نظرا لليتيم بخلاف الوصي لانه لا يقدر على الاستخراج بنفسه وليس كل قاض يعدل ولا كل بينة تسمع فصار
اقراض الوصي ضررا في حق اليتيم فيضمن واما الاب فهل يملك اقراض مال الصغير ام لا لم يذكر محمد في الجامع
قال الفقيه ابو الليث يجوز ان يقال لا يجوز قرضه كما لا يجوز قرض الوصي يعني ان الاب لا يتمكن من الاستخراج
بنفسه كالوصي ويجوز ان يقال يجوز قرض الوالد لان ولايته اعم من ولاية الوصي وهو غير متهم في امره لوفور
شفقته فاشبه حال القاضي والى الوجه الاول ذهب فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والزاهد العتابي في
شروحهم للجامع الصغير واراد بذكر الحق كتابة الصك للتذكرة والتوكيد **قوله** والاب بمنزلة الوصي في اصح
اراد باصح الروايتين ما ذهب اليه فخر الاسلام ومن وافقه **باب التحكيم** شرع في بيان حكم الحكم لانه من
انواع القضاء الا انه اخر ذكره لان حكمه ادنى حالا من حكم القاضي ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضي
الذي يرفع اليه ابطله ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضي فان القاضي الثاني ينفذ حكمه
اذا لم يكن مخالفا لنص الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجوز حكم القاضي في الحدود والقصاص ولا يجوز
حكم الحكم ويجوز حكم القاضي رضي الخصم بذلك ام لا ولا يجوز حكم الحكم الا بعد رضا الخصمين يقال حكمه
اي فوض الحكم اليه **قوله** قال واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه اذا كان بصفة الحاكم يعني اذا كان الحكم من اهل الشهادة وهذا لان الحكم بمنزلة القاضي في حقهما
فاشترط صفة القاضي في الحكم حتى لا يجوز ان يحكما بينهما محدودا في قذف او عبدا او اعمى او ذميا
لان شهادة هؤلاء لا يجوز والاصل في جواز التحكيم قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله
وحكما من اهلها وحكم النبي صلى الله عليه وسلم سعد بن معاذ في بني قريظة ورضي بحكمه فقال هؤلاء نزلوا
على حكمك فقال يقتل مقاتلتهم ويسبى ذراريهم وكان بين عمر ابن الخطاب وابي بن كعب منازعة
في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت رضي الله عنه **قوله** فيشترط اهلية القضاء يعني لما كان الحكم
بمنزلة القاضي في حق المحكمين اشترط اهلية القضاء في الحكم فعلى هذا يجوز تحكيم المراة فيما يثبت
بالشبهات لانها من اهل الشهادة فيها **قوله** ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف
والفاسق والصبي وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا من اضافة المصدر الى المفعول فلو كان
المراد اضافة المصدر الى الفاعل لجاز وهذا لان الحكم بمنزلة القاضي في حق المتخاصمين والقاضي لا يصلح
ان يكون بواحد من هذه الصفات فكذا الحكم **قوله** والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر
في المولى يعني اذا ولي الفاسق قضاء بلدة جاز عندنا لكن لا ينبغي ان يقلد فكذا الفاسق اذا حكم
ان يجوز قياسا على ذلك ولكن لا ينبغي ان يحكم وقد مر بيان القاضي الفاسق في اول كتاب ادب القاضي
قوله ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
حكمه موقوف على رضاهما فاذا رجع واحد منهما قبل تنفيذ الحكم صار كان الرضا لم يوجد
في الابتداء او نقول انهما تسلطا على التصرف عليهما فصار كالتوكيل للموكل عزل الوكيل قبل البيع فكذلك هاهنا
بخلاف ما اذا امضى الحكم حيث لا يكون لواحد منهما ان يرجع لانه فعل باتحاد تسليطهما فلم يكن لهما
او لاحدهما نقض ذلك بعد ذلك كالوكيل اذا باع لا ينقض الموكل فكذلك هاهنا واورد شمس الائمة الرحمن
في شرح ادب القاضي في هذا المقام سؤالا وجوابا فان قيل اليس ان التحكيم انما يثبت باتفاقهما ثم
ينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما ايضا قلنا يجوز ان لا يثبت العقد الا باتفاقهما ثم
ينفرد احدهما بالفسخ كما في المضاربة والشركة ونحوه وهذا لان احدهما لم يرض بهذا التحكيم

١٢٩ او يكن راضيا في الابتداء لا يصح التحكيم فاذا لم يرض بعد ذلك لا يبقى التحكيم ايضا فاما اذا نفذ الحكم فلا يجوز لواحد
منهما ان يرجع عن ذلك كالقاضي اذا قضى ثم عزله السلطان لا يبطل ذلك القضاء ولو عزله قبل القضاء لا ينفذ
حكمه فكذا في هذا الحكم وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لا يجوز التحكيم وان حكم لم يلزمه
لنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز حكم سعد بن معاذ على بني قريظة ولو جاز رجوع المحكوم عليه بعد الحكم
لم يلزمهم ذلك مع كراهتهم او كراهة بعضهم **قوله** واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان خالفه ابطله وقال في شرح الاقطع قال الشافعي على القول
الذي يقول بجواز التحكيم ليس له نسخه ثم اعلم ان حكم الحكم لا يخلو اما ان كان موافقا لراي القاضي
الذي يرفع اليه او مخالفا فان كان موافقا يمضيه لا محالة لعدم فايدة النسخ لانه اذا نسخه يحتاج
الى ان يثبته ثانيا لان رايه هو الذي حكم به الحكم وان كان مخالفا لرايه رده لان حكم الحكم انما يثبت
بتسليط المحكمين على انفسهما ولا تسلط من القاضي فلا يكون حكم الحكم حجة على القاضي وهذا بخلاف حكم
القاضي اذا رفع الى قاض آخر حيث يمضيه سواء كان ذلك موافقا لمذهبه او مخالفا اذا كان في اصل
مجتهد فيه ولم يكن مخالفا للكتاب والسنة المشهورة والاجماع لان للقاضي ولاية عامة على كافة
الناس فكان قضاؤه حجة على الكل وحكم الحكم بمنزلة الصلح فلو رفع الصلح الى القاضي وكان مخالفا لرايه ابطله
فكذا هاهنا ثم فايدة امضاء القاضي ان القاضي الثاني اذا رفع اليه لا يبطله وان خالف ذلك مذهب الثاني
لان امضاء القاضي الاول بمنزلة حكمه بنفسه ابتداء **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص هذا
لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي على القول الذي يجوز التحكيم يجوز قال الامام الناصحي في تهذيب
ادب القاضي ولو حكما بينهما في حد او قصاص لم يجز ثم قال قال ابو بكر الرازي في القصاص ينبغي ان
يجوز لان ولي المقتول لو استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم فيه لانه
من حقوق بني آدم ثم قال الناصحي وقال الحاكم في مختصره وقضاء الحكم في الاموال والقصاص جايز ان وافق
راي القاضي وكذلك ذكر ابن كاس النخعي في ادب القاضي ثم قال الناصحي قال ابن كاس وقال الحسن
بن زياد في كتاب ادب القاضي لو ان رجلين حكما رجلا في حد او قصاص فحكم بينهما لم يجز وقال شمس
الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي من اصحابنا من قالوا انما لا يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى
لان الامام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى وليس لهما ولاية على ساير الناس فلا يصح
فاما في القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم لان الاستيفاء اليهما والحق في القصاص وحد القذف
لهما فيجوز التحكيم كما في الاموال ولكن صاحب الكتاب اطلق وقال لا يجوز وهو الصحيح اراد بصاحب
الكتاب الخصاف لان حكم الحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح والعقد يجوز التحكيم فيه
وما لا فلا والقصاص وحد القذف لا يجوز استيفاؤه بالصلح والعقد فلذا لا يجوز التحكيم فيه ولان
القصاص وحد القذف مما يندرئ بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما وليس بحكم
في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا **قوله** قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على
جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالحكم في الكنايات بانها رواجع وفسخ اليمين المضافة
وغير ذلك وهذا الذي قالوا من جواز الحكم الحكم في ساير المجتهدات لكن لا يفتى به ثم قال وحكي
عن شمس الايمة الحلواني انه قال مسئلة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر
المذهب انه يجوز الا ان القاضي الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول نكتم هذا الفصل

التحكم

Copyright @ King Saud University

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