كتاب أدب القاضي

تأليف

أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصّاف

المتوفى ٢٦١ هـ / ٨٤٧ م

و شرح

أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصّاص

المتوفى ٣٧٠ هـ / ٩٨٠ م

تحقيق

فرحات زيادة

رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى

جامعة واشنطون

كتاب أدب القاضي

الناشر
قسم النشر بالجامعة الأمريكية
بالقاهرة

كتاب أدب القاضي

تأليف

أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصّاف

المتوفى ٢٦١ هـ / ٨٤٧ م

وشرح

أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصّاص

المتوفى ٣٧٠ هـ / ٩٨٠ م

تحقيق

فرحات زيادة

رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى

جامعة واشنطون

ساعدت مؤسسة عيسى البابا واخوانه بنيويورك
على طبع هذا الكتاب

© Copyright 1978 by the American University in Cairo Press.
All rights reserved.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photo-copying, recording, or otherwise, without the express prior written permission of the copyright owner.

HARVARD UNIVERSITY
LIBRARY
SEP 20 1990

حقوق النشر محفوظة لدى
قسم النشر بالجامعة الأمريكية
بالقاهرة

فقال رجل: هذا والله الحق . فالتفت إليه[٤] عمر ثم عاد فقضى فقال الرجل[٥]: هذا والله الحق . فقال [٦]له عمر[٦] : وما يدريك أنه الحق ؟ فوالله إن عمر مايدرى أصاب الحق أم أخطأ ولكنه لايألو . ويدل[٧] على أن مذهبه[٨] موافق لمذهب الإمام أبى حنيفة فى هذه المسئلة ، لكنه قال مايدرى أصاب الحق أم أخطأ لأنه لو كان المطلوب غير واحد كان مصيباً إلى أى[٩] جهة إذا أدى اجتهاده إليها ولم يكن مخطئاً . ومما يدل على صحة قول[١٠] أبى حنيفة أن المطلوب فى إصابة القبلة واحد وإن كانت جهات المجتهدين مختلفة وكلهم مصيبون[١١] فيما كلف اجتهادهم مع اختلاف الجهات لأن[١٢] الله تعالى لم[١٣] يكلفهم إصابة القبلة فى موضع الاجتهاد وإنما كلف اجتهادهم فى الطلب وأن لايألوا فيه . وكذلك مسئلتنا . وكما أن جماعة من الرماة إذا لقوا العدو يكونون[١٤] مكلفين بالرمى نحو العدو بالاجتهاد[١٥] فى طلب الإصابة إلا أنهم لم يكلفوا الإصابة وإنما كلفوا الاجتهاد فى طلبها[١٦] ، فإذا رموا ولم يألوا فى طلب الإصابة كانوا مصيبين فيما كلفوا[١٧] ولو لم يصب العدو فقد صاروا جميعاً مصيبين فيما كلفوا[١٧] . والمطلوب واحد . كذلك مسئلتنا . وكما قالوا فى العبد إذا أبق وبعث مولاه جماعـــة من الناس فى طلبه . إن المطلوب عبد واحد والطالبين[١٨] جماعة ، والذى يصيب العبد يجوز أن يكون واحداً . وكلهم مصيبون فيما كلفوا [١١] لأن الذى لزمهم طلب الإصابة فإذا اجتهدوا فى ذلك ولم يألوا فيه[١٩] فقد أدوا ما كلفوا . فكذلك مسئلتنا .

---

(٤) ساقط من ف .
(٥) ج : رجل .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ساقط من ل .
(٨) ف ج : وذهب عمر .
(٩) ساقط من ل .
(١٠) ل : مذهب .
(١١) ل . مصيبين .
(١٢) ل : لأن .
(١٣) ج : لا .
(١٤) ف : ويكونون .
(١٥) ف : ومجتهدين .
(١٦) ف : طلب الإصابة .
(١٧) ساقط من ل ، ج .
(١٨) ل : والطالبون .
(١٩) ل : من الطلب لأنهم لم يكلفوا سوى ذلك فيه .

فصـــل

9 وأما ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ // [ف ٤ أ] فله أجر واحد » فمعناه عندنا ، والله أعلم ، أنه قد سوى بينهما فى الأجر الذى يستحقانه بالاجتهاد وطلب الحق إذا لم يأل واحد منهما[1] فى طلب إصابة الحق لأنهما جميعاً قد أديا ما كُلفا فلا يستحق أحدهما من الأجر أكثر مما يستحقه الآخر بالاجتهاد وطلب الحق فيستويان جميعاً فيما يستحقان من الأجر بالاجتهاد ويتفضل على المصيب بشىء آخر ليكون حثاً[2] له على الاجتهاد وطلب الحق .

مســـئلة

10 { وينبغى للقاضى أن [1]يكون عالماً[1] يقضى بما فى كتاب الله تعالى من الأحكام المنصوصة التى لم[2] تنسخ ، فإن لم يجد فى كتاب الله فبسنة // [ل ٤ أ] رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يجد فى سنة رسول الله فبما أجمع عليه أصحاب رسول الله ، فإن لم يجد فى الإجماع اجتهد رأيه } . [3]والأصل فى ذلك ما[3] روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه بعث معاذاً إلى اليمن فقال « يامعاذ كيف تقضى ؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله . قال : فإن جاءك أمر ليس فى كتاب الله . قال : أقضى بسنة رسول الله . قال : فإن [4]جاءك أمر ليس[4] فى سنة رسول الله . قال : أجتهد برأيى[5] . فقال[6] : الحمد لله الذى وفق رسول [7]رسول الله[7] لما يرضى الله »[8] فقد بين عليه السلام

---

9 (١) ل : منهم .
(٢) ف : تحثيثا .
10 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ف : وذلك لما .
(٤) ف : لم يكن .
(٥) ل : زأى .
(٦) مزيد هنا فى ف ، ج : النبى صلى الله عليه وسلم .
(٧) ف : رسوله .
(٨) ف ، ج : يرضى رسول الله . قابل أبا داود ، أقضية ، ١١ .

بهذا أن حكم الكتاب مقدم على سائر الأشياء . ونحن كذا نقول إنه ينظر حكم الحادثة في القرآن ، هل يجده أولا . فإن وجده في القرآن حكم ، وإن لم يجده نظر في سنة رسول الله ، ولا يعدل إلى غيره . لأن نص الكتاب والسنة مقدم على النظر ، والإجماع لا يعدل عن النص أيضاً . فإن لم يكن في الكتاب ولا في السنة حينئذ ينظر في أقاويل السلف . هل اتفقوا عليها أو اختلفوا فيها . فإن اتفقوا عليها حكم بذلك ولا يعدل عنه لأن الإجماع عندنا حجة بنص[٩] الكتاب والسنة، فلا يجوز العدول عنه[١٠] مع وجوده ، كما لم يجز العدول عن النص إلى[١١] غيره . وإنما لم يقل معاذ هذا لأن كون النبي عليه السلام بين أظهرهم منع من[١٢] الرجوع إلى أقاويلهم . فإن كانت[١٣] الصحابة مختلفين فحينئذ يجتهد[١٤] رأيه ، إن كان من أهل الاجتهاد ، لأن القياس سائغ عندنا مع عدم النص والإجماع. وقد روى عن عمر وابن مسعود مثل هذا[١٥] . وأما ماروى عن عمر في[١٦] رواية الشعبي عن شريح أن عمر كتب إليه : إذا جاءك شيء في كتاب الله // [ف ٤ ب] فاقض به ولا يلبينّك[١٧] عنه الرجال ، يعني يردّنك ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر في سنة رسول الله فاقض بها[١٨] ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله فانظر ما أجمع عليه الناس فخذ به . فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله [١٩] ولا بسنة رسول الله [١٩] ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين ، إن شئت تجتهد رأيك وتقدم[٢٠] ، فتقدمْ ، وإن شئت أن تتأخر فتأخرْ ، ولا أرى التأخير إلا خيراً لك ، يعني إن شئت

---

(٩) ف : كنص .
(١٠) ف : عن الإجماع .
(١١) ل : لا .
(١٢) ساقط من ف .
(١٣) ف : كان .
(١٤) ف : اجتهد .
(١٥) ل : مذهبنا .
(١٦) ف : وفي
(١٧) ف : يلفتنك .
(١٨) ج : به .
(١٩) ف : ولم يكن في سنة الرسول .
(٢٠) كذا في الأصل ، ولعل الصواب : وتتقدم .

أن تقدم فنعمل على اجتهادك فافعل وإن شئت أن تتأخر عن اجتهادك // [ل ٤ ب] وتستشير[٢١] أهل العلم فعلت ذلك ، ولا أرى[٢٢] التأخير عن العمل باجتهادك[٢٢] والأخذ بالاستشارة والتمييز بين الأقاويل بعد المشاورة إلا خيراً لك .

11 وكذلك قال أصحابنا إن الأحوط أن يستشير الناس حتى يسمع أقاويلهم ثم يميز من تلك الأقاويل ماهو أقرب إلى الحق والصواب فيأخذ به . وروى عنه رضى الله عنه أنه ولى حابساً بن سعد الطائى قضاء الشام ، وقال بعضهم قضاء حمص خاصة[١] . فقال له : ياحابس . كيف تقضى ؟ فقال : أقضى بما فى كتاب الله تعالى . قال : فإنه لم يكن [٢]فى كتاب الله تعالى ، قال[٢] : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم يكن [٣]فى سنة رسول الله[٣] قال : أجتهد رأيى وأستشير جلسائى . قال : أصبت وأحسنت . فمكث أياماً ثم لقيه بعد ذلك فقال له عمر مامنعك أن تسير إلى عملك ؟ فقال : ياأمير المؤمنين . إنى رأيت رؤيا هالتنى . فقال : وماهى ؟ قال : رأيت كأن الشمس والقمر يقتتلان — وقال ابن فضل[٤] فى حديثه : رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق فى جمع كثير وكأن القمر أقبل من المغرب فى جمع كثير حتى التقيا فاقتتلا — فقال : مع أيهما كنت ؟ فقال مع القمر . فقال فقرأ عمر ﴿ وجعلنا الليل والنهار آيتين فمحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة ﴾[٥] ، مع القمر[٦] فى مغرب الشمس ؟ أردد إلينا عهدنا ! قال عطاء[٧] بن السائب وهو راوى الحديث : فبلغنى أنه قتل بصفين مع معاوية وقد روى حديث يطول ذكره يشتمل[٨] على أحكام كثيرة نذكرها بعد الفراغ من هذه المسئلة إن شاء الله تعالى .

---

(٢١) ف : واستشرت .

11 (١) ساقط من ف ، ج .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ل : فضيل .

(٥) سورة الإسراء ، ١٧ : ١٢ .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ج .

(٨) ف : اشتمل ج : مشتمل .

(٢٢) ف : التأخر عن العمل بالاجتهاد .

12 وأما ما رُوى عن ابن مسعود فروى الخصاف[1] بإسناده عن عبد الرحمن بن يزيد قال : قال عبد الله : إنه قد أتى علينا حين لسنا نقضى ولسنا هناك[2]، ثم كان من قدر الله أن قد بلغت من الأمر ماترون ، فمن عرض //[ف ٥ أ] لهمنكم قضاء بعد[3] اليوم فليقض بما فى كتاب الله تعالى ، فإن جاءه أمر ليس فى كتاب الله[4] فليقض بما قضى به نبيه عليه السلام ، فإن أتاه أمر ليس فى كتاب الله[4] ولم يقض به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن أتاه ماليس فى كتاب الله ولم يقض به نبيه ولم يقض به الصالحون فليجتهد رأيه ، ولا يقولن أحدكم إنى أرى أنى أخاف ، فإن الحلال بيّن والحرام بين ، وبين ذلك أمور مشتبهة ، فدع مايريبك إلا مالا يريبك . وما روى عن ابن عباس فرواه [5]عبيدالله //[ل ٥ أ] بن أبى بريدة[5] قال : كان ابن عباس إذا سئل عن الأمر فكان فى القرآن أخبر به وإن لم يكن فى القرآن وكان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر به وإن لم يكن فعن أبى بكر وعمر فإن لم يكن قال فيه برأيه. وأيضاً روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما أقضى بينكم فيما لم ينزل على برأى »[6] ، رواه عبد الله بن رافع مولى أم سلمة[7] عن أم سلمة[7] عن النبى عليه السلام . فأفادنا هذا جواز الاجتهاد للأنبياء صلوات الله عليهم فيما لم ينزل عليهم . [8] وأباح لسائر الناس الاجتهاد[8] إذا كانوا من أهل الاجتهاد ، وإنما هو كلام ترتيب الأصول وإنفاذ الأحكام على مراتبها .

13 قال الخصاف : { فإن لم يكن فى ذلك إجماع منهم وكانوا قد اختلفوا فيه ، وكان القاضى من أهل التمييز والنظر بين أقاويلهم [1]نظر إلى[1] أشبهها بالحق

---

12 (١) ف : الخطاف .
(٢) كذا فى الأصل .
(٣) ل : هذا .
(٤) ساقط من ج .
(٥) ف ، ج : عبد الله بن أبى يزيد .
(٦) أبو داود ، أقضية ، ٧ : « انما أقضى بينكم برأيى فيما لم ينزل على فيه » .
(٧) ساقط من ل .
(٨) ل : واباحة الاجتهاد لسائر الناس .
13 (١) ف : فينظر .

وأقربها من الصواب وأحسنها عنده فقضى به } . وقد بينا هذا المعنى فيما تقدم من جهة الآثار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه[٢] . وقد بينا أن القاضي ينبغي أن يكون من أهل التمييز والنظر :

14 قال : { وإن كان لم يأت فيه عن الصحابة شيء وكان فيه إجماع من التابعين حكم[١] به } من قبل أن إجماع التابعين[١] بعد الصحابة حجة على من بعدهم[٢] وكذا إجماع كل عصر حجة على من بعدهم[٢] عندنا وليس له أن يعدل عن إجماع أهل[٣] عصره إلى اجتهاد نفسه .

15 قال : { وإن كان فيه اختلاف بينهم[١] صار إلى حال النظر والتمييز } من قبل أن المكلف[٢] به هذا النص والإجماع[٢] ، وقد عدم هاهنا النص فلا بد له من استعمال النظر والتمييز بين[٣] جملة أقاويلهم . ولا يسوغ له أن يخرج عن أقاويلهم لأنه يكون حينئذ مخالفاً لإجماعهم ، إذ قد أجمعوا على أنه ليس// [ف ٥ ب] في هذه الحادثة حكم لله تعالى غير ماقالوا به ، والخارج عن أقاويلهم مخالف لإجماعهم . فلا يجوز لأحد مخالفة الإجماع .

16 قال : { وإن ورد عليه شيء لم يجده أيضاً[١] عن التابعين قاسه على مايشبهه[٢] من الأحكام واجتهد فيه برأيه وتحرى الصواب وطاب بجهده ثم [٣]قضى بما يغلب[٣] عليه رأيه } . وقد بينا أنه يسوغ له الإجتهاد في هذا الموضع .

---

(٢) ف : وعن أصحابه .

14 (١) ساقط من ج . (٢) ساقط من ف ، ج .
(٣) ساقط من ف ، ج .

15 (١) ف : منهم . (٢) ف : بعد النص والسنة والإجماع .
(٣) ف : من .

16 (١) ف : يجد فيه أيضاً شيئا . (٢) ف : أشبهه .
(٣) ف : يقضي بما يعزم .

17 قال : { وإن كان فى المصر قوم من أهل الفقه شاورهم فى ذلك } لما بينا فى خبر عمر { فإن اتفق رأيه وآراؤهم[1] على شىء حكم به } لأنهم قد أجمعوا // [ل ٥ ب] أن المطلوب هو ماذهب إليه اجتهادهم ، فلا يجوز له العدول عنه كما لايجوز للمصلى العدول عن الجهة التى أدى اجتهاده إليها[2] .

18 قال : { وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقاويل عنده من الحق فأمضى ذلك } من قبل أنه إذا كان من أهل الاجتهاد صار كواحد من المجتهدين فساغ له الاجتهاد مع اختلافهم .

19 قال : { وإن أجمع[1] له فقهاء ذلك البلد على شىء وكان رأيه خلاف ذلك فلا ينبغى[2] أن يعجل حتى يكتب فيه إلى غيرهم[3] . ويشاورهم ، ثم ينظر إلى أحسن ذلك فيعمل به } من قبل أن عندنا ليس الإجماع [4]إجماع فقهاء أهل البلد الواحد ، وإجماع أهل بلدة واحدة على شىء واحد لا يمنع استعمال[4] اجتهاده فيكتب إلى سائر الاقاليم[5] ليكون ذلك أحوط وأوثق لحكم الله تعالى . فإذا سمع مقالة سائرهم نظر الى أحسن ذلك فيعمل به . وليس عليه أن يكتب الى جميع الأقاليم[5] لأن ذلك يمنع نفاذ[6] الحكم ، لأنه لو وجب عليه أن يكتب فى[7] كل حادثة لما ارتفع حكم فى حادثة اذا وقعت .

20 قال : { واذا أشكل عليه شىء فشاور فى ذلك رجلا فقيها واحدا ، فهو فى سعة أن يأخذ بقوله اذا لم يكن للقاضى فى ذلك رأى } من قبل

---

17 (١) ح : ورأيهم .

19 (١) ب : اجتمع .
(٢) ف : ينبغى له .
(٣) مزيد هنا فى ح : من الفقهاء .
(٤) ف ، ج : انما هو لاجماع فقهاء البلد الواحد ، فإجماع أهل . استعماله .
(٥) ف : الأقاويل .
(٦) ج : يمنع من انفاذ .
(٧) ساقط من ل .

(٢) ف : انها هى القبلة .

أن رأيه اذا كان خلاف رأى الفقيه وهو من أهل الاجتهاد[1] لم يكن له العدول عن اجتهاده الذى هو أصوب عنده الى اجتهاد غيره الذى هو خطأ ، كالمجتهد[1] فى القبلة اذا كان بصيراً لم يكن له أن يترك اجتهاده ويقتدى بغيره الذى هو معدول عن القبلة . وأما اذا[2] لم يكن له رأى فى ذلك كان له أن يأخذ بقول[3] الفقيه ، كالقاضى الذى ليس له اجتهاد جاز[4] له أن يأخذ بقول بعض الفقهاء . كذلك هذا . ومثل[5] المصلى إذا لم يكن له رأى فى طلب // [ف ٦ أ] القبلة جاز له أن يأخذ بقول من يثق ببصارته[6] فى الاجتهاد واصابة القبلة .

21 قال : { وإن كان الرجل الذى شاوره القاضى أفقه من القاضى عنده لفضل علم فيه ، فإن كان القاضى مميزاً ميز بين[1] القولين ثم نظر الى أحسنهما وأصوبهما ، فقضى به } من قبل أنه اذا كان رأيه خلاف رأى الفقيه لابد له من أن ينظر ويميز بين القولين ، فيحكم بما هو أقرب الى الصواب[2] وان كان قد يعدل بذلك عن رأيه الى رأى الفقيه // [ل ٦ أ] لأنه حينئذ يكون عنده[3] اجتهاد الفقيه ورأيه أقرب الى الحق ، فلا يسوغ له العدول عنه .

22 قال أبو بكر : وهذا قول أبى حنيفة . وأما قول أبى يوسف ومحمد فلا يسوغ له العدول عن اجتهاده إلى اجتهاد الفقيه إذا كان هو من أهل الاجتهاد كالمجتهد إلى القبلة لايجوز له أن يعدل عن الجهة التى أدى[1] اجتهاده إليها إلى جهة[2] أدى اجتهاد غيره إليها . وأبو حنيفة جوز حكمه بقول الفقيه إذا كان عنده أن الفقيه أعلم منه واجتهاده أحسن من اجتهاده من قبل أنه إذا اعتقد أن

---

20 (١) ساقط من ل .
(٣) ج : برأى .
(٥) ج : ومثل هذا .
21 (١) ساقط من ف .
(٣) ف : عنده أن .
22 (١) ساقط من ف .
(٢) ساقط من ف .
(٤) ل : ويجوز .
(٦) ف : يثق به فى بصارته .
(٢) ف : الحق .
(٢) ف : جهة أخرى .