قصدًا لاانحصار موجب التعليق فيه وبهم يفترقون في الضمنيات ما لا يغتفرون في القصديات
قال الاشموني هذا ما ظهر لي وقد بان لك ان الحكم بالصحة يستلزم الصحة بالموجب وعكسه
وهذا غالب لا دايم فقد يتجرد كل منهما عن الاخر مثال تجرد الصحة البيع بشرط الخيار فانه
صحيح ولم يترتب عليه اثره فيحكم فيه بالصحة ولا يحكم فيه بالموجب ومثال تجرد الموجب
الخلع والكتابة على نحو خمر فانهما فاسدان ويترتب عليهما اثرهما من البينونة والعتق
ولزوم مهر المثل والقيمة فيحكم فيهما بالموجب دون الصحة وكذا الربا والسرقة ونحوها
يحكم فيه بالموجب دون الصحة ويتوقف الحكم بموجب البيع مثلا كما لو اوصى عنه على ثبوت
ملكه المالك وحيازته واهليته وصحة صيغته في مذهب الحاكم وقال ابن قاسم اخذا من
كلام ابن شهبة والفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب ان الحكم بالموجب يستدعي صحة
الصيغة واهلية التصرف والحكم بالصحة يستدعي ذلك وكون التصرف صادرا في محله
وفايدته في الاثر المختلف فيه فلو وقف على نفسه وحكم بموجبه حاكم كان حكما منه بان
الواقف من اهل التصرف وصيغته وقفه على نفسه صحيحة حتى لا يحكم ببطلانها من يرى
الابطال وليس حكما بصحة وقفه لتوقفه على كونه مالكا لما وقفه حين وقفه ولم يثبت
ذلك ويسن للقاضي اذا اراد الحكم ان يعلم الخصم بان الحكم موجه عليه وله الحكم على ميت
باقراره حيا في احد وجهين رجحه الاذرعي ويستحب للقاضي نسختان بما وقع بين
الخصمين وان لم يطلبا ذلك احداهما تعطى له اي صاحب الحق غير مختومة لينظر فيها
ويعرضها على الشهود لئلا ينسوا والنسخة الاخرى تحفظ في ديوان الحكم مختومة على مكتوب
راسها اسم الخصمين ويضعها في حرز له لانه طريق للتذكر وانما تعددت لانها لو كانت
واحدة ودفعها للمحكوم عليه لم يؤمن ضياعها وما يجتمع عند الحاكم يضم بعضه الى بعض
ويكتب عليه محاضر كذا في شهر كذا من سنة كذا واذا احتاج اليه تولى اخذه بنفسه ونظر
اولا الى الختم وعلامته تنبيه ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي الكتاب والسنة
والاجماع والقياس وقد يقتصر على الكتاب والسنة ويقال الاجماع يصدر عن احدهما
والقياس يرد الى احدهما وليس قول الصحابي ان لم ينتشر في الصحابة حجة لانه غير معصوم
عن الخطا لكن يرجح به احد القياسين على الاخر واذا كان ليس بحجة فاختلاف الصحابة في شي
كاختلاف ساير المجتهدين فان انتشر قول الصحابي في الصحابة ووافقوه فاجماع خبر
فحينئذ فلا يجوز له مخالفة الاجماع فان سكتوا فحجة ان انقرضوا والا فلا لاحتمال ان
يكون سكوتهم لامر عرض لهم قال والحق مع احد المجتهدين في الفروع قال صاحب الانوار وفي
الاصول والاخر مخطي ماجور لقصده واذا تقرر ذلك ثم حكم قاض باجتهاده وهو من
اهله وان لم يطلب الخصم ثم بان حكمه خلاف نص الكتاب او السنة المتواترة او الاحاد
او خلاف الاجماع او قياس جلي وهو ما قطع فيه بنفي تاثير الفارق بين الاصل والفرع او
بعد تاثيره كقياس الضرب على التافيف للوالدين في قوله تعالى ولا تقل لهما اف وما فوق
الذرة بها في قوله تعالى فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره وكذا ما قطع فيه بالمساواة وان لم يكن اولى
كقياس الامة على العبد في السراية وغير السمن من المايعات عليه في حكم وقوع الفارة
قال الرافعي وربما خص بعضهم اسم الجلي بما كان الفرع فيه اولى بالحكم من الاصل وسمي ما كان
مساويا واضحا نقضه هو اي لزمه ذلك وان لم يرفع اليه كما صرح به الماوردي والامام

والغزالي



والغزالي وغيرهم فيتتبع احكامه لينقضها ونقضه غيره ايضا وان لم يجز تتبع احكام غيره
في احد وجهين صححه الفارقي وعزاه الماوردي الى جمهور البصريين فاما النقض لمخالفة
الاجماع فبالاجماع والباقي في معناه فقد قال صلى الله عليه وسلم من احدث في امرنا هذا ما
ليس منه فهو رد وكان عمر رضي الله عنه يفاضل بين الاصابع في الدية لتفاوت منافعها
حتى روى له الخبر في التسوية فنقض حكمه رواه الخطابي في المعالم ونقض عمر بن عبد العزيز
رضي الله عنه فيمن رد عبدا بعيب انه يرد معه خراجه فاخبره عروة عن عايشة رضي الله عنها
ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان الخراج بالضمان فرجع وقضى باخذ الخراج من الذي اخذه
رواه الشافعي في مسنده ونقض علي رضي الله عنه قضا شريح في ابني عم احدهما اخ لام بان
المال للاخ متمسكا بقوله واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فقال له علي قال الله تعالى وان
كان رجل يورث كلالة او امراة وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس قال الزركشي
وفي معنى قول المصنف باجتهاده ما اذا كان مقلدا او لي للضرورة او حكم بخلاف نص امامه
مقلدا الوجه ضعيف فانهم جعلوا نص امامه بالنسبة اليه كنص الشارع بالنسبة الى المجتهد
كما قاله في الروضة في الكلام على الفتوى قال وجب نقضه ولا شك في نقض ما صدر من مقلد
غير متبحر بخلاف المعتمد عند اهل المذهب ولو حكم بغير مذهب من قلده لم ينقض بنا على ان
للمقلد تقليد من شا تنبيه صيغة النقض نقضته او فسخته او نحو ذلك كابطلته ولو قال انظر حكم من حكم بغير مذهب مقلده او بغير المعتمد
هذا باطل او ليس بصحيح فوجهان وينبغي ان يكون نقضا وفي تعبيرهم بنقض وانتقض مسامحة اذ المراد
ان الحكم لم يصح من اصله نبه عليه ابن عبد السلام وعلى القاضي اعلام الخصمين بصورة الحال
قال الماوردي ويجب على القاضي ان يسجل بالنقض كما سجل بالحكم ليكون التسجيل الثاني مبطلا
للاول كما صار الثاني ناقضا للحكم الاول فان لم يكن قد سجل بالحكم لم يلزم الاسجال بالنقض وان
كان الاسجال به اولى وقوله لا ان بان خلاف قياس خفي تصريح بمفهوم جلي واراد بالخفي
ما لا يزيل احتمال المفارقة ولا يبعد كقياس الارز على البر في باب الربا بعلة الطعم فلا ينقض الحكم
المخالف له لان الظنون المتعادلة لو نقض بعضها ببعض لما استمر حكم ولشق الامر على الناس
ومشهور عن عمر رضي الله تعالى عنه انه حكم بحرمان الاخ الشقيق في المشركة ثم شرك بعد ذلك ولم ينقض
قضاه الاول وقال ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي ولو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها
بعد اربع سنين ومدة العدة وبنفي خيار المجلس وبنفي بيع العرايا وبمنع القصاص في
القتل بمثقل وبصحة بيع ام الولد ونكاح الشغار ونكاح المتعة وحرمة الرضاع بعد
حولين او نحو ذلك كقتل مسلم بذمي وجريان التوارث بين المسلم والكافر نقض قضاوه
كالقضا باستحسان فاسد وذلك لمخالفة القياس الجلي في جعل المفقود ميتا مطلقا او حيا
كذلك في الاولى والحاكم المخالف جعله فيها ميتا في النكاح دون المال ولمخالفة القياس الجلي
في عصمة النفوس في الرابعة ولظهور الاخبار في خلاف حكمه في البقية وبعدها عن التاويل
الذي عنده وهذا ما عليه الاكثر كما يعلم من كلام الرافعي هنا واقتصر في كتاب امهات
الاولاد على نقله عن الروياني ونسبه عن الاصحاب وصححه ابن الرفعة وجزم به صاحب الانوار
وقيل لا ينقض ذلك وصححه الروياني وكلام الروضة فيما عدا مسالة المفقود يميل اليه
والاستحسان الفاسد ان يستحسن شيا لامر يهجس في النفس او لعادة الناس من غير دليل
او على خلاف الدليل لانه يجزم متابعته اما اذا استحسن الشي لدليل يقوم عليه من كتاب

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