لم يكن للقاضي ان يقضي بالفرقة بسبب العجز عن النفقة ولهذا
ثمن غاب عن امرأته وتركها بلا نفقة انه لو قضى بالفرقة بسبب العجز
عن النفقة ينفذ قال وانما فرقت بين الجوابين لان الخلاف بيننا وبين
الشافعي في حل الاقدام على القضاء فعندنا لا يحل ولا خلاف في النفاذ فالجواب
الاول جواب عن حرمة الاقدام والثاني عن النفاذ مع حرمة الاقدام على
شرط ان يكون القاضي شافعي المذهب لانه لا خلاف في نفاذ القضاء
لا ينفذ القضاء بسبب العجز عن النفقة عند يحيى يقضي قاضي اخر
فقضاه في اب الصغير مع امرأة الصغير اذا اراد الفرقة فالحيلة
ان يقضي بالفرقة بسبب العجز عن النفقة او لان النكاح كان بلفظ الهبة
بغير ولي فينفذ وللقاضي هذه الولاية الا ترى ان القاضي يفسخ النكاح
بخيار البلوغ وهذا يؤيد جواب لم في العجز عن الانفاق لا يوجب
الفراق ومال الشافعي لها ان تطلب من القاضي ان يفرق بينهما ويكون
فسخا وشاهد الخلاف اذا عجز عن ايفاء المهر المعجل فان فرق وهو شافعي
المذهب نفذ قضاؤه عند الكل وان كان القاضي حنفيا لا ينبغي له ان يقضي
بخلاف مذهبه الا اذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده عليه وان قضى بخلاف
رأيه من غير اجتهاد فعن ابي حنيفة في نفاذ قضائه روايتان وكذا في قضاء
مجتهد وان امر شافعيا فقضى وهو عنه مأمور بذلك
لكن المأمور او القاضي اخذ شيئا لا ينفذ قضاؤه عند الكل لان قضاء القاضي
فيما ارتشى باطل عند الكل وان لم يأخذ شيئا ففرق المأمور
وان كان الزوج غائبا فاقامت البينة ان زوجها الغائب
النفقة وطلبت التفريق منه فان كان القاضي حنفيا فقد ذكرناه وان
كان شافعيا وفرق بينهما قال ائمة شمر قند جاز تفريقه لانه يقضي في فصل
مجتهد فيه العجز والغيبة وعندنا لو قضى على الغائب ينفذ قضاؤه في
اظهر الروايتين عن ابي حنيفة لا ينفذ لان القضاء على الغائب انما يجوز
عند الشافعي وينفذ في احدى الروايتين عن ابي حنيفة اذا

مطلب حيلة ارادة الفرقة ...

18

وهنا لم يثبت العجز عند القاضي لان المال غاد ورائح فيمكن ان يصير الغائب
غنيا ولا يعلم الشاهد بما يشاهد المشاهد فيكون مجازفا في شهادته فاذا علم
القاضي بذلك لا يجوز قضاؤه فمن غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف
لها نفقة فرفعت امرها الى قاضي فكتب الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة
فوفق بالعجز عن النفقة بعد الفرقة ولو كان له ها هنا عقار ومتاع واملاك
يتحقق العجز لانه لا يجوز بيع هذه الاشياء للنفقة اذا لم يكن من جنس النفقة
لانه يشبه القضاء على الغائب وهكذا ذكره في ط ثم قال وفيه نظر والصحيح
انه لا يصح قضاؤه فان رفع قضاؤه الى قاضي حنفي المذهب فاجاز قضاؤه
فالصحيح انه لا ينفذ في غيبته واذا وقع وقف الامام او وقف المسجد
دارا وحكم الحاكم بذلك لا ينقض وعن المشايخ ما يدل على خلافه في ط فروق
الرجل والمرأة وشوهد حرمتي وذاوه فينبغي ان يكون فيه اختلاف المشايخ
ولو قضى قاضي بصحة هذا النكاح ينفذ ويصح ثم قال وتلك المسألة
على ان قضاء القاضي في مثل هذه المجتهدات التي فيها اختلاف المتأخرين
صحيح وان لم يعرف فيها اختلاف المتقدمين فح عرف القاضي المقلد
اذا قضى على خلاف مذهبه لا ينفذ اختلاف الروايات في قاضي مجتهد
اذا قضى على خلاف رأيه سهوا لو قضى قاضي بما روي عن سعيد
بن المسيب ان دخول المحلل بها ليس بشرط للحل للاول لا ينفذ قضاؤه
فان شرطيته ثبتت بالاثار المشهورة باب القاضي يقضي بعلم
نفسه لم للقاضي ان يقضي بعلم نفسه بالوقف وكذا ان كان مدعي الوقف
منصوبا من جهته له ان يقضي بعلمه باب ما يكون حكما من
القاضي وما لا يكون حكما لو قضاؤه بشيء وامتنع عند القاضي المسـ
لم ما قامت البينة عند القاضي على رجل بحق وقال المعتمد انه واطلب
الاهد منه فهو حكم عليه فح في الحيس بعد اقامة البينة بالحق قضاء
وفي بعض نسخ هذا الكتاب امر القاضي بحبس المدعى عليه قضاء
بالحق ط في دعوى العقار اذا قال القاضي بعد سماع البينة اذ فح

Copyright © King Saud University