فى المجتهدات كذا ذكر فى فتاوى القاضى ظهير الدين وقال فى الفصول ايضا السلطان اذا قال لرجل جعلتك
قاضيا ليس له ان يستخلف الا اذا اذن له بذلك صريحا او دلالة بان يقول جعلتك قاضى القضاة
لان قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاء تقليدا وعزلا كذا ذكر فى الذخيرة واجاب نجم الدين
النسفى عن بعضهم انه غير صحيح لانه يذكر فيه ان هذا القاضى مقلد من جهة قاضى القضاة ولان
وليس فيه ان قاضى القضاة مأذون بالاستخلاف من جهة السلطان **قوله** بخلاف الامور بإقامة
الجمعة حيث يستخلف متصل بقوله وليس للقاضى ان يستخلف على القضاء قالوا انما يجوز
ان يستخلف المامور بالجمعة غيره وان لم يأذن له الامام بالاستخلاف اذا كان ذكر الغير سمع
الخطبة وان لم يشهد الخطبة لم يجز الاستخلاف لان الخطبة من شرائط افتتاح الجمعة فاذا لم
يستجمع المستخلف شرائطها لم يجز افتتاحها كالاول **قوله** واذا فوض اليه يملكه — افتتاحها
اى اذا فوض الاستخلاف الى القاضى يملك القاضى الاستخلاف نحو ما اذا قال له الامام ول
من شئت ولكن لا يملك القاضى عزله لانه نائب من جهة الامام الا اذا قيل له واستبدل
من شئت فحينئذ يملك عزله **قوله** واذا رفع الى القاضى حكم بعض حكام امضاه
الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان كان قولا لا دليل عليه وهذه من مسائل القدوري
وفى بعض نسخ المختصر او يكون قولا لا دليل عليه والمراد بالحاكم القاضى وبالامضاء التنفيذ
والاصل هنا ما قال الشيخ ابو المعين فى شرح الجامع الكبير فصل مجتهد فيه ينفذ لان الملة
مع اختلافهم اتفقوا ان قضاء القاضى ينفذ فى المجتهدات على من خالف رأيه حسب نفوذه
نفوذه على من وافق رأيه فاذن هذا قضاء انعقد الاجماع على نفوذه وقد روى عن عمر رضى الله عنه
انه كان يقضى بقضايا ثم يقضى فى العامل بخلاف ذلك فقيل ذلك فقال تلك على ما قضينا
وهذا على ما نقضى — ما نقضى — وروى عن على رضى الله عنه لما قدم الكوفة بعد ما انتهت الخلافة اليه قال انى لم اكن
لاحل عقدة عقدها ولا لاعقد عقدة حلها عمر رضى الله عنه اراد به والله اعلم ان ما امضاه — عمر
عمر رضى الله عنه بالاجتهاد لا ينقضها هو ولان الاجتهاد الاول تأيد بالقضاء والاجتهاد الثانى
عرى عما يؤيده ونقض المتأيد المتأكد بالعارى عن ذلك ممتنع فى العقول حتى ان القضاء بخلاف
النص لا ينفذ لكون النص اقوى ولان القول بذلك يؤدى الى ما لا نهاية له وهو فاسد هذا
كله فيما اذا كان قضاء القاضى الاول مما يسوغ فيه الاجتهاد اما اذا كان لا يسوغ فيه الاجتهاد
بان كان جورا او مخالفا للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع فانه لا ينفذه القاضى الثانى
لان الاول قضى بما لا يسوغ فيه الاجتهاد فلم ينفذ قضاؤه كما لو حكم بخلاف النص بغير اجتهاد
والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذى لم يختلف فى تأويله السلف مثل قوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وقد اتفق الناس انه لا يجوز ان يتزوج امرأة الاب ولا
جاريته ولا بطأ واحدة منهما فلو حكم القاضى بجواز نكاح امرأة الاب كان للقاضى الثانى
فسخه وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عامدا لا يصح ويبطله القاضى الثانى لانه يخالف نص
الكتاب قال الله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ونظير خلاف السنة المشهورة
ما اذا قضى القاضى بالقصاص بالقسامة اعنى على المدعى خمسين يمينا اذا وجد قتيل فى
محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة فحلف المدعى على ان فلانا قتله كاذبا لم ان نقتص منه فى قول

الى

١٠
مالك وهو قول الشافعى فى القديم كذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح ادب القاضى وهذا الحكم ليس بصحيح
لمخالفته السنة المشهورة وهو قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر وكذا اذا قضى على المطلقة
الثلاث للزوج الاول قبل دخول الزوج الثانى فالقاضى الثانى يبطله لانه يخالف للسنة المشهورة
وهى حديث العسيلة وقد مر بيان الحديث فى كتاب الطلاق فى فصل فيما تحل به المطلقة ونظير خلاف
الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع ام الولد كان للقاضى الثانى ان ينقضه كذا ذكر الخصاف فى ادب القاضى وذلك
لانه مخالف لاجماع التابعين وذكر الشيخ ابو بكر الرازى ان هذا مذهب محمد فاما مذهب ابى حنيفة
وابى يوسف يجوز قضاؤه ولا يفسخ كذا ذكر الامام الناصحى وقال شمس الائمة السرخسى وهذه
المسئلة تنبنى على ان اجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم ام لا فعند محمد يرفع وعند ابى حنيفة
وابى يوسف لا يرفع هكذا ذكر فى شرح ادب القاضى يعنى ان الصحابة اختلفوا فى جواز بيع امهات
الاولاد وروى عن على انه قال اجتمع رأيى ورأى عمر رضى الله عنهما فى امهات الاولاد انهن لا يبعن
ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن فقال عبيدة السلمانى رأيك فى رأى عمر احب الى من رأيك وحدك
ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضى بجواز البيع خلاف الاجماع فيبطله
الثانى عند محمد وعندهما لما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة كان قضاء القاضى فى فصل مختلف
فيه فلا يفسخه الثانى وقال القاضى ابو زيد فى آخر فصول الاجماع من كتاب التقويم ان محمد بن الحسن
روى عنهم جميعا ان القاضى اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز وذكر عن ابى يوسف فى النوادر انه
لا ينفذ القضاء وكذا لو قضى قاض بمال بقسامة لانه لو ادعى مالا وحلف خمسين يمينا لم يجز له
اخذ المال فان استحقاق المال باليمين لا يجوز اجماعا فينقض قضاؤه ثم ينبغى لك ان المعتبر
من الاختلاف هو اختلاف المتقدمين من الصحابة ومن كان بعدهم لا اختلاف الشافعى ولا اختلاف
مالك لان مالكا والشافعى لم يكونا موجودين فى الصحابة فلم يكن خلافهما معتبرا فلهذا كان للقاضى
الآخر ان يبطل ما قضى به القاضى المالكى او الشافعى برأيه وهذا هو المراد بقوله والمعتبر الاختلاف
فى الصدر الاول **قوله** فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابى حنيفة وان
كان عامدا ففيه روايتان ذكر هذه المسئلة تفريعا على ما تقدم اعلم ان القاضى اذا نسى مذهبه
فقضى بمذهب غيره قال ابو حنيفة ينفذ القضاء وقال لا ينفذ هكذا ذكر الخصاف فى ادب القاضى
الخلاف بينهما ولم يذكر قول محمد وكذلك ذكر الناصحى فى تهذيب ادب القاضى وكذلك ذكر الفقيه
ابو الليث فى آخر ادب القاضى من العيون حيث قال ولو ان قاضيا خوصم اليه فى امر من الامور
مما فيه اختلاف وهو يذهب فى ذلك الى مذهب ونسى مذهبه وقضى بخلافه فان ابا حنيفة قال يمضى
هذا الحكم ولا يرجع عنه وقال ابو يوسف يرد ذلك ويقضى بما كان رأيه فى ذلك فلو ان رجلا قال لامرأته
انت خلية او برية يجعلها ثلاثا فان ابا حنيفة رضى الله عنه قال يمضى هذا القضاء ولا يرجع عنه وقال
ابو يوسف يجعلها واحدة ان لم يكن يرى ثلاثا الى هنا لفظ العيون وذكر القاضى الامام على السغدى
وشمس الائمة السرخسى فى ادب القاضى قول محمد مع ابى يوسف وقالوا فى شرح الجامع الكبير لو قضى
القاضى بشهادة الاعمى والمحدود فى القذف بعدما تاب او قضى بشهادة احد الزوجين مع رجل
لصاحبه ورآه جائزا نفذ قضاؤه لان الخلاف فى جواز القضاء بهذه الحجة لا فى نفاذ القضاء فيكون
قضاء فى محل مجتهد فيه فان من العلماء من يقول بقبول شهادة هؤلاء فينفذ بالاجماع

Copyright © King Saud University

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