

كتاب الحوالة

هي نقل الدين من ذمة إلى ذمة.....

كتاب الحوالة

كل من الكفالة والحوالة عقد التزام ما على الأصيل للتوثق، إلا أن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل إبراءً مقيداً كما سيجيء فكانت كالمركب مع المفرد، والثاني مقدم فلزم تأخير الحوالة وهي لغة النقل والتحويل بل قال في «المصباح»: «حولت الرداء نقلت كل طرف موضع الآخر، والحوالة مأخوذة من هذا يقال: أحلته بدينه نقلته من ذمتي إلى ذمتك، وأحلت الشيء إحالة نقلتها أيضاً».

وفي «الفتح» تبعاً «للدراية» يقال: أحلت زيدا بماله على رجل فاحتال أي قبل الحوالة فأنا محيل وزيد محال ومحتمل والمال محال به والرجل محال عليه ومحتمل عليه وتقدير المحتمل للفاعل على محتول بكسر الواو وفي المفعول بالفتح، وأما صلة له مع المحتمل الفاعل فلا حاجة إليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهو محتال ومحتمل عليه، فالفرق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه ويقال للمحتال أيضاً وعرفاً ما أفاده بقوله (هي) أي: الحوالة (نقل الدين من ذمة) أي: من ذمة المحيل (إلى ذمة) أي: ذمة المحال عليه هذا قول طائفة وهو الصحيح.

وفي «التارخانية» وعليه الفتوى استدلالاً بأن المحتال لو وهب الدين من المحيل أو أبرأه منه بعد الحوالة لا تصح، ولو بقي الدين لصح كل منهما ونقض هذا التعريف بما إذا وقعت الحوالة بغير إذن المحيل فإنها صحيحة ولا نقل فيها.

وأجيب بأن معنى النقل يتحقق بعد أداء المحال عليه حتى لا يبقى إذ ذاك على المحيل شيء، ورده في «الفتح» بأنه لو صح لصح أن يقال في الكفالة بغير إذن المكفول عليه فيها نقل أيضاً بهذا الوجه، لأنه إذا أدى الكفيل عنه لم يبق عليه شيء، والحق أن أصل الجواب ساقط، فإن انتفى الدين عن المحيل بالأداء ليس هو نقل الدين بل نقله هو تحوله من محل إلى محل هو ذمة المحال عليه، وعندني أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو منتف لانتهاء الفعل منه، والنقل إنما هو في حقيقتها انتهى. ولا يرد على التعريف ما لو أحال على أنه متى شاء رجع على المحيل حيث يجوز ويرجع على أيهما شاء، كما في «البرزازية» لأن هذه كفالة معنى كما في الكفالة.

وقيل: هي نقل المطالبة فقط تمسكاً بمسائل ذكرها محمد، منها أن المحتال لو أبرأ المحال عليه فرده لم يرتد، ولو انتقل الدين وجب أن يرتد، ومنها أن المحيل لو دفع المحال به إلى المحتال جبر على القبول ولو انتقل الدين لم يجبر لأنه متبرع، ومنها أن المحال لو وكل المحيل بقبض الدين من المحال عليه لا يصح، ولو انتقل الدين لكان أجنبياً وتوكيله صحيح. ومنها أن المحتال لو أبرأ المحال عليه لم يرجع بشيء على المحيل ولو كانت بأمره ولو وهبه له رجع به إن لم يكن للمحيل دين، ولو انتقل الدين كان الإبراء والهبة في حقه سواء في عدم الرجوع، وجعل في «البدائع» هذا الخلاف بين المتأخرين وجعله شيخ الإسلام بين الصاحبين وأن الأول هو قول أبي يوسف، والثاني قول محمد وفائدة الخلاف تظهر في مسألتين، إحداهما أن الراهن لو أحال المرتهن بدينه كان له أن يسترد الرهن عنده خلافاً لمحمد، والثانية إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح وعند محمد يصح، وأنكر بعض المحققين هذا الخلاف وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة فقط بل ذكر أحكاماً متشابهة اعتبر الحوالة في بعض تأجيلاً وجعل المحول بها المطالبة نظراً للمعنى، وفي بعضها إبراء ولو جعل المحول بها المطالبة والدين نظراً لحقيقة اللفظ فلم يبق النظر إلا في بيان خصوص الاعتبار في كل مكان، كذا في «الفتح».

وهكذا ذكر في «الظهيرية» حيث قال: اختلف المشايخ في أنها نقل الدين والمطالبة أو نقل المطالبة مع بقاء الدين، وإنما اختلفوا على هذا الوجه لأن محمداً في الحوالة مسائل بعضها يدل على الأول وبعضها يدل على الثاني فذكر ما مر وشرط صحتها في المحيل العقل، فلا تصح حوالة مجنون وصبي لا يعقل والرضا فلا تصح حوالة المكره، وأما البلوغ فشرط للنفاذ فصحة حوالة الصبي العاقل موقوفة على إجازة الولي وليس منها الحرية فتصح حوالة العبد مطلقاً غير أن المأذون فيطالب للحال والمحجور بعد العتق، ولا الصحة فتصح من المريض وفي المحتال العقل والرضا وأما البلوغ فشرط النفاذ أيضاً فانهقد احتيال الصبي موقوفاً على إجازة وليه كان الثاني أملى من الأول كاحتيال الوصي بمال اليتيم، ومن شرط صحتها المجلس.

قال في «الخانية»: والشرط حضرة المحتال له فقط / حتى لا تصح في غيبته [١/٤٢٤] إلا أن يقبل منه آخر، وأما غيبة المحتال عليه فلا تمنع حتى لو أحال عليه... (١) فأجاز صح. وهكذا في «البرزازية» ولا بد في قبولها من الرضى، فلو أكره على قبولها لم تصح وفي المحال به أن يكون ديناً لازماً فلا تصح ببدل الكتابة كالكفالة وهذا معنى ما في «البدائع» الأصل أن كل دين لا تصح الكفالة به لا تصح الحوالة به، فلو

وتصح في الدين لا في العين برضا المحتال والمحال عليه.....

أحال المولى غريماً له على المكاتب لم تصح إلا إذا قيدها ببدل الكتابة ولا يعتق إلا بالأداء، ولو أحال المكاتب مولاه على رجل فإن له عليه دين أو عين هي غضب أو ودیعة وقيده بها صحت وعتق، وإن لم يكن واحد منهما أو كان ولم يقيده بها لا تجوز، (وتصح) الحوالة (في الدين) أي: به إذا كان معلوماً (لا في العين) لأن النقل الذي تضمنه نقل شرعي وهو لا يتصور إلا في الدين، والمتصور في العين إنما هو النقل الحسي وقيدها بكونه معلوماً لأن الحوالة بالمجهول لا تصح قال البزازي: احتال....^(١) مجهولاً على نفسه بأن قال: احتلت بما يذوب لك على فلان لا تصح الحوالة مع جهالة المال ولا تصح حوالة أيضاً بهذا اللفظ انتهى.

قال الحدادي: ولا تصح في الحقوق أيضاً انتهى. وبه عرف أن الحوالة على الإمام من الغازي بما يستحقه من الغنيمة بعد إحرازها غير صحيحة، وأن حوالة المستحق بمعلومه في الوقف على الناظر كذلك (برضى المحتال والمحال عليه) أمّا الأول فلأن الدين ينتقل بها حقه والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل، فلو لم يشترط رضاه للزم الضرر بإلزامه اتباع من لا يوافيه، أمّا ما رواه الطبراني في مظل الغني ظلم ومن أحيل على مليء فليتبّع، وفي رواية أحمد فليحتل فأكثر أهل العلم قال على أنه أمر استحباب، وأمّا الثاني: فلأن الذي يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه ولو كان مديوناً للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء ما بين ميسر سهل، وصعب معسر ولم يذكر رضی المحيل لأنه ليس بشرط ذكره في «الزيادات» لأن التزام الدين من المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره واشترطه القدوري، قال في «العناية»: وفائدة اشتراط الرجوع عليه إذا كانت بأمره.

وذكر الخبازي عن «الأوضح» لعل موضوع ما ذكره القدوري أن يكون للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما ينقل الحوالة فإنها حينئذ تكون إسقاطاً لمطالبة المحيل عن المحال عليه فلا تصح إلا برضاه قال في «العناية» بعدما ذكر القولين: والظاهر أن يقال الحوالة قد يكون ابتداءً من المحيل وقد يكون من المحال عليه والأول إحالة وهي فعل اختياري ولا يتصور بدون الإرادة والرضى وهو محمل وجه رواية القدوري، والثاني احتيال يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المحال عليه ورضاه وهو وجه رواية «الزيادات» وعلى هذا اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة، وعدم اشتراطه مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية «الزيادات» ليس على ما ينبغي انتهى.

وحاصله أن الحوالة في كلام القدوري بمعنى الإحالة وفي كلام المص كما هو

وبرئ المحيل بالقبول من الدين ولم يرجع المحتال على المحيل إلا بالتوى.....

رواية «الزيادات» بمعنى الاحتيال وقدمنا بأن الحوالة حقيقة لا بد فيها من رضی المحيل إذ قد عرفوها بالنقل ولا نقل فيها بدون رضاه وعلى هذا فكان على المص إذ قد عرفها بالنقل أن ينحو نحو القدوري إذ الدسومة في «القدوري»، وما في «المجتبى» أحال الغريم بدون رضا المحال عليه لا يجوز وقيل: يجوز كالتوكيل بقبض الدين، وفي شروط «الظهيرية» رضی من عليه الحوالة ليس بشرط إجماعاً.

قلت: معناه إذا كان المحال به مثل الدين انتهى. شاذ والمذهب ما اعتمده أولاً من عدم الحوالة مطلقاً، وفي «البيزانية» غاب المحيل وزعم المحال عليه أن مال المحتال على المحيل كان ثمن خمر لا يصح دعواه وإن برهن على ذلك كما في الكفالة وفي «فروق الكرابيسي» أحالها بصدقها على رجل وقبل الحوالة ثم عاد الزوج فبرهن المحال عليه أن نكاحها كان فاسداً وبرهن على ذلك لم يقبل، ولو أقام بينة أنها أبرأته عنه أو أنه أعطاها أو باع منها به شيئاً وقبله قبلت بينته، وإن كان المبيع غير مقبوض لا يقبل، والفرق أن مدعي الفساد متناقض (وبرئ المحيل بالقبول) أي: بقبول المحتال والمحال عليه الحوالة من المحيل (من الدين) الذي عليه لأن الحوالة التي هي النقل لا تتحقق إلا ببراءة ذمة الأصيل وفيه رد لقول من قال: إنما يبرئ من المطالبة فقط، ومقتضى هذا أن المشتري لو أحال البائع على آخر بالثمن لا يحبس المبيع، وكذا لو أحال المرتهن على الراهن بالدين لا يحبس الرهن، ولو أحالها بصدقها لم تحبس نفسها بخلاف العكس والمذكور في «الزيادات» عكس هذا، كما في «الشرح» وغيره وقدم المص أن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل بخلاف العكس.

ولو قال: من الدين والمطالبة لكان أولى ليدخل ما لو أحال الكفيل المكفول به، ونص على براءته فإنه يبرأ عن المطالبة، وإن أطلق الحوالة/ برئ الأصيل أيضاً، ولا يشترط قبض المحال به في المجلس لبراءته إلا إذا ضمنت الحوالة صرفاً وعلى هذا تفرع ما في تلخيص «الجامع» لو كان دينه جياداً أو ذهباً وعليه زيف أو ورق فأحال عنهما بجياد أو ذهب على أن يأخذهما من غريمه جاز أن يقبل الغريم نافذاً في مجلس المحيل والمحال (ولم يرجع المحتال على المحيل) بدينه الذي أحال به (إلا بالتوى) عطف على قوله: برئ المحيل، أي: إذا برئ بالقبول لم يرجع المحال على المحيل بشيء إلا بالتوى وهو بالقصر هلاك المال يقال: توي الثوب بالكسر يتوى توي وأتواه غيره وهذا مال أتوا على فعل انتهى، كذا في «الصحاح».

وفي «المصباح» التوى وزان الحصى وقد يمد هو الهلاك، وفيه إيماء إلى أن

وهو أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلساً.....

مرآته ليست مطلقة بل مقيدة بشرط سلامة العافية كيف وقد جاء عن عثمان مرفوعاً وموقوفاً في المحتال عليه إذا مات مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، واختلفت عبارات المشايخ في كيفية عود الدين فقيل: تفسخ الحوالة أي: يفسخها المحتال كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيباً وقد تفسخ كالمبيع إذ هلك قبل القبض، وقيل: في الموت تنفسخ وفي الجحود لا تنفسخ، ولم أر أن فسخ المحتال يحتاج إلى الترافع عند القاضي، وظاهر أن التشبيه بالمشتري إذا وجد عيباً أنه يحتاج نعم إنها تفسخ لا يحتاج فتدبره.

(وهو) أي: التوى عند الإمام بأحد أمرين (أن يجحد) المحال عليه (الحوالة) ويحلف ولا بينة له) أي: للمحتال ولا للمحيل (عليه) أي: على المحال عليه، ولو ادعى المحتال ذلك على المحيل في غيبة المحال عليه أنه جحدتها وحلف وبرهن على ذلك لم تصح لغيبة المشهود عليه، كذا في «البرزانية» إلا إذا صدقه المحيل فإنه يرجع عليه من غير برهان، كما في «المحيط» (أو يموت) المحال عليه (مفلساً) لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما، ومعنى الإفلاس أن لا يترك مالاً عيناً ولا ديناً ولا كفيلاً سواء كفل بأمره أو لا لأنه خلف عنه، ولو مات وترك رهناً رهنه غيره بأمره أو بغير أمره....^(١) على المبيع أو لا عاد الدين إلى ذمة المحيل لأن عقد الرهن لم يبقَ بعد الموت المحال عليه مفلساً إذا لم يبقَ الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال، كذا في «الشرح».

وقيد في «البرزانية» التسليط على البيع بما إذا لم يقبض الثمن حتى مات المحال عليه مفلساً ولا بد منه لأنه إذا قبضه فقد تم الأمر، ولو اختلفا في موته مفلساً فالقول للطالب مع اليمين على العلم لتمسكه بالأصل وهو العسرة، ولو قال المحيل: مات بعد الأداء، وقال المحتال: بل قبله وتوى حقي فالقول له وقد طوّل بالفرق بين هذا وبين ما لو أوصى لفقراء بني فلان فقال أحدهم: أنا فقير، وقالت الورثة: بل غني فالقول للورثة والفرق الفقير مدع وفي مسألتنا الطالب منكر معنى لأن المحيل بدعواه أن المحتال عليه مات عن وفاء يدعى بوجه المطالبة على الورثة وإنما لم تكن ثابتة على الوارث وهذا دعوى على الطالب فإنه متى ثبت ذلك لا يعود الدين إلى المحيل، كذا في «الذخيرة».

واعلم أنهما جعلتا من التوى أيضاً أن يحكم الحاكم بإفلاسه بالشهود حال حياته وهذا بناء على أن التفليس يصح عندهما وعنده لا يصح لتوهم ارتفاعه بحدوث ماله، يقال: إن أفلس بعد أن كان ذا دراهم ودنانير فاستعمل مكان افتقر

(١) بياض في الأصل.

فإن طالب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين، وإن قال المحيل للمحتال: أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال: أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل ولو أحال بماله عند زيد ودبعة صحت فإن هلكت برئ.....

وفلسه القاضي، أي: قضى عليه بإفلاسه حين ظهر له حاله، كذا في «طلبية الطلبة» للإمام عمر النسفي (فإن طالب المحتال عليه المحيل بما) أي: بمثل الذي (أحاله) به مدعياً قضاء دينه بماله بأمره (فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك) لم يقبل قوله، بل (ضمن المحيل مثل الدين) الذي أحاله به لأن سبب الرجوع قد تحقق بإقراره وهو قضاء دينه بأمره إلا أن يدعي عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر والبينة للمحيل، وقبول الحوالة ليس إقراراً بالدين لأنها قد تكون بدونه ولم يقل ضمن مثل ما أداه لأنه لو أحاله بدراهم فأدى دنائير أو عكسه أو أعطاه عرضاً أو صالحه بشيء رجع بالمحال به إلا إذا صالحه على جنس الدين بأقل فإنه يرجع بقدر المؤدى ولو أعطاه زيوفاً بدل الجياد رجع بالجياد، كذا في «البرازية».

(ولو قال المحيل للمحتال: أحلتك) على فلان أي: وكلتك (لتقبضه لي، فقال المحتال: أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لأن المحال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر مع يمينه، ولفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة مجازاً ومنه قول محمد: إذا امتنع المضارب عن تقاضي الديون لعدم الربح يقال له: أحل رب الدين أي: وكله، وفي قوله: فقال المحتال إيماً إلى أنه حاضر فلو قال غائباً أراد المحيل قبض ما على المحال عليه قائلاً إنما وكلته بقبضه. قال أبو يوسف: لا / أصدقه ولا أقبل بينته، وقال محمد: يقبل قوله، كذا في «الخانية».

ولو ادعى المحتال أن المحال به ثمن متاع كان المحيل وكيلاً في بيعه وأنكر المحيل ذلك فالقول له أيضاً، (ولو أحاله بما له على زيد ودبعة صحت) بيان للحوالة المقيدة وهي أقسام ثلاثة مقيدة بعين أمانة، أو مضمونة وبدين خاص وحكمها في هذه الأقسام أن لا يملك المحيل مطالبه عليه بالدين ولا بالعين لأن الحوالة لما قيدت بها تعلق حق المطالبة به وهو استيفاء دينه منه على مثال الرهن وبأخذ المحيل يبطل هذا الحق حتى لو دفع المحال عليه ذلك إلى المحيل ضمنه للطالب لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال كذا في «الفتح» وكان ينبغي أن يقال: إن كان العين قائمة رجوعها للمحتال عليه على المحيل لأنه قبض ما لا يستحقه، ولو استهلكها كان له أن يرجع عليه بقيمتها، (وإن هلكت) الودبعة (برئ) زيد على المطالبة بها ويثبت الهلاك بقوله.

قال في «الخلاصة»: ولو قال المودع ضاعت بطلت الحوالة، وفي «التارخانية»

وكره السفاتج .

ولو وهبها المحتال من المحال عليه صح التملك وهو مشكل لأن المحتال لم يملكها فكيف يملكها؟ وجوابه أنه لما كان له حق أن يملكها كان له أن يملكها انتهى . وليس للمحيل أن يرجع على المحال عليه بشيء بخلاف ما لو أبرأه من الدين فإن للمحيل أن يأخذ منه ما كان عنده من الدين أو العين، والفرق أن المحال عليه ملك الدين بالهبة معنى ولا كذلك في الإبراء، ولو مات المحيل كان الدين والعين المحال بهما بين غرمائه بالحصص، كذا في «السراج» .

وفي «الخانية» لو كانت الحوالة مقيدة بوديعة فمريض المحيل فدفعتها إلى المحتال له ثم مات المحيل وعليه ديون لا يضمن المودع شيئاً ويكون بين غرماء المحيل وبينه بالحصص انتهى . ولو كانت مقيدة بدين فقضاه إياه والمسألة بحالها سلم للمحتال ما أخذه ويؤخذ من المحال عليه ويقسم بين الغرماء بالحصص ويشاركهم المحال عليه، كذا في «المحيط» .

قال في «البحر»: وظاهر قولهم يقسمه بين غرماء المحيل أنه يقسم بين ورثته أيضاً بمعنى أن لهم المطالبة به دون المحتال فيضم إلى تركته، ولم أره في «الخانية» وغيرها لو أمسك الوديعة لنفسه وقضى دين المحال من مال نفسه كانت الوديعة له ولم يكن متبرعاً استحساناً قيد بالهلاك لأنه لو استهلكها لم يبرأ، كما إذا كانت مقيدة بالمغصوب فهلك حيث لا يبرأ أيضاً لأنه يخلفه القيمة والفوات إلى خلف كالفوات حتى لو هلك لا إلى خلف بأن استحق بالبينة صار كالوديعة . مهمة لم أر حوالة المستحق بمعلومه على ناظر الوقف ولا شك أن المطلقة منها لا تصح لتصريحهم باختصاصها بالديون لابتنائها على النقل .

قال في «الجوهر»: فلا تصح بالحقوق، وأما المقيدة ففي «البحر» إن كان مال الوقف تحت يد الناظر ينبغي أن تكون صحيحة كالإحالة على المودع بجامع أن كلا منهما أمين ولا دين عليه، وأما إذا لم يكن مال الوقف في يده فلا لأنها لثبوت المطالبة انتهى . ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة المحرزة تحت يد الإمام من أحد الغانمين وعندني فيه ترد فتدبره (وكره السفاتج) جمع سفتجة بفتح السين، وقيل: بضمها وفتح التاء معرب سفتة وهي الشيء المحكم سمي هذا القرض به لإحكام أمره وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق بأن يقرض ماله عند الخوف عليه يرد عليه في لموضع آمن لأنه ﷺ: «نهى عن قرض جر نفعاً»^(١) وأخرج ابن عدي السفتجات حرام^(٢)، وإطلاق المص يفيد إناطة الكراهية بجر النفع سواء كان ذلك مشروطاً أو لم يكن قال الشر: وقيل إذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به انتهى .

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٣٥٠/٥)، والزيلي في نصب الراية (٦٠/٤) .

(٢) أخرجه الشوكاني في الفوائد المجموعة (٤٣٦/١) .

وجزم بهذا القيد في «الصغرى» و«الواقعات الحسامية» والكفالة للشهيد، وعلى ذلك جرى في صرف «البزازية» فقال: لا بأس بقبول هدية الغريم وإجابة دعوته بلا شرط، وكذا إذا قضى أجود مما قبض يحل بلا شرط، وكذا إذا قضى دون ولو رجع في الوزن إن كثيراً لم يجز وإن قليلاً جاز، وما لا يدخل في معادن الوزنين ولا يجري في الكيلين لا يسلم بل يردده والدرهم في مائة يردده بالاتفاق، واختلفوا في نصفه قيل: كثير، وقيل: قليل وإن المستقرض وهب له الزائد لم يجز لأنه مبتاع يحتمل القسمة انتهى. نعم قالوا: إنما يجعل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل فلا.

قال في «الفتح»: والذي يحكى عن الإمام أنه لم يتعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعاً يملكه كيف ولم يكن مشروطاً ولا متعارفاً؟ وأنت خبير بأن هذا لا يقدر في نقل الثقات عنه ذلك بل هو محمول على الورع قيل: وإيراد المسألة لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة وقال الإمام الكردي: لأن المقرض أحال الخطر الواقع / على المقرض فكان في معنى الحوالة. (٤٢٥/ب)

كتاب القضاء

كتاب القضاء

لما كان أكثر المنازعات تقع في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع وهو القضاء، كذا في «العناية» و«فتح القدير» وهو صريح في أن المراد القضاء الحكم وح فكان ينبغي بيان وجه التأخير عما قبله كذا قيل، ويمكن أن يقال: أرادوا بيان من يصلح للقضاء أي الحكم لتصح الدعوى عنده فلا جرم أن ذكر قبلها ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أكثر المنازعات في الديون والحوالة المطلقة المختصة بها فذكر بعدها، وكما جاء بمعنى الحكم لغة جاء أيضاً بمعنى: الفراغ والأداء والإنهاء والصنع والتقدير كما في «الصحاح» قال ابن قتيبة: وكلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر يعني بإكماله وعرفاً فصل الخصومة، كما في «الشرح» تبعاً «للمحيط» قال العيني: والأولى أن يقال: هو قول ملزم يصدر عن ولاية عامة وليس بجامع لأن فعله حكم أيضاً كما سيأتي، وعرفه ابن الغرس بأنه الإلزام في الظاهر على صفة مختصة بأمر ظني لزومه في الواقع شرعاً، والمراد بالإلزام التقرير التام سواء كان إلقاءً إلى فعل أو ترك فهو كالجنس وقوله في الظاهر فصل عما ألزم به الشرع في نفس الأمر لأن ذلك الإلزام راجع إلى الخطاب، ومعنى في الظاهر في الصورة الظاهرة إشارة إلى أن القضاء مظهر للأمر الشرعي لا مثبت له وما يفهم عن الحنفية أنه مثبت أخذاً من قول الإمام بنفوذ القضاء بشهادة الزور ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ فهم قاصرون إذ الأثر الشرعي في مثل ذلك ثابت تقديراً والقضاء يقدره ظاهر، إلا أنه أثبت أمراً لم يكن وقوله على صفة فصل عن مطلق الإلزام إذ المعتبر ههنا الإلزام بالصيغة الشرعية كالزمت وحكمت وقضيت وأنفذت عليه القضاء، وفي ثبت عندي خلاف سيأتي وقولنا بأمر إلخ فصل عن الجوز والتشهي وما في معنى ذلك، وأورد أن التعريف غير منعكس لخروج القضاء بقطعي كالقضاء بالحرية مثلاً.

وأجيب بأنه لا بد للقضاء في كل قضية من الظني، إما في المقضي به أو في متعلقه أو في متعلقهما انتهى ملخصاً وركبه قوله: أو فعل فالقول ما مر ومنه قوله بعد إقامة البينة للمعتمد بعد البرهان اقسمه واطلب الذهب منه وظهر أوضح عندي أو علمته فهذا كله حكم في المختار، كذا في «القنية» ومنه أشهد عليه كما في «الخرزانة» وليس منه أرى أن الحق للمشهود له لأنه بمنزلة أظن، ولو قاله لم يكن قضاء كذا في «الخانية» وينبغي أن يكون بضم الهمزة، أما إذا كان بمعنى اعلم فقد مر أن علمت تكون حكماً، وليس منه أيضاً لا أرى لك حقاً في هذه بهذا الدعوى ما

لم يقل أمضيت أو أنفذت عليك القضاء، وكذا قوله للمدعى عليه سلم هذه الدار إليه بعد إقامة البرهان وهذا نص على أن أمره لا يكون بمنزلة قضائه، وذكر شمس الأئمة أنه حكم لأنه أمر إلزام قال البرزالي: ويدل على أنه ليس بحكم ما ذكره الظهري وقف على الفقراء واحتاج بعض قرابته فأمر القاضي أن يصرف شيئاً من الوقف إليه فهو بمنزلة الفتوى حتى لو أراد أن يصرفه لآخر صح، ولو حكم بأن لا يصرف إلا إلى أقربائه نفذ حكمه دل هذا أن أمره ليس بحكم انتهى .

وفي وقف «فتح القدير» استبعدت صحة الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى ظفرت بقوية بأن هذا الحكم لا يصح ولا يلزم انتهى . وهو ظاهر في أنه مع شروطه تصح اتفاقاً بأن أعطاه المتولي سنة ثم منعه وأراد إعطاء غيره فترافعا إلى القاضي فرأى أن الدفع إليه أصلح فحكم على المتولي بأن لا يعطي غيره، ولم يحكوا خلافاً إن أمره بحبس الخصم قضاء بالحق كما في «القنية»، وأما الثبوت فصح البرزالي أنه حكم قال في «الفتاوى الكبرى»: وعليه الفتوى، أي قول القاضي ثبت عندي ما ادعاه عليك هذا، وأما إذا لم يكن هذا المعنى فليس بحكم قطعاً ويظهر ذلك في مسائل منها ما لو قالوه في خيار العيب من أنه إذا لم يكن ظاهراً فلا بد لصحة الدعوى به من ثبوت قيامه حال الدعوى وذلك من تمامها، وما ذكروه بالحكم بالنفاذ من أنه يشترط له أن يثبت عند القاضي بالبينة أن العقار في يد المدعى عليه ولا يكفي في ذلك تصادقهما ومنها ثبوت ملك البائع للعين وهو المسمى بينة إلخ بأن من أحل صحة البيع أو الوقف أو الإجارة، وقد سئل قارئ «الهداية» هل يشترط في صحة حكم الحاكم بوقف أو بيع أو إجارة ثبوت ملك الواقف أو البائع أو المؤجر وحيازته أم لا يشترط؟ أجاب إنما يحكم بالصحة إذا ثبت / أنه مالك لما وقفه، أو أن له ولاية الإيجار والبيع لما باعه، وإن لم يثبت شيء من ذلك لا يحكم بالصحة بل بنفس الوقف والإجارة والبيع لما باعه، والحاصل أن الثبوت إن وقع في مقدمات الحكم لم يكن حكماً وإلا كان حكماً يعني بعد الدعوى الصحيحة .

واعلم أن ظاهر كلامهم الاتفاق على اعتبار الحكم بالصحة على سبيل الاستقلال، ونظر فيه ابن الغرس بأن القضاء في حقوق العباد إنما هو لدفع النزاع ومن المعلوم أنه لا يقع في صحة العقد وفساده بل في آثار ذلك ومتعلقاته فما الداعي إلى القضاء يقضي بالصحة فالوجه أن القضاء بها لا يصح على وجه الاستقلال وأن يكون ذلك ضمناً، فإن لم يكن وقوع التداعي والتخاصم في ذلك لم يكن انتهى ملخصاً،

وأما فعله فإذا لم يكن موضعاً للحكم فليس بحكم كما أذنته مكلفة بتزويج نفسها فزوجها، وإن كان موضعاً له فظاهر كلامهم أنه حكم ففي «التتمة» و «الخانية» لو باع مال اليتيم من نفسه أو باع من اليتيم لم يجز لأن بيع القاضي قضاء منه وأنه لا يصح قاضياً لنفسه، وفي «التتمة» لو زوج اليتيمة من ابنه لا يصح وفي «الأصل» حضر الورثة وفيهم صغير أو غائب وطلبوا قسمة العقار قال الإمام: لا أقسم بإقرارهم حتى يقيموا البينة على الموت والوارث لأن فيه قضاء على الغائب أو الصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه، وقالوا: لا ينقسم إلا أنه في نكاح «فتح القدير» قال في مسألة التزويج الإلحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنياً عن جعل فعله حكماً مع انتفاء شرطه وكذا إذا باع مال يتيمة من نفسه بكل من الوجهين والأوجه ما ذكرنا انتهى.

وأقول: ومما يدل على أنه ليس بحكم إثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضي على الأصح، ولو كان تزويجه حكماً للزم نقضه غير أن الإلحاق بالوكيل لا يأتي فيما لو زوج اليتيمة من ابنه أو باع منه مال يتيم لنصهم أن الوكيل لو باع لمن لا تقبل شهادته له لو بأكثر من القيمة جاز بلا خلاف، كما في «النهاية» وغيرها، ولذا لا يأتي في مسألة القسمة التي هي نص محمد في «الأصل»، وفي «البحر» لما كثر في كلامهم أن فعله حكم فالأولى أن يقال: إنه يحتاج إليها في الحكم القولي لا في الفعلية تصحيحاً لكلامهم وعرف من كلامهم أنه لا خلاف في اشتراطها صحيحة للحكم القولي، وقد حكى العلامة قاسم في «فتاواه» الإجماع عليه أي إجماع فقهاءنا فإن لم يوجد كان إفتاء كما صرح به في «الفصول» و«البيازية» وغيرهما وبه عرف أن التنفيذ الواقع في ديارنا ليس من الحكم في شيء إذ غايته إحاطة القاضي الثاني بحكم الأولى على وجه التسليم له ومعنى ما سيأتي من قول المص وإذا رفع إليه حكم قاضٍ أمضاه أي ألزم الحكم به يعني إذا حصلت فيه خصومة من مدعٍ على خصم ويدل على ذلك ما في «الخلاصة» و«البيازية» وإذا أرادوا أن يثبتوا حكم الخليفة عند الأصل فلا بد من دعوى صحيحة على خصم حاضر وإقامة البينة كما لو أرادوا إثبات قضى قاضٍ آخر انتهى. فإذا وجدت الدعوى كان حكماً لأن القضية الشخصية الواحدة يجوز أن يتوارد عليها الأحكام المتعددة المتفق عليها، لكنني لا أرى للثاني فائدة بعد صحة الأول إلا مجرد التقوية.

واعلم أن السلف إنما كانت أحكامهم صرائح فيقولون قضى له بالدار ونحو ذلك، ثم تعورف القضاء بالموجب تيسيراً وهو عبارة عن المعنى المتعلق عما

أهله أهل الشهادة.....

أضيف له في ظن القاضي شرعاً من أنه يقضي به، فإذا حكم حاكم حنفي بموجب بيع مدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع، ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم ثم هو لا يخلو إما أن يكون أمراً واحداً أو أموراً يستلزم بعضها بعضاً أو لا.

فالأول: كالقضاء بالأملك المرسله والطلاق والعتاق إذ لا موجب لهذا سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة، والثاني: كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول له وطالبه به فأنكر الدين فأقام البينة على الدين والكفالة فحكم بموجب ذلك فالموجب هاهنا أمران، لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل.

والثاني يستلزم الأول في الثبوت والثالث كما إذا حكم شافعي بموجب بيع عقار فتم الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكماً بأنه لا شفعة وهكذا في نظائره، هذا حاصل ما قرره ابن الغرس، وبقي قسم رابع نص عليه في «منية المفتي» وغيرها فقال في فسخ اليمين المضافة لو قال القاضي: قضيت بالنكاح بينهما صح وإن كان له أيمان مختلفة، ولو لم يبطل القاضي حتى أجاز نكاح فضولي بالفعل ثم طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بنفسه ثم رفع الأمر إلى القاضي، فإن علم يتقدم نكاح الفضولي ومع ذلك قضى / بالنكاح بينهما صح وكان قضاء ببطلان اليمين وببطلان نكاح الفضولي وبطلان الثلاث بعده وإن لم يتقدم نكاح الفضولي انتهى. فهذا الأمور التي استلزمها الحكم بالنكاح توقف إيقاعها على علمه بها والله الموفق.

وقد وقعت حادثة هي أن شخصاً وقع في حقه عليه الصلاة والسلام بما يوجب كفره فحكم حنفي بموجب ذلك هل يكون حكماً بهدم قبول توبته؟ فليس للشافعي أن يحكم بقبولها وقياس مسألة الشفعة أن لا يكون مانعاً من الحكم بقبول توبته وهو الذي ملت إليه هنا، وليس من الشرائط المصرفة فيصح القضاء في السواد وبه يفتى، كما في «البرزازية» ولا كون المتداعيين من بلدة القاضي في غير العقار، وأما العقار الذي لا في ولايته فالأصح فيه الجواز، كما في «الخلاصة» وغيرها (أهله) أي: القضاء (أهل الشهادة) أي: أدائها على المسلمين، كذا في «الحواشي السعدية» ويرد عليه أن الكافر لو ولي قاضياً ليحكم بين أهل الذمة جاز، صرح به الشرع في التحكيم وشرط أن يكون من أهل الشهادة لأن كلا منهما يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والتكليف والحرية وكونه غير أعمى ولا محدوداً في قذف ولا أصم ولا أخرس، وأما الأطرش الذي يسمع القوي من الأصوات فالأصح جواز توليته،

والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة إلا أنه لا ينبغي أن يقلد ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة.....

وظاهر أن الكلية أعني كل من كان أهل الشهادة هو أهل للقضاء مطردة غير منعكسة عكساً لغويّاً فلا يرد أن من فعل ما يخل بالمروءة فهو أهل للقضاء دون الشهادة، ولأن شهادة العدو عن عدوه من حيث الدنيا لا تقبل وقضاؤه عليه صحيح (والفاسق أهل للقضاء) أي: لتولية القضاء (كما هو أهل للشهادة) أي: لأدائها على معنى أن القاضي لو قضى بشهادته فقد أثم كما يَأْتُم بتولية الفاسد وصرح بذلك في «إيضاح الإصلاح» وأفصح بهذه الجملة دعماً لقول من قال: إنه ليس بأهل له فلا يصح قضاؤه لأنه لا يؤمن عليه لفسقه وهو قول الثلاثة واختاره الطحاوي. قال العيني: وينبغي أن يفتى به خصوصاً في هذا الزمان انتهى.

أقول: لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصاً في زماننا فلذا كان ما جرى عليه المص هو الأصح، كما في «الخلاصة» وهو أصح الأقاويل كما في «العمادية» واستثنى أبو يوسف ما إذا كان الفاسق ذا جاه ومروءة فإنه يجب قبول شهادته، كذا في «البرازية» وعليه فلا إثم أيضاً بتوليته القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرق بينهما (إلا أنه لا ينبغي) أي: لا يليق (أن يولى) لأنه لفسقه يستحق الإهانة لا التعظيم بتوليته القضاء (ولو كان القاضي عدلاً ففسق بأخذ الرشوة) قبل القضاء أو بعده لا فرق بين رشوته ورشوة ولده ومن لا تقبل شهادته، وكذا أعوانه إذا علم بذلك خصها بالذكر لأنها معظم ما يفسق به القاضي وإلا فالفسق قد يكون غيرها كشرب الخمر ونحوه (لا ينعزل) فيه إيماء إلى أن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وهذا أحد أقوال ثلاثة، والثاني: لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه، واختاره السرخسي والثالث: لا ينفذ فيهما، والأول اختاره البزدوي واستحسنه في «الفتح» لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق إيجاب فسقه وقد فرض أنه لا يوجب العزل فولايته قائمة وقضاؤه يحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعني والقضاء عمل لله تعالى، وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه وبهذا يترجح ما اختاره السرخسي وفي «الخانية» إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه وقيل: إنه ينعزل لأنه حين ولاه اعتمد على عدالته فكانت ولايته مقيدة بها فيتحول بزوالها، ولا شك أن الولاية تقبل التقييد والتعليق كما إذا وصلت مكة فانت قاضيها أو أنت أمير الموسم، والإضافة أيضاً كجعلتك قاضياً في رأس الشهر، والاستثناء كجعلتك قاضياً إلا في قضية كذا قال في «إيضاح الإصلاح» وعليه الفتوى، إلا أن ظاهر المذهب وعليه

لا ينعزل ويستحق العزل، وإذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً،

البخاريون والسمرقنديون أنه لا ينعزل إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصالحيته تقييدها به على وجه يزول بزواله، ولو شرط في التقليد أنه متى فسق انعزل، فإنه ينعزل كما في «البزازية» وغيرها وهذا ينبغي أن يكون مجعماً عليه ويستحق العزل أي يجب على السلطان عزله، كذا في «الفصول» وغيرها ولا ينافيه ما في «الدراية» من أنه يحسن عزله لمن تأمل.

قال في «الفتح»: «واتفقوا في الأمرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة انتهى. وفي أول دعاوى «الخانية» الوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي (يستحق العزل) ولا ينعزل (ولو أخذ القضاء بالرشوة) بثلاث الرء (لا يصير قاضياً) وهي الجعل وارتشى أخذها واسترشى طلبها، وأرشاه حاباه وصانعه وأرشاه / أعطاه الرشوة كذا في «القاموس» وهي كما قال بعضهم: ما يعطيه إن بعينه والهداية لا شرط فيها. قال في «البحر»: ولم أر ما لو تعين عليه القضاء ولم يول إلا بمال هل يجوز له بذله ينبغي أن يحل وإن عزله لا يصح انتهى.

وأقول: هذا ظاهر في صحة توليته وإطلاق المص يرده، وأما عدم صحة عزله فممنوع. قال في «الفتح»: للسلطان أن يعزل القاضي بريية، وبلا ربية ولا ينعزل حتى يبلغه العزل انتهى. نعم لو قيل: إنه لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل، واعلم أنهم قسموا الرشوة إلى أربعة أقسام حرام على الآخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة، وأما الذي قلد بواسطة الشفعاء فكالذي قلد احتساباً، كذا في «الفتح» الثاني ارتشى ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين، الثالث: أخذ المال ليثبتوا أمره عند السلطان دفعا للضرر وجلباً للنفع وهو حرام على الآخذ لا الدافع، وفي «القنية» أبرأه عن الدين ليثبتوا أمره عند السلطان لا يبرأ وهو رشوة انتهى. وحيلة أكلها للآخذ أن يستأجره يوماً إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة، ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان في الأمر الفلاني ومن حوادث الفتوى أن أويس باشا أجر نفسه لبعض الأمراء ليكف الظلم عنه في بلدة معينة ثم مات هل الإجارة على إقامة واجب تعين عليه، ويدل على ذلك ما في «الخلاصة» وغيرها معزيا إلى «الأقضية» الهدية ثلاثة حلال من الجانبين للتودد، وحرام منها وهو الآخذ للإعانة على الظلم وحرام على الآخذ وهو الأهدى للكف عن الظلم والحيلة أن يستأجره ثلاثة أيام ليعمل له ثم يستعمله إذا كان فعله تجوز عليه الإجارة كتبليغ الرسالة ونحوها وإن لم يبين لمدة لا يجوز انتهى.

ولا شك أن هذا الفعل مما لا يجوز عليه الإجارة لما قد علمته، الرابع: ما يدفع

والفاسق يصلح مفتياً وقيل: لا،

لدفَع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدفاع حرام على الآخذ، وجعل في «الدراية» من هذا القسم ما يأخذه الشاعر، ويجوز المصانعة في أموال اليتامى وبه يفتي (والفاسق يصلح) أن يكون (مفتياً) لأنه قد يتحرى الصواب حذراً من النسبة إلى الخطأ (وقيل: لا) يصح لأن خبره غير مقبول في الديانات وإن قبل في المعاملات كما سيأتي. قال العيني: واختاره كثير من المتأخرين وجزم به في «المجمع» و«شرح» وقال في «التحرير»: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه مفتياً والناس يستفتونه معظمين، وعلى امتناعه إن ظن عدم أحدها فإن جهل اجتهاده دون عدالته فالمختار منع استفتائه بخلاف المجهول من غيره إذ الاتفاق على المنع انتهى.

تكميل: لا خلاف في اشتراط إسلام المفتي وعقله وشرط بعضهم تيقظه، نعم لا يشترط أن يكون حراً ولا ذكراً ولا ناطقاً فيصح إفتاء الأخرس حيث فهمت إشارته بل الناطق إن قيل له: أيجوز هذا؟ فحرك رأسه أن نعم جاز أن يعمل بإشارته وينبغي أن يكون منتزهاً عن خوارم المروءة فقيه النفس سليم الذهن حسن التصرف، والأصح أن الإفتاء غير مكروه لمن كان أهلاً وعلى ولي الأمر أن يبحث عن صلح للفتوى ويمنع من لا يصلح ونقل عن بعض الشافعية أنه إن لم يكن غير تعين عليه وإلا فرض كفاية، وسئل محمد بن الحسن متى يحل للرجل أن يفتي؟ قال: إذا كان صوابه أكثر من خطئه، وفي «منية المفتي» يجب أن يكون المفتي حليماً ديناً لين القول منبسط الوجه وينبغي له أن يقدم أولاً من جاءه أو لا ولا يقدم الشريف على الوضيع، وإذا أجب ينبغي أن يكتب عقب جوابه والله أعلم، ونحوه وقيل في المسائل التي اجتمع عليها أهل السنة يكتب والله الموفق أو بالله التوفيق، ولا ينبغي له أن يحتج للفتوى إذا لم يسأل عنه، وإذا أخطأ رجع ولا يستحي ولا يأنف ثم الفتوى مطلقاً بقول الإمام ثم بقول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول زفر ثم بقول الحسن بن زياد وقيل: إن كان الإمام في جانب وصاحبه في جانب فالمفتي بالخيار وإلا فبالأصح إذا لم يكن مجتهداً انتهى. وفي «الحاوي القدسي» أن العبرة بقوة المدرك وما في «المنية» أضيظ والله أعلم.

تمة: اشتقاق الفتوى من الفتى لأنها جواب في حادثة أو حوادث حكم أو تقوية لبيان مشكل وعرفها الشيخ اللقاني المالكي بأنها الإخبار عن الحكم على غير وجه الإلزام قيل: احترز بالقيد الأخير عن القضاء وفيه نظر، إذ القضاء إنشاء فلا يصدق ما قبل هذا القيد عليه بل إنه يلاحظ فيما ينبئ عنه المفتي من الحدوث

ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً، وينبغي أن يكون موثقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه، والاجتهاد.....

والقوة، كذا في حاشية «الكشاف» للسيد والكلام في آداب المفتي والمستفتي طويل وفي ما ذكرناه كفاية (ولا ينبغي للقاضي أن يكون فظاً) أي: سيئ الخلق جافياً (غليظاً) أي: قاسي القلب قاله المصنف وقاله البيضاوي وعليه جرى مسكين وقال العيني: أنه شديد في الكلام متفاحشاً، وفي «المصباح» فظ الرجل يفظ من باب تعب فظاظة/ حتى يهاب في غير موضعه، وغلظ الرجل اشتد فهو غليظ وفيه غلظة أي غير لين ولا سلس (جبار) أي: متكبراً مقبلاً بغضب قال العيني: وقال مسكين: الجبار من جبره على الأمر بمعنى أجبره أي لا يجبر غيره علي ما لا يريد ويوافقه ما في «المصباح» وهو الحامل غيره على الشيخ أو الشيء قهراً أو غلبة (عنيماً) أي: معانداً وهو المجانب للحق والمعادي لأهله، وفي «المغرب» رجل عنيد يعرف الحق فيأباه (وينبغي أن يكون موثقاً به) من وثقت به أثق به أثق بكسرهما ثقة ائتمنه (في عفافه) وهو الكف عن المحارم وخوارم المروءة (وعقله) وهو كما في «التحرير» قوة بها إدراك الكليات للنفس فلا يولى ناقص العقل وهو الأحمق ومن علاماته طول لحيته وكثرة الالتفات والعجلة في الأمور بحيث لا ينظر في عواقبها، قالوا: ولا دواء لهذا الداء إلا الموت.

وقال عيسى عليه الصلاة والسلام: «عالجت الأكمه والأبرص وأبرأتها وعالجت الأحمق فلم يبرأ»^(١) (وصلاحه) قال الخصاف: أهل الصلاح عندنا من كان مستوراً ليس بمهتوك ولا صاحب ريبة مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل السوء ليس بمعاقر للنبيذ ولا غلبة الرجال وليس بقذاف للمحصنات ولا معروفاً بالكذب (وفهمه) قيل: الفهم قوة من شأنها أن تغذ النفس لاكتساب الآراء والمطالب وجودة الزكاء تلك القوة (وعلمه بالسنة) وهي أقواله ﷺ وأفعاله وتقريره وهو سكوته عن أمر يعاينه من مسلم (والآثار) الواردة عن أصحابه (ووجوه الفقه) أي: الطريق التي يستنبط منها الفقه والأصول التي ينبني عليها. وقال مسكين: الفقه عند عامة العلماء اسم لعلم خاص في الدين لا لكل علم وهو العلم بالمعاني التي تعلق بها الأحكام من كتاب وسنة وإجماع ومقتضياتها وإشارات.

فائدة: قال في «التتارخانية»: من آداب القضاء القاضي يطلق عليه اسم خليفة رسول الله بلا خلاف، واختلفوا في إطلاق اسم خليفة الله تعالى انتهى. (والاجتهاد)

شرط الأولوية، والمفتي ينبغي أن يكون هكذا.....

لغة بذل المجهود والطاقة في تحصيل ذي كلفة وعرفاً ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ونفى الحاجة إلى قيد الفقه للتلازم بينه وبين الاجتهاد سهو، ثم هو تعريف بفرع من الاجتهاد لأن ما في العقليات اجتهاد غير أن المصيب واحد والمخطئ آثم والأحسن تعميمه بحذف ظني، كذا في «التحرير» قال في «التلويح»: ومعنى بذل الطاقة أنه يحس من نفسه العجز عن المزيد عليه وشرطه الإسلام والعقل والبلوغ وكونه فقيه النفس أي شديد الفهم بالطبع وعلمه باللغة العربية وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى مما يتعلق بالأحكام وعالمًا بالحديث متناً وسنداً وناسخاً بالقياس، وهذه الشرائط إنما هي في حق المجتهد المطلق التي يفتى في جميع الأحكام، وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلاً الاجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح انتهى. وزاد المص هنا الاجتهاد بالمعنى الأول (شرط الأولوية) لتعذر وجوده في كل حين، على أنه يجوز خلو الزمن عنه عند الأكثر وح فتصح تولية الجاهل لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره قيل: المراد به المقلد بدليل جعل الاجتهاد شرط الأولوية غير أن الدليل لا يناسبه إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء، كذا في «الحواشي اليعقوبية» وعلى ذلك القيل جرى ابن الغرس فقال: ليس مرادهم بالجاهل العامي المحض بل لا بد من تأويل العلم والفهم وأقله أن يحسن بعض الحوادث والمسائل الدقيقة، وأن يعرف طريق تحصيل الأحكام الشرعية من كتب المذهب وصدور المشايخ وكيفية الإيراد والإصدار في الوقائع والدعاوى والحجج ويدل على ذلك قولهم: العالم إذا تعين للقضاء وجب عليه قبوله وإذا تركه آثم، وما لم يتعين فالقبول أفضل وإذا كان الجاهل أهلاً للقضاء فمتى يتعين.

وأقول: وجود الجاهل لا يمنع من تعيينه وذلك أنه إذا لم يوجد غيره ولم يقبل آثم، وإن وجد جاهل تصح توليته نعم قال البرازي في الأيمان: المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر دل هذا على أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضاً فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت وابن الكبريت الأحمر وأين العلم انتهى.

(والمفتي ينبغي أن يكون كذلك) أي: موثقاً به في علمه وأمانته إلى آخره وإن مجتهداً. قال في «الفتح»: واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي إلا المجتهد، وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد فمن يحفظ أقوال المجتهدين

وكره التقليد لمن خاف الحيف وإن أمنه لا، ولا يسأل القضاء.....

فليس بمفت 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 المستفتي، وطريق نقله كذلك من المجتهد أحد أمرين إما أن يكون / له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد ابن الحسن ونحو هاتين من التصانيف المشهورة للمجتهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور هكذا ذكر الرازي، فعلى هذا لو وجد بعض نسخ «النوادر» في زماننا لا يحل عزو ما فيه إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشهر في عصرنا في ديارنا ولم يتداول نعم إذا وجد النقل عن «النوادر» مثلاً في كتاب مشهور معروف «كالهداية» و«المبسوط» كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب.

(وكره) تحريماً كما في «الفتح» (التقليد) أي: تقليد الخليفة القضاء (لمن خاف) منه (الحيف) أي: الظلم وفي نسخة التقليد أي تقليد القضاء لمن خاف الحيف على نفسه وخوف عدم العدل لعجزه كخوف الجور لأن الغالب هو الوقوع في محظوره ومحل الكراهة ما لم يتعين عليه، فإذا انحصر الأمر فيه وصار فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه إلا إذا كان السلطان يمكنه أن يفصل الخصومة ويتفرغ لذلك، كذا في «الفتح» وإذا لم يمكنه الفصل وفي البلدة قوم صالحون فامتنعوا كلهم أثموا، كذا في «البيزانية» وهل للسلطان إجبار أحد منهم أو من تعين عليه؟ قال في «البحر»: لم أره والظاهر جواز إجباره (وإن أمنه) أي: الحيف (لا) أي: لا يكره التقليد لأن كبار الصحابة والتابعين تقلدوه، وفي «النهاية» منهم من قال: لا يجوز الدخول فيهم إلا مكرهاً وأبو حنيفة منهم، والصحيح أن الدخول رخصة والامتناع غريمة انتهى.

وعلى هذا فالأولى عدمه وقيل: إن الدخول فيه غريمة والامتناع رخصة فالأولى الدخول فيه قال البيزاني: وعامة المشايخ على الأول وجزم به في «الفتح» معللاً بأن الغالب خطأ ظناً من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فالحاصل أنه قد يكون فرض عين إن تعين، وفرض كفاية للمتأهل عند وجود غيره ومكروهاً عند خوف الظلم وحرماً إن غلب على ظنه ذلك ومباحاً كما مر (ولا يسأل القضاء) أي: لا يحل له سؤاله، زاد القدوري ولا يطلبه لرواية أبي داود «من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده»^(١) أي: يلهمه رشده وأخرجه ابن ماجه بلفظ من سأل القضاء، وجعل في «المصطفى» السؤال باللسان والطلب بالقلب وظاهر أن

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٧٨)، وأحمد في مسنده (١٣٣٢٦).

ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر.....

السؤال الشيء باللسان لا يكون غالباً إلا عن طلب القلب له فلهذا اقتصر المص على السؤال، وهذا أولى مما في «الينابيع» من أن الطلب أن يقول للإمام: ولني والسؤال أن يقول للنافي، لو ولاني أجبته وكل ذلك يكره انتهى. إذ السؤال على هذا الوجه مما لا إثم فيه وكما لا يجوز الطلب لا يجوز التولية ولذا قال في «الخلاصة» وغيرها: لأن طالب الولاية لا يولى لا فرق في ذلك بين القضاء والتولية على الوقف والوصاية إلا إذا تعين عليه القضاء فإن الطلب يكون واجباً حينئذ قال في «الدراية»: واستحبت الشافعية طلبه لحامل الذكر لنشر العلم انتهى. وهكذا ذكر المالكية وعبارة مختصر وندب ليشهر علمه وينبغي أن يخص من تولية الوقف ما إذا عزل منه وادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة، فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي: أثبت أنك أهل الولاية، ثم يوليه نص عليه الخصاص، وأن تكون التولية مشروطة له فإذا طلبها في هذه الحالة فإنما طاب تنفيذ الشرط.

(ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل) هذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه، كالخليفة حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح بخلاف ما لو ولّوا سلطاناً بعد موت سلطانهم، كما في «البرزانية» وقال أبو يوسف: للإمام الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف في الرعية وما يقتضيه الأمانة أن يقلد ويعزل ويشترط فيه التكليف من العقل والبلوغ، ومن ثم قال البرزاني: لو مات السلطان فاتفقت الرعية على تولية صغير له ينبغي أن يفوض أمر التقليد إلى وال ويعد نفسه تبعاً لابن السلطان، فإذا بلغ يحتاج إلى تقليد جديد وفي النصراني والعبد إذا استؤمر روايتان، كذا في «البرزانية» وفي «شرح مسكين» قبيل الصرف لا بد أن يكون الإمام مكلفاً حراً مسلماً عدلاً مجتهداً ذا رأي وكفاية سمياً بصيراً ناطقاً وأن يكون من قريش، فإن لم يوجد فمن العجم وتنعقد بيعته بأهل الحل والعقد من العلماء المجتهدين والرؤساء انتهى. والعادل كما قال الكرمانى هو الواضع كل شيء في موضعه وقيل: هو المتوسط بين طرفي الإفراط والتفريط سواء كان في العقائد أو في الأعمال أو في الأخلاق، وقيل: هو الجامع بين أمهات كالات الإنسان الثلاث وهي الحكمة والشجاعة والفقهاء التي هي أوساط القوى الثلاث / .

أعني القوى العقلية والغضبية والشهوانية وقيل: المطيع لأحكامه تعالى المراعي لأمر الشرعية (و) من السلطان (الجائر) أي: الظالم لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي، قال في «الفتح»: وهذا تصريح بجوز والمراد في خروجه لا في أفضيته، ثم إن ما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له.

ومن أهل البغي، فإن تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما.....

وأما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام المحاجة ولا كلام في ظلم الحجاج وقد تقلد منه علماء السلف وإذا صحت التولية صح العزل أيضاً، فإذا ولي سلطان البغاة باغياً وعزل قاضي العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل إلى تجديد التولية. وبقي هل يدخل في الجائر الكافر؟ ففي «التارخانية» الإسلام ليس بشرط فيه أي في السلطان الذي يقلد بلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب، لأنهم لم يظهر فيها حكم الكفرة والقضاة مسلمون والملوك الذين هم يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، ولو كانت من غير ضرورة منهم ففساق وكل مصرفه وال من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاة وترويج الأيامي لاستيلاء المسلم عليه، وأما طاعة الكفرة فذاك مخادعة.

وأما بلاد عليها ولاة الكفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين فيجب عليهم أن يلتمسوا والياً مسلماً منهم انتهى. وعزاه مسكين في «شرح» إلى الأصيل ونحوه في «جامع الفصولين» وفي «الفتح» وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقليد منه كما في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة إلا أن يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصب إماماً يصلي بهم الجمعة انتهى. وهذا هو الذي يظهر تطمين النفس إليه فليعتمد.

(و) يجوز أيضاً (من) سلطان (أهل البغي) وهم خرجوا عن طاعة الإمام العدل كما مر ولا خفاء أن صحة التولية تعتمد صحة العزل، وإذا عزل قاضي العدل وولي باغياً صح، وإذا رفع قضاؤه إلى قاضي العدل نفذه لأنه غايته أنه فاسق وقيل: لا ينفذه، وبه جزم الناصحي في «تهذيب أدب القضاء» للخصاف، وجعل الخوارج كالبغاة معللاً بأنهم يستحلون أموالهم فلا تجوز شهادتهم وإذا لم تجز فلا يجوز قضاؤه.

وقيل: حكمه كالمحكم (فإذا تعذر) القضاء (يسأل) أي: أول ما يبدأ به من الأعمال وهو أنه يسأل أي يطلب (ديوان قاض قبله) منه وأصل الديوان ديوان أبدلت من إحدى المضعفتين ياء تخفيفاً، ولذا ردت في الجمع والتصغير فقيل: دواوين وديون لأنهما يردان الأسماء إلى أصلها، ودنوت الديوان وضعته، ويقال أول من دون الدواوين في العرب عمر، أي: رتب الجرائد للعمال وغيرها فالمراد به هنا أفاده بقوله: (وهو الخرائط) جمع خريطة وهي الكيس (التي فيها السجلات) جمع سجل بكسر السين والجيم وتشديد اللام وهو الصكوك، وإطلاقه على الخرائط للمجازاة (والمحاضر) جمع محضر (وغيرهما) من كتب الأوقاف وتقدير النفقات.

ونظر في حال المحبوسين.....

وذكر منلا خسرو أن المحضر ما يكتب فيه خصومة المتخاصمين وما جرى من إقرار المدعى عليه وإنكاره والحكم بالبينة أو النكول على وجه يدفع الاشتباه، وكذا السجل والصلك ما كتب في البيع والرهن والإقرار وغيرهما والحجة والوثيقة متناولان للثلاثة انتهى. فلا فرق بين أن يكون الورق من بيت المال أو من مال أرباب القضاء أو من مال القاضي في الصحيح، وهذا السؤال لكشف الحال لا يستلزم العمل بمقتضى الجواب فإنه التحق بواحد من الرعايا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي صكوك الناس ولا كتب أوقافهم إلا أن يكون القاضي هو الظاهر انتهى. وهذا الثاني باعتبار عرف زمانه وفي عرفنا أكثر كتب الأوقاف تحت يد القاضي، وكذا التقارير للجهات والدعاوى في خزانة معلومة فيختم على السجل وكذا الخزانة في بعض الأحيان.

تكميل: ينبغي لمن قلد القضاء وكان في بلد أن يقرأ منشوره على أهل البلد، وإن كان غريباً ينبغي له أن يدخل البلد يوم الاثنين أو الخميس لابساً عمامة سوداء وينزل وسط البلد ثم يقرأ عليهم منشوره، ولو تأخر عن السير إلى بلد عزله، لأن عمر رضي الله تعالى عنه ولى جابر بن معد الطائي ثم لقيه فقال له: ما منعك أن تسير إلى عمك؟ قال: يا أمير المؤمنين رأيت رؤية هالتي أي خوفتني، قال: وما هي؟ قال: رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير، وكان القمر أقبل من المغرب حتى اقتتلا قال: فمع أيهما كنت؟ قال: مع القمر، فقال عمر رضي الله تعالى عنه: اردد علينا عهدنا فقتل بصفين مع معاوية كما في «شرح أدب القضاء» للخصاف (ونظر/ في حال المحبوسين) في سجن القاضي بأن يبعث إلى السجن من بعدهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم، ولا بد أن يثبت عندهم بسبب وجوب حبسهم وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم لأن قوله لم يبق حجة، كذا في «الفتح».

وعلى هذا فما في «الشرح» لأدب القاضي يجب على القاضي كتابة اسم المحبوس وأبيه وجده وما حبس بسببه وتاريخه فإذا عزل بعث التي فيها أسماءهم إلى المتولي لينظر فيها يفيد أن النظر في حالهم إنما هو في النسخة التي بعثها القاضي إليه، فلا معنى لوجوب كتابة ما ذكر إذ لا أثر له يظهر هذا، وأما المحبوسون في سجن الوالي فيجب على الإمام النظر في أحوالهم فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص والجنايات ولزم الأدب أدبه، ومن لم يكن لهم مال فنفتهم في بيت المال يدفع إلى

فمن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه، وإلا نادى عليه وعمل في الودائع وغللات الوقف ببينة أو إقرار.....

من في يده وفي دورهم في السلاسل شيء عظيم، كذا في الخراج لأبي يوسف، (فمن أقر بحق) من الحقوق (أو قامت عليه بينة) أعم من أن يشهد بأصل الحق ويعدل أو يحكم القاضي عليه.

وأما قول المعزول كنت حكمت عليه لفلان بكذا أو حبسته بحق فلان فلا يقبل إذ شهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على نفسه كذا قالوا وهذا يفيد أنه لو شهد مع آخر لا تقبل شهادته (ألزمه) الحبس كذا في مسكين، وفي «الفتح» من التزم ألزمه إياه ورده إلى السجن إلى أن يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن عنده.

قال في «البحر»: والظاهر عندي ما قاله مسكين لأن الثاني لا يطرد في كل إقرار، إذ المحبوس لو أقر بسبب عقوبة خالصة كالزنا فقال: أقررت عند القاضي المعزول بالزنا ولم يقر الحد علي فإن القاضي لا يعتمد عليه لأن ما كان في مجلس المعزول بطل لكن المولى يستقبل الأمر فإن أقر حده يعني أربع مرات في مجالس مختلفة ولو قال: بينة قامت علي لا يحده وفي الخمر يحده سواء كان بإقرار أو بينة ولو قال: حبست بسبب سرقة أقررت بها، قطع المولى يده وأطلقه بكفيل وإن قال ببينة لا للتقادم ولو قال: بقذف لفلان وصدقه حد مطلقاً، كذا في شرح «أدب القضاء» للصدر الشهيد.

(وإلا) أي: وإن يقر بشيء ولم تقم عليه بينة بل ادعى أنه حبس ظلماً (نادى) منادٍ من جهة القاضي (عليه) في محلته أياماً كلما جلس القاضي من كان يطلب فلان بن فلان فليات إلى القاضي فإن حضر أحد وهو على إنكاره ابتداء الحكم بينهما وألا يأتي أياماً على حسب ما يراه وأخذ منه كفيلاً بالنفس على الأصح اتفاقاً وأطلقه فإن قال: لا كفيل لي، وجب أن يحتاط نوعاً آخر من الاحتياط فيتأدى عليه شهر، فإن لم يحضر أحد أطلقه. قال في «الفتح»: ولو قيل بالنظر إلى هذا الظاهر بقي أنه حبس بحق يجب أن لا يطلقه بقوله: إني مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعي الإعسار كان جيداً.

قال في «البحر»: وليس بجيد لأننا لو أبقيناه في الحبس بعد ذلك لسوينا بين المحقق والظاهر (وعمل في الودائع) أي: ودائع اليتامى (وغللات الوقف ببينة) يقيمها الوطية مثلاً على من هي تحت يده أنه لليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان (أو إقرار) ذي اليد. قال في «الفتح»: والذي في ديارنا من هذا أن أموال الأوقاف تقيم تحت يد جماعة يوليهم القاضي النظر، وودائع اليتامى تحت يد الذي يسمى

ولم يعمل بقول المعزول إلا أن يقر ذو اليد أنه سلمها إليه فيقبل قوله فيهما ويقضي في المسجد أو في داره.....

أمين القاضي انتهى . وما في «الكتاب» كأنه مبني على عرفهم من أن الكل تحت يد أمين القاضي، وفي زماننا أموال الأوقاف تحت يد نظارها وودائع اليتامى تحت يد الأوصياء، ولو فرض أن المعزول وضع غلة وقف أو وديعة يتيم تحت يد أمين عمل فيها القاضي بما ذكر (ولم يعمل) المولى (بقول المعزول) حتى لو قال: ما في يد هذا المال وديعة يتيم أو مال وقف وقال: هو لي، لم يقبل قوله لأنه بالعزل التحق بالرعايا (إلا أن يقر ذو اليد أنه) أي: المعزول (سلمها) أي: الودائع والغلات (إليه فيقبل قوله فيهما) أنها لزيد سواء قال ذو اليد أنه حين سلمها إليه قال: هي لزيد أو قال: لا أدري وقال المعزول: بل لفلان فلقول للمعزول أيضاً وإقراره غير مقبول فلو قال ذو اليد: هي لفلان بن فلان ثم قال: ودفعتها إلى القاضي وقال القاضي: هي لفلان آخر أمر بالتسليم إلى من أقر له ذو اليد وضمن مثله أو قيمته للمعزول ليدفعه إلى من أقر له به هذا.

وأما لو شهدوا أنهم سمعوا القاضي الأول يقول: استودعت فلاناً مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره، وكذا لو مات الأول واستقضى غيره فشهد بذلك، كذا في «الفتح» ثم قال: فرع يناسب هذا، شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي: لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي خلافاً لمحمد انتهى، وأما لو قال بعدما قضى بالبينة رجعت عن حكمي لا يصح رجوعه كما في «الخلاصة».

قال ابن وهبان: والتقييد / بالبينة يفهم أنه لو قضى بعلمه جاز رجوعه ويؤيده [٤٢٩/ ب] ما في «القنية» قضى في حادثة ثم ظهر له خطؤه يجب عليه أن ينقض قضاؤه انتهى . (ويقضي في المسجد وفي بيته) قدم المسجد دفعا لقول من قال بكراهة القضاء فيه وبيانا لكونه أفضل لأنه عليه الصلاة والسلام قضى فيه وكذا الخلفاء بعده^(١) وهذا لأنه عبادة والمساجد لها وضعت، والمسجد الجامع أولى ثم الذي تقام فيه الجماعات وأن تصلى فيه الجمعة.

قال فخر الإسلام: وهذا إذا الجامع وسط البلد فإن كان من طرف منها فلا، والأولى أن يختار مسجداً في وسط البلد، وجاز في داره لأن العبادة لا تتقيد بمكان شرط أن يأذن للناس على العموم ولا يمنع أحد لأن لكل واحد حقاً في مجلسه،

(١) انظر نصب الراية (٧٠/٤).

ويرد هدية إلا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك.....

والأولي أن تكون الدار في وسط البلد كالمجلس، وعبرة القدوري ويجلس للحكم جلوساً ظاهراً كيلا يشتبه مكانه أو في المطلوب وكالقاضي السلطان والمفتي والفقهاء ثم إذا قضى في المسجد خرج للحائض والدابة ولا يضرب في المسجد حداً ولا تعزيراً ولا يقضي حال شغل قلبه بفرح أو غضب أو هم أو حاجة إلى الجماع أو برد أو حر شديد أو مدافعة الأخبثين، وينبغي أن يجلس معه من كان يجالس قبله ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم، كذا في «البدائع».

وقيده الشرب أن يكون جاهلاً حيث قال: وإن كان جاهلاً يستحب أن يقعد معه أهل العلم لأنه لا يؤمن أن يزل عن الحق فينبهونه عليه انتهى، إذ يراد بالجاهل غير المجتهد وعبرة «البرزازية» وإن رأى أن يقعد معه أهل الفقه قعدوا ولا يشاورهم عند الخصوم انتهى، وفيها قضى بحق ثم أمر أن يستأنف القضية ثانياً بمحضر من العلماء لا يفرض ذلك عليه.

فروع

ذكر الصدر الاختلاف في قبول القاضي القصص من الخصوم والمذهب عندنا أنه لا يأخذها إذا جلس للقضاء وإلا أخذها وفي أنه لا يأخذ بما كتب فيها إلا إذا أقر بلفظه صريحاً، (ويرد) القاضي (هدية) وهي كما قدمناه ما يعطى بلا شرط بخلاف الرشوة وإنما يردها لأنها تشبه الرشوة وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله تعالى عنهم، وأفاد بالرد إلى أنه لا يضعها في بيت المال وهو قول عامة المشايخ وإليه أشار في «السير الكبير» وقيل: يضعها فيه ولا خلاف أنه لو تعذر الرد عليه إما لعدم معرفته، أو لبعده مكانه أنه يضعها فيه، فإن جاء المالك ردت عليه، ولو تأذى المهدي بالرد. قال في «الخلاصة»: يعطيه مثل قيمتها وفي «الفتح» وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي وعارضه في «البحر» بما في «الخانية» ويجوز للإمام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة، وزاد في «التتارخانية» الواعظ إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع.

وأقول: في «التتارخانية» من خصوصياته ثم الظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة من الإمام أو نائبه كالساعي والعاشر ونحوهما (إلا من قريب) محرم، وهذا القيد لا بد منه ليخرج ابن العم بما في ردها من قطعة الرحم (أو ممن جرت عادته به) أي: بالإهداء هذا العطف يفيد أن قبولها من القريب غير مقيد تجري العادة منه وهو ظاهر إطلاق القدوري و«الهداية».

وفي «النهاية» عن شيخ الإسلام: أنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل

ودعوة خاصة، ويشهد الجنازة ويعود المريض.....

هديته إلا إذا كان عادة، نعم إن كان عدمها لفقره وإهدائه لقريبه بيساره بعد توليته فيجوز، كذا في «الفتح» يعني على قول شيخ الإسلام، واعلم أنه يشترط في قبولها عدم الزيادة على العادة، فإن زاد رد الزائد وقيده فخر الإسلام بأن لا يزيد ماله فإن زاد قبل بقدر ما زاد ماله، وأن لا يكون لهما خصومة فإن كان لهما خصومة ردها أما إذا تمت الخصومة فينبغي أن لا يتردد في جواز قبولها، زاد القلانسي موضعين الأول: الوالي الذي تولى الأمر منه، الثاني: والي البلد لتقدم الولاية على القضاء، وعلى هذا قبولها من السلطان ومن حاكم البلد المسمى بالبasha في ديارنا وليس له قبولها من الصنجدق ويجب أن يقيد أيضاً بأن لا يكون لهما خصومة وفي «الفتح» ويجب أن يكون هبة المستقرض للمقرض كهدية، فإن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فأهدى إلى المقرض فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهدى بلا زيادة انتهى.

وجزم في «البحر» بأنه سهو لأن المنقول أنه يحل حيث لم يكن مشروطاً مطلقاً، ونقل «الخانية» أنه ليس له الاستقرض ولا الاستعارة (و) يرد (دعوة خاصة) أي: إيجابتها وهي التي لا يتخذها صاحبها ولو لم يحضر القاضي، فإن كان يتخذها وإن لم يحضر كانت عامة وقيل: كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة، والصحيح الأول كما في «الهداية» و«الخلاصة» و«السراج» وجزم به في «الخانية» واختاره / السرخسي كما في «الدراية»، والثاني يحكى عن أبي طاهر عن [١/٤٣٠] النسفي.

قال في «الفتح»: وعندي أنه حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مر عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً عاماً ابتداءً لعامة الناس ولأنه أضبط، وادعى في «البحر» أنه ليس بحسن إذ العامة عرفاً لا ينحصر في هاتين لأن العقيقة كذلك، وكذا طعام القدوم في سفر الحج وفي زماننا يصنع طعام عام في العيدين انتهى. وأنت خبير بأن هذا إن ادعى أن الغالب كون الدعوة العامة هاتين غير وارد ولم يستثن هنا كما في «الهداية» القضاء لأن يجيب قريبه الذي لا خصومة له في الخلاصة قاله الخصاف، ولم يحك خلافاً، وذكر الطحاوي أن هذا قول محمد وعندهما لا يجيبه، وفي «التارخانية» له إجابة دعوة خاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهديفة فلو زاد في الطعام بعد القضاء لا يجيبه إلا إذا زاد ماله انتهى.

ولم يحك خلافاً وهذا يؤيده ما قاله الخصاف إذ صلة الرحم واجبة وقطع العادة وترك إجابة ذي العادة جائز (ويشهد الجنازة ويعود المريض) إن لم يكن له خصومة إلا أنه لا يبطل المكث عنده لما رواه البخاري في كتاب «المفرد في الأدب» من حديث

ويسوي بينهما جلوساً وإقبالاً وليتق عن مسارة أحدهما.....

أبي أيوب الأنصاري «سمعت رسول الله ﷺ يقول: للمسلم على أخيه ست خصال واجبة إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً واجباً لأخيه يسلم عليه إذا لقيه، ويجيبه إذا دعاه، ويشتمه إذا عطس، ويعوده إذا مرض، ويحضره إذا مات، وينصحه إذا استنصحه»^(١) ولا بد أن يحمل واجبة على معنى ثابتة لأن الوجوب المصطلح عليه عند الفقهاء (ويسوي بينهما جلوساً) أي: يجب عليه أن يسوي بينهما من حيث الجلوس لما رواه ابن راهويه من حديث أم سلمة «قال عليه الصلاة والسلام: من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليسو بينهم في المجلس»^(٢). والإشارة والنظر ولا يرقع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر ولأن في عدمها كسر القلب، وإطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدين والشريف والأب والابن والمسلم والكافر، إلا أنه إن كان المدعي هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه وأن يجلسه مع خصمه ويقعده على الأرض ثم يقضي بينهما، ودلت المسألة على أن القاضي يصلح قاضياً على من ولاه، ولا ينبغي أن يجلس واحد عن يمينه والآخر عن يساره لأن اليمين فضلاً، ولذا كان عليه الصلاة والسلام يخص به الشيخين بل المستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه كالمعلم بين يدي معلمه ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحوهما، ولا يمكنهما من التربع ونحوه وتكون أعوانه قائمة بين يديه.

وأما قيام الأخصام بين يديه فليس معروفاً وإنما حدث لما فيه من الحاجة إليه والناس مختلفو الأحوال والأدب وقد حدث في هذا الزمان أمور وسعها فيعمل القاضي بمقتضى الحال، كذا في «الفتح» يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ومنهم من يستحق فيعطي كل إنسان ما يستحق. بقي لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأبي الآخر إلا القيام لم أر المسألة، وقياس ما في «الفتح» أن القاضي لا يلتفت إليه ثم إذا حضر الخصمان خير القاضي بين أن يبتدئهما بقوله: مالكما؟ وأن يتركهما فإذا تكلم المدعي سكت الآخر، وهل يسأله المدعي بعد ذلك؟ وإن لم يسأل المدعي عليه بعد ذلك قيل: لا والأصح أنه يسأله للعلم بالمقصود ويسوي بينهما جلوساً (وإقبالاً) لأن في إقباله على أحدهما مسكرة لقلب الآخر.

وقالوا: لا يضحك بوجه أحدهما لأنه يجترئ بذلك على خصمه (وليتق مسارة أحدهما) من يساره في أذنه وتساروا تناجوا، كذا في «القاموس» والمراد أنه يجتنب

(١) أخرجه البخاري في الادب المفرد (٩٢٢) (٣١٧/١)، والطبراني في الكبير (٤/١٨٠).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٣/٣٨٦).

وإشارته وتلقيين حجته وضيافته والمزاح وتلقيين الشاهد .

فصل في الحبس

التكلم معه خيفة وكذلك القيام بين يديه، كما في «الولوالجية» وهو الجواز يمنح الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومعه سوط والشهود يتقربون (وإشارته) أي: إلى أحدهما (وتلقيين حجته) لأن في ذلك تهمة وكسر لقلب الآخر، وعن أبي يوسف في رواية أنه لا بأس بتلقيين الحجة قاله العيني (وضيافته) أي: ضيافة أحدهما لما قيد بأحدهما لأن له أن يضيفهما معاً، وقياسه أنه لو سارهما أو أشار إليهما معاً جاز، (والمزاح) عدل عن الضمير دلالة على أن منعه منه مطلقاً ولو لغيرهما لما فيه من إذهاب مهابته، ويستحب أن يكون فيه عبسة بلا غضب وأن يلزم التواضع في غير وهن ولا ضعف .

(و) ليتق أيضاً (تلقيين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستفيد به الشاهد علماً وأستحسنه أبو يوسف / في غير موضع التهمة لمن استعلت عليه [٤٣٠/ب] المهابة وترك شيئاً من شرائط الشهادة فيقول له القاضي: أتشهد بكذا؟ وفي «المبسوط» ما قاله غريمة، وما قاله أبو يوسف خصه قاله لما ابتلى بالقضاء وشاهد حصر الشاهد، فلولا تلقيينه لضاع الحق، وفي «الفتح» وظاهر الجواب ترجيح ما عن أبي يوسف، وفي «البرازية» و«القنية» الفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء والله الموفق .

فصل في الحبس

من أحكام القضاء ما مر ومنها الحبس إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفرد بفصل على حدة وعليه حمل قوله تعالى: ﴿أَوْ يَنْفُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٢] وحبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة^(١) لكن إنما الحبس في زمنه عليه الصلاة والسلام وفي زمن أبي بكر رضي الله عنه في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر رضي الله عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذها محبساً وقيل: لم يكن في زمن عمر ولا عثمان فاتخذه علي من قصب وسماه نافعاً فنقبه للصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيساً وفي ذلك يقول: ألا تراني كيساً مكيساً بنيت بعد نافع مخيساً باباً حصيناً وأميناً، والكيس حسن التأنى في الأمور والكيس المنسوب إلى الكيس، والمختسن بالخاء المعجمة والتاء المثناة الفوقية موضع التخيس أي التذلل وروي بكسر الياء لأنه

(١) تقدم تخريجه .

وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه.....

كما قالوا: موضع خشن لا فراش فيه ولا غطاء وهذا يفيد أن المحبوس لو جيء له به لا يمكن منه، كما لا يمكن من الدخول عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه لكن لا يمكنون طويلاً فإذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه وضع سترة وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هي الحابسة له وهو الظاهر ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة وقيل: يخرج بالكفيل لجنازة الأصول والفروع وفي غيرهم لا، وفي «الخلاصة» و«النهاية» وعليه الفتوى.

قال في «الفتح»: وفيه نظر لأنها إبطال حق آدمي بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه، ثم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك، وسئل محمد عما إذا مات والده أخرج؟ فقال: لا انتهى. قال في «البحر»: وقد يدفع بأن ما قاله محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل انتهى.

وأقول: هذا سهو وذلك أنه نقل في «الخلاصة» يخرج بالكفيل فسقطت الباء في نسخته، ولو مرض ولم يجد من يخدمه أخرج بكفيل وإلا لا، وفي «الخانية» لو كان له ديون أخرج ليخاصم ثم يحبس، وفي «الخلاصة» الأصح منعه من الكسب ولا يغل ولا يقيد إلا إذا خيف فراره، وفي «البرازية» أن يحول إلى سجن اللصوص ولا يضرب إلا إذا ظاهر وامتنع من التكفير أو أبى الإنفاق على قريبه، صرحوا بذلك في البابين وإلى يؤجر في البابين خلافاً لما عن أبي يوسف، ولو طلب المدعي الحبس في غير سجن القاضي، ففي «القنية» ثبت له دين على بنته وأمر بحبسها فطلب من القاضي حبسها في غير السجن حيث لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدع مع المدعى عليه انتهى. وهذا هو مستند ما أجابه قارئ «الهداية» وقد سئل إذا أراد الحاكم حبس الغريم في مدرسة أو مكان غير الحبس هل له ذلك؟ فقال: العبرة في ذلك لصاحب الحق لا للقاضي انتهى. وينبغي أن لا يجاب فيما إذا طلب حبسه في مكان اللصوص أو في المكان المسمى في ديارنا بالعرقانة ويحبس في الدرهم وما دونه، أي الفضة.

(وإذا ثبت الحق للمدعي) بيينة أو إقرار أو نكول عند القاضي (أمره بدفع ما عليه) ينبغي أن يقيد هذا بما إذا لم يتمكن القاضي من أداء ما عليه بنفسه، كما إذا ادعى عيناً في يد غيره أو وديعة له عنده وبرهن أنها هي التي في يده أو ديناً له عليه وبرهن على ذلك فوجد معه ما هو من جنس حقه كان للقاضي أن يأخذ العين منه وما هو من جنس حقه ويدفعه إلى المالك غير محتاج إلى أمره بدفع ما عليه وقد قالوا: إن رب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه وإن لم به المديون فالقاضي أولى، واعلم

فإن أبي حبسه في الثمن، والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة.....
 أن التقييد يكون الثبوت عند القاضي وقع في « الهداية » وغيرها، وظاهره أن المحكم لا يحبس .

قال في « البحر »: ولم أره فإن أبي حبسه بعد طلب المدعي قيد به في « الهداية » ولا بد منه لأنه لا يحبسه بدون طلبه إلا في قول شريح وأطلق في الأمر بالدفع فشمّل ما إذا ثبت الحق عليه بإقرار أو ببينة، وخصه في « الهداية » بالإقرار أما البينة فيحبسه كما ثبت لظهور مطله وهو المحكي عن الشهيد وهو المذهب عندنا كما في « البحر »، والمروي عن السرخسي عكسه قال الشر: والأحسن ما ذكره هنا فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقاً لأنه يحتمل أن يفي فلم يعجل بحبسه قبل أن يبين له حاله بالأمر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيهما إذا طلب المدعي / ذلك حتى يسأله فإن أقر أن له مالا أمره بالدفع، (فإن أبي حبسه)، وإن عجز كان القول للمدعي في الأمور الأربعة الآتية، ولو طلب الإمهال ببيع عرضه أمهل ثلاثة أيام، ولو كان له عقار يحبسه لبيعه ويقضي الدين ولو بثمن قليل (في الثمن) أي ثمن المبيع ولو في ذمة البائع عبد فسخ البيع أو السلم بإقالة (و) بدل (القرض) ولو لذمي أو مستأمن، ولو كان عليه دين تفاوتاً في قدره فلصاحب الأقل حبسه وليس لصاحب الأكثر إطلاقه بلا رضاه، ولو أراد أحدهما إطلاقه بعدما رضيا بحبسه ليس له ذلك، كذا في « البزازية ».

(و) في (المهر المعجل وما التزمه بالكفالة) لأنه إذا حصل البدل في يده ثبت غناه وإقدامه على التزامه باختياره دليل والمراد بالمعجل ما شرط تعجيله أو تعورف وإطلاقه الكفالة يعم الكفيل وكفيل الكفيل وإن كثروا كما في « البزازية »، وفي « المحيط » للكفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس وإطلاق الكفالة يعم الكفيل بالدرك، ولم أرها صريحاً وبقي مما يحبس عليه الأجرة ويمكن دخلها في ثمن المبيع لما أنها بيع المنافع والقُدوري قال في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة فيدخل فيما التزمه بعقد، وكل من العبارتين لا يشمل جنسه على العين المغصوبة، وقد ذكره المص في الغصب والأمانات إذا امتنع الأمين من دفعها غير مدعٍ هلاكها فإنه يحبس عليها أيضاً لأنها صارت مغصوبة، ومن ثم قال القلانسي في « تهذيبه »: وفي كل عين يقدر على تسليمها .

واعلم أن عدول المص عن عبارة القُدوري لوجهين: الأول: أن في قوله بدلاً عن مال حصل في يده يدخل فيه بدل المغصوب وضمن المتلفات، والثاني: أن قوله وما التزمه بعقد يدخل فيه أيضاً ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع لا

لا في غيره إن ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه غناه.....

يحبس في هذه المواضع إن ادعى الفقر (لا) يحبسه (في غيره) أي: في غير ما ذكر من الديون (إن ادعى الفقر) كبديل عتق نصيب الثاني وبدل المغصوب ونفقة المزوجات وأرش الجنائيات وبدل جنابة العمد ومؤجل المهر بعد الدخول وبدل المتلفات وبدل الخلع.

قال الطرسوسي: وأخطأ صاحب «الاختيار» إذا جعل بدل الخلع من القسم الأول ثم ما جرى عليه المصنف تبعاً للقدوري قال الإمام قاضي خان: إن عليه الفتوى، كذا في «أنفع الوسائل» معزياً إلى «الفتاوى الكبرى» للخاصي وهذا ليس في فتواه وإنما الذي فيها أن كل ما هو بدل كضمن المبيع وبدل القرض لا يقبل قوله فيه، ويقبل قوله فيما عداه وعليه الفتوى انتهى، وهذا اختيار البلخي.

وقيل: يحكم بالزني بكسر الزاي أي الهيئة والجمع أزياء، كذا في «القاموس» إلا الفقهاء والعلوية والعباسية، واختاره البلخي، وفي «فروق الكرابيسي» وهو الصحيح، وجعله في «المحيط» ظاهر الرواية فإن ادعى الطالب أنه كان عليه زي الأغنياء ولكن غير زيه، فإن برهن على ذلك قبل منه وإلا لا، واختار الخصاص أن القول قول مدعي الإعسار لتمسكه بالأصل وقيل: ما كان أصله الصلة فالقول فيه قول المدعي وإلا فالقول للمنكر فهذه أقوال ستة، وما في «الكتاب» أعدلها. ولو قال المديون: إن هذا الدين ليس بدلًا ما ليس بمال، وقال الدائن: بل هو ثمن متاع قال الطرسوسي: لم أرها وينبغي أن يكون القول فيها قول المديون إلا أن يقيم رب الدين بينة (إلا أن يثبت رب الدين غناه) أي: قدرته على وفاء الدين، وفي «البيزانية» لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم وفي كراهة «القنية» لو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضي الدين فامتنع منها لا يعذر انتهى.

وكل من الفرعين ينبغي تخريجه على ما يقبل فيه قوله، فإذا ادعى في المهر المؤجل. مثلاً أنه معسر ووجد من يقرضه أو كان له حرفة توفيه فلم يفعل حبسه الحاكم، وهذا لأن الحبس إنما هو جزاء الظلم وقد ثبت ظلمه بوجود من يقرضه، وأما ما لا يقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه وهذا فقه حسن فتدبره. ومن نفقات «البيزانية» وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلب من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسناً وإن قالاً: سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي، وفيها علم القاضي عسرته لكن له مال على آخر يتقاضى غريمه، فإن حبس غريمه الموسر لا يحبسه انتهى. وقياس ما مر أنه لو لم يتقاضى الدين من غريمه يحبسه، وإن علم عسرته لقدرته على وفاء الدين وهذا لأنه إذا كان

فيحبسه بما رأى ثم يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلاه.....

بالقدرة على الاقتراض يكون موسراً فعلى وفاء دينه من غريمه أولى (فيحبسه بما رأى) من الزمن، فإن غلب على ظنه أنه لو كان له مال فرج عن نفسه سأل عنه وأطلقه وقدره في رواية محمد شهرين قال الحلواني: وهذا أوفق الأقاويل.

قال في «الهداية»: والصحيح أن التقدير غير لازم وهو مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص قال الشهيد: إذا كان حاله مشكلاً عند القاضي وإلا عمل بما ظهر له انتهى. وهو ظاهر في أنه لو رأى إطلاقه بعد يوم كان له ذلك، بل لو رأى عدم اختياره بالحبس لظهور حاله كان له ذلك أيضاً.

قال في «الملتقط»: قال أبو حنيفة: لا أسأل عن المعسر وأحبسه شهرين أو ثلاثة (ثم يسأل عنه) إلا إذا كان معروف بالنقر فلا أحبسه، لكن في «الخانية» أقام المديون بيعة على الإعسار بعد الحبس في الروايات الظاهرة لا تقبل البيعة إلا بعد مدة، ثم نقل الاختلاف في المدة ثم قال: والحاصل أنه يفوض إلى رأي القاضي وهذا إذا كان أمره مشكلاً، أما إذا كان فقره ظاهراً يسأل القاضي عنه آجلاً ويقبل البيعة على الإفلاس ويخلي سبيله انتهى. بعد حبسه بما يراه يسأل عنه ممن يعلم بحاله كجيرانه وأصدقائه وأهل محلته، والواحد العدل يكفي والاثنان أحوط، كذا في «الشرح».

وفي «الخلاصة» و«الخانية» إنما يسأل من الثقات وفي «النهاية» فإن أخبره بذلك ثقة عمل بقوله لأن ما سبيله سبيل الإخبار يكتفى فيه بقول الواحد كالإخبار بالتوكيل والعزل انتهى. وأما المستور فإن كان رأي القاضي موافقاً لقوله عمل به وإلا لا، أخذاً من قولهم بعزل الوكيل إذا كان فاسقاً وصدقه انعزل، كذا في «أنفع الوسائل» بحثاً وهو حسن وكيفية الإخبار أن يقول المخبر: إن حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وقد اخترنا حاله في السر والعلانية وفي «الخانية» يكفي أن يقولوا: لا نعرف له مالاً، ولا يشترط في هذه الأخبار حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة. وقيد في «النهاية» الاكتفاء بالواحد بما إذا لم يقع خصومة فإن كانت فإن ادعى المحبوس الإعسار ورب الدين يساره فلا بد من إقامة البيعة على الإعسار، واعلم أن هذا السؤال ليس بواجب على القاضي لأن الشهادة بالإعسار شهادة على النفي وهي ليست بحجة فكان له أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط، كذا في «أنفع الوسائل» معزياً إلى شيخ الإسلام، (وإن لم يظهر له مال خلاه) أي: من الحبس جبراً على المدين، فإن لم يكن الخصم حاضراً أخذ منه كفيلاً بالنفس نظراً للمدعي، فإن لم يجد كفيلاً هل يخلي سبيله؟ قال في «القنية»: لا بد من الكفيل.

وأفاد البزازي إن كان الدين لصغير ورثه من أبيه لا يطلقه بلا كفيل، يعني لو

ولم يحل بينه وبين غرمائه.....

كان الوصي حاضراً أو الولي وينبغي أن يكون مال الوقف كذلك وفي قوله: خلاه دون أن يقول ثبت إعساره دلالة على أن هذا ليس ثبوت فلا يجوز نقله إلى قاضٍ آخر، ولو أطلقه بلا بينة كان له أن يعيده إليه، كذا في «البحر» معزياً إلى الطرسوسي وهذا الثاني لم أجد فيه ويجب حمله على ما إذا وقعت خصومة فأطلقه بلا بينة. أما إذا لم تقع فليس له أن يعيده لأن هذا الأمر منوط برأيه، وقد علمت أن السؤال ليس بواجب عليه وإنما هو احتياط فإذا اقتضى رأيه إطلاقه فليس له أن يعيده بعد ذلك، ويدل عليه ما في «البرزية» أطلق القاضي المحبوس لإفلاسه ثم ادعى عليه آخر مالاً وادعى أنه معسر لا يحبسه حتى يعلم غيره انتهى، كما في «أنفع الوسائل» بأن مضت مدة يحتمل فيها حصول الغنى له فيها.

وفي «القنية»: أقام المحبوس بينة على إفلاسه فأراد رب الدين أن يطلقه قبل القضاء به بإفلاسه يجب على القاضي القضاء به حتى لا يعيده رب الدين ثانياً، وفيها حبس الوصي غريماً بدين الصبي ليس له إطلاقه قبل قضائه إن كان موسراً أو إن رأى أن يأخذ منه كفيلاً ويطلقه كان له ذلك، ثم رقم إن كان معسراً جاز إطلاقه.

فرع

أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل الحبس عليه إن علم القاضي بالدين ومقداره وصاحبه فإن شاء أخذ المال وخلاه، وإن شاء أخذ منه كفيلاً ثقة بالمال والنفس وخلا سبيله كيلاً يتهمه الناس وقال بعضهم: يتركه حتى يقضي الدين (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أي: لا يمنعهم من ملازمته عند الإمام في ظاهر الرواية عنه كما في «المحيط» و«الخانية» وهو الصحيح.

وقالا: يمنعهم لأنه منظور بأنظار الله تعالى وله أن يمنعهما بقدرته على الإنفاذ وذلك يمكن في كل وقت فيلازمونه كيلاً يكسب شيئاً فيعدمه، ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة.

قال في «الهداية»: من الحجر للطالب إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر انتهى. وفي «البرزية» لو كان في ملازمته ذهاب قوته أكلفه أن يقيم كفيلاً بنفسه ثم يخلى سبيله وللطالب ملازمته بلا أمر إن كان مقراً بحقه انتهى، ومعنى الملازمة هو أن يدور المدعي أو وكيله معه حيث دار ولا يحبسه في موضع ولا يشغله عن التصرف فإذا انتهى / إلى داره فإمّا أن يدخله المطلوب معه أو يجلس على الباب، فإن كان [١/٤٣٢]

وردّ البينة على إفلاسه قبل حبسه وبينه اليسار أحق وأبَد حبس الموسر ويحبس الرجل بنفقة زوجته.....

المطلوب امرأة قيل: يستأجر امرأة فتلازمها وتقبض على ثيابها بالنهار، وأمّا بالليل فتلازمها النساء، كذا في «المنية». (وردّ) القاضي (البينة على إفلاسه) أي: إعساره (قبل حبسه) لأنها بينة على النفي كما مر، فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد، وبعده تقبل على الاحتياط لا على الوجوب، والمعولّ عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام وهذا هو إحدى الروایتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح، وقال ابن الفضل: الصحيح أنها تقبل.

قال قاضي خان بعد نقله: وينبغي أن يكون مفوضاً إلى رأي القاضي إن علم بيساره لا يقبلها، وإن علم إعساره قبلها انتهى. وبقي ما إذا لم يعلم من حاله شيئاً، والظاهر أنه لا يقبلها (وبينة اليسار أحق) بالقبول من بينة الإعسار، لأنها تثبت أمراً عارضاً هو اليسار والبينات للإثبات. قال في «الفتح»: اللهم إلا أن يدعي المدعي أنه موسر وهو يقول: أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك، لأن معها علم بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال انتهى. وينبغي أن يكون معنى المسألة أنه بين سبب الإعسار وشهدوا به، وقوله في «البحر»: الظاهر أنه بحث منه وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذي ادعاه مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث بل بما هو سابق على الإعسار، وبينة الإعسار الحادث تحدث أمراً عارضاً فقد مرت، (وأيد حبس الموسر) جزاء لظلمه وهذا ظاهر على قول الإمام.

أمّا على قولهما من جواز الحجر على المديون وبيع ماله لوفاء ديونه فلا معنى لتأييد حبسه، وسيأتي في الحجر (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لأنه ظالم بامتناعه وإنما يتحقق ذلك في اليوم الثاني من يوم فرضها ولا يحبسه، فأما بمجرد فرضها لا يحبسه لأن الظلم إنما يكون بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق، وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإنفاق، فإن لم ينفق عليها أوجعه عقوبة، كما إذا أمره بالقسم ولم يقسم، كذا في «الفتح» أما الماضية المفروضة أو التي تراضيا عليها فإنها وإن تسقط لكنه لا يحبس عليها إذا ادعى الفقر، لأنها ليست ببديل مال ولا التزمها بعقد.

وفي «فتاوى قارئ الهداية» سئل عن المرأة إذا طلبت تقرير النفقة في كل يوم فأبى الزوج إلا أن يطعمها هل يجبر على أن يفرض لها دراهم؟ أجب لا يجب عليه تقرير دراهم بل الواجب عليه طعام وإدام إلى أن قال: إلا أن يعلم القاضي أنه يضارها

لا في دين ولده إلا إذا أبى من الإنفاق عليه .

في ذلك فيفرض عليه دراهم بقدر حالهما، وإذا امتنع من أن يفرض شيئاً حبس حتى يفرض انتهى . وهو مشكل فإن للقاضي ذلك فيفرض ولا يحبسه .

(لا) حبس الأب (في دين ولده) لأنه لا يستحق العقوبة بسببه، ألا ترى أن لا قصاص عليه بقتله ولا بقتل مورثه ولا حد عليه بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه؟ والمراد بالأب أصله وإن علا، وبالولد فرعه وإن سفل ولذا قال في «المحيط»: لا يحبس الأبوان والجدان والجدتان بدين الولد انتهى، وهو ظاهر في أن الجد الفاسد لا يحبس أيضاً ويدل عليهم قولهم: إنه لا يقتل بقتل ولد بنته .

قال في «البحر»: وإذا لم يحبس وكان موسراً ينبغي أن القاضي يقضيه من ماله إذا كان له مال من جنسه وإلا باعه لقضائه انتهى، وهذا أعني البيع بقولهما أليق كما مر . وبقي العبد لا يحبس بدين مولاه ولا المولى بدين عبده إلا إذا كان مأذوناً مديوناً فيحبس للغرماء لا له، وكذا المكاتب لا يحبس بدين بدل الكتابة، واختلفوا في حبسه بدين آخر وهو ظاهر المذهب أنه يحبس واختار بعض المشايخ أنه لا يحبس لأنه متمكن من إسقاطه بتعجيزه وصححه في «المبسوط» وعليه الفتوى، كما في «أنفع الوسائل» ولا المولى بدين المكاتب إن كان الدين من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة وقالوا: لا يحبس الصبي أيضاً بدين الاستهلاك إلا تأديباً فإن كان له أب أو وصي وامتنع من قضاء دينه من ماله حبس، وإلا باع القاضي ماله ووفى دينه، كذا في «الخلاصة» وغيرها .

قال الطرسوسي: ويؤخذ من هذا ليس للقاضي ولا نائبه بيع عقاره ولا ماله مع وجودهما لأنه لو كان له ذلك لأمر بالبيع قبل الحبس، قال ابن وهبان: وهو فائدة حسنة، وكذا لا تحبس العاقلة في دية أو أرش إذا كان لهم عطاء وإنما يؤخذ منه لقضاء ديونهم فإن لم يكن لهم عطاء حبسوا، كذا في «البيزانية» وقدمنا أن القاضي لا يحبس المديون إذا كان له مال غائب أو مديون موسر (إلا إذا أبى من الإنفاق عليه) لأنه بمنعها عنه قصداً هلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه، ألا ترى أن له أن يدفعه بالقتل إذا أشهر سيفه ولم يمكنه دفعه إلا به؟ وهذا حكم الأجداد والجدات وإن علوا / .

واعلم أن هذا الاستثناء منقطع لما قاله . ومن أن هذا الحبس ليس إلا تعزيراً لا حبساً بالدين وقيد الرازي الولد بالصغير زاد الحدادي الفقير ويجب أن لا يكون البالغ كذلك والله الموفق للصواب .

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود.....

باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره

هذا الباب ليس من القضاء لأنه إما نقل شهادة، أو حكم وكل ذلك ليس منه وإنما أورد فيه لأنه من عمل القضاء، كذا في «الشرح» لكن في «فتح القدير» هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى «التجنيس»، وادعى في «البحر» أن هذا أولى مما «في الشرح»، لأنه حيث كان من عملهم كان منه فكيف ينفيه، وعندني أنه لا ينافي بينهما بوجه إذ المنفي في كلام الشر كونه قضاء، والمثبت في «الفتح» كونه من أحكام القضاء، ولا يلزم منه أن يكون قضاء، نعم كونه من أحكامه أدخل في ذكره في كتاب القضاء وأراد بالغير هو قوله: وتقضي المرأة إلى آخره (يكتب القاضي إلى القاضي) ظاهر إطلاقه ولو كان في مصر واحد، وهو المروي عن محمد وشرط في ظاهر الرواية أن يكون بينهما مسافة القصر، وحكى الطحاوي عن الإمام وأصحابه أنه يجوز فيما دونها، وقال بعض المتأخرين: هذا قول أبي يوسف ومحمد، كذا في «الفتح»، فيجوزان عن محمد روايتان. وفي «البحر» عن أبي يوسف أن الشاهد لو كان بحيث لو عد الأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد والكتابة، قال في «السراجية»: وعليه الفتوى. قال في «السراج»: ولا يكتب قاضي رستاق إلى قاضي مصر، ويكتب قاضي مصر إلى قاضي السواد والرستاق.

وفي «الفتح» لو كتب القاضي إلى الأمير الذي ولاه، أصلح الله الأمير ثم قص عليه القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرف الأمير فالاستحسان أن للأمير إمضاؤه لأنه متعارف، ولا يليق بالقاضي أن يأتي في كل حادثة إلى الأمير ليخبره، وشرطنا فيه شرط كتاب القاضي إلى القاضي، ولو سمع يعني الخصم وصول كتاب القاضي فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك المدينة ما ثبت عنده من كتاب القاضي، فكما جوز لأول الكتابة جوزنا للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة (في غير حد وقود) أي: فيما ثبت مع الشبهة كالدين والنكاح والطلاق والعتاق والشفعة والوصية والإيصاء والموت والورثة والقتل إذا كان موجه المال والنسب من الحي والميت والغصب والأمانة المجحودة من وديعة ومضاربة وعارية والأعيان المنقولة والعقار إذا بين حدوده الأربع فيما يروى عن محمد

فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً وإلا لم يحكم وكتب الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة.....

وعليه المتأخرون قال الإسيبجاني: وعليه الفتوى للحاجة، وظاهر الرواية عدم الجواز في المنقول للحاجة إلى الإشارة إليه في الدعوى والشهادة لكن الإشارة تتحقق عند القضاء من الثاني فاكتفي بها، (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بشهادته وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً) 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 الخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الملك الآخر لأن الخصم حاضر عند هذا القاضي وقد حكم عليه، كذا في «الفتح».

وأقول: في الشر إنما يكتب السجل حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان ولتكون الكتابة تذكيراً لها وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم لأنه قد يتم بحضور الخصم نفسه أو من يقوم مقامه إلا إذا قدر أنه قال بعد الحكم عليه وجحد الحكم فحينئذ يكتب له ليسلم إليه حقه أو لينفذ حكمه انتهى. وهذا كما ترى صريح في أن الرماد بالخصم إما المدعى عليه أو وكيله وأنه لو أريد بالخصم المدعى عليه كان إلى الكتاب الآخر ما قد علمت من الفوائد، وأما القضاء على المسخر فالمنقول عن «الذخيرة» أن فيه روايتين قال: والاعتماد على أن القاضي إن علم أنه مسخر لا ينفذ قضاؤه وإلا نفذ، وقوله وهو المدعي سجلاً مبني على عرفهم قال في «المصباح»: السجل كتاب القاضي والجمع سجلات وسجل القاضي بالتشديد حكمه وأثبت حكمه في السجل انتهى.

وفي عرفنا ما يكتب فيه صورة الحجة المحكوم فيها أو الدعوى وما ترتب عليها أو الإجارة أو الإقرار فالواقعة تارة تكتب بها حجة وتنزل صورتها في السجل أو لا تنزل في السجل فقط (وإلا) وإن لم يكن ثمة خصم ولا من يقوم مقامه (لم يحكم) لأن القضاء على الغائب لا يجوز، ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل إليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ قضاؤه وسيأتي ما فيه إن شاء الله تعالى، (وكتب الشهادة) بعدما سمعها وعدلت (ليحكم) القاضي (المكتوب إليه بها وهو الكتاب الحكمي) المقابل للسجل نسبة إلى الحكم باعتبار المال (وهو) أي: الكتاب الحكمي (نقل الشهادة في الحقيقة)، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه وإن كان مخالفاً لرأي الكاتب بخلاف السجل لأنه سجله أي أحكمه بالحكم ونقض الحكم لا يجوز، ولم أر ما لم وافق رأي المكتوب إليه / هل له رده؟ والظاهر إذا كان قد اتفقا [١/٤٣٣]

وقرأ عليهم وختم عندهم وسلمه إليهم فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله

عليه في مذهبه وجب عليه قبوله وإن كان مختلفاً فيه، فإن كان الراجح ما في الكتاب الحكمي عمل به وإلا رده وبه عرف أنه لو كان مخالفاً لمذهبه بالكلية رده على كل حال. ونقل في «البحر» عن «منية المفتي» ورد كتاب القاضي قاضٍ إلى قاضٍ آخر في حادثة لا يراه القاضي المكتوب إليه وهو مختلف فيها لا ينفذ، وإن ورد فيها سجلاً نفذه لأن السجل محكوم به دون الكتاب ولهذا له أن لا يقبل الكتاب دون السجل انتهى. ولم أجد هذا في نسختي (وقرأ) القاضي الكتاب (عليهم) أي: على الشهود ليحفظوا ما فيه فيشهدون به عند الثاني.

قال في «منية المفتي»: ويجبرهم بما فيه ويشترط أن يحفظوا ما فيه لأن معرفة ما في الكتاب شرط ويدفع إليهم نسخة تكون معهم انتهى. يعني يستعينون بها على الحفظ إذ لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما، ولم يذكر عنه أن الكتاب مع أنه شرط أيضاً وهو أن يكتب فيه اسم أبيه وجده واسم المكتوب إليه كذلك، فإن أخل بشيء من ذلك لم يقبل كما لو كتبه على الظاهر، وقيل: في عرفنا يكتب على الظاهر ويكتب فيه اسم المدعي والمدعى عليه وحدهما ويذكر الحق والشهود إن شاء وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم وقال أبو يوسف آخرًا: لا يشترط الختم ولا العنوان.

وفي «الشرح» لو كان العنوان من فلان بن فلان أو من أبي فلان إلى أبي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم والكنية لا يتعرف به إلا أن تكون مشهورة كأبي حنيفة وابن أبي ليلا قيل: هذا رواية عن أبي سليمان وفي سائر الروايات لا تقبل لأن الناس يشتركون في الكنى، ولو نسبته إلى أبيه فقط أيضاً إلا أن يكون مشهوراً كعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وإنما الشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه، وأن يكتب القاضي الحاجة التي لا بد من معرفتها، واختاره السرخسي.

قال في «الفتح»: ولا شك عندي في صحته، فإن الغرض إذا كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضر كونه غير مختوم مع شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم، وإن كان مع المدعي اشترط حقهم لما فيه ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضاً، بل إذا لم يكن معنواً وكان مختوماً وشهدا بالختم كفى، ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ، فلو لم يكتبه لا يقبل (فإن وصل) الكتاب (إلى) القاضي (المكتوب إليه نظر إلى ختمه)، وعبرة القدوري فإذا وصل إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم فإذا شهد الشهود إليه نظر إلى ختمه وهو الأولى إذ لا معنى للنظر إليه بلا حضور الخصم (ولم يقبله)

بلا خصم ولا شهود فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلّمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله وموت المكتوب إليه إلا إذا كتب بعد اسمه وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين.....

أي: لم يقرأه وإلا فمجرد قبوله لا يترتب عليه الحكم (بلا) حضور (خصم) لأن هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله إلا بحضور الخصم كالشهادة ثم إن كان الخصم مقراً استغني عن الكتاب، وإن أنكر وقال المدعي: معي الكتاب القاضي طالبه بالبينة عليه وهذا معنى قوله (وشهود) إما رجلان أو رجل وامرأتان يشهدان على أنه كتاب لفلان القاضي وأنه ختمه، ولا بد من إسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين، ولو كان الكتاب لذمي على مثله هذا إذا أنكر الخصم أنه كتاب القاضي فإن اعترف استغني عن الشهادة، (فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي) قبله، وإن لم تثبت عدالتهم عنده وقوله: (سلّمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه) شرط للحاكم به حتى لو قالوا: لم يسلمه إلينا ولم يقرأه ولم يختمه بحضورتنا لم يعمل به (فتح القاضي) ولم يشترط ظهور عدالتهم لفتحته تبعاً لما ذكره محمد، وذكر الخصاص عندهما أنه لا يفتحه إلا بعد ظهور عدالتهم.

قال في «المغني»: وما قاله محمد أصح إلا أنه في «الهداية» قال: الأصح ما ذكره الخصاص لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم (ويبطل الكتاب بموت) القاضي (الكاتب وعزله) وهذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء بجنون أو عمى قيل: أو فسق بناء على عزله به قبل قراءته بطل، وبه عرف أن في كلامه إرسالاً غير واقع واقتصر على الموت والعزل لأن غيرهما عزل أيضاً، قيدنا بما قبل القراءة لأنه لو مات أو عزل بعدها لم يبطل في ظاهر الرواية وقال أبو يوسف في «الأمالي»: إنه لا يبطل ولو مات قبل القراءة، ولو حكم به قاضٍ ثم رفع إلى آخر وأمضاه جاز لما عرف من الاختلاف إذا كان في نفس القضاء ينفذ بتنفيذ قاضٍ آخر، فإن كان في المقتضى به استغني عن ذلك.

(وموت المكتوب إليه) لأن المكاتب لما خصه فقد اعتمد عدالته والقضاة متفاوتون في ذلك فصح التعيين، (إلا إذا كتب بعد اسمه) أي: اسم القاضي المكتوب إليه (وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين) فلا يبطل لأنه لما عمم بعد التخصيص فقد اعتمد عدالة الكل قيد بقوله بعد اسمه، لأنه لو كتب ابتداءً إلى كل من يصل

لا بموت الخصم وتقضي المرأة في غير حدّ وقود.....

إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فعند الإمام لا يجوز، والظاهر أن محمداً منعه وجوزّه أبو يوسف واستحسنه / كثير من المشايخ، كذا في «الشرح». [٤٣٣/ب] وفي «الخلاصة» وعليه عمل الناس اليوم، وفي «الفتح» وهو الوجه لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فبالعموم يعلم كما يعلم بالخصوص وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (لا) يبطل (بموت الخصم) بلا خلاف لقيام وارثه مقامه، وسواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده.

فرع

سمع الخصم بوصول الكتاب إلى قاضي بلدة فهرب إلى بلد أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى بلدة قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي، وكما جوزنا للأول الكتاب يجوز للثاني والثالث وهلم جرا، ولو أقام شاهداً واحداً عند القاضي وسئل أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاضٍ آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه، وهل يكتب القاضي بعلمه؟ ففي «الخلاصة» وهو كالقضاء بعلمه، وفي شرح «أدب القضاء» للخصاف وهو الأصح إلا أن التفاوت هنا هو أن القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع، كذا في «الفتح».

(وتقضي المرأة) أي: يصح قضاؤها (في غير حد وقود) أي: قصاص لما مر من أن أهله أهل الشهادة ولا شك في جواز شهادتها في غير ما ذكر فكذا قضاؤها إلا أن توليها إثم لخبر البخاري «خاب قوم ولوا أمرهم امرأة»^(١). والظاهر أن الخنثى المشكل كالمرأة هنا وإخبار الشارع بنقصان عقلها لا يفيد أهليتها بالكلية، ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى؟ ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في المفرد خلافه، كذا في «الفتح» ومن حوادث الفتاوى أن واقفاً شرط الشهادة في وقفه لزيد ثم لولده من بعده فلم يترك بعده إلا بيتاً فأفتى الشيخ الأخ باستحقاقها للوظيفة، واستغربه بعض القضاة ولا اعتبار به بعد ما ذكرنا انتهى.

وكان علق في «الفتح» قوله في الأوقاف شاهدة، وعندني فيه نظر لأن صاحب «الفتح» إنما استظهر بهذا على عدم سلب ولايتها مع نقصان عقلها، ولا شك أن صلاحيتها في الأموال اتفاقاً فيه إثبات ولايتها والقضاء أهله أهل الشهادة، ولو علق في الأوقاف شاهدة لقصر عن إفادة هذا المعنى المقصود هو الأول لمن تأمل وبتقدير التسليم فعرف الواقفين مراعى، ولم يتفق تقريره أنثى شاهدة في وقف في زمن ما

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٦٨٦)، والترمذي في سننه (٢٢٦٢).

ولا يستخلف قاض إلا أن يفوض إليه ذلك

فيما علمنا فوجب صرف ألفاظه إلى ما تعارفوه، وإذا كان هذا المعنى لم يخطر ببال واقف ولم يسر ذهنه إليه وإنما أراد من الشاهد الكامل فكيف يصرف لفظه إلى غير مراده؟ وقد قال شيخ الإسلام عبد البر في شرح «الوهبانية»: ينبغي ترجيح رواية دخول أولاد البنات فيما لو وقف على ذريته لأن عرفهم عليه ولا يعرفون غيره ولا يسري إلى أذهانهم غالباً سواه فاعتبر عرفهم وقال: فيما لو وقف على ولده وولد ولده ينبغي أن تصح رواية دخول أولاد البنات أيضاً قطعاً لأن فيها نص محمد عن أصحابنا، وقد انضم إلى ذلك أن الناس في هذا الزمان لا يفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره وعليه عملهم وعرفهم انتهى. وهذا برهان بين لما ادعينا فوجب الحكم مقتضاه، وإذا عرف هذا فتقريرها في شهادة وقف ابتداء غير صحيح والله الموفق.

وفي «الخلاصة» لو قضت في الحدود والقصاص فدفع إلى قاضٍ آخر فأمضاه ليس لغيره أن يبطله انتهى، (ولا يستخلف قاضٍ) أي: لا يصح استخلافه ولو كان مريضاً لأنه فوض إليه القضاء دون التقليد فصار كالوكيل ليس له أن يوكل إلا بإذن، فإذا عقد بحضرة موكله فأجازه صح أي الوكيل بالبيع والنكاح، أما الوكيل بالطلاق والعناق إذا أجازا وحضر لم يصح لأن المقصود عبارته، كذا في «المنية».

(إلا أن يفوض إليه ذلك) فيصح استخلافه ويصير الثاني عن السلطان حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا قال له السلطان: ول من شئت واستبدل من شئت، أو جعلتك قاضي القضاء لأنه الذي يتصرف فيهم تقليداً أو عزلاً، كذا في «الفتح» وإذا استخلف من لم يفوض إليه ذلك فقاضى الثاني بمحضر من الأول أو بغير محضره إلا أنه أجازة جاز، كالوكيل إذا وكل مع عدم الإذن بشرط أن يكون الخليفة أهلاً للقضاء لا رقيقاً ولا محدوداً في قذف ولا كافراً، واعلم أن هذا قضاء فضولي ابتداء فيستفاد منه أن الفضولي بلا استخلاف لو قضى، وأجازه القاضي.

وفي «جامع الفصولين» لو كان له ولاية القضاء في كل يومين من كل أسبوع لا غير فقاضى في التي لم تكن له ولاية القضاء فيها، فإذا جاءت التولية أجاز ما قضى جاز، وإطلاقه صحة الاستخلاف مع الإذن يفيد أنه لا فرق في الخليفة بين كونه موافقاً لمذهبه أو لا، وفي «البرازية» لو فوض إلى غيره ليقضي على مذهبه نفذ إجماعاً بقي استخلافه قبل وصوله إلى محل ولايته، وقد صرح الشهيد في شرح «أدب القاضي» للخصاف بأنه إنما يصير قاضياً إذا بلغ الموضع الذي قلد / فيه القضاء وفيه ينبغي للقاضي أن يقدم نائبه حتى يتعرف على أحوال الناس، ومقتضى الأول أنه لا

بخلاف المأمور بالجمعة.....

يستخلف، والثاني أنه يستخلف فيحمل على أن إرسال النائب بإذن الخليفة أو أن ذلك معروف بينهم (بخلاف المأمور به) إقامة (الجمعة) بحيث يجوز له أن يستخلف لأن المولى عالم بتوقتها وأنه إذا عرض عارض فانت لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض فكان إذنا دلالة فإن قبل شروعه لحدث أصابه لم يجر له أن يستخلف إلا من شهد الخطبة وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدا جاز، وإذا رفع إليه حكم حاكم خرج به المحكم فإن له أن لا يمضيه كما سيأتي، ولم يقل آخر ليعلم حكم نفسه، كما في «الإيضاح» أمضاه عبارته في «الجامع الصغير» وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاضٍ آخر يرى غير ذلك أمضاه ذكره في «الهداية» بعد كلام القدوري، قال الشارحون: أمضاه كذا في «الفتح» وغيره وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه وتقييد الشر المسألة بما إذا أحدث لا دليل عليه، وقدمنا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه لوجهين: الأول: قيد بالفقهاء فأفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا ينفذ.

قال شمس الأئمة: وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر، الثاني: أنه قيد بكونه يرى غير ذلك، والمص كالقدوري لم يتعرض لذلك فيحتمل أن يكون مراده ما إذا كان موافقاً لرأيه يمضيه بالأولى، ورده في «الفتح» بأن التقييد بالفقهاء لا دلالة فيه بوجه على كونه عالماً بالخلاف وإنما مفاده أن ما فيه خلاف إذا قضى قاضٍ عالماً أو غير عالم به ثم جاء قاضٍ آخر يرى خلافه أمضاه وكونه ينفذه وإن كان مخالفاً لرأيه يقيده كلام القدوري أيضاً فإنه أعم من كونه موافقاً لرأيه أو مخالفاً انتهى ملخصاً.

وأقره في «الحواشي السعدية» وعندني فيه نظر وذلك أن الداعي لحمل المشايخ كلام محمد على ما مر أن شرطه أن يكون الحاكم عالماً بالاختلاف حتى لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه يعني الثاني، كما في «الشرح» وغيره وجزم به في «منية المفتي» حيث قال: قضى في مجتهد فيه ولا يعلم بذلك لم ينفذ فإنه ذكر في «السير الكبير» له مدبرون عتقوا بموته فأثبت رجل ديناً عليه فباعهم القاضي على ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ثم ظهر أنهم مدبرون بطل قضاؤه لعدم علمه بذلك حتى لو علم فاجتهد وأبطل التدبير جاز انتهى. فقله وما اختلف فيه الفقهاء قضى فيه به القاضي أي بما اختلف فيه الفقهاء يعني عالماً باختلافهم ليصح قوله أمضاه إذ قد علمت أنه مع غير العلم لا يمضيه فإن قلت في «الخلاصة»: هذا الشرط وإن كان ظاهر المذهب لكن يفتى بخلافه.

قلت: كلام محمد إنما هو مبني على ظاهر المذهب وفي «البحر» لم يفهموا

وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه.....

مراد صاحب «الهداية» وذلك أنه إنما ذكر ما في «الجامع» بعد كلام القدوري ليفيد أن ما في «الجامع» لا استثناء فيه بل كل مسألة اختلف فيها الفقهاء فإنها تصير محل اجتهاد، فإذا قضى قاضٍ بقول ارتفع الخلاف. وأما عبارة القدوري ففيها الاستثناء ورأيت في «الواقعات الحسامية» ما يفيدُه قال أبو الليث: رواية محمد أن كل شيء اختلف فيه الفقهاء فقضى به قاضٍ جاز ولم يكن لغيره أن يبطله ولم يذكر فيه الاختلاف وبه نأخذ.

قلت: هذا خلاف ما ذكر في شرح «أدب القاضي» للخصاف في موضع الاختلاف يجوز وفي موضع الخلاف لا يجوز، أراد بالأول ما كان فيه خلافاً معتبراً كالخلاف على تفاصيل «أدب القاضي» انتهى. وإنما يمضيه لأن اجتهاد الثاني كأول وقد رجح باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه كذا قالوا: وفيه بحث لأن اعتقادنا لمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب، ومذهبنا أنه صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كأول عندنا، كذا في «الحواشي السعدية» أي يجب علينا أن نعتقد أن مذهبنا صواب يحتمل الخطأ، ومذهب غيرنا خطأ يحتمل الصواب صرح بذلك في «المستصفي»، ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً لمذهبه نفذ عنده، وفي «العامد» روايتان وعندهما لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى، كذا في «الهداية» وفي «الصغرى» الفتوى على قول الإمام.

قال في «الفتح»: والوجه في هذا الزمان أنه يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل، وأما الناس فلأن المقلد ما قلده لا لمذهب غيره وهذا كله في القاضي المجتهد، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم مذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى هذا الحكم انتهى. وهو ظاهر في كونه عالماً بالخلاف إنما هو في القاضي المجتهد، وفي «القنية» القاضي المقلد إذا قضى بخلاف مذهب لا ينفذ.

وادعى في «البحر» أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ، وأقوى ما تمسك به ما في «البرزانية» إذا لم يكن / القاضي مجتهداً وقضى والنقول على خلاف مذهبته نفذ وليس لغيره نقضه وله نقضه كذا عن محمد وقال الثاني: ليس له أن ينقضه انتهى. وما في «الفتح» يجب أن يعول عليه في المذهب، وما في «البرزانية» محمول على رواية عنهما إذ قصارى الأمر أن هذا نزل منزلة الناس لمذهبه وقد مر عنها في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى، وقدمنا في ديباحة كتاب القضاء أن معنى قوله: (وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه) أي: ألزم

إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والإجماع.....

الحكم به بعد دعوى صحيحة وهذا هو التنفيذ الشرعي فارجع إليه، ولا يشترط فيه إحضار شهود الأصل بل تكفي الشهادة على الحكم عند القاضي. قال البزازي: حكم على رجل بمال وسجل ثم مات القاضي وأحضر المدعي المحكوم عليه عند قاضي آخر وبرهن على قضاء الأول أجبره الثاني على أداء المال إن كان الحكم الأول صحيحاً ولو قال الشهود: إن القاضي الأول غير عدل لا يمضي الثاني قضاؤه انتهى.

وفي لو ارتاب القاضي في حكم الأول له أن يطلب شهود الأصل، ولم أجد لغيره (إلا أن يخالف الكتاب) بيان لشرط الاجتهاد كالقضاء بلزوم ثمن متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] بناء على أن الواو في قوله وإنه لفسق للعطف، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذي دخل عليه حرف النهي أو إلى الموصول على معنى، وإن أكله لفسق أو جعل ما لم يذكر اسم عليه من نفسه فسقاً، كذا في «الكشاف» واحتمال كونها حالية فيكون قيداً للنهي عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه كالهيئة وما ذكر اسم الله تعالى رد بأن التأكيد بأن واللام ينفيه سلمناه، لكن لا نسلم التأكيد للنهي بل إشارة إلى معنى الموجب له كلاً نشرب الخمر وهو حرام وبهذا ظهر ضعف ما في «الخلاصة» من أن القضاء به جائز عندهما خلافاً لأبي يوسف.

(والسنة المشهورة) كالقضاء بشاهد ويمين فإنه مخالف للحديث المشهور أعني قوله ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»^(١)، وقيد بالمشهورة احتراز عن الغريب، كذا في «الشرح» ولا بد ههنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطع الدلالة وتقييد السنة بأن تكون مشهورة أو تكون متواترة غير قطعية الدلالة وإلا فمخالفة المتواترة من كتاب أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كفر كذا في «التلويح».

وأما إذا وقع الخلاف في أنه قول فلا بد أن يترجح أحد القولين بثبوت دليل التأويل فيقطع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم مما سوغ فيه الاجتهاد أم لا، كذا في «الفتح» وظاهر كلامهم يعطي أن آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل بل هي نص في المدعى فيه نظر يظهر مما مر، (والإجماع) وهو ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي، وغير المستند يسمى خلافاً لا اختلافاً، قال في «الهداية»: والمعتمد الاختلاف في الصدر الأول انتهى، وعليه فرع بعضهم أن للقاضي أن يبطل ما قضى به المالكي والشافعي برأيه وإنما ينفذه إذا كان قول أحدهما موافقاً لقول

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٠٩٩٠) (١٠/٢٥٢).

بعض الصحابة أو التابعين باعتبار أنه مختلف فيه في الصدر الأول لا باعتبار أنه قول أحدهما .

قال في «الفتح»: وعندني أن هذا لا يعول عليه، فإن صح أن مالكا وأبا حنيفة والشافعي مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً وإلا فلا، وإلا شك أنهم أهل اجتهاد ورفعة، ويؤيده ما في «الذخيرة» خالغ الأب الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها صح عند مالك وبرئ الزوج عنه، فلو قضى به قاضٍ نفذ، وفي «المنتقى» قضى بجواز إن بلا شهود نفذ لأن المسألة مختلف فيها، فمالك وعثمان البستي يشترطان الإعلان لأن الشهود وقد اعتبر خلافهما لأن الموضوع موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي أن لا يشترط الشهادة انتهى. فإذا كان معارضة المعنى للدليل السمعي توجب اشتباه الدليل محل اجتهاد ينفذ القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو واحد منهم محل اشتباه الدليل حينئذٍ إذ لا يخلو عن مثل ذلك ولا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الأول انتهى، ما في «الفتح» .

والحاصل أن قضاء الدين إن كان موافقاً للدين الشرعي أو مختلفاً فيه اختلافاً مستنداً إلى دليل لا ينقض، وإن كان الخلاف في نفس القضاء لا ينفذ إلا بتنفيذ قاضٍ آخر في الصحيح من المذهب كالقضاء على الغائب وله وقضاء المحدود في قذف وشهادته بعد التبرئة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة، وإن كان مخالفاً للدليل الشرعي لا ينفذ. ولو نفذ كالقضاء بالقصاص يتعين الولي واحداً من أهل المحلة مع يمينه أو بصحة نكاح المعتدة والوقت أو بجواز نكاح الجدة أو امرأة الجد أو بسقوط الدين بمضي سنتين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحل المطلقة ثلاثاً قبل أن يدخل به الثاني أو بإبطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الثلاثة جملة أو بعدم الوقوع على حبل أو حائض أو قبل الدخول أو في طهر حاضت فيه أو فرق بحكم العجز عن النفقة حال الغيبة، أو بصحة نكاح منية الأب أو الابن أو أم منية أو بنتها أو بسقوط المهر بلا بينة أو إقرار أو بعدم تأجيل العينين أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها أو بعدم وقوع الزائد على الواحد أو بنصف الجهاز لمن طلق قبل الدخول قبل قبض المهر والتجهيز أو بالشهادة على خط أبيه أو في الحدود أو القصاص بشهادة رجل وامرأتين أو بما في ديوانه، وقد نسي أو بشهادة شاهد على صك لا يذكرها فيه إلا أنه يعرف خطه وختمه / أو بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير أن يقرأ عليه وبقضاء المرأة في حد أو قود وبقضاء عبد أو نصراني أو

بقسامة في قتل أو فرق بشهادة واحدة على الرضاع، أو قضى لولده بشهادة الأجنبي أو بجواز بيع أم الولد وبالزيادة في معلوم الإمام من أوقاف المسجد أو بعدم تملك الكفار مال المسلم المحرر بدراهم، أو بجواز بيع درهم بدرهمين أو بصحة صلاة المحدث، أو بالقسامة على أهل المحلة بتلف المال كالنفس أو بقرعته في رقيق، أو بعدم جواز تصرف المرأة في مالها بغير إذن زوجها أو بحلف المدعي أن فلاناً مات وهناك لوث من عداوة ظاهرة من المسائل مأخوذة من «الشرح» و«الجزازية» و«جامع الفصولين» و«الخانية» و«الصيرفية» و«فتح القدير».

تتمة: في فتاوى الشيخ تقي الدين السبكي الشافعي أن قضاء القاضي ينقض عند الحنفية إذا كان حكماً لا دليل عليه، ومخالفاً شرط الواقف مخالف للنص وهو حكمه لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً انتهى. وهو موافق لقول المشايخ شرطه كنص الشارع قال في شرح «المجمع» للمصنف: فيجب اتباعه والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

تم