

الأشباه والنظائر

الكتاب الثاني في قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية .
القاعدة الأولى .

الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

الأصل في ذلك إجماع الصحابة Bهم نقله ابن الصباغ و أن أبا بكر حكم في مسائل خالفه عمر فيها و لم ينقض حكمه و حكم عمر في المشتركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة و قال ذلك على ما قضينا و هذا على ما قضينا و قضى في الجد قضايا مختلفة .
و علته أنه ليس الاجتهاد الثاني بأقوى منا لأول فإنه يؤدي إلى أنه لا يستقر حكم و في ذلك مشقة شديدة فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض و هلم جرا .
و من فروع ذلك :

لو تغير اجتهاده في القبلة عمل بالثاني و لا قضاء حتى صلى أربع ركعات لأربع جهات بالاجتهاد فلا قضاء .

و منها لو اجتهد فظن طهارة أحد الإناءين فاستعمله و ترك الآخر ثم تغير ظنه لا يعمل بالثاني بل يتيمم .

و منها لو شهد الفاسق فردت شهادته فتاب و أعادها لم تقبل لأن قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد كذا ع في التهمة .

و منها لو ألحقه القائف بأحد المتداعيين ثم رجع و ألحقه بالآخر لم يقبل .

و منها لو ألحقه قائف بأحدهما فجاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحق به لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

و منها لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول ط ن كان الثاني أقوى غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف ما لو تيقن الخطأ .

و منها حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها لا ينقض .

و لذلك أمثلة :

منها الحكم بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس و بطلان خيار المجلس و العرايا و منع القصاص في المثل و صحة نكاح الشغار و المتعة و أنه لا قصاص بين الرجل و المرأة في الأطراف و رد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب و جريان التوارث بين المسلم و الكافر و قتل الوالد بالولد و الحر بالعبد و المسلم بالذمي على ما صححه في أصل الروضة في الجميع و إن كان الصواب في الأخير النقض بمخالفته النص الصحيح الصريح .

و منها لو خالع زوجته ثلاثا ثم تزوجها الرابعة بلا محتل لاعتقاده أن الخلع فسخ ثم تغير اجتهداه و هو باق معها بذلك النكاح قال الغزالي : إن حكم حاكم بصحته لم تجب عليه مفارقتها و إن تغير اجتهداه لما يلزم في فراقها من تغير حكم الحاكم في المجتهدين قال : و إن لم يحكم حاكم ففيه تردد و المختار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام على معتقده .

الثاني قالوا و ما كره في حكم الحاكم مبني على أن حكمه ينفذ باطنا و إلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم لأن هذا بالنسبة إلى أخذه في خاصة نفسه و امتناع نقض الحكم في المجتهدين لما تقدم ليظهر أثره في المتنازعين . و على ذلك أيضا نبني ما حكاه ابن أبي الدم في أدب القضاء عن الأصحاب أن الحنفي إذا خلل خمرًا فأتلفها عليه شافعي لا يعتقد طهارتها بالتخليل فترافعا إلى حنفي . و ثبت ذلك عنده بطريقه فقضى على الشافعي بضمانها لزمه ذلك قولا واحدا حتى لو لم يكن للمدعي بينة و طالبه بعد ذلك بأداء ضمانها لم يجز للمدعي عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم و الاعتبار في الحكم باعتقاد القاضي دون اعتقاده و كان هذا مفرع على نفوذ الحكم باطنا و إلا فيسوغ له الحلف و يزيده الخلاف فيما . إذا حكم الحنفي للشافعي بشفعة الجوار هل تحل له ؟ .

تنبيهات .

الأول وقع في فتاوى السبكي أن امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها و ملكها و تصرفها على ذريتها و شرطت النظر لنفسه ثم لولدها و أشهد حاكم شافعي على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور و بثبوت ذلك عنده و بالحكم به و بعده شافعي آخر فأراد حاكم مالكي إبطال هذا الوقف بمقتضى شرطها النظر لنفسها و استمرار يدها عليها و بمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته و أن حكمه بالموجب لا يمنع النقص و أفاته بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعي عن أبي سعيد الهروي في قول الحاكم صح ورود هذا الكتاب علي فقبلته قبول مثله و ألزمت العمل بموجبه أنه ليس بحكم و تصوب الرافعي ذلك .

قال السبكي : و الصواب عندي أنه لا يجوز نقضه : سواء اقتصر على الحكم بالموجب أم لا لأن كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينقض حكمه و أما من خص ذلك في الحكم بالصحة فلا . و ليس هذا اللفظ في شيء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقص أن يأتي الحاكم بلفظ الحكم بالصحة .

قال و لأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار و صحة المقر به في حق المقر فإذا حكم المالكي بطلان الوقف استلزم الحكم بطلان الإقرار و بطلان المقر به في حق المقر .

قال و لأن الاختلاف بين الحكم بالصحة و الموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر و الحكم بموجبه كذلك . قال : و أما ما نقله الرافعي عن الهروي فالضمير في قوله بموجبه عائد على الكتاب و موجب الكتاب صدور ما تضمنه من إقرار أو تصرف أو غير ذلك و قبوله و إلزام العمل به هو أنه ليس بزور و أنه مثبت الحجة غير مردود ثم يتوقف الحكم بها على أمور أخرى . منها عدم معارضة بينة أخرى كما صرح به الهروي في بقية كلامه و غير ذلك و لذلك قال الرافعي الصواب أنه ليس بحكم و نحن نوافق على ذلك في تلك المسألة . أما مسألتنا هذه فالحكم بموجب الإقرار الذي هو مضمون الكتاب و لم يتكلم الرافعي و لا الهروي فيه بشيء فزال التعلق بكلامهما انتهى . الثاني .

معنى قولهم الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد . أي في الماضي و لكن يغير الحكم في المستقبل لانتفاء الترجيح الآن و لهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في القبلية و لا ينقض ما مضى . و في المطلب ما قاله الأصحاب في الخنثى : إذا تعارض البول مع الحيض فلا دلالة تقتضي أنه لو بال من فرج الرجل و حكمنا بذكورته ثم حاض في أوانه حكمنا بإشكاله إذ البول يتقدم إمكان الحيض .

قال و ما اقتضاه كلامهم مشكل لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد .

قال الأسنوي : و الجواب عنه أن النقض الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية و نحن لا نتعرض لها و إنما غيرنا الحكم لانتفاء المرجح الآن و صار كالمجتهد في القبلية و غيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر فإنه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل و لا ينقض ما مضى .

الثالث .

استثنى من القاعدة صور .

الأولى : للإمام الحمى و لو أراد من بعده نقضه فله ذلك في الأصل لأنه للمصلحة و قد تتغير .

و منع الإمام الاستثناء و قال ليس مأخذ التجويز هذا و لكن حمى الأول كان للمصلحة و هي المتبع في كل عصر .

الثانية : لو قسم في قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم أو حيفه نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده فنقض القسمة بقول مثله و المشهود به مجتهد فيه مشكل و قد استشكله صاحب المطلب لذلك .

الثالثة : إذا قوم المقومون ثم اطلع على صفة زيادة أو نقص بطل تقويم الأول لكن هذا يشبه نقص الاجتهاد بالنص لا بالاجتهاد .

الرابعة : لو أقام الخارج بينة و حكم له بها و صارت الدار في يده ثم أقام الداخل بينة حكم له بها و نقص الحكم الأول لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد هذا هو الأصح في الرافي .

و قال الهروي : في الإشراف : قال القاضي حسين اشكلت في هذه المسألة منذ نيف و عشرين سنة لما فيها من نقص الاجتهاد بالاجتهاد و تردد جوابي ثم استقر رأي على أنه لا ينقص . فائدة .

قال السبكي : إذا كان للحاكم أهلية الترجيح و رجح قولاً منقولاً بدليل جيد جاز و نفذ حكمه و إن كان مرجوحاً عند أكثر الأصحاب ما لم يخرج عن مذهبه و ليس له أن يحكم بالشاذ الغريب في مذهبه و إن ترجح عنده لأنه كالخارج عن مذهبه فلو حكم بقول خارج عن مذهبه و قد ظهر له رجحانه فإن لم يشترط عليه الإمام في التولية .

التزام مذهب جاز و إن شرط عليه باللفظ أو العرف كقوله على قاعدة من تقدمه و نحو ذلك لم يصح الحكم لأن التولية لم تشمله .

و أفتى ابن عبد السلام : بأن الحاكم المعلوم المذهب إذا حكم بخلاف مذهبه و كان له رتبة الاجتهاد أو وقع الشك فيه فالظاهر أنه لا يحكم بخلاف مذهبه فينقص حكمه . و قال الماوردي : إذا كان الحاكم شافعيًا و أداه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة جاز .

و منع منه بعض أصحابنا لتوجه التهمة إليه و لأن السياسة تقتضي مدافعة استقرار المذاهب و تمييز أهلها .

و منع منه بعض أصحابنا لتوجه التهمة إليه و لأن السياسة تقتضي مدافعة استقرار المذاهب و تمييز أهلها .

و قال ابن صلاح : لا يجوز لأحد أن يحكم في هذا الزمان بغير مذهبه فإن فعل نقص لفقد الاجتهاد في أهل الزمان .

خاتمة .

ينقص قضاء القاضي إذا خالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً جلياً .

قال القرافي : أو خالف القواعد الكلية قال الحنفية : أو كان حكماً لا دليل عليه نقله السبكي في فتاويه .

قال : و ما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص و هو حكم لا دليل عليه سواء كان نصه في الوقف نصاً أو ظاهراً .

قال : و ما خالف المذاهب الأربعة فهو كالمخالف للإجماع .

قال : و إنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه .

و الخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نفا أو شيئاً مما تقدم .

و قد يكون الخطأ في السبب كان يحكم ببينة مزورة ثم تبين خلافه فيكون الخطأ في السبب لا في الحكم .

و قد يكون الخطأ في الطريق كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها .

و في هذه الثلاثة : ينقض الحكم بمعنى أنا تبينا بطلانه فلو لم يتعين الخطأ بل حصل مجرد

التعارض : كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التي ترتب الحكم عليها فلا نقل في المسألة

.

و الذي يترجح : أنه لا ينقض لعدم تبين الخطأ