

كتاب أدب القاضي

م : (كتاب أدب القاضي)

ش: أي هذا كتاب في بيان أدب القاضي . والأدب الخصال الحميدة ، سميت به لأنها تدعو إلى الخيرات والحسنات ، من الأدب بسكون الدال ، وهو الدعاء .

قال طرفة الشاعر :

نحن في المشاة ندعو الجفلى لا ترى الأدب فينا يفتقر

والأدب فاعل من أدب يأدب أدباً ، إذا دعا ، وسمي الأدب أدباً لأنه يدعو الناس إلى المحامد . وعن أبي يزيد : الأدب يقع على رياضة محمودة ، فيخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل .

والمراد من أدب القاضي هو الخصال المدعو إليها ، والقضاء يستعمل في أشياء ، ويراد به في الشرع الإلزام ، وقيل القضاء الحكم .

وقال ابن أبي قتيبة : القضاء يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى واحد أصله الحتم والفراغ عن الأمر ، وبه يجري ألفاظ القرآن .

وفي الشرع يراد به الإلزام ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم ، وأصله قضاي ، لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت ، كراء أصله رداي . ولما كان وضع القضاء لفصل الخصومات ، وتنفيذ الأحكام ، وأكثر الخصومات يقع في البياعات والديون ، ذكر بعدها كتاب القضاء لمساس الحاجة إلى القضاء .

وفي الزاد القضاء فريضة محكمة وشرعة متبعة ، وعبادة شريفة لأجل ذلك أثبت الله تعالى لأدم عليه السلام الخلافة بقوله ﴿ إني جاعل في الأرض خليفة ﴾ (البقرة : الآية ٣٠) ولداود عليه السلام بقوله تعالى ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة ﴾ (ص : الآية ٢٦) ، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء عليهم السلام ، ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا ، وبالسنة لما روي أنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال : «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ ، فله أجر ، وإن أصاب فله أجران» (١) ،

(١) رواه الدارقطني (٢١٠/٤) من طريق يزيد بن عبد الله بن الهاد عن محمد بن إبراهيم عن بسر بن سعيد عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص . . . مرفوعاً .

ورواه ص (٢٠٤) من طريق عبد الرزاق نا معمر عن سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً . وهذا مخرج في الصحيحين .

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد

وحدِيث معاذ لما بعثه النبي ﷺ^(١) ظاهر وبالإجماع وهو ظاهر وبالمعقول وهو أن في القضاء الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ودفع الظلم عن المظلوم ، ودفع التهاجر ، وقطع المنازعات ، وفصل الخصومات ، والكل حسن عقلاً وهو فرض كفاية بالإجماع ، وإن لم يصلح للقضاء إلا واحد ، تعين عليه ووجب عليه بالإجماع .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى) ش: بفتح اللام اسم مفعول من التولية ، وإنما قال المولى ولم يقل المتولي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه م: (شرائط الشهادة) ش: وهي الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والعدالة ، لأن مبنى القضاء على حكم الشهادة م: (ويكون) ش: بالنصب عطفاً على قوله حتى يجتمع م: (من أهل الاجتهاد) ش: الصحيح عندنا أن هذا شرط الأولوية ، لا شرط الجواز ، وقيل شرط الجواز وإليه مال صاحب شرح الأقطع .

وفي «وجيز الشافعية» ، لا بد للقضاء من صفات ، وهو أن يكون ذكراً حراً ، مجتهداً ، بصيراً عدلاً ، فلا يجوز قضاء المرأة ، والأعمى ، والصبي ، والفاسق ، والجاهل ، والمقلد انتهى .

وقد ذكر محمد - رحمه الله - في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً . وذكر الخصاص : ما يدل على جوازه ، لأنه قال : القاضي يقضي باجتهاد نفسه إذا كان له رأي ، فإن لم يكن له رأي ، وسأل فقيهاً ، أخذ بقوله .

والدليل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز ما أخرجه أبو داود عن شريك - رحمه الله - عن سماك عن حنش عن علي رضي الله تعالى عنه ، قال : «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً ، فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ، فقال : إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، قال : فما زلت قاضياً ، وما شككت في قضاء بعد » ، ورواه

(١) ضعيف جداً : رواه أبو داود في «القضاء - باب اجتهاد الرأي في القضاء» (٣٥٩٢) والترمذي في «الأحكام - باب ما جاء في القاضي كيف يقضي» (١٣٥٠) من طريق الحارث بن عمرو عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ عن معاذ ... مرفوعاً . وأخرجه أيضاً من طريق الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ ... مراسلاً .

قلت : والراوي عن الحارث بن عمرو في الخاليتين هو أبو عون وعنه شعبة ، فهذا الاضطراب من الحارث بن عمرو وهو مجهول .

قال الترمذي : هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل ، وأبو عون الثقفني اسمه محمد ابن عبيد الله .

أما الأول ، فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ؛ لأن كل واحد منهما من باب الولاية ،

الحاكم - رحمه الله - أيضاً في مستدرکه ، وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وعلي لم يكن حيثئذ من أهل الاجتهاد ، وقال الأستروشنى في «فصوله» : قال بعضهم إذا كان صوابه أكثر من خطأه حل له الاجتهاد ، وقاله البستي في «أصوله» . قال بعض أصحابنا : إذا كان عالماً في مسألة تعرف حقيقتها ، ولا يخفى عليه دقيقتها يكون من أهل الاجتهاد في تلك المسألة ، وأما المجتهد الذي ذكره أهل الأصول ، فهو أن يكون عالماً بالنصوص من الكتاب والسنة مما يتعلق به الأحكام الشرعية ، ولا يشترط أن يكون عالماً بجميع ما في الكتاب والسنة ، وهذا عزيز ، والرخصة في ذلك أن يكون بحال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الأحكام ، ويشترط أيضاً أن يكون عالماً بوجوه العمل بالكتاب والسنة والإجماع على ما عرف في أصول الفقه ، وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهداً ، ويجب عليه العمل باجتهاده ، ويحرم عليه تقليد غيره ، كذا في الميزان .

وقال صدر الإسلام البزدوي في «أصوله» ، وأهل الاجتهاد من يكون عالماً بالكتاب ناسخه ومنسوخه ، وعالماً بالسنن ناسخها ومنسوخها ، وعالماً بمعاني الكتاب والسنن التي هي أقيسة . وإلى هذا أشار محمد رحمه الله في كتاب الحدود ، وبعضهم قالوا يجب أيضاً أن يكون عالماً بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية ، والصحيح أن أهل الاجتهاد في مسائل الفقه ، من يكون عالماً بدلائل الفقه ، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، والقياس ، إلى هنا لفظ صدر الإسلام .

وأما المفتي فقد قال صدر الإسلام البزدوي في أصوله : أجمع الفقهاء والعلماء ، أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ، فإنه لا يقدر أن يفتي الناس إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ، فإنه يحتاج إلى الاجتهاد لا محالة ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، لا يحل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية ، فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء ، ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين ، إلى هنا لفظ صدر الإسلام - رحمه الله - .

م : (أما الأول) ش : يعني اشتراط شرائط الشهادة وقد ذكرناها م : (فلأن حكم القضاء يستقى) ش : أي يستفاد ، وهكذا وقع في نسخة شيخى بلفظ يستفاد في الكتاب . وقال تاج الشريعة - رحمه الله - يستقى من حكم الشهادة ، أي يؤخذ ويستنبط ويستخرج ويستفاد بطريق ترشيح الاستعارة ، لمشابهة العلم بالماء ، إذ به حياة الأرواح ، كما أن بالماء حياة الأشياء م : (من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما) ش : لأنه مبنى القضاء على الشهادة كما مر م : (من باب الولاية) ش : إذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ، ولأن كل واحد منها إلزام ، فالشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم .

فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء . والفاستق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة

م: (فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء) ش: هذا نتيجة ما قبله من الكلام ، وكذلك قوله م: (وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء) ش: بل اشتراطها في القضاء أولى ، لأن القضاء ولاية عامة م: (والفاستق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح) ش: أي تقليده م: (إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا) ش: وقال الشافعي - رحمه الله - ومالك وأحمد - رحمهما الله - : لا يصح تقليده ، وبه قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - قلت : الصواب معهم ، ولا سيما قضاة هذا الزمان . وقال أصبغ المالكي : يصح ، ولكن يجب عزله .

وفي «وسيط الغزالي» : اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما مستعذر في عصرنا بخلو العصر عن المجتهد والولي ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقاً .

وفي «خلاصة الفتاوى» : واختلفت الروايات في تقليد الفاسق للقضاء ، والأصح أنه يصح التقليد ، ولا ينعزل بالفسق ، ثم قال ، قال في «المحيط» : يستحق العزل عند عامة المشايخ - رحمهم الله - إلا إذا شرط في التقليد أنه متى جاء ينعزل . وعند الشافعي - رحمه الله - ينعزل ، والإمام يصير إماماً مع الفسق ، ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي «نوادير هشام» ، قال محمد - رحمه الله - : لو فسق القاضي ثم تاب ، فهو على قضائه ، وحكي عن الكرخي : أنه ينعزل بفسقه ، وعن علي المرادي صاحب أبي يوسف - رحمه الله - : أنه ينعزل القاضي بفسقه ، ولا ينعزل الخليفة بفسقه إلى هنا لفظ كتاب «الأجناس» وقال فيه أيضاً :

وفي «أدب القاضي» للحسن بن زياد : وفي قاضي خان مكث وهو تقي ، ثم فسق بعد ذلك وارتشى ، وقد كان قضى بقضايا ، قبل أن يفسق ، ويقضايها بعدما فسق أبطل كل قضية قضى بها ، بعدما فسق ، وأنفذت القضايا التي قضى بها قبل أن يفسق .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً ، وأنفذ قضايا كثيرة ، ثم علم أنه فاسق مرتش ، لم يزل منذ ولي على ذلك ، ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن تبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي إلى هنا لفظ الأجناس .

م: (ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة) ش: الرشوة بكسر الراء وضم الراء لغة فيه

أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا -رحمهم الله- وقال الشافعي : الفاسق لا يجوز قضاؤه ، كما لا تقبل شهادته عنده . وعن علمائنا الثلاثة -رحمهم الله- في «النوادر» أنه لا يجوز قضاؤه ، وقال بعض المشايخ -رحمهم الله :- إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق؛ لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتياً؟ قيل لا ، لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد الفاسق حذراً عن النسبة إلى الخطأ .

مأخوذة من الرشا بالمد ، فإن نازح البئر لا يتصل إليه إلا به ، فلذلك الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام إلا بها والرشوة على أربعة أوجه :

منها ما هو حرام للأخذ والمعطى ، وهو الرشوة في تقليد القضاء ، فإنه لا يصير قاضياً بالرشوة بالإجماع سواء كان قضاؤه بحق أم بغير حق ، ومنها ما يأخذه القاضي على القضاء ، وهو حرام من الجانبين أيضاً ، ولا ينفذ قضاؤه بحق أو بغير حق ، ومنها ما يدفعها لخوف على نفسه أو ماله فهذا حرام على الآخذ لا الدافع ، ومنها ما لو دفعها ليستوي أمره عند السلطان ، حل الدفع ، ولا يحل الآخذ ، فلو أراد الآخذ أن يحل ، يستأجر الدافع الآخذ يوماً إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه فإنه يجوز هذه الإجارة ، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل ، وإن شاء استعمله في غيره . كذا في «فتاوى قاضي خان» - رحمه الله - و«أدب القاضي» للصدر الشهيد- رحمه الله - م: (أو غيره) ش: أي أو في غير أخذ الرشوة كالزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي م: (لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا -رحمهم الله-) ش: أي علماء بخارى وسمرقند - رحمهم الله - .

م: (وقال الشافعي : الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده) ش: أي : عند الشافعي - رحمه الله - م: (وعن علمائنا الثلاثة - رحمهم الله -) ش: وهو أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - م: (في «النوادر»: أنه لا يجوز قضاؤه) ش: أي قضاء الفاسق ، كما هو مذهب الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - .

م: (وقال بعض المشايخ - رحمهم الله :- إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ؛ لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها) ش: أي دون العدالة م: (وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا) ش: أي لا يصلح م: (لأنه) ش: أي لأن الإفتاء م: (من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات) ش: لأن مبناه على الأمانة والاحتراز عن الجنائية ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - م: (وقيل يصلح لأنه) ش: أي لأن المفتي م: (يجتهد الفاسق) ش: كل الجهد في إصابة الحق م: (حذراً عن النسبة إلى الخطأ) ش: وقال أبو العباس الناطقي - رحمه الله - في آخر

وأما الثاني ، فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل ، فصحيح عندنا ، خلافاً للشافعي - رحمه الله - ، وهو يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ، ولا قدرة دون العلم ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأندر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام ، « من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ».

أدب القاضي من كتاب «الأجناس» ، للفقهاء إذا كان فاسقاً ، هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ - رحمهم الله - .

ذكر محمد بن شجاع - رحمه الله - في « نوادره » سمعت بشر بن غياث - رحمه الله - يقول: أرى الحجر على ثلاثة ، قاض فاسق ، وطبيب جاهل ، ومكار مفلس . وقال محمد بن شجاع - رحمه الله - من قول نفسه : لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لأنه يكره أن يخطئه الفقهاء ، فيجيب بما هو الصواب .

م: (وأما الثاني) ش: أي الشرط الثاني في الولي ، وهو شرط الاجتهاد ، وقد مر الكلام فيه ، ولكن نتكلم في حل المتن م: (فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية) ش: والمجتهد أحب من غيره م: (فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا ، خلافاً للشافعي - رحمه الله -) ش: ويقول قال مالك وأحمد - رحمهما الله - م: (وهو) ش: أي الشافعي - رحمه الله - م: (يقول: إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه) ش: لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولا أمر بلا قدرة ، ولا قدرة بلا علم ، وهو معنى قوله م: (ولا قدرة دون العلم) ش: لأن الجاهل يخبط خبط العشو ، ولا يميز بين الحق والباطل م: (ولنا أنه) ش: أي أن الجاهل م: (يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه) ش: وفي بعض النسخ إلى المستحق .

فإن قلت: روى أبو داود عن ابن بريدة عن أبيه - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ « القضاة ثلاثة ، اثنان في النار ، وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق ف قضى به ، فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، ورجل في الحكم ، فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ، ف قضى بين الناس على جهل ، فهو في النار » (١) . وقيل له: الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى الغير .

م: (وينبغي للمقلد) ش: بكسر اللام م: (أن يختار من هو الأندر) ش: على القضاء م: (والأولى) ش: لعلمه ودينه وأمانته م: (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ : « من قلد إنساناً عملاً ، وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » روى الحاكم -

(١) رواه أبو داود (٣٥٧٣) والحاكم في «المستدرک» في الأحكام (٤/٩٠) ، وقال: صحيح على شرط مسلم من طريق ابن بريدة عن أبيه . . . مرفوعاً .

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لتلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة ،

رحمه الله - في «مستدرکه» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » . وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ورواه الطبراني - رحمه الله - في «معجمه» عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « من ولي من أمور المسلمين شيئاً ، فاستعمل عليهم رجلاً ، وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين »^(١) .

وروى أبو يعلى الموصلي - رضي الله عنه - في «مسنده» ، عن حذيفة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : « أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفطن منه ، فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين » . فانظر إلى ملوك زماننا هذا ، كيف يولون قضاة ونواباً ، مع علمهم أن في رعيته من هو أفضل منهم وأعلم وأدين ، وغالب توليتهم بالرشاء والبواطيل . وقد روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال : لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرثي . وروى الخصاص من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال : « لعن الله الراشي والمرثي ، والرائش ملمعون ، والرائشي المعطي ، والمرثي الآخذ ، والرائش الذي يسمي بينهما ليسوي أمره » .

م : (وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه) ش : أي في أصول الفقه لفخر الإسلام - رحمه الله - وغيره في باب معرفة المجتهدين ، وقد ذكرنا فيما مضى في هذا الباب مما فيه الكفاية م : (وحاصله) ش : أي حاصل ما قيل في حد الاجتهاد م : (أن يكون) ش : أي الذي يدعي الاجتهاد م : (صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب) ش : أي أو يكون صاحب م : (فقه له معرفة بالحديث لتلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة) ش : قال صاحب «الجمهرة» : القريحة خالص الطبيعة ، ومنه اشتقاق القراح ، وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبخ ، وغيره في «تهذيب الديوان» : قريحة البئر أول

(١) رواه الحاكم (٩/٤) ، وابن عدي في «الكامل» (٣٥٢/٢) ، بلفظ : «من استعمل عاملاً على قوم» ، وأعله بحسين بن قيس وهو ضعيف . وقال العقيلي : إنما يعرف هذا من كلام عمر .

وقال الهيثمي في «المجموع» (٥/٢١١) : رواه الطبراني وفيه أبو محمد الحزري حمزة ولم أعرفه وبقيه رجاله رجال الصحيح .

وعزه الزيلعي لأبي يعلى ، وذكر إسناده : حدثنا أبو وائل خالد بن محمد البصري ثنا عبد الله بن بكر السهمي ثنا خلف بن خلف عن إبراهيم بن سالم عن عمرو بن ضرار عن حذيفة . . . مرفوعاً .

يعرف بها عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يبتني عليها . قال : ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه ، لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوه وكفى بهم قدوة ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف . قال : ويكره الدخول فيه لمن يخاف المعجز عنه

مائها ، والقريحة الطبيعة ومنه يقال لفلان قريحة جيدة براه استنباط العلم وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة اسم للبر من قرحتها ، إذا حفرتها ثم سموا الماء بذلك لملاسته بينهما ، ثم قالوا فلان حسن القريحة ، إذا ابتدع شعراً أو خطبة أجاد فيهما ، فاستعاروها للطبع ، وهو من مستعار المجاز ، لأن أصل القرح الجرح والشق ومنه القارح ، وهو الفرس الذي قرح نابه أي شق .

م : (يعرف بها) ش : أي بالقريحة م : (عادات الناس ؛ لأن من الأحكام ما يبتني عليها) ش : أي على العادات ، لأن العرف قد يغلب على القياس ، كما في الاستصناع جوزوا بخلاف القياس .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه) ش : أي فرض القضاء وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء عليهم السلام م : (لأن الصحابة - رضي الله عنهم - تقلدوه) ش : أي القضاء ، وروى أبو داود والترمذي وابن ماجه - رحمهم الله - أن علياً - رضي الله عنه - « تقلد القضاء من النبي ﷺ » (١)

وروى البيهقي أيضاً أن أبا بكر - رضي الله عنه - ، استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال ، وروى ابن سعد في « الطبقات » عن نافع لما استعمل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - زيد بن ثابت - رضي الله عنه - على القضاء فرض له رزقاً م : (وكفى بهم قدوة) ش : أي كفى بالصحابة أسوة .

قال الجوهري - رحمه الله - : القدوة الأسوة ، يقال فلان قدوة يقتدى به ، وقد يضم فيقال لي بك قدوة وقدوة وقدوه م : (ولأنه) ش : أي ولأن القضاء م : (فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) ش : والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض .

فإن قيل قوله فرض كفاية يوجب أن الدخول فيه مستحب كما في صلاة الجنازة وغيرهما قلنا نعم ، لكن فيه خطر عظيم ، وأمر مخوف ، لا يسلم في بحره كل سائح ، فبالنظر إلى كونه فرض كفاية وبالنظر إلى كونه متضمناً أمراً مخوفاً يكره ، قلنا لعدم البأس .

م : (قال :) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (ويكره الدخول فيه) ش : أي في القضاء م : (لمن يخاف المعجز عنه) ش : أي عن القضاء وكره بعض العلماء - رحمهم الله - أو بعض السلف -

(١) حسن : أخرجه الحاكم (٨٨/٤) من طريق شيبابة بن سوار ثنا ورقاء بن عمر عن مجاهد عن ابن عباس قال : بعث النبي ﷺ علياً إلى اليمن ، فقال : علمهم الشرائع ، واقض بينهم ، فقال : لا علم لي بالقضاء ، فدفع في صدره ، وقال : اللهم اهده للقضاء ، وقال : صحيح على شرط الشيخين . قلت : ولا يقل عن منزلة الحسن فإن في ورقاء كلام يسير لا ينزل بحديثه عن مرتبة الحسن .

ولا يأمن على نفسه الحيف فيه ، كيلا يصير شرطاً لمباشرته القبيح . وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً ، لقوله عليه الصلاة والسلام : [من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين] .

رحمهم الله - الدخول فيه سواء ، وشقوا بأنفسهم أو خافوا عليها العجز عنه ، وفسروا الكراهة هنا بعدم الجواز .

فقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : ومنهم من قال : لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً .

ألا ترى أن أبا حنيفة - رضي الله تعالى عنه - دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً ، فلما كان في المرة الثالثة ، قال حتى أستشر أصحابي ، فاستشار أبا يوسف - رحمه الله - فقال أبو يوسف - رحمه الله - : لو تقلدت لنفعت الناس ، فنظر إليه أبو حنيفة - رحمه الله - نظر المغضب وقال : أرايت لو أمرت أن أعبّر البحر سباحة أكنت أقدر عليه ، وكأني بك قاضياً ، ويروى أنه قال : أراك أن تبلى بالقضاء ، وكذا دعي محمد - رحمه الله - إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد .

م : (ولا يأمن على نفسه الحيف فيه ؛ كيلا يصير شرطاً) ش : أي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة م : (لمباشرته القبيح) ش : وهو الحيف في القضاء ، وإنما عين بلفظ الشرط لأنه أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشاء ، وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له علي مطالبته بكذا ، فإن قضيت لي فلك كذا .

م : (وكره بعضهم الدخول فيه) ش : أي في القضاء حال كونه م : (مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي لقول النبي ﷺ م : (« من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين ») ش : هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة - رحمهم الله - عن أبي هريرة - رضي الله عنه - : « أن النبي ﷺ قال : من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » . ورواه الحاكم - رحمه الله - في «مستدرکه» وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . رواه ابن عدي - رحمه الله - في «الكامل» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال : « من استقضى فقد ذبح بغير سكين » وروي : « ذبح بسكين »^(١) وذكر الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : وجه التشبيه أن السكين تؤثر

(١) رواه أبو داود (٣٥٧٢) ، والترمذي (١٣٤٨) ، وابن ماجه (٢٣٠٨) ، والحاكم (٩١/٤) والدارقطني (٢٠٤/٤) .

فرواه أبو داود والترمذي من طريق عمرو بن أبي عمرو عن سعيد المقبري عن أبي هريرة والباقون عن عثمان بن محمد الأحنس عن المقبري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - .
والإسناد الأول صحيح ، والثاني لا بأس به لأن عثمان فيه كلام .
وأخرجه ابن عدي في «الكامل» (٨٩/٣) ، وأعله بدادود بن الزبيرقان وهو ضعيف .

والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل

في الظاهر والباطن جميعاً ، والذبح بغير سكين ، ذبح بطريق الخنق والفم ونحو ذلك ، فإنه يؤثر في الباطن ، والقضاء لا يؤثر في الظاهر ، فإنه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك .

وكان شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - يقول : لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي ، فقد حكى أن قاضياً روى له هذا الحديث ، فازدراه وقال : كيف يكون هذا ، ثم دعى في مجلسه عن يسوي شعره ، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه ، إذ هو عطس فأصابه الموسى ، وألقى رأسه بين يديه .

وقد جاء في التحذير عنه آثار ، وقد اجتنبه أبو حنيفة - رحمه الله - فصبر على الضرب واجتنبه كثير من السلف - رحمهم الله - وقيد محمد - رحمه الله - نيفاً وثلاثين يوماً أو نيفاً وأربعين يوماً ، حتى تقلده هذا كله ليس بموجود في بعض النسخ ، وروايته موجودة في نسخة شيخي العلاء - رحمه الله - ، فلذلك استدركه وكتبه على الحاشية ، وشرحه مضى عن قريب .

والذي ضرب أبا حنيفة - رحمه الله - على تركه القضاء ، هو أبو جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين ، وكان الذي قلد القضاء لمحمد - رحمه الله - هو الرشيد ثم عزله [. . .] .

وقد جاء في التحذير ، أي عن الدخول في القضاء ، آثار أي أخبار كثيرة منها حديث أبي ذر - رضي الله عنه - ، رواه مسلم أن النبي ﷺ قال له : « يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تأمرن على اثنين ، ولا تولين مال يتيم » ومنها حديث ابن أبي بريدة - رحمه الله - عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : « القضاة ثلاثة ... »^(١) الحديث ، ومنها حديث رواه ابن حبان - رحمه الله - في « صحيحه » عن عائشة - رضي الله عنها - قالت : سمعت النبي ﷺ يقول : « يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره » .

م : (والصحيح أن الدخول فيه) ش : أي في القضاء م : (رخصة طمعاً في إقامة العدل) ش : قال رسول الله ﷺ : « عدل ساعة خير من عبادة سنة »^(٢) . وروى مسلم عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين

(١) تقدم تخريجه .

(٢) حسن : عزاه الزيلعي لإسحاق بن راهويه في « مسنده » ، قال : أخبرنا جعفر بن عون الحريشي ثنا عفان بن جبيرة عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ : « يوم من إمام عادل أفضل من عبادة ستين سنة ، وحده يقام في الأرض بحقه أركى فيها من مطر أربعين يوماً » . وقال : وكذلك رواه الطبراني في « الأوسط » و« الكبير » عن عفان بن جبيرة الطائي عن أبي حريث الأزدي عن عكرمة به ، وعزاه أيضاً لأبي عبيد القاسم بن سلام في « الأموال » : قال : حدثنا هشيم عن زياد بن مخراق عن رجل عن أبي هريرة . . . مرفوعاً بلفظ : « العادل في رعيته يوماً واحداً أفضل من عبادة العابد في أهله مائة سنة أو خمسين سنة » شك هشيم . انتهى .

والترك عزيمة ، فلعله يخطيء ظنه ولا يوفق له ، أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة ، إلا إذا كان هو الأصل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد . قال : وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه الصلاة والسلام : « من طلب القضاء ، وكل إلى نفسه ، ومن أجز عليه ، نزل ملك عليه يسده » .

الرحمن ، وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهلهم وما ولوا » م : (والترك) ش : أي ترك القضاء م : (عزيمة) ش : من العزم ، وهو الجد والصبر م : (فلعله يخطيء ظنه ولا يوفق له) ش : يعني أنه أراد أن يقضي بالحق في الابتداء في ظنه ثم لا يقدر عليه م : (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة) ش : أي على القضاء بالحق أنه ربما لا يمكنه القضاء في الأمر إلا بإعانة غيره عليه ، ولعل غيره لا يعينه عليه م : (إلا إذا كان هو الأصل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد) ش : .

هذا بلا خلاف بين الفقهاء كصلاة الجنائز إذا تعين واحد لإقامتها يفترض ، ومعنى إخلاء العالم عن الفساد في الحدود والقصاص ، وقيد بقوله « إذا كان هو الأهل للقضاء » يعني وحده ؛ لأنه إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء ، فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه ، أئموا إن كان السلطان ، بحيث لا يفصل بينهم ، وإلا فلا ، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل ، اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) ش : أي لا يطلب ولاية القضاء بقلبه ولا يسألها بلسانه م : (لقوله عليه الصلاة والسلام : « من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجز عليه نزل ملك عليه يسده ») ^(١) ش : هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه - رحمه الله - من حديث أنس - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « من سأل القضاء وكُل إلى نفسه ... » الحديث ، ولفظة أبي داود - رحمه الله - : « من طلب القضاء » ، كما في رواية المصنف - رحمه الله - وزاد عليه قوله : « واستعان عليه وكل إليه » .

ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكاً يسده ، ولفظ الترمذي : « من ابتغى القضاء وسأل شفعا وكل إلى نفسه ، ومن أجز عليه أنزل الله عليه ملكاً يسده » قوله و« كل » على صيغة المبني للمجهول ، بتخفيف الكاف ، أي فوض أمره إليها ، ومن فوض أمره إلى نفسه ، كان

(١) ضعيف : رواه أبو داود (٣٥٧٨) ، والترمذي (١٣٤٦) ، وابن ماجه (٢٣٠٩) ، والحاكم (٩/٤) عن عبد الأعلى عن عامر عن بلال بن أبي موسى ، ويقال : ابن مرداس عن أنس . . . مرفوعاً . وأخرجه الترمذي من طريق أبي عوانة عن عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن مرداس الفزاري عن خيشمة عن أنس مرفوعاً . وقال : وهو أصح من حديث إسرائيل .

قلت : وأبو عوانة حافظ كبير ثبت أثبت من إسرائيل بل إسرائيل تكلم فيه . قلت : والإسناد ضعيف ، وعبد الأعلى ضعيف ، وبلال قال فيه الحافظ : مقبول ، ويزاد بخيشمة بن أبي خيشمة ضعيف .

ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ، ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة -رضي الله عنهم- تقلدوا من معاوية -رضي الله عنه- والحق كان بيد علي -رضي الله عنه- في نوبته ، والتابعين تقلدوه من الحجاج

مخذولاً غيره مرشد إلى الصواب ، لكون النفس أمانة بالسوء ، قوله يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب .

م: (ولأن من طلبه) ش: أي القضاء م: (يعتمد على نفسه) ش: من الورع والعلم والفضيلة ، فيصير معجباً ، فلا يلهم الرشد ، ويحرم التوفيق ، وهو معنى قوله م: (فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه) ش: ومن يتوكل على الله فهو حسبه م: (فيلهم) أي الرشد والصواب (ثم يجوز التقلد) ش: أي تقليد القضاء م: (من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة -رضي الله عنهم- تقلدوا) ش: أي القضاء م: (من معاوية -رضي الله عنه-) ش: ابن أبي سفيان لما انفرد بالإمرة وخالف علياً -رضي الله عنه- .

م: (والحق) ش: أي والحال أن الحق م: (كان بيد علي -رضي الله عنه- في نوبته) ش: أي في خلافته ؛ لأن الخلافة كانت له بعد عثمان -رضي الله عنه- بالنص ، وقيد بقوله : «في نوبته» احترازاً عن مذهب الروافض ، فإنهم يقولون الحق مع علي -رضي الله عنه- ، في جميع نوب الخلفاء ، في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان -رضي الله عنهم- ، ومع أولاده بعد علي -رضي الله عنه- ، وعند أهل السنة -رحمهم الله- معاوية -رضي الله عنه- كان باغياً في نوبة علي -رضي الله عنه- ، وبعده إلى زمان ترك أمير المؤمنين حسن -رضي الله عنه- الخلافة إليه فانهقد الإجماع على خلافة معاوية -رضي الله عنه- بعده م: (والتابعين) ش: بالنصب عطفًا على قوله لأن الصحابة -رضي الله عنهم- م: (تقلدوه) ش: أي القضاء م: (من الحجاج) ش: ابن يوسف الثقفي عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان ، ومات في رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين ، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة .

ولما سمع الحسن البصري بوته سجد ، يعني شكرًا لله تعالى ، وقال : اللهم إنك قد أمته ، فأمت عنا سنته . وعن الحسن -رحمه الله- أيضًا أنه قال : لو جاءت كل أمة بخبيثها ، وجئنا به لغلبناهم ، وظلمه مشهور .

وتولى أبو الدرداء -رضي الله عنه- القضاء بالشام ، ولما مات وكان معاوية يستشيره ، واستشاره فيمن يولي بعده ، فأشار إليه بفضالة بن عبيدة الأنصاري -رحمه الله- فولاه الشام بعده .

وقال البخاري -رحمه الله- في «تاريخه الوسيط» بإسناده إلى أبي إسحاق -رحمه الله-

وهو كان جائراً ، إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق ؛ لأن المقصود لا يحصل بالتقليد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه . قال ومن قلد القضاء يسلم إليه عن ديوان القاضي الذي كان قبله ، وهو الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ؛ لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ، ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ،

قال : كان أبو بريدة - رحمه الله - على الكوفة ، فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه ، وقال في موضع آخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال : استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى ، وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ، ومات الحجاج بعده بستة أشهر ، ولم يقتل بعده أحداً .

وفي «تاريخ أصفهان» للحافظ أبي نعيم ، في باب العين المهملة : عبد الله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصفهان للحجاج ، ثم عزله الحجاج ، فأقام محبوساً بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصفهان ومات بها .

م : (وهو) ش : أي الحجاج م : (كان جائراً) ش : أي ظالماً شديد الظلم مشهوراً م : (إلا إذا كان) ش : استثنى من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر إلا إذا كان م : (لا يمكنه من القضاء بحق) ش : أي إلا إذا كان السلطان الجائر لا يمكنه من التمكين من الحكم بحق م : (لأن المقصود) ش : وهو العمل بحق م : (لا يحصل بالتقليد) ش : من السلطان الجائر م : (بخلاف ما إذا كان يمكنه) ش : حيث يجوز له التقليد منه ، والضمير فيما كان يرجع إلى السلطان ويمكنه من التمكين .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله ، وهو الخرائط التي فيها السجلات) ش : وفي المغرب الديوان الجديدة من دون الكتب ، أو أجمعها لأنها قطع من القراطيس مجموعة . ويروي أن عمر - رضي الله عنه - أول من دون الدواوين ، أي رتب الجراية للولاية والقضاء ، وأصله بدون بتشديد الواو فعوض من إحدى الواوين ، لأنه يجمع على دواوين . ولو كانت البياض أصلية لقالوا دياوين .

وفسر المصنف الديوان بقوله وهو الخرائط ، جمع خريطة . قال الجوهري - رحمه الله - وعامة من الأدم وغيره بشرح علي فيها ، والسجلات جمع سجل ، وهو كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي م : (وغيرها) ش : أي غير السجلات من المحاضر والصكوك ، وكتاب نصب الأوصياء ، وتقدير النفقات ، والقيم في أموال الوقف م : (لأنها) ش : أي السجلات وغيرها م : (وضعت فيها) ش : أي في الخرائط م : (لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء) ش : وهو القاضي المولى ، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيها ، فكان له أخذها .

م : (ثم إن كان البياض) ش : الذي كتب عليه السجلات ونحوها م : (من بيت المال فظاهر) ش : أي يجبر المعزول على دفعه ، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه وقد صار العمل لغيره ، فلا

وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح؛ لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيح؛ لأنه اتخذته تدينًا لا تمولًا، وبيعت أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئًا فشيئًا، ويجعلان كل نوع فيها في خريطة كيلا يشته على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام

يترك في يده، أي وكذا يجعل في يد من له ولاية القضاء م: (وكذا إذا كان) ش: أي البياض م: (من مال الخصوم) ش: لأنه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تدينًا لا تمولًا (في الصحيح) احترز به عما قال المشايخ - رحمهم الله - إذا كان البياض من ماله أو من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لأنه ملكه أو وهب له، وفي الصحيح يجبر م: (لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى) ش: بتشديد اللام المفتوحة .

م: (وكذا) ش: أي يجبر على الدفع م: (إذا كان) ش: أي البياض م: (من مال القاضي هو الصحيح) ش: احترز به عن مثل ما مضى في الصورة الأولى م: (لأنه) ش: أي لأن القاضي المعزول م: (اتخذته تدينًا) ش: أي وضع عندهم بطريق الديانة والأمانة م: (لا تمولًا) ش: أي ما وضع عنده من حيث أن يتمول به م: (وبيعت) ش: أي القاضي الجديد المولى اثنين م: (أمينين ليقبضاها) ش: أي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها، والواحد يكفي والاثنان أحوط م: (بحضرة) ش: القاضي م: (المعزول أو أمينه) ش: أي الأمين من جهة المعزول .

م: (ويسألانه) ش: أي يسألان المعزول م: (شيئًا فشيئًا) ش: يعني واحدًا بعد واحد م: (ويجعلان كل نوع فيها في خريطة) ش: وينسخ الأرصياء في خريطة، وكل نوع في خريطة، لأن هذه النسخ كانت في خريطة تحت يد المعزول، فلا يشته عليه شيء من ذلك متى احتاج إليه بخلاف المولى، لأنه لا علم له بذلك، فيجعل كل نوع في خريطة م: (كيلا يشته على المولى) ش: شيء منها، أي من هذه السجلات وغيرها .

م: (وهذا السؤال) ش: أي سؤال أحوال الديوان والمحوسين وسبب الحبس م: (لكشف الحال لا للإلزام) ش: لأن قول المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا، ومتى قبضا ذلك، يختمان ذلك احترازًا عن الزيادة والنقصان وهذا ينبغي أن يكون في حق كل قاض . كذا في «المحيط» وفي «أدب القاضي» للصدر الشهيد .

وقال الكاكي - رحمه الله - : قيل: والسؤال يعني الاستعلام، يتعدى إلى المفعول الثاني بغير، وهنا قال: يسألانه شيئًا فشيئًا بدون عن وأجيب بأن انتصاب شيئًا بعامل مضمر يدل عليه قوله يسألان، تقديره يسألانه عن أحوال السجلات وكيفياتها، أي يسألان شيئًا فشيئًا عنها .

ونقل الأكمل - رحمه الله - وجميع ما قاله شيخه الكاكي - رحمه الله - ثم قال: وليس بشيء، لأن الكلام في الثاني كالقلام في الأول، والأولى أن يجعل حالًا، بمعنى مفصلًا كما في

قال: وينظر في حال المحبوسين ، لأنه نصب ناظرًا فمن اعترف بحق ألزمه إياه ، لأن الإقرار ملزم . ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا بيينة ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة . لا سيما إذا كانت إذا كانت على فعل نفسه فإن لم تقم بيينة ، لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في أمره ، لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر ، فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير

قوله بينت له حسابه بابًا بابًا انتهى . إنما قال بمعنى مفصلاً ، لأن من شرط الحال ، أن يكون من المشتقات .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وينظر في حال المحبوسين) ش: أي بنظر القاضي الجديد في حال المحبوسين . وفي بعض النسخ في حال المحتبسين م: (لأنه) ش: أي لأن القاضي الجديد م: (نصب ناظرًا) ش: لأمر المسلمين م: (فمن اعترف بحق ألزمه إياه ؛ لأن الإقرار ملزم ، ومن أنكر لم يقبل قول المعزول) ش: أي القاضي المعزول م: (عليه إلا بيينة ؛ لأنه) ش: أي لأن المعزول م: (بالعزل التحق بالوعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة لاسيما إذا كانت) ش: أي شهادته على تأويل الأخبار م: (على فعل نفسه) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يقبل قوله بعد العزل ، كما قبل العزل ، لأنه أمين الشرع ، وعند مالك - رحمه الله - لا يقبل قوله قبل العزل إلا بحجة .

م: (فإن لم تقم بيينة لم يعجل) ش: القاضي م: (بتخليته حتى ينادى عليه) ش: وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادي في محلته ، [من] كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر ، ينادى كذلك أياماً ، فإذا حضر أحد وادعى عليه ، وهو على جحوده ، ابتداء الحكم بينهم ، فلا يقبل قول المعزول . وإن لم يحضر خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه ، ولعله محبوس بحق غائب ، وقد قامت عليه إمارة ، وهو حبس القاضي المعزول .

فصل قسمة الميراث عند أبي حنيفة - رحمه الله - حيث يؤخذ الكفيل هناك عنده ، على ما يجيء لأن في مسألة الميراث ، الحق ظاهر لهذا الوارث وفي ثبوت حق الآخر شك ، فلا يجوز تأخيره ، كموهوم ، أما هناك الحق ثابت ، فيحمل فعل القاضي على الصلاح ، ولكنه مجهول فلا يكون أخذ الكفالة لموهوم وقيل أخذ الكفيل هنا على الخلاف أيضاً . وفي «المحيط»: الصحيح أن أخذ الكفيل ها هنا بالاتفاق .

م: (وينظر في أمره لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهر) ش: أي من حيث الظاهر م: (فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير) ش: أي لا يعجل القاضي بإطلاق المحبوس ، بل يتأنى وينادي على المحبوس أياماً في مجلسه من كان يطلب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق ، فليحضر .

وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف، فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ، أو يعترف به من هو في يده، لأن كل ذلك حجة ، ولا يقبل قول المعزول لما بيناه إلا أن يعترف الذي هو في يده ، أن المعزول سلمها إليه، فيقبل قوله فيها ، لأنه ثبت بإقراره ، أن اليد كانت للقاضي ، فيصح إقرار القاضي ، كأنه في يده في الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي ، فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ، ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

وقال أبو داود الناصحي - رحمه الله - : « في أدب القاضي » للخصاف : فإن قال واحد من المحبوسين : حبست بغير حق ، ولم يحضر له خصم ، تأنى القاضي ، ونادى أياماً ، فإن لم يحضر له خصم أطلقه وأخذ منه كفيلاً بنفسه ويطلقه ، فإن قال : لا كفيل لي ، أو لا أعطي كفيلاً فإنه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهراً ثم تركه ، لأن الحق لم يثبت عليه ، فلا يلزمه إعطاء الكفيل وإنما طلبه القاضي به احتياطاً ، فإذا لم يعطه ، وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر ، فينادي عليه شهراً ، فإذا مضت المدة أطلق عنه ، كذا قاله الإمام الناصحي .

م : (وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف) ش : أي التي وضعها المعزول في أيدي الأمانة م : (فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده ؛ لأن كل ذلك) ش : أي كل واحد من قيام البينة ، واعتراف من هو في يده م : (حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه) ش : إشارة إلى قوله ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا إلى آخره م : (إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها) ش : أي يقبل قول المعزول حيثئذ فيها ، أي في الودائع وارتفاع الأوقات م : (لأنه ثبت بإقراره) ش : أي بإقرار ذي اليد م : (أن اليد كانت للقاضي) ش : المعزول م : (فيصح إقرار القاضي) ش : المعزول به .

م : (كأنه في يده في الحال) ش : ولو كانت بيده عياناً ، صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه ، لأن يد المودع كيد المودع م : (إلا إذا بدأ) ش : استثناء من قوله فيقبل ، أي إلا إذا بدأ به ذوي اليد م : (بالإقرار لغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي) ش : إلى الغير من أقر له القاضي م : (فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه) ش : أي يسبق حق المقر له الأول ، وهو الذي أقر له ذو اليد م : (ويضمن) ش : أي ذو اليد م : (قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي) ش : .

وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - : حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه : إما أن يقول دفعه إلى المعزول ، وقال هو لفلان بن فلان ، أو قال دفعه إلى المعزول ولا أدري لمن هو ، وأنكر ما قوله المعزول أو قال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر .

ففي الوجه الأول والثاني يقبل قول المعزول والمال للمقر له ، لأن المال وصل إلى يده من

قال: ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد والجامع أولى ؛ لأنه أشهر. وقال الشافعي - رحمه الله - : يكره الجلوس في المسجد للقضاء ؛ لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم »

جهة المعزول ، فكان المال في يد المعزول معنى ، ومن في يده المال إذا أقر لإنسان يقبل فكذا هذا .
وفي الوجه الثالث : القول لصاحب اليد .

وفي الوجه الرابع المسألة على وجهين ، أما إن بدأ صاحب اليد وقال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر ، أو بدأ بالإقرار فقال هو المال لفلان ابن فلان غير الذي أقر له المعزول له ، ثم قال دفعه إلى المعزول ، ففي الوجه الأول : القول قول المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقر له المعزول ، وفي الوجه الثاني يؤمر بالدفع إلى من أقر له ، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال ، أو قيمته للمعزول ثم يسلمه المعزول إلى من أقر له .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ويجلس) ش : أي القاضي م : (للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء) ش : جمع غريب م : (وبعض المقيمين) ش : الذين ليس لهم اختلاط بالقضاء م : (والمسجد والجامع أولى ؛ لأنه أشهر) ش : المواضع .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - : هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة ولو كان في طرف البلدة ، يختار مسجداً في وسط البلدة ، كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب إلى طرف البلدة ويختار مسجد السوق لأنه أشهر ، وفي «المبسوط» : أحب إلي أن يقضي حيث تقام جماعة الناس ، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات ، لأن ذلك عن التهمة أبعد .

وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وفي «وجيز الشافعية» - رحمهم الله - : ويكره أن يتخذ المسجد مجلساً للقضاء ، وقال في «خلاصة الفتاوى» : وأفضل ما يجلس في المسجد الجامع ، وفي مسجد حيه أو بيته لا بأس به عندنا .

م : (وقال الشافعي - رحمه الله - : يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) ش : أي لأن القاضي م : (يحضره المشرك) ش : للدعوى م : (وهو نجس بالنص) ش : وهو قوله تعالى : ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ : (التوبة : الآية ٢٨) ، م : (والحائض) ش : أي ويحضره الحائض م : (وهي) ش : أي الحائض م : (ممنوعة عن دخوله) ش : أي دخول المسجد م : (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) ش : أي قول النبي ﷺ : م : (إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم) ش : هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، ورواه مسلم ليس فيه «الحكم» ، رواه في الطهارة من حديث أنس مطولاً ، وفي آخره : «إنما هي لذكر الله تعالى» أي المساجد .

وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه ، وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ؛ ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد ، كالصلاة ، ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره ، فلا يمنع من دخوله ، والحائض تخير بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها ، كما إذا كانت الخصومة في الدابة . ولو جلس في داره لا بأس به ، ويأذن للناس بالدخول فيها

م: (وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يفصل الخصومة في معتكفه) ش: فيه أحاديث منها ما خرج البخاري ومسلم عن سهل بن سعد في قصة اللعان أن رجلاً قال : يا رسول الله أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً؟ إلى أن قال : فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد . ومنها ما أخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس - رضي الله عنه - قال : بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه ، فقال : يا رسول الله أقم علي الحد ، الحديث وفيه : « فاجلدوه مائة جلدة ولم يكن تزوج »^(١) .

م: (وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات) ش: هذا حديث غريب . وفي «صحيح البخاري» في باب من قضى ولاعن في المسجد ، ولاعن عمر - رضي الله تعالى عنه - في المسجد عند منبر النبي ﷺ . وقضى شريح والشعبي ويحيى بن معمر - رضي الله عنهم - في المسجد .

م: (ولأن القضاء عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده) ش: هذا جواب عن دليل الشافعي - رحمه الله - وتقديره نجاسة المشرك في اعتقاده الباطن ، فإنه ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل للوفود في المسجد م: (لا في ظاهره) ش: أي لا نجاسة في ظاهره م: (فلا يمنع من دخوله) ش: إذ لا يصيب الأرض منه شيء م: (والحائض تخير بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث) ش: أي القاضي م: (من يفصل بينها) ش: أي بين الحائض م: (وبين خصمها ، كما إذا كانت الخصومة في الدابة) ش: فإن قيل : يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد ، فتخبر عن حالها ، قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة ، فلا بأس بدخولها .

م: (ولو جلس) ش: أي القاضي م: (في داره لا بأس به) ش: ذكر هذا تفرعاً على ما تقدم .

وقال شمس الأئمة السرخسي : وإن اختار أن يجلس في داره ، فله ذلك بشرط أن لا يمنع أحداً من الدخول عليه ؛ لأن لكل أحد حقاً في مجلسه م: (ويأذن للناس بالدخول فيها) ش: أي في

(١) حسن : قال الهيثمي (٦/٢٦٧) : رواه أبو يعلى والطبراني وفيه القاسم بن فياض وثقه أبو داود وضعفه ابن معين وبقية رجاله ثقات .

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك ؛ لأن في جلوسه وحده تهمة . قال : ولا يقبل هدية

داره م : (ويجلس معه من كان يجلس) ش : معه م : (قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة) ش : أي تهمة الظلم والرشوة .

وقد روي أن عثمان - رضي الله عنه - ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة - رضي الله عنهم - ، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ، ويشاورهم ، لما روي أن الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - [الذين] كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف ، ومعاذ ابن جبل ، وأبي بن كعب ، وزيد بن ثابت - رضي الله عنهم - ، وأبو بكر - رضي الله عنه - ، يحضر عمر وعثمان وعلي أيضاً - رضي الله عنهم - حق ، قال أحمد : يحضر مجلس الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - م : (ولا يقبل) ش : أي القاضي م : (هدية) ش : الأصل في هذا الباب ما قاله في «المبسوط» : الهدية في الشرع منه وبه ، قال ﷺ : « نعم الشيء الهدية [...] » وقال عليه السلام : « الهدية تذهب وحر الصدر »^(١) أي غشه ، والوعد يوقظ له البغض في الصدر . وقال عليه السلام : « تهادوا تحابوا »^(٢) ولكن بهذا في حق من لم يتعين العمل من أعمال المسلمين ، فأما من تعين لذلك كالقاضي والوالي ، فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصاً ممن كان لا يهدي قبل ذلك ، إذ هو نوع من الرشوة والسحت . وعن مسروق قال : القاضي إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت ، وإذا أخذت الرشوة ، فقد بلغت به الكفر

وروي البخاري - رحمه الله - بإسناده عن أبي حميد الساعدي قال : استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزدي يقال له ابن الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم ، وهذا أهدي لي ، قال عليه السلام : « فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه ، فينظر أيهدى له أم لا ؟ ! » واستعمل عمر - رضي الله عنه - أبا هريرة - رضي الله عنه - فقدم بجال ، فقال : من أين لك هذا ؟ ، قال : تناججت الخيول ، وتلاحقت الهدايا ، فقال : أي عدو الله هل قعدت في بيتك فتنتظر أيهدى إليك أم لا ؟ فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال ، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة ، فلا يقبل الحاكم الهدية .

(١) ضعيف : رواه أحمد (٤٠٥/٢) ، والترمذي (٢١٣٠) من طريق أبي معشر نجيح السندي عن سعيد عن أبي هريرة ... مرفوعاً ، وأبو معشر ضعيف .

(٢) ضعيف : راجع «مجمع الزوائد» (١٤٦/٤) ، و«نصب الراية» (١٢٠-١٢١) ، و«إرواء الغليل» (٤٤/٦) ، و«تلخيص الحبير» للحافظ ابن حجر (٦٩/٣) ، و«تنزيه الشريعة» (٣٨٠/١) و«الفوائد المجموعة» للشركاني . (٨٤)

إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته؛ لأن الأول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك يصير آكلاً بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته ، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة ؛ لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ، ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة ؛ لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما . وعن محمد - رحمه الله - : أنه يجيبه

م : (إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادته قبل القضاء) ش : أي قبل أن يصير المهدي إليه قاضياً م : (بمهاداته ؛ لأن الأول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك) ش : أي فيما وراء الأول والثاني م : (يصير آكلاً بقضائه) ش : والأكل للقضاء حرام وسحت م : (حتى لو كانت للقريب خصومة ، لا يقبل هديته) ش :

م : (وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لأنه لأجل القضاء فيتحاماه) ش : أي يحترز عنه ولا يأخذه ، ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه ، اختلف المشايخ - رحمهم الله - فيه ، قيل يضعها في بيت المال كما مر من قضية عمر - رضي الله عنه - وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه . وعامة المشايخ - رحمهم الله - قالوا : يردها على أربابها إن عرف المهدي ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه آخر أشار إليه محمد - رحمه الله - في « السير الكبير » ، وإن لم يعرف المهدي أو كان بعيداً حتى تعذر الرد عليها ، حكمها حكم اللقطة ، يضعها في بيت المال لأنه أخذها لعمله ، وفي عمله نائب عن المسلمين ، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين .

م : (ولا يحضر) ش : أي القاضي م : (دعوة إلا أن تكون عامة) ش : وقال الطحاوي - رحمه الله - في « مختصره » : ولا تجب الدعوة الخاصة للقرابة ، ويجيء هذه الآن م : (لأن الخاصة) ش : أي الدعوة الخاصة تكون م : (لأجل القضاء ، فيتهم بالإجابة بخلاف العامة) ش : أي الدعوة العامة ، فإنها لا تكون للقضاء .

قال القدوري - رحمه الله - وأبو علي النسفي - رحمه الله - : دعوة العامة عرس وختان ، وما سوى ذلك خاصة ، وقيل في الحد الفاصل إذا جاوز العشرة فهي عامة ، ويجيء الآن ما قاله المصنف - رحمه الله - م : (ويدخل في هذا الجواب) ش : أي إطلاق قول القدوري - رحمه الله - ولا يحضر دعوة الخاصة م : (قريبه) ش : أي قريب القاضي م : (وهو قولهما) ش : أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

م : (وعن محمد - رحمه الله - : أنه يجيبه) ش : أي القاضي يجيب قريبه في الدعوة الخاصة . وذكر الخصاف - رحمه الله - يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف ، لأن إجابة دعوته صلة

وإن كانت خاصة كالهدية . والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها. قال :
 ويشهد الجنائز ، ويعود المريض ؛ لأن ذلك من حقوق المسلمين . قال عليه الصلاة والسلام :
 «للمسلم على المسلم ستة حقوق» ، وعد منها هذين ، ولا يضيف أحد الخصمين دون

للرحم ، وعند الشافعي - رحمه الله - : يحضر الولايم لغير الخصم ، وبه قال أحمد - رحمه الله
 - وقال مالك - رحمه الله - : لا يحضر الخاصة ويحضر العامة إن شاء . وتركها أفضل ، إن
 كانت وليمة النكاح ، ولغير النكاح كره ذكره في «الجواهر» وفي «الخلية» : اختلف أصحابنا -
 رحمهم الله - فيمن ولي أمرًا من أمور المسلمين ، كالقضاة والأئمة ، في حضور الولايم على
 ثلاثة أوجه : أحدها : أنه كغيرهم ، والثاني : أنه سقط فرض الإجابة ، والثالث : أنه إن كان
 مرتزقًا لم يحضر وألا يحضر م : (وإن كانت خاصة) ش : وأصل بما قبله أي وإن كانت الدعوة
 خاصة يجيبه لقريبه م : (كالهديّة) ش : أي كما في الهدية ، حيث يجوز له أخذها من قريبه . ثم
 أشار إلى تعريف الدعوة الخاصة بقوله : م : (والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا
 يتخذها) ش : إيضاح ذلك ، أن صاحب الدعوة ، إن كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر ، لا
 يمتنع من اتخاذ الدعوة ، فإن القاضي لا يجيب هذه الدعوة ، فهذه دعوة عامة . وإن كان بحال لو
 علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي ، يمتنع ولا يتخذ الدعوة ، فهذه دعوة
 خاصة ، فلا يجيبها القاضي ، لأنها اتخذت له . فإذا حضرها كان آكلًا بقضائه . وذكر صدر
 الإسلام وأبو اليسر - رحمهما الله - : إذا كانت الدعوة عامة ، والمضيف خصم ، فينبغي أن لا
 يجيب القاضي دعوة ، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الآخر وإلى التهمة .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - في «مختصره» : م : (ويشهد) ش : أي القاضي م :
 (الجنائز ، ويعود المريض ؛ لأن ذلك) ش : أي المذكور من شهود الجنائز وعبادة المريض م : (من حقوق
 المسلمين) ش : لأنه أمر مندوب إليه ، وليس فيه تهمة أيضًا .

م : (قال عليه الصلاة والسلام) ش : أي قال النبي ﷺ : م : («للمسلم على المسلم ستة حقوق»)
 ش : الحديث رواه مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : «حق المسلم
 على المسلم ست ، قال : يا رسول الله ﷺ ما هن ؟ قال : إذا لقبته فسلم ، وإذا دعاك فأجب ، وإذا
 استصحبك فانصحب له ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فعده وإذا مات فاتبعه » وفي رواية
 أخرى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال رسول الله ﷺ : «خمس يجب للمسلم على أخيه رد
 السلام وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة ، وعبادة المريض واتباع الجنائز » م : (وعد منها) ش : أي من
 الست م : (هذين) ش : وهما شهادة الجنائز وعبادة المريض . م : (ولا يضيف أحد الخصمين دون

خصمه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ، ولأن فيه تهمة . قال : وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر » ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه . ولا يضحك

خصمه ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك (ش: الحديث رواه الطبراني - رحمه الله - في معجمه « الأوسط » عن علي - رضي الله عنه - قال : « نهى النبي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر » م: (ولأن فيه تهمة) ش: أي تهمة الميل .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (وإذا حضرا) ش: أي الخصمان م: (سوى بينهما في الجلوس والإقبال) ش: أراد بالإقبال تسوية النظر من الجانبين . وكتب عمر - رضي الله عنه - إلى أبي موسى - رضي الله عنه - : وسوا بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك ، والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ، ولا يجلس أحدهما على يساره والآخر على يمينه ، لأن لليمين فضلاً على اليسار .

وفي « المغني » و« النوازل » و« الفتوى الكبرى » : تخاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلاً أحدهما ، وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة علي عند شريح - رضي الله عنه - فإن شريحاً - رضي الله عنه - قام عن مجلسه وأجلس علياً - رضي الله عنه - في مجلسه ، وقال المرغيناني - رحمه الله - : وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعان ولا يقعيان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي العالم تعظيماً للعلم ، ويقف أعوان القاضي بين يديه ، ليكون أهيب في أعين الناظرين .

م: (لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ : « إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر » الحديث رواه إسحاق بن راهويه في « مسنده » - رحمه الله - عن أم سلمة - رضي الله عنها - قال رسول الله ﷺ : « من ابتلي بالقضاء بين المسلمين ، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر » .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (ولا يسار أحدهما) ش: يعني لا يتكلم مع أحدهما سرّاً م: (ولا يشير إليه) ش: لا بالرأس ولا بالعين ولا بالحاجب ، وكل ذلك منهي شرعاً م: (ولا يلقنه حجة للتهمة) ش: أي تهمة الميل ، ولأن فيه إغانة لأحد الخصمين ، وكسر قلب الآخر ، وهو معنى قوله م: (ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر) ش: المكسرة بفتح الميم مصدر ميمي بمعنى الكسر م: (فيترك حقه) ش: لأنه يتجنب عن طلب حقه فيترك حقه م: (ولا يضحك) ش: أي القاضي

في وجه أحدهما لأنه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحداً منهما ، لأنه يذهب بمهابة القضاء . قال : ويكره تلقين الشاهد . ومعناه أن يقول له : أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم . واستحسنه أبو يوسف - رحمه الله - في غير موضع التهمة ؛ لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الأشخاص والتكفيل .

م : (في وجه أحدهما) ش : أي أحد الخصمين م : (لأنه يجترئ على خصمه) ش : بسبب ضحك القاضي في وجهه م : (ولا يمازحهم) ش : في الاختصاص م : (ولا واحداً منهما) ش : أي ولا يمازح واحداً من الأخصام م : (لأنه) ش : لأن مزح القاضي م : (يذهب بمهابة القضاء) ش : ولهذا قالوا : ينبغي أن يكون القاضي عبوساً ، متواضعاً في أفعاله ، وفي «الجواهر» : يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب .

م : (قال) ش : أي قال محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (ويكره تلقين الشاهد ومعناه) ش : أي معنى ما قاله محمد - رحمه الله - من كراهته تلقين الشاهد م : (أن يقول له :) ش : أي أن يقول القاضي للشاهد م : (أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم) ش : حيث يكره م : (واستحسنه) ش : أي تقليد الشاهد م : (أبو يوسف في غير موضع التهمة ؛ لأن الشاهد قد يحصر) ش : أي ينحبس لسانه عن البيان م : (لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق) ش : وقيد بقوله في غير موضع التهمة ، لأن في موضع التهمة لا يجوز ذلك ، مثل أن يدعي المدعي ألفاً وخمسمائة ، والمدعى عليه ينكر خمسمائة ، وشهد الشاهد بالألف ، فالقاضي إن قال يحتمل أنه إبراء لخمسمائة ، واستفاد الشاهد ، علماً بذلك ، ووقف في شهادته كما في وقف القاضي ، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وتأخير قول أبي يوسف - رحمه الله - يشير إلى اختيار المصنف - رحمه الله - م : (بمنزلة الأشخاص) ش : وهو إرسال شخص فليحضر خصمه ويقال شخص من بلد إلى بلد شخصاً ، أي يذهب من حد منع وأشخصه غيره م : (والتكفيل) ش : وهو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك من جنس إعانة أحد الخصمين .

فصل في الحبس

قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء الماطلة فلا بد من ظهورها ،

م : (فصل في الحبس)

ش : أي هذا فصل في بيان أحكام الحبس ، ولما كان الحبس من أنواع حكم القاضي ، ذكره في فصل على حدة ، وهو مشروع بالكتاب ، وهو قوله تعالى : ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ (المائدة : الآية ٣٣) ، فإن المراد به المجلس ، وبالسنة وهو ما روي : « أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة » ، غير أنه لم يكن في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنهم - سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ، ولما كان زمن علي - رضي الله عنه - أحدث السجن بناه من قصب وسماه فقيه اللصوص ، فبنى سجنًا من مدر فسماه محبسًا .

ثم قال الأترابي : كيسًا مكيسًا بنيت بعد نافع محبسًا بابًا حصينًا ، وأميناً كيسًا . رواه الزمخشري - رحمه الله - في « الفائق » . والمحبس موضع التجنيس ، وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الأمور ، والمكيس منسوب إلى الكيس المعروف به قوله ، وأميناً أي ونصف أمينها بعين السجن كذا في « الفائق » .

وقال الكاكي - رحمه الله - : وفي زمن النبي ﷺ وأبي بكر - رضي الله عنه - لم يكن سجن حتى اشترى عمر - رضي الله عنه - داراً بالمدينة بأربعة آلاف درهم واتخذها محبسًا .

م : (قال : وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه ، وأمره بدفع ما عليه ؛ لأن الحبس جزاء الماطلة ، فلا بد من ظهورها) ش : أي ظهور الماطلة لقوله عليه السلام : « مطل الغني ظلم » فاستحق الحبس ، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم وما دونه ؛ لأن مانع ذلك ظلم ، فيجازى به والمحبوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان ، والفطر والأضحى والجمعة ، وصلاة مكتوبة ، وحجة فريضة ، وحضور جنازة بعض أهله ، وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله ، بخلاف ما إذا لم يكن ؛ لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين .

وقيل : يخرج بكفيله لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا ، وعليه الفتوى . وإن مرض وله خادم لا يخرج ، وإلا يخرج لأنه ربما يموت بسببه ، وهو ليس بمستحق عليه ، ولو احتاج إلى الجماع ، دخلت عليه زوجته وجاريتها ، فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد ، وقيل : الوطء ليس من أصول الحوائج ، فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام . ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ، يشاورهم في قضاء الدين ، ويمنعون من طول المكث عنده .

وهذا إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لم يعرف كونه ماطلاً في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره . قال : فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة

م: (وهذا) ش: أي ترك القاضي عجلته بحبس الغريم م: (إذا ثبت الحق بإقراره؛ لأنه لم يعرف كونه ماطلاً في أول الوهلة) ش: يقال: لقيته أول وهلة، أي أول شيء م: (فلعله طمع في الإمهال، فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره) ش: وقال قاضي خان - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير»: وعلى قول الخصاف - رحمه الله - في البينة أيضاً، لا يحبسه في أول الوهلة.

وقال في «الأجناس»: قال في كفالة الأصل: قال أبو حنيفة - رحمه الله - : ينبغي للإمام أن يحبس في الديون قرضاً كان أو غصباً أو ثمن مبيع أو مهر، لكن لا يحبسه في أول ما يقدم إليه، ويقال له: قم فأرضه فإن عاد إليه حبسه، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله .

وقال الخصاف - رحمه الله - : الصواب عندي أن لا يحبسه حتى يقول له: ألك مال، ويستحلفه على ذلك، فإن أقر أن له مالاً حبسه، وإن قال: لا مال لي، قال للطالب: أثبت أن له مالاً حتى أحبسه، وهو مذهب بعض القضاة. ثم اعلم إذا ثبت إعسار المدين لا يجوز حبسه بلا خلاف ولا بلازمته، بل يهمل إلا أن يوسر. قال عز وجل: ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ (البقرة: الآية ٢٨٠)، وعندنا لا يحبس، ولكن للغريم ملازمته ولا يمنعه من الكسب، وهل يلزمه الكسب وإجارة نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى رب الدين عندنا والشافعي - رحمه الله - : لا، وعند أحمد - رحمه الله - : يلزمه، وقال مالك - رحمه الله - : إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه به، وقال الشافعي - رحمه الله - في وجه: وعليه عمل القضاة لظهور الماطلة، وفي وجه: يبيع ماله الظاهر، وبه قال مالك - رحمه الله -، وأبي يوسف، ومحمد - رحمهما الله - أما لو امتنع من أداء الدين يحبس بلا خلاف .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (فإن امتنع) ش: أي الغريم م: (حبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) ش: ولكنه إنما يحبسه إذا طلب المدعي ذلك .

وقال قاضي خان - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير»: ولا يحبسه عندنا في الإقرار والبينة إلا عند طلب المدعي .

وقال شريح - رحمه الله - : يحبسه من غير طلبه .

لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ،

وفي « الذخيرة » : لو قال المديون بعد ثبوت الدين : أنا معسر ، أو قال المدعي : موسر ، ولا بينة له ، فالقول للمديون مع يمينه ، وهو رواية أصحابنا واختيار الخصاص - رحمه الله - وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، لأن الأصل الفقر .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : إن كان في كل دين أصله مال ، كضمن المبيع والقرض ، فالقول للمدعي ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه وفي كل دين لا يقابله مال ، كالمهر وبدل الخلع ، وما أشبه ذلك ، فالقول للمديون ، إليه أشار محمد - رحمه الله - في كتاب النكاح ، وفي مسألة ادعاء المرأة نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، فقال : القول للزوج ، وقال بعضهم : كل دين لزمه بسبب معاقده واختياره ، فالقول لرب الدين ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه لأن اختيار لزمه بالعقد دليل اليسار .

م : (لأنه) ش : استدلال لما ذكره القدوري - رحمه الله - ، لقوله : حبسه لكل دين . . . إلخ أي لأن الغريم م : (إذا حصل المال) ش : أي المال الذي هو ثمن المبيع ونحوه من أي جهة كان م : (في يده ثبت غناه به) ش : وزواله عن الملك محتمل ، والثابت لا يترك بالمحتمل . والأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر والغنى حادث ، فوجب استصحاب المال حتى يعلم حدوث ما يخالفه ، وما كان بدلاً عن مال ، فقد علم حصول الغنى به ، فسقط حكم الأصل . ووجب استصحاب الغنى حتى يعلم زواله ، فلهذا لم يصدق في الاعتبار ، وصار امتناعه ظلماً ، فحبس لأجله .

م : (وإقدامه على التزامه) ش : بعقد كالمهر والكفالة م : (باختياره دليل يساره إذ هو) ش : أي لأنه م : (لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه) ش : فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه ، فلا يقبل قوله ويحبس ، وهو الذي ذكره القدوري - رحمه الله - ، وشرحه المصنف - رحمه الله - ، [و] هو رواية ابن سماعة - رحمه الله - : أنه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله في الإعسار .

وذكر الخصاص - رحمه الله - عن أصحابنا : أنه يحبس فيما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يده خاصة ، ولا يحبس فيما سوى ذلك ، لأن الحبس عقوبة تستحق بالامتناع مع الغنى ، فلا يجوز إثباتها بالظاهر ، كسائر العقوبات .

وحاصل المذهب عندنا : أن القاضي لا يسأل المدعي المال إلا إذا ادعى المديون الإعسار ، فحيث يسأل . فإن قال المدعي أنه معسر ، خلى سبيله ، وإن قال : أنه موسر ، وقال المديون : إنني

والمراد بالمهر معجله دون مؤجله . قال :ولا يحسبه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحسبه ، لأنه لم توجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ،

معسر ، ففيه اختلاف المشايخ ، ورأي الخصاص - رحمه الله - : أن القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل . وقيل إن كان الدين وجب عليه بدلاً عن مال ، كتمن متاع ، أو بدل . قرص ، فالقول قول المدعي ، وإن كان بدلاً عما ليس بمال ، كالمهر ونحوه ، فالقول قول المدعي عليه . ونسب الخصاص - رحمه الله - هذا القول في «أدب القاضي» إلى أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله .

ومن العلماء من قال : يحكم في الزاي ، إن تزيا بزوي الفقر ، كان المقول قول المديون ، وإن تزيا بزوي الأغنياء ، كان القول قول الطالب ، لأن ذلك علامة ودليل إلا في حق العلوية والفقهاء ، فإنهم يتكلفون في لباسهم ، حتى لا يذهب ماء وجههم مع حاجتهم ، فلا يكون الزوي دليلاً وعلماً على اليسار في حقهم ، فإن كان المطلوب ادعى الفقراء ، وادعى الطالب أنه غير زيه ، وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس القاضي فإن القاضي يسأل البينة ، فإن أقام البينة على أنه كان عليه زي الأغنياء قبل ذلك ، سمع منه البينة ، ويجعل القول قوله ، وإن لم يمكنه إقامة البينة ، يحكم بزيه في الحال ، ويجعل القول قول المطلوب ، كذا في «شرح آداب القاضي» .

م : (والمراد بالمهر معجله دون مؤجله) ش : لأن العادة جارية بتسليم المعجل ، فكان الإقدام على النكاح دليلاً على القدرة ، والوفاء بالمعجل ، فلا يقبل قوله أنه معسر . قال فخر الإسلام البزدوي - رحمه الله - : هذا في المعجل ، أما إذا طلبت المرأة المؤجل بعدما بنى بها ، فإن القول قول الزوج أنه عسر ؛ لأنه لا دلالة لها هنا على القدرة منه على آدابه ؛ فأما في النفقة ، فإن القول قول الزوج أنه معسر في تقدير النفقة م : (قال : ولا يحسبه فيما سوى ذلك) ش : أي فيما سوى المذكور كضمان المتلف والغصب وأرش الجناية . م : (إذا قال إني فقير ، إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحسبه ؛ لأنه لم توجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة) ش : أي في ثمن المبيع والمهر وغير ذلك .

وفي «الذخيرة» : إذا أقام المدعي بينة على يساره ، وأقام المديون بينة على إعساره ، فبينة رب الدين أولى ، لأن شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه .

ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال . وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر ، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق . والمسألان تؤيدان القولين الآخرين ، والتخريج على ما قاله في الكتاب إنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق ، وكذا عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق ، ثم فيما كان القول قول المدعي ، إن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه ، يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ،

م: (ويروى) ش: عن الخصاف - رحمه الله - أنه نسبه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقد مر بيانه م: (أن القول له) ش: أي لمن عليه الدين م: (إلا فيما بدله مال) ش: يعني القول فيما بدله مال للمدعي م: (وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر) ش: يعني إذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر ، وادعت نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، وعليه نفقة المعسرين ، فالقول قول الزوج .

م: (وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق) ش: يعني إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد .

وزعم أنه معسر ، كان القول قوله م: (والمسألان) ش: وهما مسألة النفقة ومسألة إعتاق العبد المشترك م: (تؤيدان القولين الآخرين) ش: وبعض النسخ الأخير ، وأراد بالقولين الآخرين قوله ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال .

م: (والتخريج) ش: أي تخريج مسألة الإنفاق والإعتاق م: (على ما قاله في الكتاب) ش: أي على ما قال القُدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد مع وجود الالتزام ، لم يكن القول للمدعي في المسألتين ، فأجاب عنه وقال م: (إنه) ش: أي أن النفقة على تأويل الإنفاق م: (ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق) ش: فلو كان ديناً مطلقاً لم يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء م: (وكذا) ش: أي ولكذا ليس بدين مطلق م: (عند أبي حنيفة ضمان الإعتاق) ش: فإن المريض إذا أعتق في مرض موته عبداً مشتركاً ، لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلما كان كذلك ، لم ترد هاتان المسألتان بقضاء القول الأول ، وهو قوله حبسه في كل دين . . . إلى آخره ، لأن المراد بالدين هو المطلق منه ، إذ به يحصل الاستدلال على القدرة .

م: (ثم فيما كان القول قول المدعي إن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه) ش: أي الحاكم م: (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل) ش: جيرانه وأهل الخبرة م: (عنه) ش: عن يساره وإعساره ، وهذا التقدير رواية محمد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - في

فالحبس لظهور ظلمه في الحال ، وإنما يحبس مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر ، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه . قال : فإن لم يظهر له مال خلى سبيله ، يعني بعد مضي المدة ،

كتاب الحوالة ، والكفالة ، وروى الحسن - رحمه الله - عن أبي حنيفة رحمه الله - : أن التقدير فيه بأربعة أشهر ، على قياس مدة الإبراء . وذكر الطحاوي - رحمه الله - : أن التقدير فيه بشهر . وقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «أدب القاضي» : ثم قال : والحاصل أنه ليس فيه مضي وقت مقدر ، بل الأمر مفوض إلى رأي القاضي ، فإن مضى أربعة أشهر ، ووقع له أنه متعنت ، يستديم حبسه ، وإن كان دون ذلك ، بأن كان شهرين أو شهراً أو دونه ووقع أنه عاجز لا مال له ، أطلقه من السجن .

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : ما قال الطحاوي - رحمه الله - أوفق الأقاويل ، وقال الناصحي - رحمه الله - في «تهذيب أدب القاضي» : قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - : يحبس شهرين أو ثلاثة ، وعلى رواية محمد - رحمه الله - قر وفيه أربعة أشهر ، وعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - : ستة أشهر ، ثم قال : وهو موقوف على رأي القاضي .

م : (فالحبس لظهور ظلمه في الحال) ش : وفي بعض النسخ لظهور مظلمة م : (وإنما يحبس مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة) ش : أراد بهذه ظهور ماله لو كان [يخفيه] م : (فقدره بما ذكره) ش : أي قدر محمد - رحمه الله - بما ذكره من الحبس أنه شهران أو ثلاثة م : (ويروى غير ذلك) ش : أي غير الشهرين أو الثلاثة م : (من التقدير بشهر أو أربعة) ش : أشهر م : (إلى ستة أشهر) ش : وقد مر ذلك كله ، وقال المصنف - رحمه الله - م : (والصحيح أن التقدير) ش : في مدة الحبس م : (مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه) ش : أي من الحبس لأن بعض الناس ، يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر آخر في مدة كثيرة . وبه قال الشافعي ، وأحمد ومالك رحمهم الله ، وقال ابن الماجشون المالكي - رحمه الله - لا يحبس في القليل أكثر من نصف الشهر ، وفي الكثير يبلغ أربعة أشهر ، وفيما بين ذلك الشهرين ونحوهما بالنسبة .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (فإن لم يظهر له) ش : أي الغريم م : (مال خلى سبيله) ش : ولا يحول بينه وبين غرمائه ، قال المصنف - رحمه الله - م : (يعني بعد مضي المدة لأنه استحق النظرة) ش : بكسر الظاء م : (إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلمًا . ولو قامت البينة

لأنه استحق النظرة إلى المسيرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً ، ولو قامت البيعة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ . قال في الكتاب : خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى . قال وفي «الجامع الصغير» رجل أقر عند القاضي

على إفلاسه قبل المدة) ش: أي المدة التي رآها القاضي براءة ، أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ - رحمهم الله - كشهر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم م: (تقبل) ش: أي م: (البيعة في رواية) ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد - رحمهما الله - م: (ولا تقبل في رواية) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - م: (وعلى الثانية) ش: أي الرواية الثانية م: (عامة المشايخ) ش: . وقال الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» : هو الصحيح ، وفي «الذخيرة» : لو أخبره عن إعساره قبل الحبس واحد عدل أو اثنان ، أو شهد بذلك شاهدان ، فعن محمد - رحمه الله - روايتان ، في رواية : لا يحبسه وبه يفتي الفضلي - رحمه الله - وهو قول إسماعيل ابن حماد - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - وهكذا قال نصر بن يحيى - رحمه الله - وقال الإسكاف - رحمه الله - وعامة مشايخ ما وراء النهر - رحمهم الله - : يحبسه ولا تقبل هذه البيعة ، لأنه بيعة على النفي ، إلا إذ تأيدت بمؤيده بعد مضي المدة تأيدت .

وقال شيخ الإسلام - رحمه الله - : سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط ، وليس بواجب ، ولو طلب يمين الطالب عنه لا يعرف أنه معدم ، يحلف ، فإن نكل أطلقه ، وإن حلف أبد الحبس .

وقال أبو القاسم - رحمه الله - : كيفية الشهادة : أن يقول أشهد أنه مفلس ، لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه ، وثياب ليله ، وقد اخترنا أمره سرّاً وعلانية .

م: (قال في الكتاب) ش: أي وقول القدوري - رحمه الله - : م: (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة) ش: يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجهم من الحبس في الملازمة هل للطالب ذلك أم لا ؟ م: (وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى) ش: أي المنع في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ، ولا يحول بينه وبين غرماء بعد خروجه من الحبس ، يلزمونه . . . إلى آخره والمراد من الملازمة الطواف معه ، أي طاف حتى يأخذ وأفضل كسبه لا المطالبة .

م: (قال) ش: أي المصنف - رحمه الله - م: (وفي «الجامع الصغير» رجل أقر عند القاضي

بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلى سبيله ، ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مآطلته ، والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده . قال : ويحبس الرجل في نفقة زوجته ، لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده ، لأنه

بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلى سبيله (ش : إنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعاً لتوهم الناقض بين روايته ورواية القدوري - رحمه الله - وهذا لأنه روى لفظ القدوري في أول الفصل بقوله ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمه ، لم يعجل بحبسه ، ثم قال : وهذا إذا ثبت الحق بإقراره .

ولفظ « الجامع الصغير » يدل على جواز الحبس متصلاً بالإقرار ، وبينهما وهم التناقض ، فدفع هذا الوهم بقوله م : (ومراده) ش : يعني مراد محمد - رحمه الله - م : (إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت مآطلته) ش : قال الأترازي يعني مراد محمد - رحمه الله - فيما إذا ثبت الحق بالإقرار ، ثم ثبتت الماطلة ، فترافعا إلى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار ، فاندفع ذلك الوهم .

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - : معنى المسألة إذا كان جاحداً ، فأقر عنده ، وظهر القاضي جحوده عند غيره ، ومآطلته ، أو ظهر له مآطلته بعدما أقر عنده ، فحينئذ يحبسه ، فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه .

م : (والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده) ش : أي الحبس المذكور أولاً قبل السؤال في « الجامع الصغير » في قوله : يحبسه ، ثم يسأل عنه ، قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري - رحمه الله - عنده يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، وبيننا مدة الحبس أيضاً مع الاختلاف المذكور فيها فلا حاجة إلى الإعادة ، وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : وروي والحبس ومدته بالنصب فيهما .

قلت : إعراب الرفع أن قوله و« الحبس » مبتدأ أولاً نصب على الظرف ، ومدته عطف على المبتدأ ، وقوله : وقد بيناه ، خبر المبتدأ .

وأما وجه النصب ، فعلى تقدير بينا الحبس ، ومدته بالنصب أيضاً عطفاً عليه ، وقوله : قد بيناه مفسر لذلك المقدر .

م : (قال : ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع) ش : وفي أكثر النسخ . قال ، أي القدوري - رحمه الله - : ويحبس الرجل إلى آخره ، لأنه ظالم فيحبس وإن كان مقدار النفقة يسيراً ، بأن كان درهماً أو دنقاً م : (ولا يحبس الوالد في دين ولده لأنه) ش : أي لأن الحبس م : (نوع

نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه ، لأنه فيه إحياء لولده ، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان ، والله أعلم بالصواب .

عقوبة فلا يستحق الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص) ش: فإن الوالد لا يؤخذ بهما لأجل ولده م: (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) ش: أي على ولده ، لأن فيه إهلاكه ، وفي الإنفاق عليه إحياء ه ، وهو معنى قوله م: (لأن فيه) ش: أي في الإنفاق عليه م: (إحياء لولده ، ولأنه) ش: أي ولأن الإنفاق م: (لا يتدارك لسقوطها) ش: أي لسقوط نفقة الولد م: (بمضي الزمان ، والله أعلم بالصواب) ش: أي الزمان ، بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان ، فافترقا في هذا الحاكم ، فيفترقان في حق الحبس .

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قال : ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده ، للحاجة على ما بين فإن شهدوا على خصم حاضر ،

م : (باب كتاب القاضي إلى القاضي)

ش : أي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي إلى القاضي ، أورد هذا الباب بعد فصل الحبس ، لأن هذا من عمل القضاة أيضاً ، إلا أن السجن يتم بقاض واحد ، وهذا بائنين ، والواحد قبل الاثنين والقياس يأبى جواز العمل به ، لما فيه من شبهة التزوير ، إذ الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم ، إلا أنه جوز الحاجة الناس إليه ، لحديث علي رضي الله عنه أنه جوز له حاجة الناس إلى ذلك وعليه أجمع الفقهاء .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق) ش : التي تثبت مع الشبهات دون ما يندري بها م : (إذا شهد به عنده) ش : أي إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه ، وشهد على صيغة المجهول م : (للحاجة) ش : أي حاجة الناس إليه م : (على ما بين) ش : إشارة إلى قوله بعد هذا لمساس الحاجة . . . إلى آخره .

وفي «الأجناس» لا يكتب القاضي إلى القاضي فيما ينقل ويمول مثل العبد والدابة ، والثوب ، ويكتب في العقار ، ويسمع شهادة المشهور على ذلك إذا بين حدودها الأربع . وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لو كتبت في العبد ، لكتب في الناقة والحمار وفي هذين لا أكتب ، فكذا في العبد ولا جعل الأبق .

قال أبو يوسف - رحمه الله - الكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم .

وقال أبو يوسف - رحمه الله - في «أدب القاضي» : أصله رواية بشر بن الوليد في الجارية . إلى هنا لفظ «الأجناس» .

وقال في «شرح الطحاوي» وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : يقبل في جميع ذلك ، أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في المنقول وغيره ، ثم قال فيه : والفتوى على هذا لتعامل الناس .

م : (فإن شهدوا على خصم حاضر) ش : المراد من الخصم هنا ، الوكيل عن الغائب أو المسخر الذي جعل وكيلاً لأجل إثبات الحق عليه ، والمسخر هو الشخص الذي ينصبه القاضي من جهة

حكم بالشهادة لوجود الحجة 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 ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله وجوازه لمساس الحاجة ؛ لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ، فأشبه الشهادة على الشهادة ،

الخصم ، لإثبات الحق ، ولو لم يكن خصم أصلاً لا المدعى عليه ولا نائبه وقد حكم القاضي بالشهادة ، كان قضاء على الغائب ، وهو لا يجوز عندنا .

وعند الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج إلى خصم م : (حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً) ش : إذ السجل لا يكون إلا بعد الحكم م : (وإن شهدوا به بغير حضرة الخصم لم يحكم ؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة) ش : أي كتب القاضي بما يسمعه من الشهادة إلى القاضي م : (ليحكم المكتوب إليه) ش : أي القاضي المكتوب إليه م : (بها) ش : أي بهذه الشهادة ، لكن إذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب ، وهو بمنزلة نقل الشهادة .

م : (وهذا هو الكتاب الحكمي) ش : أي وهذا الكتاب إلى القاضي يسمى الكتاب الحكمي لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب إليه م : (وهو نقل الشهادة في الحقيقة) ش : ألا ترى أن للقاضي الأول أن يبطله قبل أن يبعث به إلى الثاني ، وكذا للثاني أن لا ينفذ بكتابه ، إلا أن يكون ذلك برأيه كذا في « المبسوط » م : (ويختص) ش : أي كتاب القاضي إلى القاضي م : (بشرائط نذكرها إن شاء الله) ش : في هذا الباب ، ومن الشرائط المعلومة خمسة .

ذكرها في « الذخيرة » : وهو أن يكون القاضي الكاتب معلوماً ، والقاضي المكتوب إليه معلوماً ، والمدعى به معلوماً ، والمدعى عليه معلوماً ، والمدعى به المعلوم ثم إعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده أو قبيلته ، لأن إعلام الإنسان إذا كان غائباً بهذه الأشياء ، ولو لم يذكر اسم أبيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق ، وبذكر أبيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند أبي حنيفة - رحمه الله - إن كان مشهوراً .

م : (وجوازه) ش : أي جواز نقل كتاب القاضي إلى القاضي ، وهذا هو الموعود بقوله على ما نبين م : (لمساس الحاجة) ش : أي لشدة حاجة الناس إليه م : (لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة) ش : تقرير هذا أن جوازه ثابت لمشابهة الشهادة على الشهادة لاتحاد المناط ، وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم ، فكما تجوز الشهادة على الشهادة

وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة ؛ لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة ، ويقبل في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يقبل في العبد دون الأمة ؛ لغلبة الإباق فيه دونها .

لإحياء حقوق الناس ، فكذلك جواز الكتاب لذلك ولا يراد بالشاهد القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان .

م : (وقوله) ش : أي وقول القدوري - رحمه الله - : م : (في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح) ش : بأن ادعى رجلاً نكاحاً على امرأة ، أو بالعكس ، وكذلك الطلاق ، إذا ادعت امرأة على زوجها م : (والنسب) ش : بأن ادعى نسباً من الميت م : (والمغصوب) ش : بأن ادعى غصباً على رجل م : (والأمانة المجحودة) ش : الوديعة التي جردها المودع م : (والمضاربة المجحودة) ش : التي جردها المضارب ، وإنما قيد بالجدح فيهما ، لأن المودع والمضارب لو كانا مقرين ، فلا حاجة إلى كتاب القاضي . م : (لأن ذلك كله) ش : أي لأن المذكور من هذه الأشياء كله م : (بمنزلة الدين) ش : والدين يجوز فيه الكتاب ، فكذا يجوز فيما كان بمنزلة .

م : (وهو) ش : أي الدين م : (يعرف بالوصف لا يحتاج فيه إلى الإشارة) ش : فإن قيل : لا نسلم عدم الاحتياج في الإشارة فيما سوى الدين ، فإن الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل والمرأة عند دعوى النكاح من الجانبين ، وكذلك في الأمانة والمغصوب .

قلنا : لا بل النكاح ونظائره المذكورة ، لا يحتاج إلى الإشارة ، لأن دعوى المدعي ضمن النكاح لانفس المرأة ، وكذلك نظائره ، لأنها من الأفعال ، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة والمدعى هو العقد م : (ويقبل في العقار أيضاً) ش : أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في دعوى العقار أيضاً م : (لأن التعريف فيه) ش : أي في العقار م : (بالتحديد) ش : أي ببيان حدوده الأربعة .

م : (ولا يقبل) ش : أي كتاب القاضي إلى القاضي م : (في الأعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة) ش : عند الدعوى والشهادة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله - في العبيد والجوار ، وهو القياس المنصوص عن الشافعي - رحمه الله - : أنه لا يجوز في المنقول ، وهو أصح الروايتين عنه .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه) ش : أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م : (يقبل في العبد دون الأمة ؛ لغلبة الإباق فيه دونها) ش : أي في العبد دون الأمة ، لأن العبد يخدم خارج البيت ، فيقدر على الإباق غالباً فتمس الحاجة إلى الكتاب ، بخلاف الأمة ، فإنها تخدم في البيت

وعنه: أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها.

فلا تقدر على الإباق غالباً ، فلا تمس الحاجة . كذا في «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد ، قلت : أكثر جوار أهل مصر تخرج إلى الأسواق وغيرها في أكثر الأوقات .

م : (وعنه) ش : أي وعن أبي يوسف - رحمه الله - رواها عنه بشر بن الوليد - رحمه الله - م : (أنه يقبل) ش : كتاب القاضي إلى القاضي م : (فيهما) ش : أي في العبد والأمة م : (بشرائط تعرف في موضعها) ش : وموضعه كتاب الإباق من «المبسوط» ، وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ، ونسبه الذي أخذه ، والختم في عنقه ، وأخذ الكفيل .

وصفة ذلك : بخارى أبق له عبد إلى سمرقند مثلاً ، فأخذه سمرقندي ، ويجوز المولى ببخارى ، فطلب من قاضي بخاري أن يكتب بشهادة شهوده عنده بحسب إلى ذلك ، ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدين ، ويعلمهما ما فيه ويرسلهما إلى سمرقند ، فإذا انتهى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده بالكتاب وبما فيه ، فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ، ولا يقضي له لأن شهادة شاهدين الملك لم يكن بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد .

ويجعل في عتق العبد خاتماً من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ، ويكتب كتاباً إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وعلى ما في الكتاب فإذا وصل إلى قاضي بخاري ويشهد بالكتاب وختمه أمر المدعي بشهادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد ، أنه حقه وملكه ، فإذا شهدوا بذلك ، قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيله .

وفي رواية عن أبي يوسف - رحمه الله - : أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد ، لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعي عليه ، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويبرئ الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد ، غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين ، لئلا يطأها قبل القضاء بالملك ، زاعماً أنها ملكه .

ولكن أبو حنيفة - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - قالوا : هذا استحسان ، فيه بعض قبح ، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ، ويستعمله ، يأكل من غلبته قبل القضاء بالملك ، وربما يظهر العبد لغيره ، لأن الحلية والصفة يشتبهان ، فإن المختلفين متفقان في الحلي والصفات

وعن محمد - رحمه الله - : أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله قال، 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 ،

فالأخذ بالقياس أولى .

م: (وعن محمد - رحمه الله - : أنه) ش: أي أن كتاب القاضي إلى القاضي م: (يقبل من جميع ما ينقل ويحول وعليه) ش: أي وعلى قول محمد والمشايخ المتأخرون - رحمهم الله - وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي - رحمهم الله - في قول، وقال الأسيجاني : وعليه الفتوى .

وفي « الخلاصة » : ولو كتب اسم القاضي ونسبه ، ولم يكتب اسم القاضي والمكتوب إليه ونسبه ولكن كتب إلى من بلغ كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز ، وأبي يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم ، ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله ، وإن كتب فيه تاريخاً ينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أم لا ، ولا يكفي بالشهادة ، إذا لم يكتب مكتوباً وكذا كونه كتاب القاضي ، لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ، ولم يكن مكتوباً ، كذا كونه لم يعمل به إلى هنا لفظ « الخلاصة » .

وفي « شرح الطحاوي » : وكتاب القاضي إلى القاضي ، في حقوق الناس من الطلاق والعتاق وغيرها جائز إلا في الحدود والقصاص ، وفي خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي رستاق ، ولا يجوز من القاضي الرستاق إلى قاضي مصر .

م: (وقال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) ش: يعني لا يقبل القاضي المكتوب إليه ، كتاب القاضي إليه إلا بحجة تامة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في سائر الحقوق .

وكان الشعبي - رحمه الله - يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة ، قياساً على كتاب أهل الحرب ويجيء الجواب عنه عن قريب م: (لأن الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا) ش: أي اشتراط الحجة م: (لأنه) ش: أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي م: (ملزم ، فلا بد من الحجة) ش: وهذا عليه عامة الفقهاء .

وعن الحسن البصري والعنبري وأبي ثور والإصطخري ، وأبي يوسف - رحمه الله - في

بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم ، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي ؛ لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية . قال : ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به ، لأنه لا شهادة بدون العلم ، ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ؛ لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط .

رواية ومالك - رحمه الله - في رواية مثل قول الشعبي - رحمه الله - فإنهم قالوا : إذا كان القاضي المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في سائر الاستئمان بقوله : م : (بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ؛ لأنه ليس بملزم) ش : فإن الإمام بالخيار إن شاء أعطى الأمان وإن شاء لم يعطه ، فلا يشترط فيه البيعة ، وأجاب عن قولهم كما م : (وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله) ش : أي ورسول المزكي م : (إلى القاضي) ش : حيث يقبل من غير حجة تامة م : (لأن الإلزام بالشهادة) ش : إذ القضاء مضاف إلى الشهادة م : (لا بالتزكية) ش : أي ليس الإلزام بالتزكية ، وهذا لو قضى بدون التزكية صح قضاءه ، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق .

وقال الأكل - رحمه الله - : وقبل قوله يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببيعة وغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع ، فإنه ينعقد بكتابه وينعقد برسول أو اتحادهما في عدمه لأن القياس يأبى جوازها وفرق بينهما بوجهين :

أحدهما : ورود الأثر في جواز الكتاب ، وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسول ، فبقي على القياس .

والثاني أن الكتاب كالخطاب ، والكتاب وجد من موضع القضاء ، فكان الخطاب من موضع القضاء فيكون حجة ، وأما الرسول فقام مقام الرسل والمرسل في هذا الموضع من يقال ، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (ويجب أن يقرأ) ش : القاضي الكتاب م : (الكتاب عليهم) ش : أي على الشهود م : (ليعرفوا فيه) ش : أي في الكتاب م : (أو يعلمهم) ش : أي أو يعلم القاضي الشهود م : (به) ش : أي بما في الكتاب م : (لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه) ش : أي الكتاب م : (بحضرتهم ويسلمه إليهم ؛ كيلا يتوهم التغيير ، وهذا) ش : أي ما ذكر من الوجهين م : (عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -) ش : وبه قال الشافعي وأحمد ومالك - رحمهم الله - في رواية م : (لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط) ش : ارتفاع شرط على الخبر والمبتدأ هو

وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا: شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف - رحمه الله - .

قوله هذا ، وقوله إن علم ما في الكتاب معناه ، لا نعلم ما في الكتاب ، فإن كان عند أحد وجه غير هذا فليبين م: (وكذا) ش: أي وكذا بشرط م: (حفظ ما في الكتاب عندهما) ش: أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

م: (ولهذا) ش: أي ولكون اشتراط حفظ ما في الكتاب م: (يدفع إليهم) ش: أي إلى الشهود م: (كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم) ش: فإن فات شيء من الأمور لا يقبل الكتاب عندهما م: (وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخرًا) ش: أي في قوله الأخير ، إنما قال ذلك لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (شيء من ذلك) ش: هذا مقول القول ولفظ شيء مبتدأ ، وإن كان نكرة ، لأنه تخصيص بقوله من ذلك إلى شيء كائن من ذلك ، أي علم ما في الكتاب ، وحفظه والختم بحضرتهم وقوله م: (ليس بشرط) ش: خبر المبتدأ المذكور م: (والشرط) ش: أي عند أبي يوسف - رحمه الله - م: (أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه) ش: وبه قال مالك - رحمه الله - في رواية .

م: (وعن أبي يوسف - رحمه الله - أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة) ش: لأن الخبر يحتمل الصدق والكذب ، وليس في المعاينة احتمال م: (واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف - رحمه الله -) ش: تيسيراً على الناس وأجمعوا في الصك أن الإشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب .

قال الكاكي - رحمه الله - : فاحفظ هذا ، فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك يشهدون على ما في الصك غير قراءة الحدود وغير ذلك . كذا في «مختلفات القاضي» وما قاله احتياط وما قاله أبو يوسف رحمه الله توسع .

ومن الشرائط عندهما ، أن يحفظوا شهادة ما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الأداء كما في جميع الشهادات . كذا في «الذخيرة» .

ومن الشرائط عندهما أن يكون الكتاب معنوناً ، بأن يكتب فيه : هذا كتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي ، والشرط العنوان الباطن عندهما ، لا على

قال ، فإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم ، لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب ، لأنه للنقل لا للحكم .

عنوان الظاهر ، حيث لو ترك العنوان الظاهر اتفى المكتوب إليه بالعنوان ، وجاز ذلك ، وعلى العكس لا يجوز .

وصورة الظاهر في زماننا : أن يكتب قبل كتابة التسمية على جانب اليسار من فلان بن فلان إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، ويكتب في جانب اليمين فوق كتابه : بسم الله الملك الحق المبين ونحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم فإن كتب إلى قاضي فلان كذا ، وفي البلد قاضيان لا يصح ، ولو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها ، ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، ثم يكتب البسملة هذا كتابي أطال الله بقاء فلان القاضي إلى آخره ، كما هو الرسم في الكتاب ثم يكتب : أما بعد .

ثم اعلم أنهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها ، وكثير منهم قالوا : لا يجوز فيما دون مسافة السفر به .

قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - في وجه ، وحكى الطحاوي - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - وأصحابه : أنه يجوز فيما دون السفر ، وقال بعض المتأخرين من أصحابنا : هذا مذهب أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وبه قال مالك - رحمه الله .

م : (قال) ش : أي القدوري - رحمه الله - : م : (فإذا وصل) ش : أي كتاب القاضي م : (إلى القاضي لم يقبله) ش : وفي بعض النسخ لم لم يفتكه من الافتكاك .

والأول أوقف لرواية الكتب في «الجوامع» «فتاوى قاضي خان» م : (إلا بحضرة الخصم لأنه) ش : أي لأن الكتاب م : (بمنزلة أداء الشهادة ، فلا بد من حضوره) ش : أي حضور الخصم م : (بخلاف سماع القاضي الكاتب) ش : حيث يسمع الشهادة وإن كان الخصم وهو المدعى عليه غائباً م : (لأنه) ش : أي لأن سماعه م : (للنقل لا للحكم) ش : فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول ، وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا هنا .

قال: فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه ففتحه القاضي وقرأه على الخصم ، وألزمه ما فيه ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمته قبله على ما مر ، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاص لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود ، وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ، وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب ،

وقال في «شرح الأقطع» : وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يقبله من غير حضور خصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه ، فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب ، فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به .

م: (قال: فإذا سلمه الشهود إليه) ش: وفي بعض النسخ قال أي القدوري - رحمه الله - : إذا سلم الشهود الكتاب إلى القاضي المكتوب إليه م: (نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأه علينا وختمه ففتحه القاضي) ش: المكتوب إليه م: (وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) ش: أي في الكتاب م: (وهذا) ش: أي المذكور م: (عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله -) م: (إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمته قبله على ما مر) ش: أشار إلى ما قال قبل هذا : وقال أبو يوسف - رحمه الله - آخر شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه .

م: (ولم يشترط) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (في الكتاب) ش: أي في «مختصره» م: (ظهور العدالة للفتح) ش: أي فتح الكتاب لأنه قال : فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه ، وقرأه علينا وختمه : فتحه القاضي ، ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا ، فعلم أنه لم يشترط العدالة وقال المصنف - رحمه الله - م: (والصحيح أنه يفض الكتاب) ش: أي يفتحه ويفك ضمته م: (بعد ثبوت العدالة) .

م: (كذا ذكره الخصاص ؛ لأنه ربما يحتاج) ش: أي المدعي م: (إلى زيادة الشهود) ش: إذا لم تظهر العدالة م: (وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم) ش: ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه ، [. . .] ، فلا يمكنهم ذلك م: (وإنما يقبله المكتوب إليه) ش: ذكر هذا تعريفاً على ما تقدم من مسائل القدوري ، أي وإنما يقبل الكتاب القاضي المكتوب إليه م: (إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل) ش: أي القاضي الكاتب م: (أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب)

لا يقبله؛ لأنه التحق بواحد من الرعايا ، ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله ، أو في غير عملهما ، وكذلك لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين؛ لأن غيره صار تبعاً له ، وهو معروف ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه غير معرف .

ش: بأن فسق أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحرب م: (لا يقبله) .

ش: وقال الشافعي وأبو يوسف - رحمهما الله - وأحمد - رحمه الله - : يقبله ويعمل به ، واستدل المصنف - رحمه الله - على عدم القبول بقوله م: (لأنه) ش: أي لأن القاضي الكاتب بالأمور المذكورة م: (التحق بواحد من الرعايا) ش: لأنه حيثئذ خرج من أن يكون حاكماً فلا ينفذ الحكم بكتابه .

م: (ولهذا) ش: أي ولكونه ملتحقاً بواحد من الرعايا م: (لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله أو في غير عملهما) ش: يعني إذا أخبر القاضي قاضياً آخر في غير عمل المخبر لا يقبل كتابه ، فلأن لا يقبل كتابه إذا عزل أو مات بالطريق الأولى ، كذا قاله تاج الشريعة .

وفي «الذخيرة» [قال] قاضي خان: التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملهما ، فقال أحدهما للآخر: ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما يحق لك لم يقبل منه ، ولم ينفذه لأن الخطأ والسماع أو أحدهما وجد من غير القاضي ، حيث لم يكن في مكان ولايته م: (وكذلك) ش: أي وكذا لا يقبله قاضي آخر م: (لو مات المكتوب إليه) ش: لأنه كتب إلى غيره ، وقدمات م: (إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين) ش: فحيثئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب إليه م: (لأن غيره) ش: أي غير المكتوب إليه م: (صار تبعاً له ، وهو معروف) ش: أي معلوم الذي صار تبعاً معلوم .

م: (بخلاف ما إذا كتب ابتداء) ش: من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني م: (إلى كل من يصل إليه) ش: من قضاة المسلمين ، حيث لم يقبل م: (على ما عليه مشايخنا - رحمهم الله - لأنه غير معرف) ش: أي مجهول حاصل الكلام أما في الصورة الأولى صرح الكتاب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم ، بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، أو إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، لأنه أتى بما هو شرط ، وهو أن يكون من معلوم ، ثم صير غيره تبعاً له .

وأما في الصورة الثانية ، فإن كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، فإنه لا يصلح لأنه معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط ، وهو

ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ، ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص ، لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما .

مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - وقيل : الظاهر أن محمداً - رحمه الله - معه وقيل رد لقول أبي يوسف - رحمه الله - في جوازه ، فإنه حين ابتلي بالقضاء ، وسع كثيراً ، تسهيلاً للأمر على الناس .

م: (ولو كان مات الخصم) ش: يعني لو مات المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي إلى القاضي م: (ينفذ) ش: القاضي المكتوب إليه م: (الكتاب على وارثه) ش: أي ورثة الخصم م: (لقيامه) ش: أي لقيام الورثة م: (مقامه) ش: أي مقام الخصم م: (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ، وفي قول آخر : يقبل ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - لأن الاعتماد على الشهود [. . .] م: (لأن فيه) ش: أي في كتاب القاضي م: (شبهة البدلية) ش: لأن للمكتوب إليه صار بدلاً عن الكاتب ، لأنه لم يشاهد الشهادة م: (فصار كالشهادة على الشهادة) ش: وهي غير مقبولة فيهما ، فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات م: (ولأن مبناهما) ش: أي مبنى الحدود والقصاص م: (على الإسقاط وفي قبوله) ش: أي وفي قبول كتاب القاضي إلى القاضي فيهما م: (سعى في إثباتهما) ش: فلا يجوز ، والله أعلم .

فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما وقد مر الوجه، وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك ، لأنه قلد القضاء دون التقليد به ، فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف ؛

فصل آخر

أي هذا فصل آخر ، قيل لم يمض في هذا الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر ، وأجيب بأن هذا فصل آخر في كتاب «أدب القاضي» ، فإنه تقدم فصل في الحبس وهذا فصل آخر م: (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء) ش: وقال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله - : لا يجوز لأن المرأة ناقصة للعقل غير أهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصوم م: (إلا في الحدود والقصاص) ش: مجمع عليه في عدم الجواز م: (اعتباراً بشهادتهما فيهما) ش: أي قياساً على شهادتهما فإن شهادتها جائزة م: (وقد مر الوجه) ش: أي مر وجه هذا في أول أدب القاضي ، أن حكم القضاء يستقي من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص ، فهي أهل للقضاء في غيرهما .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وقيل : أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية ، فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها فشهادتها كذلك ، وقضاؤها مستفاد من شهادتها ، انتهى .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : قوله : وقد مر الوجه أي في كتاب الحدود ، أن فيها شبهة البدلية ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَجُلَيْنِ ﴾ . . . الآية (البقرة الآية : ٢٨٢) .

م: (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) ش: أي الاستخلاف ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - ، ولو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف . ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف . ولو واه وسكت عن الإذن والنهي ، فعندنا لا يجوز ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله .

وعن الإصطخري من أصحاب الشافعي - رحمه الله - : يجوز إذا واه في عمل لا يقدر أن يتولاه بنفسه م: (لأنه) ش: أي لأن القاضي م: (قلد القضاء دون التقليد به) ش: أي بالقضاء م: (فصار) ش: أي حكمه م: (كتوكيل الوكيل) ش: فإن الوكيل لا يملك إلا إذا فوض إليه ذلك ، لأنه مطلق التفويض ليس بإذن الاستخلاف م: (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف) ش: أي

لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ، ولو
قضى الثاني بمحضر من الأول ، أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه
حضره رأي الأول

حيث يجوز له الاستخلاف .

وإن لم يأذن له بذلك م: (لأنه) ش: أي لأن أداء الجمعة م: (على شرف الفوات لتوقته) ش:
أي لتوقت أداء الجمعة بوقت تفوت بانقضائه ، لأن الموانع من إقامتها من المرض والحدث في
الصلاة وغيرها ، قد يعتبر به شيء من ذلك ، مع ضيق الوقت ، ولا يمكن انتظار الإمام
الأعظم ، لأنها لا تحتل التأخير عن الوقت م: (فكان الأمر به) ش: أي بأداء الجمعة م: (إذناً
بالاستخلاف دلالة) ش: أي من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحاً .

لكن إنما يجوز ذلك إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة ؛ لأنها من شرائط افتتاح الجمعة ، فلو
افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث ، فاستخلف من لم يشهدها جاز ، لأن المستخلف [. . .]
مفتتح ، واعترض بمن أفسد صلاته ، ثم افتتح بهم الجمعة ، فإنه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ،
لم يشهد الخطبة ، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول ، التحق بمن يشهد
الخطبة .

م: (ولا كذلك القضاء) ش: أي ليس القضاء كالجمعة ، لأنه غير موقت يفوت بالتأخير عند
العدرم: (ولو قضى الثاني) ش: يعني لو استخلف القاضي بدون الإذن من الإمام ، وقضى هذا
النائب كيف يكون حكمه؟ قال المصنف -رحمه الله- م: (ولو قضى الثاني) ش: أي ولو حكم
نائبه الذي ولاه م: (بمحضر من الأول) ش: وهو القاضي المولى من الإمام م: (أو قضى الثاني) ش:
وهو النائب عند غيبة المستنيب م: (فأجاز الأول) ش: وهو القاضي المستخلف م: (جاز) ش: إذا
كان من أهل القضاء م: (كما في الوكالة) ش: فإن الوكيل إذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل ،
فوكّل وتصرف بحضرة الأول وأجازه الأول جاز م: (وهذا) ش: أي وجه الجواز م: (لأنه) ش:
هذا يصلح أن يكون دليلاً للمسألين .

أما في هذه المسألة فلائه ، أي فلأن الخليفة م: (حضره رأى الأول) ش: أي رأي القاضي
الأول الذي ولاه الخليفة وقت قعوده لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي ،
أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضياً به .

وأما في الولاية فيجزيء في كتابها ، فإن قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم
اختلف في الجواز وعدمه؟ فأجيب بالمنع ، فإن الالتفات أسهل من الابتداء ، وإن الحكم الذي

وهو الشرط . وإذا فوض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح . قال : وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع ، بأن يكون قولاً لا دليل عليه . وفي «الجامع الصغير» : وما اختلف فيه الفقهاء ففضى به القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى

أدى له القاضي به في الابتداء لم يحضره رأي القاضي فكأنه رضي الخليفة بتولية القاضي مقيداً به .

م : (وهو الشرط) ش : أي حضور رأي الأول هو شرط الجواز م : (وإذا فوض إليه يملكه) ش : أي إذا قال الخليفة القاضي : ولن شئت كان له أن يولي غيره م : (فيصير الثاني نائباً عن الأصل) ش : أي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض إليه نائباً عن الخليفة م : (حتى لا يملك الأول عزله ، إلا إذا فوض إليه العزل وهو الصحيح) ش : أي القاضي الأول لا يملك عزل القاضي الثاني الذي هو نائب القاضي المولى من جهة الخليفة ، لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة ، فلا يملك القاضي المستنيب عزله ، وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : يملك عزله لأنه نائبه ، فصار كوكيله . قلنا : إنه صار قاضياً من جهة الخليفة إلا أن يقول له الخليفة : ولي من شئت واستبدل من شئت ، فصار كالوكيل إذا قال له الموكل : اعمل برأيك ، صح توكيله على الموكل وصار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل ، انعزل الأول والثاني ، ولو مات الأول ، لا ينعزل وكيله . فكذا إذا عزله الأول .

م : (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه) ش : أي نفذه م : (إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع) ش : كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات كالحكم بحل متروك التسمية عامداً ، فإنه مخالف لقوله تعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ م : (الأنعام : الآية ١٢١) ش : أي أو سنته المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول على مذهب سعيد بن المسيب - رضي الله عنه - وسعيد بن جبير - رضي الله عنه - فإن اشترط الدخول ثابت بالحديث المشهور وهو حديث العسيلة م : (بأن يكون قولاً لا دليل عليه) ش : بيان لمخالفة الإجماع ، كما إذا مضى على الدين سنون ، فحكم بسقوط الدين عنمن عليه .

لتأخير المطالبة ، فإنه لا دليل شرعي على ذلك ، وعلى النسخة الأولى يكون قوله بأن يكون تعليلاً للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً للأدلة المذكورة ، بسبب أنه يكون قولاً لا دليل عليه .

م : (وفي «الجامع الصغير» : وما اختلف فيه الفقهاء ففضى به القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى

غير ذلك أمضاه والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول ، وقد يرجح الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه ، ولو قضى في المجتهد فيه ، مخالفاً لرأيه ، ناسياً لمذهبه ، نفذ عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان عابداً ، ففيه روايتان ،

غير ذلك أمضاه (ش : أي غير ما قضى به الأول ، إنما ذكر لفظ «الجامع الصغير» بهذا اللفظ ، لأن فيه فائدتين :

إحدهما : أنه قيد بالفقهاء ؛ لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد ، فاتفق قضاؤه ، فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه . كذا ذكره في «فصول الاستروشيئي» - رحمه الله - محالاً إلى «المحيط» . وفي «الذخيرة» : لا ينفذه المدفوع إليه على قول العامة .

والفائدة الثانية : أنه قيد بقوله يرى غير ذلك ، ففي رواية القدوري - رحمه الله - : لم يتعرض بذلك فيحتمل أن قوله أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي موافقاً لحكم الأول ، فإذا كان مخالفاً لا يرضيه ، فأبانت رواية «الجامع» بأن ذلك الإمضاء عام ، فيما سوى المستثنيات ، سواء كان يوافق رأيه أو يخالفه ، لأن الحكم لاقى مجتهداً فيه ، ولا ينقضى باجتهاد آخر .

وقد صح عن عمر - رضي الله عنه - أنه قلد القضاء لأبي الدرداء - رضي الله عنه - بعد كثرة اشتغاله ، فاخصم إلى أبي الدرداء رجلان في شيء فقضى لأحدهما ، ثم لقي عمر - رضي الله عنه - المقضى عليه ، فسأله - رضي الله عنه - عن حاله ، فقال قضى علي ، فقال عمر : لو كنت مكانه لقضيت لك ، فقال المقضى عليه وما يمنعك من القضاء فقال عمر : ليس هنا نص والرأي مشترك ، يروى أن عمر - رضي الله عنه - استعان بزيد بن ثابت - رضي الله عنه - ، فقضى زيد - رضي الله عنه - بين رجلين ثم لقي عمر أحد الخصمين ، فقال : إن زيدا قضى علي ، والباقي نحوه ، وعن عمر - رضي الله عنه - قضى في حارثة بقضية ، ثم قضى فيها بخلاف ذلك ، فقليل له في ذلك فقال تلك كما قضيناها هذه كما نقضي .

م : (والأصل) ش : أي في تنفيذ القاضي ما رفع إليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة م : (أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه) ش : وفي بعض النسخ : محلاً مجتهداً فيه م : (ينفذ ولا يرده غيره ؛ لأن الاجتهاد الثاني كاجتهاد الأول) ش : في أن كلاهما يحتمل الخطأ م : (وقد يرجح الاجتهاد الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه) ش : درجة ، وهو لم يتصل القضاء به م : (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه) ش : حال كونه م : (ناسياً لمذهبه ، نفذ عند أبي حنيفة - رحمه الله - وإن كان عابداً ففيه روايتان) ش : وفي بعض النسخ : فعنه أي عن أبي حنيفة - رحمه الله - روايتان :

ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ ييقن . وعندهما لا ينفذ في الوجهين ؛ لأنه قضى بما هو خطأ عنده
وعليه الفتوى . ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا ، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما
اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض

في رواية : لا ينفذ وبه كان يفتي شمس الأئمة ، والأوزجندي ، لأنه زعم فساد قضائه فتعامل في
حقه بزعمه ، وفي رواية ينفذ وبه كان يفتي الصدر الشهيد والمرغيناني - رحمهما الله - وأشار
إلى وجه هذا بقوله : م : (ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ ييقن) ش : لأن كل مجتهد لا يقطع القول بأن
الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه ، بل الأمر محتمل عنده ، فتعين الصواب فيما اتصل به
القضاء حملاً للأمر القضاء على الصواب . وذكر في «الذخيرة» الاختلاف في نفاذ القضاء ، وفي
بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء .

م : (وعندهما) ش : أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م : (لا ينفذ في الوجهين)
ش : أي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ، ومالك وأحمد - رحمهم الله تعالى - م : (لأنه قضى بما
هو خطأ عنده) ش : فيعمل بزعمه قال المصنف - رحمه الله - : م : (وعليه الفتوى) ش : لأنه زعم
فساد قضائه والمرء مؤاخذ بزعمه ، كذا في «المحيط» .

وذكر في «الفتاوى الصغرى» الفتوى على قول أبي حنيفة - رحمه الله - في نفاذ القضاء
على خلاف المذهب ، وفي «فتاوى ظهير الدين» - رحمه الله - استحقق للسلطان أن ينقض
ذلك .

م : (ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً لما ذكرنا) ش : من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع
م : (والمراد بالسنة المشهورة) ش : بالرفع لأن خبر لقوله والمراد أي المراد من السنة ليس مطلق السنة
بل السنة المشهورة م : (منها) ش : أي من السنة .

والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله
تعالى : ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء ﴾ م : (النساء : الآية ٢٢) ، فإن السلف اتفقوا على
عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته ووطئها إن وطئها الأب ، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه
، من دفع إليه م : (وفيما اجتمع عليه) ش : أي في الذي اجتمع عليه م : (الجمهور) ش : أي جمهور
العلماء - رحمهم الله - أي أكثرهم ، وأجلهم م : (لا يعتبر مخالفة البعض) ش : أي بعض العلماء
- رحمه الله - هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه
من رفع إليه .

وذلك خلاف وليس باختلاف ، والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول . قال : وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ، فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله -

وقال الأكمل - رحمه الله - ناقلاً عن السغناقي - رحمه الله - : وينبغي أن يحمل كلام المصنف - رحمه الله - هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ، وذلك لقول ابن عباس - رضي الله عنهما - في جواز ربا الفضل ، فإنه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه ، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك ، وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدونه ، فأما إذا سوغ له ذلك ، لم ينعقد الإجماع بدونه ، كقول ابن عباس - رضي الله عنهما - في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السدس بالجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين ، فإن حكم به لم يكن مخالفاً للإجماع ، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة - رحمه الله - ، ولعله اختاره المصنف - رحمه الله - ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده ، لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء - رحمهم الله .

م : (وذلك) ش : أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور م : (خلاف) ش : أي مخالفة للأكثر م : (وليس باختلاف) ش : لم يذكر أحد الفرق حينما وقعت عليه من الشروح والفرق بينهما إن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً .

والمقصد واحد كخلاف الشافعي - رحمه الله - ، والخلاف هو أن يكون الطريق مختلفاً والمقصد مختلفاً ، فافهم فإنه دقيق م : (والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول) ش : وهم الصحابة رضي الله عنهم .

وفي «الذخيرة» : إنما اعتبر الخصاص الخلاف بين المتقدمين ، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ، ومن معهم من السلف ، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي - رحمه الله - والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه . انتهى

والخلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة رضي الله عنهم والتابعين - رحمهم الله - لا الذي يقع بعدهم ، فعلى هذا إذا حكم الشافعي والمالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ، ورفع ذلك إلى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه .

م : (قال) ش : أي قال محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر) ش : أي فيما بيننا م : (بتحريمه ، فهو في الباطن) ش : أي عند الله م : (كذلك) ش : أي حرام م : (عند أبي حنيفة - رضي الله عنه -) ش : ومن صور التحريم : ادعت على زوجها أنه

فالقاضي يقضي وكذا إذا قضى بإحلال ، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، وقد مرت في النكاح . قال: ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه . وقال الشافعي -رحمه الله - : يجوز

طلقها ثلاثاً ، أو أقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة ، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة ، فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقول أبي يوسف - رحمه الله - أولاً : لا يحل للزوج الأول وطئها ظاهراً أو باطناً ، ويحل للثاني ظاهراً وباطناً علم بحقيقة الحال أولاً .

وعلى قول أبي يوسف آخرًا ومحمد والشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله - لا يحل للثاني وطئها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال ، ومن صورة التحريم أيضًا وصبي وصبية سبياً وهما صغيران ، فكبرا وأعتقا ، ثم تزوج أحدهما الآخر ، فجاء حربي مسلماً ، وأقام بينة أنهما ولداه . (فالقاضي يقضي) ش : بنسبهما ويفرق بينهما ، فإن رجع الشهود ، أو تبين أنهم زور ، لا يسع للزوج وطأها عنده ، لأن القضاء بالحرمة نفذ ظاهراً وباطناً ، وكذا عند محمد - رحمه الله - لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود .

م : (وكذا إذا قضى) ش : القاضي م : (بإحلال) ش : يعني إذا قضى القاضي بإحلال شيء في الظاهر ، فهو في الباطن كذلك ، ومن صورته رجل ادعى على امرأة نكاحاً ، وهي تتجدد ، فأقام عليها شاهدي زور ، وقضى القاضي بالنكاح بينهما ، حل للزوج وطأها ، وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة - رحمه الله - وأبي يوسف - رحمه الله - في قوله الأول .

وعند محمد وأبي يوسف في قوله الأخير ، وزفر والأئمة الثلاثة - رحمهم الله - : لا يحل لهما ذلك م : (وهذا) ش : أي هذا الذي ذكرناه م : (إذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، وقد مرت في النكاح) ش : كنكاح وبيع وطلاق وعتاق لا في الأملاك المرسلة مثل أن يدعي الملك ، ولم يذكروا السبب ، فإن الحكم فيها بشهادة الزور ، لا ينفذ باطناً بالإجماع .

ومن صور البيع : ما إذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور ، سواء كانت الدعوى من جهة المشتري ، مثل أن قال : بعطني هذه الجارية ، أو من جهة البائع مثل أن يقول : اشتريت مني هذه الجارية ، فإنه يحل للمشتري وطأها في الوجهين جميعاً .

م : (ولا يقضي القاضي على غائب) ش : ولا يقضي له أيضاً عندنا م : (إلا أن يحضر من يقوم مقامه) ش : مثل وكيل الغائب أو وصيه . (وقال الشافعي - رحمه الله - : يجوز) ش : إذا كان غائباً

لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق. ولنا: أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعة بدون الإنكار، ولم يوجد، ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء؛ لأن أحكامهما مختلفة، ولو أنكر ثم غاب، فكذلك الجواب؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء،

عن البلد أو عن مجلس الحكم إذا كان مستتراً في البلد قولاً واحداً، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - ولو كان غائباً في مجلس الحكم غير مستتر في البلد فقولان أصحهما: أنه لا يحكم بدون حضوره، وبه قال مالك وأحمد، إذ في المستتر تضييع الحقوق، وفي غيره: لا. والثاني أنه يجوز م: (لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق) ش: فيحل للقاضي العمل بمقتضاها م: (ولنا: أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة) ش: لأن الشهادة خبر تحتمل الصدق والكذب ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل، لأن الشرع جعلها حجة ضرورية لقطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها م: (ولا منازعة بدون الإنكار) ش: يعني لا تكون المنازعة إلا بالإنكار م: (ولم يوجد) .

ش: فإن قيل: قد قلتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت .

أجيب: بأن الشرع أنزله منكرًا حملاً لأمره على الصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق، كذا في «المبسوط» و«الأسرار» و«الذخيرة» .

فإن قيل: وقف الحكم إلى الحضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد، لأن المدعى عليه لو حضر، فإما أن يقر أو ينكر، فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة .

قلنا: بل هو مفيد، لأنه يحتمل أن يطعن في البينة، ويثبت طعنه بالحجة ويحتمل أنه يسلم الدعوى، ثم ادعى الأداء إلى المدعى ويثبت بالحجة .

م: (ولأنه) ش: دليل آخر على المطلوب أي ولأن البيان م: (يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء) ش: على الحاكم م: (لأن أحكامهما) ش: أي أحكام القضاء بالبينة، والإقرار م: (مختلفة) ش: فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع، ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة، فإن الرجل إذا اشترى جارية مولده عنده، فاستحقها رجل بالبينة، فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها، لأن البينة حجة مطلقة بخلاف الإقرار، فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير م: (ولو أنكر) ش: المدعى عليه م: (ثم غاب فذلك الجواب) ش: يعني لا يقضي القاضي في غيبته م: (لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء) ش: لأن البينة إنما تظهر حجة بالقضاء، وبقاؤه شرط وهو محتمل ها هنا .

وفيه خلاف أبي يوسف - رحمه الله - ، ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بإنابته كالوكيل أو بإنابة
الشرع كالوصي من جهة القاضي ،

م : (وفيه) ش : أي وفي الوجه م : (خلاف أبي يوسف - رحمه الله -) ش : فإنه يقول الشرط
الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء ، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب ، وأجيب أن
الاستصحاب يصلح للدفع لا للإثبات .

فإن قلت : احتج الشافعي - رحمه الله - بقوله عليه السلام : « البينة على المدعي » ،
فاشترط حضور الخصم لإقامة البينة زيادة عليه ، وما قالت هند - رضي الله عنها - : « يا رسول
الله إن أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال عليه السلام : خذي من ماله ما يكفيك
وولئك بالمعروف » فقد قضى عليه وهو غائب .

قلت : حجتنا نحن بقوله عليه السلام لعلي - رضي الله عنه - : « لا تقض لأحد الخصمين
بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فإنك لا تدري بما تقضي » رواه الترمذي - رحمه الله - وقال :
هذا حديث حسن .

وأما قوله ﷺ : « البينة على المدعي »^(١) فدليلنا لأن البينة اسم لما يحصل به التبيان ، وليس
المراد بالبيان في حق المدعي ، لأنه حاصل بقوله ، ولا في حق القاضي ، لأنه حاصل بقول المدعي
إذا لم يكن له منازع إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاهد ، وذلك إلا بحضوره .

وأما الجواب : عن حديث هند - رضي الله عنها - فهو أنه عليه السلام كان عالمًا باستحقاق
النفقة على أبي سفيان رضي الله عنه ألا ترى أنها لم تقم البينة ، وقيل : كان هذا فتوى وليس
بحكم .

م : (ومن يقوم مقامه) ش : لما ذكر إن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم
مقامه بين ذلك بقوله ، ومن يقوم مقامه ﷺ أي مقام المدعى عليه الغائب ، ولا يخلو هذا إلا بأن
يكون م : (قد يكون نائباً بإنابته ، كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي) ش : قيد به
احترازاً عن المسخر من جهة القاضي ، فإن فيه اختلاف الروايتان . وذكر في « الذخيرة » : وتفسير
المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب لسمع القاضي الخصومة عليه وكذا لو أحضر المدعي
رجلاً غير الخصم لسمع القاضي الخصومة عليه .

(١) رواه مسلم في الأفضية ، والبخاري في « التفسير - باب قوله : « إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً
قليلاً » وغيرهما .

وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب . أما إذا كان شرطاً لحقه فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب ،

والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ، ولا على المسخر ، وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته ، ولا يحضر مجلس الحكم ولكن بعد بعث في بعثائه إلى باب داره ونادى على باب داره ، وقال احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك . أما في غير ذلك الموضع فلا .

م: (وقد يكون حكماً) ش: هذا عطف على قوله قد يكون بإنابته ، أي قد يكون من يقوم مقامه حكماً م: (بأن كان يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر) ش: أي يكون سبباً لا محالة ، أما إذا كان سبباً في وقت دون وقت ، لا ينصب الحاضر خصماً عن الغائب . كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب: إن زوجك وكلني أن أحملك إليه ، فقالت: قد طلقني ثلاثاً ، وبرهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق ، أعادت البينة . وأما صورة كون ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر فكثيرة ، منها رجل أقام بينة على آخر أن هذه الدار له ، اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها ، وذو اليد غصبها منه وهو ينكر قبلت بيته ، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب ، حتى لو حضر الغائب ، وأنكر البيع ، لا يلتفت إلى إنكاره لأن الشراء من المالك سبب لما يدعي على الحاضر فصار الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار إنكاره كإنكار الغائب .

م: (وهذا) ش: أي ما يدعي على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر م: (في غير صورة في الكتب) ش: ولهذا قال شيخ الإسلام - رحمه الله - : وتفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الآن ، ومنها إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه ، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق ، فبرهن أنه ذاب له على فلان ألف درهم ، فإنه يقضي بها ، ومنها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان ، وقال ذو اليد ما اشتريتها من أحد والدار داري ، فيبرهن المدعي أنه اشتراها من فلان الغائب ، وهو يملكها وأنه شفيعها ، ويقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً .

م: (أما إذا كان شرطاً) ش: يعني أما إذا كان ما يدعي على الغائب شرطاً م: (لحقه) ش: أي لحق المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ، فادعت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة ، فلا تصح هذه البينة ولا يقضي بوقوع الطلاق عليها أشار بقوله م: (فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب) ش: وهو قول عامة المشايخ

وقد عرف تمامه في «الجامع» . قال : ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق ؛ لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة . والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه ، وإن أقرض الوصي ضمن ؛ لأنه لا يقدر على الاستخراج . والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين

- رحمهم الله - لأن بيئتها على فلان الغائب لا تصح ، لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب . وقال فخر الإسلام الأوزجندي - رحمه الله - : إن البيئة تقبل ، ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب ، لأن الدعوى والمدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط . فإن قيل : أليس لو قال لها : إن دخل فلان الدار فأنت طالق ، فأقامت المرأة البيئة أنه دخل وفلان غائب ، كانت البيئة صحيحة .

الجواب : إنما صحت هناك لأنه ليس فيها إبطال حق الغائب ، فلا يكون قضاء على الغائب م . (وقد عرفت تمامه) ش : أي تمام هذا المذكور من المسألة م : (في الجامع) ش : الصغير . م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (ويقرض) ش : من الإقراض بالضاد المعجمة وفاعله م : (القاضي أموال اليتامى) ش : قال تاج الشريعة - رحمه الله - : أي إلى الثقات والثقة الملي الحسن المعاملة .

وفي الأفضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يحصل غلبة لليتيم ، أما إذا وجد فلا يملكه ، هكذا روي عن محمد - رحمه الله - م : (ويكتب ذكر الحق) ش : أي يكتب كتاباً وهو الصك لأجل ذكر الحق ، وهو الإقراض م : (لأن في الإقراض) ش : أي في إقراض أموالهم م : (مصلحتهم) ش : أي مصلحة اليتامى م : (لبقاء الأموال محفوظ) ش : فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه م : (مضمونة) ش : لأن بالقرض تصير أموالهم مضمونة ، فيقرضها ، بخلاف الوديعة فإنه وإن حصل الحفظ بها فليست بمضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة .

فإن قيل : نعم هو كذلك ، لكن لو لم يؤمن النوى بجحود المستقرض ، أوجب المصنف - رحمه الله - عن هذا بقوله : م : (والقاضي يقدر على الاستخراج) ش : لكونه معلوماً له م : (والكتابة ليحفظه) ش : أي لتحفيظ القاضي بالكتابة ، ويتنفي النسيان بهام : (وإن أقرض الوصي) ش : أي مال اليتيم م : (ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج) ش : لبقاء مخافة النوى ، وإن كان الحفظ والضمان موجودين م : (والأب) ش : في إقراض مال الصغير م : (بمنزلة الوصي) ش : حيث لا يجوز له الإقراض م : (في أصح الروايتين) ش : وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد

لعجزه عن الاستخراج

والعتابي - رحمهم الله - م: (لعجزه) ش: [أي] الأب م: (عن الاستخراج) ش: وفي رواية يجوز له ذلك ، لأن ولاية الأب تعم المال والنفس ، كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن ججوده ، وإن أخذ الأب قرضاً لنفسه ، قالوا: يجوز ، وروى الحسن - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - : أنه ليس له ذلك .

باب التحكيم

وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز ؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم ، لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما

م: (باب التحكيم)

ش: أي هذا باب في بيان التحكيم ، وهو مصدر من حكم بالتشديد ، يقال : حكمه ، أي فوض إليه الحكم ، وهو أيضاً من أنواع القضاء ، إلا أنه آخر ذكره لأن حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي ، وهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينمي إليه أبطله ، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص ، بخلاف حكم القاضي .

ويجوز حكم القاضي رضي الخصم بذلك أم لا ، ولا يجوز حكم المحكم إلا برضى الخصمين ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقولته تعالى : ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ (النساء الآية ٣٥) ، فلما جاز التحكيم بين الزوجين دل على جوازه في سائر الخصومات . وأما السنة ما روى أبو شريح - رضي الله عنه - أنه قال : يارسول الله ﷺ إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ، فرضي عني الفريقان ، فقال عليه السلام : « ما أحسن هذا »^(١) ، رواه النسائي - رحمه الله - وأما الإجماع فإن الصحابة - رضي الله عنهم - كانوا مجتمعين على جواز التحكيم .

م: (وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز ؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما) ش: ولا ينفذ على غيرهما حتى لو ظفر المشتري بعيب ، فحكم هو والبائع رجلاً فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه ولو اصطاح البائع الأول والثاني . والمشتري جميعاً على حكمه يرده على البائع الأول استحساناً ، والوكيل بالبيع إذا ظفر المشتري بعيب فاصطاح على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله ، جاز على الأمر في رواية .

وفي رواية : جاز عليه دون الأمر ، وإن كان عيب محدث مثله يلزم البائع إلا إذا حكمه برضا الأمر كذا في « المحيط » م: (وهذا) ش: أي وهذا الذي ذكرناه إنما يصح م: (إذا كان المحكم) ش: بتشديد الكاف المفتوحة م: (بصفة الحاكم) ش: المولى م: (لأنه) ش: أي لأن الحكم م: (بمنزلة القاضي فيما بينهما) ش: أي فيما بين المحكمين .

واعترض بأنه لو كان كذلك ، لما وقع التفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل

(١) صحيح : أخرجه النسائي (٢٢٦/٨) من طريق شريح بن هانيء عن أبيه هانيء - رضي الله عنه - . . . مرفوعاً به . وإسناده صحيح .

فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة، والفسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى ، ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما ، لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً

على قول أبي يوسف - رحمه الله - لكنها وقعت ، فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده ، وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين .

والمقصود به قطع المنازعة ، والصلح لا يعلق ولا يضاف بخلاف القضاء ، والإمارة ؛ لأنه تعريض م : (فيشترط أهلية القضاء) ش : هذا نتيجة قوله : لأنه بمنزلة القاضي ، فلذلك ذكره بالفاء أي يشترط أهلية القضاء ووقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى لو حكما عبداً ثم أعتق أو صبيّاً ثم بلغ ، أو ذمياً فأسلم ، وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى ، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ، ثم ارتد وكذا على القلب في الكل لا ينفذ حكمه ، كذا في «المغني» و«المحيط» .

م : (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفسق والصبي) ش : هذا لفظ القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وهذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول ، لأنه لو جعل من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ، ينقلب حكم المسألة ، فإن ذلك جائز ، وفي «المغني» يجوز تحكيم المكاتب ، والعبد المأذون كالحرة ، وتحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين ، أما لو كان حكماً فيما بين الذميين يجوز ؛ لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين م : (لانعدام أهلية القضاء) ش : أي في المذكورين م : (اعتباراً بأهلية الشهادة) ش : أي لأجل الاعتبار بأهلية الشهادة ، فإنهم غير أهل الشهادة والقضاء مبني عليها .

م : (والفسق) ش : مبتدأ م : (إذا حكم) ش : على صيغة المجهول بتشديد الكاف م : (يجب أن يجوز) ش : خبر المبتدأ م : (عندنا) ش : خلافاً للشافعي - رحمه الله - م : (كما مر في المولى) ش : أي وفي القاضي الفاسق المولى في أول كتاب «أدب القاضي» ، يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياساً على الفاسق إذا ولي القضاء ، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء ، وكذا لا يحكم الفاسق .

وقد مر الكلام فيه مستوفى هناك م : (ولكل واحد من المحكمين) ش : بتشديد الكاف المكسورة وفتح الميم م : (أن يرجع ما لم يحكم) ش : أي المحكم م : (عليهما) ش : أي على المحكمين م : (لأنه) ش : أي لأن المحكم م : (مقلد) ش : بفتح اللام المشددة م : (من جهتهما) ش : أي من جهة المحكمين م : (فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً) ش : وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول ، ومالك - رحمه الله - في رواية ، وأحمد - رحمه الله - في وجه .

وإذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما ، وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه . وإن خالفه أبطله لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه . ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ،

م : (وإذا حكم) ش : أي المحكم م : (لزمهما) ش : أي لزم المحكمين ما حكم به م : (لصدور حكمه) ش : أي حكم المحكم م : (عن ولاية عليهما) ش : ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول مالك ، وأحمد عن الشافعي - رحمهم الله - : لا بد من تراضيهما بعد الحكم ، وهو اختيار المزني م : (وإذا رفع حكمه) ش : أي حكم المحكم م : (إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه) ش : أي في نقض القاضي حكم هذا المحكم م : (ثم في إبرامه) ش : أي في حكمه قطعاً م : (على ذلك الوجه) ش : أي الوجه الذي حكم به المحكم ، وفائدة إمضاء الحاكم المحكم أنه لورفع أي حاكم يخالف مذهبه ، لم يتمكن من نقضه ولم يمضه لتمكن ، لأن إمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه .

م : (وإن خالفه أبطله) ش : أي وإن خالف حكم المحكم من مذهب الحاكم الذي رفع إليه أبطل حكم المحكم م : (لأن حكمه) ش : أي حكم المحكم م : (لا يلزمه) ش : أي لا يلزم الحاكم م : (لعدم التحكيم منه) ش : أي من المحكم بخلاف حكم الحاكم ، فإنه لا يبطله الثاني ، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته ، فكان قضاؤه حجة في حق الكل ، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده ، وعند مالك وابن أبي ليلى - رحمهم الله - : حكم المحكم في المجتهديات نافذ كالمولى فلا يبطله وإن خالف رأيه إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم .

م : (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) ش : هذا مذهب الخصاص - رحمه الله - فإنه قال : التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص ، واختاره القدوري - رحمه الله - في «مختصره» ، وكذلك اختاره المصنف - رحمه الله .

والمراد بالحدود : التي هي الواجب حقاً لله تعالى . وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت الروايات فيهما ، فقال شمس الأئمة السرخسي - رحمه الله - في «شرح أدب القاضي» : من أصحابنا من قالوا : إنه يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى ؛ لأن الإمام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى .

وأما في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم ؛ لأن الاستيفاء إليها . وفي «الذخيرة» ، يجوز التحكيم في القصاص ؛ لأنه من حقوق العباد . وعن أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز . وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يجوز في غير الأموال وما في معناها ، وبه قال مالك - رحمه الله - حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو

لأنه لا ولاية لهما على دمه ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، فلا يستباح برضاهما . قالوا :
وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح ،
وغيرهما ، وهو صحيح . إلا أنه لا يفتى به ، ويقال : يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام
فيه ، وزن حكماء في دم خطأ فقتضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ؛ لأنه لا ولاية له عليهم إذ
لا تحكيم من جهتهم . ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على
العاقلة ؛ لأنه مخالف لرأيه

نسب أو ولاء ؛ لأنها مبنية على الاحتياط ، فيتعين القاضي المولى كالحودم : (لأنه لا ولاية لهما
على دمه) ش : هذا دليل القصاص ، ولم يذكر دليل الحدود أي ؛ لأن الشأن لا ولاية للمحكمين
على دمه م : (ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاهما) ش : ولو علل المصنف - رحمه الله -
مثل ما علل ؛ لأن حكم المحكم ليس بحجة في غير المحكمين ، فكانت فيه شبهة والحدود
والقصاص لا يستوفي بالشبهات فكان أشمل .

م : (قالوا) ش : أي المشايخ - رحمهم الله - من المتأخرين : م : (وتخصيص) ش : القدوري
- رحمه الله - م : (الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح
وغيرهما) ش : كالكتابات في جعلها رجعية والطلاق المضاف ، وهو الظاهر عند أصحابنا ، لكن
مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى ، وقالوا : يحتاج إلى حكم المولى ، كما في الحدود والقصاص
كيلا يتجاسر العوام ، كذا ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - « في أدب القاضي » .

وفي « الذخيرة » « وفتاوى العتابي » - رحمه الله - : يجوز حكم المحكم في اليمين المضافة ،
لكن لا يفتى كيلا يتجاسر الناس .

وقال شمس الأئمة الحلواني - رحمه الله - : مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها ، وكان
يقول : ظاهر المذهب أنه يجوز ، إلا أن الإمام الأستاذ أبا علي النسفي - رحمه الله - كان يقول :
فكتم هذا الفصل ، ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا م : (وهو
صحيح) ش : أي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح ؛ لأنه هو الظاهر عن أصحابنا .

م : (إلا أنه لا يفتى به ويقال) ش : عند السؤال م : (يحتاج إلى حكم المولى) ش : أي القاضي
المولى م : (دفعا) ش : أي للدفع م : (لتجاسر العوام فيه) ش : وقد ذكرناه . م : (وإن حكماء) ش : أي
فإن حكم المحكمين المحكم م : (في دم خطأ فقتضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ؛ لأنه لا ولاية له)
ش : أي للمحكم م : (عليهم) ش : أي على العاقلة م : (إذ لا تحكيم من جهتهم) ش : وحكم المحكم
لا ينفذ على غير المحكمين م : (ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على
العاقلة لأنه) ش : أي لأن حكم المحكم على القاتل م : (مخالف لرأيه) ش : أي لرأي القاضي

ومخالف للنص أيضاً ، إلا إذا ثبت القتل بإقراره ؛ لأن العاقلة لا تعقله ، ويجوز أن يسمع البينة ويقضي بالنكول ، وكذا بالإقرار ؛ لأنه حكم موافق للشرع ، ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ؛ لأن الولاية قائمة ، ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل . وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل ، والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة . فكذا لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء ،

م: (ومخالف للنص أيضاً) ش: وهو حديث حمل بن مالك قوموا قدره ، كما سيأتي في كتاب المعامل - إن شاء الله تعالى - م: (إلا إذا ثبت القتل بإقراره) ش: هذا استثناء من قوله «رده القاضي» أي رد القاضي قضاءه بالدية في ماله ، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل ، فحيثما يجوز الحكم بالدية في مال القاتل م: (لأن العاقلة لا تعقله) ش: أي لا تعقل الإقرار ولا الصلح ولا العمد .

م: (ويجوز أن يسمع) ش: أي المحكم م: (البينة ويقضي بالنكول) ش: هذا لفظ القدوري - رحمه الله - ، وقال المصنف - رحمه الله - م: (وكذا بالإقرار لأنه) ش: أي لأن كل واحد من سماع البينة والقضاء بالنكول وبالإقرار م: (حكم موافق للشرع) ش: لأنه ليس الحكم إلا بواحد من هذه الأشياء .

م: (ولو أخبر) ش: أي المحكم م: (بإقرار أحد الخصمين) ش: بأن قال لأحدهما : اعترفت عندي لهذا بكذا م: (أز بعدالة الشهود) ش: مثل أن يقول : قامت عندي وقد ألزمتك بهذا أو حكمت به لهذا عليك ، فأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليه بيعة بشيء له يلتفت إلى قوله ، وقضى القاضي ونفذ ؛ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك .

م: (وهما) ش: أي والحال أن المحكمين م: (على تحكيمهما يقبل قوله) ش: أي قول الحكم م: (لأن الولاية قائمة) ش: فيملك إنشاء الحكم ، ويملك الإخبار بهذه الأشياء م: (ولو أخبر بالحكم) ش: بأن يقول : كنت حكمت عليك لهذا بكذا م: (لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل) ش: لأنه لما حكم صار معزولاً ، ولا يقبل قوله «إني حكمت بكذا» ، كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله : حكمت بكذا ، لا يقبل قوله فكذا هذا .

م: (وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل ، والمولى) ش: أي القاضي المولى م: (والمحكم) ش: أي الذي جعل حكماً م: (فيه) ش: أي في بطلان الحكم م: (سواء ، وهذا) ش: أي بطلان الحكم م: (لأنه) ش: أي لأن الشأن م: (لا تقبل شهادته) ش: أي شهادة المحكم م: (لهؤلاء) ش: أي للوالدين والولد والزوجة م: (لمكان التهمة) ش: وهو ظاهر م: (فكذا لا يصح القضاء لهم بخلاف ما إذا حكم عليهم ؛ لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء) ش: إذا قضى عليهم .

ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما؛ لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب .

م: (ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما) ش: حتى لو حكم أحدهما ولم يحكم الآخر لا يجوز م: (لأنه) ش: أي لأن التحكيم م: (أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب) ش: لأن رأي الواحد ليس كرأي الاثنين ، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما ، لأنها بعد القيام كسائر الرعايا ، فلا تقبل شهادتهما على فعل ما سواه ، والله أعلم بالصواب .

وفي «المحيط» : ولو حكم حرّاً وعبداً محكماً لم يجز ، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً فحكم بينهما ، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ، ولو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين الناس ، وهو ممن يجوز شهادته جاز ، ويصير كالقاضي ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الإمام ولو حكم لا يجوز إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم ، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم .

ولو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة ، فحكم بعده فأجاز جاز ، وليس للمحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره ، ولو فوض ، وحكم الثاني بغير رضاهما ، فأجاز الأول لم يجز إلا أن يخيرا بعد الحكم . وقيل : ينبغي أن يجوز كالوكيل الأول إذا جاز بيع الثاني ولو حكما واحداً ، فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده ، وإلا أبطله .

وكتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز ، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه . ولا يحكم الحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان ، والله أعلم .

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال : وإذا كان علو لرجل وسفل آخر ، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة
وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - معناه بغير رضا صاحب العلو ،

م : (مسائل شتى)

ش : أي هذه مسائل شتى م : (من كتاب القضاء) ش : أي مسائل متفرقة متعلقة بكتاب القضاء
وأصل شتى من شت الأمر يشت شتاً إذا تفرق . يقال : أمر مشت أي متفرق . وجاء وأشتأتا ،
أي متفرقين ، وقوم شتى ، وأشياء شتى . قال الله تعالى : ﴿ إن سعيكم لشتى ﴾ (الليل الآية : ٤) أي
إن عملكم لمختلف ، وفي تفسير إن أعمالكم لمختلفة ، وقد جرت عادة المصنفين أن يذكر ما شذ
من المسائل في آخر الكتاب استدراكاً للغاية ، ويترجموه بقولهم ، مسائل متفرقة أو بقولهم : مسائل
شتى ، أو بقولهم مسائل متثورة . وقال الأترازي - رحمه الله - : وكان القياس على هذا أن يذكر
صاحب « الهداية » مسائل هذا الفصل في آخر كتاب « أدب القاضي » ، انتهى .

قلت : الذي ذكره صاحب « الهداية » ها هنا ، هو القياس ؛ لأن كل شيء قيل : مسائل شتى
من الأبواب والفصول من كتاب « أدب القاضي » ومتعلقاته ، فافهم .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » م : (وإذا كان علو لرجل وسفل
لآخر فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً) ش : أصل يتد يوتد حذف الياء لوقوعها بين الياء
والكسرة ، والوتد بفتح الواو وكسر التاء . وقال الجوهري : الوتد بالكسر واحد الأوتاد وبالفتح
لغة ، وكذلك الود في لغة من يدغم ، تقول : وتد الوتد ثم وتداً ، وإذا أمرت . قلت : تد وتندك
بالميتدة ، وهي المدق ، انتهى .

قلت : الوتد في لغة البلديتين ، الخازوق ، وهو قطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط
ليعلق عليه شيء أو يربط به شيء م : (ولا ينقب فيه كوة) ش : قاله الأترازي : الكوة بفتح الكاف
كذا في « الديوان » هي الروزن . وفي « المغرب » : الكوة نقب البيت والجمع كوى . وقد يضم
الكاف في الفرد والجمع - ويستدار مفتاح الماء إلى المزارع والجداول ، فيقال : كوى النهر . وقال
الجوهري : الكوة نقب البيت والجمع كوا بالمد ، وكوى أيضاً مقصور . والكوة بالضم لغة ويجمع
على كوى .

قلت : الكوة : بخش في الحائط غير نافذ من ورائها يحط فيها شيء م : (وهذا) ش : أي الذي
ذكرها من عدم جواز دق الوتد ونقب الكوة م : (عند أبي حنيفة رحمه الله) ش : وكذا لا يفتح باباً ولا
يدخل جذعاً فيه ، ولا يهدم سفله ، وكذا لم يكن لصاحب العلو أن يحدث في بنائه إلا أن يضع
عليه جذعاً ، ولا كنيفاً لم يكن م : (معناه بغير رضا صاحب العلو) ش : أي معنى قول محمد -

وقالوا: يصنع ما لا يضر بالعلو ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه ، قيل ما حكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة - رحمه الله - فلا خلاف فيه . وقيل الأصل عندهما الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والمالك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع ، والأصل عنده الحظر ؛ لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ، كحق المرتهن والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه ، فيمنع عنه .

رحمه الله - في «الجامع» : ليس لصاحب السفلى أن يتد فى فيه وتدأ ولا يتقب فيه كوة عند أبي حنيفة - رحمه الله - (بغير رضا صاحب العلو) ش: حاصله كما يجيء الآن أن أبا حنيفة - رحمه الله - إنما أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر .

قيل : بل عند أبي حنيفة - رحمه الله - الحظر أصل والإطلاق يعارض لعدم الضرر ، ولا خلاف فيما لم يضر لصاحبه ، فإن له أن يصنع ما لا يضره بالاتفاق وإنما الخلاف في حالة الإشكال أنه يضر به أم لا فعند أبي حنيفة - رحمه الله - : ليس له ذلك إلا يرضى صاحبه (وقالوا:) أي قال أبو يوسف - رحمه الله - : م: (يصنع ما لا يضر بالعلو) ش: لأن التصرف حصل في ملكه م: (وعلى هذا الخلاف) ش: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه - رحمهم الله - م: (إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) ش: بيتاً أو يضع عليه جزوعاً ونحو ذلك م: (قيل ما حكى عنهما) ش: أي عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (تفسير لقول أبي حنيفة - رحمه الله - فلا خلاف فيه) ش: قال بعض المشايخ - رحمهم الله - في «شرح الجامع الصغير» : أن أبا حنيفة - رحمه الله - أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر ، فيكون فضلاً مجمعاً عليه ، لأن التصرف حصل في ملكه .

م: (وقيل :) ش: بل بينهم خلاف لأن م: (الأصل عندهما الإباحة ؛ لأنه تصرف في ملكه ، والمالك يقتضي الإطلاق والحرمة بعارض الضرر) ش: أي إطلاق التصرف م: (فإذا أشكل) ش: ولم يعلم أنه يضره أم لا م: (لم يجز المنع) ش: لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملكه م: (والأصل عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: (الحظر) ش: أي المنع م: (لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ش: وتعلق حق الغير بملكه بين تصرفه فصار هذا م: (كحق المرتهن والمستأجر) ش: في منع المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر .

م: (والإطلاق) ش: أي إطلاق التصرف م: (بعارض) ش: عدم الضرر م: (فإذا أشكل) ش: بأن لم يعلم فيه ضرر أم لا م: (لا يزول المنع على أنه) ش: أي مع أن التصرف فيه م: (لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء ونقضه ، فيمنع عنه) ش: ولهذا لا يملك صاحب السفلى أن يهدم كل الجدار أو السقف . فكذا بعضه .

قال : وإذا كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة مستطيلة ، وهي غير نافذة

وقال فخر الإسلام - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : وقول أبي حنيفة - رحمه الله - قياس .

وقال قاضي خان - رحمه الله - : لو تصرف صاحب السفلى في ساحة السفلى بأن حفر بئراً أو ما أشبهه ، ويتضرر به صاحب العلو له ذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعندهما الحكم معلول لعللة الضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله .

والأصل فيه قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »^(١) ، وفي الأفضية لو انهدم السفلى لا يجبر صاحب السفلى على البناء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الجديد ، ومالك - رحمه الله - في رواية ، وأحمد - رحمه الله - في رواية .

وقالوا في رواية أخرى : يجبر ويخير صاحب العلو ، فإن شاء بنى السفلى إلى موضع علوه ثم يبنى علوه ويمنع صاحب السفلى عن السكن فيه حتى يؤدي قيمة السفلى .

والصحيح أنه يعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة ، فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه ، لا يرجع على صاحبه بشيء ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأصح ، لأنه هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه ، لأنه يمكنه أن يقاسم المساحة ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد ومالك - رحمهما الله - في رواية .

ولو كان البيت صغيراً فانهدم ، ولا يمكن قسمة الساحة ، لا يكون متبرعاً في البناء ، وهكذا تقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه ، ولو انهدم كله فإن أمكن إلينا بعد القسمة يكون في البناء متطوعاً ، وإلا لا ، كذا ذكره التمرثاشي - رحمه الله .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا كانت زائفة) ش : أي سكة . قال الكاكي - رحمه الله - : وقال تاج شريعة - رحمه الله - : قوله « زائفة » أي سكة غير نافذة وفي حجة الشرع الزائفة كوجه ، سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم .

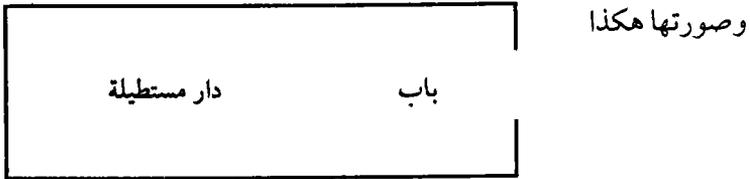
وقال الأترازي : الزائفة المحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف ، من زاغت الشمس إذا مالت . وفي «تهذيب ديوان الأدب» : الزائفة الطريق الذي جاز عن الطريق الأعظم م : (مستطيلة) ش : أي طويلة من استطال يعني طال م : (تنشعب عنها زائفة مستطيلة وهي نافذة) ش : أي الزائفة

(١) صحيح : روي عن جماعة من الصحابة منهم عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي صرمة وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي لبابة وثعلبة بن مالك وعائشة وجابر بن عبد الله - رضي الله عنهم . راجع نصب الراية (٢٨٤ / ٤) ، وصحيح ابن ماجه للعلامة الألباني (٣٨ / ٢) .

فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائفة القصوى ؛ لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً حتى لا يكون لأهل الأولى فيما بيع فيها حق الشفعة ، بخلاف النافذة ؛ لأن المرور فيها حق العامة ، قيل : المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب . وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا باباً ، لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها .

المنشعبة غير نافذة ، وكذلك الزائفة الأولى أيضاً غير نافذة .

كذا ذكره التمرتاشي والفقير أبو الليث - رحمه الله - حيث قالوا : سكة طويلة غير نافذة ، وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الأولى بكونها غير نافذة ، وتعليل الكتاب يقتضي ذلك .

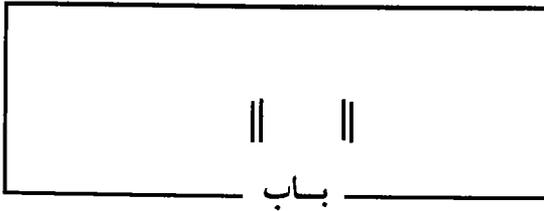


م : (فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائفة القصوى) ش : أي السفلى م : (لأن فتحه للمرور لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً) ش : أي خاصته م : (حتى لا يكون لأهل الأولى) ش : أي السكة الأولى م : (فيما بيع فيها) ش : أي في السكة القصوى م : (حق الشفعة) ش : لأن السكة لهم خاصة م : (بخلاف النافذة ؛ لأن المرور فيها حق العامة) ش : وليست للسكان فيها خاصة م : (قيل : المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه) ش : أي لأن الفتح م : (رفع بعض جداره) ش : ولأن يرفع جميع جداره بالهدم ، فرفع بعضه أولى ، ولهذا لو فتح كوة أو باباً للاستضاءة دون المرور لم يمنع . م : (والأصح أن المنع من الفتح ، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة ولأنه) ش : إذا فعل ذلك م : (عساه) ش : أي لعله م : (يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب) ش : ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - م : (وإن كانت) ش : أي الزائفة القصوى م : (مستديرة قد لزق طرفاها) ش : يعني سكة اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة ، والسكة غير نافذة م : (فلهم أن يفتحوا باباً) ش : أي فلكل واحد منهم أن يفتح بابه م : (لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها) ش : بهذه

قال: ومن ادعى في دار دعوى ، وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها، فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار ، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى . والمدعي وإن كان مجهولاً ، فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا ؛ لأنه جهالة في الساقط فلا تقضي إلى المنازعة على ما عرف . قال : ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة ، فاشتريتها منه ، وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بيئته لظهور التناقض ، إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ،

الصورة:



م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - م: (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز) ش: قيل : أراد به إذا كان المدعي به مقدراً معلوماً ، كالثالث ، ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة ، لأن الصلح إذا كانت الدعوى صحيحة ، أما إذا كانت فاسدة أي هذه المسألة م: (وهي مسألة الصلح على الإنكار ، وسنذكرها في الصلح - إن شاء الله تعالى -) ش: والصلح على [. . .] جائز عندنا خلافاً للشافعي - رحمه الله - هذا جواب عما يقال كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى ، ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لا يصح دعواه ، أجاز المصنف بقوله م: (والمدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا) ش: ثم علله بقوله م: (لأنه) ش: أي لأن المجهول م: (جهالة في الساقط فلا تقضي إلى المنازعة) ش: والأصل فيه أن ما يجب تسليمه يشترط العلم به ، لأن الجهالة تقضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسليم ، وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه م: (على ما عرف) ش: في كتاب الصلح .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا) ش: يعني أنه سلمها إليه في وقت م: (فسئل البينة) ش: على دعواه م: (فقال) ش: أي المدعي : م: (جحدني الهبة) ش: ولم يكن لي بينة في حق الهبة م: (فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بيئته لظهور التناقض) ش: والتناقض يمنع صحة الدعوى م: (إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به) ش: أي بالشراء م: (قبلها) ش: أي قبل الهبة ، أي قبل عقدها .

ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق . ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها ، لم تقبل أيضاً ، ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضاً ، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة ؛ لأنه تقرير ملكه عندها . ومن قال لآخر : اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ؛ لأن المشتري لما جحده كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به

م : (ولو شهدوا به) ش : أي بالشراء م : (بعدها) ش : أي بعد الهبة م : (تقبل لوضوح التوفيق) ش : وهذا لأنه يمكنه أن يقول : وهب لي منذ شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ أسبوع ، فلا تناقض ، وفي الوجه الأول : التوفيق غير ممكن ، فيتحقق التناقض إذ لا يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ، ثم جحدني الهبة فاشتريتها منذ سنة . وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق ، وأما إذا أمكن فلا .

م : (ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها) ش : أي قبل الهبة م : (ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها ، لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ) ش : أي بعض نسخ «الجامع الصغير» ، ثم ذكر المصنف - رحمه الله - وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله : م : (لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب) ش : في ذلك الوقت م : (ودعوى الشراء) ش : قبل الهبة م : (رجوع عنه) ش : أي من الإقرار للواهب م : (فعد مناقضاً) ش : فلا يقبل بيته م : (بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة) ش : حيث تقبل بيته م : (لأنه تقرير ملكه) ش : أي ملك الواهب م : (عندها) ش : أي عند الهبة ، فإن قبل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضاً ، لأنه ادعى شراء باطلاً ، لأنه ادعى شراء يملكه بالهبة ، أوجب بأنه لا جحد الهبة ، فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه ، فإذا قدم على الشراء منه ، فقد رضي بذلك الفسخ فيهما بينهما فإذا انفسخت الهبة بتراضيهما ، واشترى ما لا يملكه فكان صحيحاً .

م : (ومن قال لآخر : اشتريت مني هذه الجارية فأنكر الآخر) ش : أي الآخر المخاطب م : (إن أجمع البائع) ش : أي إن قصد وعزم بقلبه ، وقيل يشهد بلسانه على العزم بالقلب م : (على ترك الخصومة وسعه) ش : أي حل له أي للبائع م : (أن يطأها) ش : أي الجارية وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجهه ، وأحمد - رحمه الله - في رواية ، وقال زفر - رحمه الله - : لا يحل .

وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجهه لأنه لما باعها فيه على ملك المشتري ما لم يبيعها من البائع أو يتقايلا م : (لأن المشتري لما جحده) ش : أي البيع م : (كان فسخاً من جهته ، إذ الفسخ يثبت به)

كما إذا تجاحدا ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة ثم الفسخ وبمجرد العزم ، وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل اقترن الفعل ، وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهايه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه . قال : ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ، ثم ادعى أنها زيوف صدق . وفي بعض النسخ : اقتضى ،

ش : أي بالحدود م : (كما إذا تجاحدا) ش : البيع لأن الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة ، ويلفظ الرد وبجحدودهما ، بأن تجاحد البائع لأن الفسخ رفع العقد من الأصل ، والجحدود إنكار من الأصل فيجعل أحدهما مجازاً عن الآخر .

م : (فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) ش : بينهما ، ألا ترى إلى ما قالوا في «شرح الجامع الصغير» : إذا قال لآخر : أجزتلك هذه الدار بكذا أو بعثتلك هذا الثوب بكذا ، فأخذ الدار أو الثوب وذهب به ، كأن ذلك قبولاً منه ، كذا هذا ، فإن قيل : لو جاز قيام الجحدود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح ، وحرمت على الخصومة أن تزوج بزواج آخر إقامة لهما مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره ، إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم ، فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع م : (وبمجرد العزم) ش : هذا جواب عما يقال : الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ ، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد ، لا يفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب المصنف - رحمه الله - بقوله م : (وبمجرد العزم) ش : أي بمجرد عزم الرجل .

م : (وإن كان لا يثبت الفسخ ، فقد اقترن بالفعل) ش : أي فقد اقترن العزم بالفعل م : (وهو إمساك الجارية ونقلها) ش : أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته م : (وما يضاهايه) ش : أي وما يشابه ذلك من الأفعال كالكتابة والعرض على البيع والاستخدام لأن إمساكها لا يحل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر : أجزتلك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا ، فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولاً دلالة ، لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول م : (ولأنه) ش : دليل آخر ، أي ولأن الشأن م : (لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري) ش : بجحدود العقد م : (فات رضا البائع) ش : وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع م : (فيستبد بفسخه) ش : فيستقل البائع بفسخ العقد فيجعل عزمه فسحاً ، والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مرتباً على الفسخ من الجانبين ، وجعل جحدوده فسحاً من جانبه . والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع ، وفي الثاني مرتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده .

م : (قال : ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم) ش : أي بسبب من الأسباب من استقراض أو ثمن سلعة أو غضب أو وديعة م : (ثم ادعى أنها زيوف صدق) ش : أي القول قوله مع يمينه م : (وفي بعض النسخ) ش : أي في بعض نسخ الجامع الصغير م : (اقتضى) ش : أي لفظ اقتضى

وهو عبارة عن القبض أيضاً ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز ، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق ؛ لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق .

موضع قبض م : (وهو) ش : أي لفظ اقتضى م : (عبارة عن القبض أيضاً) ش : ولكن لفظ محمد رحمه الله في أصل «الجامع الصغير» اقتضى .

وفي «المبسوط» أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة ، ثم قال : وجدتها زيوفاً ، فالقول قوله وصل أم فصل ، وقوله في الكتاب : « ثم ادعى أنها زيوف صدق » محمول على هذا أي وصل أم فصل ، وبه صرح المحبوبي - رحمه الله - في «جامعه» فقال : هو مصدق وصل أم فصل .

وفي «المبسوط» : في باب الإقرار بالدين : لو قال : لفلان علي ألف من ثمن مبيع ، إلا أنها زيوف أو مبهرجة لم يصدق - رحمه الله - في دعوى الزيادة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وعندهما يصدق إن وصل ، ولا يصدق إن فصل . ولو أقر بالمال غصباً أم وديعة ، وقال : هي نبهرة أو زيوف صدق فصل أو وصل ، ولو قال علي ألف من غير ذكر التجارة والغصب ، فقال بعض مشايخنا - رحمه الله - فهو على الخلاف المذكور . وقيل : يصدق هاهنا إذا وصل بالاتفاق ، وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - : إذا فصل لا يقبل في جميع الصور .

م : (ووجهه) ش : أي وجه ما ذكر من تصديقه م : (أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا) ش : أي ولكونها من جنس الدراهم م : (لو تجوز بها في الصرف ، والسلم جاز) ش : إذ لو لم تكن من جنسها ، كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز ، وقد تقدم م : (والقبض لا يختص بالجياد) ش : هذا جواب عما يقال ، الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق ، وهو الجياد حملاً لجهالته على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ، ولو أقر بقبض حقه ، ثم ادعى أنه زيوف ، لم يسمع منه ، فكذا هذا ، فأجاب بقوله والقبض لا يختص بالجياد ، للملازمة والزيوف له حق قبضه ، لأنه دون حقه ، والمنوع من القبض ما يزيد على حقه وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجياد ، فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد ، فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضاً بل هو ينكر قبض حقه م : (فيصدق لأنه أنكر قبض حقه) ش : لأن القول قول المنكر مع يمينه .

م : (بخلاف ما إذا أقر قبض الجياد أو حقه) ش : أي وأقر أنه قبض حقه م : (أو الثمن) ش : أي أو أقر أنه قبض م : (أو استوفى) ش : أي أقر أنه استوفى حيث لا يصدق م : (لإقراره بقبض الجياد صريحاً) ش : في قوله أنه قبض الجياد م : (أو دلالة) ش : في الثلاثة البقية م : (فلا يصدق) ش : لأنه

والنهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق ؛ لأنه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز . والزيف ما زيفه بيت المال . والنهرجة ما يرده التجار ، والستوقة ما يغلب عليها الغش . قال : ومن قال لآخر : لك عليّ

متناقض . أما في الأول فظاهر وكذا في غيره ، لأن حقه في الجياد ، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقاً أقر بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضاً . وقال السنغاتي - رحمه الله - في « النهاية » : جمع المصنف - رحمه الله - بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق ، وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ، ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً ، وفيما بقي يصدق موصولاً ، ولا يصدق مفصولاً ، ثم أطال الكلام فيه .

م : (والنهرجة كالزيوف) ش : أي في حكم التصديق إذا قال اقتضيت من فلان كذا درهماً ، ثم ادعى أنها نهرجة يصدق ، كما إذا قال : إنها زيوفاً م : (وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم) ش : قال الكاكي - رحمه الله - : ليس هذا الحكم على إطلاقه ، فإنه ذكر في « المبسوط » في الإقرار : ولو أقر قبض خمسمائة مما له على الديون ، ثم قال بعد أن سكت : هي رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة ، وإن كان موصولاً فالقول قوله ، لأن الرصاص من الدراهم صورة ، وإن لم يكن منها معنى ، فكان بياناً مغير الظاهر كلامه إلي ما هو محتمل ، فيصح موصولاً ، وكذلك في الستوقة ، لأن الرصاص أبعد من الستوقة في اسم الدراهم ، والحكم في الرصاص هكذا فيجب أن يكون كذلك بالطريق الأولى م : (حتى لو تجوز به فيما ذكرنا) ش : أي في الصرف والسلم م : (لا يجوز) ش : لأنه ليس من جنس الدراهم . ثم بين الزيوف والنهرجة والستوقة ما هي بقوله : م : (والزيف ما زيفه بيت المال) ش : أي رده ، وفي المغرب زافت عليه دراهمه ، أي صارت مردودة عليه لغش فيها م : (والنهرجة ما يرده التجار) ش : وقال الكاكي - رحمه الله - : « النهرج » : الدراهم التي فضتها رديئة ، وقيل : التي فيها الغلبة للفضة ، وقد استعير لكل باطل ومنه يهرج دمه إذا بطل . م : (والستوقة ما يغلب عليها الغش) ش : وهو بالفتح أردأ من النهرجة .

وفي « النوازل » : قال أبو نصر - رحمه الله - : الزيوف هي الدراهم المغشوشة ، والنهرجة هي التي تضرب من غير دار السلطان ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول : الزيوف ما زيفه بيت المال ، والنهرجة ما يهرجه التجار ، و« الستوقة » فارسية معربة ، وهي تعريب سدبر . وفي « المبسوط » : الستوقة كالفلوس ، فإنه صفر مموه من الجانيين ، وقيل : معرب سرتاقة أي الطاقة الأعلى والأسفل فضة والأوسط صفر .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (ومن قال لآخر : لك عليّ

ألف درهم فقال: ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه: بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء ، لأن إقراره هو الأول وقد ارتد برد المقر له . والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ، بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه ، لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد ، والمعنى أنه حقهما ، فبقي العقد فعمل التصديق . أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافتراقاً . قال: ومن ادعى على آخر مالا ، فقال: ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيته وكذلك على الإبراء ،

ألف درهم فقال (ش: أي المقر له م: (ليس لي عليك شيء ، ثم قال في مكانه : بل لي عليك ألف درهم فليس عليه) ش: أي على المقرم: (شيء لأن إقراره) ش: المعتبر م: (هو الأول وقد ارتد برد المقر له . والثاني) ش: وهو قوله : بل لي عليك ألف درهم م: (دعوى فلا بد من الحجة) ش: أي البينة م: (أو تصديق خصمه) ش: حتى لو صدقه المقر ثانياً ، لزمه المال استحساناً م: (بخلاف ما إذا قال لغيره: اشتريت) ش: مني هذا العبد م: (وأنكر الآخر) ش: يعني أقر بالشراء منه وأنكر المقر له م: (له أن يصدقه) ش: بعد ذلك لأن إقراره ، وإن كان مما يحتمل الإبطال ، لكن المقر لم يستقل بإثباته ، فلا يتفرد أحد المتعاقدين بالفسخ ، وهو معنى قوله م: (لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد) ش: يعني أن المقر له لا يتفرد بالرد كما أن المقر لا يتفرد بإثباته .

م: (والمعنى أنه) ش: أي أن الفسخ م: (حقهما ، فبقي العقد فعمل التصديق) ش: بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات ، فينفرد الآخر بالرد وإليه أشار بقوله م: (أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافتراقاً) ش: أي الحكمان المذكوران .

وقال الأكمل - رحمه الله - : قلت : إن عزم المقر على ترك الخصومة ، وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار ، فإن الفسخ قدم ، ولهذا ، لو كانت جارية حل وطأها كما تقدم ، ويجوز أن يقال : إن قوله « ثم قال في مكانه » إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كان دليل الفتح ، وبه سقط .

قال في «الكافي» : ذكر في «الهداية» أن أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ ، وذكر قبله ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري ، فات رضا البائع ، فيستبد بفسخه ، والتوفيق بين كلامه صعب ، وذلك أنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد ، وهاهنا قال : لما أقر المشتري في مكانه بالشراء ، لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (ومن ادعى على آخر مالا فقام: ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيته ، وكذلك على الإبراء) ش: يعني لما تقبل البينة على القضاء ، فقبل أيضاً

وقال زفر - رحمه الله - : لا تقبل ؛ لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضاً . ولنا أن التوفيق ممكن ؛ لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للمخضومة والشغب ، ألا ترى أنه يقال قضي بباطل ، وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضي ، وكذا إذا قال : ليس لك علي شيء قط ، لأن التوفيق أظهر . ولو قال : ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء ، وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق ؛ لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدوري - رحمه الله - أنه تقبل أيضاً ؛ لأن المحتجب

على الإبراء . م : (وقال زفر - رحمه الله - : لا تقبل) ش : وبه قال ابن أبي ليلى - رحمه الله - م : (لأن القضاء يتلو الوجوب) ش : لأنه تسليم مثل الواجب م : (وقد أنكره فيكون مناقضاً) ش : في دعواه ، وقبول النية تقتضي دعوى صحيحة م : (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للمخضومة والشغب) .

م : (ألا ترى) ش : توضيح لما قبله م : (أنه يقال قضي بباطل) ش : كما يقال قضي بحق م : (وقد يصلح على شيء) ش : بالإنكار م : (فيثبت ثم يقضي) ش : أي يؤدي ، والقضاء يجيء بمعنى الأداء . قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ ﴾ (الجمعة : الآية ١٠) فإذا أدبت م : (وكذا إذا قال) ش : أي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه م : (ليس لك علي شيء قط ؛ لأن التوفيق أظهر) ش : لأن يقول ليس لك علي شيء في الحال لأنني قد قضيتك حَقك ، أو لأنك أبرأتني ، ألا ترى أنه لو صرح به يضح ، وهذا لأن ليس لنفي الحال . فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً ما لو دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه .

واستدلال الخصاص - رحمه الله - لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص ، والرق فقال : ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمد ، فلم تثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء أو العفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية ، فأنكرت وأقام البينة على رقبتها ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت إليه قبلت .

م : (ولو قال : ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الإبراء) ش : أي وكذا لا تقبل بينته على الإبراء م : (لتعذر التوفيق ؛ لأنه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة) ش : فتعذر التوفيق فبطلت البينة .

م : (وذكر القدوري - رحمه الله -) ش : أي عن أصحابنا - رحمهم الله - : م : (أنه) ش : أي أن بينته على تأويل البرهان م : (تقبل أيضاً) ش : على القضاء م : (لأن المحتجب) ش : أي الرجل المحتجب ، وهو الذي لا يراه كل أحد لعظمته . وقال تاج الشريعة : المحتجب الذي لا يتولى

أو المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه ، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق . قال : ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال : لم أبعها منك قط ، فأقام المشتري البيئة على الشراء ، فوجد بها أصبغاً زائدة فأقام البائع البيئة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بيئة البائع . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه تقبل اعتباراً بما ذكرنا . ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً بخلاف الدين ، لأنه قد يقضي وإن كان باطلاً على ما مر . قال : ذكر حق

الأمر بنفسه م : (أو المخدرة) ش : أي المرأة المخدرة وهي التي لم تجر عاداتها بالبروز وحضور مجلس الحكم م : (قد يؤدي بالشغب على بابه) ش : الشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين ، وقال الجوهري : الشغب بالتسكين تهيج الشر ولا يقال شغب م : (فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ، ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) ش : من حيث أنه عرفه بعد إرضائه بلا معرفة . وقال فخر الدين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» : فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه ، لا تقبل بيئته ؛ لأنه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه ، وقيل : تقبل البيئة على الإبراء في هذا الفصل اتفاق الروايات ، لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال : لم أبعها منك قط ، فأقام المشتري البيئة) ش : أي أقام المدعي البيئة م : (على الشراء) ش : منه م : (فوجد) ش : أي المشتري م : (بها) ش : أي الجارية م : (أصبغاً زائدة) ش : خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر ، لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة م : (فأقام البائع البيئة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بيئة البائع) ش : لأن التوفيق بين الكلامين متعذر .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه) ش : أي بيئة البائع م : (تقبل اعتباراً بما ذكرنا) ش : أراد به ما ذكره في مسألة البائع وكلياً من المالك في البيع ، فكان المالك في قوله ما بعته صادقاً ، ثم المالك في دعواه السواء من كل عيب ، لا يكون مناقضاً م : (ووجه الظاهر) ش : أي ظاهر الرواية م : (أن شرط البراءة) ش : عن العيب م : (تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع) ش : لأن الصفة بدون الموصف بدون الموصف غير مقصودة م : (وقد أنكره) ش : أي والحال أن البائع قد أنكره م : (فكان مناقضاً) ش : لأن دعوى البراءة تقضي سابقة العقد فلا تسمع بيئته م : (بخلاف الدين) ش : فإن هناك تقبل بيئة المطلوب على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين إذ التوفيق ممكن ، بأن يقول : ما كان لك علي شيء قط ، غير أنني دفعت المال قطعاً للخصومة والملامة ، فلما جحدتني أثبتته ، كذا ذكره المحبوبي م : (لأنه) ش : أي لأن الدين م : (قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر) ش : عند قوله لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - : م : (ذكر حق) ش : قال تاج الشريعة - رحمه الله -

كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا: إن شاء الله تعالى هو على الخلاص ، وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما استحسان ذكره في الإقرار ، لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ؛ لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد ، وله أن الكل كشيء واحد

أي كتاب إقرار بدين ، وقال الكاكي - رحمه الله - : قوله ذكر حق أي صك يعني لو كتب ذكر إقرار على نفسه ثم م : (كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب في شراء) ش : يعني كتب ذكر إقرار في شراء ، يعني في صك الشراء ، ثم كتب في آخره وما أدرك فلاناً من الدرك م : (فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله) ش : يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه ، ويفسد الشراء ، وصورتها في «الجامع الصغير» محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - : في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في أسفله إن شاء الله تعالى ، أو يكتب الشراء فيكتب في أسفله فما أدرك فيه فلاناً من درك ، فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى ، قال : إن شاء الله يبطل الدين ، ويفسد الشراء وهذا معنى قوله م : (وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -) ش : يعني بطلان الصك كله .

م : (وقالوا) ش : أي أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - : م : (إن شاء الله تعالى هو على الخلاص) ش : يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه م : (وعلى من قام بذكر الحق) ش : والشراء صحيح والمال المقر به لازم م : (وقولهما) ش : أي وقول أبي يوسف - رحمه الله - م : (استحسان ذكره) ش : ، أي ذكره محمد - رحمه الله - م : (في الإقرار) ش : من «المبسوط» م : (لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه)

ش : أي لأن الصك يشتمل على إنشاء ولا تعلق للبعض ببعض فانصرف إلى الذي يليه م : (لأن الذكر) ش : أي الصك يكتب م : (للاستيثاق) ش : والتأكيد لا للإبطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه م : (وكذا الأصل في الكلام الاستبداد) ش : أي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتباً ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه .

والجواب : أن الذكر للاستيثاق مطلقاً ، وإذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى ، والثاني مسلم ، والأول عين النزاع ، والأصل في الكلام الاستبداد إذ لم يوجد ما يدل على خلافه ، وقد وجد ذلك وهو العطف .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : (أن الكل) ش : فيما نحن فيه م : (كشيء واحد

بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة ، مثل قوله عبده حر وامرأته طالق ،
وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ، ولو ترك فرجة قالوا : لا يلتحق به ويصير
كفاصل السكوت ، والله أعلم بالصواب .

بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة (ش: بعضها على بعض م:) مثل قوله عبده
حر وامرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى (ش: فإنه ينصرف إلى الجميع
ولا يلزمه شيء م:) (ولو ترك فرجة) ش: أي موضع بياض قبل قوله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو
ولي ما فيه إن شاء الله تعالى .

م: (قالوا) ش: المشايخ - رحمهم الله - م: (لا يلتحق) ش: أي قوله : « إن شاء الله » حيثئذ
م: (به) ش: أي بجميع الصك ، بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق م: (ويصير كفاصل السكوت)
ش: أي تلك الفرجة كالسكوت في النطق ، فإن قيل : ينبغي أن لا يكتب قوله ومن قام الآخر أنه
توكيل ، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه ، لأنه توكيل لمجهول ، والمجهول لا يصلح وكيلًا ،
قلنا: الغرض من كتابته إثبات رضا المعز بتوكيل من يوكله المقولة بالخصومة معه على قول أبي
حنيفة - رحمه الله - ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح وكونه توكيلًا
مجهولًا ليس بصائر ، لأنه في الإسقاط ، والإسقاطات تصح مع الجهالة ، كما في الصلح على
الإنكار .

وقيل : هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلي - رحمه الله - لا يجوز التوكيل بالخصومة من
غير رضا الخصم ، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبو حنيفة - رحمه الله - :
فإن الرضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت ، فوجوده كعدمه ، قلت ذكر في كتب المذاهب
الأربعة أن عند ابن أبي ليلي يجوز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقًا ، والله أعلم .

فصل في القضاء بالمواريث

قال: وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت : أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة: أسلمت قبل موته فالقول قول الورثة، وقال زفر - رحمه الله - : القول قولها؛ لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال ، كما في جريان ماء الطاحونة ، وهذا ظاهر ، نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق، ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت: أسلمت قبل موته، وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضاً ولا يحكم الحال ، لأن تحكيمه يؤدي إلى

فصل في القضاء بالمواريث

أي هذا فصل في بيان أحكام القضاء بالمواريث ، وهو جمع ميراث ، أصله متوارث ، قلبت الواو ياء لسكونها ، وإنكار ما قبلها وهو اسم مثل الإرث ولما كان الموت آخر أحوال البشر ذكر الأحكام المتعلقة به آخرًا م: (قال: وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت: أسلمت بعد موته، وقالت الورثة : أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» .

وقال المصنف - رحمه الله - : م: (وقال زفر - رحمه الله - القول قولها) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - (لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات) ش: فيجعل موجوداً بعد الموت لا قبله .

م: (ولنا أن سبب الحرمان) ش: أي سبب حرمان المرأة وهو إسلامها من ميراث زوجها النصراني م: (ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال) ش: أي باستصحاب الحال وتحكيم المال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق

م: (كما في جريان ماء الطاحونة) ش: فإن ربهما مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه بحكم الحال ، فإن كان جارياً في الحال ، كان القول قول رب الطاحونة ، وإن لم يكن جارياً كان القول قول المستأجر م: (وهذا) ش: أي تحكيم الحال م: (ظاهر) ش: نحن م: (نعتبره للدفع) ش: أي لدفع استحقاقها الميراث م: (وما ذكره) ش: أي: زفر - رحمه الله - م: (يعتبره للاستحقاق) ش: وفي بعض النسخ : وما ذكره أي زفر - رحمه الله - ، والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق .

م: (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت : أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة: لا بل أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضاً) ش: أي للورثة م: (ولا يحكم الحال) ش: أي لا يقال إنها مسلمة في الحال فتكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال م: (لأن تحكيمه يؤدي إلى

جعله حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه أما الورثة فهم الدافعون، ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً ، قال : ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة ، فقال المستودع : هذا ابن الميت لا وارث له غيره ، فإنه يدفع المال إليه ، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر

جعله حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه) ش: أي إلى الاستحقاق وهو لا يصلح لذلك ، وبه يتم الدليل وقوله م: (أما الورثة ، فهم الدافعون) ش: إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب ، أما في الأولى ، فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت لما تبعه فيما مضى ، ثم جاءت مسلمة ، فادعت إسلاماً حادثاً ، فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى الأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال الأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى ، وهو من النوع الثاني .

فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها ، كان استصحاب الحال مثبتاً ، وهو باطل ، فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً ، فبالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت ، وبالنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتاً قبل موته . فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتاً ، وهو لا يصلح ، فاعتبرنا الأول ليكون دافعاً ، والورثة هم الدافعون فيتقيد بهم الاستبدال به وقوله م: (ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً) ش: دليل آخر وهو أن الإسلام حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات .

فإن قيل : إن كان ظاهر الحدوث معتبراً في الدلالة ، كان ظاهر في المسألة الأولى معارضاً للاستصحاب ويحتاج إلى مرجع . والأصل عدمه ، فالجواب : أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات .

وزفر - رحمه الله - يعتبره للإثبات . وقال الأكمّل - رحمه الله - : ونوقض بنقض إجمالي ، وهو أن ما ذكرتم على الاستصحاب لا يصلح للإثبات ، ولو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى فيه بالأجر على المستأجر ، إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف ، لأنه استدلال به لإثبات الأجر .

والجواب : أنه استدلال به لدفع ما يدعي المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب بسقوط الأجر ، فإنه بالعقد السابق الموجب له ، فيكون دافعاً لا موجباً . إلى هنا كلامه ، ثم قال : واعتبر هذا واستغنى عما في «النهاية» .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م: (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع) ش: أي الذي عنده الوديعة م: (هذا ابن الميت لا وارث له غيره ، فإنه) ش: أي فإن المستودع م: (يدفع المال إليه) ش: أي إلى ابن الميت م: (لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة) ش: أي من حيث الخلافة عن الميت . م: (فصار) ش: حكم هذا م: (كما إذا أقر)

أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض ، أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه ؛ لأنه أقر بقيام حق المودع ، إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته ، بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض ؛ لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ولو قال المودع لآخر : هذا ابنه أيضاً ، وقال الأول : ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول ؛ لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابناً انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول ابناً معروفاً ، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصح ، وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح .

ش: أي المستودع م: (أنه حق المورث) ش: بكسر الراء م: (وهو حي) ش: أي والحال أنه حي م: (أصالة) ش: أي من حيث الأصالة م: (بخلاف ما إذا أقر) ش: أي المستودع م: (لرجل أنه وكيل المودع) ش: بكسر الدال م: (بالقبض أو أنه اشتراه منه)

ش: أي أقر أن الرجل المقر له عين الوديعة من المودع م: (حيث لا يؤمر بالدفع إليه ؛ لأنه أقر بقيام حق المودع) ش: بكسر الدال م: (إذ هو حي) ش: أي والحال أنه حي م: (فيكون) ش: إقراره م: (إقراراً على مال الغير) ش: فلا يصح لأن إقراره حجة قاصرة عليه ، فلا يصح في حق الغير م: (ولا كذلك) ش: أي وليس الحكم كما ذكره م: (بعد موته) ش: أي بعد موت المودع .

م: (بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض) ش: يعني إذا أقر المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين يقبض الدين حيث يؤمر بالدفع م: (لأن الديون تقضى بأمثالها) ش: لا بأعيانها م: (فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه) ش: ومن أقر على نفسه يؤمر بالخروج عن عهده . م: (ولو قال المودع) ش: بفتح الدال م: (لآخر) ش: أي لشخص آخر م: (هذا ابنه أيضاً وقال الأول) ش: أي الابن الأول م: (ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول ، لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما إذا كان الأول ابناً) ش: أي الابن الأول ليس له ابن غيري يقضي بالمال للأول ؛ لأنه لما صح إقراره للأول م: (انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول) ش: أي الابن الأول م: (ابناً معروفاً) ش: لأنه لا مزاحم له م: (ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له) ش: يعني لم يكذب به أحد م: (فصح) ش: أي إقراره م: (وحين أقر للثاني) ش: أي للابن الثاني م: (له مكذب) ش: وهو الابن الأول م: (فلم يصح) ش: واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره ، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول . وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي ، وأما إن كان الدفع بقضاء ، كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً ، فلا يلزمه الإقرار .

قال : وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة ، وهو ظلم وهذا وعند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالوا : يأخذ الكفيل ، والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود : لا نعلم له وارثاً غيره .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل) ش : أي من الغرماء م : (ولا من وارث) ش : أي ولا يؤخذ أيضاً كفيل من وارث م : (وهذا شيء) ش : أي أخذ الكفيل الشيء م : (احتاط به بعض القضاة) ش : وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يفعل كذلك بالكوفة في قضائه م : (وهو ظلم) ش : هذا دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب ، ونص على أن الإمام أسبق الأئمة أبا حنيفة - رحمه الله - وأصحابه براء عن مذهب أهل الاعتزال ، حيث قالوا كل مجتهد مصيب م : (وهذا) ش : أي عدم أخذ الكفيل من الغرماء والوارث م : (عند أبي حنيفة - رحمه الله -) .

م : (وقالوا : يأخذ الكفيل) ش : أي لا يدفع المال إليهم حتى يأخذ الكفيل ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في قول وأحمد - رحمه الله - ، وقال في قول آخر : لا يجب أخذ الكفيل ؛ بل يستحب . وقيل : إن كان الوارث ممن يحجب وجب ، وإلا فلا ، وقيل : إن كان الوارث مأموناً لا يجب ، وإن كان غير مأمون يجب ، وقال الكاكي - رحمه الله - : وهذا الدفع إلى الوارث ، إنما يصح إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره ، وإن كان يحجب بغيره لا يدفع المال إليه .

وإن كان وارثاً يختلف نصيبه ولا يحجب ، ويدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وعند محمد - رحمه الله - : أوفر النصيبين ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، وقول أبي حنيفة - رحمه الله - مضطرب ، ذكره الصدر الشهيد - رحمه الله - في «أدب القاضي» .

م : (والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود : لا نعلم له وارثاً غيره) ش : قيد بقوله ولم يقل الشهود . . إلى آخره ، لأنهم إذا قالوا ذلك ، يدفع إليه المال بلا أخذ كفيل بالانفاق ، وعند ابن أبي ليلى - رحمه الله - لا يثبت إرثه حتى يقول الشهود : لا وارث له سواه ، ويأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضاً ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، وقال في وجه : يجب أخذ الكفيل في جميع الصور .

وإذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ، ولم يقولوا في شهادتهم : لا نعلم له وارثاً غيره ، فإن القاضي يتلوم زماناً على قدر ما يرى ، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحوال فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان

لهما أن القاضي ناظر للغيب . والظاهر أن في التركة وارثًا غائبًا أو غريمًا غائبًا ؛ لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة ، كما إذا دفع الأبق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله . ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن حق الحاضر ثابت قطعًا أو ظاهرًا فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل ، كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ، ولأن المكفول له مجهول ، فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقة

الحاضر ممن لا يحجب حرمانًا كالأب والابن وإن كان يحجب بغيره كالجد والأخ ، فإنه لا يدفع إليه ، وإن كان ممن يحجب نقصانًا كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين ، وهو النصف والربع عند محمد - رحمه الله - ، وأقلهما وهو الربع والثلث عند أبي يوسف - رحمه الله - ، وقول أبي حنيفة - رحمه الله - مضطرب .

م : (لهما) ش : أي لأبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - : م : (أن القاضي ناظر للغيب) ش : بضم الغين المعجمة وتشديد الياء جمع غائب م : (والظاهر أن في التركة وارثًا غائبًا أو غريمًا غائبًا ؛ لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة ، كما إذا دفع) ش : القاضي اللقطة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه ، فإنه يأخذ منه كفيلاً م : (الأبق واللقطة) ش : أي وكما إذا دفع العبد الأبق م : (إلى صاحبه) ش : فإنه يأخذ منه كفيلاً احتياطاً م : (أو أعطى) ش : أي وكما إذا أعطى م : (امرأة الغائب النفقة من ماله) ش : أي من مال الزوج بأن كان عند إنسان وديعة يقر بها المودع ويقر بقيام النكاح ، فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلاً احتياطاً .

م : (ولأبي حنيفة - رحمه الله - : أن حق الحاضر ثابت قطعاً) ش : فيما إذا كان القاضي يعرف يقينًا أنه لا وارث لميت غير الحاضر م : (أو ظاهرًا) ش : فيما إذا لم يعرف القاضي وارثًا آخر واحتمل وجود الآخر وعدمه ، فإذا كان الأمر كذلك م : (فلا يؤخر) ش : أي حق الحاضر م : (لحق موهوم إلى زمان التكفيل) ش : لأن القاضي ليس بمكلف بإظهاره ، بل بما ظهر عنده من الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجبًا عليه م : (كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل) ش : أي من المشتري أو من رب الدين مع احتمال مشتر آخر ودين آخر .

فلو أخذ الكفيل بناء على هذا الاحتمال يكون الأدنى معارضاً على الحجة الأعلى وأنه لا يجوز م : (ولأن المكفول له مجهول) ش : هذا دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة ، وهنا المكفول له مجهول فلا يصح .

م : (فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء) ش : ولم يعين من هو ، فإنه لا يصح م : (بخلاف النفقة)

لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الأبق واللقطة ففيه روايتان . والأصح أنه على الخلاف ، وقيل : إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد ، يكفل بالإجماع ؛ لأن الحق غير ثابت . ولهذا كان له أن يمنع . وقوله : ظلم ، أي ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه - رحمه الله - أن المجتهد يخطئ ويصيب ، لا كما ظنه البعض . قال : وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ،

ش : هذا جواب عما استشهد به من المسائل أما النفقة م : (لأن حق الزوج ثابت) ش : في الوديعة م : (وهو) ش : أي الزوج م : (معلوم) ش : أيضاً فصحت الكفالة .

م : (وأما الأبق واللقطة ففيه) ش : أي ففي كل واحد منهما م : (روايتان) ش : قال في رواية : لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً ، وقال في رواية : أحب إلي أن يأخذ منه كفيلاً م : (والأصح أنه على الخلاف) ش : المذكور إذا ظهر الاستحقاق بالبينة ، وقالوا في «شرح الجامع الصغير» ، والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، فعلى ما قالوا لا يصح قياساً على تلك المسألة .

م : (وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد) ش : فإنه لمن يطلبه م : (يكفل بالإجماع ؛ لأن الحق غير ثابت) ش : لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق م : (ولهذا) ش : أي ولأجل ذلك م : (كان له) ش : أي للقاضي م : (أن يمنع) ش : أي من الدفع ، فصح تأخيره للتكفيل صيانة للقضاء .

م : (وقوله) ش : أي وقول أبي حنيفة - رحمه الله - في «الجامع الصغير» حين سأله أبو يوسف - رحمه الله - عن مسألة قسمة الميراث بين الغرماء م : (ظلم أي ميل عن سواء السبيل) ش : إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله م : (وهذا) ش : أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه م : (يكشف عن مذهبه - رحمه الله -) ش : أي مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - : م : (أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) ش : وهم المعتزلة أن كل مجتهد مصيب ، على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - ، وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه قال ليوسف بن خالد السمي - رحمه الله - : كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد ، قلنا : معناه مصيب في الاجتهاد ، حتى يكون مثاباً ، وإن وقع اجتهاده مخالفاً عند الله عز وجل . فقد قال محمد - رحمه الله - لو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما ، فقد قضاه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صواباً ، مع فتواه أنه يخطئ بالحق عند الله عز وجل ، كذا في «التقويم» .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - [في] «الجامع الصغير» م : (وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر) ش : أي رجل آخر م : (البينة أن أباه مات وتركها) ش : أي الدار م : (ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف) ش : أي بنصف الدار م : (وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ،

ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالوا: إن كان الذي هي في يده جاحداً ، أخذ منه وجعل في يد أمين ، وإن لم يجحد ترك في يده ، لهما أن الجاحد خائن فلا يترك المال في يده ، بخلاف المقر لأنه أمين ، وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختاراً للميت ثابت ، فلا تنقض يده كما إذا كان مقراً وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي ، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي . ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل :يؤخذ منه بالاتفاق ؛ لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه ، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا

ولا يستوثق منه (ش: أي من صاحب اليد م: (بكفيل) ش: أي لا يؤخذ من ذي اليد كفيل م: (وهذا) ش: أي ترك النصف الآخر في يد من في يده م: (عند أبي حنيفة -رحمه الله-) ش: . وعدم الاستيثاق بالكفيل هنا فبالإجماع ، والخلاف في الذي ذكرناه

م: (وقالوا) ش: أي أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- : م: (إن كان الذي هي في يده جاحداً أخذ منه) ش: أي أخذ منه الكفيل م: (وجعل في يد أمين) ش: حتى تقدم الغائب م: (وإن لم يجحد ترك في يده) ش: لأنه أمين م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (أن الجاحد خائن ، فلا يترك المال في يده ، بخلاف المقر لأنه أمين) ش: فترك في يده م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: (أن القضاء وقع للميت مقصوداً) ش: لأن القضاء بالإرث قضاء للميت ، ولهذا يقضي ديونه منه وينفذ وصاياه م: (واحتمال كونه) ش: أي كون صاحب اليد م: (مختاراً للميت ثابت ، فلا تنقض يده) ش: بقيد من غير مختار له ، وإنما قال واحتمال كونه ، لأن كون المال بيد من لو بيده باختيار الميت ليس بقطعي .

واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به م: (كما إذا كان) ش: من بيده م: (مقراً) ش: فإنه إنما يترك الباقي بيده كذلك .

م: (وجحوده) ش: هذا جواب عما ذكرناه ، ووجهه أن الخيانة الجحود م: (قد ارتفع بقضاء القاضي) ش: وكذا لازمه م: (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له) ش: أي للابن م: (وللقاضي) ش: فالظاهر أنه إنما جحد لاشتباه الأمر عليه ، وقد زال ذلك بالحجة م: (ولو كانت الدعوى في منقول) ش: والمسألة بحالها .

م: (فقد قيل : يؤخذ) ش: أي النصف الآخر م: (منه) ش: أي من الذي في يده م: (بالاتفاق ؛ لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه) ش: أي في القول لأنه لما جحد ربما يتصرف فيه إما لخيانة أو لزعمه أنه ملكه ، فالأخذ منه أبلغ في الحفظ .

م: (بخلاف العقار ؛ لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا) ش: أي ولكون العقار محصنة بنفسها

يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير . وقيل: المنقول على الخلاف أيضاً ، وقول أبي حنيفة - رحمه الله - فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ ، وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء الخصومة ، والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها ، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء ؛ لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له عليه ديناً كان أو عيناً ؛ لأن المقضي له وعليه إنما هو

م : (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير) ش: من بيع العروض على الكبير ، وإنما خصهم بالذكر إذ ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ ، وهذا من باب الحفظ م : (وقيل: المنقول على الخلاف أيضاً) ش: يعني لا يؤخذ نصيب الغائب من يد المدعى عليه على قول أبي حنيفة - رحمه الله - خلافاً لهما . وقال الأستروشنى - رحمه الله - في «فصوله» : وأما المنقول فلا شك أن على قولهما يؤخذ نصيب الغائب من يده ويوضع على يدي عدل . واختلف المشايخ - رحمهم الله - على قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، قال بعضهم : لا ينزع من يده ، وقال بعضهم : ينزع من يده .

م : (وقول أبي حنيفة - رحمه الله - فيه) ش: أي في المنقول م : (أظهر) ش: من قوله في العقار م : (لحاجته إلى الحفظ) ش: أي لحاجة المنقول إلى الحفظ ، فإذا لم ينزع من يده كان مضموناً عليه ، وإذا نزع منه لم يبق مضموناً عليه ، فكان الحفظ في عدم النزاع أكثر م : (وإنما لا يؤخذ الكفيل) ش: هذا راجع إلى قوله ، ولا تستوثق منه بكفيل ، ومعناه أخذ الكفيل م : (لأنه إنشاء الخصومة) ش: لأن من بيده الباقي قد لا تصح نفسه بإعطائه ، والقاضي يطالبه بفتناً الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها ، وهو معنى قوله م : (والقاضي إنما نصب لقطعها) ش: أي لقطع الخصومة م : (لا لإنشائها) .

فإن قيل : هب أن القاضي لم ينصب لذلك ، فيكون الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل ، والقاضي يقطعها بحكمه بإعطائه .

أجاب الأكمل - رحمه الله - عنه بقوله : يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ها هنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها ، فلما فرضناه رافعاً لشيء كان منشأ له ، وهذا خلف باطل . م : (وإذا حضر الغائب) ش: وأخذ نصيبه هل يكلف إلى إعادة البيعة أم لا ، فقال المصنف - رحمه الله - : م : (لا يحتاج إلى إعادة البيعة) ش: في أخذ نصيبه من ذي اليد م : (ويسلم النصف إليه بذلك القضاء) ش: لأن بيعة الحاضر كانت له ولأخيه الغائب م : (لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له) ش: أي للميت .

م : (وعليه) ش: أي وعلى الميت سواء كان م : (ديناً كان أو عيناً ؛ لأن المقضي له وعليه إنما هو

الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك ، بخلاف الاستيفاء لنفسه ، ؛ لأنه عامل فيه لنفسه ، فلا يصلح نائباً عن غيره ، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده . ذكره في « الجامع » ؛ لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده . قال : ومن قال : مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة ،

الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه (ش : أي عن الميت م : (في ذلك) ش : الأمر وهو اختيار المصنف - رحمه الله - واختيار فخر الإسلام - رحمه الله - والخصاف - رحمه الله - ومنهم من قال : يكلف بإعادة البينة على قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - في قتل العمدة إذا أقام الحاضر البينة : أن فلاناً قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب ، يحتاج إلى إقامة البينة .

م : (بخلاف الاستيفاء) ش : جواب عما يقال : لو صلح أحدهم للخلافة كان كالميت ، وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع . تقرير الجواب : أن الاستيفاء م : (لنفسه) ش : خلاف ذلك م : (لأنه) ش : أي لأن المستوفي م : (عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره) ش : ولقائل أن يقول : فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ، ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محذور فيه .

وجوابه : في المسائل قال : لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك م : (ولهذا) ش : أي ولأجل كون العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائباً لغيره م : (لا يستوفي) ش : الحاضر م : (إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) ش : فإنه يقضي بالكل ، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه م : (إلا أنه) ش : استثناء من قوله : لأن أحد الورثة ينتصب خصماً إلى قوله له وعليه ، يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون هو خصماً في جميع التركة لا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت التركة جميعها في يده ، وهو معنى قوله : إلا أنه أي إلا أن الشأن م : (إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل) ش : أي كل التركة م : (في يده) ش : أي في يد الحاضر م : (ذكره في « الجامع ») ش : أي « الجامع الكبير » في باب الشهادة في الموارث م : (لأنه) ش : أي لأن الحاضر م : (لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده) ش : وفي « الكافي » : أن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذي اليد ، وإنما ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقيين إذا كان المدعي في يده ، وهذا بخلاف دعوى الدين ، فإن أحد الورثة ينتصب خصماً ، وإن لم يكن في يده شيء من التركة ، وكذا ذكره في « المحيط » و« الذخيرة » .

م : (قال : ومن قال : مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) ش : أي يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة ، كالنقدين والسواثم وأموال التجارة بلغ النصاب أم لا ، إلا أن المعتبر هو حبس مال الزكاة ، والقليل منه ، ولهذا قالوا : إذا

وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء ، والقياس أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه قال زفر - رحمه الله - لعموم اسم المال كما في الوصية . وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال .

نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به ، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه ، ولا يجب التصدق بالأموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك .

م : (وإن أوصى بثلث ماله فهو على ثلث كل شيء ، والقياس) ش : في الأول أيضاً م : (أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه) ش : أي بالقياس م : (قال زفر - رحمه الله -) ش : وهو قول الشافعي - رحمه الله - ، وهو قول النخعي والليثي - رحمهما الله - ، واستدل زفر - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - بقوله ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه »^(١) .

والجواب عنه : أننا نقول به ، وقد بينا الفرق بين الوصية والنذر ، وقال الزهري ومالك وأحمد - رحمهم الله - : يتصدق بثلث ماله ، سواء كان زيوفاً أم لا ، لما روي أنه ﷺ قال لأبي لبابة - رضي الله عنه - حين قال : إن من توبتي يا رسول الله ﷺ أن أنخلع من مالي ، فقال ﷺ : « بجزئك الثلث » ، والجواب عليه أنه ليس بنذر ، وليس هو محل النزاع .

وقال الفقيه أبو الليث - رحمه الله - في « شرح الجامع الصغير » : ذكر أبو يوسف [في] « الأمالي » حكاة عن أبي حنيفة - رحمه الله - ، وعن نفسه أنه إذا قال : مالي في المساكين صدقة انصرف إلى مال الزكاة ، وإذا قال : ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال ، وفي قول مالك - رحمه الله - : يتصدق بثلث ماله .

وفي قول الشافعي - رحمه الله - : عليه كفارة اليمين . وروي عن الشعبي - رحمه الله - : أنه لا يجب عليه شيء ، إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث - رحمه الله - ، وجه القياس في التصدق بالكل ، ما قاله زفر - رحمه الله .

م : (لعموم اسم المال) ش : فإنه عام يتناول ما تجب فيه الزكاة ، وما لا يجب فيه الزكاة فينصرف إلى الكل م : (كما في الوصية) ش : فإنه إذا أوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل ، ولا يختص بما فيه الزكاة م : (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى) ش : فإيجاب الله الصدقة في مطلق المال ينصرف إلى مال الزكاة ، فكذا إيجاب العبد م : (فينصرف إيجابه) ش : أي إيجاب العبد م : (إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال) ش : ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه ، وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة ، وهو من جنس الوقوف

(١) أخرجه البخاري في باب « النذر في الطاعة » .

أما الوصية فأخت الميراث؛ لأنها خلافة كهي، فلا تختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة . أما الوصية فتقع في حال الاستغناء ، فينصرف إلى الكل ، وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده . وعند محمد - رحمه الله - لا تدخل لأنها سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع؛ لأنه يتمحض مؤنة . ولو قال: ما أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل: يتناول كل مال ؛ لأنه أعم من لفظ المال ،

بعرفات ، أو لأنه في معنى الصلاة ، لأنه انتظار أوقات الصلاة ، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمتنظر للصلاة كأنه في الصلاة .

م: (أما الوصية فأخت الميراث لأنها) ش: أي لأن الوصية م: (خلافة كهي) ش: أي كالورثة أن في كل منهما تملك مضافاً إلى ما بعد الموت م: (فلا تختص) ش: أي الوصية م: (بمال دون مال) ش: كالميراث لا يختص بمال الزكاة م: (ولأن الظاهر) ش: دليل آخر ، أي ولأن الظاهر من حال الناذر م: (التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة) ش: لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة .

م: (أما الوصية فتقع في حال الاستغناء) ش: عن الأموال م: (فينصرف إلى الكل) ش: أي كل الأموال م: (وتدخل فيه) ش: أي في النذر م: (الأرض العشرية عند أبي يوسف - رحمه الله -؛ لأنها) ش: أي لأن الأرض العشرية م: (سبب الصدقة) ش: وهي العشر ، فكانت الأرض العشرية بمنزلة مال التجارة من حيث أنها من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة .

ولا يقال في عشر يعني المؤنة بالحديث ، فقال المصنف - رحمه الله - : م: (إذ جهة الصدقة) ش: أي العبادة م: (في العشرية راجحة عنده) ش: أي عند أبي يوسف - رحمه الله .

م: (وعند محمد - رحمه الله - لا تدخل لأنها) ش: أي لأن الأرض العشرية على تأويل المكان أو لتذكير الخبر ، كما في قوله « هذا ربي » م: (سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده) ش: أي عند محمد - رحمه الله - ، وذكر الإمام التمرثاشي - رحمه الله - قول أبي حنيفة - رحمه الله - مع محمد - رحمه الله - : م: (ولا تدخل) ش: أي في النذر م: (أرض الخراج بالإجماع) ش: لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء وقوله م: (لأنه يتمحض مؤنة) ش: يتعلق بقوله : ولا يدخل .

م: (ولو قال : ما أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل : يتناول كل مال) ش: وهو رواية أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - ذكره في «الأمالى» وإليه ذهب محمد بن إبراهيم الميداني - رحمه الله - م: (لأنه أعم من لفظ المال) ش: إذ الملك يطلق على المال وعلى غيره ، يقال : ملك النكاح ، وملك القصاص وملك المتعة ، بخلاف ما لو قال : عبده حر إن

والمقيد إيجاب الشرع، وهو مختص بلفظ المال، فلا مخصص في لفظ الملك، فبقي على العموم، والصحيح أنهما سواء؛ لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر، ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمك من ذلك قوته، ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك؛ لأن

أملك إلا خمسين درهماً، فإن ذلك ينصرف إلى مال الزكاة، وإن نص على لفظ الملك ذكره في «الجامع»، لأن بقرينة الاستثناء أن المراد من الملك المال، إذ استثناء الدراهم يدل أن المستثنى من جنسه.

كذا ذكره المحبوبي - رحمه الله - م: (والمقيد) ش: بتشديد الياء المكسورة، هذا جواب عما يقال الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية، وتقرير الجواب أن المقيد م: (إيجاب الشرع) ش: أي المقيد بمال الزكاة إيجاب الشرع م: (وهو مختص بلفظ المال) ش: قال الله عز وجل: ﴿ خذ من أموالهم صدقة ﴾ (التوبة: الآية ١٠٣)

وقال ﷺ: «هاتوا ربع عشر أموالكم» م: (فلا مخصص في لفظ الملك) ش: إذ لم يوجد من الله عز وجل إيجاب الصدقة مضافاً إلى الملك تخصيصاً بأموال الزكاة م: (فبقي على العموم) ش: وفيه نظر؛ لأنه حيثئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع.

م: (والصحيح أنهما) ش: أي أن لفظ «مالي وما أملك» م: (سواء) ش: فيما نحن فيه، يعني يختصن بالأموال الزكوية، وهو اختيار شمس الأئمة - رحمه الله - ذكره في «مبسوطه» وهو اختيار أبي بكر البلخي - رحمه الله -؛ م: (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) ش: الملتزم بفتح الزاي.

وأراد باللفظين قوله: مالي في المساكين صدقة، وقوله: ما أملك صدقة في المساكين بيان هذا أن الملتزم بالصدقة، والصدقة إنما تجب على العبد شرعاً في المال الفاضل عن الحاجة.

وكذا في إيجاب العبد على نفسه، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة، فلذلك اختص لفظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة، هكذا بخط شيخنا العلامة - رحمه الله - م: (على ما مر).

ش: قال الكاكي - رحمه الله - : إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى، وليس بواضح، لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله م: (والمقيد إيجاب الشرع) ش: وهو بلفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله: «ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله».

م: (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمك من ذلك قوته) ش: لأن حاجته هذه مقدمة، إذ لو لم يمك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه، وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه م: (ثم إذا أصاب شيئاً) ش: يعني إذا حصل له شيء من الدنيا م: (تصدق بمثل ما أمسك لأن

حاجته هذه مقدمة ، ولم يقدر محمد رحمه الله لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل : المحترف
يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر، وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة
وصولهم إلى المال . وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله . قال : ومن أوصى
إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة ، فهو وصي والبيع جائز ، ولا يجوز بيع الوكيل
حتى يعلم ، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً ؛ لأن الوصاية
إنابة بعد الموت ، فتعتبر بالإنابة قبله ، وهي الوكالة .

حاجته هذه مقدمة) ش : على الصدقة وغيرها م : (ولم يقدر محمد - رحمه الله -) ش : على صيغة
المجهول يعني لم يبين في «المبسوط» مقدار ما يمسك م : (لاختلاف أحوال الناس فيه) ش : بكثرة
العيال وقتلتها .

م : (وقيل : المحترف يمسك قوته ليوم) ش : أي لأجل نفقة يوم ، لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً
فيوماً م : (وصاحب الغلة) ش : أي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها م : (لشهر) ش :
أي يمسك منه لأجل قوره لشهر واحد م : (وصاحب الضياع لسنة) ش : أي يمسك صاحب الضيعة
لأجل قوت سنة ، لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنة فسنة م : (على حسب التفاوت في مدة
وصولهم إلى المال) ش : تارة يصل إلى المال عند معنى نصف سنة ، وتارة في آخر سنة م : (وعلى
هذا) ش : أي وعلى هذا الاعتبار م : (صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) ش : اعتباراً
لتفاوت وصولهم إلى المال .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م : (ومن أوصى إليه) ش :
على صيغة المجهول م : (ولم يعلم بالوصاية) ش : أي ولم يعلم أنه وصي م : (حتى باع شيئاً من
التركة ، فهو وصي والبيع جائز ، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) ش : إنه وكيل لتوقف التوكيل على
العلم . وقال أحمد - رحمه الله - : لا يتوقف التوكيل على العلم ، كالوصاية .

وفي «الجامع» فإذا أعلمه إنسان فباع فهو جائز ، ولا يكون نهياً عن الوكالة ، حتى يشهد
عنده شاهدان أو رجل عدل ، هذا لفظ محمد - رحمه الله - فيه ، وفي شروحه أن عندهما يثبت
العزل بخبر الواحد ، سواء كان عدلاً أو فاسقاً أو عبداً أو حراً أو غير ذلك كالوكالة .

م : (وعن أبي يوسف - رحمه الله - : أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً) ش : يعني لا يجوز بيع
الوصي أيضاً ، قيل : العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة م : (لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة
قبله) ش : أي قبل الموت م : (وهي الوكالة) ش : أي الإنابة قبل الموت هي الوكالة .

قال الكاكي - رحمه الله - : قوله : لأن الوصاية إنابة ، أي جعل الوصي نائباً عن نفسه ،
والإنابة يعني جعل الغير نائباً عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس ، بل هي

ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي ،
ومن أعلمه من الناس بالوكالة

مستعملة فيها بمعنى الرجوع ، كقولهم أناب إلى الله أي رجع . فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة ، بمعنى جعل الغير نائباً عن نفسه ، قال شيخنا العلامة صاحب «النهاية» : ليس هذا هو موضع عيب إذ صاحب «الكشاف» استعملها في ذلك في «الكشاف» في سورة الروم ، وكفى قوله حجة في اللغة ؛ انتهى .

قلت : لا يحتاج إلى هذه الحوالة ، فإن الجوهرية قال : ناب عني فلان أي قام مقامي ، ويستخرج منه صحة قول المصنف .

م : (ووجه الفرق) ش : بينهما م : (على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة) ش : وهو بعد الموت م : (فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث) ش : بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح . م : (أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا) ش : أي توقف الوكالة على العلم وعدم توقف الوصية عليه .

م : (لأنه) ش : أي لأن التوكيل م : (لو توقف على العلم) ش : أي على العلم ، وفي بعض النسخ لأنها لو توقفت عليه أي توقفت الوكالة على العلم م : (لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي) ش : أراد بالأول من الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر لعجز الموصي ، لعدم قدرته ، ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة إذا ثبت مقصودة ، وكذلك إذن الصبي والعبد بالتجارة ، إن كان قصداً لا يثبت بدون العلم ، لأن الإذن من الأذان ، يعني الإعلام ، والإعلام لا يتصور بدون العلم .

أما إذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف ، ففيه روايتان : نحو أن يقول الموكل لرجل : اذهب بعبدي إلى فلان فبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد إليه ، وأعلمه أن صاحب العبد أمره ببيعه ، فاشتراه صح شراؤه منه ، وإن لم يخيره بذلك ، واشتراه منه ، ذكر محمد - رحمه الله - في كتاب «الوكالة» أن البيع جائز ، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع .

وذكر في كتاب «الزيادات» أنه لا يجوز البيع ، وأما العزل القصدي لا يصح بدون العلم ، والحكم يصح بدون العلم ، كما إذا مات الموكل ، ونحو ذلك ، وكذلك الحي .

م : (ومن أعلمه) ش : أي من أعلم الوكيل م : (من الناس بالوكالة) ش : أطلق اسم الناس

يجوز تصرفه ؛ لأنه إثبات حق لا إلزام أمر . قال : ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : هو والأول سواء ؛ لأنه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية . وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شرطيهما وهو العدد أو العدالة ، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل ؛ لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، وعلى هذا الخلاف

ليتناول كل مميز صغير أو كبير أو كافر أو مسلم م : (يجوز تصرفه ، لأنه إثبات حق لا إلزام أمر) ش : أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف . وفي «أصول شمس الأئمة» - رحمه الله - : المعاملات لا إلزام فيها ، كالوكالات ، والمضاربات ، والإذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد .

وقال الشافعي وأحمد - رحمهما الله - لا يثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد ، وهذا من باب المعاملات ، ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة م : (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده) ش : أي عند الوكيل م : (شاهدان أو رجل عدل) ش : المراد من الشهادة الإخبار ، إذ لفظ الشهادة ليس بشرط ، ذكره في «جامع قاضي خان» - رحمه الله - م : (وهذا) ش : أي اشتراط الشاهدين أو رجل عدل م : (عند أبي حنيفة رحمه الله) .

م : (وقالوا : هو) ش : أي النهي عن الوكالة م : (والأول) ش : هو الإعلام بالوكالة م : (سواء) ش : في الاكتفاء بخبر الواحد م : (لأنه) ش : أي لأن العزل م : (من المعاملات وبخبر الواحد) ش : أي وبإخبار الواحد م : (فيها) ش : أي في المعاملات م : (كفاية) ش : فيثبت بخبر الفاسق اعتباراً بالوكالة ، والإذن للعبد في التجارة بخلاف الديانات ، فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين ، فلأن لا تثبت بخبر الواحد الفاسق أولى ، كذا ذكره المحبوبي - رحمه الله .

م : (وله) ش : أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م : (أنه) ش : أي أن العزل م : (خير ملزم) ش : أما كونه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام ، وأما كونه ملزم لأنه يلزم الامتناع عن التصرف م : (فيكون شهادة من وجه) ش : دون وجه . فمن حيث أنه ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف تشترط الشهادة م : (فيشترط أحد شرطيهما) ش : أي أحد شرطيهما الشهادة م : (وهو) ش : أي أحد شرطيهما الشهادة م : (العدد) ش : بأن يكون اثنان م : (أو العدالة) ش : بأن يكون واحداً عدلاً م : (بخلاف الأول) ش : أي التوكيل ؛ لأنه لا إلزام فيه بوجه م : (وبخلاف رسول الموكل) ش : فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك م : (لأن عبارته) ش : أي عبارة الرسول م : (كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال) ش : إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله م : (وعلى هذا الخلاف) ش : يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه في اشتراط أحد

إذا أخبر المولى بجناية عبده ، والشفيح والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا ، قال : وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن ، لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام ، وكل واحد منهم

شطريها ، وها هنا ست مسائل ذكر المصنف - رحمه الله - منها خمسة منها : عزل الوكيل وقد مضى ذكر الأربعة بعد ذلك ، الأولى قوله م : (إذا أخبر المولى بجناية عبده) فإن أخبره اثنان أو واحد عدل ، فتصرف فيه بعده بتعتق أو بيع ، كان اختياراً منه للغد ، أو أن أخبره فاسق فصدقه فكذلك ، وإلا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما . الثانية : في قوله م : (والشفيح ش :) إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع ، فسكن سقطت شفاعته وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف . الثالثة : هي قوله م : (والبكر) ش : إذا بلغها تزوج الولي ، فسكتت ، فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضاء بلا خلاف ، وإن أخبرها فاسق ، فعلى الاختلاف ، الرابعة : هي قوله م : (والمسلم الذي لم يهاجر إلينا) ش : إذا أخبره اثنان أو عدل مما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء . وإن أخبره فاسق وكذبه ، فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافاً لهما .

والسادسة : التي لم يذكرها المصنف : عزل المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل ، أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب ، وإن كان فاسقاً وكذبه ثبت الحجر عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - وقيد بتلقاء نفسه ، لأن حكم الرسول حكم مرسله كما ذكرنا .

م : (قال) ش : أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير » : م : (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال) ش : أي الثمن م : (فضاع) ش : أي الثمن م : (واستحق العبد لم يضمن) ش : أي القاضي أو أمينه صورة المسألة في « الجامع » : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - عنه في الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة درهم ، فيرفع الغريم الوصي إلى القاضي ، فيأمر بالبيع للغريم في دينه ، فيبيعه بمائة درهم لقبض الوصي الثمن ، فيهلك ثم يستحق العبد من يد المشتري .

قال : يرجع المشتري على الغريم بالثمن ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم سواء . إلى هنا لفظ محمد - رحمه الله - في أصل « الجامع الصغير » ، والمصنف - رحمه الله - ذكر بيع القاضي وبيع أمينه .

ثم ذكر أن أمين القاضي لم يضمن م : (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام) ش : والإمام لا يضمن ، فكذا القاضي أو أمينه وهو معنى قوله م : (وكل واحد منهم) ش : أي

لا يلحقه ضماناً كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء ؛ لأن البيع واقع لهم ، فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه ولهذا يباع بطلبهم ، وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ، ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت ، وإن كان بإقامة القاضي عنه فصار كما إذا باعه بنفسه . وقال : ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم ، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه .

من الإمام والقاضي وأمينه م : (لا يلحقه ضماناً كيلا يتقاعد الناس) ش : أي كل واحد منهم م : (عن قبول هذه الأمانة) ش : خوفاً من الضمان م : (فتضيع الحقوق) ش : أي حقوق المسلمين م : (ويرجع المشتري على الغرماء ؛ لأن البيع واقع لهم) ش : أي للغرماء فإذا كان ذلك م : (فيرجع عليهم) ش : أي على الغرماء م : (عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه) ش : عند تعذر الرجوع .

أطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور والصبي المحجور ، فإن من وكل صبيّاً محجوراً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتهما ، ولا يتعلق حقوق العبد بهما ، بل يتعلق بموكلهما .

وإذا تعذر تعليق الحقوق ها هنا على العاقد ، يتعلق بأقرب الناس إلى العاقد كما في توكيل المحجور ، وأقرب الناس فيما نحن فيه الغريم ، لوقوع العقد له كما في الوكيل .

م : (ولهذا) ش : أي لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء م : (يباع) ش : أي العبد م : (بطلبهم) ش : أي بطلب الغرماء م : (وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء) ش : أي ببيع العبد م : (ثم استحق أو مات) ش : أي العبد م : (قبل القبض وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه) ش : أي لأن الوصي م : (عاقد نيابة عن الميت) ش : هذا ظاهر إذا كان الميت أوصى إليه م : (وإن كان) ش : أي الوصي م : (بإقامة القاضي عنه) ش : أي عن الميت م : (فصار كما إذا باعه) ش : أي كما إذا باعه الميت م : (بنفسه) ش : حال حياته وثمة كان يرجع الحقوق إليه ، فكذا هنا لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت ، لا عن نفسه ، وعقد النائب كعقد المتوب عنه .

م : (وقال) ش : يجوز أن يكون فاعله محمداً -رحمه الله- لأنه كذا حكى عن أبي حنيفة -رحمه الله- ، ويجوز أن يكون فاعله المصنف -رحمه الله- فتأمل م : (ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم) ش : أي لأن الوصي عامل للغرماء . ومن عمل عملاً لغيره ولحقه ضمان ، يرجع على من وقع له العمل م : (وإن ظهر للميت مال) ش : آخر بعد ذلك م : (يرجع الغريم فيه بدينه) ش : أي يأخذ دينه من ذلك ، وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ، ففيه اختلاف .

قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً ؛ لأنه لحقه في أمر الميت ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم ؛ لأنه إذا لم يكن في التركة دين ، كان العاقد عاملاً له .

م : (قالوا) ش : أي المشايخ -رحمهم الله- : م : (ويجوز أن يقال : يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) ش : كما رجع بدينه ، وإنما قيد بهذا اللفظ ، لأن فيه اختلاف . قال أبو الليث -رحمه الله- يجوز أن يقال : يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري م : (لأنه) ش : أي لأن الضمان م : (لحقه في أمر الميت) ش : . وعن بعض المشايخ -رحمهم الله- : لا يرجع لأن الضمان إنما لحقه بفعله لأن قبض الوصي كقبض الميت .

وفي «الكافي» : الأصح الرجوع لأنه قبض ذلك وهو مضطر فيه م : (والوارث إذا بيع له) ش : أي لأجله يعني إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة ، وهو صغير فباعه الوصي ، ثم اشترى ، رجع المشتري بالثمن على الوصي ، والوصي على الوارث أشار إليه بقوله م : (بمنزلة الغريم) ش : حيث يرجع م : (لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له) ش : أي للوارث .

فصل آخر

وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم ، فارجمه ، أو بالقطع فاقطعه ، أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ، وعن محمد أنه رجع عن هذا، وقال: لا تأخذ بقوله حتى تعاین الحجّة؛ لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ ، والتدارك غير ممكن ، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه ، واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا ، إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه .

م: (فصل آخر)

ش: أي هذا فصل آخر ، ومسائل يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل ، وبعده مقبول أم لا . فلذلك ذكرها في فصل على حدة .

م: (وإذا قال القاضي: قد قضيت على هذا بالرجم فأرجمه) ش: يعني إذا قال القاضي لك : قد قضيت على هذا بالرجم فأرجمه وسعك أن ترجمه م: (أو بالقطع فاقطعه) ش: أي وإذا قال لك قضيت عليه بالقطع وسعك أن تقطعه .

م: (أو بالضرب فاضربه) ش: أي وإذا قال : قضيت عليه بالضرب فأضربه . وقوله : م: (وسعك أن تفعل) ش: جواب قوله « وإذا قال القاضي » في ثلاث صور .

م: (وعن محمد أنه رجع عن هذا) ش: لأنه كان حكى هذا عن أبي يوسف -رحمه الله- ، عن أبي حنيفة -رحمه الله- في «الجامع الصغير» ، ثم رجع عنه م: (وقال : تأخذ بقوله) ش: أي بقول هذا القاضي م: (حتى تعاین الحجّة) ش: أي الشهادة بحضورتك .

وقال الكاكي -رحمه الله- : أو يشهد على ذلك مع القاضي عدل ، وهذه رواية ابن سماعة -رحمه الله- عن محمد -رحمه الله- م: (لأن قوله) ش: أي قول القاضي م: (يحتمل الغلط والخطأ، والتدارك) ش: بعد وقوع الأمر م: (غير ممكن) ش: لفواته وبه أخذ مشايخنا -رحمهم الله- لفساد قضاة هذا الزمان ، لا سيما قضاة مصر ، لأن أكثرهم يقولون بالراشي ، فأحكامهم باطلة .

وصدق خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبياء -عليهم السلام- ، وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هذا الزمان بغلط الجهل والفسق فيهم .

م: (وعلى هذه الرواية) ش: أي الرواية التي رويت عن محمد -رحمه الله- م: (لا يقبل كتابه) ش: أي كتاب القاضي إلى القاضي .

وقال المصنف -رحمه الله- م: (واستحسن المشايخ هذه الرواية) ش: وقالوا ما أحسن هذا في زماننا م: (لفساد حال أكثر القضاة في زماننا) ش: فلا يؤتمنون م: (إلا في كتاب القاضي) ش: إلى القاضي لم يأخذوا بهذه الرواية م: (للحاجة إليه) ش: أي إلى كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة

وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة ، وفي تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلاً عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر ، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه ، وإلا فلا . وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالمًا لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة . قال: وإذا عزل القاضي ، فقال لرجل: أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال: الرجل: أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي ، وكذا لو قال: قضيت بقطع يديك في حق هذا

م: (وجه ظاهر) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: (أنه) ش: أي أن القاضي م: (أخبر عن أمر يملك إنشاءه) ش: لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن [. . .] يمكن به من الإنشاء لا يرد م: (فيقبل لخلوه عن التهمة) ش: وقال الأكمل -رحمه الله- : وفيه بحث ، وهو أنه يتمكن من ذلك بحجة أو بدونها ، والثاني ممنوع والأول [. . .] إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجة م: (ولأن طاعة أولي الأمر واجبة) ش: هذا دليل آخر ، لأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة م: (وفي تصديقه طاعة) ش: أي طاعة القاضي . وكان ينبغي أن يقال : إطاعته .

م: (وقال الإمام أبو منصور -رحمه الله-) ش: الماتريدي ، واسمه محمد بن محمد بن محمود ونسبته إلى «ماتريد» محله من سمرقند ، ويقال : ماتريت أيضاً بالباء ، م: (إن كان) ش: أي القاضي م: (عدلاً عالمًا يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر) ش: أي قضائه لتهمة الخطأ م: (فإن أحسن التفسير) ش: القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع أن يقول مثلاً: استفسرت المقر بالزنا ، كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حرز لا شبهة فيه ، وأنه قتل عمداً بلا شبهة ، فحيث م: (وجب تصديقه) ش: وقبول قوله م: (وإلا فلا) ش: أي فلا يحسن تفسيره ، فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله .

م: (وإذا كان) ش: أي القاضي م: (جاهلاً فاسقاً أو عالمًا لا يقبل ، إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ) ش: في الجهل م: (والخيانة) ش: أي ولتهمة الجناية في الفسق ، وهذا على أربعة أقسام ، ذكر المصنف -رحمه الله- منها ثلاثة ولم يذكر القسم الرابع من القسمة العقلية ، وهو أن يكون عالمًا عادلاً ، لأنه يقبل قوله بدون الاستفسار .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: (وإذا عزل القاضي ، فقال الرجل: أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها عليك ، فقال الرجل: أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي . وكذا لو قال) ش: أي القاضي م: (قضيت بقطع يديك في حق هذا) ش: فالقول قول القاضي ، وهذا أي كون القول قول القاضي في تأمين الصورتين .

إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاضٍ. ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له ، إذ لا يقضي بالجور ظاهراً ولا يمين عليه ، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ، ولو أقر القاطع والآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً لأنه فعله في حال القضاء ، ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معائناً . ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل ، فالقول للقاضي أيضاً ، وهو الصحيح ؛ لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان ، فصار

م: (إذا كان الذي قطعت يده، والذي أخذ منه المال) ش: حال كونه م: (مقرين أنه) ش: أي أن القاضي م: (فعل ذلك) ش: أي كل واحد من أخذ المال وقطع إليه م: (وهو قاضٍ) ش: يعني في حال قضائه م: (ووجهه) ش: أي وجه كون القول قول القاضي في الوجهين م: (أنهما) ش: أي أن القاضي والمأخوذ منه المال أو المقطوع يده م: (لما توافقا) ش: أي انقضاء م: (أنه) ش: أي أن القاضي م: (فعل ذلك) ش: أي أخذ المال أو القطع حال كونه م: (في قضائه) ش: يعني في حال ولايته فلما اتفقا م: (كان الظاهر) ش: أي ظاهر الحال م: (شاهداً له) ش: أي للقاضي م: (إذ) ش: وفي بعض النسخ م: (لا يقضي بالجور) ش: أي بالظلم والخروج عن الحق م: (ظاهراً) ش: والقول قول من يشهد له الظاهر .

م: (ولا يمين عليه) ش: أي على القاضي م: (لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي) ش: لأن إيجابها عليه يقضي إلى تعطيل أمور الناس ، بامتناع الدخول في القضاء ، ولأننا لو أزمنا عليه اليمين ، لكان خصماً ، وقضاء الخصم لا يجوز م: (ولو أقر القاطع) ش: أي بأمر القاضي م: (والآخذ) ش: أو أقر أخذ المال بأمر القاضي م: (بما أقر به القاضي) ش: أي بالقطع أو الآخذ م: (لا يضمن) ش: القاضي م: (أيضاً لأنه) ش: أي لأن القاطع أو الآخذ م: (فعله في حالة القضاء) ش: وهو صحيح .

م: (ودفع القاضي صحيح) ش: أي دفع القاضي المال إلى رب الدين أو المستحق صحيح ، لأنه دفع في حالة القضاء ، والظاهر أنه محق م: (كما إذا كان) ش: أي دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء م: (معائناً) ش: يعني في معاناة المأخوذ منه المال لا يضمن الآخذ ، وكذا أقر بما أقر به القاضي م: (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه) ش: أي أن القاضي م: (فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل) ش: أي أو فعل بعد عزله م: (فالقول للقاضي أيضاً ، وهو الصحيح) ش: . احترز به عما ذكره شمس الأئمة -رحمه الله- في «جامعه» أن القول للمدعي إذا قال فعله بعد العزل م: (لأنه) ش: أي لأن القاضي م: (أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان) ش: لأنه إذا عرف أنه كان قاضياً ، صحت إضافة القطع أو الآخذ إلى حالة القضاء ، لأن حالة القضاء معهودة فينتقي بها الضمان ، وهو اختيار فخر الإسلام -رحمه الله- والصدر الشهيد -رحمه الله- م: (فصار)

كما إذا قال: طلقت أو أعتقت ، وأنا مجنون والجنون منه كان معهوداً . ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرتا بسبب الضمان ، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول ؛ لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ، ولو كان المال في يد الآخذ قائماً ، وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه ، يؤخذ منه ؛ لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المعزول فيه ليس بحجة .

ش: إسناد القضاء هما م: (كما إذا قال) ش: من عهد منه الجنون: م: (طلقت) ش: امرأتي م: (أو أعتقت) ش: أي قال: اعتقت عبدي م: (وأنا مجنون والجنون) ش: أي والحال أن الجنون م: (منه كان معهوداً) ش: أي معلوماً بين الناس ، فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق ولا العتاق لإضافته إلى حالة منافية الإيقاع .

م: (ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل) ش: وهو فصل أن المقطوع يده والمأخوذ ماله يزعم أن القاضي قطع وأخذ قبل التقليد أو بعد العزل م: (بما أقر به القاضي يضمنان ، لأنهما أقرتا بسبب الضمان) ش: وهو أخذ المال وقطع اليد م: (وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره) ش: يعني لا يقبل في ذلك ، فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن الآخذ والقاطع أيضاً ، لأنهما أسندا الفعل أيضاً إلى حالة معهودة للضمان . الجواب أن جهة الضمان راجحة ، لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية ، وقضاء القاضي حجة ظاهراً والظاهر لا يعارض القطعي .

م: (بخلاف الأول) ش: أي الفصل الأول م: (لأنه ثبت فعله) ش: أي فعل القاضي م: (في قضائه بالتصادق) ش: فكان بمنزلة الثابت معاينة م: (ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه ؛ لأنه أقر أن اليد كانت له) ش: أي للمأخوذ منه م: (فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة) ش: لأنه لم يكن له ولاية الآخذ إلا بحجة ظاهرة .

م: (وقول المعزول) ش: أي القاضي المعزول م: (فيه ليس بحجة) ش: لكونه شهادة فرد ، بخلاف ما لو كان المال هالكاً وأن القاضي ينكر وجوب الضمان ، والقول قول المنكر ، والله أعلم بالصواب .
