في ذلك الى قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرأة لزوجها ليس لقاض
آخر ان يبطل قضاء الاول بل ينفذه نص عليه الخصاف وذلك لان هذا فصل
مختلف فيه لان الصحابة اختلفوا في حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء والاحاديث
مختلفة فينفذ قضاء الاول فيه بالاجماع ثم يحل للزوج المقام معها بخلاف
ان قضى القاضي بتحريمها والمقضي له يرى حلها نفذ القضاء بالاجماع حتى لا
يحل له المقام معها لان الزوج مقضي عليه فيتبع في القضاء عليه رأي القاضي
وان قضى له بحلها والمقضي له يرى حرمتها هل ينفذ وحاصله ان القضاء اذا كان
بخلاف رأي المقضي له هل ينفذ قال ابو يوسف لا ينفذ وتبع رأي نفسه حتى لا
يحل له المقام معها وقال ابو حنيفة ومحمد ينفذ وتبع رأي القاضي حتى يحل له المقام
معها ذكر هذا الخلاف في النوادر وذكر في استحسان الاصل وفي السير الكبير
اذا طلقها بلفظة الكناية فرفع الى قاض وهو يرى الكناية رواجع وقد قضى
له بالرجعة حل له ان يراجعها وان كان رأيه خلاف ذلك ولم يذكر خلافا فظاهر
الرواية ينفذ من غير خلاف لابي يوسف ان القضي في حق المقضي له فتوى
لانه لا الزام عليه لانه مخير فيه ان شاء راجع وان شاء لم يراجع وبالفتوى لا يصير الحلال
حراما والبائن رجعيا كما لو شهد شاهدان على رجل انه قتل ولي هذا عمدا وقضى
القاضي له بالقود والولي يعرف ان الشهود شهود زور لا يحل له ان يقتله فكذا هذا
لها ان القضاء الزام في حق المقضي له من حيث الاعتقاد لانه الزمه ثبوت اعتقاد
الحل والرجعة فيصير متقضيا عليه في حق الاعتقاد ان لم يكن مقضيا عليه في حق
الاستيفاء ولهذا لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضاء ملزم في حق
الناس كافة بخلاف الفتوى لانه ليس بملزم لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء
انتهى **قوله** فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا الخ ولكن يشترط ان لا يكون
المجتهد فيه مخالفا للكتاب او السنة المشهورة او الاجماع فاذا كان مخالفا لاحدها
يبطله القاضي الثاني لانه وقع باطلا انتهى اتقاني **قوله** لمخالفته الكتاب او السنة
قال الاتقاني رحمه الله ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضي بالقسامة
اعني بحلف المدعي خمسين يمينا اذا وجد قتيل في محلة وكان بينهم عداوة
ظاهرة فحلف المدعي على ان فلانا قتله كان له ان ينقض منه في قول مالك وهو قول
الشافعي في القديم كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح ادب القاضي وهذا الحكم
ليس بصحيح لمخالفته السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة
على المدعي واليمين على من انكر انتهى قال في المحيط والقتيل بقسامة بان وجد قتيل
في محلة بينه وبين اهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولي القتيل رجلين في المحلة
انهما قتلاه وحلف على ذلك عند مالك يقضي القاضي بالقود فهذا القضاء مخالف
للاجماع لان احدا من الصحابة لم يقض بالقود بالقسامة فلا يكون خلاف مالك معتبرا
انتهى **قوله** وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين قال في المحيط لان القضاء بشاهد

ويمين

ويمين مخالف للكتاب وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الاية فالله
تعالى شرع الفصل بالقضاء بشهادة رجلين او رجل وامرأتين فكان القضاء بشاهد
ويمين مخالفا للكتاب والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به لانه مخالف للكتاب ومخالف
الاجماع ايضا فانه لم يقض احد من الصحابة بشاهد ويمين الا مروان بن الحكم وفعله
مما لا يؤخذ به فلا يكون هذا مختلفا فلم يعتبروه وذكر الشيخ ابو بكر الرازي ان هذا مذهب
محمد واما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ كذا ذكر الامام
الناصحي وقال شمس الائمة السرخسي وهذه المسئلة تنبني على ان الاجماع المتاخر
هل يرفع الخلاف المتقدم امر لا فعند محمد يرفع وعند ابي حنيفة وابي يوسف
لا يرفع هكذا ذكره في شرح ادبه القاضي يعني ان الصحابة اختلفوا في جواز بيع امهات
الاولاد وروي عن علي انه قال اجتمع رأيي ورأي عمر في امهات الاولاد ان لا نبيعهن
ثم رأيت بعد ذلك ان نبيعهن فقال عبيدة السلماني رأيك في رأي عمر
احب الي من رأيك وحدك ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان
قضاء القاضي بجواز البيع يخالف الاجماع فيبطله الثاني عند محمد وعندهما لما
لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة باجماع التابعين كما ان قضاء القاضي في فصل
مختلف فيه فلا ينفسخه الثاني وقال القاضي ابو زيد في اخر فصول الاجماع من كتابه
التقويم ان محمد بن الحسن روي عن هم جميعا ان القاضي اذا قضى ببيع ام الولد لم يجز
وذكر عن ابي يوسف في النوادر انه لا ينفذ القضاء انتهى **قوله** او بصحة نكاح
المتعة قال في المحيط لو قضى قاض بمتعة النساء في النكاح الى اجل ثم رفع الى قاض
آخر لم ينفذه لان هذا القضاء مخالف للاجماع فان الصحابة اجمعت على فساده وصح
رجوع ابن عباس عنه وروي عن عائشة انها منسوخة نسخها اية الطلاق والعدل
بالمنسوخ حرام وروي عن ابي يوسف ان القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل
به وهذا في لفظ المتعة بان قال اتمتع بك الى اجل فاما اذا قال تزوجتك الى شهر
عندنا يبطل النكاح وعند زفر يصح ويبطل التوقيت فكان هذا موضع الاجتهاد
انتهى **قوله** او بصحة بيع عبد معتق البعض قال في المحيط لان هذا القضاء
مخالف لاجماع الصحابة فان الصحابة اتفقوا انه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن قد
اختلفوا قال بعضهم يخرج الى العتق بالسعاية واليه ذهب ابو حنيفة وقال بعضهم
يعتق كله واليه ذهب ابو يوسف ومحمد انتهى **قوله** او بجعل المطلقة ثلاثا للاول
قبل ان يدخل بها الثاني اي لانه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة انتهى
غاية **قوله** وبيع ام الولد من هذا القبيل قال الاتقاني وتنظير خلاف الاجماع
ما اذا قضى بجواز بيع ام الولد كان للقاضي الثاني ان ينفذه كذا ذكر الخصاف
في ادبه القاضي وذلك لانه مخالف لاجماع التابعين اختلاف الثاني فيما انتهى
قوله في المتن ظاهرا وباطنا قال الاتقاني والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا ان يثبت
فيما بيننا مثل ثبوت النكاح والنفقة والتقسيم وغيرذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت

Copyright Standing Committee