

لأن الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة. خانية. وفيها عن الثاني: لو غاب المحال عليه ثم جاء المحال وادعى جحوده المال لم يصدق وإن برهن، لأن المشهود عليه غائب، فلو حاضراً وجحد الحوالة ولا بينة كان القول له وجعل جحوده فسخاً.

فرع: الأب أو الوصي إذا احتال بمال اليتيم: فإن كان خيراً لليتيم بأن كان الثاني أملاً صح. سراجية. وإلا لم يميز كما في مضاربة الجوهرة. قلت: ومفادها عدم الجواز لو تساونا أو تقاربا، وبه جزم في الخانية، والوجه له لأنه حيثئذ اشتغال بما لا تفيد، والعقود إنما شرعت للفائدة.

كِتَابُ الْقَضَاءِ

لما كان أكثر المنازعات يقع في الديون والبياعات أعقبها بما يقطعها (هو) بالمذ

لنفسه ليستفيد الإبراء المؤبد. بحر عند قوله: هي نقل الدين ط. وإذا لم تصح لا يجبر المحال عليه على الدفع إليه. قوله: (لأن الحوالة النخ) كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة كما في الهداية والملتقى. قوله: (ولا بينة) أي وحلف الجاحد ط. قوله: (وجعل جحوده فسخاً) هي مسألة تواء الدين السابقة في المتن، ومر أن الرجوع إنما هو لأن براءة المحيل مشروطة بسلامة حق المحال ط. قوله: (وإلا لم يميز) لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر. قال في كافي الحاكم: ومنه ما لو احتال إلى أجل، وكذا الوكيل إذا لم يفوض إليه الموكل ذلك اه. قال في البحر عن المحيط: لكونه إبراء مؤقتاً فيعتبر بالإبراء المؤبد، وهذا إذا كان ديناً ورثه الصغير وإن وجب بعقدها جاز التأجيل عندهما، خلافاً لأبي يوسف اه. قوله: (قلت ومفادها) أي مفاد ما في السراجية وما في الجوهرة، وهذا أحد قولين حكاهما المصنف عن الذخيرة ثم رجح ما في الخانية بما ذكره الشارح، والله تعالى أعلم.

كِتَابُ الْقَضَاءِ

ترجم له في الهداية بأدب القاضي، والأدب: الخصال الحميدة، فذكر ما ينبغي للقاضي أن يفعله ويكون عليه، وهو في الأصل من الأدب بسكون الدال وهو الجمع والدعاء، وهو أن تجمع الناس وتدعوهم إلى طعامك، يقال أدب يادب كضرب يضرب: إذا دعا إلى طعامه، سميت به الخصال الحميدة لأنها تدعو إلى الخير، وتماه في الفتح. قوله: (لما كان النخ) كذا في العناية والفتح، وهو صريح في أن المراد بالقضاء الحكم، وحيثئذ فكان ينبغي إبراده عقب الدعوى، وأيضاً كان ينبغي بيان وجه التأخير عما قبله، كذا قيل. ويمكن أن يقال: أرادوا بيان من يصلح للقضاء: أي الحكم لتصح الدعوى

والقصر: لغة: الحكم. وشرعاً. (فصل الخصومات وقطع المنازعات) وقيل غير ذلك كما بسطه في المطولات، وأركان ستة على ما نظمه ابن الغرس

عنده، فلا جرم أن ذكر قبلها، ولا خفاء أن وجه التأخير عما قبله مستفاد من أن أكثر المنازعات في الديون والحوالة المطلقة مختصة بها فذكر بعدها. نهر. قوله: (لغة الحكم) وأصله قضاي لأنه من قضيت، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت، والجمع الأفضية: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣] أي حكم، وقد يكون بمعنى الفراغ تقول: قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه: أي قتله، وقضي نحبه: مات، وبمعنى الأداء والإنهاء، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾ [الحجر: ٦٦] وبمعنى الصنع والتقدير، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سِنَاحَ سَمَوَاتٍ﴾ [فصلت: ١٢] ومنه القضاء والقدر. بحر ملخصاً عن الصحاح. قوله: (وشرعاً فصل الخصومات الخ) عزاه في البحر إلى المحيط، ولا بد أن يزداد فيه على وجه خاص، وإلا دخل فيه نحو الصلح بين الخصمين. قوله: (وقيل غير ذلك) منه قول العلامة قاسم: إنه إنشاء إلتزام في مسائل الاجتهاد المتقاربة فيما يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، فخرج القضاء على خلاف الإجماع وما ليس بحادثة وما كان من العبادات ومنه قول العلامة ابن الغرس إنه الإلتزام في الظاهر على صيغة مختصة بأمر ظن لزومه في الواقع شرعاً. قال: فالمراد بالإلتزام التقرير التام، وفي الظاهر فصل احتراز به عن الإلتزام في نفس الأمر، لأنه راجع إلى خطاب الله تعالى وعلى صيغة مختصة: أي الشرعية كألزمت وقضيت وحكمت وأنفذت عليك القضاء وبأمر ظن لزومه الخ فصل عن الجور والتشهبي، ومعنى في الظاهر: أي الصورة الظاهرة، إشارة إلى أن القضاء مظهر في التحقيق للأمر الشرعي، لا مثبت خلافاً لما يتوهم من أنه مثبت، أخذاً من قول الإمام بنفوذ ظاهراً وباطناً في العقود والفسوخ بشهادة الزور، لأن الأمر الشرعي في مثله ثابت تقديراً والقضاء يقرره في الظاهر، ولم يثبت أمراً لم يكن لأن الشرع قد يعتبر المعدوم موجوداً والموجود معدوماً، كوجود الدخول حكماً في إلحاق نسب ولد المشرقية بالمغربي، فأجري الممكن مجرى الواقع لثلا يهلك الولد بانتفاء نسبه مع وجود العقد المفضي إلى ثبوته اهـ ملخصاً. وتماه في رسالته. قوله: (وأركان ستة الخ) فيه نظر، لأن المراد بالقضاء الحكم كما مر، والحكم أحد الستة المذكورة فيلزم أن يكون ركناً لنفسه، فالمناسب ما في البحر من أن ركنه ما يدل عليه من قول أو فعل ويأتي بيانه. قوله: (على ما نظمه) أي من بحر الكامل، ونصف البيت الثاني الخاء من محكوم ط. قوله: (ابن الغرس) بالغين المعجمة هو العلامة أبو اليسر بدر الدين محمد الشهير بابن الغرس، له شرح على البيتين المذكورين وهو الرسالة المشهورة المسماة [الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية] وله الشرح المشهور على شرح العقائد النسفية

بقوله: [الكامل]

أَطْرَافُ كُلِّ قَضِيَّةٍ حُكْمِيَّةٍ سَتُّ يُلَوِّحُ بَعْدَهَا التَّحْقِيقُ حُكْمٌ

للتفتازاني. قوله: (أطراف كل قضية حكمية) الأطراف جمع طرف بالتحريك، وطرف الشيء منتهاه، وقضية أصله قضية بياء النسبة إلى القضاء، حذفت منه الواو بعد قلبها ألفاً، وحكمية صفة مخصصة لأن القضاء يطلق على معان منها الحكم كما مر، والمراد بالقضية الحادثة التي يقع فيها التخاصم كدعوى بيع مثلاً فركنها اللفظ الدال عليها، ولا تكون قضية: أي منسوبة إلى القضاء، والحكم: أي لا تكون محلاً لثبوت حق المدعي فيها وعدمه إلا باستجماع هذه الشروط الستة التي هي بمنزلة أطراف الشيء المحيطة به أو أطراف الإنسان، هذا ما ظهر لي فافهم. قوله: (بعدها) بتشديد الدال مصدر عد الشيء بعده: أحصى عدة أفرادها، ويلوح بمعنى يظهر، والتحقيق فاعله. قوله: (حكم) تقدم تعريفه، وعلمت أنه قولي وفعلي فالقولي مثل ألزمت، وقضيت مثلاً، وكذا قوله: بعد إقامة البيئة لمعتمده أقمه واطلب الذهب منه، وقوله: ثبت عندي يكفي، وكذا ظهر عندي أو علمت فهذا كله حكم في المختار. زاد في الخزانة: أو أشهد عليه. وحكى في التتمة الخلاف في الثبوت، والفتوى على أنه حكم كما في الخانية وغيرها، وتمامه في البحر. وذكر في الفواكه البدرية أنه المذهب، ولكن عرف المشرعين والمؤثقين الآن على أنه ليس بحكم، ولذا يقال: ولما ثبت عنده حكم، والوجه أن يقال: إن وقع الثبوت على مقدمات الحكم، كقول المسجل ثبت عنده جريان العين في ملك البائع إلى حين البيع، فليس بحكم إذا كان المقصود من الدعوى الحكم على البائع بملك المشتري للعين المبيعة، وإلا فهو حكم وتمامه فيها، وفيها أيضاً.

مَطْلَبٌ فِي التَّنْفِيزِ

وأما التنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكماً إذ من صيغ القضاء قوله: أنفذت عليك القضاء. قالوا: وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه بشروطه، وهذا هو التنفيذ الشرعي، ومعنى رفع اليد حصلت عنده فيه خصومة شرعية، وأما التنفيذ المتعارف في زماننا غالباً فمعناه: إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم الأول على وجه التسليم له ويسمى اتصالاً اهـ ملخصاً. وسيأتي تمام الكلام عليه في آخر فصل الحبس.

مَطْلَبٌ: أَمْرُ الْقَاضِي هَلْ هُوَ حُكْمٌ أَوْ لَا؟

وأما أمر القاضي فانفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحق كأمره بالأخذ منه، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم، حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح. واختلفوا في قوله: سلم الدار، وتمام الكلام عليه في البحر والنهر، وأطلق الشارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعاً للبزازي أنه حكم إلا في مسألة الوقف، وسيأتي تمامه.

ومحكوم به وله ومحكوم عليه وحاكم وطريق

مَطْلَبٌ: الْحُكْمُ الْفِعْلِيُّ

وأما الحكم الفعلي فسيأتي في الفروع هناك أن فعل القاضي حكم إلا في مسألتين، وحقق ابن الغرس أنه ليس بحكم، وأطال الكلام عليه في البحر والنهر، وسيأتي توضيحه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (ومحكوم به) وهو أربعة أقسام: حق الله تعالى المحض كحد الزنا أو الخمر، وحق العبد المحض، وهو ظاهر، وما فيه الحقان وغلب فيه حق الله تعالى كحد القذف أو السرقة أو غلب فيه حق العبد كالقصاص والتعزير ابن الغرس. وشرطه كونه معلوماً. بحر عن البدائع، وعن هذا فالحكم بالموجب بفتح الجيم لا يكفي ما لم يكن الموجب أمراً واحداً، كالحكم بموجب البيع أو الطلاق أو العتاق وهو ثبوت الملك والحرية وزوال العصمة، فلو أكثر فإن استلزم أحدهما الآخر صح، كالحكم على الكفيل بالدين فإن موجبه الحكم عليه به، وعلى الأصل الغائب وإلا فلا، كما لو وقع التنازع في بيع العقار فحكم شافعي بموجبه فإنه لا يثبت به منع الجار عن الشفعة فللحنفي الحكم بها، وأطال في بيانه العلامة ابن الغرس، وسيذكره الشارح آخر الفصل الآتي، لكن هذا في الحقيقة راجع إلى اشتراط الدعوى في الحكم كما أشار إليه في البحر، ويأتي ذكره في الطريق. قوله: (وله) أي ومحكوم له وهو الشرع كما في حقوقه المحضة أو التي غلب فيها حقه ولا حاجة في ذلك إلى الدعوى، بخلاف ما تمحض فيها حق العبد أو غلب والعبد هو المدعي وعرفوه بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها، وقيل غير ذلك، والشرط فيه بالإجماع حضرته أو حضرة نائب عنه كوكيل أو ولي أو وصي فالمحكوم له المحجور كالغائب اه ملخصاً من الفواكه البدرية. قوله: (ومحكوم عليه) وهو العبد دائماً، لكنه إما متعين واحداً أو أكثر، كجماعة اشتركوا في قتل فقتلي عليهم بالقصاص أو لا، كما في القضاء بالحرية الأصلية فإنه حكم على كافة الناس، بخلاف العارضة بالإعتاق فإنه جزئي واختلفوا في الوقف، والصحيح المفتى به أنه لا يكون على الكافة فتسمع فيه دعوى الملك أو وقف آخر والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفي منه حقه، سواء كان مدعى عليه أو لا، كما مرت الإشارة إليه اه ملخصاً من الفواكه. وسيذكر المصنف آخر الفصل الآتي حكاية الخلاف في نفاذ الحكم على الغائب، ويأتي تحقيقه هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (وحاكم) هو إما الإمام أو القاضي أو المحكم، أما الإمام فقال علماؤنا: حكم السلطان العادل ينفذ. واختلفوا في المرأة فيما سوى الحدود والقصاص، وإطلاقهم يتناول أهلية الفاسق الجاهل، وفيه بحث. وأما المحكم فشرطه أهلية القضاء ويقضي فيما سوى الحدود والقصاص، ثم القاضي تنقيد ولايته بالزمان والمكان والحوادث اه ملخصاً من الفواكه. وجميع ذلك سيأتي مفصلاً في مواضعه مع بيان بقية صفة الحاكم وشروطه. قوله: (وطريق) طريق القاضي إلى الحكم يختلف بحسب اختلاف المحكوم به، والطريق فيما يرجع إلى

(وأهله أهل الشهادة) أي أدائها على المسلمين، كذا في الحواشي السعدية.

حقوق العباد المحضة عبارة عن الدعوى والحجة: وهي إما البينة أو الإقرار أو اليمين أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به، فقد قالوا: لو ظهر إنسان من دار بيده سكين وهو متلوّث بالدم سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار على الفور فوجدوا فيها إنساناً مذبوحاً بذلك الوقت ولم يوجد أحد غير ذلك الخارج فإنه يؤخذ به، وهو ظاهر إذ لا يمترى أحد في أنه قاتله، والقول بأنه ذبحه آخر ثم تسور الحائط أو أنه ذبح نفسه احتمال بعيد لا يلتفت إليه إذ لم ينشأ عن دليل اهـ من الفواكه لابن الغرس. ثم أطال هنا في بيان الدعوى وتعريفها وشروطها، إلى أن قال: ثم لا يشترط في الطريق إلى الحكم أن تكون بتمامها عند القاضي الواحد، حتى لو ادعى عند نائب القاضي وبرهن ثم وقعت الحادثة إلى القاضي أو بالعكس صح، وله أن يبني على ما وقع أولاً ويقضي اهـ. وستأتي هذه متناً. ثم قال في الفصل السابع: وقد اتفق أئمة الحنفية والشافعية على أنه يشترط لصحة الحكم واعتباره في حقوق العباد الدعوى الصحيحة، وأنه لا بد في ذلك من الخصومة الشرعية، وإذا كان القاضي يعلم أن باطن الأمر ليس كظاهره وأنه لا تخاصم ولا تنازع في نفس الأمر بين المتداعين ليس له سماع هذه الدعوى ولا يعتبر القضاء المترتب عليها ولا يصح الاحتيال لحصول القضاء بمثل ذلك، وأما إذا لم يعلم عذر ونفذ قضاؤه، ولعمري هذا شيء عمت به البلوى وبلغت شهرة اعتباره الغاية القصوى اهـ ملخصاً ونقله المصنف في المنح بتمامه وأقره فراجع، وكذا جزم به في فتاواه.

تنبيه: بقي طريق ثبوت الحكم: أي بعد وقوعه، وعليه اقتصر في البحر فقال: له وجهان: أحدهما: اعترافه حيث كان مولى فلو معزولاً فكواحد من الرعايا لا يقبل قوله إلا فيما في يده. الثاني: الشهادة على حكمه بعد دعوى صحيحة إن لم يكن منكراً، أما لو شهدا أنه قضى بكذا وقال لم أقض لا تقبل شهادتهما، خلافاً لمحمد، ورجح في جامع الفصولين قول محمد لفساد قضاة الزمان اهـ. وسيأتي تمام الكلام عند قول المصنف «ولم يعمل بقول معزول» وقد ذكر في البحر فروعاً كثيرة في أحكام القضاء يلزم الوقوف عليها. قوله: (وأهله أهل الشهادة) «أهل» الأول خبر مقدم والثاني مبتدأ مؤخر، لأن الجملة الخبرية يحكم فيها بمجهول على معلوم فإذا علم زيد وجعل قيامه تقول زيد القائم، وإذا علم وجعل أنه زيد تقول القائم زيد، ولذا قالوا: لما كان أوصاف الشهادة أشهر عند الناس عرف أوصافه بأوصافها، ثم الضمير في «أهله» راجع إلى القضاء، بمعنى من يصح منه أو بمعنى من يصح توليته كما في البحر.

وحاصله: أن شروط الشهادة من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية وعدم العمى

ويرد عليه أن الكافر يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة ذكره الزيلعي في

والحد في قذف شروط لصحة توليته، ولصحة حكمه بعدها، ومقتضاه أن تقليد الكافر لا يصح. وإن أسلم قال في البحر: وفي الواقعات الحسامية الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، فإن الكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين حتى لو قلد الكافر ثم أسلم هل يحتاج إلى تقليد آخر؟ فيه روايتان اه. قال في البحر: وبه علم أن تقليد الكافر صحيح، وإن لم يصح قضاؤه على المسلم حال كفره اه. وهذا ترجيح لرواية صحة التولية أخذاً من كون الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، خلافاً لما مشى عليه المصنف في باب التحكيم من رواية عدم الصحة. وفي الفتح: قلد عبد فعتق جاز قضاؤه بتلك الولاية بلا حاجة إلى تجديد، بخلاف تولية صبي فأدرك. ولو قلد كافر فأسلم: قال محمد: هو على قضاؤه فصار الكافر كالعبد، الفرق أن كلاً منهما له ولاية وبه مانع وبالعق 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 تنجز اه. وبه ظهر أن الأولى كون المراد في مرجع الضمير من يصح منه القضاء لامن تصح توليته إلا أن يراد بها الكاملة وهي النافذة الحكم، وأما تولية الأطروش فسيذكرها الشارح. قوله: (ويرد عليه الخ) أي على ما في الحواشي من تقييده بالمسلمين، فكان عليه إسقاطه ليكون المراد أداءها على من يقضي عليه فيدخل الكافر، لكن التفسير بالأداء احتراز عن التحمل، لأنه يصح تحملها حالة الكفر والرق لا أداؤها فينافي ذلك، والتحقيق أن يقال كما يعلم مما قدمناه: إن كان المراد بمرجع الضمير من تصح توليته يكون المراد بالشهادة تحملها فيدخل فيه العبد والكافر. نعم يخرج عنه الصبي لعدم ولايته أصلاً، وإن كان المراد من يصح منه القضاء يكون المراد بالشهادة أداءها فقط، فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فإنه يصح قضاؤه عليهم حالاً، وكونه قاضياً خاصاً لا يضر، كما لا يضر تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينين، لأن المراد من يصح قضاؤه في الجملة، وعلى كل فالواجب إسقاط ذلك القيد، إلا أن يكون مراده تعريف القاضي الكامل. قوله: (ليحكم بين أهل الذمة) أي حال كفره، وإلا فقد علمت أن الكافر يصح توليته مطلقاً لكن لا يحكم إلا إذا أسلم.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْقَاضِيِ الدَّرْزِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ

تنبيه: ظهر من كلامهم حكم القاضي المنسوب في بلاد الدرور في القطر الشامي، ويكون درزياً ويكون نصرانياً فكل منهما لا يصح حكمه على المسلمين، فإن الدرزي لا ملة له كالمنافق والزنديق وإن سمي نفسه مسلماً. وقد أفتى في الخيرية بأنه لا تقبل شهادته على المسلم. والظاهر أنه يصح حكم الدرزي على النصراني وبالعكس. تأمل. وهذا كله

التحكيم. (وشرط أهليتها شرط أهليته) فإن كلاً منهما من باب الولاية، والشهادة أقوى لأنها ملزمة على القاضي، والقضاء ملزم على الخصم، فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة. ابن كمال (والفاسق أهلها فيكون أهله لكنه لا يقلد) وجوباً ويأثم مقلده كقابل شهادته،

بعد كونه منصوباً من طرف السلطان أو مأموره بذلك، وإلا فالواقع أنه ينصبه أمير تلك الناحية، ولا أدري أنه مأذون له بذلك أم لا، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، لكن جرت العادة أن أمير صيدا يولي القضاء في تلك الشغور والبلاد، بخلاف دمشق ونحوها، فإن أميرها ليس له ذلك فيها بدليل أن لها قاضياً في كل سنة يأتي من طرف السلطان. ثم رأيت في الفتح قال: 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، كذا قالوا: ولا بد من أن يصرح له بالمنع أو يعلم بذلك بعرفهم، فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاء ولا يعزلون اه. والله سبحانه أعلم. قوله: (وشرط أهليتها الخ) تكرار مع قوله: «وأهله أهل الشهادة» اه ح. والظاهر أن المصنف ذكر الجملة الأولى تبعاً للكثرة وغيره، ثم ذكر الثانية تبعاً للغرر توضيحاً وشرحاً للأولى. وأما الجواب بأنه ذكرها ليرتب عليها قوله: «والفاسق أهلها» فغير مفيد، فافهم. قوله: (فلذا قيل الخ) علة للعلة. قوله: (والفاسق أهلها) سيأتي بيان الفسق والعدالة في الشهادات، وأفصح بهذه الجملة دفعاً لتوهم من قال: إن الفاسق ليس بأهل للقضاء فلا يصح قضاؤه، لأنه لا يؤمن عليه لفسقه، وهو قول الثلاثة، واختاره الطحاوي. قال العيني: وينبغي أن يفتى به خصوصاً في هذا الزمان اه.

أقول: لو اعتبر هذا لانسد باب القضاء خصوصاً في زماننا، فلذا كان ما جرى عليه المصنف هو الأصح كما في الخلاصة، وهو أصح الأقاويل كما في العمادية. نهر. وفي الفتح: والوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً فاسقاً وهو ظاهر المذهب عندنا، وحيثذ فيحكم بفتوى غيره اه. قوله: (لكنه لا يقلد وجوباً الخ) قال في البحر: وفي غير موضع ذكر الأولوية: يعني الأولى أن لا تقبل شهادته وإن قبل جاز. وفي الفتح: ومقتضى الدليل أن لا يحل أن يقضي بها، فإن قضى جاز ونفذ اه. ومقتضاه الإثم، وظاهر قوله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] أنه لا يحل قبولها قبل تعرف حاله، وقولهم بوجوب السؤال عن الشاهد سرّاً وعلانية طعن الخصم أولاً في سائر الحقوق على قولهما المفتى به يقتضي الإثم بتركه لأنه للتعرف عن حاله حتى لا يقبل الفاسق. وصرح ابن الكمال بأن من قلد فاسقاً يأثم، وإذا قبل القاضي

به يفتى، وقيده في القاعدية بما إذا غلب على ظنه صدقه فليحفظ. درر. واستثنى الثاني الفاسق ذا الجاه والمروءة فإنه يجب قبول شهادته. بزازية. قال في النهر: وعليه فلا يَأْتَمُّ أيضاً بتوليته القضاء حيث كان كذلك إلا أن يفرّق بينهما انتهى.

قلت: سيجيء تضعيفه فراجعه، وفي معروضات المفتي أبي السعود: لما وقع التساوي في قضاة زماننا في وجود العدالة ظاهراً ورد الأمر بتقديم الأفضل في العلم والديانة والعدالة (والعدو لا تقبل شهادته على عدوه إذا كانت ذنبوية)

شهادته يَأْتَمُّ اهـ. قوله: (به يفتى) راجع لما في المتن، فقد علمت التصريح بتصحيحه وبأنه ظاهر المذهب، وأما كون عدم تقليده واجباً ففيه كلام كما علمت، فافهم. قوله: (وقيده) أي قيد قبول شهادة الفاسق المفهوم من قابل اهـ ح. وعبارة الدرر: حتى لو قبلها القاضي وحكم بها كان أثماً لكنه ينفذ. وفي الفتاوى القاعدية: هذا إذا غلب على ظنه صدقه وهو مما يحفظ اهـ.

قلت: والظاهر أنه لا يَأْتَمُّ أيضاً لحصول التبين للمأمور به في النص. تأمل. قال ط: فإن لم يغلب على ظن القاضي صدقه بأن غلب كذبه عنده أو تساوى فلا يقبلها: أي لا يصح قبولها أصلاً، هذا ما يعطيه المقام اهـ. قوله: (واستثنى الثاني) أي أبو يوسف من الفاسق الذي يَأْتَمُّ القاضي بقبول شهادته، والظاهر أن هذا مما يغلب على ظن القاضي صدقه، فيكون داخلًا تحت كلام القاعدية فلا حاجة إلى استثنائه على ما استظهرناه آنفًا تأمل. قوله: (سيجيء تضعيفه) أي في الشهادات حيث قال: وما في القنية والمجتبى من قبول ذي المروءة الصادق فقول الثاني، وضعفه الكمال بأنه تعليل في مقابلة النص فلا يقبل، وأقره المصنف اهـ.

قلت: قدمنا آنفًا عن البحر أن ظاهر النص أنه لا يحل قبول شهادة الفاسق قبل تعرف حاله، فإذا ظهر للقاضي من حاله الصدق وقبله يكون موافقاً للنص، إلا أن يريد بالنص قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق ٢] لكن فيه أن دلالة على عدم قبول العدل^(١) إنما هي بالمفهوم، وهو غير معتبر عندنا ولا سيما هو مفهوم لقب، مع أن الآية الأولى تدل على قبول قوله: «عند التبين عن حاله» كما قلنا. تأمل. قوله: (وفي معروضات المفتي أبي السعود) أي المسائل التي عرضها على سلطان زمانه، فأمر بالعمل بها. قوله: (في وجود العدالة) هذا كان في زمنه، وقد وجد التساوي في عدمها الآن فليُنظر من يقدم ط. قوله: (إذا كانت ذنبوية) سيذكر تفسيرها عن شرح الشرنبلالي،

(١) في ط قوله (على عدم قبول العدل) هكذا بخطه، ولعله سقط من قلمه كلمة «غير» والأصل عدم قبول غير العدل.

ولو قضى القاضي بها لا ينفذ. ذكره يعقوب باشا (فلا يصح قضاؤه عليه) لما تقرر أن أهله أهل الشهادة قال: وبه أفتى مفتي مصر شيخ الإسلام أمين الدين بن عبد العال. قال: وكذا سجل العدو لا يقبل على عدوه. ثم نقل عن شرح الوهبانية أنه لم ير نقلها عندنا، وينبغي النفاذ لو القاضي عدلاً. وقال ابن وهبان بحثاً: إن بعلمه لم يجوز، وإن بشهادة العدول بمحضر من الناس جاز اهـ.

قلت: واعتمده القاضي محب الدين في منظومته فقال: [الرجز]

واحترز بالديوية عن الدينية، فإن من عادى غيره لارتكابه ما لا يحل لا يتهم بأنه يشهد عليه بزور، بخلاف المعادة الدنيوية، وعن هذا قبلت شهادة المسلم على الكافر، وإن كان عدوه من حيث الديانة، وكذا شهادة اليهودي على النصراني. قوله: (ولو قضى القاضي بها لا ينفذ) دفع به ما يتوهم أنها مثل شهادة الفاسق فإنه تقدم أنه يصح قبولها، وإن أثم القاضي فشهادة العدو ليست كذلك، بل هي كما لو قبل شهادة العبد والصبي. قوله: (ذكره يعقوب باشا) أي في حاشيته على صدر الشريعة. وقال في الخيرية: والمسألة دواراة في الكتب.

مَطْلَبٌ فِي قَضَاءِ الْعَدُوِّ عَلَى عَدُوِّهِ

قوله: (فلا يصح قضاؤه عليه) أي إذا كانت شهادة العدو على عدوه لا تقبل، ولو قضى بها القاضي لا ينفذ، يتفرع عليه أن القاضي لو قضى على عدوه لا يصح لما تقرر الخ، وبه سقط ما قيل إن ما ذكره عن اليعقوبية مكرر مع هذا، فافهم.

تنبيه: إذا لم يصح قضاؤه عليه فالمخلص إنابة غيره إذا كان مأذوناً بالاستنابة، وسيأتي أنه يستناب إذا وقعت له أو لولده حادثة. قوله: (قال) أي المصنف في المنح ونصه: ورأيت بموضع ثقة معزواً إلى بعض الفتاوى، وأظن أنها الفتاوى الكبرى للخاصي أن سجل العدو لا يقبل على عدوه كما لا تقبل شهادته عليه اهـ، فافهم، والظاهر أن المراد بالسجل كما قال ط: كتاب القاضي إلى قاضٍ في حادثة على عدو للقاضي، وهو ما يأتي عن الناصحي. قوله: (ثم نقل) أي المصنف. قوله: (أنه لم ير نقلها) أي نقل مسألة قضاء القاضي على عدوه، وهذا الكلام ذكره عبد البر بن الشحنة في شرح الوهبانية عن ابن وهبان، فينبغي أن يكون قوله: «لم ير نقلها» مبنياً للمجهول.

قوله: (وينبغي النفاذ) أي مطلقاً سواء كان بعلمه أو بشهادة عدلين، وهذا البحث لشارح الوهبانية خالف فيه بحث ابن وهبان الآتي، وذكره عقبه بقوله: قلت: بل ينبغي النفاذ مطلقاً لو القاضي عدلاً. قوله: (إن بعلمه لم يجوز) أي بناء على القول بجواز قضاء القاضي بعلمه، والمعتمد خلافه، وعليه فلا خلاف بين كلامي ابن الشحنة وابن وهبان، فإن مؤدى كلاميهما نفوذ حكمه لو عدلاً بشهادة العدول. قوله: (واعتمده الخ) المتبادر من

وَلَوْ عَلَى عَدُوِّهِ قَاضٍ حَكَمَ إِنْ كَانَ عَدْلًا صَحَّ ذَلِكَ وَأَنْبَرَمَ
وَأَخْتَارَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ وَقَفَّصًا إِنْ كَانَ بِالْعِلْمِ قَضَى لَنْ يُقْبَلَا
وَإِنْ يَكُنْ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمَلَا وَيَشْهَادَةَ الْعُدُولِ قُبَيْلَا
قلت: لكن نقل في البحر والعيني والزيلعي والمصنف وغيرهم عند مسألة

النظم اعتماد الأول وهو بحث ابن الشحنة فيتعين عود الضمير إليه. قوله: (واختار بعض العلماء) هو ابن وهبان. قوله: (قلت لكن الخ) أصله للمصنف حيث قال: وقد غفل الشيخان: أي ابن وهبان وشارحه عبد البر عما اتفقت كلمتهم عليه في كتبهم المعتمدة من أن أهله أهل الشهادة، فمن صلح لها صلح له، ومن لا فلا، والعدو لا يصلح للشهادة على ما عليه عامة المتأخرين فلا يصلح للقضاء اه ط.

قلت: ولم أر هذا الكلام في نسختي من شرح المصنف.

ثم اعلم أن مراد الشارح الاستدراك على كلام الشيخين وتأيد كلام المتن، فإن المصنف فرع عدم صحة القضاء على عدم قبول الشهادة، وهو مفهوم الكلية الواقعة في عبارات المتن وهي قولهم: وأهله أهلها، فإن مفهومها عكسها اللغوي، وهو أن من ليس أهلاً لها لا يكون أهلاً له، فلذا قال المصنف في متنه «والعدو لا تقبل شهادته على عدوه» فلا يصح قضاؤه عليه، ولما كان هذا إثباتاً للحكم بالمفهوم، وفيه احتمال نقل الشارح أن مفهوم الكلية المذكورة مصرح به في عبارة الناصحي، فسقط الاحتمال واندمع بحث الشيخين وتأيد كلام المصنف، ولذا قال: وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف، ولكن بقي هاهنا تحقيق توفيق، وهو أنه ذكر في القنية أن العداوة الدنيوية لا تمنع قبول الشهادة ما لم يفسق بها، وأنه الصحيح وعليه الاعتماد، وأن ما في المحيط والواقعات، من أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل اختيار المتأخرين، والرواية المنصوصة تخالفها وأنه مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: تقبل إذا كان عدلاً. وفي المبسوط: إن كانت دنيوية فهذا يوجب فسقه فلا تقبل شهادته اه ملخصاً.

والحاصل: أن في المسألة قولين معتمدين: أحدهما: عدم قبولها على العدو، وهذا اختيار المتأخرين، وعليه صاحب الكنز والملتقى، ومقتضاه أن العلة العداوة لا الفسق، وإلا لم تقبل على غير العدو أيضاً، وعلى هذا لا يصح قضاء العدو على عدوه أيضاً. ثانيهما: أنها تقبل إلا إذا فسق بها، واختاره ابن وهبان وابن الشحنة، وإذا قبلت فالضرورة يصح قضاء العدو على عدوه إذا كان عدلاً، فلذا اختار الشيخان صحته، وبه علم أن من يقول بقبول شهادة العدو العدل يقول بصحة قضاؤه، ومن لا فلا، وأن ما ذكره الناصحي لا يعارض كلام الشيخين لاختلاف المناط، فاغتنم هذا التحقيق ودع

التقليد من الجائر عن الناصحي في تهذيب أدب القاضي للخصاف أن من لم تجز شهادته لم يجز قضاؤه، ومن لم يجز قضاؤه لا يعتمد على كتابه اهـ. وهو صريح أو كالصريح فيما اعتمده المصنف كما لا يخفى فليعتمد، وبه أفتى محقق الشافعية الرملي، ومن خطه نقلت: أنه لو قضى عليه ثم أثبت عداوته بطل قضاؤه، فليحفظ.

وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: ثم إنما تثبت العداوة بنحو كذب وجرح وقتل ولي لا بمخاصمة. نعم هي تمنع الشهادة فيما وقعت فيه المخاصمة كشهادة وكيل فيما وكل فيه ووصي وشريك (والفاسق لا يصلح مفتياً) لأن الفتوى من

التلفيق. قوله: (لا يعتمد على كتابه) هو المعبر عنه فيما سبق بالسجل ط. قوله: (فيما اعتمده المصنف) أي في متنه من إطلاق عدم القبول. قوله: (وبه أفتى محقق الشافعية الرملي) هذا غير ما نقله في شرح الوهبانية عن الرافعي عن الماوردي من جواز القضاء على العدو لا الشهادة عليه، لظهور أسباب الحكم وخفاء أسباب الشهادة اهـ. وهو وجيه، ولذا قيد ابن وهبان صحة القضاء بما إذا كان بشهادة العدول بمحضر من الناس كما مر لتنتفي التهمة بمعاينة أسباب الحكم، ويظهر لي أنه ينبغي أن يصح الحكم عندنا في هذه الصورة حتى على القول بعدم قبول شهادة العدو، فتأمل. قوله: (ومن خطه نقلت) الجار والمجرور متعلق بقوله: «نقلت» وقوله: «أنه لو قضى الخ» مفعول «نقلت» أو بدل من الضمير المجرور في قوله: «وبه أفتى» وجملة «ومن خطه نقلت» معترضة، أو هي خبر مقدم، وجملة «أنه لو قضى الخ» مبتدأ مؤخر، واقتصر ط على الأخير. قوله: (وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي الخ) أصله لناظرها ونقله العلامة عبد البر عنه ونصه: قال: أي ابن وهبان: وقد يتوهم بعض المتفهمة من الشهود أن من خاصم شخصاً في حق أو ادعى عليه يصير عدوه، فيشهدون بينهما بالعداوة، وليس كذلك، وإنما تثبت بنحو الخ اهـ.

قلت: لكن قد علمت أن مختار ابن وهبان أن العداوة لا تمنع قبول الشهادة، إلا إذا فسق بها فعلم أنها قد تكون مفسقة وقد لا تكون، فقوله: «وإنما تثبت الخ» يريد به العداوة المانعة وهي المفسقة، ولا يخفى أن هذه تمنع القبول على العدو وعلى غيره، وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة في الشهادات إن شاء الله تعالى. قوله: (ووصي) أي فيما أوصى عليه، وقوله: «وشريك» أي فيما هو من مال الشركة ط. قوله: (والفاسق لا يصلح مفتياً) أي لا يعتمد على فتواه، وظاهر قول المجمع لا يستفتى: أنه لا يحل استفتاؤه، ويؤيده قول ابن الهمام في التحرير: الاتفاق على حل استفتاء من عرف من أهل العلم بالاجتهاد والعدالة أو رآه منتصباً والناس يستفتونه معظمين له، وعلى امتناعه

أمور الدين، والفاستق لا يقبل قوله في الديانات. ابن ملك. زاد العيني: واختاره كثير من المتأخرين، وجزم به صاحب المجمع في متنه، وله في شرحه عبارات بليغة، وهو قول الأئمة الثلاثة أيضاً، وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاؤه اتفاقاً كما بسطه المصنف (وقيل نعم يصلح) وبه جزم في الكنز، لأنه يجتهد حذار نسبة الخطأ، ولا خلاف في اشتراط إسلامه وعقله، وشرط بعضهم تيقظه

إن ظن عدم أحدهما: أي عدم الاجتهاد أو العدالة كما في شرحه، ولكن اشتراط الاجتهاد مبني على اصطلاح الأصوليين أن المفتي المجتهد: أي الذي يفتي بمذهبه، وأن غيره ليس بمفت بل هو ناقل كما سيأتي، والثاني هو المراد هنا بدليل ما سيأتي من أن اجتهاده شرط الأولوية، ولأن المجتهد مفقود اليوم.

والحاصل: أنه لا يعتمد على فتوى المفتي الفاسق مطلقاً. قوله: (وله في شرحه عبارات بليغة) حيث قال: إن أولى ما يستنزل به فيض الرحمة الإلهية في تحقيق الوقائع الشرعية طاعة الله عز وجل والتمسك بحبل التقوى، قال تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومن اعتمد على رأيه وذهنه في استخراج دقائق الفقه وكنوزه وهو في المعاصي حقيق بإنزال الخذلان فقد اعتمد على ما لا يعتمد عليه ﴿وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ﴾ [النور: ٤٠] اهـ. قوله: (وظاهر ما في التحرير) بل هو صريحه كما سمعت. قوله: (وبه جزم في الكنز) حيث قال: والفاستق يصلح مفتياً، وقيل لا، فجزم بالأول ونسب الثاني إلى قائله بصيغة التمریض، فافهم. قوله: (لا يجتهد الخ) هذا التعليل لا يظهر في زماننا، لأنه قد يعرض عن النص الضروري قصداً لغرض فاسد، وربما عورض بالنص فيدعي فساد النص ط. قوله: (حذار نسبة الخطأ) الأولى أن يقول: «حذر» لما في القاموس: وحذار حذار، وقد ينون الثاني: أي احذر ط. قوله: (وشرط بعضهم تيقظه) احترازاً عن غلب عليه الغفلة والسهو.

قلت: وهذا شرط لازم في زماننا، فإن العادة اليوم أن من صار بيده فتوى المفتي استطل على خصمه وقهره بمجرد قوله: أفتاني المفتي بأن الحق معي والخصم جاهل لا يدري ما في الفتوى، فلا بد أن يكون المفتي متيقظاً يعلم حيل الناس ودسائسهم، فإذا جاءه السائل يقرره من لسانه ولا يقول له إن كان كذا فالحق معك وإن كان كذا فالحق مع خصمك، لأنه يختار لنفسه ما ينفعه ولا يعجز عن إثباته بشاهدي زور، بل الأحسن أن يجمع بينه وبين خصمه، فإذا ظهر له الحق مع أحدهما كتب الفتوى لصاحب الحق، وليحترز من الوكلاء في الخصومات فإن أحدهم لا يرضى إلا بإثبات دعواه لموكله بأي وجه أمكن، ولهم مهارة في الحيل والتزوير وقلب الكلام وتصوير الباطل بصورة الحق، فإذا أخذ الفتوى قهر خصمه ووصل إلى غرضه الفاسد، فلا يحل للمفتي أن يعينه على

لا حرية وذكورته ونطقه، فيصح إفتاء الأخرس لا قضاؤه (ويكتفى بالإشارة منه لا من القاضي) للزوم صيغة مخصوصة كحكمت وألزمت بعد دعوى صحيحة، وأما الأطرش وهو من يسمع الصوت القوي فالأصح الصحة، بخلاف الأصم (ويفتي القاضي) ولو في مجلس القضاء وهو الصحيح (من لم يخاصم إليه) ظهيرية.

ظلاله، وقد قالوا: من جهل بأهل زمانه فهو جاهل، وقد يسأل عن أمر شرعي وتدل القرائن للمفتي المتيقظ أن مراده التوصل به إلى غرض فاسد كما شهدناه كثيراً.

والحاصل: أن غفلة المفتي يلزم منها ضرر عظيم في هذا الزمان، والله تعالى المستعان. قوله: (لا حرية الخ) أي فهو كالراوي لا كالشاهد والقاضي، ولذا تصح فتواه لمن لا تقبل شهادته له. قوله: (فيصح إفتاء الأخرس) أي حيث فهمت إشارته، بل يجوز أن يعمل بإشارة الناطق كما في الهندية. وأفاده عموم قول المصنف «ويكتفى بالإشارة منه» ط. قوله: (فالأصح الصحة) لأنه يفرق بين المدعي والمدعى عليه، وقيل لا يجوز، لأنه لا يسمع الإقرار فيضيع حقوق الناس، بخلاف الأصم، وهكذا فصل شارح الوهبانية، وينبغي أن الحكم كذلك في المفتي.

فإن قلت: قد يفرق بينهما، بأن المفتي يقرأ صورة الاستفتاء ويكتب جوابه، فلا يحتاج إلى سماع.

قلت: الظاهر من كلامهم عدم الاكتفاء بهذا في القاضي، مع أنه يمكن أن يكتب له جواب الخصمين فكذا في المفتي، ويمكن الفرق بأن القضاء لا بد له من صيغة مخصوصة بعد دعوى صحيحة فيحتاج فيه، بخلاف الإفتاء فإنه إفادة الحكم الشرعي ولو بالإشارة فلا يشترط فيه السماع اه منح ملخصاً.

قلت: لا شك أنه إذا كتب له وأجاب عنه جاز العمل بفتواه، وأما إذا كان منصوباً للفتوى يأتيه عامة الناس ويسألونه من نساء وأعراب وغيرهم، فلا بد أن يكون صحيح السمع، لأنه لا يمكن كل سائل أن يكتب له سؤاله، وقد يحضر إليه الخصمان ويتكلم أحدهما بما يكون فيه الحق عليه لا له والمفتي لم يسمع ذلك منه فيفتيه على ما سمع من بعض كلامه فيضيع حق خصمه، وهذا قد شاهدته كثيراً فلا ينبغي التردد في أنه لا يصلح أن يكون مفتياً عاماً ينتظر القاضي جوابه ليحكم به، فإن ضرر مثل هذا أعظم من نفعه، والله سبحانه أعلم.

مَطْلَبٌ: يُفْتَى بِقَوْلِ الْإِمَامِ عَلَى الْإِطْلَاقِ

قوله: (ويفتي القاضي الخ) في الظهيرية: ولا بأس للقاضي أن يفتي من لم يخاصم إليه ولا يفتي أحد الخصمين فيما خوصم إليه اه بحر. وفي الخلاصة: القاضي هل يفتي؟

وسيتضح (ويأخذ) القاضي كالمفتي (بقول أبي حنيفة على الإطلاق، ثم بقول أبي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول زفر والحسن بن زياد) وهو الأصح. منية وسراجية. وعبرة النهر: ثم يقول الحسن فتنبه. وصحح في الحاوي اعتبار قوة المدرك والأول أضبط. نهر (ولا يخير إلا إذا كان مجتهداً) بل المقلد متى خالف

فيه أقاويل، والصحيح أنه لا بأس به في مجلس القضاء وغيره في الديانات والمعاملات اهـ. ويمكن حمله على من لم يخاصم إليه فيوافق ما في الظهيرية ومن ثم عولنا عليه في هذا المختصر. منح. وقد جمع الشارح بين العبارتين بهذا الحمل. وفي كافي الحاكم: وأكره للقاضي أن يفتي في القضاء للخصوم كراهة أن يعلم خصمه قوله: فيتحرز منه بالباطل اهـ. قوله: (وسيتضح) لعله أراد به مسألة التسوية. تأمل. قوله: (على الإطلاق) أي سواء كان معه أحد أصحابه أو انفرد، لكن سيأتي قبيل الفصل أن الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته. قوله: (وهو الأصح) مقابله ما يأتي عن الحاوي وما في جامع الفصولين من أنه لو معه أحد صاحبيه أخذ بقوله: وإن خالفاه. قيل كذلك، وقيل يخير إلا فيما كان الاختلاف بحسب تغير الزمان كالحكم بظاهر العدالة وفيما أجمع المتأخرون عليه كالمزارعة والمعاملة فيختار قولهما. قوله: (وعبرة النهر الخ) أي لإفادة أن رتبة الحسن بعد زفر، بخلاف عبارة المصنف فإن عطفه بالواو يفيد أنهما في رتبة واحدة، وعبرة المصنف هي المشهورة في الكتب. قوله: (وصحح في الحاوي) أي الحاوي القدسي، وهذا فيما إذا خالف الصحابان الإمام، والمراد بقوة المدرك: قوة الدليل، أطلق عليه المدرك لأنه محل إدراك الحكم لأن الحكم يؤخذ منه. قوله: (والأول أضبط) لأن ما في الحاوي خاص فيمن له اطلاع على الكتاب والسنة وصار له ملكة النظر في الأدلة واستنباط الأحكام منها، وذلك هو المجتهد المطلق أو المقيد، بخلاف الأول فإنه يمكن لمن هو دون ذلك. قوله: (ولا يخير إلا إذا كان مجتهداً) أي لا يجوز له مخالفة الترتيب المذكور إلا إذا كان له ملكة يقتدر بها على الاطلاع على قوة المدرك، وبهذا رجع القول الأول إلى ما في الحاوي من أن العبرة في المفتي المجتهد لقوة المدرك. نعم فيه زيادة تفصيل سكت عنه الحاوي، فقد اتفق القولان على أن الأصح هو أن المجتهد في المذهب من المشايخ الذين هم أصحاب الترجيح، لا يلزمه الأخذ بقول الإمام على الإطلاق، بل عليه النظر في الدليل وترجيح ما رجح عنده دليله، ونحن نتبع ما رجحوه واعتمدوه كما لو أفتوا في حياتهم كما حققه الشارح في أول الكتاب نقلاً عن العلامة قاسم، ويأتي قريباً عن الملتقط أنه إن لم يكن مجتهداً فعليه تقليدهم واتباع رأيهم، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه. وفي فتاوى ابن الشلبي: لا يعدل عن قول الإمام إلا إذا صرح أحد من المشايخ بأن الفتوى على قول غيره، وبهذا سقط ما بحثه في البحر من أن علينا الإفتاء بقول الإمام

معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض هو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره، وقدمناه أول الكتاب، وسيجيء.

وفي القهستاني وغيره: اعلم أن في كل موضع قالوا الرأي فيه للقاضي فالمراد قاض له ملكة الاجتهاد انتهى. وفي الخلاصة: وإنما ينفذ القضاء في المجتهد فيه إذا علم أنه مجتهد فيه، وإلا فلا (وإذا اختلف مفتيان) في جواب حادثة (أخذ بقول أفقهما بعد أن يكون أوردتهما) سراجية. وفي الملتقط: وإذا أشكل عليه أمر ولا رأي له فيه شاور العلماء ونظر أحسن أقاويلهم وقضى بما رآه صواباً لا بغيره، إلا أن يكون غيره أقوى في الفقه ووجوه الاجتهاد فيجوز ترك رأيه برأيه. ثم قال: وإن

وإن أفتى المشايخ بخلافه، وقد اعترضه محشيه الخير الرملي بما معناه: أن المفتي حقيقة هو المجتهد، وأما غيره فنناقل لقول المجتهد، فكيف يجب علينا الإفتاء بقول الإمام وإن أفتى المشايخ بخلافه ونحن إنما نحكي فتواهم لا غير اهـ وتما أبحاث هذه المسألة حررناه في منظومتنا في رسم المفتي وفي شرحها، وقدمنا بعضه في أول الكتاب، والله الهادي إلى الصواب، فافهم. قوله: (معتمد مذهبه) أي الذي اعتمده مشايخ المذهب، سواء وافق قول الإمام أو خالفه كما قررناه آنفاً. قوله: (وسيجيء) أي بعد أسطر عن الملتقط، وكذا في الفصل الآتي عند قوله: «قضى في مجتهد فيه». قوله: (اعلم أن في كل موضع قالوا الرأي فيه للقاضي الخ) أقول: قد عدّ في الأشباه من المسائل التي فوضت لرأي القاضي إحدى عشرة مسألة، زاد محشيه الخير الرملي أربع عشرة مسألة أخرى ذكرها الحموي في حاشيته، ولحفيد المصنف الشيخ محمد ابن الشيخ صالح ابن المصنف رسالة في ذلك سماها [فيض المستفيض في مسائل التفويض] فارجع إليها، ولكن بعض هذه المسائل لا يظهر توقف الرأي فيها على الاجتهاد المصطلح، فليتأمل. وانظر ما نذكره في الفصل الآتي عند قوله: «فيحبسه بما رأى». قوله: (وإنما ينفذ القضاء الخ) هذا في القاضي المجتهد، أما المقلد فعليه العمل بمعتمد مذهبه علم فيه خلافاً أو لا اهـ ط. وسيأتي تمام الكلام على هذه المسألة عند قول المصنف «وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفذ». قوله: (وإذا أشكل الخ) قال في الهندية: وإن لم يقع اجتهاد على شيء وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة كتب إلى فقهاء مصره، فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية، فإن اتفق رأيهم على شيء ورأيه يوافقهم وهو من أهل الرأي والاجتهاد أمضى ذلك برأيه، وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقوال عند من الحق إن كان من أهل الاجتهاد، وإلا أخذ بقول من هو أفقه وأورع عنده اهـ ط. قوله: (وقضى بما رآه صواباً) أي بما حدث له من الرأي والاجتهاد بعد مشاورتهم، فلا ينافي قوله: «ولا رأى له فيه» تأمل. قوله: (إلا أن يكون غيره) أي

لم يكن مجتهداً فعليه تقليدهم واتباع رأيهم، فإذا قضى بخلافه لا ينفذ حكمه .
 (المصر شرط لنفاذ القضاء في ظاهر الرواية، وفي رواية النوادر لا) فينفذ في
 القرى وفي عقار لا في ولايته على الصحيح . خلاصة (وبه يفتى) بزازية (أخذ القضاء
 برشوة)

إلا أن يكون الشخص الذي أفتاه أقوى منه، فيجوز له أن يعدل عن رأي نفسه إلى رأي
 ذلك المفتي، لكن هذا إذا اتهم رأي نفسه . ففي الهندية عن المحيط : وإن شاور القاضي
 رجلاً واحداً كفى، فإن رأى بخلاف رأيه وذلك الرجل أفضل وأفقه عنده لم تذكر هذه
 المسألة هنا . وقال في كتاب الحدود : لو قضى برأي ذلك الرجل أرجو أن يكون في سعة،
 وإن لم يتهم القاضي رأيه لا ينبغي أن يترك رأي نفسه ويقضي برأي غيره اهـ : أي لأن
 المجتهد لا يقلد غيره . قوله : (واتباع رأيهم) أي إن اتفقوا على شيء وإلا أخذ بقول الأفقه
 والأورع عنده كما مر .

قال في الفتح : وعندني أنه لو أخذ بقول الذي لا يميل إليه قلبه جاز، لأن ذلك الميل
 وعدمه سواء، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل، أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ اهـ .

قلت : وهذا كله فيما إذا كان المفتيان مجتهدين واختلفا في الحكم، ومثله يقال في
 المقلدين فيما لم يصرحوا في الكتب بترجيحه واعتماده أو اختلفوا في ترجيحه، وإلا
 فالواجب الآن اتباع ما اتفقوا على ترجيحه أو كان ظاهر الرواية أو قول الإمام أو نحو
 ذلك من مقتضيات الترجيح التي ذكرناها في أول الكتاب وفي منظومتنا وشرحها . قوله :
 (في ظاهر الرواية) في البحر : ولا يشترط المصر على ظاهر الرواية، فالقضاء بالسواد
 صحيح، وبه يفتى، كذا في البزازية اهـ . وبه علم أن كلاً من القولين معزوّ إلى ظاهر
 الرواية، وفيه تأمل . رملي على المنح . قوله : (وفي عقار الخ) في البحر : ولا يشترط أن
 يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين، وأما في عقار لا في
 ولايته فالصحيح الجواز كما في الخلاصة والبزازية، وإياك أن تفهم خلاف ذلك فإنه غلط .
 اهـ .

مَطْلَبٌ فِي الْكَلَامِ عَلَى الرَّشْوَةِ وَالْهَدِيَّةِ

قوله : (أخذ القضاء برشوة) بتثليث الراء . قاموس . وفي المصباح : الرشوة بالكسر :
 ما يعطيه الشخص الحاكم وغيره ليحكم له أو يحمّله على ما يريد . جمعها رشا مثل سدره
 وسدر، والضم لغة، وجمعها : رشا بالضم اهـ . وفيه البرطيل بكسر الباء : الرشوة، وفتح
 الباء عامي .

وفي الفتح : ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطي وهو
 الرشوة على تقليد القضاء والإمارة . الثاني : ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك ولو القضاء

للسلطان أو لقومه وهو عالم بها أو بشفاعته. جامع الفصولين وفتاوى ابن نجيم (أو ارتشى) هو أو أعوانه بعلمه. شرنبلالية (وحكم لا ينفذ حكمه)

بحق لأنه واجب عليه. الثالث: أخذ المال ليسوي أمره عند السلطان دفعا للضرر أو جلباً للنفع وهو حرام على الآخذ فقط، وحيلة حلها: 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 منهما كالإهداء ليعينه على الظلم وحرام على الآخذ فقط، وهو أن يهدي ليكف عنه الظلم، والحيلة أن يستأجره الخ قال: أي في الأقضية: هذا إذا كان فيه شرط، أما إذا كان بلا شرط لكن يعلم يقيناً أنه إنما يهدي 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 أو ماله حلال للدافع حرام على الآخذ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب اهـ ما في الفتح ملخصاً. وفي القنية: الرشوة يجب ردها ولا تملك، وفيها دفع للقاضي أو لغيره سحتاً لإصلاح المهم فأصلح ثم ندم يرد ما دفع إليه اهـ. وتام الكلام عليها في البحر، ويأتي الكلام على الهدية للقاضي والمفتي والعمال. قوله: (للسلطان) صفة لرشوة: أي دفعها القاضي له، وكذا لو دفعها غيره كما في البحر عن البزازية. قوله: (أو ارتشى) المناسب إسقاطه، لأنه يعني عنه قوله: ولو كان عدلاً مع ما فيه من الإيهام كما تعرفه. قوله: (لا ينفذ حكمه) فيه إيهام التسوية بين المسألتين، مع أنه إذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً، كما في الكنز.

قال في البحر: وهو الصحيح ولو قضى لم ينفذ، وبه يفتى اهـ. ومثله في الدرر عن العمادية. وأما إذا ارتشى: أي بعد صحة توليته سواء ارتشى ثم قضى أو قضى ثم ارتشى كما في الفتح، فحكى في العمادية فيه ثلاثة أقوال: قيل إن قضاءه نافذ فيما ارتشى فيه وفي غيره. وقيل لا ينفذ فيه وينفذ فيما سواه، واختاره السرخسي. وقيل 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 بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير مؤثر، وغاية ما وجه أنه إذا ارتشى عامل لنفسه معنى والقضاء عمل لله تعالى اهـ.

قال في النهر تبعاً للبحر: وأنت خبير بأن كون خصوص هذا الفسق غير مؤثر ممنوع، بل يؤثر بملاحظة كونه عملاً لنفسه، وبهذا يترجح ما اختاره السرخسي. وفي الخانية أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى فيه اهـ.

ومنه ما لو جعل لموليه مبلغاً في كل شهر يأخذه منه ويفوّض إليه قضاء ناحية. فتاوى المصنف. لكن في الفتح: من قلد بواسطة الشفعاء كمن قلد احتساباً، ومثله في البزازية بزيادة: وإن لم يحل الطلب بالشفعاء (ولو) كان (عدلاً ففسق بأخذها) أو بغيره وخصها لأنها المعظم (استحق العزل) وجوباً، وقيل ينعزل وعليه الفتوى. ابن الكمال وابن ملك. وفي الخلاصة عن النوادر: لو فسق أو ارتد أو عمي ثم صلح أو أبصر فهو على قضائه، وأما إن قضى في فسقه ونحوه فباطل،

قلت: حكاية الإجماع منقوضة بما اختاره البزدوي، واستحسنه في الفتح وينبغي اعتماده للضرورة في هذا الزمان وإلا بطلت جميع القضايا الواقعة الآن، لأنه لا تخلو قضية عن أخذ القاضي الرشوة المسماة بالمحصول قبل الحكم أو بعده فيلزم تعطيل الأحكام، وقد مر عن صاحب النهر في ترجيح أن الفاسق أهل للقضاء أنه لو اعتبر العدالة لانسد باب القضاء فكذا يقال هنا، وانظر ما سنذكره في أول باب التحكيم. وفي الحامدية عن جواهر الفتاوى: قال شيخنا وإمامنا جمال الدين البزدوي: أنا متحير في هذه المسألة، لا أقدر أن أقول تنفذ أحكامهم لما أرى من التخليط والجهل والجرأة فيهم، ولا أقدر أن أقول لا تنفذ لأن أهل زماننا كذلك، فلو أفتيت بالبطلان أدى إلى إبطال الأحكام جميعاً، يحكم الله بيننا وبين قضاة زماننا، أفسدوا علينا ديننا وشرية نبينا ﷺ، لم يبق منهم إلا الاسم والرسم اه. هذا في قضاة ذلك الزمان، فما بالك في قضاة زماننا، فإنهم زادوا على من قبلهم باعتقادهم حلّ ما يأخذونه من المحصول بزعمهم الفاسد أن السلطان يأذن لهم بذلك، وسمعت من بعضهم أن المولى أبا السعود أفتى بذلك، وأظن أن ذلك افتراء عليه، وانظر ما سنذكره قبيل كتاب الشهادات، ولا حول ولا قوة إلا بالله العليّ العظيم. قوله: (ومنه الخ) أي من قسم أخذ القضاء بالرشوة، وهذا يسمى الآن مقاطعة والتزاماً، بأن يكون على رجل قضاء ناحية فيدفع له آخر شيئاً معلوماً ليقضي فيها ويستقل بجميع ما يحصله من المحصول لنفسه، وذكر في الخيرية في شأنهم نظماً يصرّح بكفرهم. قوله: (لكن في الفتح الخ) استدراك على قوله: «أو شفاعة». قوله: (أو بغيره) كزنا أو شرب خمر. قوله: (لأنها المعظم) أي معظم ما يفسق به القاضي. نهر. قوله: (استحق العزل) هذا ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون، ومعناه أنه يجب على السلطان عزله. ذكره في الفصول، وقيل إذا ولي عدلاً ثم فسق انعزل، لأن عدالته مشروطة معنى، لأن موليه اعتمدها فيزول بزوالها وفيه أنه لا يلزم من اعتبار ولايته لصلاحيته تقييدها به على وجه تزول بزواله. فتح ملخصاً. قوله: (وقيل ينعزل وعليه الفتوى) قال في البحر بعد نقله: وهو غريب والمذهب خلافه. قوله: (ثم صلح) أي بالطاعة أو الإسلام ط. قوله: (فهو على قضائه) مخالف لما في البحر عن البزازية أربع خصال إذا حلت بالقاضي

واعتمده في البحر، وفي الفتح: اتفقوا في الإمارة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة، لكن في أول دعوى الخانية الوالي كالقاضي، فليحفظ (وينبغي أن يكون

انعزل: فوات السمع أو البصر أو العقل أو الدين اهـ. لكن قال بعده، وفي الواقعات الحسامية: الفتوى على أنه لا ينعزل بالردة، فإن المكفر لا ينافي ابتداء القضاء في إحدى الروايتين، ثم قال: وبه علمت أن ما مر على خلاف المفتى به. وفي الولوالجية: إذا ارتد أو فسق ثم صلح فهو على حاله، لأن الارتداد فسق، وبنفس الفسق لا ينعزل، إلا أن ما قضى في حال الردة باطل اهـ.

قلت: وظاهر ما في الولوالجية أن ما قضاه في حال الفسق نافذ وهو الموافق لما مر، إلا أن يراد بالفسق في عبارة الخلاصة: الفسق بالرشوة. تأمل. قوله: (واعتمده في البحر) فيه أن الذي اعتمده في البحر هو قوله: «فصار الحاصل» أنه إذا فسق لا ينعزل وتنفذ قضاياه إلا في مسألة هي ما إذا فسق بالرشوة فإنه لا ينفذ في الحادثة التي أخذ بسببها. قال: وذكر الطرسوسي أن من قال باستحقاقه العزل قال بصحة أحكامه، ومن قال بعزله قال ببطلانها اهـ. قوله: (لكن في أول دعوى الخانية الخ) حيث قال كما في البحر: والوالي إذا فسق فهو بمنزلة القاضي يستحق العزل ولا ينعزل اهـ. وأنت خير بأن هذا لا يخالف ما في الفتح، فافهم.

مَطْلَبُ: أَلْسُلْطَانُ يَصِيرُ سُلْطَانًا بِأَمْرَيْنِ

نعم نقل في البحر عن الخانية أيضاً من الردة أن السلطان يصير سلطاناً بأمرين: بالمبايعة معه من الأشراف والأعيان، وبأن ينفذ حكمه على رعيته خوفاً من قهره، فإن بويع ولم ينفذ فيهم حكمه لعجزه عن قهرهم لا يصير سلطاناً، فإذا صار سلطاناً بالمبايعة فجار إن كان له قهر وغلبة لا ينعزل، لأنه لو انعزل يصير سلطاناً بالقهر والغلبة فلا يفيد، وإن لم يكن له قهر وغلبة ينعزل اهـ. فكان المناسب للإستدراك بهذه العبارة الثانية ليفيد حمل ما في الفتح على ما إذا كان له قهر وغلبة. قوله: (وينبغي أن يكون الخ) ويكون شديداً من غير عنف لينا من غير ضعف، لأن القضاء من أهم أمور المسلمين، فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى، وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك ويولي من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قُلِّدَ إِنْسَانًا عَمَلًا وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ» بحر. ومثله في الزيلعي، فقوله: «وينبغي» بمعنى يطلب: أي المطلوب منه أن تكون صفته هكذا، وقوله: «كان أولى» أي أحق، وهذا لا يدل على أن ذلك مستحب، فإن الحديث يدل على إثم السلطان بتوليته غير الأولى، فافهم.

موثوقاً به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه والاجتهاد شرط الأولوية) لتعذره على أنه يجوز خلوّ الزمن عنه عند الأكثر. نهر. فصح تولية العامي. ابن كمال. ويحكم بفتوى غيره لكن في إيمان البرازية:

مَطْلَبٌ فِي تَفْسِيرِ الصَّلَاحِ وَالصَّالِحِ

قوله: (موثوقاً به) أي مؤتمناً من وثقت به أثق بكسرهما ثقة ووثوقاً: ائتمنته، والعفاف: الكفّ عن المحارم وخوارم المروءة، والمراد بالوثوق بعقله كونه كاملاً، فلا يولي الأخف وهو ناقص العقل، والصالح خلاف الفساد، وفسر الخصاص الصالح بمن كان مستوراً غير مهتوك ولا صاحب ريبة، مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى قليل السوء، ليس بمعاقر للنبذ ولا ينادم عليه الرجال وليس بقذاف للمحصنات، ولا معروفاً بالكذب، فهذا عندنا من أهل الصلاح اه. والمراد بعلم السنة ما ثبت عن رسول الله ﷺ قولاً وفعلاً وتقريراً عند أمر يعاينه وبوجوه الفقه طرقه. بحر ملخصاً. والأثر كما قال السخاوي لغة: البقية، واصطلاحاً: الأحاديث مرفوعة أو موقوفة على المعتمد وإن قصره بعض الفقهاء على الثاني.

مَطْلَبٌ فِي الْأَجْتِهَادِ وَشُرُوطِهِ

قوله: (والاجتهاد شرط الأولوية) هو لغة: بذل المجهود في تحصيل ذي كلفة، وعرفاً: ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي. قال في التلويح: ومعنى بذل الطاقة أن 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 فيما يتعلق بالأحكام، وعالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً، وبالقياس. وهذه الشرائط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الأحكام. وأما المجتهد في حكم دون حكم فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم، مثلاً كالأجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح اه. ومراد المصنف هنا الاجتهاد بالمعنى الأول. نهر. قوله: (لتعذره) أي لأنه متعذر الوجود في كل زمن وفي كل بلد، فكان شرط الأولوية بمعنى أنه إن وجد فهو الأولى بالتولية، فافهم. قوله: (على أنه) متعلق بمحذوف: أي قلنا بالتعذر في كل زمن بناء على أنه الخ. قوله: (عند الأكثر) خلافاً لما قيل إنه لا يخلو عنه زمن، وتمام ذلك في كتب الأصول. قوله: (فصح تولية العامي) الأولى في التفريع أن يقال: فصح تولية المقلد لأنه مقابل المجتهد، ثم إن المقلد يشمل العامي ومن له تأهل في العلم والفهم، وعين ابن الغرس الثاني قال: 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، ونازعه في النهر ورجح أن المراد

المفتي يفتي بالديانة والقاضي يقضي بالظاهر، دل على أن الجاهل لا يمكنه القضاء بالفتوى أيضاً، فلا بد من كون الحاكم في الدماء والفروج عالماً ديناً كالكبريت الأحمر، وأين الكبريت الأحمر وأين العلم (ومثله) فيما ذكر (المفتي) وهو عند الأصوليين المجتهد، أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت وفتواه ليس بفتوى، بل هو نقل كلام كما بسطه ابن الهمام

الجاهل لتعليقهم بقولهم لأن إيصال الحق إلى مستحقه يحصل بالعمل بفتوى غيره. قال في الحواشي اليعقوبية: إذ المحتاج إلى فتوى غيره هو من لا يقدر على أخذ المسائل من كتب الفقه وضبط أقوال الفقهاء اهـ. ونحوه في البحر عن العناية، وكذا رجحه ابن الكمال.

قلت: وفيه للبحث مجال، فإن المفتي عند الأصوليين هو المجتهد كما يأتي، فيصير المعنى أنه لا يشترط في القاضي أن يكون مجتهداً لأنه يكفيه العمل باجتهاد غيره، ولا يلزم من هذا أن يكون عامياً، لكن قد يقال: إن الاجتهاد كما تعذر في القاضي تعذر في المفتي الآن، فإذا احتاج إلى السؤال عمن ينقل الحكم من الكتب يلزم أن يكون غير قادر على ذلك. تأمل. قوله: (المفتي يفتي بالديانة) مثلاً إذا قال رجل: قلت لزوجتي أنت طالق قاصداً بذلك الإخبار كاذباً، فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع، والقاضي يحكم عليه بالوقوع لأنه يحكم بالظاهر؛ فإذا كان القاضي يحكم بالفتوى يلزم بطلان حكمه في مثل ذلك، فدل على أنه لا يمكنه القضاء بالفتوى في كل حادثة، وفيه نظر، فإن القاضي إذا سأل المفتي عن هذه الحادثة لا يفتيه بعدم الوقوع لأنه إنما سأله عما يحكم به، فلا بد أن يبين له حكم القضاء، فعلم أن ما في البرازية لا ينافي قولهم: يحكم بفتوى غيره. قوله: (في الدماء والفروج) أي وفي الأموال، لكن خصهما بالذكر لأنه لا يمكن فيهما الاستباحة بوجه، بخلاف المال، ولقصد التهويل فإن الحاكم الذي مجرى أحكامه في ذلك لا بد أن يكون عالماً ديناً. قوله: (كالكبريت الأحمر) معدن عزيز الوجود، والجار والمجرور متعلق بمحذوف على أنه حال أو خبر لمبتدأ محذوف. قوله: (وأين العلم) عبارة البرازية: وأين الدين والعلم.

مَطْلَبٌ: طَرِيقُ التَّنْقُلِ عَنِ الْمُجْتَهِدِ

قوله: (بل هو نقل كلام) وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذ من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن، ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين. لأنه بمنزلة الخبر المتواتر المشهور، هكذا ذكر الرازي، فعلي هذا لو وجد بعض نسخ النوار في زماننا لا يجمل عزو ما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف، لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول. نعم إذا وجد النقل عن النوار مثلاً في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلاً على ذلك الكتاب. فتح. وأقره في البحر والنهر والمنح.

(ولا يطلب القضاء) بقلبه (ولا يسأله بلسانه) في الخلاصة: طالب الولاية لا يولي إلا إذا تعين عليه القضاء

قلت: يلزم على هذا أن لا يجوز الآن النقل من أكثر الكتب المطولة من الشروح أو الفتاوى المشهورة أسماؤها، لكنها لم تتداولها الأيدي حتى صارت بمنزلة الخبر المتواتر المشهور لكونها لا توجد إلا في بعض المدارس أو عند بعض الناس كالمبسوط والمحيط والبدائع، وفيه نظر، بل الظاهر أنه لا يلزم التواتر بل يكفي غلبة الظن بكون ذلك الكتاب هو المسمى بذلك الاسم بأن وجد العلماء ينقلون عنه، ورأى ما نقلوه عنه موجوداً فيه أو وجد منه أكثر من نسخة، فإنه يغلب على الظن أنه هو، ويدل على ذلك قوله: إما أن يكون له سند فيه: أي فيما ينقله، والسند لا يلزم تواتره ولا شهرته، وأيضاً قدمنا أن القاضي إذا أشكل عليه أمر يكتب فيه إلى فقهاء مصر آخر وأن المشاورة بالكتاب سنة قديمة في الحوادث الشرعية، ولا شك أن احتمال التزوير في هذا الكتاب اليسير أكثر من احتمالته في شرح كبير بخط قديم، ولا سيما إذا رأى عليه خط بعض العلماء، فيتعين الاكتفاء بغلبة الظن، لثلاث يلزم هجر معظم كتب الشريعة من فقه وغيره، لا سيما في مثل زماننا، والله سبحانه أعلم.

قوله: (ولا يطلب القضاء) لما أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ «مَنْ سَأَلَ الْقَضَاءَ وَكُلَّ إِلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَنْزِلُ إِلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»^(١) وأخرج البخاري: قال صلى الله عليه وسلم «يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَمُرَةَ لَا تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ، فَإِنَّكَ إِنْ أُوتِيَتْهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكُلَّتْ إِلَيْهَا، وَإِنْ أُوتِيَتْهَا مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أَعْنَتْ عَلَيْهَا»^(٢) وإذا كان كذلك وجب أن لا يحل له لأنه معلوم وقوع الفساد منه لأنه مخذول.

فتح ملخصاً. قوله: (بقلبه) أراد بهذا أن يفرق بين الطلب والسؤال، فالأول للقلب والثاني للسان كما في المستصفي، وتماه في النهر. قوله: (في الخلاصة الخ) أفاد أنه كما لا يحل الطلب لا تحل التولية كما في النهر، وأن ذلك لا يختص بالقضاء بل كل ولاية ولو خاصة كولاية على وقف أو يتيم فهي كذلك كما في البحر. قوله: (إلا إذا تعين عليه القضاء الخ) استثناء مما في المتن ومما في الخلاصة، أما إذا تعين بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين، ودفعاً لظلم الظالمين ولم أر حكم ما إذا تعين، ولم يول إلا بمال هل يحل بذله؟ وكذا لم أر جواز عزله، وينبغي أن يحل بذله للمال كما حل طلبه، وأن يجرم عزله حيث تعين، وأن لا يصح. بحر. قال في النهر: هذا ظاهر في صحة توليته، وإطلاق المصنف يعني قوله: ولو أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضياً يرده. وأما عدم صحة عزله فممنوع. قال في الفتح: للسلطان أن يعزل القاضي بريئة، وبلا رية ولا ينعزل حتى يبلغه العزل اه. نعم لو قيل لا يحل عزله في هذه الحالة لم يبعد كالوصي العدل اه.

(١) أخرجه أبو داود ٨/٤ (٣٥٧٨) والترمذي ٦١٤/٣ (١٣٢٤) وابن ماجه ٧٧٤/٢ (٢٣٠٩).

(٢) البخاري ١٢٣/١٣ (٧١٤٦) ومسلم ١٤٥٦/٣ (١٦٥٢/١٣).

أو كانت التولية مشروطة له، أو ادعى أن العزل من القاضي الأول بغير جنحة. نهر. قال: واستحب الشافعية والمالكية طلب القضاء لحامل الذكر لنشر العلم (ويختار) المقلد (الأقدر والأولى به، ولا يكون فظاً غليظاً جباراً عنيداً) لأنه خليفة رسول الله ﷺ، وفي إطلاق اسم خليفة الله خلاف تاترخانية (وكره) تحريماً (التقلد) أي أخذ القضاء

قلت: وأيضاً حيث تعين عليه يخرج عن عهدة الوجوب بالسؤال فإذا منعه السلطان أثم بالمنع، لأنه إذا منع الأولى وولى غيره يكون قد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين كما مر في الحديث، وإذا منعه لم يبق واجباً عليه، فبأبي وجه يحمل له دفع الرشوة. وقد قال بعض علمائنا: إن فرضية الحج تسقط بدفع الرشوة إلى الأعراب كما قدمناه في بابه، فهذا أولى كما لا يخفى. وأما صحة عزله فظاهرة لأنه وكيل عن السلطان، وإثمه بعزله لا يلزم منه عدم صحة العزل كالوصي العدل المنصوب من جهة القاضي، وأما المنصوب من جهة الميت، فالمتعمد عدم صحة عزله، لكن الفرق بينه وبين ما نحن فيه أن الوصي خليفة الميت فليس للقاضي عزله، وأما القاضي فهو خليفة عن السلطان وولايته مستمدة منه فله عزله كوصي القاضي، هذا ما ظهر لي. قوله: (أو كانت التولية مشروطة له) ذكره في النهر بحثاً معللاً بأنه حيثنذ يطلب تنفيذ شرط الواقف اهـ.

قلت: وهذا في الحقيقة ليس طالباً من القاضي أن يوليه، لأنه متول بالشرط، بل يريد إثبات ذلك في وجه من يعارضه، ومثله وصي الميت إذا أراد إثبات وصايته، وبهذا سقط قوله في البحر: إن ظاهر كلامهم أنه لا تطلب التولية على الوقف ولو كانت بشرط الواقف له لإطلاقهم اهـ. قوله: (أو ادعى الخ) أي فإن له طلب العود من القاضي الجديد وحين ذلك يقول له القاضي اثبت إنك أهل للولاية ثم يوليه نص عليه الخصاص. نهر. قوله: (لحامل الذكر) هو بالخاء المعجمة غير المشهور. قوله: (ويختار المقلد) بصيغة اسم الفاعل، وقدما قبيل قوله: «وشرط أهليتها» عن الفتح من له ولاية التقليد، والظاهر أن هذا الاختيار واجب لثلاثي يكون خائناً لله ورسوله وعامة المؤمنين كما مر في الحديث. قوله: (ولا يكون فظاً الخ) اللفظ: هو الجاني سيء الخلق، والغليظ: قاسي القلب، والجبار: من جبره على الأمر، بمعنى أجبره: أي لا يجبر غيره على ما لا يريد، والعنيد: المعاند المجانب للحق المعادي لأهله. بحر عن مسكين. قوله: (لأنه خليفة رسول الله ﷺ) أي في إمضاء الأحكام الشرعية. قوله: (أي أخذ القضاء) هذا يناسب كون العبارة التقلد. قال في البحر: وهما نسختان: أي في الكنز التقليد: أي النصب من السلطان، والتقلد: أي قبول تقلد القضاء وهي الأولى اهـ. وهي التي شرح عليها المصنف وقال أيضاً إنها أولى.

(لمن خاف الحيف) أي الظلم (أو العجز) يكفي أحدهما في الكراهة. ابن كمال (وإن تعين له أو أمنه لا) يكره. فتح. ثم إن انحصر فرض عيناً وإلا كفاية. بحر (والتقلد رخصة) أي مباح (والترك عزيمة عند العامة) بزازية. فالأولى عدمه

قلت: ويمكن إرجاع الأولى إلى الثانية بتقدير مضاف: أي قبول التقليد، وهو معنى قول الشارح «أي أخذ القضاء». قوله: (لمن خاف الحيف) فلو كان غالب ظنه أنه يجوز في الحكم ينبغي أن يكون حراماً. بحر. قوله: (أو العجز) يَحْتَمِلُ أَنْ يَرَادَ بِهِ الْعَجْزُ عَنْ سَمَاعِ دَعَاوَى كُلِّ الْخُصُومِ بِأَنْ قَدَرَ عَلَى الْبَعْضِ فَقَطْ، وَأَنْ يَرَادَ الْعَجْزُ عَنِ الْقِيَامِ بِوَاجِبَاتِهِ مِنْ إِظْهَارِ الْحَقِّ وَعَدَمِ أَخْذِهِ الرِّشْوَةَ، فَعَلَى الْأَوَّلِ هُوَ مَبَايِنٌ، وَعَلَى الثَّانِي أَعْمٌ. تأمل. قوله: (ابن كمال) أي نقلاً عن القدوري. قوله: (وإن تعين له) أي مع خوف الحيف. قال في الفتح: ومحل الكراهة ما إذا لم يتعين عليه، فإن انحصر صار فرض عين عليه، وعليه ضبط نفسه، إلا إذا كان السلطان يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرع لذلك اهـ.

مَطْلَبٌ: لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ

وهذا صريح في أن للسلطان أن يقضي بين الخصمين، وقدمنا التصريح به عن ابن الغرس عند قوله: وحاكم. قال الرملي: وفي الخلاصة وفي النوازل: أنه لا ينفذ. وفي أدب القاضي للخفاف: ينفذ وهو الأصح. وقال القاضي الإمام: ينفذ، وهذا أصح، وبه يفتى اهـ.

تنبیه: لو تعين عليه هل يجبر على القبول لو امتنع؟ قال في البحر: لم أره، والظاهر نعم، وكذا جواز جبر واحد من المتأهلين اهـ. لكن صرح في الاختيار بأن من تعين له يفترض عليه ولو امتنع لا يجبر عليه. قوله: (والتقلد) أي الدخول فيه عند الأمن وعدم التعين.

مَطْلَبٌ: مَا كَانَ فَرَضَ كَفَايَةٍ يَكُونُ أَدْنَى فَعْلِهِ النَّدْبُ

قوله: (والترك عزيمة الخ) هو الصحيح كما في النهر عن النهاية، وبه جزم في الفتح معللاً بأن الغالب خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال، فيظهر منه خلافه؛ وقيل إن الدخول فيه عزيمة والامتناع رخصة، فالأولى الدخول فيه. قال في الكفالة: فإن قيل: إذا كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوباً لما أن أدنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنائز ونحوها. قلنا: نعم كذلك، إلا أن فيه خطراً عظيماً وأمرأً خَوْفًا لَا يَسْلَمُ فِي بَحْرِهِ كُلِّ سَابِحٍ، وَلَا يَنْجُو مِنْهُ كُلُّ طَامِحٍ، إِلَّا مِنْ عَصَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى وَهُوَ عَزِيزٌ وَجُودٌ.

مَطْلَبٌ: أَبُو حَنِيفَةَ دُعِيَ إِلَى الْقَضَاءِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ فَأَبَى

ألا ترى أن أبا حنيفة دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى، حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً، فلما كان في المرة الثالثة قال: حتى أستشير أصحابي، فاستشار أبا يوسف

(ويحرم على غير الأهل الدخول فيه قطعاً) من غير تردد في الحرمة، ففيه الأحكام الخمسة (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل وال جائر) ولو كافراً. ذكره مسكين

فقال: لو تقلدت لنفعت الناس، فنظر إليه أبو حنيفة رحمه الله تعالى نظر المغضب وقال: أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت أقدر عليه؟ وكأني بك قاضياً. وكذا دعي حمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس واضطر فتقلد اه. قوله: (ويحرم على غير الأهل) الظاهر أنه ليس المراد بالأهل هنا ما مر في قوله: «وأهله أهل الشهادة» لأن المراد به من تصح توليته ولو فاسقاً أو جائراً أو جاهلاً مع قطع النظر عن حله أو حرمة، بل المراد به هنا ما مر في قوله: «وينبغي أن يكون موثقاً به في عفافه وعقله الخ» ويحتمل أن يراد به الجاهل. تأمل. وفي الفتح: وأخرج أبو داود عن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «القُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: اثْنَانِ فِي النَّارِ وَوَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ: رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ فَهُوَ فِي الْجَنَّةِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَلَمْ يَقْضِ وَجَارَ فِي الْحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ لَمْ يَعْرِفِ الْحَقَّ فَقَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلِ فَهُوَ فِي النَّارِ»^(١). قوله: (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل وال جائر) أي الظالم، وهذا ظاهر في اختصاص تولية القضاء بالسلطان ونحوه كالخليفة، حتى لو اجتمع أهل بلدة على تولية واحد القضاء لم يصح، بخلاف ما لو ولوا سلطاناً بعد موت سلطانهم كما في البزازية. نهر. وتماه فيه.

قلت: وهذا حيث لا ضرورة، وإلا فلهم تولية القاضي أيضاً كما يأتي بعده. قوله: (ولو كافراً) في التاترخانية: الإسلام ليس بشرط فيه: أي في السلطان الذي يقلد، وبلاد الإسلام التي في أيدي الكفرة لا شك أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب، لأنهم لم يظهروا فيها حكم الكفر والقضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، ولو كان عن غير ضرورة منهم ففساق، وكل مصر فيه وإل من جهتهم تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد، وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الأيامي لاستيلاء المسلم عليه، وأما إطاعة الكفر فذاك مخداعة. وأما بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد، ويصير القاضي قاضياً بتراضي المسلمين، فيجب عليهم أن يلتمسوا والياً مسلماً منهم اه. وعزاه مسكين في شرحه إلى الأصل، ونحوه في جامع الفصولين.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ تَوَلِيَةِ الْقَضَاءِ فِي بِلَادٍ تَغْلَبُ عَلَيْهَا الْكُفَّارُ

وفي الفتح: وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقرطبة الآن، يجب على المسلمين أن يتفقوا على واحد منهم يجعلونه والياً فيولي قاضياً، ويكون هو الذي يقضي بينهم، وكذا ينصبوا إماماً يصلي بهم

(١) أخرجه أبو داود ٥/٤ (٣٥٧٣) والترمذي ٦١٣/٣ (١٣٢٢) والنسائي وابن ماجه ٧٧٦/٢ (٢٣١٥) والحاكم

وغيره. إلا إذا كان يمنعه عن القضاء بالحق فيحرم، ولو فقد وال لغلبة كفار وجب على المسلمين تعيين وال وإمام للجمعة. فتح (ومن) سلطان الخوارج و (أهل البغي) وإذا صحت التولية صح العزم، وإذا رفع قضاء الباغي إلى قاضي العدل نفذه. وقيل لا، وبه جزم الناصحي (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) يعني السجلات

الجمعة اه. وهذا هو الذي تطمئن النفس إليه فليعتمد. نهر. والإشارة بقوله: «وهذا» إلى ما أفاده كلام الفتح من عدم صحة تقلد القضاء من كافر على خلاف ما مر عن التاترخانية، ولكن إذا ولى الكافر عليهم قاضياً ورضيه المسلمون صحت توليته بلا شبهة. تأمل. ثم إن الظاهر أن البلاد التي ليست تحت حكم سلطان، بل لهم أمير منهم مستقل بالحكم عليهم بالتغلب أو باتفاقهم عليه يكون ذلك الأمير في حكم السلطان فيصح منه تولية القاضي عليهم. قوله: (ومن سلطان الخوارج وأهل البغي) تقدم الفرق بينهما في باب البغاة. قوله: (صح العزل) فإذا ولى سلطان البغاة باغياً وعزل العدل ثم ظهرنا عليهم احتاج قاضي أهل العدل إلى تجديد التولية. نهر. قوله: (نفذه) أي حيث كان موافقاً أو مختلفاً فيه كما في سائر القضاة، وهو مصرح به في فصول العمادي، ويدل بمفهومه على أن القاضي لو كان من البغاة فإن قضايه تنفذ كسائر فساق أهل العدل، لأن الفاسق يصلح قاضياً في الأصح، وذكر في الفصول ثلاثة أقوال فيه: الأول ما ذكرنا وهو المعتمد. الثاني عدم النفاذ، فإذا رفع إلى العادل لا يمضيه. الثالث حكمه حكم المحكم بمضيه لو وافق رأيه وإلا أبطله اه بحر. قوله: (وبه جزم الناصحي) لكن قد علمت ما هو المعتمد.

مَطْلَبٌ فِي الْعَمَلِ بِالسُّجَلَاتِ وَكُتُبِ الْأَوْقَافِ الْقَدِيمَةِ

قوله: (فإذا تقلد طلب ديوان قاض قبله) في القاموس: الديوان ويفتح: مجتمع الصحف، والكتاب يكتب فيه أهل الجيش وأهل العطية، وأول من وضعه عمر رضي الله تعالى عنه، جمعه دواوين ودياوين اه. فقوله مجتمع الصحف بمعنى قول الكنز: وهو الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرها. والخرائط جمع خريطة شبه الكيس، وقول الشارح «يعني السجلات» تفسير بالمعنى الثاني، وقول البحر تبعاً لسكين إن ما في الكنز مجاز لأن الديوان نفس السجلات والمحاضر لا الكيس فيه نظر، فافهم. والسجل لغة: كتاب القاضي، والمحاضر جمع محضر. وفي الدرر: أن المحضر ما كتب فيه ما جرى بين الخصمين من إقرار أو إنكار والحكم بيينة أو نكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل. والصك: ما كتب فيه البيع والرهن والإقرار وغيرها، والحجة والوثيقة يتناولان الثلاثة اه. والعرف الآن ما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خطه، والحجة ما عليه علامة القاضي أعلاه وخط الشاهدين أسفله وأعطى للخصم بحر ملخصاً. وإنما

(ونظر في حال المحبوسين) في سجن القاضي، وأما المحبوسون في سجن الوالي فعلى الإمام النظر في أحوالهم، فمن لزمه أدب أدبه وإلا أطلقه، ولا يبيت أحداً في قيد

يطلبه لأن الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يده من له ولاية القضاء، وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان، ثم إن كانت الأوراق من بيت المال فلا إشكال في وجوب تسليمها إلى الجديد، وكذا لو من مال الخصوم أو من مال القاضي في الصحيح لأنهم وضعوها في يد القاضي لعمله، وكذا القاضي يحمل على أنه عمل ذلك تديناً لا تمولاً. وتمامه في الزيلي.

تنبيه: مفاد قول الزيلي: ليكون حجة عند الحاجة، ومثله في الفتح: أنه يجوز للجديد الاعتماد على سجل المعزول مع أنه يأتي أنه لا يعمل بقول المعزول. وفي الأشباه: لا يعتمد على الخط ولا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوط القضاة الماضين. لكن قال البيري: المراد من قوله لا يعتمد: أي لا يقضي القاضي بذلك عند المنازعة، لأن الخط مما يزور ويفتعل كما في مختصر الظهيرية، وليس منه ما في الأجناس بنص، وما وجده القاضي بأيدي القضاة الذين كانوا قبله لها رسوم في دواوين القضاة أجريت على الرسوم الموجودة في دواوينهم، وإن كان الشهود الذين شهدوا عليها قد ماتوا. قال الشيخ أبو العباس: يجوز الرجوع في الحكم إلى دواوين من كان قبله من الأمناء اه: أي لأن سجل القاضي لا يزور عادة، حيث كان محفوظاً عند الأمناء، بخلاف ما كان بيد الخصم. وقدمنا في الوقف عن الخيرية أنه إن كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في أيديهم اتبع ما فيه استحساناً إذا تنازع أهله فيه، وصرح أيضاً في الإسعاف وغيره بأن العمل بما في دواوين القضاة استحساناً، والظاهر أن وجه الاستحسان ضرورة إحياء الأوقاف ونحوها عند تقادم الزمان، بخلاف السجل الجديد لإمكان الوقوف على حقيقة ما فيه بإقرار الخصم أو البيئة، فلذا لا يعتمد عليه. وعلى هذا فقول الزيلي: ليكون حجة عند الحاجة معناه: عند تقادم الزمان، وبهذا يتأيد ما قاله المحقق هبة الله البعلي في شرحه على الأشباه بعد ما مر عن البيري من أن هذا صريح في جواز العمل بالحجة، وإن مات شهودها حيث كان مضمونها ثابتاً في السجل المحفوظ اه. لكن لا بد من تقييده بتقادم العهد كما قلنا توفيقاً بين كلامهم، ويأتي تمام الكلام على الخط في باب كتاب القاضي، وانظر ما كتبناه في دعوى تنقيح الفتاوى الحامدية. قوله: (ونظر في حال المحبوسين الخ) بأن يعث إلى السجن من يعدهم بأسمائهم ثم يسأل عن سبب حبسهم، ولا بد أن يثبت عنده سبب وجوب حبسهم، وثبوته عند الأول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبسهم، لأن قوله لم يبق حجة، كذا في الفتح. نهر. قوله: (وإلا أطلقه) أي إن لم يكن له قضية، وعبارة النهر عن كتاب الخراج لأبي يوسف: فمن كان منهم من أهل الدعارة والتلصص

إلا رجلاً مطلوباً بدم، ونفقة من ليس له مال في بيت المال. بحر (فمن أقرّ) منهم (بحق أو قامت عليه بينة ألزمه) الحبس. ذكره مسكين. وقيل الحق (وإلا نادى عليه) بقدر ما يرى ثم أطلقه بكفيل بنفسه، فإن أبى نادى عليه شهراً ثم أطلقه (وعمل في الودائع وغلات الوقف ببينة أو إقرار) ذي اليد (ولم يعمل) المولى (بقول المعزول) لالتحاقه بالرعايا وشهادة الفرد لا تقبل خصوصاً بفعل نفسه. درر. ومفاده ردها ولو مع آخر. نهر.

قلت: لكن أفتى قارىء الهداية بقبولها، وتبعه ابن نجيم، فتنبه (إلا أن يقرّ

والجنايات ولزمه أدب أدبه، ومن لم يكن له قضية خلي سبيله. قوله: (أو قامت عليه بينة) أعم من أن تشهد بأصل الحق أو بحكم القاضي عليه. بحر. قوله: (ألزمه الحبس) أي أدام حبسه. بحر. قوله: (وقبيل الحق) قائله في الفتح حيث قال: من اعترف بحق ألزمه إياه ورده إلى السجن، واعترضه في البحر بأنه لو اعترف بأنه أقرّ عند المعزول بالزنا لا يعتبر لأنه بطل، بل يستقبل الأمر فإن أقرّ أربعاً في أربعة مجالس حده اه. وفي أن المتبادر من الحق حق العبد. قوله: (وإلا) أي وإن لم يقر بشيء ولم تقم عليه بينة بل ادعى أنه حبس ظلماً. نهر. قوله: (نادى عليه) ويقول المنادي: من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني بحق فليحضر. زيلعي. قوله: (فإن أبى) عن إعطاء الكفيل وقال: لا كفيل لي. بحر. قوله: (نادى عليه شهراً) أي يستأنفه بعد مدة المناذاة الأولى. قوله: (في الودائع) أي ودائع اليتامى. نهر. قوله: (ببينة) أي يقيمها الوصي مثلاً على من هي تحت يده أنها ليتيم فلان أو ناظر الوقف أن هذه الغلة لوقف فلان، وكأنه 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 ذلك تحت يد أمين عمل القاضي بما ذكر. نهر. قوله: (المولى) بتشديد اللام المفتوحة: أي القاضي الجديد. قوله: (درر) ومثله في الهداية وغيرها. قوله: (ومفاده) أي مفاد قوله: «خصوصاً بفعل نفسه» وأصل البحث لصاحب البحر، وقد رأيت صريحاً في كافي الحاكم ونصه: وإذا عزل عن القضاء ثم قال كنت قضيت لهذا على هذا بكذا وكذا لم يقبل قوله فيه، وإن شهد مع آخر لم تقبل شهادته حتى يشهد شاهدان سواه اه. ومثله في القهستاني عن المبسوط. قوله: (وتبعه ابن نجيم) أي في فتاواه، وأما ما ذكره في بحره فقد علمت موافقته لما في النهر، وعبارة فتاواه التي رتبها له تليّمه المصنف هكذا: سئل عن الحاكم إذا أخبر حاكماً آخر بقضية هل يكتفي بإخباره، ويسوغ له الحكم بذلك أم لا بد من شاهد آخر معه؟ أجاب: لا يكتفي بإخباره ولا بد من شاهد آخر معه. قال المرتب لهذه الفتاوى: وقد تبع شيخنا في ذلك ما أفتى به الشيخ سراج الدين قارىء الهداية، ولا شك أن هذا قول محمد، وأن الشيخين قالوا بقبول إخباره

ذو اليد أنه) أي المعزول (سلمها) أي الودائع والغلات (إليه فيقبل قوله فيهما) أنها لزيد، إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار للغير ثم أقر بتسليم القاضي إليه فأقر القاضي بأنها لآخر فيسلم للمقر له الأول ويضمن المقر قيمته أو مثله للقاضي بإقراره الثاني يسلمه لمن أقر له القاضي (ويقضي في المسجد) ويختار مسجداً في وسط البلد تيسيراً

عن إقراره بشيء مطلقاً إذا كان لا يصح رجوعه عنه، ووافقهما محمد ثم رجع عنه وقال: لا يقبل إلا بضم رجل آخر عدل إليه، وهو المراد بقول من روى عنه أنه لا يقبل مطلقاً، ثم صح رجوعه قولهما كما في البحر، ثم قال: وأما إذا أخبر القاضي بإقراره عن شيء يصح رجوعه كالحمد لم يقبل قوله بالإجماع، وإن أخبر عن ثبوت الحق بالبينة فقال قامت بذلك بينة وعدلوا وقبلت شهادتهم على ذلك يقبل في الوجهين جميعاً، انتهى كلامه. انتهى ما في الفتاوى.

أقول: وحاصله أن القاضي لو أخبر عن إقرار رجل بما لا يصح رجوعه عنه كبيع أو قرض مثلاً يقبل عندهما مطلقاً، ووافقهما محمد أولاً ثم رجع وقال: لا يقبل ما لم يشهد معه آخر، ثم صح رجوعه إلى قولهما بالقبول مطلقاً كما لو أخبر عن حكمه بثبوت حق بالبينة، فعلى هذا لم يبق خلاف في قبول قول القاضي، ولا يخفى أن كلامنا في المعزول وهذا في المولى كما يعلم من شرح أدب القضاء وكذا مما سيأتي قبيل كتاب الشهادات عند قوله: «ولو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم الخ» وبه يشعر أصل السؤال حيث عبر بالحاكم وعبارة قارىء الهداية كذلك، وبه علم أن الاستدراك على ما في النهر في غير محله. قوله: (فيقبل قوله) أي قول المعزول، وشمل ثلاث صور: ما إذا قال ذو اليد بعد إقراره بتسليم القاضي المعزول إليه إنها لزيد الذي أقر له المعزول، أو قال إنها لغيره، أو قال لا أدري. لأنه في هذه الثلاث ثبت بإقراره أنه مودع المعزول، ويد المودع كيده فصار كأنه في يد المعزول فيقبل إقراره به كما في الزيلعي، بخلاف ما إذا أنكر ذو اليد التسليم فإنه لا يقبل قول المعزول كما في البحر. قوله: (فيسلم للمقر له الأول) لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو في يده، فلما قال دفعه إلى القاضي فقد أقر أن اليد كانت للقاضي، والقاضي يقر به لآخر فيصير هو بإقراره متلفاً لذلك على من أقر له القاضي. فتح. ثم قال: فرع يناسب هذا: لو شهد شاهدان أن القاضي قضى لفلان على فلان بكذا قال القاضي لم أقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي. وعند محمد: تقبل وينفذ ذلك اه. وقدمنا عن البحر أنه في جامع الفصولين رجح قول محمد لفساد الزمان. قوله: (ويقضي في المسجد) وبه قال أحمد ومالك في الصحيح عنه خلافاً للشافعي له أن القضاء بحضرة المشرك وهو نجس بالنص، وقد طال في الفتح في الاستدلال للمذهب ثم قال: وأما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى التشبيه،

للناس ويستدبر القبلة كخطيب ومدرس . خانية . وأجرة المحضر على المدعي هو الأصح . بحر عن البزازية . وفي الخانية : على المتمرد وهو الصحيح ، وكذا السلطان والمفتي والفقهاء (أو) في (داره) ويأذن عموماً (ويرد هدية) التنكير للتقليل . ابن

والحائض يخرج إليها أو يرسل نائبه كما لو كانت الدعوى في دابة ، وتما الفروع فيه وفي البحر . قوله : (ويستدبر) أي ندباً كما في الذي قبله ط .

مَطْلَبٌ فِي أُجْرَةِ الْمُحْضِرِ

قوله : (وأجرة المحضر الخ) بضم أوله وكسر ثالثه : هو من يحضر الخصم ، وعبرة البحر هكذا . وفي البزازية : ويستعين بأعوان الوالي على الإحضار وأجرة الأشخاص في بيت المال ، وقيل على المتمرد في المصر من نصف درهم إلى درهم ، وفي خارجه لكل فرسخ ثلاثة دراهم أو أربعة ، وأجرة الموكل على المدعي وهو الأصح . وفي الذخيرة : أنه المشخص وهو المأمور بملازمة المدعى عليه اهـ . والإشخاص بالكسر بمعنى الإحضار ، فقد فرق بين المحضر وبين الملازم ، وهذا غير ما نقله الشارح ، فتأمل . وفي منية المفتي : مؤنة المشخص قيل في بيت المال ، وفي الأصح على المتمرد اهـ . وهذا ما في الخانية .

والحاصل : أن الصحيح أن أجرة المشخص بمعنى الملازم على المدعي ، وبمعنى الرسول المحضر على المدعى عليه لو تمرد بمعنى امتنع عن الحضور ، وإلا فعلى المدعي . هذا خلاصة ما في شرح الوهبانية . قوله : (أو في داره) لأن العبادة لا تتقيد بمكان ، والأولى أن تكون الدار في وسط البلد كالمسجد . نهر .

مَطْلَبٌ فِي هَدِيَّةِ الْقَاضِي

قوله : (ويرد هدية) الأصل في ذلك ما في البخاري ، عن أبي حميد الساعدي قال : «استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزد يقال له ابن اللتبية 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؟» قال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية واليوم رشوة . ذكره البخاري . واستعمل عمر أبا هريرة فقدم بمال ، فقال له من أين لك هذا ، قال تلاحقت الهدايا ، فقال له عمر : أي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنتظر أيهدى لك أم لا؟ فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال . وتعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية . فتح . قال في البحر : وذكر الهدية ليس احترازياً ، إذ يحرم عليه الاستقراض والاستعارة ممن يحرم عليه قبول هديته كما في الخانية اهـ .

قلت : ومقتضاه أنه يحرم عليه سائر التبرعات ، فتحرم المحاباة أيضاً ولذا قالوا له : أخذ أجرة كتابة الصك بقدر أجر المثل ، فإن مفاده أنه لا يحل له أخذ الزيادة لأنها محاباة ،

كمال. وهي ما يعطى بلا شرط إعانة، بخلاف الرشوة. ابن مالك. ولو تأذى المهدي بالرد يعطيه مثل قيمتها. خلاصة. ولو تعذر الرد لعدم معرفته أو بعد مكانه وضعها في بيت المال، ومن خصوصياته عليه الصلاة والسلام أن هداياه له. تاترخانية. مفاده أنه ليس للإمام قبول الهدية وإلا لم تكن خصوصية، وفيها يجوز

وعلى هذا فما يفعله بعضهم من شراء الهدية بشيء يسير أو بيع الصك بشيء كثير لا يجل، وكذا ما يفعله بعضهم حين أخذ المحصول من أنه يبيع به الدافع دواة أو سكيناً أو نحو ذلك لا يجل، لأنه إذا حرم الاستقراض والاستعارة فهذا أولى. قوله: (وهي الخ) عزاه في الفتح إلى شرح الأقطع. قوله: (وضعها في بيت المال) أي إلى أن يحضر صاحبها فتدفع له بمنزلة اللقطة كما في الفتح. قوله: (وفيها الخ) أي في التاترخانية، وهذا مخالف لما ذكره أولاً فيها في حق الإمام، ويؤيد الأول ما مر عن الفتح من أن تعليل النبي ﷺ دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية، وكذا قوله: وكل من عمل للمسلمين عملاً حكمه في الهدية حكم القاضي اهـ.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْهَدِيَّةِ لِلْمُفْتِي

واعترضه في البحر بما ذكره الشارح عن التاترخانية وبما في الخانية من أنه يجوز للإمام والمفتي قبول الهدية وإجابة الدعوة الخاصة، ثم قال: إلا أن يراد بالإمام إمام الجامع: أي وأما الإمام بمعنى الوالي فلا تحمل الهدية فلا منافاة، وهذا هو المناسب للأدلة ولأنه رأس العمال. قال في النهر: والظاهر أن المراد بالعمل ولاية ناشئة عن الإمام أو نائبه كالساعي والعاشر اهـ.

قلت: ومثلهم مشايخ القرى والحرف وغيرهم ممن لهم قهر وتسلط على من دونهم، فإنه يهدى إليهم خوفاً من شرهم أو ليروج عندهم، وظاهر قوله: «ناشئة عن الإمام الخ» دخول المفتي إذا كان منصوباً من طرف الإمام أو نائبه، لكنه مخالف لإطلاقهم جواز قبول الهدية له، وإلا لزم كون إمام الجامع والمدرس المنصوبين من طرف الإمام كذلك، إلا أن يفرق بأن المفتي يطلب منه المهدي المساعدة على دعواه ونصره على خصمه فيكون بمنزلة القاضي، لكن يلزم من هذا الفرق أن المفتي لو لم يكن منصوباً من الإمام يكون كذلك فيخالف ما صرحوا به من جوازها للمفتي، فإن الفرق بينه وبين القاضي واضح، فإن القاضي ملزم وخليفة عن رسول الله ﷺ في تنفيذ الأحكام، فأخذه الهدية يكون رشوة على الحكم الذي يؤمله المهدي ويلزم منه بطلان حكمه، والمفتي ليس كذلك، وقد يقال: إن مرادهم بجوازها للمفتي إذا كانت لعلمه لا لإعانتته للمهدي بدليل التعليل الذي نقله الشارح، فإذا كانت لإعانتته صدق عليها حد الرشوة، لكن المذكور في حدها شرط الإعانة. وقد منّا عن الفتح عن الأقضية أنه لو أهداه ليعينه عند السلطان بلا شرط لكن

للإمام والمفتي والواعظ قبول الهدية لأنه إنما يهدي إلى العالم لعلمه، بخلاف القاضي (إلا من) أربع: السلطان والباشا. أشباه وبحر. و (قريبه) المحرم (أو ممن جرت عادته بذلك)

يعلم يقيناً أنه إنما يهدي ليعينه فمشايخنا على أنه لا بأس به الخ. وهذا يشمل ما إذا كان من العمال أو غيرهم.

وعن هذا قال في جامع الفصولين: القاضي لا يقبل الهدية من رجل لو لم يكن قاضياً لا يهدى إليه ويكون ذلك بمنزلة الشرط، ثم قال أقول: يحالفه ما ذكر في الأفضية الخ.

قلت: والظاهر عدم المخالفة، لأن القاضي منصوص على أنه لا يقبل الهدية على التفصيل الآتي، فما في الأفضية مفروض في غيره، فيحتمل أن يكون المفتي مثله في ذلك ويحتمل أن لا يكون، والله سبحانه أعلم بحقيقة الحال. ولا شك أن عدم القبول هو المقبول. ورأيت في حاشية شرح المنهج للعلامة محمد الداودي الشافعي ما نصه: قال ع ش: ومن العمال مشايخ الأسواق والبلدان ومباشرو الأوقاف، وكل من يتعاطى أمراً يتعلق بالمسلمين انتهى. قال م ر في شرحه: ولا يلحق بالقاضي فيما ذكر المفتي والواعظ ومعلم القرآن والعلم، لأنهم ليس لهم أهلية الإلزام، والأولى في حقهم إن كانت الهدية لأجل ما يحصل منهم من الإفتاء والوعظ والتعليم عدم القبول ليكون علمهم خالصاً لله تعالى، وإن أهدى إليهم تحبباً وتودداً لعلمهم وصلاحتهم فالأولى القبول. وأما إذا أخذ المفتي الهدية ليرخص في الفتوى: فإن كان بوجه باطل فهو رجل فاجر يبطل أحكام الله تعالى ويشترى بها ثمناً قليلاً، وإن كان بوجه صحيح فهو مكروه كراهة شديدة انتهى هذا كلامه وقواعدنا لا تأباه، ولا حول ولا قوة إلا بالله. وأما إذا أخذ ليرخص له بل لبيان الحكم الشرعي، فهذا ما ذكره أولاً، وهذا إذا لم يكن بطريق الأجرة بل مجرد هدية، لأن أخذ الأجرة على بيان الحكم الشرعي لا يحل عندنا، وإنما يحل على الكتابة لأنها غير واجبة عليه، والله سبحانه أعلم. قوله: (السلطان والباشا) عزاه في الأشباه إلى تهذيب القلانسي. قال الحموي: وفيه فصول، إذ لا يشمل القاضي الذي يتولى منه، وهو قاضي العسكر لقضاة الأقطار. وعبرة القلانسي: ولا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم أو والٍ يتولى الأمر منه أو والٍ مقدم الولاية على القضاء، ومعناه أنه يقبل الهدية من الوالي الذي تولى القضاء منه وكذا من والٍ مقدم عليه في الرتبة، فإنه يشمل القاضي الذي تولى منه والباشا، ووجهه أن منع قبولها إنما هو للخوف من مراعاته لأجلها، وهو إن راعى الملك ونائبه لم يراعه لأجلها. قوله: (المحرم) هذا القيد لا بد منه ليخرج ابن العم. نهر. قوله: (أو ممن جرت عادته بذلك) قال في الأشباه: ولم أر بماذا تثبت العادة ونقل الحموي عن

بقدر عاداته ولا خصومة لهما. درر (و) يرد إجابة (دعوة خاصة وهي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي) ولو من محرم ومعتاد. وقيل هي كالهدية. وفي السراج وشرح المجمع: ولا يجيب دعوة خصم وغير معتاد ولو عامة للتمهنة

بعضهم: إنها تثبت بمرة، ثم إن ظاهر العطف أن قبولها من القريب غير مقيد بجري العادة منه، وهو ظاهر إطلاق القدوري والهداية. وفي النهاية عن شيخ الإسلام أنه قيد فيه أيضاً، وتماه في النهر. قوله: (بقدر عاداته) فلو 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. فتح. قال في الأشباه: وظاهر كلامه أنه زاد في القدر، فلو في المعنى كأن كانت عاداته إهداء ثوب كتان فأهدى ثوباً حريراً لم أره لأصحابنا، وينبغي وجوب رد الكل لا بقدر ما زاد في قيمته لعدم تمييزها، ونظر فيه في حواشي الأشباه.

تنبيه في الفتح: ويجب أن تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقراضه فللمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة اهـ.

قال في البحر: وهو سهو، والمنقول كما قدمناه آخر الحوالة أنه يحل حيث لم يكن مشروطاً مطلقاً اهـ. وأجاب المقدسي بأن كلام المحقق في الفتح مبني على مقتضى الدليل. قوله: (ولا خصومة لهما) فإن قبلها بعد انقطاع الخصومة جاز. ابن ملك. وذكره في النهر بحثاً. وفي ط عن الحموي: إلا أن يكون ممن لا تتناهى خصوماته كنظار الأوقاف ومباشرها اهـ.

قال في البحر: والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقاً؛ ومن لا خصومة له: فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد، وإلا فلا اهـ: أي سواء كان محرماً أو غيره على ما مر عن شيخ الإسلام. قوله: (دعوة خاصة) الدعوة إلى الطعام بفتح الدال عند أكثر العرب وبعضهم يكسرهما كما في المصباح، فلو عامة له حضورها لولا خصومة لصاحبها كما في الفتح. قوله: (وهي الخ) هذا هو المصحح في تفسيرها، وقيل العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة. وقيل إن كانت لخمسة إلى عشرة فخاصة، وإن لأكثر فعامة، وتماه في البحر والنهر. قوله: (وقيل هي كالهدية) ظاهر الفتح اعتماده، فإنه قال بعد الكلام: فقد آل الحال إلى أنه لا فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة، وكذا قال في البحر: الأحسن أن يقال: ولا يقبل هدية ودعوة خاصة إلا من محرم أو ممن له عادة، فإن للقاضي أن يجيب الدعوة الخاصة من أجنبي له عادة باتخاذها كالهدية، فلو كان من عاداته الدعوة له في كل شهر مرة فدعاه كل أسبوع بعد القضاء لا يجيبه، ولو اتخذ له طعاماً أكثر من الأول لا يجيبه إلا أن يكون ماله قد زاد، كذا في التاترخانية. قوله: (ولا يجيب دعوة خصم) هو ما ذكره في شرح المجمع لابن ملك، وقدمناه عن الفتح، وقوله: «وغير معتاد» هو ما ذكره

(ويشهد الجنازة ويعود المريض) إن لم يكن لهما ولا عليهما دعوى. شرنبلالي عن البرهان (ويسوي) وجوباً (بين الخصمين جلوساً وإقبالاً وإشارة ونظراً، ويمتنع من مسارة أحدهما والإشارة إليه) ورفع صوته عليه (والضحك في وجهه) وكذا القيام له بالأولى (وضيافته) نعم لو فعل ذلك معهما معاً جاز. نهر (ولا يمزح) في مجلس الحكم (مطلقاً) ولو لغيرهما لذهابه بمهابته (ولا يلقنه حجته) وعن الثاني: لا بأس به. عيني

في السراج كما عزاه إليه المصنف في المنح، وهذا لا يناسب القيل المذكور قبله، لأنه يلزم أن تكون العامة كالخاصة، وهو خلاف تقيدهم المنع بالخاصة فقط. تأمل. قوله: (ويعود المريض) إلا أنه لا يطيل المكث عنده. بحر. قوله: (إن لم يكن لهما ولا عليهما دعوى) الذي في الفتح وغيره الاقتصار على ذكر المريض. تأمل. قوله: (ويسوي وجوباً بين الخصمين الخ) إطلاقه يعم الصغير والكبير والخليفة والرعية والدين والشريف والأب والابن والمسلم والكافر، إلا إذا كان المدعى عليه هو الخليفة ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه، وأن يجلسه مع خصمه، ويقعد هو على الأرض ثم يقضي بينهما، ولا ينبغي أن يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، لأن لليمين فضلاً ولذا كان النبي ﷺ 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، ويكون 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 وسفهاء، فيعمل القاضي بمقتضى الحال، كذا في الفتح: يعني فمنهم من لا يستحق الجلوس بين يديه ومنهم من يستحق، فيعطي كل إنسان ما يستحقه. بقي ما لو كان أحدهما يستحقه دون الآخر وأبى الآخر إلا القيام لم أر المسألة، وقياس ما في الفتح أن القاضي لا يلتفت إليه. نهر. قوله: (وإقبالاً) أي نظراً. قهستاني. والأولى تفسيره بالتوجيه إليه صورة أو معنى لثلاثا يتكرر بما بعده. قوله: (ويمتنع من مساواة أحدهما) أي يجتنب التكلم معه خفية، وكذا القائم بين يديه كما في الولوالجية، وهو الجلواز الذي يمنع الناس من التقدم إليه بل يقيمهم بين يديه على البعد ومع سوط والشهود يقربون. نهر. قوله: (والإشارة إليه) مستدرك بما قبله ط. قوله: (ورفع صوته عليه) ينبغي أن يستثني ما لو كان بسبب كإساءة أدب ونحوه. قوله: (لو فعل ذلك) أي الضيافة.

وقال في النهر أيضاً: وقياسه أنه لو سارهما أو أشار إليهما معاً جاز. قوله: (ولا يمزح) أي يداعب في الكلام من باب نفع. قوله: (في مجلس الحكم) أما في غيره فلا يكثر منه لأنه يذهب بالمهابة. بحر. قوله: (عيني) عبارته: وعن الثاني في رواية والشافعي في وجه: لا بأس بتلقيح الحجاة اهـ. وظاهره ضعفها. بل ظاهر الفتح أن هذا في تلقين

(ولا) يلقن (الشاهد شهادته) واستحسنه أبو يوسف فيما لا يستفيد به زيادة علم، والفتوى على قوله فيما يتعلق بالقضاء لزيادة تجربته. بزازية. في الولوالجية: حكي أن أبا يوسف وقت موته قال: اللهم إنك تعلم أنني لم أمل إلى أحد الخصمين حتى بالقلب إلا في خصومة نصراني مع الرشيد لم أسو بينهما وقضيت على الرشيد، ثم بكى. اهـ. قلت: ومفاده أن القاضي يقضي على من ولاه. وفي الملتقى: ويصح لمن ولاه وعليه، وسيجيء.

فروع: في البدائع من جملة أدب القاضي أنه لا يكلم أحد الخصمين بلسان لا يعرفه الآخر. وفي التاترخانية: والأحوط أن يقول للخصمين أحكم بينكما، حتى إذا كان في التقليد خلل يصير حكماً بتحكيمهما.

الشاهد لا الخصم كما يأتي. نعم في البحر عن الخانية: ولو أمر القاضي رجلين ليعلماه الدعوى والخصومة فلا بأس به خصوصاً على قول أبي يوسف. قوله: (واستحسنه أبو يوسف) قال في الفتح، وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي: لا بأس به لمن استولته الحيرة أو الهية فترك شيئاً من شرائط الشهادة فيعيه 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 أبرأ من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين اهـ ثم ذكر أن ظاهر الهداية ترجيح قول أبي يوسف اهـ.

وحكاية الرواية في تلقين الشاهد والاتفاق في تلقين أحد الخصمين ينفي ما مر عن العيني. تأمل. قوله: (لزيادة تجربته) قدمنا عن الكفاية أن محمداً تولى القضاء أيضاً، وذكر عبد القادر في طبقاته أن الرشيد ولاه قضاء الرقة ثم عزله وولاه قضاء الري اهـ. والظاهر أن مدته لم تطل، ولذا لم يشتهر بالقضاء كما اشتهر أبو يوسف، فلم يحصل له من التجربة ما حصل لأبي يوسف، لأنه كان قاضي المشرق والمغرب وزيادة التجربة تفيد زيادة علم. قال الحموي: قال مجد الأئمة الترجماني: والذي يؤيده ما ذكره في الفتاوى أن أبا حنيفة كان يقول: الصدقة أفضل من حج التطوع، فلما حج وعرف مشاقه رجع وقال: الحج أفضل اهـ. قوله: (حتى بالقلب) أي لم يحصل منه ميل قلبه إلى عدم التسوية بين الخصمين بقريئة الاستثناء. قوله: (قلت ومفاده الخ) قال في الفتح: والدليل عليه قضية شريح مع علي، فإنه قام وأجلس علياً مجلسه اهـ. قوله: (وسيجيء) أي في آخر باب كتاب القاضي. قوله: (بلسان لا يعرفه الآخر) لأنه كالمسارة. قوله: (أحكم بينكما) أي

قضى بحق ثم أمره السلطان بالاستئناف بمحضر من العلماء لم يلزمه . بزازية .
 طلب المقضى عليه نسخة السجل من المقضى له ليعرضه على العلماء أهو
 صحيح أم لا؟ فامتنع، ألزمه القاضي بذلك . جواهر الفتاوى . وفي الفتح : متى
 أمكن إقامة الحق بلا إيغار صدور كان أولى .
 وهل يقبل قصص الخصوم إن جلس للقضاء؟ لا، وإلا أخذها، ولا يأخذ
 بما فيها إلا إذا أقر بلفظه صريحاً .

فَضْلٌ فِي الْحَبْسِ

هو مشروع بقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفِقُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾ وحبس عليه الصلاة

ويقولان : نعم احكم بيننا . قوله : (لم يلزمه) أفاد أنه لو استأنف براءة لعرضه لا بأس به .
 قوله : (نسخة السجل) أي كتاب القاضي الذي فيه حكمه المسمى الآن بالحجة . قوله :
 (ألزمه القاضي بذلك) الظاهر أن الإشارة للعرض على العلماء، لأن السجل : أي الحجة
 لو كان ملكه لا يلزمه دفعه للمقضى عليه . تأمل . قوله : (وفي الفتح الخ) حيث قال : وفي
 المبسوط ما حاصله : أنه ينبغي للقاضي أن يعتذر للمقضى عليه وبيّن له وجه قضائه وبيّن
 له أنه فهم حجته، ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضاء عليه فلم يمكن غيره،
 ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس، ونسبته إلى أنه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد
 العامة عرضه وهو بريء، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إيغار الصدور كان أولى اهـ . وفي
 الصحاح : الوغر : شدة توقد الحر، ومنه : قيل في صدره عليّ وغر بالتسكين : أي ضغن
 وعداوة وتوقد من الغيظ . قوله : (قصص الخصوم) جمع قصة، وهي بالفتح : الحصة،
 والمراد بها هنا : ورقة يكتب فيها قضيته مع خصمه ويسمى الآن عرض الحال . قوله : (لا)
 أي لأن كلامه بلسانه أحسن من كتابته . قوله : (ولا يأخذ بما فيها) عبارة غيره . ولا
 يؤاخذ : أي لا يؤاخذ صاحبها بما كتبه فيها من إقرار ونحوه ما لم يقر بذلك صريحاً، لأنه
 لا عبرة بمجرد الخط فافهم، والله سبحانه أعلم .

فَضْلٌ فِي الْحَبْسِ

هو من أحكام القضاء، إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفردته بفصل على حدة .
 نهر . وهو لغة : المنع مصدر حبس كضرب، ثم أطلق على الموضوع وترجم المصنف له وزاد
 فيه مسائل آخر من أحكام القضاء ذكرها في الهداية في فصل على حدة، فكان الأولى أن
 يقول : «في الحبس وغيره» كما قال في باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره . قوله : (هو)
 مشروع الخ) أراد أنه مشروع بالكتاب والسنة . زاد الزيلعي : والإجماع لأن الصحابة رضي
 الله عنهم أجمعوا عليه قوله : ﴿أَوْ يُنْفِقُوا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة : ٣٣] فإن المراد بالنفي
 الحبس كما تقدم في قطاع الطريق اهـ .

والسلام رجلاً بالتهمة في المسجد، وأحدث السجن علي رضي الله تعالى عنه، بناه من قصب وسماه نافعاً، فنقبه للصوص فبنى غيره من مدر وسماه مخيساً بفتح الياء وتكسر: موضع التخيس وهو التذليل، وفيه يقول علي رضي الله عنه: [الرجز]

أَلَا تَرَانِي كَيْسًا مُكَيِّسًا بَنِيْتُكَ بَعْدَ نَافِعِ مُخَيِّسَا
حِصْنًا حَصِينًا وَأَمِينًا كَيْسًا

(صفته أن يكون بموضع ليس به فراش ولا وطاء) ليضجر فيوفي،

ومفاده أنه لوجيء له به منع منه (ولا يمكن أحد أن يدخل عليه للاستئناس إلا أقاربه وجيرانه) لاحتياجه للمشاورة (ولا يمكنون عنده طويلاً)

قوله: (وأحدث السجن علي) أي أحدث بناء سجن خاص فلا ينافي ما قالوا أيضاً من أنه لم يكن في عهده ﷺ وأبي بكر سجن، إنما كان يجبس في المسجد أو الدهليز حتى اشتري عمر رضي الله تعالى عنه داراً بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذة محبساً. قوله: (من مدر) بالتحريك: قطع الطين اليابس والحجارة كما في القاموس. قوله: (بفتح الياء) أي المثناة التحتيّة مشددة والعجب مما في البحر والنهر والمنح من ضبطه بالتاء المثناة الفوقية، وقد ذكره في القاموس في الأجوف اليائي فقال: المخيس كمعظم السجن، وسجن بناه علي رضي الله تعالى عنه. قوله: (كيساً) قال في المصباح: الكيس وزان فلس: الظرف والفظنة. وقال ابن الأعرابي: العقل، ويقال إنه مخفف من كيس مثل هين وهين، والأول أصح لأنه مصدر من كاس كيساً من باب باع، وأما المثلث فاسم فاعل، والجمع أكياس مثل جيد وأجباد اهـ. وفي الفتح: الكيس: أي مخففاً: حسن التآني في الأمور، والكيس المنسوب إليه الكيس اهـ. قوله: (وأميناً) أراد به السجن الذي نصبه فيه. فتح. وعليه فعطفه على ما قبله:

* نظير علفتها تبناً وماءً بارداً *

فيراد بقوله: اتخذت، وما قيل من أنه يصح كونه وصفاً لمخيساً كالذي قبله لا يناسبه قول كيساً، فافهم. قوله: (صفته) الضمير للحبس بالمعنى المصدرية، فلذا قال: «أن يكون بموضع» أي في موضع، فافهم. قوله: (ولا وطاء) على وزن كتاب المهاد الوطية. مصباح. وفيه: والمهد والمهاد: الفراش. وفي القاموس عن الكسائي: إن الوطاء خلاف الغطاء.

قلت: فإن أريد به المهاد الوطية: أي اللين السهل فهو أخص مما قبله، وكذا إن أريد به ما ينام عليه، وهو خلاف الغطاء. قوله: (ومفاده) أي مفاد قوله: «ليضجر». قوله: (ولا يمكن) بالبناء للمجهول مع التشديد. قوله: (ولا يمكنون عنده طويلاً) أي بحيث يحصل له الاستئناس بهم، بل بقدر ما يحصل به المقصود من المشاورة.

ومفاده أن زوجته لا تحبس معه لو هي الحابسة له وهو الظاهر. وفي الملتقي: يمكن من وطء جاريتها لو فيه خلوة (ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض) فغيره أولى (ولا لحضور جنازة ولو) كان (بكفيل) زيلعي. وفي الخلاصة: يخرج بكفيل لجنازة أصوله وفروعه لا غيرهم، وعليه الفتوى

مَطْلَبٌ: لَا تُحْبَسُ زَوْجَتُهُ مَعَهُ لَوْ حَبَسَتْهُ

قوله: (ومفاده) أي مفاد قوله: «للاستئناس». وفي النهر: إذا احتاج للجماع دخلت عليه زوجته أو أمته إن كان فيه موضع ستره. وفيه دليل على أن زوجته لا تحبس معه لو كانت هي الحابسة له، وهو الظاهر اهـ. وأنت خير بأن الاستدلال على المسألة بما قاله الشارح أولى مما في النهر، لأن عدم دخول أحد عليه للاستئناس أصرح بعدم حبسها معه، إذ في حبسها معه غاية الاستئناس له مع كون المقصود من ذلك الضجر ليوفي دينه، وإذا كانت هي الحابسة له وقلنا بجواز حبسها معه لا يحصل المقصود، بل يحصل ضده وهو ضجرها لتخرجه من الحبس حتى تخرج معه، ففي ذلك أيضاً دليل على أنها لا تحبس معه لو هي الحابسة وليس فيما قاله في النهر ما يدل على ذلك أيضاً، فلذا عدل الشارح عن كلام النهر. فقد ظهر أنه ليس في عدوله عنه خلل، بل الخلل في متابعتة له فافهم. ثم إن الظاهر أن المقصود بهذا الرد على من قال إنها تحبس معه. وفي البحر عن الخلاصة: فإذا حبست المرأة زوجها لا تحبس معه. وفيه عن البزازية وغيرها: إذا خيف عليها الفساد استحسنت المتأخرون أن تحبس معه اهـ.

وحاصله: أنها إذا حبسته وكانت من أهل الفساد ويخشى عليها فعل ذلك إذا لم يكن مراقباً لها يكون مظنة أن حبسها له لأجل ذلك لا لمجرد استيفاء حقها منه فله حبسها معه، أما إذا لم تكن كذلك فلا وجه لحبسها معه، وهذا محمل ما في الخلاصة. قوله: (من وطء جاريتها) وكذا زوجته كما مر، وقيل يمنع من ذلك لأن الوطء ليس من الحوائج الأصلية. فتح. قوله: (وفي الخلاصة يخرج بكفيل) هذا هو الصواب في نقل عبارة الخلاصة، ونقل عنها في البحر: يخرج الكفيل، فكأنه سقطت الباء من نسخته كما نبه عليه في النهر وكذا الرمي. وقال أيضاً: والعجب أن البزازي وقع في ذلك فقال: وذكر القاضي أن الكفيل يخرج لجنازة الوالدين الخ. والذي في فتاوى القاضي: يعني قاضيخان: يخرج بالكفيل. قوله: (وعليه الفتوى) قال في الفتح: وفيه نظر لأنه إبطال حق آدمي بلا موجب. نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك. وسئل محمد عما إذا مات والده أيجرح؟ فقال لا اهـ.

وحاصله: أن ما في الخلاصة مخالف لنص محمد رحمه الله تعالى. قال في البحر: وقد

(ولو مرض مرضاً أضناه ولم يجد من يخدمه يخرج بكفيل وإلا لا) به يفتى، ولا يخرج لمعالجة وكسب. قيل ولا يتكسب فيه، ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يجبس. خانية (ولا يضرب) المحبوس إلا في ثلاث: إذا امتنع عن كفارة ظهار والإنفاق على قريبه والقسم بين نسائه بعد وعظه،

يدفع بأن نص محمد في المديون أصالة والكلام في الكفيل اه. وهذا بناء على ما وقع له في نسخة الخلاصة من التحريف على أنه لا يظهر الفرق بين المديون وكفيله كما قاله المصنف في المنح. قوله: (يخرج بكفيل) قال في الفتح: وإن لم يكن له خادم يخرج إن كان يموت بسبب عدم المرض، ولا يجوز أن يكون الدين مفضياً للتسبب في هلاكه اه. ومقتضى التعليل أنه لم يجد كفياً يخرج، لكن في المنح عن الخلاصة: فإن لم يجد كفياً لا يطلقه. تأمل. قوله: (وإلا لا) أي وإن وجد من يخدمه لا يخرج، هكذا روي عن محمد، هذا إذا كان الغالب هو الهلاك؛ وعن أبي يوسف: لا يخرج، والهالك في السجن وغيره سواء. والفتوى على رواية محمد. منح عن الخلاصة. قوله: (لمعالجة) أي لمداواة مرضه لإمكان ذلك في السجن. قوله: (قيل ولا يتكسب فيه) كذا في بعض النسخ، وفي أكثرها: بل ولا يتكسب فيه، وهي الصواب لأن التعبير بقيل يفيد الضعف، وقد صرح في البحر وغيره بأن الأصح المنع، وفي شرح أدب القضاء عن السرخسي أنه الصحيح من المذهب، لأن الحبس مشروع ليضجر، ومتى تمكن من الاكتساب لا يضجر، فيكون السجن له بمنزلة الخانوت. قوله: (ولو له ديون خرج ليخاصم ثم يجبس) فيه إشارة إلى أنه إذا ادعى عليه آخر بدين يخرج لسماح الدعوى، فإن أثبتته بالوجه الشرعي أعيد في الحبس لأجلهما. سائحاني عن الهندية. قوله: (إذا امتنع عن كفارة) لأن حق المرأة في الجماع يفوت بالتأخير. أشباه. واعترضه الحموي بأن حقها فيه قضاء في العمر مرة واحدة اه.

قلت: هذه المرة لأجل انتفاء العنة والتفريق بها، وإلا فلها حق في الوطاء بعدها، ولذا حرم الإيلاء منها، ويفرق بينهما بمضي مدته لأنه امتناع بسبب محذور، وكذا في الظهار لأنه منكر من القول فلذا ظهر فيه المطالبة بالعود إليها، ويضرب عند الامتناع، وإن كان لا يضرب عنه الامتناع عنها بغير سبب. تأمل. قوله: (والإنفاق على قريبه) بالجر عطفاً على كفارة، وكذا قوله والقسم كما هو ظاهر فافهم، وهذا مخالف لما قدمه في النفقة من أنه إذا امتنع من الإنفاق على القريب يضرب ولا يجبس، ومثله في القسم كما في بابه، لكن قدمنا في آخر النفقة أنه تابع البحر في نقل ذلك عن البدائع، وأن الذي في البدائع أنه يجبس سواء كان أباً أو غيره، بخلاف الممتنع من القسم فإنه يضرب ولا يجبس، وهو الموافق لما سيذكره المصنف متناً. وذكر في البحر أنهم صرحوا بأنه لو امتنع من التكفير مع قدرته يضرب وكذا لو امتنع من الإنفاق على قريبه، بخلاف سائر الديون

والضابط ما يفوت بالتأخير لا إلى خلف. أشباه. قلت: ويزاد ما في الوهبانية: [الطويل]

وإن فَرَّ يَضْرِبُ دُونَ قَيْدٍ تَأْدِبًا وَتَطْيِينُ بَابِ الْحَبْسِ فِي الْعَنْتِ يَذْكَرُ

(ولا يغل) إلا إذا خاف فراره فيقيد أو يحول لسجن اللصوص. وهل يطين الباب؟ الرأي فيه للقاضي. بزازية (ولا يجرد ولا يؤاجر) وعن الثاني: يؤجره لقضاء دينه (ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة) له، ولو كان يبذل لا قاضي فيها لازمه ليلاً ونهاراً حتى يأخذ حقه. جواهر الفتاوى (وتعيين مكانه) أي مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق (للقاضي إلا إذا طلب المدعي مكاناً آخر) فيجيبه لذلك. قنية. وأفتى المصنف تبعاً لقارىء الهداية بأن العبرة في ذلك لصاحب الحق لا للقاضي اه. وفي النهر: ينبغي أن لا يجب لو طلب حبسه في مكان اللصوص ونحوه.

فروع: في البحر عن المحيط: ويجعل للنساء سجن على حدة نفياً للفتنة (وإذا ثبت الحق للمدعي)

اه. قوله: (والضابط) أي لما يضرب فيه المحبوس، فإنه بالامتناع عما ذكر يفوت الواجب لا إلى خلف، فإن نفقة القريب تسقط بالمضي ولو مقضياً بها أو متراضى عليها وكذا الوطاء والقسم يفوتان بالمضي. قوله: (ما في الوهبانية) الشرط الثاني لشارحها غير فيه نظم الأصل. قوله: (وإن فر) أي من الحبس. قوله: (في العنت يذكر) أي إذا كان متعتاً لا يؤدي المال: قيل يطين عليه الباب ويترك له ثقبه يلقي له الخبز والماء، وقيل الرأي فيه للقاضي، وهو ما يذكره قريباً عن البزازية. قوله: (ولا يغل) أي لا يوضع له الغل بالضم وهو طوق من حديد يوضع في العنق جمعه أغلال كقفل وأقفال مصباح. وأما القيد فما يوضع في الرجل. قوله: (ولا يجرد) أي من ثيابه في الحبس. قوله: (وعن الثاني) عبارة النهر: ولا يؤجر خلافاً لما عن الثاني. قوله: (لا قاضي فيها) بأن مات أو عزل. منح عن الجواهر. قوله: (لازمه) ولا يمنعه عن الاكتساب والدخول إلى بيته لأنه لا ولاية له عليه، بخلاف القاضي لأن له ولاية المنع والحبس وغيره. منح عن الجواهر. قوله: (قنية) عبارتها: ادعى على بنته مالاً وأمر القاضي بحبسها فطلب الأب منه أن يحبسها في موضع آخر غير السجن حتى لا يضيع عرضه يجيبه القاضي إلى ذلك، وكذا في كل مدع مع المدعى عليه اه. قوله (وأفتى المصنف النخ) ذكر في المنح عبارة قارىء الهداية ثم قال: ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكرناه، لأن القاضي يعين مكان الحبس عند عدم إرادة صاحب الحق أما لو طلب صاحب الحق مكاناً فالعبرة في ذلك اه. قوله: (وإذا ثبت الحق للمدعي) أي عند القاضي كما في الهداية وغيرها، وظاهره أن المحكم لا يحبس. قال في

ولو دانقاً وهو سدس درهم (ببينة عجل حبسه بطلب المدعي) لظهور المثل بإنكاره (وإلا) يثبت ببينة بل بإقرار (لم يعجل) حبسه بل يأمره بالأداء فإن أبى حبسه، وعكسه السرخسي وسوى بينهما في الكنز والدرر، واستحسنه الزيلعي. والأول مختار الهداية والوقاية والمجمع. قال في البحر: وهو المذهب عندنا اهـ.

البحر: ولم أره. نهر. لكن نقل الحموي عن صدر الشريعة أن له الحبس. قوله: (ولو دانقاً) في كافي الحاكم: ويجبس في درهم وفي أقل منه اهـ. ومثله في الفتح معللاً بأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك. قوله: (ببينة) أو بنكول. بحر عن القلانسي. قوله: (عجل حبسه) إلا إذا ادعى الفقر فيما يقبل فيه دعواه ط. قوله: (بطلب المدعي) ذكره قاضيخان وهو قيد لازم. منح. قوله: (لم يعجل حبسه) لأن الحبس جزء الماطلة، ولم يعرف كونه ماطلاً في أول الوهلة، فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله. هداية. قوله: (بل يأمره بالأداء) 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 ربّ الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذ، وإن لم يعلم به المديون فالقاضي أولى. نهر وتبعه الحموي وغيره ط.

قلت: لكن كونه غير محتاج إلى أمره بالدفع فيه نظر، لأن القاضي لا يتحقق له ولاية أخذ مال المديون، وقضاء دينه به إلا بعد الامتناع عن فعل المديون ذلك بنفسه، فكان المناسب ذكر هذا عند قوله: «فإن أبى حبسه فيقال إنما يجبس إذا لم يتمكن القاضي الخ» فافهم. قوله: (فإن أبى حبسه) فلو قال أمهلني ثلاثة أيام لأدفعه إليك فإنه يمهل ولم يكن بهذا القول ممنوعاً من الأداء ولا يجبس. شرح الوهبانية عن شرح الهداية. ومثله قول المصنف الآتي «ولو قال أبيع عرضي وأقضي ديني الخ». قوله (وعكسه السرخسي) وهو أنه إذا ثبت بالبينة لا يجبس لأول وهلة، لأنه يعتذر بأني ما كنت أعلم أن علي ديناً له بخلافه بالإقرار، لأنه كان عالماً بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه. فتح. قوله: (وسوى بينهما في الكنز) حيث قال: وإذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه؛ فإن أبى حبسه. وعبرة متن الدرر أصرح، وهي: وإذا ثبت الحق على الخصم بإقراره أو ببينة أمره بدفعه الخ. وفي كافي الحاكم: ولا يجبس الغريم في أول ما يقدمه إلى القاضي، ولكن يقول له قم فارضه، فإن عاد به إليه حبسه اهـ. قوله (واستحسنه الزيلعي) حيث قال: والأحسن ما ذكره هنا: أي في الكنز فإنه يؤمر بالإيفاء مطلقاً، لأنه يمتثل أن يوفي فلا يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالأمر والمطالبة. قوله: (وهو المذهب عندنا) صرح بذلك في شرح أدب القضاء، وقال: التسوية بينهما رواية.

قلت: وفي منية المفتي: لو ثبت ببينة يحبس في أول مرة، وبالإقرار يحبس في الثانية والثالثة دون الأولى فليكن التوفيق (ويحبس) المديون (في) كل دين هو بدل مال أو ملتزم بعقد. درر ومجمع وملتقى.

قلت: لكن سمعت عبارة كافي الحاكم، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية، إلا أن عبارته ظاهرها التسوية، فيمكن إرجاعها إلى ما في الهداية فلا ينافي قوله: «وهو المذهب» تأمل. قوله: (فليكن التوفيق) لم يظهر لنا وجهه، على أن ما نقله عن منية المفتي لم أجده فيها، بل عبارتها هكذا: ولا يحبس في أول ما يتقدم إليه ويقول له قم فارضه فإن عاد إليه حبسه اه. وهي عبارة الكافي المارة. ثم رأيت بعضهم نبه على ما ذكرته. قوله: (ويحبس المديون الخ) اعلم أن المدعي إذا ادعى ديناً وأثبته يؤمر المديون بدفعه، فإن أبي وطلب المدعي حبسه وهو غني يحبس، ثم إن كان الدين ثمناً ونحوه من الأربعة المذكورة في المتن وادعى المديون الفقر لا يصدق، لأن إقدامه على الشراء ونحوه مما ذكر دليل على عدم فقره، فيحبس إلا إذا كان فقره ظاهراً كما سيأتي. وإن كان الدين غير الأربعة المذكورة وادعى الفقر فالقول له ولا يحبس إلى آخر ما سيجيء.

تنبيه: أطلق المديون فشمّل المكاتب والعبد المأذون والصبّي المحجور، فإنهم يحبسون، لكن الصبي لا يحبس بدين استهلاك بل يحبس والده أو وصيه، فإن لم يكونا أمر القاضي رجلاً يبيع ماله في دينه، كذا في البرازية. بحر.

قلت: وحبس والده أو وصيه بدين الاستهلاك إنما هو حيث كان الصبي مال وامتنع الأب أو الوصي من بيعه، أما إذا لم يكن له مال فلا حبس كما يعلم من آخر العبارة، وهو ظاهر، والقول له إنه فقير لأن دين الاستهلاك مما لا يحبس به إذا ادعى الفقر كما يأتي، وسيذكر الشارح آخر الباب نظماً من لا يحبس وفيه تفصيل للثلاثة المذكورين. قوله: (في كل دين هو بدل مال) كضمن المبيع وبدل القرض، وقوله: «أو ملتزم بعقد» كالمهر والكفالة، وهو من عطف العام على الخاص، فلو اقتصر عليه كما وقع في بعض الكتب لا غناء عما قبله. زاد في البحر من القلانسي: وفي كل عين يقدر على تسليمها، وسيأتي في كلام الشارح.

ثم اعلم أن هذه العبارة التي عزاها الشارح إلى الدرر والمجمع والملتقى أصلها للقدوري، عدل عنها صاحب الكنز إلى قوله: «في الثمن والقرض والمهر المعجل» وما التزمه بالكفالة وتبعه المصنف لوجهين نبه عليهما في النهر: الأول أن قوله: «بدل مال» يدخل فيه بدل المغصوب وضمن التلفات، والثاني أن قوله: «أو ملتزم بعقد» يدخل فيه أيضاً ما التزمه بعقد الصلح عن دم العمد والخلع مع أنه لا يحبس في هذه المواضع إذا ادعى الفقر اه. وصرح الشارح بعد أيضاً بأنه لا يحبس فيها فكان عليه عدم ذكر هذه

مثل (الثمن) ولو لمنفعة كالأجرة (والقرض) ولو لذمي (والمهر المعجل وما لزمه بكفالة) ولو بالدرك أو كفيل الكفيل وإن كثروا. بزازية. لأنه التزمه بعقد كالمهر، هذا هو المعتمد

العبارة، لكن ما ذكره في النهر غير مسلم. أما الأول فلأن المراد بدل مال حصل في يد المديون، كما سيأتي فيكون دليلاً على قدرته على الوفاء بخلاف ما استهلكه من الغصب. وأما الثاني فلأنه يجبس في الصلح والخلع كما تعرفه فالأحسن ما فعله الشارح تبعاً للزيلعي ليفيد أن الأربعة التي في المتن غير قيد احترازي فافهم. لكن الشارح نقض هذا فيما ذكره بعد كما تعرفه. قوله: (مثل الثمن) شمل الثمن ما على المشتري وما على البائع بعد فسخ البيع بينهما بإقالة أو خيار، وشمل رأس مال السلم بعد الإقالة وما إذا قبض المشتري المبيع أولاً. بحر. قوله: (كالأجرة) لأنها ثمن المنافع. بحر. فإن المنفعة وإن كانت غير مال لكنها تتقوم في باب الإجارة للضرورة. قوله: (ولو لذمي) يرجع إلى الثمن والقرض وكان المناسب ذكره عقب قوله: «ويجبس المديون» قال في البحر: أطلقه فأفاد أن المسلم يجبس بدين الذمي والمستأمن وعكسه اه. قوله: (والمهر المعجل) أي ما شرط تعجيله أو تعورف. نهر. قوله: (وما لزمه بكفالة) استثنى منه في الشرنبلالية كفيل أصله كما لو كفل أباه أو أمه: أي فإنه لا يجبس مطلقاً لما يلزم عليه من حبس الأب معه، وفي كلام قدمناه في الكفالة. قوله: (ولو بالدرك) هو المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع وهذا ذكره في النهر أخذاً من إطلاق الكفالة، ثم قال: ولم أره صريحاً. قوله: (أو كفيل الكفيل) بالنصب خبر لكان المقدره بعد «لو» فهو داخل تحت المبالغة: أي ولو كان كفيل الكفيل فدخل تحت المبالغة الأصيل وكفيله. قال في البحر: وأشار المؤلف إلى حبس الكفيل والأصيل معاً: الكفيل بما التزمه، والأصيل بما لزمه بدلاً عن مال، وللکفيل بالأمر حبس الأصيل إذا حبس، كذا في المحيط. وفي البزازية: يتمكن المكفول له من حبس الكفيل والأصيل وكفيل الكفيل وإن كثروا اه. قوله (لأنه التزمه بعقد) أي لأن الكفيل التزم المال بعقد الكفالة وكذا كفيله، وقوله: «كالمهر» أي فإن الزوج التزمه بعقد النكاح، فكل منهما وإن لم يكن مبادلة مال بمال لكنه ملتزم بعقد، والتعليل المذكور لثبوت حبسه بما ذكر وإن ادعى الفقر، فإن التزمه ذلك بالعقد دليل القدرة على الأداء، لأن العاقل لا يلتزم ما لا قدرة له عليه فيحبس وإن ادعى الفقر لأنه كالتناقض لوجود دلالة اليسار وظهر به وجه حبسه أيضاً بالثمن والقرض، لأنه إذا ثبت المال بيده ثبت غناه به. أفاد ذلك في الفتح وغيره. والأخير مبني على التمسك بالأصل، فإن الأصل بقاؤه في يده. قوله: (هذا هو المعتمد) الإشارة إلى ما في المتن من أنه يجبس في الأربعة المذكورة وإن ادعى الفقر، وهذا أحد خمسة أقوال: ثانيها: ما في الخانية. ثالثها: القول للمديون في الكل:

خلافاً لفتوى قاضيخان لتقديم المتون والشروح على الفتاوى . بحر . فليحفظ . نعم
عده في الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ فتنبه . وزاد القلانسي : أنه يجبس أيضاً في كل

أي في الأربعة وفي غيرها مما يأتي . رابعها : للدائن في الكل . خامسها : أنه يحكم الزي :
أي الهيئة إلا الفقهاء والعلوية لأنهم يتزبون بزبي الأغنياء وإن كانوا فقراء صيانة لماء
وجههم ، كما في أنفع الوسائل .

مَطْلَبٌ : إِذَا تَعَارَضَ مَا فِي الْمُتُونِ وَالْفَتَاوَى فَأَلْمُعْتَمَدُ مَا فِي الْمُتُونِ

قوله : (خلافاً لفتوى قاضيخان) حيث قال : إن كان الدين بدلاً عن مال كالقرض
وئمن المبيع فالقول للمدعي ، وعليه الفتوى ؛ وإن لم يكن بدل مال فالقول للمديون اهـ .
وعليه فلا يجبس في المهر والكفالة .

قال في البحر : وهو خلاف مختار المصنف تبعاً لصاحب الهداية . وذكر الطرسوسي في
أنفع الوسائل أنه : أي ما في الهداية المذهب المفتى به . فقد اختلف الإفتاء فيما التزمه بعقد
ولم يكن بدل ، والعمل على ما في المتون ، لأنه إذا تعارض ما في المتون والفتاوى فالعتمد ما
في المتون ، كما في أنفع الوسائل ، وكذا يقدم ما في الشروح على ما في الفتاوى اهـ .

قلت : وما في الخانية نقل في أنفع الوسائل عن المبسوط أنه ظاهر الرواية . قوله :
(نعم عده في الاختيار لبدل الخلع هنا خطأ) عده بالرفع مبتدأ ، واللازم في «لبدل» متعلق به
و «خطأ» خبر المبتدأ . وفي بعض النسخ : كبدل بالكاف وهو تحريف ، وقوله : «هنا» أي
فيما يكون القول فيه للمدعي كالمسائل الأربع ، وعبارة الاختيار هكذا : وإن قال المدعي
هو موسر وهو يقول أنا معسر ، فإن كان القاضي يعرف يساره أو كان الدين بدل مال
كالئمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه ، لأن الظاهر
بقاء ما حصل في يده والتزامه يدل على القدرة الخ .

ثم اعلم أن ما ذكره الشارح من التخطئة أصلها للطرسوسي في أنفع الوسائل ،
وتبعه في البحر والنهر وغيرهما وأقروه على ذلك وذلك غير وارد ، وبيان ذلك أن
الطرسوسي ذكر مسألة اختلاف المدعي والمدعى عليه في الفقر وعدمه ونقل عبارات
الكتب ، منها كتاب اختلاف الفقهاء للطحاوي : أن كل دين أصله من مال وقع في يد
المديون كأثمان البياعات والقروض ونحوها حبسه ، وما لم يكن أصله كذلك كالمهر والخلع
والصلح عن عدم العمد ونحوه لم يجسه حتى يثبت ملاءته اهـ . ونقل نحوه عن متن البحر
المحيط وغيره ، وذكر عن السغناقي وغيره حكاية قول آخر أيضاً ، وهو أن كل دين لزمه
بعقد فالقول فيه للمدعي ، وكل دين لزمه حكماً لا بمباشرة العقد فالقول فيه للمديون .
قالوا : وهذا القول لا فرق فيه بين ما ثبت بدلاً عن مال أو لا ثم إن الطرسوسي قال : إن
صاحب الاختيار أخطأ ، حيث جعل بدل الخلع كالئمن والقرض في أن القول فيه

عين يقدر على تسليمها كالعين المغصوبة (لا) يجبس (في غيره) أي غير ما ذكر وهو
تسع صور: بدل خلع، ومغصوب،

للمدعي، وهو مخالف لما نقلناه عن اختلاف الفقهاء للطحاوي ومتن البحر المحيط وغيره،
وأيضاً فإن الخلع ليس بدلاً عن مال، هذا حاصل كلامه. وإذا أمعنت النظر تعلم أنه كلام
ساقط، فإن ما ذكره عن اختلاف الفقهاء ومتن البحر المحيط وغيره هو القول الذي مر
عن قاضيخان، وما ذكره عن السغناقي وغيره هو الذي مشى عليه القدوري ونقله الشارح
عن الدرر والمجمع والملتقى. فالقول الأول: اعتبر في كون القول للمدعي كون الدين بدلاً
عن مال حصل في يد المديون، ولم يعتبر كونه بعقد، ولا شك أن المهر وبدل الخلع
والصلح عن دم العمد وإن كان بعقد لكنه ليس بدل مال فلا يكون القول فيه للمدعي بل
للمديون فلا يجبس فيه. والقول الثاني: اعتبر كون الدين ملتزماً بعقد سواء كان بدل مال
أو غيره، ولا شك أن الخلع ملتزم بعقد كالمهر فيكون القول فيه للمدعي؛ والذين صرحوا
بأن بدل الخلع لا يجبس فيه المديون هم أهل القول الأولى فجعلوه كالمهر لكون كل منهما
ليس بدل مال، وقد علمت أن صاحب الاختيار من أهل القول الثاني، فإنه اعتبر العقد
كما قدمناه عنه، فلذا جعل القول للمدعي في المهر والكفالة والخلع، ويلزم منه أيضاً أن
يكون الصلح عن دم العمد كذلك لأنه بعقد، وحيث أن فاعراض الطرسوسي على صاحب
الاختيار بما حكاه أهل القول الأول ساقط، فإن صاحب الاختيار لم يقل بقولهم حتى
يعترض عليه بذلك، بل قال بالقول الثاني كبقية أصحاب المتون، غير أنه زاد على المتون
التصريح بالخلع لدخوله تحت العقد، وتبعه في الدرر. كيف وصاحب الاختيار إمام كبير
من مشايخ المذهب، ومن أصحاب المتون المعتمدة، وأما الطرسوسي فلقد صدق فيه قول
المحقق ابن الهمام: إنه لم يكن من أهل الفقه، فافهم واغتم تحقيق هذا الجواب فإنك لا
تجده في غير هذا الكتاب، والحمد لله ملهم الصواب. ثم بعد مدة رأيت في مختصر أنفع
الوسائل للزهيري رداً على الطرسوسي بنحو ما قلنا والله الحمد. قوله: (لا يجبس في غيره)
أي إن ادعى الفقير كما يأتي. قوله (بدل خلع) الصواب إسقاطه كما علمت من أنه من
القسم الأول. قوله: (ومغصوب) بالجر عطفاً على خلع، وكذا ما بعده: أي وبدل
مغصوب: أي إذا ثبت استهلاكه للمغصوب ولزمه بدله من القيمة أو المثل وادعى الفقير لا
يجبس، لأنه وإن كان مال دخل في يده لكنه باستهلاكه لم يبق في يده حتى يدل على قدرته
على الإيفاء، بخلاف ثمن المبيع فإن المبيع دخل في يده، والأصل بقاؤه كما مر فلذا يجبس
فيه، وبخلاف العين المغصوبة القادر على تسليمها، فإنه يجبس أيضاً على تسليمها كما قدمه
أنفاً عن تهذيب القلانسي، فلا منافاة بينه وبين ما هنا. قال في أنفع الوسائل: وقولهم أو
ضمان المغصوب معناه: إذا اعترف بالغصب وقال إنه فقير وتصادقاً على الهلاك أو حبس

ومتلف، ودم عمد، وعتق حظ شريك، وأرش جنائية، ونفقة قريب، وزوجة، ومؤجل مهر.

قلت: ظاهره ولو بعد طلاق.

لأجل العلم بالهلاك فإن القول للغاصب في العسرة، هكذا ذكره السغناقي وتاج الشريعة وحيد الدين الضرير اهـ. قوله: (ومتلف) أي وبدل ما أتلفه من أمانة ونحوها. قوله: (ودم عمد) أي بدل الصلح عن دم عمد. قال في أنفع الوسائل: معناه أنه لو قتل مورثه عمداً فصالحه على مال فادعى أنه فقير يكون القول قول القاتل في ذلك لأنه ليس بدلاً عن مال، وما صرح بهذه أحد سوى الطحاوي في اختلاف الفقهاء، وهو صحيح موافق للقواعد وداخل تحت قولهم عما ليس بمال اهـ.

قال في البحر: ويشكل جعلهم القول فيه للمديون مع أنه التزمه بعقد اهـ.

أقول: لا إشكال فيه، لأن ذلك مبني على القول بعدم اعتبار العقد، وأن المعتبر هو كون الدين بدلاً عن مال وقع في يد المديون كما علمته مما نقلناه سابقاً من عبارة الطحاوي، وهذا القول هو الذي مر عن الخانية، وأما على القول الذي مشى عليه القدوري وصاحب الاختيار وغيرهما من أصحاب المتون من أن المعتبر ما كان بدلاً عن مال أو ملتزماً بعقد، وإن لم يكن بدلاً عن مال، فلا شك في دخول هذه الصورة في العقد، فتكون على هذا القول من القسم الأول الذي يكون القول فيه للمدعي لأنها كالمهر، وإنما يشكل الأمر لو صرح أحد من أهل هذا القول بأن بدل دم العمد يكون القول فيه للمديون، مع أنه لم يصرح بذلك أحد إلا الطحاوي القائل بالقول الأول، فعلمنا أنه مبني على أصله من أنه لا يعتبر العقد أصلاً، فمعارضة أهل القول الثاني بهذا القول غير واردة والإشكال ساقط كما قررنا نظيره في مسألة الخلع، وبهذا ظهر أن الصواب إسقاط هذه الصورة أيضاً وذكرها في القسم الأول. قوله: (وعتق حظ شريك) أي لو أعتق أحد شريكه عبد حصته منه بلا إذن الآخر واختار الآخر تضمينه فادعى المعتق الفقر فالقول له، لأن تضمينه لم يجب بدلاً عن مال وقع في يده، ولا ملتزماً بعقد حتى يكون دليل قدرته، بل هو في الحقيقة ضمان إتلاف. قوله: (وأرش جنائية) هذا وما بعده مرفوع عطفاً على «بدل» لا على «خلع» المجرور، لأن الأرش هو بدل الجنائية، والمراد أرش جنائية موجبها المال دون القصاص. قوله: (ونفقة قريب وزوجة) أي نفقة مدة ماضية مقضي بها أو متراضى عليها، لكن نفقة القريب تسقط بالمضي إلا إذا كانت مستدانة بالأمر، وسيذكر المصنف مسألة النفقة. قوله (ومؤجل مهر) استشكله في البر بأنه التزمه بعقد: أي فيكون من القسم الأول؛ لكن جوابه أنه لما علم عدم مطالبته به في الحال لم يدل على قدرته عليه، بخلاف المعجل شرطاً أو عرفاً. قوله: (قلت ظاهره ولو بعد طلاق) هذا هو المتعين، لأنه

وفي نفقات البزازية: يثبت اليسار بالإخبار هنا بخلاف سائر الديون، لكن أفتى ابن نجيم بأن القول له بيمينه ما لم يثبت غناه فراجعه. ولو اختلفا فقال المديون ليس بدل مال وقال الدائن إنه ثمن متاع، فالقول للمديون ما لم يبرهن رب الدين. طرسوسي بحثاً، وأقره في النهر.

فرع: لا يجبس في دين مؤجل، وكذا لا يمنع من السفر قبل حلول الأجل، وإن بعذر له السفر معه فإذا حل منعه حتى يوفيه. بدائع. وقدمناه في الكفالة (إن ادعى) المديون (الفقر) إذ الأصل العسرة (إلا أن يبرهن غريمه على غناه) أي على قدرته على الوفاء ولو باقتراض

قبل الطلاق أو الموت لا يطالب به فكيف يتوهم حبسه به. قوله: (وفي نفقات البزازية الخ) الأنسب ذكر هذا عند قول المتن الآتي «إلا أن يبرهن غريمه على غناه» وعبارة البزازية كما في البحر: وإن لم يكن لها بينة على يساره وطلبت من القاضي أن يسأل من جيرانه لا يجب عليه السؤال، وإن سأل كان حسناً، فإن سأل فأخبره عدلان بيساره ثبت اليسار، بخلاف سائر الديون حيث لا يثبت اليسار بالإخبار؛ وإن قالوا سمعنا أنه موسر أو بلغنا ذلك لا يقبله القاضي اهـ. قوله: (لكن الخ) فإن قوله: «ما لم يثبت غناه» المتبادر منه كونه بالشهادة، ويمكن أن يقال الثبوت في دين النفقة بالإخبار في غيره بالإشهاد، فعبارته غير معينة ط.

قلت: لكن قول المصنف الآتي «إلا أن يبرهن» يقتضي عدم الفرق. نعم عبارة الكنز والهداية: إلا أن يثبت، لكن قيده الزيلعي بالبينه. تأمل. قوله: (فالقول للمديون) أي فلا يجبس إن ادعى الفقر. قوله: (وأقره في النهر) وكذا في البحر، ووجهه ظاهر إنكاره ما يوجب حبسه. قوله: (لا يجبس في دين مؤجل) لأنه لا يطالب به قبل حلول الأجل. قوله: (وإن بعد) أي السفر بحيث يحل الأجل قبل قدومه. قوله: (وقدمناه في الكفالة) أي في آخرها، وقدمنا هناك ترجيح إلزامه بإعطاء كفيل فراجعه. قوله: (إن ادعى الفقر) قيد لقوله: «لا يجبس في غيره». قوله: (إذ الأصل العسرة) لأن الأدمي يولد فقيراً لا مال له، والمدعي يدعي أمراً عارضاً، فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر، إلا أن يثبت المدعي بالبينه أن له مالاً بخلاف ما تقدم، لأن الظاهر يكذبه. زيلعي. قوله: (أي على قدرته على الوفاء) أي ليس المراد بالغنى ملك النصاب لأنه يجبس فيما دونه. أفاده في الفتح. قوله: (ولو باقتراض) في البزازية: لو وجد المديون من يقرضه فلم يفعل فهو ظالم، وفي كراهية القنية: لو كان للمديون حرفة تفضي إلى قضاء دينه فامتنع منها لا يعذر اهـ. 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، لأن الحبس جزاء الظلم، وأما

أو بتقاضي غريمه (فيحبسه) حيثئذ (بما رأى) ولو يوماً هو الصحيح بل في شهادات الملتقط. قال أبو حنيفة: إذا كان المعسر معروفاً بالعسرة لم أحبسه؛ وفي الخانية: ولو فقره ظاهراً سأله عنه عاجلاً وقبل بيته على إفلاسه وخلقى سبيله. نهر. وفي البرازية: قال المديون حلفه أنه ما يعلم أني معسر أجابه القاضي، فإن حلف حبسه بطله وإن نكل خلاه، وأقره المصنف وغيره.

قلت: قدمنا أن الرأي لمن له ملكة الاجتهاد فتنبه (ثم) بعد حبسه بما يراه لو

ما لا يقبل فيه قوله فظلمه فيه ثابت قبل وجود من يقرضه. نهر. قوله: (أو بتقاضي غريمه) بأن كان له مال على غريم موسر.

قال في البرازية: فإن حبس غريمه الموسر لا يجبس، وفيها: ولو كان للمحبوس مال في بلد آخر يطلقه بكفيل اه. قوله: (فيحبسه حيثئذ) أي حين إذ قام البرهان على غناه في هذا القسم، وبمجرد دعوى المدعي غناه في القسم الأول كما مر. قوله: (ولو يوماً) أخذه في البحر من ظاهر كلامهم. قوله: (هو الصحيح) صرح به في الهداية، لأن المقصود من الحبس الضجر والتسارع لقضاء الدين وأحوال الناس فهي متفاوتة، ومقابله رواية تقديره بشهرين أو ثلاثة، وفي رواية بأربعة، وفي رواية بنصف حول. قوله: (لم أحبسه) أي ولو كان الدين ثمناً أو قرضاً كما هو ظاهر الإطلاق، وهو أيضاً مقتضى عبارة شرح الاختيار التي قدمناها. قوله: (ولو فقره ظاهراً الخ) أفاد أن قوله: «فيحبسه بما يرى» إنما هو حيث كان حاله مشكلاً كما نبه عليه الشارح بعده. وفي شرح أدب القضاء قال محمد بعد ذكر التقدير: هذا إذا أشكل على أمره أفقر أم غني وإلا سألت عنه عاجلاً: يعني إذا كان ظاهر الفقر أقبل البينة على الإفلاس وأخلقى سبيله اه. قوله: (قال المديون) أي بما أصله ثمن ونحوه، إذ القسم الثاني القول فيه للمديون أنه معسر فلا يحتاج إلى تحليف الدائن. نعم يتأتى فيه أيضاً إذا أثبت يساره لكنه بعيد، إذ لا يحلف المدعي بعد البينة. تأمل. قوله: (قلت قدمنا الخ) تقييد لقول المصنف «فيحبسه بما رأى» وقدم الشارح ذلك عند قول المصنف قبل هذا الفصل «ولا يخير إذا لم يكن مجتهداً» وقد تبع الشارح في هذا القهستاني. قال ح: أقول مثل هذا لا يتوقف على كون القاضي مجتهداً كما لا يخفى اه: أي فإن ما يقتضيه حال ذلك المديون من قدر مدة حبسه التي يظهر فيها أنه لو كان له مال لأظهره، يستوي في علم ذلك المجتهد وغيره بدون توقف على العلم باللغة والكتاب والسنة متناً وسنداً كما لا يخفى، فالظاهر حمل ما قاله فيما يفوض إلى رأي القاضي من الأحكام، والله سبحانه أعلم. قوله: (ثم بعد حبسه الخ) الظرف متعلق بقول المصنف الآتي «سأل عنه» وقوله: «لو حاله مشكلاً» قيد لقوله: «حبسه بما يراه» وقوله: «وإلا» أي إن لم يكن مشكلاً بأن كان فقره ظاهراً، وهذا كله يغني عنه ما قبله. قوله:

حاله مشكلاً عند القاضي وإلا عمل بما ظهر. بحر. واعتمده المصنف (سأل عنه) احتياطاً لا وجوباً من جيرانه، ويكفي عدل بغيبة دائن. وأما المستور فإن وافق قوله رأي القاضي عمل به، وإلا لا. أنفع الوسائل بحثاً. ولا يشترط حضرة الخصم ولا لفظ الشهادة إلا إذا تنازعا في اليسار والإعسار. قهستاني.

قلت: لكنها بالإعسار للنفي وهي ليست بحجة

(احتياطاً لا وجوباً) قال شيخ الإسلام: لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي فكان للقاضي أن لا يسأل ويعمل برأيه، ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط. زيلعي.

وقال في الفتح: وإلا فبعد مضيّ المدة التي يغلب ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقيم المدعي بينة يساره من غير حاجة إلى سؤال. قوله: (ويكفي عدل) والاثنتان أحوط، وكيفيته أن يقول المخبر إن حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة، وقد اخترنا حاله في السر والعلانية. بحر عن البزازية. وقيد سماع هذه الشهادة بما بعد الحبس ومضيّ المدة، لأنها قبل الحبس لا تقبل في الأصح كما يأتي، وكذا قبل المدة التي يراها القاضي كما سنذكره. قوله: (بغيبه دائن) أي يكفي ذلك في غيبة الدائن فلا يشترط لسماعها حضرته، لكن إذا كان غائباً سمعها وأطلقه بكفيل كما في البحر عن البزازية، وسيأتي مع زيادة: ما لو كان الدين لوقف أو يتيم. قوله: (وأما المستور الخ) فيه كلام يأتي قريباً. قوله: (ولا يشترط حضرة الخصم) يغني عنه قوله: «بغيبه دائن». قوله: (إلا إذا تنازعا الخ) قال في النهر: وقيد في النهاية الأكتفاء بالواحد بما إذا لم تقع خصومة، فإن كانت كأن ادعى المحبوس الإعسار ورب الدين يساره فلا بد من إقامة البينة على الإعسار اه. ومثله في البحر.

قلت: وهذا مشكل، فإن ما مر من الاكتفاء بعدل لا شك أنه عند المنازعة، إذ لو اعترف المدعي بفقر المحبوس أو اعترف المحبوس بغناه لم يحتج إلى سؤال ولا إلى إخبار؛ ثم رأيت في أنفع الوسائل نقل عبارة النهاية المارة بزيادة وهي: فإن شهدا بأنه معسر خلي سبيله، ولا تكون هذه شهادة على النفي فإن الإعسار بعد اليسار أمر حادث، فتكون شهادة بأمر حادث لا بالنفي اه. فأفاد أن هذه الخصومة بإعسار حادث: يعني إذا أراد حبسه فيما يكون القول فيه للمدعي يساره أو في القسم الآخر، وبرهن على يساره بإرث من أبيه منذ شهر مثلاً، وهو ادعى إعساراً حادثاً فلا بد فيه من نصاب الشهادة، لأنها شهادة صحيحة لوقوعها على أمر حادث لا على النفي، بخلاف الشهادة على أنه معسر فإنها قامت على نفي اليسار الذي يجس بسببه لا على إعسار حادث بعده، أو المراد إقامة البينة على إعساره بعد حبسه قبل تمام المدة التي يظهر فيها للقاضي عسرته، لكن سيأتي أن سماع البينة قبل المدة خلاف ظاهر الرواية، فتأمل. قوله: (قلت لكنها الخ) استدراك على التقييد بالعدل في قوله:

ولذا لم يجب السؤال أنفع الوسائل، فتنبه (فإن لم يظهر له مال خلاه) بلا كفي، إلا في ثلاث: مال يتيم، ووقف، وإذا كان الدائن غائباً، ثم لا يجسه ثانياً لا للأول ولا لغيره حتى يثبت غريمه غناه. بزازية. وفي القنية: برهن المحبوس على إفلاسه فأراد الدائن إطلاقه قبل تفليسه فعلى القاضي القضاء به

«ويكفي عدل» فقد نقل في أنفع الوسائل عن الخلاصة أنه يسأل عنه الثقات والواحد يكفي، ولا يشترط لفظ الشهادة، ثم نقل عبارة شيخ الإسلام المارة، ثم قال: فقلوه: أي شيخ الإسلام: هذا ليس بواجب وهذا ليس بحجة، وأن للقاضي أن لا يسأل، يؤيد قولنا أنه لا يشترط العدالة في هذا الواحد، لأنها تشترط في أمر واجب أو في إثبات حجة شرعية، وإلا فلا فائدة في اشتراطها لأن القاضي له إخراجه بلا سؤال أحد عنه الخ، وأراد بذلك الرد على الزيلعي حيث قيد بالعدل في قوله: والعدل الواحد يكفي، وإثبات أن المستور الواحد يكفي دون الفاسق؛ ثم قال: والأحسن عندي أن يقال: إن كان رأى القاضي موافقاً لقول هذا المستور في العسرة يقبل، وإلا بأن لم يكن للقاضي رأي في عسرة المحبوس أو يسر به فيشترط كون المخبر عدلاً اهـ. واستحسنه في النهر وغيره.

قلت: قد رجع إلى ما قاله الزيلعي من حيث لا يشعر، وذلك أنه إذا كان للقاضي رأي في عسرته بأن ظهر له حاله لا يحتاج إلى شاهد أصلاً، بل له إخراجه بلا سؤال، والأحوط السؤال من عدل ليتحقق به ما رآه القاضي ولا يكون بمجرد رأيه، ويظهر من كلام شيخ الإسلام المار وكذا من كلام الفتح الذي ذكرناه بعده أنه لا يلزمه العمل بقول ذلك العدل إذ خالف رأيه، وإذا وافق قول المخبر رأى القاضي لا شك أنه يعمل به، سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً أو مستوراً، فعلم أن كلام الزيلعي محمول على ما إذا لم يكن للقاضي رأي بدليل قوله في شرح أدب القضاء: وإذا مضت تلك المدة واحتاج القاضي إلى معرفة حاله سأل الثقات من جيرانه وأصدقائه الخ، فقلوه واحتاج دليل أنه لا رأي له، فقد ظهر أنه في هذه الصورة تشترط العدالة كما اعترف به الطرسوسي. وفي الصورة الأولى لا تشترط عدالة ولا غيرها، وإلا لم يكن للقاضي العمل برأيه وإخراج المحبوس بلا سؤال، وبه ظهر سقوط هذا البحث من أصله، فافهم واغتنم هذا التحرير. قوله: (ولذا لم يجب السؤال) أي سؤال القاضي عن حال المحبوس، وإنما يسأل احتياطاً كما مر. قوله: (فإن لم يظهر له مال خلاه) أي أطلقه من الحبس جبراً على الدائن. نهر. ثم إن إطلاقه بإخبار واحد لا يكون ثبوتاً، حتى لا يجوز أن يقول هذا القاضي ثبت عندي أنه معسر، ولا ينقل ثبوته إلى قاضٍ آخر، بل هذا يختص بهذا القاضي. أنفع الوسائل. وأقره في البحر والنهر. قوله: (ووقف) ذكره في البحر بحثاً إلحاقاً باليتيم. قوله: (فعلى القاضي القضاء به) أي إذا أبى المحبوس أن يخرج حتى يقضي بإفلاسه كما في البحر

حتى لا يعيده الدائن ثانياً.

فرع: أحضر المحبوس الدين وغاب ربه يريد تطويل حبسه إن علمه وقدره أخذه أو كفيلاً وخلاه خانية. وفي الأشباه: لا يجوز إطلاق المحبوس إلا برضا خصمه، إلا إذا ثبت إعساره أو أحشر الدين للقاضي في غيبة خصمه (ولو قال) من يراد حبسه (أبيع عرضي وأقضي ديني أجله القاضي) يومين أو (ثلاثة أيام ولا) يحبسه لأن الثلاثة مدة ضربت لإبلاء الأعدار (ولو له عقار يحبسه) أي (ليبيعه ويقضي الدين) الذي عليه (ولو بثمن قليل) بزازية. وسيجيء تمامه في الحجر

وغيره. قوله: (حتى لا يعيده الدائن ثانياً) أي قبل ظهور غناه. بحر. والظاهر أن المراد أن لا يعيده قاض آخر، لأن الأول ظهر له حاله فكيف يعيده إلى الحبس، بل لا يعيده لا لهذا الدائن ولا لغيره حتى يثبت غناه كما هو صريح عبارة النزازية المذكورة، وأيضاً إذا ثبت إعساره الحادث بشهادة تامة بعد خصومة كما مر فليس لقاض آخر حبسه ثانياً فيما يظهر لأنه يكون ثبوتاً فيتعدى، بخلاف ما إذا أطلقه بإخبار واحد. تأمل. وقدم الشارح في الوقف في صور من ينتصب خصماً عن غيره عدّ منها المديون إذا أثبت إعساره في وجه أحد الغرماء. قوله: (يريد تطويل حبسه) الظاهر أنه قيد باعتبار العادة، وإلا ففي غيبته تطويل حبسه وإن لم يرد ذلك، ولذا لم يقيد بذلك في عبارة الأشباه الآتية. أفاده ط. قوله: (وقدره) بالنصب عطفاً على الضمير المنصوب في «علمه». قوله: (أو كفيلاً) أي بالمال أو النفس. قوله: (إلا إذا ثبت إعساره) المناسب إسقاط «إلا» وعطفه بأو، والمراد بالثبوت الظهور ولو برأي القاضي أو إخبار عدل كما مر. قوله: (أبيع عرضي) انظر ما فائدة التقييد بالعرض، فإن العقار كذلك فيما يظهر، وكذا لو قال أمهلني ثلاثاً لأدفعه كما قدمناه عن شرح الوهبانية، وهذا أعم من أن يدفعه ببيع عرض أو عقار باستقراض أو استيهاب أو غير ذلك، ولا داعي إلى ما قاله المصنف في المنع من حله على المقيد هنا كما لا يخفى. قوله: (لإبلاء الأعدار) أي لاختبار مدعيها، ويحتمل أن الهمزة للسلب، والإبلاء بمعنى الإفناء: أي لإزالة الأعدار: يعني أنه لا عذر له بعدها فالثلاثة تبلي الأعدار وتفنيها ط. قوله: (وسيجيء تمامه في الحجر) قال المصنف والشارح هناك: والقاضي يحبس الحرّ المديون ليبيع ماله لدينه وقضى دراهم دينه من دراهمه: يعني بلا أمره، وكذا لو كانا دنانير وباع دنانيره بدراهم دينه وبالعكس استحساناً لاتحادهما في الثمنية لا يبيع القاضي عرضه ولا عقاره للمدين خلافاً لهما وبه: أي بقولهما يبيعهما للمدين يفتى. اختيار. وصححه في تصحيح القدوري وبييع كل ما لا يحتاجه للحال اهـ.

وحاصله: أنه إذا امتنع عن البيع يبيع عليه القاضي عرضه وعقاره وغيرهما. وفي

(ولم يمنع غرماءه عنه) على الظاهر فيلازمونه نهراً لا ليلاً، إلا أن يكتسب فيه ويستأجر للمرأة مرةً تلازمها. منية.

فرع: لو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة ففي حجر الهداية: يخبر الطالب إلا لضرر، وكلفه في البزازية الكفيل بالنفس وللطالب ملازمته بلا أمر قاض لو مقرأ بحقه (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه) لقيامها على النفي،

البزازية: وفرّج على صحة الحجر أنه يترك له دست من الثياب وبيع الباقي وتباع الحسنة ويشترى له الكفاية وبيع كانون الحديد ويشترى له من طين وبيع في الصيف ما يحتاجه للشتاء وعكسه. قوله: (ولم يمنع غرماءه عنه) عطف على قوله: «خلاه» وكان ينبغي ذكره عقبه. قوله: (على الظاهر) أي ظاهر الرواية وهو الصحيح. بحر.

مَطْلَبٌ فِي مَلَازِمَةِ الْمَدْيُونِ

قوله: (فيلازمونه الخ) قال في أنفع الوسائل: وبعد ما خلى القاضي سبيله فلصاحب الدين أن يلازمه في الصحيح. وأحسن الأقاويل في الملازمة ما روي عن محمد أنه قال: يلازمه في قيامه وعوده ولا يمنعه من الدخول على أهله ولا من الغداء والعشاء والوضوء والخلاء، وله أن يلازمه بنفسه وإخوانه وولده ممن أحب اه. وتماه في البحر. قوله: (لا ليلاً) لأنه ليس بوقت الكسب فلا يتوهم وقوع المال في يده، فالملازمة لا تفيد بحر عن المحيط. ويظهر منه أنه ليس له الملازمة في وقت لا يتوهم وقوع المال في يده فيه كما لو كان مريضاً مثلاً. تأمل. وأنه ليس له ملازمته ليلاً على قصد الإضجار، لأن الكلام فيما بعد ظهور عسرته وتخليته من الحبس والعلة في الملازمة إمكان قدرته على الوفاء بعد تخليته فيلازمه كي لا يخفيه. قوله: (ويستأجر للمرأة مرةً تلازمها. منية) عبارة منية المفتي: ولو كان المدعى عليه امرأة قيل يستأجر امرأة تلازمها وقيل له أن يلازمها ويجلس معها ويقبض على ثيابها بالنهار، أما بالليل فتلازمها النساء، فإن هربت ودخلت خربة لا بأس أن يدخل الرجل إذا كان يأمن على نفسه في ذلك ويكون بعيداً منها ويحفظها بعينه اه. ونقل الثاني في البحر عن الواقعات معللاً بأن له ضرورة في هذه الخلوة: أي الخلوة بالمرأة الأجنبية. قوله: (إلا لضرر) عبارة الهداية: إلا إذا علم القاضي أن بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره، فيحتنذ بحسه دفعاً للضرر اه.

قلت: والظاهر أن هذا فيمن لم يظهر للقاضي عسرته بعد حبسه، وإلا فكيف يحبس ثانياً بلا ظهور غناه أو هو مفروض فيما قبل الحبس أصلاً. قوله: (وكلفه في البزازية الكفيل بالنفس) الأولى بكفيل بالباء، وعبارة البزازية نقلاً عن الإمام محمد: وإن في ملازمته ذهاب قوله وعياله أكلفه أن يقيم كفيلاً بنفسه ثم يخلى سبيله. قوله: (ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل حبسه الخ) هذا مقابل قوله ثم بعد حبسه سأل عنه، وقد اختلف

وصححه عزمي زاده وصحح غيره قبولها، والمعول عليه رأيه كما مر، فإن علم إعساره قبلها وإلا لا. نهر فليحفظ (وبينة يساره أحق) من بينة إعساره بالقبول،

التصحيح في هذه المسألة: ففي الخانية عن ابن الفضل أن الصحيح القبول، وفي شرح أدب القضاء أن الصحيح عدمه، وأن عليه عامة المشايخ. واختار في الخانية أنه مفوض إلى رأي القاضي، فإن رأى أنه لين يقبل، وإن علم أنه وقح لا. قال في أنفع الوسائل: وكأنه أراد بقوله: «لين» أن يعتذر إليه ويتلطف معه، ويقوله: «وقح» أن يقول لو قعدت في الحبس كذا وكذا، لا يحصل لك مني شيء وآخرتي أخرج على رغمتك ونحو ذلك. ثم قال: وكان والذي يقول: ينبغي للقاضي إذا علم أن بينته عدول ممدودون في العدالة يقبل. قال: وهذا حسن أيضاً وعملي عليه، لأن العدل المتحري لا يشهد ما لم يقطع بفقره، بخلاف غيره ممن يحتاج إلى تزكية ولا يعرف القاضي تحريه ولا ديانته اه ملخصاً. وبقي ما إذا برهن على إفلاسه بعد حبسه قبل مضي المدة، وفي الخانية لا يقبل في الروايات الظاهرة إلا بعد مضي المدة اه. ومشى الإمام الخصاص في أدب القضاء على قبولها قبل مضي المدة. قوله: (وصححه عزمي زاده) ليس هو من أهل التصحيح ولكنه نقل عن الزيلعي أن عليه عامة المشايخ.

قلت: وعليه الكنز وغيره، وعلمت التصريح بتصحيحه، وعلله الزيلعي بأنها بينة على النفي فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس، وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب كما بينا اه. قوله: (والمعول عليه رأيه) أي رأي القاضي.

واعلم أن كلام النهر هنا غير محرر، فإنه قال بعد تعليل الزيلعي المذكور آنفاً: والمعول عليه رأيه كما مر عن شيخ الإسلام، وهذا هو إحدى الروايتين وهو اختيار العامة وهو الصحيح. قال ابن الفضل: الصحيح أنها تقبل. وقال قاضيخان: ينبغي أن يكون مفوضاً إلى رأي القاضي: إن علم يساره لا يقبلها، وإن علم إعساره قبلها اه. وبقي ما إذا لم يعلم من حاله شيئاً والظاهر أنه لا يقبلها اه ما في النهر. وفيه أن ما مر عن شيخ الإسلام هو ما قدمناه عنه في سؤال عن حالة المحبوس بعد تمام المدة وأنه لا يجب بل له أن يعمل بما يراه، ولا يخفى أن كلامنا هنا فيما قبل الحبس، وما نقله عن قاضيخان غير ما قدمناه عنه آنفاً، ولا يخفى ما فيه، فإنه إذا علم إعساره وكان ظاهراً يسأل عنه عاجلاً ويقبل بينته ويخلي سبيله كما قدمه الشارح والكلام هنا فيما إذا كان أمره مشكلاً كما في البزازية، حيث قال: وإن كان أمره مشكلاً هل يقبل البينة قبل الحبس؟ فيه روايتان.

مَطْلَبُ بَيِّنَةِ الْيَسَارِ أَحَقُّ مِنْ بَيِّنَةِ الْإِعْسَارِ عِنْدَ التَّعَارُضِ

قوله: (وبينة يساره أحق الخ) هذا ظاهر فيما يكون فيه القول للمديون إنه فقير، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر وذلك في بينة اليسار. أما القسم الأول وهو ما يكون

لأن اليسار عارض واليمينات للإثبات. نعم لو بين سبب إعساره وشهدوا به فتقدم لإثباتها أمراً عارضاً. فتح بحثاً. واعتمده في النهر. وفي القنية: إن لم يبينوا مقدار ما يملك قبلت

وإلا لم يمكن قبولها لأنها قامت للمحبوس وهو منكر، والبينة متى قامت للمنكر لا

القول فيه للمدعي بأن كان الدين ملتزماً بمقابلة مال أو بعقد فلا يظهر، لأن الأصل فيه اليسار، بل الظاهر تقدم بينة الإعسار لإثباتها خلاف الظاهر، ولم أر من فصل بل كلامهم هنا مجمل، فلي تأمل. قوله: (لأن اليسار عارض) فإن الآدمي يولد ولا مال له كما مر، لكن إذا تحقق دخول المبيع في يده صار اليسار هو الأصل فينبغي ترجيح بينة الإعسار كما قلنا. تأمل. قوله: (نعم لو بين الخ) عبارة الفتح هكذا: وكلما تعارضت بينة اليسار والإعسار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم، اللهم إلا أن يدعي أنه موسر وهو يقول أعسرت من بعد ذلك وأقام بذلك بينة فإنها تقدم، لأن معها علماً بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال اهـ.

قال في البحر: والظاهر أنه بحث منه، وليس بصحيح لجواز حدوث اليسار بعد إعساره الذي ادعاه اهـ ورده المقدسي بقوله: وهذا تجرّ من غير تخر^(١) اهـ.

قلت: ووجهه أولاً منع كونه بحثاً بل ظاهر كلام الفتح أنه منقول، كيف وهو موافق لما قدمناه عن أنفع الوسائل عن النهاية عند قول الشارح «إلا إذا تنازعا» وثانياً ما قاله في النهر: من أنه ينبغي أن يكون معناه أنه بين سبب الإعسار وشهدوا به؛ وما في البحر مدفوع بأنهم لم يشهدوا بيسار حادث، بل بما هو سابق على الإعسار الحادث، وبينة الإعسار تحدث أمراً عارضاً اهـ. لكن يظهر لي أن بيان سبب الإعسار غير لازم، بل يكفي قولهم إنه أعسر بعد ذلك. تأمل.

تنبه: قال البيري وفي أوضح رمز ناقلاً عن المستصفي: واعلم أن بينة الإعسار إنما تقبل إذا قالوا إنه كثير العيال وضيق الحال، أما إذا قالوا لا مال له لا تقبل اهـ. قوله: (فتقدم) الأولى حذف الفاء ط. قوله: (قبلت) لأن المقصود منها دوام الحبس عليه. بحر عن البرازية. قوله (وإلا الخ) أي بأن يبينوا مقدار ما يملك لم يمكن قبولها. قوله (لأنها قامت للمحبوس الخ) أي على إثبات ملكه لقدر معين. قال في القنية: وقولهم: أي الشهود إنه موسر كذلك فيقبل اهـ.

قلت: وحاصله أن الشهود لو قالوا إنه يملك الشيء الفلاني مثلاً لا تقبل، لأنه يقول لا أملك شيئاً وهم يشهدون له بأن ذلك الشيء ملكه، والبينة لا تقبل للمنكر بل

(١) في ط قوله (وهذا تجرّ من غير تخرّ) الأول بالجيم من الجراءة، وهي الإقدام على الشيء بلا ترو، والثاني بالخاء المهملة، وهو طلب الأمر الأخرى: أي الأوفق.

تقبل (وأبد حبس المוסر) لأنه جزاء الظلم.

قلت: وسيجيء في الحجر أنه يباع ماله لدينه عندهما، وبه يفتى، وحيثذ فلا يتأبد حبسه، فتنبه (ولا يجبس لما مضى من نفقة زوجته وولده) إذا ادعى الفقر وإن قضى بها لأنها ليست بدل مال ولا لزمته بعقد على ما مر، حتى لو برهنت على يساره حبس بطلبها (بل يجبس إذا) برهنت على يساره بطلبها كما لو (أبى أن ينفق عليهما) أو على أصوله

تقبل عليه، وهذه شهادة له صريحاً وتتضمن الشهادة عليه بيساره إدامة حبسه، وإذا بطل الصريح بطل ما في ضمنه، بخلاف قولهم إنه موسر فإنها شهادة عليه صريحاً، وإن كان قولهم إنه موسر يتضمن الشهادة بأنه يملك قدر الدين أو أكثر فإنها ليست بشهادة له، إذ ليس فيها إثبات شيء معين أو مقدار قدر الدين لأن اليسار أعم، وأيضاً فإنها ضمنية لا صريحة، بل الصريح منها قصد إدامة حبسه، فافهم. قوله (وسيجيء في الحجر) قدمنا عبارته فيه. قوله: (وحيثذ فلا يتأبد حبسه) أي على قولهما، وكذا على قوله إن كان ماله غير عقار ولا عرض بل كان من الأثمان ولو خلاف جنس الدين كما قدمناه. قوله: (ولا يجبس لما مضى النخ) اعلم أن نفقة الزوجة لا تصير ديناً على الزوج إلا بالقضاء أو الرضا، فإذا مضت مدة قبل القضاء أو الرضا سقطت عنه، والمراد بالمدة شهر فأكثر، وكذا نفقة الولد الصغير الفقير، وأما نفقة سائر الأقارب فإنها تسقط بالمضي، ولو بعد القضاء أو الرضا، إلا إذا كانت مستدانة بأمر قاض فلا تسقط بالمضي، هذا حاصل ما قدمه الشارح في النفقات. لكن ما ذكره من كون الصغير كالزوجة نقله هناك عن الزيلي، وقدمنا هناك أنه مخالف لإطلاق المتون والشروح، ولما صرح به في الهداية والذخيرة وشرح أدب القضاء والحانية من أن نفقة الولد والوالدين والأرحام إذا قضى بها ومضت مدة سقطت. قوله (وإن قضى بها) أفاد أنه إذا لم يقض بها لا يجبس بها بالأولى لأنها لم تصر ديناً أصلاً، وأما إذا قضى بها ومثله الرضا فلأنها ليست بدل مال ولا ملتزمة بعقد على ما مر: أي في قوله: لا يجبس في غيره إن ادعى الفقر كما مر تقريره. قوله: (حتى لو برهنت النخ) المناسب حذفه والاختصار على ما بعده لثلا يتكرر. قوله (حبس بطلبها) أي بطلبها حبسه إن كانت النفقة مقضياً بها أو متراضى عليها. قوله: (كما لو أبى أن ينفق عليهما) أي كما يجبس المוסر لو امتنع من الإنفاق على زوجته وولده الفقير الصغير كما في السراج، وفهم في البحر أنه قيد احترازي عن البالغ الزمن الفقير، وقال: وفيه تأمل لا يخفى. قال في المنح: وليس كذلك، فإنه في معنى الصغير كما لا يخفى، فيحبس أبوه إذا امتنع من الإنفاق عليه كما هو الظاهر اهـ.

وفي الفتح: ويتحقق الامتناع بأن تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة، وإن

وفروعه فيحبس إحياء لهم . بحر .

قلت: وهل يحبس لمحرمه لو أبى؟ لم أره، وظاهر تقييدهم لا، لكن ما مر عن الأشباه لا يضرب المحبوس إلا في ثلاث يفيدته، فتأمل عند الفتوى، وسيجيء حبس الولي بدين الصغير (لا) يحبس (أصل) وإن علا (في دين فرعه) بل يقضي القاضي دينه

كان مقدار النفقة قليلاً كالدائق إذا رأى القاضي ذلك، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبسه، لأن العقوبة تستحق بالظلم، وهو بالمنع بعد الوجوب ولم يتحقق، وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإتفاق، 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 فرافعته يأمره بالقسم وعدم الجور، فإن ذهب ولم يقسم فرافعته أوجعه عقوبة، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل به ضرر كبير اهـ. قوله: (وفروعه) أي وبقيه فروعه كالإناث والولد البالغ الزمن، وهذا بناء على ما مر من أن الصغير غير قيد. قوله: (وهل يحبس لمحرمه لو أبى لم أره) أصل التوقف لصاحب الشرنبلالية.

قلت: إذا حبس الأب فغيره بالأولى، مع أننا قدمنا في آخر النفقات التصريح بذلك عن البدائع فإنه قال: ويحبس في نفقة الأقارب كالزوجات، أما غير الأب فلا شك فيه، وأما الأب فلأن في النفقة ضرورة دفع الهلاك عن الولد ولأنها تسقط بمضي الزمان، فلو لم يحبس سقط حق الولد رأساً فكان في حبسه دفع الهلاك واستدراك الحق عن الفوات، لأن حبسه يحمله على الأداء اهـ. وقدما هناك أن هذا خلاف ما عزاه الشارح إلى البدائع. قوله: (وظاهر تقييدهم) أي بالولد، فإن عبارة الكنز وغيره: ويحبس الرجل بنفقة زوجته لا في دين ولده، إلا إذا امتنع من الإتفاق عليه، ولا يخفى أنها لا تفيد عدم الحبس في نفقة غير الولد. قوله: (لكن ما مر) أي في أول الباب. قوله: (يفيد حبسه بالامتناع عن نفقة القريب المحرم حيث عبر بالمحبوس. قوله: (فتأمل عند الفتوى) أي حيث حصل الاضطراب في فهم هذا الحكم من كلامهم فلا تعجل في الفتوى.

قلت: وبما نقلناه عن البدائع زال الاضطراب واتضح الجواب، فافهم. قوله: (وسيجيء) أي في آخر الباب، ويأتي الكلام عليه. قوله: (لا يحبس أهل الخ) أي ولو جد الأم لأنه لا قصاص عليه بقتل ولد بنته، فكذا لا يحبس بدينه، وقيد بالأصل لأن الولد يحبس بدين أصله، وكذا القريب بدين قريبه كما في الخانية. بحر. وسيدكر الشارح آخر الباب نظماً جماعة ممن لا يحبس وسيأتي عدتهم عشرة. قوله: (بل يقضي القاضي الخ) أفاد أنه لا فرق في عدم الحبس بين الموسر والمعسر، لكن يبيع القاضي مال الأب لقضاء

من عين ماله أو قيمته، والصحيح عندهما بيع عقاره كمنقوله. بحر فليحفظ (ولا يستخلف قاض) نائباً (إلا إذا فوّض إليه) صريحاً كوّل من شئت أو دلالة كجعلتك قاضي القضاة، والدلالة هنا أقوى لأن في الصريح المذكور يملك الاستخلاف لا العزل، وفي الدلالة يملكهما

دين ابنه إذا امتنع، لأنه لا طريق له إلا البيع وإلا ضاع. أفاده في البحر. وذكر في جواهر الفتاوى: لا يجبس الأب إلا إذا تمرد على الحاكم اهـ. لكن ما ذكر من أن القاضي يقضي دينه يغني عن حبسه ذكره الرملي عن المصنف. قوله: (من عين ماله) أي إن كان من جنس الدين، وقوله: «أو قيمته» أي إن كان من غير جنسه، كما لو كان الدين دراهم والمال دنائير فتباع الدنائير بالدراهم ويقضي بها الدين عند الإمام وصاحبيه. قوله: (والصحيح الخ) مقابله أنه يبيع عندهما المنقول دون العقار، وأما عنده فلا يبيع المنقول ولا العقار، وقدمنا أن المتى به قولهما.

مَطْلَبٌ فِي اسْتِخْلَافِ الْقَاضِي نَائِباً عَنْهُ

قوله: (ولا يستخلف قاض الخ) أي ولو بعذر. بحر عن العناية، فدخل فيه ما لو وقعت له حادثة فلا يستخلف بلا تفويض. ففي البحر عن السراجية: القاضي إذا وقعت له حادثة أو لولده فأناج غيره وكان من أهل الإنابة وتخاصما عنده وقضى له أو لولده جاز. ثم قال: وقد سئلت عن صحة تولية القاضي ابنه قاضياً حيث كان مأذوناً له بالاستخلاف فأجبت بنعم، وشمل إطلاقه الاستخلاف ما إذا كان مذهب الخليفة موافقاً لمذهبه أو مخالفاً. ثم قال: وظاهر إطلاقهم أن المأذون له بالاستخلاف يملكه قبل الوصول إلى محل قضائه، وقد جرت عادتهم بذلك، وسئلت عنه فأجبت بذلك اهـ. ثم نقل عن شرح أدب القضاء أنه ذكر في موضع أن القاضي إنما يصير قاضياً إذا بلغ إلى الموضع؛ ألا ترى أن الأول لا ينزل ما لم يبلغ هو البلد، وفي موضع آخر: ينبغي له أن يقدم نائبه قبل وصوله ليتعرف عن أحوال الناس اهـ. فالأول يفيد أنه لا يملكه قبل وصوله، إلا أن يقال: إن قاضي القضاة مأذون بذلك من السلطان، وهو الواقع الآن اهـ ملخصاً.

قلت: وما نقله ثانياً صريح في أن له الإنابة قبل وصوله، والتعليل بالتعرف عن أحوال الناس لا ينافي أن للنائب القضاء قبل وصول المنيب، لأن التعرف يكون بالقضاء، فحيث إذا وصل نائبه فالظاهر انعزال الأول، لأن النائب قائم مقام المنيب، وقد عللوا لعدم انعزال الأول قبل وصول الثاني بصيانة المسلمين عن تعطيل قضاياهم وبوصول نائب الثاني لا تتعطل قضاياهم، وحيث كان الواقع الآن هو الإذن من السلطان فلا كلام، وبه اندفع ما قيل إنه لا يعول على ما أفتى به في البحر. قوله: (إلا إذا فوّض إليه) ومثله نائب القاضي. قال في البحر وفي الخلاصة: الخليفة إذا أذن للقاضي في الاستخلاف فاستخلف

كقوله ولّ من شئت واستبدل أو استخلف من شئت، فإن قاضي القضاء هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) فإنه يستخلف بلا تفويض للإذن دلالة. ابن ملك وغيره. وما ذكره من لا خسرو، قال في البحر: لا أصل له، وإنما هو فهم فهمه من بعض العبارات، وقد مر في الجمعة (نائب

رجلاً وأذن له في الاستخلاف جاز له الاستخلاف ثم وثم اه. قوله: (ولّ من شئت واستبدل) هذا تنظير لا تمثيل: أي فإنه في الدلالة يملك الاستخلاف والعزل نظير ما لو صرح بهما. قوله: (أو استخلف من شئت) لا يصح عطفه على قوله: «واستبدل» لأنه يقتضي أنه لو قال ولّ من شئت واستخلف من شئت يملك العزل أيضاً، وليس كذلك لأن استخلف بمعنى ولّ، بل نص في البحر في هذه الصورة على أنه لا يملك العزل فتعين عطفه على قوله: «ولّ» وعليه فكان المناسب أن يقول كقوله ولّ أو استخلف من شئت واستبدل. قوله: (فإن قاضي القضاة الخ) في موضع التعليل لقوله: «وفي الدلالة يملكها». قوله (فيهم) أي في القضاة. قوله: (تقليداً وعزلاً) تفسير للإطلاق. قوله: (فإنه يستخلف بلا تفويض) فإن كان قبل شروعه لحدث أصابه لم يجوز أن يستخلف إلا من كان شهد الخطبة، وإن بعد الشروع فاستخلف من لم يشهدها جاز. نهر: أي لأنه بان وليس بمفتح والخطبة شرط الافتتاح، وقد وجد في حق الأصل. فتح واعتراض بما لو استخلف شخصاً لم يشهد الخطبة ثم أفسد صلته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه يجوز. وأجيب بأنه لما صح شروعه فيها وصار خليفة للأول التحق بمن شهدها، واستظهر في العناية الجواب بإخافه بالباقي لتقدم شروعه فيها. قوله: (للإذن دلالة) لأن المولى عالم بتوقتها، وأنه إذا عرض عارض فانت لا إلى خلف، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض^(١) فتح. قال في النهر: وهو ظاهر في جواز الاستخلاف للمرض ونحوه، وتقييد الزيلعي بالحدث لا دليل عليه، وقدمنا في الجمعة مسألة الاستنابة بغير عذر فارجع إليه اه.

وحاصل ما مر في الجمعة أنه قيل: لا يصح الاستخلاف بلا إذن السلطان إلا إذا سبقه الحدث فيها. وقيل إن لضرورة جاز: أي لحدث أو غيره، وإلا فلا. وقيل يجوز مطلقاً، وعليه مشى في شرح المنية والبحر والنهر، وكذا الشرنبلالي والمصنف والشارح. قوله: (وما ذكره من لا خسرو) أي في الدرر والغرر من باب الجمعة من أنه لا يستخلف للصلاة ابتداء بل بعد ما أحدث، إلا إذا كان مأذوناً من السلطان بالاستخلاف اه. وهو ما مر عن الزيلعي. قوله: (وقد مر في الجمعة) ومر أيضاً هناك عن العلامة محب الدين بن جرباش في النجعة في تعداد الجمعة أن إذن السلطان بإقامة الخطبة شرط أول مرة للباقي،

(١) في ط قوله (غرض للأعراض) الأول بالغين المجمة، وهو الهدف الذي يرمي إليه والثاني بالمهملة جمع عرض بمعنى عارض، فالإنسان مشبه بالهدف، والأعراض مشبه بالسهم.

القاضي المفوض إليه الاستنابة) فقط لا العزل (نائب عن الأصل) وهو السلطان،
وحيث (فلا يملك أن يعزله القاضي بغير تفويض منه) للعزل أيضاً كوكيل وكل (و)
كذا (لا يعزّل) أيضاً فعزله ولا بموته ولا بموت السلطان بل بعزله. زيلعي وعيني
وابن ملك وغيرهم في الوكالة. واعتمده في الدرر والملتقى. وفي البزازية: وعليه
الفتوى، وتماه في الأشباه. وفي فتاوى المصنف: وهذا هو المعتمد في المذهب، لا

فيكون الإذن منسحباً لتولية النظار الخطباء وإقامة الخطيب نائباً، ولا يشترط الإذن لكل
خطيب اه بحر. وقدما هناك نحوه عن فتاوي ابن الجلبلي وذكرنا هناك أن معناه أن إذن
السلطان شرط في أول مرة، فإذا أذن لشخص بإقامتها كان له الإذن لآخر، وللآخر الإذن
لآخر وهكذا، وليس المراد أن إذن السلطان بإقامتها أول مرة يكون إذناً لكل من أراد
إقامتها في ذلك المسجد بدون إذن من السلطان أو من مأذونه كما يوهمه ظاهر العبارة،
وتقدم تمامه فراجع. قوله: (المفوض إليه) بالجر نعت للقاضي. قوله: (بغير تفويض منه)
أي من السلطان. درر. قوله: (كوكيل وكل) أي بإذن الموكل فإنه لا يملك عزله ولا
يعزّل بموته، ويعزّلان بموت الموكل، بخلاف الوصي حيث يملك الإيصاء إلى غيره،
ويملك التوكيل والعزل في حياته لرضا الموصي بذلك دلالة لعجزه. بحر. قوله: (وكذا
لا يعزّل أيضاً بعزله) أي لا يعزّل النائب بعزل القاضي: أي بعزل السلطان له. قوله:
(ولا بموته) أي موت القاضي المستناب. قوله: (ولا بموت السلطان) أي لا يعزّل النائب
به كما لا يعزّل المستناب، بخلاف موت الموكل فإنه يعزّل به الوكيل، والفرق كما في
وكالة الزيلعي أن السلطان عامل للمسلمين فلا يعزّل بموته القاضي الذي ولاه هو أو
ولاه القاضي بإذنه، والموكل عامل لنفسه فيعزّل وكيله بموته لبطان حقه. قوله: (بل
بعزله) أي بعزل السلطان للنائب. قوله: (واعتمده في الدرر) أي في متنها حيث قال: ولا
يعزّل: أي نائب القاضي بخروجه: أي القاضي عن القضاء، وقال في الملتقى: فنائبه لا
يعزّل بعزله ولا بموته، بل هو نائب السلطان الأصيل اه. فالضمير راجع إلى عدم عزل
النائب بموته القاضي أو بعزله ط. قوله: (وتماه في الأشباه) قال فيها: فتحرر من ذلك
اختلاف المشايخ في انعزال النائب بعزل القاضي وموته، وقول البزازية: الفتوى على أنه لا
يعزّل بعزل القاضي، يدل على أن الفتوى على أنه لا يعزّل بموته بالأولى؛ ثم نقل عن
التاترخانية: القاضي رسول عن السلطان في نصب النواب اه ط. قوله: (وفي فتاوى
المصنف الخ) حيث سئل عما ذكره ابن الغرس، من أن نائب القاضي في زماننا يعزّل
بعزله أو بموته فإنه نائبه من كل وجه. أجب: لا يعتمد على ما ذكره ابن الغرس لمخالفته
للمذهب، فقد نقل الثقات أن النائب يعزّل بعزل الأصيل ولا بموته. قال الزيلعي: من
كتاب الوكالة لا يملك القاضي الاستخلاف إلا بإذن الخليفة، ثم لا يعزّل بعزل القاضي

ما ذكره ابن الغرس لمخالفته للمذهب (ونائب غيره) أي غير المفوض إليه (إن قضى عنده أو) في غيبته و (أجازه) القاضي (صح) قضاؤه لو أهلاً، بل لو قضى فضولي أو هو في غير نوبته وأجازه جاز، لأن المقصود حصول رأيه. بحر. قال: وبه علم دخول الفضولي في القضاء.

فرع: في الأشباه والمنظومة المحبية: لو فوّض لعبد ففوض لغيره صح، ولو حكم بنفسه لم يصح، ولو عتق فقضى صح، بخلاف صبيّ بلغ (وإذا رفع إليه حكم قاض) خرج المحكم ودخل الميت والمعزول والمخالف لرأيه لأنه نكرة في سياق

الأول ولا بموته، وينعزلان بعزل الخليفة لهما ولا ينعزلان بموته، وهو المعتمد في المذهب، ولم نر خلافاً في المسألة، والله سبحانه أعلم اهـ. لكن الخلاف موجود كما مر عن الأشباه. قوله: (صح قضاؤه لو أهلاً) في التاترخانية عن المحيط: ولو أن السلطان لم يأذن له في الاستخلاف، فأمر رجلاً فحكم بين اثنين لم يميز حكمه، ثم إن القاضي لو أجاز ذلك الحكم ينظر: إن كان بحال يجوز حكمه لو كان قاضياً جاز إمضاء القاضي حكمه، وإن كان بحال لا يجوز حكمه لو كان قاضياً ينظر: إن كان ممن يختلف فيه الفقهاء كالمحدود في القذف جاز إمضاؤه ذلك، وإن كان عبداً أو صبيّاً لم يميز. قوله: (بل لو قضى فضولي) أي من غير استخلاف أصلاً. قوله: (أو هو) أي القاضي كما لو كان مولى في كل أسبوع يومين، فقضى في غير اليومين توقف قضاؤه، فإن أجازه في نوبته جاز. جامع الفصولين. قوله: (في القضاء) أي ليس خاصاً بعقد نحو البيع والنكاح. قوله: (ففوّض لغيره صح) ظاهره ولو بدون الإذن الصريح، لأنه مأذون دلالة للعلم بأن قضاءه بنفسه لا يصح. تأمل. قوله: (ولو عتق الخ) ومثله لو فرض لكافر فأسلم فهو على قضائه عند محمد كما قدمناه عند قوله: «أهله أهل الشهادة» وقدمنا هناك وجه الفرق بينهما وبين الصبيّ، حيث يحتاج إلى تجديد التفويض. قوله: (خرج المحكم) فإنه إذا رفع حكمه إلى قاض أمضاه إن وافق مذهبه، وإلا أبطله لأن حكمه لا يرفع خلافاً كما يأتي في التحكيم ح. قوله: (ودخل الميت الخ) وكذا قاضي البغاة، فإذا رفع إلى قاضي العدل نفذه كما ذكره الشارح عند قول المصنف فيما مر «ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر وأهل البغي» وقدمنا فيه ثلاثة أقوال، وأن المعتمد أنه ينفذه وافق رأيه أو لا، فافهم. قوله: (والمخالف لرأيه) أي رأي القاضي المرفوع إليه الحكم، لكن فيه تفصيل يأتي قريباً، وأما لو كان القاضي الأول حكم بخلاف رأيه، فسيأتي في قول المصنف «قضى في مجتهد فيه الخ».

مَطْلَبٌ فِي عُمُومِ النَّكَرَةِ فِي سِيَاقِ الشَّرْطِ

قوله: (لأنه نكرة الخ) تعليل لقوله: «ودخل الخ» قصد به الرد على الزيلعي حيث

الشرط فتعم، فافهم (آخر) قيد اتفاقي إذ حكم نفسه قبل ذلك كذلك. ابن كمال (نقله) أي ألزم الحكم والعمل بمقتضاه لو مجتهداً فيه

ذكر أن كلام المصنف يوهم اختصاصه بما إذا كان موافقاً لرأيه، وقد تبع الشارح في هذا التعليل صاحب البحر. وفيه نظر، وكان المناسب أن يقول بدله لأنه مطلق عن التقييد. أما العموم فممنوع لما صرحوا به في كتب الأصول كالتحرير وغيره من أن النكرة إنما تعم نصاً إذا وقعت في سياق النفي، ومنه وقوعها في الشرط الميثب إذا كان يميناً، لأنها تكون على النفي كقوله: إن كلمت رجلاً فعبدي حرّاً، فإن الحلف على نفيه، فالعنى: لا أكلم رجلاً، فهي نكرة في سياق النفي فتعم. ولهذا لا تعم في الشرط الميثب، مثل: إن لم أكلم رجلاً، لأنه على الإثبات، كأنه قال: لأكلمن رجلاً فلا تعم. وأما الشرط في غير اليمين مثل: إن جاءك رجل فأطعمه فليس نصاً في العموم، ومثله ما نحن فيه فافهم.

مَطْلَبٌ: مَا يُتَّقَدُ مِنَ الْقَضَاءِ وَمَا لَا يُتَّقَدُ

قوله: (إذ حكم نفسه قبل ذلك) أي قبل الرفع إليه كذلك: أي كحكم قاض آخر في أنه ينفذه إذا رفع إليه، ويكون هذا رافعاً للخلاف فيه، ولا يحتاج في نفوذه على المخالف إلى قاض آخر، لكن ذكر ذلك ابن الغرس سؤالاً، وأجاب عنه بأنه لا يصح، لأنه غير ممكن شرعاً، إذ القاضي لا يقضي لنفسه بالإجماع، والحكم به حكم بصحة فعل نفس فيلغو اهـ.

قلت: هذا ظاهر بالنسبة إلى رفع الخلاف، أما بالنسبة إلى منع الخصم وإلزامه به فلا، فتأمل. قوله: (نقله) أي يجب عليه تنفيذه (قوله لو مجتهداً فيه) بنصب «مجتهداً» خبراً لكان المقدرة بعد «الواو» واسمها ضمير عائد إلى حكم العائد إليه ضمير نقله.

ثم اعلم أنهم قسموا الحكم ثلاثة أقسام: قسم يرد بكل حال، وهو ما خالف النص أو الإجماع كما يأتي وقسم يمضي بكل حال، وهو الحكم في محل الاجتهاد بأن يكون الخلاف في المسألة وسبب القضاء، وأمثله كثيرة، منها: لو قضى بشهادة المحدودين بالقتل بعد التوبة وكان يراه كشافعي؛ فإذا رفع إلى قاض آخر لا يراه كحنفي يمضيه ولا يبطله، وكذا لو قضى لامرأة بشهادة زوجها وآخر أجنبي فرفع لمن لا يميز هذه الشهادة أمضاه، لأن الأول قضى بمجتهده فيه فينفذ لأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا؟ فالخلاف في المسألة وسبب الحكم لا في نفس الحكم، وكذا لو سمع البينة على الغائب بلا وكيل عنه وقضى بها ينفذ، لأن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن البينة هل تكون حجة بلا خصم حاضر، فإذا رآها صح. وسيأتي اختلاف الترجيح في الأخيرة. وقسم اختلفوا فيه: وهو الحكم المجتهد فيه وهو ما يقع الخلاف فيه بعد وجود الحكم، فقبل ينفذ، وقيل يتوقف على إمضاء قاض آخر وهو

عالمًا باختلاف الفقهاء فيه، فلو لم يعلم لم يجز قضاؤه ولا يمضيه الثاني في ظاهر المذهب. زيلعي وعيني وابن كمال. لكن في الخلاصة: ويفتى بخلافه وكأنه

الصحيح كما في الزيلعي وغيره، وبه جزم في الخانية. وحكى ابن الشحنة في رسالته المؤلفة في الشهادة على الخط عن جده ترجيح الأول، فإذا رفع إلى الثاني فأمضاه يصير كأن القاضي الثاني حكم في فصل مجتهد فيه فليس للثالث نقضه، ولو أبطله الثاني بطل، وليس لأحد أن يميزه، كما لو قضى لولده على أجنبي أو لامرأته أو كان القاضي محدوداً في قذف، لأن نفس القضاء مختلف فيه، وسيشير الشارح إلى القسم الأخير، وتام الكلام على ذلك في رسالة ابن الشحنة المذكورة والبرازية، وسيأتي له مزيد تحقيق. قوله: (عالمًا) حال من قول المصنف «قاضي آخر» وساغ مجيء الحال منه وهو نكرة لتخصيصها بالوصف وهو آخر، ولا يصح كونه خبراً بعد خبر لكان المقدرة بعد «لو» في قوله: «لو مجتهداً فيه» لأن الضمير المستتر فيها عائد إلى الحكم كما علمت، فيلزم أن يكون الضمير المستتر في «عالمًا» عائداً إلى الحكم أيضاً، ولا يصح.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي قَوْلِهِمْ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الْقَاضِي عَالِمًا بِأَخْتِلَافِ الْفُقَهَاءِ

قوله: (عالمًا باختلاف الفقهاء فيه الخ) أقول: ذكر ذلك أيضاً في البحر، فذكر أن هذا شرط نفاذ القضاء في ظاهر المذهب؛ ثم ذكر عبارة الخلاصة، ثم قال: والتحقيق المعتمد أن علمه بكون ما حكم به مجتهداً فيه شرط، وأما علمه بكون المسألة اجتهادية فلا، ويدل عليه ما في الفتاوى الصغرى اه. ثم ذكر مسألة قضاء القاضي مخالفاً لرأيه، وأطال الكلام عليها. وسيذكرها المصنف في قوله: «قضى في مجتهد فيه» بخلاف رأيه الخ، ويأتي الكلام عليها، وهذه غير مسألة اشتراط العلم التي نحن فيها ولم يوفها صاحب البحر حقها، حتى اشتبهت على بعض المحشين فتكلم عليها بما قالوه في المسألة الثانية الآتية، مع أنهما مسألتان متغايرتان، فافهم. ومسألة اشتراط العلم وقع فيها نزاع، وقد ألفت فيها العلامة المحقق الشيخ قاسم رسالة:

حاصلها: أن وضع المسألة المذكورة في قضاء القاضي المجتهد في حادثة له فيها رأي مقرر قبل قضاؤه في تلك الحادثة التي قصد فيها المتفق عليه، فحصل حكمه في المحل المختلف فيه وهو لا يعلم، ثم بان أن قضاؤه هذا على خلاف رأيه المقرر قبل هذه الحادثة، فحيث لا ينفذ قضاؤه؛ وأما إذا وافق قضاؤه رأيه في المسألة ولم يعلم حال قضاؤه أن فيها خلافاً، فلم يقل أحد من علماء الإسلام بأنه لا ينفذ قضاؤه، خلافاً لمن زعم ذلك، وبيان ذلك بالنصوص الصريحة منها قول الإمام حسام الدين الشهيد في الفتاوى الصغرى: إذا قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا ينفذ، فإنه ذكر في السير الكبير: رجل مات وله مدبرون حتى عتقوا، ثم جاء رجل وأثبت ديناً على الميت، فباعهم القاضي على

ظن أنهم عبيد وقضى بجوازه ثم ظهر أنهم مدبرون كان قضاؤه بذلك باطلاً، وإن مضى في فصل مجتهد فيه وهو جواز بيع المدبر، لكن لما لم يعلم بذلك كان باطلاً اهـ.

فعلم أن الضابط أخذ من فرع وقع فيه القضاء على خلاف رأيه السابق، وهو أن المدبر لا يباع، فلذا كان قضاؤه باطلاً، وعدم العلم دليل بقاء رأيه السابق؛ أما لو كان عالماً وقضى على خلاف رأيه السابق حمل على تبدل اجتهاده بدليل ما في السير الكبير في باب الفداء الذي يرجع إلى أهله حيث قال: مات وله رقيق وعليه دين كثير، فباع القاضي رقيقه وقضى دينه، ثم قامت البيعة لبعضهم أن مولاه كان دبره، فإن بيع القاضي فيه يكون باطلاً؛ ولو كان القاضي عالماً بتدبيره واجتهد وأبطل تدبيره لكونه وصية وباعه في الدين ثم ولي قاض آخر يرى ذلك خطأ فإنه ينفذ قضاء الأول الخ، فعلم أن عدم الأخذ ليس هو لعدم العلم بل لكونه بيع الحر. وقال الحسام أيضاً: قال في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا قضى القاضي بشهادة محدودين في قذف وهو لا يعلم بذلك ثم ظهر لا ينفذ قضاؤه، وهو محمول على محدودين شهدا بعد التوبة كما في قضاء شرح الجامع، ومن المعلوم أن قضاء هذا على خلاف رأيه المقرر قبل ذلك فلذا لم ينفذ، فعدم النفاذ لعدم صحة الشهادة لا لعدم العلم، فإذا ظهر أن هذا في قضاء القاضي المجتهد، وأن اعتبار العلم وعدمه إنما هو للدلالة على البقاء على الاجتهاد الأول أو تبدله، وأنه لو كان على وفق رأيه نفذ، وإن لم يعلم بالخلاف ظهر لك أن اعتبار هذا في القاضي المقلد جهالة فاحشة، وخرق لما أجمعت عليه الأمة في أن المقلد إذا قضى بقول إمامه مستوفياً للشروط نفذ قضاؤه، سواء علم أن في المسألة خلافاً أو لا، وصار المختلف فيه بقاؤه متفقاً عليه كما صرحت به نصوص المختصرات والمطولات وامتنع نقضه بالإجماع. هذا خلاصة ما في تلك الرسالة.

وحاصله: أن اشتراط كون القاضي المجتهد عالماً بالخلاف إنما هو لبيان أن الموضع المختلف فيه الذي لم يقصد الحكم به لعدم علمه به كصحة بيع المدبر، وقبول شهادة المحدود لا يصير محكوماً به في ضمن الحكم الذي قصده وهو بيع عبد المديون لقضاء دينه، وقبول شهادة العدل في الصورتين السابقتين ونحوهما، إذ لا وجه لصيرورته محكوماً به مع عدم علمه به وقصد له ومع كونه مخالفاً لرأيه، بخلاف ما إذا كان عالماً به وقصد الحكم به، فإنه وإن خالف رأيه يصح حكمه به، ويكون ذلك رجوعاً عن رأيه السابق لتغير اجتهاده فينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أمضاه، وهذا كلام في غاية التحقيق، وحيث كان هذا هو ظاهر الرواية فلا يعدل عنه، وكان صاحب الخلاصة فهم أن المراد اشتراط علمه بالخلاف فيما قصد الحكم به أو لم يقصد فلذا قال: ويفتي بخلافه، ولا سيما إن كان فهم أيضاً أنه شرط في المجتهد وغيره، إذ لا شك في عسر ذلك ولا سيما على قضاة

تيسيراً، فليحفظ بعد دعوى صحيحة من خصم على خصم حاضر، وإلا كان إفتاء فيحكم بمذهبه لا غير. بحر. وسيجيء آخر الكتاب. وأنه إذا ارتاب في حكم الأول له طلب شهود الأصل، قال: وبه عرف أن تنافيذ زماننا لا تعتبر لترك ما ذكر،

زماننا فافهم، والله سبحانه أعلم. قوله: (بعد دعوى صحيحة الخ) الظرف متعلق بحكم في قوله: «حكم قاض» أو بمحذوف خبر أيضاً لكن المقطرة بعد «لو» في قوله: «لو مجتهداً فيه» قال في البحر أول كتاب القضاء: فإن فقد هذا الشرط لم يكن حكماً وإنما هو إفتاء، صرح به الإمام السرخسي؛ وبأنه شرط لنفاذ القضاء في المجتهدات.

ونقل الشيخ قاسم في فتاواه الإجماع عليه. ثم قال هنا في البحر: فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحة كما صرح به العمادي والبيزاني، وقالوا: حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء لأنه فتوى اهـ. فلو رفع إلى حنفي قضاء مالكي بلا دعوى لم يلتفت إليه ويحكم بمقتضى مذهبه، ولا بد في إمضاء الثاني لحكم الأول من الدعوى أيضاً كما سمعت اهـ: أي لا بد في حكم الثاني إذا رفع إليه حكم الأول من أن يكون أيضاً بعد دعوى صحيحة كما نقله قبله عن البيزانية، وهذه الدعوى والخصومة تسمى الحادث لحدوثها عند القاضي ليحكم بها، بخلاف ما كان من لوازم تلك الحادثة فإنه لم يحدث بدون الخصومة فيه، فلذا لم يصح حكمه به قبلها كما يأتي بيانه في الموجب قريباً.

ثم اعلم أن اشتراط تقدم الدعوى إنما هو في القضاء القصدي دون الضمني والفعلي كما سنحققه في الفروع، وكذا ما تسمع فيه الدعوى حسبة ومنه الوقف كما يأتي قريباً. قوله: (وإلا لا) أي وإن لم يكن حكم الأول بعد دعوى صحيحة لم يكن قضاء صحيحاً بل كان إفتاء: أي بياناً لحكم الحادثة، وإذا كان إفتاء لم يلزم القاضي الثاني تنفيذه، بل يحكم بمقتضى مذهبه وافق حكم الأول أو خالفه، فافهم. قوله: (وسيجيء آخر الكتاب) أي في مسائل شتى قبيل الفرائض، وحاصله ما قدمناه عن البحر. قوله: (وأنه إذا ارتاب الخ) عطف على الضمير المستتر في «سيجيء» فإن هذا الحكم مذكور هناك أيضاً اهـ. لكن هذا ذكره في البحر. وقال في النهر: ولم أجده لغيره، وتبعه الحموي ط. قوله: (قال) أي صاحب البحر، وسبقه إلى ذلك العلامة ابن الغرس. قوله: (وبه عرف) أي بما ذكر فإنه أفاد أن شرط صحة الحكم كونه بعد دعوى صحة الخ. قوله: (لترك ما ذكر) فمؤداها إحاطة القاضي الثاني علماً بحكم القاضي الأول على وجه التسليم له، وأنه غير معترض عنده ويسمى اتصالاً ويتجاوز بذكر الثبوت والتنفيذ فيه اهـ ابن الغرس.

قلت: وللعلامة ابن نجم صاحب البحر رسالة في الحكم بلا تقدم الدعوى، وقال في آخرها: واعلم أن هذا فيما تشرط فيه الدعوى، وأما الوقف فالصحيح عدم اشتراطها

وقد تعارفوا في زماننا القضاء بالموجب،

لكونه حق الله تعالى، فتقبل البينة بلا دعوى ويحكم به كما في البزازية والظهيرية والعمادية وغيرها، فعلى هذا لا إنكار على التنافيذ الواقعة في زماننا لكتب الأوقاف، لأن حاصلها إقامة البينة على حكم قاض بالوقف، فقولهم إن التنافيذ في زماننا ليست أحكاماً إنما هو في غير الوقف الخ اه ملخصاً.

قلت: لكن هذا ظاهر في الوقف على الفقراء وفي إثبات مجرد كونه وقفاً، أما كونه موقوفاً على فلان أو فلان وأن الواقف شرط كذا أو كذا فهذا حق عبد فلا بد فيه من دعواه لإثبات حقه، وكذا في إثبات شروطه كما يعلم مما ذكرناه في كتاب الوقف، فتأمل.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ فِي الْحُكْمِ بِالْمُوجِبِ

قوله: (وقد تعارفوا الخ) هذا من متعلقات اشتراط صحة الدعوى من خصم على خصم حاضر لصحة القضاء، وبيانه أنه إذا وقع تنازع في موجب خاص من موجب ذلك الشيء الثابت عند القاضي ووقعت الدعوى بشروطها كان حكماً بذلك الموجب فقط دون غيره، فلو أقر بوقف عقار عند القاضي، وشرط فيه شروطاً وسلمه إلى المتولي ثم تنازعا عند القاضي الحنفي في صحته ولزومه، فحكم بهما وبموجبه لا يكون حكماً بالشروط، فللشافعي أن يحكم فيها بمقتضى مذهبه، ولا يمنع حكم الحنفي السابق، وتماهه في الأشباه. وذكر في البحر: أن القاضي إذا قضى بشيء في حادثة بعد دعوى صحيحة لا يكون قضاء فيما هو من لوازمه، إلى أن قال: فقد علمت من ذلك كثيراً من المسائل، فإذا قضى شافعي بصحة بيع عقار وموجبه لا يكون حكماً منه بأنه لا شفعة للجار لعدم حداثتها، وكذا إذا قضى حنفي لا يكون حكماً بأن الشفعة للجار، وإن كانت الشفعة من واجبه لأن حداثتها لم توجد وقت الحكم ولا شعور للقاضي بها، وكذا إذا قضى مالكي بصحة التعليق في اليمين المضافة لا يكون حكماً بأنه لا يصح نكاح الفضولي المجاز بالفعل لعدم وقته فافهم، فإن أكثر أهل زماننا عنه غافلون اه. وكذا قال العلامة قاسم. أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد، كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكماً بالفسخ بموت أحد المتأجرين لأنه لم توجد فيه خصومة اه.

قلت: وقد ظهر من هذا أن المراد بالموجب هنا الذي لا يصح به الحكم هو ما ليس من مقتضيات العقد، فالبيع الصحيح مقتضاه خروج المبيع عن ملك البائع ودخوله في ملك المشتري، واستحقاق التسليم والتسلم في كل من الثمن والثمن ونحو ذلك، فإن هذه وإن كانت من موجباته لكنها مقتضيات لازمة له، فيكون الحكم به حكماً بها، بخلاف ثبوت الشفعة فيه للخليط أو للجار مثلاً، فإن العقد لا يقتضي ذلك: أي لا يستلزمه، فكم من بيع لا تطلب فيه الشفعة، فهذا يسمى موجب البيع، ولا يسمى

مقتضى، وهذا معنى قول بعض المحققين من الشافعية: إن الموجب عبارة عن الأثر المترتب على ذلك الشيء، وهو والمقتضى مختلفان، خلافاً لمن زعم اتحادهما، إذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك، فالأول كانتقال الملك للمشتري بعد لزوم البيع، والثاني كالرد بالعيب، والموجب أعم لأنه الأثر اللازم، سواء كان ينفك أو لا اه. وهذا أحسن مما قاله العلامة ابن الغرس من أن موجب الشيء ما أوجبه ذلك الشيء واقتضاه، فالموجب والمقتضى في الأصل واحد، ولكن يلزم من بعض الصور أن الموجب في باب الحكم أعم، وهو التحقيق إذ لو باع مدبرة ثم تنازعا عند القاضي الحنفي فحكم بموجب ذلك البيع صح الحكم، ومعناه الحكم ببطان ذلك البيع، ومن المعلوم أن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه فظهر أن الحكم في هذه الصورة لا يكون حكماً بالمقتضى وإلا كان باطلاً وكان للشافعي نقضه، والحكم بصحة البيع إذ لا مقتضى للبيع عند الحنفي لأنه باطل، ويصح عند الحنفي أن يقال: موجب هذا البيع البطلان اه ملخصاً. وإنما قلنا: إن ما مر أحسن لأنه يرد على ما قاله ابن الغرس أنه كما يقال إن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه، فكذلك يقال إنه لا يوجب بطلان نفسه، فدعواه أنهما في الأصل بمعنى واحد، وأن هذا السبب هو الداعي إلى الفرق بينهما هنا غير مسلم، فالظاهر أن الفرق بينهما هو اشتراط عدم الانفكاك في المقتضى لا في الموجب فالموجب أعم، فالحكم بالموجب عندنا لا يصح، ما لم يكن حادثة بأن وقع فيه الترافع والتنازع عند الحاكم كما مر، فإذا وقع التنازع في صحة البيع ولزومه فحكم بموجب ذلك البيع كان حكماً بصحته، وبياقى مقتضياته الشرعية التي لا تنفك عنه كملك المشتري المبيع ولزوم دفعه الثمن ونحو ذلك، بخلاف موجب المنفك عنه كاستحقاق الجار الأخذ بالشفعة لعدم الحادثة كما قلنا.

مَطْلَبٌ: الْمَوْجِبُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ

ثم اعلم أن ابن الغرس ذكر أن الموجب على ثلاثة أقسام، لأنه إما أن يكون أمراً واحداً أو أموراً يستلزم بعضها بعضاً أو لا. فالأول: كالقضاء بالأملك المرسله والطلاق والعتاق، إذ لا موجب لها سوى ثبوت ملك الرقبة للعين والحرية وانحلال قيد العصمة. والثاني: كما إذا ادعى رب الدين على الكفيل بدين له على الغائب المكفول عنه وطالبه به فأنكر الدين فأثبتته وحكم بموجب ذلك، فالموجب هنا أمران: لزوم الدين للغائب ولزوم أدائه على الكفيل، والثاني يستلزم الأول في الثبوت، والثالث: كما إذا حكم شافعي بموجب بيع عقار اقتصر الحكم على ما وقعت به الدعوى فلا يكون حكماً بأنه لا شفعة للجار، وهكذا في نظائره. هذا حاصل ما قرره ابن الغرس، وتبعه في النهر وزاد عليه قسماً رابعاً، لكنه يرجع إلى كونه شرطاً للقسم الثاني كما يظهر بالتأمل لمن راجعه.

تنبيه: قدمنا آنفاً عن البحر عن فتاوى الشيخ قاسم أنه نقل الإجماع على أن تقدم الدعوى الصحيحة شرط لتنفيذ الحكم، وأيد ذلك صاحب البحر في رسالة ألفها في ذلك؛ ثم قال: فقد استفيد مما في هذه الكتب المعتمدة أنه لا فرق بين ما إذا كان القاضي حنفياً أو غيره، إلى أن قال: ومما فرعته على أن قضاء المخالف إذا رفع إلينا فإننا نمضيه فيما وقع حكمه به لا في غيره ما لو قضى شافعي ببينة ذي اليد على خارج نازعه، ثم تنازع ذو اليد وخارج آخر عند حنفي فإنه يسمع الدعوى ولا يمنعه قضاء الشافعي من سماعها بناء على أن مذهبنا أن القضاء بالملك لا يكون قضاء على الكافة، بل يقتصر على المفضى عليه، وهو الخارج الأول، وإن كان مذهب الحاكم تعديه كما قدمناه من أن قضاء المالكي بغير دعوى غير صحيح عندنا وإن صح عنده، فإذا رفع إلينا لا ننفذه، وكذلك هنا لا نتعرض لحكمه على الخارج الأول، وأما الثاني فلم يقع حكمه عليه على مقتضى مذهبنا. ومما فرعته: لو حجر شافعي على سفيه بعد دعوى صحيحة ثم رفعت إلينا حادثة من تصرفاته، فإننا نحكم بمذهب أبي يوسف ومحمد للحجر على السفيه، فإنهما وإن وافقا الشافعي في أصل الحجر، لم يوافقاه في أنه يؤثر في كل شيء، وإنما يؤثر عندهما فيما يؤثر فيه الهزل، فإذا تزوجت السفيهة التي حجر عليها شافعي ولم يرفع نكاحها إليه ولم يطله بل رفع إلى حنفي، فله أن يحكم بصحته لو الزوج كفواً على قولهما المفتى به، ولا يمنعه مذهب الحاجر، لعدم وجود حادثة التزوج وقت الحجر، ولم تكن لازمة للحجر حتى تدخل ضمناً لقبول الانفكاك، لجواز أن لا تتزوج المحجورة أصلاً، وقد توقف فيه بعض من لا اطلاع له على كلامهم اهـ.

قلت: ويعلم منه ما يقع الآن من وقوع التنازع في صحة الإجارة الطويلة عند قاض شافعي فيحكم بصحتها ويعدم انفساخها بموت ولا غيره، فإن عدم الانفساخ بالموت لم يصر حادثة وقت الحكم، لأن الموت لم يوجد وقته، فللحنفي أن يحكم بالفسخ بالموت كما أفتى به في الخيرية. وذكر ابن الغرس من هذا القبيل: ما لو وهب ابنه وسلمه العين الموهوبة وقضى شافعي بالموجب ثم بعد مدة رجع الواهب في هبته وترافعا عند القاضي الحنفي فحكم ببطلان الرجوع. قال: وقد حصل التنازع في هذه المسألة بين أهل المذهبين: فقال القاضي الشافعي: حكم الحنفي باطل لأنني حكمت قبله بموجب الهبة، ومن وجبها عندي أن الأب يملك الرجوع، والحكم في الخلافية يجعلها وفاقية، وقال القاضي الحنفي: الرجوع حادثة مستقلة وجدت بعد الحكم الأول بمدة طويلة، فكيف تدخل تحت حكمه؟ وأجيب فيها بأن الموجب هنا أمور: هي خروج العين من ملك الواجب ودخولها في ملك الموهوب له، وملك الواهب الرجوع إذا كان أباً عند الشافعي، وعدمه عند الحنفي؛ فإن كان التداعي عند القاضي ليس إلا في انتقال العين من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له اقتصر القضاء بالموجب على ذلك، فإذا كان القاضي الأول

وهو عبارة عن المعنى المتعلق بما أضيف إليه في ظن القاضي شرعاً من حيث إنه يقضي به، فإذا حكم حنفي بموجب بيع المدبر كان معناه الحكم ببطلان البيع، ولو قال الموثق وحكم بمقتضاه لا يصح، لأن الشيء لا يقتضي بطلان نفسه،

شافعياً لا يصير كون الأب يملك الرجوع محكوماً به، وإذا كان حنفياً لا يصير عدم ملكه ذلك محكوماً به، فللقاضي الثاني أن يحكم بمذهبه: أي لأن الأمر الأول لا يستلزم الأمر الثاني في الثبوت. قال: فتبين أن القضاء في حقوق العباد يشترط له الدعوى الموصلة له شرعاً على وجه يحصل به المطابقة، إلا ما كان على سبيل الاستلزام الشرعي: أي كما في مسألة الكفالة المارة، وليس للقاضي أن يتبرع بالقضاء بين اثنين فيما لم يتخاصموا إليه فيه اهـ ملخصاً. فاغترف التطويل في هذا المقام بما حواه من الفوائد العظام. قوله: (وهو عبارة عن المعنى) أي كخروج المبيع من ملك البائع، ودخوله في ملك المشتري، ووجوب التسليم والتسليم، ونحو ذلك من مقتضيات البيع ولوازمه، فذلك المعنى المحكوم به المضاف إلى المبيع المتعلق به في ظن القاضي شرعاً هو الموجب ها هنا، وهو الذي اقتضاه عقد البيع. وأما الحكم بموجب بيع المدبر، فهو المعنى الذي أضيف إلى ذلك البيع في ظن القاضي شرعاً وهو كون ذلك البيع باطلاً، ولكن هذا المعنى ليس هو مقتضى ذلك البيع، إذ البيع لا يقتضي بطلان نفسه اهـ ابن الغرس. وظهر منه أن المراد بما في قوله: «بما أضيف له» هو البيع مثلاً، فإن دخول المبيع في ملك المشتري متعلق بذلك البيع ومضاف إليه شرعاً في ظن القاضي: أي في قصده من حيث إنه يقضي به: أي يقصد القضاء به وكذا غيره من مقتضيات البيع اللازمه له واحترز به عما لا يقصد القضاء به لعدم التنازع فيه كثبوت حق الشفعة، وأفاد أن الموجب قد يكون مقتضى كما مثلنا، وقد يكون غير مقتضى كبطلان بيع المدبر، فإنه موجب لا مقتضى على ما قررنا سابقاً، فافهم. ثم لا يخفى أن هذا التعريف مع ما فيه من التعقيد خاص بالموجب الذي وقع الحكم به صحيحاً مع أن الموجب أعم منه، فإن المعنى المتعلق بذلك البيع المضاف إليه يصدق على ثبوت حق الشفعة فيه وثبوت رده بخيار عيب ونحو ذلك مما ليس من مقتضياته اللازمة له، بدليل ما مر من أن الموجب قد يكون أموراً يستلزم بعضها بعضاً أو لا يستلزم، فالأظهر والأخصر تعريفه بما قدمناه من أنه الأثر المترتب على ذلك الشيء، وإن أراد تخصيصه بما يقع به الحكم صحيحاً عندنا يزيد على ذلك قولنا إذا صار حادثة، فيخرج ما لا حادثة فيه كما لو حكم شافعي بموجب بيع بعد إنكاره لا يكون حكماً بثبوت خيار المجلس مثلاً، مما ليس من لوازمه ومثله ما قدمناه من مسألة الهبة وغيرها هذا ما ظهر لي في هذا المحل، فتأمل. قوله: (فإذا قال^(١) الموثق) هو كاتب القاضي الذي يكتب الوثيقة وهي المسماة حجة في

(١) في ط قوله (فإذا قال الخ) هكذا بخطه، والذي في نسخ الشارح «ولو قال الخ» وهو الموافق لقول المحشي في القولة التي بعدها، والضمير في به عائد إلى قوله «ولو قال الموثق الخ».

وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم . نهر (إلا ما) عري عن دليل مجمع أو (خالف كتاباً) لم يختلف في تأويله السلف كمتروك تسمية (أو سنة مشهورة)

زماننا . قوله : (وبه ظهر أن الحكم بالموجب أعم) أي من المقتضى ، فإن بطلان بيع المدبر موجب لا مقتضى لما ذكره فكل مقتضى موجب ولا عكس ، والضمير في «به» عائد إلى قوله : «ولو قال الموثق الخ» فإن الشارح اقتصر على التمثيل ببيع المدبر الذي هو من أفراد الموجب لينبه على أن الموجب لا يلزم كونه مقتضى فلا يرد ما قيل : إن الذي ظهر من عبارته أن بينهما التباين لا العموم ، فافهم . قوله : (مجمع) لم يمثل له في شرحه قال ط : والمراد به كما رأيته بهامشه نحو القضاء بسقوط الدين عن ترك المطالبة به سنين . قوله : (لم يختلف في تأويله السلف) الجملة صفة كتاباً ، والمراد بالسلف الصحابة والتابعون رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، لقول الهداية : المعتبر الاختلاف في الصدر الأول وهم الصحابة والتابعون اهـ . وعليه فلا يعتبر اختلاف من بعدهم كمالك والشافعي ، وسيأتي أنه خلاف الأصح . قوله : (كمتروك تسمية) أي عمداً فإنه مخالف لظاهر قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام : ١٢١] بناء على أن الواو في قوله وإنه لفسق للعطف ، والضمير راجع إلى مصدر الفعل الذي دخل عليه حرف النهي ، أو إلى الموصول ، واحتمال كونها حالية فتكون قيداً للنهي رد بأن التأكيد بيان واللام ينفيه ، لأن الحال في النهي ميناه على التقدير ، كأنه قيل لا تأكلوا منه إن كان فسقاً فلا يصلح وإنه لفسق ، بل وهو فسق ولم سلم فلا نسلم أنه قيد للنهي ، بل هو إشارة إلى المعنى الموجب له : كلاتهن زيداً وهو أخوك ، ولا تشرب الخمر وهو حرام عليك . نهر موضحاً . وتامه في رسالة ابن نجيم المؤلفة في هذه المسألة .

مَطْلَبٌ فِي الْحُكْمِ بِمَا خَالَفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الْإِجْمَاعَ

قوله : (أو سنة مشهورة) قيد بالمشهورة احترازاً عن الغريب . زيلعي . ولا بد ها هنا من تقييد الكتاب بأن لا يكون قطعي الدلالة ، وتقييد السنة بأن تكون مشهورة أو متواترة غير قطعية الدلالة ، وإلا فمخالفة المتواتر من كتاب أو سنة إذا كان قطعي الدلالة كفر ، كذا في التلويح . وأما إذا وقع الخلاف في أنه مؤول أو غير مؤول فلا بد أن يترجح أحد القولين بشبوت دليل التأويل ، فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أم لا ، كذا في الفتح . وظاهر كلامهم يعطي أن آية التسمية على الذبيحة لا تقبل التأويل ، بل هي نص في المدعي ، وفيه نظر يظهر مما مر . نهر : أي ما مر من احتمال أوجه الإعراب ، على أنه إذا كان المراد من النص ظني الدلالة كما مر ، ففي عدم نفاذ الحكم بمعارضة نظر ظاهر كما قاله العلامة ابن أمير حاج في شرح التحرير . ثم قال : والذي يظهر أن القضاء بحل متروك التسمية عمداً وبشاهد ويمين ينفذ من غير توقف ،

كتحليل بلا وطء لمخالفته حديث العسيلة المشهور (أو إجماعاً) كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيح أم ولد على الأظهر، وقيل ينفذ على الأصح (و) من

على إمضاء قاض آخر، وبيع أمهات الأولاد لا ينفذ ما لم يمضه قاض آخر اهـ.

قلت: لكن قد علمت أن عدم النفاذ في متروك التسمية مبني على أنه لم يختلف فيه السلف، وأنه لا اعتبار بوجود الخلاف بعدهم، وحيث فلا يفيد احتمال الآية أوجهاً من الإعراب. نعم على ما يأتي من تصحيح اعتبار اختلاف من بعدهم، يقوي هذا البحث ويؤيده ما في الخلاصة من أن القضاء بحل متروك التسمية عمداً جائز عندهما لا عند أبي يوسف، وكذا ما في الفتح عن المنتقى، من أن العبرة في كون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف، قال في الفتح: ولا يخفى أن كل خلاف بيننا وبين الشافعي أو غيره محل اشتباه الدليل، فلا يجوز نقضه بلا توقف على كونه بين الصدر الأول. والذي حققه في البحر أن صاحب الهداية أشار إلى القولين، فإنه ذكر أولاً عبارة القدوري، وهي: وإذا رفع إليه حكم حاكم أمضاه، إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع وذكر ثانياً عبارة الجامع الصغير، وهي: وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه، فما ذكره أصحاب الفتاوى من المسائل الآتية التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي مبني على عبارة القدوري، لا على ما في الجامع. ومن قال: لا اعتبار بخلاف مالك والشافعي اعتمد قول القدوري. ومن قلا باعتباره اعتمد ما في الجامع. وفي الواقعات الحسامية عن الفقيه أبي الليث، وبه: أي بما في الجامع نأخذ، لكن في شرح أدب القضاء أن الفتوى على ما في القدوري اهـ ملخصاً. فقد ظهر قولان مصححان والمتون على ما في القدوري، والأوجه ما في الجامع ولذا رجحه في الفتح كما يأتي أيضاً. قوله: (كتحليل بلا وطء) أي تحليل المطلقة الثلاث بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد. بحر. قوله: (أو إجماعاً) المراد منه ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعي. بحر. قوله: (كحل المتعة) أي كالقضاء بصحة نكاح المتعة، كقوله: متعيني بنفسك عشرة أيام فلا ينفذ، بخلاف القضاء بصحة النكاح المؤقت بأيام: أي بدون لفظ المتعة، فإنه ينفذ كما في الفتح، وقدمنا عنه في النكاح ترجيح قول زفر بصحة النكاح المؤقت بإلغاء التوقيت فينعتد مؤبداً. قوله: (وكبيح أم ولد الخ) قال شمس الأئمة السرخسي: هذه المسألة تبتني على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد، وعندهما لا يرفع: يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعها، ثم أجمع المتأخرون على عدمه، فكان القضاء به على خلاف الإجماع عند محمد فيبطله القاضي الثاني، وعندهما: لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في محل اجتهاد فلا ينقضه الثاني، لكن قال القاضي أبو زيد في التقويم: إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيعها لا يجوز فتح.

ذلك ما (لو قضى بشاهد ويمين) المدعي لمخالفته للحديث المشهور «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر» (أو بقصاص بتعيين الولي واحداً من أهل المحلة أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت أو بصحة بيع معتق البعض أو بسقوط الدين بمضي سنين أو بصحة) طلاق (الدور وبقاء النكاح) كما مر في بابه (وقضاء عبد وصبي

وذكر في التحرير أن الأظهر من الروايات أنه لا ينفذ عندهم جميعاً، لكن ذكر أيضاً عن الجامع أنه يتوقف على قضاء قاض آخر، لأن الإجماع المسبوق بخلاف مختلف في كونه إجماعاً ففيه شبهة كخبر الواحد، فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه، وقد منا تمام الكلام على ذلك في باب الاستيلاد. قوله: (ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين) مقتضاه أنه لا ينفذ، وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله، مع أنه قال في الفتح: فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ، ويتوقف على إمضاء قاض آخر، ذكره في أفضية الجامع. وفي بعض المواضع ينفذ مطلقاً اهـ. وفي ط عن الهندية ذكر في كتاب الاستحسان أنه ينفذ على قول الإمام لا على قول الثاني اهـ. قوله: (لمخالفته النخ) الأولى ذكره عقب المسألة الثانية ليكون علة للمسألتين. قوله: (البينة على من ادعى) كذا في البحر، وفي الفتح، على المدعي. قوله: (أو بقصاص النخ) أي إذا قضى القاضي بالقصاص بيمين المدعي أن فلاناً قتله، وهناك لوث من عداوة ظاهرة كما هو قول مالك لا ينفذ لمخالفته السنة المشهورة «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» وتماه في الفتح. قوله: (أو بصحة نكاح المتعة أو الموقت) لعل الصواب «لا الموقت» بلا النافية لما قدمناه قريباً من نفاذ القضاء بصحة الموقت، ونقل ط مثله عن الهندية، ولم أر من ذكر عدم نفاذه. قوله: (أو بصحة بيع معتق البعض) في الهندية عن الظهيرية: رجل أعتق نصف عبده أو كان العبد بين اثنين أعتقه أحدهما وهو معسر وقضى القاضي للآخر في بيع نصيبه فباع ثم اختصما إلى قاض آخر لا يرى ذلك، ذكر الخصاص أن القاضي يبطل البيع والقضاء. وحكى شمس الأئمة الحواني عن المشايخ أن ما ذكره الخصاص ليس فيه شيء عن أصحابنا، ولولا قول الخصاص لقلنا إنه ينفذ قضاؤه لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه ط. قوله: (أو بسقوط الدين النخ) أي كما قال بعضهم: إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو في المصر بطل حقه، فلا ينفذ القضاء به لأنه قول مهجور، فإذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعي على حقه كما في الخاتية. قوله: (أو بصحة طلاق الدور وبقاء النكاح) أي صحة التعليق في طلاق الدور لا صحة نفس الطلاق، فإذا قال إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً، فإن القبلية تلغو وتطلق ثلاثاً لأن صحة تعليق الثلاث تؤدي إلى إبطاله، فلو قضى قاض بصحة التعليق وبطلان الطلاق وإبقاء النكاح لا ينفذ. قوله: (في بابه) أي في أول كتاب الطلاق وأوضحنا الكلام عليه هناك، فافهم. قوله: (وقضاء عبد) استشكل بأن العبد يصلح شاهداً عند مالك وشريح

مطلقاً و) قضاء (كافر على مسلم أبداً ونحو ذلك) كالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة (لا ينفذ) في الكل، وعدّها منها في الأشباه نيفاً وأربعين، وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور، منها لو قضت المرأة بحدّ وقود،

فيصلح قاضياً، فإذا اتصل به إمضاء قاضٍ آخر ينبغي أن ينفذ كما في المحدود في القذف ط عن الهندية. قوله: (مطلقاً) أي سواء قضيا على حرّ أو عبد بالغ أو صبيّ مسلم أو كافر ارح. قوله: (أبداً) محل ذكره بعد قوله: «لا ينفذ» كما في عبارة الغرر. قوله: (وعدّها منها في الأشباه نيفاً وأربعين) نقدم الكلام عليها آخر كتاب الوقف فراجع. قوله: (وذكر في الدرر لما ينفذ سبع صور) حيث قال: فإن أمضى قضاء من حدّ في قذف وتاب أو قضاء الأعمى أو قضاء امرأة بحد أو قود أو قضاء قاضٍ لامرأته أو قاضٍ بشهادة المحدود التائب وبشهادة الأعمى وقاضٍ لامرأة بشهادة زوجها وقاضٍ بحد أو قود بشهادتها نفذ، حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث، لأن الاجتهاد الأول كالثاني، والأول تأبّد باتصال القضاء فلا ينقض باجتهاد لم يتأبّد به لأنه دونه اه.

قلت: وفي هذه العبارة من الخفاء ما لا يخفى، لأن القضاء في هذه السبع لا ينفذ ما لم يمضه قاضٍ آخر، لأن المجتهد فيه نفس القضاء لا المقضى به، فهو القسم الثالث من الأقسام الثلاثة التي ذكرناها عند قول الشارح «لو مجتهداً فيه» فقول الدرر نفذ: أي إمضاء القاضي الثاني قضاء القاضي الأول المحدود في قذف الخ. وقوله: «حتى لو أبطله ثان الخ» صوابه: حتى لو أبطله ثالث لم يبطل، فتنبه لذلك فإنّي لم أر من نبه عليه، لكن ما ذكرنا من أنه لا ينفذ قضاء الأول موافق لما في الزيلعي، وهو ظاهر في الأربعة الأول دون الثلاثة الأخيرة، بل هو نافذ فيها فيصح أن يقال فيها: حتى لو أبطله ثان نفذه ثالث: أي نفذ الثالث قضاء الأول لأنه وقع نافذاً فلم يصح إبطال الثاني له، وهذا هو الموافق لما قدمناه في بيان الأقسام الثلاثة؛ ويوضحه ما في الخانية والبيازية وغيرهما إذا كان نفس القضاء مختلفاً فيه ورفع إلى قاضٍ آخر لا يراه له إبطاله، وإذا رفع إلى من يراه ونفذه ثم رفع إلى ثالث لا يرى ذلك ليس له إبطاله، فلو كان القاضي هو المحدود في قذف فرفع حكمه إلى قاضٍ آخر لا يرى جوازه أبطله الثاني، وكذا لو قضى لامرأته بشهادة رجلين لا يجوز، فلو رفع إلى آخر لا يراه جاز له إبطاله لأنه كما لا يصلح شاهداً لامرأته لا يصلح قاضياً لها، فإن رفع القضاء الأول إلى من يرى جوازه فأمضاه، ثم رفع إمضاء الثاني إلى الثالث لا يرى جوازه أمضى الثالث إمضاء الثاني ولا يبطله، وكذا قضاء الأعمى، وكذا قضاء المرأة في حد أو قصاص؛ وفيها أيضاً: لو قضى بشهادة محدود في قذف وهو يراه فرفع إلى من لا يراه لا يبطله، وكذا لو قضى بشهادة رجل وامرأتين في الحدود والقصاص اه.

وسيجيء متناً خلافاً لما ذكره المصنف شرحاً، والأصل أن القضاء يصح في موضع الاختلاف لا الخلاف، والفرق أن للأول دليلاً لا الثاني. وهل اختلاف الشافعي معتبر؟ الأصح نعم. صدر الشريعة (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء، بخلاف يوم

والحاصل: أن الخلاف إذا كان بعد القضاء بأن كان المجتهد فيه نفس القضاء الأول لا ينفذ ما لم ينفذه قاض ثان فيكون القضاء الثاني هو النافذ، فإذا رفع إلى ثالث وجب عليه تنفيذه ولا يصح إبطاله إياه، بخلاف ما إذا كان المجتهد فيه نفس المقضي به قبل القضاء. فإن القضاء به نافذ بدون تنفيذ وإذا رفع إلى آخر نفعه، وإن لم يكن مذهبه، وهذا ما مر في قوله: «وإذا رفع إليه حكم قاض آخر نفعه» وبخلاف ما خالف الدليل فإنه لا ينفذ وإن نفذ ألف قاض كما قاله الزيلعي، وهذا ما مر في قوله: «إلا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً» وبه تمت الأقسام الثلاثة فافهم، واغتنم تحرير هذا المقام. قوله: (وسيجيء متناً) أي في باب كتاب القاضي إلى القاضي ح. قوله: (خلافاً لما ذكره المصنف شرحاً) حيث عدّ هذه الصورة من جملة ما لا ينفذ لمخالفته الدليل، لكن نقل ط عن الهندية حكاية قولين. قوله: (والفرق الخ) هذه تفرقة عرفية، وإلا فقد قال تعالى: ﴿وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ إِلَّا الَّذِينَ أُوتُوهُ﴾ [البقرة: ٢١٣] ﴿وَمَا تَفَرَّقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: ٤] ولا دليل لهم، والمراد أنه خلاف لا دليل له بالنظر للمخالف، وإلا فالقائل اعتمد دليلاً، ثم مسائل الخلاف التي لا ينفذها هي ما تقدمت في قوله: «إلا ما خالف كتاباً الخ» ط. قوله: (الأصح نعم) وقيل إنما يعتبر الخلاف في الصدر الأول قال في الفتح: وعندي 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، ويؤيده ما في الذخيرة: خالغ الأب الصغير على صداقتها ورآه خيراً لها صح عند مالك وبرىء الزوج عنه، فلو قضى به قاض نفذ. وسئل شيخ الإسلام عطاء بن حمزة عن أبي الصغيرة زوجها من صغير وقبل أبوه وكبر الصغيران وبينهما غيبة منقطعة، وقد كان التزوج بشهادة الفسقة، هل يجوز للقاضي أن يبعث إلى شافعي المذهب ليبتل هذا النكاح بسبب أنه كان بشهادة الفسقة، قال نعم اه ط.

قلت: والمسألة الثانية لم أرها في الفتح، بل ذكر مسألة غيرها وذكر عبارته في

البحر.

مَطْلَبٌ: يَوْمُ الْمَوْتِ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْقَضَاءِ

قوله: (يوم الموت لا يدخل تحت القضاء) أي لا يقضي به قصداً بأن تنازع الخصمان في يوم موت آخر أنه كان في يوم كذا، بخلاف ما إذا كان المقصود غيره كتقديم ملك أحدهما، ولذا قال في البزازية: فإن ادعى الميراث وكل منهما يقول هذا لي ورثته من

القتل) فلو برهن على موت أبيه في يوم كذا ثم برهنت امرأة أن الميت نكحها بعد ذلك قضى بالنكاح، ولو برهن على قتله فيه فبرهنت أن المقتول نكحها بعده لا تقبل،

أي إن في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخاً واحداً فأناصافاً، وإن أحدهما أسبق فهو له عند الإمامين، وليس فيه القول بدخول يوم الموت تحت القضاء، لأن النزاع وقع في تقديم الملك قصداً اهـ. وفيها ادعى على آخر ضيعة بأنها كانت لفلان وورثتها منه أخته فلانة فماتت وأنا وارثها وبرهن تسمع، ولو برهن المطلوب أن فلانة ماتت قبل فلان: يعني مورثها صح الدفع، وفيه نظر لما تقرر أن زمان الموت لا يدخل تحت القضاء. قيل النزاع لم يقع في الموت المجرد فصار كالورثة تنازعوا في تقديم موت المورث من المورث الآخر قبله وبعده كابن الابن مع الابن إذا تنازعا في تقديم موت أبيه قبل الجد أو بعده اهـ. قوله: (فلو برهن على موت أبيه) أي بأن ادعى شيئاً لأبيه وبرهن أن أباه مات وتركه ميراثاً وأنه مات يوم كذا. يبري عن شرح أدب القضاء. قوله: (قضى بالنكاح) أي فيجعل لها الصداق والميراث مع الابن، لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء، لأنه لا يتعلق به حكم، لأن الميراث لا يستحق بالموت بل بسبب سابق على الموت والنكاح سبب سابق، وإذا لم يدخل يوم الموت تحت القضاء جعل وجود ذلك التاريخ وعدمه سواء، ولو عدم تقبل البيتان جميعاً ويقضي بحق كل واحد منهما لأن العمل بهما ممكن، فكذا هنا اهـ. يبري عن شرح أدب القضاء. وفيه عن الخانية: ويقضي لها القاضي بالمهر والميراث سواء قضى القاضي بينة الابن أو لا، لأن القضاء بينة الابن بموت الأب لا يوقت موته لأن حكم الموت لا يتعلق بوقت الموت، بل في أي وقت يموت يكون ماله لورثته، فصار كأن الابن أقام البينة على موت الأب ولم يذكر الوقت، وذلك لا يمنع قبول بينة المرأة اهـ.

تنبيه: ذكر الخير الرملي في حاشية البحر من باب دعوى الرجلين: إذا كان الموت مستفيضاً علم به كل كبير وصغير وعالم وجاهل لا يقضي للخصم، ولا يكون بطريق أن القاضي قبل البينة على ذلك الموت بل بطريق التيقن بكذب المدعي، وارجع إلى الخانية من كتاب الشهادة في الفصل الثامن عشر يظهر لك صحة ما قلته اهـ. ويأتي ما يؤيده. قوله: (لا تقبل) قال في الأجناس: وفرق محمد بينهما بأن القتل يتعلق به حق لازم والموت ليس فيه حق لازم. وبيانه أن القتل ظلماً لم يخل عن قصاص أودية، وفي قبول بينة المرأة على النكاح في زمان متأخر إسقاط أصل القتل لامتناع أن يكون مقتولاً في زمان ثم يبقى حياً فيتزوج فكان ثبوت القتل يتضمن حقاً لازماً، فلما تضمنت بينة المرأة إسقاط هذا الحق لم يعتد بها، ولا كذلك بينة الابن على الموت، لأن المرأة بينتها لا تتضمن إسقاط حق الابن، لأن الابن يرث مع المرأة كما يرث إذا انفرد فلم تتعارض البيتان في الإرث بين إسقاطه وإثباته فلذلك لم يمتنع قبول بينتها اهـ. وفي البزاية: وكذا لو برهن الوارث أنه قتل مورثه

وكذا جميع العقود والمداينات إلا في مسألة الزوجة التي معها ولد فإنه تقبل بينتها بتاريخ مناقض لما قضى القاضي به من يوم القتل. أشباه. واستثنى محشوها من الأول مسائل، منها: ادعياء ميراثاً فلاسبهما تاريخاً.

برهن الوكيل على وكالته وحكم بها فادعى المطلوب موت الطالب

فبرهن المدعى عليه أنه قتله فلان قبل هذا اليوم بزمان يكون دفعاً لدخوله تحت القضاء اهـ بيري. قوله: (وكذا جميع العقود) كالبيع والهبة والنكاح، فإنها كالقتل تدخل تحت القضاء، فلو برهن أنه باعه كذا يوم كذا وبرهن آخر أنه باعه بعد ذلك لم تقبل، ولو برهن أنه باعه قبله يكون دفعاً. وفي الولوالجية: ولو أقامت امرأة البينة أنه تزوجها يوم النحر بمكة فقضى بشهودها ثم أقامت أخرى بينة أنه تزوجها يوم النحر بخراسان لا تقبل بينتها، لأن النكاح يدخل تحت القضاء فاعتبر ذلك التاريخ. قوله: (إلا في مسألة الزوجة الخ) أي فإن يوم القتل لا يدخل فيها تحت القضاء. وصورتها كما في البحر عن الظهيرية: ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً بالسيف منذ عشرين سنة وأنه وارثه لا وارث له سواه، وأقام البينة على ذلك، فجاءت امرأة ومعها ولد وأقامت البينة أن والد هذا تزوجها منذ خمس عشرة سنة، وأن هذا ولده منها ووارثه مع ابنه هذا، قال أبو حنيفة: أستحسن في هذا أن أجاز بينة المرأة وأثبت نسب الولد ولا أبطل بينة الابن على القتل، وكان هذا الاستحسان للاحتياط في أمر النسب بدليل أنها لو قامت البينة على النكاح ولم تأت بالولد فالبينة بينة الابن وله الميراث دون المرأة، وهذا قول أبي يوسف ومحمد اهـ. لكن قوله: ولا أبطل بينة الابن على القتل ينافي دعوى الاستثناء، وعن هذا قال الخير الرملي في حاشية البحر في أول باب دعوى الرجلين: الظاهر أن حرف النفي زائد، ولم يذكره في التاترخانية حيث قال: وأبطل بينة الابن على القتل، والقياس أن يقضي بينة القتل اهـ.

قلت: ويستثنى أيضاً مسألة أخرى ذكرها في دعوى البحر عن خزانة الأكمل: برهن أنه قتل أبي منذ سنة، وبرهن المشهود عليه أن أباه صلى بالناس الجمعة الماضية، قال أبو حنيفة: الأخذ بالأحدث أولى إذا كان شيئاً مشهوراً اهـ. قال الرملي: وهذا يقيد به ما مضى أيضاً، وهو قيد لازم لا بد منه حتى لو اشتهر موت رجل عند الناس منذ عشرين سنة فادعى رجل أنه اشتري منه داره منذ سنة لا يقبل، ثم رأيت ما يشهد به صريحاً في التاترخانية في الفصل الثامن في التهاثر: لو ادعى المشهود عليه أن الشهود محدودون في قذف من قاضي بلد كذا فأقام الشهود أن القاضي مات في سنة كذا لا يقضي به إذا كان موت القاضي قبل تاريخ شهود المدعى عليه مستفيضاً اهـ مختصراً، فراجع إن شئت اهـ. قوله: (من الأول) وهو أن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء. قوله: (ادعياء ميراثاً الخ) قدمناه عن البزازية. قوله: (برهن الوكيل) أي بقبض المال. جامع الفصولين. قوله:

صح الدفع .

برهن أنه شراه من أبيه منذ سنة وبرهن ذو اليد على موته منذ سنتين لم تسمع، وقيل تسمع، وسره أن القضاء بالبينة عبارة عن رفع النزاع والموت من حيث إنه موت ليس محلاً للنزاع ليرتفع بإثباته، بخلاف القتل فإنه من حيث هو محل للنزاع كما لا يخفى (وينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهراً وباطناً) حيث كان المحل قابلاً والقاضي غير عالم بزورهم (في العقود) كبيع ونكاح

(صح الدفع) أي إذا برهن المطلوب على الموت لأنه ينزل به الوكيل، فالحكم بالموت هنا لا لذاته لأجل العزل. قوله: (من أبيه) أي من أبي ذي اليد. قوله: (لم تسمع) هو الصواب، لأن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء اهـ. فنية من باب دفع الدعاوى .

قلت: ووجهه أنه قضاء بيوم الموت قصداً، لأن ما تضمنه وهو عدم الشراء لا تصح البينة عليه، لأنه نفى فتمحض قضاء بالموت فلا يصح. قوله: (وقيل تسمع) وعليه فهي من المستثنيات كما في البحر. قوله: (وسره الخ) مرتبط بالمتن والمراد بيان وجه الفرق، ولما كان خفياً عبر عنه بالسري. قوله: (من حيث إنه موت) أما إذا كان المقصود من ذكره غيره مما تقام عليه البينة فيكون هو محل النزاع فيدخل تحت القضاء كمسألة دعوى الميراث فإن المقصود من تاريخ الموت تقدم الملك، وكمسألة دعوى الوكالة فإن المقصود منه انعزال الوكيل. قوله: (فإنه من حيث هو) محل للنزاع قدمنا وجهه في عبارة الأجناس .

مَطْلَبٌ فِي الْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ

قوله: (وينفذ القضاء بشهادة الزور) قيد بها لأنه لو ظهر عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف لم ينفذ إجماعاً، لأنها ليست بحجة أصلاً، بخلاف الفساق على ما عرف وإمكان الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة. بحر. ثم قال وفي القنية: ادعى عليه جارية أنه اشتراها بكذا فأنكر كحلف فنكح ففرض عليه بالنكول تحمل الجارية للمدعي ديانة وقضاء كما في شهادة الزور اهـ. فعلى هذا القضاء بالنكول كالقضاء بشهادة الزور اهـ. قوله: (ظاهراً وباطناً) المراد بالنفاذ ظاهراً أن يسلم القاضي المرأة إلى الرجل، ويقول سلمني نفسك إليه فإنه زوجك ويقضي بالنفقة والقسم وبالنفاذ باطناً أن يحل له وطؤها ويحل لها التمكين فيما بينها وبين الله تعالى ط. قوله: (حيث كان المحل قابلاً الخ) شرطان للنفاذ، ويأتي في كلام الشارح محترزهما. قوله: (في العقود) أطلقها فشمّل عقود التبرعات، قالوا: وفي الهبة والصدقة روايتان، وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطناً، لأن القاضي لا يملك إنشاء التبرعات في ملك الغير، والبيع بأقل تبرع من وجه. بحر. قوله: (كبيع ونكاح) فلو قضى ببيع أمة بشهادة زور حل للمنكر وطؤها، وكذا لو ادعى على امرأة نكاحها وهي جاحدة أو بالعكس وقضى بالنكاح كذلك حل للمدعي الوطاء، ولها

(والفسوخ) كإقالة وطلاق لقول علي رضي الله عنه لتلك المرأة: شاهدك زوجك. وقالوا: وزفر والثلاثة ظاهراً فقط، وعليه الفتوى. شربلالية عن البرهان (بخلاف الأملاك المرسله) أي المطلقة عن ذكر سبب الملك فظاهراً فقط إجماعاً لتزاحم

التمكين عنده. بحر. قوله: (والفسوخ) أراد بها ما يرفع حكم العقد فيشمل الطلاق، ومن فروعها: ادعت أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر وأقامت بينة زور فقضى بالفرقة فتزوجت بآخر بعد العدة حل له وطؤها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال، وحل لأحد الشاهدين أن يتزوجها ويطأها ولا يحل للأول وطؤها ولا يحل لها تمكينه. بحر. قوله: (لقول على الخ) قال محمد رحمه الله تعالى في الأصل: بلغنا عن علي كرم الله وجهه أن رجلاً أقام عنده بينة على امرأة أنه تزوجها فأنكرت فقضى له بالمرأة، فقالت إنه لم يتزوجني فأما إذا قضيت علي فجدد نكاحي، فقال: لا أجدد نكاحك الشاهدان زوجك. قال: وبهذا نأخذ. فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطناً بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وصيانة مائة اه من رسالة العلامة قاسم المؤلفة في هذه المسألة. قوله: وبهذا نأخذ، دليلاً لما حكاه الطحاوي من أن قول محمد كقول أبي حنيفة. قوله: (ظاهراً فقط) أي ينفذ ظاهراً لا باطناً، لأن شهادة الزور حجة ظاهراً لا باطناً فينفذ القضاء كذلك، لأن القضاء ينفذ بقدر الحجة. درر. قوله: (وعليه الفتوى) نقله أيضاً في القهستاني عن الحقائق وفي البحر عن أبي الليث، لكن قال: وفي الفتح من النكاح، وقول أبي حنيفة هو الوجه اه.

قلت: وقد حقق العلامة قاسم في رسالته قول الإمام بما لا مزيد عليه، ثم أورد عليه إشكالات، وأجاب عنه: وعليه التون. قوله: (بخلاف الأملاك المرسله) وهي التي لم يذكر لها سبب معين، فإنهم أجمعوا أنه ينفذ فيها ظاهراً لا باطناً، لأن الملك لا بد له من سبب، وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقاً على القضاء بطريق الاقتضاء، وفي النكاح والشراء يتقدم النكاح والشراء تصحيحاً للقضاء. درر. قال في البحر: ولو حذف الأملاك لكان أولى، ليشمل ما إذا شهدوا بزور بدين لم يبينوا سببه فإنه لا ينفذ. وفي حكم المرسله الإرث كما يأتي: وظاهر اقتضاره عليها أنه لا ينفذ باطناً في النسب إجماعاً كما في المحيط عن بعض المشايخ، ونص الخصاص على أنه ينفذ عند أبي حنيفة، ففيه روايتان عنه؛ والشهادة بعق الأمة كالشهادة بطلاق المرأة، وينبغي أن تكون بالوقف كالعق، ولم أر نقلاً في الشهادة بأن الوقف ملك أو بتزوير شرائط الوقف أو أن الواقف أخرج فلاناً وأدخل فلاناً زوراً إذا اتصل به القضاء، وظاهر الهداية أن ما عدا الأملاك المرسله ينفذ باطناً، وإذا قلنا بأن الوقف من قبيل الإسقاط فهو كالطلاق والعق اه ملخصاً. قوله: (فظاهراً فقط إجماعاً) فلا يحل للمقضي له الوطاء والأكل

الأسباب، حتى لو ذكرا سبباً معيناً فعلى الخلاف إن كان سبباً يمكن إنشاؤه، وإلا لا ينفذ اتفاقاً كالإرث، وكما لو كانت المرأة محرمة بنحو عدة أو ردة، وكما لو علم القاضي بكذب الشهود حيث لا ينفذ أصلاً كالقضاء باليمين الكاذبة. زيلعي.

واللبس وحلّ للمقضي عليه، لكن يفعل ذلك سراً وإلا فسقه الناس. بحر. قوله: (إن كان سبباً يمكن إنشاؤه) كالبيع والنكاح والإجارة. قوله: (كالإرث) فإنه وإن كان ملكاً بسبب لكنه لا يمكن إنشاؤه فلا ينفذ القضاء بالشهود زوراً فيه باطناً اتفاقاً. بحر. قال: وسيأتي الاختلاف في باب اختلاف الشاهدين في أنه مطلق أو بسبب، والمشهور الأول، واختار في الكنز الثاني. قوله: (وكما لو كانت المرأة محرمة الخ) هذا محترز قوله: «حيث كان المحل قابلاً» اهـ. فإذا ادعى أنها زوجته وأثبت ذلك بشهادة الزور وهو يعلم أنها محرمة عليه بكونها منكوحه الغير أو معتدته أو بكونها مرتدة، فإنه لا ينفذ باطناً اتفاقاً، لأنه وإن كان الملك بسبب لكن لا يمكن إنشاؤه، وأما ظاهراً فلا شك في نفاذه كسائر الأحكام بشهادة الزور في غير العقود والفسوخ، وليس المراد بنفاذه ظاهراً حل الوطاء له وحل تمكينها منه، بل أمر القاضي لها به، أما الحل فهو فرع نفاذه باطناً، وبما قررناه ظهر أنه كالإرث، فافهم. قوله: (وكما لو علم القاضي الخ) محترز قوله: والقاضي غير عالم بزورهم؛ والظاهر أنه هنا لا ينفذ ظاهراً كما لا ينفذ باطناً لعدم شرط القضاء، وهو الشهادة الصادقة في زعم القاضي. تأمل. قوله: (كالقضاء باليمين الكاذبة) محترز قول المتن «بشهادة» قالوا: لو ادعت أن زوجها أبانها بثلاث فأنكر فحلفه القاضي فحلف والمرأة تعلم أن الأمر كما قالت لا يسعها المقام معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيئاً، وهذا لا يشكل إذا كان ثلاثاً لبطلان المحيلة للإنشاء قبل زوج آخر، وفيما دون الثلاث مشكل لأنه يقبل الإنشاء. وأجيب بأنه إنما يثبت إذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعترافهما به وإنما ادعت الفرقة. زيلعي. وفي الخلاصة: ولا يحل وطؤها إجماعاً. بحر.

قلت: والظاهر أن عدم النفاذ هنا في الباطن فقط. تأمل.

مَطْلَبٌ مُهِمٌّ: الْمَقْضِيُّ لَهُ أَوْ عَلَيْهِ يَتَّبِعُ
رَأْيَ الْقَاضِي وَإِنْ خَالَفَ رَأْيَهُ

تنبيه: أشار المصنف إلى أن قضاء القاضي يحل ما كان حراماً في معتقد المقضي له، ولذا قال في الولوالية: ولو قال لها أنت طالق البتة فخاصمها إلى قاض يراها رجعية بعد الدخول فقضى بكونها رجعية والزوج يرى أنها بائنة أو ثلاث فإنه يتبع رأي القاضي عند محمد، فيحل له المقام معها، وقيل إنه قول أبي حنيفة، وعلى قول أبي يوسف لا يحل، وإن رفع إلى قاض آخر لا ينقضه، وإن كان خلاف رأيه؛ وهذا إذا قضى له، فإن قضى عليه

ونكاح الفتح (قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه) أي مذهبه. مجمع وابن كمال

بالبينونة أو الثلاث والزوج لا يراه يتبع رأي القاضي إجماعاً، وهذا كله إذا كان الزوج له رأي واجتهاد، فلو عامياً أتبع رأي القاضي، سواء قضى له أو عليه؛ هذا إذا قضى، أما إذا أفتى له فهو على الاختلاف السابق، لأن قول المفتي في حق الجاهل بمنزلة رأيه واجتهاده اه بحر.

قلت: وقوله فلو عامياً المراد به غير المجتهد بدليل المقابلة فيشمل العالم والجاهل. تأمل. قال في الفتح: والوجه عندي قول محمد، لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضي يرجحه على اجتهاد الزوج، والأخذ بالراجح متعين، وكونه لا يراه حلالاً إنما يمنع من القران قبل القضاء، أما بعده وبعد نفاذه باطناً فلا اه.

مَطْلَبٌ فِي قَضَاءِ الْقَاضِي بِغَيْرِ مَذْهَبِهِ

قوله: (قضى في مجتهد فيه) أي في أمر يسوغ الاجتهاد فيه بأن لم يكن مخالفاً للدليل كما مر بيانه، وقوله: «بخلاف رأيه» متعلق بقضى. وحاصل هذه المسألة أنه يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقاً لرأيه: أي لمذهبه مجتهداً كان أو مقلداً، فلو قضى بخلافه لا ينفذ. لكن في البدائع أنه إذا كان مجتهداً ينبغي أن يصح ويحمل على أنه اجتهد فأداه اجتهاده إلى مذهب الغير، ويؤيده ما قدمناه عن رسالة العلامة قاسم مستدلاً بما في السير الكبير فراجع، وبه يندفع تعجب صاحب البحر من صاحب البدائع.

واعلم أن هذه المسألة غير مسألة اشتراط كون القاضي عالماً بالخلاف كما نهينا عليه سابقاً.

مَطْلَبٌ: حُكْمُ الْحَنْفِيِّ بِمَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ أَوْ مُحَمَّدٍ حُكْمٌ بِمَذْهَبِهِ

قوله: (أي مذهبه) أي أصل المذهب كالحنفي إذا حكم على مذهب الشافعي أو نحوه أو بالعكس، وأما إذا حكم الحنفي بمذهب أبي يوسف أو محمد أو نحوهما من أصحاب الإمام فليس حكماً بخلاف رأيه. درر: أي لأن أصحاب الإمام ما قالوا بقول إلا قد قال به الإمام، كما أوضحت ذلك في شرح منظومتي في رسم المفتي عند قولي فيها: [الرجز]

وَأَعْلَمَ بِأَنَّ عَنَ أَبِي حَنِيفَةَ جَاءَتْ رَوَايَاتٌ عَدَّتْ مُنِيفَةَ
أَخْتَارَ مِنْهَا بَعْضُهَا وَالْبَاقِي يَخْتَارُ مِنْهُ سَائِرُ الرَّفَاقِ
فَلَمْ يَكُنْ لغيرِهِ جَوَابٌ كَمَا عَلَيْهِ أَقْسَمَ الْأَصْحَابُ

قوله: (وابن كمال) قال في شرحه: لم يقل بخلاف رأيه لإيhamه أن يكون الكلام في

(لا ينفذ مطلقاً) ناسياً أو عامداً عندهما والأئمة الثلاثة (وبه يفتي) مجمع ووقاية وملتقي. وقيل بالنفذ يفتي. وفي شرح الوهبانية للشرنبلالي: قضى من ليس مجتهداً كحنفية زماننا، بخلاف مذهبه عامداً لا ينفذ اتفاقاً، وكذا ناسياً عندهما، ولو قيده السلطان بصحيح مذهبه كزماننا تقييد بلا خلاف لكونه معزولاً عنه انتهى.

المجتهد خاصة، وليس كذلك. قوله: (لا ينفذ مطلقاً الخ) قال في الفتح: لو قضى في المجتهد فيه ناسياً لمذهبه مخالفاً لرأيه نفذ عند أبي حنيفة رواية واحدة، وإن كان عامداً ففيه روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين: أي وجهي النسيان والعمد، والفتوى على قولهما. وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قوله، فقد اختلف في الفتوى، والوجه في هذا الزمان أن يفتى 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، هذا كله في القاضي المجتهد؛ فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم اه. قال في الشرنبلالية عن البرهان: وهذا صريح الحق الذي يعرض عليه بالنواجذ اه. وقال في النهر: وادعى في البحر أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ. وأقوى ما تمسك به ما في البزازية إذا لم يكن القاضي مجتهداً وقضى بالفتوى على خلاف مذهبه نفذ، وليس لغيره نقضه، وله نقضه، كذا عن محمد. وقال الثاني: ليس له نقضه اه. وما في الفتح يجب أن يعول عليه في المذهب، وما في البزازية محمول على رواية عنهما، إذ قصارى الأمر أن هذا منزل منزلة الناسي لمذهبه، وقد مر عنهما في المجتهد أنه لا ينفذ فالمقلد أولى اه ما في النهر. ويأتي قريباً ما يؤيده. قوله: (من ليس مجتهداً) وكذا المجتهد كما مر في كلام الفتح. قوله: (لا ينفذ اتفاقاً) هذا مبني على إحدى الروايتين عن الإمام في العمد، أما على رواية النفاذ فلا تصح حكاية الاتفاق. قوله: (لكونه معزولاً عنه) أي عن غير ما قيد به. قال الشرنبلالي في شرح الوهبانية: محل الخلاف فيما إذا لم يقيد عليه السلطان القضاء بصحيح مذهبه، وإلا فلا خلاف في عدم صحة حكمه بخلافه لكونه معزولاً عنه اه ح.

مَطْلَبٌ: الْحُكْمُ وَالْفَتْوَى بِمَا هُوَ مَرْجُوحٌ خِلَافَ الْإِجْمَاعِ

قلت: وتقييد السلطان له بذلك غير قيد، لما قاله العلامة قاسم في تصحيحه من أن الحكم والفتوى بما هو مرجوح خلاف الإجماع اه. وقال العلامة قاسم في فتاواه: وليس للقاضي المقلد أن يحكم بالضعيف لأنه ليس من أهل الترجيح، فلا يعدل عن الصحيح إلا لقصد غير جميل، ولو حكم لا ينفذ لأن قضاءه قضاء بغير الحق، لأن الحق هو الصحيح، وما وقع من أن القول الضعيف يتقوى بالقضاء المراد به قضاء المجتهد كما بين في موضعه اه. وقال ابن الغرس: وأما المقلد المحض فلا يقضي إلا بما عليه العمل والفتوى اه.

وقد غيرت بيت الوهبانية فقلت: [الطويل]

وَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بِحُكْمِ مُخَالِفٍ لِمَذْهَبِهِ مَا صَحَّ أَصْلًا يُسْطَرُّ
قلت: وأما الأمير فمتى صادف فصلاً مجتهداً فيه نفذ أمره كما قدمناه عن
سير التاترخانية وغيرها، فليحفظ (ولا يقضي على غائب ولا له)

وقال صاحب البحر في بعض رسائله: أما القاضي المقلد فليس له الحكم إلا بالصحيح
المفتي به في مذهبه ولا ينفذ قضاؤه بالقول الضعيف اهـ. ومثله ما قدمه الشارح أول كتاب
القضاء وقال: وهو المختار للفتوى كما بسطه المصنف في فتاويه وغيره، وكذا ما نقله بعد
أسطر عن الملتقط. قوله: (وقد غيرت بيت الوهبانية) وهو: [الطويل]

وَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بِحُكْمِ مُخَالِفٍ مُقَلِّدُهُ مَا صَحَّ إِنْ كَانَ يُذَكَّرُ
وَيَعْضُهُمْ إِنْ كَانَ سَهْوًا أَجَازَهُ عَنِ الصِّدْرِ لَا عَنْ صَاحِبِيهِ يُضَدَّرُ
وقد أفاد كلام الوهبانية الخلاف فيما إذا قضى به ساهياً: أي ناسياً مذهبه، وأنه لا
خلاف فيما إذا كان ذاكراً، وهذا على إحدى الروايتين عن الإمام كما علمت، ولما كان
المعتمد المفتي به ما ذكره المصنف في المتن من عدم النفاذ أصلاً: أي ذاكراً أو ناسياً غير
الشارح عبارة النظم جازماً بما هو المعتمد، فافهم، لكن الأولى كما قال السائحاني تغيير
الشرط الثاني هكذا:

* لِمُعْتَمِدٍ فِي رَأْيِهِ فَهَوَ مُهْدَرٌ *

مَطْلَبٌ فِي أَمْرِ الْأَمِيرِ وَقَضَائِهِ

قوله: (قلت وأما الأمير النخ) الذي رأيت في سير التاترخانية: قال محمد: وإذا أمر
الأمير العسكر بشيء كان على العسكر أن يطيعوه، إلا أن يكون المأمور به معصية اهـ.
فقول الشارح «نفذ أمره» بمعنى وجب امتثاله. تأمل. وقدمنا أن السلطان لو حكم بين
اثنين فالصحيح نفاذه؛ وفي البحر: إذا كان القضاء من الأصل ومات القاضي ليس للأمير
أن ينصب قاضياً وإن ولي عرشها وخراجها، وإن حكم الأمير لم يجوز حكمه النخ. في
الأشباه: قضاء الأمير جائز مع وجود قاضي البلد إلا أن يكون القاضي مولى من الخليفة،
كذا في الملتقط اهـ.

والحاصل: أن السلطان إذا نصب في البلدة أميراً وفوض إليه أمر الدين والدنيا صح
قضاؤه، وأما إذا نصب معه قاضياً فلا، لأنه جعل الأحكام الشرعية للقاضي لا للأمير،
وهذا هو الواقع في زماننا، ولذا قال في البحر أول كتاب القضاء: سئلت عن تولية الباشا
بالقاهرة قاضياً ليحكم في حادثة خاصة مع وجود قاضيها المولى من السلطان، فأجبت
بعدم الصحة لأنه لم يفوض إليه تقليد القضاء، ولذا لو حكم بنفسه لم يصح اهـ. قوله:
(كما قدمناه) أي في أول الكتاب في بحث رسم المفتي. قوله: (ولا يقضي على غائب) أي

أي لا يصح بل ولا ينفذ على المفتى به . بحر (إلا بحضور نائبه) أي من يقوم مقام الغائب (حقيقة كوكيله ووصيه ومتولي الوقف) أفاد بالاستثناء أن القاضي إنما يحكم على الغائب والميت لا على الوكيل والوصي فيكتب في السجل أنه حكم على الميت وعلى الغائب بحضرة وكيله وبحضرة وصيه . جامع الفصولين . وأفاد بالكاف عدم الحصر، فإن أحد الورثة كذلك ينتصب خصماً على الباقيين،

بالبينة، سواء كان غائباً وقت الشهادة أو بعدها، وبعد التزكية، وسواء كان غائباً عن المجلس أو عن البلد؛ وأما إذا أقرّ عند القاضي فيقضي عليه وهو غائب، لأن له أن يطعن في البينة دون الإقرار، ولأن القضاء بالإقرار قضاء إعانة، وإذا أنفذ القاضي إقراره سلم إلى المدعي حقه عيناً كان أو ديناً أو عقاراً، إلا أنه في الدين يسلم إليه جنس حقه إذا وجد في يد من يكون مقرراً بأنه مال الغائب المقر، ولا يبيع في ذلك العرض والعقار لأن البيع قضاء على الغائب فلا يجوز. بحر عن شرح الزيادات للعتابي. لكن في الخامس من جامع الفصولين عن الخانية: غاب المدعى عليه بعد ما برهن عليه أو غاب الوكيل بعد قبول البينة قبل التعديل، أو مات الوكيل ثم عدلت تلك البينة لا يحكم بها. وقال أبو يوسف: يحكم وهذا أرفق بالناس. ولو برهن على الموكل فغاب ثم حضر وكيله أو على الوكيل ثم حضر موكله يقضي بتلك البينة، وكذا يقضي على الوارث ببينة قامت على مورثه. قوله: (أي لا يصح) لما في الفتح من أن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط لصحة الحكم. بحر. قوله: (بل ولا ينفذ) هذه العبارة غير محررة، لأن نفي الصحة يستلزم نفي النفاذ، وأيضاً فالحكم صحيح، وإنما الخلاف في نفاذه بدون تنفيذ قاض آخر كما أفاده ح. ولذا فسر في البحر كلام الكنز بعدم الصحة؛ ثم قال: والأولى أن يفسر بعدم النفاذ لقولهم إذا نفذه قاض آخر يراه فإنه ينفذ، ثم ذكر اختلاف التصحيح وسيأتي في كلام الشارح. قوله: (كوكيله) أطلقه فشمّل ما إذا كان وكيلاً في الخصومة والدعوى أو وكيلاً للقضاء، كما إذا أقيمت البينة عليه ليقضي عليه ثم غاب كما في القنية. بحر. قوله: (ووصيه) أي وصي الميت، فإن الميت غائب ووصيه قائم مقامه حقيقة، ويجوز عود الضمير إلى الصغير المعلوم من المقام فإنه في حكم الغائب وشمّل وصي الوصي، ولو قال كويله لكان أولى ليشمل الأب والجد.

مَطْلَبٌ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

قوله: (إنما يحكم على الغائب والميت) ترك الوقف، ويظهر لي أنه يحكم على الواقف فيما يتعلق به وعلى الوقف فيما يتعلق به. سائحاني. قوله: (ينتصب خصماً عن الباقيين) أي فيما للميت وعليه، لكن إذا كان في عين فلا بد من كونها في يده، فلو ادعى عيناً من التركة على وارث ليست في يده لم تسمع، وفي دعوى الدين ينتصب أحدهم خصماً، وإن

وكذا أحد شريكي الدين وأجنبيّ بيده مال اليتيم وبعض الموقوف عليهم: أي لو الوقف ثابتاً كما مر في بابه (أو نائبه (شريعاً كوصي) نصبه (القاضي) خرج المسخر كما سيجيء (أو حكماً بأن يكون ما يدعي على الغائب سبباً) لا محالة،

لم يكن في يده شيء. وفيه من متفرقات القضاء أنه ينتصب أحدهم عن الباقي بشروط ثلاثة: كون العين كلها في يده، وأن لا تكون مقسومة، وأن يصدق الغائب أنها إرث عن الميت اهـ. وقدمنا تمام الكلام على ذلك في كتاب الوقف، وأفاد الخير الرملي في حاشيته على جامع الفصولين أن اشتراطهم كون العين في يد المدعى عليه يشمل ما لو كان المدعي بعض الورثة على بعض فتسمع الدعوى بشراء الدار من المورث وهي واقعة الفتوى اهـ. قوله: (وكذا أحد شريكي الدين) أي هو خصم عن الآخر في الإرث وفاقاً، وكذا في غيره عندهما لا عند أبي حنيفة، وقوله قياس، وقولهما استحسان. ثم على قولهما الغائب لو صدق إن شاء شاركه فيما قبض أو اتبع المطلوب بنصيبه. جامع الفصولين. ومقتضاه أن الدين للمدعي وشريكه. وأما الدعوى بدين لواحد على اثنين، فذكر قبله ما حاصله: أنه يقضي به عليهما عنده في رواية، وفي رواية وهي قول أبي يوسف: يقضي بنصفه على الحاضر؛ ثم قال: يحتمل أن يكون اختلاف الروايات فيه بناء على اختلاف الروايات في جواز الحكم على الغائب. قوله: (وأجنبي) أي من ليس وارثاً ولا وصياً، وقوله: «بيده مال اليتيم» الذي في البحر: مال الميت، وصورتها ما في جامع الفصولين: وهب في مرض موته جميع ماله أو أوصى به فمات، ثم ادعى رجل ديناً على الميت، قيل تسمع بينته على من بيده المال؛ وقيل يجعل القاضي خصماً عنه: أي عند الميت ويسمع عليه بينته، فظهر أن فيه اختلاف المشايخ.

مَطْلَبٌ فِيمَنْ يَنْتَصِبُ خَصْماً عَنْ غَيْرِهِ

قوله: (وبعض الموقوف عليهم) لما في القنية: وقف بين أخوين مات أحدهما وبقي الوقف في يد الحي وأولاد الميت، فأقام الحي بينة على واحد من أولاد الأخ أن الوقف بطن بعد بطن والباقي غيب والواقف واحد تقبل وينتصب خصماً عن الباقي؛ ثم قال: وقف بين جماعة تصح الدعوى من واحد منهم أو وكيله، على واحد منهم أو وكيله، إذا كان الوقف واحداً، وتماه في البحر. قوله: (أي لو الوقف ثابتاً) أما إذا لم يكن ثابتاً وأراد إثبات أنه وقف فلا، وقدمنا في الوقف تقرير هذه المسألة بآتم وجه، وذكرنا هناك مسائل أخر ينتصب فيها البعض خصماً عن غيره. قوله: (خرج المسخر) هو من ينصبه القاضي لسماع الدعوى على الغائب. قوله: (كما سيجيء) أي قريباً: أي مماثلاً لما يأتي من تقييده بغير الضرورة. قوله: (أو حكماً) أي بأن يكون قيامه عنه حكماً لأمر لازم. فتح. قوله: (سبباً لا محالة) أي لا تحول له عن السببية فاحترز بكونه سبباً عما يكون شرطاً، وسيدكره

فلو شرى أمة ثم ادعى أن مولاهما زوجهما من فلان الغائب وأراد ردها بعبء الزواج لم يقبل لاحتمال أنه طلقها وزال العيب. ابن كمال (لما يدعي على الحاضر) مثاله: (كما إذا) ادعى داراً في يد رجل و (برهن) المدعي (على ذي اليد أنه اشترى) الدار (من فلان الغائب فحكم) الحاكم (على) ذي اليد (الحاضر كان) ذلك (حكماً على الغائب) أيضاً، حتى لو حضر وأنكر لم يعتبر

المصنف، ويقول: «لا محالة» عما يكون سبباً في حال دون حال، وعما لا يكون سبباً إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فما يكون سبباً في حال دون حال يقبل في حق الحاضر دون الغائب، وبيانه في مسألتين الوكيل بنقل العبد إلى مولاه أو بنقل المرأة إلى زوجها، فإذا برهن العبد أنه حرره أو المرأة أنه طلقها ثلاثاً يقبل في حق قصر يد الحاضر، لا في ثبوت العتق أو الطلاق، فإن المدعي هنا على الغائب وهو العتق أو الطلاق ليس سبباً لا محالة لما يدعي على الحاضر، وهو قصر يده بانعزاله عن الوكالة، لأنه قد يتحقق العتق والطلاق بدون انعزال وكييل هناك وكالة أصلاً، وقد يتحقق موجباً للانعزال بأن كان بعد الوكالة، فليس انعزال الوكيل حكماً أصلياً للطلاق والعتاق، فمن حيث إنه ليس سبباً لحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر خصماً عن الغائب، ومن حيث إنه قد يكون سبباً قبلنا البينة في حق الحاضر بقصر يده وانعزاله؛ وأما ما لا يكون سبباً إلا بالبقاء إلى وقت الدعوى، فلا يقبل مطلقاً، وبيانه في مسائل منها: ما لو برهن المشتري فاسداً على البيع من غائب حين أراد البائع فسخ البيع للفساد لا يقبل في حق الحاضر في الفسخ ولا في حق الغائب في البيع، لأن نفس البيع ليس سبباً لبطلان حق الفسخ لجواز أنه باع من الغائب ثم فسخ البيع بينهما، وإن شهدوا ببقاء البيع وقت الدعوى لا يقبل، لأنه إذا لم يكن خصماً في إثبات نفس البيع لم يكن خصماً في إثبات البقاء، لأن البقاء تبع للابتداء، وتماه في الفتح وغيره. قوله: (فلو شرى أمة) تفريع على قوله: «لا محالة» فكان الأولى ذكره عند قول المصنف «ولو كان ما يدعي على الغائب شرطاً بأن يقول بخلاف ما لو شرى أمة الخ» وبخلاف ما لو كان ما يدعي على الغائب شرطاً الخ ليكون ذكر محترز القيود في محل واحد. قوله: (لم يقبل) أي برهانه لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب، لأن المدعي شيطان: الرد بالعيب على الحاضر، والنكاح على الغائب. والثاني ليس سبباً للأول إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها، وإن برهن على البقاء: أي إنها امرأته للحال لا يقبل أيضاً، لأن البقاء تبع للابتداء: فتح. قوله: (مثاله) لا حاجة إليه لإغناء الكاف عنه اهرح. قوله: (من فلان الغائب) زاد في الفتح: وهو يملكها: أي لأن مجرد الشراء لا يثبت الملك للمشتري لاحتمال كونها لغير البائع وهو فضولي. قوله: (لأن

لأن الشراء من المالك سبب الملكية لا محالة، وله صور كثيرة ذكر منها في المجتبى تسعاً وعشرين (ولو كان ما يدعي على الغائب شرطاً) لما يدعيه على الحاضر، كما

الشراء من المالك) هذا هو المدعي على الغائب. قوله: (سبب الملكية) أي والملكية هنا هي المدعي على الحاضر.

مَطْلَبٌ: الْمَسَائِلُ الَّتِي يَكُونُ الْقَضَاءُ فِيهَا

عَلَى الْحَاضِرِ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ

قوله: (تسعاً وعشرين) قال في المنح وفي المجتبى بعد أن علم بعلامة شطب: كل من ادعى عليه حق لا يثبت عليه إلا بالقضاء على الغائب، فالقضاء على الحاضر قضاء على الغائب.

وتظهر ثمرته في مسائل: منها: أقام بينة أن له على فلان الغائب كذا، وأن هذا كفيلاً عنه بأمره يقضي على الغائب والحاضر، لأنها كالمعاوضة، ولو لم يقل بأمره لا يقضي على الغائب؛ ومنها: لو أقام بينة أنه كفيلاً بكل ماله على فلان وأن له على فلان ألفاً كانت قبل الكفالة يقضي على الحاضر والغائب، ولا يحتاج إلى دعوى الكفالة بأمره، بخلاف الأولى، لأن الكفالة المطلقة لا توجب المال على الكفيل ما لم توجهه على الأصيل، فصار كأنه علق الكفالة بوجود المال على الأصيل فانتصب عن الغائب خصماً، ومنها: أن القاذف إذا قال: أنا عبد فلان فلا حد عليّ فأقام المقدوف بينة أن فلاناً أعتقه حد، وكان قضاء على الغائب بالعتق؛ ومنها: لو قال له يا ابن الزانية فقال القاذف أمه أمة فلان فأقام المقدوف بينة أنها بنت فلان القرشية يحكم بالنسب ويحد؛ ومنها: لو أقام بينة أن ابن عم الميت فلان، وأن الميت فلان بن فلان يجتمعان إلى أب واحد وأنه وارثه فحسب قضي بالميراث والنسب على الغائب؛ ومنها: لو أقام بينة أن أبوي الميت كانا مملوكين أعتقهما، ثم ولد لهما هذا الولد ومات وأنه مولاه ووارثه قضي بالولاء وكان قضاء بالولاء على الأبوين وحرية المولدين بعد عتقهما؛ ومنها: لو قال لدائن العبد المأذون ضمنت لدينك عليه إن أعتقه مولاه فأقام بينة عليه أن مولاه أعتقه بعد الضمان والعبد والمولى غائبان يقضي بالضمان، وكان قضاء بالعتق للغائب، وعلى الغائب، ومنها: لو قال المشهود عليه الشاهد عبد فأقام المدعي أو الشاهد بينة أن مولاه أعتقه قبل الشهادة؛ ومنها: لو ادعى شيئاً في يد رجل أنه اشتراه من فلان وأقام بينة يقضي له بالملك والشراء من فلان، ومنها: ما لو قذف عبداً فأقام المقدوف بينة أن مولاه كان أعتقه وادعى كمال الحد؛ ومنها: ما لو أقام العبد المشتري بينة أن البائع كان أعتقه أو رجل آخر أعتقه وهو يملكه؛ ومنها: ما لو قال لرجل ما بايعت فلاناً فعليّ فأقام الرجل بينة على الضامن أنه باع فلاناً عبده بألف،

إذا ادعى عبد على مولاه أنه علق عتقه بتطليق زوجة زيد وبرهن على التطليق بغيبة زيد (لا) يقبل

ومنها: ما لو أقام بينة على رجل أنك اشتريت هذه الدار من فلان وأنا شفيعها؛ ومنها: ما لو قال لرجل علي ألف فاقضها فأقام المأمور بينة أنه قضاها يقضي بقبض الغائب والرجوع على الآخر، ومنها: ما لو قال لغيره الذي في يدي لفلان فاشتره لي وأنقد الثمن فأقام المأمور بينة أنه فعل ذلك؛ ومنها: ما لو قال لرجل اضمن لهذا مادائني فضمن فأقام الضمين بينة أن فلاناً داينك كذا وإني قضيت عنك؛ ومنها: الكفيل بأمر أقام بينة على الأصيل أنه أوفى الطالب؛ ومنها: ما لو أقام بينة على أن له على فلان ألفاً وأنه أحال بما عليه؛ ومنها: ما لو أقام بينة على رجل أنه كان لفلان عليك ألف أحلته به علي وأديتها إليه؛ ومنها: ما لو طالب البائع المشتري بالثمن فأقام هو بينة أنه أحاله بالثمن على فلان؛ ومنها: ما لو قال لرجل إن جنى عليك فلان فأنا كفيل بنفسه فأقام بينة أنه جنى عليه فلان؛ ومنها: ما لو أقام بينة على رجل في يده دار أنها له فأقام ذو اليد بينة أن فلاناً وهبها له وسلم أو أودع أو باع؛ ومنها: ما لو أقام ذو اليد بينة أن المدعي باعها من فلان وقبضها تبطل بينة المدعي ويلزم الشراء الغائب؛ ومنها: ما لو قال ذو اليد أودعني فلان فطلب المدعي تحليفه به فنكل فقضى عليه نفذ على فلان؛ ومنها: ما لو قال وصل إلى من زيد وكيل فلان بأمره أو من غاصب منه وحلف المدعي ما يعلم دفع زيد فقضى عليه نفذ على فلان؛ ومنها: ما لو أقام بينة على عبد أن مولاه أعتقه وأنه قطع يده بعد ذلك أو استدان منه أو اشترى منه أو باع منه؛ ومنها: ما قيل إنه لو قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق فأقامت بينة على الحاضر إن فلاناً طلق امرأته؛ ومنها: ما لو أقام الحاضر على القاتل بينة أن الولي الغائب قد عفا فتقبل البينة في جميع هذه الصور، ويتضمن القضاء على الحاضر القضاء على الغائب فيها اهـ ح. قوله: (لا يقبل) لأن الشرط ليس بأصل بالنسبة إلى المشروط، بخلاف السبب، فإن قضى فقد قضى على الغائب ابتداءً. قهستاني ط.

قلت: والمتبادر من إطلاقهم أنه لا يقبل في حق الحاضر ولا في حق الغائب، ويؤيده ما في البحر عن جامع الفصولين: علق طلاقها بتزوج عليها فبرهنت أنه تزوج عليها فلانة الغائبة عن المجلس هل تسمع حال الغيبة؟ فيه روايتان، والأصح أنها لا تقبل في حق الحاضرة والغائبة فلا طلاق ولا نكاح اهـ. لكن نقل عنه عقبه فرعاً آخر وهو: ادعت عليه أنه كفل بمهرها عن زوجها لو طلقها ثلاثاً وأنه طلقها ثلاثاً، فأقر المدعي عليه بالكفالة وأنكر العلم بوقوع الثلاث فبرهنت به، يحكم لها بالمهر على الحاضر لا بالفرقة على الغائب اهـ. والظاهر أنه خلاف الأصح بقريئة والأصح أنها لا تقبل الخ.

في الأصح (إذا كان فيه إبطال حق الغائب) فلو لم يكن كما إذا علق طلاق امرأته بدخول زيد الدار يقبل لعدم ضرر الغائب. ومن حيل إثبات العتق على الغائب أن يدعي المشهود عليه أن الشاهد عبد فلان فبرهن المدعي أن مالكة الغائب أعتقه تقبل. ومن حيل الطلاق حيلة الكفالة بمهرها معلقة بطلاقها ودعوى كفالاته بنفقة

قوله: (في الأصح) مقابله ما حكاه في الفتح عن بعض المتأخرين كفخر الإسلام والأوزجندي أنهم أفتوا فيه بانتصاب الحاضر خصماً: أي فالشرط عندهم كالسبب، ويقابله أيضاً ما ذكرناه آنفاً من قبولها في حق الحاضر لا الغائب. قوله: (يقبل لعدم ضرر الغائب) وذكر في الفتح أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له اه: أي لأن دخول الغائب الدار لا يترتب عليه حكم، لكن قال ط: لو كان الغائب علق طلاق امرأته بدخوله الدار، فالظاهر أنه في حكم الأول للزوم الضرر اه. قوله: (ومن حيل إثبات العتق الخ) هي من جملة الصور التسع والعشرين المارة. قوله: (ومن حيل الطلاق الخ) الأولى إسقاطه لقول البحر، وأما حيل إثبات طلاق الغائب فكلها على الضعيف من أن الشرط كالسبب؛ قال في جامع الفصولين: ومع هذا لو حكم بالحرمة نفذ لاختلاف المشايخ اه.

قلت: يعني إذا كان الحاكم مجتهداً، أما المقلد فلا يصح حكمه بالضعيف كما ذكرناه سابقاً نعم نقل في البحر بعد هذا عن الخلاصة الطريق في إثبات الرضائية أن يعلق وكالة بدخوله فيتنازعان في دخوله فيشهد الشهود فيقضي بالوكالة وبدخوله اه قال في البحر وعليه فإثبات طلاق معلق بدخول شهر حيلة فيه، ولو كان الزوج غائباً لأن هذا ليس من قبيل الشرط، لأنه لا بد أن يكون فعل الغائب، وكذا إثبات ملك أو وقف أو نكاح، فيعلق وكالة بملك فلان ذلك الشيء أو بوقفه كذا أو بكون فلانة زوجة فلان، ويدعي الوكيل فيقول الخصم وكالتك معلقة بما لم يوجد، فيقول الوكيل بل هي منجزة لتعلقها بكائن، وبرهن على الملك ونحوه ولا يعلق بفعل الغائب كأن نكح إن وقف إن طلق إن ملك هذا ما ظهر لي اه ملخصاً.

قلت: وفيه نظر لأن المانع إثبات الضرر بالغائب قال في الفتح: الأصل أن ما كان شرطاً لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق للغائب قبلت البينة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب وما تضمن إبطالاً عليه لا تقبل اه فعلم أن المناط إبطال حق الغائب سواء كان الشرط فعله أو لا فلا فرق بين كون الشرط إن نكح أو إن كانت منكوحته فتفريع هذه المسائل على ما في الخلاصة غير ظاهر إذ ما فيها ليس فيه حكم على غائب أصلاً بخلاف هذه المسائل، فإن فيها الحكم على الغائب ابتداء بما يتضرر به ولو ملكاً فإنه قد يلزمه منه

العدة معلقة بالطلاق، ومن أراد أن لا يزني فحيلته ما في دعوى البرازية.

ادعى عليها أن زوجها الغائب طلقها وانقضت عدتها وتزوجها فأقرت بزوجة الغائب وأنكرت طلاقه فبرهن عليها بالطلاق يقضي عليها أنها زوجة الحاضر، ولا يحتاج إلى إعادة البينة إذا حضر الغائب (ولو قضى على غائب بلا نائب ينفذ) في أظهر

ضرر واضح اليد المدعي أنه ملكه وغير ذلك فتدبر. قوله: (ومن أراد أن لا يزني الخ) إن كانت هذه الحيلة صدقاً فلا وجه لتسميتها حيلة، ولا لقوله ومن أراد أن لا يزني وصنيعه يوهم أن ذلك سائح كذباً وليس كذلك، بل مثله من أكبر الكبائر ط فالصواب إسقاط هذه العبارة والاختصار على عبارة البرازية كما فعل في البحر على أن في صحة هذا الفرع كلاماً نذكره عقبه. قوله: (فبرهن عليها بالطلاق) أي وبأنه تزوجها بعد العدة كما هو ظاهر. قوله: (يقضي عليها أنها زوجة الحاضر) أي ويقضي على الغائب بالطلاق كما يدل عليه ما بعده.

قلت: لكن تقدم أن القضاء على الغائب إنما يصح إذا كان سبباً لما يقضي على الحاضر لا محالة، ولا شك أن طلاق الغائب ليس كذلك، لأن التزويج قد يكون بدون طلاق كما لو لم تكن زوجة أحد، وانظر ما قدمناه عند قوله: «سبباً لا محالة» يظهر لك حقيقة الأمر. قوله: (ولا يحتاج الخ) قال الخير الرملي: وفي جامع الفصولين خلافه. قوله: (ولو قضى على غائب الخ) أي قضى من يرى جوازه كشافعي لإجماع الحنفية على أنه لا يقضي على غائب كما ذكره الصدر الشهيد في شرح أدب القضاء، كذا حققه في البحر.

والحاصل: أنه لا خلاف عندنا في عدم جواز القضاء على الغائب، وإنما الخلاف في أنه لو قضى به من يرى جوازه هل ينفذ بدون تنفيذ أو لا بد من إمضاء قاض آخر؟ ورأيت نحو هذا منقولاً عن إجابة السائل عن بعض رسائل العلامة قاسم، وبه ظهر أن قول المصنف فيما مر «ولا يقضي على غائب» بيان لحكم المذهب عندنا، وقوله هنا «ولو قضى الخ» حكاية للخلاف في النفاذ وعدمه.

قلت: بقي ما لو قضى الحنفي بذلك، ولا يخفى أنه يأتي فيه الكلام المازٍ فيما لو قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه، وما فيه من التفصيل واختلاف التصحيح فعلى قول من رجح الجواز لا يبقى فرق بين الحنفي وغيره، وعلى هذا يحمل ما صرح به في القنية من أنه لا يشترط في نفاذ القضاء على الغائب أن يكون من شافعي، وبه اندفع ما أورده الرملي والمقدسي على صاحب البحر حيث خصه بمن يرى جوازه كما ذكرنا، واندفع أيضاً ما يتوهم من المنافاة بين ما ذكره الصدر الشهيد وما في القنية. وهذا ما ظهر لي فتدبره. لكن

الروايتين عن أصحابنا. ذكره من لا يخسر في باب خيار العيب (وقيل لا) ينفذ، ورجحه غير واحد. وفي المنية والبزازية ومجمع الفتاوى: وعليه الفتوى، ورجح في الفتح توقفه على إمضاء قاضٍ آخر؛ وفي البحر والمعتمد أن القضاء على المسخر لا

استظهر في البحر بعد ذلك تخصيص الخلاف في النفاذ وعدمه بالحكم للمفقود لا مطلق الغائب، واستدل بعبارة في الخانية، ونازعه الرملي بأنها لا تدل على مدعاه بل الظاهر من كلامهم التعميم اهـ. وقال في جامع الفصولين: قد اضطربت أراؤهم وبيانهم في مسائل الحكم للغائب، وعليه ولم يصف ولم ينقل عنهم أصل قوي ظاهر يبني عليه الفروع بلا اضطراب ولا إشكال، فالظاهر عندي أن يتأمل في الوقائع ويحتاط ويلاحظ الحرج والضرورات فيفتي بحسبها جوازاً أو فساداً، مثلاً لو طلق امرأته عند العدل فغاب عن البلد ولا يعرف مكانه أو يعرف ولكن يعجز عن إحضاره، أو عن أن تسافر إليه هي أو وكيلها لبعده أو لمانع آخر. وكذا المديون لو غاب وله نقد في البلد أو نحو ذلك، ففي مثل هذا لو برهن على الغائب وغلب على ظن القاضي أنه حق لا تزوير ولا حيلة فيه، فنيبغي أن يحكم عليه وله، وكذا للمفتي أن يفتي بجوازه دفعاً للحرج والضرورات وصيانته للحقوق عن الضياع، مع أنه مجتهد فيه ذهب إليه الأئمة الثلاثة، وفيه روايتان عن أصحابنا، وينبغي أن ينصب عن الغائب وكيل يعرف أنه يراعي جانب الغائب ولا يفرط في حقه اهـ. وأقره في نور العين.

قلت: ويؤيده ما يأتي قريباً في المسخر، وكذا ما في الفتح من باب المفقود: لا يجوز القضاء على الغائب إلا إذا رأى القاضي مصلحة في الحكم له وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه اهـ.

قلت: وظاهره ولو كان القاضي حنفياً ولو في زماننا، ولا يتأني ما مر لأن تجوز هذا للمصلحة والضرورة. قوله: (وقيل لا ينفذ) أي بل يتوقف على إمضاء قاضٍ آخر كما في البحر. قوله: (ورجح في الفتح الخ) ليس قولاً ثالثاً، بل هو القول الثاني كما علمت، وهذا مبني على أن نفس القضاء مجتهد فيه كقضاء محدود في قذف بعد توبته، والأول مبني على أن المجتهد فيه سبب القضاء، وهو أن هذه البيعة هل تكون حجة للقضاء بلا خصم حاضر أم لا؟ فإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف بعد توبته.

مَطْلَبٌ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْمُسَخَّرِ

قوله: (والمعتمد الخ) مقابلة قول جواهر زاده بجوازه، لأنه أفتى بجواز القضاء على الغائب، وهو عين القضاء على الغائب. بحر. وفيه أيضاً: وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب لسمع الخصومة عليه، وشرطه عند القائل به أن يكون الغائب

يجوز إلا لضرورة وهي في خمس مسائل:
 اشترى بالخيار فتواري اختفى المكفول له.
 حلف ليوفينه اليوم فتغيب الدائن.
 جعل أمرها بيدها إن لم تصل نفقتها فتغيب.
 الخامسة: إذا تواري الخصم فالتأخرون أن القاضي ينصب وكيلاً في الكل،
 وهو قول الثاني. خانية.

في ولاية القاضي. قوله: (وهي في خمس) لم يذكر الرابعة في البحر بل زادها الشارح.
 قوله: (اشترى بالخيار) أي وأراد الرد في المدة فاختفى البائع فطلب المشتري من القاضي
 أن ينصب خصماً عن البائع ليرده عليه، وهذا أحد قولين عزاها في جامع الفصولين إلى
 الخانية، لكنه قدم هذا، وعادة قاضيخان تقديم الأشهر. قوله: (اختفى المكفول له)
 صورته: كفل بنفسه على أنه إن لم يواف به غداً فدينه على الكفيل، فغاب الطالب في الغد
 فلم يجده الكفيل فرفع الأمر إلى القاضي فنصب وكيلاً عن الطالب وسلم إليه المكفول عنه
 يبرأ، وهو خلاف ظاهر الرواية إنما هو في بعض الروايات عن أبي يوسف قال أبو
 الليث: لو فعل به قاض علم أن الخصم تغيب لذلك فهو حسن. جامع الفصولين.

قلت: ما قاله أبو الليث توفيق بين الروايتين، لكن ما نذكره من التصحيح في
 المسألة التالية لهذه ينبغي إجراؤه في رواية أبي يوسف، إذ لا فرق يظهر بين المسألتين.
 تأمل. قوله: (حلف ليوفينه اليوم الخ) بأن علق المديون العتق أو الطلاق على عدم قضائه
 اليوم ثم غاب الطالب وخاف الحالف الحنث فإن القاضي ينصب وكيلاً عن الغائب ويدفع
 الدين إليه ولا يحنث الحالف وعليه الفتوى. بحر عن الخانية. وفي حاشية مسكين عن
 الشيخ شرف الدين الغزي أنه لا حاجة إلى نصب الوكيل لقبض الدين، فإنه إذا دفع إلى
 القاضي برّ في يمينه على المختار المفتى به كما في كثير من كتب المذهب المعتمدة، ولو لم
 يكن ثمة قاض حنث على المفتى به اهـ. قوله: (فتغيبت) أي لإيقاع الطلاق عليه فإنه
 ينصب من يقبض لها ط. قوله: (خانية) لم أر هذه العبارة في الخانية في هذا المحل.

مَطْلَبٌ فِي الْخَصْمِ إِذَا اخْتَفَى فِي بَيْتِهِ

قوله: (الخامسة الخ) ذكر في شرح أدب القاضي: لو قال رجل للقاضي لي على
 فلان حق وقد تواري عني في منزله، فالقاضي يكتب إلى الوالي في إحضاره، فإن لم يظفر
 به وسأل الطالب الختم على بابه فإن أتى بشاهدين أنه في منزله وقال رأيناه منذ ثلاثة أيام
 أو أقل ختم عليه لا إن زاد على ثلاث، والصحيح أنه مفوض إلى رأي الحاكم، فإذا ختم
 وطلب المدعي أن ينصب له وكيلاً بعث القاضي إلى داره رسولاً مع شاهدين ينادي
 بحضرتها ثلاثاً أيام في كل يوم ثلاث مرات يا فلان بن فلان إن القاضي يقول لك

قلت: ونقل شراح الوهبانية عن شرح أدب القاضي أنه قول الكل، وأن القاضي يختم بيته مدة يراها ثم ينصب الوكيل (ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة) لعدم ملكهم

احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت لك وكيلاً وقبلت بيته عليك، فإن لم يخرج نصب له وكيلاً وسمع شهود المدعي وحكم عليه بمحضر وكيله اه ملخصاً. قوله: (أنه قول الكل) أي النصب عن الخصم المتوارى، وهو الذي تعطيه عبارة الكمال. قوله: (وأن القاضي الخ) الذي في شرح الأدب هو ما ذكرناه من تفويض المدة إلى القاضي في رؤية الشاهدين للمختفي لا في مدة الختم، والذي في شرح الوهبانية مثل ما ذكرناه أيضاً.

مَطْلَبٌ فِي بَيْعِ التَّرَكَةِ الْمُسْتَغْرَقَةِ بِالذِّينِ

قوله: (ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة) هذا مقيد بما إذا لم تتفق الورثة على أداء الدين كله من ما لهم، لما في الثامن والعشرين من جامع الفصولين: لو أرادت الورثة أداء دينه لتبقى تركته لهم فاتفقوا عليه، وتحملوا قضاء دينه وإنفاذ وصاياه من مالهم فلهم ذلك، ولو اختلفوا فللوصي بيعها لدينه ووصاياه ولا يلتفت إلى قولهم؛ ثم قال: وجاز لأحد الورثة استخلاص العين من التركة بأداء قيمته إلى الغرماء لا إلى الوارث الآخر اه. وقوله: بأداء قيمت الخ، قال الرملي في حاشيته: عليه هذا إذا لم يكن الدين زائداً، لأنه ذكر قبله أن الدين لو كان زائداً على التركة فلهم استخلاصها بأداء دينه كله لا بقدر تركته كفن جنى يفديه مولاه بأرشه. قوله: (لا للورثة) أي إلا برضا الغرماء، حتى لو باع الوارث: أي بدون رضا الغرماء لا ينفذ؛ وكذلك المولى إذا حجر على العبد المأذون وعليه دين محيط ليس للمولى أن يبيع العبد وما في يده وإنما يبيعه القاضي، كذا هذا. منح عن العمادية. ثم ذكر عن القنية قولين ثانيهما: أن القاضي إنما يبيع التركة المستغرقة لقضاء الدين إذا امتنع الورثة عن بيعها ولم يحك ترجيحاً، لكن اقتصره في المتن على القول الأول تبعاً للدرر يفيد ترجيحه، وحكى القولين في التاترخانية والبرزازية أيضاً. ورأيت بخط شيخ مشايخنا منلا علي التركماني ما نصه: أقول فلذا القضاة الآن يأذنون لبعض ورثة الميت المستغرقة تركته بالدين ببيعها لوفاء دينه توفيقاً بين القولين وعملاً بهما.

تنبيه: لم يذكر بيع الوصي، وفي جامع الفصولين: يصح بيع الوصي تركة مستغرقة لو بقيمتها، وليس للغرماء إبطاله. قوله: (لعدم ملكهم) قال في جامع الفصولين: ولو استغرقتها دين لا يملكها بإرث إلا إذا أبرأ الميت غريمه أو أداه وارثه بشرط التبرع وقت الأداء، أما لو أداه من مال نفسه مطلقاً بلا شرط تبرع أو رجوع

حيث كان الدين لغيرهم (يقرض القاضي مال الوقف والغائب) واللقطة (واليتيم)

يجب له دين على الميت فتصير التركة مشغولة بدينه فلا يملكها، حتى لو ترك ابناً وقتاً ودينه مستغرق فأداه وارثه ثم أذن للقرن في التجارة أو كاتبه لم يصح إذا لم يملكه اهـ. وتام الكلام على ذلك في المنح.

مَطْلَبٌ: دَفَعَ الْوَرَثَةُ كَرَمًا مِّنَ التَّرَكَّةِ إِلَى أَحَدِهِمْ

ليقضي دين مورثهم فقضاه يصح

تنبيه: قيد بالتركة المستغرقة لأن غيرها ملك للورثة، وفي جامع الفصولين: عليه دين غير مستغرق فللحاضر من ورثته بيع حصته لحصته من الدين لا بيع حصة غيره للدين لأنها ملك الوارث الآخر إذ الدين لم يستغرق، فلو دفعت الورثة إلى أحدهم كرمًا من التركة ليقضي دين مورثهم وهو غير مستغرق فقضاه صح لأنه بيع منهم لحصتهم منه بقدر الدين لأنهم لو دفعوه إلى أجنبي لأداء الدين يكون بيعاً كذا هذا. قوله: (حيث كان الدين لغيرهم) قال في جامع الفصولين: استغراق التركة بدين الوارث لا يمنع إرثه إذا كان هو وارثه لا غير اهـ. ومفاده أنه لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الأجنبي بالنسبة إلى باقي الورثة.

تنبيه: ذكر الخير الرملي في حاشية الفصولين أن قوله هنا لا يمنع إرثه، لا ينافي ما مر آنفاً من أن الوارث لو أدى دين الغريم بلا شرط تبرع لا يملكها، لأنه يثبت له الرجوع بأداء الدين بعد أن لم يكن له ملك فلا يملك القرن إلا بتمليك القاضي، بخلاف الاستغراق بدينه ابتداء إذ لا مانع يمنعه من الملك اهـ.

مَطْلَبٌ؛ لِلْقَاضِي إِقْرَاضُ مَالِ الْيَتِيمِ وَنَحْوِهِ

قوله: (يقرض القاضي الخ) أي يستحب له ذلك، لأنه لكثرة أشغاله لا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه، والدفع بالقرض أنظر لليتم لكونه مضموناً والوديعة أمانة، وينبغي له أن يتفقد أحوال المستقرضين حتى لو اختل أحدهم أخذ منه المال. وتامه في البحر. وليس للقاضي أن يستقرض ذلك لنفسه ط عن الهندية. قوله: (مال الوقف) ذكره في البحر عن جامع الفصولين، لكن فيه أيضاً عن العدة: يسع للمتولي إقراض ما فضل من غلة الوقف لو أحرز اهـ. ومقتضاه أنه لا يختص بالقاضي، مع أنه صرح في البحر عن الخزانة أن المتولي يضمن إلا أن يقال: إنه حيث لم يكن الإقراض أحرز. قوله: (والغائب) زاد في البحر: وله بيع من قوله إذا خاف التلف إذا لم يعلم بمكان الغائب، أما إذا علم فلا لأنه يمكنه بعثه إليه إذا خاف التلف اهـ. وانظر هل يقيد إقراضه ماله بما إذا لم يعلم مكانه. قوله: (واللقطة) الظاهر قراءته بالنصب عطفًا على مال، ويجوز جره عطفًا على المضاف إليه، وهو أولى لثلا يقع منصوباً بين مجرورين، لكن الإضافة فيه بيانية وفيما قبله

من مليء مؤتمن حيث لا وصي ولا من يقبله مضاربة ولا مستغلاً يشتره، وله أخذ المال من أب مبذر ووضعه عند عدل. قنية (ويكتب الصك) ندباً ليحفظه (لا) يقرض (الأب) ولو قاضياً

وما بعده لامية. تأمل. ثم الظاهر أن المراد بإقراض القاضي اللقطة هنا ما إذا دفعها الملتقط إليه، وإلا فالتصرف فيها من تصدق أو إمساك للملتقط. تأمل. قوله: (من مليء) بالهمز في المصباح رجل مليء علي فعيل: غني مقتدر، ويجوز الإبدال والإدغام اه: أي إبدال الهمزة ياء وإدغامها في الياء. قوله: (حيث لا وصي) هذا الشرط زاده في البحر بحثاً بقوله: وينبغي أن يشترط لجواز إقراض القاضي عدم وصي لليتيم، فإن كان له وصي ولو منصوب القاضي لم يجوز، لأنه من التصرف في ماله وهو ممنوع منه مع وجود وصيه كما في بيوع القنية اه. ورده محشيه الرمي: بأن إطلاق المتون على خلافه، وبأنه إذا لم يجوز منه والوصي ممنوع من الإقراض امتنع النظر لليتيم ولا قائل به. تأمل اه. لكنه أفنى في وصايا الخيرية بأن للوصي إقراض مال اليتيم بأمر القاضي أخذاً عما في وقف البحر عن القنية، من أن للمتولي إقراض مال المسجد بأمر القاضي. قال: والوصي مثل القيم لقولهم الوصية والوقف أخوان، فلم يمتنع النظر لليتيم بهذه الجهة. نعم يرد على البحر أن الوصي إذا كان لا يملك الإقراض بدون إذن القاضي علم أن ذلك لم يدخل تحت وصايته، بل بقي للقاضي فلم يكن ممنوعاً منه مع وجود الوصي، كما لو نصب وصياً على يتيمة ليس لها ولي فللقاضي أن يزوجها بنفسه أو يأذن للوصي بتزويجها، وليس للوصي ذلك بدون إذن إذ لا يدخل تحت وصايته، بخلاف بيع مال اليتيم ونحوه فليس للقاضي فعله مع وجود الوصي، فلذا لم يذكر هذا القيد في المتون، فافهم. قوله: (ولا من يقبله مضاربة الخ) في البحر عن جامع الفصولين: إنما يملك القاضي إقراضه إذا لم يجد ما يشتره له يكون غلة لليتيم لا لو وجده أو وجد يضارب لأنه أنفع اه: أي أنفع من الإقراض، وما قيل إن مال المضاربة أمانة غير مضمون فيكون الإقراض أولى، فهو مدفوع بأن المضاربة فيها ربح، بخلاف القرض. قوله: (ولو مستغلاً يشتره) أي ما يكون فيه لليتيم غلة كما علمت، وهو منصوب بالعطف على محل اسم «لا» الأولى وإلا كان حقه الرفع أو البناء على الفتح كما لا يخفى. قوله: (ليحفظه) أي بالاستدكار للمال وأسماء الشهود ونحو ذلك. قوله: (لا يقرض الأب) أي في أصح الروايتين. فتح. قال في البحر: وفي خزنة الفتاوى: الصحيح أن الأب كالقاضي، فقد اختلف التصحيح والمعتمد ما في المتون وشمل ما إذا أخذ مال ولده الصغير قرضاً لنفسه، وهو مروى عن الإمام، وقيل له ذلك، ولم أر حكم الجد في جواز إقراضه على رواية جوازه للأب والظاهر أنه كالأب لقولهم الجد أبو الأب كالأب إلا في مسائل، واختلفوا في إعارة الأب

لأنه لا يقضي لولده (و) لا (الوصي) ولا الملتقط، فإن أقرضوا ضمنوا لعجزهم عن التحصيل، بخلاف القاضي، ويستثنى إقراضهم للضرورة كحرق ونهب فيجوز اتفاقاً. بحر. ومتى جاز للملتقط التصديق بالإقراض أولى (ولو قضى بالجور فالغرم

مال ولده الصغير، وفي الصحيح لا اه. قوله: (لأنه لا يقضي لولده) لأنه ربما ينكر المستقرض فيحتاج للبينة والقضاء بها ط. قوله: (ولا الوصي) فلو فعل لا يعد خيانة فلا يعزل به، وكذا ليس له أن يستقرض لنفسه على الأصح، فلو فعل ثم أنفق على اليتيم مدة يكون متبرعاً إذا صار ضامناً، فلا يتخلص ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم ويملك الإيداع، والبيع نسيئة، وتماه في البحر. وفيه عن الخزانة: إذا أجر الوصي أو الأب أو الجد أو القاضي الصغير في عمل من الأعمال فالصحيح جوازها وإن كانت بأقل من أجره المثل اه: أي لأن للوصي والأب والجد استعماله بلا عوض بطريق التهذيب والريضة فبالعوض أولى، كما في السابع والعشرين من جامع الفصولين، وتام أبحاث هذه المسائل فيه. قوله: (ومتى جاز الخ) تقييد لقوله: «ولا الملتقط بما إذا كان قبل جواز التصديق بها» وهذا ذكره الزيلعي في مسائل شتى آخر الكتاب بقوله: إلا أن الملتقط إذا نشد اللقطة ومضى مدة النشدة ينبغي أن يجوز له الإقراض من فقير، لأنه لو تصدق بها عليه في هذه الحالة جاز فالقرض أولى اه فافهم.

مَطْلَبٌ فِيمَا لَوْ قَضَى الْقَاضِي بِالْجَوْرِ

قوله: (ولو قضى بالجور الخ) القضاء بخلاف الحق إما عن خطأ أو عمد، وكل على وجهين: إما في حقه تعالى، أو حق العبد. فالخطأ في حق العبد إما أن يمكن فيه التدارك والرد أو لا، فإن أمكن بأن قضى بمال أو صدقة أو طلاق أو إعتاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في كذب يبطل القضاء ويرد العبد رقيقاً، والمرأة إلى زوجها والمال إلى من أخذه منه، وإن لم يمكن الرد بأن قضى بالقصاص واقتصر لا يقتل المقضي له، ويصير صورة القضاء شبهة مانعة، بل تجب الدية في مال المقضي له؛ وهذا كله إذا ظهر خطأ القاضي بالبينة أو بإقرار المقضي له، فلو بإقرار القاضي لا يظهر في حق المقضي له، حتى لا يبطل القضاء في حقه، وأما الخطأ في حقه تعالى بأن قضى بحد زنا أو سرقة أو شرب واستوفى الحد ثم ظهر أن الشهود كما مر في الضمان في بيت المال، وإن كان القضاء بالجور عن عمد وأقر به فالضمان في ماله في الوجوه كلها بالجناية والإتلاف، ويعتزل القاضي ويعزل عن القضاء ط عن الهندية ملخصاً.

مَطْلَبٌ: إِذَا قَاسَ الْقَاضِي وَأَخْطَأَ فَالْخُصُومَةُ لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ

مع القاضي والمدعي يوم القيامة

تنبيه: القاضي إذا قاس مسألة على مسألة وحكم ثم ظهر رواية بخلافه فالخصومة

عليه في ماله إن متعمداً وأقرّ به) أي بالعمد (ولو خطأ ف) بالغرم (على المقضى له) درر. وفي المنح معزياً للسراج. قال محمد: لو قال تعمدت الجور انعزل عن القضاء، وفيه عن أبي يوسف: إذا غلب جوره ورشوته ردت قضاياه وشهادته.

فروع: القضاء مظهر لا مثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة، حتى لو

للمدعى عليه يوم القيامة مع القاضي والمدعي، أما مع المدعي فلأنه أثم بأخذ المال، وأما مع القاضي فلأنه أثم بالاجتهاد لأن أحداً ليس من أهل الاجتهاد في زماننا، وبعض أذكيا خوارزم قاس المفتي على القاضي، فأوردت أن القاضي صاحب مباشر للحكم، فكيف يؤخذ السبب مع المباشر فانقطع، وكان له أن يقول: إن القاضي في زماننا ملجأ إلى الحكم بعد الفتوى، لأنه لو ترك يلام لأنه غير عالم حتى يقضي بعلمه. بزازية قبيل الشهادات.

قلت: وفيه نظر، فإن هذا لا يسمى إجماع حقيقة وإلا لزم أن تنقطع النسبة عن المباشر إلى المتسبب، كما لو أكره رجل آخر بإتلاف عضو على أخذ مال إنسان، فإن الضمان على المكره بالكسر لصيرورة المكره بالفتح كالألة، ولا شك أن ما هنا ليس كذلك، فلم تنقطع النسبة عن المباشر وهو القاضي وإن أثم المتسبب وهو المفتي، ولا يقاس هذا على مسألة تضمين الساعي إلى ظالم مع أن الساعي متسبب لا مباشر، فإن تلك مسألة استحسانية خارجة عن القياس زجراً عن السعاية، لكن قد يقال: إن هذا حكم الضمان في الدنيا والكلام في الخصومة في الآخرة، ولا شك في أن كلاً من المباشر والمتسبب ظالم أثم وللمظلوم الخصومة معهما وإن اختلف ظلمهما، فإن المباشر ظلمه أشد، كمن أمسك رجلاً حتى قتله آخر. قوله: (انعزل عن القضاء) الظاهر أن هذا وما بعده مبنيان على رواية انزاله بالفسق، وتقدم أن المذهب أنه لا ينعزل بل يستحق العزل. قوله: (وفيه) لم يذكر ذلك في المنح فيعود الضمير إلى السراج. قوله: (وشهادته) أي إذا أراد أن يشهد شهادة عند القاضي المولى لا يقبلها لفسقه بغلبة الجوز والرشوة، فافهم. قوله: (القضاء مظهر لا مثبت) لأن الحق المحكوم به كان ثابتاً والقضاء أظهره، والمراد ما كان ثابتاً ولو تقديراً كالقضاء بشهادة الزور كما مر بيانه في تعريف القضاء عن ابن الغرس.

مَطْلَبٌ: الْقَضَاءُ يُقْبَلُ التَّقْيِيدَ وَالتَّعْلِيْقَ

قوله: ويتخصص بزمان ومكان وخصومة) عزاه في الأشباه إلى الخلاصة. وقال في الفتح من أول كتاب القضاء: الولاية تقبل التقيد والتعليق بالشرط كقوله: إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيها، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير الموسم. والإضافة: كجعلتك قاضياً في رأس الشهر، والاستثناء منها: كجعلتك قاضياً إلا في قضية فلان ولا

أمر السلطان بعد سماع الدعوى بعد خمسة عشر سنة فسمعها لم ينفذ.

قلت: فلا تسمع الآن بعدها إلا بأمر إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي، وبه أفتى المفتي أبو السعود فليحفظ.

تنظر في قضية كذا، والدليل على جواز تعليق الإمارة وإضافتها قوله ﷺ حين بعث البعث إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة «إِنْ قُتِلَ زَيْدُ بْنُ حَارِثَةَ فَجَعَفَرُ أَمِيرُكُمْ، وَإِنْ قُتِلَ جَعَفَرُ فَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ» وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي اهـ.

مَطْلَبٌ فِي عَدَمِ سَمَاعِ الدَّعْوَى بَعْدَ خَمْسِ عَشْرَةِ سَنَةً

قوله: (بعد خمسة عشر سنة) المناسب خمس عشرة بتذكير الأول وتأنيت الثاني، لكون المعدود مؤنثاً وهو سنة. وأجاب ط بأنه على تأويل السنة بالعام أو الحول. قوله: (فلا تسمع الآن بعدها) أي لنهي السلطان عن سماعها بعدها، فقد قال السيد الحموي حاشية الأشباه: أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير بالمنقاري أن السلاطين الآن يأمرون قضاتهم في جميع ولايتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث اهـ. ونقل في الحامدية فتاوى من المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور.

مَطْلَبٌ: هَلْ يَبْقَى النُّهْيُ بَعْدَ مَوْتِ السُّلْطَانِ

لكن هل يبقى النهي بعد موت السلطان الذي نهى، بحيث لا يحتاج من بعده إلى نهي جديد؟ أفتى في الخيرية بأنه لا بد من تجديد النهي، ولا يستمر النهي بعده، وبأنه إذا اختلف الخصمان في أنه منهى أو غير منهى فالقول للقاضي ما لم يثبت المحكوم عليه النهي، وأطال في ذلك وأطاب فراجعه. وأما ما ذكره السيد الحموي أيضاً من أنه قد علم من عاداتهم: يعني سلاطين آل عثمان نصرهم الرحمن، من أنه إذا تولى سلطان عرض عليه قانون من قبله وأخذ أمره باتباعه فلا يفيد هنا، لأن معناه: أن يلتزم قانون أسلافه بأن يأمر بما أمروا به وينهى عما نهوا عنه، ولا يلزم منه أنه إذا ولى قاضياً ولم ينهه عن سماع هذه الدعوى أن يصير قاضيه منهياً بمجرد ذلك، وإنما يلزم منه أنه إذا ولاه ينهاه صريحاً ليكون عاملاً بما التزمه من القانون، كما اشتهر أنه حين يوليه الآن يأمره في منشوره بالحكم بأصح أقوال المذهب كعادة من قبله، وتام الكلام على ذلك في كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه، وأطلقنا الكلام عليه أيضاً في كتابنا تنبيه الولاة والحكام. قوله: (إلا في الوقف والإرث ووجود عذر شرعي) استثناء الإرث موافق لما مر عن الحموي، ولما في الحامدية عن فتاوى أحمد أفندي أحمد أفندي المهمنداري مفتي دمشق أنه كتب على ثلاثة

أستلته أنه تسمع دعوى الإرث ولا يمنعها طول المدة ويخالفه ما في الخيرية حيث ذكر أن المستثنى ثلاثة مال اليتيم والوقف والغائب، ومقتضاه أن الإرث غير مستثنى فلا تسمع دعواه بعد هذه المدة، وقد نقل في الحامدية عن المهنداري أيضاً أنه كتب على سؤال آخر فيمن تركت دعواها الإرث بعد بلوغها خمس عشرة سنة بلا عذر، أن الدعوى لا تسمع إلا بأمر سلطاني، ونقل أيضاً مثله فتوى تركية عن المولى أبي السعود، وتعريبها: إذا تركت دعوى الإرث بلا عذر شرعي خمس عشرة سنة فهل لا تسمع؟ الجواب: لا تسمع اهـ. إذا اعترف الخصم بالحق. ونقل مثله شيخ مشايخنا التركماني عن فتاوى علي أفندي مفتي الروم، ونقل مثله أيضاً شيخ مشايخنا السائحاني عن فتاوى عبد الله أفندي مفتي الروم، وهذا الذي رأينا عليه عمل من قبلنا، فالظاهر أنه ورد نهي جديد بعدم سماع دعوى الإرث، والله سبحانه أعلم.

تنبيهات. الأول: قد استفيد من كلام الشارح أن عدم سماع الدعوى بعد هذه المدة إنما هو للنهي عنه من السلطان، فيكون القاضي معزولاً عن سماعها لما علمت من أن القضاء يتخصص فلذا قال: إلا بأمر: أي فإذا أمر بسماعها بعد هذه المدة تسمع، وسبب النهي قطع الحيل والتزوير، فلا ينافي ما في الأشباه وغيرها من أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان اهـ. ولذا قال في الأشباه أيضاً: ويجب عليه سماعها اهـ: أي يجب على السلطان الذي نهي قضاياه عن سماع الدعوى بعد هذه المدة أن يسمعها بنفسه، أو يأمر بسماعها كي لا يضيع حق المدعي، والظاهر أن هذا حيث لم يظهر من المدعي أمارة التزوير، وفي بعض نسخ الأشباه: ويجب عليه عدم سماعها، وعليه، فالضمير يعود للقاضي النهي عن سماعها، لكن الأول هو المذكور في معين المفتي.

الثاني: أن النهي حيث كان للقاضي لا ينافي سماعها من المحكم، بل قال المصنف في معين المفتي: إن القاضي لا يسمعها من حيث كونه قاضياً، فلو حكمه الخصمان في تلك القضية التي مضى عليها المدة المذكورة فله أن يسمعها.

الثالث: عدم سماع القاضي لها إنما هو عند إنكار الخصم، فلو اعترف تسمع كما علم مما قدمناه من فتوى المولى أبي السعود أفندي، إذ لا تزوير مع الإقرار.

الرابع: عدم سماعها حيث تحقق تركها هذه المدة، فلو ادعى في أثنائها لا يمنع بل يسمع دعواه ثانياً ما لم يكن بين الدعوى الأولى والثانية هذه المدة. ورأيت بخط شيخ مشايخنا التركماني في مجموعته أن شرطها: أي شرط الدعوى مجلس القاضي، فلا تصح الدعوى في مجلس غيره كالشهادة. تنوير وبحر ودرر. قال: واستفيد منه جواب حادثة

الفتوى، وهي أن زيداً ترك دعواه على عمرو مدة خمس عشرة سنة ولم يدع عند القاضي بل طالبه بحقه مراراً في غير مجلس القاضي، فمقتضى ما مر لا تسمع لعدم شرط الدعوى، فليكن على ذكر منك، فإنه تكرر السؤال عنها، وصريح فتوى شيخ الإسلام علي أفندي: أنه إذا ادعى عند القاضي مراراً ولم يفصل القاضي الدعوى ومضت المدة المزبورة تسمع، لأنه صدق عليه أنه لم يتركها عند القاضي اهـ ما في المجموعة، وبه أفتى في الحامدية. ثم لا يخفى أن ترك الدعوى إنما يتحقق بعد ثبوت حق طلبها، فلو مات زوج المرأة أو طلقها بعد عشرين سنة مثلاً من وقت النكاح فلها طلب مؤخر المهر، لأن حق طلبه إنما ثبت لها بعد الموت أو الطلاق لا من وقت النكاح، ومثله ما يأتي فيما لو أخرج الدعوى هذه المدة لإعسار المديون ثم ثبت يساره بعدها، وبه يعلم جواب حادثة الفتوى سئلت عنها حين كتابتي لهذا المحل في رجل له كدك دكان وقف مشتمل على منجور وغيره وضعه من ماله في الدكان بإذن ناظر الوقف من نحو أربعين سنة وتصرف فيه هو وورثته من بعده في هذه المدة ثم أنكره الناظر الآن وأنكر وضعه بالإذن وأراد الورثة إثباته وإثبات الإذن بوضعه، والذي ظهر لي في الجواب سماع البيعة في ذلك، لأنه حيث كان في يدهم ويد مورثهم هذه المدة معارض لم يكن ذلك تركاً للدعوى ونظير ذلك ما لو ادعى زيد على عمرو بدار في يده فقال له عمرو كنت اشتريتها منك من عشرين سنة وهي في ملكي إلى الآن وكذبه زيد في الشراء، فتسمع بيعة عمرو على الشراء المذكور بعد هذه المدة، لأن الدعوى توجهت عليه الآن وقبلها كان واضح اليد بلا معارض فلم يكن مطالباً بإثبات ملكيتها فلم يكن تاركاً للدعوى، ومثله فيما يظهر أن مستأجر دار الوقف يعمرها بإذن الناظر، وينفق عليها مبلغاً من الدراهم يصير ديناً له على الوقف، ويسمى في زماننا مرصداً، ولا يطالب به ما دام في الدار، فإذا خرج منها فله الدعوى على الناظر بمرصده المذكور وإن طالت مدته حيث جرت العادة بأنه لا يطالب به قبل خروجه، ولا سيما إذا كان في كل سنة يقتطع بعضه من أجرة الدار، فليتأمل.

الخامس: استثناء الشارح العذر الشرعي أعم مما في الخيرية من الاقتصار على استثناء الوقف ومال اليتيم والغائب، لأن العذر يشمل ما لو كان المدعى عليه حاكماً ظالماً كما يأتي، وما لو كان ثابت الإعسار في هذه المدة ثم أيسر بعدها فتسمع كما ذكره في الحامدية.

السادس: استثناء مال اليتيم مقيد بما إذا لم يتركها بعد بلوغه هذه المدة وبما إذا لم يكن له ولي كما يأتي. وفي الحامدية: لو كان أحد الورثة قاصراً والباقي بالغين تسمع الدعوى بالنظر إلى القاصر بقدر ما يخصه دون البالغين.

أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع، وإلا فلا. أشباه من القاعدة الخامسة

مَطْلَبٌ: إِذَا تَرَكَ الدَّعْوَى ثَلَاثًا وَثَلَاثِينَ سَنَةً لَا تُسْمَعُ

السابع: استثنوا الغائب والوقف ولم يبينوا له مدة فتسمع من الغائب ولو بعد خمسين سنة، ويؤيده قوله في الخيرية: من المقرر أن الترك لا يتأتى من الغائب له أو عليه لعدم تأتى الجواب منه بالغيبه والعلة خشية التزوير، ولا يتأتى بالغيبه الدعوى عليه، فلا فرق فيه بين غيبه المدعي والمدعى عليه اهـ. وكذا الظاهر في باقي الأعدار أنه لا مدة لها، لأن بقاء العذر وإن طال مدته يؤكد عدم التزوير؛ بخلاف الوقف، فإنه لو طال مدة دعواه بلا عذر ثلاثاً وثلاثين سنة لا تسمع كما أفتى به في الحامدية أخذاً مما ذكره في البحر في كتاب الدعوى عن ابن الغرس عن المبسوط: إذا ترك الدعوى ثلاثاً وثلاثين سنة ولم يكن مانع من الدعوى ثم ادعى لا تسمع دعواه، لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً اهـ. وفي جامع الفتوى عن فتاوى العتايي: قال المتأخرون من أهل الفتوى: لا تسمع الدعوى بعد ست وثلاثين سنة، إلا أن يكون المدعي غائباً أو صيباً أو مجنوناً وليس لهما ولي، أو المدعى عليه أميراً جائراً اهـ. ونقل ط عن الخلاصة: لا تسمع بعد ثلاثين سنة اهـ. ثم لا يخفى أن هذا ليس مبنياً على المنع السلطاني بل هو منع من الفقهاء، فلا تسمع الدعوى بعده وإن أمر السلطان بسماعها.

مَطْلَبٌ: بَاعَ عَقَاراً وَأَحَدُ أَقَارِبِهِ حَاضِرٌ لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ

الثامن: سماع الدعوى قبل مضي المدة المحدودة مقيد بما إذا لم يمنع منه مانع آخر يدل على عدم الحق ظاهراً لما سيأتي في مسائل آخر الكتاب من أنه لو باع عقاراً أو غيره وامرأته أو أحد أقاربه حاضر يعلم به ثم ادعى ابنه مثلاً أنه ملكه لا تسمع دعواه، وجعل سكوته كالأفصاح قطعاً للتزوير والحيل، بخلاف الأجنبي فإن سكوته ولو جاراً لا يكون رضا، إلا إذا سكت الجار وقت البيع والتسليم وتصرف المشتري فيه زرعاً وبناء فلا تسمع دعواه على ما عليه الفتوى قطعاً للأطماع الفاسدة اهـ. وأطال في تحقيقه في الخيرية من كتاب الدعوى، فقد جعلوا مجرد سكوت القريب أو الزوجة عن البيع مانعاً من دعواه بلا تقييد باطلاعه على تصرف المشتري كما أطلقه في الكنز والملتقى، وأما دعوى الأجنبي ولو جاراً فلا بد في منعها من السكوت بعد الاطلاع على تصرف المشتري، ولم يقيدوه بمدته، وقد أجاب المصنف في فتاواه فيمن له بيت يسكنه مدة تزيد على ثلاث سنين ويتصرف فيه هدماً وعمارة مع اطلاع جاره على ذلك بأنه لا تسمع دعوى الجار عليه البيت أو بعضه على ما عليه الفتوى وسيأتي تمام الكلام على ذلك آخر الكتاب في مسائل شتى قبيل الفرائض إن شاء الله تعالى، فانظره هناك فإنه مهم.

مَطْلَبٌ: طَاعَةُ الْإِمَامِ وَأَجِبَةٌ

قوله: (أمر السلطان إنما ينفذ) أي يتبع ولا تجوز تخالفته، وسيأتي قبيل الشهادات

وفوائد شتى. فلو أمر قضاؤه بتحليف الشهود وجب على العلماء أن ينصحوه ويقولوا له لا تكلف قضائك إلى أمر يلزم منه سخطك أو سخط الخالق تعالى. قضاء الباشا وكتابه إلى القاضي جائز إن لم يكن قاض مولى من السلطان. الحاكم كالقاضي إلا في أربع عشرة مسألة ذكرناها في شرح الكنز: يعني في البحر.

وفي الفصل الأول من جامع الفصولين: القاضي بتأخير الحكم يأثم ويعزّر ويعزل. وفي الأشباه: لا يجوز للقاضي تأخير الحكم بعد وجود شرائطه إلا في ثلاث: لريبة ولرجاء صلح أقارب، وإذا استمهل المدعي.

عند قوله: «أمرك قاض بقطع أو رجم الخ» التعليل بوجوب طاعة ولي الأمر. وفي ط عن الحموي أن صاحب البحر ذكر ناقلاً عن أئمتنا أن طاعة الإمام في غير معصية واجبة، فلو أمر بصوم يوم وجب اه. وقدمنا أن السلطان لو حكم بين الخصمين ينفذ في الأصح، وبه يفتى. قوله: (يلزم منه سخطك) أي إن عصوك وسخط الخالق: أي إن أطاعوك اه ح عن الأشباه، وفي سخط ضم المهمله مع سكون الخاء المعجمة وفتحها، ونقل عن الصيرفية جواز التحليف، وهو مقيد بما إذا رآه القاضي جائزاً: أي بأن كان ذا رأي، أما إذا لم يكن له رأي فلا ط عن أبي السعود. والمراد بالرأي الاجتهاد. قوله: (قضاء الباشا الخ) قدمنا الكلام عليه قبيل قول المصنف «لا يقضي على غائب ولا له». قوله: (الحاكم كالقاضي) في بعض النسخ «المحكم» وهو الذي في البحر والأشباه. قوله: (إلا في أربع عشرة مسألة) سيأتي في آخر باب التحكيم أنه في البحر عدها سبعة عشر، ويأتي بيانه هناك مع زيادة عليها. قوله: (ذكرناها) من كلام الأشباه. قوله: (ويعزل) أي يستحق العزل كما في الزيلعي. قوله: (لريبة) أي إذا كان له ريبة في الشهود، ومنها: ثلاثة شهدوا عنده ثم قال أحدهم قبل القضاء أستغفر الله كذبت في شهادتي فسمعه القاضي بلا تعيين شخصه، فسألهم فقالوا كلنا على شهادتنا فإنه لا يقضي بشهادتهم ويخرجهم من عنده حتى ينظر في ذلك. بيري. قوله: (ولرجاء صلح أقارب) وكذا الأجانب، لأن القضاء يورث الضغينة فيحترز عنه مهما أمكن ط عن الشيخ صالح. وفي البيري عن خزانة الأكمل: إذا طمع القاضي في إرضاء الخصمين لا بأس بردهم، ولا ينفذ القضاء بينهما لعلهما يصطلحان، ولا يردهما أكثر من مرتين وإن لم يطمع أنفذ القضاء اه. قوله: (وإذا استمهل المدعي) أراد أن المدعي إذا استمهل من القاضي حتى يحضر بيته فإنه يمهله، وكذا إذا أقام البيته ثم إن المدعي عليه استمهل من القاضي حتى يأتي بالدفع فإنه يجيبه، ولا يعجل بالحكم اه. وهذا إذا أقام البيته ثم إن المدعي عليه استمهل من القاضي حتى يأتي بالدفع فإنه يجيبه، بعد أن يسأله عن الدفع

لا يصح رجوعه عن قضائه إلا في ثلاث: لو بعلمه، أو ظهور خطؤه، أو بخلاف مذهبه.

فعل القاضي حكم، فلو زوّج اليتيمة من نفسه أو ابنه لم يجوز

وكان صحيحاً، فلو فاسداً لا يمهل ولا يلتفت إليه كما في قاضيخان. بيرى.

قلت: وسيأتي قبيل باب دعوى الرجلين أنه لو قال المدعي عليه لي دفع يمهل إلى المجلس الثاني. وزاد البيري عن الخلاصة مسألة أخرى: يؤخر فيها إذا لم يعتمد على فتوى أهل مصره، فبعث الفتوى إلى مصر آخر لا يَأْتَمُّ بتأخير القضاء.

مَطْلَبٌ: لَا يَصِحُّ رُجُوعُ الْقَاضِي عَنِ قَضَائِهِ إِلَّا فِي ثَلَاثٍ

قوله: (لا يصح رجوعه عن قضائه) فلو قال رجعت عن قضائي أو وقعت في تلبس الشهود أو أبطلت حكمي لم يصح والقضاء ماض كما في الخانية. أشباه. قيد بالرجوع لأنه لو أنكر القضاء وقال الشهود قضى فالقول له على المفتى به. ذكره ابن الغرس. وقدمنا أول القضاء عن جامع الفصولين اعتماد خلافه في زماننا.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْقَاضِي بَعْلِمِهِ

قوله: (ولو بعلمه) كما إذا اعترف عنده شخص لآخر بمبلغ وغابا عنه، ثم تداعى عنده اثنان فحكم على أحدهما ظاناً أنه ذلك المعترف ثم تبين له أنه غيره له نقضه. وتامه في شرح الوهبانية. وهذا مبني على أن للقاضي العمل بعلمه، والفتوى على عدمه في زماننا كما نقله في الأشباه عن جامع الفصولين، وقيد بزماننا لفساد القضاة فيه، وأصل المذهب الجواز، وسيأتي تمامه في باب كتاب القاضي إلى القاضي. قوله: (أو ظهر خطؤه) بيانه عند قوله: «ولو قضى بالجور». قوله: (أو بخلاف مذهبه) تقدم بيانه عند قوله: «قضى في مجتهد فيه بخلاف رأيه».

مَطْلَبٌ: فِعْلُ الْقَاضِي حُكْمٌ

قوله: (فعل القاضي حكم النخ) كذا في الأشباه تفرعاً واستثناءً، وذكر في البحر أول كتاب القضاء: فعل القاضي على وجهين.

الأول: ما لا يكون موضعاً للحكم كما لو أذنته مكلفة بتزويجها فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم كما في القاسمية.

الثاني: ما يكون محلاً للحكم كتزويج صغيرة لا ولي لها، وشرائه وبيعه مال اليتيم، وقسمته العقار ونحو ذلك، فجزم في التجنيس بأنه حكم، وكذا تزويج اليتيمة من ابنه ورده في نكاح الفتح بأن الأوجه أنه ليس بحكم لانتهاء شرطه: أي من الدعوى

الصحيحة، وبأن إلحاقه بالوكيل يكفي للمنع: يعني أن الوكيل بالنكاح لا يملك التزويج من ابنه فالقاضي بمنزلته، فيغني ذلك عن كونه حكماً.

وعلى هذا فقولهم شراء القاضي مال اليتيم أو شيئاً من الغنيمة لنفسه لا يجوز لأنه حكم لنفسه، خلاف الأوجه لأن إلحاقه بالوكيل للمنع مغن عن كونه حكماً، لأن شراء الوكيل لنفسه باطل، لكن لما كثر في كلامهم كون فعله حكماً.

مَطْلَبٌ: الْقَضَاءُ الْقَوْلِيُّ يَحْتَاجُ لِلدَّعْوَى بِخِلَافِ الْفِعْلِيِّ وَالضَّمْنِيِّ

فالأولى أن يقال تصحيحاً لكلامهم: إن الحكم القولي يحتاج إلى الدعوى والفعل لا كالقضاء الضمني لا يحتاج إليها وإنما يحتاجها القصدي، ويدخل الضمني تبعاً. وقال محمد في الأصل: لو طلب الورثة القسمة للعقار وفيهم غائب أو صغير: قال الإمام: لا أقسم ما لم يبرهنوا على الموت والمواريث، ولا أقضي على الغائب والصغير بقولهم لأن قسمة القاضي قضاء منه. وقالوا: يقسم اه. وهذا قاطع للشبهة فتعين الرجوع إلى الحق اه ما في البحر ملخصاً.

وحاصله: أن ما في الأصل لا يمكن إلحاقه بالوكيل في المنع من القسمة، فتعين أن العلة ما نص عليها من كون فعله حكماً، وتعين التوفيق بما ذكر من أن القضاء الفعلي لا يحتاج إلى الدعوى كالضمني، بخلاف القولي القصدي. وبه اندفع ما مر عن الفتح من قوله: لانتفاء شرطه، واندفع أيضاً قول ابن الغرس: إن الصواب أن الفعل لا يكون حكماً. نعم قال في النهر: مما يدل على أنه ليس بحكم إثباتهم خيار البلوغ للصغير والصغيرة بتزويج القاضي على الأصح، إذ لو كان تزويجه حكماً لزم نقضه اه.

قلت: وقد يقال: إن معنى كونه حكماً أنه إذا زوج اليتيمة ليس لغيره نقضه، كما أفتى به ابن نجيم: أي لو رفع إلى حاكم آخر لا يراه ليس له نقضه بل عليه تنفيذه، لأن الحكم يرفع الخلاف، ولا يلزم من هذا أنه ليس لها خيار البلوغ كما لو زوجها عصبه غير الأب والجد وحكم به القاضي، فإن حكمه بصحة العقد لا ينافي ثبوت خيار البلوغ كما لا يخفى، فكذا هنا بالأولى.

مَطْلَبٌ فِي الْقَضَاءِ الضَّمْنِيِّ

تنمة: قال في الأشباه: القضاء الضمني لا يشترط له الدعوى والخصومة، فإذا شهدا على خصم بحق وذكر اسمه واسم أبيه وجده وقضى بذلك الحق كان قضاء بنسبه ضمناً وإن لم يكن في حادثة النسب اه. أي إذا كان المشهود عليه غير مشار إليه، فلو مشاراً إليه لا يثبت نسبه كما أوضحه الحموي. ثم قال في الأشباه: وعلى هذا لو شهدا بأن فلانة

إلا في مسألتين: إذا أذن الولي للقاضي بتزويجها كان وكيلاً، وإذا أعطى فقيراً من وقف الفقراء كان له إعطاء غيره.

أمر القاضي حكم إلا في مسألة الوقف المذكورة فأمره فتوى، فلو صرف بغيره صح.

القاضي يحلف غريم الميت

زوجة فلان وكلت زوجها فلاناً في كذا على خصم منكر وقضى بتوكيلها كان قضاء بالزوجية بينهما، وهي حادثة الفتوى، ونظيره ما في الخلاصة من طريق الحكم بثبوت الرضائية أن يعلق رجل وكالة فلان بدخول رمضان ويدعي بحق على آخر ويتنازعا في دخوله فتقام البينة على رؤياه فيثبت رمضان ضمن ثبوت التوكيل، وأصل القضاء الضمني ما ذكره أصحاب المتون من أنه لو ادعى كفالة على رجل بمال بإذنه فأقرها وأنكر الدين فبرهن على الكفيل بالدين وقضى عليه بها كان قضاء عليه قصداً وعلى الأصل الغائب ضمناً. وله فروع وتفاصيل ذكرناها في الشرح اهـ. قوله: (إلا في مسألتين الخ) استثناء من قوله فعل القاضي حكم، ووجه الأولى أن فعله بطريق الوكالة، ووجه الثانية أن فعله كفعل الواقف فلقاض آخر نقضه كما في منتخب المحيط الرضوي، وقيد ذلك فيه بقيدين عن بعض المشايخ فإنه قال: وإن أعطى القاضي بعض القرابة أي فقيراً من قرابة الواقف ولم يقض له بذلك ولم يجعله راتبة في الوقف كان لقاض آخر نقضه، لكن ذكر في الأشباه من القاعدة الخامسة أن تقرير القاضي المرتبات غير لازم، إلا إذا حكم بعدم تقرير غيره فحيتنئذ يلزم، وهي في الخصاف. أفاده البيري.

مَطْلَبٌ: أَمْرُ الْقَاضِي حُكْمٌ

قوله: (أمر القاضي حكم) قدمنا أول القضاء أنهم اتفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه بالحق كأمره بالأخذ منه، وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم حتى لو صرفه إلى فقير آخر صح. واختلفوا في قولهم سلم الدار، وتام الكلام عليه في البحر والنهر هناك.

مَطْلَبٌ: يُحْلَفُ الْقَاضِي غَرِيمَ الْمَيِّتِ

قوله: (القاضي يحلف غريم الميت) لم يبين أن هذا التحليف واجب أم لا، وتوقف فيه المقدسي، لكن قال في الخلاصة عن أدب القاضي للخصاف: وأجمعوا على أن من ادعى ديناً على الميت يحلف من غير طلب الوصي والوارث بالله ما استوفيت دينك من المديون ولا من أحد أداه إليك عنه ولا قبضه قابض ولا أبرأته ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندك به ولا بشيء منه رهن اهـ. وعلله الصدر الشهيد

ولو أقرّ به المريض لا يقبل قول أمين القاضي إنه حلف المخدرة إلا بشاهدين .
 من اعتمد على أمر القاضي الذي ليس بشرعي لم يخرج عن العهدة اهـ .
 وقد منا في الوقف عن المنظومة المحببة معزياً للمبسوط أن للسلطان مخالفة شرط
 الواقف لو غالبه قرى ومزارع وأنه يعمل بأمره وإن غاير الشرط، فليحفظ .

بأن اليمين ليست للوارث ها هنا، وإنما هي للتركة، لأنه قد يكون له غريم آخر أو
 موصى له فالحق في هذا في تركة الميت، فعلى القاضي الاحتياط في ذلك، وقال قبله: ولا
 يدفع له شيئاً حتى يستحلفه اهـ . فحيث أجمعوا على تحليفه وذكروا أنه لا يدفع إليه المال
 حتى يستحلف ولو لم يفعل ذلك لم تستوف الدعوى شرطها فلا ينفذ حكمه بالدفع
 والقبض والقاضي مأمور بالحكم بأصح أقوال الإمام، فإذا حكم بغيره لم يصح، فكيف
 وقد أجمعوا على التحليف؟ وتمامه في الحامدية . قال في البحر من الدعوى: ولا خصوصية
 للدين بل في كل موضع يدعى حقاً في التركة، وأثبتته بالبينة وعزاه إلى الولوجية، ثم قال:
 ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي أن يحلف احتياطاً
 اهـ . قال محشيه الرمي: قد يقال إنما يحلف في مسألة مدعي الدين على الميت احتياطاً
 لاحتمال أنهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفاه في باطن الأمر، وأما في مسألة دفع
 الدين شهدوا على حقيقة الدفع فانضى الاحتمال المذكور اهـ . وهذا وجيه كما لا يخفى .

تنبيه: قيد بالقاضي لأن للوصي أن يدفع ذلك للمقر له إذا أقرّ به الميت عنده كما
 نصوا عليه، وتمامه في البيري . قوله: (ولو أقرّ به المريض) أي في مرض موته . قال في
 التاترخانية: وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي: عرفنا أن الدين إذا تقادم وجوبه حتى
 يتوهم سقوطه بهذه الأسباب فغريم الميت يستحلف، وكنا نظن أن الدين إذا ثبت بإقرار
 المريض في مرض موته أن الغريم لا يستحلف، لأنه ذكر في المبسوط في مواضع أن
 المريض إذا أقرّ في مرضه بالديون للغرماء فإنهم يعطون ذلك ولم يشترط اليمين، والخصاف
 ذكر اليمين هنا، وهذا الشيء استفيد من جهته اهـ بيري . قوله: (إنه حلف المخدرة) هي
 التي لا تخالط الرجال وإن خرجت لحاجة وحمام، كذا ذكره الشارح عن الفقيه في باب
 الشهادة على الشهادة . قوله: (إلا بشاهدين) هذه عبارة الأشباه، وظاهرها أنه لا بد من
 شاهدين غير الأمين، وقدم عن الصغرى أنه يقبل قول شاهد معه، قال شيخ صالح:
 ولعل ذلك لاختلاف الروايتين ط . قوله: (وقدمنا في الوقف الخ) كان الأولى ذكره عند
 قوله: «أمر السلطان إنما ينفذ الخ» . قوله: (أن للسلطان مخالفة شرط الواقف) فيجوز له
 إحداث وظيفة أو مرتب إذا كان المقرر في ذلك من مصارف بيت المال ط . قوله: (لو
 غالبه قرى ومزارع) بأن كان الواقف له سلطاناً أو واحداً من الأمراء ولم يعلم تملكه لها
 بوجه شرعي، ولذا علله الشارح هنا بقوله: «لأن أصلها لبيت المال» وأفتى المفتي أبو

قلت: وأجاب صني أفندي بأنه متى كان في الوقف سعة ولم يقصر في أداء خدمته لا يمنع، فتنبه. وفي الوهبانية: يحبس الولي بدين الصغير حتى يوفيه أو يظهر فقر الصغير.

قلت: لكن قدم شارحها عن قاضيخان أن الحرّ والعبد والبالغ والصبي في الحبس سواء، فيتأمل نفيه هنا، قاله الشرنبلالي. قال: وليس للقاضي البيع مع وجود أب أو وصي، وهي فائدة حسنة.

قلت: وفي القنية: ومتى باعها للقاضي نقضه لو أصلح كما نظمه الشارح فضمته للمتن مغيراً لبعضه، فقلت: [الطويل]

وَيُنْقَضُ بَيْعٌ مِنْ أَبِي أَوْ وَصِيَّةٍ وَلَوْ مُصْلِحاً وَالْأَصْلَحُ النَّقْضُ يُسْطَرُّ

السعود أفندي بأن أوقاف الملوك والأمراء لا يراعى شروطها، لأنها من بيت المال أو ترجع إليه اه. وقدمنا تمام الكلام على ذلك في الوقف. قوله: (وأجاب صني أفندي) أي عن سؤال سئل عنه. قوله: (متى كان في الوقف سعة) بفتح السين والعين المهملتين: أي بأن كانت غلته وافرة. قوله: (ولم يقصر) أي ذو الوظيفة التي أحدثها السلطان. قوله: (لا يمنع) أي من تناول ما قرره له.

مَطْلَبٌ فِي حَبْسِ الصَّبِيِّ

قوله: (يحبس الولي الخ) في البحر: لا يحبس صبي على دين الاستهلاك ولو له مال من عروض وعقار إذا لم يكن له أب أو وصي، والرأي فيه للقاضي، فيأذن في بيع بعض ماله للإيفاء؛ ولو له أب أو وصي يحبس إن امتنع من قضاء دينه من ماله: أي مال الصبي، ولا يحبس الصبي إلا بطريق التأديب لثلاث تجاسر إلى مثله إذا باشر شيئاً من أسباب التعدي قصداً، فلو خطأ فلا، كذا في كفالة المبسوط. وفي المحيط للقاضي، حبس الصبي التاجر تأديباً لا عقوبة لثلاث يماطل حقوق العباد، فإن الصبي يؤدب لينتجزر عن الأفعال الذميمة اه. قوله: (فيتأمل نفيه هنا) قد علمت من عبارتي المبسوط والمحيط أن نفيه على وجه العقوبة وإثباته على وجه التأديب، وهو شامل أيضاً للمأذون والمحجور فافهم. قوله: (قال) أي الشرنبلالي، وقد عزاه في النهر للطرسوسي أخذاً من قول المبسوط: ولو له أب أو وصي الخ. قوله: (فللقاضي نقضه) أي نقض بيع الأب والوصي لو النقض أصلح للصغير. قوله: (كما نظمه الشارح) أي شارح الوهبانية القاضي عبد البر بن الشحنة. قوله: (ولو مصلحاً) إنما ذكره لأنهم صرحوا بأن شرط بيع الأب عقار الصغير بمثل القيمة كونه محموداً أو مستوراً، فلو كان مفسداً لا يجوز إلا بضعف القيمة. قوله: (والأصلح النقض) الواو للحال، وقوله: «يسطر» بسكون

وَيَجْبَسُ فِي دَيْنٍ عَلَى الطِّفْلِ وَالِإِدِّ وَصِيٍّ وَلِلتَّأْدِيبِ بَعْضُ يُصَوِّرُ
وَفِي الدَّيْنِ لَمْ يَجْبَسْ أَبٌ وَمُكَاتِبٌ وَعَبْدٌ لِمَوْلَاهُ كَعَكْسٍ وَمُعْسِرٌ
نعم لو العبد مديوناً يجبس المولى بدينه لأنه للغرماء، وكذا يجبس بدين مكاتبه
إلا فيما كان من جنس الكتابة، ففي عتاق الوهبانية: [الطويل]

وَفِي غَيْرِ جِنْسِ الْحَقِّ يَجْبَسُ سَيِّدًا مُكَاتِبُهُ وَالْعَبْدُ فِيهَا تُحْيِرُ
وَفِي حَجْرِهَا: [الطويل]

السين جملة استثنائية. قوله: (ويجبس الخ) أي يجبس الوالد والوصي في دين على الطفل لأجنبي إذا كان للطفل مال وامتنعا من أدائه كما علم مما مر. قوله: (وصي) على تقدير الواو العاطفة. قوله: (وللتأديب الخ) أي وحبس الصبي للتأديب بعض المشايخ تصورا. قوله: (وفي الدين لم يجبس أب) تقدمت هذه المسألة في قوله: «لا يجبس أصل وإن علا في دين فرعه بل يقضي القاضي دينه من عين ماله أو قيمته الخ» واحترز بالدين عن النفقة فإنه يجبس بها كما مر هناك. قوله: (ومكاتب) بفتح التاء: أي لا يجبس المكاتب بدين الكتابة، فإن كان ديناً آخر يجبس به للمولى ومنهم من منعه لأنه يتمكن من إسقاط بالتعجيز، وصححه في المبسوط وعليه الفتوى. بحر عن أنفع الوسائل. قوله: (وعبد لمولاه) أي لدين مولاه، أطلقه الزيلعي، فظاهره ولو كان مديوناً. بحر. قوله: (كعكس) أي عكس المكاتب والعبد فلا يجبس المولى بدين مكاتبه إن كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة، وإلا يجبس لتوقفها على الرضا، ولا يجبس المولى بدين عبده المأذون غير المديون، وإن مديوناً يجبس لحق الغرماء. بحر. وذكره الشارح بعد.

مَطْلَبٌ: جُمْلَةٌ مَن لَّا يَجْبَسُ عَشْرَةٌ

قوله: (ومعسر) أي من ظهر إعساره بعد حبسه المدة التي يراها القاضي فلا يجبس بعدها، وبهذا بلغ عدد من لا يجبس سبعة: أولها الصبي، أو كلها في النظم قد عدها في البحر كذلك، لكنه أسقط المعسر وذكر بدله العاقلة إن كان لهم عطاء فلا يجبسون في دية وأرش، ويؤخذ من العطاء، وإن لم يكن عطاء يجبسون. ثم قال: ويزاد مسألان لا يجبس المديون إذا علم القاضي أن له مالا غائباً، أو محبوساً موسراً فصارت تسعاً أه.

قلت: وبالمعسر صارت عشراً. قوله: (نعم الخ) تقييد لقوله كعكس. قوله: (إلا فيما كان من جنس الكتابة) الأولى أن يقول: إن لم يكن من جنس الكتابة، فإنه تقييد أيضاً لقوله: «كعكس» كما علم من عبارة البحر المارة آنفاً. قوله: (سيداً) مفعول مقدم على فاعله وهو «مكاتبه». قوله: (العبد فيها) أي في الكتابة نخير، لأنها عقد غير لازم في

ويجسُّ ذُو الكُتْبِ الصَّحَّاحِ المُحَرَّرُ عَلَى الدِّينِ إِذْ بِالكُتْبِ مَا هُوَ مُعَسِّرُ

بَابُ التَّحْكِيمِ

(هو) لغة: جعل الحكم فيما لك لغيرك. وعرفاً: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما. وركنه لفظه الدال عليه

جانبه فله فسخها. قوله: (المحرَّر) اسم فاعل: أي الذي حرَّر الكتب وصححها واحتاج إليها لاعتماده عليها. قوله: (إذ بالكتب ما هو معسر^(١)) إذ قضاء الدين مقدم على حاجته إليها وإن كان فقيراً في حق أخذ الصدقة وعدم وجوب الزكاة كما لو كان له قوت شهر فإنه يباع عليه وهو موسر، ولا يباع عليه قوت يومه كما في القنية، والله سبحانه أعلم.

بَابُ التَّحْكِيمِ

لما كان من فروع القضاء وكان أحط رتبة من القضاء آخره، ولهذا قال أبو يوسف: لا يجوز تعليقه بالشرط وإضافته إلى وقت، بخلاف القضاء لكونه صلحاً من وجه. بحر. قوله: (هو لغة الخ) في الصحاح: ويقال حكمته في مالي إذا جعلت إليه الحكم فيه اه. وهذه العبارة لا تدل على أن التحكيم لغة خاص بالمال خلافاً لما توهمه عبارة الشارح، ولذا قال في المصباح: حكمت الرجل بالشديد: فوّضت الحكم إليه. قوله: (وعرفاً تولية الخصمين) أي الفريقين المتخاصمين، فيشمل ما لو تعدد الفريقان، ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى: ﴿هَذَانِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا﴾ وفي المصباح: الخصم يقع على المفرد وغيره والذكر والأنثى بلفظ واحد، وفي لغة: يطابق في الثنية والجمع فيجمع على خصوم وخصام اه فافهم. قوله: (حاكماً) المراد به ما يعم الواحد والمتعدد.

تنبيه: في البحر عن البرازية: قال بعض علمائنا: أكثر قضاة عهدنا في بلادنا مصالحون، لأنهم تقلدوا القضاء بالرشوة، ويجوز أن يجعل حاكماً بترافع القضية؛ واعترض بأن الرفع ليس على وجه التحكيم بل على اعتقاد أنه ماضي الحكم، وحضور المدعى عليه قد يكون بالأشخاص والجبر فلا يكون حكماً؛ ألا ترى أن البيع قد ينعقد ابتداء بالتعاطي، لكن إذا تقدمه بيع باطل أو فاسد وترتب عليه التعاطي لا ينعقد البيع لكونه ترتب على سبب آخر فكذا هنا، ولهذا قال السلف: القاضي النافذ حكمه أعزّ من الكبريت الأحمر اه. قال ط: وبعض الشافعية يعبر عنه بأنه قاضي ضرورة، إذ لا يوجد قاض فيما علمناه من البلاد إلا وهو راش ومرتش اه. وانظر ما قدمناه أول القضاء. قوله: (وركنه لفظه الخ) أي ركن التحكيم لفظه الدال عليه: أي اللفظ الدال على

(١) في ط: قوله (إذ هو بالكتب الخ) هكذا بخط، والذي في نسخ الشارح «إذ بالكتب الخ» وهو الموافق للوزن.