتهاد يشتمل على أربعة فصول؛ أحدها: فيمن يجوز له الاجتهاد. والثاني: في وجوه الاجتهاد.

والثالث: فيما يجب بالاجتهاد.

والرابع: في حكم الاجتهاد. فاما الأول فضربان؛ مجتهد في عموم الأحكام، ومجتهد في خصوص الأحكام. فاما المجتهد في جميع الأحكام فالمعتبر في جواز اجتهاده أربعة شروط:

أحدها: إشراقه على نصوص الكتاب والسنة، فإن قصر في أحدهما لم يجز أن يجتهد.

والثاني: علمه بوجوه النصوص في العموم والخصوص، والمفسر والمجمل، والمقييد والمطلق على ما بيناه من قبل، فإن قصر فيها لم يجز أن يجتهد.

والثالث: الفطنة والذكاء ليصل به إلى معرفة المسكون عنه من أمارات المنطوق به.

إن قلت: فيه الفطنة والذكاء لم يصح منه الاجتهاد.

والرابع: أن يكون عارفاً بلسان العرب وموضوع خطابهم ومعاني كلامهم؛ لأن الكتاب والسنة وهما أصل الشريعة ورداً بلسان العرب.

وإذا كان كذلك كان معرفة لسان العرب فرضاً على كل مسلم من مجتهد وغير مجتهد، إلا أن غير المجتهد يلزم من فرضه ما اختص بتتكلفه من الشهادتين وما تضمنه [١٢٧/ ب] الصلاة من القراءة والأذكار، ولا يلزم معرفة ما عدا ذلك إلا بحسب ما يندرج إليه في نوازله وأحكامه، وقد قال الشافعى: «على كل مسلم أن يتعلم من لسان العرب ما بلغه جهده في أداء فرضه كما عليه أن يتعلم الصلاة والأذكار». وقال أبو حنيفة: لا يلزم معرفة لسان العرب؛ لأنه يجوز له القراءة والأذكار بغير العربية.

وأما المجتهد فيلزم مع حقوق الاجتهاد أن يكون عارفاً بلسان العرب، والذي يلزم في حقه أن يكون محبيطاً بأكثره ليرجع فيما عزب عنه، إلى غيره، كما أن جميع السنة لا يحيط

بها واحد من العلماء، وإنما يحيط بها جميع العلماء، فإذا كان المجتهد محظياً بأكثرها صحيحة اجتهاده، وليرجع فيما عزب عنه إلى من علم به، ثم هذا المجتهد إن قصد بالاجتهاد العلم صحيحة اجتهاده وإن لم يكن عدلاً، وإن قصد به الحكم والفتيا كانت العدالة شرطاً في نفوذ حكمه وقبول فتياه وإن لم يكن شرطاً في صحة اجتهاده.

وأما المجتهد في حكم خاص فحكمه في صحة اجتهاده يعتبر بما يجتهد فيه، فإن كان اجتهاده في القبلة كان الشرط في صحة اجتهاده صحة البصر ومعرفة دلائل القبلة، وإن كان اجتهاده في العدالة والجرح كان صحة اجتهاده يعتبر بأسباب الجرح والتعديل، وما يراعى من غلبة أحدهما على الآخر في الصغائر وتغلب الحكم في الكبائر وإن كان اجتهاده في المثل من جزاء الصيد كان صحة اجتهاده معتبراً بمعرفة الأشياء في غير ذي المثل ومعرفة القيمة في غير ذي المثل، وعلى هذا. [١٢٨/أ] فإذا تقرر ما ذكرنا من شروط الاجتهاد والمعتبر في المجتهد، تعلق به فصلان؛ أحدهما: جواز اجتهاد الأنبياء.. والثاني: جواز الاجتهاد في زمان الأنبياء. فأما الأول فقد اختلفوا فيه؛ فقيل: لا يجوز للأنبياء - صنوات الله وسلامه عليهم - أن يجتهدوا، ولا لنبينا صلوات الله عليه أن يجتهد لقدرتهم على النص بنزول الوحي، ولهذا توقف في إحرامه حتى نزل الوحي، والوحي ينقسم إلى ما هو قرآن يتلى، وإلى ما لا يتلى، ولهذا قال تعالى: «وَمَا يَطْعَقُ عَنِ الْكَوْنَى» [١] إِنَّهُ مُوَلَّ وَتَحْمِلُ [١] [النجم: ٤، ٣].

وظاهر مذهب الشافعي وبه قال الجمهور: يجوز للكل ذلك؛ لأنه لو كان لا يجوز لما أخطأ داود وأصاب سليمان عليهما السلام، وقد قال تعالى: «فَقَهَمْنَاهُ سَلِيمَانُ وَكَلَّا مَالِيَّنَا حَكْمًا وَعَلَمًا» [الأنبياء: ٧٩]، ولأن النبي صلوات الله عليه اجتهد في أسرى بدر على ما ذكرنا، وقال لعمر رضي الله عنه: «أرأيت لو تمضمضت»^(١) حين سأله عن قبالة الصائم هل يفطر أم لا. وروي أنه صلوات الله عليه قال: «من اغتسل من الجنابة خلق الله تعالى من كل قطرة ت قطر عنه ملكاً يستغفر له إلى يوم القيمة» فقال رجل: يا رسول الله، أنقضي أوطارنا ونؤجر عليها؟ فقال صلوات الله عليه: «شكلك أملك، حسبتك من فقهاء المدينة، أرأيت لو وضعتها في حرام، أفتحتسبون بالحرام ولا تتحسبون بالحلال»^(٢) أي تتوقفون المثوبة بالحلال وهذا قياس. وأما توقفه في اللعان وغيره فليعلم هل ينزل عليه نص فلا يجتهد. فإذا ثبت هذا فقد اختلف أصحابنا في وجوبه وجوازه [١٢٨/ب] على وجهين:

(١) تقدم تخريره.

(٢) تقدم تخريره.

أحدهما: يجوز ولا يجب؛ لأن للأحكام أصلًا هو الكتاب.

والثاني: أنه واجب عليه؛ لأن أحكام الكتاب مأخوذة من سنته إذا خلا منها.

وقال صاحب «الحاوي» «الأصح عندي أن يجب عليه الاجتهاد في حقوق الأدميين، ويجوز له الاجتهاد في حقوق الله تعالى؛ لأنهم لا يصلون إلى حقوقهم إلا باجتهاده، فلزمه وإن أراد الله تعالى منه الاجتهاد في حقوقه أمره».

ثم إذا اجتهد هل يستتبع الاجتهاد برأيه أو يرجع فيه إلى دلائل الكتاب؟ وجهان:

أحدهما: أنه يرجع في اجتهاده إلى الكتاب؛ لأنه أعلم بمعانٍ ما خفي منه من جميع أمنه، فكان اجتهاده بياناً وإيضاحاً.

والثاني: وهو الأظهر أنه يجوز أن يجتهد برأيه ولا يرجع إلى أصل من الكتاب؛ لأن سنته أصل في الشرع مثل الكتاب، وقد ندب الله تعالى إليها بقوله: «وَمَا أَنذَكُمُ الرَّسُولُ فَحَذِّرُوهُ» [الحشر: ٧] الآية، وقال ﷺ: «إنما أجتهد رأيي فيما لم ينزل عليَّ فيه شيء»^(١).

واختلف أصحابنا في عصمة الأنبياء - عليهم الصلاة والسلام - من الخطأ في اجتهادهم على وجهين:

أحدهما: أنهم معصومون في اجتهادهم من الخطأ لتسكن النفوس إلى التزام أوامرهم بانتفاء الخطأ عن اجتهادهم. وهذا مقتضى الوجه الذي يقال فيه أنهم لا يجتهدون إلا عن دليل ومن نص.

والثاني: أنهم غير معصومين من الخطأ لوجوده منهم، لكن لا يقرهم الله تعالى عليه ليزول الارتياب به، وإن جاز أن يكون غيرهم من العلماء مقراً عليه؛ لأن داود - عليه السلام - قد أخطأ في اجتهاده، فاستدركه الله تعالى بإصابة سليمان - عليه السلام - واجتهد [١٢٩] أبا النبي ﷺ في أسارى بدرٍ بعد مشاورة أبي بكر وعمر - رضي الله عنهم - وأخذ منهم القداء، فأنكره الله تعالى^(٢)، وهذا يقتضي الوجه الذي يقال فيه إنهم يجوز أن يجتهدوا بالرأي من غير استدلالٍ بنص.

وقال ابن أبي هريرة: نبينا ﷺ معصوم الاجتهاد من الخطأ دون غيره من الأنبياء صلوات الله عليهم؛ لأنه لا نبي بعده يستدرك خطأه لانختمان النبوة به، وغيره من الأنبياء قد

(١) أخرج نحوه أبو داود في الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ (٣٥٨٣).

(٢) تقدم ذكره.

بعث بعده من يستدرك خطأه. وهذا لا وجه له؛ لأن جميع الأنبياء - عليهم السلام - غير مقررين على الخطأ في وقت التنفيذ، ولا يمهدون فيه على التراخي حتى يستدركه النبي بعدنبي، فاستوى فيه جميع الأنبياء.

فاما أمور الدنيا فيجوز فيه على الأنبياء الخطأ والجهل؛ لأنه روي أن النبي ﷺ سمع ضجة بالمدينة، فقال: «ما هذا؟» فقيل: إنهم يلقوهن التخل، فقال: «لا ينفع ذلك، إنهم إن تركوه لم يضرهم» فبلغهم ذلك فتركوه، ففسد حمل التخل، فقال ﷺ: «ما كان من أمر دينكم فردوه إليّ، وما كان من أمر دنياكم فأنتم أعلم»^(١).

واما جواز اجتهاد غير الأنبياء في زمان الأنبياء، كاجتهاد الصحابة في زمان الرسول ﷺ فينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون المجتهد غائباً عن مدينة الرسول ﷺ لا يقدر على سؤاله في وقته فله حالتان: إحديهما: أن يكون له ولية منه، كعلي بن أبي طالب، ومعاذ بن جبل - راضي الله عنهما - حين بعثهما إلى اليمن، فيجوز اجتهادهما؛ لأن معاذًا قال: أجتهد رأيي، فإستصوبي حمده، وسواء اجتهد في حق نفسه أو في حق غيره، ولا يلزمه إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله [١٢٩/ب] فيما اجتهد فيه وإن كان سؤاله مستحبًا، ويكون ما اجتهد فيه أثراً متبعاً ما لم يرد عن الرسول ﷺ خلافه، كما اتبع معاذ في قوله: «أيما رجل انتقل من مخالف عشيرته إلى غير مخالف عشيرته فصدقته في مخالف عشيرته» والمخالف القرية. وإنما اختص المولى بذلك؛ لأن في الولاية إذنًا بالاجتهاد فيما تضمنها.

والثانية: أن لا يكون للمجتهد ولاية فله حالتان:

إحديهما: أن يظفر بأصلٍ من كتاب أو سنة فيجوز اجتهاده في الرجوع إلى الاستدلال بالظاهر منها، ولا يلزمه إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله عما اجتهد فيه؛ لأنه قد اجتهد بأصلٍ لازم.

والثانية: أن يقدم أصلًا من كتاب أو سنة فلا يجوز أن يجتهد في حق غيره لعدم ولائه.

أما اجتهاده في حق نفسه، فإن كان فيما يخاف فواته جاز اجتهاده فيه، وعليه إذا قدم على الرسول ﷺ أن يسأله عنه، وليس له أن يهاجر إليه من أجل السؤال، وإن كان مما

(١) أخرجه أحمد في «مستدنه» (١٢١٣٥).

يُخاف فواته ففي جواز اجتهاده وجهان: أحدهما: لا يجوز؛ لأنَّه لا يصح منه أن يشرع، وعليه أن يسأل ليعمل بما كلف.

والثاني: يجوز أن يجتهد إذا كان من أهل الاجتهاد، ويعمل باجتهاده لقوله عليه السلام: «بعثت بالحنينية السمحنة السهلة البيضاء»^(١).

فعلى هذا في جواز تقليله في اجتهاده وجهان:

أحدهما: لا يجوز لغيره من ليس من أهل الاجتهاد أن يقللُه فيه لوجود ما هو أقوى منه، فعلى هذا لا يلزم المجتهد إذا قدم على الرسول عليه السلام أن يسألَه عما اجتهد فيه ولا يجوز أن يعمل به في المستقبل حتى يسألَ إن حضر. والثاني: يجوز لغيره أن يقللُه كما يجوز أن يقللُ العالم وإن وجد من هو أعلم منه، فعلى هذا يلزم المجتهد إذا قدم على الرسول أن يسألَه عما اجتهد فيه لثلا يصير مشرعاً بغير أصل.

والقسم الثاني: أن يكون المجتهد حاضراً في مدينة الرسول عليه السلام وغائباً عن مجلسه، [١٣٠/أ] فإن رجع في اجتهاده إلى أصلٍ من كتابٍ أو سنةٍ صحيحةٍ وجاز أن يعمل به ويفتى؛ لأن العجلاني سأله بعض الصحابة بالمدينة عن قذف امرأته بمن سماه، فقال له: حد في جنبك إن لم تأت بأربعة شهادة، ثم سأله رسول الله عليه السلام فأخبره بما قيل له، فتوقف حتى نزلت عليه آية اللعن، ولم ينكر على العجلاني سؤاله غيره، ولا أنكر على من أجابه مع حضوره^(٢).

وإن لم يرجع المجتهد إلى أصلٍ من كتابٍ ولا سنةٍ، فقد جوز بعض أصحابنا اجتهاده وقال بعضهم: لا يجوز اجتهاده.

وقال صاحب «الحاوي»: «الذى عندي أنه يصح اجتهاده في المعاملات دون العبادات؛ لأن العبادات تكليف يوقف على الأوامر بها، والمعاملات تخفيف تعتبر التواهي عنها».

والثالث: أن يكون المجتهد حاضراً في مجلس الرسول عليه السلام فاجتهاده معتبر بأمر الرسول عليه السلام، فإن أمر الرسول عليه السلام بالاجتهاد صحيحةٌ في اجتهاده، كما حَكَمَ النبي عليه السلام سعد بن معاذ - رضي الله عنه - في بنى قريظة، فحكم بقتل من جرت عليه المرواشي واسترقاق من لم تجر

(١) أخرج نعوه أَحْمَدَ في «مسنده» (٢٢٣٤٥).

(٢) تقدم ذكره.

عليه، فقال عليه السلام: «هذا حكم الله من فوق سبعة أرقعة»^(١). وإن لم يأمره بالاجتهاد لم يصح اجتهاده إلا أن يعلم به فيقره عليه، فصيير بإقراره عليه صحيحًا كما قال أبو بكر الصديق - رضي الله عنه - بحضور الرسول صلوات الله عليه وآله وسلامه في سلب القاتل وقد أخذه غير قاتله: «لَا هَا اللَّهُ إِذَا تَعْمَدَ إِلَى أَسْدِ اللَّهِ تَعَالَى يَقْاتَلُ عَنِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ فَيُعْطِيكَ سَلْبَهُ»^(٢)، فأقره على هذا القول فصح اجتهاده حين أقره عليه. وأما الفصل الثاني في وجوه الاجتهاد: فهو ما لم يرد في الكتاب والسنة بيان حكمه، فقد قيل: إن الذي تضمنه كتاب الله تعالى من الأحكام [١٣٠ / ب] يشتمل على نحو خمسين آية، والذي تضمنه السنة منها نحو خمسين حديثاً، ونوازل الأحكام أكثر من أن تحصى ولا تقف على هذا العدد، ولا يجوز أن تكون لا ترجع إلى أصل من كتاب ولا سنة توصلهم إلى العلم بأحكام النوازل، وقد قال الله تعالى: «أَتَيْمَ أَكْلَمْتُ لَكُمْ وَيَسَّكُمْ» [المائدة: ٣٢]، فروى المطلب بن حنطسب أن النبي صلوات الله عليه وآله وسلامه قال: «مَا ترَكْتُ شَيْئاً فَمَا أَمْرَكْتُ اللَّهَ بِإِلَّا وَقَدْ أَمْرَتُكُمْ بِهِ، وَلَا ترَكْتُ شَيْئاً مَا نَهَاكُمْ عَنِهِ إِلَّا وَقَدْ نَهَيْتُكُمْ عَنِهِ»^(٣)

فدللت الآية في إكمال الدين، ودل الخبر في استيفاء الأوامر والتواهي على أن الأحكام المسكوت عنها أصلاً في الكتاب والسنة يتوصل بها إلى معرفة ما أغفل بيانه فيها، وهو الاجتهاد فيما تضمنها من الأمارات الدالة، واستخراج ما تضمنها من المعاني المستنبطة، ليكون الدين قد كمل والأحكام قد وضحت، فإن النصوص على الحوادث معدول عن استيعابه لأمرتين: أحدهما: أنه شاق في الإحاطة بجميعه. والثاني: ليتفاصل العلماء في استنباطه.

فصح لهذين المعنين أن يكون الاجتهاد في الشرع أصلاً يستخرج به حكم ما لم يرد فيه نص ولا انعقد عليه إجماع.

واعلم أنه مضى الاجتهاد في أعصار الأنبياء عليهم الصلاة والسلام، ولا بد من إيضاح اجتهاد العلماء فيما بعدهم، وهو ينقسم ثمانية أقسام:

أحدها: ما كان حكم الاجتهاد مستخرجاً عن معنى النص كاستخراج علة الربا من البر، فهذا صحيح غير مدفوع عند جميع القائلين بالقياس.

(١) ذكره الأمدي في الأحكام (٤/١٨٢).

(٢) أخرجه البخاري في فرض الخمس، باب من لم يخس الأسلام ومن قتل قتيلاً فله سلبه (٤١٤٢) ومسلم في الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل (١٧٥١) وأبو داود في الجهاد، باب في السلب يعطي للقاتل (٢٧١٧).

(٣) أخرجه البهقي في «شعب الإيمان» (٢/٦٧).

والثاني: ما كان مستخرجاً من معنى النص، كالعبد في ثبوت تملكه لتردد شبهه بالحر في أنه يملك؛ لأنَّه مكلف. وشبهه بالبهيمة في أنه لا يملك لأنَّه مملوك، وهذا صحيح [١٣١/أ] وليس بمدفوع عنه عند من قال بالقياس ومن لم يقل، غير أنَّ من لم يقل بالقياس جعله داخلاً في عموم أحد الشهرين، ومن قال بالقياس جعله ملحقاً بأحد الشهرين.

والثالث: ما كان مستخرجاً من عموم النص، كالذى يده عقدة النكاح في قوله تعالى: **﴿وَتَقْوَهُنَّ عَلَى الْوَسْعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُفْتَرِ قَدْرُهُ﴾** [البقرة: ٢٢٦]، يعم الأب والزوج والمراد به أحدهما، وهذا صحيح يوصل إليه بالترجح.

والرابع: ما كان مستخرجاً من إجمال النص، كقوله تعالى في متعة الطلاق: **﴿إِلَّا أَنْ يَعْقُوبُنَّ أَوْ يَعْقُوبُوا الَّذِي يَدْرُو﴾** [البقرة: ٢٢٦]، فصح الاجتهاد في قدر المتعة باعتبار حال الزوجين.

والخامس: ما كان مستخرجاً من أحوال النص، كقوله تعالى في الممتنع: **﴿فَصَيَّامُ لَلَّهُتَّةِ أَيَّامٍ فِي الْمَجْرِ وَسَبْعَةٌ إِذَا رَجَعُتُمْ﴾** [البقرة: ١٩٦]، فاحتمل صيام الثلاثة قبل عرفة وبعدها، واحتمل صيام السبعة إذا رجع في طريقه وإذا رجع في بلده، فصح الاجتهاد في تغليب إحدى الحالتين على الأخرى.

والسادس: ما كان مستخرجاً من دلائل النص، كقوله تعالى: **﴿لِتُنْقِذُ ذُرْ سَعْيَتِنَ سَعْيَتِهِ﴾** [الطلاق: ٧] الآية، فاستدللنا على تقدير نفقة الموسر بمدين بأنه أكثر ما جاءت به السنة في فدية الأذى، أن لكل مسكين مدين. واستدللنا على تقدير نفقة المعاشر بأقل ما جاءت به السنة في كفارة الواطئ أن لكل مسكين مداً.

والسابع: ما كان مستخرجاً من أمارات النص كاستخراج دلائل القبلة، فمن خفيت عليه من قوله تعالى: **﴿وَعَلِمْتُمْ﴾** [النحل: ١٦]، فصح الاجتهاد في القبلة بالأمارات الدالة عليها من مطالع النجوم.

والثامن: ما كان مستخرجاً من غير نص ولا أصل، فقد اختلف أصحابنا في صحة الاجتهاد عليه بغلبة الظن على وجهين:

أحدهما: لا يصح حتى يقترن بأصل؛ لأنَّه لا يجوز أن يرجع في الشرع [١٣١/ب] إلى غير أصل، وهذا ظاهر مذهب الشافعى رضى الله عنه، ولذلك أنكر القول بالاستحسان، لأنَّه تغلب ظنَّ غير أصلٍ.

والثاني: يصح الاجتهاد به؛ لأنَّ الاجتهاد في الشرع أصل فجاز أن يستغني عن أصلٍ.

وقد اجتهد العلماء في التعزير على ما دون الحدود بأرائهم في أصله من ضرب وحبس، وفي تقديره بعشر جلدات في حال، وبعشرين في حال، وبثلاثين في حال، وليس لهم في هذه المقادير أصل مشروع.

والفرق بين الاجتهاد بغلبة الظن وبين الاستحسان؛ أن الاستحسان يترك له القياس، والاجتهاد بغلبة الظن مستعمل مع عدم القياس.

وأما الفصل الثالث فيما يجب بالاجتهاد: فالذي يجب على المجتهد أن يقصد باجتهاده طلب الحق عند الله تعالى، وإصابة العين التي يجتهد فيها، وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعى، ويشبه أن يكون من مذهب المزني أن عليه أن يقصد باجتهاده طلب الحق عند نفسه؛ لأن ما عند الله لا يعلم إلا بالنصوص، وعلى كلا المذهبين عليه أن يتوصل باجتهاده إلى طلب الحق وإصابة العين، فيجتمع فيه بين هذين الشرطين.

وقال بعض أهل العراق من الفقهاء والمتكلمين: إن الذي على المجتهد هو الاجتهاد ليعمل بما يؤدي إليه اجتهاده، فيجعلون عليه الاجتهاد ولا يجعلون عليه طلب الحق بالاجتهاد، ويقال: إنه مذهب أبي يوسف.

وأما أبو حنيفة رحمه الله فقيل: مذهبه فيه مختلف، فيجعل عليه في بعض الأحكام طلب الحق بالاجتهاد كقولنا، ويجعل عليه في بعض الأحكام الاجتهاد ليعمل بما يؤدي إليه اجتهاده كقول أبي يوسف. وقد اختلفت مذاهب الناس في هذا حتى التبس واشتبهت.

واستدل من أوجب عليه الاجتهاد دون طلب الحق بالاجتهاد [١٣٢/أ] وهو مذهب من جعل عليه الاجتهاد بغير أصل، بأن ما أخفاه الله تعالى لا طريق لنا إلى إظهاره، وفي التزامه تكليف ما خرج عن القدرة كاختراع الأجسام وقلب الأعيان، وهذا غلط؛ لأن الاجتهاد واستدلال الحكم هو الحق المطلوب به، فلم يجز أن يختص الوجوب بالاستدلال دون الحكم المطلوب؛ لأن الاستدلال مقصود بمدلوله عليه، وقد نصب الله تعالى على ما أخفاه أمرات توصل إليه فلم يخرج عن الاستطاعة.

وأما الفصل الرابع في حكم الاجتهاد: فلا يخلو حال الحكم المجتهد فيه من أن يتفق عليه أقوال المجتهدين أو تختلف. فإن اتفق صار إجماعاً تعيين فيه الحق وسقط فيه الاجتهاد من بعده، كسقوط الاجتهاد مع نصوص الكتاب والسنّة؛ لأن الإجماع حجة ناطقة بعد الكتاب والسنّة. وإن اختلفت أقوال المجتهدين فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الاختلاف في أصول التوحيد وصفات الذات، فالحق فيها في واحد، وهو الذي كلف العباد طلبه وما عداه باطل، فمن أصبه فقد أصاب عند الله وأصاب

الحق، ومن أخطأه فقد أخطأ عند الله وأخطأ في الحق. وقال عبيد الله العنبري: كل مجتهد مصيب في الأصول، وهذا خطأ فاحسن؛ لأن أصول التوحيد وصفات الذات لا تختلف فلا يجوز الاختلاف فيها، وأحكام الشرع قد تختلف بحسب المصالح في الأعيان والأزمان، فجاز أن يكون الاختلاف مسوغاً فيها.

والضرب الثاني: الاختلاف في الأحكام الشرعية كاختلاف الصحابة - رضي الله عنهم - في أحكام الصلاة، والزكاة، والصيام، ومقاسمة الإخوة للجد، فذهب الأكثرون إلى أن الحق في جميعها، وأن كل مجتهد مصيب فيها عند الله تعالى، ومصيب في الحكم: [١٣٢] ب لأن جواز اختلاف الجميع دليل على صحة الجميع، وهو قول أبي الحسن الأشعري والمعتزلة، وقالوا: ليس في الحادثة أشبه مطلوب.

وقال أصحاب الأشعري بخراسان: لا يصح هذا المذهب عنه، والمشهور عند أهل العراق ما ذكرناه، ولأنه من أدى اجتهاده إلى حكم يلزم العمل به ولا يحل له مخالفته، فدل على أنه الحق، ولو كان الحق واحداً لكان إليه طريق، وكان من عدل عنه مفرطاً مذموماً كمسائل الأصول.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة ومالك وأكثر الفقهاء إلى أن الحق في أحدها، وإن لم يتعين لنا فهو عند الله تعالى متعين، لاستحالة أن يكون الشيء الواحد في الزمان الواحد في الشخص الواحد حلالاً وحراماً؛ لأن ما حل لشخص في حال لم يكن حراماً عليه في تلك الحالة فينافيه ويناقضه، ولأن الصحابة ومن بعدهم تناذروا، واحتاج كل واحد على قوله وخطأ بعضهم بعضاً، ولهذا قال علي، وعثمان، وعبد الرحمن - رضي الله عنهم إن كانوا قد اجتهدوا فقد أخطأوا^(١)، وهذا يقتضي أن كل واحد منهم يطلب إصابة الأشبه، ولأنهم قد اختلفوا في اجتهادهم في القبلة إلى أربع جهات لا يدل على أن القبلة في الجهات الأربع، وإن جاز لكل واحد منهم أن يصل إلى الجهة التي يؤدي اجتهاده إليها كذلك هنا.

وأما قولهم أنه لو كان كذلك لكان مفرطاً مذموماً. قلنا: يجوز أن يذر في الخطأ لعموم طريقه، لقوله تعالى: «إذا اجتهد فأخطأ فله أجر».

وقال بعض المتكلمين: ليس عند الله تعالى شيء مطلوب، ولا يجب على المجتهد أن ينظر في دليل ولا شيء يتوصل به إلى مطلوب، وإنما يعمل على غالب ظنه وما يقوى في نفسه، كما يعمل في المعاملات بغالب ظنه وبما يقوى في نفسه، وهذا خطأ فاحش؛

(١) ذكره الأمدي في الأحكام (٤/١٩٣).

[١٣٣/أ] لقوله تعالى: «فَفَهَمْنَاهَا سُلَيْمَانٌ» [الأنبياء: ٧٩]، فأخبر أنه خص سليمان عليه السلام بالفهم، وعلى قولهم يكون داود وسليمان سواء.

فإذا تقرر هذا فاعلم أن الفقهاء اختلفوا هل كل مجتهد فيها مصيب أم لا؟ فعند الشافعي أن المصيب منهم واحد وإن لم يتعين، وأن جميعهم مخطئ إلا ذلك الواحد، فمن أصاب الحق فقد أصاب عند الله تعالى في الحكم، ومن أخطأ الحق فقد أخطأ عند الله تعالى وأخطأ في الحكم، وبه قال مالك وجماعة. وقال أبو يوسف وطائفة: كل مجتهد مصيب، وأن الحق في واحد، فمن أصابه فقد أصاب ما عند الله تعالى وأصاب الحكم، ومن أخطأ فقد أخطأ ما عند الله تعالى وأصاب في الحكم.

وقال بعض أصحابنا المتأخرین: مذهب الشافعی - رضی الله عنہ - هذا وغلطوا فيه، وإنما تعلقوا بقول الشافعی في مواضع: «أدى ما كلف»، فظنوا أنه أراد بذلك أنه أصاب ولم يرد هذا، بل أراد أنه في معنى من أدى ما كلف في أنه لا يأثم.

وقال القاضی الطبری: نص في القديم والجديد على ما ذكر أولاً، ولا أعلم أحداً من أصحابه اختلف على مذهبه في ذلك، وإنما نسب إليه قوم من المتأخرین من لا معرفة لهم بمذهبه، وتشبثوا بالفاظ ليس فيها دليل عند من فهم من مذهبه، وإذا أردت أن تعرف ذلك بكل موضع رأیت فيه قوله: «أدى ما كلف» ونحو ذلك. فاقرأوا الباب من أوله واقرأوا ما قبله وبعده فإنك تجد للشافعی - رضی الله عنہ - نصاً [١٣٢/ب] أن الحق في واحد واما عداه خطأ.

وقال أبو إسحاق: يشبه أن تكون المسألة على قولين؛ لأن الشافعی ذكر قولين فيمن أخطأ القبلة بغير إلزامه الإعادة أم لا؟ والأصح أن عليه الإعادة، ومن يقول كل مجتهد مصيب يقول: لا إعادة عليه، وكذلك قال: إذا دفع الزكاة إلى من ظاهره الفقر فبيان غنياً، هل تلزم الإعادة؟ فيه قولان. وهذه الطريقة اختيار أبي حامد، وهو الذي حكاه عن أبي إسحاق، والصحيح عن أبي إسحاق ما ذكرنا.

واختلف القول عن أبي حنيفة رحمة الله، فقيل: إنه ذكر في بعض المسائل قولنا، وفي بعضها كقول أبي يوسف.

والدليل على صحة قولنا أن الحق لما كان في واحد لم يكن المصيب إلا واحداً ولو كان كل مجتهد مصيباً، وقد تسبب الله تعالى تبیه داود عليه السلام إلى الخطأ، وسليمان عليه السلام إلى الإصابة يقول تعالى: «فَفَهَمْنَاهَا سُلَيْمَانٌ» [الأنبياء: ٧٩] الآية، وأيضاً زوی أن

النبي ﷺ قال: «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر»^(١) فنسبه إلى الخطأ وإن جعل له أجرأ. فإن قيل: لو اختلفا في الإصابة لما شرك بينهما في الأجر. قلنا: ولو اتفقا في الإصابة لما فاض بينهما في الأجر. فإن قيل: لما استجازوا أن يولوا من خالفهم في الاجتهد دل على أن كل مجتهد مصيب. قيل: قد أنكر علي - رضي الله عنه - على شريح القاضي حين خالفه في ابني عم أحدهما أخ لأم، وقال: «عليَ بالعبد الأبطر، وعزله عن القضاء»^(٢)، على أن نفوذ الاجتهد عين الحكم، وقد يجوز أن يتفقا عليه [١٣٤/أ] وقت الحكم.

إذا صح أن الواحد هو المصيب منهم، وإن كان غير معين بالمصيب مأجور على الاجتهد وعلى الصواب، والمخطئ غير مأجور على الخطأ، ولكن مذهب الشافعي أنه مأجور على الاجتهد وإن أخطأ فيه لقصده الصواب وإن لم يظفر به، وإنما لا يؤجر على الخطأ: لأن الأجر للرغيب في الصواب ولا ترغيب في الخطأ.

قال أبو إسحاق: ويجوز أن يؤجر على قصده وإن كان الفعل خطأ، كما لو اشتري رقبة فأعتقها تقرباً إلى الله عز وجل، ثم وجدها حر الأصل فقد تلف ثمنها وهو مأجور، وإن لم يصح شراءه وعنته لم يقع لما أتى به من القصد إلى ذلك رقبة والتقرب به إلى الله تعالى، وقد نص الشافعي على هذا.

وأيضاً فلا بد للمجتهد أن يعدل باجتهاده عن طريق فاسدة يتضح له فسادها إلى طريق مشتبه يظن فيه الحق بعده عن تلك الطريق الفاسدة اجتهاده صحيح فأثيب على ذلك. قال أبو إسحاق وفيه وجه آخر أنه يؤجر على فتيته وعلى نفس اجتهاده، ولا يؤجر على الحكم لخطأه فيه.

فاما اجتهاده: فما بلغ منه فهو صواب وما بقي عليه من اجتهاده إلى بلوغ معرفة الحق فهو معذور في تخلفه عنه؛ لأن فهمه بلغ بعض طريقه ولم يبلغ به أقصى ما طلبه فهو فيما أتى به مأجور ومصيب فيه، ومتزنته منزلة الحاج الذي أمر بقطع المسافة ليبلغ به إلى بيت الله الحرام، فسلك بعض الطريق ثم ضعف عن باقيه أو تلفت راحلته، يؤجر [١٣٤/ب] على القدر الذي قصده.

(١) أخرجه النسائي في آداب القضاة، باب الإصابة في الحكم (٥٣٨١) وأبو داود في الأقضية، باب في القاضي يخطيء (٣٥٧٤) وابن ماجه في الأحكام، باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق (٢٢١٤) وأحمد في «منته» (١٧٣٢٠).

(٢) انظر في سنن البيهقي (٢٣٩/٦).

وعبر القفال عن هذا فقال: لا يستحق الأجر في قصده الخطأ الموضوع عنه، وإنما يستحق الأجر على إنشاء قصد الشواب. مثاله: أن يقوم ليخرج إلى مكة فأخطأ في نصف الطريق وعدل إلى طريق آخر، فثوابه من ابتداء قصده إلى موضع عدوله إلى الخطأ. قال: وهذا معنى قول الشافعى: «لا يؤجر على الخطأ إنما يؤجر على قصد الصواب». وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «نية المؤمن خير من عمله»^(١)، ولهذا ثالث تأويلات:

أحدها: أن نيته في الاجتهاد خير من خطئه في الاجتهاد.

والثاني: يعني أن نيته خير من خيرات عمله.

والثالث: أن النية أوسع من العمل؛ لأنها تسبق الأقوال والأفعال فيجعل الشواب عليها.

وقال القاضي الطبرى: ما قاله أبو إسحاق أولاً أصح؛ لأن ذلك الاجتهاد خلاف الاجتهاد الذى يصيب به الحق لأنه لو وضعه في حقه ورتبه على ترتيبه لأفضى به إلى الحق، فلا يؤجر عليه ولا على بعض أجزائه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: ثواب المخطئ على ماذا؟ فيه قولان:

أحدهما: على الاجتهاد كرجلين سلكا الجامع من طريقين فأفضل أحدهما الطريق أثىب عليه وإن لم يصل إلى الجامع.

والثاني: على القصد كرجلين رميا إلى كافر فأصابه أحدهما دون الآخر، يثاب المخطئ على القصد، وإطلاق القولين خطأ على المصيبة. وقال الأصم وابن علية: هو مأثوم على الاجتهاد لخطئه فيه. [١٣٥/أ] وقالت ظائفه من أهل العراق: هو غير مأجور عليه ولا مأثوم فيه. وهذا خطأ للخبر الذي ذكرنا.

وقال الإمام أبو القاسم الصميري: كل مجتهد مصيبة في أنه أدى كما كلف من الاجتهاد وإن أخطأ الحكم الذي أراده الله تعالى إلا واحداً، وهذا لا يصح؛ لأنه كلف الاجتهاد المؤدى إلى الصواب، ولم يكلف الاجتهاد المؤدى إلى الخطأ.

وأما الاستبطاط وهو المقدمة الثانية من مقدمتي القياس، فهو من نتائج الاجتهاد، فكان فرعاً وأصلاً للقياس؛ لأن الوصول إلى استبطاط المعانى بعد الاجتهاد في الدلائل، وصححة القياس يكون بعد استبطاط المعانى، ولذلك صار الاستبطاط فرعاً للاجتهاد وأصلاً للقياس.

(١) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١٨٥/١).

والاستنباط يختص باستخراج المعاني من ألفاظ النصوص مأخوذه من استنباط الماء إذا استخرج من حفرته.

وقد جعل الله تعالى الأحكام أعلاماً من أسماء ومعاني: فأما الأسماء فهي ألفاظ ظاهرة تعرف بالبديهة. والمعاني: علل باطنة تعرف بالاستنباط، ويكون الحكم بالاسم مقصوراً عليه وبالمعنى متعدياً عنه، فصار معنى الاسم أخص بالحكم من الاسم لعموم المعنى بالتعدي وخصوص الاسم بالتوقف، ولشن كانت المعاني تابعة للأسماء؛ لأنها مستودعة فيها فالأسماء تابعة لمعانيها لتعديها إلى غيرها. فإن تورعنا في تعليق الأحكام كان ما يدل عليه في إثبات القياس كافياً، وإذا كان كذلك وجب أن يستتبط [١٣٥/ب] معاني الأحكام بالاجتهاد، لعلم بالقياس حكم ما يرد فيه نص من معاني ما ورد فيه النص، فما وجد فيه معنى النص شاركه في حكمه قياساً، وما عدم فيه معنى النص خالقه في حكمه عكساً، فيكون القياس موجباً لحكم الإثبات في الطرد، وحكم النفي في العكس.

ومن أصحابنا من جعله موجباً لحكم الطرد في الإثبات ولم يجعله موجباً لحكم العكس في النفي، وهو قول من اعتبر في صحة العلة الطرد دون العكس، وزاد قول من اعتبر صحتها بالطرد والعكس. والفرق بين المعاني والعلل أن المعنى ما وجب به الحكم في الأصل حتى تدعى إلى الفرع، والعلة اجتناب حكم الأصل إلى الفرع، فصار المعنى ما ثبت به حكم الأصل، والعلة ما ثبت به حكم الفرع. ثم هنا بعد هذا الفرق يجتمعان من وجهين ويفترقان من وجهين:

فأما الاجتماع: أن حكم الأصل موجود في المعنى والعلة. والثاني: أن المعنى والعلة موجودان في الفرع والأصل.

وأما الافتراق: فالعلة مستبطة من المعنى وليس المعنى مستبطة من العلة لتقدمة المعنى وحدوث العلة.

والثاني: أن العلة قد تشتمل على معاني، والمعنى لا يشتمل على علل؛ لأن الطعم والجنس معنيان وهما علة الربا.

وعبر بعض الفقهاء عن المعنى بالعلة، وعن العلة بالمعنى، ولم يذكر فرقاً بينهما، إما اتساعاً وإما استرسلاً، والتحقيق فيهما ما ذكرناه من الفرق. فإذا تقررت هذه الجملة وجب على المجتهد في استنباط المعاني والعلل أربعة شروط يعتبر بها صحتها ثم تختص العلل دون المعاني بشرطين مختلفين فيهما.

فاما [١٣٦/أ] أحد الأربعة: فإن يكون المعنى مؤثراً في الحكم، فإن لم يؤثر فيه لم يجز أن يكون معنى للحكم ولا علة له، فإن النبي ﷺ لم يرجم ماعزاً لاسمها ولا لهيبة جسمه ولكن للزنا، فصار الزنا علة الرجم، وكما أثبت الرسول ﷺ الربا في البر، لا لأنه مزروع، ولكن لأنه مطعم فكان الطعم علة الربا دون الزرع.

والثاني: أن يسلم المعنى والعلة على الأصول ولا يرد فيهما نص ولا إجماع؛ لأن القياس فرع لهما يستعمل عند عدمهما فلم يجز أن يكون دافعاً لهما، فإذا ردها أخذهما بطل.

والثالث: أن لا يعارضهما من المعاني والعلل ما هو أقوى منهما، فإن الأقوى أحق بالحكم من القياس، وما أدى إلى إبطال الأقوى فهو الباطل بالأقوى.

والرابع: أن يطرد المعنى والعلة فيوجد الحكم بوجودهما فيسلمما من نقص أو كسر.

فإن عارضهما نقص أو كسر فعدم الحكم مع وجودهما فسد المعنى وبطلت العلة؛ لأن فساد العلة يدفعها وفساد المعنى لا يدفعه؛ لأن المعنى لازم والعلة طارئة؛ لأن الكيل إذا بطل أن يكون علة الربا في البر لم يبطل أن يكون الكيل باقياً في البر، فيصير التعليل باطلاً والمعنى باقياً.

ولا يجوز تخصيص المعاني والعلل المستنبطة لتسليم من النقص المعتبر من وいくون دخول النقص عليهما بارتفاع الحكم مع وجودهما دليلاً على فسادهما. فاما العلل المنصوص عليها فقد اختلف أصحابنا في جواز تخصيصها على وجهين:

أحددهما: لا يجوز تخصيصها اعتباراً بالعلل المستنبطة.

والثاني: يجوز تخصيصها؛ لأنها لفظ منطوق به، فجرت مجرى تخصيص العموم كما علل رسول الله ﷺ المنع من بيع الرطب بالتمر بأنه ينقص [١٣٦/ب] إذا يبس^(١). وحكي عن أبي حنيفة أنه جوز تخصيص العلل المستنبطة من النصوص عليها، ولم يفسدتها بمعارضة النقص لخروجها منها بالتخصيص، بدليل أنه لما جاز تخصيص العموم كان تخصيص العلل أولى؛ لأنها قد تستنبط من عموم مخصص هي له فرع وهو لها أصل، وهذا لا يصح من وجهين:

أحددهما: أنه لما كان سلامة الطرد معتبراً في العلل العقلية وجب أن يكون معتبراً في العلل الشرعية؛ لأن أحكام الشرع لا تخرج عن قضية العقل.

(١) تقدم تخريرجه.

والثاني: أن تكون العلة إذا عارضها نقص لم يكن التعليل بالمتضمن أولى بالتعليق من الناقص، فتعارضاً بهذه المقابلة فوجب العدول عنها إلى ما لا تعارض فيه.

وأما الشرطان المختلف فيهما في تصحيف العلل:

أحدهما: عكس العلة هل يكون معتبراً في صحتها؟ وجهان:

أحدهما: قال ابن أبي هريرة وجماعة: لا يعتبر، فإنه إذا ثبت الحكم بوجودها صحت وإن لم يرتفع بعدها؛ لأن المقصود بها ثبات الحكم دون نفيه، وكما يصح المعنى إذا اطرد رлем ينعكس.

والثاني: أن صحة العكس معتبر فيها؛ لأن علل الشرع معتبرة بطل العقل في الطرد والعكس، ولأن عدم التأثير في ارتفاعها يدل على عدم التأثير في وجودها، والفرق بين المعنى والعلة في اعتبار العكس ما قدمناه من الفرق.

والثاني: وقوف العلة على حكم النص وعدم تأثيرها فيما عداه كوقف علة الربا في الذهب والفضة عليها تعليلاً بأنها أثمان.

واختلف أصحابنا في أنها هل تكون علة لثبوت الربا، فقال أبو بكر القفال: أشار إليه في أصوله ولا تكون علة؛ لأن العلة ما جذب حكم الأصل إلى فروعه، ويجعل ثبوت الربا في الذهب والفضة بالاسم دون المعنى. وقال جمهور أصحابنا: [١٣٧/أ] إنها علة وإن لم تتعذر عن حكم الأصل؛ لأن وقوفها يوجب نفي حكم الأصل عن غيره، كما أوجب تعديتها ثبوت حكم الأصل في غيره، فصار وقوفها مؤثراً في النفي كما كان تعديتها مؤثراً في الإثبات، فاستفید بوقفها و تعديتها حكم غير الأصل، فعلى هذا يكون ثبوت الربا في الذهب والفضة بالمعنى دون الاسم، فصارت صحة المعاني معتبرة بأربعة شروط، وفي صحة العلل وجهان:

أحدهما: تعتبر صحتها بأربعة شروط لما قدمناه من فرق ما بين المعاني والعلل.

فإذا تقرر هذا وجب على المستنبط أن يعتبر بها حكم الأصل في الكشف عن معانيه، فإن لم يجد فيها ما يؤثر في الحكم، كأعداد الركعات ونصب الزكوات، علم أن معانيه غير معقولة، وأن الحكم فيها مقصوراً على الاسم ومتضمناً بالاسم، وإن كان في معاني الأصل ما يكون مؤثراً في الحكم سبب جميع معانيه ولم يقتصر على المعنى الأول؛ لجواز أن يكون بعده ما هو أقوى منه، ليكون حكم الأصل معتبراً بأقوى معانيه.

ثم لا يخلو معاني الأصل من أن يكون الحكم متعلقاً بجميعها أو ببعضها، فإن تعلق

بجميع معاني الأصل كالربا في الذهب والفضة فهي العلة الواقفة، وهل يكون ثبوت الحكم في الأصل بالمعنى أو الاسم، فعلى ما ذكرناه من الوجهين، وإن تعلق الحكم ببعض معانيه فهو على ضربين؛ أحدهما: أن يصح تعلق الحكم بأحد معانيه. والثاني: أن لا يصح. فإن صبح تعليقه بأحدتها فهو على ضربين:

أحدهما: أن تتفق أحكامها في الفروع، فيوجب كل واحد منها يوجب غيره، فيكون المستحبط مخيراً في تعلق الحكم بأيها شاء، كما يجوز أن يثبت حكم الأصل بأي دلائله شاء. [١٣٧/ب] والثاني: أن تختلف أحكام المعاني في الفروع، فيوجب كل واحد غير ما يوجب الآخر، كتعليق الربا في البر بأنه مقتات وبأنه مأكول، وبأنه مكيل، ولكل واحد من هذه المعاني فروع تجذبها ليست في غيره، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحدهما داخلاً في الآخر، فيكون الحكم معتبراً بالمعنى للأعم دون الأخص في تعليق الربا في البر بأنه مقتات، وتعليقه بأنه مأكول والقوت يدخل في المأكول، فكان تعليقه بالأكل منه بالقوت لعموم الأكل وخصوص القوت.

والثاني: أن لا يدخل أحدهما في الآخر، كتعليق بالأكل والتعليق بالكيل، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون أحد المعنيين أكثر فروعاً من الآخر، فيكون أكثرها فروعًا أولى وتعليق الحكم به أحق لكترة بيانه بكثرة فروعه.

والثاني: أن تقارب فروعهما، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون شواهد أكثر الأصول مع أحدهما، وشواهد أقلها مع الآخر فيكون أكثرها شواهد أولى، وتعليق الحكم به أحق لقوته بكثرة شواهده.

والثاني: أن يتساوى شواهد الأصول لكل واحد منها ولا يترجح أحدهما على الآخر بشيء، فيتعلق حكم الأصل بكل واحد من المعنيين، ويكون اجتماعهما معاً علة في فروع الأصل، لقوة العلة باجتماعهما واستيفاءهما لفروعهما.

وأما إذا لم يصح تعلق حكم الأصل بأحد معانيه لدخول الكثير عليه، فيجب أن يضم إليه معنى آخر من معاني الأصل، فيجمع فيه بين معانيين، فإن سلماً بالاجتماع من كسر يدخل عليهما صارا جمياً معنى الحكم في الأصل، وعلة الحكم في الفرع؛ وإن لم يسلم المعنيان من كسر ضممت إليهما معنى ثالثاً، فإن سلماً صار جمياً معنى الحكم في الأصل وعلة الحكم في الفرع، وإن لم تسلم المعاني الثلاثة [١٣٨/أ] من كسر ضممت إليها

رابعاً وخامساً، كذلك أبداً حتى يجمع بين معاني الأصل، فيتبين باجتماع معانيها وقد قل حكمه وعدم تعديه. ومنع أبو حنيفة تعليق الحكم بما لم يتعد معانيه وأبطل به العلة الواقفة. وخصوص بعض أصحابنا معاني العلة، ومنع من تعليق الحكم بأكثر من أربعة أصناف.

ولو تعارض التعليل بمعنيين أحدهما منصوص عليه والآخر مستنبط، كان معنى النص أولى من معنى الاستنباط، كما يكون الحكم بالنص أولى من الحكم بالاجتهاد، وذلك مثل تعليل مال الفيء بقوله تعالى: ﴿كَمَا لَا يَكُونُ دُولَةٌ بَيْنَ الْأَغْيَاءِ وَيْنَكُمْ﴾ [الحضر: ٧]، وتعليل تحريم الخمر بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بِيَنَّكُمُ الْعَدَّةَ وَالْبَغْضَاءَ﴾ [البادرة: ٩١] الآية. وكما علل النبي ﷺ بيع التمر بالرطب بقوله: «أيُنَقْصُ الرُّطْبُ إِذَا يُبَسُّ...»^(١) الخبر، فهذا التعليل كله عن نص الشافعي رضي الله عنه لا يجوز أن يدفع بعللٍ مستنبطه.

إذا ثبت ما ذكرنا من مقدمتي القياس، فالقياس موضوع لطلب أحكام الفروع المskوت عنها من الأصول المنصوصة بالعلل المستنبطه من معانيها، ليتحقق كل فرع بأصله حتى يشركه في حكمه لاشتراكهما في المعنى والجمع بينهما بالعلة، فصار القياس إلحاقي الفرع بالأصل بالعلة الجامعة بينهما في الحكم.

واسم القياس مأخوذ في اللغة من المماثلة، يقال: هذا قياس هذا أي مثله؛ لأن القياس هو الجمع بين المماثلين في الحكم. وقيل: إنه مأخوذ من الإصابة، يقال: قَسَّيْتُ الشيءَ إِذَا أَصَبْتَهُ؛ لأن القياس يصيّب به الحكم.

والقياس: أصل من أصول الشرع وحجة [١٣٨/ب] يستخرج بها أحكام الفروع المskوت عنها، يجب العمل به عند عدم النصوص في الإجماع، واختلفوا في طريق إثباته، فقال الأكثرون: هو دليل بالشرع. وقال بعضهم: هو دليل بالعقل وهو ضعيف. وقال النظام، وداود، والقاسمي، والمغربي، والنهراني، والشيعة: لا يجوز أن يعمل به في الشرع، ولا القول به، ولا يستدل به على حكم في فرع، وأحكام متعلقة بالأسماء دون المعاني.

وعندنا يتعلق الحكم بمعانيها إذا عقلت، وبالأسماء إذا جهلت ويكون اختلافهما على ما ورد الشرع بها. واختلفوا في طريق نفيه، فقال بعضهم: منفي بالعقل وحده. وقال بعضهم: منفي بالشرع وحده. وحكي عن داود أنه قال: لم يرد الشرع به، ولو ورد به لجاز أن يكون دليلاً فيه. وقيل: إنه قال: العقل لا يوجّه والشرع لم يوجّه، وهذا كله غلط،

(١) نقدم تخرّجه.

وهذا الخلاف خلاف حادث يبعد أن تقدم الإجماع بإثباته من الصحابة والتابعين قولهما:

أما العمل: فإنهم اختلفوا في مسائل، مثل قوله: أنت على حرام، ومقاسمة الجد الإخوة، وذهب كل واحد منهم مذهبًا، ولا يجوز أن يكونوا قالوا ذلك توقيقاً، لأن أحداً منهم ما أظهر فيه توقيقاً، فثبتت أنهم قالوه اجتهاداً وقياساً. وأما القول: قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه في الكلالة: أقول فيها برأيي^(١). وعن عمر - رضي الله عنه - مثل ذلك. وقال ابن مسعود رضي الله عنه في مسألة المفوضة أقول برأيي، فإن أصببت فمن الله تعالى، وإن أخطأت فمني ومن الشيطان [١٣٩/أ] والله ورسوله منه بريئان^(٢)، وغير هذا من الألفاظ في مسائل كثيرة، ما تدل على الاجتهاد والقياس، فدل ذلك على صحة ما قلناه.

وأيضاً قال الله تعالى: **﴿فَاعْتَرِفُوا بِأَنَّكُلَّا إِلَّا بِأَنْقَبْرُ﴾** [الحشر: ٢]، وفي الاعتبار وجهان: أحدهما: أنه مأخوذ من العبور، وهو أن يجاوز المذكور إلى غير المذكور، وهذا هو القياس.

والثاني: مأخوذ من العبرة، وهو اعتبار الشيء بمثله، ومنه عبرة الخراج، أن يقاس خراج عام بخارج عام غيره في المماثلة.

وفي كلا الوجهين دليل على القياس؛ لأنه أمر أن يستدل بالشيء على نظيره، وبالشاهد على الغائب.

وأيضاً قال الله تعالى: **﴿وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَسَيَّرَ حَلْقَمًا﴾** [يس: ٧٨] الآية، فجعل خلق الأحياء دليلاً على خلق الموتى، وهذا دليل مستمر في قضايا العقول، ولو لا القياس لما صار دليلاً.

وأيضاً قال الله تعالى: **﴿وَلَوْ رَدْوَةٌ إِلَى الرَّسُولِ وَلَكَ أَوْلَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعِلَّمَهُ الَّذِينَ يَسْتَطِعُونَهُمْ﴾** [النساء: ٨٣]، وأولوا الأمر هم العلماء، والاستنباط هو القياس، فصارت هذه الآية كالنص في إثباته.

وروي في خبر معاذ - رضي الله عنه - أنه قال: «أجتهد رأيي» وهذا دليل على جواز الاجتهاد عند عدم النص، وأن ليس كل الأحكام مأخوذة عن نص، فصار القياس أساساً

(١) تقدم تخریجه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١١٤).

بالنص . وروي أنه **عَلِيٌّ** قال في خبر عمر رضي الله عنه: «أرأيت لو تمضمضت» وهذا قياس . وأيضاً لما استقر في العقل أن يستدل بالشاهد على الغائب ، ويجمع بين المتماثلين في السنة ، ويسوي بين المتفقين [١٣٩/ ب] في المعنى ، وجب أن يكون في قضايا السمع استدلال بالشاهد على الغائب ، والجمع بين المتماثلين في الشبه والمتفقين في المعنى استدلاًًا بـ العقل والسمع . أما العقل فـ شواهده واضحة .

وأما السمع فقد يستقر بالشاهد على الغائب في القبلة بقوله تعالى: **﴿وَحَيْثُ مَا كُثُرَ قَوْلُوا وَجْهُوكُمْ سَطْرُهُ﴾** [البقرة: ١٤٤] .

وفي الجمع بين المشتبهين في المماثلة وجاء الصيد بقوله تعالى: **﴿فَجَزَاءُ مَنْ قَاتَلَ مِنَ النَّفَرِ﴾** [المائدة: ٩٥] . وفي التسوية بين المتفقين في المعنى لاعتبار الرق في حد العبد بالزنا بـ حد الأمة بقوله تعالى: **﴿فَلَيَهُنَّ نَصْفُ مَا عَلَى الْمُحْكَمَتِ﴾** [النساء: ٢٥] الآية .

فإن قيل: أحكام العقل متفقة وأحكام السمع مختلفة فـ لم يجز اعتبار أحدهما بالآخر . قلنا: نـ حـ نـ قـ نـ قـ عـ لـ أـ حـ كـ اـمـ السـ مـ عـ اـ وـ اـ فـ قـ هـ اـ كـ مـ اـ نـ قـ يـ اـ فـ اـ حـ اـ لـ اـ عـ اـ وـ اـ فـ قـ هـ اـ ، فـ صـ اـرـ كـ مـ اـ وـ اـ فـ قـ هـ اـ ، فـ صـ اـرـ كـ مـ اـ وـ اـ فـ قـ هـ اـ .

فإذا تقرر هذا فالقياس قياسان؛ قياس معنى وقياس شـ بـ . والفرق أن قياس المعنى ما لم يكن لـ فـ رـ عـهـ إـ لـ أـ صـ لـ وـ اـ حـ دـ حـ كـ مـهـ منـ معـ نـاهـ . وـ قـ يـ اـسـ الشـ بـهـ ماـ يـ جـ اـرـ يـ اـ صـوـلـ فـ يـ لـ حـ قـ بـأـ قـوـاـهـ شـ بـهـاـ بـهـ ، فـ صـ اـرـ قـيـ اـسـ الشـ بـهـ عـلـىـ الـ وـ جـ هـينـ .

ثم قياس المعنى يـ نـ قـ سـ مـينـ؛ خـ فـيـ وـ جـ لـيـ . فـأـمـاـ الجـ لـيـ فـيـكـونـ معـنـاهـ فـيـ الفـرعـ زـائـداـ عـلـىـ معـنـىـ الـأـصـلـ . وـالـخـفـيـ يـكـونـ معـنـاهـ فـيـ الفـرعـ مـساـوـيـاـ لـمـعـنـىـ الـأـصـلـ . وـ الـقـيـاسـ الـجـلـيـ عـلـىـ ثـلـاثـةـ أـضـرـبـ:

أـحـدـهـاـ: ما عـرـفـ معـنـاهـ مـنـ ظـاهـرـ النـصـ بـغـيـرـ [١٤٠/ أـ] اـسـتـدـلـالـ ، وـلاـ يـجـوزـ أـنـ يـرـدـ التـعـبدـ فـيـ بـخـلـافـ أـصـلـهـ ، وـذـلـكـ مـثـلـ قولـهـ تـعـالـىـ: **﴿فَلَا تَقْلِيلٌ لَّهُمَا أُفِيَ وَلَا تَنْهَرُهُمَا﴾** [الإـسـرـاءـ: ٢٣] ، فـ دـلـ تـحـرـيـمـ التـأـفـيـفـ بـبـدـيـهـةـ النـصـ عـلـىـ تـحـرـيـمـ الضـربـ وـالـشـتـمـ لـمـاـ فـيـهـ مـنـ إـهـانـةـ الـأـبـوـيـنـ وـالـأـذـىـ . وـ يـجـوزـ أـنـ يـحـرـمـ التـأـفـيـفـ وـيـبـيـحـ الضـربـ وـالـشـتـمـ ، فـ صـارـ تـحـرـيـمـ الضـربـ وـالـشـتـمـ مـاـخـوـذـاـ مـنـ تـحـرـيـمـ التـأـفـيـفـ قـيـاسـاـ ، وـمـثـلـهـ قولـهـ تـعـالـىـ: **﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ﴾** [الـزـلـلـةـ: ٧] الآـيـةـ . فـلاـ يـجـوزـ أـنـ يـجـازـىـ عـلـىـ قـلـيلـ الطـاعـةـ وـلاـ يـجـازـىـ عـلـىـ كـثـيرـهـاـ ، وـيـعـاقـبـ عـلـىـ قـلـيلـ الـمـعـصـيـةـ وـلاـ يـعـاقـبـ عـلـىـ كـثـيرـهـاـ . وـقـالـ القـفـالـ الشـاشـيـ: حـكـمـ ذـرـةـ وـنـصـفـ ذـرـةـ بـمـنـزـلـةـ ، وـإـنـمـاـ قـالـ هـذـاـ حـتـىـ لـاـ يـقـولـ مـهـوـسـ الـكـثـيرـ ذـرـاتـ وـالـأـسـمـ مـتـنـاـوـلـ لـهـاـ ، وـمـثـلـهـ قولـهـ: **﴿وَمَنْ أَهْلَ الْكِتَبَ مَنْ إِنْ تَأْمَنْهُ يُقْتَلُ بِيُؤْذَنِهِ إِلَيْكَ﴾** [آلـعـمـرـانـ: ٧٥] الآـيـةـ ، فـالـأـمـيـنـ عـلـىـ

القططار هو على الدينار آمن والخائن في الدينار هو في القنطرة آخون. ومثله قوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ مِثْقَالَ حَبَّةٍ مِّنْ خَرْدَلٍ أَتَيْنَا بِهَا» وقوله تعالى: «وَلَا يُظْلَمُونَ بِقِرَاءَةٍ» [النساء: ١٢٤].

وقال بعض مشايخنا: لا يسمى هذا قياساً لأن العرب وضعوا هذه اللفظة للتبيه على ما زاد عليه، فيكون النهي عن الضرب والشتم باللفظ دون المعنى، وسموا بعضهم مفهوم الخطاب، وقيل: هو فحوى الخطاب، قالوا: والقياس ما خفي حكم المسكوت عنه بالاستدلال من المنصوص عليه، فما خرج عن الخفاء لم يحتاج إلى الاستدلال فليس بقياسٍ. وقال نفاة القياس: مثل هذا لا يكون قياساً [١٤٠/ب] بل هو نصٍ. وقيل: إنه تبيه وهذا غلط؛ لأن النص ما عرف حكمه من اسمه. والقياس ما عرف حكمه من اسم غيره وقد وجد هنا؛ لأن اسم التأليف لا ينطلق على الضرب كما لا ينطلق الضرب على التأليف، فصار تحريم الضرب مأخوذاً من معنى التأليف لا من اسمه، فإن امتنعوا أن يسموه قياساً فقد سلموا معناه وخالفوا في اسمه، والمخالفة في الاسم ساقطة مع تسليم المعنى. وأيضاً فالمعنى تتنوع إلى جليٍ تسبق بديهته إلى الفهم من غير استدلال، وإلى خفيٍ لا يفهم إلا بالتفكير والاستدلال، كالأسماء تتنوع إلى واضح تعرفه الخاصة وال العامة، وإلى غامض تعرفه الخاصة دون العامة، كنهيه بِلَّة أن يصلى الرجل وهو زناء^(١)، وقوله بِلَّة: «لا جلب، ولا جنب، ولا خلاط، ولا وراثة^(٢)». ونهى بِلَّة عند الملاقيح والمصامين^(٣). ثم خلاف الأسماء والوضوح والغموض لا يمنع أن تكون كلها نصوصاً، وكذلك اختلاف المعاني في الجلاء والخفاء لا يمنع أن تكون كلها قياساً.

واعلم أن هذا الوجه من القياس أقرب وجوه القياس إلى النصوص لدخول فرعها في النصوص، ولا خلاف بين أصحابنا أنه تخصيص العموم به، وهل يجوز به السخّ أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول الأكثرين: لا يجوز؛ لأن القياس فرع للنص الذي هو أقوى، فلا يجوز أن يكون ناسخاً له.

والثاني: وهو اختيار ابن أبي هيريرة وجماعة يجوز؛ لأنه لما جاز [١٤١/أ] أن يرد التبعيد في فرعه بخلاف أصله، صار الفرع كالنص فجاز به السخّ.

(١) أخرجه الربيع في مستنده (١٤٤).

(٢) لم أجده.

(٣) أخرجه مالك عن سعيد بن المسيب في البيوع، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان (١٣٥٨).

فإن كان أصله نصاً في القرآن جاز أن ينسخ به القرآن دون السنة، وإن كان أصله نصاً في السنة جاز أن ينسخ به السنة دون القرآن.

ومن هذا اختلف أصحابنا في قوله تعالى: «إِن يَكُن مِّنْكُمْ عَشْرُونَ صَدِيرُونَ يَتَبَلَّوْا مِائَتِينَ» [الأنفال: ٦٥] الآية، مع قوله: «أَلَئِنْ حَفَّنَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيهِنَّ ضَعْفًا» [الأنفال: ٦٦] الآية، أن ننسخ مصادرة عشرين مائتين بمصادرة عشرين أربعين، علم بالقياس بظاهر الكلمة، فمنهم من قال: علم بالقياس؛ لأن الله تعالى لم ينص على حكم العشرين، وإنما قسناه على نسخ حكم ظاهر الكلمة، ومنهم من قال: علم بظاهر الكلمة.

والضرب الثاني: ما عرف معناه من ظاهر النص بغير استدلال بالإجماع، ولكن يجوز أن يرد التعبد فيه بخلاف أصله، مثل نهي رسول الله ﷺ الأضحية بالعوراء، والعرجاء^(١)، فكانت العميماء قياساً على العوراء والقطيعاء على العرجاء، لأن نقصها أكثر والنقص للنقص وإن جاز أن يرد التعبد ببابحة العميماء والقطيعاء مع تحريم العوراء والعرجاء وهذا مما اختلف فيه نفاء القياس، فأقتصر بعضهم على تحريم النص وأباح ما عداه، فحرم التضحية بالعوراء والعرجاء وأباح التضحية بالعميماء والقطيعاء، وأثبتت بعضهم تحريم جميعه بالتبنيه دون النص، فهذا الضرب من القياس يجوز تخصيص العموم بمثله، ولا يجوز به النسخ بالاتفاق لجواز ورود التعبد في الفرع بخلاف أصله.

ومن هذا الجنس قوله ﷺ: [١٤١/ب] «لَا يَقْضِي الْقَاضِي وَهُوَ غَضِيبٌ»^(٢) وقد أجمعوا على أن منعه منه لأنه يزعجه ويغير طبعه، فكان العاشر الغالب، والجوع الشديد والشبع المثقل، والحزن المفرط قياساً عليه لوجود معناه فيه.

ومثله قوله ﷺ في الفأرة إذا ماتت في السمن: «إِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَأَرْيِقُوهُ»^(٣). وأجمعوا على أنه لنجاسته الفأرة.

(١) أخرجه الترمذى في الأضاحى عن رسول الله ﷺ، باب ما لا يجوز من الأضاحى (١٤٩٧) والنسانى في الضحايا، باب ما نهى عنه من الأضاحى العوراء (٤٣٦٩) وأبو داود في الضحايا، باب ما يكره من الضحايا (٢٨٠٢) وأبن ماجه في الأضاحى باب ما يكره أن يضحي به (٣١٤٤).

(٢) تقدم تخریجه.

(٣) أخرجه الترمذى في الأطعمة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الفأرة تموت في السمن (١٧٩٨) والنسانى في الفرع والعتيرة، باب الفأرة تقع في السمن (٤٢٦٠) وأبو داود في الأطعمة، باب في الفأرة تقع في السمن (٣٨٤٢) وأحمد في «مستنده» (٧٥٤٧).

وقال ﷺ: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ منه»^(١) فكان التغويط مثله. وقال ﷺ: «إذا ولغ الكلب في إماء أحدكم فليهرقه ولينسله سبع مرات»^(٢) فكان إذا بال الكلب فيه مثله.

فإإن قيل: لا نعلم كل هذا قياساً، وإنما علمناه إجماعاً. قلنا: المجمعون إنما قالوا ذلك من طريق القياس دون غيره، ولو كان هناك سبب جمعهم عليه لعرفناه ولنقل إلينا كما نقل إجماعهم.

والضرب الثالث: ما عرف معناه من ظاهر النص باستدلال ظاهر يعرف بمبادئه النظر، وذلك مثل قوله تعالى: «فَإِذَا أَحْسَنَ فَإِنَّ أَنْتَ بِمَعْلُومٍ فَعَلَيْهِنَّ يُصْفَ مَا عَلَى الْمُحَمَّدِ كُلَّهُ مِنَ الْعَذَابِ» [النساء: ٢٥]، ولم يكن المعنى إلا نقصان الرق بالعبد قياس عليه بهذا المعنى، كقوله ﷺ: «من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه الباقى»^(٣) فكانت الأمة قياساً.

وك قوله في يوم الجمعة: «وَذَرُوا الْبَيْتَ» [الجمعة: ٩]، فعقد النكاح قياس على البيع، فهذا الضرب لا يجوز النسخ به ويجوز تخصيص العموم به عند أكثر أصحابنا. وقال بعضهم: لا يجوز تخصيص العموم به لخروجه عن الجلاء بالاستدلال، وهذا غلط؛ لأنه قد صار بجلاء الاستدلال كالجلي بغير استدلال.

وهذه الضروب الثلاثة [١٤٢/أ] من القياس يجوز أن ينعقد بها الإجماع وينقض بها حكم من خالفها من الحكام.

وأما القياس الخفي: فهو ما خفي معناه فلم يعرف إلا بالاستدلال، ويكون معناه في الفرع مساوياً لمعنى الأصل، وهو على ثلاثة أضرب: أحدها: ما كان معناه لائحاً. والثاني: ما كان غامضاً. والثالث: ما كان مستبهاً.

فأما الأول: فيعرف باستدلال متفق عليه مثل قوله تعالى: «خَرَمْتَ عَلَيْكُمْ أَهْمَكُكُمْ» [النساء: ٢٣] الآية، فكان عمات الآباء والأمهات في التحرير قياساً على الحالات لاشتراكهن في الرحم. وكقوله تعالى في نفقة الولد في صغره: «فَإِنَّ أَنْضَعْنَ لَكُمْ فَنَأْوِهُنَّ أَجْوَاهُنَّ» [العلق: ١١]

(١) أخرجه الترمذى في الطهارة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهة البول في الماء الراىد (٦٨) والنسائي في الطهارة، باب الماء الدائم (٥٧) وأحمد في «مسنده» (٧٤٧٣).

(٢) أخرجه مسلم في الطهارة، باب حكم ولغ الكلب (٢٧٩) والنسائي في الطهارة باب الأمر باراقة ما في الإناء إذا ولغ فيه الكلب (١١).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) والبخاري في صحيحه (٢٣٨٦).

[٦]، فكانت نفقة الوالد عند عجزه في كبره قياساً على نفقة الولد لعجزه في صغره، والمعنى في هذا الضرب لائح لتردد بين الجلي والخفي، وهو من ضروب الخفي بمنزلة الأول من ضروب الجلي، ويجوز أن ينعقد الإجماع بمثله وينقض به حكم الحاكم إذا خالفه، وهل يجوز تخصيص العموم به؟ فيه وجهان.

وأما الثاني: فهو ما كان معناه غامضاً للاستدلال المختلف فيه فتقابلت معانيه حتى غمضت، مثاله: تعليل الربا في البر المنصوص عليه، فيقابل فيه التعليل بالأكل ليقاس عليه كل مأكول، والتعليل بالقوت ليقاس عليه كل مقتات، والتعليل بالكيل ليقاس عليه كل مكيل. ومثل هذا الضرب لا ينقض به حكم الحاكم ولا يخص به العموم.

وأما الثالث: وهو ما كان مستبهمأً احتاج نصه ومعناه إلى استدلال كالذي قضى به الرسول ﷺ أن الخراج بالضمان^(١) يعرف بالاستدلال، أن الخراج هو المنفعة والضمان هو ضمان البيع، ثم عرف معنى المنفعة بالاستدلال، فتقابلت المعاني بالاختلاف فيها، فمن علل [١٤٢/ب] لها بأنها آثار فلم يجعل المشتري إذا رد بالعيوب مالكأً للأعيان من الشمار والتنتاج، ومن علل لها بأنها ما خالفت أجناس أصولها، فجعله مالكأً للشمار دون التنتاج، وعللها الشافعي بأنها إنما يجعله مالكأً لكل نماء من ثمار ونتاج، فمثل هذا الضرب ينعقد الإجماع في حكم أصله، ولا ينعقد في معناه ولا ينقض بقياسه حكم، ولا يخص به عموم وهو مما تقدمه وإن قاربه في حكمه.

وأما قياس الشبه: فهو ما تجاذبته الأصول، فأخذ من كل أصل شبهأً، وأخذ كل أصل منه شبهأً، وهو نوعان: قياس تحقيق يكون الشبه في أحکامه. وقياس تقريب يكون الشبه في أوصافه، وقياس التحقيق مقابل لقياس المعنى الجلي وإن ضعف عنه. وقياس التقريب مقابل لقياس المعنى الخفي وإن ضعف عنه.

وأما قياس التحقيق فثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتردد حكم الفرع بين أصلين ينتقض بردء إلى أحدهما ولا ينتقض بردء إلى الآخر فيرده إلى الأصل الذي لا ينتقض بردء إليه وإن كان أقبل شبهأً دون الآخر. وإن كان أكثر شبهأً كالعبد هل يتردد بين الحر والبهيمة، فلما انتقض بردء إلى الميراث حين لم

(١) أخرجه الترمذى في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيًّا (١٢٨٥) والسائلى في البيوع، باب الخراج بالضمان (٤٤٩٠) وأبو داود في البيوع، باب فيمن اشتري عبداً فاستعمله ثم وجد به عيًّا (٣٥٠٨)، وأحمد في «مسنده» (٢٥٤٦٨).

يملك به وجوب رده إلى البهيمة لسلامته من النقص، وإن كان شبهه بالأحرار أكثر.

والثاني: أن يتردد الفرع بين أصلين يسلم من النقص في رده إلى كل واحد منها وهو بأحد الأصلين أكثر شبهًا مثل أن يشبه أحدهما من وجه والآخر من وجهين أو أحدهما في وجهين والآخر من ثلاثة أو وجه يرد إلى الأكثر مثاله: في الجنابة على طرف العبد يتردد بتزدهد إلى الحر في تقدير الجنابة على أطراfe ويتزدهد إلى البهيمة في وجوب ما نقص من قيمته وهو يشبه البهيمة في أنه مملوك وموروث ويشبه الحر في أنه آدمي مخاطب مكلف يجب في قتله القود والكفاره فوجوب رده إلى الحر [١٤٣/أ] في تقدير أرض طرفه دون البهيمة لكثره شبهه بالحر.

والثالث: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، ويوجd في الفرع بعض كل واحد من الصفتين ولا يكمل فيه إحدى الصفتين، لكن يوجد فيه الأكثر من إحدى الصفتين والأقل من الأخرى، فيجب رده إلى الأصل الذي فيه أكثر صفاتة. مثاله: ثبوت الربا في السقمونيا لما تردد بين الخشب في الإباحة؛ لأنه ليس بغذاء وبين الطعام في التحرير؛ لأنه مأكول فكان رده إلى الطعام في التحرير وإن لم يكن غذاء، وفي رده إلى الخشب في الإباحة وإن لم يكن غذاء؛ لأن الأكل أغلب بصفاته.

وأما قياس التقريب ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتردد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، وقد جمع الفرع معنى الأصل فيترجح في الفرع أغلب الصفتين. مثاله في المعمول: أن يكون أحد الأصلين معلولاً بالبياض والآخر معلولاً بالسواد، ويكون الفرع جامعاً بين السواد والبياض فيعتبر حاله، فإن كان بياضه أكثر من سواده رد إلى الأصل المعلول بالياض، ولم يكن للسواد فيه تأثير، وإن كان سواده أكثر من بياضه رد إلى الأصل المعلول بالسواد دون البياض، ولم يكن للبياض فيه تأثير.

مثاله في الشع: الشهادات أمر الله تعالى فيها بقبول العدل ورد الفاسق، وقد علم أن أحداً غير الأنبياء عليهم الصلاة والسلام لا يمحض الطاعة حتى لا يشوبها بمعصية من الصغائر، فوجب اعتبار الأغلب من حاله كما قال تعالى: «فَإِنَّمَا مَنْ تَفَلَّتْ مَوَازِينُهُمْ فَهُوَ فِي عِيشَةٍ رَّاضِيَةٍ وَإِنَّمَا مَنْ حَفَّتْ مَوَازِينُهُمْ فَإِنَّمَا هُوَ كَاوِيَةٌ» [القارعة: ٦-٩]، [١٤٣/ب] فإن كانت الطاعات أغلب عليه حكم بعدلته، ولا تأثير لما فيه من معصية، وإن كانت المعاصي أغلب عليه حكم بفسقه، ولا تأثير لما فيه من طاعة. وقال أبو حنيفة: هذا الضرب لا يكون قياساً؛ لأن ما استخرج علة فرعه من أصله، وهذا قد استخرج علة أصله

من فرعه. ولأن القياس إنما يصح إذا كان معنى الأصل موجوداً بكماله في الفرع، فإذا وجد بعض أوصافه لا يصح إلهاقه به، وهذا لا يصح؛ لأن صفة العلة مستخرجة من الفرع وحكم العلة مستخرج من الأصل، والجمع بينهما موضوع بحكم العلة دون صفتها. ومثال هذا: ما نقول في الماء المطلقة إذا خالطه ماء طاهر كماء الورد فلم يغيره نظر، فإن كان الماء أكثر حكم له بالتطهير وإن كان فيه ما ليس بمطهير، فإن كان ماء الورد أكثر حكم به غير مطهير، وإن كان فيه ما هو مطهير، ولأن الحادثة إذا أشبها كل واحد من الأصلين في بعض الأوصاف فلا بد من تعرف حكمها، ولا نص فيها يحتاج أن يلحق بأصله، ولا يجوز إلهاقها بغير هذين الأصلين؛ لأنه لا يجوز إلهاقها بما لا يشبهها، ويترك ما يشبهها، ولا يمكن إلهاقها بهما لتضادهما فكان إلهاقها بأكثراها شبيهاً أولى.

وقال القاضي الطبرى: هذا النوع من القياس ضعيف؛ لأنه مقىيس على ما يلحق به من غير علة وذلك لا يجوز، ولا الوصف الذي أشبه الأصل فيه من أن تكون علة الأصل وليس بعلة، فإن علته فهو قياس العلة لا قياس الشبه، وإن لم تكن علته فلا يصح القياس عليه بغير علته. قال: ومعنى هذا [١٤٤/أ] عندي إذا تردد فرع بين أصلين وفاس كل واحد من الخصمين على أصله فعله ظاهرها الصحة يحتاج إلى الترجيح، فيغلب أحد الأوصاف بكثير الشبه، فيكون ذلك على سبيل الترجيح.

والثاني: أن يتعدد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين والصفتان معدومتان في الفرع، وصفة الفرع تقارب إحدى الصفتين وإن خالفتها. مثاله في المعمول: أن يكون أحد الأصلين معلولاً بالبياض والأصل الآخر معلولاً بالسوداد، والفرع أخضر لا أسود ولا أبيض، فيرد إلى أقرب الأصلين شبيهاً بصفته، والخضراء أقرب إلى السوداد فيلحق به.

ومثاله في الشرع: قوله تعالى: «فِيَرَبَّهُمْ يَتَّلَى مَا قَتَلَ مِنَ الْأَنْعَمِ» [المائدة: ٩٥]. وليس المثل من النعم مشبياً للصيد في جميع أوصافه، ولا منافيًّا له في جميع أوصافه، فاعتبر في الجزاء أقرب الشبه بالصيد. وقال أبو حنيفة: مثل هذا لا يكون قياساً؛ لأن القياس ما وجدت أوصاف أصله في فرعه، وأوصاف الأصل في هذا غير موجودة في الفرع فصار قياساً بغير علة، ولهذا لا يصح؛ لأن الحادثة لا بد لها من حكم، والحكم لا بد له من دليل، فإذا لم يكن في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع دليل عليها لم يبق لها أصل غير القياس، فكان أقرب بها شبيهاً بأصل القياس هو علة القياس له، وقد جعله بعض أصحابنا اجتهاداً محضاً ولم يجعله قياساً، وهذا الاجتهاد لا بد له من أصل يعتبر فيه شبه الأصل فصار قياساً.

والثالث: أن يتعدد الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، والفرع جامع لصفتي الأصلين وأحد الأصلين [١٤٤/ب] من جنس الفرع دون الآخر. مثاله: أن يكون الفرع من الطهارة وأحد الأصلين من الصلاة والثاني من الطهارة، فيكون رده إلى أصل الطهارة لمجانسته أولى من رده إلى أصل الصلاة.

واعلم أن هنا أصلاً رابعاً اختلف أصحابنا في جواز وجوده، وهو أن يتعدد الفرع بين أصلين فيه شبه كل واحد من الأصلين، ولا يتراجع أحدهما على الآخر بشيء، فمنع كثيرون أصحابنا في وجوده، وأحال تكافئ الأدلة؛ لأنه لا يجوز أن يتبع الله تعالى عبادة بما لم يجعل لهم طريقاً يوصلهم إلى عمله، ولكن ربما خفي على المستدل لقصوره في الاجتهاد، فإن أعزوه الترجيح بين الأصلين عدل إلى التماس حكمه من غير القياس. وذهب الأكثرون إلى جواز وجوده؛ لأنه لما جاز أن يكون من الأدلة غامضة لما علمه فيها من المصلحة جاز أن يكون فيها متكافئة لما يراه من المصلحة، وليس يخلو أن يكون لها حكم مع التكافئ. فعلى هذا اختلفوا في حكم ما تكافأت فيه الأدلة، وتعدد بين أصلين حاطراً ومبيناً وجهين:

أحدهما: المجتهد بالختار في رده إلى أي الأصلين شاء؛ لأن الله تعالى لو لم يرد كل واحدٍ منها لنصب على مراده منها دليلاً.

والثاني: يرده إلى أغلظ الأصلين حكماً، وهو الحظر دون الإباحة احتياطياً؛ لأن أصل التكليف موضوع على التغليظ.

فصارت أقسام القياس على ما شرحته أثنتي عشر قسماً، ستة منها مختصة بقياس المعنى، منها ثلاثة أقسام في الجلي وثلاثة في الخفي، وستة أقسام مختصة بقياس الشبه، منها ثلاثة في قياس التحقيق، [١٤٥/أ] وثلاثة في قياس التقريب. فإذا تقرر هذا فالذى ثبت بالقياس في الشرع هو الأحكام المستنبطة من النصوص. فاما الأسماء والحدود والمقادير، هل يجوز استخراجها بالقياس؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز إذا تعلق بالأسماء أحكام كتسمية النبيذ خمراً لوجود معنى الخمر فيه، ويجوز أن يثبت حد الخمر ثمانين قياساً على حد القذف، كما قال علي رضي الله عنه: إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وحد المفترى ثمانون^(١). ويجوز أن

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» (١٥٣٣).

ثبت المقادير قياساً كما قدرنا أقل الحيض وأكثره وأقل السفر وأكثره، وهذا اختيار ابن أبي هريرة؛ لأن جميعها أحكام.

والثاني: لا يجوز؛ لأن الأسماء مأخوذة من اللغة دون الشرع، ومعاني الحدود غير معقولة، والمقادير مشروعة. وإنما صير إلى هذه الأمور المقدرة إلى القول والثاني النظر، الفكر بالقلب والعقل والجدل، وهو الاحتجاج باللسان، وفي الفرق بين الدليل والحججة وجهان؟ أحدهما: الدليل ما ذلك على مطلوبك والحججة ما منعت من ذلك.

والثاني: الدليل ما ذلك على صوابك والحججة ما دفعت قول مخالفك.

وفي الفرق بين النص والظاهر وجهان: أحدهما: النص ما كان لفظ دليله، والظاهر ما سبق مراده إلى لفظ ساميته.

والثاني: النص ما لم يتوجه إليه احتمال، والظاهر ما سبق إليه احتمال.

وفي الفرق بين الفحوى ولحن القول وجهان:

أحدهما: الفحوى ما نبه عليه اللفظ، ولحن القول ما لاح في أثناء اللفظ.

والثاني: الفحوى ما دل على ما هو أقوى منه، ولحن القول ما دل على مثله، والله أعلم بالصواب [١٤٥/ب].

مسألة: قال: **إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عَقْلِهِ مَا إِذَا عَقَلَ الْقِيَاسَ عَقْلُهُ، وَإِذَا سَمِعَ الْخِتَالَفَ مَيَّزَهُ، فَلَا يَبْغِي لَهُ أَنْ يَقْضِي وَلَا لَأَحَدٍ أَنْ يَسْتَقْضِيهُ**^(١).

جملة هذا أن الشافعي - رضي الله عنه - ذكر الشرائط المعتبرة فيمن يلي القضاء، وهي ثلاثة شرائط؛ إحداها: أن يكون من أهل الاجتهاد.

والثانية: أن يكون عدلاً.

والثالثة: أن يكون كاملاً.

فأما كونه من أهل الاجتهاد فهو أن يكون عالماً بكتاب الله تعالى، ولا نقول يجب عليه أن يحفظ القرآن، بل يجب أن يعرف الأحكام فيعرف العام والخاص، والمحكم والمتشابه، والمطلق والمقييد، والمجمل والمفسر، والناسخ والمنسوخ، ويعرف السنن التي

(١) انظر الحاوي الكبير (١٥٤/١٦).

تعلق بالأحكام، ويعرف الإجماع والاختلاف على ما ذكرنا بالشرح فيما يستشيره القاضي، ولا يجوز أن يكون القاضي عامياً، وبه قال أحمد:

واختلف أصحاب أبو حنيفة، فقال بعضهم وهو الأظهر: يجوز أن يكون القاضي عامياً يحكم بالتقليد؛ لأن الغرض فيه فصل الخصومات ورد المظالم، ويمكن ذلك بالتقليد كما تقلده المقوم ويحكم بالقيمة. وقال بعضهم: مذهبنا نحو مذهبنا. والدليل على صحة ما ذكرنا أن الحكم أكدر من الفتيا، فإذا لم يجز أن يفتني بالتقليد فلأنه لا يجوز الحكم أولى، وهذا لأن الحرية شرط في القضاء وإن لم تكن شرطاً في الفتيا.

فإن قيل: أليس يجوز أن يخبر بكل ما سمع؟ قيل: هذا خطأ؛ لأنه لا يجوز أن يكون مفتياً بكل ما سمعه، وإنما يجوز أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهد، فيكون مقولاً بخبره لا بفتواه، ويخالف قول المقوم لأن ذلك لا يمكن الحكم أن يعرف القيمة بنفسه بخلاف الحكم.

فإن قيل: هذا الذي ذكرتم من الشرائط يمنع القضاء والاستشارة؛ لأنه لا تكاد توجد [١٤٦/أ] هذه الأوصاف. قيل: قد بينا أنه يعتبر معرفة حمل هذه العلوم دون التبحر في كلها، ويعرف من لسان العرب ما يفهم به عن الله تعالى، وعن رسوله ﷺ، ويعرف في القياس ما يميز به بين القياس الصحيح وبين الفاسد، وبين الجلي والخففي، وقياس العلة وقياس الشبه، وهذا كله يجمعه فقهاءنا في هذا الزمان، وفيما قبله ولله الحمد.

ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: «و عمل الناس بخلافه فإنهم لا يولون إلا فقيهاً في الجملة»، إلا أن الناس اليوم تسمحوا بالعلم بالقضاء وجعلوه في العامة الذين لا يعرفون من ذلك شيئاً، وإنما أحسن أحوالهم أن يقلدوا من يعتقد مذهب السلف الذين ينتسبون إليه ويعتقدون مذهبهم، وإذا اختلفت الفتاوى عليهم لم يقدروا على التمييز عنها، فدافعوا بالخصوص حتى يصطلحوا أو يقضوا بينهم بما وافق. هداهم الله عز وجل وهو المستعان، ومن كان هكذا فهو القاضي الذي توعده رسول الله ﷺ بالنار، فقال في الحديث الصحيح: «القضاء ثلاثة...»^(١) الخبر، فجعل الجاهل بمنزلة العالم إذا جار وجعلهما جميعاً من أهل النار، فمن عرف هذا الحديث ثم ولّ القضاء مع الجهل فما له حظ في الدين.

وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إذا حكم الحاكم فاجتهد فأخذوا فله أجر واحد»^(٢) فدل على أن طريق الحكم هو الاجتهد دون التقليد.

(٢) تقدم تخرجه.

(١) تقدم تخرجه.

وأما العدالة: فما يعتبر في الشاهد يعتبر فيه. وقال الأصم: يجوز أن يكون الفاسق أميراً، لقوله عليه السلام: «سيكون بعدى أمراء يؤخرن الصلاة عن أوقاتها، فصلوها لوقتها، ثم صلوا معهم واجعلوا صلاتكم معهم سبحة»^(١).

ودليلنا قول الله تعالى: «إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ يُبَلِّغُ فَتَبَيَّنُوا» [الحجرات: ٦]، ولأنه شرط في الشهادة [١٤٦/ب] ففي القضاء أولى؛ لأنه أقوى منها.

وأما الخبر الذي ذكرنا قلنا: أراد يؤخرن الصلاة عن أول أوقاتها، أو نقول: سماهم أمراء على طريق المجاز.

وأما الكمال: فيحتاج أن يكون كاملاً في الخلق، فإن لا يكون أعمى ولا آخرس ولا أصم؛ لأن فقد هذه الحواس يمنع الحكم بين الخصوم بنفسه ولا يفرق الأعمى بين الطالب والمطلوب. وقال مالك: يجوز قضاء الأعمى كما تجوز شهادته. وقيل: فيه وجه آخر يجوز كما جاز أن يكون نبياً وهو شعيب ويعقوب صلى الله عليهما. وقال ابن سريج: يجوز قضاء الآخرين كما تجوز شهادته إذا كان مفهوم الإشارة.

وأما الأحكام: فهي أن يكون بالغاً، عاقلاً، حراً، ذكراً. وقال ابن جرير: يجوز قضاء المرأة كالرجل. وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون قاضية إلا في الحدود قياساً على شهادتها تقبل في الأموال دون الحدود.

ودليلنا ما روى أبو بكرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال: «لا يفلح قوم أستدوا أمرهم إلى امرأة»^(٢). وروي: «ولوا أمرهم امرأة» وروي أنه قال: «لن يفلح قوم تملّكهم امرأة».

وروت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي عليه السلام قال: «لا تكون المرأة حكماً تقضي بين العامة»^(٣)، ولأن من لا يصح قضاها في الحدود لا يصح في الأموال كالصبي. فإن قيل: أليس قال عمر رضي الله عنه: لو كان سالم مولى أبي حذيفة حيناً لما تخالجني في تقليله شك. قيل: كان سالم مولى عتقة ولم يكن رقيقاً.

(١) أخرجه مسلم عن عبد الله بن مسعود في المساجد ومواضع الصلاة، باب التدب إلى وضع الأيدي على الركب في الركوع (٥٣٤) وأحمد في «مستنه» (٤٣٧٣).

(٢) أخرجه أحمد في «مستنه» (١٩٩٦٤).

(٣) أخرجه الديلمي في مستنه الفردوس (٧٥٠٤).

فرع

لا يجوز تقليد الختنى، فإن زال إشكاله وبيان زجلاً يجوز أن يكون قاضياً، ولو ولي في حال الجهل بحاله فحكم ثم بان رجلاً، المذهب أنه لا ينفذ حكمه، وقيل: فيه وجهان.

فرع آخر

لو قلدت امرأة القضاء [١٤٧/١١] على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى فحكمت، هل للشفعوي نقض حكمها؟ قال الإمام جدي رحمه الله: فيه وجهان: أحدهما: ينقض وهو اختيار الأصطخري.

والثاني: لا ينقض لأنها مجتهد فيه.

فرع آخر

لو ردَّ إلى المرأة تقليد قاضٍ لم يجز؛ لأنَّه لا يجوز أن تكون مولية وإنَّ ولاها اختيار قاضٍ جاز؛ لأنَّ الاختيار اجتهاد كالفتيا.

فرع آخر

لا يجوز قضاء الكافر للكافر، وقال أبو حنيفة: يجوز كالشهادة. وأعلم أن العادة جارية من الأئمة بتقليد زعامة ورياسة لا تقليد حكم وقضاء.

فرع آخر

لا يكفي فيه بالعقل الذي يتعلّق به التكليف من علمه بالمدارات الضرورية، ويعتبر أن يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيداً من السهو والغفلة، يتوصّل بذلك إلى وضوح ما أشكل وفصل ما أضل.

فرع آخر

قال أصحابنا: ويستحب مع ما ذكرنا من الشرائط أن يكون حليماً، مثبتاً، ذا فطنة وبيّن، لا يؤتى من غفلة، ولا يخدع بقرة، عالماً بلغات أهل قضائه، جاماً للعفاف نزيهاً، بعيداً من الطمع، صدوق اللهجة، ذا رأي ومشورة، وكلامه لين إذا قرب، وهيبة إذا أوعد، ووفاء إذا وعد، وعليه السكينة والوقار.

وقد حكى عن علي - رضي الله عنه - أنه ولي أبا الأسود الدؤلي القضاء ساعة من نهار

ثم عزله، فقال: لم عزلتني، فوالله ما خنت ولا خنيت، فقال: بلغني أن كلامك يعلو كلام الخصمين إذا تحاكما إليك.

فرع آخر

لو كان يطراً عليه في الأحيان جنون نُظر، فإن امتد به حتى يتأخر عن أوقات النظر لم يصح تقليده، وإن قصر زمانه وكان كالساعة نُظر، فإن أثر في زمان إفاقته كفتور حسه، ودهشة عقله لم يصح تقليده، وإن أفاق من ساعته وعاد إلى استقامته هل يجوز تقليده؟ [١٤٧/ب] فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأنه يخرج في زمان ذلك عن حكم التكليف، وتبطل به فروض العبادات.

والثاني: يجوز ويجري مجرى فترات النوم وأوقات الاستراحة.

فرع آخر

لو أغمي عليه لم يؤثر في ولايته؛ لأنه مرض لا تمنع منه النبوة، وفيه وجه بعيد أنه يعزل به وليس بشيء.

فرع آخر

لو طراً عليه الجنون بعد التقليد بطلت ولايته ولا يعود بالإفادة. وفيه وجه بعيد لا يبطل؛ لأنه أقوى من الوكالة وليس بشيء.

فرع آخر

لو كان فاسقاً بشيء يختص بالاعتقاد وله فيه شبهة يتأول بها خلاف الحق، هل يجوز تقليده؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لما استوى حكم الكفر بتأويل وغير تأويل، كذلك الفسق.

والثاني: يجوز؛ لأنه لما كان تأويل الشبهة في الفروع لا يمنع التقليد فكذلك في الأصول.

فرع آخر

لو طراً عليه فسق التعاطي بارتكاب المحظورات بطلت ولايته كما تبطل شهادته، وهذا لأن القضاء أحوج إلى العدالة والأمانة لكونه أعظم منزلة وأجل محلأً. وحكي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال: لا تبطل ولايته ولكن يستحق العزل. وقيل: لا يصح هذا عن أبي

حنيفة، ذكره أهل العراق. وقيل: إنه وجه لبعض أصحابنا وليس بشيء. وقيل: الصحيح من مذهب الشافعى - رضي الله عنه - أن الإمامة العظمى تبطل بالفست وهو إجماع. وقال الأصم وبعض أصحاب الحديث: لا ينزعز به ولا يعتد بخلافهم. وقيل: فيه وجه لبعض أصحابنا لا ينزعز ولكنه يجبر أن يعزل نفسه، أو تجتمع طائفة تعتقد بهم الإمامة فقتلونه ويقلدون آخر للضرورة.

فرع آخر

لو طرأ عليه فسق الاعتقاد هل تبطل ولايته؟ فيه وجهان بناء على صحة التقليد. قال صاحب «الحاوى»: الصحيح أنه لا يعتقد [١٤٨/أ] تقليده؛ لأنه لا يقلد إلا بتعديل كامل، ولا ينزعز إلا برجح كامل.

فرع آخر

لو كان في عينيه عشاء يلصر نهاراً ولا يبصر ليلاً جاز تقليده القضاء، ولو كان في بصره ضعف فإن كان يرى الأشباح ولا يعرف الصور لم يجز تقليده، وإن كان يعرف الصور إذا قربت ولا يعرفها إذا بعدهت جاز تقليده.

فرع آخر

لو طرأ عليه العمى بطلت ولايته خلافاً لمالك. وقال بعض أصحابنا بخراسان: يجوز له أن يقضى بالشهادة التي سمعها في سلامة البصر.

فرع آخر

لو طرأ عليه صمم بطلت ولايته، والصمم المانع أن لا يفهم الأصوات وإن علت، فاما ثقيل السمع الذي يفهم عالي الأصوات دون خافتها يصح تقليده، ولكن تقليد السميع أولى منه.

فرع آخر

إذا كان بلسانه تمتمة أو فأفأة أو عقدة صح تقليده؛ لأنه نقص لا يمنع فهم الكلام وإن غمض، وكان في لسان موسى - عليه الصلاة والسلام - عقدة ولم تمنع رسالته.

فرع آخر

لا يعتبر صحة أعضائه، ويجوز قضاوته وإن كان مقعداً، ولكن السلامة لذوي الولايات أهيب.

فرع آخر

لو كان لا يقول بخبر الواحد لا يجوز تقليله؛ لأن أكثر أحكام الشرع مأخوذة من أخبار الآحاد، وكذلك لا يجوز تقليل من لا يقول بحجة الإجماع.

فرع آخر

لو كان من نفأة القياس فهم ضربان؛ أحدهما: من نفي القياس وعمل بظاهر النصوص، وعدل عما لا نص فيه إلا أقاويل سلفهم، وجعلوا ذلك كالنص في العمل بها من غير دليل لا يجوز تقليله لتقليلهم في الأحكام، وتركهم أصلاً من أصول الشرع وهو القياس، وإن كان ممن يعدل عند عدم النصوص إلى فحوى الكلام، ودليل الخطاب، وسلك طريق الاجتهاد، ويعدل عن تعليل النصوص لمعانيها كأهل الظاهر، ففي جواز تقليله وجهان:

أحدهما: لا يجوز [١٤٨/ب] لما ذكرنا.

والثاني: يجوز؛ لأنهم يعتبرون واضح المعاني وإن عدلوا عن خفي القياس.

فرع آخر

هل يشترط في القاضي أن يكون عارفاً بالحساب؟ قال بعض أصحابنا: فيه وجهان، والمذهب أنه لا يشترط.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو عرف رجل مذهب إمام جداً ولم يبلغ مبلغ المجتهدين، هل له أن يفتني على مذهب؟ وجهان: أحدهما: وهو اختيار القفال يجوز، والثاني: لا يجوز. وأصل الوجهين أن تقليل ذلك المستفتى هل هو لذلك المفتى أم لذلك الميت وهو صاحب المذهب؟ فيه وجهان؛ فإذا قلنا للميت فله أن يفتني، وإن قلنا للمفتى فليس له ذلك.

فرع آخر

هل يجوز تقليد الأمي الذي لا يقرأ ولا يكتب؟ قال بعض أصحابنا: فيه وجهان، وال الصحيح أنه يجوز؛ لأن النبي ﷺ كان أمياً، ووجه الأول أنه يحتاج أن يكتب أو يقف على ما يكتبه الكاتب، ويفارق الحالة الشريفة من النبي ﷺ؛ لأن ذلك كان من معجزاته، وكان أصحابه عدولًا يأمن خيانتهم.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: يعتبر في جواز ولايته ونفاذ حكمه سبعة شروط؛ أحدها: أن يكون كاملاً في نفسه، وكمال نفسه ضربان؛ كمال حكم، وكمال خلقة. فأما كمال الحكم بالبلوغ والعقل؛ لأن التكليف يتعلق بهما. وأما كمال الخلقة فتعتبر سلامته فيها في ثلاثة أوصاف؛ صحة بصره، وصحة سمعه، وسلامة لسانه. فجملة الأوصاف المعتبرة في كمال نفسه؛ البلوغ، والعقل، والسمع، والبصر، والنطق.

والشرط الثاني: الذكورة.

والثالث: الحرية.

والرابع: الإسلام.

والخامس: العدالة، وهو أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للماثم، بعيداً [١٤٩/١] من الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمرؤة مثله في دينه ودنياه.

والسادس: أن يكون عالماً بالأحكام الشرعية، وعلمه بها يشتمل على أمرين؛ أن يكون عالماً بما قدمته من أصولها.

والثاني: أن يكون عالماً بفروعها فيما انعقد عليه إجماع أو حصل فيه اختلاف، فيتبع الإجماع ويجهد في الاختلاف، ليصير بذلك من أهل الاجتهداد في الدين.

والسابع: أن يكون عالماً بما قدمته من أصول الشرع الأربع، فإن كان من يعدل في بعضها ويعتقد إبطال شيء منها، فقد ذكرنا الحكم إذا كان لا يقول بخبر الواحد أو الإجماع أو القياس حيث الحكم.

فرع آخر

يشترط في الإمام ما يشترط في القاضي، وزيادة وهي أن يكون قريشياً، ويعرف تدبير

الحروب ووجوه المغانم، ومصرف الصدقات، ولا يجوز أن يكون أعمور بخلاف القاضي.

مسألة: قال^(١): **وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَحْسِنَ بِغَيْرِ قِيَاسٍ، وَلَوْ جَازَ ذَلِكَ لَجَازَ أَنْ يُشْرِعَ فِي الدِّينِ.**

إعلم أنه لا يجوز الحكم بالاستحسان، والاستحسان هو القول بالشيء من غير حجة ودليل، ولكن بغالب الظن والحسن في العقل.

وحكى الشافعي - رضي الله عنه - عن أبي حنيفة - رحمة الله - أنه أجاز الحكم به، وهذا غلط ظاهر؛ لأن الله تعالى قال: **﴿فَإِنْ تَنْزَعُمْ فِي شَيْءٍ فَرْدُوْهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾** [النساء: ٥٩] الآية، فجعل الأحسن ما كان مأموراً من أوامر الله تعالى ورسوله صلوات الله عليه، فإن في الظن والاستحسان اتباع الهوى، وقد قال تعالى: **﴿وَلَا تَنْتَعَّ الْهَوَى فَيُصْلِكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾** [ص: ٢٦] الآية. وأيضاً فإنه لو كان الاستحسان بالعقل مغرياً عن أحكام الشرع، وعن أصول الشرع، لاستغنى بعقله عن الأمر والنهي وأجمعنا على خلافه. [١٤٩/ب] وأيضاً قال الشافعي - رضي الله - عنه: لو جاز ذلك لجاز أن يشرع في الدين ومعنى: أن يبعث من جهة نفسه شرعاً غير شرع محمد صلوات الله عليه، وأن القياس حجة شرعية فلا يجوز تركه بالاستحسان؛ لأنه يجوز تخصيص العموم به دون الاستحسان فلا يترك به.

واعلم أن أصحاب أبي حنيفة - رحمة الله - اختلفوا في بيان مذهبهم، فقال بعضهم: هو العمل بأقوى القياسين، وهذا فيما نوافقه عليه؛ لأنه الأحسن والاستحسان الذي أوجبه أصول الأصول واقتربن بها استحسان العقول حجة يتفق عليها يلزم العمل بها.

وقال بعضهم: هو القول بتخصيص العلة كما خص خروج الجنس والنورة من علة الربا في البر وإن كان مكيلأً، وهذا أصل نخالفه فيه. وقال بعضهم: هو أن يترك أقوى القياسين بأضعفها إذا كان حسناً.

وقال في شهود الزوايا: القياس أن لا يحد ولكن آخذه استحساناً، وهذا نخالفه فيه؛ لأن أقوى القياسين عندها أحسن من أضعفهما، ولأن في مسألة شهود الزوايا لا قياس أصلاً ولا خبراً، وأنكر أصحابه ما حكى الشافعي عنه.

فإن قال قائل: قال الشافعي بالاستحسان في مسائل، فإنه قال في المتعة: استحسن بقدر ثلاثة درهماً، وقال في الأذان: وحسن أن يضع إصبعه في أذنه وقال: «وإرسال ابن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦٣/١٦).

المسيب عندنا حسن» قلنا: هذا كله استحسان بدليل، وإنما أنكر الشافعي الاستحسان من غير دليل.

فأما تقدير المتعة بثلاثين درهماً فقد رواه عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - فاستحسنه للأثر فيه، واستحسن التحريف على المصحف تغليظاً للبيهين كما غلظت في الموضع الشريف والوقت الشريف، واستحسن في مدة المتعة بثلاثة أيام؛ لأنها مدة مضروبة في خيار الشرط، [١٥٠/أ] وفي مقام المسافر، وفي أكثر مدة المسح مع قوله: «تمتعوا في داركم ثلاثة أيام» بعد أن توعدهم بعذاب قريب، فدل أن الثلاث في حد القريب. واستحسن إرسال ابن المسيب؛ لأنه لا يرسل إلا عن أصحابي، فصح ما ذكرنا والله أعلم.

واعلم أن الاستحسان بغير دليل ما قاله أبو حنيفة: لو نذر أن يتصدق بما له يلزم أن يتصدق بالمال الذي تجب الزكوة في عينه دون سائر الأموال استحساناً. وقال: استمساح الخف يجوز استحساناً.

مسألة: قال: **وَالْقِيَاسُ قِيَاسٌ** ^(١).

الفصل

جملة هذا أن القياس، عندنا حجة شرعية يجب العمل بها والمصير إليها، وخالف أصحابنا في ترتيب أنواع القياس، فمنهم من قال: القياس على ثلاثة أضرب؛ جلي، واضح، وخفي. ومنهم من قال على أربعة أضرب، والرابع قياس علة الشبهة. والجلي على أضرب منها: التبيه.

والثاني: ما ثبت معناه في الأصل بالإجماع مثل قياس العميم على العوراء في الأضحية.

والثالث: ما ثبت معناه في الأصل بالنص، مثل قوله تعالى: **وَمَا تَنْهَى إِنْهُمْ قَنْطَارًا** إلى قوله: **وَقَدْ أَفْتَنَ بَعْضَهُمْ إِنَّكَ بَعْضٌ** [النساء: ٢١، ٢٠]، فجعل العلة فيه الإفضاء، فإذا كان المهر أقل من القنطار أو أكثر لا يجوز لها أخذه إذا وجد الإفضاء. ومن جملة هذا قياس سائر الزناة على ماعز بن مالك، وسائر المفترضين بالجماع على الأعرابي المجامع، وسائر المستحاضات على فاطمة بنت أبي حبيش، وتخير المعتقدات على بيريرة، وقياس الأمة على العبد إذا أعتق شركاً منها [١٥٠/ب] وغير ذلك، فإن المعانى التي حكم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيهم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦٦/١٦٦).

لها بمنزلة المنصوص عليه، وذكر تلك المعاني يدل على أنها العلة.

والرابع: ما ثبت معناه بالتأثير، فيدل ذلك على تعلقه به، وهو مثل علة تحرير الخمر؛ فلأن العصير حلال إذا وجدت الشدة المطربة حُرُم، فإذا زالت الشدة حل، فلو قدرنا عود الشدة قدرنا عود التحرير، فيدل ذلك على أن التحرير تابع للشدة المطربة. ومن أصحابنا من قال: هذه العلة ثابتة بالنص بقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوَقِّعَ بِيَنْكُمُ الْعَذَابَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْفَقْرِ وَالْتَّيْسِيرِ﴾** [المائدة: ٩١] الآية، فأخبر عن النهي لما فيه من الصد عن الصلاة، وعن الذكر، وهذا يتعلق بما فيه من الشدة المطربة.

والصحيح أن يقال: هذه العلة ثابتة بالنص والتأثير معاً ولا يمنع مثل ذلك، ومن جملة ذلك قياس العبد على الأمة في تضييف الحد للرق، وهذا المعنى قد ثبت بالتأثير؛ لأننا وجدنا الأمة إذا زنت كان حدها ناقصاً، وإذا عتقت ثم زنت كان حدها كاملاً، ولو كانت كتابية فلتحت بدار الحرب بعد الحرية ثم استرقت كان حدها ناقصاً، فثبتت أن نقصان الحد يتعلق بالرق، وقد وجد هذا المعنى في العبد وكان حده ناقصاً. فهذا الذي ذكرنا كله أقسام القياس الجلي، وبعضها أجيلى من بعض، وهو مراد الشافعى - رضي الله عنه بقوله: «أن يكون في معنى الأصل، وإذا حكم الحاكم بخلاف هذا وجب أن ينقض ويخص بكلها العموم». وعلى قول ابن أبي هريرة تفسخ كلها.

وأما القياس الواضح: فهو القياس في الأحكام [١٥١/أ] بالعلل المستنبطة، مثل علة الربا وغيره؛ لأن يحتمل الصحة في هذا القياس ويحتمل غيره، فلا ينقض به الحكم؛ لأنه لا يجوز نقض الحكم بالمحتمل.

وذكر ابن أبي أحمد: أن قياس الأرز على الحنطة في الربا من النوع الأول، فينقض به الحكم. وقال القاضي الطبرى: هذا أيضاً ما ثبت معناه بالتأثير، ولكنه أخفى مما تقدم، وذلك أننا نقول: إن العلة في الأربعه المنصوصة الطعم، وقيل: الكيل، وقيل: القوت، ونحو نقول: وجدنا أنه إذا بذر الحنطة فصار حشيشاً لا ربا فيه، فإذا انعقد حبأ جرى الربا فيه، فإذا أحرق وصار رماداً لا ربا فيه، فالتأثير للطعم، فكان هو العلة. وقد روی أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام بالطعم إلا مثلاً بمثيل^(١) فذكر الطعام فيه يدل على تعلقه به؛ لأن ذكر الصفة في الحكم تعليلاً له به في مقتضى اللغة.

ومن أصحابنا من قال: هذا أيضاً من جملة الجلي، ولكن ما تقدم أجيلى من هذا.

(١) أخرجه مسلم في المساقاة، باب بيع الطعام مثلاً بمثيل (١٥٩٢) وأحمد في «مستنه» (٢٦٧٠٦).

وقيل: النوع الأول هو القياس الواضح، ذكره أبو إسحاق، والعبارة صحيحة لما ذكرناه.

وأما القياس الخفي: فهو قياس علة الشبه، وقد ذكرنا شرحه. وقيل: صورته أن تتردد الحادثة بين أصلين، وكان الحكم ثابتاً في أحد الأصلين بعلة ذات خمسة أوصاف، وفي الأصل الآخر بعلة ذات خمسة أوصاف، والحادثة تشبه أحد الأصلين بأربعة أوصاف وتشبه الأخرى بثلاثة أوصاف، فإلحاقة بها بأكثرهما شبيهاً أولى، فهذه طريقة القائل الأول أن القياس على ثلاثة أضرب.

فاما من قال القياس على أربعة أضرب فإنه يقول: الجلي هو الأول من الأقسام [١٥١/ب] التي ذكرناها وهو التبيه، والواضح باقي الأقسام من القياس الجلي. والخفي هو القياس في الأحكام. والرابع قياس علة الشبه، وهذه الطريقة أصح؛ لأن الأول هو الجلي في الحقيقة يقع لكل أحد معناه، والواضح يجوز أن يرد الشرع بخلاف معناه، ولا خلاف في نقض الحكم بهما على ما ذكرنا، وإنما الخلاف في التسمية. وقال بعض أصحابنا بخراسان: القياس قياسان.

أحدهما: جلي ويسمى قياساً في معنى الأصل، وهو أن يكون للفرع والأصل واحد يشبهه، ولا عذر في ترك إلحاقة به.

والثاني: قياس خفي، وهو أن يتردد الفرع بين أصلين، فيشبه هذا من وجده وهذا من وجده، فإن أشبه أحدهما بمعنى يخل الحكم فيجوز أن يكون علة لذلك الحكم، غير أنه يشبه أصلاً في وصف وأصلاً في وصفين، فأكثر إلحاقه بأكثرها شبيهاً به أولى، مثل الأخ تردد بين أن يكون كالأب وبين أن يكون كابن العم، وهو يشبه الأب من وجده، وهو أنه محروم بالقرابة، ويشبه ابن العم لوجوه كثيرة من قبول الشهادة، وسقوط النفقه عند اختلاف الدين بالاتفاق، وجريان القصاص من الطرفين بينهما، وجريان حد القذف، وحل حلية أحدهما لصاحبه بإلحاقه بابن العم حتى لا يعتق عليه إذا ملكه أولى. وأعلم أن كثرة الشبه القوي أحد جانبي القياس إذا لم يكن إثبات الحكم بكل واحد من الأوصاف، فأما إذا لم يقم الحكم إلا بجمع أوصاف حتى يرد بها إلى أصلٍ ويرد إلى أصل آخر بوصف واحد، فإن كان ذلك الوصف من جملة هذه الأوصاف فتعلق الحكم بالوصف [١٥٢/أ] الواحد أولى، وإن كان وصفاً آخر سوى الأوصاف المجموعة فيما سواه، مثل علة الطعم في الربا أولى من علة القوت؛ لأنه ما من قوت إلا وهو طعام، وكان من علل به علل بالطعام وزيادة وعلة الطعام والكيل يستويان فتقدما أحدهما على الآخر بالترجح، وليس أحدهما داخلاً في جملة الآخر.

وكذلك إذا كان الأصل المردود إليه واحداً غير أن القايسين ترد الفرع إليه بوصف الآخر يرد إليه بذلك الوصف وبغيره من الأوصاف التي يضمها إليه، فالوصف الواحد أولى. وقول الشافعي: فَمَوْضِعُ الصَّوَابِ فِي ذَلِكَ عِنْدَنَا أَنْ يَنْتَظِرَ فَإِنْ أَشْبَهَهُ أَحَدُهُمَا فِي حَضْلَتَيْنِ وَالْآخَرُ فِي حَضْلَةِ الْحَقَّةِ بِالَّذِي أَشْبَهَهُ فِي حَضْلَتَيْنِ أو إذا كان كل خصلة علة مستقلة بنفسها مستغنية عن صاحبتيها، كما ذكرنا في قياس الأخ على ابن العم في مسألة العتق عليه بالملك.

وقال في «الحاوبي»: قول الشافعي: القياس قياسان ظاهره أنه أراد بالقياس الأول المعنى وبالثاني قياس الشبه، وقيل: أراد بالأول ما لا يجوز خلافه وهو القياس الجلي من قياس المعنى وقياس التحقيق من قياس الشبه؛ لأن خلافهما لا يجوز، وأراد بالقياس الثاني ما لا يجوز فيه الاختلاف، وهو القياس الخفي من قياس المعنى، أو قياس التقريب من قياس الشبه.

مسألة: قَالَ: «قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ - فِي ذَارُودَ وَسُلَيْمَانَ - عَلَيْهِمَا الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: فَفَهَمْنَاهَا سُلَيْمَانُ وَكُلَّا مَا لَيْسَ حُكْمَهَا حُكْمَمَا وَعِلْمَهَا عِلْمَمَا» [الآيات: ٧٩] قَالَ الْحَسَنُ: لَوْلَا هَذِهِ الْآيَةُ لَرَأَيْتُ أَنَّ الْحُكَّامَ قَدْ هَلَكُوا.

الفصل

قصد الشافعي بهذا بيان مذهبه في ثلاثة أحكام:

أحدها: أن عليه أن يتوصل بالاجتهاد إلى طلب العين وإصابة الحق في الحادثة.

والثاني: أن الحق في أحد أقاويل المجتهدين في الجملة معذور، سواء أصاب [١٥٢] بـ] أو أخطأ على ما ذكرنا، وأنه مأجور وإن أخطأ ولكن أجره أقل، وقد تقدم ما قيل فيه فلا إعادة.

فإن قيل: كيف استجاز أن يحكمك في حادثة بقولين مختلفين وثلاثة أقوال وأكثر، وهو يرى ما قلتم، وحكمه بالقولين خطأ من أربعة أوجه:

أحدها: أنه خالف بذلك أصول مذهبه في الاجتهاد؛ لأن العمل يمنع من وجوب طلب العين، ويجعل الحق في جميع الأقاويل؛ و يجعل كل مجتهد مصيبةً وكفى بهذا التناقض فساداً.

والثاني: أبتدع بهذا طريقة حرف بها إجماع من الصحابة وغيرهم إلى زمانه،

فإنهم كانوا يذكرون جواباً يستقر لهم أو يتوقفون، ولم يجب أحد منهم بقولين؛ لأن الجواب ما أبان، وليس في القولين بيان.

والثالث: التناقض، فالحلال ليس بحرام، والحرام ليس بحلال، وهو بالقولين حل في أحدهما وحرمه في الآخر.

والرابع: أنه إن كان ذلك لضعف اجتهاده أو لرأيه في تكافئ الأدلة فهو تقص، ولا يجوز أن يكون مع تكافؤ الأدلة أن يكون له فيها حكم، ولا يقول الأكثرون بتكافؤ الأدلة.

قلنا: ما ذكره الشافعي وضع من القولين ينقسم عشرة أقسام:

أحدها: أن يقيد جوابه في موضع ويطلقه في موضع آخر، مثل قوله في أقل الحيض أنه يوم وليلة. وقال في موضع آخر: أقل الحيض يوم، وأراد به مع ليلته وهو معهود في كلام العرب. وجاء القرآن العظيم بحمل المطلق على ما قيد من جنسه كما في العدالة، قال الله تعالى: **﴿وَأَتَتَهُمْ شَهِيدُونَ مِنْ يَعْلَمُونَ﴾** [البقرة: ٢٨٢]، ولم يذكر العدالة.

وقال في موضع آخر: **﴿وَأَتَهُمْ ذُوَّنَ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾** [الطلاق: ٢]، وحمل ذلك المطلق على هذا المقيد، فلا اعتراض فيه عليه، وإن وهم بعض أصحابه فخرجه قوله ثانياً فلا يؤخذ بوجهه الشافعي.

والثاني: ما اختلفت فيه ألفاظه [١٥٣/أ] ومعانيها متفقة، مثل قوله في المظاهر: وإذا منع من الجماع أحببت أن يمنع القبلة، وقال في «القديم»: رأيت أن يمنع، فأراد الاستحباب، فإن حمله بعض أصحابنا على قولين كان لاختلافهم في تأويل لفظه؛ لأن قوله: رأيت، يحتمل أن يُحمل على الاستحباب والإيجاب، ولا يمتنع وجود مثله في كتاب الله تعالى، فلم يتوجه به على الشافعي اعتراض.

والثالث: ما اختلف فيه قوله لاختلف حاله، كالصدق إذا ذكر في السر فدراً وذكر في العلانية أكثر. قال في موضع: الصداق صداق السر، وقال في موضع: الصداق صداق العلانية، وليس ذلك لاختلف القولين فيه، بل لاختلف حال الصداق، فإن افترى بصدق السر عقد فهو المستحق وصدق العلانية يحمل. وإن افتران بصدق العلانية عقد فهو المستحق وكان صداق السر موعداً، وقد أبان ذلك بما قرره من أصول مذهبة.

والرابع: ما اختلف قوله فيه لاختلف القراءة ولاختلف الرواية، فالقراءة كقوله تعالى: **﴿أَوْ لَكُسْتُمُ النِّسَاءَ﴾** [المائدة: ٦]، فلمستم يوجب الوضوء على اللامس دون الملموس، ولا مستم يوجب الوضوء على اللامس والملموس. واختلاف الرواية كالمروي في بيان

المواقف أنَّه صَلَى العشاء الآخرة في الوقت الثاني حين ذهب من الليل نصفه^(١)، وروي ثلثه. فمن أجل اختلاف القراءة واختلاف الرواية اختلف قوله. ومثل هذا لا يتوجه عليه إنكار فيه؛ لأنَّ اختلاف الدليل يوجب اختلاف المدلول.

والخامس: ما اختلف فيه؛ لأنَّه عمل في أحد القولين على ظاهِرٍ من كتاب الله تعالى، ثم بلغته سنة ثابتة نقله عن الظاهر إلى قوله آخر، كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَأْمُرُ بِالْمُحَبَّبِ فَأُمْرَأُ بِالْمُنْهَبِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، فأوجب صيامها في أيام التشريق؛ لأنَّها الظاهر [١٥٣/ب] من أيام الحج، ثم روي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه نهى عن صيامها، فعدل بها عما عمل به من ظاهر الكتاب، وأوجب صيامها بعد إحرامه وقبل عرفة اتباعاً للسنة، ولا إنكار عليه في العدول بدليل.

والسادس: ما اختلف قوله فيه؛ لأنَّه أدى اجتهاده إلى أحدهما في حالٍ، ثم أدى اجتهاده إلى القول الآخر في حالٍ آخرٍ، ومثل هذا لا ينكر وقد فعله الصدر الأول، فإنَّ عمر - رضي الله عنه - شرك في المسألة المشتركة بين الأخ من الأب والأم وبين الأخ من الأم في الثالث وأسقط الأخ من الأب والأم في حالٍ آخرٍ، وقال: هذه على ما قضينا، وهذه على ما قضينا، وحرَّمَ عَلَيْهِ - رضي الله عنه - بيع أم الولد ثم رجع إلى جوازه.

وقد اختلفت روايات أبي حنفية ويسميها أصحابه روايات، وسمى أصحاب الشافعى أقاويل، وهي طريقة لم يبتدعها الشافعى، وهي أدل على الورع، وأبعث على الاجتهاد.

والسابع: أن تبلغه سنة لم ثبت عنده وقد عمل بالقياس، فيجعل قوله من بعد موقوفاً على ثبوت السنة كما في الصيام عن الميت، والغسل عن غسل الميت، وقال: إنَّ صح الحديث قلت به، وقال: كل قول قلته ثبت عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خلافه فأنا أول راجِعٍ عنه، وهذا مما يجب عليه أن يظهره، وأن يقف الحكم على السنة إن ثبتت وعلى القياس إن لم ثبت.

والثامن: أن يقصد بذكر القولين إبطال ما توسطهما، فيكون مذهبة منهما ما فرع عليه وحكم به، مثل قوله في وضع الجوانح وقد قدرها مالك بوضع الثالث: ليس إلا واحد من قولين، إما أن يوضع كلها أو لا يوضع شيء، وهذا تحقيق يبطل ما خالف القولين.

والنinth: أن يذكر القولين إبطالاً لما عداهما، ويكون مذهبة موقوفاً [١٥٤/أ] على ما يؤدي اجتهاده إليه من صحة أحدهما، وإن لم يكن فهماً، ومثل هذا جاء به الشرع والعقل.

(١) تقدم تخریجه.

أما الشرع: قال رسول الله ﷺ في ليلة القدر: «التمسوا في العشر الأواخر^(١)» فنفى أن تكون في غير شهر رمضان، وفي غير العشر الأواخر منه، وجعلها موقوفة على الاجتهاد في العشر الأواخر.

وأما العقل: فما فعله عمر - رضي الله عنه - في أهل الشورى جعلها في ستة نفر، فنفى بهم طلب الإمامة في غيرهم، ووقف الإمامة فيهم على من يؤدي اجتهادهم إليه منهم، وهذا عمل انعقد به إجماعهم.

والعاشر: أن يذكر القولين ليدل على أن لكل واحدٍ منهما في الاجتهاد وجهاً، ولا يقطع بأحدٍهما لاحتمال الأدلة، ولا يعمل بهما لاختلاف الحكم، ويفرغ كل واحدٍ منهما إن صحي، وليس ينكر من العلماء التوقف عند الاشتباه، ولهذا توقف رسول الله ﷺ في أشياء حتى ينزل الوحي عليه. وقال ﷺ: «المؤمن وقف والمنافق وثاب»^(٢)، ويكون مقصود الشافعي بذكر القولين أبداً: إبطال ما عداهما أن يكون له الاجتهاد وجه.

والثاني: إثبات أن لكل واحدٍ منهما في الاجتهاد وجهاً، وليس يحيب بهما إذا استفتني فيخير السائل بينهما، بل يجتهد رأيه في الجواب بأحدٍهما، ولا يعتقد صحتهما لجواز أن يكون كل واحدٍ منهما هو الأصح وإن لم يقطع في الحال بالأصح، وهذا إنما قاله في عدد من المسائل، قيل: إنها سبعة عشر مسألة، وفي هذا كله انفصال عن اعتراضهم.

ثم ذكر الشافعي - رضي الله عنه - خبراً وهو قوله ﷺ: «إذا اجتهد الحاكم فأخذوا فله أجر...»^(٣) الخبر بتمامه.

وقد روى أحمد بن حنبل - رحمه الله تعالى - عن فرج بن فضالة، عن محمد بن عبد الأعلى، عن أبيه، [١٥٤/ب] عن عبد الله بن عمرو بن العاص، عن أبيه - رضي الله عنهما - قال: اختص إلى النبي ﷺ رجلان وأنا جالسُ، فقال: «يا عمرو أقض بينهما» قلت: يا رسول الله، وأنت شاهد، قال: «نعم» قلت: على ماذا؟ قال: «على أنك إن أصبت تلك عشر حسناً، وإن اجتهدت فأخذت تلك حسنة واحدة»^(٤)، فاختلف أجر المصيب في

(١) أخرجه البخاري في صلاة التراويح، باب التمس ليلة القدر في السبع الأواخر (٢٠١٦) ومسلم في الصيام، باب فضل ليلة القدر والبحث على طلبها وبيان محلها (١١٦٥) والترمذى في الصوم عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في ليلة القدر (٧٩٢).

(٢) لم أجده.

(٣) تقدم تخریجه.

(٤) أخرجه أحمد في «مسند» (١٧٨٥٨).

الخبرين، فجعل للمصيبة في الأول أجرين، وجعل له في الثاني عشرة، وفي هذا الاختلاف تأويلاً:

أحدهما: أنه جعل له أجرين إذا وصل إلى الصواب بأول اجتهاده، وجعل له عشرة إذا وصل إليه بتكرار الاجتهاد، وليكن أجره بحسب قلة اجتهاده وكثرة.

والتأويل الثاني: أخبر بالعشرة لمضاعفة الحسنة بعشر أمثالها، وأخبر في الخبر الآخر بأجرين من غير مضاعفة؛ لأن في الأصل أجر وفي المضاعفة عشر.

مسألة: قال^(١): «مَنْ اجْهَدَ مِنَ الْحُكَمِ فَقَضَى بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ رَأَى أَنَّ اجْتِهَادَهُ خَطَأً».

الفصل

جملة هذا أن الحاكم إذا حكم في شيء باجتهاده ينظر، فإن كان ما لا يسوغ فيه الاجتهاد، بأن حكم بشيء يخالف نص الكتاب أو نص السنة أو الإجماع، أو القياس الذي لا يحتمل إلا معنى ينقض الحكم على نفسه سواء ترافق إليه الخصم أو لم يترافق، ولا ينقض عليه إلا بعد الترافق إليه، وهذا لقوله عليه السلام: «ردوا الجهالات إلى السنن»^(٢).

وروي أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: لا يمنعك قضاء قضيت اليوم ثم راجعت رأيك فهديت لرشدك أن ترجع إلى الحق، فإن الحق لا يبطله شيء، وأن الرجوع إلى الحق أولى من التمادي في الباطل^(٣).

وروي أن عمر - رضي الله عنه - كان يفاضل بين الأصابع حتى رُوي أن الخبر بخلافه [١٥٥/أ] فرجع عن قوله الأول ونقض حكم نفسه.

ونقض عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - حكم نفسه حين قضى على مخلد بن خفاف برد العيب مع غلته وأخبر عروة عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي عليه السلام: «قضى أن الخراج بالضمان» فأمر برد الغلة إلى مخلد بن خفاف^(٤). وروي أن شريحًا قضى في امرأة ماتت وخلفت زوجاً وابني عم أحد هما أخ لأم، أن للأخ النصف والباقي لابن العم الذي هو أخ لأم، وأجراهما مجرى الآخرين أحدهما لأب، والآخر لأب وأم، فأخبر

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٧٢).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى عن عمر رضي الله عنه (٧/٤٤٢).

(٣) تقدم تخریجه.

(٤) أخرج نحوه أبو داود في البيوع، باب فیمن اشتري عبداً فاستعمله ثم وجد به عيّاً (٣٥٠٩).

علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - بذلك فقال: على بالعبد الأبطر - يعني الغليظ الشفة - فأتنى به، فقال: بما قضيت؟ فقال: بكتاب الله تعالى. قال: وأين قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا
أَذْكَرَكُمْ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِيَعْقِنِ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥]، فقال: هل في كتاب الله أن للزوج النصف
والباقي للأخ الذي هو ابن عم؟ قال: لا ينقض عليه حكمه^(١).

فإن قيل: هذه المسألة مجتهدة فيها ولا نص يخالفه، فلماذا نقضه؟ قلت: إنما نقضه
لأنه خالف فيه ظاهر النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ أُمَّةً
وَكَذَّ أَخْ أَوْ أُخْتَ فَلَكُلُّ وَاحِدٍ يَنْهَا أَسْدُسٌ فَإِنْ كَانُوا أَكْنَهُ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شَرِكَاءٌ فِي أَثْلَبِ
النَّاسِ﴾ [١٢]. وقيل: إنه لم ينقض عليه حكمه، وإنما رده عليه قبل نقوذ حكمه به. فإن قيل:
أليس قلتم إذا اتفق الخطأ في القبلة لا يلزم إعادة الصلاة في أحد القولين فما الفرق؟ قيل:
الفرق من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن فرض القبلة يسقط في حال العذر مع العلم بها في حال ولا يجوز ترك
الحق إلى غيره في الحكم مع العلم بحاله.

والثاني: الصلاة من حقوق الله تعالى، وهي مبنية على المسامحة، والقضاء يقع في
حقوق الأذميين وهي مبنية على المشاحة والمضايقة.

والثالث: في القبلة يتكرر الاشتباه [١٥٥/ ب] فيشق القضاء، وهنا إذا بان الخطأ
بالنص لا يعود الاشتباه بعد ذلك.

وإن كان الخطأ مما يسوغ فيه الاجتهاد لا ينقض الحكم فيه على نفسه ولا على غيره،
ولكن في المستقبل ليس له أن ينقض بالقضاء الأول؛ لما روي عن عمر رضي الله عنه إن
كان لا يشرك بين الأخ للأب والأم ثم شرك وقال ذلك، وهذا على ما قضينا^(٢). وذكر بعض
أصحابنا بخراسان: أنه لما قيل له: هب أن أبانا كان حماراً نقض القضاء، وهذا غلط.

وروي أن عمر رضي الله عنه قضى في الحد بسبعين قضية، وقيل: بمائة قضية مختلفة،
يعني في مسائله، إذ لا يتصور لمسألة واحدة مائة قضية. وكان لا ينقض الأول بالأخر؛ لأنه
تبين ذلك اجتهاداً، ولأنه يحتمل أن يكون مصيبة في الأول مخطئاً في الثاني. ويحتمل أن
يكون مخطئاً في الأول مصيبة في الثاني، والحكم الأول قد نفذ على السلامة ظاهراً، فلا
ينقض بأمر محتمل، ولأنه لو نقض الاجتهاد بمثله أدى إلى أنه لا يثبت حكم أصلاً، لأنه

(١) تقدم تخرّيجه.

(٢) تقدم تخرّيجه.

يجوز أن يتغير اجتهاده بعد ذلك إلى الحكم الأول ثم يتغير عنه، وفي نقض ذلك مشقة عظيمة للتكرار.

وإن تغير اجتهاده قبل الحكم لم يحكم بالأول بل يحكم بالثاني؛ لأنه يعتقد خطأ، ولو حكم به لكن حكماً بما يعتقد أنه خطأ، وهذا لا يجوز، ويفارق هذا إذا كان قد حكم؛ لأن هناك بعد الحكم على السلامة في الظاهر فلا ينقض بأمرٍ محتمل، وهنا لم ينفذ الحكم، وهذا كما لو فسق الشهود قبل الحكم، ولو فسقوا بعد الحكم لم ينقض الحكم. [١٥٦/أ]

وبحكي عن أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله تعالى - أنهما قالا: إن خالف معنى نص الكتاب أو السنة أو القياس الجلي أو الخفي لم ينقض حكمه، وإن خالف إجماعاً نقض حكمه. وهذا قول مستبعد ولكنه محكى عنهما وناقضاً في ذلك؛ لأن مالكا قال: إن حكم بالشفاعة للجار نقض حكمه، وقال أبو حنيفة: وإن حكم بالقرعة بين العبيد والإماء في الإعتاق نقض حكمه. وإن حكم بجواز بيع لحم متزوك التسمية عمداً عند الذبيحة نقض حكمه. وكذلك إن حكم في القسامية بيمين المدعى ينقض حكمه.

وقال محمد بن الحسن: لو حكم بالشاهد واليمين ينقض حكمه. وهذه الأحكام لا تخالف الإجماع، والذي عنهما خطأ ظاهر؛ لأنه إذا نقض الحكم بمخالفة الإجماع فنقضه بمخالفة نص الكتاب والسنة أولى.

وقال القفال: عد أبو حنيفة مسائل وذكر أنه ينقض الحكم فيها، حكم من قال أكثر للعن يقوم مقام الكل، وأن زوج الأمة لا يلاعن لنفي الولد، وأن لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف. وأن من تزوج بأمة ووطئها مع العلم بتحريمها لا يحد، فإن النكاح بغير ولد جائز، والحكم بشهادة الفاسق، والحكم بجواز بيع أم الولد، والحكم بأن لا تقبل شهادة القاذف بعد التوبة؛ لأن الخطأ ظهر في هذه المسائل بدليل قاطع. ونص الشافعي على نقض الحكم في مسألة واحدة، وهي أن المرأة إذا فقدت زوجها تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً، ثم تزوجت وقضى القاضي بصحته نقض حكمه.

ومن أصحابنا من قال: لا ينقض حكمه في شيء من هذه المسائل؛ لأن الخطأ ظهر منها بقياس الشبه، وهذا هو الصحيح. [١٥٦/ب] ونص في مسألة المفقود غريب، ولعله ذكره تغليظاً للقول فيه لا اعتقاداً.

مسألة: قال: «وليس على القاضي أن يتبع حكمَ من قبله»^(١).

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٧٤).

الفصل

إعلم أنه لا يجوز للحاكم أن يتعقب حكم من قبله من الحكم، ويتفحص عنه؛ لأن الظاهر من فعله الصحة والسلامة لما ثبتت ثقته وأمانتهم، فلا يجوز تتبع ذلك، ولأنه لا يحتاج إليه حتى يتظلم منه ويطلب بالنظر فيه، فلا يجوز أن يشتغل بما لا حاجة إليه، ولأنه يشتغل بما لم يلزمه عن مستقبل يجب عليه، ولأنه يتبع غير متوجه عليه مثله.

وقال في «الحاوي»: لا يجب عليه هذا من غير متظلم، وهل يجوز إن لم يجب عليه؟ فيه وجهان: أحدهما: ما ذكرنا وهو قول جمهور البصريين.

والثاني: ذكره أبو حامد، يجوز لما فيه من فضل الاحتياط.

فإن ثبت فيها نظر، فإن وجد فيها خللاً فإن كان يتعلق بحق الله تعالى كالطلاق والعناق، ووجب نقضه وجب عليه نقضه؛ لأن النظر في حقوق الله تعالى من غير مطالبة أحد، وإن كان يتعلق بحق الأدمي لا ينقضه إلا بمطالبة؛ لأن الحكم لا يستوفي لمن لا ولایة له عليه بغير مطالبة.

ولو تظلم متظلم وادعى على القاضي وسائل إحضاره لم يحضره بمجرد قوله حتى يسأله ما بينك وبينه؛ لأنه ربما يقصد ابتداله من غير أن يكون له حق، وإن قال بيني وبينه حكمة سأله عن ذلك، فإن ادعى عليه حقاً من حقوق، مثل أن يقول: لي عليه دين من قرض أو بيع أو غير ذلك أحضره وحكم بينهما؛ لأن القاضي والعامي في هذه الحقوق سواء.

وإن قال: ارتشى مني على الحكم وقال: لا أحكم لك إلا أن تعطيني مالاً، فأخذ مني مالاً وحكم لي وجعل المال [١/١٥٧] معلوماً. فهو بمنزلة قوله: غصبني على إمالي؛ لأن الارتشاء حرام كالغصب، فيحضره ويحكم بينهما باليمين والبينة.

وإن قال: قضى عليًّا بشهادة فاسقين أو عبدين، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحضره إلا بعد أن يقيم البينة على ما يقول ثم يحضره؛ لأن الظاهر من حكمه نفوذه على الصحة فلم يجز أن يعدل فيها عن الظاهر إلا ببينة، ولأن القضاء يكون ظاهراً فلا يتعدى إقامة البينة به ويفارق الارتشاء وغيره؛ لأن ذلك يكون باطناً فيتعذر إقامة البينة.

والثاني: يحضره من غير مطالبة الخصم بالبينة؛ لأنه ربما يتعدى إقامة البينة على ذلك، وربما إذا أحضره أقرَّ به فيلزم إقراره، وهذا هو الصحيح.

وقال بعض أصحابنا: فيه وجه ثالث أنه إن اقتنى بدعواه أمارة تدل على صحتها من

كتاب تضمنه أو محضر ظاهر أحضره، وإن جردت الدعوى عن أマارة لم يحضره، فإذا قلنا لا يحتاج إلى بينة فأحضره، أو قلنا: لا بد من بينة فأقامها وأحضره، سأله عما يدعيه عليه، فإن أقر أنه قضى بشهادة فاسقين أو عبدين ألممه الحق؛ لأنه أقر أنه قضى عليه بغير حق، وإن أنكر ذلك فالقول قوله، وهل يحث؟

قال الإصطخري وابن أبي أحمد: لأن الحاكم لا يكون إلا أميناً عفيفاً من أهل الاجتهاد، فالظاهر من فعله الصحة والصواب، وأنه يؤدي إلى الامتحان، والسائل وأداء القاضي كثير، ولا يؤمن أن يتقلد القضاء خوفاً من هذه. وقال أصحابنا: يحلف وهو الصحيح؛ لأن أكثر ما فيه أنه أمين، والأمين إذا ادعى عليه خيانة فالقول قوله مع اليمين الممودع.

فرع

قال ابن أبي أحمد: إذا ادعى على الحاكم المعزول [١٥٧/ب] أنه قتل ابنه ظلماً يحضر ويسئل، فإن اعترف به ثبت عليه ما ادعاه، وإن أنكره كان على المدعى البينة، فإن أقامها على إقراره أنه قتله ظلماً قُبِّلت، وإن لم يكن له بينة لم يحلف.

وإن قال: قتلت ابنك لفلان بالحكم لقصاص وجب عليه ببينة قامت عليه بالقتل، وإقراره كان من ابنك، فقال المدعى: ما أقرَّ ابني ولا قامت عليه ببينة بالقتل، فالقول قول المعزول في ذلك، وهو مصدق ولا يمين عليه فيه، ولا يسمع من المدعى ببينة إلا أن يقيم ببينة على إقراره على ما ذكرنا. وكذلك لو حضر الذي ذكر المعزول أنه حكم له بالقصاص، فقال: ما حكمت لي بشيء، ولا وجب لي على ابنه قصاص، ولا ترافعنا إليك في الخصومة.

وكذلك القاضي إذا حكم بشهادة شاهدين بطلاق أو قتل أو عتاق، فادعى المحكوم عليه على الشاهد أنه شهد عليه في ذلك بزور، فإن أقرَّ الشاهد أخذ بإقراره وإن أنكر لم يكن عليه يمين.

وقال صاحب «الإفصاح»: ويتهيأ أن يقال: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن الظاهر من حاله السلام، فدعواه عليه طعن فيه، ولهذا لا يخليه على دعواه هذه، فإذا لم يحلفه لم تسمع الدعوى، ويعجز في وجه الآخر الذي ذكرنا أنه يحلف.

فرع آخر

قال: ولو قال المدعى: أخرج عقاراً أو عيناً من يدي ودفعها إلى فلان بغير حق، فقال

المعزول؛ فعلت هذا بحق وجب عليك ببيبة أو إقرار، كان القول قول المعزول بلا يمين. وأما الذي في يده فإن صدق القاضي أنه حكم له بذلك لم يقبل قوله ولا قول المعزول له إلا أن يقيم البينة أن المعزول كان حكم له بذلك وهو قاضٍ؛ لأن قول المغزول بعد عزله: كنت حكمت لفلان بكتنا لا يقبل إلا أن يأتي المحكوم له ببيبة، [١٥٨/أ] فإن لم يكن له ببيبة انتزع من يده ولو قال الذي العقار في يده هو لي لم يحكم له به قاضٍ فالقول قوله مع يمينه لأنه مدعى عليه، ولو كان الذي يدعوه الطالب مستهلكاً فحكمه حكم العين على ما قدمناه. وحكي الخصاف عن أبي حنيفة أن القول قول المدعى عليه، وهذا غلط؛ لأنه مُقر بأنه أخذ منه عيناً وأتلفها وذلك يوجب الضمان، ودعوه الحكم بها لا يقبل، كما لا يقبل في العين الناقصة.

مسألة: قال: «وإذا تحاكم إليه أعمجمني لا يعرف لسانه لم تقبل الترجمة عنه إلا بعذلين»^(١).

اعلم أنه لا بد عندنا من ترجمانين عدلين سواء ترجمما الدعوى أو الإقرار أو الإنكار أو الشهادة، ثم لا يحتاج في كل شاهد إلى ترجمانين، إذ ليس هذا شهادة الفرع، وينبغي أن يعرفا ذلك اللسان لا يشكان فيه، فإن شكا لم يقبل ذلك عنهم، نص عليه في «الأم» وقال: يقبل فيه ما يقبل في الشهادة، ويرد فيه ما يرد في الشهادة.

قال أصحابنا: ولا يقبل لظاهر هذا الكلام إلا أن يشهد بلفظ الشهادة، ولا يقبل الترجمة من الصبي والعبد والمرأة، وهذا لأن الترجمة قول من غير جهة المحكوم عليه يتعلق به حكم المحكم، فوجب أن يعتبر فيه الأوصاف التي ذكرناها كالشهادة. وقال بعض أصحابنا: إن كان هذا في المال قبل فيه شاهدان، وشاهد وامرأتان كما يقبل في الإقرار بالمال، وإن كان فيهما لا يقبل إلا رجلان لم يقبل في الترجمة إلا رجلان، وإن كان في الزنا يتحمل قولين؛ أحدهما لا يقبل أقل من أربعة. والثاني: يقبل شاهدان، وأصلهما الشهادة على الإقرار بالزنا هل يعتبر أربعة أم يكفي اثنان؟ فيه قولان، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة، يكفي ترجمان واحد كما في الخبر لا يعتبر العدد، وهذا لا يصح لما ذكرنا. [١٥٨/أ] ومن أصحابنا من قال: لا يقتصر إلى لفظ الشهادة، وهذا غلط؛ لأنه لما افتر إلى العدد والشهادة وجب أن يفتقر إلى لفظها.

وقال في «الحاوي»: لو كانوا أعمجمنين فهل للمترجمين عن أحدهما أن يترجموا عن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٧٦).

الآخر؟ فيه وجهان مخرجان من الوجهين في الشهادة إذا تحملها عن أحد شاهدي الأصل هل يتحملان عن الشاهد الآخر أم لا؟

فرع

ترجمة ما قال القاضي للخصم الأعجمي خبر محضر يجوز من الواحد وإن كان عبداً، لأن الشهادة لا تكون إلا عند الحكم الملزمين.

فرع آخر

لا يجوز أن يكون بين العجمي وبين المترجمين واسطة لفرق الشافعي بعرفان لسانه.

فرع آخر

قال القفال: إذا كان القاضي أصم لا بد من المستمع ويعتبر العدد في السمع، وفيه وجه آخر لا يحتاج إلى العدد؛ لأن الخصم حاضر يسمع وهذا ليس شيء، ولا يتصور أن يكون الحاكم أعجمياً، لأن من لم يعرف العربية لا يصلح للقضاء، وإن كان القاضي يسمع والخصم أصم كفى واحد يسمعه ما يقول القاضي ويقول خصمه.

فرع آخر

قال أصحابنا: تقبل شهادة الأعمى في الترجمة؛ لأنه لا يحتاج فيها إلى البصر.

مسألة: قال: «وإذا شهد الشهود كتب حلية رجل ورفاع في نسيه»^(١).

الفصل

الحلية هي ذكر أوصاف الرجل في نفسه، والرفع في النسب أن يكتب اسم أبيه وجده أو أجداده إن كان نسبه معروفاً، أو ولاته إن كان مولى.

وجملته أن الشهود إذا حضروا عند القاضي إن كانوا من العلماء المعروفين بالعدالة يصغي إلى شهادتهم، ولا يحتاجون إلى السؤال عن عدالتهم، وإن كانوا غير هؤلاء يستحب للقاضي أن يعظ الشهود، فيقول: روي عن النبي ﷺ أنه قال: [أ/١٥٩] «يُبعث شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار»^(٢). فإن أقاموا على أمر يكتب أسماءهم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٧٨).

(٢) أخرج نحوه ابن ماجه في الأحكام، باب شهادة الزور (٢٣٧٣).

وكتاهم ورفع أنسابهم بما يتميزون به عن غيرهم، ويثبت حلامهم وأوصافهم وألوانهم وأبدانهم لثلا تشبه الأسماء والأنساب، فيكتب أقرع، أو أسمر، أو أبيض، أو أشهل أقنى الأنف، أو أفطس رقيق الشفتين أو غليظهما، طويل أو قصير أو ربعة، أقط أو ملتحي، دقيق الساقين أو غليظهما، ويكتب صنائعهم وموضع مساكنهم ومعايشهم وصلواتهم، ليسأل عنهم جيرانهم وأهل سوقهم وأهل مساجدهم، والغرض بذلك أن يتميزوا، فلا يقع اسم على اسم، فإن الرجل ربما يعرف بكنيته دون اسمه، وباسمه دون كنيته، وتسهيل النظر في حاله والمسألة عنه، وقال ابن شيرمة: شيطان عمل أحدٌ بهما قبلي ولا يتركهما بعدي؛ أخذ تحلية الشهود، والسؤال عنهم سراً.

مسألة قال: «أَحَبْتَ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَدَّةَ عُقُولٍ أَنْ يُفَرَّقُوهُمْ ثُمَّ يُسَأَلُوا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى حِدَةٍ»^(١).

الفصل

إذا شهد شاهدان بحق ينظر، فإن عرف العاكم فسقهما في الباطن والظاهر، أو في الباطن لم يحكم بشهادتهما، وإن عرف عدالتهما في الظاهر والباطن إن كان سألهما قبل ذلك حكم بشهادتهما، وإن لم يعرف فسقهما ولا عدالتهما لا يجوز أن يحكم بظاهر الحال حتى يسأل عن العدالة في الباطن، سواء شهدا بمالٍ، أو حِدٍ، أو قصاصٍ، أو نكاحٍ أو غير ذلك. ويه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد.

وقال أبو حنيفة: إذا شهدا بحدٍ أو قصاصٍ فلا بد من معرفة العدالة في الباطن كما قلنا، وإن شهدا بمالٍ أو نكاحٍ اقتصر على الظاهر، ولا يحتاج إلى السؤال إلا أن يطعن الخصم ويقول: هما فاسقان، فحيثذا يلزم السؤال، وأحتاج بأن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ [١٦٠/ب] فشهد ببرؤية هلال رمضان، فقال له: «أَتَشَهِّدُ أَنَّ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ؟» قال: نعم. فقال: «أَتَشَهِّدُ أَنِّي رَسُولُ اللَّهِ؟» فقال: نعم. فصام وأمر الناس بالصيام^(٢). ودليلنا أن ما وجب البحث عنه في شهود القصاص يجب في شهود الأموال، كالإسلام، والعدالة إذ طعن الخصم فيها. وأما الخبر الذي ذكره فنقول: صار إلى الإسلام وترك دين الكفر في زمان رسول الله ﷺ، فقد أثنى الله تعالى عليه ووصفه بالعدالة فلم يحتج إلى البحث عن حاله. وقال مالك في رواية: إن كان لهم سبماً جميل وسمت حسن حكم بشهادتهم من غير بحث عن عدالتهم، وإن لم يكونوا كذلك يجب البحث.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨٣/١٦).

(٢) لم أجده.

فإذا تقرر هذا فلا يخلو حال الشهود من أحد أمرين؛ إما أن يكونوا وافري العقول بحسن حالهم بحيث لا تسبق التهمة إليهم، أو كانوا من جملة الأغبياء والعوام الجهال بحيث تسبق التهمة إليهم، فإن كانوا وافري العقول وحسن حالهم لم يتعرض لهم؛ لأن الاحتياط لا يفيد مع أمثالهم، وإن كانوا بخلاف ذلك يحتاج أن يفعل الحاكم معهم أمرين: أحدهما: أن يفرقهم ويسأله كل واحد على الانفراد عن الشهادة وكيف تحملها، وفي أي وقت كان، وفي أي موضع، ومن حضره، وهل جرى ثم كلامٌ ونحو ذلك، فإن اختلف كلامهم ردهم، وإن اتفق كلامهم ورأى أن يعظهم وعظهم وحقوهم، وحذرهم من الكذب وشهادة الزور، وإن كان تم حال حسنة ولم يكن شدة العقل، يستحب أن يفعل هذا أيضاً ليستدل على عورة إن كانت في شهادته. وإذا سألهما واحداً لم يدعه يرجع إلى أصحابه؛ لأنه ربما يخبرهم بما قال فيقولون مثل قوله.

والدليل على هذه الجملة ما روي أن أربعة [١٦٠/أ] من حواشى النبي الله داود - عليه السلام - هموا بإصابة امرأة، فامتنعت عليهم فشهادوا عليها عند داود - عليه السلام - بالزنا، وروي أنهم نسبوها إلى الكلب وقالوا: إن كلباً أتاهما، فهم داود - عليه السلام - بترجمها، بلغ ذلك سليمان - عليه السلام - وهو يلعب مع الصبيان، فاستدعي بأربعة من الصبيان فشهادوا بمثل ذلك، ففرقهم وسألهم، فاختلفوا فرد شهادتهم، بلغ ذلك داود عليه السلام ففرق الشهود وسألهم فاختلفوا فرد شهادتهم.

وروي أنه سأله كل واحد عن لون الكلب وصفته فاختلف كلامهم في لونه فردهم، وهذا قول على أن في شريعة داود - عليه السلام - كان الزنا بالكلب موجباً للحد. وروي أن سبعة نفرون خرجن في سفرٍ فقد واحد منهم، فجاءت امرأته إلى علي - رضي الله عنه - تدعى عليهم بقتله، ففرقهم وأقام كل واحد منهم إلى سارية ووكل به رجلاً، واستدعي أحدهم وسألة فأنكر، فقال علي رضي الله عنه: الله أكبر، فظنوا حين سمعوا تكبيره أنه كبر على إقرار الأول، ثم استدعي واحداً بعد واحدٍ فأقرروا، فقال الأول: أنا ما أقررت، فقال علي رضي الله عنه: قد شهد عليك أصحابك وأنا قاتلك، فاعترف فقتلهم جميعاً. وروي أن أول من فرق الشهود دانيال النبي عليه السلام، شهد عنده شهود على امرأة بالزنا ففرقهم، فقال واحدٌ: زنت برجل شابٍ تحت شجرة كمثري. وقال الآخر: تحت شجرة تفاح، فعلم أنه كذبوا، [١٦٠/ب] فدعا الله تعالى عليهم، فنزلت نار من السماء فأحرقهم^(١).

(١) ذكره ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤٣٤/٢).

والدليل على الوعظ ما رأوي أنه رجلين شهدا عند علي - رضي الله عنه - فوعظهما علي - رضي الله عنه - واجتمع الناس فذهبوا في الزحام، فقال علي رضي الله عنه: لو صدقا ثبتنا، ولم يقطع يد الرجل.

وروي عن أبي حنيفة أنه قال: كنت عند محارب بن دثار وهو قاضي الكوفة، فجاءه رجل ادعى على رجل حقاً فأنكر، فأحضر المدعى شاهدين فشهادا له بما ادعاه، فقال المشهود عليه: والذي تقوم به السماء والأرض ما كذبت في الإنكار، ولقد كذبنا علي في الشهادة، ولو سألت عنهما لم يختلف فيهما اثنان، وكان محارب بن دثار متكتئاً فاستوى جالساً، وقال: قال رسول الله ﷺ: «إن الطير لتحقق بأجنحتها وترمي بما في حواصلها من حول ذلك اليوم، وإن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار». فإن صدقتما فثبتنا، وإن كذبتما فغطيا رؤوسكم وانصرفوا، فغطيا رؤوسهما وانصرفوا^(١).

وروي عن محمد بن الفرات أنه قال: شهدت محارب بن دثار وأتاه رجالان يختصمان، فجاء أحدهما بشيخ مخصوص له ضييرتان، بين عينيه أثر السجود، فشهد له، فقال المشهود عليه: والله لقد شهد علي بالباطل ولبن سألت عنه لرجع، فقال محارب للشيخ: قد سمعت، فإن كنت شهدت بباطلٍ فارجع، فإن رسول الله ﷺ قال: «إن شاهد الزور لا تزول قدماه حتى توجب له النار، وأن الطير تجيء يوم القيمة رافعة مناقيرها تحت العرش يتضرب بأجنحتها» [١٦١/أ] تضع ما في بطونها من حول ذلك اليوم» فاتق الله، فإن كنت شهدت بباطلٍ فارجع، فقال الشيخ: لقد رجعت، ومضى^(٢). والدليل على أنه لا يفعل ذلك عند الضبط والمعرفة ما حكى أن رجلاً شهد عند أبي عمرو القاضي في بيع بستان، فقال أبو عمرو: كم في ذلك البستان من نخلة؟ فقال له الشاهد: لا أشك أن القاضي أعرف بداره مني بهذا البستان، فقال: هو كما قلت، فقال: كم في دارك من جذع؟ قال: فأمسك عنه وعلم أنه ضابط. وحكي أن رجلاً شهد عند علي بن عيسى بشهادة، فقال علي بن عيسى: في أي موضع شهدت عليه بذلك؟ فقال له: في فضاء وسعي ووسع الشهود والمشهود عليه، وحكي أن أم أبي عمرو بن العلاء شهدت عند سوار بن عبد الله مع امرأة أخرى، فجعلت أم أبي عمرو تلقنها وتذكرها، فزجرها سوار، فقالت: ألم تسمع قول الله تعالى: «أن تَضَلَّ إِحْدَى هُنَّا فَتَكُوْنَ إِحْدَى هُنَّا الْأُخْرَى» [البقرة: ٢٨٤]، فخجل سوار.

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/١١٤).

(٢) تقدم ذكره.

والمحري وطائفة من أهل الظاهر قالوا: يجب على المشهود له إقامة البينة بعده الشهود، ولا يلزم الحاكم ذلك إلا أن يتطوع، وهذا فاسد؛ لأن التعديل والجرح مستحق على الحاكم، فوجب أن يكون الكشف عنهم مستحقاً عليه.

فرع

لو اعترف المشهود عليه بعد التهمة، فهل يجب الحكم عليه بشهادتهم؟ فيه وجهان: أحدهما: يحكم عليه؛ لأن البحث عن عدالته معتبر في حقة وهو قد اعترف.

والثاني: لا يحكم عليه؛ لأن في الحكم بشهادتهم حكماً بعد التهم فلا يجوز أن يحكم بها بتزكية الخصم.

ولأن اعتبار التعديل في الشاهد [١٦١/ب] حق الله تعالى فلا يترك بقول الخصم، كما لو رضي الخصم أن يحكم عليه بشهادة الفاسق لا يجوز له أن يحكم به.

مسألة: **«وَأَحِبُّ أَنْ يَكُونَ أَصْحَابُ مَسَائِلِهِ جَامِعِينَ لِلْعَقَافِ».**

الفصل

أراد بأصحاب المسائل المزكين، وشرط الشافعي رضي الله عنه فيهم ثلث شرائط: العفة والأمانة لثلا يرثوا.

والثاني: وفور العقل لثلا يخدعوا ولا يميلوا للعدو مع عدوه بتحرجه ويختفي جميله ويظهر قبيحه، ولا صديقاً له فيظهر جميله ويختفي قبيحه، وقلما يخلو المسلم عن قبيح وحسن.

والثالث: البراءة من الشحنة والبغضاء والعدوة بينهم بالعصبية، لثلا يجرح من لا يوافقه في مذهبها، ويعدل من يوافقه، ويسأل من يعدله بالموافقة ويجرحه بالمخالفة.

وأما قول المزني: **«وَأَنْ يَكُونُوا جَامِعِينَ الْأَمَانَةَ فِي أَدِيَانِهِمْ لَا يَتَعَطَّلُونَ بَأْنَ يَسْأَلُوا الرَّجُلَ عَنِ عَدُوٍّ فَيُخْفِي حَسَنًا وَيَقُولُ قَبِحًا** شرحه الشافعي رضي الله عنه في «الأم» فقال: وأن يكونوا جامعين الأمانة في أديانهم، وأن يكونوا أهل عقول لا يتغفلون بأن يسألوا الرجل عن عدوه فيختفي حسنها ويقول قبيحاً، فيكون ذلك جرحاً عنده. فأفسد المزني بالاختصار فقال: جامعين الأمانة في أديانهم لا يتغفلون بأن يسألوا، وهذا لا يشبه بعضاً، والصحيح ما قال في «الأم». ثم قال: ويحرص أن لا يعرف له صاحب مسألة، يعني المزكي، لابنغي أن يكون معروفاً فيحتال إليه بالرشوة والإخداع.

قال: وإذا كتب لهم كتاب السؤال يكتب صفات الشهود [١٦٢/أ] على ما وصفنا ويكتب اسم من شهدوا عليه واسم من شهدوا له، ومبلي ما شهدوا به، وهذا ينسخ من المحضر الذي عقده بدعوى المدعي على المدعي عليه، وأقل ما يكتب أربعة أشياء: ذكر الشهود بأسمائهم وأنسابهم وصفاتهم ومساكنهم وأسواقهم على ما ذكرنا.

والثاني: ذكر المشهود له باسمه ونسبة لثلا يكون والدأ ونحوه.

والثالث: ذكر من شهدوا عليه لثلا يكون عدواً ويشهد على عدوه.

والرابع: مبلغ الحق، لأن الإنسان ربما طابت نفسه بتعديل اليسير، ولم تطلب نفسه بتعديل الكثير، فيكون ذكره للمزكي أولى.

ويأمرهم أن يسألوا عنه في جيرانه وسوقه وموضع مصلاه، وهو بالختار أن يطلق فيقول: سلوا من شتم، وبين أن يعين فيقول: سلوا فلاناً وفلاناً. ومن أصحابنا من قال: يعتبر في أصحاب مسائله سبعة أوصافٍ

أحدhem: أن يكونوا جامعين في الطعمة والأنفس والعفاف في الطعمة، أن لا يأكلوا الحرام والشبيه، فيدعوهم إلى قبول الرشوة، والعفاف في الأنفس أن لا يقدموا على ارتكاب محضور.

والثاني: أن يكونوا وافري العقول ليصلوا إلى غواصات الأمور بلطافت، ولا ينفذ عليهم خداع ولا صلة.

والثالث: أن يكونوا براء من الشحنة.

والرابع: أن لا يكونوا من أهل الأهواء والعصبية في نسب أو مذهب فيميل مع توافقة في تحسين قبيحه ويميل على مخالفة في تقييع حسنة.

والخامس: أن يكون بعيداً من مماطلة الناس وهي اللجاج؛ لأن اللجوح ينصر هواه ويرتكب ما يهواه، ولا يرجع عن الخطأ وإن ظهر له الصواب، فلم يوثق بلجاجه أن يعدل مجروباً وأن يخرج معدلاً.

والسادس: أن يكون جامعاً للأمانة ليورد بأمانته ما عرف ولا يتأنى فيه ما يصرفة [١٦٢/ب] عن أقوى الأمرين إلى أضعفها وعن أظهر الحالين إلى أخفاهما.

والسابع: أن لا يسترسل فيسأل عدواً منابذاً أو صديقاً مواصلاً؛ لأن العدو يظهر القبيح ويخفى الحسن، والصديق يظهر الحسن ويخفى القبيح.

قال: ويؤمر بأن لا يعرفوا عند أربعة أصناف الشهود له حتى لا يحتال في تعديل شهوده وعند المشهود عليه حتى لا يجري في جرح شهوده، وعند الشهود حتى لا يحتالوا في تعديل أنفسهم، وعند المزكين عن المشهود حتى لا يحتال لهم الأعداء في الجرح والأصدقاء في التعديل. ذكره في «الحاوي».

ولو سُأْلَ عن صديقه المعافي فعدله فلا بأس؛ لأن شهادته له مقبولة وقد بينا أن لا يفعل ذلك.

فرع

الحاكم مخير بين أمرين؛ أحدهما: وهو الأحوط، أن يكتب بذلك أربع رقاع يرفع منها رقعتين آخرتين إلى مزكينين ليساًلا عن الشاهد الآخر يزكيه كل واحد من الشاهدين مزكينين ويصير المذكور أربعة.

والثاني: أن يقتصر على رقعتين فيهما ذكر الشاهدين، فيدفع إحداهما إلى أحد المزكين فتصير التزكية فيهما مسموعة من مزكينين.

فرع آخر

اعلم أنه قد يسمى أصحاب المسائل المزكين، وإذا توجه بها أصحاب المسائل المذكورون كان أول ما سُأْلُوا عنه أحوال الشهود، فإن وجدوهم مجروين لم يسألوا عن غيرهم، وإن وجدوهم معدلين سُأْلُوا عن شهدوا له، فإن ذكروا أن بينهم وبينه ما يمنع من شهادتهم عليه لم يسألوا عما عداه، وإن ذكروا جواز شهادتهم له سُأْلُوا عن شهدوا عليه، فإن ذكروا ما يمنع من شهادتهم عليه لم يسألوا عما عداه، وإن ذكروا جواز شهادتهم له ذكر والقدر الذي شهدوا به. ثم على أصحاب المسائل أن يشهدوا عند الحاكم [١٦٣/أ] بما عرفوه من هذه الأحوال الأربع إن اجتمعت أو افترقت، فإن لكل واحدة منهن حكماً في غير هذه القضية وأن اعتبار جميعها في هذه القضية.

مسألة: قال: «وَلَا يَقْبِلُ الْمَسْأَلَةُ عَنْهُ وَلَا تَعْدِيلَهُ وَلَا جَرْحَهُ إِلَّا مِنْ اثْنَيْنِ»^(١).

اختلف أصحابنا في تأويل هذا، فقال أبو إسحاق: أراد به المزكين دون أصحاب المسائل؛ لأن الاعتماد على المزكين دون أصحاب المسائل، فيجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً فيبتعه ليسأّل، فإن عاد وأخبر بالجرح توقف الحاكم ولا يستدعي الجارح؛

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٨٧).

لأن في ذلك فضيحة الشاهدين، والقصد معرفة عدالتهم لا فضيحتهم ولكن يقول للخصم زد في شهودك، وإن عاد وعدل لم يعتمد على قوله ويستدعي المزكي ويسأله عن ذلك حتى يخبره مشافهةً ولا يقبل ذلك إلا من مزكي على ما قاله الشافعي رضي الله عنه.

وقال الإصطخري: المراد بذلك أصحاب المسائل، فيحتاج أن يكونوا اثنين كالمزكين، فإذا أخبرا بالجرح والتعديل عمل على ذلك ولا يحتاج إلى حضور المزكين، وإن كان كالشهادة على الشهود؛ لأن موضع حاجة لأنه لا يلزم المزكي أن يحضر عند الحاكم لتزكية وليس للحاكم إجباره على ذلك، فصار ذلك كالمرض والغيبة فيسائر الشهادات وهذا هو المنصوص، وذلك خلاف نص الشافعي؛ لأنه قال: ويمضي من كل واحدٍ منهما ما رفعه إلى الآخر، وهذا إنما يكون في أصحاب المسائل دون المزكين، ولأن العدد لا يسقط في الشهادة على الشهادة فكذلك هنا؛ لأن ذلك شهادة على المزكي، وبهذا قال أحمد.

وقال أبو حنيفة رحمة الله: يجوز أن يكون المزكي [١٦٣/أ] واحداً، لأن التزكية ليس من شرطها لفظ الشهادة، فلم يفتقر إلى العدد كرواية الأخبار، وهذا لا يصح كما ذكرنا؛ لأنه وافقنا أنه لو جرح الشاهد بواحدٍ وعدل باثنين فالتعديل أولى، فدل أن قول الواحد لا يثبت به شيء، إذ لو ثبت عند خلوه عن معارضٍ لثبت وإن عارضه ضده، كما لو جرحة إثنان وعدله عشرة كان الجروح أولى بالإجماع. وأما قوله: إنه لا يعتبر فيها لفظ الشهادة لأنّه لا يقبل الجرح والتعديل إلا بلفظ الشهادة.

ثم إذا بعث اثنين للمسألة يخفى عن كل واحدٍ منهما ما دفعه إلى صاحبه، ويوصى كل واحدٍ منهما بإخفايه لثلا يتواطئا على شيء واحدٍ بالرшуوة، ثم ينظر فإن اتفقا على الجرح أو التعديل عمل عليه.

وإن اختلفا فجاء أحدهما بالتعديل والآخر بالجرح، قال الشافعي: «أعادهما مع غيرهما»، قال أصحابنا: أما بإعادتهما فلأن أحدهما لا محالة مقصر في النظر؛ لأننا لا نعلم أن الرجل الواحد لا يكون عدلاً فاسقاً. وأما ضم غيرهما إليهما فلأنهما زبماً يختلفان في المرة الثانية كما اختلفا في المرة الأولى، فلا يمكن تنفيذ الحكم مع اختلافهما، فإذا ضم إليهما غيرهما يرجى تزكية المزكين فيردهما. ثم ينظر فإن عاد الآخران بالتعديل فقد ثبت التعديل بثلاثة أنفسٍ فعمل عليه. وإن عاد أحدهما بالتعديل والآخر بالجرح فقد ثبت واحدٍ منهما باثنين، فيكون الجرح أولى من التعديل، وإن عاد أحدهما بالتعديل والآخر توقف فيه، فإن التعديل قد ثبت. وإن عاد أحدهما بالجرح وتوقف الآخر، فإن [١٦٤/أ] الجرح قد ثبت، ولو عدل رجل بشاهدين وجرحه آخران، قال الشافعي: «الجرح أولى»؛ لأن التعديل على الظاهر والجرح على الباطن لزيارة العلم مع الجارح.

فرع

لا يجوز أن يقبل تعديل الولد للوالد. وقال أبو حنيفة: يقبل، ودليلنا أنه إثبات حكم على خصم بقول غيره فلا يجوز من الوالد.

فرع آخر

لا يقبل التعديل من المرأة خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن شهادتها لا تقبل فيما لا يقصد فيه المال ويطعن عليه الرجال.

فرع آخر

إذا ثبت أنها شهادة محضة اختلف أصحابنا في أن القاضي يحكم في تعديلهما وجرحهما بأصحاب مسائله ويمن عدلهما وجرحهما من جيرانهما وأهل الخبرة بهما على وجهين:

أحدهما: أن أصحاب مسائله هم الشهود عنده، بالتعديل والجرح وهم المتحملون عن الجيران وأهل الخبرة ما ذكره من التعديل والجرح، وهذا ظاهر مذهب الشافعى رضى الله عنه وقول الأكثرين من أصحابه. فعلى هذا يجوز أن يكون ما يسمعه أصحاب المسائل من الجيران بلفظ الخبر؛ لأن الشهادة مختصة بالحكام، ولا يعتبر فيهم العدد ويعتبر أن يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق المخبر فيما ذكره من تعديل وجرح، فربما وقع في نفسه صدق الواحد وربما ارتاب باثنين فيلزمه أن يستزير، ويجوز لأصحاب المسائل أن يسألوا الجار من أين علم تعديله وجرحه، ولا يجوز للحاكم أن يسأل أصحاب المسائل من أين علمتم الجرح والتعديل، وهذا اختيار الأصطهري. [١٦٤/ب]

والثاني: وهو قول أبي إسحاق أن الذي يشهد بالجرح والتعديل هم من عرفهم من الجيران وأهل الخبرة، ويكون أصحاب مسائله رسلاً لهم فيها؛ لأن الشهادة سميت بذلك مسموعة من أهل المعرفة الباطنة وهم الجيران دون أصحاب المسائل، ولأن شهادة أصحاب المسائل كالشهادة على الشهادة، وهي لا تسمع مع القدرة على شهود الأصل.

فعلى هذا كان ما يذكره أصحاب المسائل خبراً يجوز أن يقتصر فيه على قول الواحد بلفظ الخبر دون الشهادة، ويذكر الحاكم بالجرح والتعديل، ثم يسمع بالتعديل والجرح من الجيران وأهل الخبرة على شرط الشهادة.

فرع آخر

إذا شهد شاهدان من أصحاب مسائله ومن الجيران على ما قدمته من الوجهين بتعديل أحد شاهدي الأصل، جاز أن يشهدا بتعديل الشاهد الآخر قوله واحداً وإن كان في الشهادة على الشهادة قولان. والفرق أن في الشهادة على الشهادة مما فرع الأصل في التزكية فهما شاهدان على الأصل.

فرع آخر

لو شهد اثنان بجرحه في سنة أو في بلد، ثم شهد اثنان بتعديليه في سنة بعدها، أو في بلد آخر انتقل إليه حكم تعديله لأنه قد يتوب وينتقل عن الفسق إلى العدالة، والتوبة ترفع المعصية ولا يقدم التعديل على الجرح إلا في هذه المسألة.

فرع آخر

لو بعث بذلك إلى المزكي فعدلهم لا يقبل التعديل بالكتاب حتى يحضر المزكي فيشير إليه أن الذين عدلتهم هؤلاء؛ لأنه ربما يلبس عليه بالكتاب، والتزكية [أ/١٦٥] نوع شهادة فلا تقبل بالكتاب، ذكره أصحابنا رحمهم الله

مسألة: قال: «وَلَا أَقْبِلُ الْجَرْحُ إِلَّا بِالْمُعَايَةِ أَوِ السَّمَاعِ»^(١).

أراد به صاحب المسألة إذا أخبر بالجرح لا يقبل إلا أن يضيف إلى نفسه رؤية ما يجرح، أو يستفيض ذلك في الناس، ويخبره كل من سأله بفسقه، وهذا لأنه لا يصير عالماً بذلك إلا بالشهادة أو بالسماع أو بالمشاهدة يحصل العلم، وكذلك بالسماع المتواتر، فإن لم يكن متواتراً ولكنه شاع في الناس، يجوز أن يؤدى الشهادة مطلقاً كما يشهد بالموت والنسب بالاستفاضة، وإن كان خبر الواحد والعشرة لا يصير عالماً به، ولكنه يشهد بما يسمع ويكون شاهد الفرع، والذي يشهد عنه شاهد الأصل فيكون حكمه حكم شاهد الفرع، هكذا ذكره أبو حامد، وقد قيل: يعتبر بهذا الكلام الرد على أبي حنيفة حيث قال: يقبل الجرح مطلقاً كما يقبل التعديل مطلقاً، ونحن لا نقبله إلا مفسراً، بل يقول عايته يفعل كذا، أو سمعته يقول كذا، وما ذكرناه أولاً أظهر.

مسألة: قال: «وَلَا نَقْبِلُهُ إِلَّا مِنْ فَقِيهِ دَيْنٍ إِلَّا بِأَنْ يَفْقَهُ عَلَى مَا يَجْرِحُهُ يَهُ».

(١) انظر الحاوي الكبير (١٩١/١٦)

قد ذكرنا أنه لا يقبل الجرح إلا بعد بيان سببه خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله، وهذا لأن الناس يتباينون في الأهواء، فيشهد بعضهم على بعض بالكفر أو الفسق بالتأويل، وهو بالجرح عندهم أولى. وقد قال مالك رحمة الله تعالى: يفسق الرجل بشرب النبيذ المطبوخ وإن اعتقاد إياه ، ومن الناس من يقول: [١٦٥/ب] يفسق باللوطه في نكاح المتعة ونحو ذلك، وقد يعدون ما ليس بجرح جرحاً، ولا فرق بين أن يكون الجارح فقيها أو غير فقيه.

وقال الشافعي رضي الله عنه: لقد حضرت رجلاً صالحاً يجرح متسللاً بجرحه فقال له السائل: بأي شيء تجرحه فقال: ما يخفي على من تكون الشهادة به مجرحة، فقال الذي يسأله: لا أقبل هذا منك إلا أن تبين، فقال: رأيته يبول قائماً، فقال: وما في ذلك؟ فقال: ينتضج على ساقيه ورجليه وثيابه ثم يصلى قبل أن ينقيه، فقال: أفرأيته فعل ذلك فصلى قبل أن ينقيه وقد انتضج عليه؟ فقال: لا، ولكن أراه سيفعل. وهذا الضرب كثير في الناس والجرح خفي في فلا يقبل لخفائه لما وصفت من الاختلاف إلا بتصرير الجرح، ومذهب الفقهاء أن لا يكفر أحدٌ من أهل القبلة. قال الشافعي رضي الله عنه: «إلا واحداً وهو من نفي علم الله تعالى لأشياء قبل كونها فهو كافر»، وقد ذهب جماعة إلى تكبير أهل الأهواء كلهم.

وحكى أن رجلاً جرح رجلاً وقال: إنه طين سطحه بطين استخرجه من حوض البستان، ومثل هذا لا يكون جرحاً إلا بالإجماع، فلهذا يجب الاستفسار.

فإن قيل: كما أن الجرح يختلف فكذلك العدالة، ولو عدلوا لا يلزم بيان سبب العدالة. قلنا: هل يشترط ذكر سبب التعديل؟ فيه وجهان: فلا نسلم، وإن سلمنا فلأن أسباب العدالة تكثُر ولا يمكن ضبطها بخلاف أسباب الجرح فافترقا.

فإن قيل: في كشف سبب الجرح هتك ستر الشاهد ويصير الجارح به قاذفاً. [١٦٦/أ] قلنا: وإذا هو فاسق هتك ستره أيضاً، وربما يزول هذا العار عند بيان السبب، وذكر مالا يوجب الفسق، وأما القذف فيمكنه أن لا يصرح به، وإذا أتى به بلفظ الشهادة لا يكون قاذفاً.

فرع

لو سألهما الحكم الشاهدين عن سبب الجرح فذكر له وكان زنا لم يكن قاذفاً، سواء كان بلفظ الشهادة أو بغير لفظ الشهادة؛ لأنه لا يقصد إدخال المغيرة عليه بالقذف، بل قصد إثبات صفتة عند الحكم ليتبين الحكم عليه، هكذا ذكره أبو حامد.

وقال في «الحاوي»: لا يصير أصحاب المسائل إذا شهدوا بها قذفه وإن لم تكمل شهادتهم؛ لأن أصحاب المسائل ندبوا للإخبار فأسمعواه ولم يندب الجيران إليه. ولا يفرق بين أن يذكر أصحاب المسائل هذا الجرح بلفظ الشهادة أو بلفظ الخبر، ولكن الحاكم يحكم به إن كان بلفظ الشهادة ولا يحكم به إن كان بلفظ الخبر.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: أعلم أن الفسق يكون من ثلاثة أوجه: بالأفعال كالزنا والغصب، وبالأقوال كالقذف والكذب، وبالاعتقاد كاستحلال المحظور والتدين بالبدع.

والأفعال تعلم بالمعاينة، والأقوال تعلم بالسماع وكذلك الاعتقاد، فلا يقبل من الجارح إذا شهد بأفعال الجرح إلا إذا شاهدتها، ولا يقبل منه إذا شهد بأقوال الجرح إذا سمعه ولا يقبل إذا قال: بلغني، أو قبل لي، ولا تقبل شهادة الأعمى بالجرح في الأقوال والأفعال، فاما إذا شهد بها عن الإخبار بها، فإن كانت أخبار أحادٍ لم يكن للمخبر أن يشهد بها، وإن كانت من أخبار الاستفاضة أو التواتر التي لا يعترضها ارتياح جاز أن يشهد بها كما [١٦٦/ب] بالأنساب وتقبل به شهادة الأعمى. فإن كان الشاهد عند الحاكم بهذا الجرح هم الجيران إن كانت هذه الشروط معتبرة في شهادتهم أن يعلمه إما بالمعاينة للأفعال أو بالسماع للأقوال، أو بالخبر المستفيض للأفعال والأقوال، وأن الشاهد بهما أصحاب مسائل يحملوها عند علمها من هذه الوجوه الثلاثة جاز لهم أن يشهدوا بها عنهم؛ لأن أصحاب مسائله ندبوا للبحث عنها، ولو تحملوها من هذه الوجوه لعلموا الشهادة بها، ولما احتاجوا إلى المسألة عنها.

مسألة: قال: «وَلَا يَقْبَلُ التَّعْدِيلُ إِلَّا بِأَنْ يَقُولَ: عَدْلٌ عَلَيَّ وَلِي»^(١).

الفصل

اختلف أصحابنا في هذا، فقال بعضهم: هذا يدل على أن الحاكم لا يسأل عن أسباب التعديل، ويسأل عن أسباب الجرح؛ لأن الشهادة بالتعديل أن يجدوه سليماً من الهاقات، ولا يحتاج في هذا إلى شرح السبب، وعلى هذا السؤال عن سبب العدالة استظههار لا واجب، وهذا الذي عليه القضاة في زماننا هذا. وعلى هذا قال الأصطخري: قوله «قول عدل علىٰ ولٰ» استحباب للتأكيد؛ لأن الشهادة بالتعديل تقتضي الحكم بها عليه وله، فيكفي أن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٩٤).

يقول عدلٌ. وبه قال أبو حنيفة، ومالك وأحمد رحمة الله، وهو اختيار صاحب «الإفصاح» والقفال، وقد قال في «حرملة»: إذا قال هو عدل مرضي كفى في التعديل، وهذا لأن المقصود إثبات عدالته عند الحاكم، وذلك يثبت بهذا ولا يحتاج إلى الزيادة.

وقال أبو إسحاق وجماعة: هو على الوجوب، وهو ظاهر كلام الشافعى هنا، ونص عليه في «الأم» أيضاً، واختلفوا في العلة، فقال أبو إسحاق: إنما شرط هذا لأنه قد يكون [١٦٧/أ] عدلاً في شيء دون شيء، وفي القليل دون الكثير، فإذا قال ذلك عم ولم يخص.

وإذا قال عدل ولم يزد لم ثبت العدالة المطلقة، كما إذا قيل: فلان صادق، ولا يثبت بهذا القدر صدقه على الإطلاق. وقال غيره: العلة أنه قد يكون الشاهد بالتعديل من لا تقبل شهادته عليه؛ لأنه من اعدائه، فإذا قال عدل على ولى هذا زال الاحتمال، فقوله عدل على نفي للعدوة، وإذا قال عدل لي نفي للقرابة وهذا أبلغ الألفاظ في التعديل وعلى هذا لا يلزم أن يقول هذا إذا علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة. وعلى تعليل أبي إسحاق يلزم ذلك وإن علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة.

فرع

الشهادة بأنه عدل رضي جرت العادة بالجمع بينهما في صحة التعديل، وقال جمهور أصحابنا: قوله «رضي» محمول على التأكيد؛ لأن العدل رضي. وقال بعض أصحابنا البصريين: هذا شرط في صحة التعديل؛ لأن التعديل سلامة والرضا كمال.

فرع آخر

استزاد بعض القضاة في التعديل أن يقول إنه مأمون في الرضا والغضب، وهذا تأكيد لا يكون شرطاً؛ لأنه من أحكام العدالة فلا يلزم ذكرها كالصدق والأمانة.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: سؤاله عن أسباب العدالة واجب لجواز الاحتمال في التعديل كجوازه في التفصيق، فعلى هذا يكون الشاهد مؤيد بالأسباب، والقاضي هو الحاكم بالعدالة، وتكون استزادته من الشهود أن يشهدوا أنه عدل، ولن استخبار عن حكم العدالة وليس بشرط في قبول الشهادة على سببها، وهل يكون هذا الاستخبار لازماً في حق الحاكم وأنه لم يكن في حق الشاهد؟ فيه وجهان: [١٦٧/ب] أحدهما: يكون لازماً في حقه ليكون حكمه بالتعديل على أحivot الأمور. والثاني: أنه ليس بلازم في حقه كما ليس بلازم في حق الشاهد؛ لأن الشهادة بأسباب التعديل تغنى عمما سواه.

فرع آخر

إذا قلنا يشترط ذلك بحسب التعديل جاز أن يكون الشاهد بالتعديل من غير أهل الاجتهد. وإن قلنا لا يشترط وجب أن يكون الشاهد بالتعديل من أهل الاجتهد.

فرع آخر

إذا قال المذكى لا أعلم إلا خيراً لا يكفي، وقال الطحاوى: عن علي بن معبد، عن أبي يوسف أنه قال: تقبل شهادته، ولم يذكر خلافاً، وهذا لا يصح؛ لأنَّه لم يصرح بالعدالة فلا يكون تعديلاً كما لو قال: أعلم فيه خيراً.

فإن قيل: إذا كان من أهل الخبرة ولم يعلم إلا خيراً فهو عدل. قلنا: يجوز أن لا يعلم عداته ولا فسقه لاشبهه حالة عليه فلا يدل على حقيقة العدالة.

مسألة: قال: **«ثُمَّ لَا يَقْبِلُهُ حَتَّى يَسْأَلَهُ عَنْ مَعْرِفَتِهِ بِهِ، فَإِنْ كَانَتْ بَاطِنَةً مُتَقَادِمَةً وَلَا لَمْ يَقْبِلْ ذَلِكَ مِنْهُ».**

وجملة هذا أنه لا يقبل التعديل إلا من له خبرة باطنة ومعرفة متقدمة بالشاهد، وهذا لأنَّ الرجل لا يكاد يعرف الرجل إلا بمعاشرة متقدمة ومصاحبة، ولا يداوم الإنسان الفسق بل يفعله في بعض الأوقات دون بعض، فإذا لم يتقاوم عهده ومعرفته به لم يقف عليه.

وقد روى حرثة بن الحر أن رجلاً شهد عند عمر - رضي الله عنه - بشهادة، فقال له: أعرفك ولا يضرك اعرفك اثنيني بمن يعرفك، فقال رجل من القوم: أنا أعرفه، قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، فقال: هو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره، ومدخله ومخرجه؟ [١٦٨/أ] قال: لا. قال: فعاملتك بالدينار والدرهم اللذين بهما يستدل على الورع؟ قال: فرفيقك في السفر الذي يستدل به على مكارم الأخلاق؟ قال: لا. قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: أنت بمن يعرفك^(١).

وقال مجاهد: دخل رجل المسجد ورسول الله ﷺ جالس، فقال: «من يعرف هذا؟» فقال رجل: أنا أعرف وجهه ولا أدرى ما اسمه، فقال: «ليست تلك بمعرفة»^(٢).

وقيل: الشهادة بالتعديل تخالف الشهادة بالجرح من وجهين، ووجه ثالث مختلف فيه: أحدهما: أن الشهادة بالتعديل لا تقبل إلا من كان قديم المعرفة بخلاف

(١) ذكره العقيلي في «الضيفاء» (٤٥٤/٣).

(٢) لم أجده.

الجرح . والثاني : لا تقبل إلا من أهل المعرفة الباطنة والجرح يقبل من أهل المعرفة الظاهرة والباطنة . والثالث : هل يشترط ذكر سبب التعديل فيه وجهان ، ولا يحكم بالجرح إلا بعد سببه .

مسألة : قال : « وَيُسَأَلُ عَمَّنْ جَهَلَ عَدَالَةَ سِرَاً ، فَإِذَا مُعَدِّلَ سَأَلَ تَعْدِيلَهُ عَلَانِيَةً لِيَعْلَمَ أَنَّ الْمُعَدِّلَ سِرًا هُوَ هَذَا مَحَافَةً أَنْ لَا يُؤْفَقُ أَنَّمَا أَوْ نَسَبَ نَسَبًا »^(١) .

قال أصحابنا : فإن لم يكن إشكال وعلم أن المزكي لا يرتاب به ولا يحتاج إلى إظهار التعديل ، وقيل : هل يحتاج إلى الإشارة إذا عدل ؟ فيه ثلاثة أوجه : أحدهما : تلزم الإشارة إليه عند القاضي ، فيقول : هذا هو الذي شهدنا عندك بتعديلته ليزول الاشتباه ويحصل الاحتياط . وقال ابن أبي هريرة : لا يجب ذلك لكنه يستحب بكل حال . والثالث : إذا كان مشهوراً في الناس بما يتميز به عن غيره لا يحتاج إلى الإشارة وجوباً لكنه يستحب ، وتجب الإشارة في المجهول غير المشهور وهذا أصح .

فرع

إذا ثبت عداله عنده يعرف المشهود عليه أنه لزمه الحكم [١٦٨/ب] فيما شهدوا به عليه ، وعَرْفَةً ما عمل في أمر الشهود ، فإن زعم أنه يمكنه جرهم نظر في ذلك وتوقف في إنفاذ الحكم إن كان ما يزعم قريباً ، ولا يستعجل في إنفاذ الحكم .

روى أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال : « الثاني من الله والعلة من الشيطان »^(٢) .

روي عن ابن عباس - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال : « إذا تأنيت - وروي إذا ثبتت - أصبت أو كدت تصيب ، وإذا ستعجلت أخطأت أو كدت تخطيء »^(٣) .

فرع آخر

لو جرح الشهود في السر لم يسأل عنهم في العلانية لثلا يؤدي إلى هتك الستر ، وإثبات العداوة بينهم وبين من جرهم ، وإذا عُدِّلَ أُعلن التعديل ليرغب الناس في حسن الذكر ، وربما كان عند بعض الناس من جرحة ما يخفى على غيره ، ولو ابتدأ أصحاب

(١) انظر الحاوي الكبير (١٦/١٩٦) .

(٢) تقدم تخریجه .

(٣) تقدم تخریجه .

المسائل بالشهادة فيمن بحثوا عنه ولا يعلم الحاكم بما يشهدون به من جرح ولا تعديل فينبغي أن يمنعهم على الجهر حذراً أن يشهدوا بالجرح المأمور بالستر، وإن علم أنهم لا يشهدون بالعدالة جاز أن يدعوهم إلى الشهادة سراً وجهراً.

فرع آخر

لو عُدل الشهود اختلف أصحابنا فيه على وجهين: أحدهما: أن الحكم بعدلة قد استقر على التأييد ما لم يطأ جرح من بعد بناء على أصل العدالة.

والثاني: قال أبو أسحاق: يعيد البحث عن عدالته في كل مدة لجواز أن يتغير فيها حاله، ولا يلزمه البحث في كل شهادة؛ لأنه شاق وخارج عن العرف ولم يحد المدة بحد. وحكي عن بعض الناس أنه قال: يسأل عنه كل ستة أشهر، وهذا ليس بمنتهينا، ونسبة صاحب «الحاوى» إلى بعض أصحابنا والمذهب أنه تتوقف المدة على اجتهاده وما يراه. [١٦٩/١٥]

فرع آخر

إذا أعاد البحث مراراً واستقرت عدالته، فإن تجددت منه استرابة أعاد البحث والكشف وإن لم يخرج ذلك لا يعيد البحث.

فرع آخر

قال الشافعى - رضي الله عنه -: وإذا نزلت قافلة الحاج أو الغزاة أو غيرهما في بلده يحضر رجال من أهل القافلة من يعرفه الحاكم لم يحكم بشهادتهما وإن رأى عليهما سيماء الخير وأثر الصلاح والعدالة. وقال مالك رحمة الله تعالى: إذا رأى فيهما سيماء الخير حكم بشهادتهما؛ لأنه لا يمكن معرفة عدالتهما ولا يمكن التوقف عن الشهادة، فإن فيه تضييعاً للحق، فكان المرجع إلى السيماء الجميل وهذا غلط؛ لأن عدالتهما مجهولة فلا يجوز الحكم بشهادتهما كشاهدى الحضر، وظاهر مذهبهم بتسليم هذا الأصل. وأما ما ذكره فلا يصح؛ لأنه ربما يؤدي إلى إثبات مالا يستحق وذلك لا يجوز.

فرع آخر

لا يقبل من الفاسق التعديل سراً كان أو علانية، وقال أبو حنفة: إذا قام من الناس في الحكم وغيره، فقال القاضي: إن هذا الشاهد عدل ولم ينكز أحد ذلك فقد ثبتت عدالته، فجعل سكوتهم كإخبارهم بالعدالة وهذا لا يصح؛ لأن سكوتهم يحمل معانى فلا يجوز أن يقطع بواحد منها.

فرع آخر

لا يجوز للحاكم أن يتخذ شهوداً راتبين فيقبل شهادتهم، ولا يقبل شهادة غيرهم؛ لأن في ذلك إضراراً بالناس وتضييقاً عليهم، ولأن شرط قبول الشهادة العدالة، فكل من كان بهذه الصفة وجب قبول شهادته، وقد قال تعالى: وأشهدوا ذوى عدل منكم [الطلاق: ٢]، ولم يخص، وربما ثبتت الحقوق في موضع لا يكون هناك شهود راتبون ويقال: إن أول من اتخذ ذلك إسماعيل بن إسحاق [١٦٩/ب] وتابعه سائر القضاة في بعض البلاد في هذا؛ ليكون الشهود أعياناً معدودين فلا يستشهد الخصوم بمجهول العدالة، ولا يطمع في الشهادة غير مستحق لها، وعندنا يكره ذلك، ولم يفعله الصدر الأول. فإذا تقرر هذا فيجب على الحاكم أن يسمع شهادة كل من يشهد عنده، فإن عرف فسقه رد شهادته؛ لأنه يجوز أن يحكم بالجرح والتعديل بعلمه.

مسألة: قال: «وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَّخِذَ كَاتِبًا حَتَّى يَجْمَعَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا عَاقِلًا»^(١).

الفصل

اعلم أنه لا يستغني قضاة الأمصار والولاة على الأعمال عن كاتب ينوب عنهم في ضبط الأمور، فيجوز لهم أن يتخلذوا كاتباً، وقيل: يستحب لهم ذلك. وهذا لأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان كاتب رسول الله ﷺ، وهو الذي كتب القضية يوم الحديبية. وكان زيد بن ثابت - رضي الله عنه - كاتبه، فقال له النبي ﷺ: «تعرف السريانية؟» فقال: لا، فقال: «إنهم يكتبون إلىي ولا أحب أن يقرأ كتبى كل أحد، فتعلم السريانية» قال زيد: فتعلمتها في نصف شهر^(٢): وروى ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه كان لرسول الله ﷺ كاتب يقال له: السجل. ولأنه لو كلفناه كتب السجلات والمحاضر بيده وينظر بين الناس أدى إلى المشقة والحرج، ويتعذر عليه الجمع بين الأمرين، فكان له أن يتخذ كاتباً يستعين به^(٣).

ثم ذكر الشافعي أنه يشترط فيه أربعة أوصاف؛ العدالة، والعقل، والغففة، والنزاهة من الطمع، وهذا لأن الكتابة موضع أمانة فلا توضع في غير العدل، ويستحب أن يكون فقيهاً ليعرف موقع الألفاظ، ويفرق بين الواجب والجائز، وتعتبر النزاهة لثلا يستعمال بالطمع. [١٧٠/أ] وقوله: «عاقلاً»: أراد سديد العقل؛ لأن وجود العقل شرط العدالة. قال

(١) انظر الحاوي الكبير [١٦/١٩٨].

(٢) آخرجه البهقي في سنته [٦/٢١١] وأحمد في مستنه [٥/١٨٢].

(٣) ذكره ابن حجر في الإصابة [٣/٣٤].

أصحابنا: ويستحب أن يكون جيد الخط ويفصل بين الحروف ويميزها ويضبط ما يحتاج أن يكون مضبوطاً فلا يكتب سبعة مثل تسعة، ذكره صاحب «الإفصاح» وقيل: ينبغي أن يكون أدبياً فلا يأتي بلغظ يلبس أو يوهم تصاعيف حروفه وأطرافه، سطوره كتبه شيء يتغير به الحكم، فلا ينبغي أن يفاوت الحروف في تباعدها وتدانها، وأن يقارب السطور في كتابته وهذه كلها مستحبة، والمعتبر فيه أن يكون من يحسن الكتابة.

فرع

لا يجوز أن يكون عبداً لأن الحرية شوط في كمال العدالة. وقال في «الأم»: ما ينبغي عندي للقاضي ولا لوال من ولاة المسلمين أن يتخذ كاتباً ذميًّا، وينبغي أن يعز المسلمين بأن لا يكون لهم حاجة إلى غير أهل الإسلام، والقاضي أول الخلق عذراً بهذا. قال أصحابنا: لا يجوز أن يكون ذميًّا، لأنه جرح نفسه في الدين عند قبول قوله فيه.

وقد قال الله تعالى: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَأْمُوا لَا تَنْجِذُوا عَذَّوْيَ وَعَذَّوْكُمْ أُولَئِكَ» [المتحنة: ١] الآية، وقال أيضاً عز اسمه: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَأْمُوا لَا تَنْجِذُوا الْيَهُودَ وَالْكُفَّارَ أُولَئِكَ» [المائدة: ٦٥]، وقال أيضاً عز وجل: «يَأَيُّهَا الَّذِينَ مَأْمُوا لَا تَنْجِذُوا بِطَائِهَ وَنِيْنَ دُوْنِكُمْ» [آل عمران: ١١٨].

وروى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «ما بعث من نبي ولا استخلف من خليفة إلا كانت له بطانتان؛ بطانة تدعوه إلى الخير وتحضه عليه، وبطانة تدعوه إلى الشر وتحضه عليه، والمغضوم من عصم الله»^(١). وهذا صحيح وقد جاء به القرآن العظيم وهو الآية التي ذكرناها.

وروى أن النبي ﷺ [١٧٠/١٧٠] قال: «لَا تُسْتَهِنُوا بِنَارِ الْمُشْرِكِينَ»^(٢) أي لا ترجعوا إلى أمانهم ولا تبولوا على مشارتهم.

وروى أن أبا موسى الأشعري قدم على عمر - رضي الله عنهما - ومعه كاتب نصرياني فأعجب عمر بخطه وحسابه واستحسن، فقال له عمر: أحضر كاتبك ليقرأه، فقال: إنه نصرياني لا يدخل المسجد، فزيره عمر وقال: لا تأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى، ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ولا تعزوهם وقد أذلهم الله تعالى^(٣).

(١) أخرجه البخاري في الأحكام، باب بطانة الإمام وأهل مشورته البطانة الدخاء (٧١٩٨) والنسائي في البيعة، باب بطانة الإمام (٤٢٠٢) وأحمد في «مسنده» (١٠٩٤٩).

(٢) تقدم تحريره.

(٣) ذكره ابن قدامة في «المغني» (١٠/١١٤).

وروى: ولا تكرموهم إذا أهانهم الله تعالى، ولا تدنوهم إذا أقصاهم الله تعالى، ولا تأموهم إذا خوفهم الله تعالى، وأمر بعزله. وروى أنه قال له عمر - رضي الله عنه -: اتخذناه كاتباً؟ فقال: له دينه ولئن كتبته، فقال عمر رضي الله عنه ما ذكرنا. ومن أصحابنا من قال: فيه وجهان؛ أحدهما: ما ذكرنا. والثاني: أنه يجوز أن يكون كافراً وفاسقاً؛ لأن ما يكتبه لا بد أن يقف عليه القاضي ثم يمضي فيؤمن خيانته.

إذا اتخذ القاضي كاتباً فهو بالخيار؛ إن شاء أجلسه عنده وإن شاء أجلسه بالبعد منه. فإن أجلسه عنده فإذا مضى شيء يحتاج إلى إثبات أمره يكتبه وينظر في ذلك حتى لا يعرف ولا يغير، وإن أجلسه ناحية، فإذا أقر عنده رجل بحقي وينكره أفندي المقر إليه حتى يثبته.

قال الشافعي رضي الله عنه: ويستحب أن يكتب العاكم أسم المقر عنده احتياطاً لثلا يرجع عن الإقرار إلى أن يبلغ [١٧١/أ] فربما يختلط ولا يعرف عينه.

وينبغي أن يقرأ القاضي بعد كتابته ويعلم فيه بخطه، ويشهد به على نفسه ليكون حجة للمتحاكمين وقيل: إنه يتخير بين أن يلقيه عليه حتى يكتبه في لفظه، أو يكتبه الكاتب بالفاظه والقاضي ينظر إليه أو يقرأه بعد الكتابة.

فرع آخر

لو رد القاضي المتخاصلين عند الاشتباه إلى وساطة متوسط بينهما لم يلزمهما لرجوع إليه، وإن سأله ردهما إليه لزمه الكف عن النظر بينهما ولا يلزم ردهما إلى وسيط معين؛ لأن ردهما إليه تقييد له إلى النظر بينهما، ولا يلزم أن يقلد لهما ناظراً، فإن فعل كان تبرعاً منه وحملهما الوسيط على التراضي دون الإلزام، إلا أن يزد القاضي إليه الإلزام فيصير حاكماً وملزماً.

فرع آخر

يجوز للكاتب أن يتخذ كاتباً كما يجوز للقاسِم أن يتخذ قاسِماً.

مسألة: قال: «والقاسِمُ في صِفَةِ الْكَاتِبِ».

يشترط في القاسِم زيادة، وهو أن يكون عارفاً بالحساب؛ لأن مدار القسمة على الحساب، وينبغي أن يكون عارفاً بالقيم لثلا يحتاج في التقويم إلى غيره، فإنه لم يعرف القيم يجوز ويرجع إلى أقوال مقومين يقumen.

مسألة: قال: «وَيَتَوَلَّ الْقَاضِي ضَمَّ الشَّهَادَاتِ وَرَفَعَهَا لَا يَغْيِبُ ذَلِكَ عَنْهُ»^(١).

الفصل

قال أصحابنا: نذكر من هذا الفصل كيف يجتمع عنده الشهادات التي يحتاج إلى ضمها ورفعها، ثم يتبع كيفية الضم والرفع، [١٧١/ ب] فإذا تقدم خصمان إلى القاضي، وادعى أحدهما على الآخر، فإن القاضي يسأل المدعى عليه عما ادعاه عليه، فإن اعترف به وسأله المدعى أن يكتب بذلك محضراً كتب: بسم الله الرحمن الرحيم، حضر مجلس القاضي فلان ابن فلان الفلانى، وفلان بن فلان كما يعرفه القاضي، وإن كان لا يعرفه القاضي كتب: رجل ذكر أنه فلان ابن فلان، ويجليه بالأوصاف التي ذكرنا، وأحضر معه رجلاً ذكر أنه فلان ابن فلان ويجليه، وادعى عليه بكل ذلك، فسأل القاضي عما ادعاه عليه فأقر بجميعه، وذلك في يوم كل ذلك من شهر كل ذلك، وأشهد فيه من حضر القاضي من الشهود، ويلزم القاضي ذلك إذا سأله المدعى؛ لأنه ربما ينسى القاضي أو يعزل. ومن أصحابنا قال: الإشهاد يجب بأنه أقر بكل ذلك، لأنه إن كان مذهبة أنه لا يجوز له الحكم بعلمه وربما يجحد بعده فلا يمكنه الحكم بعلمه عليه. وإن كان مذهبة جواز الحكم بعلمه ربما ينسى أو يعزل فلا يمكنه الحكم به ولا يقبل قوله بعد عزله، وهل يلزم أنه يكتب له محضراً فيه وجهان: أحدهما: يلزم أنه وثيقة له كالإشهاد. والثاني: لا يلزم أنه لأن الشهادة تكفيه فلا حاجة إلى محضر.

وقال بعض أصحابنا: إن كان في دين يستوفى عاجلاً لا يلزم الكتبة، وإن كان في دين مؤجل أو في ملك متأيد فهل يلزم؟ وجهان. وإن أنكر ما ادعاه عليه فسأل القاضي فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان ابن فلان المدعى بينة [١٧٢/ أ] إن كانت له فأحضر فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان فشهاداً عليه بجميع ما ادعاه عليه، وإن لم يكن بينة لا يحلف القاضي المدعى عليه إلا بسؤال المدعى، فإذا سأله إخلافه كتب: فسأل فلان ابن فلان المدعى إخلافه فحلفه القاضي فلان ابن فلان بالله الذي لا إله إلا هو فحلف، ويكون هذا المحضر حجة للمدعى عليه فيكتب له بسؤاله لثلا يدعى عليه الحق في مجلس آخر، ويلزم أنه الإشهاد عليه، وهل يلزم كتب المحضر؟ فيه وجهان. وإن نكل عن اليمين رد اليمين على المدعى وكتب: فتكل المدعى عليه عند اليمين ورد اليمين على المدعى فلان ابن فلان، فحلفه القاضي فلان ابن فلان بالله الذي لا إله إلا هو أنه يستحق عليه ما ادعاه وهو كذلك

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٠١/ ١٦).

وكذا، وذلك في يوم من شهر كذا من سنة كذا. وإن سأله أن يحكم له بذلك ويشهد على نفسه يلزمته ذلك فإنه حجة.

وإن سأله أن يكتب بالإشهاد على نفسه محضرًا هل يلزمته؟ فالحكم على ما ذكرنا إذا ثبت بالإقرار، وهذا إذا كان عنده قرطاس من بيت المال، أو أحضر المحكوم له قرطاساً، فإن لم يكن لا يلزمته أن يكتب وجهًا واحدًا.

وقال في «الحاوي»: إذا ثبت الحق بالبينة فهل يلزمته الإشهاد على نفسه صاحب الحق؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمته لأن له بالحق بينة فلم يلزم القاضي أن يجدد له بينة، ويكون في ذلك مخيراً.

الثاني: يلزمته كما في الإقرار؛ لأن الشهادة على نفسه مع البينة الموجودة تعديل بيته وثبوت حقه، وهذه ثلاثة أحكام لا تثبت إلا بإشهاده على نفسه.

وإن سأله أن يسجل له هل يلزمته ذلك؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يلزمته في المحضر.

واعلم أن المحضر حكاية الحال وما جرى بينهما من الدعوى والإقرار، [١٧٢/ب] والإنكار، والبينة، والنكول، ورد اليمين، والسجل تنفيذ ما ثبت عنده وإمضاء ما حكم به، فهذا فرق بين المحضر والسجل، فإن ذكر في المحضر تنفيذ الحكم جرى مجرى السجل في المعنى وإن خالف لفظه في الابتداء واستغنى به عند السجل، وإن ذكر له في السجل حكاية الحال جرى المحضر في المعنى وإن خالف لفظه في الابتداء واستغنى به عند المحضر، وإن كان الأولى أن لا يعدل بواحدٍ منهما عن موضوعه؛ لأن المقصود بالمحضر أن يتذكر أحكام ما جرى بين المتنازعين ليحكم به بموجب الشرع، والمقصود بالسجل أن يكون حجة لما نفذ به الحكم، وقد ذكرنا صفة المحضر.

وقال في «الحاوي»: صفة المحضر أن يكتب: حضر القاضي فلان ابن فلان وهو يومئذ قاضي عبد الله الإمام فلان على بلد في مجلس حكمه وقضائه في موضع كذا.

وقد ذكر أبو حامد أنه إن كان على إقرار لم يذكر مجلس حكمه؛ لأنه ليس في الإقرار حكم بخلاف سماع البينة، وليس لهذا الفرق بينهما وجه؛ لأن الدعوى لا يسمعها القاضي إلا في مجلس حكمه؛ لأنه يتعلق بالإقرار إلزام والإلزام حكم. ثم يذكر اسم المدعي واسم المدعى عليه وما جرى بينهما على ما ذكرنا، وفي السجل يبدأ بالشهادة كما يبدأ في المحضر بالحضور، فيكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أشهد عليه القاضي فلان ابن فلان، فإن كان خليفة القاضي كتب خليفة القاضي فلان ابن فلان، وإن كان من جهة الإمام

كتب في مدينة كذا وهو يومئذ قاضي عبد الله فلان أمير المؤمنين عليها وعلى نواديها، ويذكر ما في يده من الأعمال، وأرضه وقال: في يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا أنه قد ثبت عنده [١٧٣/أ] بإقرار أو شهادة فلان ابن فلان، وفلان ابن فلان وثبت عدالتهما عنده فسأل فلان ابن فلان أن يحكم له به فحكم له به وأنفذه وأمضاه، وأشهد على نفسه بذلك من حضره من الشهود.. وإن كان الحاكم لا يعرف من يحكم عليه به فإنه يحكم على يمينه وكتب السجل على ما ذكرنا من اسمه ونسبة وحلته، ويكون الاعتماد على حكمه.

وقال ابن جرير الطبرى: إذا لم يعرف اسمه ونسبة لا يكتب ذلك، وهكذا في المحضر لا يقول: ذكر أنه فلان ابن فلان؛ لأن ر بما يزور في ذلك وهذا غلط، لأن الاعتماد على الحلية، ولا يمكن أن يزور في الحلية ويعيرها. ثم إذا قلنا يلزمك كتب السجل له، أو قلنا لا يلزمك فكتب له ينبغي أن يكتب نسختين ويدفع إليه إحداهما تكون حجة في يده وتكون الأخرى عند القاضى، ولا يختتم النسخة التي يدفعها إليه ليقرأها ويدرسها ويعرضها على الشهود، ويختتم النسخة التي يتركها عند نفسه ويكتب على ظهرها: خصومة فلان ابن فلان ويدعها في القمطر، والقمطر في اللغة دفتر الحساب وغيره يُصيّر ويجمع في مكان واحد ويُعين ويُشد، يقال: قمطروت الحساب قمطرة إذا عينته وشدته، وتسمى العامة السقط الذى يجمع فيه المحاضر والسجلات قمطر، فإذا جمعها فيه ختمها بنفسه، أو قال لأمينه حتى يختمه وهو ينظر إليه، ولا يدعه يدخل يده فيه لثلا يطرح فيه شيئاً، فإذا ختمه أخذه منه ونظر فيه لثلا يختتم بغير ختمه، ثم يأمر حتى يحمل إلى موضعه، فإذا كان اليوم الثاني دعا بالقمطر وأبصر الختم ثم فكه بنفسه، أو أمر أمينه به، ولا يزال يفعل ذلك حتى يتم الأسبوع، فإذا كان العمل كثيراً أو قد استجمعت كتب كثيرة شدها [١٧٣/ب] وعزلها وكتب عليها: كتبت أسبوع كذا، أو خصومة أسبوع كذا في شهر كذا من سنة كذا، فإذا مضت السنة جمعها كلها في موضع واحد وشدتها وكتب عليها: كتبت سنة كذا، أو خصومة سنة كذا، تكون كتب كل سنة وكل شهر مفردة، فإذا احتاج إليه سهل طلبه والوصول إليه، فلا يذهب وقته ولا يتقادع عند الاجتهاد في الأحكام.

وقال بعض أصحابنا: إذا كان السجل في الإقرار فلا يكتب فأقر به في مجلس حكمي؛ لأن الإقرار يصح من غير مجلس الحكم، وإذا كان بالبينة يكتب: وذلك في مجلس حكمه وقضائه؛ لأن البينة لا تُسمى إلا في مجلس الحكم، ويكتب الحاكم في محضر الإقرار علامته على رأسه الحمد لله رب العالمين ونحو ذلك، ويكتب في آخر المحضر عند سماع الشهادة: شهدا عندي بذلك، وفي أعلى المحضر علامته على ما ذكرنا.

وفي محضر التحريف يكتب: وذلك في مجلس الحكم؛ لأن الاستخلاف لا يكون إلا

في مجلس الحكم، وكذلك في الحكم بالنكول ورد اليمين، وفي السجل بالحكم بالحق لا يحتاج أن يذكر محضر من المدعي عليه؛ لأن القضاء على الغائب جائز، فإذا أراد أن يذكره احتياطًا قال بعد أن حضره فأسأغ له الدعوى عليه.

وقال في «الحاوي» في هذا الفصل: إن علم أن القضاء هو الفصل لانقضاء التنازع، قال الله تعالى: **﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَا تَبْدِئُ إِلَّا إِيَّاهُ﴾** [الاسراء: ٢٣] الآية، والذي يجب على القاضي في نظره ثلاثة أمور: أحدهما: فصل التنازع بين الخصوم.

والثاني: التوثقة فيما ثبت عنده من الحقوق. والثالث: حفظ ما حصل عنده من الحجج والوثائق. فأما الأول فله حالتان: إحداهما: أن يكون الحكم فيه واضحًا فيجعل فصله في الوقت المأثور من زمان نظره، ولا يلزمه في الليل وأوقات [١٧٤/أ] الاستراحة، ولا يجوز له مع المكنته أن يؤخره، فإن أخره أثم إلا أن تحلله الخصوم، فإن اتفق الخصمان على تأخيره لم يكن له تعجيله، وإن دعا أحدهما إلى التعجيل عجل.

والثالثة: أن يكون الحكم فيه مشتبهاً فهو على ضربين: أحدهما: أن يكون الاشتباه لاختلاط الدعوى فينبغي أن يأخذها بكشف المشتبه ولا يعدل في الفصل والأمر في كشفه موقف عليهما، فإذا كشفاه فصل.

والثاني: أن يكون الاشتباه لإشكال الحكم على القاضي لاحتماله عنده، فينبغي أن يقف الحكم على اجتهاده فيه ومشاورته الفقهاء في وجه صوابه، ولا يعدل بفصله مع الاشتباه، وإذا بان اجتهاده لا يؤخره.

وأما الثاني وهو التوثقة فلا يخلو ثبوت الحق عنده من أحد ثلاثة أضرب: أحدهما: أن يثبت باقرار المدعي عليه، فإذا سأله أن يشهد على نفسه بما ثبت عنده يلزمه. والثاني: أن يثبت باليمين مع النكول فيلزمته الإشهاد أيضًا، وإن سأله المحضر فقد ذكرناه. والثالث: أن يثبت بالبيبة، فإن سأله الإشهاد فقد ذكرنا وجهين.

وأما الثالث فقد ذكرنا كيف يحفظ المحاضر والسجلات.

مسألة: قال: «وَلَا يَقْبَلَ مِنْ ذَلِكَ وَلَا مِمَّا وَجَدَ فِي دِيَوَانِهِ إِلَّا مَا حَفِظَهُ»^(١).

الفصل

جملة هذا: أنه تقدم اثنان إلى الحاكم وادعى أحدهما على الآخر حقًا فأنكر فادعى

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٠٦/١٦).

المدعي أن له حجة في ديوان القاضي، فالقاضي يخرج ذلك، فإن لم يذكره ولا شهد عنده به شهود ولكنه وجد عليه خطه وختمه لا يجوز له أن يحكم به، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد، وأحمد في رواية.

وقال ابن أبي ليلٍ وأبو يوسف: يجوز له أن يحكم به وهو رواية أخرى عند أحمد، وهذا لا يصح؛ لأن الحكم أثوى من الشهادة؛ [١٧٤/ب] لأن الشاهد يخبر والحاكم يلزم، ثم لا يجوز للشاهد أن يشهد لوجود خطه إذا لم يكن ذاكراً له فالحاكم أولى.

قالوا: إذا كان في قمطرة وتحت ختمه لا يحتمل إلا أن يكون صحيحاً، قلنا: يجوز أن يزور على خطه وختمه، والخط يشبه الخط. وذكر القفال عن أبي يوسف: أن له أن يشهد على الخط أيضاً وفيه نظر. فإن قيل: أليس قلتم إذا اوجد بخط أبيه ديناً على رجل في دفتر حسابه له أن يدعيه ويحلف عليه بما الفرق؟ قلنا: قال أصحابنا: يراعى الاحتياط في الحكم والشهادة، فلا يحكم فيها إلا بالعلم، وفي المعاملة يكفي عليه الظن، أولهذا يقبل خبر الواحد فيها وهذا ضعيف؛ لأن الحاكم يحكم بشهادة شاهديه ويمين المدعي عند الرد، وإن كان قبلنا ذلك. والأولى أن يقال: إذا أمكنه الرجوع فيما حكم به إلى ذكر نفسه؛ لأنه فعل نفسه فروعٍ فيه ذلك، وأما ما كتبه أبوه فلا يمكن الرجوع فيه إلى اليقين، فيكفي فيه غلبة الظن، وكذلك إذا وجد الإنسان بخط نفسه حقاً على الرجل فلا يطالب به ولا يحلف عليه إلا أن ينفيه.

مسألة: قال: «وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَهُ شُهُودٌ أَنَّهُ حَكَمَ بِحُكْمٍ فَلَا يُبْطَلُهُ وَلَا يُحْكَمُ إِذَا لَمْ يُذْكُرْهُ».

اعلم أنه إذا ادعى رجل على رجل حقاً عند الحاكم وادعى أنه أقر به عنده نظر، فإن كان له بينة تشهد أنه أقر له عنده حكم به عليه وإن لم يذكره؛ لأن البينة لو شهدت بإقراره مطلقاً في غير مجلس الحكم حكم بها فهنا أولى أن يحكم بها، وإن لم يكن له بينة فذكر الحاكم أنه أقر له به عنده فهل يحكم بعلمه؟ قوله على ما سند ذكره، وإن ذكر المدعي أنه حكم له بالحق عليه حاكم غيره، فإن أقام ببينة [١٧٥/أ] على ذلك ألزم المدعي الحق وأنفذ الحكم، وإن لم يكن له بينة وادعى على الحاكم والحاكم لا يعلم ذلك هل يحكم بعلمه؟ فعلى ما ذكرنا من القولين، وإن ادعى أنك أيها الحاكم حكمت لي عليه بهذا الحق نظر، فإن تذكره ألزم إياه وإن لا يكون هذا حكماً بالعلم، وإنما هو إمساء ما حكم به، وإن لم يذكره القاضي فشهد عنده شاهد أن على حكمه لم تقبل الشهادة على فعل نفسه، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف.

وقال ابن أبي ليلٍ، ومحمد، وأحمد؛ يقبل؛ لأنهما لو شهدا عنده أن غيره حكم به

يقبل، فكذلك إذا شهدا عنده بحكمه وجب أن يحكم لأنهما شهدا بحكم حاكم وهذا لا يصح؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى الاحتياط والعلم في نفسه فلا يرجع إلى الظن، كأن شاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد بذلك لم يكن له أن يشهد، ويخالف حكم غيره؛ لأنه لا يمكنه أن يرجع إلى العلم واليقين فيه، ولهذا نقول: من شك في صلاته فلم يدر أثلاً صلٰى أم أربعاً يبني على الأقل؛ لأنه اليقين، ولا يعمل على قول المأمومين. فإن قيل: أليس النبي ﷺ قبل قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهم في خبر ذي اليدين حين سلم في صلاته من ركعتين^(١)? قلنا: عمل على يقينه ولكنه تذكر عند قولهما.

إذا تقرر هذا قال الشافعي رضي الله عنه: إلا أن الحاكم إذا لم يتذكر لا يجوز له أن يبطله، ولا يجوز له أن يتحققه، ولكنه يتوقف عنه حتى لو رفع إلى حاكم آخر يمضي وجوياً. فإن علم حاكم آخر أنه أنكره فلا ينبغي له أن يقبله، وأراد به أن الحاكم إذا لم يعلم وأنكر أن يكون حكم به ثم رفع إلى غيره لا يجوز له أن يمضي؛ لأنه بالإنكار قد كذب الشاهدين اللذين يشهدان [١٧٥/ب] بحكمه.

من أصحابنا من قال: إذا شهد عند الثاني شاهدان أن الأول توقف عن الحكم لم يجز للثاني أن يحكم به؛ لأنه يمضي حكمه على حكم الأول، فهو فرع له، فإذا ثبت أن الأصل توقف فيه لم يجز للفرع أن ينفذ، كما لو شهد شهود الفرع عند الحاكم ثم قامت البينة أن شاهدي الأصل توقفا عند الشهادة لا يحكم بشهادة شهود الفرع، فاما إذا توقف نفذه الثاني، ولهذا قال الشافعي - رضي الله عنه -: الأول لا يبطله ولا يتحقق حتى يجوز له من بعده تنفيذه، وهكذا ذكر القفال رحمة الله من غير شبهة، وقيل: فيه وجهان.

قال أبو بكر الأودي: لا يحكم به الثاني؛ لأن توقفه أورث تهمة وشبهة، وهذا أيضاً غلط لما ذكرنا من النص. وقال بعض أصحابنا: وهكذا رواية الإخبار لا تجوز عندها بأن يرى سماعه في كتاب من كتب الحديث ما لم يحفظه على وجهه من يوم سمعه إلى يوم رواه. وإن كان نسي فالأأن يتذكر بالحديث على وجهه. ومعنى قولنا: «يحفظ على الوجه» أي الألفاظ التي يختلف الحكم باختلافها، فاما إذا روى له إنك رويت لنا كذا عن فلان، فإن له أن يروي ذلك، كما كان سهيل بن أبي صالح يقول: حدثني ربيعة بن أبي عبد الرحمن عني عن أبي هريرة؛ لأنه كان يروي لربيعة حديثاً ثم نسيه، فرواه له ربيعة عن نفسه.

وفي الحقيقة لا فرق بين المتأتتين لأن وزان هذا أن يقول الحاكم: قد شهد فلان

(١) أخرجه أحمد في «مستنده» (١٦٢٦٧).

عندى أني حكمت بكتنا فلا يضر أن يقبل ويكتب السجل هكذا، وإنما لا يجوز أن يسمع مثل هذه الشهادة، ثم يقول: حكمت على فلان بكتنا، أو بمضي الحكم الأول فيأخذ به الحق.

وقال بعض أصحابنا في [١٧٦/أ] الأخبار: إن غاب عنه كاتب الحديث لا يجوز له أن يروي بحفظه لاحتمال أنه زيد فيه، وإن لم يغب عنه ذلك جاز أن يرويه بخطه وإن كان لا يتذكر بخلاف الشهادة؛ لأنه يشترط في الشهادة ويشدد فيها ما لا يشترط في الرواية ولا يشدد، ألا ترى أنه يقول: حدثنا فلان عن فلان، ولو قال: حدثني فلان عن فلان أنه يشهد لم يقبل.

تمت هذه المجلدة بحمد الله ومنه، ويتلو الذي يليه كتاب القاضي إلى القاضي وبه التوفيق.

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين، وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين، وحسينا الله ونعم الوكيل.
[١٧٦/ب]

محتوى الجزء الحادي عشر من كتاب بحر المذهب

كتاب العنق

٥	باب من يعتق من مماليكه إذا حنث
٢١	لو حلف لا يأكل شحاماً فأكل لحماً
٣٥	لو حلف لا يكلم فلاناً فزجره
٥٢	مسألة: لو حلف لا يهب له هبة فتصدق عليه

كتاب النذور

٧٣	نذر المشي إلى بيت الله الحرام
----	-------------------------------

كتاب أدب القضاء

١٤٥	اتخاذ الحجاب
١٤٧	القضاء في المسجد
١٩٨	الناسخ والمنسوخ
١٩٧	الفرق بين التخصيص والنسخ
٢٠١	صفة الأداء
٢١٢	ما يجب بيانه بالسنة
٢٢٥	ما يجب بالاجتهاد
٢٣٦	الاستبطاط
٢٣٧	العلة

٢٤١	القياس
٢٤٧	قياس التحقيق
٢٦٠	مسألة: القياس قياسان
٢٦٩	ليس على القاضي أن يتعقب حكم من قبله
٢٧٩	مسألة: لا يقبل المسوأة عنه ولا تعديله إلا من اثنين
٢٨٢	مسألة: لا أقبل الجرح إلا بالمعاينة أو السمعاء
٢٨٤	الفسق يكون من ثلاثة أوجه