المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول - شعبة الفقه

السراج الوهاج على المنهاج في الطالبين

تأليف

الشيخ الإمام الفقيه المتقن

أبي عبد الله بدر الدين محمد بن حسن بن إسماعيل بن يعقوب

البَلْبِيسي القاهري الشافعي ت ٨٦٥ هـ

«دراسة وتحقيق وتعليق»

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

إعداد

محمد بن عوض بن حامد العمالي

إشراف فضيلة الأستاذ الدكتور

يوسف عبد المقصود

الجزء الثاني

١٤١٦ هـ

الكتاب العاشر
الفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب (١) بعد الثبوت

وقد صنف شيخنا الامام قاضى القضاة ولي الدين أبو زرعة أحمد بن العراقى ـ رحمه الله ـ فى ذلك تصنيفاً مفرداً أجاد فيما جمعه ، ونقله نفع

---

(١) الحكم بصحة الشيء يستدعى معرفة الحكم وحده ، والصحة وحدها ثم معرفة الحكم بالصحة ، ثم بيان الموجب ، ثم ذكر تعريف الحكم بالموجب ، وكذا قاله الشيخ سراج الدين البلقينى فى "رسالة الفتح الموهب فى الحكم بالصحة ، والحكم بالموجب" .
أما الحكم فى اللغة فهو القضاء ، وفى مادته معنى الاتقان ، والابرام ، والمنع ، والاحاطة . انظر : الصحاح للجوهرى ، باب الميم فصل الحاء ١٩٠١/٥، ١٩٠٢ ، رسالة الفتح الموهب ص٨٣ ضمن مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد الثالث عشر .
قال السراج البلقينى : ومقصوده اصطلاحا هنا هو : "مايصدر عن متول عموما ، أو خصوصا راجعا الى عام من الالزامات السابقة فى القضايا على وجه مخصوص" .
"مجلة البحوث الاسلامية المعاصرة ، تحقيق رسالة الفتح الموهب فى الحكم بالصحة والحكم بالموجب ص٨٤" .
أما الصحة لغة : فهى خلاف السقم ، وتطلق على تمام الشيء وزوال علته . انظر القاموس المحيط ٢٤١/١ ، وانظر المعجم الوسيط ٥٠٧/١ ، رسالة الفتح الموهب ص٨٥ .
أما اصطلاحا فقد قرر فيها تعريفات عدة فقد عرفها البيضاوى بأنها استتباع الغاية انظر شرح الاسنوى على المنهاج ومعه شرح البدخشى عليه ٥٧/١ ، وانظر : رسالة الفتح ص٨٤ ، فتح الرؤوف ٢٨٧/١ .
وقال غيره : ترتب الغرض المطلوب من الشيء على الشيء . انظر : الاحكام للآمدى ١٣١/١ ، المحصول للرازى ، الجزء الأول ، القسم الأول ص١٤٢ ، تيسير التحرير ٢٣٤/٢ ، شرح الكوكب المنير للفتوحى ٤٦٧/١ ، وانظر رسالة الفتح الموهب ص٨٤ ، فتح الرؤوف ٢٨٧/١ .
قال الشيخ سراج الدين البلقينى : وفى هذا التعريف ـ أى الثانى ـ نظر ، وعندى أن الصحة : عبارة عن صفة لازمة للصادر من الانسان بما يعتبر فى نفيه الفساد عنه رسالة الفتح الموهب ص٨٤ ، وهو اختيار السبكى . انظر فتح الرؤوف ٢٨٧/١ .=

الله تعالى به(١). فقال فيه :

= أما تعريف الحكم بالصحة بهذا التركيب فهو "عبارة عن قضاء من له ذلك فى أمر ثبت عنده وجوده بشرائطه الممكن ثبوتها" . رسالة الفتح الموهب ص٨٩ .
أما الموجب فموجب الشيء عبارة عن الأمر المترتب على ذلك الشيء . رسالة الفتح الموهب ص٨٩ ، وانظر المصباح المنير ، مادة (وجب) ص٢٤٨ .
أما الحكم بالموجب فقد قال الشيخ سراج الدين البلقينى هو : قضاء المتولى بأمر ثبت عنده بالالزام لما يترتب على ذلك الأمر خاصا وعاما على الوجه المعتبر عنده فى ذلك شرعا . ثم قال : وان شئت قلت : اظهار المتولى قضاءه ... الى آخر التعريف فيهما . رسالة الفتح الموهب ص٨٩ .
ثم قال : والأحسن أن يقال : الحكم عبارة عن قضاء المتولى الذى أظهره دليلا على مستند سابق . رسالة الفتح الموهب ص٩١ .
وقد أشار المناوى على أهمية الكلام فى الحكم بالصحة والحكم بالموجب حيث قال والكلام عليهما مهم جدا ، اذ ليس فى كتب الفقه الا الرمز الى ذلك مع شدة الحاجة الى اثباته وتحقيقه ، كيف والحكام لم يزالوا يختلفون فى معنى هذين الحكمين ومايتعلق بهما ، نقضا وابراما ، وآثاراً ، والزاما . فتح الرؤوف ٢٨٧/١ .

(١) قلت : قد وقع لى مما صنفه الامام ابن العراقى ـ رحمه الله تعالى ـ فى الفرق بين الحكم بالصحة ، والحكم بالموجب نسختان من هذا المصنف وهما مخطوطتان، وكلتاهما من مصورات دار الكتب المصرية بالقاهرة احداهما تحت رقم (٢٥٥٩٧ب) وهذه النسخة أدرجت تحت عنوان كتاب آخر حيث ذكر فى صفحة الغلاف بأنها فروق البلقينى أبو حفص سراج الدين بن نصير ، وقد تم نسخها فى يوم الأربعاء الموافق ٢٢ من شهر شعبان من سنةاحدى وخمسين وثلاثمائة وألف ، ٢١ من شهر ديسمبر من سنة اثنين وثلاثين وتسعمائة وألف ميلادية بقلم محمود عبد اللطيف فخر الدين النساخ بدار الكتب المصرية نقلا عن النسخة الخطية المحفوظة بدار الكتب تحت رقم (١٥٥٩) حديث . وقد تم الفراغ من النسخة المنقولة عنها يوم الخميس سادس عشر شهر جمادى الاولى سنة اثنين وأربعين وثمانمائة . وعدد صفحاتها ١٧ صفحة وعدد الأسطرواحد وعشرون سطرا عدا الصفحة الأخير ، فعدد أسطرهاستة عشر سطرا .
أما الأخرى فهى تحت رقم (٤٨٤) مجاميع ، وقد تم الفراغ منها حادى عشر من شهر ربيع الأول سنة سبعين وثمانمائة . وعدد لوحاتها ست لوحات ونصف وعدد الأسطر ثمانية عشر .

[بيان الحكم عند اقامة البينة العادلة باستيفاء العاقد شروط العقد وعدمه ومناقشة ذلك]

[٣٥١] قد عهدنا الحكام على طريقة فى الحكم بالصحة،والحكم بالموجب وهى أنهم ان قامت عندهم البينة العادلة باستيفاء العاقد شروط ذلك العقد الذى يراد الحكم به ، حكم بصحته ، وان لم تقم البينة باستيفاء شروطه حكم بموجبه ، فالحكم بالموجب عندهم أحط رتبة من الحكم بالصحة .

قال شيخنا الامام ولي الدين : ويرد على هذا شيئان أحدهما : أن المرجح فيما لو طلب جماعة فى أيديهم أرض من القاضى قسمتها(١) بينهم من غير اقامة بينة على أنها ملكهم لايجيبهم على ذلك ، وقال شيخنا الامام البلقينى فى "حواشى [٦٤/ب] الروضة" : يخرج من هذا أن القاضى لايحكم بالموجب بمجرد اعتراف المتعاقدين بالبيع ، ولابمجرد اقامة البينة عليهما بما صدر منهما(٢)، لأن المعنى الذى قيل هنا يأتى هناك(٣)، قال شيخنا الامام ولى الدين : وفى هذا نظر . فإن القسمة تتضمن افراز(٤) نصيب كل واحد وصيرورته معيناً بعد أن كان مشاعا ، وقد لايكون الرافعون له مالكين لذلك ، فيكون متصرفاً فى ملك غيره بغير اذنه ، وأما الحكم بالصحة أو الموجب ، فانما هو فى تصرف صدر من غير الحاكم ورفع اليه ، فقد يحكم بصحته ، وقد يحكم بموجبه ، والاصطلاح أن الأول يكون عند قيام البينة باستيفاء الشروط ، والثانى يكون عند إهمال البينة لذلك . فأما لو قامت البينة بوقوعه على خلاف الشروط المعتبرة ، فانه لايحكم فيه بصحة ولابموجب وعلى كل تقدير فلم يتصرف الحاكم فى ملك غيره بل الغير هو المتصرف والصادر

---

(١) فى المخطوطتين : قسمها .
(٢) جميع النسخ : بينهما ، والصواب ماأثبته نقلا من المخطوطتين .
(٣) حواشى الروضة ل:٢٠٩/أ .
(٤) ش : اقرار ، وهى كذلك فى احدى نسخ المخطوط .

من الحاكم على ذلك التصرف حكم[١] فلا يلزم من امتناع الحاكم من القسمة هنا امتناعه من الحكم بالموجب ، وان لم تقم البينة باستيفاء الشروط ، ثم أن قول الأصحاب أنه لا يجيبهم هل أرادوا به أنه[٢] لا تجب اجابتهم ، أو لا تجوز اجابتهم؟ قال شيخنا الامام ولي الدين : لم أر تصريحا بذلك . والظاهر الأول . وهو[٣] انتفاء الوجوب لا الجواز .

الشيء الثانى أن مانقله[٤] من عمل الحكام يدل على أن الحكم بالموجب لا يزيد على الثبوت المجرد شيئاً ، لكن مازالوا يرون الحكم بالموجب[٥] تمييزاً على مجرد الثبوت. ـ والله أعلم ـ. <ثم قال>[٦]: ووجدت لشيخنا الامام البلقينى ـ رحمه الله ـ فروقاً أبداها فى الفرق بين الحكم بالصحة ، والحكم بالموجب ، وكنت سمعتها منه ، أو بعضها ، وفى كلها، أو بعضها نظر سأذكره .

[الفروق عند البلقينى والرد عليها من ابن العراقى]

[٣٥٢] فالفرق الأول : أن الحكم بالصحة مُنْصَبٌّ الى انفاذ ذلك الصادر من بيع ، ووقف ، ونحوهما ، والحكم بالموجب مُنْصَبٌّ الى أثر ذلك الصادر[٧] . قال شيخنا الامام ولى الدين : وفيما ذكره نظر ، فانه اذا كان الحكم بالصحة منصباً[٨] الى انفاذ ذلك الصادر ترتب عليه انفاذ آثاره ،

---

(١) ساقطة من الأصل ، د ، والمثبت من : ش .
(٢) ساقطة من : ش .
(٣) د : وقد ، وهو خطأ .
(٤) أى : شيخ الاسلام ولى الدين ابن العراق .
(٥) ش : زيادة له .
(٦) ساقطة من : د ، ش .
(٧) رسالة الفتح الموهب ص٩٥ .
(٨) ش : منصبة .

وكيف ينفذ ذلك الأمر ، ولاينفذ أثره المقصود منه ، لاسيما وقد(١)عرف غير واحد من أهل الأصول الصحة بأنها : استتباع الغاية(٢)أى(٣)كون الشيء بحيث تتبعه غايته ، ويترتب وجودها على وجوده ، فاذا حكم بالصحة فقد [حكم](٤)بترتب آثاره عليه ، لأن هذا هو معنى الصحة ، وكيف يقال : فى الحكم بالموجب أنه منصب الى الآثار خاصة ، وكيف تثبت الآثار بدون ثبوت المؤثر لها! فالحكم بثبوت الآثار مترتب على الحكم بثبوت المؤثر بلاشك ، ولولا صحة ذلك العقد لما حكم القاضى بترتب آثاره عليه ، فالصواب تضمن(٥)الحكم بالموجب الحكم بالصحة ، والا لما ترتبت(٦)عليه الآثار ، فالصحة هى الحكم الجامع لجميع الآثار ، وحينئذ فيظهر استواء الحكم بالصحة والحكم بالموجب(٧)، لأنه لايحكم الا بموجب ماصح عنده(٨) دون مافسد ، ولايصح الشيء وتتخلف آثاره عنه ، فاذا حكم بالصحة ، فقد حكم بترتب آثاره عليه ، والتحقيق [٦٥/أ] أن الحكم بالموجب يتناول الآثار بالتنصيص عليها للاتيان بلفظ عام يتناول(٩)جميع آثارها . فان موجب الشيء هو مقتضاه . وهو مفرد(١٠)مضاف ، فيعم كل موجب بخلاف لفظ الصحة ، فانه انما يتناول الآثار بالتضمين لابالتنصيص عليها ، ومقتضى ذلك أن يكون الحكم بالموجب أعلى ، وهو خلاف الاصطلاح ، وكأن الحكم

---

(١) د ، ش : لاسيما وقد .
(٢) انظر : شرح الاسنوى على المنهاج ومعه شرح البدخشى عليه ٥٧/١ ، رسالة الفتح ص٨٤ ، فتح الرؤوف ٢٨٧/١ .
(٣) الأصل : الى ، والمثبت من : د ، ش .
(٤) مابين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والمثبت من احدى نسخ المخطوط .
(٥) ش : يتضمن ، وهو تصحيف .
(٦) الأصل ، ش : ترتب ، والمثبت من : د .
(٧) ش : الحكم بالموجب الحكم بالصحة .
(٨) ساقطة من : د ، ش .
(٩) الأصل ، د : تناول ، والمثبت من : ش .
(١٠) فى جميع النسخ : منفرد ، وهو تحريف .

بالصحة انما علت رتبته عندهم لاختصاصه بما ثبت فيه وجود الشروط ، وانحطت مرتبة الحكم بالموجب عندهم لعدم ثبوت وجود الشروط فيه . لكن هذا راجع الى الاصطلاح فيما أظن ، ولايظهر للفرق المذكور معنى من جهة اللغة ، ولامن جهة الشرع ، فلاينبغى أن يصدر من حاكم حكم الا(١)بحجة معتبرة اما ببينة ، واما بعلم ، واما اقرار الخصم الذى هوصاحب اليد ، واما يمين المدعى المردودة بعد نكول الخصم سواء أكان ذلك الحكم باقرار أو ببينة وانما نازعت شيخنا فى استنباط هذا من مسألة القسمة لافى أصل الحكم ، فانى موافق عليه ، فاذا قامت البينة فحكم بالصحة فقد(٢)حكم بترتب غايته عليه من غير تنصيص عليها لابعموم ولابخصوص ، وان حكم بالموجب ، فقد أتى بصيغة شاملة لجميع(٣)أحكامه ، فان صيغة العموم فى تناولها لكل فرد(٤) فرد كلية ، فكأنه نص بذلك على جميع آثاره ، فان قلت : فهل يترتب عليه بذلك جميع آثاره المتفق عليها ، والمختلف فيها؟ قلت : أما المتفق عليها فلايحتاج فيها الى حكم ، وأما المختلف فيها فما كان منها قد جاء وقت الحكم فيه نفذ ، ومالم يجىء وقت الحكم فيه لم ينفذ ، مثال الأول : أن يحكم حنفى بموجب التدبير ، فمن موجبه منع بيع المدبر ‹فقد حكم الحنفى بذلك فى وقته ، لأنه منع السيد المدبر من بيع عبده المدبر›(٥)، فليس له بمقتضى الحكم المذكور الاقدام على بيعه لمنع الحاكم له من ذلك ، وليس للشافعى أن يأذن له بعد ذلك فى بيعه لما فيه من نقض حكم الحنفى بمنع البيع ، ولاأن(٦)يحكم(٧)بصحة بيعه لو صدر فانه ارتكب ببيعه محرما قد

---

(١) ساقطة من الأصل ، د ، والمثبت من : ش .
(٢) د : نفذ ، وهو تحريف .
(٣) الأصل ، د : بجميع ، وهو تحريف ، والمثبت من : ش .
(٤) ساقطة من : ش .
(٥) مابين القوسين ساقط من : د .
(٦) ساقطة من الأصل ، ش ، والمثبت من : د .
(٧) جميع النسخ الحكم ، والمثبت من احدى نسخ المخطوط .

منعه عنه(١)جائز الحكم فصار هذا المدبر بهذا الحكم كأم الولد ، ومثال الثانى : أن يعلق شخص طلاق امرأة أجنبية منه على التزويج [بها](٢)فيحكم مالكى ، أو حنفى بموجبه ، فاذا تزوج بها فبادر شافعى وحكم باستمرار العصمة وعدم وقوع الطلاق نفذ حكمه ، ولم يكن ذلك نقضا لحكم الحاكم الأول بموجب التعليق ، لأن حكمه لم يتناول وقوع الطلاق لو تزوج بها ، فانه أمر لم يقع الى الآن فكيف يحكم على مالم(٣)يقع! والحكم انما يكون فى شخص ، فما هذا منه الا فتوى وتسميته حكما اما جهل ، أو تجوز ، يعنى به أن هذا حكم الشرع عنده لأنه أثبته(٤)وألزم به وكيف يلزم بما لم يقع ، ومما يوضح ذلك أنه لو(٥)لم يأت بصيغة عموم ، وهو الموجب بل حكم بهذه الجزئية الخاصة ، فقال : حكمت بوقوع الطلاق ان تزوجها لم يصادف بذلك محلا وعد سفها وجهلا ، وكيف يحكم الانسان بشىء قبل وقوعه! فيقول : حكمت بصحة بيع [٦٥/ب] هذا العبد لو وقع بشروطه ، وبصحة نكاح هذه المرأة لو وقع بشروطه ، بخلاف قول الحنفى فى المدبر بعد تدبيره حكمت بمنع بيعه ، فانه حكم صحيح على مذهبه وقع فى محله ووقته فنفذ ، ولم يجز نقضه فأفهم ذلك ، فانه حسن وقع بسبب عدم تدبره خبط فى الأحكام ، وقد ظهر أن توجيه الحنفى ، أو المالكى حكمه الى وقوع الطلاق على التى لم يتزوج بها محال(٦)وحكمه بمنع التزويج بها أفسد(٧)منه ، فان النكاح صحيح بلاتوقف ، واما الكلام فى وقوع الطلاق بعد صدور النكاح

---

(١) ساقطة من : ش .
(٢) مابين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والمثبت من المخطوطتين .
(٣) الأصل ، د : مالا ، والمثبت من : ش .
(٤) الأصل ، د : منه ، والمثبت من : ش .
(٥) ساقطة من جميع النسخ والمثبت من احدى نسخ المخطوط وهى ليست فى الأخرى.
(٦) الأصل ، د : بحال ، والمثبت من : ش .
(٧) الأصل ، ش : افتدا ، والمثبت من : د .

ولاندرى هل يقع بينهما نكاح أم لا ، فلايمكن توجيه الحكم الى منع النكاح كما وجه الحنفي حكمه الى منع بيع المدبر ، ولاالى وقوع الطلاق فى عصمة لاندري هل يقع فى الوجود أم لا ، فان نفس الطلاق لم يقع قبل النكاح ، وانما وقع تعليقه خاصة ، والتعليق غير متوقع(١)فى الحال ، فكيف نحكم على شيء لم يوجد بشيء لم يقع! وهذا واضح لصاحب(٢)الألمعية الخالى عن العصبية ـ والله أعلم ـ .

وقس على هذين(٣)المثالين بقية الأمثلة ، فقد عرفت المدرك الذى أوجب الفرق بينهما .

الفرق الثانى بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب:أن الحكم بالصحة لايختص بأحد ، والحكم بالموجب يختص بالمحكوم عليه بذلك(٤). قال(٥) شيخنا ولى الدين : وفى هذا الفرق أيضا نظر . فاذا وقف الانسان شيئا من أملاكه على نفسه ، ومات قبل الحكم بصحته وبطلانه ، فأراد أحد ورثته أن يبيعه فمنعه حنفي وحكم بموجب الوقف المذكور لم يختص ذلك الحكم به فى حصته(٦)، فلو أراد وارث آخر أن يبيع حصته منه لم يصح ، وكيف يصح ذلك بعد حكم الحنفي بموجبه ، ولو بادر شافعي،وحكم عند ارادة أحد الورثة بيع حصته بموجب(٧)الوقف المذكور ، وهو البطلان ، فليس للحاكم الحنفي بعد ذلك منع بيع الوارث الآخر حصته مع حكم الشافعي ببطلان الوقف المذكور(٨)، وهذا بعيد ـ والله أعلم ـ .

---

(١) الأصل ، د : موقع ، والمثبت من : ش .
(٢) ساقطة من الأصل ، والمثبت من : د ، ش .
(٣) الأصل : هذا وبين ، وهو تحريف ، والمثبت من : د ، ش .
(٤) رسالة الفتح الموهب ص٩٥ .
(٥) د : قاله ، وهو خطأ .
(٦) د : زيادة "بل فى جميع المكان" .
(٧) د : بموجب الفاء الوقف .
(٨) د : زيادة الغاية .

الفرق الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضى استيفاء الشروط ‹والحكم بالموجب لايقتضى استيفاء الشروط›[١]، وانما مقتضاه صدور ذلك الحكم على المصدر بموجب ماصدر منه[٢]. قال شيخنا الامام ولى الدين : وفيه نظر أيضا فقد قدمت عن شيخنا الامام البلقينى أنه استنبط من مسألة امتناع القاضى من القسمة ‹فيما اذا لم›[٣]نقم[٤]البينة ، ‹بأنه ملك طالبيها›[٥]أن الحكم لايقع بصحة ولاموجب الا بعد استيفاء الشروط[٦]، وهذا الفرق هو الذى يعمل به الناس الآن ، وفيه ماقدمته . ثم ان فى تعبير شيخنا الامام البلقينى ـ رحمه الله ـ عن هذا الفرق نظر . فكان ينبغى التعبير[٨]بأن الحكم بالصحة يتوقف على ثبوت أن المتعاطى لذلك التصرف استوفى[٩]شروطه[١٠] فيه ، فاذا رفع الى القاضى بيع لايحكم بصحته حتى تثبت شروط البيع من كون المبيع ظاهرا ، منتفعا به ، مقدوراً على تسليمه ، مملوكا للعاقد ، أو لمن وقع له العقد ، معلوما بخلاف الحكم بالموجب ، فانه لايتوقف على ثبوت استيفاء الشروط ، وليت شعرى كيف يكون حكم القاضى بثبوت جميع الآثار ثابتا فيما اذا لم يثبت أن العاقد استوفى الشروط ‹ومنتفيا فيما اذا ثبت أنه استوفى الشروط›[١١]هذا مالايعقل . [٦٦/أ] ـ والله أعلم ـ .

---

(١) مابين القوسين ساقط من : ش .
(٢) انظر رسالة الفتح الموهب ص٩٥ .
(٣) الأصل ، د : فيها أن ، والمثبت من : ش .
(٤) ش : يقسم وهو تحريف .
(٥) الأصل ، د : ملكه ، والصواب ماأثبته عن المخطوطتين .
(٦) مابين القوسين ساقط من : ش .
(٧) انظر ماتقدم ص٣٣٠ من هذا الكتاب .
(٨) ش : أن التعبير .
(٩) ش : ان استوفى .
(١٠) الأصل ، د : شروط ، والمثبت من : ش .
(١١) مابين القوسين ساقط من : ش ، ولعله من باب انتقال النظر .

الفرق الرابع : أنه اذا كان الصادر صحيحاً باتفاق ، ووقع الخلاف فى موجبه ، فالحكم بالصحة لايمنع من العمل بموجبه عند غير الحاكم بالصحة ، ولو حكم فيه بالموجب امتنع العمل بموجبه عند غير الحاكم بالموجب(١).

قال شيخنا الامام ولى الدين : لابأس بهذا الفرق ، لكن اطلاقه فى الحكم بالموجب أنه يمتنع العمل بموجبه عند غير الحاكم بالموجب لابد من تقييده بأن يكون قد جاء وقت الحكم بموجبه ، فمتى لم يجىء وقته فلغيره عند مجىء وقته الحكم بموجبه عنده ، وان لم يكن موجبه عند الحاكم الأول ـ والله أعلم ـ

الفرق الخامس : أن كل دعوى كان المطلوب فيها(٢)الزام المدعى عليه بما أقر به ، أو قامت البينة به كان الحكم حينئذ بالالزام ، وهو الموجب ، ولايكون الحكم بالصحة ، ولكن يتضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة . ‹ومن ذلك أن ماليس له وجهان(٣)صحة ، وابطال لايدخل فيه الحكم بالصحة›(٤)، وانما يدخل فيه الحكم بالموجب(٥).

قال شيخنا الامام ولى الدين : لم يظهر هذا الفرق . فان مقتضاه أنه اذا ادعى على انسان بمائة درهم مثلا واعترف بذلك بمجلس الحكم أو قامت عليه بينة بالاعتراف لم يسغ للقاضى الحكم بصحة الاعتراف المذكور ، وانما يسوغ له الحكم بموجبه ، ولايظهر لهذا معنى ، فليتأمل . وقد رجع شيخنا الامام البلقينى ، الى ماذكرته أولا من أن الحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة ـ والله أعلم ـ .

---

(١) رسالة الفتح الموهب ص٩٨ ، قال شيخ الاسلام البلقينى مثال ذلك : التدبير الصحيح باتفاق ، وموجبه اذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع فلو حكم حنفى بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه لمن يرى صحة بيع المدبر رسالة الفتح ص٩٨ ، وانظر تحفة المحتاج ٣٨٥/١ .

(٢) الأصل : فيما .

(٣) د : وجها .

(٤) مابين القوسين ساقط من : ش .

(٥) انظر رسالة الفتح الموهب ص٩٨ .

الفرق السادس : أن تنفيذ الحكم المختلف فيه يكون بالصحة عند الموافق(١)وكذا عند المخالف الذى يجيز التنفيذ فى المختلف فيه ‹بالموجب اذا أريد به الالزام بحكم الحاكم فى الحكم المختلف فيه›(٢)، فيكون الأمر فيه كما تقدم فى الحكم بالصحة ، فيكون قول(٣)القاضى : حكمت بصحة حكم فلان مساو لقوله : حكمت بموجب حكم فلان اذا أريد هذا المعنى ، وهو الالزام بحكم الحاكم . وان أريد به الالزام بذلك الشىء ، ‹المحكوم فيه فيجوز ذلك من الموافق،ولايجوز من المخالف ، لأنه ابتداء حكم بذلك الشى›(٤)، من غير تعرض للحكم الأول ، وذلك لايجوز عند المخالف(٥).

قال شيخنا الامام ولى الدين : لم يتحرر لي من هذا الكلام فرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب ، لأنه ذكر أنه اذا أريد الالزام بحكم المخالف فى موضع الخلاف استوى الحكم ، بالصحة،والحكم بالموجب فى الجواز ، وان أُريد(٦)الالزام بذلك الشىء من(٧)غير توسط حكم المخالف امتنع ذلك بالصحة،وبالموجب ، فان(٨)المخالف لايراه ، وليس هذا تنفيذاً بل ابتداء حكم بما لايراه(٩)الحاكم به ـ والله أعلم ـ .

---

(١) الأصل : التوافق ، والمثبت من : د ، ش .
(٢) مابين القوسين ساقط من : ش ، ولعله من باب انتقال النظر .
(٣) الأصل ، د : فيقول ، والمثبت من : ش .
(٤) مابين القوسين ساقط من : ش ، فلعله من باب انتقال النظر ، وفى الأصل مكرر مابينهما .
(٥) انظر رسالة الفتح الموهب ص٩٩ .
(٦) ش : أريد به .
(٧) د : ففى .
(٨) الأصل ، ش : ثم ان ، والمثبت من : د .
(٩) الأصل ، د : يرا ، والمثبت من : ش .

[المسائل التى يستوى فيها الحكم بالصحة والموجب]

[٣٥٣] وذكر شيخنا الامام البلقينى ـ رحمه الله ـ انه يستوى الحكم بالصحة والموجب فى مسائل :

منها : حكم الحنفي بصحة النكاح بلا ولي ، أو بموجبه ليس للشافعي نقضه .

ومنها: الحكم بشفعة الجوار لاينقضه الشافعي سواء حكم بصحة ذلك،أو بموجبه .

ومنها: حكمه بالوقف على النفس لاينقضه الشافعى [٦٦/ب] سواء حكم فى ذلك بالصحة أو بالموجب .

ومنها: حكم الشافعي فى اجارة الجزء الشائع فى دار ، أو عبد ، أو نحوهما ليس للحنفي ابطاله سواء حكم فيه بالصحة،أو بالموجب .

[وجها افتراق الحكم بالصحة والحكم بالموجب]

[٣٥٤] وذكر شيخنا الامام البلقينى ـ رحمه الله ـ افتراقهما فى مسائل كثيرة يكون فى بعضها الحكم بالصحة أقوى ، وفى بعضها الحكم بالموجب أقوى .

[الصورة التى يكون فيها الحكم بالصحة أقوى من الحكم بالموجب عند البلقينى]

[٣٥٥] فالقسم الأول : كما لو حكم شافعي بموجب الوكالة بغير رضى الخصم ، فللحنفي الحكم بابطالها ، ولو حكم بصحتها لم يكن للحنفي الحكم بابطالها ، لأن موجبها المخاصمة صحت،أو فسدت لأجل الاذن ، فلم

يتعرض الشافعي للحكم بالصحة ، وانما تعرض للأثر، فساغ للحنفي الحكم بابطالها ، لأنه يقول للشافعي : جردت حكمك ، اللازم . ولم تتعرض لصحة الملزوم ، ولاعدمه ، وأنا أقول : بابطالها، فلم يوقع الحكم فى محل الخلاف . هذا كلام شيخنا الامام البلقينى ـ رحمه الله ـ .

[الرد على قول البلقينى من ابن العراقى]

[٣٥٦] قال شيخنا الامام ولى الدين : وفيه نظر . لما تقدم من أن الحكم بالآثار يتوقف على الحكم بالمؤثر ، فلولا صحة عقد الوكالة لما حكم بترتب(١) آثارها . وقد تقدم فى كلامه الاعتراف بأن الحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة ، فان قلت : الوكالة يترتب عليها أثرها ، وهو صحة التصرف بعموم الاذن ، ولو كانت فاسدة . قلت : من جملة موجبها ومقتضاها صحتها عند الشافعي . ولو لم يرض الخصم ، فقد تناول حكمه ، ولانسلم قول الحنفي : أن الشافعي جَرَّدَ حكمه اللازم ، ولم يتعرض لصحة الملزوم ، ولابطلانه ، بل قد تعرض لها ضمناً كما اعترف به الشيخ ـ رحمه الله ـ أو صريحا كما اعتقده ، لأن الصحة من جملة الموجب ، فقد دخل فى حكمه بالموجب ، لأنه مفرد مضاف، فيعم جميع (٢) الموجب (٣) ولو كان التوكيل عند الشافعى فاسداً كالوكالة المعلقة لم يسغ له الحكم بموجب الوكالة إعتماداً على صحة التصرف بعموم الاذن لما ذكرناه من (٤) أن من جملة الموجب الصحة . والوكالة المذكورة باطلة (٥) فلم يثبت جميع موجبها،

---

(١) ش : بتوقف .
(٢) الأصل : فيه جمع ، ش : فيه جميع ، والمثبت من : د .
(٣) فى جميع النسخ : الواجب ، وكذا فى احدى المخطوطتين ، والمثبت من المخطوطة رقم (٢٥٥٩٧) .
(٤) د : لأن .
(٥) الأصل ، د : باطنا ، وهو تحريف ، والمثبت من : ش .

فاذا حكم فليوجه حكمه الى مايترتب من الآثار ، وهو صحة التصرف ، ولايأتى بصيغة تعم جميع الواجب لفساد ذلك.ـ والله أعلم ـ.

[الصور التى يكون فيها الحكم بالموجب أقوى]

[٣٥٧] والقسم الثانى له أمثلة :

منها : لو حكم حنفي بصحة التدبير لم يمتنع على الشافعي الحكم بالبيع، لأنه عند الشافعى صحيح ، ولكن يباع ، ولو حكم بموجب التدبير لم يكن للشافعى الحكم بالبيع ، لأن من موجب التدبير(١) عنده عدم البيع .

ومنها: لو حكم شافعى بصحة شراء الدار التى لها جار ، فانه يسوغ للحنفى أن يحكم بأخذ الجار بالشفعة ، لأن البيع عنده صحيح مسلط لأخذ الجار كما يقول الشافعي فى بيع (٢) أحد الشركاء . ولو حكم الشافعي بموجب شراء الدار المذكورة فليس للحنفى أن يحكم بأخذ الجار(٣)، لأن من موجبه عنده دوامه، واستمراره .

ومنها: لو حكم شافعى بصحة اجارة ، ثم مات المؤجر كان للحنفي ابطالها بالموت ، ولو حكم بموجب الاجارة لم يكن للحنفي الحكم بابطالها بالموت ، لأن من موجبها الدوام، والاستمرار للورثة .

---

(١) ساقط من الأصل ، ش ، فلعله من باب انتقال النظر ، والمثبت من : د .
(٢) ساقطة من : د .
(٣) د : الجار بالشفعة .

[الفرق بين الصورة الثالثة واللتين قبلها ومناقشة ذلك من ابن العراقى]

[٣٥٨] قال شيخنا الامام ولى الدين : هذه الصورة الثالثة ممنوعة ، والفرق بينها،وبين الصورتين [٦٧/أ] اللتين(١) قبلها أنه وقع الحكم فيها بالموجب بعد دخول وقته فنفد ، لأنه لما حكم بموجب التدبير،فقد منعه من البيع الذى يسوغه الشافعي ، ولما حكم بموجب شراء الدار التى لها جار،فقد منع الجار من(٢) الأخذ بالشفعة ، فامتنع ذلك عليه كما لو وجه الحكم الى ذلك صريحاً ، فانه ينفذ ويعمل به ، ولافرق بين الحكم بالشىء بخصوصه وبين الحكم بصيغة عامة تشمله ، وأما الصورة الثالثة لما حكم الشافعي فيها بموجب الاجارة قبل موت المستأجر لم يكن توجيه(٣) حكمه(٤) الى عدم الانفساخ ، لأنه لم يجىء وقته ، ولم يوجد سببه ، ولو وجه الحكم اليه ، فقال : حكمت بعدم انفساخ الاجارة اذا مات المستأجر لم يكن ذلك حكماً ، وكيف يحكم على مالم يقع ، ولايدرى هل يقع أم لا! فتسمية(٥) هذا حكماً إما جهل ،أو(٦) تجوز كما قدمناه(٧) فى حكم المالكي ، أو الحنفي بموجب تعلق طلاق امرأة معينة على التزوج(٨) بها قبل التزوج بها ، فانه لايدخل فى موجبه وقوع الطلاق بعد(٩) التزويج ، فان التزويج الى الآن لم يوجد ، وقد

---

(١) جميع النسخ : التى ، وهو تحريف ، لأن الاسم الموصول يرجع الى الصورتين وهما مثنى .
(٢) ساقطة من الأصل ، د ، والمثبت من : ش .
(٣) الأصل ، ش : بموجبه ، والمثبت من : د .
(٤) الأصل : حكم ، والمثبت من : د ، ش .
(٥) د ، ش : فتسميته .
(٦) ش : واما .
(٧) وذلك ص٤٥٢ من هذاالكتاب .
(٨) د : التزويج .
(٩) ش : قبل ، وهو خطأ .

لايوجد . فلايمكن الحكم على معدوم لم يدخل فى الوجود ، فهذه الصورة، وتلك من واد واحد ، واذا ظهر ماذكرناه من الفرق عرفت المسائل واتضحت ، ولم يشكل منها شيء .

[ضابط الاستواء والقوة]

[٣٥٩] وذكر شيخنا الامام البلقينى ـ رحمه الله ـ أن ضابط ذلك أن المتنازع فيه ان كان صحة ذلك الشيء ، وكانت لوازمه لاتترتب الا بعد صحته كان الحكم بالصحة رافعاً للخلاف،واستويا حينئذ ، وان كان المتنازع فيه الآثار ، واللوازم كان الحكم بالصحة غير رافع للخلاف ، وكان الحكم بالموجب رافعا ، وقُويَ الموجب حينئذ ، وان كانت آثاره تترتب مع فساده قُويَ الحكم بالصحة على الحكم بالموجب .

[مناقشة قول البلقينى فى الآثار واللوازم]

[٣٦٠] قال شيخنا الامام ولى الدين : قوله ‹فيما اذا›(١)كان النزاع فى الآثار ، واللوازم ان (٢)الحكم بالموجب رافع للخلاف ، محله أن(٣)يكون ذلك بعد دخول وقته ووجود سببه ، وتمكنه من الحكم بذلك الشيء بعينه ، فأدرجناه فى الحكم بموجبه الذى هو من صيغ العموم ، لأنه من جملة أفراده(٤)، وقد جاء وقته ، وقد قدمنا الأمثلة فى ذلك بحيث اتضح الحال فيه،وقد عرفت الكلام معه فيما ذكر أن الحكم فيه بالصحة أقوى من الموجب لترتب آثاره عليه مع فساده كالوكالة . فأغنى ذلك عن اعادته . ـ والله أعلم ـ .

---

(١) ساقطة من الأصل ، د ، ش : كما ادعى ، والمثبت من المخطوطتين .
(٢) ش : كان .
(٣) ش : اذ فى الحكم بموجبه .
(٤) د : اقراره ، وهو تحريف .

وقد ظهر بذلك أن حكم الحنفي بموجب التدبير يمنع الشافعي من الحكم بجواز بيعه ، وحكم الشافعي بموجب ‹شراء الدار التى لهاجار يمنع الحنفي من الحكم بالأخذ بالشفعة ، وحكم الشافعي بموجب›[١]الاجارة لايمنع الحنفى من الحكم بعد موت المستأجر بانفساخها ، وحكم الحنفي ، أو المالكي بموجب تعليق طلاق امرأة على التزويج بها لايمنع الشافعي من الحكم بدوام العصمة ، واستمرارها بعد وقوع التزويج بها ، والفرق[٢]بين المسائل ماقدمناه من أن الحكم فى الصورتين الأولتين على الشىء بعد وجوده ، ولهذا صح توجيه الحكم[٣]اليه بعينه ، وفى الصورتين الأخيرتين الحكم[٤]على الشىء قبل [٦٧/ب] وجوده،ولهذا لم يصح توجيه[٥]الحكم فيهما الى ذلك الشىء بعينه كما قدمناه . ولنذكر مثالا آخر فيه توقف . وهو ماإذا وقف إنسان وقفاً وجعل لنفسه التغيير فيه ، والزيادة فيه ، والنقص منه ، وحكم حنفى بموجبه ، ثم وقع منه التغيير . هل للشافعي المبادرة بعد التغيير الى الحكم بابطاله؟ يحتمل أن يكون كالمسألتين الأولتين ، فيمتنع على الشافعى الحكم فيه بالبطلان ، لأن حكم الحنفى بموجبه يتضمن الاذن للواقف فى التغيير،فقد فعل ماهو مأذون له فيه من حاكم شرعى ، فليس لحاكم آخر منعه منه ، ولاالحكم بابطاله لو وقع ، ويحتمل أن يكون كالمسألتين الأخيرتين[٦]، لأن التغيير الى الآن لم يقع،ولايلزم من اذن الحنفى له فى التغيير وقوعه ، فقد يغيره،وقد لايغير[٧]، فلايدخل ذلك تحت الحكم

---

(١) مابين القوسين ساقط من الأصل ، ولعله من باب انتقال النظر ، والمثبت من : د ش .

(٢) ش : فالفرق .

(٣) ش : الحكم فيها الى ذلك الشىء بعينه .

(٤) ساقطة من : د ، ش .

(٥) الأصل ، د : بموجبه ، والمثبت من : ش .

(٦) الأصل ، : الأولتين ، وهو تحريف ، والمثبت من : ش .

(٧) د : فقد تغير وقد لايغير . وهو تصحيف .

بالموجب ، فان الحنفي لو وجه حكمه الآن اليه بعينه ، وقال : حكمت بموجب التغيير ، أو صحته لم يصح ، لأنه حكم على[١] الشيء قبل وقوعه . ـ والله أعلم ـ. وقد يجوز فى الفرق بين الحكم بالصحة، والحكم بالموجب أن الحكم بالصحة متوجه الى نفس العقد صريحاً، والى آثاره تضمناً ، وأن الحكم بالموجب يتوجه الى آثاره صريحاً، والى نفس العقد تضمناً ، فليس أحدهما أقوى من الآخر الا على ماتحققه[٢] من توجه الحكم بالموجب الى صحة العقد، وجميع آثاره صريحا ، فان الصحة من مواجبه[٣]، فيكون الحكم بالموجب حينئذ أقوى مطلقاً لسعته[٤] وتناوله الصحة، وآثارها. ـ والله أعلم[٥].

قال شيخنا الامام ولى الدين : ثم وجدت بعضهم قال ليس الموجب والمقتضى واحداً كما فهمه بعضهم ؛ لأن المقتضى لاانكفاك له، والموجب قد ينفك . فقضية البيع اللازم انتقال الملك فى المبيع للمشتري، وموجبه أن يرد بالعيب[٦] لو وجده ، وقد لايوجد ، وقد يرد به ، وقد لايرد به، فعلى هذا الموجب[٧] أعم من المقتضى ، فتعلق متعلق بهذا الكلام على أن الحكم بالموجب يدخل فيه مالم يوجد ، فقلت : لانسلم هذه التفرقة بل الموجب[٨] أقرب الى عدم الانفكاك ؛ لأن الموجب مفعول أوجب ، والمقتضى مفعول اقتضى أى : طلب ، فالموجب فيه طلب بتأكيد ، فكيف مايكون فيه تأكيد قد ينفك ، ومالاتأكيداً فيه لاينفك! هذا مقتضى اللغة ، والاصطلاح ، فمن

---

(١) ساقطة من الأصل ، والمثبت من : د ، ش .
(٢) جميع النسخ : تحته ، وكذلك احدى نسخ المخطوطتين ، وفى المخطوطة الأخرى : يحبه . ولعل الصواب ماأثبته .
(٣) الأصل : واجبه ، والمثبت من : د ، ش .
(٤) الأصل : لتبعيته ، والمثبت من : د ، ش .
(٥) الى هنا تنتهى احدى نسخ المخطوط .
(٦) الأصل ، ش : البيع ، وهو تحريف ، والمثبت من : د .
(٧) الأصل : الواجب ، والمثبت من : د ، ش .
(٨) د : الواجب .

ادعى خلافه،فعليه بيانه ، وبتقدير تسليم ذلك فلايلزم من كون الموجب ينفك أن يتناول حكم الحاكم به مالم يوجد إنما يتوجه حكم الحاكم الى ماوجد كما قررناه ـ والله أعلم بالصواب ـ.

[٣٦١] فصل فى الحكم بالصحة والحكم بالموجب والثبوت ، وبيان مايجوز للقاضى اثباته ، وتنفيذه ومالايجوز ، وثبوت الملك ، والحيازة ، والقيمة ، ومايقوم مقام ذلك ، وفيه مسائل تتعلق بتصرف الحكام ، والحكم والحبس،والترسيم(١)، وغير ذلك .

[تعريف الحكم الشرعى]

[٣٦٢] فأما الحكم : فقال الشيخ عز الدين بن عبد السلام ـ رحمه الله ـ : الحكم الشرعى الذى يستفيده القاضى بالولاية،هو اظهار حكم الشرع فى الواقعة ممن يجب عليه امضاؤه [٦٨/أ] ، وفيه احتراز من المفتى ، فانه لايجب عليه امضاء الحكم(٢).

وقال امام الحرمين ـ رحمه الله ـ : هو اظهار حكم(٣)الشرع فى الواقعة من مطاع(٤). واعترضه الشيخ عز الدين بن عبد السلام ـ رحمه الله ـ فقال : احترز بقوله من مطاع عن المفتى . قال العلامة الشيخ

---

(١) الترسيم هو : المحافظة على الخصم من جهة القاضى بخلاف الملازمة ، فهى المحافظة على الخصم من قبل خصمه المدعى .
انظر : معجم مقاييس اللغة ١٢٨/٢ ، ترتيب القاموس المحيط ٦٥٩/١ .

(٢) فهو مظهر لاممضى ، ومن ثم كان القيام بحقه أفضل من الافتاء ، لأنه افتاء وزيادة . انظر فتح الرؤوف ٢٨٨/١ .
وانظر قول ابن عبد السلام فى : آداب الحكام ٢٨٦/١ ، عماد الرضا ٢٨/١ .

(٣) ش : الحكم ، وهو خطأ .

(٤) انظر نهاية المطلب فيلم يحتوى على الأجزاء ٢٥،٢٦،٢٧ ، ل:١١٩/ب ، وأيضا آداب الحكام ٢٨٦/١ .