

كتاب أدب القاضي

قال: (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأن

كتاب أدب القاضي

لما كان أكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء. والأدب الخصال الحميدة والقاضي محتاج إليها فأفادها، وهو أن ذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه؛ وسميت الخصال الحميدة أدباً لأنها تدعو إلى الخير، والأدب في الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع والدعاء، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك، يقال منه أدب زيد يأدب أديباً بوزن ضرب يضرب ضرباً إذا دعاك إلى طعامه فهو أدب، والمأدبة الطعام المصنوع المدعو إليه، ومنه قول طرفه بن العبد يمدح قومه بني بكر بن وائل:

ورثوا السؤدد عن آبائهم ثم سادوا سؤدداً غير زمر
نحن في المشتاة ندعو الجفلى لا تسرى الأدب فينا ينتقر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود: إن هذا القرآن مأدبة الله، فمن دخل فيه فهو آمن. وروي عنه أيضاً مأدبة الله فتعلموا من مأدبته، بفتح الدال: أدى تأديبه، وكان الأحمر يجعلهما لغتين. قال أبو عبيد: لم أسمع أحداً يقول هذا غيره. وأما القضاء فقال ابن قتيبة: يستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفرغ من الأمر: يعني بإكماله. وفي الشرع يراد به الإلزام، ويقال له الحكم لما فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس الفرس. وأما وصف القضاء ففرض كفاية، فلو امتنع الكل أثموا هذا إذا كان السلطان لا يفصل بنفسه، فإن فعل لم يأثموا كما في البزازية، وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لا بد من إيصال الحقوق إلى أربابها بالزام المانعين منها، ولا يكون ذلك إلا بالقضاء، وقد أمر الله تعالى به نبيه ﷺ فقال تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وَقَبْلَهُ ﷺ داود بقوله تعالى: ﴿فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى﴾ [ص: ٢٦] وبعث ﷺ: «علياً قاضياً على اليمن»^(١) ومعاذاً وقال له: بم تقضي؟ فقال: بكتاب الله، قال: فإن لم تجد، قال: بسنة

كتاب أدب القاضي

لما كان أكثر المنازعات يقع في البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضي، والقاضي يحتاج إلى خصال حميدة يصلح بها للقضاء، وهذا الكتاب لبيان ذلك. والأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يتخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد. ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمداً صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون﴾ وقال: ﴿وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾ قال: (ولا تصح ولاية القاضي الخ) لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى بلفظ اسم المفعول، واختاره

كتاب أدب القاضي

قال في لطائف الإشارات في كتاب الرجوع من شهادة الكافي: القاضي بتأخير الحكم أتم وعزل وعزر انتهى. قال الإمام السرخسي في مبسوطه: وإن طمع القاضي أن يصطلح الخصمان فلا بأس بأن يردهما ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلهما أن يصطلحا لحديث عمر رضي الله تعالى عنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الضغائن. وفي رواية: ردوا الخصوم من ذوي الأرحام ولا ينبغي له أن يردهم أكثر من مرة أو مرتين إن طمع في الصلح، لأن في زيادة على ذلك إضرار لصاحب الحق، وإن لم يطمع في الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردهم فهو في سعة من ذلك وليس بجواب عليه ردهم، وإنما الواجب عليه ما قلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك قوله: (لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول: ما ذكره يقتضي إبراده عقيب

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٢ والترمذي ١٣٣١ والنسائي في خصائص علي ٣٤ وأبو يعلى ٣٧١ وغيرهم وسياقي بعد أحاديث مع ذكر لفظه.

حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء، والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح، إلا أنه لا ينبغي

رسول الله ﷺ، قال: فإن لم تجد، قال: أجتهد برأيي^(١) فأقره وعليه إجماع المسلمين قوله: (لا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القدوري، وذكر المولى على لفظ المفعول للإشعار بأنه ألقى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى (أما الأول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلأن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة) يعني كل من القضاء والشهادة يستمد من سر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدوداً في قذف، والكمال فيه أن يكون عدلاً عفيفاً عالمياً بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة.

[فرع] قلد عبد فعتق جاز أن يقضي بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد، كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عتق، كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء. وذكر بعد ورقة: لو قلد قضاء مصر لصبي فأدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر، ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد: هو على قضائه، ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد. والفرق أن كلاً منهما له ولاية وبه مانع، وبالعتق والإسلام يرتفع، أما الصبي فلا ولاية له أصلاً. وما في الفصول: لو قال لصبي أو كافر إذا أدركت فصل بالناس أو اقض بينهم جاز لا يخالف ما ذكر في الصبي، لأن هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط، وما تقدم تنجيز، وإذا لم تصح ولاية الصبي قاضياً لا يصح سلطاناً، فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان إذا مات فقد سأله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال: ينبغي أن

على المتولي بلفظ اسم الفاعل إشارة إلى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضياً بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ، ويكون: أي المولى من أهل الاجتهاد. أما الأول: يعني اشتراط شرائط الشهادة فلأن حكم القضاء يستقى: أي يستفاد من حكم الشهادة لأن كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لأن ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكمل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها، وربما لوح المصنف بقوله فيستقى استعارة للاستفادة إلى ذلك، وعلى هذا كل ما كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لأهليته للشهادة، حتى لو قلد جاز، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته،

كتاب الدعوى. وأيضاً كان ينبغي أن يبين وجه التأخير عن الكتاب الذي قبله على ما هو دأبهم قوله: (قال الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة﴾ الخ) أقول: ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به قال المصنف: (حتى يجتمع في المولى) أقول: قال في الكفاية: المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلبه وهو الأولى للقاضي على ما يجيء إن شاء الله تعالى انتهى. وفي وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق عليه المولى وإن طلبه قوله: (لا يطلبه التولية) أقول: كما يدل عليه صيغة التفعّل فإنها للتكليف الذي يستلزم الطلب قوله: (شرائط الشهادة) أقول: أي شرائط أداء الشهادة على المسلمين، وقوله شرائط فاعل لقوله يجتمع الذي تقدم في قوله حتى يجتمع في المولى.

(١) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٥٩٢ والترمذي ١٣٢٧ وأحمد ٥ / ٢٣٠. ٢٣٦. ٢٤٢ كلهم من طريق شعبة عن أبي عون الثقفي عن الحارث بن عمرو عن رجال من أصحاب معاذ فذكره وهو زيادة: ولا أكو فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله ﷺ لما يرضي رسول الله.

السياق لأبي داود، واختصر الترمذي من كلمات يسيرة. وهو مرسل حيث ليس فيه ذكر معاذ عندهما وذكره أحمد في رواياته. ثم رواه أبو داود ٣٥٩٣ والترمذي ١٣٢٨ من هذا الوجه بزيادة: عن أناس من أهل حمص عن معاذ عن النبي ﷺ وقال الترمذي: هذا الحديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده عندي بمتصل، وأبو عون الثقفي اسمه محمد بن عبيد الله. وقال الزيلعي في نصب الراية ٦٣/٤ بعد أن ذكر كلام الترمذي: وقال البخاري في تاريخه الكبير: الحارث بن عمرو الثقفي عن أصحاب معاذ عن معاذ روى عنه أبو عون، ولا يصح، ولا يعرف إلا بهذا وهو مرسل ١ هـ قلت: ومع الإرسال علة ثانية وهي جهالة الحارث الثقفي كما في التقريب: وكما أشار إلى ذلك البخاري والله أعلم.

أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته، ولو قبل جاز عندنا، ولو كانا القاضي عدلاً

يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطاناً، وتقليد القضاء منه غير أنه يعدّ نفسه تبعاً لابن السلطان تعظيماً وهو السلطان في الحقيقة انتهى. ومقتضى هذا أنه يحتاج إلى تجديد بعد بلوغه، وهذا لا يكون إلا إن عزل ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة، وذلك أن السلطان لا ينزل إلا بعزله نفسه وهذا غير واقع. وأما الذكورة فليست بشرط إلا للقضاء في الحدود والدماء فتقضي المرأة في كل شيء إلا فيهما. وقد اختلف في قضاء الفاسق، فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته. وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله، لكن الغزالي قال: اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاء السلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقاً، وهو ظاهر المذهب عندنا، فلو قلد الجاهل الفاسق صح ويحكم بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد. والحاصل أنه إن كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس كذلك، ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها، وإن قبل نفذ الحكم بها، وفي غير موضع ذكر الأولوية: يعني الأولى أن لا تقبل شهادته، وإن قبل جاز، ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها فإن قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلاً) قبل الولاية فولى (ففسق) وجار (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) البخاريون والسمرقنديون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول. وقيل إذا ولي عدلاً ثم فسق انعزل لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته، لأنه حين ولاء عدلاً اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها، ولا شك أنه لو لزم ذلك انعزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيتها، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم، والإضافة كأن يقول: جعلتك قاضياً في رأس الشهر، ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضياً إلا في قضية فلان أو لا تنظر في قضية كذا، لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصالحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينعزل. وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء، وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق، ففي البقاء لا ينعزل. واتفقوا في الإمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة. ثم الدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله ﷺ حين بعث بعث إلى مؤتة وأمّر عليهم زيد بن حارثة «إن قتل زيد فجعفر

ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظراً إلى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم ﷺ بالخيرية، وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم، ولو كان عدلاً ففسق بأخذ الرشوة بضم البراء وكسرهما وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينعزل إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزله من له الأمر، وهذا يقتضي نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره ما لم يعزل، وإليه أشار الإمام البيهقي. وقوله وهذا إشارة إلى أن استحقات العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب. وروي عن الكرخي أنه ينعزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلى الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك وإلى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فإن اختيار الطحاوي أن الفاسق إذ قلد القضاء لا

قوله: (لأن كل واحد الخ) أقول: في دلالة على الصغرى كلام يتدفع بما في النهاية من اعتبار الأشهرية. قال في النهاية: هذا من قبيل بيان حكم المرجع: أي مرجعها إلى أصل واحد، وهو أن يكون القاضي حراً مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً كما في الشهادة، لا أن يكون حكم القضاء مبنياً على حكم الشهادة، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس، يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك، ولأن أصل الولاية يثبت بأهلية الشهادة كمال الولاية بالقضاء وكمال الشيء لا يكون بدون أصله فيصلح أن يكون أهلية الشهادة أصلاً لأهلية القضاء بهذا ولأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى. قوله: (لأن ولاية القضاء الخ) أقول: هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية قوله: (أو أكمل من ولاية الشهادة) أقول: إذ به يقطع النزاع قوله: (أو مترتبة عليها كانت أولى الخ) أقول: في ثبوت الأولوية في صورة الترتيب بحث كما لا يخفى. لا يقال: إن القضاء بالشهادة لما كان مشروطاً بها يكون شرط الشهادة شرطاً لها.

ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله .

أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة^(١) وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي . ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضياً . الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل . أما في الحق فلأنه واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه . وأما في الباطل فأظهر . وحكى في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال : لا ينفذ فيما ارتشى فيه ، وينفذ فيما سواه . وهو اختيار شمس الأئمة ، لا ينفذ فيهما ، ينفذ فيهما ، وهو ما ذكر البزدوي ، وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه بحق فلم لا ينفذ ، وخصوص هذا الفسق غير مؤثر ، وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل الله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان بعلمه ، ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضي أو يقضي ثم يرتشى ، وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضي لا ينفذ قضاء الثاني ، لأن الأول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثاني لسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صح المكتوب إليه ، والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتساباً في أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء . الثالث أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعاً للضرر أو جلباً للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدفاع ، وحيلة حلها للأخذ أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني . وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال : حلال من الجانبين كالإهداء للتودد . وحرام من الجانبين كالإهداء ليعينه على الظلم ، حلال من جانب المهدي حرام على الآخذ وهو أن يهدي ليكف عنه الظلم . والحيلة أن يستأجره الخ ، قال : هذا إذا كان فيه شرط ، أما إذا كان الإهداء بلا شرط ولكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي إليه ليعينه عند السلطان فمشايخنا على أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به ، وما نقل عن ابن مسعود من كراهته فورع . الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدفاع

يصير قاضياً ، والأول أظهر لقوله (وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه ، وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص ، فإن الأعمال من الإيمان عنده ، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض المشايخ إنه إذا قلد الفاسق يصح ، ولو قلد وهو عدل ففسق ينزل به لأن المقلد اعتمد عدالته في تقليده فلا يكون راضياً بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطاً ببقاء العدالة فينتفي بانتفائها . واعترض بأن قول الفقهاء البقاء أسهل من الابتداء ينافي جواز التقليد مع الفسق ابتداء ، والعزل بالفسق الطاريء ، والأول ثابت لأنه من مسلمات هذا

بالطريق الأولى لكونه مشروطاً بذلك الشرط لأنه مغالطة كما لا يخفى قوله : (ولو قيل جاز ، إلى قوله : في غيرهم) أقول : فيه أن ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل . نعم يدل على عدم اشتراط التعديل ولا يفيد لكن المراد العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره مبني لجواز قبول شهادة الفاسق قوله : (وهذا يقتضي نفوذ أحكامه الخ) أقول : مسلم كما لا يخفى فإن قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء عمل لله فلا يكون ما فعله قضاء قوله : (وهذا إشارة إلى أن استحقاق الخ) أقول : الظاهر إسقاط أن في قوله إلى أن الخ ، ثم أقول : وعلى الأول تدل عبارة الكافي حيث قال : ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى قوله : (ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك) أقول : يتأويل ما ذكر قوله : (والأول أظهر لقوله الخ) .

(١) صحيح . أخرجه البخاري ٤٢٦١ وابن حبان ٤٧٤١ وأبو نعيم في الحلية ١١٧/١ من حديث ابن عمر وتماهه : قال عبد الله . أي ابن عمر . كنت معهم تلك الغزوة ، فالتفتنا جعفر بن أبي طالب ، فهوجدناه في القتلى ، ووجدنا فيما نيل من جسده بضعا وسبعين ضربة ورمية . وانظر هذا الخبر في المغازي ، والسير باب غزوة مؤتة .

وقال الشافعي رحمه الله: 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 ابتداءً يصح، ولو قلد وهو عدل ينزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضياً بتقليده دونها، وهل يصلح الفاسق مفتياً؟ قيل لا لأنه من أمور

حرام على الآخذ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا لأنه من أمور الدين) وقد ظهرت خيانتها للدين (وقيل يستفتى لأنه يجتهد كل الجهد حذار أن ينسبه فقهاء عصره إلى الخطأ، وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطاً للولاية بل للأولوية، فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافاً للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الأصل، أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً ولكن المختار خلافه. قالوا: القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم. قلنا: يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو إيصال الحق إلى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد، فإنه لا قطع في مسائل الفقه، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب، وكون معاذ قال: أجتهد برأيي^(١) لا يلزمه اشتراطه، وإنما لم يذكر معاذ الإجماع لأنه لم يكن حجة في زمنه عليه السلام. وقد قدمنا أيضاً عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان. في بعض نسخ الهداية: الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي عليه السلام علياً اليمن^(٢) ولم يكن مجتهداً فليس بشيء، فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدي الله قلبه ويثبت لسانه. فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد، وهذا غير ثابت في غيره، وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه. واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يفتي إلا المجتهد، وقد

الفن ينسب عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداءً بدونها، وجواز الشيوع في الهبة بقاء لا ابتداءً، فينتفي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداءً والعزل بالفسق الطارىء. والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقاً بالشرط، فإن تعليق القضاء والإمارة بالشرط جائز بدليل ما روي: «أن رسول الله عليه السلام بعث جيشاً وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال: إن قتل زيد فجعفر أميركم، وإن قتل جعفر فبعد الله بن رواحة أميركم» وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي، والمعلق بالشرط ينتفي بانتفائه. والفرق بين القضاء والإمارة في أن الإمام أو الأمير إذا كان عدلاً وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الإمامة. والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطنة والقهر والغلبة؛ ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الأعمال منه وصلوا خلفه. وأما مبنى القضاء فإنه على العدالة والأمانة، وإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة (والفاسق هل يصلح مفتياً؟ قيل لا لأنه من أمور الدين، والفاسق لا يؤتمن عليها، وقيل يصلح لأنه يخاف أن ينسب إلى الخطأ فلا يترك الصواب. وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء. فإن لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح، وقد ذكر محمد في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً، لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية) قال الخصاف: القاضي يقضي باجتهاده نفسه إذا كان له رأي فإن يكن له رأي وسأل فقيهاً أخذ بقوله قوله: (فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لأنه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلاً بالنسبة إلى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام، ويحتمل أن

أقول: وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الأظهرية قوله: (وقيل هذا بناء الخ) أقول: فيه بحث قوله: (والأول ثابت) أقول: يعني قوله البقاء أسهل قوله: (وامتناعه الخ) أقول: يعني امتناع النكاح بلا شهود قوله: (وجواز الشيوع في الهبة الخ) أقول: كما إذا رجع الواهب في البعض الشائع أو استحق البعض الشائع.

(١) تقدم قبل حديث واحد وإسناده ضعيف نص على ذلك البخاري والترمذي. وأما خبر إرسال معاذ إلى اليمن بدون هذا الخبر فهو في الصحاح وانظر تلخيص الحبير ٤/١٨٢.

(٢) خبر علي سيأتي بعد قليل.

الدين وخبره غير مقبول في الديانات، وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد في إصابة الحق حذار النسبة إلى الخطأ، 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 الأقدر والأولى لقوله

استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتي، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأبي حنيفة على جهة الحكاية، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي، وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المشهور، وشهد هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول. نعم إذا وجد النقل عن النوادر مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهدياء والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب، فلو كان حافظاً للأقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يفتي به، بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب ذكره في بعض الجوامع. وعندي أنه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكي قولاً منها فإن المقلد له أن يقلد أي مجتهد شاء، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسألتك كذا بل يقول قال أبو حنيفة حكم هذا كذا، نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه أنه الأصوب أولى. والعامي لا عبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه، وعلى هذا إذا استفتى فقيهين: أعني مجتهدين فاختلفاً عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما. وعندي أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ. وقالوا المنتقل من مذهب إلى مذهب آخر باجتهاد وبرهان أتم يستوجب التعزيز فبلا اجتهاد وبرهان أولى، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحري وتحكيم القلب لأن العامي ليس له اجتهاد. ثم حقيقة الانتقال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلد فيه وعمل به، وإلا فقوله قلدت أبا حنيفة فيما أفتى من المسائل مثلاً والتزمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به، لأنه التزم أن يعمل بقول أبي حنيفة، فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الوقائع، فإن أرادوا

يكون المراد به من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسباق الكلام وهو قوله: (خلافاً للشافعي) فإنه علل له بقوله: (إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحري، فإن الإنسان لا يصل إلى المقصود لتحري غيره بالاتفاق، فلو صلى بتحري غيره لم يعتبر ذلك. والأول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضي بفتوى غيره لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره، ويؤيد ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال: «أنفذني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأنا حديث السن، فقلت: تفنذني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: إن الله تعالى سيهدي

قوله: (وأما مبنى القضاء الخ) أقول: إذا كان عدلاً وقت التقليد.

قوله: (ويحتمل أن يكون المراد به لا يحفظ شيئاً الخ) أقول: فيه بحث، فإن مقتضى التشبيه بالتحري أن يراد بالجاهل غير المجتهد لا من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء قوله: (ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول: لعل المراد بالعلم هو العلم المعمود: أعني العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية بقرينة المقام قوله: (وشبهة بالتحري) أقول: يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون الحل فصار كالتحري فإنه لا يصل بتحري غيره قوله: (فإنه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول: الكلام في صحة ولاية المستمر على الجهل. قوله: (فلا يلتفت إلى ما قيل الخ) أقول: وقد مر في باب الإحرام من كتاب الحج.

عليه الصلاة والسلام «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين».

هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بإلزامه نفسه قولاً أو نية شرعاً، بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه لقوله تعالى: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ [الأنبياء: ٧] والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به، والغالب أن مثل هذه الإلزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العامي في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه. وأنا لا أدري ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه، وكان ﷺ يحب ما خفف عن أمته، والله سبحانه أعلم بالصواب (وينبغي للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال. ولا بأس للقاضي أن يأخذ وإن كان غنياً مثيراً وإن احتسب فهو أفضل. والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم إذا عمل فيه الوصي ﴿ومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرغ نفسه للعمل للمسلمين، فكانت كفايته وعياله عليهم قالوا: وكان عمر رضي الله عنه يرزق شريحاً كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلّة عياله في زمن عمر رضي الله عنه، أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر، فرزق القاضي لا يقدر بشيء لأنه ليس بأجر لأنه لا يحل على القضاء. وإنما يختار الأولى لقوله ﷺ فيما رواه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أرى الله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين»^(١) وقال: صحيح الإسناد. وتعقب بحسين بن قيس فإنه ضعيف، وضعفه العقيلي وقال: إنما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه. وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «من تولى من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فقد خان

لسانك ويثبت قلبك، فما شككت في قضاء بين اثنين بعد ذلك» فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجوز لأن علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد (نعم ينبغي للمقلد أن يختار الأقدم والأولى لقوله ﷺ: «من قلد إنساناً عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين») وهو حديث ثبت بنقل العدول، فلا يلتفت إلى ما قيل إنه خارج عن المدونات، فإنه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل قوله: (وفي حد الاجتهاد) إشارة إلى معنى الاجتهاد إجمالاً، فإن بيانه تفصيلاً موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلاً (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة

(١) يشبه الحسن. أخرجه الحاكم ٩٣.٩٢ / ٤ ومسدد في مسنده كما في المطالب العالية ٢١٠٣ وابن عدي في الكامل ٣٥٢/٢ والعقيلي في الضعفاء ٢٤٨/١ كلهم من حديث ابن عباس ومداره على حسين بن قيس ولقبه حنش. وقال الحاكم: صحيح الإسناد. وقال الزيلعي في نصب الرابة ٦٢/٤: وتعقبه شيخنا الذهبي في مختصره فقال: حسين بن قيس ضعيف. قال الزيلعي: وضعف حسين بن قيس أيضاً النسائي وأحمد، وكذا أهل العقيلي، وابن عدي به. وقال العقيلي: إنما يعرف من كلام عمر. ورواه الطبراني من طريق حمزة النصيبي عن عمرو بن دينار عن ابن عباس مرفوعاً. وأخرجه الخطيب عن إبراهيم بن زياد القرشي عن ابن عباس وقال: إبراهيم في حديثه نكرة، وقال يحيى بن معين: لا أعرفه. قال الزيلعي: وورد من حديث حذيفة أخرجه أبو يعلى في مسنده من حديث حذيفة ١هـ. وذكره الهيثمي في المجمع ٥/ ٢١١. ٢١٢ وقال: رواه الطبراني في معجمه وفيه أبو محمد الجزري حمزة، ولم أعرفه وبقيّة رجاله رجال الصحيح ١هـ. قلت: حمزة أظنه النصيبي. فقد جاء في الميزان: حمزة بن أبي حمزة الجزري النصيبي. قال يحيى: لا يساوي فلساً، وقال البخاري: منكر الحديث ١هـ. فأظن أحد مشايخ الطبراني دلّسه وقد اتفق معه في نسبه وفي اسمه كما ترى ويؤكد ذلك أن الزيلعي جزم بأنه حمزة النصيبي كما تقدم ووافق ابن حجر في الدراية ١٦٥/٢. فالحديث بمجموع هذه الطرق لا يرقى إلى الحسن لشدة ضعف أكثرها فهو يقرب من الحسن والله أعلم.

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو أصحاب فقه له معرفة بالحديث لثلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها.

الله ورسوله وجماعة المسلمين^(١) وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «أبما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين»^(٢) والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة وأطلق له التصرف، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولي ويعزل، وكذا قالوا. ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون، ولو ولي فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك إمضاء للقضاء، والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالأصالة لا بطريق النيابة، فإن السلطان إذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز، فإن نصبه كنصب السلطان بنفسه قوله: (وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه. وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لثلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الأول نسبته إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه، وفي الثاني عكسه. ثم إن المصنف رتب على الأول كونه حثيثاً يعرف معاني الآثار، والمراد بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث، وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان، ولا شك في ذلك لأنهما متضادان لأن كونه أدري بالحديث من الفقه يضاد كونه أدري بالفقه من الحديث، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعاً وهو تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس. فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار، ويمتنع عن القياس، بخلاف النص. والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وباقي الأقسام ناسخهما ومنسوخهما ومناطة أحكامهما وشروط القياس والمسائل المجمع عليها لثلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع وأقوال الصحابة لأنه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله: (وقيل أن يكون صاحب قريحة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد، فمن أتقن هذه الجملة فهو أهل للاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم شرعي عن هذه الأدلة ولا يقلد

بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لثلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نير وقيل: (أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قريحة) أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكدرية ينتقل من المطالب إلى المبادي، ومنها إلى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سبباً له من عرف أو عادة، فإن من الأحكام ما يبتنى عليها مخالفاً للقياس كدخول الحمام وتعاطي المعجن وغير ذلك. قال: (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه إذا تولاه وقام بما هو فريضة وهو الحق، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء، قال الله تعالى: ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ وقال لنبينا ﷺ: ﴿إنا

قوله: (وحاصل ذلك أن يكون الخ) أقول: قوله له خير، ويجوز أن يكون حالاً وأن يكون صفة بل هو أولى. قوله: (من عرف أو عادة) أقول: للتخير في التعبير قوله: (وتعاطي المعجن) أقول: أي استقارضه فإن القياس يأبى جوازه لعدم إمكانية معرفة المساواة فيه لعدم إمكانية معرفة ما دخل في كل منهما من الماء.

(١) تقدم في الذي قبله. وأما قول ابن الهمام: رواه الطبراني من غير طريق حسين. فجوابه: هو من طريق حمزة النصيبى، وهو أسوأ حالاً من حسين.

(٢) تقدم تخريجه في الذي قبله.

قال: (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف.

أحدأ قوله: (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه، لأن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) أما أن الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف^(١). وكذا علي رضي الله عنهما لرواية أبي داود عن علي قال: «بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلت: يا رسل 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 حري أن يتبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضياً أو ما شككت في قضاء بعد»^(٢) ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه والطيالسي والحاكم وقال: صحيح الإسناد، وأخرجه ابن ماجه وفيه: «فضرب صدري وقال: اللهم أهد قلبه وثبت لسانه، قال: فما شككت»^(٣) الحديث، وصححه أيضاً الحاكم في المستدرک عن ابن عباس قال: «بعث النبي ﷺ علياً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: علمهم الشرائع واقض بينهم»^(٤) الحديث، وصححه^(٥) ثم قلد علي شريحاً الإمام^(٦). وأما أنه فرض كفاية فقد قدمناه، غير أن مقتضاه أن يكون

أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس» فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه، لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر. واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية إن لم يكن واجباً فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنائز وغيرها. وأجيب بأنه كذلك إلا أن فيه خطر الوقوع

(١) حديث معاذ تقدم.

(٢) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٢ والترمذي ١٣٣١ والنسائي في خصائص علي ٣٤ وأبو يعلى ٣٧١ وابن سعد ٣٣٧/٢ ووكيع في أخبار القضاء ٨٦٨٥ والطيالسي ١٢٥ وأحمد ١/٩٠. ٩٦. ١١١ والبيهقي ١٣٧/١٠ من طرق كلهم عن سماك بن حرب عن حنش عن علي به ومن هذا الوجه رواه الحاكم ٩٣/٤.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد! وسكت الذهبي! مع أن في إسناده سماك بن حرب، وهو صدوق تغير بأخرة فكان ربما يلقن. قاله الحافظ في التقریب وشيخه حنش هو ابن المعتز: صدوق له أوهام ويرسل. قاله في التقریب. ولعل الذهبي، وافقه الحاكم لشواهد. ومنها الآتي.

(٣) حسن. أخرجه ابن ماجه ٢٣١٠ وأبو يعلى ٣١٦ ووكيع ٨٤/١ والحاكم ١٣٥/٣ وابن سعد ٣٣٧/٣ والنسائي في خصائص علي ٣١ و ٣٢ و ٣٣ كلهم من طريق أبي البخترى عن علي. وصححه الحاكم على شرطهما ووافقه الذهبي! مع أن فيه انقطاعاً. فإن أبا البخترى واسمه سعيد بن فيروز لم يسمع من علي شيئاً.

ويؤكد ذلك أن الطيالسي أخرجه في مسنده ٩٨ وكذا أحمد ١/١٣٦ ووكيع ص ٨٥ والبيهقي ١٠/٨٦ ٨٧ كلام من طريق شعبة عن عمرو بن مرة عن أبي البخترى عن سمع علياً عن علي به. وقد تويع أبو البخترى، فقد أخرجه أحمد ١/١٥٦ ٨٨ ووكيع ٨٥/١ وابن سعد ٣٣٧/٢ والنسائي في خصائصه ٣٥ عن أبي إسحاق عن حارة بن مضرب عن علي.

وإسناده لا بأس به حارة ثقة كما في التقریب لكن أبو إسحاق مدلس وقد عنمنه. وبقيه رجاله ثقات. وأخرجه أبو يعلى ٢٩٣ وابن سعد ٣٣٧/٢ والنسائي في الخصائص ٣٦ عن أبي إسحاق عن عمرو بن حبشي عن علي وإسناده حسن في الشواهد. وورد من حديث ابن عباس وهو الآتي. (٤) حسن. أخرجه الحاكم ٨٨/٤ من حديث ابن عباس وقال: صحيح على شرطهما. ووافقه الذهبي مع أن في إسناده: ورقاه بن عمر، وهو وإن روى له الشيخان إلا أنه متكلم فيه، ولكن لا ينزل حديثه عن الحسن خصوصاً في جملة الشواهد.

وأخرجه ابن حبان ٥٠٦٥ من حديث ابن عباس عن علي مطولاً وإسناده واه فيه سماك بن حرب. ضعيف في روايته عن عكرمة، وهذا رواه عن عكرمة. وفي ألفاظ ابن حبان نكارة. لكن أصل الحديث هو المعتمد وقد تقدم ذكره مع طرقه وشواهد. وانظر نصب الراية ٤/ ٦١. ٦٢ وتلخيص الحبير ٤/ ١٨٢.

(٥) هذه مكررة. فقد ذكر ابن الهمام في بداية هذه الرواية أن الحاكم صححه. فلا حاجة لتكرارها.

(٦) لا أدري ما وجه ذكر لفظ: الإمام. عقب ذكر شريح. ولعل الصواب: شريحاً القاضي. لأن شريحاً اشتهر بالقضاء.

قال الذهبي في التذكرة ٥٩/١: شريح بن الحارث روى له البخاري وغيره من المخضرمين استقضاء عمر على الكوفة ثم علي فمن بعده. وجاء في التقریب: ثقة مخضرم مات قبل الثمانين، أو بعدها، وله مائة وثمان سنين قال بعضهم: حكم سبعين سنة.

قال: (ويكره الدخول فيه لمن يخاف المعجز عنه ولا بأس على نفسه الحيف فيه) كي لا يصير شرطاً لمباشرته القبيح، وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً لقوله عليه الصلاة والسلام «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه ولا يوفق له أولاً يعينه عليه

الدخول فيه مستحباً؛ وعبارة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى. وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الحيف: أي الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وإن أمن أبيع رخصة، والترك هو العزيمة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب. هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه، وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه، إلا إن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك. وحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين»^(١) حسنه الترمذي، وأخرجه ابن عدي في الكامل من حديث ابن عباس. عن النبي ﷺ قال: «من استقصى فقد ذبح بغير سكين»^(٢) وحكي أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوي له لحيته فبينما هو يحلق له تحت لحيته في حلقومه إذ عطس القاضي فألقى موسى رأسه، وقد جاء في التحذير من القضاء آثار. وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال: البحر عميق فكيف أعبى

في المحظور فكان به بأس. قال: (ويكره الدخول فيه لمن يخاف المعجز الخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كي لا يصير الدخول فيه شرطاً: أي وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء، وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا، وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أو له عليّ مطالبة بكذا فإن قضيت لي فلك كذا، وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختاراً سواء وتقوا أنفسهم أو خافوا عليها، وفسر الكراهة هاهنا بعدم الجواز. قال الصدر الشهيد في أدب القاضي: ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً؛ ألا ترى أن أبا حنيفة رحمه الله دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي،

قوله: (وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقول: فيه تأمل.

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٧٢ وابن ماجه ٢٣٠٨ والدارقطني ٢٠٣/٤ والحاكم ٩١/٤ والبيهقي ٩٦/١٠ ووكيع في أدب القضاة ٨/١ وأحمد ٢/٢٣٠ - ٣٦٥. من طرق عن عثمان بن محمد الأحنسي عن سعيد المقبري عن أبي هريرة مرفوعاً وزاد ابن ماجه وكذا أبو داود: بين الناس فقد ذبح.. وصححه الحاكم، وأقره الذهبي! مع أن الأحنسي ضعيف ولكن ربما لمجيئه من طرق أخرى.

وأخرجه أبو يعلى ٥٨٦٦ والبيهقي ٩٦/١٠ ووكيع ٩٦/١ عن الأحنسي عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة به وصدره: من ولئي... ورجح وكيع كونه عن سعيد المقبري لا عن سعيد بن المسيب.

قلت: وقد تويع الأحنسي فقد أخرجه أبو داود ٣٥٧١ والترمذي ١٣٢٥ والبيهقي ٩٦/١٠ ووكيع ١٢/١ والقضاعي في الشهاب ٣٩٦ في ١/٢٤٦ والدارقطني ٢٠٤/٤ من طرق عن عمرو بن عمرو عن المقبري به قال الترمذي: حسن غريب وقد روي من غير هذا الوجه.

وأخرجه أحمد ٢/٢٣٠ من طريق عبد الله بن سعيد بن أبي هند عن المقبري عن أبي هريرة به فهذه متابعة ثانية للأحنسي على المقبري. وهناك متابعة ثالثة عند الطبراني في الصغير ١/١٧٦ والقضاعي ٣٩٥ من طريق زيد بن أسلم عن المقبري به وأخرجه البخوي ٢٤٩٦ عن الثوري عن زيد بن أسلم عن سعيد به. وهو في الواهيات وأعله ابن الجوزي في الواهيات ٢/٧٥٦ بأن الراوي عن الثوري هو بكر بن بكار وقال: قال عنه يحيى: ليس بشيء.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٤/١٨٤: وليس كما قال ابن الجوزي. ويكره قد أخرج له النسائي وكفاه قومه ١هـ.

قلت: وكلاهما قد أصاب فبكر وإه لكن العمدة رواية أصحاب السنن، وقد تقدم مستوفياً، فهذا الحديث بمجموع هذه الطرق يرقى إلى درجة الحسن الصحيح والله أعلم.

فائدة: جاء في تلخيص الحبير: قال ابن الصلاح: معناه ذُبح من حيث المعنى لأنه بين عذاب الدنيا إن رشد، وعذاب الآخرة إن فسد.

(٢) ضعيف، أخرجه ابن عدي في الكامل ٣/٩٨ من حديث ابن عباس. وفيه داود بن الزبيران أعله به، ونقل تضعيفه عن ابن معين والنسائي، وأقره الزيلعي في ٤/٦٥ وله علة ثانية وهي: ضعف ابن السائب قلت: والصواب كونه من حديث أبي هريرة.

غيره، ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلاً للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد.

بالسباحة؟ فقال أبو يوسف: البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم، فقال أبو حنيفة: كأني بك قاضياً. وقول أبي حنيفة كقول أبي قلابة: ما وجدت القاضي إلا كسابع في بحر فكم يسبح حتى يفرق. وكان دعي للقضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة. واجتنبه كثير من السلف. وقيد محمد بن الحسن نيفاً وثلاثين يوماً أو نيفاً وأربعين يوماً ليتقلده. وقد أخرج مسلم عن أبي ذر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له: «يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسي، لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم»^(١).

وأخرج أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه 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 ورجل في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق ف قضى للناس على جهل فهو في النار»^(٢) وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين في عمره»^(٣) وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «من ولي عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا جيء به يوم القيامة مغلولة يدها إلى عنقه، فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله، وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وحاف فيه شدت يساره إلى يمينه ثم رمى به في

فاستشار أبا يوسف رحمه الله فقال أبو يوسف: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال: أرايت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه وكأني بك قاضياً، وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد. واستدل المصنف على ذلك بقوله ﷺ: «من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين» رواه أبو هريرة رضي الله عنه. وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين قال: لأن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً، والذبح بغير سكين يؤثر في الباطن بإزهاق الروح ولا يؤثر في الظاهر، ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره

قوله: (فكان به بأس) سبق من الشارح في أول فصل التنفيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه قوله: (كهي لا يصير الدخول فيه شرطاً أي وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول: فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح على ما ذكره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق المشروح ولا يبعد أن يدعي كون الدخول شرطاً لصدق تعريفه عليه فتأمل قوله: (ألا ترى أن

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٨٢٦ وأبو داود ٢٨٦٨ والنسائي ٢٥٥/٦ والطحاوي في المشكل ٥٦ بتحقيق شعيب الأرنؤوط وابن حبان ٥٥٤ والبيهقي ١٢٩/٣ و ٢٨٣/٦ من طرق كلهم من حديث أبي ذر مرفوعاً: يا أبا ذر إني أراك ضعيفاً، وإني أحب... الحديث. وتكلم في إسناده الدارقطني، ورده النووي بقوله: ولم يُحكّم الدارقطني فيه بشيء فالحديث صحيح إسناده، ومتناً ١ هـ.

(٢) جيد. أخرجه أبو داود ٣٥٧٣ والترمذي ١٣٢٢ وابن ماجه ٢٣١٥ والحاكم ٩٠/٤ والبيهقي ١١٦/١٠ من طرق كلهم من حديث ابن بريدة وهو عبد الله عن أبيه مرفوعاً. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٠٨٢ في ١٨٥/٤ وقال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخراسانيون، ورواه مروزة.

قلت: له طرق أخرى غير هذه قد جمعتهما في جزء ١ هـ. وورد من حديث ابن عمر أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجمع ١٩٣/٤ من حديث ابن عمر وقال: رواه الطبراني في الأوسط والكبير، ورجال الكبير ثقات، ورواه أبو يعلى بنحوه. قلت: وفيه تغير يسير.

(٣) حسن. أخرجه ابن حبان ٥٠٥٥ وأحمد ٧٥/٦ وكيع في أخبار القضاة ١/٢٠. والبيهقي ٩٦/١٠ كلهم من حديث عائشة. وفيه صالح بن سرج وثقه ابن حبان. وأورده الهيثمي في المجمع ١٩٢/٤ وقال: رواه أحمد وإسناده حسن ١ هـ وهو كما قال لكن لشواهد وستأتي.

قال: (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه

جهنم^(١) وروى النسائي عن مكحول: لو خيّر بين ضرب عنقي وبين القضاء لاخترت ضرب عنقي. وأخرج ابن سعد في الطبقات قال: استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهونونه بالقضاء، فقال: أتهنونني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلتها أبعد من عدن أبين. وأما ما في البخاري «سبعة يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله: إمام عادل»^(٢) فلا ينافي مجيئه أولاً مغلولاً يده إلى عنقه إلى أن يفكها عدله فيظلمه الله تعالى في ظله فلا يعارض قوله: (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله ﷺ: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه الخ») أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «من سأل القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» ولفظ أبي داود: «من طلب القضاء واستعان عليه» وأخرجه الترمذي أيضاً عن أنس مرفوعاً: «من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعا وكل إلى نفسه، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده»^(٣) وقال: حسن غريب، وهو أصح من حديث إسرائيل يريد سند الأول، وأصح من الكل حديث البخاري قال رسول الله ﷺ: «يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها، وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها»^(٤) وإذا كان طلب الولاية أن يوكل إلى نفسه وجب أن لا يحل لأنه حيثئذ معلوم وقوع الفساد منه لأنه محذور

جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك. وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول: لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي، فقد حكى أن قاضياً روى له هذا الحديث فازدراه وقال: كيف يكون هذا، ثم دعا في مجلسه

أبا حنيفة الخ) أقول: فيه أن قصة حنيفة لا تدل على جواز الدخول فيه ولو مكرها، ألا ترى أنه أكره عليه ولم يدخل قال المصنف: (والصحيح الخ) أقول: فالحديث محمول على القاضي الجائز أو الطالب قوله: (لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول: فيه بحث، فإن المجتهد إذا أخطأ يتاب. وعندني الأصوب أن يقال فلعله يخطئ ظنه: أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضي بالحق لعله يخطئ إذ ربما يظهر الطمع الكامن الذي كان غافلاً وغير ذلك من الغضب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف قوله: (إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول: أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي.

(١) حسن لشواهده. أخرجه الحاكم ١٠٣/٤ والطبراني في الأوسط كما في المجموع ٢٠٦/٥ كلاهما من حديث ابن عباس بهذا اللفظ. وقال الهيثمي: سعدان لم أعرفه.

وقال الحاكم بعد أن سكت عليه ولم يصححه كعادته: سعدان بن الوليد البجلي كوفي قليل الحديث. وله شواهد كثيرة أوردتها الهيثمي في المجموع ٢٠٤/٥ - ٢٠٥ - ٢٠٦ - ٢٠٧ فالحديث حسن والله أعلم. لشواهده وإلا فإن سعدان غير مشهود بعدالة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٠ و ١٤٢٣ و ٦٤٧٩ و ٦٨٠٦ و مسلم ١٠٣١ والنسائي ٨/ ٢٢٢ - ٢٢٣ وابن خزيمة ٣٥٨ وابن حبان ٤٤٨٦ وأحمد ٤٣٩/٢ والبيهقي ٣/ ٦٥ - ٦٦ و ١١٠/٤ و ١٦٢/٨ وكذا الترمذي بإثر حديث ٢٣٩١ كلهم من حديث أبي هريرة وتماهه: وشاب نشأ في عبادة الله تعالى، ورجل ذكر الله خالياً ففاضت عيناه، ورجل قلبه معلق في المساجد، ورجلان تحابا في الله اجتمعا عليه وتفرقا، ورجل دعت امرأة ذات منصب وجمال فقال إني أخاف الله رب العالمين، ورجل تصدق بصدقة فأخفاها حتى لا تعلم شماله ما تنفق يمينه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٧٨ والترمذي ١٣٢٣ والحاكم ٩٢/٤ وإسحاق والبخاري ٦٩/٤ كلهم من حديث إسرائيل عن عبد الأعلى عن بلال بن أبي موسى عن أنس مرفوعاً.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي. وكرره الترمذي ١٣٢٤ وكذا أبو داود بإثر الحديث ٣٥٧٨ عن أبي عوانة عن عبد الأعلى عن بلال الفزاري عن خيمة البصري عن أنس به.

وقال الترمذي عن هذا الإسناد: هو أصح من الأول وهو حسن غريب اهـ. وله شاهد وهو الآتي، فالحديث قوي الإسناد لشواهده، وإلا فمداره على عبد الأعلى بن عامر الثعلبي، وهو صدوق بهم كما في التقريب. والله أعلم.

(٤) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٢٢ و ٦٧٢٢ و ٧١٤٧ و ٧١٤٦ و مسلم ١٦٥٢ من وجوه وأبو داود ٢٩٢٩ والترمذي ١٥٢٩ والنسائي ٨/ ٢٢٥ والدارمي ١٨٦/٢ وأحمد ٥/ ٦٣ - ٦٢ وابن الجارود ٩٩٨ وابن حبان ٤٣٤٨ والبيهقي ١٠٠/١٠ من طرق كلهم عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة زاد البخاري ومسلم في رواية: وإذا حلفت على يمين، ورأيت غيرها حثيراً منها، فأبى الذي هو خير، وكفر عن يمينك.

فيلهم. (ثم يجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جائزاً إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لأن المقصود لا يحصل بالتقليد، بخلاف ما إذا كان يمكنه.

قوله: (ويجوز التقليد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته، والتابعين تقلدوا من الحجاج) هذا تصريح بجور معاوية، والمراد في خروجه لا في أفضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام الجماعة، واستقصى معاوية أبا الدرداء بالشام وبها مات، وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصاري فولاه الشام بعده^(١). وقوله في نوبته: نوبة علي التي ذكرها المصنف هي كونه رابعاً بعد عثمان، وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض إنه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه، وإنما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفين. وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار: «ستقتلك الفئة الباغية»^(٢) وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة، ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال: قالت رضي الله عنها لابن عمر: يا أبا عبد الرحمن ما منعك أن تنهاني عن مسيري؟ قال: رأيت رجلاً غلب عليك: يعني ابن الزبير، فقالت: أما والله لو نهيتي ما خرجت. وأما الحجاج فحالته معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي إسحاق قال: كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه. وأسند في موضع آخر

بمن يسوي شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين يديه. ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعاً في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال (الترك عزيمة لأنه قد يخطئه ظنه) فيما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهداً (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإحسان) إن كان غير مجتهد. وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف: دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون؛ وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لأنه يلتزم أن يقضي بحق ولا يدري أي قدر على الوفاء به أو لا، وفي ترك الدخول صيانة نفسه، وهذا إذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحيث يفترض عليه الدخول صيانة لحقوق العباد) في حقهم (وإخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص، فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أئماً إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم وإلا فلا، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى. قال: (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه لما روى أنس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام: «من طلب القضاء وكل إلى نفسه، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده» وكل بالتخفيف: أي فوض أمره إليها، ومن فوض أمره إلى نفسه لم يهتد إلى الصواب لأن النفس آتارة بالسوء، لأن من طلب القضاء فقد اعتمد فقعه وورعه وذكاه

قوله: (احتراز عما يقوله الروافض) أقول: ويحتمل أن يكون احتراز عن خلافة معاوية استقلالاً.

(١) ذكر هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٦٩/٤.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٧ ومسلم ٢٩١٥ وابن سعد ٣/٢٥٢، ٢٥٣ وأحمد ٣/٩١، ٩٠ والطبراني ٢١٦٨ وابن حبان ٧٠٧٨ و٧٠٧٩ من طرق كلهم من حديث ابن عباس وكرهه البخاري ٢٨١٢ في الجهاد في باب: مسح الغبار عن الرأس في سبيل الله. وفيه قصة بناء مسجد رسول الله ﷺ قال أبو سعيد: كنا نحمل كِبَيْتَةً، وعامل كِبَيْتَيْنِ كِبَيْتَيْنِ، فرأه النبي ﷺ، فجعل ينفخ التراب عن رأسه ويقول: يا ويح عمار تقتله الباغية، عمار يدعوهم إلى الله ويدعونهم إلى النار! هذا السياق للبخاري وغيره.

وورد من حديث أم سلمة. أخرجه مسلم ٢٩١٦ من طرق والطبراني ١٥٩٨ وابن سعد ٣/٢٥٢ والنسائي في فضائل الصحابة ١٧٠ وابن حبان ٦٧٣٦ والبيهقي ١٨٩/٨ وفي الدلائل ٤٢٠/٦ من طرق كلهم من حديث أم سلمة باختصار.

قال: (ومن قلد القضاء يسلم إليه 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، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إذا

عن ضمرة قال: استقصى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده ستة أشهر. وفي تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله بن أبي مريم الأموي: ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوساً بواسط، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفي بها. وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء: طلحة بن عبد الله بن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندي ابن أخي عبد الرحمن ابن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة، وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم^(١). وقوله: (إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر (لأن المقصود لا يحصل من التقلد) حيثذ وهو ظاهر. هذا وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد من كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة في بلاد المغرب الآن وبلنسية وبلاد الحبشة وأقزوا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولى قاضياً أو يكون هو الذي يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم إماماً يصلي بهم الجمعة.

[فروع في العزل] للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ربية، ولا ينعزل حتى يبلغه العزل وينعزل نائبه بعزله، بخلاف ما إذا مات القاضي ينعزل نائبه. وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينعزل بعزل القاضي لأنه نائب للسلطان، وينعزل القاضي بعزله نفسه إذا بلغ السلطان، وما لم يبلغه لا ينعزل كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل. وقيل لا ينعزل القاضي بعزله نفسه لأن قضاء صار حقاً للامة فلا يملك إبطاله. وعن أبي يوسف: لا ينعزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس، ومثله وصي القاضي إذا عزل نفسه يشترط علم القاضي، ويجوز تعليق العزل بالشرط. ومن صورته: إذا كتب الخليفة إليه إذا وصلك كتابي هذا فأنت معزول لا ينعزل حتى يصل إليه الكتاب. ولم يجز ظهير الدين تعليق العزل وليس بشيء، وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل أمراء الخليفة، ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينعزل؟ الأول عن أبي يوسف لا ينعزل. قال في الخلاصة: وهو الأشبه. ولو شرط في القضاء شرطاً مثل أن لا يمثل أمر أحد فخالف انعزل. وعن أبي حنيفة لا

وأعجب فيحرم التوفيق، وينبغي أن لا يشتغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بحيل الله مكسور القلب بالإكراه على ما لا يحبه ويرضاه وتوكل عليه. ومن يتوكل على الله فهو حسبه. فيلهم الرشد والتوفيق قوله: (ثم يجوز التقلد) تفريع على مسألة القدوري يتبين أنه لا فرق في جواز التقلد لأهله بين أن يكون المولى عادلاً أو جائراً، فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر، وهذا لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنهما في نوبته، دل على ذلك حديث عمار بن ياسر، وإنما قيد بقوله (في نوبته) احترازاً عما يقوله الروافض إن الحق مع علي رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين، وليس الأمر كما قالوا، بل أجمع الأمة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبله وموضعه باب الإمامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق. وقوله: (إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء) استثناء من قوله يجوز التقلد من السلطان الجائر، فإنه إذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالتقلد) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما إذا كان يمكنه) قال: (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله، والديوان هو الخرائط

قوله: (وإلا لا تفيد) أقول: يعني فائدتها المطلوبة منها قوله: (لأنها تؤول إليها بالتذكير) أقول: لم يذكر البينة لأن الحجة عند

(١) أورد هذه الآثار الإمام الزيلعي في نصب الراية ٤ / ٦٩ - ٧٠.

كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذته تديناً لا تمولاً، ويبعث أمينين ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً، ويجعلان كل نوع منها في خريطة كي لا يشتبه على المولى، وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام.

يترك القاضي على القضاء أكثر من سنة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم اتتنا قوله: (ومن قلد القضاء يسأل) أي أول ما يبدأ به من الأعمال. هذا وهو أن يسأل: أي يطلب من القاضي المنعزل ديوانه ثم فسر ديوانه بأنه (الخرائط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الأوقاف وكتب نصب الأوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للأيتام وغيرهم مما اقتضاه الحال، وإنما يطلبه (لأنها) إنما (وضعت) عند القاضي (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضي إذا وقعت (الحاجة) إلى الحجة ومعرفة الأحوال (فتجعل عند من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الأول إلا لأنه كذلك (ثم إن كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقاً أو رقا (من بيت المال فظاهر، وكذا إذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لأنه رضي به) لأنه للقاضي لا لأنه ملك الذات (وقد انتقل) القضاء (إلى) القاضي (المولى) وإن كان ملك القاضي فكذلك في الصحيح لأنه اتخذته تديناً ليحفظ به أمور الناس وحاجتهم (لا تمولاً، ويبعث) المولى (اثنين) أو واحداً مأموناً (ليقبضها بحضرة المعزول أو) من (أمينه ويسألان) أعني الأمينين (المعزول شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة) مثلاً الصكوك في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الأوقاف في خريطة ليكون أسهل للتناول، بخلاف ما إذا خلط الكل فإن في الكشف عنه حينئذ عسراً شديداً، وفي عرف ديواننا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا كتب أوقافهم، بل إذا كان القاضي هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضي فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل، ثم إذا قبضاه ختماً عليه خوفاً من طرد التغيير. وأما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة، فإن كتب

التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتب نصب الأوصياء وتقدير النفقات لأنها: أي السجلات وغيرها إنما وضعت في الخرائط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء وإلا لا تفيد، وسماها حجة وإن لم يكن الكتاب منفرداً عن التذكير والبينة حجة لأنها تؤول إليها بالتذكير. ثم البياض: أي الذي كتب فيه الحادثة ورقاً كان أو ورقاً لا يخلو عن أمور ثلاثة: إما أن يكون من بيت المال، أو من مال الخصوم، أو من مال القاضي الأول؛ فإن كان الأول فوجه تسليم القاضي إياه ظاهر، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى، وكذا إن كان من مال القاضي هو الصحيح لأنه اتخذته تديناً لا تمولاً. وقوله في الصحيح في صورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ إن البياض إذا كان من مال الخصوم أو مال القاضي لا يجبر المعزول على دفعه لأنه ملكه أو وهب له، ولكن الصحيح فيها ما ذكر قوله: (ويبعث أمينين) بيان كيفية التسليم وهو أن يبعث المتولي رجلين ن ثقته وهو أحوط، والواحد يكفي (ليقبضها بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئاً فشيئاً ويجعلان كل نوع في خريطة على حدة كي لا يشتبه على المولى) وهذا لأن السجلات وغيرها لما كانت موضوعة في الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج إليه وقت

قيام البينة هي البينة لا الكتاب الشرعي، بخلاف صورة التذكير فإنه لما كان سبباً للتذكير الذي هو الحجة حقيقة جعل حجة فتأمل، فإن في عبارة تؤول إليها نوع سهو عما قلنا، ولكن الأمر سهل. بقي هاهنا بحث لأن الحجة بالتذكير إنما بالنسبة إلى القاضي الذي وضعها فيها ووقعت الحادثة بين يديه فلا فائدة في تسليم القاضي الجديد إياها قوله: (لأنه ملكه أو وهب له) أقول: لو اقتصر على قوله لأنه ملكه لانتظم صورتين، وإنما ذكر قوله أو وهب له تنبيهاً على طريق تملكه إذ ربما يخفي على بعض الأفهام فتأمل. ثم قوله لأنه ملكه: أي في الثاني وقوله أو وهب له: أي في الأول قوله: (وهذا السؤال: أي سؤال المعزول) أقول: أو سؤال أمينه فالسؤال أمينه فالسؤال هاهنا مضاف إلى مفعوله قوله: (قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) أقول: ولا يبعد أن يكون السؤال بمعنى الاستعطاء: أي يستعطيان القاضي المعزول نوعاً من الخرائط فنوعاً آخر بعده مثلاً يستعطيان أولاً خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك، وعلى هذا هذا السؤال لكشف الحال: أي الاستعطاء على هذا الوجه، ويؤيد كونه بمعنى الاستعطاء وقوله ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي فافهم قوله: (شيئاً فشيئاً منصوب) أقول: يعني منصوب على المفعولية.

قال: (وينظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظراً (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة) لأنه بالعزل التحق بالرعايا، وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر في أمره) لأن فعل القاضي المعزول حق ظاهراً

الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوائث محدودة قوله: (وينظر في حال المحبوسين) فيبعث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسمائهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون، ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم، وثبوتهم عند الأول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء، لأن قول الأول لم يبق حجة (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) وردّه إلى السجن إلا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال، وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة، فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كفيلاً وأطلقهم حتى ينظر في حالهم، فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المعزول بسبب حبسه لا يقبل لأنه التحق) بواحد من (الرعايا وشهادة الفرد ليست حجة) موجبة للعمل (لا سيما) وهي (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعي ومالك. وقال أحمد: يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل لأنه أمين الشرع، وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل أيضاً إلا بحجة (وإذا لم يقبل قول المعزول عليه ولم تقم بينة) بما وجب حبسه (لا يجعل) بإطلاقه (لأن فعل القاضي ظاهراً) ما كان (إلا بحق) فيحتاج لخصمه الغائب فينادي عليه، وصفته أن يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادي في محلته من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليأت إلى القاضي يفعل ذلك أياماً، فإذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتداءً

الطلب، وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك، فإن تركت مجتمعة تشبهه على المولى فلا يتصل إلى المقصود وقت الحاجة أو يتعسر عليه ذلك (وهذا السؤال) أي سؤال المعزول (لكشف الحال لا للإلزام) فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة، ومتى قبض ذلك يختمان على ذلك احترازاً عن الزيادة. قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يتعدى إلى المفعول الثاني بعن وهنا ليس كذلك. وأجيب بأن المفعول الثاني محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها. وقوله شيئاً فشيئاً منصوب بعامل مضمّر يدل عليه قوله ويسألانه: أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها، وليس بشيء لأن الكلام في الثاني كالقلام في الأول، والأولى أن يجعل حالاً بمعنى مفصلاً كما في قوله تبينت له حسابها باباً باباً. قال: (وينظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم يأتيه بأسمائهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظراً) لأمر المسلمين، وقول المعزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التفحص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فمن اعترف بحق ألزمه إياه) وحسه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار ولّي الواجد يحل عرضه وعقوبته: أي حبسه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المعزول إلا بالبينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرعايا، وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكذلك (وإن لم تقم بينة) أو لم يحضر خصم وادعى المحبوس أن لا خصم له وهو محبوس بعير حق (لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه) أياماً إذا جلس يقول المنادي إن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر، فإن حضر وإلا فمن رأى القاضي أن يطلقه، فإن لم يحضر الرجل منهم خصم أخذ منه كفيلاً بنفسه وأطلقه لأن فعل المعزول حق ظاهراً فلا يجعل بالتخلية ويستظهر أمره كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعي عليه إذا حضر. والفرق لأبي حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسألة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كفيلاً على ما سيجيء أن في مسألة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت بيقين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير المحقق لأمر موهوم.

قوله: (لأن الإقرار ولي الواجد يحل عرضه الخ) أقول: قال صاحب البدائع: قال النبي عليه الصلاة والسلام: «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» انتهى. فإن قيل: من أين علم أنه واجد قلنا: من حبس القاضي المعزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يساره لم يحبسه. قال المصنف: (لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة) أقول: فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البينة لا قول المعزول قوله: (فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول: يعني بعد النداء قوله: (على ما سيجيء) أقول: في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب.

فلا يجعل كي لا يؤدي إلى إبطال حق الغير. (وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البيعة 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.

الحكم بينهما، وإن لم يحضر أخذ منه كفيلاً بنفسه إذ لعله محبوس بحق لغائب، وأمارته أنه في حبس قاض، والظاهر أنه بحق، فإن قال لا كفيلاً لي وأبى أن يعطي كفيلاً وجب أن يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فينادي شهراً فإن لم يحضر أحد أطلقه. وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما. أما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث إذا اقتسموا على ما سيأتي، والمختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق. والفرق لأبي حنيفة أن المال ظاهراً حق لهذا الوارث، وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لأمر موهوم، وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول، فليس أخذ الكفيل لموهوم، ولو قبل فبالنظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله إني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الإعسار كان جيداً قوله: (وينظر في الودائع وارتفاع الأوقاف) الكائنة تحت أيدي أمناه القاضي، والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البيعة) أنه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) على من هي في يده إذا أنكروا وقال هي لي إلا بينة (لما بينا) أنه التحق بواحد من الرعايا، بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بأن يكتفي بقوله في الإلزام حتى أن الخليفة الذي قلد القاضي لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر، والواحد لا يقبل قوله: (إلا أن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها إليه فحيتد إما أن يقول سلمها إليّ ولا أدري لمن هي، أو يقول سلمها إليّ) وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقر

وأما هاهنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظراً إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمر موهوم وقيل أخذ الكفيل هاهنا أيضاً على الخلاف فلا يحتاج إلى فرق، وذكر في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل هاهنا بالاتفاق، فالفرق المذكور يكون محتاجاً إليه، وإن قال: لا كفيلاً لي أو لا أعطي كفيلاً، فإنه لم يجب عليّ شيء نادى عليه شهراً ثم خلاه لأن طلب الكفيل كان احتياطاً، فإذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالنداء عليه شهراً (وينظر المولى في الودائع وارتفاع الوقوف) لأنه نصب ناظراً في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البيعة أو باعتراف من هو بيده) لأنه لا بد لعمله من حجة (وكل ذلك حجة، ولا يقبل قول المعزول فيه لما مر غير مرة إلا أن يعترف ذو اليد أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول، لأنه بإقرار ذي اليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح إقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عياناً صح إقراره به، فكذا إذا كان بيد مودعه لأن يد المودع كيد المودع (إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار لغير من أقر له القاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي) والحاصل أن هذه المسألة على خمسة أوجه: وذلك لأن من بيده المال إما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يجحد كله، فإن كان الثاني فالقول قوله، ولا يجب بقول المعزول عليه شيء؛ وإن كان الأول فإما أن يقول دفعه القاضي إليّ وهو لفلان ابن فلان من أقر له القاضي وهو المذكور في الكتاب أولاً بتعليقه وإما أن يقول دفعه القاضي إليّ ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور في الكتاب والتعليل والتعليل، وإما أن يقول دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان غير من أقر له القاضي

قوله: (فإن الحق للغائب ثابت بيقين) أقول: إطلاق اليقين على ما ثبت نظراً إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى قوله: (ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له) أقول: يعني ويسلم القيمة.

قال: (ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد) كي لا يشتهه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو

له القاضي المعزول: ففي هذين يقبل قول المعزول فيهما لأنه يثبت بإقرار من في يده أن اليد فيها كانت للقاضي فيقبل إقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال إقراره، أو يقول دفعه إليّ القاضي المعزول وهو لفلان، وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول، ويدفع لمن أقر به له لأنه أقر باليد للقاضي فصار كأن المال في يده فأقر به لواحد وأقر به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضي فكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه إليّ القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقر له الأمين، ويضمن مثله إن كان مثلياً أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول إلى من أقر له به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو في يده. فلما قال دفعه إليّ القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي والقاضي يقتر به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفاً لذلك على من أقر له القاضي بإقراره لغيره فيضمنه. هذا وأما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضي الأول يقول استودعت فلاناً مال فلان اليتيم وجحد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقصى غيره فشهد بذلك.

[قرع يناسب هذا] لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضي لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما. ويعتبر قول القاضي، وعند محمد تقبل وينفذ ذلك قوله: (ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً كي لا يشتهه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة: ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي النهار، وكذا المفتي والفتية (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة. قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلد، أما إذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له، فالأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد وفي السوق، ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا، وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه وقال الشافعي: (يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أي القضاء (يحضره المشرك وهو بالنص) قال تعالى: ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد﴾ [التوبة: ٢٨] (والمحائض وهي ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر، والخصومات تقترب بالمعاصي كثيراً من اليمين الغموس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث اللعان من حديث

وحكمه ما تقدم، لأنه لما بدأ بالدفع من القاضي فقد أقر باليد له فصار كأن المال في يده لما مر؛ ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح، وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضي ودفعه إلى القاضي وهو المذكور في الكتاب آخرأً وحكمه أن المال يسلم إلى المقر له أولاً لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي إن كان مثلياً وقيمه إن كان قيمياً، وهذا لأن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقر له وإذا قال بعد ذلك دفعه إليّ القاضي وهو يقول لفلان آخر فقد أقر أن اليد كانت للقاضي، وإقراره لغير من أقر له القاضي أتلف المال على من أقر له القاضي فكان ضامناً للمثل أو القيمة. كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره. وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن يبطل ما بعده أو لا، وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ ذو اليد بالدفع من القاضي وبين ما بدأ بالإقرار للغير لشمول الضمان أو لشمول العدم، ولم أر أحداً ذكر الضمان للمقر له ثانياً في الوجه الرابع. ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول إن كان باليد يختار يبطل وما بعده وإلا فلا، وذلك لأن الإقرار ممن لا يد له لصدوره عن الأجنبي عن المقر به فاسد، فإذا أقر باليد الشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثاني لصدوره عن من لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما في يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقراراً في حق غيره ولكنه يسمع في حق المودع لكونه

قوله: (وهو المذكور في الكتاب أولاً الخ) أقول: فيه تأمل، فإن المذكور في الكتاب أولاً لا اختصاص له بما ذكره بل يعم صورتين الأخيرتين أيضاً.

نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله. ولنا قوله عليه الصلاة والسلام «إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم. وكان رسول الله ﷺ 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

سهل بن سعد، وفيه «فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد»^(١) ولا بد من كون أحدهما كاذباً حائناً في يمين غموس، وفي الصحيحين أيضاً عن كعب بن مالك: «أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته فنأدى: يا كعب، فقال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه»^(٢) وأخرج الطبراني مسنداً إلى ابن عباس قال: «بينما رسول الله ﷺ يخطبنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال: يا رسول الله أقم عليّ الحد، فقال: اجلس فجلس، ثم قام الثانية فقال: يا رسول الله أقم عليّ الحد، فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم عليّ الحد، قال وما حدك؟ قال: أتيت امرأة حراماً، فقال ﷺ لعليّ وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج، فقيل يا رسول الله ألا تجلد التي خبث بها، فقال له رسول الله ﷺ: من صاحبك؟ قال: فلانة فدعاها ثم سألها، فقالت: يا رسول الله كذب عليّ والله إني لا أعرفه، فقال ﷺ: من شاهدك؟ فقال: يا رسول الله مالي شاهد، فأمر به فجلد حدّ القرية ثمانين جلدة»^(٣) وأما أن الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى: يعني وقع منهم هذا، ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك. ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئاً كثيراً. ففي البخاري: لآعن عمر عند منبر رسول الله ﷺ^(٤). وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك، فما قيل إنه غريب مبني على أن المراد رواية هذا اللفظ، وليس كذلك. وفي الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر، وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن

إقراراً على نفسه بإتلاف حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك، والله أعلم. قال: (ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد الخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوساً ظاهراً في المسجد كي لا يتستر مكانه عن الغريب وبعض المقيمين. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرقق بالناس. قال الإمام عليّ البزدوي: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجداً في وسطها كي لا يلحق بعض الخصوم زيادة مشقة بالذهاب إليها. وقال الشافعي رحمه الله: يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى: «إنما المشركون نجس» ويحضره الحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد. وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيتقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة، ولم يكره الأول وكره الثاني. ولنا ما روي أنه ﷺ قال: «إنما بنيت

قوله: (وروي عن أبي حنيفة أنه قال والمسجد الجامع أولى) أقول: يعني أنه قال: والمسجد عطفاً على الكلام السابق.

(١) صحيح. وهو بعض حديث أخرجه البخاري ٤٢٣ و ٥٣٠٩ باب التلاعن في المسجد و ٧١٦٥ ومسلم ١٤٩٢ كلاهما من حديث سهل بن سعد الساعدي في خبر اللعان وقد تقدم في باب اللعان.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٤٥٧ و ٢٤١٨ و ٢٧١٠ ومسلم ١٥٥٨ وأبو داود ٣٥٩٥ والدارمي ٢٦١/٢ وأحمد ٦/٣٩٠ و ٣/٤٥٤. ٤٦٠ وابن حبان ٥٠٤٨ والبغوي ٢١٥١ والطبراني ١٩(١٢٧) كلهم من حديث عبد الله بن كعب عن أبيه به. وكره البخاري ٢٤٢٤ و ٢٧٠٦ والنسائي ٨/٢٤٤ والبيهقي ٥٢/٦ من طريقين عن عبد الله بن كعب عن أبي كعب فذكره.

(٣) ضعيف. أخرجه الطبراني كما في نصب الراية ٤/٧١. ٧٢ من حديث ابن عباس، وسكت عليه هو، وابن حجر في الدراية ٨٢٠ مع أن في إسناده القاسم بن فياض الأثناوي مجهول كما في التقریب، وشيخه خلاد بن عبد الرحمن فيه كلام أيضاً. فلا حجة في رواية المجاهيل.

(٤) موقوف. ذكره البخاري ١٣/١٥٤ معلقاً بلا سند لكن بصيغة الجزم ولم يذكر الحافظ من وصله.

ظاهرة فلا يمنع من دخوله، والحائض تخبر 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، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة.

بابك. قال: رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضي في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة. وإلى محمد بن عمر قال: لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم إمرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طوالة القضاء بها فكان يقضي في المسجد، قال: أبو طوالة ثقة يروي عن أنس بن مالك. وإلى إسماعيل بن أبي خالد قال: رأيت شريحاً يقضي في المسجد، وإلى الأسود بن شيبان قال: رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضي في المسجد^(١)، وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهوراً وفيهم الصحابة والتابعون ولم يرو إنكاره عن أحد. وأما الحديث الذي ذكره المصنف: «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم»^(٢) فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال أصحاب رسول الله ﷺ: «مه مه»، فقال ﷺ: لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال، ثم دعاه رسول الله ﷺ فقال: إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر، وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن، قال: وأمر رجلاً من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه^(٣) وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه (والحائض تخبر بحالها ليخرج إليها القاضي) أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدهوي في دابة، ولو جلس في داره فحسن به) شرط (أن يأذن للناس) على العموم ولا يمنع أحداً من الناس لأن لكل أحد حقاً في مجلسه، وعلى قياس ما ذكرنا في المسجد أن الأولى أن يكون في وسط البلد. وفي المبسوط: ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على دابته لأنه إذ ذاك غير معتدل الحال، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء، ولأنه مشغول بما هو فيه، ولا بأس بأن يتكئ لأنه نوع جلسة كالترجيع وغيره، وطباع الناس في الجلوس مختلفة، وينبغي أن لا يقضي وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو مهموم أو ناعس أو في حال برد شديد أو حر أو وهو يدافع الأخبثين أو به حاجة إلى الجماع. والحاصل أنه لا يقضي حال شغل قلبه، وأصله حديث: «لا يقضي القاضي

المساجد لذكر الله تعالى والحكم» وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات، ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالصلاة قوله: (ونجاسة المشرك) جواب عن دليل الشافعي. وتقريره: نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) إذ لا يصيب الأرض منه شيء (والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة). فإن قيل: يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد فتخبر عن حالها. قلنا: الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك) قال الإمام فخر الإسلام: إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد، فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لأن لكل أحد حقاً في مجلسه (ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (إذ في الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة. قال: (ولا يقبل: هدية إلا من ذي رحم محرم منه الخ) الحاكم لا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء. أما أنه لا يقبل الهدية فلأنه من جوارب القضاء إذا لم يكن على صفة المستثنى وهو حرام، والأصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده إلى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي: «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً من الأزدي يقال له ابن الأتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، فقال رسول الله ﷺ: فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا» واستعمل عمر رضي

(١) ذكر هذه الآثار الإمام الزيلعي في نصب الراية ٧٢/٤.

(٢) لا أصل له بهذا اللفظ. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٧٠/٤ قال: غريب بهذا اللفظ.

وقال ابن حجر في الدراية ٨١٩: لم أجده هكذا. ووافقهما ابن الهمام.

(٣) تقدم في كتاب الطهارة. رواه مسلم وغيره.

قال: (ولا يقبل هدية 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 بصير آكلًا 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

وهو غضبان^(١) معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلاً، ولا يقدم رجلاً جاء الآخر قبله، ولا يضرب في المسجد حداً ولا تعزيراً (و) ينبغي أن يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة الرشوة أو الظلم. وروي أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعلياً حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه. وفي المبسوط: فإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده، فإن طباع الناس تختلف، فمنهم من يمنعهم حشمة الفقهاء من فصل القضاء. ومنهم من يزداد قوة على ذلك، فإذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده. وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حجته، ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أذيع لشكايته للناس، ونسبته إلى أنه جار عليه. ومن يسمع يخل، فربما تفسد العامة غرضه وهو بريء، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى قوله: (ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي إما له خصومة أو لا، فإن كانت لا يقبل منه وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فإن زاد لا يقبل الزيادة. وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد فبقدر ما زاد ماله إذا زاد في الهدية لا بأس بقبولها، وهذا يقتضي أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره، فإن لم يكن للقريب قبل القضاء عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل. وعبارة الهداية مع القدوري حيث قال: ولا يقبل الهدية إلا من

الله عنه أبا هريرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال: من أين لك هذا؟ فقال: تئاتجت الخيول وتلاحقت الهدايا، فقال: أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتتظر أيهدى إليك أم لا؟ فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال. فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة. وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فإنه من جوارب القرابة، وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الرد معنى القطعية وهو حرام. ولفظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهادة قبل القضاء وأن لا يكون. وعبارة النهاية تدل على أن المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي، وأما القبول ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته ولم يزد فإنه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة. والحاصل أن المهدي للقاضي إما أن يكون ذا خصومة أو لا. والأول لا يجوز قبول هديته مطلقاً: أي سواء كان قريباً أو مهدياً قبل القضاء أو لم يكن. والثاني إما أن يكون قريباً أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا، والثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه، والأول يجوز قبوله إن لم يزد من له العادة على المعتاد. وقال الإمام فخر الإسلام: إن زاد على المعتاد عندما ازداد ما لا يقدر ما زاد في المال لا بأس بقبوله، ثم إن أخذ القاضي ما ليس له أخذه ماذا يصنع به؟ اختلف المشايخ فبعضهم قالوا: يضع في بيت المال، وعامتهم قالوا: يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا أن الرد يعتذر لبعدهم يضعها في

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧١٥٨ ومسلم ١٧١٧ وأبو داود ٣٥٨٩ والترمذي ١٣٣٤ والنسائي ٨ / ٢٣٨. ٢٣٧ وابن ماجه ٢٣١٦ والشافعي ٢ / ١٧٧ والطيالسي ٨٦٠ والحميدي ٧٩٢ وابن أبي شيبة ٢٣٣ / ٧ وأحمد ٥ / ٣٦. ٣٨. ٤٦. ٥٢ والطحاوي ٢ / ٨٤٦. ٨٤٥ في الشروط وابن حبان ٥٠٦٣. ٥٠٦٤ وابن الجارود ٩٩٧ والبيهقي ٢٤٩٨ والبيهقي ١٠ / ١٠٤. ١٠٥. ووكيع في أخبار القضاة ٨٢ / ١ والدارقطني ٤ / ٢٠٥. ٢٠٦ من طرق كلهم من حديث أبي بكر مرفوعاً: لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان.

هذا لفظ مسلم، ومن تابعه.

ولفظ البخاري: لا يقضين حكم بين اثنين، وهو غضبان.

أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو

ذي رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل إذا لم تكن خصومة. والوجه هو ظاهر النهاية. ثم صرح في مسألة الدعوى عن شيخ الإسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة، نعم يمكن أن يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء إن كان ذلك لفقر ثم أيسر بعد ذلك بعد ولاية قريبه فصار يهدي إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر، وهذا على شبه قول فخر الإسلام في الزيادة: إذا كثر ماله. ثم إذا أخذ الهدية في موضع لا يباح أخذها قيل يضعها في بيت المال لأنها بسبب عمله لهم وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم، وإليه أشار في السير الكبير، وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيداً حتى تعذر الرد في بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة، فإن جاء المالك يوماً يعطاها، وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي. وفي شرح الأقطع: الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه، والهدية لا شرط معها انتهى. والأصل في ذلك ما في البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: «استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثبيّة على الصدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا لي، قال عليه الصلاة والسلام: هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا؟^(١) قال عمر بن عبد العزيز: كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية واليوم رشوة^(٢)، ذكره البخاري. واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة فقدم بمال فقال له: من أين لك هذا؟ قال: تلاحقت الهدايا، فقال له عمر رضي الله عنه: أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر أيهدى لك أم لا، فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال^(٣) وتعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره عندنا، وعند الشافعي هو محرم كالرشوة. هذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالهديّة للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة قوله: (ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وهن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي. وقال الخصاص:

بيت المال، وحكمه حكم اللقطة، وإنما يضعها في بيت المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لهم (ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة، وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة، وذكر المصنف أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: إنه يجب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالهديّة، وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزوا حضور دعوته

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٧١٧٤ و ٧١٩٧ من حديث أبي حميد الساعدي وتمامه: والذي نفسي بيده لا يأتي بشيء إلا جاء به يوم القيامة يحمل على رقبته إن كان بعيراً له رُهاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تَيْمَرُ، ثم رفع يديه حتى رأينا عُقْرَتِي إبطيه إلا هل بلغت ثلاثاً. ورواه مسلم ١٨٣٢ من عدة وجوه. وجاء في الفتح ١٦٦/١٣ شاة تَيْمَرُ: قال القزاز: هو يُعَار، وهو صوت الشاة الشديد. وقال غيره: يُعَار صوت المعز.

(٢) أثر عمر بن عبد العزيز. ذكره البخاري عند حديث ٢٥٩٦ معلقاً بصيغة الجزم. وقال الحافظ في الفتح: وصله ابن سعد، وأبو نعيم في الحلية وفيه قصة.

(٣) غريب بهذا اللفظ. وجاء في الإصابة ١١٩٠ قال عبد الرزاق: أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين: أن عمر استعمل أبا هريرة على البحرين، فقدم بعشرة آلاف. فقال عمر: استأثرت بهذه الأموال فمن أين لك؟ قال: خيل نتجت وأعطيت تباغت، وخراج رقيق لي، فنظر فوجدتها كما قال. ثم دعاه ليستعمله فأبى اه. وإسناده جيد رجاله رجال البخاري ومسلم وليس فيه أنه أخذها منه كما ذكر ابن الهمام. فتنبه.

قولهما. وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية، والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها.

يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم، وعلى تقدير الخلاف طولب بالفرق في القريب بين الهدية، قال: يقبل منه مطلقاً، ولم يفصل بين جري العادة وغيره، وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن. قال شيخ الإسلام: قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان المحرم لم يجز بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبي سواء. وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء، فإذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله انتهى. فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك لإمكان الذي قدمناه. واختلف في الخاصة والعامة فقليل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا. وعندي أن ما حكى عن القاضي أبي علي النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين، وربما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا لهاتين الخصلتين أو لمخصوص من الناس ولأنه أضبط، فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مبطن وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا، ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي، والله أعلم.

وعند الشافعي وأحمد: يحضر الولايم مطلقاً لأنه ﷺ كان يحضر^(١) وهو الذي كان يقضي. قلنا كان ﷺ معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت قوله: (ويشهد الجنائز ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له وإلا لا يعود، إنم وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «حق المسلم على المسلم خمس: ردّ السلام، وتشميت العاطس، وإجابة الدعوة، وعبادة المريض، واتباع الجنائز، وإذا استنصحك فانصح له»^(٢) فهذه هي السادسة. ورواه ابن حبان وقال فيه: وإذا عطس فحمد الله يُشمتَه^(٣). وروى

أن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده، وما ذكروا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم. وذكر صدر الإسلام أبو اليسر: إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر أو إلى التهمة. قال: (ويشهد الجنائز ويعود المريض الخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم. قال ﷺ: «للمسلم على المسلم ستة حقوق» روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمسلم على المسلم ست خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه: إذا دعاه أن يجيبه، وإذا مرض أن يعود، وإذا مات أن يحضره، وإذا لقيه أن يسلم عليه، وإذا استنصحه أن ينصحه، وإذا عطس أن يشتمه» كذا في تنبيه الغافلين (ولا يضيف أحد الخصمين لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «نهانا رسول الله ﷺ أن نضيف الخصم إلا أن يكون

(١) أي الولايم وهذا يعرف بالاستقراء وبه يثبت.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ١٢٤٠ ومسلم ٢١٦٢ وأبو داود ٥٠٣١ وعبد الرزاق ١٩٦٧٩ والطيالسي ٢٢٩٩ وابن حبان ٢٤١ والطحاوي في المشكل ٢٢٢/١ و١٥٠/٤ والبيهقي ١٤٠٤ وأحمد ٣٣٢/٢ و٥٤٠ والنسائي في اليوم والليلة ٢٢١ من طرق كلهم من حديث أبي هريرة. وليس فيه: وإذا استنصحك، فانصح له. وإنما هذا اللفظ في رواية ثانية لمسلم ٢١٦٢ ح ٥ من حديث أبي هريرة أيضاً ولفظه: حق المسلم على المسلم ست. قيل: ما هنّ يا رسول الله؟ قال: إذا لقيه، فسلم عليه، وإذا دعاك، فأجبه، وإذا استنصحك، فانصح له، وإذا عطس، فحمد الله فشمته وإذا مرض فعدّه وإذا مات فأتبعه هـ.

فتبين أن المصنف أخذ لفظ: «وإذا استنصحك فانصح له» من رواية مسلم الثانية. وإلا كيف يقول في بداية حديثه الأول: خمس... ثم يعدّها على أنها ست.

(٣) هو عند ابن حبان ٢٤٢ من حديث أبي هريرة أيضاً وهو بعض المتقدم.

قال: (ويشهد الجنازة ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه الصلاة والسلام: «للمسلم على المسلم ستة حقوق» وعدّ منها هذين (ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك، ولأن فيه تهمة.

البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي قال: كنا غزاة في البحر زمن معاوية، فانضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري، فلما حضر غداؤنا أرسلنا إليه فأتانا وقال: دعوتموني وأنا صائم فلم يكن لي من أن أجيبكم لأنني سمعت رسول الله ﷺ يقول «إن للمسلم على أخيه ست خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً عليه لأخيه: يسلم عليه إذا لقيه، ويحييه إذا دعاه، ويشمته إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويحضره إذا مات، وينصحه إذا استنصحه»^(١) ولا بد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث، فإن ظاهرة وجوب الابتداء بالسلام، وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندباً أو جوباً بالاصطلاح قوله: (ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الآخر، لما روى إسحاق بن راهوية في مسنده عن الحسن قال «جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فأضافه، فلما قال إني أريد أن أخاصم، قال له علي رضي الله عنه: تحول فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه»^(٢). وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولأن فيه تهمة) الميل قوله: (وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال) لما روى إسحاق بن راهوية في مسنده: أخبرنا ببيعة بن الوليد عن إسماعيل بن عياش، حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت: قال رسول الله ﷺ «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر»^(٣) وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن

خصمه معه» (ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال: (وإذا حضرا سوى بينهما الخ) إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولاء الآخر فقيراً أو كانا أباً وابتناً يسوي بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الأرض، لأنه لو أجلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتفوت التسوية، ولو أجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره

(١) حسن لشواهد. أخرجه البخاري في الأدب المفرد ٩٢٢ والطحاوي في المشكل ٢٢٣/١ و ١٤٩/٤ كلاهما من حديث أبي أيوب. وفي إسناده عبد الرحمن بن زياد الإفريقي. ضعيف في حفظه وكان رجلاً صالحاً. قاله الحافظ في التقریب، وبقية رجاله ثقات، ولكن لما كان للحديث شواهد بمثله يرقى إلى درجة الحسن، ويُظنُّ بأن عبد الرحمن هذا حفظه. ولم أقل صار صحيحاً لأن فيه زيادة لفظ الوجوب وهو غريب والله تعالى أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه إسحاق كما في المطالب العالية ٢١٣٦ والبيهقي ١٣٧/١ وعبد الرزاق والدارقطني في المؤلف والمختلف كما في نصب الرأية ٧٣/٤ كلهم عن الحسن قال فذكره. وهو مرسل. فالحسن لم يدركه علياً وورد متصلاً. فقد أخرجه البيهقي ١٣٧/١ والطبراني في الأوسط كما في المجمع ١٩٧/٤ كلاهما عن الأسود الذيلي عن علي به وقال الهيثمي: فيه الهيشم بن غصن لم أجد من ذكره، وبقية رجاله ثقات.

قلت: لعله وقع تصحيف في رواية الطبراني. لأن البيهقي قال في إسناده: عن القاسم بن غصن. قلت: وما توقعت قد كان فقد جاء في الميزان للذهبي: القاسم بن غصن عن داود بن أبي هند قال أحمد: حدث بأحد متناكير، وكذا قال ابن حبان. وقال أبو حاتم: ضعيف أ. ه. قلت: وهذا الحديث هو عن داود بن أبي هند فهو القاسم بن غصن. ولهذا الخبر طريق آخر. وهو ما أخرجه البيهقي ١٣٧/١ عن الحسن عن رجل نزل على علي... فذكره وهذا متصل. قد صرح فيه الحسن بالتحديث فزالته شبهة التذليل.

(٣) ضعيف. أخرجه إسحاق في مسنده كما في نصب الرأية ٧٤.٧٣/٤ من طريق ببيعة عن إسماعيل بن عياش من حديث أم سلمة. وبقية مدلس وقد عنفته وشيخه مقبول في روايته عن الشاميين وجاءت هنا عن الحجازيين فهي واهية. وأخرجه أبو يعلى ٥٨٦٧ و ٦٩٢٤ والدارقطني ٢٠٥/٤ والبيهقي ١٣٥/١ والطبراني كما في المجمع ١٩٧/٤ و ١٩٤/٤ كلهم من حديث أم سلمة ومداره على عباد بن كثير الثقفي.

وقال البيهقي عقبه: إسناده ضعيف. وقال الهيثمي: فيه عباد الثقفي: ضعيف. وهذا عقب الرواية الثانية وأما في الرواية الأولى فقال عنه الهيثمي: متروك.

قال: (وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال) لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر» (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة) للتهمة ولأن فيه مكسرة

عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي ﷺ «من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعدته»^(١) وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن: أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حلفك ولا ييأس ضعيف من عدلك^(٢). (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترىء بذلك على خصمه، ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه، ولا يجالس واحداً عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلاً، ولذا كان ﷺ يخص به أبا بكر دون عمر. وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أجلس عمرو بن الزبير على السرير، فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقة الآخر فقال هنا، فقال عبد الله: الأرض الأرض قضاء رسول الله ﷺ، أو قال: سنة رسول الله ﷺ أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي^(٣). وفي النوازل والفتاوى الكبرى: خاصم السلطان مع رجل مجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما. وبهذه المسألة يظهر أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي ولاه، ولادليل عليه قصة شريح مع عليّ فإنه قام فأجلس علياً رضي الله عنه مجلسه، وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيماً له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما، ويسند القاضي ظهره إلى المحراب، وهذا رسم زماننا. قالوا: وهو أحسن لأنه موافق لفعله ﷺ. أما في زمن الخصاص وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة، ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيب، وإذا حضرا فالقاضي بالخيار إن شاء ابتدأ فقال مالكما وإن شاء تركهما حتى يبتدئا هما بالنطق، وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما، فإذا تكلم المدعي أسكت الآخر حتى يفهم حجته لأن في تكلمهما معاً شغباً وقلة حشمة لمجلس القضاء، ثم يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعي ذلك. وقيل إلا بعد سؤال المدعي بأن يقول أسأله لكي يتفكر في الدعوى لتظهر له صحتها، وإلا قال قم فصحح دعواك، وإذا صحت

فكذلك لفضل اليمين، وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضي بينهما كي لا يكون مفضلاً لأحد الخصمين على الآخر، وفيه دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاه، وكذلك يسوي بينهما في الإقبال وهو التوجه والنظر. والأصل فيه قوله ﷺ: «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر» قال: (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سراً ولا يشير إليه لا بيده ولا برأسه ولا بحاجبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لأن في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولأن فيه كسر القلب الآخر فينحبه عن طلب حقه فيتركه) وفيه اجترأ من فعل فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحداً منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء) وينبغي أن يقيم بين يديه رجلاً يمنع الناس

(١) تقدم في الذي قبله.

(٢) موقوف. أخرجه البيهقي ١٣٥/١٠ من طرق عن عمر به وإسناده جيد بمجموع طرقه.

(٣) حسن. أخرجه أبو داود ٣٥٨٨ والبيهقي ١٣٥/١٠ والحاكم ٩٤/٤ كلهم عن عبد الله بن الزبير به. واللفظ للحاكم. وأما أبو داود فلم يذكر القصة. قال الحاكم: صحيح الإسناد. وواقفه الذهبي

مع أن فيه: مصعب به ثابت الزبيري. قال في التريب: لئن الحديث اه فالخبر غير قوي لكن له شواهد فهو حسن والله أعلم.

لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لأنه يجترىء على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحداً منهم) لأنه يذهب بمهابة القضاء.

الدعوى يقول فماذا تريد أن أصنع، فإن قال أريد جوابه سأله. والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداءً للعلم بالمقصود، وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقدمهن معهم، واختار محمد أن يقدم الدعوى الأول فالأول، ويضع على ذلك أميناً لا يرتشي يعرفه السابق، وليبكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع، ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فإن بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها، ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيباً لا تخافه الناس. وأنكر الأئمة ما رأوا من أخذ بواب القاضي شيئاً ليتمكن من الدخول وهو يعلم. قالوا: هذا فساد عظيم ليس لأحد أن يمنع أحداً من التقدم إلى باب القاضي في حاجة، والمأخوذ على ذلك رشوة محرمة، وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا نقيب القاضي. قيل: وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس لحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز، وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي، واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفاً، بل أن يجلسهما على ما ذكرنا فهذه أيضاً من المحدثات لما فيه من الحاجة إليه. وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استصحب رجلاً سيء الأدب، فقيل له في ذلك فقال: أما علمت أن الشر بالشر يدفع. والمقصود أن الناس مختلفوا الأحوال والأدب، وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال مراداً به الخير لا حشمة النفس المؤدي إلى الإعجاب ولا حول ولا قوة إلا بالله. ويستحب أن يكون فيه عسة بلا غضب، وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف، ولا يترك شيئاً من الحق، ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بها كي لا يقع السجل فاسداً بالإخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر، ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهم وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء، بخلاف عرف العادة اليوم بمصر قوله: (ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد به الشاهد علماً له الأئمة الثلاثة. وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهيبة فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعي ألفاً وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين. وفي المبسوط: ما قاله عزيمة لأن القاضي منهي عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه. وقول أبي يوسف رخصة، فإنه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لأن مجلس القضاء مهاب فيضيع الحق إذا لم يعنه على أداء الشهادة، ويحصر مضارع حصر من باب علم إذا امتنع عليه وضاق صدره به، وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة، وأيضاً أمراً بإكرام الشهود فإن الله يحيي بهم الحقوق، وهذا التلقين إعانة وإكرام حيث لا ينسب إليه القصور. وقوله بمنزلة الأشخاص هو إرسال شخص ليأتي بخصمه، يقال شخص من بلد إلى بلد ذهب من حد منع. قيل وتأخير قول أبي

عن التقدم بين يديه في غير وقته ويمنعهم عن إساءة الأدب، ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجلواز من الجلوزة وهي المنع، ويكون معه سوط يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي ويمنع من رفع الصوت في المجلس. قال: (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علماً بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا مكروه لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم، وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لإحياء حقوق الناس، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين إحياء للحقوق بمنزلة الأشخاص والتكفيل، وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعي ألفاً

قال: (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا، وهذا لأنه إغانة 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 الإشخاص والتكفيل.

يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف، وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي، وقد لا يلزم ويكفي كونه آخر دليله في ذلك. وفي فتاوى قاضيخان: لا ينبغي للقاضي أي يبيع ويشترى بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره، وبه قالت الأئمة الثلاثة. وعن محمد يتخذ وكيلاً لا يعرف أنه وكيل القاضي تحرزاً عن المحاباة. وشرط شريح على عمر حين ولاه أن لا أبيع ولا أشتري ولا أرتشي. وقال بعض أشياخ المالكية، ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك. وعن محمد: لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء، وينبغي للخصوم إذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي، فإذا سلموا يجب على القاضي رد سلامهم، فإن رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن ثيابه، والله الموفق.

وخمسمائة والمدعي عليه ينكر خمسمائة وشهدا الشاهدان بالألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسمائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق. وتأخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والإشخاص هو إرسال الراجل لإحضار الخصم.

قوله: (تلقين الشاهد إلى قوله مكروه لأنه إغانة الخ) أقول: تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه خبره.

فصل في الحبس

قال: (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول

فصل في الحبس

أحكام القضاء كثيرة منها ما ذكر، ومنها الحبس، إلا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته. والحبس مشروع بالكتاب لأنه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] وبالسنة على ما سلف «أنه ﷺ حبس رجلاً في تهمة»^(١) وذكر الخصاص «أن ناساً من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلاً، فبعث إليهم رسول الله ﷺ حبسهم»^(٢) ولم يكن في عهده ﷺ وأبي بكر سجن، إنما كان يحبس في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذة محبساً. وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضاً إلى زمن علي رضي الله عنه فبناه، وهو أول سجن بني في الإسلام. قال في الفائق: إن علياً بنى سجناً من قصب فسماه نافعاً، فنقبه للصوص وتسيب الناس منه، ثم بنى سجناً من مدر فسماه مخيساً، وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه:

ألا تراني كيساً مكيساً بنيت بعد نافع مخيساً باباً حصيناً وأميناً كيساً

والمخيس موضع التخييس وهو التذليل، والكيس حسن الثاني في الأمور، والمكيس المنسوب إلى الكيس. وأراد بالأمين السجن الذي نصبه فيه، والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلاً بنفسه لأنه ليضجر قلبه فيسارع للقضاء، ولهذا قالوا: ينبغي أن يكون موضعاً خشناً ولا يسهل له الفراش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجندات والأولاد، وفي غيرهم لا وعليه الفتوى. وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه. نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوقه ففعل ذلك. وسئل محمد عما إذا مات والده أخرج فقال لا. ولو مرض في السجن فأضناه، إن كان له خادم لا يخرج حتى يموت، وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم الممرض، ولا يجوز أن يكون الدين مقضياً للتسبب في هلاكه، ولو

فصل في الحبس

لما كان الحبس من أحكام القضاء وتعلق به أحكام أفرده في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ فإن المراد به الحبس، وبالسنة وهو ما روي: «أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة» خلا أنه لم يكن في زمان النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وثمان رضي الله عنهم سجن، وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن، ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناء من قصب وسماه نافعاً فنقبه للصوص فبنى سجناً من مدر فسماه مخيساً، ولأن القاضي نصب لإيصال الحقوق إلى مستحقيها فإن امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الأداء،

فصل في الحبس

قوله: (وهو ما روي أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً الخ) أقول: وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب الحدود قوله: (فسماه مخيساً) أقول: خيس تخيساً ذلّه فتحيس بالخاء المعجمة. قال في القاموس: مخيس كمعظم انتهى. قال في النهاية: المخيس بالكسر: أي المذل من التخييس وهو التذليل، وروي بفتح الياء وهو موضع التخييس، وهو الذي اختاره في المغرب.

(١) تقدم تخريجه في الكفالة وإسناده حسن. ومضى في الحدود أيضاً

(٢) لم أعر عليه فيما بين يدي من الكتب والمراجع.

الوهلة فعلة طمع في الإمهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله، أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره.

احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريتها فيطوؤها حيث لا يطلع عليه، وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لأنه قد يفضي إلى المقصود من الإيفاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث. والمال غير مقدر في الحبس، فيحبس في الدرهم وما دونه لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك قوله: (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يأمره بدفع ما عليه، لأن الحبس جزاء المماطلة) بقوله ﷺ «لبي الواجد يحل عرضه وعقوبته»^(١) رواه أبو داود، وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور المماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار (إذ لعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال) وإنم يظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع (أما إذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بإنكاره). وفي الفوائد الظهيرية: وعن شمس الأئمة السرخسي عكس هذا، وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يحبس لأول هلة لأنه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن عليّ ديناً له بخلافة بالإقرار لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه، وعلى قول الخصاص لا يحبس حتى يأمره في الإقرار والبينة قوله: (فإن امتنع) أي بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده) كالقرض وضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال في يده ثبت غناه (به) والمراد بالغنى القدرة على الإيفاء، وإلا فالدين قد يكون دون النصاب ويحبس به: يعني إذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على إيفائه، وما لم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه فيحبسه، ولا يسمع قوله إني فقير لأنه كالمناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه) حيثئذ (لأنه وجد دلالة اليسار) أي قدرته على الدين المدعي به، هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جمع ذلك) أي فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكماً لفعله لا لعقد كالإتلاف وضمن الغصب وهو قول الخصاص (لأن الأصل هو المسرة) في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال، ولهذا قال: إذا ثبت

ولا خلاف أن لا جبر بالضرب فيكون بالحبس أولى. قال: (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه (الغ) إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يخلو إما أن يثبت بالإقرار أو بالبينة، فإن كان الأول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها، وإذا ثبت الحق بإقراره لم يظهر كونه مماطلاً في أول الأمر لأن من حجته أن يقول ظننت أنك تمهلني فلم أستصحب المال فإن أبيت أوفيك حقلك، فإن امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس، وإن كان الثاني حبسه كما سبق لظهور المماطلة بإنكاره. وروي عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك. ووجهه أن الدين إذا ثبت بالبينة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له ديناً عليّ فإذا علمت الآن لا أتوانى في قضائه، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الإقرار، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه، لأن مانع ذلك ظالم فيجازى به، والمحجوس في الدين لا يخرج لمجيء رمضان والظفر والأضحى الجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يكفنه ويغسله، لأن حقوق الميت تصير مقامة بغيره، وفي الخروج تفويت حق الطالب، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك لأنه لزم القيام بحق الوالدين. وليس في هذا القدر

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٦٢٨ والنسائي ٧/ ٣١٦. وابن ماجه ٢٤٢٧ والطحاوي في المشكل ١/ ٤١٣. ٤١٤ وابن حبان ٥٠٨٩ والحاكم ١٠٢/٤ وأحمد ٤/ ١٢٢. ٣٨٨. ٣٨٩ والبيهقي ٥١/٦ كلهم من حديث محمد بن ميمون عن عمرو بن الشريد عن أبيه. وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي!

وفيه محمد بن ميمون قال في التقريب: مقبول ١ هـ ووثقه ابن حبان. وكذا رواه الطبراني ٧٢٤٩. وعلقه البخاري ٦١/٥ فقال: ويذكر... فذكره قال الحافظ: وصله أحمد وأبو داود وإسحاق في مستنبيهما وكذا النسائي، وإسناده حسن ١ هـ. النبي: المطل.

قال: (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به، وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله.

الحق فلا يحبسه حتى يسأله ألك مال أو لا، فإن قال لا استحلفه فإن نكل حبسه، وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعي البينة على قدرته. وعندنا يحبسه ولا يسأله، فإن قال أنا فقير حيثئذ ينظر (ويروى أن القول له) أي للمديون (إلا فيما بدله مال) كالقرض وضمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيهما قول المدعي. ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف، ومن العلماء من قال: يحكم الزبي إن كان بزبي الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أي يثبت المدعي قدرته، وإن كان بزبي الأغنياء فالقول للمدعي إلا في الفقهاء، والعلوية والعباسية لا يحكم الزبي لأنهم يتكفلون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم، وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زي الفقراء فداعى المدعي أنه غير زيه وقد كان عليه زي الأغنياء قبل أن يحضر مجلس لحكم فإن القاضي يسأل المدعي البينة على ذلك، فإن أقام البينة أنه كان عليه زي الأغنياء جعل القول قول المدعي، فإن لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون، وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم، اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فإنها تقدم لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال. ثم ذكر المصنف مسألتين محفوظتين نصاً عن أصحابنا بلا خلاف: إحداها أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال إنه معسر ليعطي نفقة الإعسار أن القول للزوج. والثانية أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئاً ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق.

من الخروج كثير ضرر للطالب، وإن مرض وله خادم لا يخرج لأنه شرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدين وبالمرض يزداد الضجر، وإن لم يكن له خادم أخرجه لأنه إذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه، ولو احتاج إلى الجماع دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطوئهما حيث لا يطلع عليه أحد لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج. وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده. قال: (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً الخ) فإن امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه إذا طلب الخصم ذلك كما مر ولا يسأله عن غناه وفقره فإن ادعى الإعسار وأنكره المدعي اختلف المشايخ في قبول دعواه، فقال بعضهم: كل دين لزمه بعقد كالضمن والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعي، وقد ذكر القدوري هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة، واستدل المصنف على ذلك بقوله لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك بالمحتمل، ويقوله وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا بما يقدر على أدائه، وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلاً عن مال وبين ما لم يكن ويخرج عنه ما لم يكن ديناً مطلقاً كالنفقة وغيرها كما سنذكره، والمراد بالمهر معجله دون مؤجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلاً على قدرته. قال القدوري: (ولا يحبسه فيما سوى ذلك) يعني ضمان الغصب وأرض الجنائيات (إذا قال إني فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعي عليه (إلا أن يثبت المدعي أن له مالاً بيئته فيحبسه، وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعي عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدلاً عن مال وما لم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذ الأدمي يولد ولا مال له، والمدعي يدعي عارضاً، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المديون مع يمينه (ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما

قوله: (فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد الخ) أقول: العقد قول يكون له حكم المستقبل فلا عقد في صورة التعاطي فلماذا قابل القدوري ما التزمه بعقد بما لزمه بدلاً عن مال فتأمل قوله: (يعني ضمان الغصب) أقول: فيه أن ضمان الغصب دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يديه فوجد فيه دليل اليسار فينبغي أن يكون القول قول المدعي كما صرح به في البدائع. وجوابه أن وضع المسألة فيما إذا

قال: (ولا يحبس فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين، وعلى المدعي إثبات غناه، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع

قال المصنف (والمسألان تؤيدان القولين الأخيرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك، وقول القائل القول لمن عليه إلا فيما بدله مال. أما تأييدهما الأول فلأنه جعل القول قول الزوج والمعتق، فلو كان الصحيح المذكور أولاً كان القول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما الثاني فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه، فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران، كذا في النهاية. ومنهم من استروح في الأول فقال: أما تأييدهما لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر، وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية. ولا يخفى أنهما يبطلان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملتزماً بمال أو بعقد، فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب، فإن البدل فيهما ملتزم بعقد أو شبهة، وهو الفعل الحسن الموضوع سبباً: أعني العتق، ويؤيدان القول الأخير وهو أن القول للمديون إلا فيما بدله مال فإن البدل في المسألة ليس مالا، ويجعل القول للمديون تأيد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وإن التزمه بعقد، ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم أنه يفيد الشمول وإلا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له في جميع الديون، فما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر. وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان، فإن كون القول للمطلوب في الكل إذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي، أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحاً، فالذي لا شبهة فيه إنما يبطلان القول المذكور في الكتاب ليس غير. وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة، وهذا معنى قوله (والتخريج على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضا فيرجع قول الكتاب على قوته وثبوته (ثم فيما) إذا (كان القول قول المدعي إن له

الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعي، وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعي عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقي متمسكاً بالأصل وهو العسرة، فذلك ثلاثة أقوال. وفي المسألة قولان آخريان: أحدهما أن كل ما كان سبيله سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعي عليه كما في نفقة المحارم. والآخر أن يحكم الزبي إن كان زبي الفقراء كان القول له، وإن كان زبي الأغنياء كان القول للمدعي إلا في أهل العلم والأشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكلفون في الزبي مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزبي فيهم دليل اليسار. وقوله: (وفي النفقة) بيان لما هو المحفوظ من الزواية. ذكر في كتاب النكاح أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج. وفي كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله، وهاتان مسألتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخيرين. أما تأييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلأنه جعل القول قول الزوج والمولى مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق، فلو كان الصحيح ما ذكر أولاً كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار، وأما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه إلا فيما بدله مال فلأنه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق ما لا يجعل القول قول من عليه، فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران. وقوله: (والتخريج على ما قال في الكتاب) يعني القدوري جواب عن

ثبت هلاك المخصوب أو غصبه منه عند القاضي وما في البدائع إذا باعه لآخر مثلاً قوله: (والمدعي يدهي عارضاً الخ) أقول: ولا يخفى أن العارض ثبت بدليله الذي ذكره المصنف آنفاً والأصل إيقاؤه حتى يظهر خلافه قوله: (ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول: بل علم بإقدامه على التزامه باختياره.

قوله: (فلأنه جعل القول قول الزوج الخ) أقول: لا يخفى أن ما ذكره مخالفة منشؤها اشتراك لفظ اليسار والعسار بين المعنيين، فإن المراد باليسار في قولهم وإقدامه عن التزامه باختياره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة قوله: (مع أنهما باشرا عقد

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

مالاً أو ثبت ذلك بالبينة يحبس) المديون (شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم إنما يحبس مدة ليظهر ماله) فيؤدي ما عليه (فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره) وهو شهران أو ثلاثة، وهو رواية محمد عن أبي حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي لأن ما زاد على الشهر في حكم الأجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الأجل شهراً والأقصى لا غاية له فيقدر بشهر. وروي (أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة: أي ما بين أربعة أشهر رواية الحسن عن أبي حنيفة قوله: (والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد، فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض إلى رأي القاضي إذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه إن كان له مال، وهذا يختلف باختلاف الناس إن غلب على ظن القاضي بعد مدة أنه لو كان له مال فزج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به، فإن شهد شاهدان عنده أنه قادر على قضاء الدين أبدي حبسه، وإن قالوا إنه ضيق الحال أطلقه، ولو رأى أن يسأل

المسألين نصرة للمذكور فيه، وتقريره أنه: أي النفقة على تأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة. ولهذا تسقط بالموت بالإنفاق، وقد تقدم أن الدين الصحيح هو ما لا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة رحمه الله، وحينئذ لا يرد نقضاً على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال أو التزمه بمقد، لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذ به يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته ومماته من جهته إلا بالإيفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه، ثم فيما كان القول فيه قول المدعي أن له مالاً أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه يحبس الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وإعساره. أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال، وأما توفيته فلأنه لإظهار ماله إن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر، ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوي لأن ما دونه عاجل والشهر أجل. قال شمس الأئمة الحلواني: وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب. وروي الحسن عن أبي حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر، والصحيح أن شيئاً من ذلك ليس بتقدير لازم، بل هو مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه، فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي ضجر الآخر، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك، فإن سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضي من الحبس ولا يحتاج في البينة إلى لفظة الشهادة والعدد، بل إذا أخبر بذلك ثقة عمل بقوله، والاثنتان أحوط إذا لم يكن حال منازعة، أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الإعسار والطلب اليسار فلا بد من إقامة البينة، فإن شهد شاهدان أنه معسر خلى

النكاح والإعتاق) أقول: أنت خبير بأن الالتزام في صورة الإعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الإعتاق مجرداً على الالتزام فلا نقص قوله: (بدل المهر) أقول: الظاهر أن يقول بدل النفقة قوله: (فعلم أن الصحيح هو القولان الآخرين) أقول: كيف يجتمعان على الصحة وهما متنافيان إلا أن يقال: المراد أن الصحيح لا يعدوهما لأن كلا منهما صحيح قوله: (أي النفقة على التأويل الإنفاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول: الإنفاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل، والأصوب أن يقال على التأويل الدين وأن يرجع الضمير إلى كل من النفقة وضمن الإعتاق قوله: (وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول: في الكفالة قوله: (ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول: قوله بشهر متعلق بمقدر.

قال: (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله) يعني بعد مضيّ المدة لأنه استحقّ النظرة إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً؛ ولو قامت البيّنة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية، ولا تقبل في رواية، وعلى الثانية عامة المشايخ

قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك. وأما السؤال قبل الحبس وقبول بيّنة الإعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد: في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفتى محمد بن الفضل وإسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي وأحمد، والأكثر على أنها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك. قيل وهو الأصح، فإن بيّنة الإعسار بيّنة على النفي فلا تقبل حتى تأيد بمؤيد وبعد مضيّ المدة تأيدت، إذا الظاهر أنه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته. وأعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط وإلا فبعد مضيّ المدة التي يغلب على ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقم المدعي بيّنة يساره من غير حاجة إلى سؤال، وإليه يشير قوله فإن لم ينكشف له

سبيله، وليس هذا شهادة على النفي لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معدم حلفه القاضي، فإن نكل أطلقه وإن حلف أهد الحبس. وقال شيخ الإسلام: هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط، وليس بواجب لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي أن يعمل برأيه، ولكن لو سأل كان أحوط. قيل محمد رحمه الله قبل البيّنة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جوار الشفيح وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشتراة فأقام الشفيح بيّنة أن له نصيباً في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فإن القاضي لا يقضي بهذه البيّنة فما الفرق بينهما؟ وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين، والقدرة عليه إنما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوماً في نفسه. أما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لأن القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضح الفرق بينهما. قال: (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله النج) فإن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضيّ المدة التي رآها القاضي برأيه أو بعد مضيّ المدة التي اختارها بعض المشايخ كشهرو أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لأنه استحقّ النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ فكان الحبس بعده ظلماً. وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضيّ المدة متعلقاً بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه ما لم تمض المدة، وليس كذلك فإن أصحابنا ذكروا في نسخ أدب القاضي وقالوا: وإذا ثبت إعساره أخرج من الحبس، وعلى ما ذكرنا لا يردّ عليه شيء من ذلك (ولو قامت البيّنة على إفلاسه قبل مضيّ المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سراً وعلاوية ففيه روايتان (تقيل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وإن كان ذلك قبل الحبس؛ فعن محمد فيه روايتان: في رواية لا يحبس به كان يقتي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة رحمهم الله. وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت إلى هذه البيّنة لأنها على النفي فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت، فإذا حبس ومضت مدة قد تأيدت به إذ الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها قال: (في الكتاب) أي القدوري (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المديون بعد إخراجهم من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أو لا (وستذكرك في باب الحجر بسبب الدين إن شاء الله تعالى) وذكر في الجامع الصغير: (رجل أقر عند القاضي بدين فإنه يحبس ثم يسأل عنه فإن كان موسراً أهد حبسه، وإن كان

قوله: (وفي بعض الشروح جعل قوله إلى قوله وعلى ما ذكرنا لا يردّ عليه شيء من ذلك) أقول: المراد من البعض هو الإتقاني، وسيظهر جواب آخر آنفاً بأن ما في الكتاب على رواية الأصل. فاندفع الإشكال على أن ثبوت الإعسار يكون بالنية وعدم الظهور لا يلزم أن يكون بها فالمراد خلى سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشريعة فافهم قوله: (فإن أصحابنا ذكروا، إلى قوله: أخرج من الحبس) أقول: ممنوع فإنه يفهم مما ذكره أيضاً أنه إذا لم يظهر له قبل مضيّ المدة لا يخليه قال المصنف: (ولا تقبل في رواية) أقول: وهذا إذا كان أمره مشكلاً وإفلاسه غير ظاهر بين الناس وإلا فلا يحبس قوله: (وهذا الكلام يعني المنع من ملازمة المديون) أقول: لعل الصواب يعني عدم المنع كما لا يخفى.

رحمهم الله، قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى. 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 ماملته والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيده.

مال خلى سبيله، ولو طلب المديون يمين المدعي أنه ما يعلم أنه معسر حلف، فإن نكل أطلقه، ولو قبل الحبس وإن حلف أبد حبسه، ولا شك أن معناه ما لم تقم بينة على حدوث عسرته. قال أبو القاسم في كيفية شهادة الإعسار أن يقول: أشهد إنه مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سراً وعلانية، بخلاف ما إذا مضت المدة فسأل فإنه يكفي الواحد العدل في إخباره بالعسرة، والاثنان أحوط. ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفاية شيخ الإسلام قوله: (وفي الجامع الصغير: رجل أقر بدين عند القاضي فإنه يحبسه ثم يسأل عن حاله) إنما ذكره لما في ظاهرة من المخالفة لما قدمه من قوله إذا ثبت الدين بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة، فإن هذا ظاهر في وصل الحبس بإقراره فذكره ليؤوله بقوله (ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت ماملته فترافعا) إلى القاضي فإنه يحبسه بمجرد جوابه أنه لم يعطه إلى الآن شيئاً قوله: (ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلاً كالدائق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه لأن العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم يبنغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإفناق فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعت إلى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرفعت أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضي ويحصل بذلك ضرر كبير قوله: (ولا يحبس والد في دين ولده فإنه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لأجل الولد لأن التأنيف لما حرم كان الحبس حراماً لأنه فوقه، وكذا لا يحده إذا قذفه ولا يقتض منه إذا قتله، أما إذا امتنع من الإفناق عليه فإنه يحبس، وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإفناق أباً كان أو أمماً أو جداً، لأن في ترك الإفناق سعياً في هلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إلى إهلاك الولد (ولأنه لا يتدارك لسقوطها) أي لسقوط النفقة (بمضي الزمان) بخلاف الدين فإنه لا يسقط. وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لأن المولى لا يستوجب عليه ديناً، ولا المولى لعبده المأذون غير المديون لأن كسبه لمولاه فكيف يحبس له، فإن كان عليه دين حبس لأنه للغرماء في التحقيق، ويحبس مولى

معسراً خلى سبيله) وهذا بظاهاه يناقض ما ذكر في أول الفصل أن الحق إذا ثبت بالإقرار لا يحبسه أول وهلة فيحتاج إلى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله: (ومراده) أي مراد محمد (إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت ماملته) وهذه الرواية تصلح أن تكون معتمد شمس الأئمة السرخسي فيما نقل عنه من العكس كما تقدم في أول الفصل، أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل قوله: (والحبس أولاً) يعني أن المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولاً ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج إلى ذكره لها فلا نعيده. قال: (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته أو اصطلاحاً على مقدار ولم ينفق عليها ورفعت إلى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحمد والقصاص) قال الله تعالى: ﴿ولا تقل لهما أف واخلض لهما جناح الذل من الرحمة﴾ (إلا إذا امتنع من الإفناق عليه لأن فيه إحياء ولده) وفي تركه سعي في هلاكه. ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إتلاف مال الولد (ولأن النفقة تسقط بمضي الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافتقراً، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين، فإن كان حبس لأن ذلك لحق الغرماء، وكذا العبد لمولاه لأنه

قال: (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان، والله أعلم.

المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لأن في الجنس له حق أخذه. فإذا أخذ يلتقيان قصاصاً وفي غير جنسه لا تقع المقاصة. والمكاتب في أكسابه كالحرّ فله حق المطالبة فيحبس لمطله، أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لأنه بالامتناع لا يصير ظالماً، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وعن بعض مشايخنا هما سواء لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً، وفي ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون.

لا يستوجب عليه ديناً، وكذا الدين مكاتبه إذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة، وإذا كان من غير جنسه لا تقع المقاصة، والمكاتب في حق أكسابه بمنزلة الحرّ فيحبس المولى لأجله، وكذا المكاتب لدين الكتابة لتمكنه من إسقاطه فلا يكون بالمنع ظالماً ويحبس في غيره لأنه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية. وقيل تجب التسوية بينهما لأنه متمكن من تعجيز نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة، والله أعلم.

باب كتاب القاضي إلى القاضي

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

باب كتاب القاضي إلى القاضي

هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس، والعمل بكتاب القاضي إلى القاضي على خلاف القياس لأنه لا يزيد على إخباره بنفسه، والقاضي لو أخبر قاضي البلد الأخرى بأنه ثبت عنده بيينة قبلها حق فلان على فلان الكائن في بلد القاضي الآخر لم يجز العمل به لأن إخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به، لكنه جاز بإجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس إلى ذلك، فإن الإنسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بأن كان في بلدين فجزّز إعانة على إيصال الحقوق لمستحقيها. وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فإن الخط والختم يشبه الخط والختم فليس بذلك لأن هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه إلى القاضي المرسل وأنه ختمه. وقيل أصله ما روى الضحاك بن سفيان: «أنه عليه الصلاة والسلام كتب: أن وزّت امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها»^(١) رواه أبو داود والترمذي وأجمع الفقهاء عليه. لا يقال: لا نسلم مساس الحاجة إلى كتاب القاضي لأن الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤدون عند القاضي الثاني فلم يحتج إليه لأننا نقول: في الشهادة

باب كتاب القاضي إلى القاضي

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً، إلا أن السجن يتم بقاض واحد وهذا باثنين، والواحد قبل الاثنين، والقياس يأبي جواز العمل به لأنه لا يكون أقوى من عبارته، ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه وعبر بلسانه عما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكيف بالكتاب وفيه شبهة التزوير إذ الخط يشبه الخط والخاتم الخاتم إلا أنه جوزّز لحاجة الناس لما روي أن علياً رضي الله عنه جوزّه كذلك وعليه أجمع الفقهاء. قال: (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرى بها إذا شهد به بضم الشين عند المكتوب إليه للحاجة، وهو نوعان: المسمى سجلاً، والمسمى الكتاب الحكمي، وذلك لأن الشهود إما أن يشهدوا على خصم أو لا،

باب كتاب القاضي إلى القاضي

قوله: (ليحكم بها المكتوب إليه) أقول: وما يفعله القضاة من إرسال المدعى عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم فلعل مستندهم فيه ما سيجيء في هذا الكتاب والنهاية وغيرها في شرح قوله ولا يقضي القاضي على غائب قوله: (وإلا فلا) أقول: بأن كان مما اختلف فيه الفقهاء.

(١) جيد. أخرجه أبو داود ٢٩٢٧ والترمذي ١٤١٥ وابن ماجه ٢٦٤٢ والبيهقي ٨/ ١٣٤.٥٧ وأحمد ٣/ ٤٥٢ من حديث سعيد بن المسيب قال: كان عمر يقول: الدية على العاقلة، ولا تترث المرأة من دية زوجها حتى أخبره الضحاك بن سفيان... فذكره. وقال الترمذي: حسن صحيح. والعمل على هذا عند أهل العلم. ورواه مالك ٢/ ٨٦٦ ح ٩ عن الزهري مرسلًا بدون ذكر ابن المسيب. تنبيه: وقد وهم الألباني في هذا الحديث حيث ذكره في الإرواء ٢٦٤٩ وقال: هذا مرسل لأن ابن المسيب في سماعه من عمر خلاف. وحديث الزهري الذي رواه مالك منقطع قلت: أما خبر الزهري فهو مرسل كما قال وهو لمالك. وأما رواية أصحاب السنن من رواية الزهري عن ابن المسيب فهو متصل. وابن المسيب إنما سمعه من الضحاك بن سفيان لا من عمر كما توهم الألباني.

ويؤكد كون ابن المسيب رواه عن الضحاك هو ما ذكره ابن حجر في الإصابة ٤٩٦٦ حيث قال: روى ابن المسيب عنه حديث امرأة أشيم، وتوريثها من زوجها أ. هـ. وجاء في الاستيعاب، وهو عندي بحاشية الإصابة في ٢/ ٢٠٨ في ترجمة الضحاك قال ابن عبد البر: روى عنه ابن المسيب، والحسن البصري أ. هـ.

وهو نقل الشهادة في الحقيقة، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى، وجوازه لمساس الحاجة لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة. وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغضوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف لا

على الشهادة يحتاج القاضي الثاني إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك في بلده، وبالكتاب يستغني عن ذلك لأنه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده قوله: (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق) أي التي تثبت مع الشبهات، بخلاف الحدود وانقصاص (إذا شهد به) أي بالكتاب (عند القاضي) المكتوب إليه على ما نبين من أن المشهود فيه ما هو عن قريب. ثم فصل فقال (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلاً من جهة المدعى عليه أو مسخراً وهو من ينصبه القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع الدعوى عليه، وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضي الآخر، لأن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه (و) إذا حكم (كتب بحكمه) إلى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقضي منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو سجلاً) في عرفهم (وإذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لأنه حينئذ قضاء على غائب (و) إنما يكتب بالشهادة إلى القاضي الآخر ليحكم) هو (بها وهذا هو الكتاب الحكمي)) في عرفهم نسبه إلى الحكم باعتبار ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) إلى ذلك القاضي، وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به. والفرق بين الكتابين أن السجل يلزم العمل به وإن كان المكتوب إليه لا يرى ذلك الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه، والكتاب الحكمي لا يلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغضوب والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين، وهو يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لا بد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة، وكذا في الأمانة والمغضوب فكانت هذه بمنزلة الأعيان المدعى بها. وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه، وذلك لا يحتاج إلى الإشارة لأنها من الأفعال، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم، والإشارة إلى الخصم شرط. ولا يخفى ما فيه لأن الإشارة إذا لزمته بأي طريق كان ضمناً أو قصداً تتعذر على شهود القاضي الكاتب. فالحق أن الإشارة لا تلزم من الأصول إلى الخصم الغائب، بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة، فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى. فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضاً) إذا بين حدودها الأربع (لأن التعريف يحصل به ولا يقبل في الأعيان المنقولة) كالحمار والثوب والعبد (للحاجة إلى الإشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة

وتنكيره يشير إلى أنه ليس المدعى عليه إذ لو كان إياه لما احتيج إلى الكتاب، والكتاب لا بد منه لثلا يقع القضاء على الغائب، فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصماً، فإن كان الأول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً لأن السجل لا يكون إلا عند الحكم. وإن كان الثاني لم يحكم لأنه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز، وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وهو الكتاب الحكمي. والفرق بينهما أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به، وأما الثاني فإن وافقه نفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به، وقد يشير إلى ذلك قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة وتختص بشرائط منها العلوم الخمسة، وهي أن تكون من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم، وسنذكر ما عداها إن شاء الله قوله: (وجوازه) هو الموعود بقوله على ما نبين، وهو يشير إلى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة لاتحاد المناط وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم، فكما جوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد فكذا جوز الكتاب لذلك، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد في مناط الاستحسان.

قوله: (وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط) أقول: إذا كان شرطاً ينبغي أن لا يجوز بدونه قلنا: جواز الاستحسان على خلاف القياس.

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. وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط

الإباق في العبد) لأنه يخدم خارج البيت فإباقه متيسر فلمساس الحاجة فيه جزؤه، بخلاف الأمة لأنها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والثياب والإماء (وعليه المتأخرون) ونص الإسيباجي على أن الفتوى عليه، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول، فإن المانع منه ما كان إلا الحاجة إلى الإشارة في الأعيان وهي غائبة في بلد المكتوب إليه، ولا شك أن في الدين أيضاً لا بد من الإشارة إلى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الإثبات عليه، وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه، وما ذلك إلا لأن عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الإشارة والتعيين، ويتبين ذلك بإيراد الصور، فصورة الدين إذا شهدوا على فلان ابن فلان بن فلان الفلاني أن يكتب كما ذكره الحسن في المجرى من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا

وقوله: (يعني القلدي) في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة (والمضاربة المحجودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزله قوله: (وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير إلى ثلاثة أشياء: إلى أن الدين إنما يجوز فيه الكتاب لأنه يعرف بالوصف لا يحتاج إلى الإشارة، وإلى أن ما يحتاج فيه إلى الإشارة لا يجوز فيه الكتاب، وإلى أن الأمور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لا تحتاج إلى الإشارة. واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج إليها فإن الشاهد يحتاج إلى الإشارة إلى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحيوان، وكتاب القاضي إلى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية. وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بمدعى به إنما هو نفس النكاح والأمانة وغير ذلك مما هو من الأنفال؛ ألا ترى أن الإشارة إلى الدائن والمديون لا بد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمانع بالإجماع (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في العقار أيضاً لأن التعريف فيه بالتحديد) وذلك لا يحتاج إلى الإشارة (ولا يقبل في الأعيان المنقولة للحاجة إليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولهذا لم يجوزاه في العبيد والجواري (واستحسن أبو يوسف في العبيد دون الإماء لغلبة الإباق في العبد دون الأمة) فإن العبد يخدم خارج البيت غالباً فيقدر على الإباق فتمس الحاجة إلى الكتاب بخلاف الأمة فإنها تتخدم داخل البيت غالباً (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كالمبسوط وشروح أدب القاضي. وصفة ذلك بخاري أبق عبد له إلى سمرقند مثلاً فأخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده يجب 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 إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ولا يقضي له به، لأن شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وبأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ويجعل في عتق العبد خاتماً من رصاص كي لا يتهم المدعي بالسرقة، ويكتب كتاباً إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب، فإذا وصل إلى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده لبراً كفيلاً. وفي رواية عن أبي يوسف 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 العبيد غير أن القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لثلا يطأها قبل القضاء بالملك زاعماً أنها ملكه، ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا: هذا استحسان فيه بعض قبح، فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهراً ويستعمله فيأكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لأن الحلية والصفة تشبهان فإن المختلفين قد يتفان في الحلبي والصفات فالأخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحزول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول.

تعرف في موضعها. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحوّل وعليه المتأخرون.

سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو. أما بعد: فإن رجلاً أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقاً على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سنذكر، وسألني أن أسمع بيته وأكتب إليك بما يستقرّ عندي من ذلك، فسألته البيعة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهماً ديناً حالاً، وسألني أن أحلفه بالله ما قبض منها شيئاً ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيعة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فسألني أن أكتب له كتاباً إليك بما استقرّ عندي من ذلك فكتبت إليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهود أنه كتابي وخاتمي وقرأته على الشهود. قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه، فإن ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه إلى المدعي، فإذا أتى به المدعي إلى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي إليه سألته البيعة على كتاب القاضي، ولا ينبغي أن يسمع بيعة المدعي حتى يحضر الخصم، فإذا أحضره وأقرّ أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بيته وسمع منه، فإن أنكرك القاضي الذي ذكر، فيقول لهم: اقرأ عليكم ما فيه، فإذا قالوا قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه وختمه فإذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم، فإذا عدلوا لا يفكهم أيضاً حتى يحضر الخصم، فإذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه، فإن أقرّ أزره إياه، وإن أنكرك قال ألك حجة وإلا قضيت عليك، فإن لم يكن له حجة قضى عليه، وإن كانت له حجة قبلها، وإن قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر، قال له هات بيعة أن في هذه الصناعة أو القبيلة رجلاً ينتسب بمثل ما تنتسب إليه وإلا ألزمتك ما شهد به الشهود، فإن جاء بيعة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب إليه أبطل الكتاب، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى. فقد علمت أن التعيين الذي هو المقصود بالإشارة يحصل بآخره الأمر قبل القضاء عليه، وفي هذه الصورة مواضع وإن كانت ظاهرة ننبه عليها: منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحليهم وينسبهم لم يذكر كتب عدلتهم ولا بد منها، وقالوا لو كتب وأقام بشهوداً عدولاً عرفتهم بالعدالة أو سألت عنهم فعدلوا كفى عن تسميتهم ونسبهم، وعندني لا بد أن يقول أحرار عدول إذا لم يسمهم. والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته إن تاجر فتاجر أو مزارعاً فمزارع، والمقصود تميم تعريف الشهود، ثم يذكر أنه عرفهم بالعدالة أو عدلوا لأن الخصم إذا أحضره الثاني قد يكون له مطعن فيهم أو في أحدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن إن كان، وإلا فيقول سموهم لي فإني قد يكون لي فيهم مطعن. ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا إنما يصح إذا كان القاضي واحداً فإن كان لها قاضيان لا يصح. ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجدة، وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبه إلى قبيلته أو فخذة فقال فلان التميمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون تعريفاً بالاتفاق وإن كان مشهوراً لا يحتاج إلى هذا. وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعي أنه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافاً في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي، فجماعة من مشايخنا قالوا: لا يجوز فيما دون مسافة القصر، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه. وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون مسافة القصر، وقال بعض المتأخرين: هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك، والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة. ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو أوثق كما

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، بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم، وبخلاف رسول

قال. ومنها قوله وعدلوا ظاهر في أنه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر، وإن كانت داراً قال وادعى أن له داراً في بلد كذا في محلة كذا وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام. ولو ذكروا ثلاثة حدود كفى استحساناً خلافاً لزرفر، ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب. وصورة كتاب العبد الأبق من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي، وقد أبق إلى الإسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الإسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر، فإذا وصل. وفعل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعي من غير أن يقضي له به لأن الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ كفيلاً بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتماً من القاضي في كتف العبد ولا حاجة إلى هذا إلا للدفع من يتعرض له ويتهمه بسرقة، فإذا لم يكن لا حاجة ويكتب كتاباً إلى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف، فإذا وصل الكتاب إليه فعل ما يفعل المكتوب إليه، ثم يأمر المدعي أن يحضر شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه، فإذا شهدوا قضى له به وكتب إلى قاضي الإسكندرية بما ثبت عنده ليبريء كفيلاً. وفي بعض الروايات أن قاضي مصر لا يقضي بالعبد للمدعي لأن الخصم غائب، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي الإسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضي به بحضرة المدعي عليه فيفعل ذلك ويبريء الكفيل. وصورته في الجواني كما في العبد، إلا أن القاضي المكتوب إليه لا يدفع الجارية إلى المدعي بل يبعثها على يد أمين لاحتمال أنه إذا أرسلها مع المدعي يطؤها لاعتماده أنها ملكه. قال في المبسوط: ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا: هذا فيه بعض القبح، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ويستغله، فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره، ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه، وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة، وإذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب إليه لا بد أن تجعل من قبيل الأمة فيجري فيها ما يجري فيها لأنه يعد أن تجري مجرى الديون، لأنها إذا قالت لست أنا فلانة المشهود على أنها زوجة المدعي المذكور ولم تقدر على بيته أن في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع إلى المدعي يطؤها قوله: (ولا يقبل الكتاب) أي لا يقبل المكتوب إليه الكتاب (إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وأنه ختمه وإن فيه كذا وكذا، ولا بد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب القاضي المسلمين، ولو كان الكتاب الذمي على ذمي لأنهم يشهدون على فعل المسلم، وهذا لأن قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة إذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الأنكحة والوصايا، وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه، ولم بشرط الشعبي الشهادة عليه، وكذا الحسن أسند الخصاف إلى عمرو بن أبي زائدة أو عمير قال: جئت بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي إليه فقبله ولم يسألني البيعة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسائة، فقاتل لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا

قال: (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي إلا بحجة تامة شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، أما اشتراط الحجة فلأنه ملزم ولا إلزام بدونها، وأما قبول رجل وامرأتين فلأنه حق لا يسقط بالشبهات وهو مما

قال المصنف: (ولا يقبل الكتاب) أقول: أي لا يعمل به لا أنه لا يأخذه ليخالف ما سيبيء من قوله فإذا سلمه.

القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتزكية .

الكتاب إلى زياد فقل له أرسل إلى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها إلى هذا، وبه قال أبو ثور والإصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية، فالشرط عندهم أن يكون المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قياساً على كتاب الاستئمان، وعلى رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي . قلنا: الفرق أن هذا نقل ملزم، إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به، ولا بد للملزم من الحجة وهي البينة، بخلاف كتاب أهل الحرب فإنه ليس ملزماً إذ للإمام أن يعطيهم ما طلبوه، وله أن لا . وأما الرسول فلأن التزكية ليست ملزمة، وإنما الملزم هو البينة . وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون بنفسه، وقدما أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله، وكان القياس في كتابه كذلك إلا أنه أجزى بإجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه . فإن قلت: فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب إلا إلى قاض آخر غيره؟ فالجواب يجوز أن يكون قال إلى إياس القاضي بالبصرة وإلى كل قاض يراه من قضاة المسلمين، فإنه إذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع إليه أن يعمل به بلا خلاف، بخلاف ما لو كتب من الأول إلى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز العمل به لأحد من القضاة، وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم .

[فرع] يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه يثبت مع الشبهات . ولو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير، ففي الفتاوى لا يقبل لأن إيجاب العمل بالبينة، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه . وفي الاستحسان: يجوز للأمير أن يمضيه لأنه متعارف ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره، ولأنه لو أرسل إليه بذلك رسولا ثقة

يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق، وكان الشعبي يقول بجواز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة قياساً على كتاب أهل الحرب . وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئمان: يعني إذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة، حتى لو أمته الإمام صح لأنه ليس بملزم، فإن للإمام رأياً في الأمان وتركه، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي وعكسه فإنه يقبل بغير بينة لأن الإلزام على الحاكم ليس بالتزكية بل هو بالشهادة، ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تزكية صح، وقوله وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي قيل قد يشير إلى رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه ببينة وبغيرها، والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فإنه كما ينعقد بكتابه ينعقد برسوله أو اتحادهما في عدمه، لأن القياس يأبي جوازهما، 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 كالخطاب من موضع القضاء فيكون حجة، وأما الرسول فثابت مقام الرسل، والمرسل في هذا الموضوع ليس بقاض، وقول القاضي في غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا . قال: (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما في الكتاب وحفظه والختم بحضوره الشهود، ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهي باطلة، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ ويختمه بحضورتهم ويسلمه إلى الشهود كي لا يتوهم التغيير إذا كان بغير ختم أو بيد الخصم وهذا

قوله: (ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول: في هذا التنوير بحث فإن صحة القضاء أمر والإلزام أمر آخر لتحقق الأول بدون الثاني . وجوابه أن صحة الحكم قبل التزكية إذا كانت بالشهادة والإلزام بعدها فيكون بها أيضاً قوله: (قيل قد يشير الخ) أقول: في وجه الإشارة خفاء لا يخفى قوله: (في حق لزوم القضاء عليه ببينة) أقول: على كونه رسول القاضي .

قال: (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لا شهادة بدون العلم (ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم) كي لا يتوهم التغيير، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط، وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً: شيء من ذلك ليس بشرط، والشرط أن يشهدوا أن هذا كتابه وختمه وعن أبي يوسف أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة. واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف رحمه الله.

كان عبارة رسوله كعبارة في جواز العمل به، فكذا إذا أرسل كتابه ولم يجز الرسم في مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب القاضي إلى القاضي قوله: (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله ويختص بشرائط نذكرها. والحاصل إن شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرؤه عليهم أو يعلمهم ما فيه: أي بإخباره لأنه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصلک مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط علمهم بما في كتاب القاضي قول أبي حنيفة ومحمد والشافعي وأحمد ومالك في رواية. ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يختمه بحضرتهم ويسلمه إليهم، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، ولا بد أن يكون الكتاب معنوياً: أي مكتوباً فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن، فإن لم يوجد وكان معنوياً في الظاهر لا يقبله لثمة التغيير، وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله آخراً: (شيء من ذلك ليس بشرط، فالشرط أن يشهدوا أن هذا كتابه وختمه) بعد ما كان أولاً يقول كقول أبي حنيفة (وعن أبي يوسف أيضاً أن الختم ليس بشرط أيضاً رخص في ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة، وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي) ولا شك عندي في صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضره كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه، نعم إذا كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم، بل تكفي شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم، وإن كان مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتب لا يقبل، وذلك لينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أو لا، وكذا إن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوباً لا تقبل. وفي خزنة الفقه:

قولهما. وقال أبو يوسف: إنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعي ويدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم، فإن فات شيء من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما. وقال أبو يوسف آخراً: شيء من ذلك ليس بشرط، بل إذا شهدوا أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على الكتاب والختم عند القاضي المكتوب إليه كان كافياً. وعنه أن الختم ليس بشرط أيضاً سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء، وإنما قال آخراً لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تسييراً على الناس. قال: (وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكاتب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه، فإذا وصل الكتاب إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأن ذلك بمنزلة أداء الشهادة، وذلك لا يكون إلا بمحضرة الخصم، فكذلك

قال المصنف: (ويسلمه إليهم) أقول: قال في النهاية: أي إلى الشهود وعمل القضاة اليوم أنهم يسلمون المكتوب إلى المدعي وهو قول أبي يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة، وعلى قول أبي حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود، وكذا وجدت بخط شيخني انتهى. ثم قال: وأجمعوا في الصك أن الشهادة لا تصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب فاحفظ هذه المسألة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ.

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

يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين، ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق، ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى. والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لا فرق، ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان. ولا تجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكني هو الذي اشتهر بها أو غيره، بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كذا فإنه في الغالب يكون واحداً فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية، ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضاً بل إذا لم يكن معنوناً وكان مختوماً وشهدوا بالختم كفى قوله: (وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضر من الخصم) وفي بعض النسخ: لم يفتك إلا بمحضر من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم، والمراد أنه لا يقرؤه إلا بحضوره لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم، وترتيب الحال أنه إذا وصل المدعي إلى القاضي جمع بينه وبين خصمه، فإن اعترف استغنى عن الكتاب، وإن أنكر قال له هل لك حجة، فإن قال معي كتاب القاضي إليك طالبه بالبينة عليه، فإذا حضروا أحضر خصمه إن لم يكن حاضراً فيشهدون بحضرة أنه كتاب القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ افتكه وقرأ عليه، وإنما لم يقرأه إلا بحضوره (لأنه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارة (بخلاف القاضي الكاتب) فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائباً (لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الأصل، وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هذا،

هذا، بخلاف سماع القاضي الكاتب فإنه جاز بغيبة الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزاً وإن كان بغيبته. وقال في شرح الأقطع: وقال أبو يوسف: يقبله من غير حضور الخصم لأن الكتاب يختص بالمكتوب إليه فكان له أن يقبله، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به. قال: (فإذا سلمه الشهود إليه الخ) إذا سلم الشهود الكتاب إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: إذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمه قبله وفتحه لما مر أنه لم يشترط شيئاً من ذلك، ولم يشترط في القدوري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فإذا شهدوا وعدلوا. قال المصنف: والصحيح أنه يفرض الكتاب: أي يفتحه بعد العدالة؛ كذا ذكره الخصاص لأنه إذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده، وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه، فأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك، وهذا يرى أنه دور ظاهر، فإن المدعي إنما يحتاج إلى زيادة الشهود إذا كانت العدالة شرطاً ولم تظهر، فأما إذا لم تكن شرطاً فكما أدوا الشهادة جاز فضاها فلا يحتاج إلى زيادة شهود.

قال المصنف: (وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بحضرة الخصم) أقول: وفي المحيط: لو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز، فحضره الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اهـ. وفيه أيضاً الأولى أن يكون الفتح بحضرة الخصم وإن فتح بغير محضر منه جاز اهـ قوله: (لما فرغ، إلى قوله: بجانب المكتوب إليه) أقول: وأنت خير أن قوله ولا يقبل الكتاب إلا الخ من الأحكام المتعلقة بالمكتوب إليه. وجوابه أن قوله لا يقبل على بناء المفعول والمقبولية وعدمها من أحكام الكتاب قوله: (فأما إذا لم يكن شرطاً) أقول: كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيجيء في الشهادة قوله: (وقد استدل على ذلك) أقول: قوله وقد استدل: أي بوجه آخر، وقوله على ذلك: أي على اشتراط العدالة قوله: (بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول: لا يخفى عليك عدم تكرار الحد الأوسط فإن الباء في الصغرى للملابسة وفي الكبرى للسياحة. وأيضاً للقاتل الاشتراط منع الكبرى فليتأمل قوله: (وفي نظر الخ) أقول: فيه تأمل.

قال: (فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه 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 وختمه قبله على ما مر، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح، والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة، كذا ذكره الخصاص رحمه الله 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

وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد، وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة أنه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فإذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا. قال المصنف (والصحيح أنه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة، ذكره الخصاص) واحترز به عما ذكر في المعنى فإنه قال فيه: وذكر الخصاص لا يفتح قبل ظهور العدالة، ثم قال: ما ذكر محمد أصح: أي تجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه. ووجهه المصنف بما ذكره الخصاص من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن ارتاب في هؤلاء فيقول زدني شهوداً، ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين إلا حال قيام الختم.

[فرع] لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي إلى قاضي بلده فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوزنا للأول الكتابة نجوز للثاني والثالث وهلم جراً للحاجة. ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب، بل يعيد المدعي شهادتهم لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيدا لو كان الخصم حاضراً وقت شهادتهم (وإنما يقبله المكتوب إليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به، وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه إلى أن يمضي أمر الكتاب، فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل إلى المكتوب إليه أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى، قالوا أو فسق، وإنما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب قال أبو يوسف والشافعي: يعمل به، وبه قال أحمد لأن كتاب القاضي إلى القاضي كالشهادة على الشهادة، لأنه ينقل به

والجواب أنا لا نسلم أنه يحتاج إلى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج إليها إذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن، وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتاب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب، وفيه نظر لأن فك الخاتم عمل للكتاب لا به، ولعل الأصح ما قاله محمد رحمه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود، كذا نقله الصدر الشهيد في المغني. والمكتوب إليه إنما يقبل الكتاب إذا كان الكتاب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو إغماء أو فسق إذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب. وقال أبو يوسف في الأمانى: يعمل به، وهو قول الشافعي رحمهما الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى المكتوب إليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وأنه لا يمنع القضاء. ولنا القول بالموجب وهو أن الكاتب وإن كان ناقلاً إلا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح إلا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ولفظة الشهادة، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البينة، وما وجب على القاضي بسماع البينة قضاء لكنه غير تام لأن تمامه بوجود القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله إليه وقبل قراءته عليه فبطل كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل إتمامها. واستدل المصنف بقوله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل إخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما، وهذا ظاهر فيما إذا عزل، أما في الموت أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر لأن الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا. ويمكن أن يقال: يعلم ذلك بالأولى، وذلك لأنه إذا كان حياً وعلى أهلية القضاء لم يبق كلامه حجة، فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الأهلية أولى، وكذا لو مات المكتوب إليه بطل كتابه. وقال الشافعي: يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال

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، وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعاً له وهو معترف، بخلاف ما إذا كتب ابتداءً إلى كل من يصل

شهادة الذين شهدوا عنده إلى المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الأصل بعد أداء الفرع فإنه لا يمنع القضاء. وحاصل الجواب في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقراه، لأن هذا النقل بمنزلة القضاء، ولهذا لا يصح إلا من القاضي فلا يتم إلا بوجود القضاء ولا يجب إلا بقراءته؛ وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب عليه شيئاً فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر) غير المكتوب إليه (في غير عمله أو غير عملهما) ولو كان على قضائه لأنه بالنسبة إلى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالإجماع، ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب إليه، هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب إليه) أو عزل وولي غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (إلا إذا) كان (كتب إلى فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعاً له) وقد قدمنا ما هنا، وقال الشافعي وأحمد: يعمل به لأن المعزول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه، ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادته وصار كما لو كتب وإلى كل قاض وصل إليه. وأجيب بأن الكاتب لما خص الأول بالكتابة فقد اعتمد عدلته وأمانته، والقضاة متفاوتون في أداء الأمانة فصح التعيين، بخلاف ما إذا أرفده بقوله وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان الكل مكتوب إليهم معينين. أما لو كتب ابتداءً إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا أنه أجاز أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة، والظاهر أن محمداً مع أبي حنيفة. والوجه قول أبي يوسف لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجماع والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه قوله: (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول الشافعي. وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتماد على الشهود وقد شهدوا. قلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي (شبهة البدية فصار كالشهادة على الشهادة) لا يقام بها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الإسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سعي) واحتياط (في إثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعني على عدم الواو في قوله ولأن مبناهما الخ. والله أعلم. واعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها. في رجل وامرأة ادعىا ولدأ وقال هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلب الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد، وإن ادعى النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجرداً فكان كدعوى الدين، بخلاف المسألة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبدي.

[فرع] هل يكتب القاضي بعلمه؟ في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه، والتفاوت هنا أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع، كذا قال بعضهم. ولو أقام شاهداً واحداً عند القاضي وسأل أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الأجل ليطالبه إذا

وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين. ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته، والقضاة متفاوتون في أداء الأمانة، فصاروا كالأمناء في الأموال، وهناك قد لا يعتمد على كل أحد، فكذا ههنا إلا إذا صرح باعتماده على الكل بعد

إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير معرّف، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) لأن فيه شبهة البدلية فصار كاشهادة على الشهادة، ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما.

حل هناك، ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بينة وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به؛ فعند محمد يكتب، وعند أبي يوسف لا يكتب. وأجمعوا أنه لو قال: جحدني الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب، وكذا إذا ادعى أن الشفيح الغائب سلم الشفعة وأقام بينة وطلب أن يكتب له هل يكتب؟ هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، وكذا امرأة ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضاً. ولو قالت طلقني ثلاثاً وانقضت ادّعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضاً. ولو قالت طلقني ثلاثاً وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضي سله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضي يسأله بلا خلاف، والقياس في الكل سواء وهذا احتياط.

تعريف واحد منهم بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، لأنه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم ثم صير غيره تبعاً له، بخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فإنه لا يصح عند أبي حنيفة. وقيل الظاهر أن محمداً معه لأنه من معلوم إلى مجهول، والعلم فيه شرط كما مر وهو ردّ لقول أبي يوسف في جوازه، فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيراً تسهيلاً للأمر على الناس (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على ورثته لقيامهم مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول: يقبل لأن الاعتماد على الشهود (ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كاشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيهما (ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما).

قال المصنف: (بخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ) أقول: قال ابن الهمام في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ. وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة: وعليه عمل الناس اليوم اهـ.

فصل آخر

(ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتباراً بشهادتها وقد مر الوجه (وليس للقاضي

فصل آخر

قوله: (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة: لا يجوز لأن المرأة ناقصة العقل ليست أهلاً للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم، قال عليه السلام: «لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»^(١) رواه البخاري. قال المصنف (وقد مر الوجه) يعني وجه جواز قضائها، وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية. وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية، ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص، والأحسن أن يجعل كلاً منهما، والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز إلى الجواب عن الدليل المذكور. والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضي وعدم حله، والكلام فيما لو وليت وأثم المقلد بذلك أو حكمها خصمان فقضت قضاء موافقاً لدين الله أكان ينفذ أم لا؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعاً سلب أهليتها، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية؛ ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافاً؛ ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا: الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال، ولذلك النقص الفردي نسب عليه السلام لمن بوليهن عدم الفلاح^(٢)، فكان الحديث متعرضاً للمولين ولهن بنقص الحال، وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت

فصل آخر

قال في النهاية: قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سجلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه، بخلاف الكتاب الحكمي فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتج إلى بيان تعداد محل الاجتهاد يذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به، وهذا يدل على أن الفصل من تنمة كتاب القاضي إلى القاضي، لكن قوله آخر ينافي ذلك لأنه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر. والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر في أدب القاضي، فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر. قال: (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها، وقد مر الوجه: أي في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة، لأن كل واحد منهما من باب الولاية، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلاً للقضاء وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهي أهل للقضاء في غيرها. وقيل أراد به ما مر قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيهما، وشهادتها كذلك كما سيجيء وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) بعذر وبغيره (إلا أن يفوض إليه ذلك لأنه قلد القضاء دون التقليد به)

فصل آخر

قوله: (والأولى أن يجعل هذا فصلاً آخر، إلى قوله: وهذا فصل آخر) أقول: نعم هذا فصل آخر في أدب القاضي، لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضي إلى القاضي بدون أن يورده عقيب الفصل الأول يحتاج إلى سبب، وذلك ما قاله صاحب النهاية.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٤٤٢٥ و ٧٠٩٩ والترمذي ٢٢٦٢ والنسائي ٢٢٧/٨ والطيالسي ٨٧٨ وأحمد ٥/ ٣٨. ٤٧. ٥١. والبغوي ٢٤٨٦ والقضاعي في الشهاب ٨٦٤ و ٨٦٥ والبيهقي ٩٠/٣ و ١١٧/١٠ و ١١٨. والحاكم ١١٨/٣ و ١١٩. و ٢٩١/٤ من طرق كلهم من حديث أبي بكر واللفظ للبخاري وغيره.

ورواية الطيالسي: لن يفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة.

(٢) هو المتقدم.

أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل، بخلاف الأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته فكان الأمر به إذناً بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء. ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة، وهذا لأنه حضره رأي

بالحق لماذا يبطل ذلك الحق قوله: (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض (إلا أن يفوض ذلك إليه) فيملكه كما أنه إذا صرح فيه بالمنع يمتنع منه وهذا (لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف الأمور بإقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض فكان المولى له آذناً في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة، أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعة، بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن الأمور هناك بان وليس بمفتتح. والخطبة شرط للافتتاح وقد وجد في حق الأصل، ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وإن لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح، وبهذا الشروع التحق ومن شهد الخطبة حكماً، وبخلاف المستعير فإن له أن يعير بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تملكها، بخلاف ولاية القضاء فإنها هي إذن في أن يعمل لغيره، وهذا ما قالوا: من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه، ومن قام مقام غيره لنفسه كان له، وبخلاف الوصي يملك الإيضاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لأن ثبوتها بعد الموت، وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيضاء الإذن بالاستخلاف. وقوله: (ولو قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى) بغيبته فبلغه (فأجاز جاز كما في الوكالة) إذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته أو بغيبته فأجازه نفذ (لأنه حضره رأي الأول وهو الشرط) فإنه المقصود بتوكيله، وتحقيق حاله أنه فضولي ابتداء وكيل انتهاء، ولا يمتنع إذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء أو هو كونه ليس مما حضره رأيه (وإذا فوض إليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل) يعني السلطان (حتى لا يملك الأول عزله) إلا إذا كان المقلد قال له ولّ من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله، أو قال جعلتك قاضي القضاة فإن قاضي القضاة

أي بالقضاء (فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك (بخلاف الأمور بإقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف لأن أداء الجمعة على شرف الفوات لتوقته) بوقت يفوت الأداء بانقضائه (فكان الأمر به من الخليفة إذناً له بالاستخلاف دلالة) لكن إنما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لأنها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهدا جاز لأن المستخلف بان لا مفتتح. واعترض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز، وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة. وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خليفة للأول التحق بمن شهد الخطبة. وأرى أن الحاقه بالباقي لتقدم شروعه في تلك الصلاة أولى فتأمل. قوله: (ولا كذلك القضاء) أي ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر، فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضي بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف و (قضى الثاني بمحضر من الأول أو قضى الثاني) عند غيبته الأول (فأجازه الأول جاز) إذا كان من أهل القضاء (كما في الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بحضرة الأول أو أجازه الأول جاز. وقوله: (لأنه حضره رأي الأول) يصح دليلاً للمسلتين، أما في هذه المسألة فلأن الخليفة رضي بقضاء حضره رأي القاضي وقت نفوذه لاعتماده على علمه وعمله، والحكم الذي حضره القاضي أو أجازه قضاء حضره رأي القاضي فيكون راضياً به، وأما في الوكالة فسيجيء في كتاب الوكالة قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في

قوله: (وقيل أراد به الخ) أقول: القائل صاحب النهاية وفيه تأمل قال المصنف: (بخلاف الأمور بإقامة الجمعة) أقول: قال في الكافي مطلقاً هـ. أي مطلقاً عن الإذن بالاستخلاف.

الأول وهو الشرط، وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملكه الأول عزله إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح.

هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليدياً وعزلاً، وفيه خلاف الشافعي وأحمد قوله: (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة) المشهورة (أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه) وفي بعض نسخ القدوري: أو يكون قولاً الخ (وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) قالوا: إنما أعاده لأن في عبارة الجامع فائدتين ليستا في القدوري: إحداهما تقييده بالفقهاء، أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ. قال شمس الأئمة: وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر. والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك، فإن القدوري لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأيه في ذلك موافقاً لحكم الأول أمضاه، وإن كان مخالفاً لا يعضيه، فأبانت رواية الجامع أن الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً: يعني بالطريق الأولى، ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف، وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه، أو غير عالم فإنه أعم من كونه عالماً، ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به هذا أمضاه فربما يفيد أن الثاني عالم بالخلاف، وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه، وليس فيه دليل على أنه كان عالماً بالخلاف بطريق من طرق الدلالة. نعم في الجامع التنصيص على

الانتهاء فلم اختلفا في الجواز وعدمه. وأجيب بالمنع فإن البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذي أذن له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأي القاضي وكان رضا الخليفة بتولية القاضي مقيداً به قوله: (وإذا فوّض إليه يملكه) أي إذا قال الخليفة للقاضي ولّ من شئت كان له أن يولي غيره (فيصير الثاني نائباً عن الأصيل حتى لا يملك الأول عزله) لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الأول عزله، وهذا بناء على أن أمر القاضي لا يتعدى إلى غير ما فوّض إليه، فإذا قال الخليفة ولّ من شئت واقتصر على ذلك كان أمراً له بالتولية، والعزل خلافه، وإذا أضاف إلى ذلك واستبدل من شئت كان أمراً له بهما فكانا له، فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضي القضاة كان إذناً بالاستخلاف والعزل دلالة لأن قاضي القضاة هو الذي يتصرف في القضاة تقليدياً وعزلاً، كذا في الذخيرة. قيل ما الفرق بين الوصي والقاضي فإن كلا منهما مفوّض إليه من جهة الغير والوصي يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصاء؟ وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت، وقد يعجز الوصي عن الجري على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الموصي فيكون الموصي له راضياً باستعانته بغيره، ولا كذلك القضاء. وقيل القاضي يملك التوكيل والإيصاء ولا يملك التقليد، والتعليل المذكور في التقليد يجري فيهما. وأجيب بأن المقلد يفعل ما لا يفعله الوكيل والوصي فيكون توقع الفساد في القضاء أكثر. قال: (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه الخ) إذا تقدم رجل إلى قاض وقال حكم عليّ فلان القاضي بكذا وكذا فنفذه إن لم يكن مخالفاً للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ أو السنة: أي المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً للزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثاني، فإن اشتراط

قوله: (وأن الحكم الذي الخ) أقول: التعويل على الجواب الثاني.

قوله: (فيكون الموصي له راضياً) أقول: كي لا تفوت مصالحه قوله: (وقيل القاضي يملك الخ) أقول: المذكور في الفتاوى أن القاضي لا يملك نصب الوصي إذا لم يكن ذلك مكتوباً في منشورة فلا يحتاج إلى الفرق قوله: (والتعليل المذكور الخ) أقول: يعني قوله لأنه قلد القضاء دون التقليد قوله: (وهو تعليل للاستثناء) أقول: فيه بحث، بل هو احتراز عن الأحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع، لكنها مستندة إلى دليل قوي من تلك الثلاثة أيضاً. قال في الكافي: بأن يكون قولاً لا دليل عليه أي لا دليل يعتمد عليه اه فتأمل قوله: (إذا لم يعلم الخ) أقول: أنت خبير بأنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف، إنما مفاده أن ما اختلف الفقهاء فيه في نفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه عالماً بأنه مختلف فيه أو لا، فإنه أعم من كونه عالماً. نعم ربما يفيد كون الثاني عالماً بالخلاف وليس الكلام فيه بل في القاضي الأول فتأمل.

قال: (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا

أنه ينفذه وإن كان خلاف رأيه، وكلام القدوري يفيد أيضاً فإنه قال: إذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه وهو أعم ينتظم ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً، وإنما في الجامع النصوصية عليه إذا كان مخالفاً. وقوله إلا أن يخالف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد، ومنه يعلم كون المحل مجتهداً فيه حتى تجوز مخالفته أو لا، فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفاً للكتاب أو السنة: يعني المشهورة مثل: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١) فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على إمضاء قاض آخر ذكره في أفضية الجامع، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً، ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه. فالأول مثل: «حرمت عليكم أمهاتكم» [النساء: ٢٣] الآية، لو قضى قاض بحل أم امراته كان باطلاً لا ينفذ. والثاني مثل: «ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه» [الأنعام: ١٢١] ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمداً، وهذا لا ينضبط فإن النص قد يكون مؤولاً فيخرج عن ظاهره، فإذا منعناه يجب أن مؤول بالمذبح وللأنصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول، فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤول قاضياً على غيره بمنع الاجتهاد فيه. نعم قد يرجح أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا، ولذا نمنع نحن نفاذ القضاء في بعض الأشياء ويجيزونه وبالعكس، ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا أيضاً وإن كان كثيراً لم يحكوا الخلاف. ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال: وأما القضاء بحل متروك التسمية عمداً فجازر عندهما، وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى. وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفاً للإجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل السمي أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده، وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه، فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي أنه رجع عنه، وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض، ولا يعني أنه لا يعتبر في انعقاد الإجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد، ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين وإلا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلاً، إذ ما من محل اجتهاد إلا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر، إذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثله قط إلا بخلاف ابن عباس ونحوه، وهو خلاف رجل واحد، فالمراد إذا اتفق أهل الإجماع على حكم فخالفهم واحد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين، ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أو لا. والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف إن سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الإجماع، وإن لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهداً فيه. قال: وإليه أشار أبو بكر الرازي لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف. ثم قال المصنف: المعتبر الاختلاف في الصدر الأول: يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة. وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين؛ وعليه فرغ الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لأنه مخالف لإجماع التابعين. وقد حكى في هذا الخلاف عندنا، فقيل هذا قول

الدخول ثابت بحديث العسيلة، وقد ذكرناهما في التقرير على ما ينبغي، أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه، أو يكون قولاً لا دليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فإنه لا دليل شرعي يدل على ذلك. وفي بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً

(١) يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى، وهو حسن لشواهد.

دليل عليه. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقاضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

محمد، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ. وفي النوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به، فاختلفت الرواية عن أبي يوسف. وقال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسألة تنبني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع: يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن، فعن عليّ الجواز وعمر وغيره على منعه، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله الثاني. وعندهما لما لم يرفع اختلاف الصحابة وقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني، ولكن قال القاضي أبو زيد في التقويم: إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز، فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية. وبناء على اشتراط كون الخلاف في الصدر الأول في كون المحل اجتهادياً قال بعضهم: إن للقاضي أن يبطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه: يعني إنما يلزم إذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه مختلف بين الصدر الأول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي، فلو لم يكن فيها قول الصدر الأول بل الخلاف مقتضب فيها بين الإمامين للقاضي أن يبطله إذا خالف رأيه. وعندني أن هذا لا يعول عليه، فإن صح أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسألة اجتهادية، بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة، يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني أن الأب إذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه، فإذا قضى به قاض نفذ. وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فإنها تعتد بعده بثلاثة أشهر، فإذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لأنه مجتهد فيه، إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال: وهذه المسألة يجب حفظها لأنها كثيرة الوقوع، ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف. قال: ألا ترى أن القاضي إذا قضى بإبطال طلاق المكره نفذ لأنه مجتهد فيه لأنه موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته ينفي حكمه، وكذا لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه، وليس طريق القضاء الأول كونه في مختلف فيه، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة، إذ ظاهر قوله تعالى: ﴿فرجل وامرأتان﴾ يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقاً وإن وردت في المدينة لأن العبرة لعموم اللفظ، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء في هذه الصورة؛ ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البتي يشترطان الإعلان لا الشهود، وقد اعتبر خلافهما لأن الموضوع موضع اشتباه الدليل، إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا

للأدلة المذكورة بسبب أن يكون قولاً بلا دليل. وفي الجامع الصغير: وما اختلف فيه الفقهاء فقاضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه. وفيه فائدتان: إحداهما أنه قيد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذ المرفوع إليه على قول العامة كذا في الذخيرة. والثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً، فإنه إذا نفذ وهو مخالف لرأيه فميما يوافقه أولى، ورواية القدوري ساكنة عن الفائدتين جميعاً.

قوله: (ورواية القدوري الخ) أقول عبارة القدوري أعم تتناول ما إذا كان موافقاً لرأيه أو مخالفاً وليس في عبارة الجامع إلا التنصيص على ما إذا كان مخالفاً، ويعلم حال الموافقة بالأولية كما ذكره إلا أنه لا يثبت بهذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدوري فتدبر.

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذه ولا يرده غيره، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول، وقد يرجع

تتشرط الشهادة انتهى. ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل السمعي النص توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه، فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حينئذ إذ لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول، ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها إذا قضى القاضي بالقصاص يحلف المدعي أن فلاناً قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة: «البينة على المدعي واليمين على من أنكرك»^(١) مع أن معه ظاهراً في حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة إن شاء الله تعالى رب العالمين. ولو قضى بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضاً وهو حديث العسيلة. وفي السير من الجامع الكبير: إذا قضى أن الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة، ولو قضى بشهادة الزوج لزوجه نفذ. وفي الفصول نقلاً عن فتاوى رشيد الدين: الزوج الثاني إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانياً وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مساعاً وهو صريح: «ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها» [الأحزاب: ٤٩] وهو أيضاً مذهب زفر. ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كمذهب الشافعي يصير متفقاً. ولو قضى بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لأنه خلاف الجمهور، وينفذ القضاء بجواز بيع المدبر. ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم العمد بناء على قول البعض أنه لا حق لها في القصاص لا ينفذ. ولو زنى بأم امرأته فقضى بإقرار البنت معه نفذ. وحكى في الفصول فيما إذا زنى بامرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافاً عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه، وعند محمد يجوز، وبصحة السلم في الحيوان ينفذ، وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحداً منهم وبالشهادة لأبيه، وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد، وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقداً موقتاً بلفظ المتعة نحو متعيني بنفسك عشرة أيام لا ينفذ. ولو قضى برذ زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضي الله عنه يقول بردها بالعيوب الخمسة، وكذا بصحة رد الزوجة له. ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا إقرار ولا بيعة لم ينفذ، وكذا إذا قضى أن لا يؤجل العنين. هذا في القضاء بالمجتهد فيه. أما إذا كان نفس القضاء مجتهداً فيه فهذه فريعات منه، وأصله أن الخلاف إذا كان في نفس القضاء والواقع توقف على إمضاء قاض آخر فإن أمضاه ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه: أعني قضاء الأول. وعليه فرع إذا قضى بالحجر على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضاء فيتوقف على إمضاء قاض آخر، وقيل أن يمضيه الثاني نقضه لأنه ليس قضاء في مجتهد فيه، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مختير بين أن يجيزه أو يرده لأن الخلاف وقع في نفس القضاء، ومنه ما لو قضى المحدود أو الأعمى. وأما قضاء السلطان في أمر فالأصح أنه ينفذ، وقيل لا ينفذ. فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر. وقيل في مسألة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الأول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه نفذ قضاء الثاني بإطلاقه عن الحجر قوله: (والأصل) حاصله توجيه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع إليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الأول في الصحة مثلاً فتعارض اجتهادهما وترجح الأول

(والأصل) في تنفيذ القاضي ما يرفع إليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة (أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيه ينفذ

(١) حديث حسن يأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي

باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه قوله: (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وإن كان عامداً ففيه روايتان) عنه (ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين) لأن رأيه يحتمل الخطأ وإن كان الظاهر عنده الصواب، ورأى غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطأه فليس واحد منهما خطأ بيقين، فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ. ووجه عدم النفاذ أن قضاء مع اعتقاد أنه غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريره إلى جهة فصلى إلى غيرها لا يصح لاعتقاده خطأ نفسه، فكذا هذا، وبه أخذ شمس الأئمة الأوزجدي. وبالأول أخذ الصدر الشهيد وفتح بعضهم عليه أن ما يفعله القضاة من الإرسال إلى الشافعي ليحكم بطلان اليمين المضافة لا يجوز إلا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي وإلا كان مقلداً لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل. قال الشيخ أبو المعين: هذا خلاف ما عليه السلف، فإنهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذاً وإن كان مخالفاً لرأي الخلفاء انتهى. وأؤكد الأمور في هذا حكم شريح بما يخالف رأي علي كثيراً وهو يعلم ويوافق كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله، فقيل صح عن عمر رضي الله عنه أنه قلّد أبا الدرداء القضاء فاختم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم نفى المقضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال: قضى عليّ فقال: لو كنت مكانه قضيت لك، قال: فما يمنعك؟ فقال عمر: ليس هنا نص والرأي مشترك وغير ذلك. وتحقيقه أن القاضي المرسل يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل إليه. مأمور به من عند الله، فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته لحكم الله الثابت في نفس الأمر، لكن القطع بأن المكلف به منه تعالى ليس إصابة ذلك بل العمل بمظنونه، وإن خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان إرسال الحنفي إليه إرسالاً لأن يحكم بما أمره الله تعالى، ولا جناح عليه في ذلك مع علمه أن الله جوز له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من أفتاه به أو حكم به عليه. واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل أنه المرجح عنده. هذا عند أبي حنيفة (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) يعني وجه النسيان والعمد (لأنه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه ببسیر تأمل، ومع ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما. وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى. والوجه في هذا الزمان أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل. وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، وهذا كله في القاضي المجتهد. فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم. هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حمل الإقدام على القضاء بخلاف مذهبه. وقال: وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه. وجه المنع قوله تعالى: ﴿وَأَن احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ الآية. واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره. والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه إجماعاً، وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس إلا قضاؤه، بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فإنه لم يحكم فيه بشيء. هذا ومن تنمة اليمين المضافة أنه إذا فسح اليمين المضافة بعد التزوّج لا يحتاج إلى تجديد المقد، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسح حكى عن برهان الأئمة يكون الوطاء حلالاً، ولو كانت اليمين كل امرأة أتزوجها فتزوّج امرأة وفسخت اليمين ثم تزوّج بأخرى هل

ولا يرد غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول) في أن كلا منهما يحتمل الخطأ (وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه) درجة وهو ما لم يتصل القضاء به. ولقائل أن يقول: القضاء في المجتهد فيه متفرّع على رأي المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحاً لأصله. ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحاً لأصله من حيث هو منه أو مطلقاً. والثاني ممنوع فإنه يجوز أن يكون مرجحاً لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع، إذ الشيء المساوي للشيء في

حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً ففيه روايتان) ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقين، 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

يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة؟ ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا. وفي المنتقى ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج. واختلف فيه المشايخ أيضاً.

وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضي القاضي عند تزوج امرأة ببطلان اليمين الواقعة مطلقاً من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة، وسنذكر في أمر الفتوى فيها كلاماً آخر في باب التحكيم قوله: (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بإحلال) يكون حلالاً عند الله تعالى وإن كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين) للحلل والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق، وهذه المسألة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بأن القضاء بالعدو والفسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضي نافذ عند أبي حنيفة باطناً خلافاً لصاحبيه وباقي الأئمة. ومن المثل: ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي جاحدة وأقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطؤها ولها التمكين خلافاً لهم، وكذا إذا ادعت نكاحاً على رجل وهو يجحد، ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشتريتها حل للمنكر وطؤها إذا قامت البينة الزور وقضى بها، وكذا في الفسوخ بالبيع والإقالة. وفي الهبة روايتان. ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثاً وهو ينكر فأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال، ولا يحل عند الأئمة إذا كان عالماً بكذب الشهود. ومن صور التحريم: صبي وصبية سبياً فكبراً وأعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربي مسلماً وأقام بينة أنهما ولداه قضى القاضي بينهما بالفرقة، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهد زور لا يحل للزوج وطؤها عنده لأن القضاء بالحرمة نفذ باطناً وظاهراً. ومحمد في هذا الفرع مع أبي حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود، وأجمعوا في الأملاك المرسله عن تعيين سبب أنه لا يحل باطناً، والوجه في الأصل. والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والأكفاء، ومن الأوجه لأبي حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهراً وباطناً فأمر الله أولى، والقاضي مأمور بذلك منه جلا وعلا. وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين ينفذ باطناً وإن كان أحدهما كاذباً فليس بشيء. وفي الخلاصة: وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف فقضى له بها لا يحل وطؤها، وأن الشهود لو ظهوروا عبيداً أو كفاراً أو محدودين لا ينفذ باطناً. وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية فقضى القاضي بأنها ثلاثاً أخذاً بقول عليّ نفذ القضاء ظاهراً وباطناً، ثم بعد ذلك إن كان

القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر، ولأول مسلم وليس الكلام فيه، ويؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه لما شغله أشغال المسلمين استعان بزید بن ثابت رضي الله عنه، فقضى زيد بين رجلين ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين فقال: إن زيدا قضى عليّ يا أمير المؤمنين، فقال له عمر: لو كنت لقصيت لك، فقال: ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة؟ فاقض لي فقال عمر: لو كان هنا نص آخر لقصيت لك، ولكن هاهنا رأي والرأي مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله، وإن كان عامداً ففيه روايتان. ووجه النفاذ) وهو دليل النسيان أيضاً بطريق الأولى (أنه ليس بخطأ بيقين) لكونه مجتهداً فيه، وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات. ووجه عدمه أنه

قوله: (لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول الخ) أقول: وفيه أن اعتقادنا لمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب، ومذهبنا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالأول عندنا قوله: (ويؤيده ما روي عن عمر الخ) أقول: قال الزيلعي: وقد صح أن عمر لما كثرت أشغاله قلد القضاء أبا الدرداء وساق القصة قال المصنف: (وإن كان عامداً ففيه روايتان) أقول: قال النسفي في الكافي وفي الصغرى: إذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اهـ. قال ابن الهمام: الوجه في هذا الزمان

وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول.

الزوج مجتهداً يتبع رأى القاضي عند محمد، وعند أبي يوسف يتبع رأي القاضي إن كان مقضياً عليه، وإن كان مقضياً له يتبع أشد الأمرين عليه، وإن كان عامياً فإن استفتى فما أفتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى. والوجه عندي قول محمد لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين، وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنعه من القربان قبل القضاء، أما بعده وبعد نفاذه باطناً كما فرضت المسألة فلا قوله: (ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه، وقال الشافعي

زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف: (وعليه الفتوى) قال: (ثم المجتهد فيه أن ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا) لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجتهد فيه لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لأنه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتماد، بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذه كما مر، فإن نقضه فوقع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني، لأن الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالإجماع، والثاني مخالف للإجماع ومخالف الإجماع باطل لا ينفذ، والبراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء﴾ فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريتته التي وطئها الأب، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أي جلّ الناس وأكثرهم (ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلاف لا اختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له أحد ذلك فلم يتبعه وأنكروا عليه، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع منعقد على الحرمة بدون، فأما إذا سوغ له ذلك لم ينعقد الإجماع بدون 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 حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة، ولعله اختيار المصنف ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الأقل غير مانع لانعقاده لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء قوله: (والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول) معناه أن الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم، وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الأول ورفع ذلك إلى حاكم لم ير ذلك كان له أن ينقضه. قال: (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم النخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر: أي فيما بيننا فهو في الباطن: أي عند الله حرام، وكذا إذا قضى بإحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كتنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لا في الأملاك المرسلة وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور، فمن العقود ما إذا ادعى على امرأة نكاحاً وأنكرت فأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة التمكين منه على قول أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الأول خلافاً لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر، وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر. ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة

أن يفتي بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، ثم قال: وأما الناسي فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره، وهذا كله في القاضي المجتهد، وأما المقلد فإنما ولاء ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم أه قوله: (بطريق الأولى) أقول: وجه الأولوية أن التعمد يكون لهوى باطل بخلاف النسيان. قوله: (لأن القاضي يصير منشأ) أقول: الظاهر أن يقال منشأه قوله: (لأنه تبرج) أقول: أي من وجه قوله: (فإذا دخل بها لا يحل) أقول: بوجود العدة كالمكسوة إذا وطئت بشبهة.

قال: (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بإحلال، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مزت في النكاح.

قال: (ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق. ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد، ولأنه

يجوز) إذا كان غائباً عن البلد أو فيها وهو مستتر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد، وإن كان في البلد غير مختف فله قولان أصحهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك. والفرق أن في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفي غيره لا. احتجوا بقوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١) فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل. ولنا قوله ﷺ لعلي حين استقضاه على اليمين: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر»^(٢) وقدمناه من رواية أبي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه، فعلم أن جهالة كلامه مانعة من القضاء، وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم معه، ولأن حجبة البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز المنكر عن الدفع والظن فيها، والعجز عنه لا يعلم إلا مع حضوره أو نائبه، ولأن شرط العمل بها الإنكار حتى لا تسمع على مقر، ولا يقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء وبغيته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها وهو الإنكار، وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم، ولا يكفي في الحكم بثبوته كونه الأصل لأنه

الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعثني هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشترت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعاً سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شاهداً فيه وبالبيع بضمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتغابن فيه الناس أو لا عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط لإنشاء النكاح قصداً والإنشاء هاهنا يثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وإن لم يملك التبرع فكان كسائر المبادلات. وقال بعضهم: إنما يثبت النكاح والبيع إذا كان القضاء بمحضر من الشهود لأنها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضي يصير منشئاً وإنما يصير منشئاً فيما له ولاية الإنشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لأنه تبرع. ومن الفسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد في الجارية وأقام شاهدي زور ففسخ القاضي حل للبايع وطؤها. ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً وأقام شاهدي زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثاني وطؤها ظاهراً وباطناً علم أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك، وقالوا: إن كان عالماً بحقيقة الحال لا يحل له ذلك الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطناً، وإن لم يعلم بها حل له ذلك، وأما الزوج الأول فلا يحل له الوطء عند أبي يوسف آخراً وإن كانت الفرقة لم تقع باطناً، لأنه لو فعل ذلك كان زانياً عند الناس فيحدونه. وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبي يوسف الآخر يحل وطؤها سراً؛ وعلى قول محمد يحل للأول وطؤها ما لم يدخل بها الثاني، فإذا دخل بها لا يحل سواء علم الثاني بحقيقة الحال أو لم يعلم. قال: (ولا يقضي القاضي على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه. وقال الشافعي: إن غاب عن البلد أو على مجلس الحكم واستتر في البلد جاز، وإلا لا يصح في الأصح لأن في الاستتار تضييعاً للحقوق دون غيره، واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود

قوله: (قلنا إذا كانت شرطاً للخ) أقول: فيه تأمل، ثم الظاهر أن يقال: إذا كان بدل قوله إذا كانت قوله: (وبأنه مفيد للخ) أقول: ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعي عليه مع المدعي إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم.

(١) يأتي في أول كتاب الدعوى.

(٢) تقدم في أول باب أدب القاضي مستوفياً، وهو حسن.

يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتهبه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة، ولو أنكر ثم غاب فكذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بإنابته كالوكيل

يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده، ولذا قلنا جميعاً فيمن قال لعبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطاً لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده بناء على الأصل. فإن قيل: الخلاف ثابت فيما لو حضر وأنكر ثم غاب. قلنا: لأن بقاء الإنكار شرط القضاء بالبينة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه إلا بالنظر إلى الأصل ولا عبرة به، وإنما يقضى عليه بالبينة إذا حضر وسكت لإنزال الشرع إياه منكرراً لا لأنه غير منكر، وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لأنه إما أن يقر أو ينكر. وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشيء لأن مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البينة أولاً فيطعن في البينة ويشتهبه أو لا يطعن فيقضيه عليه بالبينة، ومع غيبته يشتهبه وجه القضاء فلا يجوز، وهذا لأن حكم الحاكم بالبينة أن ينفذ في حق سائر الناس وبالإقرار يقتصر على

الحجة وهي البينة، فإذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضي العمل بمقتضاها. ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خير يحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جعله حجة ضرورة قطع المنازعة، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الإنكار ولم يوجد، فإن قال قد عملتم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت. أجيب بأن الشرع أنزله منكرراً حملاً لأمره على الإصلاح، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعاً لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعي عن سماع الحجة فكان الإنكار موجوداً حكماً، وإن قال سلمنا أن لا منازعة إلا بالإنكار لكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار، إذ الأصل في اليد الملك. قلنا: ممنوع، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعي صادق ظاهر الوجود ما يصرفه عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً. وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك. قلنا إذا كانت شرطاً فالملازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط، وسيأتي له جواب آخر. وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لأنه إن حضر فأقر لزم الدعوى وإن أنكر فكذلك. فالجواب بأن النزاع في ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع، بأنه مفيد لاحتمال أن يطعن في الشهود ويشتهبه أن يسلم الدعوى ويدعي الأداء ويشتهبه، أو يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة، ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه إبطاله، وصون الحكم عن البطلان من أجل الفوائد قوله: (ولأنه يحتمل الإقرار الخ) دليل آخر على المطلوب، والضمير للشأن، ويجوز أن يتنازع أن يشتهبه في وجه القضاء وأعمل الثاني؛ ومعناه أن الشأن يحتمل الإقرار والإنكار، أو وجه القضاء يحتملهما من الخصم فيشتهبه على الحاكم وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة، فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة، وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل إذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فإنه يأخذها وولدها، وإن أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لأن البينة حجة مطلقة كاسمها مبينة فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفرعاً عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض، فإن استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي» فإنه لا يفصل بين كون الخصم حاضراً أو غائباً، أو حديث هند حيث قالت: «يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال: خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك ولذلك بالمعروف» فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب أجنبناه عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئاً فعلياً إقامة البينة، وهو مع كونه متروك

قوله: (والضمير للشأن) أقول: فيه بحث، فإن الجملة بعده تحتمل ضميره إلا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح قوله: (ويجوز أن يتنازع أن يشتهبه الخ) أقول: وأتى بضميره في الأول، والإضمار قبل الذكر جائز في باب التنازع، إلا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج إلى لبيان قوله: (وعن حديث هند الخ) أقول: ولأنه لم يكن قضاء وإنما كان فتوى قوله: (وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول: وفيه تأمل قوله: (واعلم أن قيام الحاضر الخ) أقول: كأنه يشير إلى أن المضاف مقدر قبل قوله ومن يقوم مقامه: أي وقيام من يقوم.

أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي، 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 وقد عرف تمامه في الجامع.

المقر، ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وولدها، ولو أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها وبالبينة ترجع الباعة بعضهم على بعض. وما ذكرناه فيما لو أنكر ثم غاب قول أبي حنيفة؛ لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه قال: يحكم بها لأن إنكاره سمع نصاً فوجد شرط حجيتها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالإقرار. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد أنه لا يقضى بالبينة ويقضى بالإقرار، وهو قول أبي حنيفة لأن في البينة للمدعى عليه حق الطعن في البينة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق، أما ليس له حق الطعن في إقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقاً له. وكان أبو يوسف يقول أولاً: لا يقضى بالبينة والإقرار على الغائب جميعاً، ثم رجع لما ابتلي بالقضاء وقال: يقضى فيهما جميعاً واستحسنه حفظاً لأموال الناس، فإذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه، فمن يقوم مقامه أحد ثلاث: نائب بإنباته كوكيله، أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي. وقد يكون حكماً: يعني شخصاً يقوم مقامه حكماً، أي يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم له، واقتصر المصنف عليها نفيًا للمسخر من جهة القاضي فإن فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي لسمع عليه الدعوى، وكذا لو أحضر المدعي رجلاً غير خصمه لسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته، وإنما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد أن يبعث أمناءه إلى باب داره فينادي على باب داره ويقول احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك، أما في غير ذلك الموضوع فلا. وذكر محمد في الجامع. رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بيته على وكالته قضى عليه بالوكالة: يعني على الغائب. قال شيخ الإسلام: فيه دليل على جواز الحكم على المسخر، فإنه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب. قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي أنه مسخر. والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينفذ، وغيرهما من المشايخ قالوا: لا ينفذ، وفي مفقود خواهر زاده. لا ينبغي للقاضي أن يقضي للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضي على الغائب، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلًا وأنفذ الخصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى. والذي يقتضيه النظر أن يقال إن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على إمضاء قاض، لأن نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه، وحيث قضى على غائب فلا يكون عن إقرار عليه. ومن فروع مسألة عجيبة في الفصل الأول من الفتاوى الصغرى: عين في يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها إلى المدعي حتى لا يكون قضاء على الغائب

الظاهر لأن الخصم إذا أقر ليس على المدعي إقامة البينة ليس بمحل للنزاع، وإنما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا، وليس فيه ما يدل على نفي أو إثبات، وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله ﷺ لعلي حين بعته إلى اليمن: «لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر، فإنك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي» رواه الترمذي وقال: هذا حديث حسن. وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان؛ ألا ترى

قوله: (فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول: جزء، فإن كان في قوله فإن كان سبباً لازماً الخ المتقدم عليه بسبعة أسطر تخميناً.

قال: (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة

بالشراء بإقراره، وهي عجيبة لأنه اعترف بالملك للمدعي ولا يقضى عليه بالتسليم. قال: وأحال الصدر الشهيد هذه المسألة إلى باب اليمين من أدب القاضي ولم أجد لها ثمة. وأما الثالث فما إذا كان ما يدعيه على الغائب سبباً لا محالة، لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان) ما يدعيه الغائب (شرطاً لحقه) لا سبباً لا محالة، أو قد يكون سبباً وقد لا يكون (فإنه لا معتبر به في جعل الحاضر خصماً عن الغائب) قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع). مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسائل: ثلاث فيما يكون المقضي شيتين، وثلاث فيما يكون واحداً. أما ثلاث الواحد: إحداها ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإنه يقضى بها في حق الحاضر والغائب، لأن الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لا محالة للملكه. والثانية ادعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما يدوب^(١) له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعي البينة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب، حتى لو حضر وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره. الثالثة ادعى شفعة في دار في يد إنسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من أحد فأقام المدعي البينة أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذي اليد والغائب. ومثال ثلاث الشيتين: إحداها قذف محصناً فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعليّ حد العيب وقال المدعي المقذوف بل أعتقت مولاك فعليك حد الأحرار والمولى غائب فأقام البينة على ذلك تقبل هذه البينة ويقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعاً، حتى لو حضر وأنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره فالعتق سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر فهما شيتان. الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عليه هما عبدان لفلان الغائب فأقام المشهود له البينة أن مولاها أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البينة ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولى الغائب لأن العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة. الثالثة رجل قتل رجلاً عمداً وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبه مالاً وأنكر القاتل فأقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعاً. فإن قيل: هذا منتقض بما إذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصر يد الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتباً عند أبي حنيفة وأقام البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة أصلاً مع أن إعتاق الغائب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر عنه لا محالة. أجب بأن عدم القبول عنده هنا لا لعدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لأن الساكت إذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتباً من جهة المعتق، وإن اختار الاستسعاء يصير مكاتباً من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة مجهولاً فلم يقبل. وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر، بل قد يكون وقد لا يكون، فقد

أنها لم تقم البينة قوله: (لو أنك ثم غاب فكل ذلك) يعني لا يقضى القاضي في غيبته وإن وجد منه الإنكار، وكذا إذا أنكروا وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء) لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سيأتي (وفيه خلاف أبي يوسف) فإنه يقول: الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب. وأجب أن الاستصحاب يصلح للرفع لا للإثبات. قال: (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك. واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب إما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكماً شرعياً، والأول إما أن يكون الفاعل هو الغائب كما إذا وكل شخصاً وهو ظاهر أو القاضي كما إذا أقم وصياً من جهته. والثاني إما أن يكون ما يدعي به على الغائب سبباً لازماً لما يدعي به على الحاضر أو شرطاً لحقه، فإن كان سبباً لازماً سواء

(١) ذاب: وَجَبَ. وذاب لي عليه حق: وجب له مغرب.

مضمونة، والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وإن أقرض الوصي ضمن) لأنه لا يقدر على الاستخراج،

يكون أيضاً شيئين وقد يكون واحداً، وبيانه في مسألتين: إحداهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك إليه فأقام العبد البينة أن مولاه أعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد إلى إعادة البينة به. والثانية رجل قال لامرأة غائب وكلني زوجك بحملك إليه فأقامت بينة أنه طلقها ثلاثاً يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق، فلو حضر وأنكر الطلاق يحتاج إلى إعادتها أو بينة أخرى فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد، لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة، وقد يتحقق موجباً للانعزال فأن وجد بعد الوكالة، فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق، فمن حيث أنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصماً عن الغائب، ومن حيث أنه قد يكون سبباً قبلنا البينة فيما يرجع إلى حق الحاضر في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لأنه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق، ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق فلا يقضى بالطلاق والعتاق. ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين، إلا أن ما يدعيه على الغائب ليس سبباً لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء فبيانه في مسائل: إحداهما قالوا فيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع أنه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فأقام المشتري على ذلك بينة فإنه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان: الرد بالعيب على الحاضر، والنكاح على الغائب. والنكاح المدعى به على الغائب ليس سبباً لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها، فإن أقام البينة على البقاء بأن شهدوا على أنها امرأته للحال لا تقبل أيضاً لأن البقاء تبع للابتداء والثانية المشتري شراء فاسداً إذا أراد البائع الاسترداد فأقام البينة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لإبطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق البائع في الاسترداد لجواز أنه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد، وإذا لم يكن خصماً في إثبات نفس البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء لأن البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا. الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنيها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي بيدك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفيع البينة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيئان، والمدعي على الغائب من شراء الدار ليس سبباً لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقاء، لأنه لو فسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة، وإنما

كان المدعي واحداً كما إذا ادعى داراً في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام المدعي بينة أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإن المدعي وهو الدار شيء واحد، وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للملك لا محالة، أو شيئين مختلفين، كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه هما عبداً فلان الغائب فأقام المشهود له بينة أن فلاناً الغائب أعتقهما وهو يملكهما تقبل هذه الشهادة، والمدعي شيئان: المال على الحاضر والعتق على الغائب، والمدعي على الغائب سبب المدعي على الحاضر لا محالة لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصماً عن الغائب، لأن المدعي شيء واحد في الأول أو كشيء واحد في الثاني لعدم الانفكاك، فإذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره ولا يحتاج إلى إعادة البينة، ولهما نظائر في الكتب المبسوطة، والمصنف لم يتعرض إلا للسببية، وأما أن يكون المدعي شيئاً واحداً أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم، فإن الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه، وقيدنا السبب بقولنا لازماً احترازاً عما إذا كان سبباً في وقت دون وقت. فإن الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب إن زوجك فلاناً الغائب وكلني أن أحملك إليه، فقالت إنه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بيئتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى إذا حضر وأنكر الطلاق يجب

والأب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج.

تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بينة عليه؛ ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضاً لما ذكرنا. وأما ما يكون شرطاً فعامّة المشايخ فيه على أنه لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب فيما يدعيه. وصورته: قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، فادعت أن فلاناً طلق زوجته وأقامت البينة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لأنه ابتداء القضاء على الغائب. وقد أفتى بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصماً عن الغائب، ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصح وإن كان فلان غائباً. والجواب أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له فصار الأصل أن ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق الغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب، وما تضمن إبطالاً عليه لا يقبل قوله: (ويقرض القاضي أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق) وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الإقراض، وهذا (لأن في الإقراض مصلحتهم) لأن بقاءه على وجه الأرض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر، وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة (والقاضي يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الإقراض بخلاف الوصي فإنه لا يقدر على الاستخراج، إذ ربما لا يوافقه الشهود أو لا يجدهم، ولو وجدهم فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل، وفي الجئو بين يدي القضاء ذل وصغار فكان إضراراً بالصغار على الاعتبار (والأب كالوصي في أصح الروايتين) لأنه لا يقدر على الاستخراج. ووجه الأخرى أنه أعم ولاية من الوصي لأنها في المال والنفس كولاية القاضي، ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر، والظاهر أنه يقرض ممن يأمن جحوده، وعلى هذا قالوا: لو أخذ الأب قرضاً لنفسه يجوز وإن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز. والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه، بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج، ولا يخفى أن قدرة هذا إنما تفيد مع وجود الملاءة. أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة، وعن هذا قال الخفاف: ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختل حال أحد منهم يأخذ منهم المال قبل

عليها إعادة البينة لأن المدعي على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يده، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلاً بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلاً بالحمل قبل الطلاق فكان المدعي على الغائب سبباً لثبوت المدعي على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: يقضي بقصر اليد دون الطلاق عملاً بهما. فإن قيل: كلام المصنف ساكت عن هذا القيد قلت: اكتفى بالإطلاق لصرف المطلق إلى الكامل عن التقييد، وإن كان أعني ما يدعي به على الغائب شرطاً لحقه، 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 قال المصنف: فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب وهو قول عامة المشايخ، لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب. وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة الأوزجندي إن البينة تقبل ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب، لأن دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط. لا يقال: المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين، لأن المعتبر توقف ما يدعي على الحاضر على ما يدعي على الغائب وهو في الشرط موجود. وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضي وهو من ينصبه وكيلاً عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصي من جهة القاضي لأن كلامه فيمن يقوم

قوله: (والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول: فيه تأمل قوله: (وأخرج المصنف، إلى قوله: كالوصي) أقول: فيه شيء فإن كاف التشبيه تدل على خلاف ما ذكره.

قوله: (ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ) أقول: فيه إشارة إلى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولاً له ليكتب. وعندني أن قوله ذكر الحق علم للصك كما يفهم من قول المصنف في أواخر مسائل شتى.

أن يعسر فلا يقدر، وكذا لو كان المستقرض معسراً في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه، وقد انتظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولتفصلها. فعندنا وفي قول للشافعي أنه يجوز، وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز، وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لأنه ﷺ قال لهند بنت عتبة «خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١) فهذا قضاء بعلمه، وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضائه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حدّ خالص لله من قرض أو بيع أو غصب أو تطليق رجل امرأته أو قتل عمد أو حدّ قذف. وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم ولي فرفعت إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضائه في غير مصره ثم دخله فرفعت إليه لا يقضى عنده، وقال: يقضى وفي التجريد جعل قول محمد مع أبي حنيفة، ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلداً للرستاق أو لم يكن، وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمفاضة لا ينفذ عند أبي حنيفة ومحمد. ونص أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد، وهكذا في النوادير عن محمد. ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء، فعند أبي حنيفة لا يقضى، وعندهما يقضى. وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقاً، والله الموفق.

مقام الغائب والمسخر لا يقوم مقامه، ذكره في الذخيرة وهو إحدى الروايتين فيه فكأنه اختاره. قال: (ويقرض القاضي أموال اليتامي البغ) للقاضي أن يقرض أموال اليتامي ويكتب الصك لأجل تذكره الحق وهو الإقراض، لأن في إقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فإن القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالوديعة إن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة، وبالقرض تصير محفوظة مضمونة فيقرضها. فإن قيل: نعم هو كذلك لكن لم يؤمن التوى لوجود المستقرض، أجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوماً له وبالكتابة يحصل الحفظ ويتنفي النسيان، بخلاف الوصي فإنه ليس له أن يقرض، فإن فعل ضمن لأن الحفظ والضمان وإن كان موجودين بالإقراض لكن مخافة التوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تعدل، والأب كالوصي في أصح الروايتين لأنه عاجز عن الاستخراج، وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصدر الشهيد والعتابي، وفي رواية: يجوز له ذلك لأن ولاية الأب نعم المال والنفس كولاية القاضي، وشفقته تمنع من ترك النظر له، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جوده، وإن أخذه الأب قرضاً لنفسه فالقرض يجوز. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢١١ و ٥٤٦٣ و مسلم ١٧١٤ ح ٧ وأبو داود ٣٥٣٢ والدارمي ١٥٩/٢ والنسائي ٨/ ٢٤٧-٢٤٦ وابن ماجه ٢٢٩٣ والشافعي ٦٤/٢ والحميدي ٢٤٢ وأحمد ٦/ ٣٩. ٢٠٦.٥٠ وابن حبان ٤٢٥٥ والبيهقي ٤٦٦/٧ و ١٤١/١٠. ٢٦٩. ٢٧٠ والبغوي ٢١٤٩ و ٢٣٩٧ كلهم من حديث عروة عن عائشة قالت: «قالت هند للنبي ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس لي إلا ما يُدخِل عليّ. قال: خذي ما يكفيك، وولّدك بالمعروف».

ورواية: لا حرج عليك أن تنفقي بالمعروف عليهم وهي عند البخاري ٢٤٦٠ و ٥٣٥٩ و ٣٨٢٥ و ٦٦٤١ و ٧١٦١ و مسلم ١٧١٤ ح ٨.٩ وأبو داود ٣٥٣٣ وأحمد ٦/ ٢٢٥ والبيهقي ٢٧٠/١٠ والبغوي ٢١٥٠ وابن حبان ٤٢٥٧ كلهم من حديث عائشة.

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 فيشترط أهلية القضاء، ولا

باب التحكيم

هذا أيضاً من فروع القضاء، والمحكم أحط رتبة من القاضي، فإن القاضي يقضى فيما لا يقضي المحكم فأخذه عنه، ولهذا قال أبو يوسف: إنه لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته، بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح، أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك. والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى: ﴿فابشروا حكماً من أهله﴾ [النساء: ٣٥] الآية، وفيه نظر. وأما السنة فما قال أبو شريح: «يا رسول الله إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال عليه الصلاة والسلام: ما أحسن هذا»^(١) رواه النسائي وأجمع على أنه ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله ﷺ^(٢). وروي أنه كان بين عمر وأبي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر: هلا بعثت إلي قاتيك يا أمير المؤمنين، فقال عمر: في بيته يؤتى الحكم، فدخل بيته فالتقى لعمر وسادة، فقال عمر: هذا أول جورك فكانت اليمين على عمر، فقال زيد لأبي: لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر:

باب التحكيم

هذا باب من فروع القضاء، وتأخيره من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضي بحكمه وعموم ولاية القاضي. وهو مشروع بالكتاب والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فابشروا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾ والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (وإذا حكم رجلان رجلاً فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فيصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لأنه بمنزلة فيما بينهما) واعتراض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف 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

باب التحكيم

قوله: (وعموم ولاية القاضي) أقول: المراد بعموم ولاية القاضي هو تعدي الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وأمثاله، لا أنه يجب أن يكون مولى على آحاد كثيرة من الناس فإنه قد يفوض إليه الحكم في قضية واحدة بين الشخصين المبينين كما لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال: لا يطلق اسم القاضي لمثل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٩٥٥ من حديث هانئ بن يزيد أبي شريح، وفيه قصة، وهي أنه كان يكنى بأبي الحكم فغيره رسول الله ﷺ وقال له: إن الله هو الحكم، فُلِّمَ تكنى أبا الحكم.

(٢) وفيه يزيد بن مقدم صدوق كما في التقريب. وبقية رجاله ثقات كلهم.

(٣) صحيح. أخرجه البخاري ٣٠٤٣ و ٣٨٠٤ و ٤١٢١ و ٦٢٦٢ ومسلم ١٧٦٨ وأبو داود ٥٢١٥ و ٥٢١٦ والنسائي في الفضائل ١١٨ وأحمد ٣/ ٧١ وابن سعد ٣/ ٤٢٤ وابن حبان ٧٠٢٦ وأبو يعلى ١١٨٨ والطبراني ٥٣٢٣ والبيهقي ٦/ ٥٨. ٥٧ و ٦٣/ ٩ والبيهقي ٢٧١٨ كلهم من حديث أبي سعيد الخدري: «أن بني قريظة نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى سعد، فجاه على حمار، فقال رسول الله ﷺ: قوموا إلى خيركم، أو إلى سيديكم. قال: إن هؤلاء قد نزلوا على حكمك. قال: فإني أحكم فيهم أن يُقْتَلَ مقاتلتهم، وتُسبَى ذريتهم. فقال رسول الله ﷺ: لقد حكمت فيهم بحكم الله، وقال مرة: لقد حكمت بحكم الملك.»

ورود من حديث عائشة مطولاً. أخرجه أحمد ٦/ ١٤٢. ١٤١ وابن أبي شيبة ١٤١. ٤٠٨. ٤١١ وابن سعد ٣/ ٤٢٣. ٤٢١ وابن حبان ٧٠٢٨ وإسناده حسن ورجاله ثقات، والعمدة حديث أبي سعيد

يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبّي لانعدام أهلية القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم

يمين لزمّتي، فقال أبي: نعفي أمير المؤمنين ونصدقه^(١)، وليعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبّيس، وإنما هي لاشتباه الحادثة عليهما فتقدما إلى الحكم للتبيين لا للتلبّيس. وفي الحديث جواز التحكيم وأن زيدا كان معروفاً بالفقه. وقد روي أن ابن عباس رضي الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذ بركابه عند ركوبه، وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا، فقبل زيد يده وقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا^(٢). وفيه أن الإمام لا يكون قاضياً في حق نفسه، وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتي إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه لياتيه وإن كان أوجه الناس. وأما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله ﷺ: «إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه»^(٣) وبسط النبي ﷺ رداء لعدي بن حاتم، وأن الخليفة ليس كغيره، واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول، وأنه لا بأس بالحلف صادقاً، وامتناع عثمان عن اليمين حين لزمته كان لأمر آخر^(٤)، وأن اليمين حق المدعي له أن يستوفيه وتسقط بإسقاطه قوله: (وإذا حكم رجلان رجلاً) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) إلى أن حكم (جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما) وسنذكر لهذا تخصيصات: أولها قوله: (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلاً للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي) إلا أن يحكمه ذميان لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و) كذلك (المحدود في القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة. والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الفاسق ينفذ حكمه. وقوله: (وينفذ

تفويض (وإذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكما امرأة فيما يثبت بالشبهات جاز لأنها من أهل الشهادة فيها) قال: (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح حاكماً ولا محكماً، فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي إن حكمه المسلمون، وإن حكمه أهل الذمة جاز لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم، وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه، وتقليد الذمي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون

قال المصنف: (فيشترط أهلية القضاء) أقول: وفي المحيط: يشترط أن يكون الحكم أهلاً للشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم جميعاً، حتى أنه إذا لم يكن أهلاً للشهادة وقت التحكيم وصار أهلاً للشهادة وقف الحكم بأن كان الحكم عبداً فأعتق وحكم لا ينفذ حكمه. هكذا ذكر صاحب الأفضية والشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسأله في فصل التقليد والعزل بخلاف هذا انتهى. المسألة المذكورة في فصل التقليد هو أنه إذا استقضى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضي بذلك الأمر في باب الجمعة من صلاة المنتقى، رواه إبراهيم عن محمد. والعبد إذا استقضى ثم عتق كان له أن يقضي بذلك الأمر انتهى. واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم المذكور في النهاية ومعراج الدواية أيضاً قوله: (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول: في المحيط: ويجوز تحكيم المكاتب والصبّي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى. وفي شرح الكافي: المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر.

(١) موقوف ضعيف. أخرجه البيهقي ١٤٥/١٠ بسنده عن الشعبي مرسلأ. وفيه محمد بن الجهم لا يُعرف. فللخبر علتان الارسال، وجهالة ابن الجهم هذا والله أعلم.

(٢) موقوف جيد. أخرجه الحاكم ٤٢٣/٣ في مناقب زيد وقال: صحيح على شرط مسلم، وواقفه الذهبي. تنبيه: ليس في النسخة المطبوعة من المستدرک زيادة: فقبل زيد... وقد ذكرها محقق المستدرک نقلاً عن كثر العمال.

(٣) ضعيف. أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات ١٦٢/٢ من حديث عائشة.

وقال: فيه سليمان بن أرقم بن حبان: يروي عن الثقات الموضوعات.

وله طريق آخر فقد أخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة سعيد بن مسلمة في ٤٥٦/٢ من حديث ابن عمر وذكره الذهبي من طريق ابن عدي، وقال: سعيد بن مسلمة قال يحيى عنه: ليس بشيء. وقال البخاري: ضعيف.

ورود من حديث معاذ. أخرجه ابن عدي ١٧٧/١ في ترجمة أحمد بن عبد الله الحرائي، وقال: حدث عن الثقات بالمتأخير.

(٤) أثر عثمان يأتي في الدعوى. والقصة معروفة حيث اختلف هو ورجل. ورواية المقداد في قدر المال الذي كان لعثمان عليه. وانظر نصب الراية

عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاها جميعاً (وإذا حكم لزمهما) لصدور حكمه عن ولاية عليهما (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إيرامه على ذلك الوجه (وإن خالفه أبطله) لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لأنه لا ولاية لهما على

حكمه عليهما) عطف على جواب المسألة: أعني قوله جاز، وهذه شروط التحكيم فقدمنها على الجواب، ولو قدم المجرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيداً للمحصر فيفيد أنه لا ينفذ على غيرهما، فلو حكماه في عيب بالبيع ففرضى برده ليس للبائع أن يرده على بائعه إلا أن يتراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده على الأول، ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله رواية واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معها، ولم يتعد لأنه كالمصالح. ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعاً حتى لو حكما عبداً فعتق أو صبياً أو ذمياً فبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الإضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد الخ من إضافة المصدر إلى المفعول، ولو اعتبرت إلى الفاعل جاز في بعضها دون بعض. وفي المغني: يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحز، وتحكيم الذمي ذمياً ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا قوله: (ولكل واحد من الحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) إذ هما المولى له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (وإذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لأنه لا يكون دون الصلح ويعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع قوله: (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم إيرامه على ذلك الوجه) بعينه قوله: (وإن خالفه أبطله).

وقال مالك وابن أبي ليلى: هو كالمقلد فلا يبطله إلا أن يكون جوراً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم، ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية الخليفة المقلد له، بخلاف الموليين له إنما لهما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي أنه لم يحكمه، ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجتهديات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا، وهذا يبين لك أن المراد من قوله وإن خاله أبطله ليس ما

الإسلام، فكذا تحكيمه، والمحدود في القذف وإن تاب لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي، والفاستق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن إذا حكم الفاستق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضي أن الفاستق لا ينبغي أن يقلد القضاء، ولو قلد جاز (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لاتفاقهما على ذلك (فلا يحكم إلا برضاها جميعاً) لأن ما كان وجوده من شيتين لا بد له من وجودهما، وأما عدمه فلا يحتاج إلى عدمهما بل يعدم بعدم أحدهما، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضاً. فإن قيل: إخراج أحدهما سمي في نقض ما تم من جهته. قلنا: ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان فإنه لازم (وإذا رفع حكمه إلى حاكم فوافق مذهبه أمضاه لأنه) إذا نقضه لم يحكم إلا بذلك (فلا فائدة في نقضه ثم في إيرامه على ذلك الوجه) وفائدة إيرامه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه، لو لم يمض لتمكن لأن أمضاه الأول بمنزلة حكم نفسه (وإن خالفه أبطله لأن حكم المحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلأنه لا يبطله الثاني وإن خالف مذهبه لعموم ولايته فكان

وقال في النهاية: هو من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل هناك انتهى. فلا مخالفة كما توهم. ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول يقال: حكمه أي فرض الحكم إليه قوله: (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الخ) أقول: المراد بالكافر ما عدا الذمي الذي بقرينة المقابلة.

دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة فلا يستباح برضاها قالوا: وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات كالطلاق والنكاح وغيرها، وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به، ويقال يحتاج إلى الحكم المولى دفعا لتجاسر العوام وإن حكماهم في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا

يعفيه ظاهره من لزوم إبطال القاضي إياه بل جواز أن يبطله وأن ينفذه. وعبرة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي قوله: (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا إحدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاص. قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاص: من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس. وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما، ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاص أطلق وقال لا يجوز، وهو الصحيح لأن حكم بمنزلة الصلح، ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح، ولأنهما يندثران بالشبهات، وحكمه شبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما، وأتى شبهة أعظم من هذا. قال المصنف قالوا: (وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات وهو صحيح) وفي الخلاصة: قضاء الحكم في الطلاق والعناق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأرش الجنائيات وقطع يد عمداً بينة عادلة جائز إذا وافق رأي القاضي. وعن أبي حنيفة: لا يجوز في القصاص. ونقل الناصحي عن أبي بكر الرازي في القصاص: ينبغي أن يجوز لأن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز، فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق بني آدم. وتوجيه المصنف بأنهما لا ولاية لهما على دمهما ولذا لا يملكان الإباحة: يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يحل للآخر قتله لا يدفعه، وهذا لأن المقضى عليه هو الأصل في التحكيم، والآخر: أعني الطالب تبع فكون أحدهما وهو الذي تحكيمه ليس الأقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر، والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه. وفي الفتاوى الصغرى: حكم المحكم في الطلاق والمضام ينفذ لكن لا يفتى به. وفيها: روي عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا، وهو أن صاحب الحادثة لو استفتى

قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده. قال: (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقاً لله تعالى باتفاق الروايات، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها، وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ، قال شمس الأئمة: من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز. وذكر في الذخيرة عن صلح الأصل أن التحكيم في القصاص جائز لأن الاستيفاء إليهما هما من حقوق العبادة فيجوز التحكيم كما في الأموال. وذكر الخصاص أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص، واختاره المصنف واستدل بقوله لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الإباحة، وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود. وقالوا في ذلك: لأن حكم المحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف قوله: (وقالوا) أي قال المتأخرون من مشايخنا (وتخصيص القدوري الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات) كالكتابات في جعلها رجعية والطلاق المضام وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك، قال شمس الأئمة الحلواني: مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها، وكان يقول: ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبا علي النسفي كان يقول: يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا. وإن حكماهم في دم خطأ لا ينفذ إلا في صورة لأنه إما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل، فإن كان الأول

قوله: (وهل هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما الخ) أقول: كالبيع فإنه لا يفسخ إلا بائناً المتبايعين. ففي الجواب كلام قال المصنف: (وإذا رفع حكمه إلى القاضي مذهبه أمضاه) أقول: فعلى هذا حكم المحكم بلزوم الوقف على مذهبهما في ديارنا يمضي الحاكم الحنفي بهذا الدليل يعينه إذ الفتوى على قولهما والمأخوذ على القضاة الحكم بالأصح.

تحكيم من جهتهم. ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه 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

ففيها عدلاً فأفتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وإمساك المرأة المحلوف بطلاقها. وروي عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه إذا استفتى أولاً ففيها فأفتاه ببطلان اليمين وسعه إمساك المرأة فإن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتزوجها فاستفتى ففيها آخر فأفتاه بصحة اليمين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملاً بفتواهما. وفي الذخير: فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثاً فبعث القاضي إلى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يجوز، وكذا لو حكما بجوز، ولا يفتى به لما مر: يعني ما قدمه من خشية تجاسر العوام: يعني على حدم المذهب. قال: وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة بجوز. ثم قال المصنف (ولو حكما به في دم خطأ قضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذا لم يحكموه، وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فإن القاضي (يرده ويقضي) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لأنه مخالف لرأيه وللنص) وهو حديث حمل بن مالك (إلا إذا ثبت القتل) وهو قتل الخطأ (بإقراره) فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل، لأن العواقل لا تعقل القاتل الثابت بالإقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لأن إقراره لا ينفذ في حقهم إذ لا ولاية له عليهم فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله، وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات إن كنت بحيث لا تعقلها العاقلة، بل تجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً، وإن بلغ خمسمائة فقضى الحكم على الجاني جاز لأنه يخالف الشرع، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلاً لأنه إن قضى على الجاني خالف الشرع، وعلى العاقلة لا يجوز لأنهم لم يحكموه قوله: (ولو أخبر) يعني المحكم لو قال: لأحدهما أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت بهذا فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر وأقام البينة لم يلتفت إلى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقياً لأن الحكم ما دام تحكيمهما قائماً كالقاضي

لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم، وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين، وإن كان الثاني رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك: «قوموا فدوه» كما سيأتي في كتاب المعامل إن شاء الله تعالى قوله: (إلا إذا ثبت) استثناء من قوله رده القاضي: أي رد قضاءه بالدية في ماله إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كان دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمداً وقضى على الجاني جاز لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعداً وقد ثبتت الجنابة بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلاً، لأنه إن قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع، وإن قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه قوله: (ويجوز أن يسمع البينة) يعني أنه لما صار حكماً عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضي بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع، وإذا أخبر المحكم بإقرار أحد الخصمين) بأن يقول لأحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا (أو بعدالة الشهود) مثل أن يقول قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فعدلوا عندي وقد ألزمتك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقضى عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي ونفذ لأن المحكم يملك إنشاء الحكم عليه بذلك (إذا كان على تحكيمهما) فيملك الإخبار كالقاضي المولى إذا قال في قضائه

قوله: (وثبت ذلك بالإقرار والنكول) أقول: فيه أنه إذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضاً فلا وجه للتقييد بالإقرار والنكول قوله: (وقد ألزمتك ذلك الخ) أقول: إنشاء الإلزام والحكم أيضاً.

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 فكذلك لا يصح القضاء لهم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لانقضاء التهمة فكذا القضاء، ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي، والله أعلم بالصواب.

المقلد، ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت إنكار إلى المقضى عليه، فكذا الحكم إلا أن يخرج المخطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لأنه بالقيام من المجلس ينعزل كما ينعزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (وحكم الحاكم) سواء كان قاضياً أو محكماً (لأبويه وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف بما إذا حكم عليهم يجوز لانتفائها قوله: (ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لأن الحكم أمر يحتاج فيه إلى الرأي) وإنما رضي الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكمان في إخبارهما عن الحكم إذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراه حتى يشهد على ذلك غيرهما، ولو شهد الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعي الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يجز لأنهما ما حملهما فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما. وإذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبداً وحرراً لم يجز، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما ولو أمر الإمام رجلاً بأن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي، ولو أمر القاضي رجلاً لم يجز إلا بإذن الإمام إلا أن يجزيه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم، ولو حكما رجلاً فأخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز، وليس للحكم أن يفوض إلى غيره، ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فأجاز القاضي لم يجز إلا أن يجيزاه بعد الحكم، وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني، ولو حكما واحداً فحكم لأحدهما ثم حكما آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده وإن كان جوراً أبطله، وكتاب الحكم إلى القاضي وقلبه يجوز، فإن كتب إليه قاض فرضي به الخصمان حكم حيثنذ بمقتضى الكتاب.

إنسان قضيت عليك لهذا بإقرارك أو بيينة قامت عندي عني ذلك (فإنه يصدق في ذلك) ولا يلتفت إلى إنكار المقضى عليه فكذا هاهنا (وإن أخبر بالحكم) مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لأنه إذا حكم صار معزولاً ولا يقبل قوله إني حكمت بكذا كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل) لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولا فرق في ذلك بين المولى والمحكم، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأن الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة، فكل ذلك القضاء. وإذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج إلى الرأي) فلو حكم أحدهما لا يجوز لأنهما إنما رضيا برأيهما ورأي الواحد ليس كإحدى المشى، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لأنهما بعد القيام انعزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل باسراه.

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال: (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالوا: يصنع ما لا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه. قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف. وقيل الأصل عندهما الإباحة

مسائل مثورة من كتاب القضاء

قوله: (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رضي الله عنه: أي بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعاً، والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه إبطال حق صاحب العلو في سكنه العلو قالوا: يصنع ما لا يضر بالعلو، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه) أي يضع عليه جذعاً أو يشرع كنيفاً. والكوة بفتح الكاف^(١). ويقال: وتَد وتَدَأ (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهم خلاف وهو في محل وقوع الشك، فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير أو وسط يجوز اتفاقاً، وما فيه شرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقاً وما يشك في الضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فعندهما لا يمنع، لأن (الأصل) فيه (الإباحة لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع) لأن اليقين يزال بالشك، كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز، ولو كاتب نصيبه لا يجوز، وللشريك حق فسخه (وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هدمه اتفاقاً، وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه. وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة. وقال شيخ الإسلام أيضاً: إذا أشكل تصرف صاحب العلو وهل يضر بالسفل أو لا يملكه

مسائل شتى من كتاب القضاء

مسائل شتى: أي متفرقة من شئت تشتيئاً: إذا فرق. ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكاً لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو مثورة أو متفرقة. قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء. ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وإنه لجدير بالتأخير لا محالة (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتداً ولا أن ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبني على علوه ولا أن يضع عليه جذعاً لم يكن له ولا يحدث كنيفاً إلا برضا صاحب السفلى (عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: جاز لكل واحد منهما أن يصنع ما لا يضر به، وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعني أن أبا حنيفة إنما منع عما منع إذا كان مضراً، وأما إذا لم يكن مضراً فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلاً مجمعاً عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعلة الضرر لصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسير له وإنما (الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضي الإطلاق) فلا يمنع عنه إلا بعارض الضرر، فإذا لم يكن ضرر لم يمنع (بالاتفاق، و) إنما تظهر ثمرة الخلاف (إذا أشكل) فعندهما (لم) يجز

مسائل شتى من كتاب القضاء

قوله: (مسائل شتى: أي متفرقة من شئت تشتيئاً) أقول: بل من شئت يشت شتاً وشتاتاً وشتيئاً: إذا فرق وافترق.

(١) الكوة: ثقب البيت والجمع كوتى وقد يضم الكاف في المفرد والجمع هـ مغرب.

وفي المصباح: الكوة: ثنح، ونضم الثبة في الحائط. وجمع المفتوح: كوات. وجمع المضموم: كوى.

(٢) الوتد: بكسر التاء في لغة الحجاز وهي الفصحن. وفتح التاء لغة، وهي من باب وعد. هـ مصباح بتصريف.

لأنه تصرف في ملكه والملك 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.

بالاتفاق. وقال الصدر الشهيد: المختار أنه إذا أشكل لا يملكه، وإذا لم يضر يملكه. وذكر قاضيان: لو حفر صاحب السفلى في ساحته بئراً وما أشبه ذلك، عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو، وعندهما الحكم معلول بعلو الضرر، وعلمت أن ليس لصاحب السفلى هدمه، فلو هدمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو، كالأمر إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون، وهذا أصل كلي، كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنهري بينهما امتنع أحدهما عن كرية وكري الآخر، أو سفينة تتخوف الغرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر، وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعاً كعلو الرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعاً لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه إياه مضطراً ليصل إلى حقه، وإذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته. واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع، والصحيح وقت البناء. وإما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه قسمة الساحة لبني في نصيبه. وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارته قال: وذكر الخصاص أنه يرجع بما أنفق، وهذا عندي في غاية الحسن إذا كان بقضاء. ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر، أما إذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فإنه إذا بنى لا يكون متطوعاً، وكذا إذا تهدم بعضه لأنه لا يمكن الانتفاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعاً. وفي فتاوى النسفي: دار لجارين سطح إحداهما أعلى ومسيل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه، ولكن يطالبه بتسييل مائه إلى طرف الميزاب. وإذا تهدم السفلى أو هدمه المالك ليس للآخر أن يكلفه العمارة لأجل إسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع انتهى. فرق بين حق التعليل وبين حق التسييل حيث لو هدم في الأول يجبر على البناء، ولو هدم في الثاني لا يجبر. وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباني أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنياً. وفي الأقضية: حائط مشترك أراد أحدهما نقضه وأبى الشريك؛ إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر، وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل يجبر، وإن هدماه وأراد أحدهما أن يبني وأبى الآخران كان أمر الحائط عريضاً يمكنه أن يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك، وإن كان لا يمكن يجبر

(المنع) لأن الإطلاق يبين واليقين لا يزول بالشك (والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير وهو) صاحب العلو لأن قراره عليه ولهذا يمنع من الهدم اتفاقاً، وتعلق حق الغير بملكه بمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتهن والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر (والإطلاق بعارض) وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل (إذاً أشكل لا يزول المنع) لما ذكرنا قوله: (على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنه) استظهار على المنع لإفادة ما قبله ذلك.

قوله: (وإنما تظهر ثمرة الخلاف) أقول: فيه بحث قوله: (إذا أشكل) أقول: كهذه الأشياء المذكورة قوله: (وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول: وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق؛ ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعدمه. قال الزيلعي: وهو عدم الضرر بيقين انتهى. الباء متعلق بالعدم لا بالضرر قوله: (فتأمل) أقول: كتب في هامش الكتاب نقلاً عن خط الشارح ما هو صورته: أمر بالتأمل تنبيهاً على أن العدم أمر لا ثبوت له ليعرض، ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجوداً وعرض العدم وليس كذلك انتهى. وأقول: يجوز أن يكون إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة.

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

كذا عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى. وتفسير الجبر أنه إن لم يوافقه الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لا يقبل القسمة. وفي شهادات فتاوى الفضلي: لو هدماه وامتنع أحدهما يجبر، ولو انهدم لا يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضي، وإن كان بلا قضاء فينصف قيمة البناء انتهى. فلو حمل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري. فليكن هو المحمل، وهذا لأنه لما كان مضطراً في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطراً في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضي فيرجع بالقيمة، ولو كان الحائط صحيحاً فهدم أحدهما بإذن الشريك لا شك أنه يجبر الهادم على البناء إن أراد الآخر كما لو هدمه وإن هدمه بغير إذن الشريك. وفي كتاب الحيطان: رجل أراد أن يهدم داره ولأهل السكة ضرر لأنه يخرب السكة المختار أنه يمنع، فلو هدم مع هذا وأنه يضر بالجيران إن كان قادراً على البناء يجبر على البناء، قيل والأصح أنه لا يجبر. وفي كتاب الغصب من الخلاصة: رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن قوله: (وإن كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعني المنشعبة (فليس) لأحد من (أهل الزائفة الأولى) إذا كان له جدار في الزائفة المنشعبة أن يفتح في جداره ذلك باباً في الزائفة المنشعبة، وهذه صورتها:



والذي يمكنه أن يفتح باباً في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية، وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور لا حق لأهل الزائفة الأولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لأهلها على الخصوص، ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها، بخلاف أهل القصوى فإن لأحدهم أن يفتح باباً في الأولى لأن له حق المرور فيها، (وبخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة) ولا خلاف أن له أن يفتح. قال بعض المشايخ: لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن فتح الباب رفع بعض جداره، وله أن يرفعه كله فكذا له أن يرفع بعضه، والأصح أن يمنع من الفتح لأن منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع، ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذا لا يمكن مراقبته ليلاً ونهاراً في الخروج فيخرج، ولأنه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقاً في المرور، ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب ممهد لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المنشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا لأن لكل منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة) غاية الأمر فيها اعوجاجاً (ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها) وهذه صورتها:



قال: (وإذا كانت زائفة مستطيلة الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة: ليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائفة القصوى لأن فتح الباب للمرور، ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها

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 القصورى بتركيب الباب (وإن كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) باباً لأن

وفي الحيطان زقاق غير نافذ أراد إنسان: يعني من أهله أن يتخذ طيناً إن ترك من الطريق قدر الممر لناس ويرفعه سريعاً ويفعل في الأحيان مرة لا يمنع منه، وكذا لو أراد أن يبني آرياً أو دكاناً وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة، ولو استأذن رجلاً في وضع جذوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الأذن داره للمشتري أن يأخذ برفعها إلا إذا شرط بقاءها عن البيع، وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة لجدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه داره سقيفة للمشتري أن يطالبه بإزالتها إلا إذا شرطها، ولو أن لرجل حائطاً ووجهه في دار رجل فأراد أن يطين حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوقع نقضه في داره فأراد أن يدخل لبيت الطين وغيره فمنعه صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفرة وإصلاحها ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بماله أو تفعل بمالك، كذا روي عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفي وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضعوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه، وأن يتوضأوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمروهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ، غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر. وفي أول القسمة الأصل قبيل باب قسمة الدار: رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أي يبينها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماماً أو تنوراً، وإن كف عما يؤذي جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك. ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه باباً أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه، ولصاحب الساحة أن يبني في ملكه ما يستر مهبه. ولو اتخذ بئراً في ملكه أو كرياساً أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب جاره مه تحويله لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن. هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية. وحكي عن أبي حنيفة أن رجلاً شكاً إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في

(١١ / ١١)
س / س

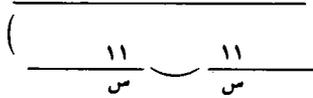
لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح باباً بغير إذنه، فكذا هذا؛ ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصورى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لهم خاصة، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة. ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأن الفتح رفع بعض جداره. وله أن يرفع جميع جداره بالهدم فرفع بعضه أولى، ولهذا لو فتح كوة أو باباً للاستضاءة دون المرور لم يمنع، والأصح أنه يمنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة، ولأنه إذا فعل ذلك وتقدم العهد ربما يدعي الحق في القصورى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع، وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائغة الأولى غير نافذة، وقد سرح بذلك الإمام التمرتاشي والفقيه أبو الليث، إلا إذا جعلت الضمير موضعاً موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالاً من الزائغتين جميعاً لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى: ﴿قل أرايتم إن أخذ الله سمعكم وأبصاركم وختم على قلوبكم من إله غير الله يأتيكم به﴾ أي بذلك على أحد الوجهين، وإن كانت الزائغة

قوله: (فيجوز أن يكون حالاً الخ) أقول: الجواز لا يستلزم الدلالة، ففي اتصال الاستثناء تأمل قوله: (لأن الإشارة بذلك إلى المثنى والجمع صحيحة) أقول: يعني أن الإشارة بلفظ ذلك إلى المثنى والجمع صحيحة بتأويل ما ذكر.

الكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها.

دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل، فحبست البئر فكبسها صاحبها ولم يفتحه بمنع الحافر بل هدها إلى هذه الحيلة، وبذلك كان يفتي الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني. وفي مضاربة النوازل: لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم في الحكم منعه، وبه قال الشافعي وأحمد. ولو حفر في داره بئراً ففتر منها حائط جاره ليس له منعه. قال في فصول العمادي نقلاً عن الذخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك، وذكر غيره تمسكهم بقوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(١) والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء كان ينتفع بهواء ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سدّ الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ملكاً ولا منفعة، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار يمنعه من ذلك الانتفاع، وتصير هذه المسألة رواية في مسألة لا رواية لها في الكتب، وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها. وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين. قال في الفتاوى الصغرى: إن كانا في القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه، وإن كان بسقفين فليس له منعه، قال: وحد القديم أن لا تحفظ أقرانه وراء هذا الوقت كيف كان. قال في الخلاصة: فلو أقام أحدهما البيئة على أنه قديم والآخر على أنه محدث فبيئة القديم أولى، قال: ولا تقبل شهادة أهل السكة في هذا. قال في الذخيرة: ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسألة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى. وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسألة وهي مسألة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الأصلية، وفي مسألة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الزائدة انتهى. وأما قوله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»^(٢) فلا شك أنه عام خصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان قد ينحسب في خصوص أماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصاً إذا كان فيهم مريض يتضرر به، وكما أريناك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن

القصوى مستديرة قد لزق طرفاها: يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة لكل واحد منهم أن يفتح بابها في أي موضع شاء، لأنها سكة واحدة إذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حق المرور في كلها، ولهذا يشتركون في الشفعة إذ بيعت دار منها بهذه الصورة:



(١) جيد. أخرجه ابن ماجه. ٢٣٤ وأحمد ٣٢٦/٥، ٣٢٧ كلاهما من حديث عبادة من الصامت وفيه ضعف لجهالة إسحاق بن يحيى. وأخرجه ابن ماجه ٢٣٤١ وأحمد ٣١٣/١ من حديث ابن عباس.

وكذا الدارقطني ٢٢٨/٤ وزاد للدجار أن يضع خشبته على جدار جاره وإن كره... وورد من حديث أبي سعيد الخدري أخرجه الدارقطني ٣/٧٧ والحاكم ٥٧/٢، ٥٨ والبيهقي ٦٩/٦ وصححه الحاكم وسكت الذهبي! وورد من حديث أبي هريرة أخرجه الدارقطني ٢٢٨/٤ وكذا أخرجه من حديث عائشة وقد رواه مالك مرسلاً ٧٤٥/٢ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه مرفوعاً وأخرجه أحمد ٣١٢/١ من حديث ابن عباس: لا ضرورة في الإسلام. وورد من حديث جابر رواه الطبراني كما في المجموع ١١٠/٤ وقال الهيثمي: فيه ابن إسحاق وهو ثقة ه فهو جيد بمجموع طرقه.

(٢) هو المتقدم.

قال: (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على

يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يؤدي إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش. وفي الذخيرة: حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة لدور فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنوراً للخبز الدائم أو رحى للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضرراً فاحشاً. قيل وأجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك. والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقاً لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سبباً للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه. وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما يفسد باب الانتفاع بملك الإنسان كما ذكرنا قريباً، ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه: حجرة سطحها وسطح جاره متساويان فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ليس له ذلك، فلو أراد أن يمنع من الصعود حتى يتخذ سترة، إن كان صعد يقع بصره في دار جاره له المنع، وإن كان لا يقع لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع. قال في فصول العمادي: وعلى قياس المسألة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره، ألا ترى أن محمداً رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع أن بصره يقع في الساحة، والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السترة أن يشاركه في بنائها لا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان: دار بين رجلين قسماها وقال أحدهما بنيني حاجزاً بيننا ليس على الآخر إجابتة، وإن كان أحدهما يوذى الآخر بالاطلاع لعيه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعلها القاضي للمصلحة. ونظيرها في فتاوى أبي الليث: رجل في داره شجرة فرصاد^(١)، فإذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه إذا رآه. قال في الذخيرة: وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى. ولقد أحسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال: المختار أن المرتقي يخبرهم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يستروا أنفسهم لأن هذا جمع بين الحقين قوله: (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) ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقداراً معيناً كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فإنها لا تصح مع جهالة المدعى به. ونقل عن والد ظهير الدين أنه كان يقول: الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت صحيحة، لأن الصلح إنما يصح لافتداء اليمين واليمين إنما تتوجه إذا صحت الدعوى. قال: وهذا يكشف على قول أبي حنيفة، فإنه لو ادعى رجل على امرأة نكاحاً فصالحته على مال دفعته إليه صح أن اليمين لا تتصور في النكاح عنده، فالحق أن المصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح، ولذلك قال المصنف (والمدهي وإن كان مجهولاً فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة) يعني وهو المانع قوله: (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت) يعني ذكر وقتاً عينه

قال: (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بيد

(١) الفِرْصَاد: قيل هو شجر التوت الأحمر. وقال أبو عبيد: هو التوت. وقال الليث: الفِرْصَاد شجر معروف وأهل البصرة يسمون الشجرة فرصاداً وحملها التوت أه مصباح.
قلت: وقول: شجر التوت الأحمر. أظنه ما يسمى ب: التوت الشامي. والله أعلم.

الإنكار) وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى، والمدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة على ما مر.

كقوله منذ شهر وسلمها إليّ فملكتها وهي الآن في يده وأطالبه بدفعها إليّ فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عني فاشتريتها منه وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتاً قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة (لا تقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة، لأن الدعوى أن الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بأنه قبل الهبة وبين نفس أجزاء الدعوى لأنه بمقتضى البينة.

وقوله كأنه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضاً (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذي وفقه (ولو ادعى الهبة) يعني وأرخ فطولب بالبينة (فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها) توفيقاً (لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ) كأنه يريد نسخ الأصل (لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب عندها، ودعوى الشراء رجوع منه فعذ مناقضاً بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه لأنه تقرر ملك الواهب عندها) أي عند الهبة، ولو لم يؤرخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخاً بعد الهبة لإمكان الحمل على ما ينتفي به التناقض، وهذا على إحدى الروايتين في تصحيح الدعوى إذا أمكن التوفيق وإن لم يوفق المدعي. وشاهده ما ذكر في رجل ادعى داراً في يد رجل أنها داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعي على ذلك بينة ولم ترك أو لم تقم بينة وحلف المدعي عليه ثم أقام بينة أنها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الإرث تناقضاً، ولو ادعى الإرث من الأب أولاً ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لإمكان التوفيق في الأول، بخلاف الثاني. قال شيخ الإسلام إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وإن لم يدع المدعي التوفيق. وفي دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لا تقبل بينة إلا أن يوفق المدعي، فكان التوفيق من المدعي شرطاً في رواية وليس شرطاً في أخرى. وفي المحيط: قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس، وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان. فإن قيل: ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعي شراء ما ملكه بالهبة والتسليم. أجيب بأن سائر العقود تنفسخ بالتجاهد إلا النكاح، وهنا كذلك فإن الفسخ يتحقق من جهة الواهب بجحده، وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما، فإذا اشترى هو ذلك فقد

رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقاً. وأنكر ذو اليد ثم صالح منها جازالصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار، وسيأتي الكلام فيه في الصلح إن شاء الله تعالى. فإن قيل: (كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى؛ ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لم تصح دعواه. أجاب بأن المدعي وإن كان مجهولاً فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة) والمانع منها ما أفضى إليها. ولقائل أن يقول: جهالة المدعي إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا، فإن كان الثاني صح دعوى من ادعى على إنسان شيئاً لكنها لم تصح، ذكره في النهاية ناقلاً من الفوائد الظهيرية وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعي لكنه صحيح. والجواب باختیار الشق الأول، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك يتحقق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول للمدعي دعواك فاسدة لا يترتب عليها شيء ويمكنه إزالة الفساد بإعلام مقدار مما يدعي فلا يكون رده مفيداً قال: (ومن ادعى داراً في يد رجل الخ) إذا ادعى

قوله: (فإن قيل: كيف يصح الصلح الخ) أقول: الأنسب أن يقرر السؤال الأول هكذا: كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي جهالة مفسدة لسائل العقود فيفسد الصلح أيضاً. ويجاب بأن المفسدة هي الجهالة المفضية إلى النزاع، وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط، وأما على تقريره فلا يرتبط الجواب الأول، بل الجواب حينئذ هو ما أجيب به عن السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق قوله: (لجهالة المدعي) أقول: فلا تصح الدعوى فلا يتوجه اليمين على المدعي عليه حتى يفتدي بالصلح على ما سيحيي قوله: (لأنه لقطع الشغب) أقول: ولا يلزم أن يكون لافتداء اليمين على ما كتبناه من النهاية ومعراج الدراية في الهامش.

قال: (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فستل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بيته) لظهور التناقض إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها، 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 فعّد مناقضاً، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملكه عندها (ومن قال

اشترى ما لا يملكه قوله: (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ل) وجهين أحدهما (أن المشتري لما جحد كان فسحاً من جهته إذ الفسخ يثبت بالجحد كما إذا تجاحدا) معاً حيث ينقسم قطعاً (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ؛ ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم قبله على فسخ العقد لا يفسخ. الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من إمساكها أو نقلها إلى بيته، فإن إمساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتاً به دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها، إن ذلك قبولاً دلالة، لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بلا قبول. وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم، وقيل إن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية. وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعاً ذكره في الجامع: اشترى عبداً ثم باعه من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني، فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرد، أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني،

داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وإنما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه ذو اليد فستل البينة فقال لي بينة تشهد على الشراء لأني طلبت منه فجدني الهبة فاضطرت إلى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه وأقام البينة على الشراء، فإن شهدت على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل لظهور التناقض من وجهين: أحدهما من حيث أن المدعي ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدني الهبة فاشتريتها منه، والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى. والثاني من حيث الدعوى نفسها إن ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لأنه حينئذ يكون قائلاً وهب لي هذه الدار وكانت ملكاً لي بالشراء قبل الهبة فكيف يثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء، وإن شهدوا بالشراء بعد الوقت الذي ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق. ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله: أي قبل عقد الهبة أو وقتها، وفي بعضها قبلها: أي قبل الهبة، وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده، ولو كان المدعي ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضاً لأن دعوى الهبة إقراراً منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعّد مناقضاً. وأما إذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لأنه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض. قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضاً لأنه ادعى شراء باطلاً لأنه ادعى شراء ما ملكه بالهبة. وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسحها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما فانفسخت الهبة بتراضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحاً، قال: (ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية الخ) رجل قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فأنكره إن أجمع على ترك الخصومة: أي عزم قبله، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه: أي حل له أن يطأ الجارية لأن المشتري لما جحد العقد كان ذلك فسحاً من جهته إذ الفسخ يثبت به لأن الجحود إنكار للعقد من الأصل والفسخ رفع له من الأصل فيتلاقيان بقاء فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تجاحدا فإنه يجعل فسحاً لا محالة، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين. قيل لو جاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح

قوله: (إن ثبت موجب الشهادة) أقول: وجعلناه مدعياً على وفقها قال المصنف: (بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة) أقول: المراد هو الدعاء الثابت بموجب الشهادة تأمل.

لآخر اشترت مني هذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لأن المشتري لما جحدته كان فسخاً من جهته). إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ، وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهايه، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه.

وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج، والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب. الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي، وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريباً قوله: (ومن أقر) هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين، أما مسائل القبض ما إذا أقر (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق. وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضاً القبض) يعني أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل إجارة أو قال غصبت منه أو أودعني ألف درهم ثم قال إلا أنها زيوف أو نهرجة أو قال بعد نعم هي زيوف أو نهرجة يصدق في الوصل والفصل. وفي المبسوط: أقر الطالب أنه قبض مما له على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل، وإطلاق المصنف قوله صدق يفيد، وهذا بخلاف ما إذا أقر بالدين. في المبسوط في باب الإقرار بالدين: لو قال لفلان علي ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو إجارة إلا أنها زيوف أو نهرجة لم يصدق في دعوى الزيادة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة. وعندهما يصدق إن وصل لا إن فصل. ولو قال لفلان علي ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ: هو على الخلاف أيضاً لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بالتجارة إذ هو اللاتق بحال المسلم. وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة، وتأتي الحجج إن شاء الله تعالى من الجانبين. وقال الشافعي وأحمد: إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة فهم الجياد. وقوله هي زيوف رجوع عما أقر به. قلنا: في

وعزمت على ترك 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. فإن قيل: مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا يفسخ بمجرد تنزل المصنف في الجواب فقال: وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهايه كالاستخدام، لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ فتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة، وبه يندفع ما قال زفر إنه لا يحل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يبعها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقايل موجود دلالة قوله: (ولأنه) دليل آخر فإن المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه، ولما تعذر فات رضا البائع، وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخاً على ما مر. والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترتباً على الفسخ من الجانبين وجعل جحدوه فسخاً من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع. وفي الثاني يترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده. قال: (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر

قوله: (تنزل المصنف في الجواب الخ) أقول: في العبارة تسامح قوله: (لأن ذلك لا يحل بدون الفسخ) أقول: فيه شيء حيث يفهم منه أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهايه، والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيهه غير خفي.
قوله: (لفوات ركن البيع) أقول: فيه بحث لأن الرضا شرط إلا أن يجعله ركناً مجازاً قوله: (أو ثمن سلمة) أقول: فيه بحث قوله: (ثم قال إنه زيوف) أقول: أي المقبوض زيوف قوله: (دل على ذلك الخ) أقول: أي على استوائهما، فإنه إذا صدق في قوله مفصلاً على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولاً بالطريق الأولى قوله: (لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه) أقول: قوله أو بحقه معطوف على قوله بالجياد.

قال: (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى، وهو عبارة عن القبض أيضاً. ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز، والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق والنبهجة كالزيوف وفي الستوقه لا يصدق لأنه ليس من

مسألتنا إنما أقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد، لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنبهجة، فإذا قال هي زيوف أو نبهجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرراً أنه قبض حقه أعني الجياد، فيصدق مع يمينه إذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعاً عن شيء لأن الأعم يصدق على كل أحص، فإذا نفى أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه مما صدقته الأخرى لا يكون مناقضاً، بخلاف ما لو قال هي ستوقه أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعاً. وأما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو

أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرصاً أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال إنه زيوف صدق سواء كان مفصلاً أو موصولاً دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره. وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى هاهنا واحد والحكم فيهما سواء. ووجه ذلك أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة، بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز، ولم لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز كما تقدم. فإن قيل: الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق وهو الجياد حملاً لحاله على ماله حتى قبضه لا ما ليس له ذلك؛ ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه، فكذا هذا. أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجياد وهو منع للملازمة، وقوله حملاً لحاله على ماله حتى قبضه مسلم والزيوف له حتى قبضه لأنه دون حقه، وإنما الممنوع 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 منكر قبض حقه، والقول قول المنكر باليمين، والنبهجة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم. وعلم من هذا أنه لو أقر بالجياد وهو حقه أو بحقه أو بالثمن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون المقبوض زيوفاً أو نبهجة لم يصدق لإقراره بقبض الجياد صريحاً في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الجياد والثمن جياد الاستيفاء يدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضاً. ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو المعقود عليه ثم ادعى لنفسه حتى الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبيل الثاني: أعني المقر بقبض الحق فلا يرد نقضاً على القبيل الأول. قال صاحب النهاية: جمع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء. فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم الجياد ثم ادعى أنها زيوف فإنه لا يصدق لا موصولاً ولا موصولاً، وفيما بقي لا يصدق مفصلاً ولكن يصدق موصولاً. والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه أو حقي عليه جعل مقراً بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح، كما لو قال لفلان علي ألف إلا مائة؛ فأما إذا قال قبضت عشرة جياداً فقد أقر

قال المصنف: (أو استوفى) أقول: معطوف على قبض الجياد، والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام قوله: (فكان في دعواه الزيوف متناقضاً) أقول: لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق إذا وصل أيضاً. والجواب هو المنع قوله: (ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيباً في المبيع على البائع وأنكره، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول: قوله أنكر: أي في زعم السائل، وقوله أقر: أي دلالة. ثم أقول: قال العلامة الزيلعي: وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع، فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضاً فلا يقبل كلامه، بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه، وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة، فبالإقرار بقبضها لم يكن مقراً بقبض حقه. انتهى توضيح ما ذكره في دعوى العيب. وفيه بحث، لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض قوله: (وليس الحكم فيها على السواء) أقول: لأن قوله جياداً مفسر لا يقبل التأويل، بخلاف غيره لأنه ظاهر أو نص فيجتمعت التأويل هكذا قيل قوله: (والفرق هو أن في قوله قبضت مالي عليه الخ) أقول: ولا يخفى عليك أن دعواه كونها زيوفاً لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق.

جنس الدراهم، حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز. والزيف ما زيفه بيت المال، والنهرجة ما يرده التجار، والستوقة ما يغلب عليه الغش.

استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنهرجة، لأنه في هذا مقر بقبض الجياد صريحاً في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن، وكذا بدل الإجارة هي الجياد. قال في النهاية: جمع المصنف 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 لا مفصولاً. والفرق أن قوله قبضت مالي عليه أو حقي إقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولاً كما لو قال علي ألف إلا مائة. أما إذا قال قبضت عشرة جياداً فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة. فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كما إذا قال علي مائة درهم ودينار إلا ديناراً فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولاً. فإن قيل: يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها، واستثناء التبع موصولاً لا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وإن كان موصولاً. قلنا: إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعاً فلا يجوز إخراجه موصولاً. وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصوداً كالوزن لأنه أقر بقبض ما عليه، وكما عليه تسليم الوزن عليه الجودة فكانت داخلة تحت قوله ما لي عليه وحقي عليه مقصوداً لا تبعاً فيجوز استثناءه موصولاً انتهى. وقال صاحب الدراية بد أن نقله: فيه نوع تأمل. وعندي أن التأمل يشده لا يرده، وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبداً تابعة للموصوف، وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصوداً. فحاصل رده

بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال: إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل، كمن قال لفلان علي مائة درهم ودينار إلا ديناراً كان الاستثناء باطلاً. وإن ذكره موصولاً كذا هاهنا قوله: (وفي الستوقة لا يصدق) يعني لو ادعاهما بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم، حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز فكان متناقضاً في دعواه. قال صاحب النهاية: ذكر هذا الحكم مطلقاً وليس كذلك. ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم، إن كان مفصولاً لم يسمع، وإن كان موصولاً لا يسمع. والستوقة أقرب إلى الدراهم من الرصاص، فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي الستوقة أولى وكان الاعتراضين وقعا لذهول عن التدقيق في كلام المصنف، فإن كلامه فيما إذا قال مفصولاً بدلالة قوله ثم ادعى فإنه للتراخي، ولا نزاع في غير الزيوف والنهرجة أنه إذا ادعاه لا تقبل مفصولاً، وأما أنه هل يقبل موصولاً أو لا لم يصرح بذكره اعتماداً على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولاً ويقبل موصولاً، وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر. بقي الكلام فيما إذا أقر بالدراهم الجياد وادعى أنها زيوف فإنه لا يقبل مفصولاً ولا موصولاً كما تقدم. ويجب عن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول إنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر، لا من حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف، فإنه ما عراه إلى شيء من النسخ، وتمثله باستثناء الدينار قد لا ينهض لأن الجودة وصف لا يصح استثناءه فكانه لم يستثن، ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال: أي رده والنهرجة بما يرده التجار، ولعله أردأ من الزيف، والستوقة ما يغلب عليه الغش، قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النهرجة حتى خرج من جنس الدراهم.

قوله: (وذكر أحد الجانبين) أقول: يعني البيان مفصولاً قوله: (فهم الجانب الآخر) أقول: جواب لما قوله: (وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول: فيه ما مر قوله: (لا يصح استثناءه) أقول: مطلقاً أو إذا كان دخوله في المستثنى منه تبعاً لا مقصوداً والثاني مسلم، ولا كذلك فيما نحن فيه والأول ممنوع.

قال: (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتدّ برد المقر له، والثاني دعوى فلا بد من الحجّة أو تصديق خصمه،

على السائل أن ما يكون تبعاً في الوجود قد يكون مقصوداً للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصوداً من اللفظ كقصد الباقي سواء كان تبعاً في الوجود له أو أصلاً مثله، وإنما كانت الستوة ليست من جنس الدراهم لأن غشها غالب، واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة إلى الغالب متعين. فإذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم إلا مجازاً، ولذا قيل هو معرّب سه طاقه: يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة، والأوسط نحاس، وهي شبه الممّوءة. وتعبق في النهاية إطلاق قوله في الستوة لا يصدق بل ذاك إذا قال مفصلاً، أما في الموصول يجب أن يصدق لأنه قال في إقرار المبسوط: لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد ما سكت هو رصاص لم يصدق، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة، وإن قال موصولاً فالفقوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بياناً مغيراً لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولاً ففي الستوة أولى، لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم. وذكر المجزبي في جامعه مصرحاً فقال: فأما إذا قال وجدتها ستوة أو رصاصاً قال شيخ الإسلام خواهر زاده: ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولاً، وقد منّا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جيداً في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: أحلفه إذا اتهمته قوله: (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أو قال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد إقراره، فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع منا، لا إن عاد المقر إلى الإقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه يثبت استحساناً لا قياساً، بخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لإنسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للراذ أن يعود ويذعيه، فلما لم يبطل بالرد بقي مقراً بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشترت مني وأنكر، له أن) يعود ذ (يصدقه لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ) فإنكاره إن كان فسحاً من جهته لا يحصل به الانفاسخ، وكان العقد قائماً بعد إنكاره فله أن يصدقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فافتراقاً) وناقضه في الكافي بأنه ذكر هنا أن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ، وفيما تقدم: يعني من مسألة التجاحد قال: ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى، وهو صحيح. ويقتضي أنه لو تعذر الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا بينة أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قدمه أولاً.

قال: (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم الخ) اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله، فإن كان الأول فإما أن يستقل المقر بإثباته أو لا، والأول يرتد برد المقر له مستقلاً بذلك كما أن المقر يستقل بإثباته، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه، فعلى هذا إذا قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء. ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا محالة، وقد رده المقر له فترد. وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى فلا بد لها من حجة: أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانياً لزمه المال استحساناً. وإذا قال اشترت مني هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستقل بإثباته فلا يتفرد أحد العاقدين بالفسخ كما لا يتفرد بالمقد: يعني المقر له لا يتفرد بالرد، كما أن المقر لا يتفرد بإثباته، والمعنى أنه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق، بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات فيتفرد الآخر بالرد. قلت: إن عزم المقر على ترك الخصومة وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار، فإن الفسخ قد تم، ولهذا لو كانت جارية حلّ وطؤها كما تقدم، ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كانا دليل

قال المصنف: (فلا بد من الحجّة) أقول: كيف تقبل حجته وهو مناقض في دعواه، تأمل في جوابه.

بخلاف ما إذا قال لغيره اشتريت وأنكر الآخر له أن يصدقه، لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد، والمعنى أنه حقهما بقي العقد فعمل التصديق، أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافتراقاً.

[وهذه فروع ذكرها في النهاية] لو صدقه ثم رد إقراره لا يرتد. ولو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل، وكذا لو قبل المديون الإبراء ثم رده، وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتيك فرده لا يرتد بالرد لأنه إعتاق، هذا كله في رد المقر له إقرار المقر. فأما لو رد المقر إقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تحليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا لفلان ثم قال هو لي وأراد تحليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذباً وأراد تحليف الدائن أنه أقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لأنه متناقض، فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تحليفه لا يحلف، وعند أبي يوسف والشافعي يحلف وهو رواية عن أحمد، لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزاً من امتناع القابض عن الإشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعي العادة، وصار كما لو أقر بالبيع وقال: كان تلجئة وطلب يمين الآخر حلف عليه، كذا هذا. وقال الصدر الشهيد؛ الرأي في التحليف إلى القاضي يريد أنه يجتهد في خصوص الوقائع، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر وأشهد يحلف له خصمه وإن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه، وهذا إنما هو بالتفرس في الأخصام والله الهادي قوله: (ومن ادعى على آخر مالا) معلوم القدر وما تصح به الدعوى (فقال) المدعى عليه (ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو بينة على القضاء قبلت بيته، وكذلك) لو أقامها (على الإبراء. وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لأن القضاء بتلو الوجوب وقد أنكر الوجوب) حيث قال ما كان لك علي شيء قط، فإذا أقام بينة على أنه قضاء ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي دفعاً للشغب) وإن لم يكن عليه حق (ويبرأ منه و) لذا (يقال قضي بباطل، و) أيضاً (قد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر) لأنه نفى في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقاً لجواز القضاء أو الإبراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده، وهذا الإطلاق يقتضي قبول البينة إذا احتاج إلى التوفيق من غير دعوى التوفيق. وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق، ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل ويحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الأقضية: لا ينبغي

الفسخ، وبه سقط ما 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 كلاميه صعب، وذلك لأنه قال لما تعذر استيفاء الثمن يستبد، وهائنا لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني، كما إذا أقر بنسب عبده من إنسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك. قال: (ومن ادعى على آخر مالا الخ) إذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط، ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل الاستفراق فأقام المدعي البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاء أو على الإبراء قبلت بيته. وقال زفر: وهو قول ابن أبي ليلى: إنها لا تقبل لأن القضاء بتلو الوجوب، وقد أنكره فكان مناقضاً في دعواه، وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة. ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب؛ ألا ترى أنه يقال قضي بباطل كما يقال قضي بحق، وقد يصلح على شيء فيثبت ثم يقضي، وكذا إذا قال ليس لك علي شيء والمسألة بحالها لأن التوفيق أظهر لأن ليس لنفي الحال، فإذا أقام المدعي البينة على المدعى به والمدعى عليه على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً، قالوا: دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه، واستدل الخصاف لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال: ألا ترى أنه لو ادعى

قوله: (فإن العزم والنقل الخ) أقول: النقل قد يكون بالأمر للغلام نفسه أو لغيره والأمر في مكانه.

قال: (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته) وكذلك على الإبراء. وقال زفر رحمه الله: لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكروه فيكون مناقضاً. ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي وبيراً منه دفعاً للخصومة والشغب؛ ألا ترى أنه يقال قضى 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 بيئته على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين، أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة. وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضاً لأن المحتجب 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 البينة على الشراء فوجد بها

للقاضي أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ولأن القاضي لا يدري ما يوفق به المدعي. وفي الفوائد الظهيرية: كان والدي يفتي بأن التوفيق إذا كان ممكناً يجب على الحاكم التوفيق كي لا تتعطل حجج الشرع. والتوسط في هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهراً متجسداً يجب أن يسمع البينة بلا توفيق المدعي كقوله ليس لك علي شيء ثم أقامها على أنه قضاء ونحوه، وإن كان متكلفاً لا يعتبره القاضي واقعاً ما لم يذكره المدعي، والله سبحانه أعلم. وذلك مثل قوله وهبها لي ثم أنكرها فاشتريتها، وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بينة كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة. هذا (قلو) زاد على ذلك ف (قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك) أو قال ولا رأيتك أو قال ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا أخذ ولا إعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بينة على القضاء أو الإبراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا (أنها تقبل أيضاً لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه فيأمر بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا يجب التفصيل، فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بيئته وإلا قبلت. وفي الشافي: لو قال لم أدفع إليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئاً وقد دفعته، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين وهنا لم يجمع، ولهذا لو صدقه المدعي عياناً لا يكون مناقضاً ذكره التمرثاشي. وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة (قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعي البينة على شراؤه) إياها منه فقبضها (فوجد بها أصعباً زائدة) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأراد ردها (فأقام البائع بيئته أنه برىء إليه من كل عيب لم تقبل. وعن أبي يوسف

على رجل دم عمد فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بيئته على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت، وكذا لو ادعى رقية جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيبتها ثم أقامت هي بيئته على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت الألف إليه قبلت؛ ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقوله ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسألة بحالها لم تقبل بيئته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بلا خلطة ومعرفة. وذكر القدوري عن أصحابنا أنه أيضاً تقبل لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكناً. قالوا: وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل

قال المصنف: (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي وبيراً) أقول: يخالف لما سيأتي في الإقرار في تعليل كون قوله قضيتها إقراراً قال المصنف: (وكذا إذا قال ليس لك البع) أقول: لأن ليس لنفي الحال في وضع اللغة فلا يكون مناقضاً في دعوى القضاء لا ظاهراً ولا حقيقة، بخلاف قوله ما كان لأنه لنفي الماضي فيكون مناقضاً من حيث الظاهر.

أصبحت زائدة فأقام البائع البيعة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بيعة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها 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 يقضى وإن كان باطلاً على ما مر.

أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعني التوفيق في الدين. وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه، ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير، وإنما حكاه الخصاص عن أبي يوسف رحمه الله. ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع، ولكنه لما ادعى عليّ البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني. قال شارح: ولأن البيع غير البراءة من العيب فبحود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر، ولا يخفى ما فيه. وذكر في وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكيلاً عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعته لك قط صدقاً فأقامة البيعة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً، والوجه أعم، لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك. ونظيره ما ذكر التمرثاشي: أقام بيعة على الشراء وذو اليد ينكر، ثم أقام المنكر بيعة على أن المدعي قد رد البيع قبلت، ولا يبطل إنكاره البيع بيئته لأنه يقول أخذها مني بيئته كاذبة ثم استقلته فأقالتني، (ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة إلى غيره فيستدعي وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً) ولا يخفى أن كلاً من وجبي التوفيق الأول والثالث يدفع هذا قوله: (ذكر حق) يعني صكاً في إقرار بدين (قال في آخره: ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق، ثم كتب (إن شاء الله) متصلاً بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلاناً المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصة إن شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح، وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف إلى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حرّ وأمراته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق، وكذا الأصل في الكلام الاستبداد) فقام العلم

بيئته، وقيل تقبل البيعة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بلا معرفة. قال: (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعي البيعة على الشراء فوجد بها عيباً لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البيعة على أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بيئته. ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً. والخصاص أثبت عن أبي يوسف، وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين، فإنه لو أنكره أصلاً ثم أقام البيعة على القضاء أو الإبراء قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق، فكذلك يجوز هاهنا أن يقول: لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني. وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، وذلك يقتضي وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضاً، بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر. قال (ذكر حق كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكاً وكتب في آخره: ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه، وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلاناً من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح، والمال المقر به لازم لأنه استثناء، والاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأنه للاستيثاق والتوكيد وصرفه إلى الجميع مبطل، فما فرض للاستيثاق لم يكن له، هذا خلف باطل، ولأن الأصل في الكلام الاستبداد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطاً ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه

قال: (ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وليّ 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 بحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حرّ 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.

بالمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه إلى الأخير، هذا هو العادة وعليه يحمل الحادث لا على أنه قد يكتب للإبطال لغرض قد يتفق. وظاهر الوجه من الجانبين أن إن شاء الله أجرى بالاتفاق مجرى الاستثناء، غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء إلى ما يليه خاصة بسبب العطف، وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد، إذ لو كان كذلك لم يتصور وجود جمل متعددة ببعضها استثناء فيصرف إلى الأخيرة لأن وجود الجمل المتعددة إنما يكون بالعطف، فإذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ويستحيل وجود المسألة، بل الوجه إن شاء الله شرط، وحكم الشرط إذا تعقب جملاً منسوقاً بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا، فمشى أبو حنيفة على حكمه، وهما أخرجنا صور كتب الصك من عمومها بعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملاً متعاطفة وهو ما ذكرناه، ولذا كان قولهما استحساناً راجحاً على قوله. هذا إذا كان إن شاء الله مكتوباً متصلاً بالكتابة، فلو فصل بيباض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئاً اتفاقاً. وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب إن شاء الله لم يبطل شيء، ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو وليّ ما فيه، وتوكيل المجهول لا يصح. أوجب بأن الغرض من الكتابة إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي، فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضا الخصم عنده. ودفع بأنه لا يفيد على قوله لأن بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول، والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضاً. وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز، لكن ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقاً.

وهذا استحسان. والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقاً، أو إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى، والثاني مسلم ولا كلام فيه، والأول عين النزاع، والأصل في الكلام الاستبدال إذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بحكم العطف فيصرف إلى الكل، كما لو قال عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى فإنه ينصرف إلى الجميع، هذا إذا كتب الاستثناء متصلاً من غير فرجة بيباض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام، وأما إذا ترك فرجة قبيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت. وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط إثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة، وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بضائر لأنه في الإسقاط، فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له من يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة، فإذا رضي فقد أسقط حقه، وإسقاط الحق مع الجهالة جائز كما تقدم. وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لأنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبي حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعدمه.

قال المصنف: (وله أن الكل، إلى قوله: إن شاء الله) أقول: لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الجملة الأخيرة على أصله، لأن ذلك في الاستثناء بالإلا، وقوله إن شاء الله شرط ساغ إطلاق الاستثناء عليه في عرفهم وليس إياه حقيقة فتأمل، والله تعالى 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 تحكيمياً للحال كما في جريان ماء الطاحونة؛ وهذا ظاهر نعتبره للدفع؛

فصل في القضاء بالمواريث

(وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنا أستحق في ميراثه (وقالت الورثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الورثة) وكان الأولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الورثة لا تصدق إلا ببينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع يمينه، ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم وقال زفر: (القول لها لأن الإسلام حادث في) الظاهر (إضافته إلى أقرب الأوقات. ولنا أن سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيمياً للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب: أعني استصحاب الماضي للحال (نعتبره للدفع؛ وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالكها مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال: كان الماء منقطعاً حكم جريانه في الحال، فإذا كان منقطعاً في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجره الماضي فكذا هذا، والتعبير

فصل في القضاء بالمواريث

قد تقدم لنا الكلام فيما يوجب تأخير هذا الفصل إلى هذا الموضوع. قال: (وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسألتين مما يتعلق إثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر. وهو على نوعين: أحدهما أن يقال كان ثابتاً في الماضي فيكون ثابتاً في الحال كحياة المفقود. والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره، وهو حجة دافعة لا مثبتة عندنا كما عرف في أصول الفقه فإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول للورثة. وقال زفر: القول قولها لأن الإسلام حادث بالاتفاق، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات لذلك. ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال لا اختلاف الدينين، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتاً فيما مضى تحكيمياً للحال: أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة إذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فإنه يحكم في الحال، فإن كان الماء جارياً في الحال كان القول للأجر وهو صاحب الطاحونة، وإن كان منقطعاً كان القول للمستأجر. قوله: (وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتبره للدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا، وفيه نظر لأن زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الأصل في الحادث بالإضافة إلى أقرب الأوقات، ويجوز أن يجاب بأن ذلك أيضاً ظاهر، والظاهر استصحاباً كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (ولو مات المسلم وله

فصل في القضاء بالمواريث

قوله: (كان القول للأجر وهو صاحب الطاحونة) أقول: أنكر صدر الشريعة في شرح الواقية صحة إطلاق لفظ الأجر على المؤجر فراجع. قال في النهاية ومعراج الدراية: فإن قيل: الماء إذا كان جارياً في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة فيستحق الأجر فقد تمسكتم بالحال لإثبات استحقاقه الأجر. قلنا: اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد، وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما: أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة. فإن قيل: يشكل هذا بمسألة ذكرها في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه فالقول قول الابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكماً على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة. قلنا: ما ذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال، أما إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا

وما ذكره يعتبره للاستحقاق؛ ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضاً، ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي

بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيراً ما يكون ظاهراً كأخبار الآحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقاً (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضاً ولا يحكم الحال) هنا (لأن الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها إلى ما بعد موته، فالمسألان مبنيتان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق. فإن قيل: اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهداً للماضي عمل بإثبات الاستحقاق بالاستصحاب فإن به يستحق مالها أجر الماضي إذا كان جارياً. أجيّب أن هناك اتفاقاً على وجود سبب الوجوب وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد، والظاهر يصلح حجة للتأكيد. وفي مسألة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت. واستشكل بما ذكر محمد في الأصل إذا مات وترك ابنين فقال أحدهما مات أبي مسلماً وقد كنت مسلماً حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضاً أسلمت حال حياته وكذب الابن المتفق على إسلامه وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكماً على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البتة.

امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضاً ولا يحكم الحال) لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة إليه وهو لا يصلح لذلك، وبهذا القدر يتم الدليل. وقوله: (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة إلى معنى آخر، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا الاستصحاب. أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاماً حادثاً؛ فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال. والأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى هو من النوع الثاني، فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتاً وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً فكان القول قوله. وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام حادث، فالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت، والنظر 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 فيفيدهم الاستدلال به. وقوله: (ويشهد لهم) دليل آخر وهو أن الإسلام حادث

يصار إلى تحكيم الحال^(١) وإن كان السبب قائماً؛ ألا يرى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الآخر بل انقطع شهراً فالقول للمستأجر مع بيمينه منقطعاً كان أو جارياً في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدار انقطاع مقدر وذلك غير ثابت للحال، وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام، والثابت في الحال نفس الإسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة. وذكر الإمام الترمذ في مسألة وهي ترد أيضاً شبهة على الأصل وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال: لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بعين صار هو فاراً به وقالت الورثة في الصحة فالقول قول المرأة، لأنها أنكرت المانع وهو الطلاق في الصحة: يعني الأصل عدم المانع انتهى. وفيه تأمل، ثم أقول: في قوله: فإن قيل يشكل هذا إلى قوله مع قيام السبب في الحال وهو البتة بحث ظاهر، إذ يجوز أن يقال: السبب هنا البتة مع الاتفاق في الدين عند الموت كما في الزوجية لا البتة فقط قوله: (وهذا أي تحكيم الحال إلى قوله: وفيه نظر لأن زفر الخ) أقول: فالضمير البارز في يعتبره راجع إلى الظاهر لا إلى الحال كما لا يخفى.

(١) قول المحشي إلى تحكيم الحال، إلى آخر القولة) كذا في نسخة، وفي أخرى بدله إلى الإشهاد) بل يجوز للشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة ا. هـ. قال الفاضل الشهرى بخضرشاه عليه رحمة الله: كذا في النهاية وليس كما ينبغي، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضعه الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه: أعني الملك بنفسه، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه: وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا يثبت الحكم بنفسها، بل إذا نقله إلى مجلس القاضي وحكم القاضي بها، ولمعمرى إن هذا مظهر، وفيه بحث لا يخفى على من له أدنى مسكة فضلاً عن هادي الأعلام ا. هـ. وقيل معناه أن حكم البيع لثبوت الملك للمشتري في البيع وفي الثمن للبايع يثبت بنفس العقد، وكذا في نظائره، أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل بقضاء القاضي هذا، والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحملة الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام النفسي لا المشهود به، ولأن تقدير الكلام يشهد له كما لا يخفى.

محتاجة إليه، أما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً.

أجيب بأنه إنما يصار لما ذكر من الطريق إذا اختلفا في تمام الماضي في ثبوت ما هو ثابت للحال، وأما إذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائماً، حتى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعاً شهرين وقال الأجر شهراً فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعاً كان الماء أو جارياً في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدر هو غير ثابت للحال. وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسألة. وذكر الإمام التمرثاشي مسألة وهي ترد أيضاً شبهة علي الأصل: أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر؛ وهو لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض فصار فإنا أرت وقالت الورثة بل في الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت المانع من الإرث وهو الطلاق في الصحة: يعني والأصل عدم المانع قوله: (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلاً (وديعة فأقرّ المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره) فإن القاضي يقضى عليه بالدفع إليه (لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث) ملك له (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقرّ المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي بقبض الوديعة (أو أنه اشتراه) أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقرّ بقيام حق المودع) وملكه في الوديعة الآن (إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير، ولا كذلك بعد موته) لزوال ملكه فإنه أقرّ له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره: أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الوديعة، ثم لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يستردها؟ قيل لا لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم به. وقال ظهير الدين كان والذي يتردد في جواب هذه المسألة، ولو لم يدفع الوديعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع، وقيل لا لأنه لم يجب عليها لدفع (بخلاف المديون إذا أقرّ لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فإنه يؤمر بالدفع إليه لأنه غير مقرّ على مال غيره (إذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر (فإنما أقرّ على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بالوكالة إذا قدم (فيؤمر بالدفع. ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضاً وأنكر الابن الأول قضي بالمال للأول) وحده (لأنه لما صح إقراره للأول) على ذلك الوجه (انقطع يده على المال فيكون إقراراً على) الغير وهو الابن (الأول فلا يصح كما لو كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح، وحين أقرّ للثاني له مكذب) وهو الأول (فلا يصح) وهل يضمن للابن شيئاً. قال في غاية البيان: إنه لا يغرّم المودع للابن الثاني شيئاً بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت

والحدوث يضاف إلى أقرب الأوقات. فإن قيل: إن كان ظاهر الحدوث معتبر في الدلالة كان ظاهر زفر في مسألة الأولى معارضاً للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح والأصل عدمه. فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات، وزفر يعتبره للإثبات. ونوقض بنقض إجمالي وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للإثبات لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف لأنه استدلال به للإثبات الأجر. والجواب أنه استدلال لدفع ما يدعي المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر، وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له فيكون دافعاً لا موجباً، واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل. قال: (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضي الحاكم عليه بدفعه إلى المقرّ له لأنه أقرّ أن ما في يده حق الوارث وملكه خلافة. ومن أقرّ بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا أقرّ أنه حق المورث وهو حي أصالة، بخلاف ما إذا أقرّ لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حق المودع لكونه حياً فيكون إقراراً على مال الغير. ولقائل أن يقول: كان الواجب في المسألة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حق الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته إليه كالدين وغيره: فإن خلافة الوارث

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 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 (فلو 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

فلم يتحقق التلف، وهذا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البينة ثبوت الإرث فلا يكون الإقرار بالبينة إقراراً بالمال. وفي الدراية والنهائية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدى للابن الثاني الذي أقر له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي. وبه قال الشافعي في قول وأحمد في قول، وفي قول لا يضمن لأن إقراره للثاني صادف ملك الغير فلا يلزم منه شيء. وقال في النهاية: فإن قيل: كان ينبغي أن يضمن المودع للابن الثاني الذي أقر له أنه ابن الميت كما لو بدأ المودع بالإقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضي إليه، وقد ذكر في أدب القاضي من الكتاب أنه يضمن للقاضي قيمته. قلنا: هنا أيضاً يضمن إذا دفع الوديعة إلى الابن الأول بغير قضاء القاضي نصف ما أدى إلى الأول انتهى. وهذا هو صواب. واختلف في اللقطة إذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع إليه؟ مذكور في اللقطة. وفي الجامع الصغير: لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو الغاصب منه لا يؤمر بالدفع، هذا كله في الابن، فلو أقر المودع لرجل أنه أخو الميت شقيقه وأنه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلاً أنه صادق فالقاضي يتأنى في ذلك لأن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم والبنت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لأنه أقر أنه ليس بخلف عن الميت، وإذا تأنى إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية، وإن لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بكفيل ثقة، وإن لم يجد كفيلاً أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة، وإن كان غير ثقة تلزم القاضي حتى يظهر أنه لا وارث للميت، أو أكبر رأيه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه، ولم يقدر مدة التلزم بشيء بل موكول إلى رأي القاضي وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر بحول، هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأفضية. قال: وعن أبي يوسف مقدر بشهر، هذا إذا قال ذو اليد لا وارث له غيره، فإن قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا يدفع إلى أحد منهم شيئاً لا قبل التلزم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له وارثاً غيره، وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والأب والأم والبنت كالابن؛ ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيري وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت

متأخرة عن ذلك. والجواب أن استحقاق الوارث ثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حق الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به، فإذا امتنع في الوديعة حتى هلكت هل يضمن أم لا؟ قيل يضمن، وقيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله، وإن سلمها هل له إن يستردها؟ قيل لا يملك ذلك لأنه يصير ساعياً في نقض ما تم من جهته، بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير، بل الإقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها، ولو أقر المودع بعد الإقرار الأول لرجل آخر بأنه أيضاً ابن الميت وأنكره الأول بأن قال ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول، لأنه لما صح إقراره للأول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال، فالإقرار الثاني يكون إقراراً على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقر للأول لم يكذبه أحد فصح إقراره، وحين أقر للثاني كذب الأول فلا يصح. 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

فلا يصح إقراره للثاني، كما إذا كان الأول ابناً معروفاً، ولأنه حين أقرّ للأول لا مكذب له فصح، وحين أقرّ للثاني له مكذب فلم يصح.

أوصى له بجميع ماله أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدري للميت وارثاً غيرهما أو لا لم يكن لمدعي الوصية شيء بهذا الإقرار، ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخ إذا انفرد، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي البنوة مدعي الأخوة لكن مدعي هذه الأشياء إذا زاحمه مدعي الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستنداً بإقرار ذي اليد فمدعي الأخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو موصى له، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية، فإن أقام أخذ بها، وهل يؤخذ منه الكفيل؟ تقدم، ولو أقرّ ذو اليد أن الميت أقرّ أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعتقه أو أوصى له بالكل أو ثلثه، أو أن هذه زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عيناه أقر، بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقرّ بسبب منتقض قوله: (وإذا قسم

الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيل) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عنى به ابن أبي ليلى فإنه كاني فعله بالكوفة (وقالوا: يؤخذ الكفيل) أي لا يدفع إليهم حتى يكفلوا (والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره) أما إذا ثبتا بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق، وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثاً غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأني القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب أو لا يحجب، ولو قالوا لا وارث له غيره فكذلك استحسننا. ثم ما ذكر من نفى الدفع إذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً آخر هو فيما إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره، وتفصيل المسألة في أدب القاضي للصدر الشهيد قال: وإذا حضر الرجل وادعى داراً في يد رجل أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له وأقام على ذلك بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع إليه شيئاً حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوماً، والقضاء بغير المعلوم متعذر. وهنا ثلاثة فصول: الأول هذا، وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفهم. والثاني أن يشهدوا أنه ابنه وورثة لا نعلم له وارثاً غيره، فإن القاضي يقضي بجميع التركة بلا تلوم. الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره فإن القاضي يتلوم زماناً على قدر ما يرى، فإن حضر وارث آخر قسم المال بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه ويأخذ كفيلاً عندهما. ولا يأخذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه ثم إنما يدفع إلى الوارث الذي حضر جميع المال إذا كان ممن لا يحجب كالأب والابن، فإذا كان يحجب بغيره كالجد والأخ والعم لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف، وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة، وقول أبي حنيفة مضطرب. هذا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة، فأما إذا ثبت بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق. ومن صورته ما إذا أقرّ المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأني على حسب ما يرى ولا تقدير فيه، وهو أليق بقول أبي حنيفة رحمه الله وهو أن ينتظر زماناً يغلب على ظنه أنه لو كان له

القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي وقد تقدم في أدب القاضي، وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً فلا يلزمه الإقرار به. قال: (وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) إذا حضر رجل وادعى داراً في يد آخر أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثاً له؛ فإذا أن يقرّ به ذو اليد أو لا، فإن كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه: أحدها أنهم قالوا تركها ميراثاً لورثته ولم يعرفهم ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم ما لم يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم، والقضاء بالمجهول متعذر. والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعرف له وارثاً غيره، وفيه يقضي المحاكم بجميع التركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق. والثالث أنهم إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثاً غيره، فإن القاضي يتلوم

قال: (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يؤخذ الكفيل، والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره. لهما أن القاضي ناظر للغيب، والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريباً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع الأب واللقطة إلى صاحبه وأعطى امرأة الغائب

ابن آخر لظهر، وقدره الطحاوي بعام، فإن لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر. قيل هذا قولهما، وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة (لهما أن القاضي ناظر للغيب) أي مأمور بالنظر لهما (والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريباً غائباً، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة، كما إذا دفع القاضي (الأب واللقطة إلى) الذي أثبت عنده أنه (صاحبه) أخذ كفيلاً للمعنى الذي ذكرنا وهو أن القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأة الغائب) يعني إذا كانت تستنفق: أي تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقرّ بالزوجة والوديعة فالقاضي يعطيها (من ماله) ويأخذ كفيلاً (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعاً) أي فيما إذا كان الوارث الآخر معدوماً (أو ظاهراً) فيما إذا كان موجوداً والقاضي لم يكلف بإظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) إلى زمان التكفيل (لحق موهوم) أرايت لو لم يجد كفيلاً كان منع حقه هذا ظلماً وصار (كمن أثبت الشراء ممن في يده) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شراؤه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذي أثبت دينه على العبد) بالبينة (حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد (ولأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لأحد الغرماء، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت والزوج معلوم، فأما الأب واللقطة ففي) أخذ (الكفيل روايتان عنه، والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع اللقطة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت، ولهذا كان له أن يمنع) مع العلامة وإقرار العبد بالإباق. لا يقال: يأخذ

زماناً على قدر ما يرى. وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول، فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً كالأب والابن، فإن كان ممن يحجب بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه، وإن كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع إليه أوفر النصيبين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله، وأقلهما وهو الربع والثمن عند أبي يوسف رحمه الله، وقول أبي حنيفة مضطرب، فإذا كان ممن لا يحجب ودفعت الدار إليه هل يؤخذ منه كفيل بما دفع إليه؟ قال أبو حنيفة رحمه الله: لا يؤخذ ونسب القائل به إلى الظلم. قيل أراد به ابن ليلى وقالوا: له ذلك وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة. لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه، كما إذا دفع القاضي العبد الأب واللقطة إلى رجل عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلاً، وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استنفقت في غيبته وله عند إنسان وديعة يقرّ بها المودع ويقام النكاح فإنه يفرض لها النفقة

قوله: (كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً الخ) أقول: وأما في المسألة المتقدمة فلم يكن مكذباً شرعاً في قوله تسلمتها من القاضي إذ لا منافاة بين تسلمتها منه وكونها لمن أقر له فافهم قال المصنف: (وإذا قسم الميراث) أقول: فيه تسامح قوله: (ولم يقولوا في شهادتهم لا تعرف له وارثاً غيره) أقول: أو غريباً غيره كما يعلم من الوقاية وشرحه قوله: (هل يؤخذ منه كفيل الخ) أقول: وفي الدرر بالنفس قوله: (وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة) أقول: قال في النهاية: قال الإمام التمرناشي: لو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يزد عليه فالقاضي يتأني في ذلك زماناً على حسب ما يرى. وذكر بكر أن كل موضع ذكر يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضاً إلى القاضي، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول، وإن لم يظهر له وارث آخر أمر بدفع المال ويأخذ كفيلاً لاحتمال أن يظهر وارث آخر، هذا قولهما. وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة اهـ. قوله: (أجيب بأنه إذا أقر به الخ) أقول: فما الجواب في مسألة الأب واللقطة، ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح قوله: (وعورض بأن القاضي الخ) أقول: ويمكن توجيهه نقضاً كما لا يخفى قوله: (وأجيب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول: ألا ترى أن التوهم موجود وإن قال الشهود لا نعلم له وارثاً آخر.

النفقة من ماله. ولأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعاً، أو ظاهراً 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 لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم. وأما الأبق واللقطة ففيه

الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لأنه ليس بخصم، ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه في تسليم ماله إلى وارثه وقد أثبت وراثته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل. فإن قيل: القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع ذكره في الأسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد، والتلوم: إنما هو لتوهم وارث أو غريم آخر، وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي أن يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجحة على الشبهة فأظهرنا رجحانها في الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة في حق الكفيل عملاً بالجهتين. أوجب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل كالتلوم لأن التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن، فإن التلوم يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره فإن هذا ليس بشهادة لأنها على النفي، بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره، أما الكفالة فطلب أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم. قال المصنف وقوله: (ظلم) أي قول أبي

ويأخذ منها كفيلاً، ولأبي حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعاً وإن لم يكن له وارث آخر بيقين، أو ظاهراً إن كان له وارث آخر في الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة، فكان العمل بالظاهر واجباً عليه، والثابت قطعاً أو ظاهراً لا يؤخر لموهوم كمن أثبت الشراء من ذي اليد أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع فيه فإنه يدفع المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعي من غير كفيل، وإن كان حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر في حق العبد متوهماً فلا يؤخر حق الحاضر لحق موهوم إلى زمان التكفيل قوله: (ولأن المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهانذا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لأحد الغرماء. فإن قيل: إذا أقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة لمجهول. أوجب بأنه إذا أقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة أن ثمة مالاً لا محالة، وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له. ونقل التمرتاشي فيه خلافاً فإن ثبت فلا إشكال. لا يقال: الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بخصم ولا للميت لأن الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهي من الميت غير متصورة. وعروض بأن القاضي يتلوم في هذه الصورة بالإجماع على ما يراه، وفي ذلك تأخير ثابت قطعاً أو ظاهراً كما ذكرتم لحق موهوم فدل على أن التأخير جائز. وأوجب بأن التلوم ليس للحق الموهوم، بل إنما هو أمر يفعله القاضي لنفسه احتياطاً في طلب زيادة ما يدل على نفي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا وارث له غيره في الدلالة على ذلك، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النفي باطلة بل خير يستأنس به على نفس الشريك، والتلوم من القاضي يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق، بخلاف طلب الكفالة. وقوله: (بخلاف النفقة) جواب عما استشهد به من المسائل، أما مسألة النفقة فلأن التكفيل فيها لحق ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضاً فصحت الكفالة (وأما الأبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية: لا أحب أن يأخذ منه كفيلاً، وقال في رواية: أحب أن يأخذ منه كفيلاً، قالوا في شروح الجامع الصغير: والصحيح أن الرواية الأولى قول أبي حنيفة فلا يصح القياس حينئذ. وقال العتابي (إن دفع العبد بإقراره إلى المدعي واللقطة بإخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالإجماع) قال المصنف (لأن الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع قوله: (وقوله) أي قول أبي حنيفة (ظلم: أي ميل عن سواء السبيل) إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله (وهذا) أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطيء ويصيب) ويقرر أن مذهب

قال المصنف: (والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول: قال في الكافي: أي لذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الأمر عليه وقد زال هـ. يعني أن الظاهر ذلك، وأنت خبير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولهما إن الجاحد خائن قال المصنف: (والنزع أبلغ فيه) أقول: أي في المنقول: كذا في معراج الدراية والنهاية. الظاهر أن يقال: أي في الحفظ كما يدل عليه تقرير الكافي.

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 يخطيء 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 ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا عند أبي حنيفة. 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 المقرّ لأنه أمين. وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقرراً 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

حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطيء ويصيب لا كما ظنه البعض) أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعتزلة جرّهم إلى هذا القول بوجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقديرهم على الصواب واجباً. وسبب نسبة هذا القول إلى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمطي: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد، ولو حمل على ظاهره لكان متناقضاً، إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق، وإلا لكان الحق متعدداً، فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب: أي يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد، فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب. وقال محمد: ولو تلعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما نفذ وقال خطأ السنة قوله: (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) إلى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا: إن كان الذي هي في يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين، وإن لم يكن جحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن) ظهرت خيانه بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه إما لاعتقاده أنها ملكه وأن البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضي الميت فكان أولى بحفظها (ولأبي

أصحابنا المتقدمين براء عن مذهب أهل الاعتزال في أن كل مجتهد مصيب، وادعائهم أن ذلك مذهب أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قررنا ذلك في التقرير بعون الله تعالى مستوفى. قال: (وإذا كانت الدار في يد رجل الخ) دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد ذي اليد ولا يؤخذ من ذي اليد كفيل، وهذا: أي ترك النصف الآخر في يد من في يده عند أبي حنيفة رحمه الله، وأما عدم الاستيثاق بالكفيل هاهنا فبالإجماع، وقالوا: من في يده الدار إن كان جاحداً أخذ منه النصف الآخر وجعل في يد أمين وإلا ترك في يده، لأن الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير في يد والمقرّ أمين فيجوز أن يترك المال بيده. ولأبي حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصوداً تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فيمن المقضى بيده كونه مختاراً له وهو ثابت فيما نحن فيه فلا تنقض يده بيد من غير مختار له، وإنما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعي، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتمى به كما إذا كان من بيده مقرراً فإنه إنما يترك الباقي بيده كذلك قوله: (وجحوده) جواب عما ذكرناه. ووجهه أن الخيانة بالجحود إما أن تكون باعتبار ما مضى أو ما سيأتي، والأول قد ارتفع بقضاء القاضي فكذا لازمه. والثاني ظاهر العدم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضي ولمن بيده ذلك، وكتبت في الخريطة الظاهر أن لا يجحد في المستقبل لعلمه بعدم الفائدة. لا يقال: موت القاضي والشهود ونسيانهما للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملاً، لأن ذلك نادر والنادر لا حكم له (ولو كانت الدعوى في منقول) والمسألة بحالها (فقد قيل يتزعم من يده) النصف الآخر (بالاتفاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ. وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالنزاع أبلغ فيه، أما أنه

والنزاع أبلغ فيه، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا 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 خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنائها، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقي فيما يستحق له وعليه 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 البيعة 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.

حنيفة أن القضاء) إنما يقع أولاً للميت مقصوداً) لأنه بعد ثبوت أنه ماله حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جرده (فلا تنقض يده كالمقر وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي) بها للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي) وموت القاضي وعزله قبل أن يصل الغائب، وكذا احترق المحضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرتة (فلو كانت الدعوى في منقول) وأكرر والباقي بحاله (فقد قيل يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لأنه محتاج إلى الحفظ والنزع أبلغ في الحفظ) من تركه في يده إذ ربما يتصرف فيه متأولاً كما ذكرنا أو خيانة (بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولأجل أن المنقول محتاج إلى الحفظ دون العقار، والنزع أبلغ في حفظه من تركه (بملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار. وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضاً) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وإنما لا يؤخذ الكفيل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها) وهذا لأنه ربما لا يجد كفيلاً أو لا يسمح بإعطائه والأخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة (ثم إذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء) الكائن في غيبته (لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن بقية الورثة فيما لهم وعليهم ديناً كان أو عيناً) فقد قامت على

يحتاج فيه إلى الحفظ فلائه ليس بمحصن بنفسه لقبول الانتقال من محل إلى محل، أو ما أن النزاع أبلغ فيه فلأن النزاع أبلغ في الحفظ، لأنه لما جرده من يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه، وإذا نزعه الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلاً ظاهراً فكان المال به محفوظاً (بخلاف العقار فإنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار، وكذا وصي الأم والأخ والعم على الصغير) وإنما خصهم بالذكر لأنه ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضاً على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته إلى الحفظ، فإذا ترك في يده كان مضموناً عليه، ولو أخذ منه لم يكن مضموناً على الذي يضعه القاضي في يده فكانا ترك أبلغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لأن ما قيل إنه لما جحد من يده ربما يتصرف لخيانته أو لزعمه أنه ملكه ساقطاً لعبارة نظراً إلى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابه في الخريطة، وذلك ثابت مقتض ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق قوله: (وإنما لم يؤخذ الكفيل) راجع إلى قوله ولا يستوثق منه بكفيل. ومعناه أخذ الكفيل إنشاء خصومة، لأن من بيده الباقي

قوله: (أو لزعمه أنه ملكه) أقول: أي إن كان عدلاً قوله: (فإذا ترك في يده كان مضموناً عليه) أقول: يعني لجحوده السابق وفيه بحث، فإنه قد ارتفع مع لازمه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آنفاً فينبغي أن لا يضمن قوله: (ومعناه أخذ الكفيل). أقول: الأولى طلب الكفيل قوله: (والقاضي يطالبه به) أقول: فيه إشارة إلى أن ما في النهاية من قوله والأخ الحاضر يطالبه بالكفيل ليس على ما ينبغي لعدم مطابقته المشروح قوله: (فإن قيل: هب الخ) أقول: ويمكن أن يجاب بأن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في استيفاء ملكه فليس له المطالبة بالكفيل قوله: (وهو مشروع لقطع الخ) أقول: القطع الخصومة المتقدمة، ثم أقول: فيه بحث لأنه إن أراد كلياً فممنوع؛ ألا يرى إلى ضمان الدرك، وإن أراد جزئياً فسلم ولا يفيد، اللهم إلا أن يخص بحيث يشمل محل النزاع ثم لا نسلم أنه ليس هاتنا خصومة متقدمة إلا أن يقال: ارتفع ذلك بقضاء القاضي فليتأمل قوله: (إذا أقام الحاضر البيعة الخ) أقول: التفصيل في باب الشهادة

قال: (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة، وإن أوصى بثلث ماله فهو على 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. أما الوصية فأخت الميراث لأنها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة، أما

خصم حاضر بالنسبة إلى كل الورثة وهذا منهم. وقوله: (لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء) أي استيفاء نصيبه (لأنه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائباً عن غيره فلهذا لا يستوفي إلا نصيب نفسه وصار كما إذا قامت البينة بدين للميت) فإنه يقضي بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه. وقوله: (إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (إذا كانت) التركة كلها (في يده) أي في يد الحاضر، حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لأنه لا خصومة بدون اليد، ذكره في الجامع الكبير.

قال في شهادات الموارث: ولو مات وترك داراً وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخوأي فلان وفلان قبضاً نصيبهما وأودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قبضاً ثلثيها شائعاً وأودعها عندك وأنا أقيم البينة أنها داري تقبل وذو اليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت فيما يدعى عليه، فإن حضر الغائبان وصدقا في الإرث وجحدا حق المدعي فالقضاء ماض، وإن كذبا وقالوا لم نرثها من أبينا بل ثلثاها لنا لا بالإرث يقال للمدعي أعد بيتك عليهما في ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغائبين. قال العتايي: قال مشايخنا: هذا إذا لم تكن الدار مقسومة، أما إذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والتحقق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصماً فيها، بخلاف ما قبل القسمة لأنه مبقي على حكم ملك الميت على ما عرف. ولو كان ثلثا الدار في يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقرّ بأنه وديعة لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصماً للمدعي، وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصماً في ذلك لأن الوارث إنما يكون خصماً للمدعي على الميت فيمما في يده لا فيمما في يد غيره. قال

قد لا تسمح نفسه بإعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها. فإن قيل: هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل والقاضي يقطعها بحكمه بإعطائه. قلت: يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل ما هنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رافعاً لشيء كان منشأ له هذا خلف قوله: (وإذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في وجوب إعادة البينة إذا حضر، فمنهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص إذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادتها، ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف، قال الإمام فخر الإسلام: وهو الأصح لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق للميت مطلقاً وعليه إن كان الكل بيده كما سيحيي (ديناً كان أو عيناً لأن المقضى له وعليه في الحقيقة إنما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما كان للأخر أن يخاصم، ولهذا قلنا: إذا ادعى

في القتل قوله: (وجوابه أن السائل الخ) أقول: اعتراف بورود السؤال على كلام المصنف والتجاء إلى جواب آخر، وأنت تعلم أن كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولم يوجد فليتأمل، ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإثبات فليتأمل قوله: (يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً الخ) أقول: في أنه يجب أن يكون المراد دعوى العين، فإن الدين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن في يد الحاضر شيء على ما صرحوا. ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصماً في جميع الدين في حق الاستحقاق عليه ويقتصر القضاء بالاستحقاق عليه على ما في يده فليتأمل.

الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة، إذ جهة الصدقة في العسرية راجحة عنده، وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب المؤنة، إذ جهة المؤنة راجحة عنده، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يمتحض مؤنة. ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال، والمقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في

الاستروشي فالحاصل أن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده، حتى أن من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثاً ليس في يده ذلك العين لا تسمع دعواه، وفي دعوى الدين ينتصب خصماً عن الميت وإن لم يكن في يده شيء قوله: (ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من النقدين والسوائم وأموال التجارة ويمسك قوته، فإذا أصاب شيئاً تصدق بقدر ما أمسك، وإذا وجب التصديق بكله فلا فرق بين أن يبلغ ما عنده نصاباً أو لا، لأن المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره، ولذا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به، فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفي (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال، والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيها (وبه قال زفر) والبيهي والنخعي والشافعي. وقال مالك وأحمد: يتصدق بثلث ماله لقوله ﷺ لأبي لبابة حين قال: إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة: «يجزئك الثلث»^(١) (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه الصلاة

رجل على أحدهم ديناً على الميت وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل، وكذا إذا ادعى أحدهم ديناً للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل. فإن قيل: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجزأ له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع. أجاب بقوله: (بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقائل أن يقول: فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محذور فيه. وجوابه أن السائل قال: لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع، وما كان كذلك لا يقبل التشكيك، وقوله: (وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) أي بدين للميت أو عليه كما ذكرناه بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما مر وقوله إلا أنه استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً إلى قوله له وعليه: يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده، ذكره في الجامع وإلا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده.

(١) ضعيف. أخرجه الدارمي ٣٩٠/١ وأحمد ٤٥٢/٣. ٤٥٣. ٥٠٢. والبخاري في تاريخه الكبير ٣٨٥/٢ وابن حبان ٣٣٧١ والطبراني ٤٥٠٩ و ٤٥١٠ والبيهقي ١٨١/٤ وأبو داود بإثر حديث ٣٣٢٠ كلهم من طريق الزهري عن حسين بن السائب بن أبي لبابة أن جده أبا لبابة حين أتاه في تخلفه عن رسول الله ﷺ قال: يا رسول الله إني أهدج داري التي أصبت فيها الذئب وأنقل إليك وأساكنك وإني أتخلع من مالي كله صدقة إلى الله وإلى رسوله فقال له رسول الله ﷺ: يُجزئك من ذلك الثلث. ورواه مالك عن الزهري بلاغاً في الموطأ ٤٨١/٢ والمتصل مداره على حسين بن السائب. قال عنه في التقريب: مقبول ٥١.

وذكره ابن حبان في الثقات وقال: يروي عن أبيه ويروي المراسيل ١٥١. والظاهر أنه مرسل لذا أرسله مالك. قلت: وهذا الإسناد غير قوي، وهو غريب وهو ليس من الثلاثة. والمشهور في خبر تبوك والتخلف عنها هو كعب بن مالك وصاحبه: مرارة بن الربيع العمري، وهلال بن أمية الواقفي، وفي آخره قال كعب: «يا رسول الله إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله، ورسوله. قال رسول الله ﷺ: أمسك عليك بعض مالك، فهو خير لك. فقلت: فإني أمسك سهمي الذي ببخير، وفي قصة طويلة في توبة كعب».

هكذا رواه الجماعة منهم البخاري ٤٤١٨. ومسلم ٢٧٦٩. والترمذي ٣١٠٢ وابن أبي شيبة ١٤/٥٤٠. ٥٤٥. وعبد الرزاق ٤٤/١٩٧ وابن حبان ٣٣٧٠ والبيهقي في دلائل النبوة ٥/٢٧٩. ٢٧٣. كلهم من حديث كعب بن مالك.

وأخرج بعضه أبو داود ٣٣٢٠ باب: فمن نذر أن يتصرف بماله. قلت: فبين أن أبا لبابة ليس من هؤلاء الثلاثة لأن اسمه بشير بن عبد العنذر وقيل: يسير. بالسين كذا في الإصابة ٩٨١ ولم يذكر ابن حجر كونه تخلف عن تبوك، ولا غيرها ما هفتبه والله تعالى أعلم.

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 يمسك من ذلك قوته، ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة) ولم يقدّر محمد بشيء 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.

والسلام «من نذر أن يطيع الله فليطعه»^(١) (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة) وما أوجب به التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الإيجاب ببعضه، قال تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ [التوبة: ١٠٣] ولم يعم كل مال، وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ إنما يصدق بالأخذ من كل مال، وذكرنا في الأصول أن بالأخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة، وإنما ذاك قول الشافعي، والأحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع إذ منع منه قوله تعالى: ﴿ولا تبسطها كل البسط﴾ [الإسراء: ٢٩] فوجب تقييدها ببعضها، ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى إياها بإيجاب التصدق منها. وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «من نذر أن يطيع الله فليطعه»^(٢) لا ينافيه لأن إخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة، وإنما يلزم لو تقييد بجميع ما تلتف به وهو منتف بلزوم المعصية. وحديث أبي لبابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصده. وأما الوصية فجرينا فيها على نحو ذلك أيضاً فقلنا: لو أوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لأن في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة. وأما نفاذه في الكل إذا لم يكن له ورثة فلأنها إنما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتهى المانع الشرعي، وهذا لأن النهي ما كان في حالة الحياة إلا لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداء بنفسه المأمور بها في قوله ﷺ: «أبدأ بنفسك ثم بمن تعول»^(٣) فيؤدي إلى ضيق نفسه وحرجه وهو قد يكون سبب المعصية، وهذا المعنى منتف بعد الموت. وقول المصنف: (ولأن

قال: (ومن قال مالي في المساكين صدقة الخ) رجل قال مالي في المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التي تجب فيها الزكاة كالتقديز والسوائم وأموال التجارة بلغ النصاب أو لا، لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به، فإن قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة، وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصدق بالأموال التي لا تجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك (وإن أوصى بثلاث ماله فهو على كل شيء والقياس) في الأول أيضاً (أن يقع على كل شيء كما قال به زفر) لأن اسم المال عام يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستبداً به لثلاث يتزع إلى الشركة وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة، فكذا إيجاب العبد، ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء، وهو معتبر لأنه لبث في

قال المصنف: (ومن قال مالي في المساكين الخ) أقول: وفي إيراد مسألة النذر في فصل القضاء بالمواريث نظر، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الرصية التي هي أخت الميراث.
قوله: (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول: ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى، وإلا لم يجب له التصدق بكل ما له وهو ظاهر.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٦٦٩٦ و ٦٧٠٠ ومالك ٤٧٦/٢ والشافعي ٧٥.٧٤ / ٢ وأحمد ٤١.٣٦ / ٦ والدارمي ١٨٤/٢ وأبو داود ٣٢٨٩ والترمذي ١٥٢٦ والنسائي ١٧/٧ وابن ماجه ٢١٢٦ والطحاوي في المشكل ٣٧/٣ والمعاني ١٣٣/٣ وابن حبان ٤٣٨٧ و ٤٣٨٨ و ٤٣٨٩ والبخاري ٢٤٤٠ والبيهقي ٢٣١/٩ من طرق كلهم من حديث عائشة وتامام: «ومن نذر أن يعصي الله، فلا يعصه».

(٢) هو المتقدم.

(٣) هذا حديث يذكره الفقهاء هكذا، وهو مركب من حديثين. كما بينه ابن حجر في تلخيص الحبير ١٨٤/٢ برقم ٨٧١ وقد تقدم في الزكاة وصدقة الفطر.

قال: (ومن أوصى إليه ولم يعلم الوصية 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. ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة فلا

الظاهر أنه إنما يلتزم الصدقة (الخ) يصلح تقريراً لإبداء المخصص يعني أن العموم وإن كان ثابتاً لكن هنا معنى يخصه وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم، فكان ظاهراً في إرادة الخصوص، وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومها هو أيضاً من إبداء المخصص، وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة. وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبية في العشر. وروي ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا، لأن جهة المؤنة غالبية عنده، ولا تدخل الخراجية اتفاقاً لتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل) لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال. قال المصنف: (والصحيح أنهما سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤذنك بقصدهم إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل، وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله عليّ أن أهدي جميع مالي أو جميع ملكي. إلا أن الطحاوي ذكر أنه يجب الكل، بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فله عليّ أن أهدي جميع مالي حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب إرادة العموم، إلا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف، وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضاً فكان تعويلهم ليس عليه، وقوله: (علي ما مر) يريد وجه الاستحسان هذا. (ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب) يعني مال الزكاة على بعد ذلك (يمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (وإذا استفاد شيئاً تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقداراً في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال أو كثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف يمسك (وقيل المحترف يمسك ليوم) لأنه يكتسب يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو من له حوانيت أو دور يجيبها الاعتبار (شهوراً) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك، وأما في عرف

مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف بعرفات، أو لأنه في معنى الصلاة لأنه لا تنتظر أوقات الصلاة، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهي أخت الميراث لأنها خلافة كالوراثة) من حيث أنهما يثبتان الملك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية قوله: (ولأن الظاهر) دليل آخر: يعني أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجها الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فإنها تقع في حال الاستغناء عن الأموال فتتصرف إلى الكل، والأرض العشرية تدخل في النذر وعند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة عنده راجحة) في العشر فصارت الأرض العشرية كأموال التجارة لأنها من جنس الأموال التي تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الإمام الترمذاني قول أبي حنيفة مع محمد رحمهما الله (لأنه) أي الأرض العشرية والتذكير لتذكير الخبر (سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده) فصارت مثل عبد الخدمة (وأما الأرض الخراجية فلا تدخل بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة) لأن مصرفه المقاتلة وفيهم الأغنياء (ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال) زكوايا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ذكرها في الأمالي

قوله: (ويوجب الشرع في المال الخ) أقول: إذا عبر بلفظ المال كقوله تعالى: ﴿خذ من أموالهم صدقة﴾ قوله: (فكذا إيجاب العبد) أقول: إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال قوله: (وفيه نظر لأنه حيث لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع) أقول: ممنوع، فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الأملاك يكفي لاعتبار إيجاب العبد به كما في إيجاب الاعتكاف على ما مر آنفاً؛ ألا يرى أنه لو قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة ينصرف إلى مال الزكاة والبذلة والبذلة والمهنة كما صرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فلي تأمل.

يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث. أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم، وهذا لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول يفوت لعجز الموصي (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لأنه إثبات حق لا إلزام أمر.

ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يمسك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) قوله: (ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئاً من التركة فالبيع جائز وهو وصي) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلاً حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضاً لأن الوصاية إنابة) أي استنابة والمعروف من اللغة في الإنابة إنما هو معنى الرجوع والإقلاع من أناب إلى الله، واستدل في النهاية أنها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم، والزمخشري نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد بييت لأبي تمام وأبي الطيب (ووجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لإضافتها) إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث، ولذا لو باع شيئاً ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضاً وهو (زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم) كالورثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا يتعزل الوكيل بالموت، بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لأنه) إذا وقفنا على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الأول يفوت لعجز الموصي) بالموت، وهذا إذا ثبت الوكالة قصداً، أما إذا ثبتت في ضمن الأمر بالفعل ففيه روايتان، وذلك مثل أن يقول لعبده اذهب إلى فلان يبيعهك أو لامرأته اذهبي إلى فلان يطلقك أو اذهب بعبدي إلى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره بالفعل، ذكر محمد في كتاب الوكالة أنه جائز، وذكر في الزيادات أنه لا يجوز فكان فيه روايتان: في إحداهما لا يتوقف على العلم، وفي أخرى لا بد من العلم. وذكر في المأذون ما يوافق الأول وهو أنه إذا قال للناس بايعوا عبدي فإني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالإذن، وإذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مميزاً رجلاً كان

لأن ما أملك أعم من مالي لأن الملك يطلق على المال وغيره، يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة، والمال لا يطلق على ما ليس بمال، وإذا كان أعم ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضاً إظهاراً لزيادة عمومته. فإن قيل: الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية. أجاب: بأن المقيد إيجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع (والصحيح أنهما) أي لفظ مالي وما أملك (سواء) فيما نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية، وهو اختيار الإمام شمس الأئمة السرخسي (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية: إن قوله: (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد إيجاب الشرع وهو لفظ المال، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قررناه من قبل فارجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته لأن حاجته هذه مقدمة) إذ لو يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وبيعه أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المتوسط (مقدار ما يمسك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكثرة العيال وقلتها (وقيل المحترف يمسك قوت يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوانيت واللبوت التي يوجرها الإنسان (الشهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهراً فشهراً (وصاحب الضياع لسنة) لأن يد الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنة (وصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد المسألة النذر فيما نحن فيه من فضل القضاء في الموارث نظر، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي أخت الميراث. قال: (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه إيراد مسألة الوكالة في فصل القضاء في الموارث ما ذكرنا آنفاً. ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة فهو وصي ويبيعه جائز، وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة

قال: (ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجلاً عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية. وله أنه خير ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط

أو امرأة فاسقاً كان أو عدلاً مسلماً كان أو ذمياً. وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً لأنها تتضمن عقداً كبيره من العقود و (لأنه) تسليط على مال الغير قلنا (إنه إثبات حق) هو حق أن يتصرف (لا إلزام أمر) فإنه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكر أنها على يده، وهو محل الإجماع والنص، فقد كان ﷺ يقبلها من العبد والتقيّ ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندهما هو والإخبار بها سواء، وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي مخبران لأن لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما إنه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا بد من عدالة المخبر واحداً كان أو أكثر، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني وزعم أنه مذهب أبي حنيفة، وقال معنى إطلاق الكتاب أن لا يعلم حالهما إلا أن يعلمهما بالفسق، وقيل بل هو على إطلاقه لأن تأثير العدد فوق تأثير العدالة؛ ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لا ينفذ ويفاسقين ينفذ فبطريق أولى يثبت به، وهو الصحيح (وهذا لأنه خير ملزم) أي من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه. وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان إلزاماً على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم. ولما لم يكن هذا الإلزام كذلك كان إلزاماً فيه قصور، ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الإلزام من وجه، ثم يكفي لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزماً من وجه بالمعنى الذي ذكرنا، بخلاف الإعلام بالوكالة فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يلزم أحد شطري الشهادة، وأجمعوا على أن المخبر بالعزل لو كان فاسقاً وصدقه ينزل قوله: (وعلى هذا إذا أخبر المولى بجناية عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصل واثنين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه. أما الثلاث فأحداها عزل الوكيل. والثانية العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولاً ينحجر فاسقاً كان أو عدلاً، وإن كان فضولياً يشترط أحد شطري الشهادة فينحجر صدقه العبد أو كذبه، وإن كان فاسقاً إن صدقه انحجر وإلا فالمسألة على الخلاف. والثالثة العبد إذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى أعتقه أو باعه يلزمه الأقل من قيمته ومن الدية،

حتى باع لم يجز بيعه. وعن أبي يوسف أنه اعتبر الأول بالثاني لأن وصف الإنابة: أي النيابة جامع، فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله، وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم لم يجز تصرف الوصي قبله. ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة لا نيابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح، بخلاف الوكالة فإنها إنابة لقيام ولاية المستنيب، والإنابة تتوقف على العلم لأنها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل، وفي الأول لو توقفت على علمه فات لعجز الموصي. فإن قيل: إذا قال لرجل اشتر عبيدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه. أجيبت بأنه على الرويتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمننا والكلام في الوكالة يثبت قصداً، وهذا كما إذا قال بايعوا عبيدي ولم يعلم به العبد فإن فيه روايتين في إحداها صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن لثبوته ضمننا، فإذا ثبت أن علم الوكيل بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغاً مسلماً عدلاً أو على أزداد ذلك بعد ما كان مميزاً جاز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر: أي إطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف. وأما النهي عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: هو والأول سواء، لأنه من جنس المعاملات، وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كوكالة وإذن العبد في التجارة.

ولأبي حنيفة أنه خير ملزم، أما أنه خير فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام، وأما أنه ملزم فلأنه ينفى جواز التصرف بعده، وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لأنه بالنظر إلى كونه خبيراً كالخبر بالتوكيل والإذن وغيرهما ليس في معناها، وبالنظر إلى ما فيه من نوع إلزام كان في معناها فيشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد أو العدالة عملاً بالوجهين،

أحد شطريها وهو العدد أو العدالة، بخلاف الأول. وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا.

فإن أخبره واحد بالجناية فكذلك إن كان فاسقاً، إن صدقه ثم باع أو أعتق يصير مختاراً للدية. وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختاراً للدية، وعندهما يصير مختاراً لها.

وأما اللتان في النواذر فإحدهما الحربي إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلاً، أو أخبره اثنان لزمته حتى لو ترك شيئاً منها كان عليه قضاؤه إجماعاً، وإن كان فاسقاً فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف. قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي أنه يلزمه القضاء هاهنا اتفاقاً لأن المخبر له رسول رسول الله ﷺ. وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الأصول. والثانية الشفيع إذا أجبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصدقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهي على الخلاف، فإذا سكت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل. والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه قوله: (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء) أي لأجلهم ليوفي ديونهم التي كانت على الميت (وأخذ المال) أي الثمن (فضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضي ولا أمينه للمشتري شيئاً (لأن أمين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالإمام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد

بخلاف الأول فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلاً لم يكن في معناها أصلاً فلم يشترط فيه شيء من ذلك، وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضاً شيء من ذلك لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، إذ ربما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله قوله: (وعلى هذا الخلاف) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط أحد شطريها فيما فيه إلزام المسائل المذكورة. قال في النهاية إنها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في المبسوط واثنان ذكرهما في النواذر، والسادسة قاسها المشايخ عليها، والمصنف ترك منها مسألة. أما الأولى فهي التي ذكرناها من عزل الوكيل. والثانية على ترتيب المبسوط العبد المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب، وإن كان فاسقاً وكذبه ثبت عندهما خلافاً له وقيد بتلقائه نفسه لأن حكم الرسول حكم مرسله كما مر، وهذه المسألة لم يذكرها المصنف هاهنا. والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنایته اثنان أو واحد عدل فتصرف فيه بعده بعق أو بيع كان اختياراً منه للفداء، وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك، وإلا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما. وأولى النواذر المسلم الذي لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب عليه القضاء، وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف، وشمس الأئمة السرخسي جعله رسول رسول الله ﷺ فالزمه. وثانيتها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكتت سقطت، وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف. والسادسة إذا بلغ الكر تزويج الولي فسكتت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف، وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف. قال: (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء) إذا باع القاضي أو أمينه عبداً للميت لأجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضي أو أمينه (لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الإمام، والإمام لا يضمن كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد) صبياً محجوراً أو عبداً (محجوراً عليه) وهاهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء. (فإن أمر القاضي الوصي ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري

قوله: (أنه ثبت ضمناً) أقول: أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف قوله: (والكلام في الوكالة يثبت قصداً) أقول: قوله يثبت حال. قال المصنف: (فيشترط، إلى قوله: أو العدالة) أقول: فيه إشارة إلى أن العدالة لا تشترط في العدد وأن قوله عدل صفة رجل. قال في التلويح وهو الأصح قوله: (كعبارة المرسل للحاجة) أقول: فكما لا تشترط العدالة في المرسل لا تشترط في الرسول أيضاً قوله: (إذ ربما لا يتفق الخ) أقول: علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال.

قال: (وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء وأخذ المال فضع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كي لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فيضيع 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 . قال: (ورجع الوصي على الغرماء) لأنه عامل لهم، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه . 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 .

الناس عن قبول هذه الأمانة، (و إذا لم يرجع المشتري على البائع من هؤلاء (يرجع) بالثمن (على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والتصرف (واقع لأجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد محجوراً عليه) عبداً أو صبياً يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بمباشرتهما، ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الأهلية في الصبي وحق السيد في العبد والأصل أنه إذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد، وأقرب الناس في مسألتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم؛ ألا يرى أن القاضي لا يأمر الوصي أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (ولو كان البائع الوصي يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضي إياه عنه ثم الوصي يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا إن البيع لأجله وهو الذي ينتفع به، فلو كان الوارث صغيراً نصب القاضي عنه من يقضي دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري . قال المصنف (قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (في أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق: أعني جواز أن يقال: وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف . قيل نعم، وقال مجد الأئمة السرخسي: لا يأخذ في الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره . وفي الكافي: الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت .

على الوصي لأنه عاقد نيابة) فإن أوصى إليه الميت فظاهر، وإن أقامه القاضي فكذلك لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت لا عن نفسه، وعقد النائب كعقد المنوب عنه (فصار كما إذا باعه) الميت (بنفسه) في حياته وفي ذلك كان يرجع المشتري عليه فهاتنا يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) أي يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا: يجوز أن يرجع بذلك أيضاً لأن هذا الضمان لحقه في أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له) .

قوله: (والثالثة العبد الجاني إذا أخبر المولى بجنابته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول: قوله اثنان: أي فضوليان، وقوله أو واحد: أي فضولي قوله: (إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول: وفي كشف الزدوي قال عليه الصلاة والسلام: «نضر الله» امرأ سمع منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداها إلى من لم يسمعها» وفي حديث آخر: «ألا فليبلغ الشاهد الغائب» ١ هـ . والأولى الاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام: «بلغوا عني ولو آية» فليتأمل قوله: (وشمس الأئمة السرخسي جمعه رسول رسول الله ﷺ فألزمه) أقول: لعدم اشتراط العدالة في الرسول .

فصل آخر

(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله 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

فصل آخر

لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل يقبل مولى ومعزولاً أخره قوله: (وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل) بمجرد إخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاین الحجّة) التي عنها حكم فيه بذلك. قال الفقيه أبو الليث: روي عن محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه قال: لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته، وزاد جماعة على هذا فقالوا: أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك، وهذا يفيد أن القاضي يشهد، وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحدّ لا على حكم القاضي، وإلا كان القاضي شاهداً على فعل نفسه، وليس هنا من يشهد عنده إلا المأمور بإقامة الحد، وهذا بعيد في العادة: أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدي الآخر عنده، ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة من المأمور وهذا (لأن الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لأن القطع بنفيهما ليس إلا للأنبياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي) لأن الاعتماد فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده (واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي) لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق، ولما كان عدم الاعتماد مغللاً بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف^(١) لا إطلاقه (فقال الإمام أبو منصور: إن كان القاضي عدلاً عالمياً يقبل قوله لانتفاء التهمة) في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وإن كان عدلاً جاهلاً استفسر، فإن أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة وترك

فصل آخر

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل وبعده مقبول أولاً. قال: (وإذا قال القاضي قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل ذلك، وهو ظاهر الرواية، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال: لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضرتك، وهو رواية ابن سماعة عنه، لأن قوله يحتمل الغلط والتدارك غير ممكن. واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا، وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً، إلا أنهم تركوها فيه للحاجة إليه. وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك إنشاء لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء، ومن يتمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره، وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها. والثاني ممنوع، والأول يجر إلى غير ظاهر الرواية من معاينة الحجّة، ولأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة وفي تصديقه طاعته فيجب تصديقه، وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتماد على قوله من غير استفسار، وقالوا به إذا كان القاضي عدلاً فقيهاً، وعلى هذا تتأني الأقسام العقلية كما قال الإمام أبو

فصل آخر

قوله: (ما لم تكن الشهادة بحضرتك) أقول: أو الإقرار بحضرتك قوله: (لأن قوله يحتمل الغلط) أقول: لعل المراد بالغلط ما يعم الكذب قوله: (وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضاً) أقول: يعني مطلقاً.

(١) كتب بهامش نسخة العلامة البحراري قوله: (في التوقف) كذا في النسخ، ولعله في القبول لا إطلاقه: أي القبول، فقوله لا إطلاقه نفي لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالمعالم فتدبر.

زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه. وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء فيقبل لخلوه عن التهمة، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة، وفي تصديقه طاعة. وقال الإمام أبو منصور رحمه الله: إن كان عدلاً عالمياً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالمياً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة.

المصنف^(١) قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقاً عالمياً أو جاهلاً، فإن الفسق مانع من الركون لإخباره بالاستفسار، وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه) في الحال (فيقبل لخلوه عن التهمة) لأن التهمة إنما تتحقق في إخبار بأمر لا يمكن إنشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة، أما إذا كان ذلك مما يقدر على إنشائه في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعانية الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو لا يفيد، فإن الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وإن لم يعاين الشهادة والشروط، ولذا قال محمد: لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئاً. ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجهاً آخر وهو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد، ولو لم يكن خبير القاضي بانفراده حجة في الإلزام لقلد في كل بلدة قاضيان، وأنت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء، وهذا لا يتحقق عند المأمور إلا أن يحضر وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه الفلاني ويشهدوا توفر الشروط، وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاة كانوا أو لا، فلا يلزم لذلك تكثيرهم، فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة ممنوعة قوله: (وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) صورتها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفاً بغير حق أو قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها إليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي، ولم يحك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لأن هذا في أمر فات فلا بد أن يكون القول للقاضي، وإلا امتنع الناس من قبول القضاء إذا كان يتوجه عليه بعد العزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا، بخلاف ما قبله لأن القتل والقطع بعد لم يقع فكان إعمال ذلك الاحتمال مفيداً، نعم كون القول له على الاتفاق مقيد بما إذا كان

منصور، فإن كان عدلاً عالمياً يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ لعلمه والخيانة لعدالته، وهذا القسم لا يحتاج إلى الاستفسار بالاتفاق، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ، فإن أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل 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 وجب تصديقه وقبول قوله، وإلا فلا لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلاً أو الشبهة غير دارنة، وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالمياً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ في الجهل والخيانة في الفسق. قال: (وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان ما يخبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله، فإذا أخبر القاضي المقضى عليه بعد العزل بما قضى وأسند إلى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه أو يكذبه في حقيقته ويصدقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه، فإن كان الأول فالقول للقاضي بلا خلاف، وإن كان الثاني فكذلك في الصحيح. فعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يدك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظمناً فالقول قول القاضي لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً والقول

قوله: (ومن يتمكن من الإنشاء الخ) أقول: فيه ركازة قوله: (أو يكذبه في حقيقته) أقول: ظاهر لا يقابل الاحتمال الأول.

(١) قوله: (وترك المصنف الخ) لعل النسخة التي كتب عليها الشارح لم يكن فيه القسمان المذكوران اهـ.

قال: (وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظملاً فالقول قول القاضي، وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق، هذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذ منه المال مقرين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له، إذ

المدعي مقرأ بأنه فعل ذلك وهو قاض، لأنهما لما توافقا على ذلك صار كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض، والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لأن الظاهر أنه (لا يقضي بالجور ثم لا يمين) على المعزول (لأنه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق، و) لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الآخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) وهو أن القطع منه والآخذ كان بقضاء القاضي بالآخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضاً) كالقاضي لأنه أقر أنه فعله في حال قضائه، وهو كما لو كان دفع القاضي المال إلى الآخذ معانياً للمأخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع بإقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمعائن للحاكم الذي رفع إليه المقطوع واقعته (ف) أما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد) أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي فيه خلاف (والصحيح أن القول أيضاً للقاضي، لأنه) أي القاضي (أضاهه إلى حاله معهودة متافية للضمان فصار كما إذا) اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعيد كان ذلك في صحة عقلك و (قال) بل (وأنا مجنون وكان جنونه معهوداً) فالقول له، وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به، واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات، وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة، وكذا أفرضه شمس الأئمة

لمن يشهد له الظاهر لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يفضي إلى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء. وفي هذه الصورة لو أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً لأن فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشيء صحيح كما إذا كان دفعه المال إلى الآخذ معانياً في حال القضاء فإنه لا يضمن الآخذ حينئذ فكذلك هاهنا، وكذا إذا كان أمره بالقطع معانياً في حال القضاء وإن قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل

قوله: (لأنه ثبت فعله الخ) أقوال: فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لأنه ثبت الخ تعليلاً لأي شيء قال المصنف: (ولا يمين على القاضي) أقول: قال الكافي: لأنه لو لزمه اليمين لصار خصماً، وقضاء الخصم لا ينفذ أ. هـ. وفيه بحث. والأولى أن يقال: إنا لو أوجنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء فتتعطل أمور الناس قال المصنف: (ولو زعم المقطوع يدها الخ) أقول: قال شمس الأئمة السرخسي: إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي، لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته. ومن ادعى تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا بحجة، لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة في الإسناد بحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان فلا يصدق في الإسناد إلا بحجة، بخلاف المسألة الأولى لأنه ثبت الإسناد بمصادقتهما، والصحيح هو الأول، وهو اختيار فخر الإسلام على البيهقي والصدور الشهيد. ونظيره إذا قال العبد لغيره قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد، وكذا إذا قال المولى لمبد قد اعقته أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد المعتق كان القول قول المولى، وكذا الوكيل بالبيع إذا قال بعث وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً، وإن كان قائماً فالقول قول الموكل لأنه أخبر عما لا يملك الإنشاء فيصير مدعياً، وكذا في مسألة الغلة لا يصدق في الغلة القائمة لأنه أقر بالآخذ وبالإضافة يدعي عليه التملك كذا في شرح الزيلعي والنهاية ومعراج الدراية والعبارة للزيلعي. وقال الزيلعي: أورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما إذا اعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها، وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان بإسناده الفعل إلى حالة متافية له. وأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في إقراره ولا يصدق في دعواه التملك له، وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك بإذنك فأنكر الإذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم أ. هـ. لعدم جريانه في صورة النزاع في أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لا يخفى قوله: (كإستاد من عهد منه الجنون الخ) أقول: في الشعب لطافة لا تخفى.

القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً (ولا يمين عليه) لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً) لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معانياً (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضاً) هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت رجلاً مجنوناً والجنون منه كان معهوداً

فإنه قال: فأما إذا زعم: أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ. قال: ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا بينة، فالتصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل، ولكنه ذكر في تعليقه ما يعمم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسألة الطاحونة، وفي الحال فعله موجب للضمان عليه، وبهذا الإسناد يدعي سقوطه، بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر، ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد، لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله، كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعث وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكاً وإن كان قائماً بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعياً، وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حرّ فالقول للعبد ولا ضمان، وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة، وإن كانت قائمة فالقول للعبد، ويأخذه من المولى لأنه أقر بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدعياً، وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي، ذكره المحبوبي. واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمي فقال بل وأنا حرة فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان، ولو قلت أقرّ هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فها هنا أيضاً أقرّ بسبب الضمان وهو إقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل، وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصي. أوجب بالفرق بأن المولى أقرّ بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار لا في جهة التملك، كما لو قال أخذت منك ألفاً هي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر، وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام، بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم، وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية قوله: (ولو أقرّ القاطع أو الأخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم لمأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقرّ القاطع والقباض إنني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه،

التقليد أو بعد العزل فالقول أيضاً للقاضي في الصحيح، لأن القاضي أسند فعله إلى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي الضمان فالقاضي بذلك الإسناد منكر والقول للمنكر فصار إسناد القاضي ها هنا كإسناد من عهد منه الجنون إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون إذا كان ذلك منه معلوماً بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع، وإنما قال هو الصحيح احترازاً عما قال شمس الأئمة السرخسي إن القول قول المدعي في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال، وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه، وهو بهذا الإسناد يدعي ما يسقط الضمان عنه، وأما في الأولى فقد تصادقا أنه فعله وهو قاض وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقاً، ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضي (ولو أقرّ القاطع والأخذ في هذا الفصل بما أقرّ به القاضي ضمناً لأنهما أقرّا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره،

(ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي بضمن) لأنهما أقرّا 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 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.

والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده (بضمنان) ولا يضمن القاضي (لأنهما أقرّا بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الآخذ والقاطع (وقبول قول القاضي) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب يخصه وهو كي لا يتمتع الناس عن قبوله فتضييع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب. وقوله: (ولو كان المال في يد الآخذ قائماً) هذا قيد فيما يلزم جواب المسألة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر، فإن لازم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصديق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال للمأخوذ للمأخوذ منه مطلقاً فإنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن ذلك: أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكاً، أما إذا كان قائماً فيؤخذ من القابض سواء صدق القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل، علله محمد في الزيادات فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم، قالوا: معناه أن القاضي لما أقر بالآخذ يصير شاهداً لغيره بالكلام الثاني، وإقراره بالآخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة، ولأن القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا بيينة، وقول المعزول ليس بيينة عليه لأنه ليس شاهداً بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان.

بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق) لا يقال: الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا الفعل إلى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمنا كالقاضي لأن جهة الضمان راجحة لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضي حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعي، وهذا يقتضي وجوب الضمان على القاضي أيضاً لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقياً في يد الآخذ وأقر بما أقر به القاضي أخذ منه المال) سواء صدقه المأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لأن الآخذ أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة، وقول المعزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم.

قوله: (في هذه الصورة) أقول: في الإطلاق تأمل قوله: (لأن إقرار الرجل، إلى قوله: لا يعارض القطعي) أقول: الإقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود، إلا أن يراد بالقطعية كونه أقوى من قضاء القاضي قوله: (لكن ذلك يؤدي إلى تضييع الحقوق الخ) أقول: هذا جواب عن النقض بتغيير الدليل. والأولى أن يجاب كما في النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسندا الفعل إلى حالة منافية للضمان، فإن حالة القضاء لا تنافي الضمان في حق غير القاضي لأنه كم من غلبت ينصب مال غيره والقاضي في منصب القضاء قائم، وأخذه بأمر القاضي لم يثبت لعدم الحجة إذ الكلام فيه، وكذا حال القطع فليتأمل، وآ أعلم.