لانه موخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغول له ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه قال ويرد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة على النفي فلا تقبل ما لم تتايد بمويد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول قال وبينة اليسار احق يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعا عليه البينة على الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات قال وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفا الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسالة اذا كان جاحدا اما فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته او ظهر له مماطلته بعد ما اقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر قال ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان ولان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بينا قال لا في دين ولده اي لا يحبس الوالد في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه قال الا اذا ابى من الانفاق عليه يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل لان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف فيها الفوت وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده الماذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرما وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به ولانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له ان يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما اتلف من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين اخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ بسبب ذلك الدين ه وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا لانه يتمكن من اسقاط هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة الا ترى ان الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر ان بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس ان يكون في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى احد يدخل عليه ليستانس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا ولا لمجيء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ له لقرابة الولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا اضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا اخرج ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته او جاريته عليه ان كان في السجن موضع ستره لان اقتضا شهوة الفرج كاقتضا شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يودي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابيه وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضا الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم متعنت والله اعلم

باب كتاب القاضي الى القاضي وغيره

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضا لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه انسب قال ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان اكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ما روي ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على المدعي الجمع بين شهوده وخصمه فهو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسياتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك لا سيما اذا كان في بلاد الغربة ويعسر نقل الشهادة على وجهها ايضا اذ اكثر الناس لا يحسنون ذلك وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا المال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار ويروى ذلك عن محمد وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به للضرورة وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المراة او نفس الرجل وانما هما كالداين والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجاز في العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليبعثها الى الكاتب وعنه انه اجاز في الامة ايضا بشرائطه وهي ان يكلف المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت انه من عند الكاتب وفضه بشروطه على ما يجي سلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي الكاتب وشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا احكم به وكتب الى المكتوب اليه اولا ليبري كفيله وقيل لا يحكم له به لان الحكم على الغايب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غايب ولكن يكتب ما جرى عنده ه ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعا عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل هو كذلك ويبري الكفيل وانما فعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية في المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة اليه ترتفع فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها للمدعي بل يبعثها مع امين معه قال رحمه الله فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم قال رحمه الله وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا لها والا فلا يحتاج الى كتابة الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا قدر انه غاب بعد الحكم عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليسلم اليه حقه او لينفذ حكمه قال والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا يحكم لان الحكم على الغايب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فلزمه والثاني ابتدا حكم فلا يجوز له قال وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة لان الحاكم الكاتب لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برايه وان خالف رايه راي الكاتب بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضا وهو فصل مجتهد فيه ان كان الخصم غايبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة