قوله عامة المشايخ ره فاما على قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس الاسلام محمود
الاوزجندي ره فالشرط اشتراط ايضا كالسبب لان دعوى المدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط
ايضا وصورة الشرط رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف
فلانا طلق امرأته وفلان غائب فاقامت البينة لا يقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد
افتى بعض المتأخرين بقبول هذه البينة هذا اذا كان شرطا يتضرر به الغائب اما اذا كان شرطا لا
يتضمن ضررا كما لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البينة ان فلانا
دخل الدار وفلان غائب يقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى
ويكتب ذكر الحق وان اقرض الوصي والفرق ان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك
عن العين ببدل في ذمة المفلس لان الاستقراض في العادة ممن هو مفلس ولهذا حل محل الصدقة
ورأى دخولها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأمون التوى
باعتبار علم القاضي وتمكنه من الاسترداد متى شاء لما له من الولاية وتبرعا في حق الوصي والاب
في اصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد فربما يجحد المقترض ولا يجد شهودا يوافقونه على
اداء الشهادة ولو وجدهم فما كل بينة معدلة ولا كل قاض يعدل وفي الحشو بين يدي القاضي ذل
وصغار فكان اضرارا بهم فلهذا لا يملكانه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي
في رواية لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنعه عن ترك النظر له
الظاهر انه يقرضه ممن يأمن جحوده وان اخذ الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز وعن محمد عن الحسن عن ابي حنيفة
ره انه قال ليس للاب ان يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاف في ادب القاضي فقال
ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال اليتيم لو اختل احدهم اخذ المال منه لان
القاضي وان كان له استرداد المال شرعا لكنه يمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر لانه
اذا كان المستقرض معسرا في الاستيفاء لا يجوز له ان يقرضه مال اليتيم وكذا ان يترك ماله على
المفلس ايضا **باب التحكيم** **قوله** واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز و
الاصل فيه قوله تعالى فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا
اصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيار المقام او لاختيار الفرقة والصحابة
رض كانوا مجمعين على جواز التحكيم **قوله** ولكل واحد من المحكمين ان يرجع **فان قيل** التحكيم
يثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما **قلنا** اذا لم يرض احدهما بهذا التحكيم فلا
يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه **قوله** وان حكما لفرابطله لان لهما ولاية على انفسهما
وليس لهما ولاية للقاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو رفعا اليه فلا يبطل رأيه
بحكم الحكم **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لان حكم الحكم بمنزلة الصلح
كلما لا يجوز استيفاؤه بالصلح يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحد والقصاص لا يجوز استيفاؤها

بالصلح

بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي
كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فيما يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض
الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة ره انه لا يجوز **قوله** وتخصيص الحدود
والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات بائنا او رواجع والطلاق المضاف
وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام **قوله** وبخلاف المنقول
هو حديث جميل بن مالك ره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للاولياء قوموا فدوه **قوله** ولو اخبر
باقرار احد الخصمين يعني لو قال الحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت
عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وحكمت لهذا عليك وانكر المقضي عليه ان يكون
اقر عنده بشيء او قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه وهذا لان الحكم
ملك انشاء الحكم بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه للانسان قضيت عليك
لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي
عليه فكذا هنا الا ان يخرج من الحكم او يقر له عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال الحكم بعد
ذلك لم يصدق **مسائل شتى** من كتاب القضاء **قوله** ان يبني على علوه اي يبني
زيادة على ما كان **قوله** قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة ره انما يمنع صاحب السفل عن ان
يتد فيه وتدا وان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو يتضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو
قولهما وكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجمعا عليه **قوله** يتعلق
به حق محترم اي يتعلق بالسفل حق صاحب العلو حق العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا
لان بالمنع يفوت المنفعة دون العين وبالاطلاق يفوت حق صاحب العلو في العين و
المنفعة جميعا وكان ضرر الاطلاق راجحا **قوله** على انه لا يعرى من نوع ضرر بالعلو اشارة
الى ان القياس قول ابي حنيفة ره موجب منعه **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة وهي غير
نافذة اي الزائغة الثانية المنشعبة ولا فرق في الاول بين ان يكون نافذا وغير نافذة في ان لا حق
لاهلها في المنشعبة بخلاف ما اذا كانت المنشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلاهل
الاولى فتح الباب فيها وذكر الامام التمرتاشي ره سكة طويلة غير نافذة في سفلها من جانب
اليمين او الشمال دخلة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على حد دلة من
الوقت لانه لا حق لهم فيها **قوله** ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك
تقادم العهد عساه يدعي حقا في الطريق في تلك الزائغة ويستدل على ذلك بالباب المركب ويكون
القول قوله من هذا الوجه فيمنع منه **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يديه ثم صالحه
منها فهو جائز ذكر في بعض شروح الجامع الصغير وانما يصح الصلح اذا كان المدعى معلوما بان ادعى
مثلا ثلثا او ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين ان المدعى ثلث او ربع او نحو ذلك

King Saud University
Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com) 1