

**T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**YARGIMA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF'UN İMAM EBU
HANİFE'YE MUHALEFETİ (Mukayeseli Araştırma)**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
MUHAMMED YUSUF MUAZ**

**Enstitü Anabilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
Enstitü Bilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (ARAPÇA)**

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi: Sohaib Abdulraheem HAMEED

ARALIK 2021

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BEYAN BELGESİ

Tez Başlığı: YARGIMA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF’UN İMAM EBU HANİFE’YE MUHALEFETİ

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 153 Sayfalık kısmına ilişkin aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 26 /11/ 2021 Tarihinde aşağıda ismi yazılı araştırma görevlisi tarafından şahsıma iletilen Elif MAZLUM intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı %,22.’tir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç.
2. Alıntılar dâhil.
3. 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç.

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim

İmza

Adı Soyadı: MUHAMMED YUSUF MUAZ

Öğrenci Numarası:187239009

Ana Bilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ

Programı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ (ARAPÇA)

Türü: () Proje (X) Yüksek Lisans Tezi () Doktora Tezi

Taramayı Yapan Arş. Gör.

ELİF MAZLUM

26.11.2021

DANIŞMAN

Dr. Öğr. Üyesi: SOHAİB ABDULRAHEEM HAMEED

26.11.2021

ÖNSÖZ

الحمد لله الذي أعانني وتفضل عليّ بإتمام البحث في المسائل التي خالف بها القاضي أبو يوسف الإمام أبا حنيفة في باب القضاء، وأكرمني بالاستفادة من ترجمة القاضي أبي يوسف وحياته العلمية واجتهاداته الفقهية، وأشكره سبحانه أن أكرمني في اختيار باب القضاء لما له من فائدة عظيمة للباحثين والقضاة، خاصة في هذا الزمن، و كما أسأله سبحانه أن يتم نعمه عليّ بقبول عملي إنه سميع مجيب، وأثني الشكر بالصلاة والسلام على رسول الرحمة والهداية الذي أخرجنا الله به من ظلمات الجهل إلى نور التوحيد والعلم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

وأتوجه بالثناء والشكر لوالديّ الكريمين اللذين حرصا على توفير كل الجهد لأدخل مجال طلب العلم الشرعي فجزاهما الله عني كل خير، وأتقدم بالشكر والدعاء الجزيل لمشايخي وأساتذتي، وأخص منهم الشيخ الدكتور صهيب عبد الرحيم لحسن تواضعه وقبوله الإشراف على البحث وحرصه على خروجه بأفضل صورة، فجزاه الله عني كل خير، وأشكر أيضاً الدولة التركية عامةً وجامعة يالوفا خاصة لفتحها المجال للطلاب العرب لإكمال مسيرتهم العلمية فأسأل الله سبحانه أن يقيها صرحاً علمياً يخرّج العلماء العاملين، وأختتم بالشكر لزوجتي التي صبرت علي طيلة فترة انشغالي بإعداد البحث وكانت عوناً كبيراً لي، فجزاهم الله جميعاً عني كل خير، وأسأل الله سبحانه أن يجعل ثواب هذا العمل بصحيفتي وصحائفهم جميعاً.

التاريخ

01.12.2021

اسم الباحث ورقمه

MUHAMMED YUSUF MUAZ

187239009

İÇİNDEKİLER

BEYAN	i
iii	إهداء
İÇİNDEKİLER.....	v
ÖZET.....	viii
SUMMARY.....	ix
x	الملخص
1	المقدمة
1	أهمية البحث
2	أسباب الاختيار
2	دراسات سابقة
3	خطة البحث
4	منهج البحث
1 الفصل الأول: القاضي أبو يوسف	
8	1.1 المبحث الأول: الإمام أبو حنيفة والقاضي أبو يوسف
8	1.1.1 المطلب الأول: ترجمة الإمام أبو حنيفة
10	1.1.2 المطلب الثاني: ترجمة القاضي أبي يوسف
11	1.2 المبحث الثاني: الترجمة العلمية للقاضي أبي يوسف
11	1.2.1 المطلب الأول: النشأة العلمية للقاضي أبي يوسف
11	أولاً: أثر الإمام أبي حنيفة في علم القاضي أبي يوسف
13	ثانياً: شيوخ القاضي أبي يوسف وطلابه وصبره على طلابه
14	ثالثاً: أقوال العلماء في القاضي أبي يوسف
15	1.2.2 المطلب الثاني: الأثر العلمي للقاضي أبي يوسف
15	أولاً: كتاب الخراج
16	ثانياً: كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى
17	ثالثاً: كتاب الآثار
17	رابعاً: كتاب الرد على سير الأوزاعي
19	1.2.3 المطلب الثالث: اجتهاد القاضي أبي يوسف
19	أولاً: درجة القاضي أبي يوسف في الاجتهاد

21	 ثانيًا: عدُّ قول القاضي أبي يوسف من المذهب الحنفي
	2 الفصل الثاني: مسائل المخالفات في باب القضاء
25	 2.1 المبحث الأول: التعريف القضاء
25	 2.1.1 المطلب الأول: تعريف القضاء
25	 أولاً: تعريف القضاء في اللغة
25	 ثانيًا: تعريف القضاء في الاصطلاح
27	 2.1.2 المطلب الثاني: مشروعية القضاء وأهميته
27	 أولاً: مشروعية القضاء وأدلته
29	 ثانيًا: أهمية القضاء
31	 2.1.3 المطلب الثالث: الحكم التكليفي للقضاء
34	 2.1.4 المطلب الرابع: حكم طلب القضاء وتوليته اختيارًا
34	 أولاً: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف
34	 ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
35	 ثالثًا: الأدلة
36	 رابعًا: المناقشة والترجيح
37	 خامسًا، فائدة: رأي الجمهور
39	 2.2 المبحث الثاني: أحوال القضاء
39	 2.2.1 المطلب الأول: قضاء القاضي بخلاف مذهبه
39	 أولاً: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف فيها
40	 ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
40	 ثالثًا: الأدلة
42	 رابعًا: المناقشة والترجيح
43	 خامسًا، فائدة، رأي الجمهور
44	 سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
45	 2.2.2 المطلب الثاني: قضاء القاضي بالبيئة الكاذبة
45	 أولاً: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف فيها
46	 ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
47	 ثالثًا: الأدلة

50	رابعًا: المناقشة والترجيح
53	خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
54	سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
56	2.2.3 المطلب الثالث: قضاء القاضي بعلمه
56	أولًا: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف فيها
57	ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
58	ثالثًا: الأدلة
61	رابعًا: المناقشة والترجيح
62	خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
64	سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
66	2.2.4 المطلب الرابع: القضاء بما في ديوان القاضي
66	أولًا: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف فيها
67	ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
67	ثالثًا: الأدلة
68	رابعًا: المناقشة والترجيح
70	خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
71	سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
72	2.2.5 المطلب الخامس: بيع القاضي مال المحبوس بالدين
72	أولًا: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف فيها
72	ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
73	ثالثًا: الأدلة
76	رابعًا: المناقشة والترجيح
78	خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
78	سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
80	2.2.6 المطلب السادس: القضاء على الغائب أو له
80	أولًا: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف فيها
80	ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
81	ثالثًا: الأدلة

83	رابعًا: المناقشة والترجيح
84	خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
85	سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
87	2.3 المبحث الثالث: كتاب القاضي إلى القاضي
87	2.3.1 المطلب الأول: تعريف كتاب القاضي ومشروعيته
87	أولًا: تعريف كتاب القاضي
89	ثانيًا: حكم كتاب القاضي إلى القاضي ومشروعيته
91	ثالثًا: أهمية كتاب القاضي إلى القاضي
92	2.3.2 المطلب الثاني: توثيق كتاب القاضي إلى القاضي
92	أولًا: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف فيها
94	ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
95	ثالثًا: الأدلة
96	رابعًا: المناقشة والترجيح
97	خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
99	سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
100	سابعًا: فرع عن المسألة تسليم الكتاب
102	2.3.3 المطلب الثالث: أركان كتاب القاضي إلى القاضي
102	أولًا: معنى الأركان وبيان أركان كتاب القاضي
103	ثانيًا: عنوان الكتاب ومكان كتابته
106	ثالثًا: الكتابة إلى مجهول
110	2.3.4 المطلب الرابع: تعريف الأركان في الكتاب
110	أولًا: تعريف الأشخاص
112	ثانيًا: تعريف الحق المدعى
115	2.3.5 المطلب الخامس: المسافة بين القاضيين
115	أولًا: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف فيها
115	ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
116	ثالثًا: الأدلة
116	رابعًا: المناقشة والترجيح

117	 خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
117	 سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
118	 2.3.6 المطلب السادس: تغير حال القاضيين
118	 أولاً: عرض المسألة وتحجير محل الخلاف فيها
118	 ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
119	 ثالثًا: الأدلة
120	 رابعًا: المناقشة والترجيح
121	 خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
122	 سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
123	 2.4 المبحث الرابع: مسائل متفرقة
123	 2.4.1 المطلب الأول: تلقين القاضي الشهود
123	 أولاً: عرض المسألة وتحجير محل الخلاف فيها
123	 ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
124	 ثالثًا: الأدلة
125	 رابعًا: المناقشة والترجيح
125	 خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
126	 سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
127	 2.4.2 المطلب الثاني: القضاء في التصرف في العلو والسفل
127	 أولاً: عرض المسألة وتحجير محل الخلاف فيها
128	 ثانيًا: أقوال أئمة المذهب
128	 ثالثًا: الأدلة
130	 رابعًا: المناقشة والترجيح
130	 خامسًا: فائدة، رأي الجمهور
131	 سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف
133	 الخاتمة
135	 فهرس المصادر
147	 السيرة الذاتية

Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı: YARGIMA KONUSUNDA KADI EBU YUSUF'UN İMAM EBU HANİFE'YE MUHALEFETİ

Tezin Yazarı: Muhammed Yusuf MUAZ **Danışman:** Dr. Öğr. Üyesi: Sohaib Abdulraheem HAMEED

Kabul Tarihi: 24.12.2021 **Sayfa Sayısı:** x(ön kısım)+ 134(tez)+ 13(ekler)

Bilim Dalı: Temel islam bilimleri **Anabilim Dalı:** Temel islam bilimleri (ARAPÇA)

Bu tezimde, Hanefi mezhebi ile ilgili önemli konuları ele aldım. İmam Ebu Hanife ve Kadı Ebu Yusuf'un tercümesine bir giriş sunarak başladım ve Kadı Ebu Yusuf'un mezhep ve fıkıhçı tabakalarındaki ilmi yeri ve derecesini beyan ederek bitirmek için ilmi hayatından ayrıntılı bir şekilde bahsettim. Ebu Yusuf'un kadıların kadısı olması ve hüküm vermede büyük yeri olması nedeniyle imamıyla hüküm konusundaki ihtilafları büyük iz bıraktı; işte beni bu bölümü seçmeye sevk eden de buydu ki, İmam Ebu Hanife'nin ihtilafa düştüğü meseleler tezime konu olsun. Böylece her meselenin kaynağını gösterip ihtilaf konusunu belirttim ve sonrasında o mesele hakkında mezhebin en tercih edilen görüşünün açıklamasıyla diğer mezhep imamlarının görüşlerini ele aldım. Daha sonra bu dönemin insanların durumları için uygun ve tercih edilen görüşün açıklamasının ve -bunları ilişkilendirmek mümkünse- yargı hükümleri mecmuasının esas maddeleriyle görüş ve delilleri ilişkilendirerek bitirmek için görüşlerin ve anlaşmazlıkların delillerini sundum. Ardından sunulan mesele hakkında 3 mezhepteki ağır basan görüşleri mezhep imamlarının dayandığı delil hakkında ihtilafa düşüldüyse delilleriyle birlikte zikrederek açıkladım. Her konuyu esas olarak ihtilafın etkisini açıklığa kavuşturup tatbik ederek sonlandırdım.

Anahtar Kelimeler: Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Hüküm, Kadı, Kadı'nın kitabı

Yalova University Insitute of Social Sciences Master Thesis Summary

Thesis Title: THE DISAGREEMENTS OF JUDGE ABI YUSUF WITH IMAM ABI HANIFA IN THE JUDICIARY

Thesis Author: Muhammed Yusuf MUAZ **Advisor: Dr:** Soharb Abdulraheem HAMEED

Date of Acceptance: 24.12.2021 **Total Number of Pages:** x (pre text)+134 (main body)+ 13 (appendices)

Department: Temel islam bilimleri **Field of Study:** Temel islam bilimleri (ARAPÇA)

In this letter, I discussed important topics in (Hanafi doctrine), I began by presenting an introduction to the biography of Imam Abu Hanifa and Judge Abi Yusuf in detail to end with a statement of his degree and scientific position between the jurists.

And because Abu Yusuf was the Chief Justice and had a long standing in the judiciary, his disagreement with his imam in the judiciary had a great impact; this is what prompted me to choose this subject , the issues that Abu Yusuf disagreed with Imam Abu Hanifa in it to be the subject of the letter, so I explained the origin of each issue and the subject of disagreement, then I mentioned the sayings of the imams of the doctrine in it with an explanation of the most correct saying in the doctrine. Then I presented and discussed the evidence of the sayings to end up linking the sayings and evidence with the basic topics of (Al-ahkam Al-adlie) the Judicial rulings magazine -if possible- and showing the chosen and appropriate saying for this time and the conditions of the people in it.

After that, I explained the preponderant sayings of the three doctrines about the presented issue. with mentioning their evidence if it differs from the evidence of the imams of the doctrine, I concluded each issue with applications that show the impact of the disagreement in reality.

Keywords: Abu Hanifa, Abu Yusuf, Judiciary, judge, judge's book

جامعة يالوفا معهد العلوم الإسلامية ملخص رسالة الماجستير

عنوان البحث: مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب القضاء	
الباحث: محمد يوسف معاز	المشرف: د. صهيب عبد الرحيم حميد
تاريخ القبول: 24.12.2021	عدد الصفحات: (x القسم الأول) + 134 الرسالة + 13
الفرع الرئيسي: العلوم الإسلامية الأساسية	الفصل: البحوث الإسلامية (العربية)
يبحث في هذه الرسالة موضوعات مهمة في المذهب الحنفي، فبدأت بعرض مقدمة في ترجمة الإمام أبي حنيفة والقاضي أبي يوسف وذكرت الحياة العلمية للقاضي أبي يوسف بشكل مفصل لأنتهى إلى بيان درجته ومكانته العلمية في طبقات الفقهاء والمذهب، ولأن أبا يوسف كان قاضي القضاة وله شأن طويل في القضاء كانت لمخالفاته مع إمامه في باب القضاء أثر عظيم؛ وهذا ما دعاني لأختار هذا الباب لتكون المسائل التي خالف بها الإمام أبا حنيفة فيه هي موضوع الرسالة، فبينت أصل كل مسألة وحررت محل الخلاف ثم ذكرت أقوال أئمة المذهب فيها مع بيان القول الراجح منها في المذهب، ثم عرضت أدلة الأقوال ومناقشتها لأنتهى إلى ربط الأقوال والأدلة مع المواد الأساسية لمجلة الأحكام العدلية - إن أمكن الربط بينها - وبيان القول المختار والمناسب لهذا الزمن وأحوال الناس فيه، وبعد ذلك وإتمام الفائدة بينت الأقوال الراجحة في المذاهب الثلاثة في المسألة المعروضة، مع ذكر أدلتهم إن اختلفت عن الأدلة التي استند إليها أئمة المذهب، وختمت كل مسألة بتطبيقات تبين أثر الخلاف في الواقع.	
كلمات مفتاحية: أبو حنيفة، أبو يوسف، القضاء، القاضي، كتاب القاضي	

الجمهورية التركية
جامعة يالوفا
معهد الدراسات العليا

مخالفات القاضي أبي يوسف للإمام أبي حنيفة في باب القضاء
دراسة مقارنة .

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي

الباحث: محمد يوسف معاذ

القسم في المعهد: العلوم الإسلامية الأساسية

المشرف: الدكتور صهيبي عبد الرحيم حميد

كانون الأول 2021

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله مالك يوم الدين، واضع الميزان القويم، باعث الأنبياء والمرسلين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيد ولد آدم أجمعين، والحاكم بالحق والكتاب المبين، وارض اللهم عن صحابته الأكرمين حملة لواء شريعتك الأمانة الصادقين، وعن العلماء الربانيين ورثة الأنبياء والمرسلين المبينين للناس شريعتك الحققة وأحكام كتابك المبين وسنة نبيك خاتم المرسلين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد:

فقد استخلف الله الإنسان في أرضه وأمره ببنائها وعمارها بأحكام شريعته واتباع أوامره واجتناب نواهيه، ولما كان الإنسان من طبعه النسيان؛ أرسل الله إليه الأنبياء والمرسلين يذكرونه بأحكام الله ويبينون شريعته ويأمرونه بحكم الله ويحذرونه وبال مخالفة أمره، فكان الأنبياء يأتون بأحكام الله ويتولون مهمة القضاء بين المتخالفين بحكم الله حال وجودهم، ويتولاها من بعدهم الحكام الصادقون، والقضاة العادلون.

وبعد انتهاء عصر النبوة تولى مهمة بيان شرع الله العلماء الصادقون وبيان حكم الله والأمر به القضاة العادلون؛ ولذا كانت مهمة القضاء من المهمات الحساسة والخطيرة التي تحتاج من صاحبها أن يكون على دراية بأحكام الله ومقاصد شريعته، ومن هذا المنطلق كان الخلفاء يحرصون على تولية هذا المنصب للعلماء المجتهدين الصادقين، فقبله بعضهم ونفر منه البعض الآخر.

أهمية البحث: برز في العلوم الشرعية وخاصة في الفقه علماء كبار وفقهاء عظام كالأئمة الأربعة أبي حنيفة النعمان ومالك بن أنس ومحمد بن إدريس الشافعي وأحمد بن حنبل رحمهم الله تعالى، وكذلك تلامذة الإمام أبي حنيفة أبو يوسف القاضي ومحمد بن الحسن الشيباني وزفر بن هذيل رحمهم الله تعالى وغيرهم كثير.

ويُعَدُّ الإمام أبو يوسف القاضي من العلماء الكبار المجتهدين في الفقه وفي الحديث الشريف، وله جهود كبيرة فيهما، كما له آراء فقهية خاصة به خالف بها إمامه أبا حنيفة، ولما كانت هذه الآراء غالبًا ما تذكر مع أقوال المذهب في المسائل المتنوعة ولم تفرد في كتاب خاص بها؛ لذا كان هذا البحث لإظهار فقه الإمام أبي يوسف رحمه الله في باب من أهم أبواب الفقه وهو باب القضاء.

وتتجلى أهمية هذا البحث في الآتي:

- 1- بيان درجة القاضي أبي يوسف العلمية وأقوال العلماء فيه.
- 2- إظهار الفقه الخاص بأبي يوسف في باب مهم من أبواب الفقه.
- 3- بيان أسباب مخالفة القاضي أبي يوسف لإمامه أبي حنيفة رحمهما الله.
- 4- بيان درجة أقوال القاضي أبي يوسف في المذهب الحنفي ونظرة محققي المذهب لها.

أسباب الاختيار: وأسباب اختيار هذا البحث تتجلى في الأمور الآتية:

- أهمية فقه أبي يوسف وعدم نبيله الاهتمام الكافي بإظهاره وجمعه وبيانه.

- تسهيل الرجوع لأقوال أبي يوسف في باب القضاء وجمعها في مكان واحد.

- إظهار أدلة القاضي أبي يوسف وبيان سبب ترجيح أقواله في مسائل القضاء.

دراسات سابقة: لم يُفرد الفقهاء السابقون اجتهادات القاضي أبي يوسف في كتب ومؤلفات خاصة، وإنما كانت غالبية كتب الفقه تذكر رأيه عند عرض المسائل وبيان رأي المذهب الحنفي فيها على سبيل العرض والإيجاز، بينما نالت اجتهاداته دراسات معاصرة بينتها بشيء من التفصيل والدراسة والتحليل ولعل أقرب الدراسات إلى بحثي هذا: -اختيارات القاضي أبو يوسف في باب القضاء جمعًا ودراسةً، للباحث سمير رحيم، والبحث رسالة ماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، مقدمة في كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة المنورة، عام 2016م.

وقد ترجم الباحث للقاضي أبي يوسف ترجمة أسهب فيها في تناول حياته الشخصية فقط، دون ذكر الواقع العلمي والحياة العلمية له، كما جمع اختيارات القاضي أبي يوسف في القضاء التي وافق بها الإمام أبا حنيفة والتي خالفه بها مع تمييزه للأقوال التي خالف بها القاضي أبو يوسف شيخه أبا حنيفة، وضم إلى باب القضاء أبواب الدعاوى والبيانات، وقد عرض المسائل بشكل مختصر مبتدأً بقول أبي يوسف مباشرة ثم عرض أقوال الحنفية والجمهور، رابطاً الأقوال بالأدلة أحياناً وتاركاً لها في بعض الأحيان.

وقد حاولت في هذا البحث تدارك ما فات الباحث من عرض لحياة القاضي أبي يوسف العلمية وتأثير الإمام أبي حنيفة بعلومه، كما خصصت المسائل التي خالف بها الإمام أبا حنيفة بالعرض وفصلت القول فيها من ناحية عرض المسألة وتحرير محل الخلاف وبيان الأدلة ومناقشتها قدر الإمكان، مع بيان آراء المذاهب الثلاثة في كل المسائل المعروضة.

-مخالفات أبي يوسف للإمام أبي حنيفة النعمان من خلال كتاب متن القدوري، للباحث سعد محمود عبد الجبار عبد الجليل، والبحث أطروحة دكتوراه تقدم بها الباحث إلى مجلس كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية في بغداد عام 2009م.

وقد بدأ الباحث بعرض ترجمة للأئمة أبي حنيفة وأبي يوسف ثم عقبها بترجمة للإمام القدوري، ثم عرض المسائل التي خالف بها القاضي أبو يوسف الإمام أبا حنيفة حسب تبويب الإمام القدوري لمتنه، وقد ذكر الباحث أن منهجه في عرض المسائل أنه يعرض المسألة ويذكر رأي الإمام أبي حنيفة ويوثقه من كتاب القدوري ثم يذكر من وافقه من الفقهاء ثم يعرض أدلة الإمام أبي حنيفة من كتب الحنفية وكتب الخلاف، فإن لم يجد أي دليل ذكر ما يعتقد أن الإمام استدل به ثم يناقش الأدلة، وبعد ذلك يذكر رأي الإمام أبي يوسف بذات الترتيب، وأحياناً يذكر رأياً ثالثاً مع أدلته، وفي الختام يرجع بين الأقوال مع ذكر سبب الترجيح.

ومع أن الباحث ذكر المخالفات في كافة أبواب الفقه؛ إلا أن تقيده في متن القدوري رحمه الله جعله يغفل مسائل عديدة لم يذكرها؛ ولذا حاولت ذكر مسائل باب القضاء بشكل عام من جميع كتب المذهب الحنفي، وأعتقد أن

تخصيص البحث في باب معين وجمع مسأله من جميع كتب المذهب أولى في البحث وأكثر فائدة من الاختصاص في كتاب واحد.

-المسائل التي خالف فيها الإمام أبو يوسف الإمام أبا حنيفة في الأقضية والبيانات، للباحث نصر الخور خليل كوكو، وهو بحث مُعد لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية عام 2008م.

البحث جاء في ستة فصول جعل الأول والثاني منهما تمهيداً في التعريف في علم الخلاف ومشروعيته وأسبابه في المذهب الواحد، وترجمة للإمامين أبي حنيفة وأبي يوسف، والفصول الأربعة الباقية تحدث فيها عن الأقضية والبيانات واليمين والإقرار.

الباحث اعتمد في بحثه على ذكر الأمور العامة في المواضيع التي بحثها وباختصار، وإن مرت مسألة فيها خلاف بين الإمامين أبي يوسف وأبي حنيفة ذكر الأقوال ووجهة كل قول وباختصار شديد كاد أن يكون مُحِلًّا بالبحث، ودون أن يناقش الأقوال أو يرجح بينها.

وقد بذلت الجهد في هذا البحث في التركيز على المسائل محل الخلاف متداركاً النقص الحاصل في بحث الباحث نصر، وتوسعت في كل مسألة لنحصل على نظرة متكاملة للمسألة وبيان للأقوال والأدلة والترجيح بينها.

خطة البحث: في هذا البحث أمران أساسيان: أولهما ترجمة لحياة الإمام أبي يوسف رحمه الله تعالى العلمية، ومكانته في الفقه الحنفي، وثانيهما معرفة المسائل التي خالف بها قول الإمام أبي حنيفة في باب القضاء وبيان

أدلتهما، وقد جاء هذان الأمران من خلال مقدمة وفصلين وخاتمة:

المقدمة: فيها أهمية البحث وسبب اختياره والدراسات السابقة وخطة البحث ومنهج البحث.

الفصل الأول: القاضي أبو يوسف: تضمن هذا الفصل مبحثين

المبحث الأول: الإمام أبو حنيفة والقاضي أبو يوسف.

المطلب الأول: ترجمة الإمام أبو حنيفة.

المطلب الثاني: ترجمة القاضي أبي يوسف.

المبحث الثاني: الترجمة العلمية للقاضي أبي يوسف.

المطلب الأول: النشأة العلمية للقاضي أبي يوسف.

المطلب الثاني: الأثر العلمي للقاضي أبي يوسف.

المطلب الثالث: درجة اجتهاد القاضي أبي يوسف.

الفصل الثاني: مسائل المخالفات في باب القضاء: وتضمن هذا الفصل تمهيداً وثلاثة مباحث وفي كل مبحث عدة

مطالب:

المبحث الأول: التعريف بالقضاء

المطلب الأول: تعريف القضاء.

المطلب الثاني: مشروعية القضاء وأهميته.

المطلب الثالث: حكم القضاء وتوليده.

المبحث الثاني: أحوال القضاء.

المطلب الأول: قضاء القاضي بخلاف مذهبه.

المطلب الثاني: قضاء القاضي بالبيئة الكاذبة.

المطلب الثالث: قضاء القاضي بعلمه.

المطلب الرابع: القضاء بما في ديوان القاضي.

المطلب الخامس: بيع القاضي مال المحبوس بالدين.

المطلب السادس: القضاء على الغائب أو له.

المبحث الثالث: كتاب القاضي إلى القاضي.

المطلب الأول: تعريف كتاب القاضي ومشروعيته.

المطلب الثاني: توثيق الكتاب.

المطلب الثالث: أركان الكتاب.

المطلب الرابع: المسافة بين القاضيين.

المطلب الخامس: تغير حال القاضيين.

المبحث الرابع: مسائل متفرقة.

المطلب الأول: تلقين القاضي الشهود.

المطلب الثاني: القضاء في العلو والسفل.

الخاتمة: وتتضمن النتائج والتوصيات

منهج البحث: المنهج المعتمد في البحث هو المنهج الاستقصائي التحليلي المقارن، حيث اقتصر في جمع المسائل التي خالف بها القاضي أبو يوسف الإمام أبا حنيفة في باب أدب القاضي من متون المذهب الحنفي، ثم عرضتها مع أدلتها ومناقشتها، وقد جاء ترتيب اختيار وعرض المسائل وفق الآتي:

- 1- اعتمدت المسائل التي ذكرتها متون المذهب الحنفي وبينت الخلاف فيها بين الإمام أبي حنيفة والقاضي أبي يوسف في باب أدب القاضي فقط، ولم أذكر أي مسألة من أبواب الدعوى أو البينات خشية الإطالة.
- 2- تصوير المسألة محل البحث، وعرضها عرضاً تدريجياً للوصول منه لتحرير محل الخلاف، وذلك تحت عنوان "عرض المسألة وتحرير محل الخلاف".

- 3- بيان أقوال أئمة المذهب الحنفي في المسألة، والابتداء بقول القاضي أبي يوسف؛ إذ هو مناط البحث، ثم قول الإمام أبي حنيفة ومحمد، ثم باقي أئمة المذهب إن ورد لهم قول في المسألة المعروضة، ثم بيان القول الراجح في المذهب والمعتمد للفتوى، وجميع ذلك تحت عنوان، " أقوال أئمة المذهب".
- 4- بيان أدلة الأقوال الواردة في عرض المسألة، وترتيب الأدلة يكون مبتدأً بالدليل القرآني، ثم الحديث الشريف، ثم الأدلة الأخرى من آثار وقياس واستحسان. وهذا البيان عنوانه " الأدلة".
- 5- عرض مناقشة الأدلة، والإجابة عنها حيث وجد، ثم ربط الأقوال بمواد مجلة الأحكام العدلية، وإسقاط الحكم على الواقع، ثم بيان القول الراجح والصالح للعمل به في هذا العصر، وجميع هذا عنوانه "المناقشة والترجيح".
- 6- وإتماماً للفائدة بيان الأقوال المعتمدة في المذاهب الثلاثة -المالكي، والشافعي، والحنبلي- لبيان الحكم لديهم في المسألة محل البحث، ومعرفة من وافق منهم قوله قول القاضي أبي يوسف، ومن خالف قوله قول القاضي ووافق قول الإمام أبي حنيفة، ومن ذهب مذهباً ثالثاً، مع ذكر أدلتهم في حال اختلفت عن أدلة أئمة المذهب الحنفي، والتنبيه حال اتفاق الأدلة دون ذكرها ثانية، وذلك تحت عنوان "فائدة: رأي الجمهور".
- 7- ذكر تطبيقات للمسألة محل البحث، وبيان الحكم فيها حسب أقوال أئمة المذهب الحنفي فقط، دون ذكر أقوال الجمهور فيها، وذلك بعنوان "أمثلة لتطبيقات الخلاف".
- 8- إن وجدت في تطبيقات الخلاف مسائل ذكرها الفقهاء ذكرتها وعزوت لمصادرها وإلا اجتهدت في افتراض مسائل أستنتجها من الخلاف وأذكرها مع حكمها كما سبق في عرض الأقوال ودون عزو لأي مصدر.
- 9- قد ترد أحياناً مسألة بسيطة، وتكون متعلقةً بالمسألة محل البحث، وفيها اختلاف بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة، فتعرضُ وأحكامها بذات المنهج المتبع في المسألة الأساسية، ودون ذكر عناوين لمراحل العرض، وعرضها يكون تحت عنوان "فرع.. وعنوان المسألة".
- 10- عزو الآيات الكريمة بذكر اسم السورة ورقم الآية في الحاشية.
- 11- تخريج الأحاديث الشريفة: الاكتفاء بتخريج الحديث من الصحيحين حال وروده بهما أو بأحدهما، وإلا تخرجه من كتب الحديث والحكم عليه من كتب الحكم على الحديث.
- 12- الاعتماد على الترتيم عند ذكر العناوين، وجاء ترتيب الأرقام وفق الآتي: 1.2.3 (1) الفصل. 2المبحث. 3 (المطلب).
- 13- بيان معاني الكلمات الغريبة من مظاهرها.
- 14 - ذكر تاريخ وفاة الأعلام الواردة أسماؤهم في متن البحث حال ورودها أول مرة والترجمة لبعض الأعلام الواجب ترجمتهم للبحث.
- 15- استعمال الأقواس ﴿ 》 للآيات، « » للحديث، " " للاقتباسات دون 40 حرفاً، () للاقتباسات فوق 40 حرفاً.

الفصل الأول: الإمام أبو حنيفة والقاضي أبو يوسف

في هذا الفصل ترجمة بسيطة للإمام أبي حنيفة، ثم ترجمة للقاضي أبي يوسف مع بيان نشأته العلمية ودرجته في الاجتهاد والفقہ الحنفي وأثره العلمي، وذلك وفق المباحث الآتية:

المبحث الأول: الإمام أبو حنيفة والقاضي أبو يوسف

المطلب الأول: الإمام أبو حنيفة النعمان.

المطلب الثاني: القاضي أبو يوسف.

المبحث الثاني: الترجمة العلمية للقاضي أبي يوسف في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: النشأة العلمية للقاضي أبي يوسف.

أولاً: أثر الإمام أبي حنيفة في علم القاضي أبي يوسف.

ثانياً: شيوخ القاضي أبي يوسف وطلابه وصبره على طلابه.

ثالثاً: أقوال العلماء في القاضي أبي يوسف.

المطلب الثاني: الأثر العلمي للقاضي أبي يوسف: وفيه دراسة لكتب القاضي أبي يوسف:

أولاً: كتاب الخراج.

ثانياً: كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

ثالثاً: كتاب الآثار.

رابعاً: كتاب الرد على سير الأوزاعي.

المطلب الثالث: اجتهاد القاضي أبي يوسف:

أولاً: درجة القاضي أبي يوسف في الاجتهاد.

ثانياً: عدُّ قول القاضي أبي يوسف من المذهب الحنفي.

1.1 المبحث الأول: الإمام أبو حنيفة والقاضي أبي يوسف:

1.1.1 المطلب الأول: الإمام أبو حنيفة

يُنسب المذهب الحنفي إلى الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان رحمه الله، ولا يخلو كتاب من كتب التراجم من ذكر ترجمة حافلة وغنية بالمعلومات عن تاريخ هذا الإمام العظيم⁽¹⁾.

ولأن البحث هنا عن الإمام أبي يوسف ومخالفاته لشيوخه الإمام أبي حنيفة كان لابد من تصدير الكتاب ببيان شيء عن تاريخ الإمام رحمه الله، وهنا ذكر مختصر لتاريخ الإمام الأعظم:

- هو الإمام أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي، ولد سنة ثمانين للهجرة بالكوفة على الصحيح⁽²⁾، وتوفي سنة خمسين ومئة للهجرة في بغداد⁽³⁾.

- نشأ رحمه الله بالكوفة، وعاش أكثر حياته فيها، وكان أول نشأته تاجرًا للخزّ ثم انصرف إلى التعلم والعلم بعد نصيحة الشعبي (ت103هـ) له، فطلب علم الكلام والجدل في أصول العقائد في بداية طلبه للعلم حتى بلغ فيه مرتبة عظيمة فصارت له طريقة خاصة في فهم أصول الدين ثم التفت إلى الفقه، فاشتغل فيه حتى أصبح أعلم أهل زمانه⁽⁴⁾.

ومما يُروى فيه بيان علمه أنه دخل مرة على المنصور (ت158هـ) وكان عنده عيسى بن موسى (ت168هـ)⁽⁵⁾، فقال للمنصور: هذا عالم الدنيا اليوم⁽⁶⁾.

(1) من ذلك كتب التراجم وطبقات الفقهاء عامة، وطبقات فقهاء الحنفية خاصة، وأيضاً أُفردت بعض الكتب في مناقبه منها: أخبار أبي حنيفة وأصحابه لأبي عبد الله الصميري (ت436هـ)، مناقب أبي حنيفة للموفق المكي (ت568هـ)، مناقب أبي حنيفة وصاحبيه للذهبي (ت748هـ)، أبو حنيفة وأصحابه لأحمد الكيراني، ومن الكتب المتأخرة المفردة لبيان مناقبه أبو حنيفة حياته وعصره - آراؤه وفقهه لمحمد أبو زهرة، وغير ذلك من الكتب.

(2) قيل إنه ولد سنة إحدى وستين، وقيل ثلاث وستين. ينظر: القرشي، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، أبو محمد، محيي الدين الحنفي، الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه - كراتشي د.ط/ د. (53/1)؛ محمد أبو زهرة، أبو حنيفة حياته، عصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، ط2 د.ت (ص14).

(3) ينظر: أبو المؤيد الموفق بن أحمد المكي، مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه (ومعه مناقب الإمام الأعظم للكردي)، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، الهند، ط1/1321هـ (5/1)؛ ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم البرمكي، وفيات الأعيان، دار صادر، بيروت - لبنان، ط1/1994م (405/5)؛ القرشي، الجواهر المضوية (53/1-54)؛ أبو زهرة، أبو حنيفة (ص14-15).

(4) حبيب أحمد الكيراني، أبو حنيفة وأصحابه، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ط1/1989م (ص15)؛ أبو زهرة، أبو حنيفة (ص23)؛ أحمد بن نصير، المذهب الحنفي (ص48).

(5) هو عيسى بن موسى بن محمد بن علي، ولي عهد السفاح بعد أخيه المنصور (ت168هـ) * ينظر: أبو الفلاح، عبد الحي بن أحمد العكري، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار ابن كثير دمشق. سوريا بيروت. لبنان ط1/1406هـ/1989م، تحقيق: محمود الأرناؤوط (304/2).

(6) الكيراني، أبو حنيفة وأصحابه، (ص15)

وقال الحافظ المزني (ت742هـ) ذكر مكّي بن إبراهيم (ت214هـ) أبا حنيفة فقال "كان أعلم أهل زمانه"⁽¹⁾.
وروي عن محمد بن بشر (ت203هـ) قال: "كنت أختلف إلى أبي حنيفة وإلى سفيان الثوري، فأتي سفيان الثوري فيقول من أين جئت فأقول: من عند أبي حنيفة، فيقول لقد جئت من عند أفقه أهل الأرض"⁽²⁾.
قال ابن عبد البر (ت463هـ): "الذين رووا عن أبي حنيفة ووثقوه وأثنوا عليه أكثر من الذين تكلموا فيه، والذين تكلموا فيه من أهل الحديث أكثر ما عابوا عليه الإغراق في الرأي والقياس"⁽³⁾.
-وقد أخذ العلم عن عدد من التابعين كعطاء بن أبي رباح (ت114هـ)، ونافع مولى ابن عمر (ت117هـ)، ومن أخذ عنهم أيضًا حماد بن أبي سليمان (ت120هـ) الذي تلقى عنه الإمام أبو حنيفة أكثر علمه وعليه تخرج في الفقه إذ لازمه حتى وفاته لمدة ثمانية عشرة عامًا، وإبراهيم النخعي، والشعبي، وعمرو بن دينار (ت126هـ) وهشام بن عروة (ت146هـ)، وقد أوصل بعضهم شيوخه لأربعة آلاف شيخ⁽⁴⁾.
- أما تلاميذ الإمام أبي حنيفة فهم أكثر؛ إذ أخذ عنه علماء أجلاء كثر كالقاضي أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني (ت189هـ) وزفر بن الهذيل (ت158هـ) والحسن بن زياد (ت204هـ) ولهم يُنسب الفضل في نشر مذهب الإمام أبي حنيفة؛ إذ دونوا فقهه ونشروا مذهبه في البلاد.

⁽¹⁾ ينظر: ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد، **تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ**، دار المعارف النظامية، الهند ط1 1326هـ، (451/10).

⁽²⁾ ينظر: ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، **جامع بيان العلم وفضله**، دار ابن الجوزي، الدمام ط1 1414هـ/1994م (1082/2).

⁽³⁾ ينظر: القرشي، **الجواهر المضية** (ص57).

⁽⁴⁾ ينظر: القرشي، **الجواهر المضية** (ص55)، السيوطي، جلال الدين بن أبي بكر السيوطي، **تبيين الصحيفة بمناب أبي حنيفة**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط1 1410هـ/1990م تحقيق: محمود محمد نصار (ص39) ومابعداها؛ أبو زهرة، **أبو حنيفة حياته وعصره** (ص77).

1.1.2 المطلب الثاني: القاضي أبو يوسف.

هو الإمام الحافظ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبته، يصل نسبه إلى العوذ بن بجيلة الأنصاري البجلي، وسعد والد إبراهيم صحابي عرض على النبي ﷺ يوم أحد مع رافع بن خديج وابن عمر فاستصغره، ثم شهد غزوة الخندق وما بعدها⁽¹⁾.

أورد ابن عبد البر: (أن النبي ﷺ نظر إلى سعد بن حبته يوم الخندق يقاتل قتالاً شديداً، وهو حديث السن، فدعاه فقال له: من أنت يا فتى؟ قال سعد ابن حبته. فقال له النبي ﷺ: أسعد الله جدك، اقترب مني، فاقترب منه، فمسح على رأسه) وكان القاضي أبو يوسف يقول: أجد بركة هذه المسحة فينا.⁽²⁾ وحبته أمه هي حبته بنت مالك من بني عمرو بن عوف⁽³⁾.

ولد أبو يوسف سنة ثلاث عشرة ومئة⁽⁴⁾ كما روى الطحاوي وعليه جرى الأكترون⁽⁵⁾.

توفي رحمه الله في مدينة بغداد يوم الخميس في الخامس من ربيع الأول وقيل من ربيع الآخر سنة اثنتين وثمانين ومئة⁽⁶⁾.

(1) ينظر: ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجليل، بيروت. لبنان ط1 1412هـ/1992م، تحقيق: علي محمد البجاوي (584/2)؛ ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري، البداية والنهاية، دار الفكر، دمشق. سوريا د. ط 1407 هـ - 1986 م (180/10)؛ محمد زاهد الكوثري، حسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي، دار الأنوار، مصر، 1368هـ/1948م (ص5).

(2) ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب (584/2)؛ الكوثري، حسن التقاضي (5-6).

(3) ينظر: ابن عبد البر، الاستيعاب (584/2)؛ القرشي، الجواهر المضنية (220/2).

(4) يُفهم من كلام السمناني في روضة القضاة أن ميلاد أبي يوسف كان سنة ثلاث وتسعين؛ إذ قال: (إن أبي يوسف توفي وله تسع وثمانون سنة، ومعلوم أن وفاته كانت سنة 182 فيكون مولده سنة ثلاث وتسعين) وللشيخ الكوثري تحقيق في هذا الاختلاف بين الروايتين يُنظر في كتابه حسن التقاضي (ص7-8).

(5) ينظر: الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، دار الرائد العربي، بيروت. لبنان، تهذيب: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس ط1 1970 م (141/1)؛ الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، ط3 1405هـ / 1985م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومجموعة (536/8).

(6) ينظر: ابن كثير، البداية والنهاية (182/10)؛ القرشي، الجواهر المضنية (221/2)؛ ابن قُطُوبغا، تاج التراجم، أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطُوبغا، دار القلم، دمشق. سوريا، ط1 1413هـ/1992م، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف (ص316).

1.2 المبحث الثاني: الترجمة العلمية للقاضي أبي يوسف

اهتمام الإسلام بالعلم أذكى جذوة المعرفة في نفوس المسلمين ودفعهم بقوة إلى العلم والتعلم، فأخذوا يسطرون العلوم الدينية والدنيوية ويضعون أصولها ولم تكن نشأة القاضي أبي يوسف بعيدة عن هذه المعرفة، بل نشأ في موطن العلم والمعرفة بلد الفقهاء والقراء؛ إذ كانت الكوفة محط رحال كبار الصحابة كعبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي تخرج عليه عدد عظيم من القراء والفقهاء فيها⁽¹⁾، ومنه بلغت الكوفة مبلغًا عظيمًا في الفقه والحديث والقراءة والعربية، فتوارث علماؤها هذه المعرفة جيلاً بعد جيلٍ عبر حلقات العلم التي كانت تعقد في المساجد.⁽²⁾

وفي هذه البيئة ومع ازدهار الحركة العلمية في المساجد تشكل المجمع الفقهي الذي اعتنى بتحقيق المسائل وتدوينها بعد تمحيصها بالأدلة، وكان على رأس هذا المجمع الإمام أبي حنيفة رحمه الله.⁽³⁾ وقد تألف هذا المجمع من أربعين رجلاً في مقدمتهم القاضي أبو يوسف رحمه الله، فكانوا يناقشون المسألة ثم يحررون آراءهم بها ويعرضونها على الإمام أبي حنيفة فإذا أعطى فيها رأيه قيدهم عندهم.⁽⁴⁾

1.2.1 المطلب الأول: النشأة العلمية للقاضي أبي يوسف

أولاً: أثر أبي حنيفة في علم أبي يوسف

مع نشاط الحركة العلمية في الكوفة كان الحرص على طلب العلم كبيراً جداً سواءً من الفقراء أم الأغنياء، ولم يكن أبو يوسف مع شدة ذكائه ليباعد عن هذه الحلقات رغم فقره وحاله الرثية، فقد كان يطلب الحديث والفقه عند ابن أبي ليلى (ت148هـ) وكان يختلف إلى أبي حنيفة في بعض الأحيان، يقول عن نفسه: "كنت أختلف إلى ابن أبي ليلى وكانت لي عنده منزلة وكان إذا أشكل عليه شيء من المسائل يطلب ذلك من وجه أبي حنيفة وكنت أحب أن أختلف إلى أبي حنيفة"⁽⁵⁾

وقد كان له هذا الطلب فأصبح من رواد حلقات أبي حنيفة إلا أن غنى أبي حنيفة وكثرة ماله جعلت والد أبي يوسف ينهيه عن طلب العلم عنده، يقول أبو يوسف رحمه الله: (كنت أطلب الحديث والفقه وأنا مقل رث الحال، فجاء

(1) نقل الكوثري أن العجلي أوصل عدد الصحابة الذين سكنوا الكوفة إلى 1500 صحابي، ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص11).

(2) ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص10-11)؛ شوقي ضيف، العصر العباسي الأول، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط8 د.ت (ص98-99).

(3) ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص11-12).

(4) المرجع السابق (ص12-13).

(5) ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص8).

أبي⁽¹⁾ يوماً وأنا عند أبي حنيفة انصرفت معه، فقال: يا بني، لا تمدن رجلك مع أبي حنيفة، فإن أبا حنيفة خبزه مشوي، وأنت تحتاج إلى المعاش فقصرت عن كثير من الطلب، وآثرت طاعة أبي، فتفقدني أبو حنيفة وسأل عني، فجعلت أتعاهد مجلسه، فلما كان أول يوم أتيته بعد تأخري عنه قال لي: ما شغلك عنا؟ قلت الشغل بالمعاش وطاعة والدي، فجلست، فلما انصرف الناس دفع إلي صرة، وقال: استمتع بهذه، فنظرت فإذا فيها مئة درهم. فقال لي: الزم الحلقة وإذا نفذت هذه فأعلمني فلزمت الحلقة فلما مضت مدة يسيرة دفع إلي مئة أخرى، ثم كان يتعاهدني وما أعلمته بخلة ولا أخبرته بنفاد شيء، وكان كأنه يُخبر بنفادها حتى استغنيت وتولت⁽²⁾.

التزم القاضي أبو يوسف مجلس الإمام أبي حنيفة وأخذ الفقه عنه حتى بات المقدم من أصحاب الإمام رحمه الله وكان له حظوة في العلم كبيرة أوصلته للقضاء في الآفاق من المشرق للمغرب خلال خلافة المهدي (ت169هـ) والهادي (ت170هـ) والرشيد (ت193هـ).⁽³⁾

وروى الخطيب عن الفضيل بن غانم (ت236هـ) أنه قال: قال: كان أبو يوسف مريضاً شديداً المرض، فعاده أبو حنيفة مراراً، فصار إليه آخر مرة، فرآه ثقيلاً، فاسترجع، ثم قال: لقد كنت أؤملك بعدي للمسلمين، ولئن أصيب الناس بك ليموتن علم كثير.⁽⁴⁾

فائدة: اعتراف أبي يوسف بفضل إمامه أبي حنيفة

من دأب أهل الصلاح والتقوى الاعتراف بفضل أصحاب الفضل عليهم وقد قدمنا ما كان من موقف أبي حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله وتعهده له بالرعاية، ومن هذا الاعتراف قول أبي يوسف رحمه الله: "ما رأيت أحداً أعلم بتفسير الحديث، ومواضع النكت التي فيه من الفقه، من أبي حنيفة".

وقال عنه أيضاً: "ما خالفت أبا حنيفة في شيء قط، فتدبرته، إلا رأيت مذهبه الذي ذهب إليه أنجي في الآخرة، وكنت ربما ملت إلى الحديث، وكان هو أبصر بالحديث الصحيح مني".

وقال: "إني لأدعو لأبي حنيفة قبل أبوي، ولقد سمعت أبا حنيفة يقول: إني لأدعو لحماذ مع أبوي"⁽⁵⁾.

(1) روي أن والد أبي يوسف توفي وهو صغير فأسلمته أمه إلى قصار ثم رآته في حلقة أبي حنيفة فنهته عن الذهاب إليه لأنه بحاجة للعمل فطلب أبو حنيفة منه أن يبقى وتعاوده بالمال حتى استغنى - ذكر ابن كثير هذه القصة في البداية والنهاية (180/10) لكن تعقب الكوثري هذه الرواية وقال عنها: (هذه حكاية لا أصل لها، وقد انفرد بها محمد بن الحسن بن زياد النقاش المقرئ صاحب شفاء الصدور في التفسير، وهو كذاب مشهور..... وقد تضافرت الروايات على أن صاحب القصة هو والد أبي يوسف لا أمه). حسن التقاضي (ص9).

(2) ينظر: الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان ط1 1419هـ/ 1998م (293/1)؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء (536/8)؛ الكوثري، حسن التقاضي (ص8-9).

(3) ينظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (221/2).

(4) ينظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (221/2)؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء (536/8).

(5) ينظر للأقوال الثلاثة، تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي، الطبقات السنية في تراجم الحنفية، دار الرفاعي، د.ط. د.ت، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو (85/1).

وقال أيضاً: "ما قلت قولاً خالفت فيه أباً حنيفاً إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه".⁽¹⁾

ثانياً: **شيخ القاضي أبي يوسف وطلابه وحكمته وصبره على طلابه.**

أ: شيوخه وطلابه

لم يقتصر علم أبي يوسف على الأخذ من أبي حنيفة رغم أنه صحبه سبع عشرة سنة⁽²⁾ كما أنه لم يقتصر طلبه للعلم على الفقه فقط وإنما أخذ الحديث والسيرة وغيرها من العلوم فقد أخذ عن أبي خصيف وحسين ومطرف وهشام بن عروة والأعمش (ت148هـ) ومحمد بن إسحاق (ت150هـ) وغيرهم، حتى اشتهر بحفظه الحديث، وله ذاكرة لا تضاهي في الحفظ، روي أنه كان يحضر المحدث فيحفظ منه خمسين أو ستين حديثاً فيقوم المحدث فيملي أبو يوسف تلك الأحاديث من حفظه على الناس.⁽³⁾

وتتلمذ على يده علماء كثر نذكر منهم محمد بن الحسن وأحمد بن حنبل (ت241هـ) ويحيى بن معين (ت233هـ) وبشر بن الوليد (ت238هـ) وعلي بن الجعد (ت230هـ) وغيرهم كثير.⁽⁴⁾

ب: حكمته وصبره

رويت عن القاضي أبي يوسف رحمه الله جملٌ عديدةٌ قالها، تُشعر بما لديه من حكمة وعقل راجح وتقوى وخوف من الله ومن ذلك:

ما نقله السرخسي (ت490هـ) قال: (وحكي أن أباً يوسف رحمه الله قال في مناجاته عند موته اللهم إن كنت تعلم أنني ما تركت العدل بين الخصمين إلا في حادثة واحدة فاغفرها لي قيل وما تلك الحادثة قال ادعى نصراني على أمير المؤمنين دعوى فلم يمكنني أن أمر الخليفة بالقيام من مجلسه والمحابة مع خصمه، ولكنني رفعت النصراني إلى جانب البساط بقدر ما أمكنني، ثم سمعت الخصومة قبل أن أسوي بينهما في المجلس فهذا كان جوري)⁽⁵⁾.

ومن ذلك أيضاً ما روي عنه أنه كان يقول: "من طلب العلم بالكلام تزندق ومن طلب المال بالكيمياء افتقر ومن طلب الحديث بالغرائب كذب".⁽⁶⁾

(1) ينظر: ابن قُطُوبُغا، تاج التراجم (27/1).

(2) ينظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء (537/8).

(3) ينظر: ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد البصري البغدادي، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1 1410هـ/1990م (330/7)؛ ابن كثير، البداية والنهاية (180/10)؛ السيوطي، طبقات الحفاظ (22/1)؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ (292/1)؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء (536/8).

(4) ينظر: ابن كثير، البداية والنهاية (180/10)؛ السيوطي، طبقات الحفاظ (22/1)؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ (292/1)؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء (536/8).

(5) السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي، الميسوط، دار الفكر، بيروت. لبنان ط1 1421هـ/2000م، تحقيق خليل محي الدين الميس. (483/18).

(6) ينظر: وكيع، أبو بكر محمد بن خلف البغدادي، أخبار القضاة، المكتبة التجارية الكبرى، مصر ط1 1366هـ/1947م، تحقيق: عبد العزيز المراغي (258/3)؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ (293/1).

وأما صبره على طلابه فمن ذلك ما رواه الحسن بن زياد قال: (كنت أختلف إلى زفر وإلى أبي يوسف في الفقه وكان أبو يوسف أوسع صدرا بالتعليم من زفر فكنت أبدأ بزفر فأسأله عن المسألة التي تشكل علي فيفسرها لي فلا أفهمها فإذا أعيبته قال: ويحك مالك صنعة مالك ضيعة؟! ما أحسبك تفلح أبداً، فأخرج من عنده وقد فترت واغتممت فأتى أبا يوسف فيفسرها لي فإذا لم أفهمها قال لي ارفق ثم يقول لي: أنت الساعة مثلك حين بدأت؟ فأقول له لا. وإن كنت لم أستتم ما أريد يقول لي: فليس من شيء ينقص إلا يوشك أن يبلغ غايته اصبر فإني أرجو أن تبلغ ما تريد، قال الحسن فكنت أعجب من صبره)، ومن ذلك أيضاً ما كان يقوله لأصحابه: "لو استطعت أن أشاطركم ما في قلبي لفعلت" (1).

ثالثاً: أقوال العلماء في القاضي أبي يوسف

وردت أقوال كثيرة من أهل العلم تُشيد بذكاء وفطنة ورجاحة عقل القاضي أبي يوسف رحمه الله ومن ذلك ما كان أبو حنيفة يقول عنه أنه أعلم أصحابه. (2)

وعن محمد بن الحسن قال: "مرض أبو يوسف، فعاده أبو حنيفة، فلما خرج، قال: إن يموت هذا الفتى، فهو أعلم من عليها". (3)

قال أحمد بن حنبل: "أول ما كتبت الحديث اختلفت إلى أبي يوسف، كان أميل إلى المحدثين من أبي حنيفة ومحمد". (4)

قال المزني (ت264هـ): "أبو يوسف أتبع القوم للحديث". (5)

قال يحيى بن معين لما سئل عن أبي يوسف: "هو صاحب حديث وصاحب سنة". (6)

وقال أيضاً: "ما رأيت في أصحاب الرأي أثبت في الحديث، ولا أحفظ، ولا أصح رواية من أبي يوسف". (7)

قال أحمد بن حنبل: "أول ما كتبت الحديث اختلفت إلى أبي يوسف وكان أميل إلى المحدثين من أبي حنيفة ومحمد". (8)

وقال يحيى البرمكي (ت190هـ): "قدم أبو يوسف، وأقل ما فيه الفقه، وقد ملأ بفقهه الخافقين". (9)

(1) أورد الروائين الكوثري في كتابه حسن النقاضي (ص19)

(2) نقله عنه ابن كثير في البداية والنهاية (181/10).

(3) ذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء (536/8).

(4) ذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء (537/8).

(5) ينظر: الذهبي، تذكرة الحفاظ (293/1)؛ ابن كثير، البداية والنهاية (181/10)

(6) ينظر: وكيع، أخبار القضاة (255/3)؛ الذهبي، تذكرة الحفاظ (293/1)؛ الذهبي، سير أعلام النبلاء (537/8).

(7) ذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء (537/8).

(8) المصدر نفسه.

(9) المصدر السابق (538/8).

1.2.2: المطلب الثاني: الأثر العلمي للقاضي أبي يوسف:

تولى القاضي أبو يوسف قضاء الآفاق لثلاثة خلفاء⁽¹⁾، وكان أول من دعي بقاضي القضاة، وأول من غير لباس العلماء في عهد هارون الرشيد.⁽²⁾

وكان رحمه الله أول من كتب أصول الفقه على مذهب الإمام أبي حنيفة، وأملى المسائل ونشرها وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض حتى قيل لولا أبو يوسف ما ذكر أبو حنيفة.⁽³⁾

وعند وفاته رحمه الله أوصى بأربعمئة ألف توزع لأهل مكة وأهل المدينة وأهل الكوفة وأهل بغداد لكل مئة ألف.⁽⁴⁾ وللقاضي أبي يوسف مؤلفات كثيرة مذكورة في كتب التراجم والفقهاء، إلا أنه ما وصل إلينا منها إلا القليل ومن كتبه: الخراج، الآثار، النوادر، اختلاف الأمصار، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، الرد على سير الأوزاعي، أدب القاضي، الأمالي في الفقه، الرد على مالك بن أنس، الفرائض، الوصايا، الوكالة، البيوع، الصيد والذبايح، الغصب والاستبراء، الجوامع.⁽⁵⁾

وللأسف لم يُحفظ ويطلع من هذه الكتب إلا أربعة كتب هي: كتاب الخراج، وكتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وكتاب الآثار، وكتاب الرد على سير الأوزاعي.⁽⁶⁾

أولاً: كتاب الخراج

كتب القاضي أبو يوسف كتاب الخراج إجابة لطلب الخليفة العباسي هارون الرشيد في وضع كتاب يُعنى في جباية الخراج والعشور والصدقات والجاليات.

وقد كتب الكتاب رحمه الله مبيّناً فيه المسائل التي طلبها هارون الرشيد منه بأفضل الطرق وأسهل الجمل فبدأه بالنصح للخليفة والمسلمين وذكر أحاديث ترغب بالخير وتنفر من الظلم والشور، ثم عقبه ببيان أحكام قسمة الغنائم والفبيء والخراج وذكر أحكاماً خاصة في الأراضي التي افتتحها النبي ﷺ، وأراضي الموات وأرض العشر وأحكام المرتدين، وأحكام أهل الذمة والمجوس وعبداء الأوثان وأهل الردة، والكنائس والصلبان، وقد وصل في تفصيل الأحكام إلى ذكر أحكام العسل والجوز وكذلك أحكام ما يخرج من البحر، وغير ذلك من الأحكام المتعلقة بالحكم.

في الحقيقة إن كتاب الخراج هو كتاب جامع لأحكام السلطان وكيف يصنع فيما ولاه الله من الحكم، وقد دلّ الكتاب أن القاضي أبا يوسف رحمه الله لم يكن يحايي أحداً في الحق، بل كان يقول الحق ولا يخشى فيه أحداً.

(1) تقدم ذكرهم ينظر (ص12).

(2) ينظر: القرشي، الجواهر المضبية في طبقات الحنفية (221/2).

(3) ينظر: ابن قُطُوبغا، تاج التراجم (27/1).

(4) ينظر: ابن قُطُوبغا، تاج التراجم (27/1).

(5) ينظر: الزركلي، خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي، الأعلام، دار العلم للملايين، ط15/ 2002م (193/8)؛ الكوثري،

حسن التقاضي (33). *للشيخ زاهد الكوثري تحقيق جميل عن كتب القاضي أبي يوسف ذكره في كتابه حسن التقاضي (32-35).

(6) ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص33).

يقول الكوثري (ت1372هـ) عن كتاب الخراج: (لم يؤلف أحد من طبقته -يقصد أبا يوسف- مثيل هذا الكتاب، بل لو قلنا لم يؤلف مثله لم نكن مغالين، فمن طالع الكتاب وقارنه بالكتب التي ألفت في هذا الباب اعترف بذلك، وعليه شروح تبرز خباياه وتستخرج كنوزه وخفاياه).⁽¹⁾

طُبِعَ الكتاب في دار المعرفة في لبنان سنة 1399هـ/ 1979م، في مئتين وأربعين صحيفة، وقد اعتمدت الدار في طباعته على نسخة مخطوطة من الخزانة التيمورية رقم 674 مع معارضتها بطبعة بولاق سنة 1302 هـ. لم يلقَ الكتاب حقه من الشرح والتفصيل فهو متن جامع لأحكام لو فصلت لوصلت لمجلدات عديدة، قَيَّضَ الله له من يقوم بخدمته وسير أغواره وشرح مجمله.

ثانيًا: كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

تتلمذ القاضي أبو يوسف أول أمره عند ابن أبي ليلى⁽²⁾ ثم اختلف إلى مجلس أبي حنيفة رحمهما الله، وبعد ذلك جمع ما استفاد من أستاذه مما اختلفا فيه وبين وجه قوليهما، وذكر قوله معهما فتارة اتفق مع أبي حنيفة وتارة مع ابن أبي ليلى، فكان كتابه اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ذخيرة وذكرى لمن بعده.

وقد روى الكتاب عنه صاحبه محمد بن الحسن الشيباني، ثم اختصره الحاكم الشهيد مع جملة ما اختصره من كتب محمد بن الحسن، وشرحه السرخسي في مبسوطه مع باقي كتبه، والظاهر من شرح السرخسي له أن الكتاب كان من أجزاء كتاب الأصل وإلا لما كان اختصره.⁽³⁾

أما منهج عرض المسائل في هذا الكتاب فكان يروي محمد المسألة عن أبي يوسف ويذكر ما نقله أبو يوسف عن شيخه من حكم فيها مع أدلتها ثم ترجيح أبي يوسف لأحدهما.

لم يقتصر الكتاب على باب من أبواب الفقه، بل ذكر فيه كل المسائل الفقهية ورتبها على أبواب متفرقة من الفقه ابتدأها بفاتحة الكتاب في مسألة من الإجارة، ثم باب الغصب وباب الاختلاف في العيب، إلى أن ختم الكتاب في باب الحدود.

حوى الكتاب في طياته ذخيرة علمية كبيرة لا غنى للعلماء وطلاب العلم عنها، فهو كتاب جليل القدر عظيم الشأن؛ ولعظيم أهميته أحيت لجنة إحياء المعارف النعمانية نشره فلم تجد إلا نسخة واحدة في الهند، وطلبت من

(1) حسن التقاضي (ص33).

(2) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن الكوفي الفقيه قاضي الكوفة ولد 76هـ وتوفي 148 هـ، روى عن أخيه عيسى وابن أخيه عبد الله بن عيسى ونافع مولى بن عمر وأبي الزبير المكي روى عنه ابنه عمران وقريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى وزائدة وابن جريح وآخرون، قال أبو طالب عن أحمد كان يحيى بن سعيد يضعفه، وقال عبد الله بن أحمد عن أبيه كان سيء الحفظ مضطرب الحديث، وفقه ابن أبي ليلى أحب إلينا من حديثه. ينظر: ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، دار المعارف النظامية، الهند ط1 1326هـ (302/9).

(3) ينظر: مقدمة المحقق أبو الوفا الأفعاني من كتاب القاضي أبي يوسف، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، مطبعة الوفاء 1375هـ، (ص5) *وله كلام طويل في بيان هل هذا الكتاب جزءًا من الأصل أو لا؟ وخلاصته أنه قد يكون من الأصل إلا أن نساخ الأصل غيروا في ترتيبه فأصبح مفرقًا منشورًا بين أجزائه والله أعلم.

الشيخ أبي الوفا الأفغاني (ت1395هـ) تحقيقه وشرح غريب لغته وإيضاح بعض مسائله وتخريج أحاديثه وترجمة رجاله، فقام بهذه المهمة على أفضل وجه جزاه الله خيراً، وطُبع الكتاب أول طبعة سنة 1357هـ في مطبعة الوفاء في مصر تحت إشراف وكيل لجنة إحياء المعارف العثمانية بمصر، وجاء الكتاب بمئتين وست وعشرين صحيفة.

ثالثاً: كتاب الآثار

يعتبر كتاب الآثار أول كتاب فيه بيان أدلة الحنفية في مذهبهم، وهو مسند أبي حنيفة جمعه القاضي أبو يوسف ورواه عنه، وقيل من رواه هو ابن أبي يوسف عن أبيه عن الإمام أبي حنيفة⁽¹⁾. لكن الراجح والله أعلم عدم رواية ابن أبي يوسف عن أبيه في هذا الكتاب فالنسخ المطبوعة لم تذكره في أي رواية وإنما ابتدأت من أبي يوسف⁽²⁾.

ذكر القاضي أبو يوسف في الكتاب سند الأحاديث عن أبي حنيفة إلى رسول الله ﷺ، ثم ذكر متن الأحاديث. الكتاب مرتب على ترتيب أبواب الفقه فابتدأ بأبواب الوضوء والغسل والحيض والتيمم وختم بباب الذبائح والجن، وعدد الأحاديث المروية في الكتاب ألف وخمسة وثمانون حديثاً. مخطوطات الكتاب نادرة الوجود، وقد قام سعود العثمان بتحقيقه والتعليق عليه - فذكر درجة أحاديثه وترجم لرواياته وشرح غريبه - وذكر أنه لم يجد له مخطوطات يعتمد عليها فقام بالاعتماد على نسخة حققها الشيخ أبو الوفا الأفغاني، ونشرتها لجنة إحياء المعارف العثمانية في الهند⁽³⁾. الكتاب مطبوع في دار الكتب في باكستان، ولا يوجد في النسخة التي حصلت عليها تاريخ للطبعة ولا رقم. وختاماً الكتاب عظيم الفضل جليل القدر، وعز وجود مثله في المكتبات، فأسأل الله أن يجزي كل من خدم هذا الكتاب ونشره في المكتبات خير الجزاء إنه سميع مجيب.

(1) ينظر: القرشي، الجواهر المضية (645/3)

(2) ينظر: مقدمة المحقق سعود العثمان من كتاب القاضي أبي يوسف، الآثار، دار الكتب، بيشاور - باكستان، د.ط/ د.ت (ص10).

(3) ينظر: القاضي أبو يوسف، الآثار، مقدمة المحقق (ص8).

رابعاً: كتاب الرد على سير الأوزاعي

أول من كتب في السير⁽¹⁾ كان الإمام أبا حنيفة رحمه الله أملاه على تلامذته وقد خطه محمد بن الحسن الشيباني، ولما بلغ الأوزاعي⁽²⁾ هذا الكتاب صَنَّف كتاباً في السير يرد فيه على سير الأمام أبي حنيفة، ثم أجابه عن تصنيفه هذا أبو يوسف في مصنفه الرد على سير الأوزاعي، فأجابه أفضل إجابة واحتج عليه بحجة حسنة.⁽³⁾

وأما منهج القاضي أبي يوسف في كتابه هذا فكان يروي القصة والحكم كما رواها أبو حنيفة، ثم يذكر اعتراض الأوزاعي ورأيه بها، وبعد ذلك فند قول الأوزاعي وأجاب عنه، وقد قسم الكتاب إلى أبواب متفرقة بدأها بباب قسمة الغنائم، واختتمها بباب المستأمن الذي يسلم ويخرج إلى دار الإسلام وقد استودع ماله. غُني في الكتاب وحققه وعلق عليه وشرح غريبه الشيخ أبو الوفا الأفعاني، ونشرته لجنة إحياء المعارف النعمانية بالهند، وجاء متن الكتاب بمئة وخمس وثلاثين صحيفة.

(1) جمع سيرة، أي سيرة المسلمين في عاملة غيرهم من المشركين وأهل الحرب وأهل العهد والذمة والمستأمنين، ومع المرتدين وأهل البغي، ينظر: السرخسي، المبسوط (2/10).

(2) هو عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو واسمه محمد الشامي أبو عمرو الأوزاعي الفقيه ولد 88هـ نزل بيروت في آخر عمره فمات بها مرابطاً سنة 157هـ، روى عن إسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة وشداد ابن عمار وعبد بن أبي لبابة وعطاء بن أبي رباح وقتادة وأبي النجاشي عطاء بن صهيب ونافع مولى بن عمرو..... روى عنه مالك والشعبة والثوري وابن مبارك وابن أبي الزناد وعبد الرزاق وبقية وبشر ابن بكر..... وروى عنه من شيوخه الزهري ويحيى بن أبي كثير وقتادة وغيرهم.... وإليه فتوى الفقه لأهل الشام لفضله فيهم وكثرة روايته وبلغ سبعين سنة وكان فصيحاً ورسائله تؤثر وقال عمرو بن علي عن ابن مهدي الأئمة في الحديث أربعة الأوزاعي ومالك والثوري وحمام بن زيد وقال أبو عبيد عن ابن مهدي ما كان بالشام أعلم بالسنة. ابن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب (6/238-239).

(3) ينظر: مقدمة المحقق أبو الوفا الأفعاني من كتاب القاضي أبي يوسف، الرد على سير الأوزاعي، مطبعة الوفاء ط 1 / د.ت (ص4)

1.2.3 المطلب الثالث: اجتهاد القاضي أبي يوسف

أولاً: درجة القاضي أبي يوسف في الاجتهاد

لا خلاف بين شراح المذاهب وكتاب الطبقات أن العلماء في كل مذهب ليسوا على طبقة واحدة فيقسم أئمة كل مذهب إلى درجات في العلم، وكذا الاجتهاد⁽¹⁾ فليس كل المجتهدين في درجة واحدة، بل يقسمون إلى درجات متفاوتة، بناءً على همة ومقدرة كل عالم.⁽²⁾

والناظر في تقسيمات العلماء لطبقات المجتهدين يرى اختلافاً في تقسيماتهم، فلم تجتمع أقوالهم على تقسيم واحد، بل حتى اختلفوا أحياناً في درجة مجتهد من المجتهدين.

ومن المعروف تقسيم المجتهدين إلى مجتهد مستقل، ومجتهد مطلق منتسب، ومجتهد مقيد بمذهب يجتهد فيه على أصول إمامه.⁽³⁾

وقد عدَّ ابن الكمال (ت 861هـ) طبقات المجتهدين في سبع طبقات،⁽⁴⁾ وما يهمنا من هذه الطبقات الطبقة التي عدَّ بها القاضي أبو يوسف إذ ذكره ضمن طبقة المجتهدين في المذهب وتعني هذه الطبقة أن المجتهد يجتهد حسب أصول إمامه ويعتمد أدلته وطريقته في الاجتهاد، فهل كان القاضي أبو يوسف حقاً في هذه الدرجة؟

أجاب عن هذا السؤال الكوثري وأفاد بأن ابن الكمال في الحقيقة قد نحس القاضي أبو يوسف حقه؛ إذ عدَّه في هذه الطبقة، بل الإنصاف أن يُعدَّ القاضي أبو يوسف في طبقة المجتهد المطلق كالإمام أبي حنيفة نفسه، ولكنه لم يعتزل الإمام أبو حنيفة وبقي ملتزماً في مذهبه وهذا لا يحطُّ من درجة اجتهاده.⁽⁵⁾

(1) الاجتهاد: هو است فراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظنٌّ بحكم شرعي، أو هو بذل الجهود في طلب المقصود من جهة الاستدلال. ينظر: الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني (816هـ)، **التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1403/هـ 1983م (ص 10).

(2) ألفت كتب تبين طبقات المشتغلين في كل باب من أبواب العلم ومن ذلك **طبقات الفقهاء للشيرازي** (ت 476)، **طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح** (ت 643هـ)، **طبقات علماء الحديث** لمحمد بن أحمد الصالح (ت 744هـ)، **طبقات الحفاظ للذهبي** (ت 748هـ)، **طبقات الحفاظ للسيوطي** (ت 911هـ).

(3) ينظر: شهاب الدين المرجاني، أبو الحسن هارون بن بهاد الدين المرجاني القزاني، **ناظرة الحق في فرضية العشاء وإن لم يغيب الشفق**، دار الحكمة، إسطنبول - دار الفتح، عمان - الأردن ط 1433/هـ 2012م تحقيق: أورخان بن إدريس أنجقار وعبد القادر بن سلجوق ييلماز (ص 189)؛ الكوثري، **حسن التقاضي** (ص 24).

(4) نقل تقسيم العلامة ابن الكمال تقي الدين الغزي (1010هـ) في كتابه **الطبقات السنية في تراجم الحنفية** 32/1-33، وقال عنه أنه تقسيم حسن جداً، وهذه الطبقات هي: 1- المجتهدون في الشرع: كالأئمة الأربعة، 2- المجتهدون في المذهب: كأصحاب أبي حنيفة الثلاثة، 3- المجتهدون في المسائل: كالخفاف (261هـ) والطحاوي (321هـ)، 4- المقلدون الذين لا يقدرّون على الاجتهاد أصلاً، ولكنهم يقدرّون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين: وهم أصحاب الترخيص كالرازي (370هـ)، 5- أصحاب الترجيح: كالقدوري (428هـ) والمرغيناني (593هـ)، 6- المقلدون القادرّون على التمييز بين الأقوى والضعيف وظاهر المذهب وظاهر الرواية: كالخصكفي (683هـ)، 7- المقلدون الذين لا يقدرّون على أي مما ذكر سابقاً، ولا يفرقون بين الغني والسمين

(5) **حسن التقاضي** (ص 24-25).

وقد سبق الكوثري في الرد على تقسيم ابن الكمال وعدّه القاضي أبا يوسف في طبقة المجتهدين في المذهب الشهابي (ت1306هـ) في كتابه ناظورة الحق⁽¹⁾ إذ قال عن هذا التقسيم بأنه: "بعيد كل البعد عن الصحة بمراحل، فإنه تحكيمات باردة وخيالات فارغة، وكلمات لا روح لها وألفاظ غير محصلة المعنى، ولا سلف له في ذلك المدعى، ولا سبيل له إلى تلك الدعوى، وإن تابعه من جاء من عقبه من غير دليل يتمسك به، وحجة تلجئه⁽²⁾ إليه.. ومهما ساعدناهم في كون الفقهاء والمتفقهة على هذه المراتب السبعة- وهو غير مسلم به- فلا يتخلصون من فحش الغلط والوقوع في الخطأ المفرط في تعيين رجال الطبقات وترتيبهم على هذه الدرجات"⁽³⁾.

وقال أيضًا عن عدّ القاضي أبي يوسف في رتبة المجتهدين في المذهب أنه نقيصة في حق القاضي أبي يوسف، فهو أرفع مكانة وأجل قدرًا فحاشاه ثم حاشاه عن هذه النقيصة، وحاله في الفقه "إن لم يكن أرفع من حال مالك والشافعي فهو ليس دونهم"⁽⁴⁾.

وقد جمع الدكتور أحمد أوزدمير خلاصة هذه الأبحاث في بحثه مكانة القاضي أبي يوسف في طبقات الحنفية المقدم للمجلة الدولية (jasss) وذكر أن القاضي أبي يوسف قد وصل مرتبة الاجتهاد المطلق وقد استدلل على ذلك بأدلة منها⁽⁵⁾:

- 1- للقاضي أبي يوسف قواعد خاصة بالاجتهاد على الرغم من اتباعه قواعد الإمام أبي حنيفة.
 - 2- لأبي يوسف صفات المجتهدين بالمطلق فهو عالم في اللغة والحديث والفقه وأصول الاستنباط.
 - 3- له اجتهادات تخالف رأي إمامه مطلقًا، وقد استدلل لهذه الآراء بأدلة من الكتاب والسنة والعقل بطريقة تثبت رجاحة عقله وقوة علمه التي توصله لمرتبة الاجتهاد المطلق.
 - 4- على الرغم من أن الإمام أبي حنيفة له الأثر الأكبر في علم أبي يوسف إلا أن علم أبي يوسف لم يكن يقتصر عليه فقط بل درس على أئمة وعلماء كثر غيره.
- والناظر في كل ما سبق يرى أن إجماع العلماء على أن الاجتهاد له طرفان أعلى وأدنى وبينهما مراتب متفاوتة جد التفاوت، ولكن اختلفوا في عدد هذه المراتب، وتصنيف الفقهاء فيها.
- كما يجد أن أبا يوسف رحمه الله مع ما كان فيه من منزلة في أركان المجمع الفقهي الذي كان يرأسه أبو حنيفة ومشاركته الجماعة بقسط وافر في تحقيق المسائل وتدقيق الدلائل وتدوين الأجوبة الممحصة، ومع ما يتمتع به من

(1) (ص192).

(2) في الأصل تلجيه.

(3) ناظورة الحق (ص193).

(4) ينظر: المرجاني، ناظورة الحق (ص193).

(5) ÖZDEMİR. Ahmet. İMAM EBÜ YÛSUF'UN FUKAHÂ TABAKÂTINDAKİ YERİ. The Journal of Academic Social Science Studies. Volume 6 Issue 3, p. 491-508, March 2013 (495-498).

ذكاء وافر، وحافظة متميزة، وموهبة كبيرة ومثابرة عالية،⁽¹⁾ وفوق كل ذلك ماورد في مدحه من أقوال كقول الإمام أبي حنيفة عنه: " أنه أعلم أهل الأرض" وقول محمد بن جعفر: " هو أفقه أهل عصره، ولم يتقدم عليه أحد في زمانه" وغيرها من الأقوال يتأكد للناظر أن القاضي أبا يوسف قد بلغ بعلمه مرتبة عالية في الاجتهاد، والإنصاف عدّه في طبقة المجتهدين اجتهادًا مطلقًا في الشرع، والله أعلم.

ثانيًا: عدّ قول أبي يوسف من المذهب الحنفي.

تبين من المقصد السابق أن القاضي أبا يوسف قد وصل مرتبة المجتهد المطلق وهو صاحب الملكة الكاملة في الفقه والتمكن من الاستنباط المستقل به من أدلته، وقد خالف الإمام أبا حنيفة في مسائل أصلية وفرعية كما هو ظاهر من كتب المذهب في الأصول والفروع، ومع ذلك لم يستقل بمذهب منفرد ولم يخرج عن مذهب أبي حنيفة، ويُعدّ قوله قولًا للمذهب الحنفي.

وقد فسر المرجاني عدم خروجه - هو والإمام محمد وزفر - بقوله: (لحسن تعظيمهم للأستاذ، وفرط إجلالهم لحله ورعايتهم لحقه؛ تשמروا على تنويه شأنه وتوغلوا في انتصاره والاحتجاج لأقواله، وروايتها للناس ونقلها لهم وردهم إليها، والافتاء عند وقوع الحوادث بها، وتجردوا لتحقيق مقاصدها وأصولها وتعيين أبوابها وفصولها.. وأجروا ذلك في تصحيح مذهبه وبيان ما لم يتمسك به؛ لاعتقادهم أنه أعلم وأروع وأحقّ للاقتداء به والأخذ بقوله وأوثق للمفتي وأرفق للمستفتي، كما قال مسعر بن كدام من جعل أبا حنيفة بينه وبين الله تعالى؛ رجوت أن لا يخاف عليه، ولم يكن فرط على نفسه في الاحتياط).⁽²⁾

فليست الغاية من عدم خروج الإمام أبي يوسف من مذهب أبي حنيفة التقليد المطلق لأبي حنيفة، ولا الضعف العلمي عند أبي يوسف، بل يشهد له أهل بلدته خاصة أستاذه وأقرانه أن له مقامًا في الفقه لا يُجارى، وإنما سبب بقاءه في مذهب إمامه التعاون والتناصر مع رفاقه - محمد وزفر وغيرهما - في نشر علم الإمام أبي حنيفة وإذاعة مذهبه والتفقه به، فيكون القاضي أبو يوسف⁽³⁾ قد امتاز عن مالك والشافعي من هذا الوجه، لا لأنه لم يبلغ رتبة الاجتهاد المطلق في الشرع، بل لو أنه ألع بنشر رأيه وأراد الانتصار لمذهبه وبثه بين الخلق والاحتجاج له بالنص والقياس لكان له مذهبًا منفردًا عن مذهب الإمام أبي حنيفة.⁽⁴⁾

(1) ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص23).

(2) ينظر: القرشي، الجواهر المضية (55/1)؛ تقي الدين الغزي، الطبقات السنية (84/1)؛ المرجاني، ناظرة الحق (ص199)؛ الكوثري، حسن التقاضي (ص23).

(3) بما أن الحديث هنا عن أبي يوسف؛ لذا لم أذكر غيره إلا أنه في الحقيقة يأتي محمد وزفر رحمهما الله في مرتبة أبي يوسف وأبي حنيفة في الاجتهاد وينطبق عليهما ما نقوله عن أبي يوسف في سبب عدم الخروج عن مذهب الإمام أبي حنيفة رحمهم الله جميعًا.

(4) ينظر: المرجاني، ناظرة الحق (ص199 - 200)؛ الكوثري، حسن التقاضي (ص23).

ومن هذا المنطلق عُدد قول الإمام أبي يوسف قولاً للمذهب الحنفي، فحقيقة المذهب ليس أقوال الإمام أبي حنيفة فقط، بل إنما هي جملة أقوال أئمة المذهب فُيقتى بقول كلٍ منهم تارة حسب قوة الدليل وترجيح شراح المذهب والمجتهدين فيه.⁽¹⁾

وما ورد عن قول أبي يوسف رحمه الله أنه ما قال قولاً خالف فيه أبا حنيفة إلا قاله أبو حنيفة ثم عدل عنه، وقد صحَّ مثله عن زفر أيضاً؛ فتفسير قولهم هذا يتبين من فهم طريقة أبي حنيفة في تعليم تلامذته في مجتمعه الفقهي؛ إذ ورد أنه يلقي المسألة عليهم ويقول فيها قولاً يناظرهم به، فإن اقتنعوا به قال بها قولاً آخر وناظرهم به حتى يعدلوا إليه، ثم يقول فيها قولاً من وجه ثالث ويناظرهم به حتى يقتنعوا به، وبعد ذلك يختار فيها القول الفصل من الأقوال الثلاثة، وعلى الرغم من صحة الأقوال جميعها، وما فعل الإمام أبي حنيفة هذا إلا ليعلم أصحابه المناظرة والبحث والاجتهاد وإعمال الفكر في استنباط الأحكام الشرعية، وعلى هذا تكون كل الآراء هي أقوال لأبي حنيفة رحمه الله من حيث أنه هو من أثارها ودلل عليها أولاً وإن عدل عنها أخيراً.⁽²⁾

(1) ينظر: الكوثري، حسن التقاضي (ص62).

(2) ينظر: المرجاني، ناظورة الحق (ص200)؛ الكوثري، حسن التقاضي (ص60-61).



الفصل الثاني: مسائل المخالفات في باب القضاء

في هذا الفصل بيان للمسائل التي خالف فيها القاضي أبو يوسف الإمام أبا حنيفة في باب القضاء وذلك في المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف القضاء.

المطلب الأول: تعريف القضاء.

المطلب الثاني: مشروعية القضاء وأهميته.

المطلب الثالث: حكم القضاء وتوليده.

المبحث الثاني: أحوال قضاء القاضي.

المطلب الأول: قضاء القاضي بخلاف مذهبه.

المطلب الثاني: قضاء القاضي بالبيئة الكاذبة.

المطلب الثالث: قضاء القاضي بعلمه.

المطلب الرابع: القضاء بما في ديوان القاضي.

المطلب الخامس: بيع القاضي مال المحبوس بالدين.

المطلب السادس: القضاء على الغائب أو له.

المبحث الثالث: كتاب القاضي إلى القاضي.

المطلب الأول: تعريف كتاب القاضي ومشروعيته.

المطلب الثاني: توثيق الكتاب.

المطلب الثالث: أركان الكتاب.

المطلب الرابع: تعريف الأركان في الكتاب.

المطلب الخامس: المسافة بين القاضيين.

المطلب السادس: تغير حال القاضيين.

المبحث الرابع: مسائل متفرقة.

المطلب الأول: تلقين القاضي الشهود.

المطلب الثاني: القضاء في التصرف في العلو والسفل.



2.1 المبحث الأول: تعريف القضاء.

2.1.1 المطلب الأول: تعريف القضاء.

أولاً: تعريف القضاء في اللغة

القضاء في اللغة: القطع والحكم، نقول: قضى الأمر بين الخصوم، أي قطع الخلاف بينهم فيه وحكم به، والقاضي هو القاطع للأمر المحكم لها، يقال: قضى يقضي قضاء فهو قاض إذا حكم وفصل⁽¹⁾، وقد يُطلق على الأمر والإلزام ومنه قوله سبحانه: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾⁽²⁾ أي: أمر وحتم⁽³⁾.

وأصل الكلمة قضاي؛ لأنها من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف هُزمت⁽⁴⁾، وجمعها أقضية. وقد استخدمه القرآن لمعانٍ أخرى ليس مجال بحثها هنا⁽⁵⁾.

ثانياً: تعريف القضاء في الاصطلاح

استخدام الفقهاء لمصطلح القضاء لم يخرج عن معناه اللغوي، وإنما هو جزء منه، فاستخدموه في أداء الحقوق كقضاء الدين، وإدراك الفئات كقضاء الصلاة، وفي الحكم والإلزام⁽⁶⁾، والمعنى الأخير هو المقصود في البحث؛ لذا سيقصر البحث في التعريف الاصطلاحي على هذا المعنى الذي أفرد له الفقهاء فصلاً خاصاً سموه "باب أو كتاب القضاء"، وسنبداً بتعريف المذاهب الثلاثة - المالكي، الشافعي، الحنبلي - للقضاء ثم نعقب ببعض التعريفات عند الحنفية له.

(1) ينظر: الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان 1415هـ/1995م د.ط، تحقيق: محمود خاطر (مادة: قضى)؛ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة بيروت. لبنان، د.ط-د.ت. (مادة: قضى).
(2) الإسراء: 23

(3) ينظر: شمس الدين القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط2 1384هـ / 1964 م. تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش (237/10) - ناصر الدين البيضاوي، أبو سعيد عبد الله بن عمر الشيرازي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، دار إحياء التراث العربي، بيروت-لبنان ط1418هـ، تحقيق: محمد عبد الرحمن مرعشلي (252/3)

(4) هذه صورة من صور قاعدة الإعلال والإبدال وبياتها: "إن جاءت الياء متطرفة بعد ألف زائدة ثقلب همزةً وجوباً إن كانت من أصل الكلمة، وإلا لا ثقلب مثل: محياي؛ فالياء هنا ضمير أضيفت له الكلمة. ولتفصيل القاعدة ينظر: أحمد بن محمد الحملاوي، شذا العرف في فن الصرف، دار الكيان، الرياض، تقديم وتعليق: محمد عبد المعطي. (ص202 وما بعدها).

(5) من هذه المعاني: الأداء والإنهاء، والخلق والصنع، والعمل، والإبلاغ، والعهد والوصية.

(6) ينظر: الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، دار الكتاب العربي بيروت. لبنان ط1 1405هـ، تحقيق: إبراهيم الأنباري. (226/1)؛ ابن عابدين، محمد أمين ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1415هـ/1994م تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض (523/2).

قال المالكية: هو "صفة حكمية تُوجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين"⁽¹⁾.

قال الشافعية: "هو إلزام من له الإلزام بحكم الشرع"⁽²⁾.

قال الحنابلة: "تبيين الحكم الشرعي، والإلزام به، وفصل الخصومات"⁽³⁾.

تعريف الحنفية:

لم يختلف تعريف الحنفية عن المذاهب الأخرى، حيث قال ابن عابدين (ت1252هـ) في تعريفه هو: "فصل الخصومات وقطع المنازعات"⁽⁴⁾.

وفي الاختيار: "قول ملزم يصدر عن ولاية عامة"⁽⁵⁾، وقال الكاساني (ت587هـ) في بدائع الصنائع: "هو الحكم بين الناس بالحق"⁽⁶⁾، وفي فتح باب العناية: "إلزام الحكومات وفصل الخصومات وقطع المنازعات"⁽⁷⁾.

من هذه الأقوال يتبين أن الفقهاء اتفقوا على أن:

=القضاء إلزام بما أخبر به الشرع من الحكم في القضية المعروضة، وإظهار للحق فيها، فالقاضي ملزم بما أخبر به من حكم لا منشئ له.

=حكم القاضي ملزم لكلا الطرفين، فيجب عليهما تنفيذه ولا يجوز لأي منهما رفضه، وهذا الإلزام مستمد من سلطة الحاكم؛ إذ القاضي في الأصل نائب عنه، ومفوض في القضاء منه.

(1) ينظر: ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي، المختصر الفقهي، نشر مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية ط1435هـ/2014م، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير (85/9) - أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة المعروف بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان ط1 / 1993م، تحقيق: محمد أبو الأجناف والطاهر المعموري (ص567).

(2) ينظر: الجمل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المعروف بالجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1417هـ/1996م، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي. (352/8) - المناوي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين الحدادي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة - مصر، ط1 1410هـ/1990م (ص272).

(3) ينظر: البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط1 1421هـ/2000م، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي (462/6).

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (8/20).

(5) الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، دار الخير، دمشق. سوريا ط1 1419هـ/1998م، تحقيق: علي عبد الحميد أبو الخير ومحمد وهي سليمان- (342/2)؛ وينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1421هـ/2000م، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن (295/3).

(6) الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط2 1406هـ/1986م (2/7).

(7) القاري، محمد الهروي القاري، فتح باب العناية بشرح النقاية، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت. لبنان ط1 1418هـ/1997م (106/3).

2.1.2 المطلب الثاني: مشروعية القضاء وأهميته

أولاً: مشروعية القضاء وأدلته

اتفق الفقهاء على مشروعية القضاء، وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول⁽¹⁾.

أ- الكتاب

قال تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾⁽²⁾، فقد أمر الله تعالى سيدنا محمداً ﷺ

بالحكم بين الناس فيما يعرض لهم من خصومات بما أنزل عليه من الحق، وهذا هو مقصد القضاء⁽³⁾.

وقال جل ثناؤه: ﴿يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ

﴿⁽⁴⁾، وهنا أيضاً أمر من الله تعالى لنبيه داوود عليه السلام بالقضاء بين الناس بالحق⁽⁵⁾.

ب- السنة

وردت أحاديث عديدة تتحدث عن تولي النبي ﷺ القضاء بنفسه، أو توكيله الصحابة به ومن ذلك حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها: "أَنَّهُ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ، وَكَانَ أَنْفَقَ عَلَيْهَا نَفَقَةً دُونَ⁽⁶⁾، فَلَمَّا رَأَتْ ذَلِكَ قَالَتْ: وَاللَّهِ لأُعْلِمَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَإِذَا كَانَ لِي نَفَقَةٌ أَخَذْتُ الَّذِي يُصْلِحُنِي، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لِي نَفَقَةٌ لَمْ أَخُذْ مِنْهُ شَيْئًا، قَالَتْ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «لَا نَفَقَةَ لَكَ وَلَا سُكْنَى»⁽⁷⁾، فقد تولى النبي ﷺ القضاء هنا، وحكم على فاطمة بعدم النفقة لها، وتولية يدل على مشروعيته.

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (2/7)؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، طباعة ذات السلاسل الكويت ط2 1404هـ/1983م. (مادة: قضاء)؛ محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام، دار الفكر، دمشق. سوريا ط1 1415هـ/1995م (ص29-30).

(2) المائة: ٤٩

(3) ينظر: الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ط1 1420هـ/2000م، تحقيق: أحمد محمد شاكر (392/10)؛ السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار هجر، الجيزة، مصر. د. ط1 1424هـ/2003م (345/5).

(4) ص: ٢٦

(5) ينظر: الطبري، تفسير الطبري (189/21)؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (212/6).

(6) الدون: هو الشيء الرديء الحقير، أي أنفق عليها نفقة قليلة لا تكفيها * ينظر: النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن حجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ط2 1392هـ (99/10) - الرازي، مختار الصحاح (مادة: دون).

(7) صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب 6 حديث 3771.

وحديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه: "أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ، وَتَدْبِي لَهُ سِقَاءً، وَحَجَرِي لَهُ حِوَاءٌ، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي، فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»⁽¹⁾. وهذا اشتغال منه ﷺ بالقضاء، وفيه دليل ظاهر على مشروعيته.

ومن ولاهم النبي ﷺ القضاء من الصحابة علي بن أبي طالب، ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما: فعن علي رضي الله عنه قال: "بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ تُرْسِلُنِي، وَأَنَا حَدِيثُ الْبَيْتِ، وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟! فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ، وَيُثَبِّتَ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخِرِ، كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ أَحْرَى بِكَ أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ». قَالَ، فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا، أَوْ مَا شَكَّكَتُ فِي قَضَائِهِ بَعْدُ"⁽²⁾.

وورد عن معاذ بن جبل رضي الله عنه: "أَنَّهُ لَمَّا أَرَادَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَبْعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ». قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ «فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ». قَالَ: فَيُسْنَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ». قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو⁽³⁾. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ، وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللَّهِ»⁽⁴⁾.

ومن هذه الأحاديث يتبين أن النبي ﷺ تولى القضاء بنفسه، وولاه عددًا من الصحابة، وهذا يدل على مشروعيته.

(1) أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة العلمية، كتاب الطلاق، باب 35 حديث 2278؛ أحمد بن حنبل، المسند، مؤسسة الرسالة، ط 1/ 1421هـ-2001م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط -عادل مرشد، (310/11)؛ الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین وبذیلہ تلخیصالذهبی، دار المعرفة، بيروت، لبنان، إشراف: يوسف مرعشلي (207/2)؛ البيهقي، أحمد بن الحسين الخراساني أبو بكر، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1424/3هـ-2003م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، (7/8) * قال الحاكم "صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، وعلق الذهبي بقوله: "صحيح" ينظر: الحاكم والذهبي المستدرک مع تلخيصه (207/2)؛ وينظر أيضًا: الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني، سبل السلام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة. مصر ط 4/ 1379هـ-1960م (227/2).

(2) أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب 6، حديث 3582؛ أحمد بن حنبل، المسند، (421/2) * قال الحاكم: "صحيح الإسناد ولم يخرجاه" وتبعه الذهبي بذلك، ينظر: المستدرک وتلخيصالذهبی (135/3)؛ الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة. المملكة العربية السعودية د. ط. د. ت. تحقيق: محمد عوامة. (61/4).

(3) أي أبذل طاقتي في الاجتهاد، ولا أقصر فيه، ولا أترك بلوغ الوسع فيه. * ينظر: أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية ط 2/ 1388هـ-1968م (451/9-452).

(4) أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب 11، حديث 3592؛ سنن الترمذي، أبواب الأحكام، باب 3، حديث 1327؛ البيهقي، السنن الكبرى، (195/10) - * قال الترمذي: "هذا حديث لا نعرفه، إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل". ينظر: الزيلعي، نصب الرأية (63/4)، ولكن يصحح هذا الحديث قبول الأمة له ولا تجتمع الأمة على خطأ كما أورد الخطيب البغدادي هذا الحديث مثلاً لما صححه قبول الأمة له عند حديثه عن أصول الفقه في كتابه الفقيه والمتفقه فقال: "الكلام في الأصل الثالث من أصول الفقه وهو: إجماع المجتهدين، إجماع أهل الاجتهاد في كل عصر حجة من حجج الشرع ودليل من أدلة الأحكام، مقطوع على متغيره، ولا يجوز أن تجتمع الأمة على الخطأ"؛ وبالتالي يحكم بناءً على قبول الأمة لهذا الحديث بصحته وصحة اعتماده دليلاً صحيحاً في الأحكام الفقهية، والله أعلم. ينظر: أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي، الفقيه والمتفقه، دار ابن الجوزي، السعودية ط 2/ 1421هـ، تحقيق: عادل بن يوسف الغرازي (ص 397-398).

ج- الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية القضاء من عهد النبي ﷺ إلى وقتنا الراهن، حيث تولاه الخلفاء الراشدون ﷺ، وولوه غيرهم، فقد تولاه أبو بكر ﷺ وولاه عمر ﷺ وتولاه علي بن أبي طالب وأبو موسى الأشعري ﷺ، كذا لم يمرَّ عصر إلا وكان فيه القضاء معمولًا به، ولم يرد أن أحدًا عارضه.

وقد نقل الإجماع علماء كثر منهم الخطيب الشربيني إذ قال: "والإجماع منعقدٌ على فعله سلفًا وخلفًا"⁽¹⁾، وكذا ابن قدامة إذ قال: "وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القاضي، والحكم بين الناس"⁽²⁾.

د- المَقُول

الإنسان اجتماعي بطبعه، ويعيش في جماعة، وهو في الوقت ذاته مفطور على حب نفسه، والطمع والجشع والاستئثار بالحقوق، فهو يطمع لنفسه ويشح في حقوق غيره هذا إن لم يعتد عليه، يقول الخطيب الشربيني: "إن طباع البشر مجبولة على التظالم ومنع الحقوق وقل من ينصف نفسه"⁽³⁾ وعن هذا عبر أبو الطيب المتنبي في قوله:

وَالظَّلْمُ مِنْ شَيْمِ النَّفْسِ فَإِنْ تَجَدَّ ذَا عِقَّةٍ فَلِعَلَّةٍ لَا يَظْلَمُ⁽⁴⁾

ولهذا يفرض العقل وجود سلطة تكفل التوازن بين حب الإنسان لنفسه، وأدائه حقوق مجتمعه أو من يعيش معه ضمن حدود الشرع، وهذه السلطة تتجلى في القضاء، فهو أمر مطلوب ولازم عقلاً؛ حتى يضمن الاستقرار في المجتمعات والدول⁽⁵⁾.

ثانيًا: أهمية القضاء

القضاء بالحق من أشرف العبادات وأهمها، وتتجلى أهميته في نقاط عدة أوجزها بالآتي:

ما من نبي من الأنبياء إلا وأمره الله تعالى به، فقد أثبت لآدم عليه السلام اسم الخليفة، فقال: ﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾⁽⁶⁾ وأمر نبينا ﷺ بالقضاء بين الناس فقال: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ

(1) الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت. لبنان ط1 1418هـ / 1997م. تحقيق: محمد خليل عيتاني (498/4).

(2) ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، الرياض. المملكة العربية السعودية ط3 1417هـ / 1997م. تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح حلو (5/14)، وينظر: الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام (ص29).

(3) الشربيني، مغني المحتاج (498/4).

(4) هذا البيت من قصيدة للمتنبي قالها في هجاء إسحاق بن الأعرور قال في مطلعها:

لهوى النفوس سريرة لا تعلم عرضًا نظرت وخلت أني أسلم.

(5) ينظر: محمد الزحيلي، تاريخ القضاء (ص29-30).

(6) البقرة: 30

بِمَا أُنْزَلَ اللَّهُ⁽¹⁾، وقال أيضًا لداود عليه السلام: «يَدَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»⁽²⁾.

وما يدل على تعظيم هذا المنصب وأهميته؛ أن جعله النبي ﷺ من النعم التي يجوز الحسد فيها، فقال ﷺ: «لَا حَسَدَ إِلَّا فِي اثْنَتَيْنِ رَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ مَالًا فَسَلَّطَ عَلَى هَلَكْتِهِ فِي الْحَقِّ وَرَجُلٌ آتَاهُ اللَّهُ الْحِكْمَةَ فَهُوَ يَقْضِي بَيْنَ أَهْلِهَا»⁽³⁾.
القضاء مطلب مهم من مطالب الحياة؛ إذ فيه الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ورد المظالم إلى أهلها؛ فالنفس البشرية مجبولة على التظلم ومنع الحقوق، وقليل من الناس من ينصف الآخرين منه، فلا بد إداً من سلطة أقوى ترد المظالم إلى أهلها، وتكف الظالم وتنصر المظلوم، وتقطع الخصومات بين الناس، والإمام لا يقدر على ذلك بنفسه؛ فدعت الحاجة إلى تولية القضاء ونصب القضاة⁽⁴⁾.

القضاء ركن من أركان الدولة المتينة، وجزء مهم من مقومات المجتمع، وعليه مسؤولية حماية المواطنين وممتلكاتهم، وأموال الدولة والحقوق العامة في المجتمع، وكذا كفالة تطبيق الأنظمة والأحكام، وتأمين الطمأنينة والهدوء والسلام بالعدل في المجتمع⁽⁵⁾.

القضاء رمز لسيادة الأمم، ودليل استقلال الشعوب، والأمة التي لا قضاء فيها لا حق ولا عدل فيها، وبانتفاؤها تقول إلى التدهور والسقوط؛ إذ تاريخ كل أمة ومجدها مرتبط بتاريخ القضاء فيها، والحفاظ على العدل والأمان بين مواطنيها⁽⁶⁾.

(1) المائة: 49

(2) ص: 26

(3) متفق عليه -واللفظ للبخاري- من رواية عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب 15، حديث 73؛ صحيح مسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب 47، حديث 268.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط (53/16)؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (342/2)؛ السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، مؤسسة الرسالة، بيروت. لبنان ودار الفرقان، عمان. الأردن ط2 1404هـ/ 1984م تحقيق: صلاح الدين الناهي (51/1)؛ محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام (ص15-16).

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط، (53/16)؛ الموصلي، الاختيار لتعليل المختار (342/2)؛ السمناني، روضة القضاة وطريق النجاة، (51/1)؛ محمد الزحيلي، تاريخ القضاء في الإسلام (ص15-16).

(6) المصادر السابقة.

2.1.3 المطلب الثالث: الحكم التكليفي للقضاء

في المطلب السابق تبينت أهمية القضاء وضرورته في الحياة؛ إذ به الحفاظ على العدل، والحرص على حقوق الناس، وهي أمور حث عليها الدين الحنيف، ويمكن لأفراد من المجتمع العناية بها وتحقيقها، ومن هذا المنطلق شرع لنا الشارع سبحانه القضاء، وجعل إقامته فرضاً على الأمة الإسلامية، وهو فرض كفاية⁽¹⁾ إن قام به البعض سقط عن الباقين، وإذا لم يقم به أحد أثم الجميع⁽²⁾.

أما فرضيته؛ فلقوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ؕ أَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾⁽³⁾ فالله تعالى أمر المؤمنين بالعدل، وإنصاف المظلومين⁽⁴⁾، وكذلك مدحهم بأنهم يأمرون بالمعروف، وينهون عن المنكر، والقضاء هو السبيل الأقوى لإقامة الحق، وكف الظالم عن ظلمه، وإيصال الحق لأهله⁽⁵⁾.
وأما أنه على الكفاية، فلأنه أمرٌ بالمعروف ونهي عن المنكر، وهذا على الكفاية، يستطيع القيام به بعض الصالحين له، فإن قام به البعض سقط عن الباقين، وإن امتنع عنه جميع الصالحين له أثموا جميعاً. وذكر النووي (ت676هـ) الإجماع على ذلك فقال: "القضاء والإمامة فرض كفاية بالإجماع، فإن قام به من يصلح سقط الفرض عن الباقين، وإن امتنع الجميع أثموا"⁽⁶⁾.

(1) الفرق بين فرض الكفاية وفرض العين هو قصد الشارع من الفرض: ففرض العين القصد منه امتحان جميع المكلفين به فهو منظور به إلى عين فاعله كالصلاة والصيام، بينما فرض الكفاية القصد منه أداء عين الفرض دون النظر إلى ذات فاعله فالمهم إقامة الفرض لما يترتب عليه من مصلحة دينية أو دنيوية للمسلمين كصلاة الجنازة والاشتغال بعلوم الشرع وتولي القضاء والافتاء. ينظر: أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي، **المنثور في القواعد الفقهية**، وزارة الأوقاف الكويتية، ط2 1405هـ/ 1985م (33/3) - **الموسوعة الفقهية الكويتية** (مادة: فرض).

(2) ينظر: السمرقندي، علاء الدين السمرقندي، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1405هـ/ 1984م. (369/3) - الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، **تبين الحقائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتب الإسلامي، القاهرة. مصر د. ط1313هـ (4/178) - **الموسوعة الكويتية** (مادة قضاء).

(3) المائدة: 8

(4) ينظر: القرطبي، تفسير القرطبي (6/109).

(5) ينظر: القرطبي، تفسير القرطبي (4/170).

(6) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية طبعة خاصة 1423هـ / 2003م تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض (8/79-80).

وفرض الكفاية هو الحكم الأصلي للقضاء، ولكن قد يتغير هذا الحكم حسب حال المطلوب منه، فهو⁽¹⁾ واجب: وذلك عندما يُطلب من الصالح له، ولا يوجد في البلد غيره قادر عليه؛ لأنه إذا لم يفعل أدى إلى تضييع الحكم فيكون قبوله أمراً بالمعروف ونهيًا عن المنكر وإنصافاً للمظلوم من الظالم.

مندوب: وذلك عندما يُطلب من الصالح له، وفي البلد غيره قادر عليه، لكنه أفضل منه.

مباح: وذلك عندما يطلب من الصالح له وفي البلد غيره مثله⁽²⁾.

مكروه: وذلك عندما يقصد منه الاستعلاء على الناس، وطلب الوجاهة، أو كان غيره أولى منه بالقضاء.

مكروه تحريماً: وذلك عندما يظن أنه قد يجور بالحكم، أو يرى في نفسه العجز عن سماع دعاوى جميع الخصوم⁽³⁾.

حرام: وذلك إن كان جاهلاً ليس له أهلية القضاء، أو كان يعلم من نفسه العجز عن إقامة وظائفه، أو كان قصده الانتقام من أعدائه، أو أخذ الرشوة، أو أراد الحصول عليه بالرشوة.

وفي حال كون تولي القضاء مندوب أو مباح فإنه لا ينبغي للرجل طلبه لا بقلبه ولا بلسانه⁽⁴⁾، لقول النبي ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة⁽⁵⁾: «يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَمُرَةَ لَا تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ فَإِنَّكَ إِنْ أُوتِيَتْهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكَلِمَةٍ إِلَيْهَا وَإِنْ أُوتِيَتْهَا مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا»⁽⁵⁾.

فمن طلب القضاء اعتمد على فقهه وورعه وذكائه فصار مُعْجَبًا، فيوكل إلى نفسه وعلمه فلا يُلْهِمُ الرُّشْدَ، ويُحْرِمُ التوفيق؛ وبالتالي خاب وخسر، وأما من سُئِلَ القضاء دون طلبه، فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل عليه فيوفقه الله جل ثناؤه⁽⁶⁾، قال سبحانه: ﴿وَمَنْ يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ﴾⁽⁷⁾.

(1) ينظر: العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني، **البنية في شرح الهداية**، دار الفكر، بيروت. لبنان ط 2 1411 هـ / 1990 م، تعليق: المولوي محمد عمر ناصر الإسلام الرامفوري (4/8)؛ شيعي زادة، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبلي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان ط 1 - 1419 هـ - 1998 م، تحقيق: خليل عمران المنصور. (211/3)؛ ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين** (40/8 وما بعدها).

(2) في هذه الحالة وسابقتها اختلف أئمة الحنفية هل التولي أفضل أم الامتناع؟ وسيأتي تفصيل الحكم في المطلب الآتي.

(3) هذه الحالة خاصة عند الحنفية؛ إذ لا توجد الكراهة التحريمية عند الجمهور، وبما أن هدف البحث الأول هو المذهب الحنفي؛ ذكرت جميع الأحوال المذكورة عندهم.

(4) ينظر: أبو بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني، **الجوهرة النيرة على مختصر القدوري**، مكتبة حقانية، باكستان، د. ط 1301 هـ. (342/2)؛ القاري، **فتح باب العناية** (108/3) - عبد الغني الغنيمي الميداني، **اللباب شرح أدب الكتاب**، مكتبة العلم الحديث ط 1 1423 هـ / 2002 م. تحقيق: عبد الكريم عطا (ص 587)؛ **الموسوعة الكويتية** (مادة قضاء).

(5) متفق عليه - واللفظ للبخاري - من رواية عبد الرحمن بن سمرة⁽⁶⁾؛ صحيح البخاري، **كتاب الأحكام**، باب 6، حديث 6747؛ صحيح مسلم، **كتاب الإمارة**، باب 3، حديث: 3489.

(6) ينظر: الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري، **شرح أدب القاضي**، مطبعة الإرشاد، بغداد. العراق ط 1 1397 هـ / 1977 م، تحقيق: محيي هلال السرحان. (154/1).

(7) الطلاق: 3

وأما لو تعين على الرجل القضاء، فهنا يجب عليه طلبه، صيانة لحقوق ومصالح المسلمين، ودفعًا لظلم الظالمين، وأما بذل المال لينال به القضاء في هذه الحالة فذكر ابن عابدين أنه لم يجد حكمًا لهذه المسألة، ولكنه أضاف أنه ينبغي أن يحل له ذلك، كما يحل له طلبه هنا⁽¹⁾.



⁽¹⁾ ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (40/8).

2.1.4 المطلب الرابع: حكم طلب القضاء وتوليّه اختيارًا

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

تبين في المطلب السابق أنه لو عُرض على الرجل تولي القضاء والدخول فيه، وكان لا يوجد غيره قادرًا عليه فعليه قبوله، وإن كان يعلم من نفسه عدم القدرة عليه فلا يجوز أن يقبله، وأما إن كان قادرًا عليه وفي البلد مثله، فهل له قبوله دون إكراه، وبعبارة أخرى هل يجوز له الدخول فيه باختياره؟
اختلف أئمة الحنفية في الإجابة على هذا السؤال، وفيما يلي عرض أقوالهم وأدلتهم ومناقشتها

ثانيًا: أقوال أئمة المذهب

ذكر شراح المذهب، أن الدخول في القضاء دون إكراه فيه قولان في المذهب، أولهما أنه يجوز للمطلوب منه القضاء الدخول في القضاء وتوليّه باختياره ودون إكراه عليه، وثانيهما أنه لا يجوز له الدخول فيه باختياره ولا بد أن يُكره عليه حتى يقبله.

ومن استقراء أقوال وأحوال أئمة الحنفية، نجد أن القاضي أبا يوسف هو من قال بجواز الدخول فيه وتوليّه دون إكراه، مُخَالِفًا بذلك الأمامَ أبا حنيفة الذي رفض الدُّخول فيه؛ إذ أورد الكمال بن الهمام (ت861هـ) قصّةً عن موقف الإمامين من الدخول في القضاء فقال "وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال: البحر عميق فكيف أعبر بالسباحة؟ فقال أبو يوسف: البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم، فقال أبو حنيفة: كأني بك قاضيًا"⁽¹⁾، وقد استلم القاضي أبو يوسف القضاء لثلاثة خلفاء حتى أصبح قاضي القضاة⁽²⁾.

ووافق قول محمدٍ قول الإمام أبي حنيفة فهو أيضًا رحمه الله قُيِّدَ به نيّاً وثلاثين يوماً ليتقلّده أخيراً رغماً عنه⁽³⁾. وقال محققو المذهب في التوفيق بين القولين إنه: دخل في القضاء قوم صالحون، وامتنع عنه قوم صالحون، فمن عُرض عليه القضاء له الخيار، إن شاء دخله، وهذا رخصة له طمعاً في إقامة العدل بين الناس، وإن شاء رفضه وهذا عزمة للخوف من أن يخطئ ظنه ولا يقدر عليه أو لا يوفق به، ولا يعينه عليه أحد، والترك أولى⁽⁴⁾.

(1) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان د.ط - د.ت (363/6).

(2) ينظر: القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية (612/3).

(3) ينظر: العيني، البناية شرح الهداية (11/8)؛ القاري، فتح باب العناية (110/3)؛ الغنيمي الميداني، اللباب (587).

(4) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (161/1)؛ أبو بكر اليميني، الجوهرة النيرة (342/2)؛ ابن عابدين، الحاشية (42/8).

ثالثاً: الأدلة

يُستدل لأبي يوسف في جواز الدخول في القضاء باختياره، بالأدلة الآتية⁽¹⁾:

1- اشتغال الأنبياء والرسل والخلفاء الراشدين به باختيارهم، والقضاء نيابة عنهم وإقامة حدود الله تعالى فيجوز الدخول فيه اختياراً.

2- تولية النبي ﷺ لبعض الصحابة القضاء فقد وليّ عليّ بن أبي طالب وكذا معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري رضي الله عنهم على اليمن - وقد تقدم بعض ذلك سابقاً⁽²⁾ - ولو كان مكروهاً لما ولّاهم.

3- عن بُرَيْدَةَ بنِ حُصَيْبٍ الأسلمي رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ وَاثْنَانِ فِي النَّارِ فَأَمَّا الَّذِي فِي الْجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ»⁽³⁾ فالقاضي العادل الذي يعرف الحق ويقضي به له مرتبة عظيمة عند الله تعالى، وهذا ترغيب للقادر عليه بالدخول فيه.

4- عن عمرو بن العاص رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»⁽⁴⁾ فالقاضي الذي يجتهد ويقضي بالصواب له أجران أجر على القضاء وأجر على إصابة الحق، وإن قضى ولكن لم يُؤفَّق للصواب فله أجر القضاء فقط؛ إذا القضاء أمر ممدوح وداخله مأجور بإذن الله.

وأما دليل الطرفين أبو حنيفة ومحمد، فهو الأحاديث الواردة في الترهيب من القضاء وتوليّه، ومنها⁽⁵⁾:

1- حديث القضاة الثلاثة السابق ذكره، ووجهه أن القاضي مأمور بالقضاء بالحق والعدل وقد يظن عند توليه أنه يقضي بالحق ثم يحور في النهاية ثم هو لا يستطيع القضاء إلا بمعونة وقد يجد من يعينه وقد لا يجد.

(1) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (132/1-133).

(2) ينظر ص 34-35 من هذا البحث

(3) أبو داود، كتاب الأقضية، باب 2، حديث 3573؛ الترمذي، أبواب الأحكام، باب 1، حديث: 1322؛ ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب 3، حديث 2315 * قال الحاكم: هذا حديث تفرد به الخراسانيون، ينظر: الحاكم، أبو عبد الله النيسابوري، معرفة علوم الحديث، دار ابن حزم، بيروت. لبنان، ط 1 1424هـ/2003م (ص 323)، ونقل عنه الزيلعي أنه "صحيح على شرط مسلم" ينظر: الزيلعي، نصب الرأية (4/ 65)، لكني لم أجد هذا القول في كتب الحاكم.

(4) متفق عليه بلفظه من رواية عمرو بن العاص رضي الله عنه؛ البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب 21، حديث 7352؛ صحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب 6، حديث 1716.

(5) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (136/1 وما بعدها)؛ برهان الدين علي بن محمد المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت. لبنان د. ط، د. ت، تعليق: محمد عنان درويش. (102/2).

- 2- عن عائشة رضي الله عنها قالت: "سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَيَأْتِيَنَّ عَلَى الْقَاضِيِ الْعَدْلُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ سَاعَةً يَتَمَيَّأُ أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي تَمَرَةٍ قَطُّ»" (1)، فإذا كان هذا حال القاضي العدل فكيف الجائر.
- 3- عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ جَعَلَ قَاضِيًا فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سَكِينٍ» (2).
- وَيَبَيِّنُ الصدر الشهيد وجه الشبه بين الذبح بغير سكين وتولي القضاء فقال (3): (السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك، وأنه يؤثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يؤثر في الظاهر فإنه في الظاهر حياة وفي الباطن هلاك)
- 4- أورد الصدر الشهيد دليلاً آخر يُستدل به للطرفين فقال: "ذكر عن سليمان بن جنيد المدني قال: حدثني من سمع أبا هريرة رضي الله عنه يقول: والله ليرمين الله القضاء يوم القيامة بشرر أعظم من هضاب حسمى والمراد بالشّر هنا النار. وهي كقوله تعالى: ﴿إِنَّهَا تَرْمِي بِشَرَرٍ كَالْقَصْرِ﴾. هذا الحديث وإن قيل في تأويله: أن المراد منه الجائر، ولكن ظاهرة يتناول القضاة العادل والجائر جميعاً" (4).

رابعاً: المناقشة والترجيح

أجاب القائلون بجواز الدخول في القضاء اختياراً عن جميع هذه الأدلة، بأنها تُحمَلُ على القاضي الجائر العالم، والجاهل الذي يُقْجَمُ نفسه في هذا المنصب دون علم، أما العادل فإنها لا تشملها، بدليل تولى الأنبياء والخلفاء الراشدين له، والقاضي المقسط له أجر عظيم ألا يكفيه من الأجر أن يحبه الله تعالى، حيث قال تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ مُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (5) وقال رسول الله ﷺ: «إِنَّ الْمُقْسِطِينَ عِنْدَ اللَّهِ عَلَى مَنَابِرٍ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَنِ عَزَّ وَجَلَّ وَكَلَّمَا يَدِيهِ يَمِينُ الَّذِينَ يَعْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ وَمَا وَلَوْ» (6).

(1) أحمد بن حنبل، المسند، (11-10/41) - الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد الشامي، المعجم الأوسط، دار الحرمين، القاهرة، د.ط/د.ت، تحقيق: طارق بن عوض الله، عبد المحسن بن إبراهيم (102/3). * قال الهيثمي: "إسناده حسن" ينظر: الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحرير الحافظين: العراقي وابن حجر، دار الفكر، بيروت، لبنان د.ط 1412هـ/1992 (348/4).

(2) أبو داود، كتاب الأفضية، باب 1، حديث 3571؛ الترمذي، أبواب الأحكام، باب 1، حديث 1325؛ ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب 1، حديث 2308؛ الحاكم، المستدرک، (91/4) * قال الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، وقال الذهبي: صحيح، وقال الترمذي "حسن غريب من هذا الوجه"، ينظر: المستدرک مع تلخيصالذهبي (91/4)؛ الزيلعي، نصب الراية (64/4).

(3) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (146/1).

(4) شرح أدب القاضي (149/1)، لما بحثت عن هذا الحديث لم أجده في كتب الحديث، وإنما أورده الصدر الشهيد هنا وبسند فيه مُبْهِمٌ؛ فلذا أثرت عدم اعتماده دليلاً في متن البحث والاكتفاء بالتنبيه عليه هنا فقط.

(5) المائة: 42

(6) مسلم، كتاب الإمارة، باب 5، حديث: 1827.

كما يُجَابُ عن حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «مَنْ جُعِلَ عَلَى الْقَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ» بما نقله ابن فرحون اليعمري (ت799هـ) في تبصرة الحكام عن بعض أهل العلم بأن: (هذا الحديث دليل على شرف القضاء وعظيم منزلته، وأن المتولي له مجاهد لنفسه وهواه، وهو دليل على فضيلة من قضى بالحق؛ إذ جعله ذبيح الحق امتحاناً، لتعظم له المثوبة امتناناً، فالقاضي لما استسلم لحكم الله، وصبر على مخالفة الأقارب والأباعد في خصوصاتها، فلم تأخذه في الله تعالى لومة لائم حتى قادهم إلى مر الحق وكلمة العدل، وكفهم عن دواعي الهوى والعناد؛ فجعل ذبيح الحق لله، وبلغ به حال الشهداء الذين لهم الجنة)⁽¹⁾.

الناظر في كلا القولين يجد أن الإمام أبا حنيفة آثر درء المفسدة التي قد تحصل من تولي القضاء والابتعاد عنه وتوافق هذا الاختيار المادة ثلاثون من مواد مجلة الأحكام القائلة بأن "درء المفاصد أولى من جلب المنافع"، فدرء المفاصد التي قد تحصل من تولي القضاء أولى من جلب المنافع الحاصلة منه، بينما القاضي أبو يوسف ذهب إلى اختيار تولي القضاء وعدم النظر لمفاصد يُتوهم حصولها بسبب القضاء وهذا ما دلّ عليه قوله "البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم"، وبالنظر لمجلة الأحكام العدلية نجد أنها نصت في المادة الرابعة والسبعين أنه: "لا عبرة للتوهم" فالأصل أن العالم لا يستلم القضاء إلا إن وجد في نفسه أهلية توليه وفي هذه الحالة يكون توقع ظلمه أو حكمه بغير العدل هو توهم لا يُبنى عليه.

ومع ذلك نرى أن في هذا الزمن وقد ضعفت النفوس، وقلّ الإيمان في القلوب، وبات توقع العدول عن الحق يصل لمرحلة الظن وليس مجرد وهم، فإن الأولى بالمرء عدم الدخول في القضاء؛ خشيةً على نفسه من الانحراف عن الحق، إلا إن تعين عليه بأن لم يوجد غيره أهل له فيجب عليه توليه؛ لأنه أصبح فرضاً عليه، أو كان متيقناً من نفسه القدرة عليه وتوليه وعدم الانحراف به؛ حرصاً على مصالح المسلمين، ومنعاً لترك فراغ يسمح بدخول الفاسدين فيه. والله أعلم.

خامساً، فائدة: رأي الجمهور

وافقت أقوال الأئمة الثلاثة -مالك والشافعي وأحمد بن حنبل- في هذه المسألة قول الطرفين -أبي حنيفة ومحمد-، فقال المالكية والحنابلة بكراهة دخول القضاء اختياراً مطلقاً، وقيد الشافعية الكراهة في حال لم يكن محتاجاً لتوليه؛

(1) ابن فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، 1422هـ / 2001م، تحقيق: جمال مرعشلي (11/1)

بأن ينشر علمه أو يأخذ كفايته من المال⁽¹⁾.

حيث قال الدسوقي (ت1230هـ)، في حاشيته على الشرح الكبير: (وإن لم يتعين عليه القضاء؛ ... فإنه لا يلزمه القبول ولا الطلب)⁽²⁾.

وقال النووي (ت676هـ) في الروضة عند حديثه عن تولي القضاء وطلبه: (وأما إذا كان هناك مثله، فله القبول ولا يلزمه على الأصح، فرمما قام به غيره، وأما الطلب فإن كان خامل الذكر⁽³⁾ ولو تولى اشتهر وانتفع الناس بعلمه؛ استحب له الطلب على الصحيح، وقال القفال لا يستحب، وإن كان مشهورا ينتفع الناس بعلمه فإن لم يكن له كفاية ولو ولي حصلت كفايته من بيت المال قال الأكثرون يستحب، وقيل لا يستحب ولا يكره، وإن كان له كفاية فالصحيح أن الطلب مكروه، وقيل الأولى تركه، ثم كما يكره الطلب والحالة هذه يكره القبول ولو ولي بلا طلب)⁽⁴⁾. وقال ابن قدامة (ت682هـ) في الشرح الكبير: (فظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفي تركه السلامة)⁽⁵⁾.

وأدلة الجمهور كأدلة الطرفين فلا حاجة لتكرارها.

(1) ينظر: محمد بن عبد الله الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1417 هـ / 1997م، تحقيق الشيخ زكريا عميرات (475/7)؛ شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1417 هـ/1996م تحقيق: محمد عبد الله شاهين (5/6) - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1 1414 هـ/1994م تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود (11/16)؛ عبد الحميد الشرواني، وأحمد قاسم العبادي، حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ط1 1416 هـ/1996م. (7/13)؛ ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، دار هجر الجيزة. مصر ط1 1417 هـ / 1996م، تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي {مطبوع معه المقنع والإنصاف} (262/28)؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1418 هـ/1997م تحقيق: محمد حسن إدريس (149/7).

(2) الدسوقي، الحاشية (5/6).

(3) أي غير مشهور، ينظر: الرازي، مختار الصحاح (مادة: حمل) - ابن منظور، لسان العرب (مادة: حمل).

(4) النووي، روضة الطالبين (81/8).

(5) ابن قدامة، الشرح الكبير (262/28).

2.2 المبحث الثاني: أحوال القضاء

2.2.1 المطلب الأول: قضاء القاضي بخلاف مذهبه

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف فيها

لو عرضت على القاضي مسألة ما وسمع قول الطرفين فيها وبحث في أدلتها بشكل تام، وجب عليه أن يقضي فيها بالحكم الذي يثبت عنده أنه حكم الله تعالى، إما قطعاً - بأن كان عليه دليل قطعي وهو النص المفسر⁽¹⁾ من الكتاب أو السنة المتواترة أو المشهورة أو الإجماع - أو ظاهراً - بأن أقام عليه دليلاً ظاهراً يوجب علم غالب الرأي وأكثر الظن، وهو ظاهر الكتاب والسنة - ولو خبر واحد - والقياس في المسائل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقهاء، أو التي لا رواية فيها عن السلف، فلو قضى بخلاف ما قام الدليل القطعي عليه فهو باطل ولم يجوز، وكذا لو قضى في موضع الاختلاف بما هو خارج عن أقوال الفقهاء لم يجوز؛ فالحق لا يعدوهم⁽²⁾.

وإن كانت المسألة خلافية، أو ليس فيها حكم منقول عن السلف، فينظر إن كان الحاكم حكم بما وأخذ فيها بقول محدد وجب عليه الحكم به وإن كان خلاف رأيه؛ إذ حكم الحاكم يرفع الخلاف⁽³⁾، وإن لم يكن بما حكم من الحاكم، فالأفضل له ألا يصدر حكمه فيها مباشرة، بل يترث ويستشير فقهاء البلدة فيها، فإن اجتمع رأي الفقهاء على حكم وكان بخلاف رأيه؛ كتب إلى غيرهم وشاورهم؛ فالمشورة من الغائب بالكتاب كالمشورة من الحاضر بالخطاب⁽⁴⁾، فإن وافق رأيهم رأيه قضى به، وإن خالف قضى برأيه⁽⁵⁾.

وإن حكم القاضي برأيه غيره، كما لو كان مجتهداً فلم يجتهد بالمسألة وحكم بقول مجتهد آخر، أو اجتهد فيها ولكنه لم يأخذ برأيه وإنما أخذ برأي مجتهد آخر أفقه منه، وكان رأي الآخر خلاف مذهبه، أو كان مُقِلِّدًا فحكم بخلاف مذهب إمامه، فهل يصح قضاؤه ويعتبر نافذاً؟

(1) المفسر من دلالة الألفاظ الواضحة عن الحنفية وهو عندهم قطعي الدلالة بعد انقطاع احتمال نسخه بوفاة النبي ﷺ، ويُقابله النص عند الجمهور. ينظر: الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق، سوريا ط2-1427هـ / 2006 م (98/2).

(2) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المطبعة العلمية، ط1 د.ت (277/6).

(3) القرافي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، د.ط/ د.ت (الفرق السابع والسبعون) (103/2).

(4) نصالقاعدة " الكتاب كالخطاب " مجلة الأحكام العدلية (المادة: 69).

(5) ينظر: المصدر نفسه؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (370/3)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (194/1-195)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (33/8).

ثانيًا: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف في هذه المسألة إلى بطلان قضاء القاضي وعدم نفاذه مطلقًا، سواء قضى بذلك ناسيًا أو عامدًا، ووافق محمدًا أبا يوسف في هذا المذهب.

وأما مذهب الإمام أبي حنيفة، فهو نفاذ قضاؤه إن قضى بخلاف مذهبه خطأً أو نسيانًا، وإن كان عمدًا فينفذ في رواية، ولا ينفذ في أخرى، والمعتمد المنقول نفاذه فيها⁽¹⁾.

وعند النظر في ترجيح محققي الحنفية بين القولين نجد أنهم اختلفوا فيه، حيث رجّح قولهما المرغيناني (ت593هـ)، والكمال بن الهمام (ت861هـ)، وملا علي القاري (ت1014هـ)، وشيخي زادة (ت1087هـ)، وكذا رجّحه ابن عابدين (ت1252هـ) في حاشيته⁽²⁾، كما رجح قول الإمام كل من الفرغاني (ت592هـ) في فتاوى قاضيهان، والصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى كما نقل عنه ابن نجيم (ت970هـ) في البحر الرائق⁽³⁾.

ولابن نجيم كلام جميل في التوفيق بين القولين حيث قال:

"والحق في هذه المسألة أن القاضي إذا حكم على خلاف مذهبه فإن كان متوهمًا أنه على وفقه -فهو- باطل يجب نقضه وإن وافق مجتهدًا فيه وإن كان معتمدًا مذهب غيره فإنه لا ينقض وهذا التفصيل متعين في حكام زماننا. فإنهم لا يعتمدون في أحكامهم على الاجتهاد لا مطلقًا ولا مقيدًا لكونهم مقلّدين فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع بكونه منهم خطأً فينقض"⁽⁴⁾.

ثالثًا: الأدلة

دليل وجوب قضاء القاضي بالحق الظاهر له؛ ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه "أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعثه إلى اليمن قال: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟». قَالَ أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ. قَالَ «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟». قَالَ فَيُسْنَةُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي كِتَابِ اللَّهِ؟». قَالَ أَجْتَهُدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو. فَضَرَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَدْرَهُ وَقَالَ «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لِمَا يُرْضَى رَسُولَ اللَّهِ»⁽⁵⁾، وأما الأمر بالمشورة

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية (207/3)؛ منلا خسرو محمد بن فراموز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، المطبعة العامة الشرفية في مصرخان أبي طاقية د. ط 1304 هـ (410/2)؛ ابن عابدين، الحاشية (33/8).

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية (107/2)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (397/6)؛ القاري، فتح باب العناية (120/3)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (238/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (97/8).

(3) ينظر: فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني، فتاوى قاضيهان، مخطوط من مطبعة العيسوي 1835 م (302/3)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (9/7).

(4) ابن نجيم، البحر الرائق (9/7).

(5) سبق تحريجه، ينظر ص 31

فدليله قوله تعالى: ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ بَيْنَهُمْ﴾⁽¹⁾

استدل صاحبان على عدم نفاذ قضاء القاضي إن كان بخلاف رأيه بالأدلة الآتية:

1- قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ

عَنْ بَعْضِ مَا أَنزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ﴾⁽²⁾ فالقاضي مأمور بالحكم بما أنزل الله، واتباعه رأي غيره اتباع لما يعتقد أنه غير حكم الله وهذا باطل⁽³⁾.

2- أنه قضى بما هو خطأ عنده، فلا يصح قضاؤه بما يعتقد أنه باطل، والقضاء بالبطل عبث لا يعتبر، كمن اشتبعت عليه القبلة، فوقع تحريه إلى اتجاه ثم صلى إلى غيره، فصلاته باطلة ولو أصاب الجهة الصحيحة لاعتقاده بطلان عمله⁽⁴⁾.

3- التارك لمذهبه عمداً لا يتركه إلا لهوى باطل لا لقصد حسن، وإن كان ناسياً فالمقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره إن كان مجتهداً، وإن لم يكن مجتهداً ليحكم بمذهب مقلده من الأئمة الفقهاء، فهو مقيد به ولا يملك مخالفته، وبمخالفته يكون معزولاً بالنسبة إلى هذا الحكم⁽⁵⁾.

4- ويُستدل لهم أيضاً بأن التزام القاضي بالقضاء في الرأي الذي تبناه، ينفي عنه التهمة في الجور في القضاء، ومحاباة أحد الخصوم، وبذلك يرضى الخصوم بحكمه سواء المحكوم له أو عليه⁽⁶⁾. واستدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله بالآتي:

1- قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ﴾

⁽⁷⁾ فالقاضي مأمور بالمشورة، وقد تقع على خلاف رأيه، ويجب عليه الأخذ بها⁽⁸⁾.

(1) الشورى: 38

(2) المائدة: 49

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (74/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (196/1-197)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (396/6-397)؛ شيعي زادة، مجمع الأثر (238/3)؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (301/3).

(4) المصادر السابقة.

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط (74/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (196/1-197)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (396/6-397)؛ شيعي زادة، مجمع الأثر (238/3)؛ الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية (301/3).

(6) ينظر: الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار ابن قتيبة، الكويت، ط2 1409هـ/1989م، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي. (91).

(7) آل عمران: 159

(8) ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية (91).

2- النسيان غالب على الإنسان، وخصوصاً عند تزامم الحوادث، والقاضي بذلك معذور إن نسي مذهبه، وقضى بمذهب غيره فينفذ قضاؤه، والنسيان عذر بدليل قوله ﷺ «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُتْيِ الْخَطَأِ وَالنَّسْيَانِ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»⁽¹⁾.

3- مذهب الغير ليس خطأً بيقين؛ لأن رأيه صحيح يحتمل الخطأ - وإن كان الظاهر عنده الصواب - ورأي غيره خطأً يحتمل الصواب - وإن كان الظاهر عنده الخطأ - فليس أحدهما خطأً بيقين، فكان حاصله قضاء في محلٍ مُجْتَهَدٍ فيه فينفذ⁽²⁾.

4- القاضي المجتهد إن حكم بخلاف مذهبه لا يصدق عليه النسيان، بل يحمل على أنه اجتهد فأدى اجتهاده إلى مذهب خصمه فقضى به، فيكون قضاؤه باجتهاده فيصح⁽³⁾.

5- قضاء القاضي بحكم من هو أفقه منه صحيح؛ لأنهما قولان متساويان وقد ترجح أحدهما لزيادة فقهه وعلمه فهو أقرب إلى الصواب، وقضاء القاضي به لترجحه صحيح⁽⁴⁾.

رابعاً: المناقشة والترجيح

إن الناظر في قول الإمام وقول صاحبين يجد أن الإمام قال بصحة قضاء القاضي بخلاف مذهبه اعتماداً على حسن الظن بالقاضي وما مجبل عليه الإنسان من النسيان، بينما اعتمد صاحبان سد ذريعة تهمه القاضي فقالوا بوجود قضائه بمذهبه وإلا تعرض للتهمة وللقضاء بهوى نفسه، وأجابوا عن أدلة الإمام بالآتي⁽⁵⁾:

1- القاضي مقصر؛ لأنه يمكنه حفظ مذهب نفسه، وإذا لم يحفظ فقد قصر، والمقصر غير معذور، وبذلك لا يعتبر النسيان عذراً.

2- القاضي مأمور بالعمل بمقتضى ظنه، وعمله هنا ليس إلا قضاؤه، فهو غير مأمور بتحري اليقين الحق لأنه يتعذر عليه ذلك.

(1) ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب 16، حديث 2045؛ الحاكم، المستدرك، كتاب الطلاق، حديث 2801؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الإقرار، باب 3، حديث 11236. *قال الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، وكذا قال الذهبي ينظر: المستدرك وتلخيصالذهبي عليه (198/2)؛ الزيلعي، نصب الراية (64/2).

(2) ينظر: الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية (91).

(3) ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب 16، حديث 2045؛ الحاكم، المستدرك، كتاب الطلاق، حديث 2801؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الإقرار، باب 3، حديث 11236. *قال الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، وكذا قال الذهبي ينظر: المستدرك وتلخيصالذهبي عليه (198/2)؛ الزيلعي، نصب الراية (64/2).

(4) ابن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب 16، حديث 2045؛ الحاكم، المستدرك، كتاب الطلاق، حديث 2801؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الإقرار، باب 3، حديث 11236. *قال الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه"، وكذا قال الذهبي ينظر: المستدرك وتلخيصالذهبي عليه (198/2)؛ الزيلعي، نصب الراية (64/2).

(5) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (196/1-197)؛ الكاساني؛ بدائع الصنائع (5/4/7)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (397/6)؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق. سوريا ط2 1405هـ/1985م (489/6).

3- كون أحد المجتهدين أفقه من الآخر لا يصلح مرجحاً؛ لأنه ليس من جنس الدليل الذي يُستند إليه في استنباط الحكم.

ولو أردنا ربط أقوال أئمة المذهب بقواعد مجلة الأحكام العدلية لوجدنا أن قول الصاحبين تدعمه مواد المجلة بشكل كبير ومن هذه المواد:

"اليقين لا يزول بالشك" (المادة 4)؛ فصحة رأي القاضي عنده بمثابة اليقين الذي لا يزول بالشك في صحة رأي مخالفه، فلا يترك قوله ليقضي بقول مخالفه إلا إن أراد اتباع الهوى.

"الاجتهاد لا يُنقض بمثله" (المادة 16)؛ فلا يمكن للقاضي نقض اجتهاده وتركه للحكم باجتهاد مجتهد آخر.

أما قول الإمام فيمكن أن نستدل له بمواد من المجلة مثل:

"الأمر بمقاصدها" (المادة 2) والقاضي قصد تحري الحق وقد قاده هذا التحري إلى ترك اجتهاده والاعتماد على اجتهاد غيره.

"الأصل براءة الذمة" (المادة 8) فلا نقول إن القاضي ترك اجتهاده اتباعاً للهوى فالأصل في ذمته البراءة من هذا الاتهام.

وفي هذا الزمن يندر وجود قاض مجتهد، وإنما قضاة زماننا في معظم الدول مأمورين بالدستور الحاكم في بلادهم بالحكم بالأحكام المعتمدة في القانون، فعليهم التقيد بها- سواء كانت هذه الأحكام موافقة لمذاهبهم التي يتبعونها بأحوالهم العادية أو مخالفة لها- وحكمهم بخلاف ما أمرهم الدستور العام باتباعه يُعتبر خاطئاً وغير نافذ، ثم إن قضاء القاضي بغير ما التزم به يُوجه إليه تهمة المحاباة والميل في القضاء، وقضاؤه بما التزم به أبعدُ للتهمة وأرضى للخصوم، والله أعلم.

خامساً، فائدة: رأي الجمهور

نحى الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد بن حنبل -رحمهم الله- منحى الصاحبين أبي يوسف ومحمد فقالوا ببطلان قضاء القاضي بخلاف مذهبه إن كان مجتهداً، أو مذهب مقلده إن كان مقلداً⁽¹⁾.

فالمالكية أوجبوا على القاضي أن يحكم بالراجح من مذهبه، فلا يصح بالقول الضعيف من المذهب، ولا بمذهب الغير، إلا في حال كان للقول الضعيف وجه، وكان القاضي من أهل الترجيح، يقول الصاوي في حاشيته على الشرح الصغير: "فحكم المقلد من خليفة وقاض وجوباً بقول مقلده، بفتح اللام يعني بالراجح من مذهبه سواء كان قوله أو

(1) ينظر: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1 1416هـ/1995م، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات. (70/8)؛ الدردير، الشرح الصغير (189/4-190)؛ الشربيني، مغني المحتاج (506/4)؛ شهاب الدين أحمد بن أحمد قليوبي وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت. لبنان ط جديدة 1415هـ/1995م، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر (299/4)؛ ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المنقوع، دار هجر، الجزيرة. مصر ط 1 1417هـ/1996م تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي (348/28)؛ ابن قدامة، المغني (28/14).

قول أصحابه لا بالضعيف ولا بقول غيره من المذاهب وإلا نقض حكمه، إلا أن يكون للضعيف مدركًا ترجح عنده وكان من أهل الترجيح"⁽¹⁾

وكذا الشافعية إذ ورد في حاشيتي قليوبي وعميرة: "قوله أو اجتهاد مقلّده، أي المعتمد منه عند مقلّده إن لم يكن هو متبحرًا، وإلا فباعتماده ولا يجوز له الحكم بغير مذهبه"⁽²⁾.

ولم يختلف هذا الكلام عما قاله الحنابلة إذ قال ابن قدامة في المقنع: "ولا يقلّد غيره وإن كان أعلم منه"⁽³⁾. وقد استدلوا بما استدل به صاحبان؛ فلا حاجة لإعادة الأدلة هنا.

سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف

من تطبيقات هذا الخلاف، المسألة الآتية:

لو أن رجلًا طلق زوجته مُكرهًا، ثم رفع أمره إلى القاضي وكان مذهب القاضي حنفياً ويرى أن الطلاق واقع، وقضى له بعدم وقوع الطلاق حسب المذاهب الأخرى، فيحل له المقام معها، وينفذ قضاء القاضي عند الإمام أبي حنيفة، وعند صاحبين لا يحل له المقام معها، ولا ينفذ قضاء القاضي لمخالفته لمذهب مقلّده.

(1) الدردير، الشرح الصغير (189/4).

(2) قليوبي وعميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة (298/4).

(3) ابن قدامة، المقنع (348/28).

2.2.2 المطلب الثاني: قضاء القاضي بالبيئة الكاذبة

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل النزاع

قبل البدء بعرض المسألة لابد من بيان بعض الأمور:

تقسم الدعاوى التي يستمع لها القاضي قسمين: دعاوى لها سبب أو قابلة للإنشاء - أي يمكن للقاضي تولي إنشائها عوضاً عن الطرف الأساسي فيها - كالعقود، وأخرى ليس لها سبب أو غير قابلة للإنشاء - أي لا يمكن للقاضي إنشاؤها عوضاً عن الطرف الأصلي فيها - وهي الأملاك المرسلّة - أي الأملاك المطلقة عن ذكر سبب الملك - والنسب والتبرعات⁽¹⁾.

الدعاوى التي لها سبب تقسم قسمين: عقود - وهي كل أمر سببه عقد - كعقد البيع والنكاح والطلاق، وفسوخ - وهي الأمور التي ترفع بها العقود - كالإقالة - أي فسخ عقد البيع⁽²⁾ - وفسخ النكاح⁽³⁾.

يستخدم الفقهاء في هذه المسألة نفاذ القضاء ظاهراً وباطناً، وقصدتهم بنفاذه ظاهراً - أي يلزم به الخصوم في الظاهر وتبني عليه أحكامه -، وأما نفاذه باطناً فالمقصود منه - أي أنه وافق الحكم الحقيقي عند الله تعالى فيحل للخصوم الأخذ به ديانة أي فيما بينهم وبين الله تعالى -⁽⁴⁾.

قضاء القاضي المعتمد على التحري والنظر في الأدلة الصحيحة ينفذ ظاهراً وباطناً، وهذا باتفاق الفقهاء، وكما اتفقوا أيضاً أنه لو قضى بناءً على أدلة غير صحيحة - كشهود زور مثلاً - وهو لا يعلم بعدم صحتها فينفذ قضاؤه ظاهراً، وأما باطناً فينظر إن كانت الدعوى ليس لها سبب - الأملاك المرسلّة - فلا ينفذ بالاتفاق أيضاً، وعليه لا يحل لمن حُكِمَ له ببيئة كاذبة أن يأخذ المحكوم به، كمن ادعى ملكية شيء ولم يبين سبب تملكه وأقام عليه شاهدي زور فقضى له القاضي به لا يحل له أخذه، وإن كانت الدعوى لها سبب فيُنظر، إن كانت البيئة يميناً فاجرة فلا ينفذ بالاتفاق أيضاً⁽⁵⁾، وأما إن كانت البيئة شاهدي زور، فهنا اختلف القاضي أبو يوسف مع الإمام أبي حنيفة في نفاذ حكم القاضي بناءً على هذه البيئة.

(1) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان د. ط. د. تعريب وتحقيق: فهمي الحسيني (605/4).

(2) ينظر: ابن منظور، لسان العرب (مادة: قيل).

(3) ينظر: علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (605/4).

(4) ينظر: منلا خسرو، درر الأحكام شرح غرر الأحكام (409/2)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (237/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (94/8)؛ عبد الرحمن إبراهيم الحامض، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، جامعة أم القرى، مكة المكرمة. المملكة العربية السعودية ط 1 1409 هـ / 1989 م (644).

(5) ينظر: منلا خسرو، درر الأحكام شرح غرر الأحكام (409/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (16/7)؛ الحصكفي، وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (96/8).

ثانيًا: أقوال أئمة المذهب

قال القاضي أبو يوسف لو قضى القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ قضاؤه ظاهرًا لا باطنًا، وعليه فمن قضى له القاضي بشيء بناءً على بينة زور فيجوز له أخذه ظاهرًا لكن لا يحل له ديانة فيما بينه وبين الله تعالى، فقضاء القاضي لا يحل ما حرم الله وكذا لا يحرم ما أحل الله، وبه أخذ محمد بن الحسن وزفر.⁽¹⁾

وقال الإمام أبو حنيفة ينفذ قضاؤه هنا ظاهرًا وباطنًا⁽²⁾، وعليه فمن قضى له القاضي بشيء بناءً على بينة زور، فيجوز له أخذه ظاهرًا، ويحل له ديانة أيضًا فيما بينه وبين الله تعالى، لكنه اشترط لذلك شرطين⁽³⁾؛ أولهما: أن لا يعلم القاضي كذب الشهود، وثانيهما: أن يكون محل المحكوم به قابلاً للإنشاء، فلو أقام رجل بينة زور أنه تزوج من فلانة، وكانت متزوجة من غيره أثناء الدعوى، وحكم له القاضي فلا ينفذ لاشتغال محل المحكوم به؛ إذ لا يجوز لها تزوج اثنين في وقت واحد⁽⁴⁾.

وأما إن كانت الدعوى في النسب أو الهبة أو الصدقة فكذا عندهما لا تنفذ باطنًا، وعن الإمام روايتان⁽⁵⁾. وعند استقراء أقول محققي الحنفية نجد أنهم اختلفوا في ترجيح أحد القولين على الآخر حيث رجح قول الإمام في المبسوط، والاختيار، وفي فتح القدير من كتاب النكاح⁽⁶⁾. ورجح قولهما الفقيه أبو الليث كما نقل عنه في مجمع الأنهر والمصكفي وتبعه على ذلك ابن عابدين، وغيرهم. والفتوى في المذهب على قولهما⁽⁷⁾.

قال الشرنبلالي: (وإنما كانت الفتوى على قولهما؛ لظهور أدلتهم بالنسبة إلى دليله، وإن بالغ صاحب المبسوط في توجيهه في كتاب الرجوع عن الشهادة وتبعه في ذلك بعض شراح الهداية)⁽⁸⁾.

(1) ينظر: أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، عالم الكتب، بيروت. لبنان ط 1406 هـ (399)؛ السرخسي، المبسوط (158/16)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (15/7)؛ المرغيناني، الهداية (107/3)؛ الموصلي، الاختيار (350/2)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (398/6)؛ المصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (94/8).

(2) روي أن قول الإمام كان يقول به أبو يوسف ثم تراجع عنه، والمعتمد في كتب الحنفية وشروحها في النقل عنه قوله الثاني، لذا اعتمدته ورأيت التنبيه إلى ذلك هنا. ينظر: السرخسي، المبسوط (19/5) من كتاب النكاح - (158/16)؛ المرغيناني، الهداية (107/3).

(3) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (16/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (399/6)؛ ابن عابدين، الحاشية (94/8)؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (605/4).

(4) ينظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير (399/6)؛ ابن عابدين، الحاشية (95/8).

(5) المصادر السابقة.

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط (162/16)؛ الموصلي، الاختيار (352/2)؛ فتح القدير لابن الهمام من كتاب النكاح طبعة المكتبة النجارية (354/3).

(7) ينظر: فتح باب العناية (122/3)؛ منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام (409/2)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (273/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (95/8)؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (490/6).

(8) الشرنبلالي، حاشية الشرنبلالي على غرر الأحكام، مطبوع بمامش درر الحكام شرح غرر الأحكام (409/2).

ثالثاً: الأدلة

استدل الفقهاء لنفاذ حكم القاضي المعتمد على التحري والنظر ظاهراً وباطناً؛ بأنه حكم مطابق للحقيقة فيجب انفاذه، وقولهم بنفاذ قضائه المعتمد على أدلة غير صحيحة -ودون علمه- ظاهراً؛ بأنه حكم توافرت فيه جميع شروطه فهو صحيح، ولا معنى لصحته إلا انفاذه وإلزام الخصوم به، وأما قولهم بعدم نفاذ حكم القاضي في الدعوى التي ليس لها سبب-الأملك المرسل- باطناً؛ فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽¹⁾، وقوله ﷺ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْخَنُ يُحْجِثُهُ مِنْ بَعْضٍ وَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا فَلَا يَأْخُذْ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»⁽²⁾، ولأن الملكية لا بد لها من سبب، وليس بعض الأسباب أولى من بعض لتزاحمها، فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء⁽³⁾.
استدل أبو يوسف ومن معه بالأدلة الآتية⁽⁴⁾:

1- قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا

مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽⁵⁾؛ فقد نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجاً بحكم الحاكم، فهو نص على أنه وإن قضى القاضي له بشهادة الزور لا يحل له تناوله، ويكون ذلك منه أكلاً باطلاً، وكذلك الأمر بالنسبة للعقود والفسوخ لا ينفذ القضاء فيها باطناً؛ إذ الأمر واحد فهو قضاء اعتمد على زور فلا ينفذ إلا ظاهراً⁽⁶⁾.

2- حديث "إنما أنا بشر" السابق ذكره، حيث بين فيه أن قضاءه ﷺ على نحو البينة، فإن كانت البينة كاذبة فقضائه لا يحل الحرام، فما قضى به بناءً عليها فهو قطعة من النار، فليأخذها المقضي له أو ليدعها، ولو كان حكمه يحل الحرام لما نهى المقضي له أن يأخذ ما ليس بحقه وإن حكم به، وهذا عام فيعم جميع العقود والفسوخ، فينبغي أن يكون الحكم في الباطن كما هو عند الله تعالى، وأما الظاهر فالحكم لازم على ما أنفذه القاضي.

(1) البقرة: 188

(2) متفق عليه؛ واللفظ للبخاري؛ من رواية أم سلمة زوج النبي ﷺ ورضي الله عنها، البخاري، كتاب الشهادات، باب 27، حديث 2680؛ مسلم، كتاب الأقضية، باب 3، حديث 1713.

(3) ينظر: منلا خسرو، درر الأحكام شرح غرر الأحكام (409/2)؛ ابن عابدين، الحاشية (95/8).

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط (158/16)؛ السمناني، روضة القضاة (35/1)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (172/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (15/7)؛ الموصلي، الاختيار (351/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (16/7)؛ شخبي زادة، مجمع الأثر (237/3).

(5) البقرة: 188

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط (158/16).

3- القاضي مأمور بالقضاء بقدر البينة، والبينة هنا زور تقتضي الحل أو الفسخ في الظاهر فقط لا في الحقيقة، فيكون قضاؤه على حسبها نافذ في الظاهر فقط لا في الحقيقة⁽¹⁾.

4- القضاء المعتمد على شهادة الزور؛ قضاء اعتمد على سبب باطل بل على كبيرة، وحجة القضاء مشروعة وشهادة الزور ضدها، وإذا كانت تهمة الكذب تخرج الشهادة من أن تكون حجة للقضاء، فحقيقة الكذب أولى⁽²⁾.

5- ويُستدل لهم أيضا بالقياس على الأملاك المرسلة، فكما لا ينفذ القضاء فيها بشهادة الزور باطنًا فكذا هنا⁽³⁾.

واستدل الإمام أبو حنيفة بالأدلة الآتية⁽⁴⁾:

1- روي أن رجلاً خطب امرأة وهو دونها في الحسب فأبّت أن تتزوجه، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين عند علي عليه السلام، فحكم عليها بالنكاح، فقالت: إني لم أتزجه وإختم شهود زور فزوجني منه، فقال علي عليه السلام: "شَاهِدَاكِ زَوْجَاكِ"⁽⁵⁾ وأمضى عليها النكاح، ولم يلتفت لطلبها تجديد النكاح مع أن الشهود زور، بدلالة القصة بناءً على أن حكم القاضي بمنزلة إنشاء عقد صحيح.

ولا يقال إنه لم يجبها إلى ذلك؛ لأن الزوج لم يرض بذلك، فهو غلط؛ لأن الزوج راض؛ بدليل ادعائه النكاح والمرأة رضيت أيضًا حيث قالت فزوجني منه وكان يتيسر عليه ذلك، لكنه لم يجبها وبين أن مقصدهما قد حصل بقضائه فقال شاهداك زوجاك أي الزماني القضاء بالنكاح بينكما فثبت النكاح بقضائه، وحكمه هنا بمثابة المرفوع إلى رسول الله ﷺ لأنه لا طريق إلى معرفة ذلك بالرأي.

(1) ينظر: المصدر نفسه (158/16)؛ من لا خسرو، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (4 / 607).

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط (158/16).

(3) واستدل لهم الموصلي في الاختيار (159/2) بحديث رسول الله ﷺ "أَنَا أَقْضِي بِالظَّاهِرِ، وَاللَّهُ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ" فبين أن قضاء مقصور على الأدلة الظاهرة، وأما الباطن فلا يعلم به، والله يتولى القضاء به يوم القيامة، فدل هذا على حرمة أخذه ديانة، ولكن لما لم يرد هذا الحديث في كتب الحديث، حيث قال ابن حجر: "استنكره المزني"، وقال أبو الفضل العراقي: "لم أجده له أصلًا وكذا قال المزي لما سئل عنه"، لذا أثرت ذكره في الحاشية للتنبيه عليه. ينظر: أبو الفضل العراقي، المغني عن حمل السفار، مكتبة طبرية، د. ط. 1415هـ/1995م تحقيق: أشرف عبد المقصود (1097/2)؛ ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط 1 1419هـ/1989م. (465/4).

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط (349/16)؛ السمناني، روضة القضاة (35/1)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (175/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (15/7)؛ الموصلي، الاختيار (351/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (16/7)؛ شيخنا زادة، مجمع الأنهر (237/3).

(5) أورده ابن حجر في فتح الباري وقال عنه أنه لم يثبت عن علي رضي الله عنه، ينظر: ابن حجر، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت. لبنان 1379هـ (176/13). * وذكره الذهبي في التنقيح دون سند أو حكم. ينظر: تنقيح التحقيق (322/2).

2- القياس على ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين فللقاضي ولاية إنشاء لقطع المنازعة، مع يقينه بكذب أحدهما، كما قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين : «حَسَابُكُمَا عَلَى اللَّهِ أَحَدُكُمَا كَاذِبٌ لَا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا قَالَ مَالِي قَالَ: لَا مَالَ لَكَ إِنْ كُنْتَ صَدَقْتَ عَلَيْهَا فَهَوَّ بِمَا اسْتَحَلَّكَ مِنْ فَرْجِهَا وَإِنْ كُنْتَ كَذَبْتَ عَلَيْهَا فَذَاكَ أَبَعْدُ لَكَ»⁽¹⁾، فكذاك يثبت له ولاية الإنشاء مع كذب الشهود لتوجه الأمر بالقضاء عليه.

3- الشهود وإن كانوا زورًا إلا أنهم عند القاضي صادقون، وهو مكلف بالقضاء بحسب الوسع فيجب التعديل عليه؛ إذ الوقوف على حقيقة صدقهم متعذر بخلاف الحكم بشهادة الكفار والعبيد، والحكم على نكاح المنكوحة والمعتدة؛ إذ الوقوف على هذه الأشياء ممكن، وإذا ابتنى القضاء على الحجة وأمكن تنفيذه باطنا نفذ قطعاً للمنازعة⁽²⁾.

4- لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرًا وباطنًا بأمر الله أولى. فالقاضي مأمور بعد البحث في أحوال الشهود وتركيتهم عنده سرًا وعلانيةً بالقضاء بشهادتهم، حتى لو امتنع عن ذلك يأثم ويعزل ويعزر، وبذلك عرفنا أن قضاءه بينهما حصل بأمر الله تعالى فيما له فيه ولاية الإنشاء، وبهذا يكون نافذا حقيقة لاستحالة أن يأمر الله تعالى بالقضاء، ثم لا ينفذ ذلك القضاء منه⁽³⁾.

5- في نفاذ حكمه باطنًا حكمة بالغة، وبيانها أنه لو لم ينفذ باطنًا لحدث فحش كبير، فلو قضى القاضي بالطلاق مثلاً لبقيت حلالاً للزوج الأول باطنًا وللثاني ظاهرًا؛ وبذلك تكون حلالاً لاثنتين في وقت واحد وفي هذا من الفحش ما فيه والشرعية مصانة عن ذلك؛ وبالقول بإنفاذه باطنًا لا تحل إلا لواحد فينتفي الفحش وتصان الشريعة⁽⁴⁾.

6- ويُستدل لهم أيضًا بأنه عند إقامة الدعوى عند القاضي فإما أن يكون سبق منهما عقد أو لا فإن سبق فالقاضي مثبت للعقد، وإذا لم يسبق تعذر إظهاره بالقضاء فيتعين الإنشاء إذ ليس هناك طريق آخر فيثبت له ولاية الإنشاء بهذا النوع من الدليل الشرعي ويُجعلُ إنشاؤه كإنشاء الخصمين فيثبت الحل به بينهما حقيقة، بل قضاؤه أولى وأقوى من إنشاء الخصمين عن اتفاق⁽⁵⁾.

(1) متفق عليه؛ واللفظ للبخاري؛ من رواية عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، البخاري، كتاب الطلاق، باب 32، حديث 5312؛ مسلم، كتاب الطلاق، باب 8، حديث 1493.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية (230/1)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (237/3).

(3) ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (605/4).

(4) ينظر: الموصلي، الاختيار (352/2).

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط (160/16).

رابعاً: المناقشة والترجيح

اعترض على قول صاحبين وأدلتهما بالآتي:

1- الآية والحديث صريحان في المال والملك، والإمام يقول بعدم نفاذ القضاء المعتمد على شهادة الزور في الأملاك المرسلة باطناً؛ إذ ليس له ولاية الإنشاء فيها، وهذا بخلاف العقود والفسوخ حيث له ولاية الإنشاء فيها، وبالتالي لا وجه للاستدلال بهما⁽¹⁾.

2- لا يُستدل بالحديث؛ لأنه خاص بما إذا لم يكن هناك دليل أو حجة، فهو يتعلق بسماع الخصوم فقط بلا بينة⁽²⁾.

3- القياس على الأملاك المرسلة قياس مع الفارق؛ فالأملاك المرسلة لا ولاية للقاضي في انشائها، كما أنه لا بد فيها من سبب، ولا يمكن التوصل لتحديد، بخلاف العقود والفسوخ؛ إذ للقاضي ولاية الإنشاء فيها، والقضاء فيها له سبب معين، وهو العقد السابق الذي يدعيه المدعي، وإن لم نقل بإظهار القاضي له قلنا بإنشائه له خاصة في دعاوى النكاح صيانة للفروج من الزنا⁽³⁾.

4- هذا القول فيه نوع ضرر أحياناً، كما لو قضى القاضي بطلاق امرأة بشهادة زور، فعلى قول صاحبين تكون معلقة لا ذات زوج ولا مطلقة؛ إذ قضى القاضي بطلاقها منه، ولا يحل لها الزواج من غيره؛ لأنها تعتبر على ذمته حقيقة إذ لم ينفذ طلاقها باطناً، والشرع صان المرأة من هذه الحالة، ودفع عنها الضرر حينما أجاز لها طلب التفريق بينها وبين زوجها حال اختفائه أو فيما لو كان عنيئاً⁽⁴⁾.
وبجواب عن هذه الاعتراضات بالآتي:

1- حديث "إنما أنا بشر" جاء بلفظ العموم، حيث قال فيه ﷺ «فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ شَيْئًا» ولم يقل من مال، ولفظ حق عام فيشمل جميع الحقوق، ولا يجوز تخصيصه بالسبب الذي ورد لأجله، -إذ روي أنه ورد في أخين اختصما في ميراث- والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب⁽⁵⁾.

2- لا يصح أن يقال إن الحديث في حال عدم وجود البينة، فهذا كلام غير صحيح، بدليل قوله ﷺ فيه «وَلَعَلَّ بَعْضُكُمْ أَنْ يَكُونَ الْحَقَّ مُحِجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ» والحجة ماهي إلا الدليل⁽⁶⁾.

(1) ينظر: الموصلي، الاختيار (351/2).

(2) ينظر: عمر سليمان الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، عمان، الأردن ط2 1418هـ / 1997م (280).

(3) ينظر: المرجع السابق.

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط (160/16) * والعين هو من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن، أو يقدر على إتيان الثيب دون

البكر. ينظر: الجرجاني، التعريفات (204).

(5) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (16/ 7).

(6) ينظر: عمر الأشقر، مسائل في الفقه المقارن (280).

3- القول بأن قياس الحكم بالعقود والفسوخ على الحكم بالأحكام المرسلة مع الفارق، يجاب عنه بأن الإمام أبا حنيفة عندما قرر أن للقاضي ولاية الانشاء في العقود والفسوخ، كان هدفه صيانة كل من الخصمين عن الوقوع في الحرام حال تعمدهما، أو أحدهما الكذب بالبينة، فكأنه أصبح حكم القاضي مكافأة لهما على ارتكابهما كبيرة الكذب، أو مبرراً لهما للزنا. وفي هذا القول ما فيه⁽¹⁾.

وأما الاعتراضات على قول الإمام فهي الآتية:

1- الأثر عن علي بن أبي طالب عليه السلام لم تثبت صحته؛ إذ هو غير معروف عند أهل الحديث، وقد قال ابن حجر عنه بأنه "لم يثبت عن علي عليه السلام"؛ وبالتالي لا يصح الاستدلال به⁽²⁾.

2- على فرض صحة قصة سيدنا علي عليه السلام مع المرأة، فإنه عليه السلام ما بين أن حكمه هو مَنْ رَوَّجَهَا وإنما على العكس؛ إذ قال: "شاهدك زوجاك" فنسب التزويج إليهما ولم ينسبه لحكمه، ولم يجبهما لتجديد العقد لما فيه من طعن بالشهود⁽³⁾.

3- القياس على نفاذ الحكم باللعان رغم العلم فيه أن أحدهما كاذب، قياس غير صحيح؛ لأن اللعان وأحكامه ثبت للضرورة، وهو أصل قائم بنفسه فلا يقاس عليه، ثم الكذب فيه ليس بالبينة، بل بالرمي بالزنا أو نفي الولد، ولو قامت البينة فيه لما انفسخ النكاح بل أقيم الحد ولو كان الشهود زوراً طالما لم يثبت كذبهم⁽⁴⁾.

4- القضاء مظهر للحق لا منشئ له، وإنما الانشاء للطرفين؛ بدليل أنه لو أقام رجل وامرأة دعوى نكاح عند القاضي ببينة كاذبة ولم يعقدا العقد مسبقاً، لا يجوز له الدخول عليها ولو حكم القاضي بزواجهما إذ لا ينفذ باطلاً بالاتفاق لأنه قضى بما لا وجود له⁽⁵⁾.

5- القول بالنفاذ بناء على ملك القاضي ولاية الانشاء لا يسلم به، فلا ولاية له لعدم ثبوتها له؛ إذ أن سببها دعوى المدعي وشهادة شهوده، وهو إنما ادعى عقداً سابقاً، وبذلك شهد شهوده فلا يتمكن القاضي من القضاء بما لم يدعه المدعي ولا يشهد به الشهود، ولأن القاضي لم يقصد إنشاء العقد بينهما، وإنما ينفذ قضاؤه على الوجه الذي قصده⁽⁶⁾.

6- القول بأن عدم النفاذ باطلاً يؤدي إلى فحش لا يعتبر؛ لأن الفحش يحصل حال دخول المقضي له الكاذب في بينته عليها، وهنا يكون سبب الفحش لا القول بعدم النفاذ باطلاً، وإنما الإقدام على تعاطي المحرم،

(1) ينظر: المرجع السابق (281).

(2) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (176/13). وينظر: عبد الرحمن حامض، القضاء ونظامه في الكتاب والسنة (646).

(3) ينظر: ابن حجر، فتح الباري (342/12)؛ عمر الأشقر، مسائل في الفقه المقارن (281).

(4) ينظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير (400/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (16/7).

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط (159/16).

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط (158/16).

فيكون كما لو زنا بها، وللابتعاد عن هذه الشبهة وصيانة للشرع عن القبح قلنا بالنهي عن الدخول عليها، سواء للأول أو الثاني⁽¹⁾.

الناظر في هذين القولين يجد أن أصل الخلاف هو اعتبار ولاية القاضي لإنشاء العقود، فالإمام اعتبرها وقال بنفاذ الحكم ظاهرًا وباطنًا بناءً عليها، بينما الصحابان أبو يوسف ومحمد قالا في هذه الدعاوى القاضي مخبرٌ عن الحق بناءً على الدعوى وما فيها من البينات؛ وبالتالي حكمه تابع لما قدّم له من بينة وليس لأن له ولاية الإنشاء على المتخاصمين.

ويمكن ربط القولين بقواعد مجلة الأحكام العدلية، فقول الإمام أبي حنيفة تؤيده الأدتان (47-48) اللتان تنصان على أن: "التابع تابع / التابع لا يقرر بالحكم" وبيان ذلك أن نفاذ قضاء القاضي باطنًا تابع لنفاذه ظاهرًا المتفق عليه من الجميع، وهذا التابع لا يُفرد بالحكم فلا يُقال ينفذ ظاهرًا ولا ينفذ باطنًا.

بينما قول الصحابين رحمهما الله فتؤيده المادتان: 50 و 52 "إذا سقط الأصل سقط الفرع / إذا بطل الأصل بطل ما في ضمنه" وبيان ذلك أن حكم القاضي فرع لأصل هو البينة التي تدل على هذا الحكم فإذا كانت البينة زور فهي ساقطة وبالتالي يسقط معها حكم القاضي ظاهرًا وباطنًا، إلا أن عدم معرفة القاضي حقيقة الكذب بها يُسقط الحكم بها باطنًا فقط.

ومن المواد التي تؤيده أيضًا المادة: 81 التي تنص على أنه "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل" وعليه يمكن ثبوت بطلان الحكم باطنًا مع ثبوته ظاهرًا.

الناظر في هذا الزمن وقد ضعفت النفوس، وقل الإيمان في القلوب، وانتشرت شهادة الزور، يجد أن الفتوى بقول أبي يوسف ومن معه أولى؛ خاصة أنهم أجابوا عن المناقشات التي نوقشوا بها، وقولهم أقرب للصواب؛ لأن القضاء كما قرر الفقهاء بالإجماع هو مظهر للحكم لا منشيء له، فهو لا يغير حقيقة الشيء المُظْهَر، فالقاضي بحكمه يُظهر ويُخبر عما جاء في الدليل، وعندئذ يتعلق بالدليل إن صدقًا فصدق، وإن كذبًا فكذب، والكذب لا يحل الحرام؛ إذ لو أحله لاستوى الصدق والكذب وهذا محال، ثم إن القول بلزوم القول بنفاذه باطنًا؛ يسهل إقامة هكذا دعاوى، وأخذ حكم القاضي ذريعة لأكل حقوق الآخرين بغير حق، فيترجح قولهما نظرًا لقوة أدلته وسدًا لذريعة أكل حقوق الآخرين بغير حق. والله أعلم.

(1) المرجع نفسه (161/16).

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

اتفق الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد في هذه المسألة مع صاحبين، فقالوا بعدم نفاذ حكم الحاكم المستند على دليل باطل باطناً⁽¹⁾.

قال الدردير: "حكم الحاكم المستوفي للشروط المتقدمة [أي شروط القاضي والقضاء] لا يحل الحرام للمحكوم له إذا كان ظالماً في نفس الأمر فمن ادعى نكاح امرأة وهو كاذب في دعواه وأقام شاهدي زور على نكاحها وكان الحاكم لا يرى البحث عن العدالة كالحنفي، أو كان يبحث عنها كالمالكي وعجزت المرأة عن تجريحها فحكم بأنها زوجة له فحكمه لا يحل وطؤها له"⁽²⁾.

وقال الشافعي بعد أن ذكر حديث أم سلمة رضي الله عنها في كتابه الأم: "وفي هذا الحديث دلالة على أن الأئمة إنما كلفوا القضاء على الظاهر لقول رسول الله ﷺ فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فأخبر ﷺ أن قد يكون هذا في الباطن محرماً على من قضى له به وأباح القضاء على الظاهر"⁽³⁾.

وقال في منار السبيل: "حكم الحاكم يرفع الخلاف لكن لا يزيل الشيء عن صفته باطناً"⁽⁴⁾. فنجد من أقوالهم أنهم مجمعين على أن قضاء القاضي وإن نفذ ظاهراً فهو لا يغير الحكم الأصلي للشيء فالحق ليس الظاهر، بل ما عند الله تعالى وبالتالي عدم النفاذ باطناً.

واستدل الجمهور بالإضافة لما استدل به صاحبان بالأدلة الآتية⁽⁵⁾:

1- عن عائشة رضي الله عنها، أنها قالت: "كَانَ عُتْبَةُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ عَهْدَ إِلَى أَخِيهِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ أَنَّ ابْنَ وَلِيدَةَ زَمَعَةَ مَيِّ فَاقْبِضْهُ إِلَيْكَ، فَلَمَّا كَانَ عَامَ الْفَتْحِ أَحَذَّهُ سَعْدٌ فَقَالَ ابْنُ أُخِي قَدْ كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، فَقَامَ إِلَيْهِ عَبْدُ بْنُ زَمَعَةَ فَقَالَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةَ أَبِي، وَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَتَسَاوَقَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ سَعْدٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، ابْنُ أُخِي كَانَ عَهْدَ إِلَيَّ فِيهِ، وَقَالَ عَبْدُ بْنُ زَمَعَةَ: أَخِي وَابْنُ وَلِيدَةَ⁽⁶⁾ أَبِي وَلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُوَ

(1) ينظر: ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت. لبنان ط6 1402هـ/ 1982م (2 / 461)؛ القراني، شهاب الدين أحمد بن إدريس القراني، الذخيرة في فروع المالكية، دار الغرب الإسلامي، بيروت. لبنان ط1 1994م تحقيق: محمد الحججي (10/146)؛ الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، (رواية الربيع عن الإمام الشافعي) دار الوفاء، المنصورة. مصر، ط1 1422هـ/ 2001م تحقيق: رفعت عبد المقصود (7/492 و 8/97)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (17/11)؛ ابن قدامة، المغني (14/37)؛ محمد بدر الدين بن بلبان الدمشقي، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل، دار البشائر الإسلامية د. ط. د. ت. تحقيق: محمد ناصر العجمي (1/ 235).

(2) الدردير، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (6/46).

(3) الإمام الشافعي، الأم (6/199).

(4) إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، بيروت. لبنان ط5 1402هـ/ 1982م تحقيق: زهير محمد شاويش. (2/469).

(5) ينظر: الإمام الشافعي، الأم (7/494-495)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (17/ 12-13).

(6) أي من أمته، وهي العبد المملوكة، ورد في رواية أخرى "ولد على فراش أبي من جاريته" * ينظر: ابن حجر، فتح الباري (12/33).

لَكَ يَا عَبْدُ بَن زَمْعَةَ» ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»، ثُمَّ قَالَ لِسَوْدَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ: «احتجِّي مِنْهُ» لَمَّا رَأَى مِنْ شَبْهِهِ بَعْثَةً، فَمَا رَأَاهَا حَتَّى لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى⁽¹⁾. فالنبي ﷺ قضى لعبد بن زمعة بالظاهر وهو فراس زمعة، عندما رأى الشبهه البين.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: "قُتِلَ رَجُلٌ عَلَى عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَدَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْمَقْتُولِ فَقَالَ الْقَاتِلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ قَتْلَهُ. قَالَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ - لِلْوَلِيِّ «أَمَا إِنَّهُ إِنْ كَانَ صَادِقًا ثُمَّ قَتَلْتَهُ دَخَلْتَ النَّارَ». قَالَ فَخَلَّى سَبِيلَهُ. قَالَ وَكَانَ مَكْتُوفًا بِنِسْعَةٍ فَخَرَجَ يَخْرُجُ نِسْعَتُهُ⁽²⁾ فَسَمِيَ ذَا النَّسْعَةِ"⁽³⁾. فالنبي ﷺ بعد إذنه في قتله أخبر أنه إن كان صادقاً يحرم قتله، رغم حكم النبي ﷺ بقتله، فدل على نفوذ الحكم في الظاهر دون الباطن.

سادساً: أمثلة لتطبيقات الخلاف

يندرج تحت هذا الخلاف تطبيقات كثيرة جمعها أصل واحد، هو نفاذ الحكم المستند إلى بينة زور في العقود والفسوخ، فهو ينفذ ظاهراً فقط عند صاحبين وباطناً أيضاً عند الإمام، ومن أمثلتها⁽⁴⁾.

1- ادعى رجل عند القاضي زواجه من امرأة فأنكرت المرأة الزواج فأقام شاهدي زور على العقد، فقضى به القاضي، حل للزوج وطؤها وحل لها تسليم نفسها عند الإمام، بخلاف صاحبين إذ يجوز عندهما الدخول بها ظاهراً أمام الناس استناداً لقضاء القاضي، ولكن لا يحل له ذلك ديانة أمام الله ويعتبر زانياً؛ لأنه استند إلى كذب والكذب لا يحل الحرام.

2- أقامت الدعوى أن زوجها طلقها، فأنكر الزوج، فأقامت شاهدي زور عليه أنه طلقها بائناً فقضى القاضي بالفرقة بينهما، نفذ قضاؤه عند الإمام بخلاف صاحبين، وعليه تحصل الفرقة بينهما عنده خلافاً لهما، وعليه لو تزوجها آخر جاز عند الإمام سواء كان عالماً بكذب الشهود أو لا، بناء على أن قضاء القاضي نافذ ظاهراً وباطناً، وعندهما إن جهل الزوج الثاني أن شهود التفريق زور حل له وطؤها اتباعاً للظاهر؛ لأنه لا يكلف علم الباطن، وإن علم بكذبهما أو كان هو أحد الشهود فلا يحل له وطؤها؛ لأنها على ذمة آخر في الحقيقة. وهل يحل للأول الدخول بها؟

(1) متفق عليه؛ واللفظ للبخاري؛ من رواية عائشة رضي الله عنها، البخاري، كتاب الأحكام، باب 29، حديث 7182؛ مسلم، كتاب الرضاع، باب 10، حديث 1457.

(2) هي قطعة جلد تجعل زمماً للبعير وغيره * ينظر: العظيم آبادي، عون المعبود (1680/9).

(3) أبو داود، السنن، كتاب الديات، باب 3، حديث 4498؛ السنن الصغرى، كتاب القسامة، باب 5، حديث 4722؛ ابن ماجه، السنن، أبواب الديات، باب 34، حديث 2690؛ الترمذي، السنن، أبواب الديات، باب 13، حديث 1407 * قال الترمذي: "حسن صحيح"، ينظر: سنن الترمذي (23/4).

(4) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (177/3-180)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (15/7)؛ الموصلي، الاختيار (351/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (16/7)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (237/3؛ 238)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (333/3-334)؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (605/4).

عند الإمام لا يحل بناءً على أصله ويجب عليه الحد، وعند الصاحبين لا يحل له في الظاهر لأن الفرقة في الظاهر واقعة عند القاضي وعند الناس فلو وطئها لفسقه الناس وأقيم عليه الحد، وأما في السر فاختلفا حيث قال أبو يوسف بعدم الحل لأن قول أبي حنيفة بنفاذ القضاء باطنًا أورث شبهة فيحرم الوطء احتياطًا، وعند محمد يحل له ما لم يدخل بها الثاني بناءً على أصله بعدم نفاذ القضاء باطنًا ولم يلتفت لقول أبي حنيفة⁽¹⁾.



⁽¹⁾ ينظر: ابن نجيم، ابن نجيم، البحر الرائق (17/7).

2.2.3 المطلب الثالث: قضاء القاضي بعلمه

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

إذا علم القاضي بمحاضرة معينة من خلال مشاهدته أو الإقرار عنده، ورفعت إليه القضية، فأراد أن يقضي بعلمه فيها دون وسيلة إثبات أخرى، فهل له أن يقضي به؟

قبل عرض الإجابة عن هذا السؤال لابد من بيان أنه يعترض حكم القاضي بعلمه أحوالاً عدة تختلف باختلاف مكان وزمان علمه، ونوع القضية المعروضة عليه، فهو إما أن يعلم في زمن ولايته وفي مكان ولايته، أو قبل توليه القضاء، أو بعده لكن خارج مدينته، إن في مدينة أخرى أو في ريف المدينة، ويختلف أيضاً حسب نوع القضية المعروضة عليه فهي إما أن تكون في حقوق العباد كالبيع والنكاح والقصاص وغيرها، أو في حقوق الله كالحدود الخالصة لله تعالى أو فيها حق مشترك بين الله والعبد، وذلك كحد القذف وحد السرقة⁽¹⁾.

فإن علم القاضي زمن ولايته وفي المدينة التي هو قاض فيها هنا اتفق فقهاء الحنفية أنه يجوز له أن يقضي بعلمه وذلك في حقوق العباد المدنية أو الشخصية كالبيع والأموال المرسله، والنكاح، والقصاص، ولا يجوز له القضاء به في الحدود الخالصة لله تعالى، إلا في الشرب فله القضاء على المخمور إن كانت فيه أمارات السكر، وذلك من باب التعزير لا الحد، وأما الحدود التي فيها حق مشترك بين الله والعبد فله القضاء فيها بحق العبد، فيقضي بعلمه في حد القذف، وفي السرقة له القضاء بالمال دون القطع⁽²⁾.

وأما إن علم القاضي بمحاضرة قبل أن يتولى القضاء، أو بعد توليه لكن خارج مدينته، أو في ريف مدينته، أو علم بمحاضرة أثناء ولايته ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء فرفعت إليه، فهنا اتفق فقهاء الحنفية بعدم جواز القضاء بعلمه في سائر الحدود خلا حد القذف، والقضاء بالمال في حد السرقة، وأما في حقوق العباد فقد اختلف القاضي أبو يوسف مع الإمام أبي حنيفة في جواز قضائه فيها.

(1) تقسم الحقوق باعتبار صاحبها إلى أربعة أقسام: الأول: حق خالص لله تعالى وهو ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد من الناس، ولشموله وعظيم نفعه نسب إلى الله تعالى كفرض الصلاة وعقوبة الزنا، والثاني: حق خالص للعبد، وهو ما تعلق به نفع خاص بأحد من العباد كحرمة مال الغير وإبرام العقود، والثالث: حق مشترك بين الله والعبد وحق الله فيه غالب كحد القذف وحد السرقة، والرابع: حق مشترك بين الله والعبد وحق العبد فيه غالب، كحق القصاص. ينظر: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1418هـ/1997م تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر (195؛ 194/4)؛ محمد أمين المعروف بأمير باد شاه، تيسير التحرير، دار الفكر، دمشق. سوريا د. ط. د. ت. (173/2؛ 174). (2) ينظر: السرخسي، المبسوط (16/ 91)؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (370-371)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (6/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (405/6-406)؛ القاري، فتح باب العناية (112/3)؛ شياخي زادة، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر (80/6)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (323/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (140/8).

ثانيًا: أقوال أئمة المذهب

قال الصحابيان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يجوز للقاضي الاكتفاء بعلمه والقضاء به في حقوق العباد، وقال الإمام أبو حنيفة رحمه الله بعدم جواز الاكتفاء بعلمه الذي استفاده قبل توليه، أو بعده خارج مدينته ولا بد من البينة، وروي عن محمد أنه كان يقول كقول أبي يوسف، لكنه رجع عنه أخيرًا إلى قول الإمام أبي حنيفة⁽¹⁾. واختلف مشايخ الحنفية في الرواية عن الإمام في العلم الذي استفاده في ريف مدينته، بناءً على اختلافهم في الرواية عن الإمام باعتبار المصر شرط لنفاذ القضاء أو عدم اعتباره، فمن روى عدم اشتراطه فرق بين تقييد القاضي بالمدينة وعدم تقييده، فقالوا إن كان مقيّدًا في القضاء بالمدينة فقط ولا يقضي بالقرى، لا يجوز له القضاء به، فهو بمنزلة مالمو علم في مدينة أخرى، وأما إن كان غير مقيّد بالمدينة فقط وله القضاء بالقرى المجاورة لها، كان له أن يقضي به، ويرجع هذا القول إلى عدم اعتبار المصر شرط لنفاذ القضاء، وقال الصدر الشهيد: "إلى هذا القول مال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله"⁽²⁾.

ومن روى اشتراطه قال بعدم جواز القضاء به مطلقًا، سواء كان مقيّدًا بالمدينة أو لا، وهي رواية ظاهر الرواية في المذهب. وقال الصدر الشهيد: "إلى هذا القول مال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله"⁽³⁾. الخلاصة إذًا، القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى، سواء استفاد علمه هذا أثناء ولايته أو خارجها، وسواء كان علمه في مدينته أو خارجها باتفاق أئمة الحنفية.

وأما في حقوق العباد والحدود التي للعبد حق فيها، فاختلف القاضي أبو يوسف مع الإمام أبي حنيفة، فقال القاضي أبو يوسف له القضاء فيها بعلمه سواء استفاده حال ولايته أو خارجها، وقال الإمام أبو حنيفة له القضاء بعلمه فيها بشرط أن يكتسب العلم حال ولايته وفي مدينته.

ومن استقراء أقوال الحنفية في الترجيح بين القولين نجد أنهم رجحوا وأفتوا بقول الإمام؛ لعلّة فساد القضاة، قال ابن عابدين في حاشيته: "قوله إلا أن المعتمد أي عند المتأخرين لفساد قضاة الزمان وعبرة الأشباه الفتوى اليوم على عدم العمل بعلم القاضي في زماننا"⁽⁴⁾.

(1) ينظر: القدوري، أحمد بن محمد بن جعفر القدوري، الموسوعة الفقهية المقارنة (التجريد)، دار السلام، القاهرة. مصر ط 1 1425هـ/2004م تحقيق: محمد سراج وعلي جمعة (6548/12)؛ السرخسي، المبسوط (91/16)؛ السمرقندي، تحفة الفقهاء (371/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (7/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (405/6)؛ القاري، فتح باب العناية (112/3)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (281/6)؛ شبيخي زادة، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (80/6)؛ ابن عابدين، الحاشية (140/8).

(2) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (102/3).

(3) المصدر نفسه.

(4) ابن عابدين، الحاشية (140/8).

ثالثاً: الأدلة

استدل فقهاء الحنفية لجواز قضاء القاضي بعلمه الذي استفاده في زمان ومكان ولايته، ولجواز قضائه به في حقوق العباد، وفي حد القذف، وفي السرقة بالمال فقط، بالقياس والاستحسان.

أما وجه القياس، فهو أنه كما جاز للقاضي القضاء بالبيئة؛ لأنها توصل إلى العلم بحكم الحادثة، فقضاؤه بعلمه أولى، فما علمه بالمعينة والمشاهدة، أقوى مما علمه بالشهادة؛ إذ مبلغ العلم بالشهادة حصول غلبة الظن، وأما العلم بالمعينة فيحصل به اليقين والقطع، واليقين أقوى من غالب الظن وبالتالي القضاء به أولى.

ووجه الاستحسان، أنه علم حصل للقاضي ويستطيع به إقامة الحق والعدل بين الناس، فيمكن الأخذ به. وأما قولهم بعدم جواز القضاء بعلمه المستفاد في زمان ومكان ولايته في الحدود الخالصة لله تعالى فدليله الاستحسان المخالف للقياس.

وجه القياس، أنه تيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه، والعلم الذي استفاده بمعينة السبب فوق العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود.

ووجه الاستحسان يتجلى في عدة أمور⁽¹⁾:

1- قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ

جَلْدَةً﴾⁽²⁾ فالله تعالى أوجب إقامة حد القذف على القاذف إن لم يستطع الإتيان بثلاثة شهداء آخرين يشهدون معه على المقدوف، وإن كان القاضي يعلم صدقه.

2- قال ﷺ في قصة سهل بن سعد الساعدي: «انظروها، فإن جاءت به أحمر قصيراً، مثل وحرّة فلا أراه إلا قد كذب، وإن جاءت به أسحمر أعين ذا ألتين⁽³⁾؛ فلا أحسب إلا قد صدق عليها، فجاءت به على الأمر المكروه»⁽⁴⁾. ولم يقم النبي ﷺ عليها الحد.

3- إجماع الصحابة على عدم جواز إقامة الحدود بعلم القاضي فقط، ومن ذلك قول أبي بكر ﷺ: "لو رأيت رجلاً أتى حدًا من حدود الله، لم أقم عليه إلا يشهد عندي شهود". وما روي أن عمر ﷺ قال لعبد الرحمن بن عوف

(1) ينظر: القدوري، التجريد (6552/12)؛ السرخسي، المبسوط (92؛ 91/16)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (7/7).

(2) النور: 4

(3) الوحرة: دويبة تترامى على الطعام واللحم فتفسده وهي من نوع الوزغ، وأسحمر: أي شديد السواد، وأعين: أي كبير العين. * ينظر: الجزري، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان د. ط 1399 هـ / 1979 م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي (159/5 و 348/2)؛ ابن حجر، فتح الباري (453/9).

(4) البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب 5، حديث 7304.

ﷺ: "أرأيت لو رأيت رجلاً يأتي حدًا من حدود الله تعالى أكننت تقيمه؟ قال لا، حتى يكون معك غيرك. فقال: وأنا أرى مثل ذلك" (1).

4- في إقامة حقوق الله تعالى كل فرد من المسلمين يساوي القاضي بها، ثم غير القاضي لا يمكنه إقامة الحد فكذا القاضي.

5- أن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط في درئها الاكتفاء بعلم نفسه، ثم الحجة في إقامة الحدود، هي البينة التي تتكلم بها، ومعنى البينة وإن وجد بعلم القاضي إلا أنها فقدت صورتها، وفوات الصورة يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

6- حق استيفاء الحدود الخالصة لله تعالى هو للقاضي على سبيل النيابة، دون أن يكون هناك خصم من العباد يطالب به، فلو اكتفى القاضي بعلمه في إقامتها ربما اتهمه بعض الناس بالجور والإقامة بغير حق، وهو مأمور بأن يصون نفسه عن ذلك.

7- إذا أخبر القاضي أنه رأى الرجل يزني، وأنكر الرجل، فليس له إقامة الحد عليه للتعارض بين الخبرين؛ إذ كل مسلم أمين فيما يخبر به من حق الله تعالى. واستدل صاحبان لجواز قضاء القاضي بعلمه الذي استفاده خارج زمان ومكان ولايته في غير الحدود بالأدلة الآتية (2):

1- قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا﴾ (3) فالآية تنهاه عن اتباع ما لا يعلمه، فدل على أنه يجوز له أن يتبع علمه.

2- قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُوفُوا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ﴾ (4) واتباع علمه والقضاء به قيام بالقسط وحكم بالعدل.

(1) لم أقف على الأثرين في كتب الحديث، وقد أوردهما القدوري في التجريد دون سند * ينظر: التجريد (6552/12).

(2) ينظر: ابن المنذر النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة ط1 1425هـ/2004م، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري (194/4)؛ القدوري، التجريد (6548-6549)؛ السرخسي، المبسوط (92/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (103-104)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (7/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (405/6)؛ ابن عابدين، الحاشية (8/141).

(3) الإسراء: 36

(4) النساء: 135

3- عن عائشة رضي الله عنها، "أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ. فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ»»⁽¹⁾ فالتفتي فإكتفى بقضائه لها بما يعلمه من صدقها ولم يطالبها بالبينة، فدل أنه يجوز للقاضي القضاء بعلمه.

4- عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: "بَايَعَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى السَّمْعِ وَالطَّاعَةِ فِي الْمُنْشَطِ وَالْمَكْرَهِ، وَأَنْ لَا تُنَازَعَ الْأَمْرَ أَهْلُهُ، وَأَنْ نَقُومَ أَوْ نَقُولَ بِالْحَقِّ حَيْثُمَا كُنَّا، لَا نَخَافُ فِي اللَّهِ لَوْمَةً لَائِمَةً"⁽²⁾ فيجب على الإنسان القيام بالحق والأمر به هذا لغیر القاضي فكيف القاضي.

5- عن أبي سعيد رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ هَيْبَةُ النَّاسِ أَنْ يَقُولَ فِي حَقِّ إِذَا رَأَاهُ، أَوْ شَهِدَهُ أَوْ سَمِعَهُ»⁽³⁾ فدل على أنه لا يحق للإنسان عدم قول الحق مخافة من الناس وهيبتهم، فكيف بالقاضي.

6- قال ﷺ «وَأَقْضِي لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ»⁽⁴⁾، فبين أنه ﷺ يقضي بعلمه الذي اكتسبه من سماع الدعوى وردها.

7- كما يجوز له القضاء بعلمه زمن ولايته وفي مكانها، جاز له القضاء في العلم الذي حصل عليه خارج ولايته؛ إذ الحكمة واحدة والعلم واحد، إلا أنه هنا استدام العلم، الذي كان له قبل القضاء بتجدد أمثاله، وهناك حدث له علم لم يكن، وهما سواء في المعنى.

8- لو أن رجلاً ليس بحاكم رأى رجلاً يغضب مال آخر، وهو يقدر على أن يمنعه من ذلك ولم يفعل أيسعه ذلك؟ فكيف بالحاكم الذي يقدر أن يرد الحق لصاحبه، وقد علم أنه غصب منه قبل توليه القضاء، فينبغي أن يأخذه من الغاصب ويرده لصاحبه، وكذا لو علم قبل توليه أن رجلاً طلق امرأته ثلاثاً فرفعت المرأة أمرها إليه أثناء توليه فيجب عليه أن يحكم بالطلاق ويحول بينهما.

9- هو حاكم علم بصدق المدعي فيما يدعيه، فإذا طلب المدعي منه الحكم جاز له ذلك.

10- لو علم عدالة رجل قبل توليه القضاء ثم شهد عنده جاز له الحكم بشهادته بناء على علمه بعدالته.

وأما ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة فيستدل له بالآتي⁽⁵⁾:

(1) متفق عليه؛ واللفظ للبخاري؛ من رواية عائشة رضي الله عنها، البخاري، كتاب النفقات، باب 9، حديث 5364؛ مسلم، كتاب الأقضية، باب 4، حديث 1714.

(2) متفق عليه؛ واللفظ للبخاري؛ من رواية عبادة بن الصامت رضي الله عنه، البخاري، كتاب الأحكام، 43، حديث 7199؛ مسلم، كتاب الإمارة، باب 8، حديث 1709.

(3) ابن ماجه، السنن، كتاب الفتن، باب 20، حديث 4007؛ أحمد بن حنبل، المسند، مسند المكثرين من الصحابة، مسند أبي سعيد الخدري، حديث 11017 واللفظ له. *قال شعيب الأرنؤوط اسناده صحيح على شرط مسلم، ينظر: مسند الإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، القاهرة، مصر، تعليق شعيب الأرنؤوط (5/3).

(4) من حديث أم سلمة رضي الله عنها "إنما أنا بشر" سبق ذكره بتمامه وتخريجه. ينظر ص 53

(5) ينظر: القدوري، التجريد (12/6548-6549)؛ القاري، فتح باب العناية (112/3).

1- إن تحمل القاضي قبل توليه القضاء يعتبر تحمل شهادة؛ إذ أنه لا يملك الحكم حال تحمله، فلا يجوز له القضاء به؛ لأن القضاء أقوى من الشهادة، وكذلك لا يمكنه الحكم بالإقرار قبل توليه القضاء فكذا ما سمعه قبل توليه لا يمكنه الحكم به بعد توليه.

2- لا يجوز له الحكم بالحدود التي علم موجبها قبل توليه، فكذلك باقي القضايا.

3- عن شريح رحمه الله (ت103هـ) أن رجلاً خاصم إليه، فسأله البينة، فقال الرجل: يا أبا أمية إنك تشهد لي، فقال له شريح: اذهب إلى الأمير فخاصم إليه حتى أجيء فأشهد لك.

رابعاً: المناقشة والترجيح

نوقشت أدلة الصاحبين بما يلي (1) :

1- النهي عن اتباع ما ليس له به علم، وكذا الأمر بالقيام بالحق، الذين أفادتهما الآيات والأحاديث التي استدلل بها، لا تعني أن يقضي القاضي بعلمه، بل يمكنه القيام بذلك من خلال شهادته إذ يمكنه أن يشهد بما يعلمه عند قاض آخر، وهذا ما فعله القاضي شريح رحمه الله عندما طلب منه رجل خاصم آخر إليه أن يشهد له فقال له شريح: " ائت الأمير حتى أشهد لك فقال أنشدك بالله أن يذهب حقي، وأنت تعلم فقال ائت الأمير حتى أشهد لك".

2- الاستدلال بالقياس على جواز قضاء القاضي بعلمه المكتسب حال ولايته إذ العلم واحد، قياس مع الفارق، وبيانه: الأصل في صحة القضاء البينة، إلا أن غيرها قد يلحق بها إذا كان في معناها، فالبينة التي حصل عليها زمن ولايته مأمور بالقضاء بها، ويلحق بها علمه المستفاد حال ولايته فيمكنه القضاء به، والبينة التي حصل عليها خارج ولايته هو غير مأمور بالقضاء بها فكذا العلم المستفاد خارج ولايته لا يمكنه القضاء به.

3- قولكم بأنه على القاضي منع الحرام إن سمع قبل توليه القضاء رجلاً يطلق امرأته ثلاثاً فرفعت المرأة إليه أمرها بعد توليه القضاء وجحد الرجل، هو قول قال به الإمام إذ قال على القاضي أن يحول بينهما على وجه الحسبة لكنه لا يحكم بالطلاق؛ إذ الحيلولة تثبت بمجرد الشهادة ولا حاجة للقضاء بها.

4- وأما قضاء القاضي بشهادة رجل علم عدالته قبل القضاء ولا يسأل عنه، فهو إنما قضى بشهادته، لا بعلمه بعدالته؛ إذ الحكم مرتبط بالبينة أما كون الشاهد على صفة ما فلا فرق بين العلم بها خارج ولايته أو في ولايته.

5- وقولكم بأنه: حاكمٌ عليمٌ صدق المدعي فيما يدعيه، فإذا طلب المدعي منه الحكم جاز له ذلك، فهو يصدق على الحدود أيضاً، وأنتم منعتم القاضي من القضاء بعلمه فيها.

أجيب على الاعتراض الأخير بأن المنع حصل لأنه مأمور بالستر.

لكن اعتراض عليه أيضاً: لما نفذ الحكم بالشهادة وهو مأمور بالستر، كان يجب انفاذه بعلمه أيضاً؛ لأخيهما سواء.

(1) ينظر: القدوري، التجريد (6548-6549)؛ السرخسي، المبسوط (92/16)؛ ابن عابدين، الحاشية (141/8).

لو أردنا ربط قول الصاحبين بمواد مجلة الأحكام العدلية لوجدنا أنه تؤيد قولهم المادة الخامسة والسبعون والتي تنص على أن " **الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان** " ووجه التأييد أن المادة تعتبر الثابت بالبينّة والبرهان كأنه في تأكيده كالثابت بالعيان وعلم القاضي هو علم ثابت بالعيان فهو أقوى من البينة وله القضاء به على كل حال.

أما قول الإمام فيؤيد بالمادة ثلاثين التي تنص على أن " **درء المفاسد أولى من جلب المصالح** " وبيانها أن عدم الأخذ بقضاء القاضي بعلمه الحاصل قبل القضاء أو في غير مكان ولايته يورث تهمة في قضائه دفع هذه المفسدة أولى من جلب المصلحة في القضاء به.

في هذا الزمن، وقد ضُفُف الإيمان بالقلوب، نجد أنه لا يؤخذ بقول الصاحبين؛ لئلا يُجعل ذريعة للأحكام الباطلة والفسادة، وخاصة أنه لم يخل من مناقشة وضعف، بخلاف قول الإمام أبي حنيفة الذي اتسم بالقوة والقرب من الحق والواقع، ولذا يرجح ويفتق به لفساد القضاة، وإبعاداً للتهمة عنهم، والله أعلم.

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

اتفق الجمهور مع الحنفية على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالى؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، واكتفاء القاضي بعلمه شبهة تمنع القضاء بها؛ لأنه وإن وجد فيه معنى البينة، إلا أنه قد فاتت صورتها، وهو النطق - أي نطق الشاهد بالشهادة - وفوات الصورة يورث شبهة تُدرأ الحدود بها.

واتفقوا أيضاً على جواز القضاء بعلمه في الجرح والتعديل في الشهود، وأجمعوا أيضاً على أنه يقضي بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك خلاف⁽¹⁾.

أما في حقوق العباد فقد اختلف الأئمة الثلاثة فذهب المالكية والحنابلة إلى عدم جواز قضاء القاضي بعلمه سواء علمه قبل ولايته، أو بعدها في مدينته التي يتولى فيها القضاء أو خارجها إلا إن علم بمجلس قضائه بأمر، كما لو أقر الرجل أمامه طائعاً، فهنا له القضاء بهذا العلم⁽²⁾.

قال في الكافي: "ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد، ولا في حق من الحقوق، ولا في شيء قد كان شهد عليه مع غيره"⁽³⁾.

(1) ينظر: أبو محمد عبد الوهاب بن علي الثعلبي البغدادي، التلقين، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1 1425 هـ/2004 م (209/2)؛ ابن رشد، بداية المجتهد (470/2) - الماوردي، الحاوي الكبير (321/16 - 322)؛ ابن قدامة، الشرح الكبير (424/28).

(2) المصادر نفسها.

(3) القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 2 1413 هـ/1992 م (500).

وقال ابن قدامة: "ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره وسواء في ذلك ما علمه قبل الولاية أو بعدها"⁽¹⁾.

وورد عن الشافعية قولان: الأول أفاد بجواز قضائه بعلمه بغض النظر عن زمان ومكان علمه، والثاني أفاد بعدم جواز القضاء بعلمه بغض النظر عن زمان ومكان علمه.

ونقل الربيع عن الشافعي أنه قال: (وإذا اختصم الرجلان إلى القاضي، فأقر أحدهما عند القاضي في مجلس الحكم أو غير مجلسه، فإن ثبت لأحدهما على الآخر حق قبل الحكم أو بعده، فالقول فيه واحد من قولين، من قال يقضي القاضي بعلمه. ومن قال القاضي كرجل من الناس قال إن حكم بينهما لم يكن شاهداً وكلف الخصم شاهدين غيره وكان حكمه كحكم من لم يسمع شيئاً ولم يعلمه)⁽²⁾.

وبين الربيع عند روايته كتاب الأم بعد أن ذكر القول السابق أن مذهب الشافعي هو جواز قضاء القاضي بعلمه فقال: (الذي يذهب إليه الشافعي أنه يحكم بعلمه لأن علمه أكبر من تأدية الشاهدين الشهادة إليه، وإنما كره إظهار ذلك؛ لئلا يكون القاضي غير عدل فيذهب بأموال الناس)⁽³⁾.

وأورد الماوردي لنفاذ قضاء القاضي بعلمه شرطين:

أولهما - أن يقول للمنكر: قد علمت أن له عليك ما ادعاه.

وثانيهما - أن يقول: وحكمت عليك بعلمي، فينبغي له أن يذكر الجملتين وإن اكتفى بواحدة منهما لم يجز قضاؤه⁽⁴⁾.

استدل المالكية والحنابلة لمذهبهم بعدة أدلة⁽⁵⁾:

1- حديث أم سلمة رضي الله عنها، "إنما أنا بشر" السابق ذكره⁽⁶⁾ فبين أنه ﷺ يقضي بما يسمع من حجج ولم يذكر العلم فهو لا يقضي بعلمه، وأفاد أن العلم ليس وسيلة من وسائل الإثبات.

2- عن وائل بن حجر⁽⁷⁾ قال: "كُنتَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَتَاهُ رَجُلَانِ يَخْتَصِمَانِ فِي أَرْضٍ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنَّ هَذَا انْتَزَى⁽⁷⁾ عَلَى أَرْضِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ - وَهُوَ امْرُؤُ الْقَيْسِ بْنُ عَابِسٍ الْكِنْدِيُّ وَخَصْمُهُ رَبِيعَةُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ

(1) ابن قدامة، الشرح الكبير (424/28).

(2) الإمام الشافعي، الأم (257/8).

(3) المصدر السابق، من تعليق الربيع على قول الإمام (258/8).

(4) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (324/16)، وأورده عنه أيضاً الخطيب الشربيني في مغني المحتاج (531/4-532).

(5) ينظر: القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، الاستدكار، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1421هـ/ 2000م تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض (92/7-93)؛ ابن رشد، بداية المجتهد (470/2-471)؛ ابن قدامة، الشرح الكبير (424/28).

(6) ينظر: ص53 من هذا البحث

(7) أي غلب واستولى عليها * ينظر: محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، ط2/ 1392هـ (161/2).

قَالَ: «بَيِّنْكَ»، قَالَ: لَيْسَ لِي بَيِّنَةٌ، قَالَ: «يَمِينُهُ»، قَالَ: إِذَا يَذْهَبُ بِهَا، قَالَ: «لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَاكَ»، قَالَ: فَلَمَّا قَامَ لِيَحْلِفَ، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ اقْتَطَعَ أَرْضًا طَالِمًا لَقِيَ اللَّهَ وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانُ»⁽¹⁾ ولم يذكر النبي ﷺ هنا علم القاضي كوسيلة لإثبات الدعوى، وإنما اكتفى بالبينة، أو اليمين، فدل على عدم اعتباره علمه وسيلة من وسائل الإثبات.

3- عن عائشة رضي الله عنها "أن النبي ﷺ بعث أبا جهم بن حذيفة مُصَدِّقًا فَلَا جَهَّةَ⁽²⁾ رَجُلٌ فِي صَدَقَتِهِ فَضَرَبَهُ أَبُو جَهْمٍ فَشَجَّهُ، فَأَتَوْا النَّبِيَّ ﷺ فَقَالُوا: "الْقَوْدُ يَا رَسُولَ اللَّهِ"، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَكُمْ كَذَا وَكَذَا» فَلَمْ يَرْضَوْا، فَقَالَ: «لَكُمْ كَذَا وَكَذَا» فَلَمْ يَرْضَوْا، فَقَالَ: «لَكُمْ كَذَا وَكَذَا» فَرَضُوا. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنِّي خَاطَبْتُ الْعَشِيَّةَ عَلَى النَّاسِ وَخُيِّرْتُمْ بِرِضَاكُمْ»، فَقَالُوا: نَعَمْ، فَخَطَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «إِنَّ هَؤُلَاءِ اللَّيْثِيَّيْنِ أَتَوْنِي يُرِيدُونَ الْقَوْدَ فَعَرَضْتُ عَلَيْهِمْ كَذَا وَكَذَا فَرَضُوا أَرْضِيئُكُمْ»، قَالُوا: لَا. فَهَمَّ الْمَهَاجِرُونَ بِهِمْ فَأَمَرَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَكْفُوا عَنْهُمْ فَكَفُّوا ثُمَّ دَعَاهُمْ فَرَادَهُمْ فَقَالَ: «أَرْضِيئُكُمْ»، فَقَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: «إِنِّي خَاطَبْتُ عَلَى النَّاسِ وَخُيِّرْتُمْ بِرِضَاكُمْ»، قَالُوا: نَعَمْ، فَخَطَبَ النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ: «أَرْضِيئُكُمْ»، قَالُوا: نَعَمْ⁽³⁾، فالتني ﷺ علم كذبهم في نفيهم الرضا، ولكنه لم يحكم بعلمه ويلزمهم بما قبلوه أول مرة بل عاد وأرضاهم من جديد.

وأما الشافعية فاستدلوا لمذهبهم بما استدل به القاضي أبو يوسف، وأضافوا: بأن القاضي إنما يقضى بشاهدين على أنه عالم في الظاهر أن ما شهدا به حصل كما شهدا قضى به، وكان علمه أولى من شهادة شاهدين وشهود كثيرة؛ لأنه لا يشك في علمه ويشك في شهادة الشاهدين، واستدلوا أيضًا بالقياس على جواز حكم القاضي بالجرح والتعديل بعلمه، فكما جاز الحكم بعلمه بهما، جاز له الحكم به بغيرهما، لثبوته بأقوى أسبابه، ولأن منع القاضي من الحكم بعلمه مفضل إلى وقوف الأحكام أو فسق الحكام، وإذا حكم بعلمه سلم من الأمرين⁽⁴⁾.

سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف

يندرج تحت هذا الأصل تطبيقات عدة، ومن أمثلتها⁽⁵⁾:

1- خرج القاضي إلى مدينة خارج ولايته فقال له فيها رجل، لي عند رجل في المدينة التي أنت قاض فيها حق، وقد وكلت فلانًا بإقامة الدعوى عندك، فذهب القاضي إلى مدينته، وجاء الموكل لإقامة الدعوى فعند القاضي أبي

(1) مسلم، كتاب الإيمان، باب 61، حديث 139.

(2) أي نازعه وخاصمه، من اللجاج. ينظر: محمد أشرف العظيم آبادي، عون المعبود (3930/9).

(3) أبو داود، السنن، كتاب الديات، باب 13، حديث 4534؛ النسائي، السنن الصغرى، كتاب القسامة، باب 24، حديث 4778؛ ابن ماجه، السنن، أبواب الديات، باب 10، حديث 2638 * قال ابن ماجه في سننه بعد ذكر هذا الحديث: "سمعت محمد بن يحيى يقول: تفرد بهذا معمر، لا أعلم رواه غيره".

(4) ينظر: الإمام الشافعي، الأم (257/8)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (322/16)؛ شيخ الإسلام زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1422 هـ/ 2000 م تحقيق: محمد تامر. (307/ 4).

(5) ينظر: القدوري، التجريد (6549/12)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (71/2).

يوسف تقبل الدعوى ولا يطالب القاضي الوكيل بإثبات الوكالة لأنه يعلم صدقه فيحكم بعلمه، وعند الإمام أبي حنيفة رحمه الله لا يحكم بهذا العلم لأنه استفاده خارج ولايته، فيطالب الوكيل بإثبات وكالته بالبينة، ثم يحكم بالدعوى.

2- رأى القاضي رجلاً يغصب من آخر حقاً، قبل توليه القضاء، ثم رفع إليه المغموب منه أمره ليحكم له بالمغموب بعد توليه القضاء، ولم يأت بالبينة على الغصب، فعند القاضي أبي يوسف يحكم له ويجبر الغاصب بتسليم المغموب لصاحبه، وعند الإمام أبي حنيفة لا يقضي برد المغموب لكنه يحول بين الغاصب والحق المغموب على سبيل الحسبة لا القضاء.



2.2.4 المطلب الرابع: القضاء بما في ديوان القاضي

أولاً: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف

جرت عادة القضاة لكثرة القضايا واختلافها؛ اتخاذ ديوان يحفظون به ما يجري لديهم. ويُعرفُ الحنفية الديوان⁽¹⁾ بأنه: "الخراط التي فيها السجلات، والمحاضر، والصكوك"⁽²⁾، ونصب الأولياء، والقوام بأموال الوقف"⁽³⁾، وقد يطلق على الديوان اسم المحضر، أو السجل والوثائق المدونة في مجلس القضاء، ويحفظ عند القاضي أو أمنائه ليسهل الرجوع إليه عند الحاجة"⁽⁴⁾، ويُعرفُ السَّجَلُ بأنه: "ما يكتب القاضي فيه ما يجري عنده من إجراءات الدعوى وحكمه فيها"⁽⁵⁾، وأما المحضر فهو: "ما يكتب القاضي فيه دعوى الخصمين مفصلاً، ولم يحكم بما ثبت عنده، بل كتبه للتذكر"⁽⁶⁾.

وقد تُقام قضية عند القاضي، ويعتمد الخصوم فيها على ما في ديوان القاضي من بينات وأحكام، كان هو كتبها سابقاً- إما بنفسه أو كتبها كاتبه المعتمد لديه-، فهل يجوز للقاضي الاكتفاء بما يجده في ديوانه من بينات ليحكم بها، وما فيه من أحكام لينفذها، أم يفرض على الخصوم إعادة البينة؟ في الإجابة عن هذا السؤال نميز بين حالتين، فإما أن يذكر القاضي المكتوب في ديوانه، فيتذكر الحادثة التي كتب فيها، ويتذكر الحكم والشهادة، فهنا يحل له أن يأخذ بما فيه، فله القضاء بناءً على البينات التي يجدها في ديوانه، أو ينفذ ما يجده عنده من أحكام وهذا باتفاق أئمة الحنفية⁽⁷⁾. وإما أن لا يذكر ما فيه فلا يتذكر الحادثة، أو لا يتذكر حكمه الذي حكم به، فهنا يختلف القاضي أبو يوسف مع الإمام أبي حنيفة في جواز الاعتماد عليه.

(1) الديوان في اللغة، لفظ فارسي معرب، وهو مجمع الصحف، والدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء، وأول من وضع الديوان العام عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وأول من وضع الديوان القضائي القاضي سليم بن عتر التيجي. * ينظر: ابن منظور، لسان العرب (مادة دون)؛ محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د.ط/ د.ت (مادة دون).
(2) الصك: هو ما كتب فيه البيع، والرهن والإقرار وغيرها * ينظر: منلا خسرو، درر الأحكام شرح الغرر (415/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (299/6).

(3) ينظر: الزبيدي، الجوهرة النيرة (342/2)؛ ابن نجيم، ابن نجيم، البحر الرائق (299/6)؛ الغنيمي، اللباب (ص587)
(4) ينظر: محمد مصطفى الزحيلي، أصول الأحكام الشرعية والمدنية، منشورات جامعة دمشق، ط7 1425هـ/2004م (ص199)

(5) ينظر: المرغيناني، الهداية (105/3)؛ منلا خسرو، درر الأحكام شرح غرر الأحكام (415/2)

(6) ينظر: المرجاني، التعريفات (ص263).

(7) ينظر: السرخسي، المبسوط (62/19)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (97/7)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (185/8).

ثانيًا: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف إلى أنه يمكن للقاضي أن يعمل بما يجده في ديوانه، فيحكم بناءً على البيئة المقدمة في المحضر، وينفذ الحكم الوارد في السجل، لكن يشترط لذلك أن يكونا محفوظين عنده وتحت ختمه. وبهذا قال صاحبه محمد.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم جواز العمل بهما، فلا يقضي بما في المحضر ولا ينفذ ما في السجل طالما أنه لا يذكره⁽¹⁾.

واعتمد شراح المذهب قول الصاحبين في الفتوى؛ دفعًا للحرص والضرر الذي يؤدي إليه قول الإمام أحيانًا؛ إذ القاضي إنسان ومن طبعه النسيان، وحفظه كل ما يأتيه صعب جدًّا، فإن مُنِع من الاعتماد على محضره أو سجله تعطلت أحوال الناس، ووجب على كل واحد أن يعيد الدعوى مرارًا إن احتاجها على مر الزمان، وفي هذا من المشقة والضرر ما فيه⁽²⁾.

ثالثًا: الأدلة

استدل الحنفية لجواز قضاء القاضي بالشهادة المكتوبة عنده إن تذكرها؛ بأن شرط القضاء العلم بالحادثة، وقد حصل، فهو يعلم ما يقضي به لذلك له القضاء به⁽³⁾.

وأما مذهب الصاحبين في جواز الحكم بما في المحضر وانفاذ ما في السجل إن لم يذكر المكتوب فيهما، فاستند إلى⁽⁴⁾:
1- دفع الحرج عن القاضي، فهو لا يمكنه حفظ جميع الأحكام التي يقضي بها، والقضايا التي تعرض عليه؛ إذ هو أمر متعذر؛ لأنه إنسان ومن طبع الإنسان النسيان، ألم يقل الله تعالى لنبيه المعصوم ﷺ:

﴿سَنُقَرِّئُكَ فَلَا تَنْسَى ۚ إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ إِنَّهُ يَعْلَمُ الْجَهْرَ وَمَا يَخْفَى ۚ﴾⁽⁵⁾، فبين الله سبحانه أنه

عصم نبيه ﷺ من نسيان ما ينزل عليه من الوحي، وبهذا تبين أن الأصل في الفطرة الإنسانية أنها مجبولة على النسيان، فالإنسان إنما سمي إنسان من النسيان؛ حيث قال جل ثناؤه: ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَىٰ آدَمَ مِن قَبْلُ

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (62/19)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (96/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (337/14)؛ المرغيناني، الهداية (120/3)؛ الموصلي، الاختيار (421/2)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (185/8) وتكملتها (120/11).

(2) ينظر: ابن نجيم، ابن نجيم، البحر الرائق (97/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (647/6).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (62/19)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (336/14).

(4) ينظر: المصادر نفسها، والزبيدي، الجوهرة النيرة (329/2)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (647/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (78/7).

(5) الأعلى: 6-7

فَنَسِيَ وَلَمْ يَحْجِدْ لَهُ عَزْمًا⁽¹⁾ ، وأيضًا لأن القضايا التي تُعرض عليه، والدعاوى التي تأتيه كثيرة جدًا، وبأمره بحفظها حرج كبير، ولهذا اتخذ القضاة ديوانًا يكتبون فيه أحكامهم، ولو لم يجز له الرجوع إليه والاعتماد عليه عند النسيان لأدى إلى حرج كبير والحرج مدفوع.

2- العمل بالظاهر، فما كان محفوظًا عند القاضي وتحت خاتمه، فالظاهر يدل أنه حق ولم تصل إليه يد تعبت به، والقاضي مأمور باتباع الظاهر فله القضاء به.

3- دفع الضرر عن الناس؛ وذلك لأن الأفضية تكثر ولكثرتها لا يمكن للقاضي حفظها، فلو لم يمكن إثباتها بالبينة لتعطلت الحقوق، أليس من المتفق عليه أنه يمكن إثباتها بالبينة عند قاض آخر، وإنما أمكن إثباتها خشية تعطيل حقوق الناس، وهذا الطريق موجود في هذا القاضي. وأما قول الإمام فقد استند إلى⁽²⁾:

1- المقصود من كتابة القاضي لما يحصل عنده؛ أن يتذكر إذا نظر فيه، لا أن يعتمد عليه؛ لأن الكتاب للقلب كالعين للمرأة، وإنما المرأة تعتبر ليحصل الإدراك بالعين، فإذا لم يحصل الإدراك كان وجود المرأة كعدمه، وكذا الكتاب إذا لم يحصل المقصود منه ويتذكر به، كان وجوده وعدمه سواء.

2- لا عبرة للكتاب لأنه قد يزور ويفتعل به؛ إذ الخطوط تتشابه، وكذلك الأختام، وإذا لم يذكر القاضي ما فيه، فلا سبيل لليقين بأنه غير مزور، ومع احتمال التزوير والافتعال فيه، لا يحصل للقاضي العلم به ولا يمكنه القضاء دون العلم.

3- قال رسول الله ﷺ: «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ، وَإِلَّا فَدَعْ»⁽³⁾ فالنبي ﷺ أمر الشاهد أن لا يشهد إلا إن علم بيقين، والقضاء أعلى مرتبة من الشهادة، فوجوب العلم عليه أولى ولا علم مع النسيان.

رابعًا: المناقشة والترجيح

ناقش الصحابان أدلة الإمام بالآتي⁽⁴⁾:

1- احتمال التزوير نادر جدًا، خاصة مع اشتراط حفظ المحضر عند القاضي واشتراط الختم، وهذا لا يقع فيه ضرر لأحد، ولا عبرة لاحتمال النادر الوجود.

(1) طه: 115

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط (63/62؛ 19/63)؛ الموصلي، الاختيار (421/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (78/7).

(3) عزاه الزيلعي إلى المستدرك، لكن عندما بحث في المستدرك لم أجده بهذا اللفظ وإنما أورده الحاكم في كتاب الأحكام، حديث 7045 بلفظ "يا ابن عباس لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء الشمس" وقال عنه الحاكم "صحيح الإسناد ولم يخرجاه" وتعقبه الذهبي فقال إنه "واه"، ينظر: الحاكم، المستدرك وتعليقات الذهبي عليه 110/4؛ الزيلعي، نصب الراية (82/4).

(4) ينظر: تكملة حاشية ابن عابدين (121/11).

2- القاضي مأمور بالحكم بالظاهر، والظاهر أن المحضر لم يغير فيه شيء؛ لأنه في يده مختوم بختمه، وهذا يدل على عدم التغيير فيه.

3- صحيح أن القاضي مأمور بالقضاء بالعلم، والعلم يحصل بمحضره، وخاصة أنه محفوظ عنده، وبذلك يأمن عليه من الزيادة والنقصان، وبالتالي يحصل له العلم الذي يمكنه من القضاء.

من خلال الأقوال السابقة وأدلتها يتبين أن خلافهم يتمحور حول جواز الاعتماد على غير الحفظ في الحصول على العلم، والفائدة المبتغاة من الخط، فالصاحبان أجازا الاعتماد على غير الحفظ، وقالوا بجواز الاعتماد على السجل ولو لم يتذكر؛ لأن الخط وضع لفائدة الرجوع إليه عند النسيان، وإن لم يعتمد عليه فلا فائدة منه، وأما الإمام فلا يجوز عنده الاعتماد على غير الحفظ فلا بد منه، والكتابة لفائدة التذكر فيعتمد عليها للتذكر لا أكثر.

وإذا أردنا أن نربط بين مجلة الأحكام العدلية وبين القولين نجد أن قول الإمام أبي حنيفة تؤيده المادة السادسة والأربعون التي تنص على أنه " إذا تعارض المانع والمقتضي فيقدم المانع " وهنا تعارض المانع وهو الشك في التلاعب في السجل مع مقتضي الاعتماد على السجل وهو نسيان القاضي الحادثة، فيقدم المانع ويمنع القاضي من الاعتماد على السجل دون تذكره الحادثة والحكم.

وتؤيد قول صاحبين مواد عدة منها:

المادة العاشرة التي تنص على أنه " ما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد المزيل " وبيان ذلك أن حكم القاضي السابق ثابت بدليل حفظه في السجل فيحكم ببقائه مالم توجد بينة أو أمر ثابت يزيله.

والمادة السابعة عشرة التي تنص أن " المشقة تجلب التيسير " فمشقة حفظ القاضي لكل قضية قضى بها مع مرور الزمن تجلب التيسير بالاعتماد على ما كتبه وحفظه عنده في سجلات القضاء.

والمادة الرابعة والسبعون التي تقول أنه: " لا عبرة للتوهم " فتوهم العبث بالسجل مع وجود الختم عليه لا عبرة له؛ وبالتالي يمكن للقاضي العمل بما في السجل.

وفي هذا الزمن وقد كثرت القضايا، وتشتت فروع المحاكم، أصبح من العسير على القاضي حفظ جميع القضايا التي يحكم بها، لذا اعتمد القضاة في هذا الزمن على السجلات بكثرة، وكما اعتمد القضاة الوسائل الحديثة في الحفظ، فاستخدموا الحواسيب لزيادة التوثيق وأمان الحفظ؛ إذ يمكن حفظ ملفاتها بكلمات مرور لا يعرفها إلا واضعها، وبهذا الحفظ يُغلق باب الخوف من التزوير والتحريف الذي اعتمد عليه الإمام؛ ولذا يرجح قول صاحبين في هذه المسألة تسهياً على القضاة، ورفعاً للحرَج عن الناس. والله أعلم.

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

عند النظر في آراء المذاهب الثلاثة الأخرى في هذه المسألة، نجد أنهم متفقون فيها مع الإمام أبي حنيفة، فقالوا إن وجد القاضي في ديوانه حكماً أو شهادةً وطلب المدعي أن يحكم له بها، فإن تذكرها القاضي فله أن يحكم بها، وإن لم يذكرها فلا يجوز له الحكم بها، ويطلب من المدعي إعادة البينة.⁽¹⁾

لكن استثنى المالكية والشافعية من هذا ما لو شهد اثنان عند القاضي على حكمه أو على شهادة الشهود المكتوبة عنده، فله هنا أن يقضي بها، وإن لم يذكرها، قال أشهب: "ولا بما وجد في ديوانه مكتوباً من إقرار الخصم عنده فإن قامت على ذلك بينة أنفذه"⁽²⁾.

وقال الإمام الشافعي: " وإذا وجد القاضي في ديوانه شهادةً ولا يذكر منها شيئاً لم يقض بها حتى يعيد الشهود أو يشهد شهود على شهادتهم"⁽³⁾.

وقال ابن قدامة: " وإذا ارتفع إليه خصمان، فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكم، فأخرجها الحاكم من ديوانه، فوجدتها مكتوبةً بخطه تحت ختمه وفيها حكمه، فإن ذكر ذلك حكم به، وإن لم يذكره لم يحكم به نص عليه أحمد في الشهادة"⁽⁴⁾.

واستدلوا لما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية⁽⁵⁾:

1- قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾⁽⁶⁾ فالله تعالى نهي الإنسان أن يقول ما لا يعلمه،

وبالنسيان لا يحصل العلم، وبالتالي فإن قضى بها القاضي دون أن يتذكر، فقد قفا ما ليس له به علم.

2- لا يضمن القاضي أن لا يُرَوَّرَ الكتاب أو الختم، وخصوصاً أن الخطوط تتشابه فقد لا يفرق بينهما، وبهذا يصير امضاء الحكم به دون تذكره مشتبهاً، ولا يجوز للقاضي الإلزام بالحق وإمضاء الأحكام مع الاشتباه والاحتمال.

3- الحكم أغلظ من الشهادة؛ لما تضمنه من الإلزام، فلما لم تجز الشهادة بمعرفة الخط إلا مع الذكر، كان الحكم بذلك أحق.

(1) ينظر: القرائي، الذخيرة (90/10)؛ الخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (8 / 109-110)؛ الإمام الشافعي، الأم (532/7)؛ أبو بكر عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1403 هـ/ 1986 م (507)؛ ابن قدامة، المغني (57/14)؛ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (11 / 286).

(2) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (8/109).

(3) الأم (533/7).

(4) المغني (57/14).

(5) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير (16/206-207)؛ ابن قدامة، المغني (57/14)؛ مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، دمشق. سوريا د. ط 1961 م (6/532).

(6) الإسراء: 36

سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف

يتجلى الخلاف في هه المسألة في عدة تطبيقات منها⁽¹⁾:

- 1- أقام رجل الدعوى عند القاضي وقال قد أقمت عندك الشهادة سابقًا، فوجدها القاضي مسجلة في محضر عنده وعليها ختمه، ولكنه لم يذكر هذه الشهادة، عند صاحبين يقضي بها، وينفذ حكمه ولو لم يذكرها، وعند الإمام أبي حنيفة يطلب من المدعي إقامة بينة جديدة، أو ينتظر حتى يتذكر هذه الشهادة فيقضي بها.
- 2- رأى القاضي حكمًا حكم به سابقًا، مكتوبًا عنده لكنه لم يذكر واقعة الحكم ولا حادثته، وطلب منه المحكوم له إنفاذ الحكم، ينفذه عند صاحبين طالما أن الحكم موجودًا عنده ومختومًا بختمه، وعند الإمام لا يحل له أن ينفذه.

⁽¹⁾ ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (96/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (6/ 647)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (324/3).

2.2.5 المطلب الخامس: بيع القاضي مال المحبوس بالدين

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

لو أقام رجال دعوى عند القاضي على رجل، يطالبونه بما بدين لهم عليه، وقدموا الحجج والبيّنات التي تؤيدها، فعلى القاضي -بعد النظر في الأدلة- أن ينظر في حال المدين، فإن وجده فقيراً لا يجد ما يفي دينه، يطلب من الغرماء أن يُنظروه إلى أن يملك المال ويف دينه، وإن وجده غنياً فعليه أن يأمره بوفاء الدين، وإن لم يجب يأمر بحبسه، حتى يقضي الذي عليه، ولكن إن لم يستجب المدين ولم يف الحق الذي عليه، فهل للقاضي الوفاء من ماله دون رضاه؟ إن كان للمدعى عليه نقود، فللقاضي الأخذ منها، وإعطاء الغرماء دون رضاه، وكذا إن لم تكف نقوده، وله نقود من فئات أخرى -كما لو كان الدين عليه بالليرة السورية، وعنده فئات أخرى كالدولار والريال- فللقاضي بيعها بالليرة السورية وإيفاء الغرماء منها، وإن لم تكفي النقود وله عروض تجارية، وعقارات، ففي بيع القاضي لها والإيفاء من ثمنها خلاف بين أئمة الحنفية.

ثانياً: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف ومعه محمد لجواز بيع القاضي العروض التجارية، والعقارات المملوكة للمدين؛ لإيفاء حقوق الغرماء منها، ولكنه لا يبيعها بشكل عشوائي، بل بالترتيب، فيبيع النقود أولاً، ثم يبيع العروض التجارية، ويبدأ بالبيع منها بما يخشى عليه التلف أولاً، ثم يبيع مالا يخشى عليه التلف، ويترك العقار لآخر الأمر، فلا يبيعه إلا للضرورة، ويترك عليه دُستاً⁽¹⁾ من الثياب، ويبيع الباقي لأنه به كفاية، وقيل يترك له دُستين إن غسل أحدهما لبس الآخر، ولا يحق للقاضي الانتقال من أمر لآخر إلا إن فضل الدين بعد بيعه⁽²⁾، وروي عنهما عدم جواز بيع العقار، لكن الصحيح هو جواز البيع فيه⁽³⁾.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم جواز بيع القاضي شيئاً من أملاك المدين سواء عروضاً تجارية أو عقارات، وقال يستديم القاضي حبس الغريم إلى أن يبيع بنفسه ويقضي الدين⁽⁴⁾.

(1) هو مجموع الثياب التي تلبس على البدن كاملاً * ينظر: ابن عابدين، الحاشية (151/6).

(2) ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، ومحمد بن عبد الحليم الأنصاري، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص401)؛ المرغيناني، الهداية (285/3-286)؛ الموصلي، الاختيار (105/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (315/6 و94/8)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (387/5).

(3) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (315/6)؛ الحصكفي، الدر المختار (151/6).

(4) ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، ومحمد بن عبد الحليم الأنصاري، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (ص401)؛ المرغيناني، الهداية (285/3-286)؛ الموصلي، الاختيار (105/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (315/6 و94/8)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (387/5).

اتفق محققو الحنفية على أن الفتوى بقول أبي يوسف ومحمد، حسب ما نقله في الاختيار والبحر والحاشية⁽¹⁾، ولم يرجح قول الإمام إلا السرخسي في مبسوطه، حيث انتصر لقول الإمام بالأدلة النافية لقولهما، وقال في نهاية عرض المسألة: "ثم قد تم الكتاب على قول أبي حنيفة رحمه الله"⁽²⁾.

ثالثاً: الأدلة

استدل الحنفية لحبس المدين المماطل بوفاء دينه، بأن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة به ظلم للغرماء، وللقاضي أن يكفه عن ظلمه ولو بحبسه، لقوله ﷺ «يُؤْجَدُ لِجُلِّ عُقُوبَتِهِ وَعَرَضُهُ»⁽³⁾، وللاثر الوارد "أن غلامين من جهينة كان بينهما غلام، فأعتق أحدهما نصيبه، فحبسه رسول الله ﷺ حتى باع فيه غنيمة له"⁽⁵⁾.

واستدلوا لمذهبهم بأن للقاضي أن يقضي الدين من ماله، ودون رضاه، بالسنة والقياس والاستحسان: فأما السنة؛ فلقوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكِ بِالْمَعْرُوفِ»⁽⁶⁾ فكان قضاء القاضي دينه بهذه النقود، إعانة للغريم على حقه، وللقاضي ولاية إعانة صاحب الحق على استيفاء حقه. وأما القياس؛ فالأن الغريم إن ظفر بجنس حقه فله أخذه دون إذن المدين، وملك القاضي لذلك أولى لولايته العامة على المسلمين.

وأما الاستحسان؛ فللنظر في حال الغرماء؛ إذ أنهم ظلموا بمماطلة المدين لهم، وللقاضي رفع الظلم عنهم وإيصال حقهم إليهم.

وأما قولهم بجواز صرف القاضي العملات الأخرى للمدين ووفاء دينه منها، فدليله عند الصاحبين القياس على الأملاك الأخرى، وعند الإمام بيعها والوفاء منها استحسان بخلاف القياس، فالقياس أن لا يقضي منها؛ لأنهما جنسان مختلفان؛ ولهذا لم يكن لصاحب الحق إن ظفر بها أخذها بدل حقه، ثم لا يجوز للقاضي بيعها كالأملاك الأخرى؛ إذ البيع لا يعتبر طريقاً متعيناً لقضاء الدين.

⁽¹⁾ ينظر: الموصلي، الاختيار (106/2) - ابن نجيم، البحر الرائق (94/8؛ 95)؛ ابن عابدين، الحاشية (387/5).

⁽²⁾ السرخسي، المبسوط (145/24).

⁽³⁾ يُؤْجَدُ: أي مظل الغني القادر على وفاء الدين، وعرضه: أي شكايته بأن يقول صاحب الحق مطلني حقي، وقيل يحل عرضه أي يحل أذاه بلسانه، وعقوبته أي سجنه. * ينظر: ابن حجر، فتح الباري (62/5)؛ محمد أشرف العظيم آبادي، عون المعبود (512/9).

⁽⁴⁾ ذكره البخاري معلقاً، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب 13؛ أبو داود، السنن، كتاب الأفضية، باب 29، حديث 3628؛ النسائي، السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب 100، حديث 4689؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الصدقات، باب 18، حديث 2427؛ الحاكم، المستدرک، كتاب الأحكام، حديث 7065 * وقال "صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، وتعقبه الذهبي فقال عنه "صحيح" ينظر: المستدرک وتعليقات الذهبي عليه (114/4)؛ الصنعاني، سبل السلام (55/3).

⁽⁵⁾ البيهقي، السنن، كتاب التفليس، باب 3، حديث: 11263، قال البيهقي: هذا حديث مرسل.

⁽⁶⁾ سبق تخرجه ينظر ص 66

وأما الاستحسان، فهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة، ولذا لا يجري ربا الفضل فيهما، لكنهما متفقان معنى، وذلك في المالية ولذا تضاف لبعضها في الزكاة، ثم هناك فرق في أخذ صاحب الدين لها إن ظفر بها، وحق القاضي في صرفها والقضاء منها؛ إذ إن حق صاحب الدين في العين ومن حيث العين هما مختلفان، فلم تثبت له ولاية أخذها، وولاية القاضي ثابتة من حيث المالية، وفي حق المالية هما جنس واحد، وبذلك تثبت له ولاية صرف العملات المختلفة ووفاء الغرماء منها⁽¹⁾.

وأما أدلة الصاحبين لبيع عروض وعقارات المدين فهي الآتية⁽²⁾ :

1- روي "أَنَّ مُعَاذَ بْنَ جَبَلٍ رَكِبَهُ دَيْنٌ فَبَاعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَالَهُ وَقَسَمَهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ بِالْحِصَصِ"⁽³⁾. فبين هذا الحديث أَنَّ للقاضي أن يبيع مال المدين، ويقسمه بين غرمائه.

2- إجماع الصحابة رضي الله عنهم، حيث روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في خطبته: "أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ، فَإِنَّ الْأُسَيْفِيعَ، أُسَيْفِيعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ، أَلَا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرَضًا، فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ⁽⁴⁾، فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْعَدَاةِ، نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ، وَإِيَّاكُمْ وَالَّذِينَ، فَإِنَّ أَوَّلَهُ هُمْ وَآخِرُهُ خَرَبٌ"⁽⁵⁾ و لم يُنْكَرْ عليه أحد من الصحابة فكان هذا اتفاق منهم على جواز بيع مال المدين وقضاء الغرماء منه.

3- البيع واجب على المدين لوفاه دينه، وهو مما تجزئ فيه النيابة، فإن امتنع عنه المدين ناب عنه القاضي فباعه ووفى دينه كما في الجُبِّ وَالْعِنَّةِ إن امتنع المدين عن الطلاق، ناب القاضي منابه وطلق عوضاً عنه، وذلك رفعاً للظلم الحاصل للزوجة.

4- في البيع نظر لمصلحة الغرماء لئلا يلحقهم الضرر، بإقرار المدين بماله لغيرهم أو بالتلجئة، وهي أن يبيع المدين ماله من إنسان عظيم القدر لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان.

5- للقاضي بيع جميع مال المدين المتوفى وقضاء الغرماء منه، وهذا بالاتفاق، فكما له ذلك حال وفاته، يثبت له حال حياته؛ إذ المقصود واحد وهو الخوف من فوت حق الغرماء بالمال.

(1) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (372/2)؛ المرغيناني، الهداية (285/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (387/5).

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط (143/24)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (372/2-373)؛ المرغيناني، الهداية (285/3)؛ العيني، البناية (133/10-134)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (94/8).

(3) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب التفليس، باب 3، حديث 11260 * قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح. ينظر: نور الدين الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (255/4).

(4) سبق الحاج: أي تقدمهم في المنزل، ودان معرضاً: أي استدان دون إلقاء بال لوفاء الدين، ورين به: أي أحاط به الدين حتى أفلس. * ينظر: نجم الدين بن حفص النسفي، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، دار القلم بيروت، لبنان ط1/1406 هـ (ص289)؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تنوير الخواصك شرح موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان ط1/1426 هـ/2005م إشراف صدقي محمد جميل العطار (459/2).

(5) الموطأ، كتاب الوصية، باب 8، حديث 1501؛ البيهقي، السنن الكبرى، جماع أبواب ما على القاضي في الخصوم والشهود، باب 13، حديث 20490؛ * قال ابن حجر رواية الموطأ بسند منقطع، ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير (104/3).

وأما قولهما ترتيب البيع، وعدم جواز الانتقال من أمر لآخر إلا إن فضل الدين بعده؛ فللنظر في مصلحة المدين والدائن، لما فيه من المسارعة في قضاء الدين، ورحمة للمدين في عدم الضرر به ببيع أمر لا يحتاج بيعه، والابتداء بالأموال من الفئات الأخرى؛ لأنها مفيدة للتقليب والاسترباح، ثم يبيع العروض التجارية؛ لأنها معدة للتداول والبيع والشراء، ثم يبيع العقار، وهو آخر أملاك المدين. واستدل الإمام أبو حنيفة لما ذهب إليه بالأدلة الآتية⁽¹⁾ :

1- قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْخُلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِيَأْكُلُوا فَرِيقًا

مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽²⁾ وبيع القاضي مال المدينون دون رضاه لا يكون تجارةً عن تراض فهو أكل له بالباطل وهذا منهي عنه بنص الآية.

2- قال رسول الله ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُّسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»⁽³⁾، فالنبي ﷺ بين أن مال المسلم محرّم إلا بطيب نفسه، وبيع القاضي له رغمًا عنه لا يكون عن طيب نفسه فهذا مال محرّم.

3- بيع النقود الأخرى، فيه استحسان لوجود مجانسة بينها وبين النقود المستحقة للغرماء وهي المالية، بينما العروض لا يوجد تجانس بينها وبين النقود المستحقة للغرماء من أي وجه، فلا يملك التصرف على المحبوس ببيعها بها؛ لأن العروض إذا بيعت لقضاء الدين فلا يخلو بيعها عن ضرر بالمدين، وذلك لأنها إذا بيعت لقضاء الدين فإنها لا تشتري مثل ما تشتري في سائر الأوقات، بل دون ذلك، وفي بيعها إبطال لحق المدينون في عين ثلثه، وللناس في أعيانهم أغراض ولا يجوز للقاضي النظر لغرماء المدينون على وجه يلحق به الضرر.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (144/24)؛ المرغيناني، الهداية (285/3)؛ العيني، البناية (133/10).

(2) البقرة: 188.

(3) أحمد بن حنبل، المسند، كتاب أول مسند البصريين، حديث 20695؛ الدارقطني، السنن، كتاب البيوع، حديث 2885؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب 8، حديث 11545* قال الذهبي: "إسناده واه" ينظر: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، دار الوطن، الرياض. المملكة العربية السعودية، ط 1 1421هـ/2000م. تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحي عجيب.

رابعاً: المناقشة والترجيح

نُوقِشت أدلة الصاحبين بالآتي⁽¹⁾ :

أولاً- حديث سيدنا معاذ بن جبل رضي الله عنه لا يصح الاستدلال به هنا؛ لأن النبي ﷺ باع ماله برضاه، فهو الذي طلب من النبي ﷺ بيعه لينال بذلك بركة النبي ﷺ فيصير به وفاء لديونه، وأنتم تقولون يأمر القاضي المديون أولاً ببيع ماله ثم إن أبي باعه عوضاً عنه، ولا يُظَنُّ بمعاذ رضي الله عنه أنه كان يأبى أمر النبي ﷺ له ببيع ماله، وهو من كان يعرف بحبه للنبي ﷺ وبسماحته وجوده، حتى ركبته الديون، فكيف يمتنع من كانت هذه سماته عن تنفيذ أمر رسول الله ﷺ له بالبيع، وبالتالي لا يصح الاحتجاج به على بيع القاضي مال المديون دون رضاه.

ثانياً - حديث سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يُحْمَلُ على أنه قسم مال أُسِفِعَ الذي هو من جنس الدين، ألم يقل "إني قاسم ماله بين غرمائه"، ثم إن ثبت البيع فإنما كان ذلك برضاه، أُلْسِمَ تقولون إن القاضي لا يبيع إلا إن طلب الغرماء ذلك، ولم يُنْقَلْ أن طلب الغرماء من سيدنا عمر رضي الله عنه بيع مال أُسِفِعَ، وإنما هو من ابتدأهم وأمرهم أن يفدوا إليه فدل أنه كان ذلك برضاه.

ثالثاً- نيابة القاضي عن المديون لا تكون بالبيع وإنما بالوفاء؛ لأن المستحق على المديون قضاء الدين، أما بيع ماله فغير مستحق عليه؛ لأنه لا يتعين البيع طريقاً لقضاء الدين، وإنما يستطيع القضاء بطرق أخرى، كقبول الصدقة والهدية والاكْتِسَابَ بالإجارة وغيرها من الطرق الأخرى، فليس للقاضي أن يعين عليه البيع دون باقي الطرق؛ لأن في ذلك إضرار بالمدعى عليه، ألا ترى أن القاضي لا يملك تأجير المديون ليقضي دينه؛ لأنه لم يتعين عليه هذا الطريق لسداد الدين، وكذا لا يملك تزويج المديونة ليقضي دينها؛ لأنه لم يتعين عليها هذا الطريق لسداد الدين، وهما طريقان من طرق اكتساب المال وسداد الدين، فلم منعنا هنا وأجزنا له تعيين البيع؟!

رابعاً - النظر بمصلحة الغرماء مطلوب والإمام قال به، لذا أمر باستدامة حبس المديون حتى يقضي الدين، ثم لو جاز للقاضي بيع ماله لهذا السبب لم يشتغل بحبسه لما في حبسه من الإضرار به والغرماء في تأخير وصول حقهم إليهم، وخوفكم من التلجئة متوهم لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الإنسان ويرتكب البيع بلا تراض وبالتالي لا عبرة له هنا.

خامساً - القياس على بيع القاضي بعد وفاته، قياس مع الفارق، وبيانه أن الدين في حياته متعلق بذمته لا بعين ماله، فيأمره القاضي بالبيع لا أكثر، بينما عند وفاته تعلق الدين بماله، فتثبت ولاية القاضي عليه فله القضاء منه. وأما أدلة الإمام فيمكن مناقشتها من جانب واحد؛ وهو وإن كان في بيع القاضي مال المديون ضرر به من حيث الظاهر، لكنه في الحقيقة منفعة له في قضاء دينه، وعلى فرض أنه ضرر فيحتمل الضرر الخاص مقابل الضرر العام الحاصل بالغرماء، فلا تقدم مصلحته على مصلحتهم.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (144/24-145)؛ الموصلي، الاختيار (106/2)؛ العيني، البناية (135/10).

ويجاء عنه أن الإمام لم يقدم مصلحة المدين على مصلحة الغرماء، وإنما جمع بين المصلحتين، فقال بحبس المدين وإلزامه ببيع ماله، أو يبيعه القاضي برضاه لا رغماً عنه.

لو أردنا ربط القولين بمواد مجلة الأحكام العدلية، لوجدنا أن قول صاحبين تويده: المادة التاسعة عشرة والمادة عشرون التي تنصان على أنه: "لا ضرر ولا ضرار/ الضرر يُزال" وبيانه أن في المماطلة من المدين ضرر للدائنين وعلى القاضي إزالته بأي وسيلة كانت ودون الضرر بالمدين لذا قالوا ببيع مال المدين بالترتيب حسب استغراق الدين له.

وكذلك تؤيد قولهما المادتان السادسة والعشرون والسابعة والعشرون اللتان تنصان على أن: "يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضررٍ عام / الضرر الأشدُّ يُزال بالضرر الأخف" وبيان ذلك أن الضرر الخاص الحاصل على المدين ببيع ماله أهون من الضرر العام الحاصل على الدائنين لذا يُتحمل هذا الضرر ويبيع القاضي مال المدين ليرفع الضرر عن الدائنين.

أما قول الإمام فتويده المادة التاسعة عشرة: "لا ضرر ولا ضرار" والمادة الخامسة والعشرون: "الضرر لا يُزال بمثله" وبيان تأييد المادتين لقول الإمام هو أن الضرر الحاصل على الدائنين وإن كان يجب رفعه لكن لا نستخدم طريق الإضرار بالمدين لرفع هذا الضرر.

وكذلك تؤيده المادتان الثامنة والخمسون والتاسعة والخمسون اللتان تنصان على أن: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة/ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة" وبيان ذلك أن تصرف القاضي في مال المدين منوط بمصلحة المدين وليس في هذا البيع مصلحة له، ولا يقال مصلحة المدين قضاء دينه لأن قضاء الدين قد يتم بطرق أخرى غير البيع، ثم إن ولاية المدين على ماله هي ولاية خاصة بينما ولاية القاضي على هذا المال من ولايته العامة وقد تعارض رفض البيع الحاصل من المدين مع إرادته الحاصلة من القاضي والولاية الخاصة تُقدّم على الولاية العامة.

ثم إن الناظر في كلا القولين يجد أن سبب الخلاف يرجع إلى الاختلاف في جواز الحجر على المدين المفلس، فهل يجوز الحجر عليه وبيع ماله أم لا يجوز؟ قال صاحبان أبو يوسف ومحمد بجواز الحجر عليه قياساً على السفينة؛ إذ المقصود واحد وهو الحفاظ على مالهما، وبالتالي يجوز البيع رغماً عنه، وقال الإمام بعدم جواز الحجر عليه لأنه حرّ وفي الحجر عليه إهدار لأهليته وإحاقه بالبهائم، وهذا ضررٌ عظيم لا يجوز؛ ولذا لا يجوز البيع عليه⁽¹⁾.

وفي الخلاصة يتبين لنا أن صاحبين اهتماما بالغرماء، ومصلحتهم وقدمها على مصلحة المدين، بناءً على تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، بينما نظر الإمام لمصلحة الطرفين، وأعطى الحكم المناسب الذي يضمن حقهما؛ إذ لا يضيع حق الغرماء ولا نضر بالمدين، والجمع بين المصلحتين أولى من تقديم واحدة على أخرى؛ ولذا يرجح قول الإمام. والله أعلم.

(1) ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير (ص401)؛ المرغيناني، الهداية (285/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (387/5)

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

عند النظر في أقوال الأئمة الثلاثة نجد أنهم متفقون مع الصاحبين أبي يوسف ومحمد؛ إذ قالوا يأمر الحاكم المدين بقضاء دينه، فإن امتنع حبسه، وباع ماله وقضى الدين، إلا أن الحنابلة قالوا لا يبيع مباشرة، وإنما يحبسه ويعززه⁽¹⁾ أربعاً، في كل مرة أكثر التعزير - فلا يزيد عن عشر أسواط - حتى يبيع، فإن أبي باع القاضي وأوصل للغرماء حقهم⁽²⁾.

وأضاف المالكية استحباب أن يكون البيع بحضرة المدين لأنه أقطع لحجته، ويكون البيع بالخيار فيه للإمام ثلاثة أيام؛ حتى يتحرى زيادة السعر في كل سلعة، قال الخرشي في حاشيته على الشرح الكبير: "المفلس يبيع الحاكم ماله إن خالف جنس دينه أو صفته وإلا فلا يجب بيعه، والمستحب أن يكون البيع بحضرة من عليه الدين؛ لأنه أقطع لحجته ويكون البيع بالخيار فيه للحاكم ثلاثة أيام للاستقصاء وطلب الزيادة في كل سلعة"⁽³⁾.

وقال النووي في الروضة: "الذي له مال وعليه دين فيجب أدائه إذا طلب، فإذا امتنع أمره الحاكم به، فإن امتنع باع الحاكم ماله وقسمه بين غرمائه"⁽⁴⁾.

وقال البهوتي: "فإن أبي القادر وفاء الدين الحال حبس بطلب ربه ... فإن أبي عزره مرة بعد أخرى، فإن أصر على عدم قضاء الدين، ولم يبع ماله باعه الحاكم وقضاه، لقيامه مقامه ودفعاً لضرر رب الدين بالتأخير"⁽⁵⁾. ولم تختلف أدلتهم عما استدلل به الصاحبان، بل كانت ذاتها.

سادساً: أمثلة لتطبيقات الخلاف

خلاف الصاحبين مع الإمام في هذه المسألة يتجلى في عدة أمور، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

1- إذا طلب الغرماء من القاضي الحجر على المدين المفلس، وبيع أملاكه ليحصلوا على حقهم عنده، فعند الصاحبين يجب القاضي طلبهم، وبيع أملاك المدين ويقضي حقهم حسب التفصيل السابق في معرض الحكم عند كل منهم، وعند الإمام أبي حنيفة لا يجب طلبهم ولا يبيع.

(1) التعزير: الضرب على وجه التأديب من العزr وهو الرّد من حدّ ضرب فهو ضرب يرّد عن الجنابة. * ينظر: نجم الدين النسفي، طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (ص96)؛ الجرجاني، التعريفات (ص85).

(2) ينظر: الثعلبي، التلقين (169/2-170)؛ الخرشي، حاشية الخرشي (190/6)؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة. مصر، د. ط 1417هـ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر (14/4)؛ محمد نجيب المطيعي، تكملة المجموع شرح المذهب (277/13-278)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (371/3)؛ منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، دار الركاثر، الكويت، ط 1438هـ، تحقيق: خالد المشيقح وآخرون. (339/2-340)؛ أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1423هـ/2002م تحقيق: يوسف أحمد (420/1-421).

(3) حاشية الخرشي (190/6).

(4) روضة الطالبين (372/3).

(5) الروض المربع (339/2-340).

2- قضاء القاضي بالحجر⁽¹⁾ على المدين المفلس وبيع أملاكه، يعني إثبات إعساره، وبالتالي للقاضي منع الغرماء من ملازمة المدين عند صاحبيه لأنه بثبوت إعساره وجب انتظاره، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁽²⁾ فهو مُنْتَظَرٌ بِإِنظار الله تعالى، وإِنظار الله أقوى من إِنظار العبد بالتأجيل فلا ملازمة.

وقال الإمام: لا يمنع القاضي الغرماء من ملازمته، ولو أنه منظر؛ لأن القدرة على الإيفاء تحصل في أي وقت، فلهم ملازمته؛ كي لا يخفي المال الذي يحصل عليه، ويمكنه معه الوفاء، وهذا بخلاف الإِنظار من العبد إذ بإِنظار الله يبقى الدين حالا بينما بإِنظار العبد يصبح الدين مؤجلاً⁽³⁾.

(1) الحجر: منع نفاذ التصرف القولي والفعلي للمحجور عليه. * ينظر: الجرجاني، التعريفات (ص111).

(2) البقرة: 280

(3) ينظر: العيني، البناية (8/142)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (6/313)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (6/72).

2.2.6 المطلب السادس: القضاء على الغائب أو له

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

الأصل في كل قضية يحكم بها القاضي أن تكون مرت في مراحل أساسية عدة، مرحلة إقامة الدعوى وسماع الخصمين فيها، ومرحلة تقديم البينات والنظر فيها، وأخيراً مرحلة حكم القاضي فيها. وفي كل المراحل عادة ما يتواجد الخصمان في مجلس القضاء فيها، لكن قد يحدث ويغيب أحد الخصمين⁽¹⁾ عن الدعوى، فلا يكون فيها بنفسه، ولا بنائب عنه، لا حقيقة - وهو الوكيل -، ولا شرعاً - وهو وصي القاضي -. وغياب أحد الخصمين قد يكون مطلقاً، بأن لا يحضر أي جلسة من جلسات الدعوى عند القاضي، أو يكون أحياناً؛ بأن يحضر عند إقامة البينة، ويغيب عن صدور الحكم، كما لو حضر مجلس القاضي عند إقامة الدعوى فأقر بالحق أو أنكر، وقبل تزكية البينة غادر مجلس القضاء فلم يحضر الحكم، وحكم عليه القاضي، وهناك حالة ثالثة؛ هي أن يحضر كل الجلسات لكن يشمل الحكم حكمً على غيره، فيكون القضاء على غائب بطريق الاشتمال لا الأصالة، كما لو أقام رجل الدعوى على حاضر لكنها تحمل في طياتها حكماً على الغائب. في الحالة الأولى لا خلاف في عدم جواز الحكم عليه إلا إن حضر نائبٌ عنه فيقوم مقامه⁽²⁾. وأما في الحالتين الثانية والثالثة فحصل الخلاف بين أئمة الحنفية فيها.

ثانياً: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف إلى عدم اعتبار غياب الخصم عند إصدار الحكم، فقال بنفاذ حكم القاضي عليه سواءً قضى عليه بإقراره أو بالبينة، وكذا لو كان الحكم على حاضر فشمّل غائباً، فإنه ينفذ على الاثنين، سواء كان المدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر بكل حال لا ينفك عنه - كما لو ادعى على رجل أن الدار التي في يدك لي اشتريتها من فلان الغائب، وأنكر الحاضر فأقام الحجة، وقضى له القاضي بها، فالمدعى به هنا شيئان لكن لا يثبت الحكم على الحاضر، ما لم يثبت على الغائب، فالحكم بوجود تسليم العقار له - وهو على ذو اليد الحاضر - لا يثبت إن لم يحكم بثبوت البيع من الغائب - أو كان الحكم منفصلاً بين الحاضر والغائب، كما لو ادعى مائلاً على رجلين أحدهما حاضر والآخر غائبٌ وجحد الحاضر، فأقام البينة وقضى له القاضي، وهنا ينفذ الحكم عليهما وثبوت المال في ذمة رجل لا يتوقف على ثبوته في ذمة آخر .

(1) لا فرق في هذا المطلب بين القضاء على الغائب أو له فلهما الحكم ذاته، ولكن لأجل تسهيل المسألة وبيانها؛ أقصر في بيان الحكم على الغائب.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية (107/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (400/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (19؛ 18/7)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (404/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (100/8)؛ مجلة الأحكام العدلية (المادة 1830) وعلي حيدر، درر الأحكام (613/4).

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى التفريق، في الحالة الثانية بين القضاء عليه لإقراره أو للبيئة⁽¹⁾ فقال بإنفاذه في حال الإقرار دون البيئة، وتبعه محمد في هذا المذهب⁽²⁾، وكذا الحالة الثالثة، فرق فيها الإمام بين أن يكون المدعى على الغائب سبباً لما يدعى على الحاضر بكل حال لا ينفك عنه، فينفذ القضاء عليه كالحاضر، وبين أن يكون الحكم منفصلاً بين الحاضر والغائب، فلا ينفذ -وعلى الغائب حين يحضر- إن كان الحكم له- إعادة البيئة، كما في مسألة المال ينفذ على الحاضر دون الغائب⁽³⁾.

ومن خلال أقوال شراح المذهب⁽⁴⁾ نجد أنهم ذهبوا إلى ترجيح قول أبي يوسف على قولهما؛ نظراً لرعاية مصلحة الناس وحفاظاً على حقوقهم، وكذا مجلة الأحكام العدلية أخذت به إذ جاء فيها (يشترط حضور الطرفين حين الحكم، يعني يلزم عند النطق بالحكم بعد إجراء محاكمة الطرفين مواجهة حضورهما في مجلس الحكم، ولكن لو ادعى أحد على آخر خصوصاً وأقر به المدعى عليه ثم غاب قبل الحكم عن مجلس الحكم فللقاضي أن يحكم في غيابه بناءً على إقراره، كذلك لو أنكر المدعى عليه دعوى المدعي، وأقام المدعي البيئة في مواجهة المدعى عليه، ثم غاب المدعى عليه عن مجلس الحكم أو توفي قبل التزكية والحكم فللقاضي أن يزكي البيئة ويحكم بها)⁽⁵⁾

ثالثاً: الأدلة

استدل الحنفية على عدم جواز القضاء على الغائب غيبةً مطلقةً بالأدلة الآتية⁽⁶⁾ :

1- عن علي رضي الله عنه قال: "قال لي رسول الله ﷺ: «إِذَا تَقَاضَى إِلَيْكَ رَجُلَانِ فَلَا تَقْضِ لِلأَوَّلِ حَتَّى تَسْمَعَ كَلَامَ الْآخَرِ فَسَوْفَ تَرَى كَيْفَ تَقْضِي» قَالَ: فَمَا زِلْتُ بَعْدُ قَاضِيًا"⁽⁷⁾. فالنبي ﷺ نهي سيدنا علي بن أبي طالب رضي الله عنه

⁽¹⁾ روي عن أبي يوسف أنه كان يقول في هذه المسألة لا ينفذ القضاء في الحالتين ولكن لما ابتلي بالقضاء رجع عن قوله وقال بإنفاذه في الحالتين، لكن المعتمد بالنقل عنه ما ذكر في المتن * ينظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير (402/6)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (410/3).

⁽²⁾ ينظر: القدوري، التجريد (6554/12)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (292/2)؛ المرغيناني، الهداية (108/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (400/6)؛ ابن عابدين، الحاشية (100/8).

⁽³⁾ ينظر: القدوري، التجريد (6554/12)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (292/2)؛ المرغيناني، الهداية (108/3)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (22/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (400/6)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (404/3)؛ ابن عابدين، الحاشية (100/8).

⁽⁴⁾ ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (292/2)؛ ابن عابدين، الحاشية (10/8).

⁽⁵⁾ مجلة الأحكام العدلية (المادة 1830).

⁽⁶⁾ ينظر: المرغيناني، الهداية (108/3)؛ العيني، البناية (61/8)، الكمال بن الهمام، فتح القدير (400/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (18/7).

⁽⁷⁾ أبو داود، السنن، كتاب الأقضية، باب 6، حديث 3582، الترمذي، السنن، أبواب الأحكام، باب 5، حديث 1331؛ أحمد بن حنبل، المسند، مسند علي بن أبي طالب، حديث 882 * قال الترمذي: "حديث حسن"، وأقره المنذري على ذلك ينظر: الأمير الصنعاني، سبل السلام (120/4)؛ أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان د. ط. د. ت. (468/4).

الحكم إن لم يسمع كلام الآخر، وبالتالي اشترط حضوره، وبين النبي ﷺ سبب ذلك المنع أنه إن قضى دون سماع قول الآخر ربما قضى بباطل وبالسمع يتجلى له الحق ويعرف كيف القضاء به.

2- القضاء لقطع المنازعات، وفصل الخصومات، وبعدم حضور الخصم مطلقاً وإنكاره لا يكون هناك خصومة بحاجة لقطعها.

3- عدم وجود الخصم في الدعوى يحتمل إقراره أو إنكاره، ومع هذا الاحتمال يشتبه الحق على القاضي؛ لأن الحكم مع إقراره يختلف عن الحكم مع إنكاره، وبالتالي لا يستطيع القضاء.

وقد استدلل القاضي أبو يوسف لمذهبه في القضاء على الغائب الذي حضر مجلس القضاء أثناء قيام الدعوى وغاب عند الحكم، بالآتي⁽¹⁾ :

1- اشتراط حضور الخصم مجلس القضاء؛ إما ليسمع القاضي كلام الخصمين فيعلم بما يقضي، أو ليتمكن المدعى عليه من الرد على البينة أو الطعن بالشهود، وقد حصل هذا بحضوره مجلس إقامة الدعوى، فإن لم يرد أو يطعن فهذا يدل على عجزه عن ذلك، وبالتالي يمكن القضاء عليه بما وإن كان غائباً، كما لو أقر بالحق ثم غاب أليس للقاضي الحكم بناءً على إقراره.

2- الاستحسان؛ وذلك لحفظ أموال الناس وحقوقهم وصيانتها عن الضياع، فقد يعجز المدعى عليه من رد البينة أو الطعن بالشهود، فيعتمد إلى الغياب عن مجلس القاضي عند الحكم؛ لئلا يحكم القاضي عليه، وبالتالي يضيع الحق، وحتى لا تضيع الحقوق بهذه الحيلة أنفذ القضاء عليه وإن لم يحضر مجلس القضاء حال الحكم. وأما قوله في نفاذ الحكم على الغائب والحاضر معاً، فاستند فيه إلى الاستحسان، ووجهه أنه يُعتبر الحاضر خصماً عن نفسه وعن الغائب، وذلك لأنَّ عاتمة الخصومات يتصل طرف منها بالغائب، فلو لم يجعل الحاضر خصماً لأدى إلى إبطال حقوق الناس⁽²⁾.

واستدل الطرفان للتفريق بين القضاء على الغائب عن مجلس القاضي عند الحكم عليه بالبينة، أو الإقرار بالأدلة الآتية⁽³⁾ :

1- الإنكار شرط لسماع البينة، وما يشترط عند سماع البينة يشترط عند الحكم، كالعدالة في الشهود، فهي شرط يشترط وجوده عند سماع الشهود وعند حكم القاضي بالدعوى.

(1) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (191/2)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (402/6)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (410/3).

(2) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (23/7).

(3) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (292/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (20/7)؛ ابن عابدين، الحاشية (100/8).

2- البينة لا تكون حجة موجبة بنفسها إلا بانضمام قضاء القاضي إليها، فتزاعى شرائط كونها حجة عند القضاء، والإنكار شرط لسماعها فيشترط وجوده عند القضاء بها، وهذا بخلاف الإقرار فهو حجة موجبة بنفسه، فلا يشترط انضمام قضاء القاضي إليه، ولذا قلنا بنفاذ القضاء بالإقرار إن أقر ثم غاب عن الحكم. ويُستدل للإمام في التفريق بين إن كان الحكم على الغائب شرطاً وسبباً لثبوت الحكم على الحاضر أو لا، بأن الأول خلاف القياس وهو استثناء من الأصل الذي يقوم على عدم نفاذ القضاء على الغائب، ويقوم على الاستحسان حتى لا تضيع حقوق الناس لذا اعتُبر الحاضر يمثل نفسه والغائب، وعندما لا يكون الحكم على الغائب سبباً للحكم على الحاضر فإنه غير معتبر به في جعل الحاضر خصماً عن الغائب⁽¹⁾.

رابعاً: المناقشة والترجيح

الناظر في أقوال أئمة الحنفية وأدلتهم، يجد أنهم اتفقوا على عدم جواز القضاء على الغائب عن مجلس القاضي مطلقاً، بأن لم يحضر هو أو من ينوب عنه، واختلفوا فيما إذا حضر مجلس القاضي عند إقامة الدعوى وغاب عند الحكم، ويتبين من أدلتهم أن محور الخلاف بينهم، هو اشتراط استمرار شرط سماع الخصم البينة من إقامة الدعوى إلى أن يحكم القاضي، فذهب القاضي أبو يوسف إلى عدم اشتراط ذلك، وبالتالي يجوز للقاضي القضاء عليه إن سمع البينة ثم غاب قبل الحكم، وعدّ هذا حكماً على الحاضر، وهذا استحسان منه رعاية لمصلحة الناس وحفظاً لحقوقهم، وذهب الطرفان إلى اشتراط ذلك، وبالتالي لا يجوز للقاضي القضاء عليه في هذه الحالة، وقولهما قياس.

وكذا اختلفوا عند إقامة الدعوى على حاضر وغائب وكان الحكم على الغائب لا يعد سبباً للحكم على الحاضر، وكان محور خلافهم هنا، هل يعتبر الحاضر خصماً عن الغائب أولاً؟ فقال أبو يوسف يعتبر، وبالتالي ينفذ الحكم عليهما، وقال الإمام أبو حنيفة لا يعتبر خصماً عنه، وبالتالي لا ينفذ الحكم عليهما وإنما يقتصر الحكم على الحاضر، وما ذهب إليه أبو يوسف استحسان، وقول الإمام قياس.

ولو أردنا ربط القولين بمواد مجلة الأحكام العدلية لوجدنا أن قول أبي يوسف تؤيده المادة الخامسة التي تنص على أن "الأصل بقاء ما كان على ما كان" فحضور الخصم وإنكاره وسماع البينة في مجلس الدعوى يبقى على حاله حتى مجلس الحكم فلا يؤثر غياب المدعى عليه في مجلس الحكم لبقاء ما كان في مجلس الدعوى على ما هو عليه.

وكذا المادة التاسعة عشرة التي تنص على أنه "لا ضرر ولا ضرار" وبيانه أن اشتراط وجود المدعى عليه في مجلس الدعوى حتى لا يُضر به، وعدم اشتراطه في مجلس الحكم حتى لا يحصل ضرر بغيابه على المدعى.

أما قول الطرفين فتؤيده المادة الخامسة والعشرون التي تنص على أن: "الضرر لا يُزال بمثله" فإنه وإن كان قد يحصل ضرر بالمدعى حال غياب المدعى عليه عن مجلس الحكم لكن هذا الضرر لا يُزال بالإضرار بالمدعى عليه بالقضاء عليه حال غيابه.

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية (3/ 108)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (403/6).

وفي هذا الزمن الذي ضعفت فيه النفوس وأصبحت حقوق الناس عرضة للضياع بكثرة نجد أن عدم الأخذ بقول الإمام أولى؛ لئلا تضعيق الحقوق؛ لفساد قضاة هذا الزمان، والأخذ بقول أبي يوسف رحمه الله، وترجيحه للفتوى في هذا الزمن؛ فلأنه أرفق بأصحاب الحقوق، وفيه سد لذريعة غياب المدعى عليه حتى لا يؤدي الحقوق لأصحابها. والله أعلم.

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

من خلال استقراء أقوال الجمهور، يتبين أنهم لم يأخذوا لا بقول القاضي أبي يوسف ولا بقول الإمام، رغم اقتراب قولهم من قول أبي يوسف؛ إذ قالوا يجوز القضاء على الغائب من حيث الجملة، إلا أنهم اختلفوا ببعض الشروط الواجب توافرها للقضاء على الغائب.

فعند المالكية يجوز الحكم على الغائب البعيد جداً، بعد سماع البينة وتركيتها، ويضمن القضاء من المدعي، أما الغائب القريب فلا يحكم عليه حال غيبته؛ إذ حكمه حكم الحاضر، وقدروا القرب بيومين أو ثلاثة مع الأمن.

قال الدردير: (وقريب الغيبة كاليومين والثلاثة مع الأمن حكمه كالحاضر في سماع الدعوى عليه والبينة، والغائب البعيد جداً يقضى عليه في كل شيء بعد سماع البينة وتركيتها بيمين القضاء من المدعي، أن حقه هذا ثابت على المدعى عليه وأنه ما أبرأه، ولا وكَّلَ الغائبُ من يقضيه عنه، ولا أحاله به على أحد في الكل ولا البعض)⁽¹⁾.

وعند الشافعية يجوز الحكم على الغائب البعيد مسافة القصر، إن كان للمدعي بينة وادعى جحود المدعى عليه، واختلفوا في تحليل القاضي للمدعي بين وجوبه وندبه، وأما القريب فلا يحكم عليه حال غيبته إلا إن توارى أو رفض الحضور، وعجز القاضي عن إحضاره.

قال في شرح التحفة: (فمن كان على ثلاثة الأيام ونحوها، فهو كالحاضر يدعى إلى الأحكام فتسمع البينة وتركيتها، ثم يعلم بما ويعذر إليه في وصولها والطعن فيها، فإن أبدى مطعناً ووكل من يخاصم أو قدم بنفسه فذاك وإلا حكم عليه)⁽²⁾.

وكذا عند الحنابلة يجوز الحكم على الغائب إن كان في بلد آخر إن كملت شرائط الدعوى، وهذا في حقوق الآدميين فقط، أما في حقوق الله فلا يحكم عليه مطلقاً.

قال في شرح العمدة: "يجوز الحكم على الغائب إذا كان للمدعي بينة، فمضى ادعى حقا على غائب في بلد آخر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بما عليه أجابه إلى ذلك وسمع بينته وحكم بما"⁽³⁾.

(1) ينظر: الدردير، الشرح الكبير (4 / 162).

(2) أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1418 هـ / 1998 م، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين. (2/ 155).

(3) بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 2 1426 هـ / 2005 م. (2 / 236).

واستدل الجمهور لجواز الحكم على الغائب بالأدلة الآتية⁽¹⁾:

- 1- قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾⁽²⁾ وما أفادت به البينة حق فيجب الحكم به ولم يفرق بين حاضر وغائب.
- 2- قال ﷺ «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»⁽³⁾ ولم يفرق أيضا بين حاضر وغائب.
- 3- قال ﷺ لهند زوجة أبي سفيان: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدُكِ بِالْمَعْرُوفِ»⁽⁴⁾ فقضى على أبي سفيان وكان غائبا.
- 4- إجماع الصحابة، حيث روي أن عمر رضي الله عنه حكم بقضية أسيفع بن جهينة وكان أسيفع غائبا، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة⁽⁵⁾.
- 5- أجمع العلماء على صحة القضاء بالدية على العاقلة، وهي غائبة، وكذا نفاذ الحكم على الميت وهو أعظم من الغائب.
- 6- القول بجواز الحكم على الغائب فيه حكمة بالغة ووجهها أنه لولا الحكم على الغائب لأخذ الناس أموال الناس وغابوا فتضيع الأموال ويجوز ذهاب مال الغائب قبل القدوم فيضيع الحق⁽⁶⁾.

سادسا: أمثلة لتطبيقات الخلاف

في كتب الحنفية نجد تطبيقات كثيرة لهذا الخلاف، ونذكر منها الأمثلة الآتية⁽⁷⁾:

- 1- أقام دعوى على رجل أن له عنده مال، فأنكر الرجل وأقام الآخر البينة، وقبل تزكية البينة غاب المدعى عليه، فالقاضي يقضي عليه بعد تزكية البينة، ويلزمه المال عند أبي يوسف وهذا بخلاف الطرفين أبي حنيفة ومحمد.

(1) ينظر: ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد** (274/2)؛ القرافي، **الذخيرة** (112/10-113)؛ الماوردي، **الحاوي الكبير** (298/16)؛ ابن قدامة، **المغني** (486/11)؛ المقدسي، **العدة شرح العمدة** (236/2).

(2) المائدة: 49

(3) مسلم، **كتاب الأفضية**، باب 1، حديث 1711.

(4) سبق ذكره بتمامه وتخريجه، ينظر ص 66.

(5) سبق ذكره بتمامه وتخريجه، ينظر ص 81.

(6) وذكر الماوردي في **الحاوي الكبير** (298/16) دليلا آخر هو حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال: "كَانَ إِذَا خَضَرَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ خَصْمَانِ فِتْوَاعَدَ مَوْعِدًا فَوُتِيَ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَفِ الْآخَرَ قَضَى لِلَّذِي وَتِيَ عَلَى الَّذِي لَمْ يَفِ" ولكني لما أجد هذا الحديث في كتب تخريج الحديث أثرت التنبيه عليه هنا إتماما للفائدة.

(7) ينظر: العيني، **البنية** (63/8)؛ الكمال بن الهمام، **فتح القدير** (400/6)؛ ابن نجيم، **البحر الرائق** (24/7)؛ ابن عابدين، **الحاشية** (101/8)؛ الشيخ نظام، **الفتاوى الهندية** (407/3 و409).

2- ادعى مالاً له ولغائبٍ على رجلٍ حاضر من ثمن سلعة اشتراها منهما، وأقام البينة عليه، وقضى له القاضي، فينفذ القضاء بجميع المال عند أبي يوسف، وعندهما ينفذ في حصة الحاضر فقط، وعندما يقدم الغائب يُطالب بينة جديدة.

3- ادعى مالاً على رجلين وكان أحدهما حاضراً والآخر غائباً، وجحد الحاضر، فأقام البينة وقضى له القاضي بها، فينفذ القضاء على الحاضر والغائب عند القاضي أبي يوسف، وينفذ على الحاضر فقط عند أبي حنيفة.

4- ادعت عليه أنه كفيل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثاً وأنه طلقها ثلاثاً فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت أنه طلقها ثلاثاً يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب.



2.3 المبحث الثالث: كتاب القاضي إلى القاضي

2.3.1 المطلب الأول: تعريف كتاب القاضي ومشروعيته

لا بد قبل البدء بعرض المسائل التي خالف بها أبو يوسف شيخه أبا حنيفة في أحكام كتاب القاضي إلى القاضي بيان المقصود من كتاب القاضي إلى القاضي، ومعرفة مشروعيته وأهميته.

أولاً: تعريف كتاب القاضي

أ- لغة

تعريف كتاب القاضي إلى القاضي من ناحية اللغة، يتناول بيان معنى كلمة كتاب، ومعنى كلمة قاضي، وقد تقدم معنى كلمة القاضي في اللغة في المبحث الأول من هذا الكتاب، وتبين هناك أنه اسم فاعل من القضاء، وأن القضاء يقصد به أمور عدة والمقصود الأهم منها هنا الحكم والإلزام.

وهنا بيان معنى كلمة كتاب:

فالكتاب لغة: مصدر على القياس، والفعل كتب - من باب نصر - والقياس كُتِبَ، والجمع كُتِبَ وَكُتِبَ، وهو اسم لما كُتِبَ فيه مجموعاً، ومنه قوله ﷺ: «مَنْ نَظَرَ فِي كِتَابِ أَخِيهِ بَغَيْرِ إِذْنِهِ، فَإِنَّمَا يَنْظُرُ فِي النَّارِ»⁽¹⁾، وبأبي الكتاب أيضاً بمعنى الحكم ومنه قوله ﷺ: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمْ بِكِتَابِ اللَّهِ»⁽²⁾، والمُكْتَبُ الذي يعلم الكتابة، والكتابة لمن تكون له صناعة كالصياغة والنجارة⁽³⁾.

ب- اصطلاحاً

قسم الحنفية كتاب القاضي إلى القاضي قسمين حسب موضوعه؛ فقالوا كتاب القاضي إما أن يكون لنقل حكم، بأن يحكم القاضي بقضية ما ثم يغيب المدعى عليه قبل تنفيذ الحكم، فيكتب القاضي حكمه في كتاب إلى قاضي البلد الذي توارى فيه الخصم؛ لينفذه. ويسمى هذا الكتاب سجلاً.

(1) أبو داود، السنن، أبواب فضائل القرآن، باب 10، حديث 1485؛ الحاكم، المستدرک (300/4)؛ - وهو محمول على الكتاب الذي فيه سر وأمانة يكره صاحبه أن يطلع عليه غيره، وقيل عام في كل كتاب. * قال ابن حجر: "حديث ضعيف"، ينظر ابن حجر، فتح الباري (47/11).

(2) متفق عليه بلفظه، من رواية عبد الله بن مسعود، وزيد بن خالد الجهني، البخاري، كتاب الشروط، باب 9، حديث 2724؛ مسلم، كتاب الحدود، باب 5، حديث 1697.

(3) ينظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح (مادة: كتب)؛ ابن منظور، لسان العرب (مادة كتب)؛ مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، (مادة كتب).

وإما أن يكون لنقل الشهادة، بأن يقيم المدعي شاهدين عند القاضي على خصم غائب، فيكتب القاضي هذه الشهادة إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم، ليحكم بها، وقد يضم هذا الكتاب تعديل الشهود أو يترك تعديلهم للمكتوب إليه، ويسمى هذا الكتاب كتاباً حكماً لأنه في حقيقته نقل شهادة والقصد منه الحكم بالدعوى⁽¹⁾.

يقول المرغيناني: "وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم لأن القضاء على الغائب لا يجوز، وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة"⁽²⁾.

ويقول المؤصلي في الاختيار: (وهو أن يشهد الشهود عند القاضي أن لهذا على فلان الغائب كذا فيكتب القاضي إلى القاضي الذي الخصم في بلده، وهو نقل الشهادة، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه ولو كانت الشهادة على حاضر حكم عليه وكتب بحكمه، وهو السجل)⁽³⁾.

إذاً كتاب القاضي إما أن يكون سجلاً: وهو أن يكتب القاضي حكمه في القضية وينفذه المكتوب إليه. أو يكون كتاباً حكماً: وهو أن يكتب القاضي الشهادة التي سمعها - مع تعديل الشهود أو دونها - ليحكم بها المكتوب إليه.

ويفرق بينهما بأنه يجب على القاضي المكتوب إليه تنفيذ السجل وليس له مخالفته ولا نقضه - وإن كان مخالفاً لمذهبه - إن كان في أمر مجتهد فيه أو متفق عليه، بينما يمكن له الحكم في الكتاب الحكمي حسب قواعد مذهبه، وإن خالف رأي الكاتب، فهنا الكتاب ليس إلا ناقلاً للشهادة⁽⁴⁾.

وذكر الزيلعي أن الفصل الثاني هو المقصود في بحث كتاب القاضي إلى القاضي، واستدل بأن السجل يكتب فيه حكم القاضي على الحاضر، ولا حاجة لإرساله لقاض آخر؛ إذ ثبت الحكم وانتهى⁽⁵⁾ وأورد ابن عابدين مثل هذا في حاشيته حين قال: (قلت وحاصله أنه ليس المراد في هذه المسألة من كتاب القاضي حكمه إلى قاض آخر، حتى يرد بالخصم فيها الوكيل أو المسخر، بل المراد أن الشهادة عند القاضي تارة تكون على خصم حاضر، فيحكم بها عليه ويكتب بحكمه كتاباً ليحفظ الواقعة لا ليعثه إلى قاض آخر لأن الحكم قد تم، وتارة تكون على خصم غائب)⁽⁶⁾.

لكنه بين بعد ذلك أنه لا ينبغي أن يُحصر كتاب القاضي إلى القاضي في الفصل الثاني؛ إذ قد يحتاج إلى الفصل الأول؛ إذ قال: (وحاصله أنه قد يحتاج في المسألة الأولى إلى أن يبعث بكتاب حكمه على الخصم الحاضر إلى قاض

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية (105/3)؛ الموصلي، الاختيار (354/2)؛ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (4/ 182-183)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (133/8).

(2) المرغيناني، الهداية (105/3).

(3) الموصلي، الاختيار (354/2).

(4) ينظر: القاري، فتح باب العناية (118/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (133/8)؛ الغنيمي، اللباب (590).

(5) ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق (4/ 183؛ 184).

(6) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (132/8).

آخر، فيكون ذكرها مقصوداً في هذا الباب، وأفاد القهستاني أن الكتاب يكون إلى القاضي ولو كان الخصم حاضراً؛ وذلك لإمضاء قاض آخر كما إذا ادعى على آخر ألفاً وبرهن وحكم به ثم اصطالحا أن يأخذه منه في بلد وخاف أن ينكر فكتب به لإمضاء قاضي البلد⁽¹⁾.

ويتضح من هذا أن الفصلين مقصودان في البحث هنا إذ الحاجة إليهما محققة على السواء وبناء على هذا يمكن الجمع بينهما في التعريف بأن يُقال فيه: هو الكتاب الذي يكتب فيه القاضي ما جرى في مجلسه إلى قاض آخر ليعمل به.

فهو كتاب يكتبه القاضي، ويكون مضمونه ما جرى عنده سواء كان إقامة الشهادة فقط، أو الشهادة والحكم، إلى قاضي آخر ليعمل به سواء بالحكم فيه أو تنفيذه.

ثانياً: حكم كتاب القاضي إلى القاضي ومشروعيته*

نص فقهاء الحنفية على مشروعية كتاب القاضي إلى القاضي ووجوب قبوله، في كل حق لا يسقط بشبهة، فشمّل ذلك العقود بكافة أنواعها، وكذا الميراث، والقتل إذا كان موجبه المال، والنسب، والغصب. وقالوا لا يقبل الكتاب بالحدود والقصاص⁽²⁾.

قال في الاختيار: "يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في كل حق لا يسقط بالشبهة بخلاف ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص لشبهة البدلية"⁽³⁾.

وقبول الكتاب استحسان على خلاف القياس؛ إذ القياس يأبى قبوله، ووجهه أنه يقوم مقام عبارة الكاتب وخطابه، والبدل لا يكون أقوى من المبدل منه، فلا يكون أقوى من عبارته، ولو أخبر القاضي الآخر حكمه أو البيئة التي أقيمت عنده مشافهة لا يقبل، فكتابته أولى؛ لأنه قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فكان محتملاً والمحتمل لا يقبل حجة في القضاء⁽⁴⁾.

(1) المصدر نفسه (132/8).

* اقتصرنا في الحكم هنا على المذهب الحنفي فقط؛ لأن مدار البحث عليه.

(2) ينظر: المرغيناني، الهداية (105/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (382/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (2/7)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (132/8).

(3) أي لشبهة البدلية عن الشهادة، الموصلي، الاختيار (354/2).

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط (183/16)؛ المرغيناني، الهداية (105/3)؛ الزيلعي، تبين الحقائق (182/4-183) - الكمال بن الهمام، فتح القدير (381/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (2/7)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (132/8).

وأما وجه الاستحسان فيتجلى في أمور عدة:

أولاً- روى الضحاك بن سفيان رحمه الله "أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ إِلَيْهِ: أَنْ وَرِثَ امْرَأَةً أَشِيمَ الصَّبَايِ مِنْ دِيَةِ زَوْجِهَا"⁽¹⁾.

ثانياً- ورد عن علي بن أبي طالب رحمه الله أنه أجازه لحاجة الناس إليه⁽²⁾.

ثالثاً- الإجماع، فقد أجمعت الأمة على قبوله، ولم يرد عن أحد من أهل العلم عدم قبوله⁽³⁾، وسنده قوله تعالى:

﴿ قَالَتْ يَتْلُوهَا أَلْمَلَأُوا إِيَّيَ الْأَقْيَ إِلَى كِتَابٍ كَرِيمٍ ﴾ ٢٠٠ إِنَّهُ مِنْ سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ

الرَّحِيمِ ٢٠٠ ⁽⁴⁾.

رابعاً- الحاجة إليه: (فقد يكون الشاهد للمرء على حقه في بلدة، وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما، وربما لا يتمكن من أن يشهد في شهادتهما وأكثر الناس يعجزون عن أداء الشهادة على الشهادة على وجهها، ثم يحتاج بعد ذلك إلى معرفة عدالة الأصول، ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فتقع الحاجة إلى نقل شهادتهم بالكتاب إلى مجلس ذلك القاضي؛ ليتعرف القاضي من الكتاب عدالتهم ويكتب ذلك إلى القاضي المكتوب إليه)⁽⁵⁾.
وأما عدم قبوله في الحدود والقصاص؛ فلأنها تدرأ بالشبهة والكتاب لا يخلو من شبهة، فلا يكون حجة فيها، ولأنها أمور نادرة الحدوث فلا تعم البلوى بها، وإنما قُبِلَ الكتاب للحاجة ولا حاجة له هنا⁽⁶⁾.

(1) أبو داود، السنن، كتاب الفرائض، باب 18، حديث 2927؛ الترمذي، السنن، أبواب الديات، باب 18، حديث 1415؛ ابن ماجه، السنن، كتاب الديات، باب 12، حديث 2642؛ البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسامة، باب 9، حديث 16488؛ أحمد بن حنبل، المسند، مسند المكيين، حديث الضحاك بن سفيان، حديث 15745 * قال الترمذي "حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم"، وقال الحافظ الهيثمي: "رجاله ثقات"، ينظر: مجمع الزوائد (267/4).

(2) لم أجد هذا الأثر في كتب الحديث، وإنما أورده ابن نجيم في البحر الرائق (2/7).

(3) ينظر: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة ط1/ 1425هـ- 2004م، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد (199/4)؛ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري الإجماع، دار المسلم للنشر والتوزيع ط1 1425هـ/ 2004م تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد (65)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (381/6).

(4) النمل: 29-31

(5) السرخسي، المبسوط (183/16).

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط (183/16)؛ الموصلي، الاختيار (354/2)؛ الزيلعي، تبين الحقائق (183/4)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (382/6)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (132/8).

ثالثاً: أهمية كتاب القاضي إلى القاضي

تتجلى أهمية كتاب القاضي من وجوه عدة أهمها:

- صيانة لحقوق الناس عن الضياع، فقد يعجز المدعي عن الجمع بين خصمه وشهوده؛ وحتى لا يضيع حقه جاز له أن يُشهد عند قاضي، ويأخذ الكتاب للقاضي الآخر ليحكم له به، ويوصله لحقه.
- قد يعجز كثير من الناس عن أداء الشهادة على الشهادة بوجهها الصحيح، وربما تعثر على القاضي الثاني معرفة عدالة شهود الأصل، فجاز كتاب القاضي للتيسير على الشهود والقاضي الثاني من هذه الناحية؛ إذ فيه الشهادة الأصلية بجذافها، وفيه عدالة الشهود، فيستطيع القاضي المكتوب إليه القضاء به بسهولة.
- قد يحكم القاضي على المدعى عليه، فيفر المحكوم عليه لبلد آخر حتى لا ينفذ حكم القاضي، ولكيلا يضيع حق المدعي؛ جاز له أخذ كتاب من القاضي الذي قضى له للقاضي الذي فر المدعى عليه لبلده ليرد له حقه ويظفر به.

2.3.2 المطلب الثاني: توثيق كتاب القاضي إلى القاضي

إذا طلب المدعي من القاضي أن يكتب له كتاباً في حكمه أو فيما سمعه من الشهادة عنده؛ ليعمل به قاضي آخر، فإنه يجيبه ويكتب له، وعليه إن كتب له أن يوثق كتابه هذا، وتوثيق الكتاب يكون بالإشهاد عليه، وختمه، وتسليمه لجهة موثوق فيها لتوصله إلى المكتوب إليه دون العبث به، وقد اختلف القاضي أبو يوسف مع شيخه أبي حنيفة، في بعض إجراءات التوثيق.

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

قبل عرض المسألة لا بد من تمهيد يبين اشتراط البيئة على الكتاب، وهل يقبله المكتوب إليه دون البيئة، أو لا يقبله؟ يمكن للقاضي أن يكتب إلى قاض آخر بحكمه، أو بالشهادة التي سمعها عنده، ولكن يجب عليه أن يقيم البيئة على كتابه⁽¹⁾؛ إذ لو وصل كتابه إلى المكتوب إليه فإنه يطالب بالبيئة ولا يقبل الكتاب دونها؛ لأن الكتاب قد يزور أو يفتعل به، والخط يشبه الخط، ولا يُعَيَّن أنه كتاب القاضي إلا البيئة عليه، ثم إن القاضي المكتوب إليه ملزم بتنفيذ ما فيه؛ لأن الكتاب حجة ملزمة، وقد غاب عنه علمه به فلا يقبله ولا يعمل به إلا بعد تأكده من البيئة أنه كتاب القاضي فلان المرسل⁽²⁾.

قال المرغيناني في الهداية: "ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة"⁽³⁾.

وأورد شراح كنز الدقائق أن أبا يوسف قال يمكن للمكتوب إليه قبول الكتاب بلا بيئة، ولكن لا يعمل به إلا بالبيئة، حيث قال الزيلعي: "وقال أبو يوسف رحمه الله يأخذ القاضي المكتوب إليه الكتاب بغير بيئة، ولكن لا يعمل به إلا ببيئة"⁽⁴⁾ وأورد مثله ابن نجيم في البحر الرائق⁽⁵⁾.

ويناقش هذا القول من ناحيتين:

(1) في الأصل كان يقبل كتاب القاضي بلا بيئة، وكان يكتفى بمعرفة الخط والختم، ولكن لما ضعفت النفوس، وأطمح الناس، أحدثت الشهادة على الكتاب و أصبح لا يقبل إلا ببيئة، وأول من طلب البيئة على الكتاب حسب ما أورد البخاري في صحيحه باب الشهادة على الخط المختوم؛ ابن أبي ليلى، وسوار بن عبد الله، وقال ابن رشد ناقلاً عن رسم الأقضية من سماع أشهب أن أول من أحدثه أمير المؤمنين (لم يُصرح ابن رشد باسمه، لكن يبدو والله أعلم أنه علي بن أبي طالب عليه السلام)، وأهل بيته، ينظر: أبو الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت. لبنان ط 2 1408 هـ/ 1988 م تحقيق: أحمد الحبابي (161/9).

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط، (84/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (280/3)؛ المرغيناني، الهداية (106/3)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (232/3)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (359/3).

(3) المرغيناني، الهداية (106/3).

(4) الزيلعي، تبين الحقائق (185/4).

(5) ابن نجيم، البحر الرائق (5/7).

الأولى - أنه لم ينقل هذا القول عن أبي يوسف إلا شراح كنز الدقائق، بينما متون المذهب⁽¹⁾ أوردت إيجاب البينة لقبول الكتاب، ولم تذكر الخلاف بين الإمام والقاضي أبي يوسف؛ لذا في هذا النقل نظر؛ لانفراد ناقله ومخالفته نقل متون المذهب.

الثانية - أنه على فرض صحة النقل، فإن الناظر يجد أنه لا فرق - من حيث النتيجة - بينه وبين قول الإمام؛ إذ الهدف من الكتاب انفاذه ولا يمكن انفاذه دون البينة عليه عند أبي يوسف، وبالتالي قوله كقول الإمام من حيث النتيجة، والله أعلم.

واتفقوا أن الشهادة على الكتاب إنما تطلب في حال انكار الخصم أن هذا كتاب القاضي، وعليه لو أقر هو بأنه كتاب القاضي فلان فلا داعي للبينة لقبوله.⁽²⁾

فالخلاصة أن البينة على الكتاب واجبة باتفاق فقهاء الحنفية عند انكار الخصم للكتاب، ولا خلاف فيها عندهم، والله أعلم.

عندما يكتب القاضي كتاباً للمدعي يُثبت فيه حكمه، أو البينة التي سمعها؛ لإثبات حق المدعي عند قاضي آخر بِمَكْنَتِهِ من حقه لوجود المدعى عليه في ولايته، عليه أن يدعم كتابه بما يُثبت عند المكتوب إليه أنه كتابه، ومن طرق إثبات ذلك الختم، وهو "شد رأس الكتاب والطبع عليه بالخاتم حتى لا يطلع أحد على ما في باطنه حتى يفرضه المكتوب إليه"⁽³⁾، وله صور عدة⁽⁴⁾، والإشهاد على أن هذا كتابه، كتبه في مجلسه، وفيه حكمه أو ما سمعه من الشهادة؛ حتى يشهد الشهود بذلك عند المكتوب إليه ليقبله ويعمل به.

وكتابة الكتاب قد تكون أمام الشهود، فيحضرُونَ الكتابة والختم، ويعلمون بما في الكتاب، وقد تكون حال غيابهم، فيكتب القاضي الكتاب ويختمه، ثم يُشهد رجلين أن هذا كتابي وعليه ختمي، ودون أن يُعلمهم بما فيه، وفي الحالتين يطلب منهم الشهادة عليه أمام المكتوب إليه.

في الحالة الأولى لا خلاف في صحة شهادتهم على الكتاب وقبولها؛ وبالتالي يعمل القاضي بالكتاب، وينفذ ما فيه، وأما في الحالة الثانية، فحصل الخلاف بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة في قبول شهادتهم واعتبار صحتها، واعتمادها للعمل بالكتاب.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (279/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (8/7)؛ المرغيناني، الهداية (106/3)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (232/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (135/8).

(2) ينظر: شيخي زادة، مجمع الأثر (232/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (135/8).

(3) أحمد بن علي القلقشندي، صبح الأعشى في صناعة الإنشاء، دار الفكر، دمشق. سوريا ط 1/ 1987م تحقيق: د. يوسف علي طويل (338/6)

(4) للاطلاع على صور الختم، وطرقها يُنظر: القلقشندي، صبح الأعشى (342/6 وما بعدها).

ثانيًا: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف إلى صحة شهادة الشهود على كتاب القاضي، اعتمادًا على إخبار القاضي لهم أنه كتابه وعليه ختمه، وإن لم يُكتب ويُحتم أمامهم، ولم يعرفوا ما فيه، فعنده يُكتفى بعلم الشهود أن هذا الكتاب كتاب القاضي فلان، ولا تشترط معرفتهم المكتوب فيه، وورد عنه أنه يُقبل الكتاب وإن كان دون ختم أصلاً، إن شهد الشهود بما فيه من حفظهم، وإلا فيجب فيه الختم.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه يجب أن يُحتم الكتاب أمام الشهود وأن يعلموا محتواه، بأن يحضروا الكتابة، أو يقرأه القاضي عليهم ويُعلمهم بما فيه، وينبغي عليهم حفظ ما في الكتاب؛ لذا يُسلمهم نسخة أخرى مفتوحة من الكتاب ليحفظوها؛ إذ لا بد من تذكر محتواه من وقت الشهادة إلى وقت الأداء. وبهذا القول أخذ محمد رحمه الله⁽¹⁾. وورد أن أبا يوسف كان يقول كقول الإمام لكنه رجع عنه لما تولى القضاء⁽²⁾.

وعند استقراء أقوال محققي المذهب في ترجيح القول المفتى به، يتبين أن السرخسي اختار قول أبي يوسف وتبعه بذلك عامة المشايخ، كالمرغيناني في الهداية، والمُوصلي في الاختيار، وابن عابدين في حاشيته، وكذا اختاره القدوري في التصحيح⁽³⁾، كما جزم الكمال بصحة اختياره إذ قال: "ولا شك عندي في صحة عدم اشتراط الختم لأن الفرض عدالة حملة الكتاب، فلا يضر عدم ختمه مع شهادتهم أنه كتابه"⁽⁴⁾، إلا أنه بعد هذا نبه إلى توفيق جميل في أمر الختم فقال: "نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي اشتراط الختم لاحتمال التغير إلا أن يشهدوا بما فيه

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (286/3)؛ المرغيناني، الهداية (106/3)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام (413/2)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (5/47)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (231-232)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (133/8).

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (286/3)؛ المرغيناني، الهداية (106/3)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (232/3).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (150/18)؛ المرغيناني، الهداية (106/3)؛ أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التصحيح، مخطوط في جامعة الملك سعود 1957م (117/ب)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (134/8) * وأيضاً: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (286/3)؛ القاري، فتح باب العناية (118/3)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (232/3)؛ الغنيمي، اللباب (590).

(4) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (387/6).

حفظاً⁽¹⁾، وكان استنادهم لهذا الترجيح بأنه "لَيْسَ الْحَبْرُ كَالْمُعَايِنَةِ"⁽²⁾، أي أن أبا يوسف باشر القضاء وعمل به زمناً طويلاً، واختار عدم اشتراط معرفة الشهود بمحتواه لما عاين من المشقة في هذا الشرط. إذًا اتفق محققو المذهب أن الفتوى على قول أبي يوسف.

ثالثاً: الأدلة

استدل القاضي أبو يوسف لمذهبه بالاستحسان والعقل⁽³⁾:

أما الاستحسان، فوجهه أن الكتاب قد يستعمل في أمر لا يريد القاضيان الكاتب والمكتوب إليه أن يعرفه سواهما، ويتكليف إعلام الشهود بما فيه نوع حرج، ولهذا شرع ختم الكتب لئلا يعلم أحد بما فيها. ويمكن توجيه استحسانه أيضاً بالتسهيل على الناس في تحصيل حقوقهم، فقد يعجز الشهود على حفظ الكتاب، أو تذكره خاصة عند طول المدة بين تحمل الشهادة والأداء.

وأما العقل فهو أن المشهود به الكتاب والختم، وهذا يصير معلوماً للشاهد بقول القاضي الكاتب هذا كتابي، ويصير معلوماً للقاضي المكتوب إليه بإشارة الشاهد أن هذا كتاب فلان القاضي، وبهذا حصل المقصود، وليس من داع لاشتراط شيء آخر.

ويستدل له أيضاً بأنه يجوز للشهود الشهادة بما في الكتاب، وإن لم يعلموا تفاصيله، كما لو شهد اثنان لرجل بما في هذا الكيس من مال، فهنا جازت الشهادة وإن لم يشهدا بمقدار المال الموجود في الكيس⁽⁴⁾.

(1) المرجع السابق، وينظر: شيخي زادة، **مجمع الأنهر** (232/3)؛ ابن عابدين، **حاشية ابن عابدين** (134/8)؛ الغنيمي، **اللباب** (590).

(2) هو جزء من حديث شريف نصه "عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَيْسَ الْحَبْرُ كَالْمُعَايِنَةِ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَحَبُّ مُوسَى بِمَا صَنَعَ قَوْمُهُ فِي الْعِجْلِ، فَلَمْ يُلْقِ الْأَلْوَحَ، فَلَمَّا عَايَنَ مَا صَنَعُوا، أَلْقَى الْأَلْوَحَ فَانْكَسَرَتْ."، أحمد بن حنبل، **المسند**، مسند بني هاشم، حديث 2447؛ الحاكم، **المستدرک**، **كتاب التفسير**، حديث 3250. * قال الحاكم: "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه" وقال الهيثمي: "رجاله رجال الصحيح" ينظر: زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين المناوي، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1 1415 هـ/1994 م (455/5).

(3) ينظر: السرخسي، **المبسوط** (84/16 و 150/8-151)؛ برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد مازة البخاري، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1 1424 هـ/2004 م تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي (136/8)؛ الموصلي، **الاختيار** (355/2)؛ شيخي زادة، **مجمع الأنهر** (323/3).

(4) ينظر: ابن قدامة، **المغني** (81/14).

ويستدل لجواز عدم الختم إن شهدوا بما فيه من حفظهم؛ بأن المفترض أن يكون الشهود عدولاً؛ وبالتالي لا يضر ختمه طالما أن حامله ثقة، وشهدوا أنه كتاب فلان القاضي وبما فيه، واشترطه الشهادة بما فيه هنا؛ لأن الكتاب بلا ختم يصبح كالصك والشهادة بالصك دون الشهادة بما فيه لا يقبل⁽¹⁾.

وأما قول الطرفين أبي حنيفة ومحمد فاستند إلى⁽²⁾:

1- الشهادة على الكتاب واجبة، ولا معنى للشهادة إن لم يعلم الشهود بالمشهود به، كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان، فلا عبرة لشهادتهم إن لم يشهدوا بما تضمنه من الدين، وكذا الختم الشهادة عليه واجبة، ولا يمكنهم الشهادة به إلا إن ختم بحضرتهم.

2- المقصود من الكتاب عمل المكتوب له بما فيه، وإنما يجوز له العمل بما فيه إن علم بما فيه بشهادة الشهود على محتواه، ولا يحصل علمهم به إن أخبرهم أنه كتابه فقط فلا بد من قراءته عليهم.

3- كتاب القاضي كتاب ملزم، ويجب توثيقه وختمه أمام الشهود للاحتياط في حفظه وحتى لا يتوهم تغييره والعبث به.

رابعاً: المناقشة والترجيح

نوقشت أدلة أبي يوسف من ناحيتين⁽³⁾:

الأولى: المقصود الذي يجب أن يعلمه الشاهد هو ما في الكتاب لا عين الكتاب، وكتاب القاضي للقاضي لا يستعمل في شيء سوى الخصومة؛ وبالتالي لا حرج في اطلاع الشهود عليه، وللتيسير على الناس، كان للشهود أن يطلبوا نسخة أخرى مفتوحة ليستذكروا منها الشهادة، ولو كان الكتاب بيد الخصم فإنه لا يكتب به سوى الخصومة ولفظ الشهادة، وهذا لا حرج في اطلاعه عليه أيضاً.

والثانية: لو فرضنا أن المقصود الكتاب عينه لا ما فيه، فإنه لا يحصل العلم بما فيه بمجرد الشهادة أنه كتاب فلان القاضي؛ لأن الكتاب لا يؤمن من التغيير، ولذا لا يعتمد على الشهادة عليه فقط بدون الشهادة بما فيه. وأجيب عن هذه الناحية، بأن معنى الاحتياط يحصل عند شهادتهم أنه كتابه وخاتمه.

(1) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (681/8)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (387/6)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (232/3)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (366/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (132/8)؛ الغنيمي، اللباب (590).

(2) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ المرغيناني، الهداية (106/3)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (136/8)؛ البابري، العناية شرح الهداية من هامش فتح القدير (387/6)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (387/6)؛ القاري، فتح باب العناية (118/3)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (323/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (133/8).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (136/8).

وأما ما استدلَّ له من القياس على الشهادة على ما في الكيس من دراهم، فنُوقِشَ، بأن تعيين الدراهم التي في الكيس أغنى عن معرفة قدرها، وهنا الشهادة على ما في الكتاب دون الكتاب، وهما لا يعرفانه.⁽¹⁾

وعند النظر في قواعد مجلة الأحكام العدلية نجد أن قول القاضي أبي يوسف تدعمه المادة الرابعة التي تنص على أن "اليقين لا يزول بالشك" والمادة الرابعة والسبعين التي تنص على أنه "لا عبرة للتوهم" ووجه الموافقة أن شهادة الشهود أن هذا الكتاب هو كتاب القاضي يحصل يقين بصحة ما فيه ولا يُدحضُ هذا اليقين بالشك أو التوهم بأن هناك من غيره.

وقول الطرفين تدعمه المادة الثانية التي تنص على أن "الأمر بمقاصدها" أي أن المقصود من الكتاب الحكم بما فيه فتجب الشهادة على ما فيه لا على أنه كتاب القاضي، وبالتالي يجب على الشهود معرفة ما فيه، ولا يقبله القاضي المرسل إليه إلا بشهادتهم على ما فيه.

والناظر في القولين يتبين له أن قول أبي يوسف اعتمد على التيسير على الناس، لما عاينه من المشقة عند توليه القضاء مدة من الزمن، والثقة المفترضة بحامل الكتاب إلى المكتوب إليه، وأما قول الطرفين أبي حنيفة ومحمد فاعتمد الشدة في التوثيق والحرص الشديد عليه؛ لئلا يُغيَّرَ الكتاب أو يُحرَّفَ فيه، ولأجل خبرة أبي يوسف ومعاينته القضاء اعتمد محققو المذهب قوله للفتوى، وفي عصرنا الراهن أصبحت هناك ضوابط جديدة لكتاب القاضي، فأصبح يرسل بالبريد الموثَّق والمسجَّل بسجل رسمي برقم وتاريخ، وضوابط عديدة، تضمن عدم تبديل الكتاب أو تزويره وتحريفه، وكذلك قد يرسل بالبريد الإلكتروني الذي يتضمن كلمة سر لا تسمح لأي أحد بفتح الكتاب أو تعديله من غير القاضيين المرسل والمرسل إليه، وبما أن دائرة كلام الفقهاء في هذا المطلب إنما هي ضمان التوثيق، وهم اختاروا وتحدثوا بالضوابط التي كانت تتحتم على القاضي في زمنهم، ولا ينكر اختلاف الأحكام باختلاف الزمان؛ وعليه يفتى اليوم باتباع الضوابط والإجراءات التي أقرها قانون أصول المحاكمات في العصر الراهن، طالما أنها تتماشى وغاية أقوال الفقهاء وإجراءاتهم للحفظ والتوثيق. والله أعلم.

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

عند استقراء أقوال الأئمة الثلاثة- مالك والشافعي وأحمد- في مسألة هذا المطلب يتبين أنهم اتفقوا مع أبي يوسف في قسم، واختلفوا معه في قسم آخر متفقين به مع الإمام أبي حنيفة.

وتفصيل أقوالهم الآتي:

لم يصرح المالكية بوجوب معرفة الشهود ما في كتاب القاضي، لكن عند النظر في الصيغة التي اشترطوها عند الشهادة على كتاب القاضي يتبين أنهم اشترطوها، حيث قالوا بأنه على الشاهدين أن يشهدا بأن هذا كتاب القاضي الفلاني، وأنه أشهدهما بما فيه، وأديا ما شهدا به. ففي قولهم أنه أشهدهما بما فيه دليل على إيجاب علمهم بما فيه؛ فلا شهادة

(1) ينظر: ابن قدامة، المغني (81/14).

بلا علم، ولكن يستثنى من هذا الشرط حالة واحدة هي إن سلمهم الكتاب مدرجاً، وقال أشهدكم أن ما فيه حكمي أو خطي، فهنا اختلفت الرواية عن الإمام مالك، لكن نقل الدسوقي أنه يعمل بالكتاب بمقتضى هذه الشهادة ولو لم يعرف الشهود محتوى الكتاب؛ لأنهم أدوا على نحو ما به ولا معارض، ثم نص أن هذا القول في الأصل وهو المشهور، و استدلل لهذا القول بالقياس على أنه لو دفع رجل ورقة مطوية لرجلين وقال لهما اشهدا علي بما في هذه الورقة وأنه عندي وفي ذمتي فإنه يصح إذا شهدا عليه بما فيها؛ لأن الإقرار بالمجهول صحيح⁽¹⁾.

وأما ختم الكتاب فقالوا: أنه واجب من الداخل، وأما من الخارج فمندوب، وتفريقهم هذا استدللوا له بأن العرف ألا يُقبل الكتاب من دون ختم من داخله، أما من الخارج فهو ليس إلا للاحتياط والخوف من تحريفه أو سرقة؛ ولهذا يندب ختمه من الخارج ندباً⁽²⁾.

صرح الشافعية باشتراط كتابة القاضي كتابه أمام الشهود، حيث قالوا لا يقبل كتاب القاضي إلا إن شهد الشهود أن القاضي الكاتب قرأ الكتاب عليهما، أو قرئ بحضوره عليهما. وأما ختم الكتاب فقالوا باستحبابه وعدم وجوبه، حتى أنهم قالوا لو ضاع الكتاب أو وصل للمكتوب إليه بلا ختم، وشهد الشهود بمضمونه المضبوط عندهم قبلت شهادتهما وقضي بما⁽³⁾.

عند النظر في المذهب الحنبلي يتبين أنهم قالوا إنه لا يشترط حفظ الشهود بما في الكتاب، ولكن لا بد من ضبطهم معنى الكتاب وما يتعلق به الحكم فقط، وعليه لو أشهدا على الكتاب مطوياً مختوماً لا يصح؛ لأنها شهادة على مجهول، ولا تصح الشهادة إلا بما سمعه أو علمه علماً لا شك فيه، وأما قولهم في ختم الكتاب فقد وافق قول الشافعية⁽⁴⁾.

واستدل الشافعية والحنابلة لمذهبهم في عدم اشتراط الختم⁽⁵⁾؛ بأنه ليس للختم معنى إذ المعول عليه في نقل مضمون الكتاب شهادة الشهود، والمقصود من الكتاب التذكر والختم ليس إلا الاحتياط لأنه أسلم للتغيير، وإكرام المكتوب إليه، قال تعالى: ﴿قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ﴾⁽⁶⁾ وقيل إن معنى كريم هنا، أي مختوم.

(1) ينظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد)، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 2 1408هـ/1988م (160/9)؛ القرافي، الذخيرة (103/10)؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (52/6).

(2) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (52/6).

(3) ينظر: الإمام الشافعي، الأم (525/7)؛ النووي، روضة الطالبين (163/8).

(4) ينظر: محمد بن مفلح أبو عبد الله شمس الدين المقدسي، الفروع، مؤسسة الرسالة، ط 1 1424هـ/2003م تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي (229/11)؛ البهوتي، الروض المربع (562/7).

(5) ينظر: الإمام الشافعي، الأم (524/7)؛ النووي، روضة الطالبين (163/8)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (230/16؛ 231)؛ ابن قدامة، المغني (80/14؛ 81)؛ شمس الدين المقدسي، الفروع (230/11)؛ البهوتي، الروض المربع (562/7).

(6) النمل: 29

كما استدلو بأن النبي ﷺ كتب إلى قيصر دون أن يختم كتابه، فقليل له إنه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم، واقتصاره على الخاتم دليل أن الختم ليس بشرط في القبول، وإنما فعله النبي ﷺ ليقرأ كتابه. واستدلوا أيضاً بجواز قبول شهادتهم على الكتاب ولو تلف؛ بأن الشهود تحملوا الشهادة بالحكم المذكور في الكتاب، فلا يمنع تلفه من صحة تحملهم وجواز أدائهم، ولأنهم لو شهدوا من حفظهم بحق في كتاب وثيقة ضاع، قبلت شهادتهم، ولا يضرها ضياع كتاب الوثيقة، وكذا كتاب القاضي إلى القاضي. الخلاصة: اتفق جمهور الفقهاء مع القاضي أبي يوسف في عدم اشتراط الختم أصلاً فضلاً عن اشتراطه أمام الشهود، وخالفوه في عدم اشتراط علم الشهود بمحتوى الكتاب، وكتابته أمامهم؛ إذ قالوا بوجوبه، ومتفقين في الوجوب هنا مع الإمام أبي حنيفة ومحمد، رغم اختلافهم معه في بعض حيثياتها من الحفظ وعدمه.

سادساً: أمثلة لتطبيقات الخلاف

تتجلى ثمرة الخلاف بوضوح في مسألتين:

المسألة الأولى، فيما لو أعطى القاضي كتاباً مختوماً، ومدرجاً للشهود، وقال: اشهدوا أن هذا كتابي وعليه ختمي، فعند القاضي أبي يوسف يجوز لهم الشهادة عليه، ويقبل المكتوب إليه شهادتهم ويعمل بالكتاب، وعند الطرفين لا يجوز لهم الشهادة عليه؛ لأنه لم يحضروا كتابته، ولم يشهدوا الختم عليه. والمسألة الثانية، فيما لو وصل الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه مكسور الختم - أي ممسوح الختم - أو منشوراً - أي مفتوحاً - ووجد في أسفله ختم القاضي فإنه لا يقبله إلا إن شهد الشهود بما فيه من حفظهم، وهذا مذهب القاضي أبي يوسف؛ فهو لم يشترط الختم إلا إن لم يشهد الشهود بما في الكتاب، وأما عند الطرفين فلا يقبل مطلقاً، وإن شهد الشهود بما فيه؛ إذ لا عبرة للختم الذي في أسفله مطلقاً⁽¹⁾.

(1) ينظر: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (366/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (132/8)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (681/8).

سابعاً: فرع عن المسألة تسليم الكتاب

يتعلق في هذا المطلب مسألة تسليم الكتاب، لإيصاله للمكتوب إليه.

يجب على القاضي توثيق الكتاب، والحرص على إيصاله للمكتوب إليه على الوجه الذي كتبه، ومن تمام التوثيق إيصاله للمكتوب إليه مع ثقة، يؤمن معه الكتاب من التبديل والتحريف، فلمن يسلم القاضي الكتاب، لإيصاله للمكتوب إليه؟

في الإجابة على هذا السؤال اختلف القاضي أبو يوسف مع الإمام أبي حنيفة.

قال القاضي أبو يوسف يُسَلِّمُ القاضي الكتاب للمدعي؛ تيسيراً لأُمُور الناس، ويمكن له تسليمه للشهود إن تيسر ذلك ولم تتضرر مصلحة الطرفين.

وأما الإمام أبو حنيفة -ومعه محمد- فقال لا يسلم القاضي الكتاب إلا للشهود، ويجب أن يسلمهم إياه في مجلس حكمه، ولو سلمهم في غير مجلسه، لا يصح ولا يقبله المكتوب إليه⁽¹⁾.

وذهب شراح المذهب لترجيح قول القاضي أبي يوسف في الفتوى، قال ابن عابدين في حاشيته بعد عرض هذه المسألة: " قال في النهاية عمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي، وهو قول أبي يوسف، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة"⁽²⁾

استدل القاضي أبو يوسف لما ذهب إليه، بالاستحسان؛ للتيسير على الناس، ويوجّه قوله بأن المقصود إيصال الكتاب للقاضي الآخر، ويحصل هذا سواء سُلِّمَ الكتاب للمدعي أو للشهود.

أما الطرفان أبو حنيفة ومحمد فاستدلا، بأن تسليم الكتاب للمدعي يوجب التهمة؛ فقد يغير في الكتاب أو يحرفه، ولا سبيل لضمان عدم تحريف الكتاب إلا بتسليمه للشهود؛ إذ الختم يشبه الختم، والخط يشبه الخط⁽³⁾.

يجاب عن دليل الطرفين بأن الختم والشهادة على الكتاب ينفيان تهمة التبديل والتحريف، وبالتالي يزول خوف التهمة فيه، ويمكن تسليم الكتاب للمدعي.

وفي هذا الزمن لا حاجة لتسليم الكتاب للمدعي أو للشهود؛ لوجود قانون ينظم نقل الكتاب بالبريد بين القضاة، حيث يوجد ناقلون متخصصون بذلك، ولكن هذا الأمر قد يستغرق وقتاً، فإذا أراد المدعي اختصار الوقت ونقل الكتاب بيده فيمكن هنا تسليمه الكتاب، والفتوى بقول أبي يوسف مع اشتراط الختم والشهادة بما في الكتاب، مع

(1) ينظر: المرغيناني، الهداية (106/3)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (387/6)؛ القاري، فتح باب العناية (118/3)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (133/8).

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (134/8) * وينظر: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (362/3).

(3) ينظر: المرغيناني، الهداية (106/3)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ البابري، العناية شرح الهداية، على هامش شرح فتح القدير (387/6)؛ شبحي زادة، مجمع الأثر (323/3).

زيادة الحذر بإرسال نسخة أخرى من الكتاب في البريد الإلكتروني للقاضي المرسل إليه وبذلك تنتفي شبهة تحريف الكتاب أو تعديله، والله أعلم.

عند استقراء أقوال الأئمة الثلاثة في إجراءات كتاب القاضي إلى القاضي، يتبين أنهم يقولون بأن تسليم الكتاب يكون للشهود، وبذلك يخالفون قول القاضي أبي يوسف، ويوافقون قول الإمام أبي حنيفة، قال الدردير: "وإن دفع القاضي كتاباً مطوياً إلى الشهود"⁽¹⁾، وقال الإمام الشافعي: "لم يجوز أن يقبل من الشهود حتى يقرأ عليهم الكتاب ويقبضوه قبل أن يغيب عنهم"⁽²⁾.

وقال في الروض المربع "ثم يدفعه إليهما" أي: إلى العدلين اللذين شهدا بما في الكتاب فإذا وصلا دفعاه إلى المكتوب إليه"⁽³⁾.



(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (53/6).

(2) الإمام الشافعي، الأم (524/7).

(3) البهوتي، الروض المربع (561/7).

2.3.3 المطلب الثالث: أركان كتاب القاضي إلى القاضي

أولاً: معنى الأركان وبيان أركان كتاب القاضي

الأركان في اللغة جمع ركن، وهو من رَكَنَ يَرْكُنُ رُكْنًا، أي مال إليه وسكن، والركنُ بالضم الجانب الأقوى والأمر العظيم، وأركان الشيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها⁽¹⁾.

وفي الاصطلاح: هو الجزء الذاتي الذي تتركب منه ومن غيره ماهية الشيء، بحيث يتوقف قوامها عليه. وقيل في تعريفه أيضًا: هو ما يتم به الشيء وهو داخل فيه⁽²⁾.

وذكر فقهاء الحنفية أن الأركان هم القاضيان - أي القاضي المرسل، والقاضي المرسل إليه - وأطراف الدعوى - وهم الخصمان والحق المدعى والشهود⁽³⁾ -، قال الكمال: "يجب ذكر الشهود؛ لأنه قد يكون للخصم مطعن فيهم، أو في أحدهم، فلا بد من تعيينهم له؛ ليتمكن من الطعن إن كان، وإلا يقول سموهم لي فلاي قد يكون لي فيهم مطعن"⁽⁴⁾، وأضاف أيضًا: أنه إن لم يذكر القاضي أسماء الشهود، فلا بد أن يذكر عدالتهم وحريةهم⁽⁵⁾.

ولم تذكر الفتاوى الهندية وكذا ابن مازة في المحيط الشهود؛ إذ قالوا: إن الأركان هم المعاليم الخمسة فقالوا: يجب أن يكون الكتاب من معلوم - وهو القاضي المرسل - إلى معلوم - وهو القاضي المرسل إليه - في معلوم - وهو الحق المدعى - لمعلوم - وهو المدعى - على معلوم - وهو المدعى عليه⁽⁶⁾، فهذه الأركان الخمسة التي يجب ذكرها في الكتاب.

وقد جعل ابن نجيم ذكر الشهود لاختيار القاضي، إن شاء ذكرهم، وإن شاء ذكر شهادتهم فقط، ومثله ذكر في مجمع الأنهر⁽⁷⁾.

ومن هذه الأقوال يظهر أن القول باشتراط ذكرهم أولى؛ لأن الحكم إنما يقوم على شهادتهم فلا بد من ذكرهم، وأما ما ورد الفتاوى الهندية والمحيط البرهاني فلم أجد له مستند، ولا عزو للكتب المعتمدة في المذهب؛ ولذا لا يؤخذ به، وقول ابن نجيم ومجمع الأنهر في ترك الأمر للقاضي لا يفتى به في زماننا؛ لفساد القضاة، وعليه فاشتراط ذكرهم وعدهم من الأركان أولى، والله أعلم.

(1) ينظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح (مادة ركن)؛ ابن منظور، لسان العرب (مادة ركن)؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط (مادة ركن).

(2) ينظر: الجرجاني، التعريفات (149)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (198/1).

(3) المقصود بالشهود هنا شهود الأصل الذين ثبت الحق بشهادتهم، أما شهود الطريق وهم الذين شهدوا حكم القاضي وكتابته، فيشترط ذكرهم بالاتفاق. ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (285/3)؛ السرخسي، المبسوط (85/16)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (385؛ 384/6)؛ منلا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام (413/2).

(4) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (385/6).

(5) المصدر نفسه.

(6) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (132/8)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (132/8).

(7) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (4/7)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (231/3).

ثانيًا: عنوان الكتاب ومكان كتابته

جرت العادة في الكتاب أن يكتبوا عنوانًا، يميزوا بها كتبهم عن باقي الكتب، وكذا كتاب القاضي له عنوان، فما المقصود بالعنوان، وهل يجب على القاضي كتابته، وأين يكتبه، وما يكتب فيه؟ هنا بيان هذه المسائل وفق الآتي:

معنى العنوان

العنوان في اللغة: من عنن، يقال عَنَنْتُ الكتابَ وَأَعَنَنْتُهُ لكذا، أي عَرَضْتُهُ له وصَرَفْتُهُ إليه، وَعَنَّ الكتابَ يَعْنُهُ عَنَّا، وسمي عُنْوَانًا؛ لأنه يَعْنُ الكتابَ من ناحيته، وأصله عُنَّانٌ فلما كثرت النونات قلبت إحداها واوًا.

والعنوان بالضم هي اللغة الفصيحة، وقد يُكسر فيقالُ عِنْوَان، وهو اسم صاحب الكتاب أو غيره الذي يُكتب على ظاهره فكان ذلك علامة لمعرفة صاحبه، وقيل هو ما يستدل به على غيره⁽¹⁾.

وكذا في الاصطلاح: لم يختلف استخدام فقهاء الحنفية لمصطلح العنوان عن معناه اللغوي فنجد الزيلعي يقول في تعريفه: "هو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده وكذا المكتوب إليه".⁽²⁾

وقال الكمال بن الهمام: "يكون الكتاب معنونا بأن يكتب: هذا كتاب من فلان بن فلان القاضي إلى فلان بن فلان القاضي"⁽³⁾

فالخلاصة مصطلح عنوان الكتاب يعني: كتابة جهات الإرسال، على وجه يتميز الكتاب به على غيره، ويقصد بجهات الإرسال، المرسل والمرسل إليه.

حكم العنوان، ومكانه

عنوان الكتاب مهم؛ لتمييز الكتاب عن غيره؛ لذا جرت عادة الكتّاب عنونة كُتُبِهِمْ، وكذا القضاة يعنون كتبهم، ولكن كتابة القاضي العنوانَ لكتابه، هل هي شرط فتجب على القاضي، أم لا تشترط فلا تجب عليه؟ وأين يكتبه القاضي وهل يكفي على الظاهر فقط، أم لابد أن يكتب داخل الكتاب أيضًا؟

اختلفت الإجابة عن هذه الأسئلة بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة.

ذهب القاضي أبو يوسف إلى عدم اشتراط كتابة العنوان على الكتاب، وقال: يكفي في تمييزه شهادة الشهود أن هذا كتاب القاضي وختمه، وإن كتبه القاضي، فيقبلُ في أي مكان كتبه سواء داخل الكتاب وعلى ظهره، أو داخله فقط، أو على ظهره فقط.

(1) ينظر: أبو بكر الرازي، مختار الصحاح (مادة عنن)؛ ابن منظور، لسان العرب (مادة عنن)؛ مجمع اللغة العربية في مصر، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر ط4 1425هـ/2004م (مادة عنن، ومادة عنون).

(2) ابن نجيم، البحر الرائق (4/7).

(3) الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (687/6).

وذهب الطرفان أبو حنيفة ومحمد إلى اشتراط كتابة العنوان ووجوبه لقبول الكتاب، ولا يعمل به عندهما دون العنوان، ويجب كتابته عندهما داخل الكتاب، وله الجمع بين كتابته داخله وعلى ظهره، وأما لو اكتفى على ظهره فقط فلا يُقبل.⁽¹⁾

عند استقراء أقوال محققي المذهب في اختيار القول الراجح والمعتمد للفتوى، يتبين أنه قد سرى عليها خلاف أئمة المذهب؛ فقد رجح ابن نجيم قول الطرفين في اشتراط العنوان، وقول أبي يوسف في الاكتفاء بكونه على الظاهر الكتاب فقط، ويُقل أن شمس الأئمة أخذ بقول أبي يوسف تسهياً على الناس⁽²⁾، وقيل أن بعض المتأخرين اكتفوا بعنوان الظاهر آخذين بقول أبي يوسف تيسيراً على الناس، وذلك لأن قولهم كان حسب عرفهم، وقد تغير العرف واكتفى بعنوان الظاهر⁽³⁾، وأما في الاختيار فقد رجح قولهما في اشتراط العنوان وكونه داخل الكتاب.⁽⁴⁾

استدل القاضي أبو يوسف لعدم اشتراط العنوان، بأن مهمة العنوان تمييز الكتاب ومعرفته، وشهادة الشهود تُثبت أن الكتاب كتاب القاضي، وبذلك يثبت أن المكتوب فيه كتابته، وقد حصل المقصد من العنوان بالشهادة ولا حاجة لاشتراط شيء آخر.

ويستدل له لقبول العنوان المكتوب في أي موضع كان، بأن الأصل عدم اشتراط العنوان لقبوله في أي موضع كُتب أولى⁽⁵⁾.

وأما الطرفان فاستدلا لاشتراط العنوان بأنه إن لم يكن معنوياً فلا يكون مكتوباً فيه "هذا كتاب القاضي فلان إلى القاضي فلان"، وما ليس مكتوباً في الكتاب لا يثبت بمجرد الشهادة عليه، كما لو لم يكن مكتوباً في الكتاب بأن يشهدوا عند القاضي المرسل إليه أن فلاناً وفلاناً شهدا عند القاضي المرسل على فلان بحق لفلان المدعي، لا يقبل القاضي المرسل إليه شهادتهم، فكذا كون هذا الكتاب من الكاتب إلى المكتوب إليه لا يثبت بمجرد شهادة الشهود على ذلك.

وأما قبولهما كتابة العنوان في حالة كتابته في الداخل فقط وفي حالة كتابته داخل وعلى ظاهر الكتاب، فقد استند إلى أن كتابة العنوان داخل الكتاب تكون تحت ختم القاضي، وما يكون تحت ختمه يؤمن بالتبديل والتغيير، كأصل الحادثة المكتوبة في الكتاب، وإن كان يقبل في الداخل فقط، فقبوله في الداخل وعلى الظاهر أولى.

(1) ينظر: الموصلي، الاختيار (355/2)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (388/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (4/7).

(2) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (4/7).

(3) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (137/8)؛ شيخي زادة، مجمع الأثر (231/3).

(4) ينظر: الموصلي، الاختيار (355/2).

(5) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (137؛ 136/8)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح

القدير (687/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (4/7)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (362/3).

ورفضهم قبوله في حالة كتابته في الظاهر فقط، فاستند إلى أنه ليس تحت ختم القاضي فهو متوهم التبديل والتغيير فلا يقبل، والحادثة في الأصل إن لم تكن تحت ختم القاضي لا تقبل فكذا هنا⁽¹⁾.

وبالنظر في قواعد مجلة الأحكام العدلية نجد أن المادة الثانية منها والتي تنص على أن " **الأمور بمقاصدها** " تؤيد قول القاضي أبي يوسف ووجه التأيد أن المقصد معرفة أن هذا الكتاب هو كتاب القاضي فلان وهذا المقصد يحصل بالشهادة عليه، وكذلك المادة الرابعة التي تنص على أن " **اليقين لا يزول بالشك** " فاليقين الحاصل بشهادة الشهود أن هذا الكتاب هو كتاب القاضي لا يزول بالشك به لعدم وجود عنوانه.

وأما قول الطرفين فتؤيد أدلتهم المادة التاسعة والأربعون التي تنص على أنه " **إذا سقط الأصل سقط الفرع** " والأصل أن معرفة الكتاب تتم بعنوانه وختمه ولا يُعرف هذا الكتاب إلا بالعنوان، والشهادة ليست إلا تبييناً لهذا الأصل فالأخذ بها تابعٌ للأصل الدال على الكتاب - أي العنوان - وبالتالي إذا لم يكن الأصل موجوداً فلا يؤخذ بفرعه.

الناظر في القولين وأدلتهم يجد أن أبا يوسف رحمه الله تساهل في أمر العنوان تسهلاً على الناس، واعتماداً على شهادة الشهود، وأما الطرفين فاعتمدا الاحتياط والتشدد في توثيق الكتاب لما له من أهمية في بناء الأحكام عليه واعتمادها، وفي عصرنا الراهن اعتمد القانون وسائل خاصة يميز بها كتاب القاضي ويوثقه من ختمه بخاتم له صفة رسمية سواء كان على ظهر الكتاب أو داخله، وتسجيله بسجلات القضاء، وهذا موافق لقول الإمام باشتراط الختم، ولقول أبي يوسف بقبوله في أي موضع، وما ذهب إليه القانون، أولى في الفتوى لما يتضمنه من عمل وتوفيق بين القولين، والعمل بكلا القولين أولى من ترك أحدهما، ثم هو يتماشى مع هذا العصر، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان. والله أعلم.

وقد ذهب الشافعية والحنابلة⁽²⁾ مذهب أبي يوسف، فقالوا بعدم اشتراط العنوان، وإن كتبه فلا فرق بين أن يكون داخل الكتاب أو خارجه؛ لأن المعول عليه في الحكم به شهادة الشهود بمضمونه، فلا يوجد للعنوان أو فقده تأثير في الحكم بما شهد الشهود، وعنوان الكتاب في داخله عُرف قديم، وعلى ظاهره عرف مستحدث، والعرف المعمول به أولى من المتروك⁽³⁾.

(1) ينظر: المصادر السابقة.

(2) لم أجد نقلاً للمالكية في هذه المسألة، لكن يبدو أنه لا يشترط لديهم؛ لأنهم لم يشترطوا تعيين المرسل إليه كما سيتبين في الفقرة التالية والله أعلم.

(3) ينظر: الإمام الشافعي، الأم (525/7)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (234/16)؛ ابن قدامة، المغني (79/14)؛ إبراهيم بن محمد ابن مفلح، برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط 1418 هـ / 1997 م (219/8).

ثالثًا: الكتابة إلى مجهول

كتابة العنوان من ناحية التعميم والتخصيص لا يخرج عن صور أربع⁽¹⁾:

الأولى- أن يكتب التخصيص فقط بأن يقول: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا، إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا.

والثانية- أن يبدأ بالتخصيص ثم يعمم فيقول: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا، إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه كتابي من قضاة المسلمين.

والثالثة- أن يعمم الكتاب فقط بأن يقول: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا، إلى كل من يصل إليه كتابي من قضاة المسلمين.

والصورة الرابعة- أن يكتب التعميم أولاً ثم يخص فيقول: من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه كتابي من قضاة المسلمين، وإلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا.

لاخلاف بين أئمة الحنفية في قبول الصورتين الأولى والثانية، فقالوا إن وصل الكتاب إلى القاضي المخصص له الكتاب قبله، وعمل به، وإن وصل لسواه في الصورة الثانية فيقبله أيضًا، وأما في الصورتين الثالثة والرابعة فقد اختلف القاضي أبو يوسف مع الإمام أبي حنيفة في قبول الكتاب فيهما.

ذهب القاضي أبو يوسف إلى قبول الكتاب إن كتب إلى مجهول بأن عمم الكاتب جهة المرسل إليه، فيقبله أي قاض وصله الكتاب، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم قبول الكتاب في حال تعميم جهة المرسل إليه سواء خصص بعده أو لا.

ونقل الشراح عن محمد أنه مع أبي حنيفة، بينما وافق قول زفر قول أبي يوسف.⁽²⁾

وعند استقراء أقوال محققي المذهب في الراجح من القولين، نجد أنهم ذهبوا إلى ترجيح قول أبي يوسف، حيث اختاره السرخسي⁽³⁾ كما نقل عنه في الملتقى وأبو بكر الرازي كما نقل عنه في الاختيار، ونقل الفتاوى الهندية عن الخلاصة أن عليه العمل وكذا قال ابن عابدين في حاشيته: "هو الأوجه، وعليه العمل"⁽⁴⁾، واختيارهم له لما عُرف عن

(1) ينظر: علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام (584/4).

(2) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (288/3)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (5/7)؛ شبيخي زادة، مجمع الأثر (361/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (139/8)؛ إبراهيم بن أبي اليمن محمد، لسان الحكماء في معرفة الأحكام، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر ط2 1396هـ/1973م (223).

(3) بشكل عام اختار السرخسي قول أبي يوسف في مسائل كتاب القاضي ولهذا نجد أنه لم يبين رأيه في كل مسألة، وإنما نجد كتب الشراح تنقل عنه اختياره لقوله.

(4) ينظر: الموصلي، الاختيار (355/2)؛ منلا خسرو، درر الحكماء شرح الغرر (418/8)؛ إبراهيم بن محمد الحلبي، ملتقى الأبحر متن مجمع الأثر (231/3)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (361/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (140/8).

أبي يوسف من خبرة في القضاء إذ ابتلي به طويلاً ورأى أحوال الناس فاستحسن كثيراً من المسائل تيسيراً على الناس، وهذا ما عبروا عنه بقولهم "وليس الخبر كالعيان".

مذهب أبي يوسف استند إلى أدلة عدة⁽¹⁾

1- الاستحسان، ووجهه أن القاضي يحتاج إلى الكتابة إلى الآفاق، ولا يمكنه معرفة اسم جميع القضاة ونسبهم، للمشقة وبعد المسافة، فلو شرطنا ذلك لضاق الأمر على المسلمين.

2- قياساً على التعميم بعد التخصيص، أليس لو قال إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فكل من يصل إليه الكتاب من المجهولين يعمل به، وإن لم يكتب اسمه ونسبه، فكذا هنا.

3- ذكر الاسم والنسب إنما هو للإعلام، والقاضي في كل بلد معروف ومشهور، فتقع الغنية في حقه عن ذكر الاسم والنسب، أليس لو دُكر المشهور بما اشتهر به أغنى هذا عن ذكر اسمه، كما لو دُكر أبو حنيفة وابن أبي ليلى بألقابهما فقط دون اسمهما ونسبهما اكتفي به بعد أن صارا مشهورين، فكذا لو ذكر القاضي المشهور باسم بلدته بأن قال قاضي بلد كذا، أغنى عن ذكر اسمه.

4- ونقل في الاختيار عن أبي بكر الرازي دليلاً لقول أبي يوسف بأن الخطاب للقوم المجهولين جائز، بدليل أن النبي ﷺ كتب إلى حكام الآفاق⁽²⁾، ودعاهم إلى الإسلام ولم يعرفهم، وكذلك أمرنا ونحانا وكنا مجهولين عنده، وصح خطابه ولزمنا أمره ونهيه⁽³⁾.

أما مذهب الطرفين فاستند إلى أن إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط لصحة الكتاب بالاتفاق، وتام الإعلام لا يحصل إلا بذكر الاسم والنسب ومحل الولاية، فإن نقص أمر منها فلا يصح الكتاب⁽⁴⁾، كما لو عمم ابتداءً، وهذا بخلاف ماله عمم بعد التخصيص؛ لأنه لما عُرف الأول بتعيينه صحت كتابة القاضي إليه، فيجعل المضموم إليه تبعاً له فيقبل تعميمه، ويجوز أن يصح الشيء تبعاً، وإن كان لا يصح مقصوداً⁽⁵⁾.

قول القاضي أبي يوسف تؤيده المادة السابعة عشر التي تنص على أن "المشقة تجلب التيسير" والمادة الثامنة عشر التي تقول إن "الأمر إذا ضاق اتسع" ووجه التأييد أن معرفة القاضي لأسماء كل قضاة الآفاق أمر عسير وفيه مشقة

(1) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (288/3)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (632/8).

(2) مسلم، كتاب الجهاد، باب 27، حديث 1774، ونصه "عَنْ أَنَسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ إِلَى كِسْرَى وَإِلَى قَيْصَرَ وَإِلَى النَّجَاشِيِّ وَإِلَى كُلِّ جَبَّارٍ يَدْعُوهُمْ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، وَلَيْسَ بِالنَّجَاشِيِّ الَّذِي صَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ".

(3) ينظر: الموصلي، الاختيار (355/2).

(4) ذكر الكمال بن الهمام أنه لو اكتفى بالتخصيص بذكر الاسم والنسب فقط فلا يجوز، لاحتمال حصول التشابه، ولو اكتفى بالذكر بالتخصيص بالإضافة إلى محل القضاء بأن قال إلى قاضي بلد كذا، فهنا يجوز؛ لأن الغالب أن القاضي واحد فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية، * ينظر: الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (387/6)؛ وسياقي مزيد تفصيل في المقصد التالي.

(5) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (288/3)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (632/8)؛ الموصلي، الاختيار (355/2)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (8/7)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (139-140).

كبيرة وهذا يجلب التيسير والتوسعة وبذلك يُقبل أي كتاب يُوجهه القاضي بالوصف أي يكتب إلى قاضي بلدة كذا أو التعميم فيكتب إلى من يصله كتابي من قضاة المسلمين.

وتؤيد قول الإمام أبي حنيفة المادة السابعة والأربعون التي تنص على أن " **التابع تابع** " والمادة خمسون التي تنص على أنه " **إذا سقط الأصل سقط الفرع** " ووجه التأييد أن الأصل هو توجيه الكتاب إلى قاضي معروف باسمه ووصفه والتعميم الذي يليه إنما هو تابع للأصل، فإذا قُبِلَ الأصل قُبِلَ الفرع وعدم وجود الأصل أو بطلانه يمنع من قبول ما بعده سواء كان معمماً أو مخصصاً.

وعند النظر في القولين نجد أن القاضي أبو يوسف رحمه الله توسع في هذه المسألة ومدار أدلته التيسير على الناس، ودفع المشقة عنهم، وأما الطرفين فقد أخذوا بالاحتياط هنا وشددوا في توثيق وتعيين المرسل إليه، ومدار أدلتهم أن التعميم جهالة تمنع معرفة المرسل إليه، ومعرفته شرط بالاتفاق، وفرقوا هنا بين الابتداء بالتعميم والتعميم بعد التخصيص، فرفضوه أن يكون مقصوداً، وقبوله إن كان تبعاً، ويصح في التبع مالا يصح في المقصود، ويناقش هذا القول بما قاله ابن عابدين في حاشيته "بأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فبالعموم يُعلم كما يُعلم بالخصوص، وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل، فصار قصديته وتبعيته سواء" (1).

وفي هذا الزمن وقد كثر القضاة، حتى أصبح في البلد الواحد قضاة عدة، وأصبح من العسير حفظ أسماء وأنساب القضاة، ويعتمد القضاة محاضر وسجلات رسمية ويتعاونون فيما بينهم بمعرفة موقع القاضي دون الاهتمام باسمه ونسبه، بل الاهتمام بوصفه، يتبين أن الفتوى على قول أبي يوسف أولى، فيصح للقاضي أن يعم كتابه لقضاة المسلمين، أو يكتفي بكتابة الصف فيكتب لقاضي بلدة أو مدينة كذا، وهو أولى من تخصيصه بواحد منهم؛ حفاظاً على حقوق الناس، والله أعلم.

وأما الجمهور فقد وافق قولهم قول أبي يوسف، فقالوا بعدم اشتراط تعيين المكتوب إليه، وإن كتب إلى مجهول ابتداءً يُقبل الكتاب، ولا خلاف عندهم في ذلك، واشتراطوا فقط أن يثبت لدى القاضي الذي وصل إليه الكتاب أن هذا كتاب القاضي فلان، فإن ثبت عنده ذلك وجب عليه العمل به؛ لأنه كتاب حاكم من ولايته، وصل إلى حاكم فلزمه قبوله كما لو عينه (2).

وأضاف الشافعية أنه لو أرسل الكاتب الكتاب إلى قاضي معين فوصل لغيره، له العمل به إن ثبت لديه أنه كتاب القاضي فلان، وإن لم يكتب وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، اعتماداً على الشهادة عليه (3).

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (8/139-140).

(2) ينظر: ابن رشد، البيان والتحصيل (9/242)؛ القرافي، الذخيرة (10/106)؛ الإمام الشافعي، الأم (7/525)؛ النووي، روضة الطالبين (8/164)؛ ابن قدامة، المغني (14/78)؛ المرداوي، الإنصاف (11/301)؛ البهوتي، الروض المربع (468).

(3) ينظر: النووي، روضة الطالبين (8/164).

الكتابة إلى قاضيين اثنين

مما يتعلق بهذه المسألة ما لو طلب المدعي من القاضي أن يكتب له إلى قاضيين مختلفين كأن يكتب له في العنوان إلى قاضي دمشق وقاضي حلب، فإن وجد خصمه في دمشق أخذ حقه وإلا رحل إلى قاضي حلب، فهل للقاضي إجابته والكتابة له كما يطلب، أم لا يجيبه ويكتب للقاضي واحد فقط؟

يجيبه القاضي في هذا الطلب على قول أبي يوسف رحمه الله لأنه توسع في هذا الباب، حتى جاز الكتابة إلى كل من يصل إليه الكتاب من قضاة المسلمين للحاجة، والجهالة فيه أعظم، فإن كان يجوز هناك فجوازه هنا أولى، وأما على قولهما فلا يجوز لأنه في هذه الكتابة القاضي مجهول غير معين والجهالة تمنع صحة الكتاب⁽¹⁾.

(1) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (662/8)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (369/3).

2.3.4 المطلب الرابع: تعريف الأركان في الكتاب

يجب على القاضي ذكر أركان الكتاب في كتابه، وتقسم الأركان إلى أشخاص، وهم القاضيان، والخصمان والمدعيان، وأشياء، وهو الحق المدعى، وعندما يذكرها القاضي يجب عليه تعريفها بما يميزها عن سواها. في هذا المقصد بيان كيفية تعريف الأشخاص أولاً، ثم بيان كيفية تعريف الأشياء ثانياً، وأين حصل الخلاف فيهما بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة وذلك وفق الآتي:

أولاً: تعريف الأشخاص

تبين من المقصد التمهيدي أركان كتاب القاضي، ومن هذه الأركان جهات الإرسال-القاضيان-، والخصمان، والشهود⁽¹⁾، وهؤلاء يمكن اختصارهم باسم أشخاص، ويجب على القاضي ذكرهم في كتابه بما يميزهم عن غيرهم من الأناس الآخرين، وتعريف هؤلاء الأركان يكون بحالات عدة:

الأولى- أن يُعرّف القاضي كل واحد منهم بذكر اسمه واسم أبيه وجده، أو ذكر بدل الجد الفخذ أو القبيلة⁽²⁾، فيقول مثلاً عن كل واحد منهم "فلان بن فلان بن فلان، أو فلان بن فلان التميمي"، ولا خلاف في أن هذا التعريف صحيح ويتميز به الأشخاص عن سواهم.

الثانية- أن يُعرّفهم بذكر أسمائهم وينسبهم إلى الفخذ أو القبيلة فقط فيقول: (فلان التميمي)، أو يذكر الكنية فقط فيقول عن كل واحد منهم: (أبو فلان، وابن فلان)، وكذا لو نسبته إلى المدينة فقط فقال: (فلان الدمشقي أو الحلبي)، ولا خلاف هنا في عدم الاكتفاء بهذا التعريف، إلا إن كان المذكور مشهوراً فذكره بما اشتهر به يكفي وإن لم يذكر النسب إلى الأب أو الجد، كتعريف الصحابة بذكر أسمائهم وآبائهم فقط، كعلي بن أبي طالب عليه السلام، أو عمر بن الخطاب عليه السلام، أو عرّف المشهورين بالكنية فقط، كأبي حنيفة وابن أبي ليلى⁽³⁾.

الثالثة- أن يُعرّفهم بذكر أسمائهم وأسماء آبائهم فقط، فيقول: (فلان بن فلان)، وفي الاكتفاء بذكر الاسم واسم الأب فقط خلاف بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة.

(1) سبق بيان الخلاف في مسألة إضافة الشهود وعدمهم من الأركان، ينظر: ص 130-131

(2) فخذ الرجل نفره من حيه الذين هم أقرب عشيرته إليه، وهو من أقسام تعريف الإنسان في نسبه إلى آباءه، ويقسم هذا النسب حسب الترتيب من الأقرب للأبعد: النسب إلى الأب، ثم الجد، ثم الفخذ، ثم البطن، ثم العمارة، ثم الفصيلة، ثم القبيلة، ثم الشعب، وللتوضيح أذكر نسب النبي صلى الله عليه وسلم حسب هذا الترتيب فهو ابن عبد الله، ابن عبد المطلب، فخذ هاشم، بطن قصي، عمارة قريش، من فصيلة العباس، من قبيلة كنانة، من شعب مضر. * ينظر: الرازي، مختار الصحاح (مادة فخذ، ومادة شعب)؛ ابن منظور، لسان العرب (مادة فخذ).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (85/16)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (134/8)؛ الموصلي، الاختيار (355/3)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (385/6).

ذهب القاضي أبو يوسف⁽¹⁾ إلى الاكتفاء بذكر الاسم واسم الأب لتعريف كل شخص إلا إذا كان في الفخذ مثله في النسب، فلا يكفي ولا بد له من ذكر اسم جده، أو صناعة أو حرفة يُعرف بهما.

وذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم الاكتفاء في التعريف بذكر الاسم واسم الأب، ولا بد له من ذكر اسم الجد أو الفخذ والقبيلة⁽²⁾.

وذكرت الفتاوى الهندية أن قول محمد مضطرب فأوردت أن بعض المشايخ قال هو مع أبي يوسف وقال آخرون أنه مع الإمام أبي حنيفة⁽³⁾.

وعند استقراء أقوال محققي المذهب في القول المعتمد للفتوى، يتبين أن شمس الأئمة اعتمد قول أبي يوسف كدأبه في مسائل كتاب القاضي تسهياً على الناس كما نقل عنه في البحر، ولكن ذكرت الفتاوى الهندية أن الصحيح قول الإمام وعليه الفتوى⁽⁴⁾.

استدل الحنفية لجواز استبدال النسب إلى الجد بالنسب إلى الفخذ أو القبيلة؛ بأنه قلَّ ما يتفق رجلان في قبيلة واحدة باسمهما واسم أبيهما ويُقام ذكر القبيلة مقام الجد الأعلى.

وأما قولهم بأنه لو اكتفى بالاسم ونسبه إلى الفخذ أو القبيلة أو نسبه إلى البلدة فقط، لا يكون تعريفاً؛ فدلّله أن الاكتفاء بالنسب إلى الفخذ والقبيلة أو البلدة لا يحصل به التمييز؛ إذ أنه اسم قد يجمع بين أناس كثر، وقد يصلون للألوف؛ فلا يحصل به التعريف غالباً⁽⁵⁾.

وأما عدم الاكتفاء بذكر الكنية فقط؛ فلأنه لا يُعرف بها أيضاً؛ لأن الناس يشتركون في الكنى، فلا يعرف المكتوب إليه من هو المقصود بها، إلا إن كان صاحبها مشهوراً بها، فيكتفى بها لحصول معرفته بها.

استدل القاضي أبو يوسف لمذهبه، بأنه حصل الإجماع على أن التعريف يحصل بأشياء ثلاثة؛ هي الاسم والنسب إلى الأب والجد، وقد وُجِدَ هنا المثنى وهو الاسم والنسب إلى الأب، والمثنى أكثر الثلاثة، وللاكثر حكم الكل في كثير من الأحكام، فكذا هنا.

(1) ذكر ابن مازة أن: رواية ابن سماعة عن أبي يوسف أنه اشترط النسب إلى الجد، ورواية ظاهر الرواية عدم اشتراط ذكره، وتقدم رواية ظاهر الرواية فهي مقدمة على النواذر لذا اعتمدتها في المتن وأردت التنبيه على رواية ابن سماعة هنا. ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (133/8).

(2) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (283/3 و285)؛ السرخسي، المبسوط (85/16)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (8/7)؛ الموصلي، الاختيار (355/3)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (385/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (4/7).

(3) ينظر: الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (360/3).

(4) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (4/7)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (361/3).

(5) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (283/3 و285)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (8/7)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (385/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (4/7).

أما الإمام أبو حنيفة فدلّله، أن مقصد التعريف التمييز والإعلام، وهذا لا يحصل بمجرد الاسم والنسب إلى الأب؛ لأنه قد يتشابه رجال كُثُر بهذا الاسم، بخلاف ما لو ذكر اسم الجد فإنه قلّ ما يتفق رجلان في الاسم والنسب إلى الأب والجد فيحصل الإعلام هنا.

وأما ذكر الصناعة والحرفة فليس بشيء؛ لأن الإنسان قد يتحول من صناعة إلى أخرى⁽¹⁾. والناظر في كلا القولين وأدلتهم يتبين له أن مدار الخلاف فيهما هل يميز الإنسان بمعرفة اسمه واسم أبيه فقط أم لا بد من النسب لاسم ثانٍ مع الأب كالجدة أو الفخذ أو القبيلة؟ فالقاضي أبو يوسف قال: يكفي؛ لما عاينه من القضاء، وأما الإمام فقال: لا يكفي وتشدد في التمييز والتعريف، لمعرفة الأشخاص.

وفي هذا الزمن اعتمد القانون رقمًا وضعه في بطاقة تعريف كل إنسان أسماء الرقم الوطني، وهو رقم لا يتفق فيه اثنان، فيمكن معرفة الشخص به، ولذا يكفي ذكر الاسم والكنية مع هذا الرقم فقط؛ لأن القصد من التعريف التمييز والإعلام، ويحصل في وقتنا الراهن بالرقم الوطني فهو المعتمد، ولا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان؛ وبالتالي لا حاجة لاشتراط ذكر اسم الأب والجد أو الصناعة. والله أعلم.

لم يختلف قول الجمهور عن قول الحنفية في اشتراط تعريف الأركان، من حيث الجملة، واتفقوا مع صاحبين في عدم اشتراط ذكر اسم الجد، فقالوا: يشترط في الحكم في الكتاب أن يكون مشتملاً على أمور تميز المحكوم عليه كاسمه، واسم أبيه، واسم جده، وحليته ومسكنه وصناعته وغير ذلك، وقالوا لو اشتهر باسمه أو كنيته فقط جاز الاكتفاء به⁽²⁾.

فالمهم عند الجمهور تمييز المدعى عليه، وإن حصل بأي طريقة جاز، بل زاد الشافعية أنه لو أقر المحكوم عليه أنه المقصود في الكتاب، ودون تعريفه به يحكم المكتوب إليه بالكتاب وينفذه عليه⁽³⁾.

ثانياً: تعريف الحق المدعى

من أركان الكتاب كما تبين سابقاً الحق المدعى، وهو الحق الذي يطالب به المدعي المدعى عليه، وهذا الحق إما أن يكون مالاً أو عيناً، والعين تشمل العقار والمنقول، وهذا الحق يجب أن يكون معرّفاً في الكتاب، وتعريف المال يكون بتعيين المقدار والجنس كأن يقول مئة ألف ليرة تركية، وتعريف المنقول يكون ببيان أوصافه التامة ويمكن إحضاره لدى القاضي ليُعرّفه ويصفه في كتابه، ولكن العقار لا يمكن إحضاره للقاضي لاختلاف البلد، ولا يمكن نقله فكيف يُعرّفه القاضي في كتابه؟

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (85/16)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (630/8)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (361/3).

(2) ينظر: محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله، شرح خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت د. ط / د. ت (136/7)؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (53/6)؛ الإمام الشافعي، الأم (526/7)؛ النووي، روضة الطالبين (162/8)؛ ابن قدامة، المغني (78/14)؛ المرداوي، الإنصاف (307/11).

(3) ينظر: النووي، روضة الطالبين (162/8).

لكل عقار حدود أربعة يُعرّف بها، ويمكن للقاضي تعريفه بذكر حدوده، فإن ذكر حدوده الأربعة حصل التعريف به بالاتفاق، أما لو عرفه بذكر ثلاثة حدود أو أقل فهل يكفي لتعريفه؟، أو كان العقار يُعرف بالنسبة لاسم مشهور، فهل يكفي تعريفه بها أم لا بد من الحدود؟

اختلف أئمة المذهب في الإجابة

قال القاضي أبو يوسف في رواية عنه: إن ذكر أحد حدي الطول وأحد حدي العرض كفى، وإن ذكر حدين متقابلين لا يجوز، وأما إن عرّفها بالنسبة لاسم مشهور ودون ذكر الحدود فيجوز، ويحصل التعريف بذلك. وقال الإمام أبو حنيفة: لا بد من ذكر ثلاثة حدود، وأما لو عرفه بالنسبة لاسم مشهور فلا يجوز ولا بد من ذكر الحدود.

ووافق محمد الإمام أبا حنيفة بعدد الحدود الواجب ذكرها، إن عرفه بالحدود، أما لو عرفه بالنسبة لاسم مشهور فقال بجواز ذلك موافقاً لأبي يوسف هنا.

وعند زفر لا بد من الحدود الأربعة، ووافق الإمام بعدم جواز التعريف بالنسبة لاسم مشهور⁽¹⁾.

ونقل الكاساني أن الخلاف بين أبي يوسف وأبي حنيفة ليس في عدد الحدود، وإنما في النسبة إلى مشهور فقط⁽²⁾. والفتوى في المذهب على قول الإمام أبي حنيفة، كما أفاد قول السرخسي بعد أن ذكر الرواية عن أبي يوسف حيث قال: "وهذا ليس بصحيح؛ لأن بذكر الحدين لا يصير مقدار المشهود به معلوماً"⁽³⁾ أي أنه رفض الاكتفاء بذكر حدين فقط؛ لأنه لا يصير المشهود به معلوماً، ولا بد من ذكر ثلاثة حدود فأكثر لمعرفة العقار. استدل أئمة الحنفية على وجوب ذكر الحدود⁽⁴⁾ بأن عدم ذكرها يُقيي المشهود به مجهولاً، ولا تُقبل الشهادة على مجهول، وتعريف مالا يُحضر يكون بذكر حدوده، والكتاب يثبت حقاً للمدعي، ولا يمكن قبوله على شيء مجهول. وأبو يوسف استدل لمذهبه؛ بأن ذكر حدين أحدهما طويلاً والآخر عرضاً، يصير به العقار معلوماً ويمكن معرفته وتحديدته.

ودليل الطرفين في الاكتفاء بثلاثة حدود الاستحسان، ووجهه أنه ذكر أكثر الحدود، ويُقَامُ الأكثر مقام الكل في أصل الشرع ثم مقدار الطول بذكر الحدين صار معلوماً، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين بعد إعلام الطول يصير معلوماً أيضاً، وبالتالي عُرف العقار المدعى.

ودليل الإمام لعدم جواز الاكتفاء بذكر الشهرة أنه بالشهرة يصبح أصل العرصة معلوماً، أما مقدارها فلا يصير معلوماً، والدار مما يُزاد فيها أو يُنقص عنها، وبذكر الاسم فقط لا يحصل التعيين، وإذا لم يصير المقدار معلوماً تبقى

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (87/16-88)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (8/7)؛ برهان الدين البخاري، الخيط البرهاني (635/8).

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (8/7).

(3) السرخسي، المبسوط (87/16).

(4) ينظر: السرخسي، المبسوط (87/16)؛ برهان الدين البخاري، الخيط البرهاني (635/8).

الجهالة' فلا بد من ذكر الحدود، وأما الآدمي فلا يُزاد به ولا يُنقص عنه، فيصير بجملة معلوما بذكر الاسم إذا كان مشهوراً بذلك الاسم فلا حاجة إلى شرط آخر.

وأما دليل زفر فهو الاحتياط؛ إذ بذكر الحدود الثلاثة تبقى بعض الجهالة، وبالتالي لا يستطيع الحكم مع الشك، وهذا مثل مالو شهدوا بالحدود الأربعة وغلطوا في أحدها فلا يُقبل تعريفهم ولا يُكتفى بذكر الحدود الثلاثة. واستدل صاحبان للاكتفاء بتعريف العقار بالنسبة لاسم مشهور⁽¹⁾؛ بأن التعريف بالشهرة كالتعريف بذكر الحدود أو أبلغ، وذكر الحدود في العقار كذكر الاسم والنسب في الآدمي، ثم هناك الشهرة تغني عن ذكر الاسم والنسب فهذا مثله.

وأجيب عن دليل زفر، بأن الاكتفاء بذكر الحدود الثلاثة فقط، يخالف ما إذا غلطوا في ذكر أحد الحدود؛ لأن المشهود به بما ذكروا صار شيئاً آخر والفرق ظاهر بين المسكوت عنه، وما إذا خالفوا في ذكره كما إذا ادعى شراء شيء بثمان منقود فإن الشهادة على ذلك تقبل، وإن سكت الشهود عن ذكر جنس الثمن، ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل الشهادة فهذا مثله.

والخلاصة أن ذكر حدود العقار القصد منه بيان مكانه وصفاته ليصير معلوماً ويقضى به، وفي هذا الزمن اعتمد في تحديد العقار على الأرقام؛ إذ لكل عقار رقم يُعرف به ويُبين حدوده في السجل العقاري، وبالتالي يُكتفى بذكر هذا الرقم في الكتاب؛ لأنه يحصل به التعريف، ولا حاجة لاشتراط شيء آخر، والله أعلم.

وأما قول الأئمة الثلاثة فقد وافق المالكية والحنابلة⁽²⁾ أبا يوسف في اشتراط بيان صفات المحكوم به فقال المالكية: إن جاء الكتاب بدار في موضع كذا معروف، وليس فيه حدود لم ينفذ إلا أن تشهد البينة بالموضع بحدودها، وكذلك لو حدد بحددين أو ثلاثة ولم ينسبها إلى اسم مشهور جاز، وقال الحنابلة باشتراط بيان صفات المحكوم به، ولم يفصلوا في حدود العقار.⁽³⁾

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (88/16)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (635/8).

(2) لم يتطرق الشافعية لهذه المسألة، ومن خلال أحكام كتاب القاضي لديهم يمكن القول أنه لا يشترط بيان صفة المحكوم عليه في الكتاب إن عينه شهود الكتاب في شهادتهم، وإن أغفلوه وجب على القاضي تعيينه ليعلم المكتوب إليه بما يحكم به، والله أعلم.

(3) ينظر: القرافي، الذخيرة (102/10)؛ ابن قدامة، المغني (78/14)؛ المرداوي، الإنصاف (307/11).

2.3.5 المطالب الخامس: المسافة بين القاضيين

أولاً: عرض المسألة وتحريم محل الخلاف

عندما يحضر المدعي إلى القاضي، ويقدم عنده الدعوى مع البيئة عليها، ويثبت لدى القاضي حقه، ثم يطلب المدعي منه كتابة كتاب فيما جرى في مجلس القضاء ليذهب به إلى قاضي آخر يقيم المدعي عليه في ولايته؛ لِيُمكنه من حقه، فالقاضي يجيبه إلى ذلك ويكتب له إن كان بين مكان ولايته، ومكان ولاية المكتوب إليه مسافة قصر الصلاة - أي مسيرة ثلاثة أيام (81 كم) - ولا خلاف في هذا الأمر، أما لو كان بينه وبين المكتوب إليه أقل من مسيرة السفر، فهل يجيبه ويكتب له؟

اختلف أئمة المذهب في هذه المسألة.

ثانياً: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف إلى أنه يجيبه ويكتب له إن كان بين القاضيين مسافة، بحيث لو غدا حامل الكتاب لباب القاضي لا يستطيع أن يعود لبيته في اليوم ذاته.

وقال الإمام أبو حنيفة كما في ظاهر الرواية لا يجيبه ولا بد من مسيرة قصر الصلاة⁽¹⁾.

وفي نوادر هشام كما نقل ابن عابدين عن محمد أنه يجوز ولو كانا في مصر واحد، فلا تشتط فيه المسافة في الأصل⁽²⁾.

وفي تفصيل أقوالهم بالأرقام، اشترط الإمام أبو حنيفة مسيرة السفر، وهي ثلاثة أيام ليلاليها، وقدرها بالإجماع واحد وثمانون كيلو متر، ونص أبو يوسف أنه لو غدا حامل الكتاب إلى القاضي ما استطاع أن يبيت في بيته، فتكون المسافة عنده يوم واحد؛ إذ الغدو يكون نهاراً، والمبيت ليلاً أي لا يستطيع العودة في اليوم ذاته، وبالمقارنة بين قوليهما نجد أن قول أبي يوسف يعادل سدس قول أبي حنيفة، ثلاثة أيام مع ليلاليها تساوي اثنان وسبعون ساعة، ويوم واحد يساوي اثنا عشر ساعة، وعليه السافة عند الإمام واحد وثمانون كيلو متر مقسومة على ستة فالنتيجة هي المسافة عند أبي يوسف وتساوي ثلاث عشرة كيلو متر ونصف. والله أعلم.

عند استقراء أقوال شراح المذهب نجد أنهم اتفقوا أن قول الإمام أحسن لموافقته الشرع باعتبار حصول العجز في مدة السفر، وقول أبي يوسف أرفق بالناس وأحسن لهم، كما نجد أنهم رجحوا قول أبي يوسف ونصوا أن الفتوى عليه⁽³⁾.

(1) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (5/7)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار والحاشية (139/8)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (7/7)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (397/6)؛ الزيلعي، تبين الحقائق (186/4)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (229/3)؛ أبو بكر اليميني، الجوهرة النيرة (345/2).

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (139/8)؛ وينظر: أبو بكر اليميني، الجوهرة النيرة (345/2).

(3) ينظر: الباري، العناية شرح الهداية على هامش فتح القدير (528/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (5/7)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (229/3)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (139/8)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (363/3).

ثالثاً: الأدلة

استدل القاضي أبو يوسف بالاستحسان دفعا للحرج وتيسيراً على الناس، وذلك لأن الكتاب شرع للحاجة، والحاجة تتجلى بهذه المسافة، ولو قلنا بوجود مسافة أكبر لأصبحت هناك مشقة كبيرة وضاعت حقوق الناس.⁽¹⁾ ودليل الإمام أبي حنيفة، أن قبول الكتاب جاز على خلاف القياس للضرورة؛ إذ يمكن أن لا يستطيع المدعي الجمع بين الشهود والخصم لبعد المسافة فيحتاج للكتاب ولا يتأتى هذا المعنى في أقل من مسيرة السفر؛ لأن الشرع اعتبر الحاجة بمسيرة السفر بدليل أنه أناط عليها أحكاماً كثيرة كقصر الصلاة، وجواز الفطر في رمضان، وبالتالي هي المسافة المعتبرة في الحاجة⁽²⁾.

ويُستدل لمحمد بأن نقل الكتاب أو الشهادة توكيل من الأصل للفرع، والتوكيل يجوز ولو كانا في بلد واحد⁽³⁾. وهناك دليل مشترك للأئمة الثلاثة، وهو القياس على الشهادة على الشهادة، بجامع أن الكتاب قد تكون الغاية منه نقل الشهادة، فكان هو والشهادة على الشهادة سواء، ولما كانوا اختلفوا في المسافة للشهادة على الشهادة، اختلف وجه استدلالهم هنا فمن أجاز الشهادة على الشهادة ولو بمكان واحد، أجاز الكتاب كذلك بلا مسافة، ومن قال باشتراط مسيرة الأيام الثلاثة قال بما هنا، وكذا من اشترط ألا يستطيع الذهاب للشهادة والعودة في اليوم ذاته اشترط ذلك هنا أيضاً⁽⁴⁾.

رابعاً: المناقشة والترحيح

الناظر في الأقوال الثلاثة يتبين له أن الشيخين أبي يوسف وأبي حنيفة اعتمدا في الفتوى في هذه المسألة على اعتبار الحاجة، وإنما كان اختلافهم في المسافة التي تُعتبر فيها الحاجة لجواز الكتاب، فتقيد الإمام باعتبار الشرع للحاجة، وقيد بمسيرة السفر، بينما القاضي أبو يوسف أخذ بالتخفيف على الناس، واعتبر أن نقل الكتاب خدمة إنسانية فلا تكلف الناقل أكثر مما يستطيع، وقدر استطاعته بأن يغدو على باب القاضي ويسلمه الكتاب، ويبقى في داره في اليوم ذاته.

أما محمد فلم يعتبر الكتاب ونقل الشهادة من باب الحاجة، وإنما اعتبره من باب الوكالة، والوكالة تجوز ولا تقيد بمسافة أو مكان، ولذا جاز عنده نقل الشهادة والكتابة وإن كان في بلد واحد.

وبالنظر في مواد مجلة الأحكام العدلية نجد أن دليل الشيخين توافقه المادة الثانية والعشرون التي تنص على أنه "ما أبيع للضرورة يُتَقَدَّرُ بقدرها" ووجه التأييد أن كتاب القاضي إنما كان لضرورة بُعد المدعى عليه والبعد يُقَدَّرُ بقدره،

(1) ينظر: محمد بن عبد الحليم الأنصاري، النافع الكبير شرح الجامع الصغير (392)؛ الباري، العناية شرح الهداية على هامش شرح فتح القدير (528/6).

(2) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (7/7)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (139/8).

(3) ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق (086/4).

(4) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (7/7)؛ برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (139/8)؛ الزيلعي، تبين الحقائق (186/4)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (5/7)؛ الشيخ نظام، الفتاوى الهندية (363/3)؛ الحصكفي، الدر المختار (139/8).

بينما قول الإمام محمد فتوافقه المادة الواحدة والثلاثون التي تنص على أن "الضرر يُدفع بقدر الإمكان" وبعدم حضور المدعى عليه وإمكانية أخذ الحق المدعى منه ضرر على المدعي فيدفع بقدر الإمكان سواء كان بعيداً جداً أو غير بعيد.

وبإسقاط الحكم على وقتنا الراهن يتبين أن كتاب القاضي من الاحتياجات التي لا يستغنى عنها، وخاصة أن القضاة في زماننا مختصين في مجالات محددة، أو في مناطق محددة، وفي إسقاط أقوال الأئمة الثلاثة على الوقت الراهن نجد أن الحاجة للكتاب إنما تكون في المسافة الطويلة وهي مسافة قصر الصلاة، أما المسافة التي اشتراطها القاضي أبو يوسف أو عدم اشتراط المسافة إطلاقاً فهذا لا حاجة لكتاب القاضي وإنما يمكن للمدعي الادعاء عند قاضي المحلة التي يتواجد فيها المدعى عليه، أو يمكن للقاضي في أي مكان ضمن المدينة إرسال عناصر الشرطة لتأت بالمدعى عليه من أي مكان، وبالتالي يرجح قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله؛ ففيه مراعاة النظر لحاجة الناس وموافقة مقاصد الشريعة في التخفيف ورفع الحرج عنهم، للضرورة والضرورة تقدر بقدرها، والله أعلم.

خامساً: فائدة، رأي الجمهور

فرق الجمهور بين الكتاب الذي يحوي حكم القاضي، والكتاب الذي يحوي ما ثبت لديه فقط دون حكمه، فقالوا لا تشترط المسافة للأول - ولو كان القاضيان في بلد واحد وأرسل أحدهما حكمه للآخر فيجب عليه العمل به؛ لأن حكم القاضي يجب إمضاؤه في كل حال، ثم إن القضية فيه منتهية، ولم يبق فيها إلا التنفيذ فلا فرق بين القريب والبعيد - وتشترط للثاني، فتجب مسافة القصر بين القاضيين ليعمل أحدهما بكتاب الآخر في نقل ما ثبت لديه؛ لأنه نقل شهادة إلى المكتوب إليه فلم يجز مع القرب كالشهادة على الشهادة.⁽¹⁾

سادساً: أمثلة لتطبيقات الخلاف

من التطبيقات التي يتجلى بها الخلاف بين أئمة المذهب الحنفي في هذه المسألة:

- 1- لو طلب المدعي من القاضي أن يكتب له كتاباً إلى قاضي آخر موجود في ذات المدينة، فإنه لا يجيبه عند الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يجيبه.
- 2- لو طلب المدعي من القاضي أن يكتب له لقاضٍ آخر بينهما مسافة تقدر بمسير يوم واحد فله إجابته عند الصاحبين أبي يوسف ومحمد ولا يجيبه عند الإمام أبي حنيفة.

(1) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (55/6)؛ الإمام الشافعي، الأم (526/7)؛ ابن قدامة، المغني (75/14)؛ البهوتي، الروض المربع (468)؛ ابن هبيرة الشيباني، اختلاف الأئمة العلماء (403/2).

2.3.6 المطلب السادس: تغير حال القاضيين

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

عندما يطلب المدعي من القاضي أن يكتب له كتاباً؛ ليثبت فيه حقه عند قاضي آخر يستطيع إيصال حقه إليه، فيكتب له الكتاب كما طلب، ثم يصل هذا الكتاب للمكتوب إليه، وتقام عنده البينة عليه أن هذا كتاب فلان القاضي، عليه العمل به، وإنفاذ ما فيه.

والأصل أن يصل الكتاب للمكتوب إليه وينفذه، وكلا القاضيين -الكاتب والمكتوب إليه- على ولايتهما، فيعمل المكتوب إليه بالكتاب بلا خلاف.

ولكن قد يعترض أحد القاضيين طارئاً يُخْرِجُهُ من ولاية القضاء، كموت⁽¹⁾ أو عزل، أو خروج عن أهلية القضاء بأن انتفى منه شرط من شروط أهلية القضاء⁽²⁾، فهنا لا يتعدى خروج أحدهما من القضاء عن إحدى حالتين، فإما أن يخرج من القضاء بعد وصول الكتاب للمكتوب إليه والعمل به، وهنا لا خلاف في قبول الكتاب وصحة العمل به، وإما أن يخرج من القضاء قبل وصول الكتاب للقاضي المكتوب إليه والعمل به⁽³⁾، وفي هذه الحالة حصل الخلاف بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة في قبول الكتاب والعمل به⁽⁴⁾.

ثانياً: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف إلى قبول كتاب القاضي، وإن خرج أحد القاضيين من القضاء، سواء كان القاضي الخارج الكاتب أو المكتوب إليه، وذهب الإمام أبو حنيفة إلى أنه إن خرج القاضي المرسل من القضاء لا يقبل المكتوب إليه الكتاب مطلقاً، وإن خرج المرسل إليه فخليفته ينظر في الكتاب، إن كان الكاتب كتب فيه بعد اسم المرسل إليه،

(1) مما تبغي الإشارة إليه في هذه المسألة، أنه لو ماتا لخصم؛ سواء كان المدعي أو المدعى عليه؛ فإنه ينفذ الكتاب على وارثه، لقيامه مقامه، سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه. * ينظر: الموصلي، الاختيار (356/2)؛ أبو بكر اليميني، الجوهر النيرة (345/2)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (390/6)؛ شبيخي زادة، مجمع الأنهر (233/3).

(2) شروط أهلية القضاء المتفق عليها، الإسلام، العقل، الحرية، البلوغ، وهناك شروط أخرى مختلف فيها، تُعرف في مظانها * ينظر: الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (23/8)؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام (15/1)؛ نصر فريد محمد واصل، السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام، المكتبة التوفيقية، ط2/ د.ت (124).

(3) ذكرت كتب الحنفية حكم هذه المسألة بعبارة {أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه والقاضيان على قضائهما}، ولكن نقل ابن عابدين في حاشيته عن "الفتح أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله؛ لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب شيئاً" حاشية ابن عابدين (135/8)، لذا اعتمدت قوله وقيدت الحكم هنا بما لو خرج أحد القاضيين من القضاء قبل تنفيذ الكتاب.

(4) يجب التنبيه هنا أنه لو بطل الكتاب، وحكم به المكتوب إليه ثم رُفِعَ إلى آخر فأمضاه، جاز لمصادفته الاجتهاد، وإذا كان الاختلاف في نفس القضاء فإنه ينفذ بالتنفيذ من قاضٍ آخر * ينظر: الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار من الحاشية (135/8).

وإلى كل من يصل إليه كتابي من قضاة المسلمين قبله، وإلا رفضه ولا يعمل به. وقول محمد كقول الإمام أبي حنيفة⁽¹⁾. والفتوى في المذهب على قول أبي يوسف، قال الحصكفي بعد ذكر قوله: "وعليه العمل"⁽²⁾.

ثالثاً: الأدلة

استدل أئمة المذهب لقبول الكتاب إن خرج أحد القاضيين من القضاء بعد وصول الكتاب إلى المكتوب إليه؛ بأن الكتاب كالشهادة على الشهادة، والشاهد الأصل في الشهادة على الشهادة إن مات بعد أداء الفرع الشهادة يجوز العمل بشهادته، بخلاف ما إذا مات قبل أداء الشهادة، فذلك كتاب القاضي إلى القاضي؛ لأن وصول الكتاب إليه وقراءته في معنى أداء الشهادة في مجلسه⁽³⁾.

استدل القاضي أبو يوسف لقبول الكتاب في الحالتين؛ بأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنه بكتابه ينقل شهادة الشاهدين الذين شهدا عنده بالحق إلى القاضي المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة فكان بمنزلة شهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء، وهذا لا يمنع القضاء⁽⁴⁾.

ويستدل له أيضاً بما ذكر عن عمر بن أبي زائدة أو عمير قال: جئنا بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فجنث وقد عزل إياس واستقضي الحسن، فدفعت كتابي إليه فقبله، ولم يسألني بينة عليه، ففتحه، ثم نشره، فرأى لي - وفي رواية فوجد لي - فيها شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسمئة درهم، فقال لرجل يقوم على رأسه: اذهب بهذا إلى زياد، فقل له أرسل إلى فلان بن فلان فخذ منه خمسمئة درهم فادفعها إلى هذا، فذهب بي ففعل⁽⁵⁾. واستدل الإمام ومحمد لرفض الكتاب وعدم العمل به، بأن موت الكاتب يُبطل الشهادة، كما لو مات شاهد الأصل قبل أداء الفرع شهادته، وأيضاً عند عزل الكاتب يكون وصل للمكتوب إليه كتاب واحد من الرعايا، فلا يُقبل كتابه كخطابه؛ لانتفاء الولاية الشرعية، وذلك لا يصلح حجة للقضاء.

ولو مات المكتوب إليه بعد قراءته الكتاب، لا يُنفذه خَلْفُهُ؛ لأنه بمنزلة ما لو شهد الشهود في مجلسه فمات قبل أن ينفذه، وأيضاً كتاب القاضي يقوم مقام خطابه، وخطابه بعد العزل لا يُحكم به لعدم الولاية، وبعد الموت يخرج من أن يكون كتابه بمنزلة خطابه لأن خطابه قد بطل⁽⁶⁾.

(1) ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (8/7)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (389/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (5/7)؛ شَيْخِي زَادَة، مجمع الأثر (233/3)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار معن الحاشية (139/8).

(2) ينظر: الحصكفي، الدر المختار (135/8).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ إبراهيم محمد، لسان الحكام (223).

(4) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (147/8).

(5) ينظر: الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (280/3)؛ أبو بكر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء (200/4).

(6) ينظر: السرخسي، المبسوط (84/16)؛ الموصلي، الاختيار (356/2)؛ أبو بكر اليماني، الجوهرة النيرة (345/2)؛ إبراهيم محمد، لسان الحكام (223).

وقولهم إن خروج المكتوب إليه يُبطلُ الكتاب أيضًا، إن لم يكتب الكاتب بعد اسم المكتوب إليه وإلى كل من يصل إليه كتابي من قضاة المسلمين، أن الكاتب لما خصص المكتوب إليه فقط اعتمد عدالته وأمانته وعلمه، والقضاة متفاوتون في ذلك فصاروا كالأمناء في الأموال، وثمة التعيين صحيح لأنهم غير معصومين عن الخيانة، فكذا هاهنا، وإذا صح التعيين ظهر الثاني غير المكتوب إليه فلا يملك القضاء بالكتاب.

وأما إن كتب المرسل بعد اسم المكتوب إليه، وإلى كل من يصل إليه كتابي من قضاة المسلمين، فهو اعتمد عدالة وأمانة وعلم المرسل إليه وجميع قضاة المسلمين، فكان الكل مكتوبًا إليهم، فيقبله أي قاض وصل الكتاب إليه⁽¹⁾.

رابعًا: المناقشة والترجيح

أجيب عن دليل القاضي أبي يوسف بأن "الكتاب وإن كان به نقل شهادة الشهود الذين شهدوا عن القاضي، إلا أن لهذا النقل حكم القضاء؛ بدليل أنه لا يصح هذا النقل إلا من القاضي، ولا يُشترط فيه العدد ولا لفظ الشهادة، ويجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة، وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء؛ فدل أن لهذا النقل حكم القضاء، إلا أنه لم يتم بعد؛ لأن تمامه بوجود القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء عليه قبل وصول الكتاب إليه وقبل قراءته، فلم يكن النقل تامًا، فيبطل بموت القاضي كما في سائر الأفضية إذا مات القاضي قبل إتمامها، وهذا بخلاف شهود الفرع؛ إذا ماتوا بعد الشهادة قبل القضاء؛ لأن ما يتوقع من جهتهما أداء موجب للقضاء -وهو شهادتهما- وقد تم، أما المتوقع من جهة القاضي الكاتب نقل موجب القضاء -وهو الشهادة التي سمعها في مجلسه- ولم يتم بعد، ولأن مسألة الكتاب من مسألة الشهادة، فإذا قال الشاهد: أشهد. ومات قبل تمام الأداء تبطل الشهادة أيضًا"⁽²⁾.

وأجاب الصدر الشهيد عما ورد عن الحسن البصري بأنه يُؤول أنه يجوز أن الحسن كان عالما بوجود ذلك الحق، ويكون قضى بعلم نفسه لا بالكتاب⁽³⁾.

وتُدفع هذه الإجابة بأن تأويل الصدر الشهيد لا يستند على دليل معتبر، ويتجلى هذا بقوله يجوز، أي قد يكون حكم بعلم نفسه، وقد يكون حكم بالكتاب، وسياق الحديث يدل أنه حكم بالكتاب الذي وصل إليه من قاضي الكوفة. فيرجح الاحتمال الثاني، وبهذا يدفع الاعتراض على هذا الدليل.

قول القاضي أبي يوسف تؤيده المادة الستون من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أن "إعمال الكلام أولى من إهماله" ووجه التأيد أن الأصل في كتاب القاضي إعماله والطوارئ التي تحصل لا تمنع من إعماله فإعمال الكتاب أولى من إهماله سواء تغير الكاتب أو المكتوب إليه.

(1) ينظر: برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (148/8)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (390/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (5/7)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (135/8).

(2) برهان الدين البخاري، المحيط البرهاني (147/8) بتصرف.

(3) الصدر الشهيد، شرح أدب القاضي (281/3).

وتؤيد المادة الخمسون قول الإمام أبي حنيفة فهي تنص على أنه "إذا سقط الأصل سقط الفرع" وإعمال الكتاب إنما هو في حقيقته فرع لإعمال قول القاضي، والقاضي حال عزله لم يعد لقوله وحكمه حجة لأنه فرع عن حكمه فإذا سقط القاضي سقط فرعه — أي كتابه —

وفي هذا الزمن، وقد تعدد القضاة بكثرة، وأصبح لكتاب القاضي طرق توثيق اعتمدها القانون، فإنه لا يؤثر خروج أي من القاضيين من القضاء؛ لأن الكتاب صادر من القاضي بوصفه ممثلًا لجهة رسمية هي الجهاز القضائي، وليس باسمه الشخصي، وما يصدر باسم الجهاز القضائي لا يؤثر فيه خروج شخصية منه، وبالتالي يُقبل، وكذا خروج المكتوب إليه من القضاء لا يؤثر، خاصة وأن الكاتب عندما يكتب في هذا الزمن لا يحدد مكتوبًا إليه بعينه، بل يكتبه لقاضي محكمة معينة، وأي قاض يخلف القاضي الخارج من القضاء ينطبق عليه هذا الوصف. والله أعلم.

خامسًا: رأي الجمهور

ذهب الأئمة الثلاثة مذهب أبي يوسف فقالوا بعدم تأثر الكتاب بعزل أحد القاضيين أو موته سواء الكاتب أو المكتوب إليه، فينبغي على القاضي المكتوب إليه قبول الكتاب عندهم وإن عُزل الكاتب قبل وصول الكتاب إليه، وكذا يجب على من تولى مكان المكتوب إليه حال عزله قبول الكتاب، ولو كان الكتاب ليس مكتوبًا له⁽¹⁾.

قال في المدونة: "قال مالك: وإن عزل القاضي الذي كُتب إليه الكتاب أو مات فولي غيره في موضعه. قال: إن هذا الذي ولي بعده ينبغي له أن ينفذ ما فيه، وإن كان الذي كتبه قد عزل أو مات فإنه ينبغي للقاضي الذي جاءه الكتاب أن ينفذ ذلك، ولا ينظر في عزل الذي كتب به إليه ولا في موته"⁽²⁾.

وقال الإمام الشافعي: "وإذا كتب القاضي إلى القاضي بما ثبت عنده ثم مات القاضي الكاتب أو عزل قبل أن يصل كتابه إلى القاضي المكتوب إليه ثم وصل، قبله ولم يمتنع من قبوله بموته ولا عزله"⁽³⁾.

وقال ابن قدامة: "وإن مات الكاتب أو عزل جاز للمكتوب إليه قبول الكتاب والعمل به"⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الإمام مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، ط 1 1415 هـ/ 1994 م (521/4)؛ ابن رشد، البيان والتحصيل (243/9)؛ الإمام الشافعي، الأم (524/7)؛ النووي، روضة الطالبين (164/8)؛ ابن قدامة، المغني (83/14)؛ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل، دار الهجرة، الجيزة، مصر ط 1 1418 هـ/ 1997 م تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي (130/6).

(2) الإمام مالك، المدونة (521/4).

(3) الإمام الشافعي، الأم (524/7).

(4) ابن قدامة، الكافي (130/6).

واستدل الجمهور لمذهبهم هذا بالأدلة الآتية⁽¹⁾:

- 1- إشهاد القاضي الكاتب كالشهادة على غيره من حكم نفعه، أو حق ثبت عنده، فالقضاء به واجب، وإنفاذه متعين على كل من أُقيم عنده من الحكم.
- 2- الكتاب يُقبل بالبينة كما يُقبل الحكم، ولو حكم ثم مات أو عُزل قُبِل حكمه فكذا يُقبل كتابه، وإن كان في الكتاب ما ثبت عنده بشهادة فهو أصل، واللذان شهدا عليه فرع، ولا تبطل شهادة الفرع بموت الأصل.
- 3- المعول عليه شهادة الشاهدين بحكم الأول، أو ثبوت الشهادة عنده، فإذا شهدا بذلك عند الحاكم الثاني وجب أن يقبله، كما يقبله الأول.

سادساً: أمثلة لتطبيقات الخلاف

تتجلى تطبيقات الخلاف في هذه المسألة في صورتين اثنتين:

- الأولى: لو طلب المدعي من قاضي مصر الكتابة لقاضي الشام، فكتب له، وبعد ذلك خرج قاضي مصر من القضاء قبل أن يصل الكتاب لقاضي الشام ويعمل به، فهنا يُقبل الكتاب عند أبي يوسف بخلاف الطرفين.
- الثانية: فيما لو كتب قاضي مصر لقاضي الشام، إلا أنه عندما وصل الكتاب كان قاضي الشام قد خرج من القضاء، فهنا عند أبي يوسف يقبل خليفة قاضي الشام الكتاب ويعمل به، وعند الطرفين ينظر في الكتاب فإن وجد أنه مخصص لسلفه لا يقبله، وإن وجد أنه معمّم لقضاة المسلمين بعد تخصيصه بسلفه، فإنه يقبله في هذه الحالة، ويعمل به.

⁽¹⁾ ينظر: الإمام مالك، المدونة (521/4)؛ القراني، الذخيرة (109/10)؛ السمناني، روضة القضاة (104/8)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (231/16)؛ ابن قدامة، المغني (83/14)؛ بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة (237/2).

2.4 المبحث الرابع: مسائل متفرقة

2.4.1 المطلب الأول: تلقين القاضي الشهود

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

لو أقام رجل دعوى عند القاضي، فطلب القاضي من المدعي إثبات دعواه، فأحضر شاهدين وشهدا بما ادعى على الوجه الصحيح، وثبت الحق لديه بهذه الشهادة؛ فعليه القضاء بما ثبت عنده فيها، وهذا بلا خلاف. ولو حضر الشهود فعجز أحدهما أو كلاهما عن أداء الشهادة، على وجهها الصحيح؛ لسبب من الأسباب كخوف أو حصر⁽¹⁾ أو غير ذلك، وأراد القاضي أن يُعَيِّنَ الشاهدَ ويُعَلِّمَهُ كيف يؤدي الشهادة، أو يلقيه إياها بأن يقول له قولاً يستفيد به علماً⁽²⁾، كما لو قال له: أتشهد بكذا وكذا، أو قل أشهد بكذا وكذا، فهل له ذلك؟ وإن حصل ولقنه، وشهد الشاهد حسب تلقين القاضي، فهل تقبل شهادته؟

اختلف أئمة الحنفية في الحكم في هذه المسألة.

ثانياً: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف⁽³⁾، إلى جواز تلقين القاضي الشاهد الشهادة في غير موضع التهمة، وذلك كما لو استولت الشاهد الحيرة، أو الهيبَةُ فترك شيئاً من شرائط الشهادة، فللقاضي هنا إعانة الشاهد، وتلقيه الشهادة أو بعضها، ويحكم بالحق الثابت بهذه الشهادة، وأما في الموضع الذي يثير حوله الشك والتهمة، فإنه لا يجوز له إعانته ولا تلقيه شيئاً، كما لو اختلفت الشهادة عن الدعوى، فللقن القاضي الشاهد تأويلاً يجعل فيه شهادته متطابقة مع الدعوى⁽⁴⁾.

وذهب الإمام أبو حنيفة ومعه محمد إلى أنه لا يجوز للقاضي تلقين الشاهد شيئاً من الشهادة، بل يدعه حتى يشهد بما عنده، فإن كانت شهادته جائزة فبَلَّهَا، وإلا ردها، ولا يعينه على شيء منها⁽⁵⁾.

وعند استقراء أقوال شراح المذهب؛ يتبين أنهم اعتبروا قول أبي يوسف رخصة، وقولهما عزيمة، واختاروا قول القاضي

(1) حصر من باب ضرب، والحصر الحبس والضيق، وحصر الرجل عن الكلام أي لم يقدر عليه. * ينظر: الرازي، مختار الصحاح (مادة: حصر)؛ ابن منظور، لسان العرب (مادة: حصر).

(2) ينظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير (374/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (307/6).

(3) ورد أن قول القاضي أبي يوسف كان عدم جواز التلقين مطلقاً، ورجع عن هذا القول عند توليه القضاء، وما ذُكر في المتن هو المعتمد في النقل عنه. * ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع (10/7)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (307/6).

(4) ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير (402)؛ السرخسي، المبسوط (76/16)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (10/7)؛ المرغيناني، الهداية (104/3)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (374/6)؛ الحصكفي وابن عابدين، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه (53/8).

(5) المصادر السابقة.

أبي يوسف واعتماده للفتوى؛ في هذه المسألة اعتماداً على تقديم أقواله في القضاء؛ لزيادة تجربته وخبرته فيه⁽¹⁾، قال الكمال في شرحه للهداية " قيل تأخير [المرغيناني في الهداية] قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف"⁽²⁾ قال ابن عابدين " الفتوى على قوله في القضاء لزيادة تجربته"⁽³⁾.

ثالثاً: الأدلة

استدل القاضي أبو يوسف لمذهبه بجواز تلقين القاضي الشاهد في غير موضع التهمة، بالاستحسان المستند إلى⁽⁴⁾:

1- مجلس القضاء هيبة، وللقاضي حشمة، ومن لم يعتد التكلم في هذا المجلس يتعذر عليه البيان إذا لم يعنه القاضي على ذلك.

2- أداء الشهادة بالحق من باب البر، ونحن مأمورون بالتعاون على البر والتقوى، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى

الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾⁽⁵⁾.

3- أمرنا رسول الله ﷺ بإكرام الشهود حيث قال: «أَكْرِمُوا الشُّهُودَ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَسْتَخْرِجُ بِهِمُ الْحَقَّ، وَيَدْفَعُ بِهِمُ الظُّلْمَ»⁽⁶⁾ وهذا القدر من التلقين يرجع إلى إكرامه بأن يُذَكَّرَ ما يُسمع منه.

4- من الجائز أن يلحق الشاهد حصراً لمهابة مجلس القضاء، فيعجزه عن إقامة الحجة، فكان التلقين تقويماً لحجة ثابتة فلا بأس به.

وأما الطرفان أبو حنيفة ومحمد فاستند مذهبهما إلى الأدلة الآتية⁽⁷⁾:

1- القياس، ووجهه يتجلى من ناحيتين، الأولى: أن المدعي لو أراد تلقين الشاهد لا يُمكنه القاضي من ذلك، فلأن لا يكون يلقنه بنفسه كان أولى.

والثانية: أن القاضي لا يجوز له تلقين المدعي، مع أن الدعوى لا تكون مُلزمة، فلأن لا يجوز له تلقين الشاهد أولى.

2- القاضي منهي من اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل، وما يكون فيه إغانة أحد الخصمين صورة أو معنى، لا يخلو من ذلك.

3- عادة بعض الناس أن المحتشم إذا لَقِّنَ أحدهم شيئاً، ترك ما كان قصد التكلُّم به، وتكلم بما لقنه تعظيماً

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (76/16)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (375/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (307/6)؛ شياخي زادة، مجمع الأنهر (222/3)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (53/8).

(2) الكمال بن الهمام، فتح القدير (375/6).

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (53/8).

(4) ينظر: المبسوط، السرخسي (76/16)؛ المرغيناني، الهداية (104/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (10/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (375/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (307/6).

(5) المائدة: 2

(6) رواه العقيلي من رواية ابن عباس وضعفه. * ينظر: ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير (479/4)

(7) ينظر: محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير (402)؛ السرخسي، المبسوط (77/16)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (10/7).

له، فلا يأمر القاضي الشاهد أن يفعل مثل ذلك، فيدع ما كان عنده من الشهادة، ويتكلم بما لقنه القاضي.

4- التلقين تعليم، والقاضي إنما جلس لسماع الشهادة وفصل القضاء بها، لا لتعليم الشاهد.

رابعاً: المناقشة والترحيع

الناظر في أدلة القولين يتبين له أن القاضي أبا يوسف اعتبر هيبة الناس مجلس القضاء مبرراً؛ لجواز تلقين الشاهد مما يحل به منها، وإنما كان اعتباره لهذه الهيبة في الحكم لما وجده من كثرتها عند الناس، لما تولى القضاء مدة من الزمن وخبر أحوال الناس فيه، بينما الطرفين اعتبرا أن القاضي عمله في مجلس القضاء القضاء وحسب، والتلقين ليس من عمله؛ فلا يجوز له ذلك، وأن التلقين يجر للقاضي التهمة، فعليه الامتناع عما يجر له التهمة.

ويجاء للقاضي أبي يوسف عن جر التهمة، أن القاضي أبا يوسف اشترط لجواز التلقين عدم جر التهمة فيه، ويتحقق هذا الشرط تنتفي التهمة عن القاضي، ويحقق القاضي العدالة في إعانة الشاهد في قول شهادته التي قد يضع الحق إذ لم تؤدّ على الوجه المطلوب.

وبالنظر في قواعد مجلة الأحكام العدلية نجد أن رأي القاضي أبي يوسف تؤيده قواعد الضرر كالقاعدة العشرين التي تنص على أن "الضرر يزال" ووجه التأييد أن رد القاضي لشهادة الشاهد بسبب حصره وعدم أدائه الشهادة بشكل صحيح يحصل به ضرر على المدعي وهو عدم وصوله لحقه، وإزالة هذا الضرر كان للقاضي مساعدة الشاهد بتعليمه أداء الشهادة بشكل صحيح دون أن يدخل في محتواها، وإزالة الشبهة عن القاضي كان عليه المساعدة بقدر محدد لقاعدة "ما أبيح للضرورة يتقدر بقدرها"¹

أما رأي الطرفين فتؤيده القاعدة السادسة والأربعون: "إذا تعارض المانع والمقتضي يقدم المانع" وهنا تعارض المانع وهو إدخال الشبهة في قضاء القاضي بمساعدته الشهود لأداء شهادتهم، مع المقتضي وهو مساعدة الشاهد لإتمام القضاء، فيقدم المانع على المقتضي ويمنع القاضي من مساعدة الشهود وتلقيهم.

وفي هذا الزمن وقد عمّ الجهل بين الناس، والفساد بين القضاة؛ نجد أن قول الطرفين فيه حرج شديد للجهالة المنتشرة بين الناس، وقول أبي يوسف لا يخل من نظر لفساد القضاة، وانتشار ضعف الإيمان بالقلوب؛ ولذا الأفضل الجمع بين المقصدين، والقول بجواز تلقين القاضي الشاهد الشهادة بطريقة غير مباشرة، فيشرح له الشهادة وطريقة أدائها بشكل عام، ثم يطلب من الشاهد أداء الشهادة في القضية المنظورة مع اعتبار القواعد العامة التي سبق وبينها له، والله أعلم.

خامساً، فائدة: رأي الجمهور

اتفق قول الجمهور مع قول الطرفين، فقالوا بعدم جواز تلقين القاضي الشاهد، بل يتركه يشهد بما عنده، فإن كانت شهادته صحيحة قبلها، وإن كانت فاسدة ردها، وأجاز الشافعية الاستفسار بأن يقول له كما لو كانت الدعوى في

(1) مجلة الأحكام العدلية: القاعدة 22

دراهم فيسأل القاضي الشاهد أهي صحيحة أو مكسورة، كما استثنوا من عدم جواز التلقين أن تكون الدعوى في حقوق الله تعالى، فأجازوا للقاضي على الصحيح عندهم أن يعرف الشاهد كيفية أداء الشهادة فيها⁽¹⁾. وقول الجمهور قياسٌ على عدم جواز تلقين أي الخصمين حجته، معتبرين أن تلقين أي الشاهدين هو إعانة لأحد الخصمين على الآخر ولا يجوز للقاضي إعانة أي الخصمين، فرمما لقن الشاهد ما ليس عنده⁽²⁾.

سادسًا: أمثلة لتطبيقات الخلاف

تتجلى تطبيقات الخلاف هذه المسألة في كل شهادة لم تستوف شروطها الكاملة فيعتمد القاضي تصحيحها لإتمام شروطها، ومن ذلك:

1- شهد الشاهد بالحق المدعى، دون أن يقول لفظ الشهادة، فيصحح القاضي له ذلك الخطأ، ويلقنه لفظ الشهادة؛ لأن لفظ أشهد من شروط أداء الشهادة، فهنا عند القاضي أبي يوسف تقبل هذه الشهادة، وعند الطرفين ترد ولا تُقبل.

2- شهد الشاهد بأن لرجل على آخر نقودًا، على سبيل الإجمال ولم يبين هذا المال، فلقنه القاضي كيفية بيانه؛ لأن الجهالة في الحق المدعى تفضي لرد الشهادة، ولهذا يردها عند الطرفين، وعند القاضي أبي يوسف يجوز تلقينه، وتقبل الشهادة.

(1) ينظر: الدردير والدسوقي، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (85/6)؛ القرافي، الذخيرة (70/10)؛ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين (147/8)؛ الماوردي، الحاوي الكبير (278/16)؛ البهوتي، كشف القناع (274/5)؛ ابن قدامة، المغني (64/14).

(2) المصادر السابقة.

2.4.2 المطلب الثاني: القضاء في التصرف في العلو والسفل

أولاً: عرض المسألة وتحرير محل الخلاف

عندما يملك الإنسان شيئاً ما، بأي سبب من أسباب التملك - كالبيع والشراء، والإرث والهبة والوصية - فإنه يملك بهذا حق التصرف فيه، وليس لأحد جبره على أن يفعل به شيئاً إلا لضرورة - كمن ملك طعاماً وهناك جائع يخشى عليه الهلاك ولا يوجد سوى هذا الطعام فإنه يجبر على إعطائه إياه ودون رضاه - وكذا ليس لأحد منعه من فعل شيء به وإن كان يلحقه منه الضرر، إلا إن تعلق به حق الغير فيمنع من التصرف من غير رضا صاحب الحق. وإذا ملك الإنسان عقاراً ما، فإنه يمكنه أن يتصرف به أي تصرف شاء، فله أن يبني فيه مرحاضاً أو حماماً أو رحى⁽¹⁾ أو تنوراً، وله أن يُقعد فيه بنائه حداً أو قصاراً وله أن يحفر فيه بئراً أو بالوعة، أو أي شيء آخر. ولو كان عقار من طابقين سفله لرجل وعلوه لآخر، فلكل واحد منهما التصرف في ملكه بما لا يضر الآخر، سواء رضي به الآخر أو لا، كصب الماء للغسل والوضوء، أو كحفر صاحب السفلى في سفله بالوعة أو سرداباً⁽²⁾. وأما إن كان التصرف يضر بالآخر فلا يحق له فعله، بلا رضى الطرف الآخر، كما لو أراد صاحب السفلى أن يهدم الحائط المشترك بينهما، فإنه ليس له ذلك، دون رضى صاحب العلو. وهذا بلا خلاف⁽³⁾. ولكن لو كان الفعل مُشكلاً فلا يُعلم هل هو ضار أو نافع، كما لو أراد صاحب السفلى أن يفتح باباً، أو يثبت كوة⁽⁴⁾، أو يقد وتداً⁽⁵⁾، أو يحفر بئراً، أو أراد صاحب العلو أن يُحدث على علوه بناءً، أو يشرع به باباً أو كنيفاً⁽⁶⁾ لم يكن قبل ذلك، فهل له فعل هذا دون رضى الآخر، أم لا؟ وفي الإجابة هنا حصل الخلاف بين القاضي أبي يوسف والإمام أبي حنيفة.

ثانياً: أقوال أئمة المذهب

ذهب القاضي أبو يوسف إلى أنه لصاحب العلو أو صاحب السفلى التصرف في ملكه بما يشاء دون رضى الطرف الآخر بشرط ألا يكون هذا التصرف مُضراً بالآخر، فعندها لا يجوز له فعله دون رضى الآخر، أما إن كان لا يضره، أو هو مُشكّل لا يُعلم ضرره من عدمه فإن له فعله. وبهذا قال محمد رحمه الله.

(1) الرحي حجارة وصخرة عظيمة تستخدم في طحن القمح. * ينظر: الرازي، مختار الصحاح (مادة رحي)؛ ابن منظور، لسان العرب (مادة رحي).

(2) ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء (191/3)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (264/6-265)؛ الكمال بن الهمام، شرح فتح القدير (411/6).

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (82/17)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (32/7).

(4) الكوة: هي الخرق في الحائط. * ينظر: ابن منظور، لسان العرب (مادة كوى).

(5) التود ما ثبت على الحائط أو الأرض من الخشب. * ينظر: ابن منظور، لسان العرب (مادة وتد).

(6) الكنيف: كنفه؛ أي ستره؛ توضع فوق باب الدار، وكنف بمعنى ستر، ينظر: ابن منظور، لسان العرب (مادة كنف).

وأما الإمام أبو حنيفة فذهب إلى أنه لا يجوز لأي منهما فعل ما هو مُشكل لا يُعلم ضرره من عدمه بلا رضى الآخر، كما لو كان هذا الفعل مُضراً⁽¹⁾.

وقال بعضهم أن قولهما في الحقيقة تفسير لقول الإمام؛ فالإمام إنما منع لما فيه ضرر ظاهر للآخر، أما إن كان بحال لا يضر فلا يُمنع منه، فكان أصلاً مُجمَعاً عليه، وردَّ هذا القول بما قاله آخرون: بأنه هناك خلاف حقيقي بينهما؛ لأن المنع أصل عند الإمام، وإطلاق التصرف يعارض عدم الضرر، فإذا أشكل لا يزول المنع عنه، وعندهما الإباحة وإطلاق التصرف هو الأصل، والمنع يعارض الضرر، فإذا أشكل لم يمنع الشك، وبهذا حصل الخلاف بينهما في الحقيقة⁽²⁾.

وعند استقراء أقوال محققي المذهب في الترجيح بين القولين، نجد أن المختار للفتوى إذا أشكل التصرف أنه يضر أولاً، قول الإمام أبي حنيفة، فيُمنع منه دون رضى الطرف الآخر⁽³⁾.

ثالثاً: الأدلة

استدلوا لمنع صاحب السفلى من هدم الجدار الحامل للعلو، وإن هدمه يُجبر على إعادته؛ بقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽⁴⁾، ولأنه تعدى على صاحب العلو بهدم ما هو قرار بنائه عليه، فلا يكون له أن يبطل حق الغير عن ملك نفسه⁽⁵⁾.

(1) ينظر: محمد بن الحسن الشيباني ومحمد اللكنوي الهندي، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (384-385)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (265/6)؛ المرغيناني، الهداية (109/3)؛ منلا خسرو، الدرر شرح الغرر (416/2)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (127/8).

(2) أورد أصحاب المتون وشرحها هذين القولين، و أغلبهم لم يرجح بينهما كالسرخسي في المبسوط، والكاساني في البدائع، والمرغيناني في الهداية، وإنما ذكروا الخلاف بين الإمام والصاحبين، ثم أوردوا قولهما، دون ترجيح أو تعقيب، ومن أورد الترجيح بينهما الكمال بن الهمام في فتح القدير، وشيخي زادة في مجمع الأنهر، حيث أورد أن الخلاف غير وارد في حالة عدم الضرر فيجوز اتفاقاً، وكذا لا خلاف في حالة الضرر فينبغي المنع منه دون رضى الآخر اتفاقاً أيضاً، وأما في حالة الشك في وقوع الضرر ففي هذه الحالة هناك خلاف بين القاضي أبي يوسف والأمام أبي حنيفة حقيقة، واعتماداً على ما أورده الكمال بن الهمام، وشيخي زادة جرى تفصيل المسألة في عرضها وبيان موطن الخلاف فيها في هذا البحث. * ينظر: السرخسي، المبسوط (82/17)؛ الكاساني، بدائع الصنائع (265/6)؛ المرغيناني، الهداية (109/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (411/6)؛ شيخي زادة، مجمع الأنهر (243/3).

(3) ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق (32/7)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (411/6)؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (147/8).

(4) ابن ماجه، السنن، أبواب الأحكام، باب 17، حديث 2340؛ مالك، الموطأ، كتاب الأقضية، باب 26، حديث 31؛ وأحمد بن حنبل في مسنده، مسند عبد الله بن عباس، حديث 8265* الحديث في الموطأ مرسل ينظر: الصنعاني، سبل السلام (122/2).

(5) ينظر: السرخسي، المبسوط (82/17)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (32/7)؛ العيني، البناية شرح الهداية (75/8).

وأما أدلة الصاحبين في مذهبهما بجواز تصرف كل منهما في ملكه دون رضى الآخر إلا إن تحقق الضرر فيُمنع دون رضاه فهي⁽¹⁾:

1- كل واحد منهما إنما يتصرف في خالص حقه، فلا يُمنع من ذلك، إلا أن يُلحق الضرر بمن له فيه حق، كالموصى له بالخدمة على الموصى له بالرقبة، فإنه لا يمنع من الموصى له بالرقبة من التصرف في ملكه إلا ما يضر بالموصى له بالخدمة⁽²⁾.

2- الأصل في التصرف في الملك الإباحة؛ لأن الملك يقتضي إطلاق التصرف في المملوك، والحرمة إنما تكون بعارض الضرر، فإذا أشكل التصرف أنه يضر أولاً لم يجز المنع؛ لأن اليقين لا يزول بالشك. أما الإمام أبو حنيفة فقد استدلل لمذهبه بمنع أي تصرف دون إذن الآخر إلا إن كان لا يضر بالآخر يقيناً، بالأدلة الآتية⁽³⁾:

1- لصاحب العلو حق بناء قدر معلوم على بناء السفلى، وإذا أراد أن يزيد على ذلك مُنع منه، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها جِماً معلوماً، فليس له أن يحمل أكثر من ذلك، وإن لم يضر بالدابة، وكذلك صاحب العلو له حق في بناء السفلى من حيث قرار علوه عليه، وفتح الباب والكوة يوهن البناء، وكذلك حفر البئر في ساحة السفلى يوهن البناء فلا يكون له أن يفعل ذلك إلا برضا صاحب العلو، ثم أليس كل واحد منهما يُمنع من التصرف الذي يضر بصاحبه، فلو كان الملك لكل واحد منهما خالصاً لم يمنع أحدهما من التصرف وإن أدى إلى الإضرار بصاحبه كالجارين، فالمنع من الضرر دل أن تصرف كل منهما مقيد بشرط عدم الضرر بصاحبه، وما يُشك في ضرره يُمنع منه كما لو كان يضره حقيقة.

2- لأنه تصرف تعلق به حق محترم للغير كحق المرتحن والمستأجر، والإطلاق يُعارض هذا القيد، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع منه.

(1) ينظر: السرخسي، المبسوط (82/17)؛ المرغيناني، الهداية (109/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (411/6)؛ ابن نجيم، البحر الرائق (32/7)؛ شَيْخِي زادة، مجمع الأثر (243/3).

(2) صورة هذه المسألة؛ في هذا الزمن؛ كما لو أوصى لرجل في ملك سيارة أجرة مثلاً، وأوصى بمنافع هذه السيارة لرجل آخر لمدة معينة، فتكون الوصية بالعين لرجل، والمنافع لآخر.

(3) ينظر: السرخسي، المبسوط (82/17)؛ المرغيناني، الهداية (109/3)؛ الكمال بن الهمام، فتح القدير (411/6)؛ شَيْخِي زادة، مجمع الأثر (243/3).

رابعاً: المناقشة والترجيح

إن الناظر في القولين وأدلتهما يجد أن صاحبين اعتماداً على إطلاق الملك، والتصرف في المملوك، وبما أن الملك يعني جواز التصرف بالمملوك بالمطلق يقيناً، فهذا اليقين لا يزول بالشك من الضرر الذي قد ينتج عن تصرف المالك في ملكه، وأما الإمام فقد اعتمد على تقييد التصرف بعدم الضرر، فإن تيقن عدمه جاز له، وإلا يُمنع منه إطلاقاً، وبهذا يكون قول الإمام بالمنع احتياط خشية إيقاع الضرر بالآخر.

وبالنظر في مواد مجلة الأحكام العدلية نجد أن المادة التاسعة عشرة التي تنص على أنه "لا ضرر ولا ضرار" تؤيد قول الطرفين، بل أنها الأصل الذي استشهد الطرفان به على قولهما مع اختلافهما بطريقة تفسيرها، ولكن مع هذه المادة تدعم المادة السابعة والأربعون التي تنص على أنه "لا عبرة للتوهم" قول صاحبين، وبيان وجه التأييد أنه طالما الضرر غير مؤكد فهو في مرحلة الوهم ولا عبرة لهذا الوهم فلا يمنع صاحب الحق من استخدام حقه المتوهم أنه سيضر غيره. وفي هذا الزمن وقد أصبح البناء أغلبه علو وسفل، وما يسمى في زمننا هذا بالطوابق، فإن هذا النظام لعمومه أصبح مالك السفلى جار مالك العلو، وكذا مالك العلو يكون سفلاً لعلو آخر يملكه رجل آخر، فهو جار له أيضاً، فيكون لكل واحد التصرف في ملكه دون إذن جيرانه بكل فعل لا يضر بهم، أو لا يُعلم ضرره من نفعه فيبنى على الأصل، وهو إطلاق التصرف في الملك، ولكن لو كان يضر بالجوار فإنه يُمنع منه لقاعدة تقديم المصلحة العامة في إبعاد الضرر عن الجوار وتوهم البناء بكامله، على المصلحة الخاصة في تصرف الرجل في ملكه، وأما إن كان هذا التصرف يضر واحداً فقط فإنه لا يُمنع منه إطلاقاً لأن الرجل لا يُمنع من التصرف في ملكه إطلاقاً، وإن نتج عنه الضرر بجاره فلا ينظر له. والله أعلم

خامساً، فائدة: رأي الجمهور

ذهب الأئمة الثلاثة مذهب الإمام أبي حنيفة بعدم جواز تصرف أي منهما بعمل يضر بالآخر أو قد يؤدي للضرر به، مع اختلاف في بعض التفاصيل.

إذ قال المالكية بمنع الجار من أي أمر يضر بصاحبه إلا إن كان قديماً فإنه لا يُمنع منه، فلا يجوز له فتح كوة جديدة تُشرف على جاره، وإن فتحها يُقضى عليه بسدها، وأما إن كانت قديمة؛ وقدرها القديم بما مضى عليه عشر سنوات؛ فلا يُقضى عليه بشيء، ويُقال للآخر إن شئت استر على نفسك، وأما إن كان لا يضر بصاحبه فلا يُمنع منه، كما لو فتح كوة عالية بحيث لا يمكن الوصول إليها ببسر والنظر إلى جاره من خلالها، فهنا لا يُمنع منها⁽¹⁾.

وقال الشافعية بمنع أي تصرف دون رضا الآخر، وأما بإذنه فيمكنه التصرف بأي أمر يريده، وعليه لا يجوز للجار فتح الكوة، أو تسمير مسمار في حائط جاره أو شريكه؛ لأن ذلك يُضعف الحائط ويضر به، وكذا لا يجوز البناء

(1) ينظر: الدردير والدسوقي، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (38/37:5)؛ الخطاب الرعيني، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (129/7).

على حائط جاره؛ لأنه حمل على ملك الغير فلم يجوز من غير إذن، كالحمل على ظهر دابة آخر⁽¹⁾.
وأما الحنابلة فقالوا بمنع كل فعل يضر بجاره إلا أن أصبح ضرورة فله فعله، وإن كان دون إذن صاحبه، كوضع خشب على جدار جاره ولا يمكن التسقيف إلا به، فعندها يجوز له وضعها ولا يجوز للآخر منعه، وكذا لو كان الضرر بسيطاً أي كان مما يُتسامح به عادة فله فعله، ودون إذن الآخر، كالخبز والطبخ فإنه يضر بالجار بسبب دخانه، ولكن لما كان ضرره بسيطاً ولا يمكن التحرز عنه فلا يُمنع منه⁽²⁾.

واستدلوا لمذهبهم بمنع الفعل الضار بالجار بقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁽³⁾. وأما قولهم بجواز وضع الخشب على جدار الآخر إن كان ضرورياً، فدليلة قوله ﷺ: «لَا يَمْنَعُ جَارٌ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَهُ فِي جِدَارِهِ»⁽⁴⁾.

سادساً: أمثلة لتطبيقات الخلاف

يتجلى الخلاف في هذه المسألة في مواطن عدة؛ إذ هي كثيرة الأفعال التي لا يُعلم مدى تأثير الشريك أو الجار بها، وتضرره منها، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

- 1- لو أراد صاحب السفلى أن يفتح باباً في الحائط المشترك بينه وبين صاحب العلوى، ولم يعلم هل يوهن هذا الباب الحائط أو لا، فإنه يجوز له فتحه عند الصاحبين، ودون رضی صاحب العلوى، ولا يجوز له ذلك عند الإمام.
- 2- لو أراد صاحب العلوى أن يبني بناءً آخر فوق علوه، ولم يدر هل يؤثر هذا البناء على الأساس المشترك بينه وبين صاحب السفلى أو لا، فيجوز له ذلك عند الصاحبين، وإن لم يرض صاحب السفلى، ولا يجوز له ذلك عند الإمام إلا برضى صاحب السفلى.

⁽¹⁾ ينظر: زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب (3/2)؛ شمس الدين أحمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت. لبنان د. ط 1404هـ/1984م. (411/4؛ 410/4).

⁽²⁾ ينظر: ابن قدامة، المغني (53/52؛ 53)؛ الرحيباني، مطالب أولي النهى (359/3).

⁽³⁾ سبق تخريجه، ينظر ص 139

⁽⁴⁾ متفق عليه؛ واللفظ للبخاري؛ من رواية أبي هريرة رضي الله عنه، البخاري، كتاب المظالم والغصب، باب 21، حديث 2463؛ مسلم، كتاب المساقاة، باب 29، حديث 1609.



الخاتمة

في الختام أحمد الله الذي أعانني وأكرمني في إتمام هذا البحث، وأسأله سبحانه أن يتم عليّ نعمته ويتفضل بقبوله مني أحسن القبول، وأن يجزي كل من أعانني على إتمامه خير الجزاء إنه سميع مجيب.

وبعد فقد وصلت من خلال هذا البحث إلى نتائج مهمة:

- القاضي أبو يوسف إمام مجتهد وصل لمرتبة عالية في الاجتهاد رغم بقاءه تحت لواء أستاذه وشيخه الإمام أبي حنيفة.

- للقاضي أبي يوسف جهد لا ينكر في الحديث الشريف، فهو مع تفقهه إمام محدث له شأن عالٍ بين المحدثين.

- للإمام أبي حنيفة تأثير كبير وفضل عظيم في نبوغ القاضي أبي يوسف وتحصيله العلمي.

- خالف القاضي أبو يوسف الإمام أبا حنيفة في اثنتين وعشرين مسألة في باب القضاء فقط، ومعظم هذه المخالفات جاءت من خبرة القاضي أبي يوسف العملية فقد عاين القضاء واستلم زمامه لسنوات طوال.

- بدا واضحاً تأثر أحكام القاضي أبي يوسف بتغير الزمن وأحوال الناس، ولذا كانت أحكامه متجانسة مع أحوال الناس وتغير الزمان.

- لمعينة القاضي أبي يوسف القضاء، ولأن الخبر ليس كالبيان؛ كانت معظم أقواله في باب القضاء محط ترجيح محققي المذهب الحنفي.

وأخيراً أوصي نفسي وطلاب العلم بتقوى الله عزوجل، والبحث أكثر في تراث فقهاءنا العظام والتبحر في أقوالهم وكتبهم لاستخراج كنوز من العلم قد ضمتها دفتي الكتب، وأخص القاضي أبي يوسف فهو من العلماء الذين علا شأنهم في الفقه والحديث ولكن للأسف لم يحظ بالاهتمام المطلوب لاستخراج كنوز علمه من كتبه القليلة التي وصلت إلينا، وأوصي بالبحث أكثر عن الكتب التي وصلتنا عناوينها لعلها تعود للوجود وتحظى بما يليق بها من البحث والتحقيق.

ولا نقول إننا باستخراج فقه أبي يوسف سنظهر للوجود مذهباً جديداً، بل نحن بعملنا هذا نقصد أن نعطي كل ذي حق حقه، ومن حق القاضي أبي يوسف على العلماء والفقهاء والمحدثين والقضاة أن يبحثوا أكثر فيما قدمه من علوم وأن يولوها مزيد الاهتمام في البحث والتحقيق، ولا أبالغ إن قلت إنه ستظهر لدينا مجلدات يفيد منها العلماء والباحثون.

أحمد الله سبحانه الذي وفقنا وأصلي وأسلم على سيد البشر صلى الله عليه وسلم، وأسأل الله سبحانه أن يجزي علماءنا وفقهاءنا كافة خير الجزاء، وأسأله سبحانه أن يوفق طلاب العلم لإتمام ما بدأه علماءنا السابقون بكتبهم وإظهار كنوز علومهم لننال بها حُسْنَ الحياة بإقامة شرع الله ما استطعنا، وخير الجزاء يوم القيامة إنه سميع مجيب والحمد لله رب العالمين.



المصادر

- إبراهيم بن أبي اليمن محمد (882هـ)، لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، مصر ط2
1396هـ/1973م.
- إبراهيم بن محمد ابن مفلح (884هـ)، المبدع في شرح المنقوع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ط1 1418هـ/
1997م.
- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان (1353هـ)، منار السبيل في شرح الدليل، المكتب الإسلامي، بيروت. لبنان ط5
1402هـ/1982م تحقيق: زهير محمد شاويش.
- ابن المنذر النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة
مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة ط1 1425هـ/2004م، تحقيق: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري.
- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (852هـ)، التلخيص الحبير في
تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط1 1419هـ/1989م.
- ابن حجر العسقلاني، أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد (852هـ)، تهذيب التهذيب، دار المعارف النظامية، الهند ط1
1326هـ.
- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني (852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار
المعرفة، بيروت. لبنان 1379هـ.
- ابن خلكان، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم البرمكي (681هـ)، وفيات الأعيان، دار صادر، بيروت -
لبنان، ط1 1994م.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي (595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت. لبنان
ط6 1402هـ/1982م.
- ابن سعد، أبو عبد الله محمد بن سعد البصري البغدادي (230هـ)، الطبقات الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان
ط1 1410هـ/1990م.
- ابن عابدين، محمد أمين ابن عابدين (1252هـ)، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن
عابدين، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1415هـ/1994م تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض.
- ابن عرفة، أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي (803هـ)، المختصر الفقهي، نشر مؤسسة خلف أحمد
الخبثور للأعمال الخيرية ط1 1435هـ/2014م، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير.

- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (620هـ)، **المغني**، دار عالم الكتب، الرياض. المملكة العربية السعودية ط3 1417هـ / 1997م. تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح حلو.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (620هـ)، **المقنع**، دار هجر، الجيزة. مصر ط1 1417هـ / 1996م تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي.
- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (620هـ)، **الشرح الكبير**، دار هجر الجيزة. مصر ط1 1417هـ / 1996م تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي {مطبوع معه المقنع والإنصاف}.
- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي (620هـ)، **الكافي في فقه ابن حنبل**، دار المهجرة، الجيزة، مصر ط1 1418هـ / 1997م تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي.
- ابن قُطْلُوبغا، أبو الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطْلُوبغا (879هـ)، **تاج التراجم**، دار القلم، دمشق. سوريا، ط1 1413 هـ / 1992م، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف.
- ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري (774هـ)، **البداية والنهاية**، دار الفكر، دمشق. سوريا د. ط 1407 هـ - 1986م 180/10.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (970هـ)، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، المطبعة العلمية، بيروت، ط1 د. ت.
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي (1258هـ)، **البهجة في شرح التحفة**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1418هـ / 1998م، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين.
- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (450هـ)، **الخواوي الكبير**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط1 1414هـ / 1994م تحقيق: علي معوض و عادل عبد الموجود.
- أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي (1329هـ)، **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية ط2 1388هـ / 1968م.
- أبو الفضل العراقي، زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي (806هـ)، **المغني عن حمل السفار**، مكتبة طبرية، د. ط 1415هـ / 1995م تحقيق: أشرف عبد المقصود.
- أبو الفلاح، عبد الحي بن أحمد العكري (1089هـ)، **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**، دار ابن كثير دمشق. سوريا بيروت. لبنان ط1 1406هـ / 1989م، تحقيق: محمود الأرناؤوط.
- أبو المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني (560هـ)، **اختلاف الأئمة العلماء** دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1423هـ / 2002م تحقيق: يوسف أحمد.

أبو المؤيد الموفق بن أحمد المكي (568هـ)، مناقب الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه (ومعه مناقب الإمام الأعظم للكردي ت 827هـ)، مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، الهند، ط 1/1321هـ 5/1.

أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (520هـ)، البيان والتحصيل، دار الغرب الإسلامي، بيروت. لبنان ط 2
1408هـ/1988م تحقيق: أحمد الحبابي.

أبو بكر بن علي بن محمد الحداد اليمني (800هـ)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، مكتبة حقلانية، باكستان، د.ط
1301هـ.

أبو بكر عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1/1403هـ/
1986م

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (319هـ)، الإجماع، دار المسلم للنشر والتوزيع ط 1/1425هـ/2004م
تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد.

أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (319هـ)، الإشراف على مذاهب العلماء، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة،
الإمارات العربية المتحدة ط 1/1425هـ-2004م، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد.

أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (505هـ)، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة. مصر، د.ط 1417هـ، تحقيق: أحمد
محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر محمد نجيب المطيعي.

أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، دار الرسالة
العلمية.

أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (794هـ)، المنتور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط 2
1405هـ/1985م.

أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (894هـ)، شرح حدود ابن عرفة المعروف بالهداية الكافية الشافية لبيان حقائق
الإمام ابن عرفة الوافية، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان ط 1 / 1993م، تحقيق: محمد أبو الأجفان والظاهر
المعموري.

أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (189هـ)، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، عالم الكتب، بيروت. لبنان ط 1
1406هـ.

أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الخطاب الرعيني (954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار
الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1/1416هـ/1995م، تحقيق: الشيخ زكريا عميرات.

أبو محمد عبد الوهاب بن علي الثعلبي البغدادي (536هـ)، التلخين، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1
1425هـ/2004م.

- أحمد بن حنبل (241هـ)، **المسند**، مؤسسة الرسالة، ط 1/ 1421هـ-2001م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد.
- أحمد بن علي القلقشندي (821هـ)، **صبح الأعشى في صناعة الإنشاء**، دار الفكر، دمشق. سوريا ط 1/ 1987م تحقيق: د. يوسف علي طويل.
- أحمد بن محمد الحملاوي (1932م)، **شذا العرف في فن الصرف**، دار الكيان، الرياض، تقديم وتعليق: محمد عبد المعطي.
- أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري (428هـ)، **التصحیح**، مخطوط في جامعة الملك سعود 1957م.
- أحمد بن مهدي الخطيب البغدادي (463هـ)، **الفقيه والمتفقه**، دار ابن الجوزي، السعودية ط 2/ 1421هـ، تحقيق: عادل بن يوسف الغرازي.
- الإمام مالك بن أنس (179هـ)، **المدونة**، دار الكتب العلمية، ط 1/ 1415هـ/ 1994م.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (256هـ)، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)**، دار طوق النجاة ط 1/ 1422هـ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.
- برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد مازة البخاري (616هـ)، **المحيط البرهاني في الفقه النعماني**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1/ 1424هـ/ 2004م تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي.
- برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمری (799هـ)، **تبصرة الحکام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، 1422هـ / 2001م، تحقيق: جمال مرعشلي.
- برهان الدين علي بن محمد المرغيناني (593هـ)، **الهداية شرح بداية المبتدي**، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت. لبنان د. ط، د. ت، تعليق: محمد عنان درويش.
- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي (624هـ)، **العدة شرح العمدة في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 2/ 1426هـ/ 2005م.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (1051هـ)، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى**، مؤسسة الرسالة ناشرون، ط 1/ 1421هـ/ 2000م، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي.
- البیهقي، أحمد بن الحسين الخراساني أبو بكر (458هـ)، **السنن الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 3/ 1424هـ/ 2003م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
- تقي الدين بن عبد القادر التميمي الداري الغزي (1010هـ)، **الطبقات السننية في تراجم الحنفية**، دار الرفاعي، د. ط. د. ت، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو.
- الجرجاني، علي بن محمد الجرجاني (816هـ)، **التعريفات**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1/ 1403هـ/ 1983م.

- الجزري، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري (606هـ)، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان د. ط 1399هـ / 1979م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي.
- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ)، **تبييض الصحيفة بمنقأب أبي حنيفة**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1410هـ/1990م تحقيق: محمود محمد نصار.
- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ)، **تنوير الحوالك شرح موطأ مالك**، دار الفكر، بيروت، لبنان ط 1426هـ/2005م إشراف صدقي محمد جميل العطار.
- الجميل، سليمان بن عمر بن منصور العجيلي المعروف بالجميل (1204هـ)، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1417هـ/1996م، تحقيق: عبد الرزاق غالب المهدي.
- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري (405هـ)، **المستدرک على الصحيحين وبذيله تلخيص الذهبي**، دار المعرفة، بيروت، لبنان، إشراف: يوسف مرعشلي.
- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري (405هـ)، **معرفة علوم الحديث**، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1424هـ/2003م
- حبيب أحمد الكيرانوي، **أبو حنيفة وأصحابه**، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ط 1/1989م.
- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، مؤسسة الرسالة، ط 3 1405هـ / 1985م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.
- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، **تذكرة الحفاظ**، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ط 1419هـ / 1998م.
- الذهبي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي (748هـ)، **تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق**، دار الوطن، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1 1421هـ/2000م. تحقيق: مصطفى أبو الغيط عبد الحفي عجب.
- الرازي، محمد بن أبي بكر (666هـ)، **مختار الصحاح**، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان 1415هـ/1995م د. ط، تحقيق: محمود خاطر.
- الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه**، دار الخير للطباعة والنشر، دمشق، سوريا ط 2 1427هـ / 2006م.
- الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، **تاريخ القضاء في الإسلام**، دار الفكر، دمشق، سوريا ط 1 1415هـ/1995م.
- الزحيلي، محمد مصطفى الزحيلي، **أصول المحاكمات الشرعية والمدنية**، منشورات جامعة دمشق، ط 7 1425هـ/2004م.
- الزركلي، خير الدين بن محمود الزركلي الدمشقي (1976م)، **الأعلام**، دار العلم للملايين، ط 15 / 2002م.

- الزيلعي، جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي (762هـ)، نصب الراية لأحاديث الهداية، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة. المملكة العربية السعودية د.ط د.ت تحقيق: محمد عوامة.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (743هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب الإسلامية، القاهرة. مصر د.ط 1313هـ.
- زين الدين محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين المناوي (1031هـ)، فيض القدير شرح الجامع الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط 1415 هـ/1994م.
- السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي (490هـ)، المبسوط، دار الفكر، بيروت. لبنان ط 1421 هـ/2000م، تحقيق خليل محي الدين الميس.
- السمرقندي، علاء الدين السمرقندي (540هـ)، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1405 هـ/1984م.
- السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحي السمناني (444هـ)، روضة القضاة وطريق النجاة، مؤسسة الرسالة، بيروت. لبنان ودار الفرقان، عمان. الأردن ط 1404 هـ/1984م تحقيق: صلاح الدين الناهي.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (911هـ)، الدر المنثور في التفسير بالمأثور، دار هجر، الجزيرة، مصر. د.ط 1424 هـ/2003م.
- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني (977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت. لبنان ط 1418 هـ / 1997م. تحقيق: محمد خليل عيتاني.
- شمس الدين أحمد بن شهاب الدين الرملي (957هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت. لبنان د.ط 1404 هـ/1984م.
- شمس الدين القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري الخزرجي (671هـ)، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، دار الكتب المصرية - القاهرة، ط 2 1384 هـ / 1964 م. تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش.
- شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1417 هـ/1996م تحقيق: محمد عبد الله شاهين.
- شهاب الدين أحمد بن أحمد قليوبي (1069هـ) وشهاب الدين أحمد البرلسي الملقب عميرة (957هـ)، حاشيتنا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت. لبنان ط جديدة 1415 هـ/1995م، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر.
- شهاب الدين المرجاني، أبو الحسن هارون بن بهاد الدين المرجاني القزاني (1889م)، ناظورة الحق في فرضية العشاء وإن لم يغيب الشفق، دار الحكمة، إسطنبول - دار الفتح، عمان - الأردن ط 1433 هـ/2012م تحقيق: أورهان بن إدريس أنجقار وعبد القادر بن سلجوق ييلماز.

- شوقي ضيف (2005م)، **العصر العباسي الأول**، دار المعارف، القاهرة، مصر، ط8 د.ت.
- شيخ الإسلام زكريا الأنصاري (926هـ)، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1422هـ/ 2000م تحقيق: محمد تامر. (4 / 307).
- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط1 1421هـ/ 2000م، تحقيق: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن
- شيخه زادة، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكلبي (1078هـ)، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان ط1 - 1419هـ - /1998م، تحقيق: خليل عمران المنصور.
- الشيرازي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي (476هـ)، **طبقات الفقهاء**، دار الرائد العربي، بيروت. لبنان، تهذيب: محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق: إحسان عباس ط1 1970م.
- الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة البخاري (536هـ)، **شرح أدب القاضي**، مطبعة الإرشاد، بغداد. العراق ط1 1397هـ/ 1977م، تحقيق: محيي هلال السرحان.
- الصنعاني، محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني (1182هـ)، **سبل السلام**، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة. مصر ط4 1379هـ/ 1960م.
- طاهر عبد المجيد علي، ويوسف علي يوسف، **المنطق الواضح لطلاب كلية الشريعة**، دار الظاهرية للنشر والتوزيع، الكويت ط1 1439هـ/ 2018م.
- الطبراني، أبو القاسم سليمان بن أحمد الشامي (360هـ)، **المعجم الأوسط**، دار الحرمين، القاهرة، د.ط/د.ت، تحقيق: طارق بن عوض الله.
- عبد المحسن بن إبراهيم نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (807هـ)، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، تحرير الحفاظين: العراقي وابن حجر، دار الفكر، بيروت، لبنان د.ط 1412هـ/ 1992م.
- الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري (310هـ)، **جامع البيان في تأويل القرآن**، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ط1 1420هـ/ 2000م، تحقيق: أحمد محمد شاكر.
- عبد الحميد الشرواني (1301هـ)، وأحمد قاسم العبادي (994هـ)، **حواشي الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج**، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ط1 1416هـ/ 1996م. ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن عبد الرحمن إبراهيم الحامض، **القضاء ونظامه في الكتاب والسنة**، جامعة أم القرى، مكة المكرمة. المملكة العربية السعودية ط1 1409هـ/ 1989م.

عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري (730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1/1418هـ/1997م تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر.

عبد الغني الغنيمي الميداني (1298هـ)، اللباب شرح أدب الكتاب، مكتبة العلم الحديث ط 1/1423هـ/2002م. تحقيق: عبد الكريم عطا.

عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي (775هـ)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة، كراتشي د.ط/ د.

محمد أبو زهرة (1394هـ)، أبو حنيفة حياته، عصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، ط 2 د.ت.

علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي (885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1/1418هـ/1997م تحقيق: محمد حسن إدريس الشافعي.

علي حيدر خواجه أمين أفندي (1353هـ)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان د.ط د.ت تعريب وتحقيق: فهمي الحسيني.

عمر سليمان الأشقر (2012م) وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، عمان، الأردن ط 2/1418هـ/1997م (280).

العيني، بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني (855هـ)، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت. لبنان ط 2/1411هـ/1990م، تعليق: المولوي محمد عمر ناصر الإسلام الرامفوري.

فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندی الفرغاني (592هـ)، فتاوى قاضيخان، مخطوط من مطبعة العيسوي 1835م.

الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب (817هـ) القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة بيروت. لبنان، د.ط-د.ت.

القاري، محمد الهروي القاري المعروف بملا علي القاري (1014هـ)، فتح باب العناية بشرح النقاية، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت. لبنان ط 1/1418هـ/1997م.

القاضي أبو يوسف (182هـ)، اختلاف أبو حنيفة وابن أبي ليلى، مطبعة الوفاء 1375هـ، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني.

القاضي أبو يوسف (182هـ)، الآثار، دار الكتب، بيشاور- باكستان، د.ط/ د.ت، تحقيق: سعود العثمان.

القاضي أبو يوسف (182هـ)، الرد على سير الأوزاعي، مطبعة الوفاء، ط 1/ د.ت تحقيق: أبو الوفا الأفغاني.

القدوري، أحمد بن محمد بن جعفر القدوري (428هـ)، الموسوعة الفقهية المقارنة (التجريد)، دار السلام، القاهرة. مصر ط 1/1425هـ/2004م تحقيق: محمد سراج وعلي جمعة.

القراي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القراي (684هـ)، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، د.ط / د.ت.

القراي، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القراي (684هـ)، الذخيرة في فروع المالكية، دار الغرب الإسلامي، بيروت. لبنان ط 1 1994م تحقيق: محمد الحجي.

الإمام محمد بن إدريس الشافعي (204هـ)، الأم، رواية الربيع عن الإمام الشافعي، دار الوفاء، المنصورة. مصر، ط 1 1422هـ/2001م تحقيق: رفعت عبد المقصود.

القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي (463هـ)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، دار الجليل، بيروت. لبنان ط 1 1412هـ/1992م، تحقيق: علي محمد البجاوي.

القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي (463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 2 1413هـ/1992م.

القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي (463هـ)، الاستذكار، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1 1421هـ/2000م تحقيق: سالم محمد عطا، ومحمد علي معوض.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان، ط 2 1406هـ/1986م.

الكمال بن الهمام (861هـ)، شرح فتح القدير للعاجز الفقير، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان د.ط/د.ت.

الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (1058هـ)، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، دار ابن قتيبة، الكويت، ط 2 1409هـ/1989م، تحقيق: أحمد مبارك البغدادي.

محمد أمين المعروف بأمير باد شاه (972هـ)، تيسير التحرير، دار الفكر، دمشق. سوريا د.ط د.ت.

محمد بن مفلح أبو عبد الله شمس الدين المقدسي (763هـ)، الفروع، مؤسسة الرسالة، ط 1 1424هـ/2003م تحقيق: عبد الله عبد المحسن التركي.

محمد بدر الدين بن بلبان الدمشقي (1083هـ)، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب أحمد بن حنبل، دار البشائر الإسلامية د.ط د.ت تحقيق : محمد ناصر العجمي.

محمد بن عبد الله الخرخشي (1101هـ)، حاشية الخرخشي على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان ط 1 1417هـ / 1997م، تحقيق الشيخ زكريا عميرات.

محمد بن محمد بن عبد الرزاق المرتضى الزبيدي (1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د.ط/د.ت.

محمد زاهد الكوثري (1952م)، **حُسن التقاضي في سيرة الإمام أبي يوسف القاضي**، دار الأنوار، مصر، 1368هـ/1948م.

مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (261هـ)، **صحيح مسلم**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

مصطفى السيوطي الرحباني (1243هـ)، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي، دمشق. سوريا د. ط 1961م.

المنائي، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين الحدادي (1031هـ)، **التوقيف على مهمات التعاريف**، عالم الكتب، القاهرة - مصر، ط 1 1410هـ/1990م.

منصور بن يونس البهوتي (1051هـ)، **الروض المربع شرح زاد المستقنع**، دار الركائز، الكويت، ط 1 1438هـ، تحقيق خالد المشيقح وآخرون.

منلا خسرو محمد بن فراموز (885هـ)، **درر الأحكام شرح غرر الأحكام**، المطبعة العامرة الشرفية في مصرخان أبي طاقية د. ط 1304هـ.

الموصللي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي (683هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، دار الخير، دمشق. سوريا ط 1 1419هـ/1998م، تحقيق: علي عبد الحميد أبو الخير ومحمد وهي سليمان.

ناصر الدين البيضاوي، أبو سعيد عبد الله بن عمر الشيرازي البيضاوي (685هـ)، **أنوار التنزيل وأسرار التأويل**، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان ط 1/1418هـ، تحقيق: محمد عبد الرحمن مرعشلي.

نجم الدين، عمر بن محمد النسفي (537هـ)، **طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية**، دار القلم بيروت، لبنان ط 1/1406هـ.

النووي، محي الدين يحيى بن شرف النووي (676هـ)، **المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج**، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، ط 2/1392هـ.

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي (676هـ)، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية طبعة خاصة 1423هـ / 2003م تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في الكويت، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، طباعة ذات السلاسل الكويت ط 2 1404هـ/1983م.

وكيع، أبو بكر محمد بن خلف البغدادي (306هـ)، **أخبار القضاة**، المكتبة التجارية الكبرى، مصر ط 1 1366هـ/1947م، تحقيق: عبد العزيز المراغي.

وهبة الزحيلي (2015م)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق. سوريا ط2 1405هـ/1985م.

ÖZDEMİR. Ahmet. **İMAM EBÛ YÛSUF'UN FUKAHÂ TABAKÂTINDAKİ YERİ.**
The Journal of Academic Social Science Studies. Volume 6 Issue 3, p. 491-508, March 2013.





ÖZGEÇMİŞ

Mohammad Yosef Muhammed Nur MUAZ, Halep'te Hüsreviyye İlahiyat Lisesi'nde okuduktan sonra Şam (Dimaşk) Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden İslam Hukuku diploması aldı ve aynı zamanda Halep Üniversitesi Eğitim Fakültesi'nden Eğitim Yeterlilik diplomasına sahibi oldu. 2014 yılından beri İstanbul, Türkiye'de ikamet ediyor. Anadili Arapça olmayanlar için Arapça dersi üzerine çalışıyor. Aleml Medya Şirketi'nde eğitim uygulamalarında araştırmacı ve anadili Arapça olmayanlara Arapça öğreten AlifBee uygulamasının müfredatının hazırlamasında bir katılımcı ve pay sahibi.

C.V

Mohammad Yosef Mohammad Nour MUAZ, He studied at Khursufeyeh High School in Aleppo, and Bachelor's degree in Islamic law in Damascus University, He has Diploma in educational qualification from Aleppo University. He has been residing in Istanbul, Turkey since 2014, He work as a teacher of Arabic for non-native speakers, a researcher in an international company for educational applications, and a participant in the preparation of the AlifBee curriculum for Arabic for non-native speakers.

السيرة الذاتية

محمد يوسف محمد نور معاز، درس في الثانوية الشرعية (الحسرفية) في حلب، وأخذ إجازة في الشريعة الإسلامية من كلية الشريعة في جامعة دمشق، وحاصل على شهادة دبلوم تأهيل تربوي من كلية التربية جامعة حلب، مقيم في إسطنبول تركيا منذ عام 2014م، ويعمل مدرساً للغة العربية للناطقين بغيرها، وباحث في شركة عالمي للتطبيقات التعليمية، ومشارك في إعداد منهاج ألف بي للغة العربية للناطقين بغيرها، ومعد منهاج تطبيق ألف بي أطفال لمرحلة رياض الأطفال والناشئة.