ذلك فلا يعتبر خلاف من خالف الجمهور قوله وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم
جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفائدة رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي يحكم
فيه بين الفقهاء والقاضي الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك امضاه فلم يكن هذه الفائدة في رواية
القدوري ولهذا جمع بين الروايتين وهذا دأبه في مسائله قوله والاصل ان القضاء متى
لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره فقد صح عن عمر رضه لما كثرت اشتغاله قلد القضاء ابا الدرداء رضه
فاختصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضه المقضي عليه فقال عمر رضه ليس
هنا نص والرأي مشترك وروي عن عمر رضه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف
ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي قوله ولان اجتهاد الثاني
كالاول والاول تأيد باتصال القضاء الاول فلا ينقض باجتهاد لم يتأيد به لانه دعوى القضاء
حق الشرع يجب صيانته ومن صيانته ان لا ينقض ولا يعترض عليه قوله فلو قضى في المجتهد
فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحه وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه
النفاذ انه ليس بخطأ بيقين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعمل في حقه بزعمه
وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى وفي الجامع الصغير
اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رحه وعليه
الفتوى وفي الفصول معزيا الى المحيط والذخيرة واذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه وهو
لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوز وانما ينفذ
اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسي رحه هذا هو الظاهر المذهب قوله وما
اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف فقال جمهور الناس اي
اجلهم واكثرهم يعني ان الاجماع ينعقد باجماع اكثر اهل الاجماع على حكم وان كان الاقل منهم
خالفوهم لان العبرة للاكثر هذا بظاهره يخالف ما ذكر في نسخ اصول الفقه ان الاجماع لا ينعقد
لمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع من يخالف قال بعضهم هذا
لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا لما انعقد اجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان
ميتا لان اعتبار قوله لاسلامه للحجة ... لا يبطل بموته كما في التقويم وغيره وهذا نص منهم على
ان الاجماع لا ينعقد اذا كان المخالف حيا وان كان واحدا وذكر شمس الائمة السرخسي رحه في اصول الفقه
وكان الكرخي رحه يقول شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع اكثرهم على شيء
وخالفهم واحد واثنان لم يثبت حكم الاجماع وهذا قول الشافعي رحه لان النبي عليه السلام قال اصحابي
كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم قلنا فلا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ اصول الفقه وبين المذكور
ههنا ووجهه ان المذكور في تلك النسخ فيما يسوغ للمخالف الاجتهاد فيه ولم ينكروا عليه والمذكور ههنا
فيما لم يسوغوا له الاجتهاد وانكروا عليه ويؤيد ذلك ما ذكرنا ما قال شمس الائمة السرخسي في اصول

الفقه

الفقه والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي من ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك
الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة خلاف ابن عباس رضه للصحابة رضهم في زوج و
ابوين وامرأة وابوين ان للام ثلث جميع المال فانهم سوغوا له الاجتهاد وان انكروا عليه قوله
فانه يثبت حكم الاجماع بدون قوله بمنزلة قول ابن عباس رضه في حل التفاضل في اموال الربوا فان
الصحابة رضهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدون قوله قوله
والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول وقال في الذخيرة وانما اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين
والمراد من المتقدمين الصحابة ومن بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين
الشافعي رحه والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي المنتقى يشير الى ان العبرة
لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه الا ترى ان القاضي لو قضى
بابطال طلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان
اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل و
امرأتين ثم دفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق نفاذ قضاء
الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه وانما طريقه ان
القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المرأة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم
يكونا رجلين فرجل وامرأتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ
وانه ورد في باب المداينة الا ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لم يرد نص قاطع في
ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بغير الشهود نفذ
قضاؤه لان المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي لا يشترطان الاعلان لا الشهادة وفي
تحصيل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبرنا حجتهما لان الموضع موضع
اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة قوله
وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحه فمن صور التحريم ما
اذا ادعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت على ذلك شهود زور وقضى القاضي
بالفرقة بينهما وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابي حنيفة رحه وهو قول ابي يوسف
رحه الاول لا يحل للزوج الاول وطيها ظاهرا وباطنا ويحل للزوج الثاني ظاهرا وباطنا ويحل
علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لم يطلقها بان كان الزوج الثاني احد الشاهدين او لم يعلم
بحقيقة الحال بان كان اجنبيا واما على قول ابي يوسف رحه الآخر وهو قول محمد رحه لا يحل للثاني
وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال
يحل له وطيها وهل يحل للاول وطيها على قول ابي يوسف رحه الآخر لا مع انه لم تقع الفرقة عنده
باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحد وقد ذكر شيخ الاسلام رحه ان على قول

Copyright © King Saud University

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