مدى تغير الفتوى بالقضاء

دراسة مقارنة فى الفقه الإسلامى

دكتـــور

على محمد على الصياد

مدرس الفقه المقارن

بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد النبي الأمي الأمين ، وعلى آله وصحبه والتابعين .

وبعد ،،،

فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله – تعالى – ومن أشرف العبادات ، فلأجله أثبت الله تعالى لآدم – عليه السلام – اسم الخلافة فقال تعالى : ﴿ ... إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ... ﴾ (١) وأثبت ذلك لداود–عليه السلام– فقال تعالى : ﴿ يَادَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ...﴾ (٢) . وبه أمر كل نبي مرسل حتى نبينا المصطفى ﷺ فقال تعالى: ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ... ﴾ (٣) . وقال تعالى : ﴿ وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ...﴾(٤). وهذا لما في القضاء بالحق من إظهار العدل ، ورفع الظلم ، وإنصاف المظلوم من الظالم ، وإيصال الحق إلى المستحقين ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر (٥) .

---

(١) سورة البقرة من الآية ٣٠ .

(٢) سورة ص من الآية ٢٦ .

(٣) سورة المائدة من الآية ٤٤ .

(٤) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(٥) السرخسي : المبسوط ٣٦٣/٦ طبعة دار المعرفة بيروت .

ولا تقل الفتوى أهمية عن القضاء فقد أمر المولى – عز وجل – بسؤال أهل الذكر عند عدم العلم فقال تعالى : ﴿ ... فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (١) .

بل إن القضاء والفتوى إظهار لحكم الشرع وإخبار عنه ، وإن كان في الأول على سبيل الإلزام ، وفي الآخر لا إلزام فيه .

وصفة الإلزام في حكم القاضي وانعدامها في فتوى المفتي جعلت بالإمكان أن يدور بالخلد مدى تأثير الملزم – القضاء – على غير الملزم – الفتوى .

فحكم القاضي وفتوى المفتي قد يتفقان في الواقعة الواحدة ، وقد يختلفان ، فإن كان حكم القاضي مرتبًا على سبب صحيح ، موافقًا لحكم الشرع نصًا أو إجماعًا أو قياسًا ، كانت الفتوى موافقة للقضاء ، وفي هذه الحالة لا مجال لاختلافهما ولا مجال كذلك لتأثر أحدهما أي الفتوى بالآخر وهو القضاء .

أما إذا كان القضاء مشوبًا بالخطأ في الاجتهاد – كأن يحكم القاضي على خلاف النص أو الإجماع أو القياس – أو بالخطأ في السبب – كأن يحكم القاضي بشهادة زور يظن صدقها ، ففي هاتين الحالتين ، تختلف الفتوى عن القضاء . فهل تتأثر الفتوى بالقضاء ؟ أو بمعنى آخر ، هل تتغير الفتوى بحكم القاضي في الواقعة محل الحكم ، بحيث لا يجوز للمفتى أن يفتي بخلاف حكم القاضي ؟ أم أن هذا جائز ؟

كذلك فإن الخصومة المطروحة أمام القاضي قد تكون في محل اختلاف الفقهاء وفي هذه الحالة يتصور أن تكون الفتوى على خلاف الحكم ،

---

(١) سورة النحل من الآية ٤٣ .

وفي هذه الحالة هل يجوز للمفتي المخالف للقاضي في الرأي أن يفتي في المنازعة محل الحكم على خلافه ، كما كان قبل الحكم ؟ أم أن الحكم يرفع الفتوى المخالفة ؟

كل هذه التساؤلات جالت في خلدي ، فأردت أن أجيب عنها في بحث متواضع وعنونته بـ –مدى تغير الفتوى بالقضاء " دارسة مقارنة في الفقه الإسلامي " ، وقد دعوت الله – عز وجل – أن يوفقني فيه ، وأن يجنبني الزلل وأن يبعد عني الملل . وقمت بإعداد خطة هذا البحث وقد جاءت في ثلاثة فصول وخاتمة .

الفصل الأول : تعريف القضاء والفتوى والتمييز بينهما .

المبحث الأول : تعريف القضاء ومشروعيته .

المبحث الثاني : تعريف الفتوى ومشروعيتها .

المبحث الثالث : التمييز بين القضاء والفتوى .

الفصل الثاني : تصرفات القاضي بغير الحكم .

المبحث الأول : مدى جواز إفتاء القاضي .

المبحث الثاني : تصرفات القاضي بغير الحكم .

الفصل الثالث : مدى تغير الفتوى بحكم القاضي .

المبحث الأول : حكم القاضي المنطوي على خطأ في الاجتهاد ومدى تغير الفتوى به .

المبحث الثاني : حكم القاضي المترتب على خطأ في السبب ومدى تغير الفتوى به .

المبحث الثالث:حكم القاضي في مسائل الاجتهاد ومدى تغير الفتوى به.

الخاتمة : وقد ضمنتها أهم النتائج التي توصلت إليها خلال هذا البحث ثم ذيلت هذا البحث بجريدة الموضوعات .

الفصل الأول

تعريف القضاء والفتوى والتمييز بينهما

المبحث الأول : تعريف القضاء ومشروعيته .

المبحث الثاني : تعريف الفتوى ومشروعيتها .

المبحث الأول

تعريف القضاء ومشروعيته

المطلب الأول : تعريف القضاء .

المطلب الثاني : مشروعية القضاء .

المطلب الأول

تعريف القضاء

القضاء في عرف أهل اللغة : القضاء أصله قضاى لأنه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف همزت . والقضاء مشترك في اللغة ، يطلق على معانٍ عدة منها :

١- قضى بمعنى حكم [١] ومنه قول الله تعالى : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ... ﴾ [٢] . أي أمر وحكم [٣] .

٢- قضى بمعنى فرغ من الشيء [٤] ومنه قوله تعالى : ﴿ ... فَوَكَزَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ... ﴾ [٥] أي قتله وفرغ منه [٦] .

---

(١) الفيروز آبادي : القاموس المحيط ٣٧٨/٤ .

(٢) سورة الإسراء من الآية ٢٣ .

(٣) الجلالين : تفسير الجلالين ٣٦٨/١ ط أولى دار الحديث القاهرة .

(٤) الفيومي : المصباح المنير ٦٩٦/٢ .

(٥) سورة القصص من الآية ١٥ .

(٦) أبو السعود : إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم ٦/٧ دار إحياء التراث العربي بيروت .

٣- قضى بمعنى مات ، ومنه قوله تعالى : ﴿ .. فَمِنْهُمْ مَنْ قَضَى نَحْبَهُ...﴾ (١) أي مات (٢).

٤- قضى بمعنى أدى ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتْ الصَّلَاةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ... ﴾ (٣) . أي فإذا أديتم الصلاة (٤) .

٥- قضى بمعنى خلق (٥) ومنه قوله تعالى:﴿ فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ.. ﴾ (٦) أي خلقهن (٧) .

٦- قضى بمعنى أراد ، ومنه قوله تعالى : ﴿ ... وَإِذَا قَضَى أَمْرًا فَإِنَّمَا يَقُولُ لَهُ كُنْ فَيَكُونُ ﴾ (٨) . والمعنى : وإذا أراد أمرًا(٩).

٧- قضى بمعنى حكم بين المتخاصمين وفصل بين الشيئين . ومن ذلك قولهم : قضى القاضي في الدعوى :أي حكم فيها وفصل بين الخصمين(١٠) .

---

(١) سورة الأحزاب من الآية ٢٣ .

(٢) تفسير أبي السعود ٩٨/٧ .

(٣) سورة الجمعة من الآية ١٠ .

(٤) النسفي : تفسير النسفي ٢٤٦/٤ ، ط دار إحياء الكتب العربية .

(٥) الرازي : مختار الصحاح صـ ٦٥٠ نشر مكتبة لبنان بيروت ١٤١٥ هـ ، والمعجم الوجيز صـ ٥٠٤ .

(٦) سورة فصلت من الآية ١٢ .

(٧) تفسير أبي السعود ٥/٨ .

(٨) سورة البقرة من الآية ١١٧ .

(٩) تفسير الجلالين صـ ٢٣ .

(١٠) لسان العرب ١٨٦/١٥ .

٨- قضى بمعنى قطع ومن ذلك قولهم : قضيت الدين أي : قطعت مطالبة الغريم [١] .

القضاء في عرف الفقهاء :

١- تعريف فقهاء الحنفية : عرف بعض فقهاء الحنفية القضاء بأنه:"فصل الخصومات وقطع المنازعات" [٢].

وبالنظر في هذا التعريف وجد أنه غير مانع لدخول حكم المحكم فيه فإنه يقطع الخصومة ويفصل المنازعة ، كذلك يدخل فيه الصلح لقطعه المنازعة . كما أن هذا التعريف لم يبين الأساس الذي بناءً عليه تفصل الخصومة ، وهو حكم الشرع ؛ ولذا زاد بعض فقهاء الحنفية على التعريف السابق عبارة : " على وجه مخصوص " [٣] .

إلا أن التعريف مع هذه الزيادة يعتبر مشوبًا بالنقص ؛ إذ إنه لم يوضح بما تفصل الخصومة وتقطع المنازعة ، فكان من الأفضل أن يتضمن التعريف بحكم الله تعالى .

٢- عرف بعض المالكية القضاء بأنه : " صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين "[٤].

قوله : صفة حكمية : أي أن القضاء في الشرع معنى حكمي ، وذلك ردًا على من قال إنه : الفصل بين الخصمين ؛ لقصره على الفصل الفعلي ، مع أن القضاء أعم من ذلك ؛ لأن القضاء له معنى يوجب له نفوذ الفصل ،

---

(١) المصباح المنير ٦٩٦/٢، والمعجم الوجيز صـ ٥٠٤ .

(٢) التمرتاشي : تنوير الأبصار بهامش رد المحتار ٤٩٠/٥ .

(٣) ابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار ٤٩٠/٥ .

(٤) الشيخ محمد بن يوسف الكافي : إحكام الأحكام صـ ١٣ .

وإن لم يفصل ، فدل على أن القاضي عرفًا من كان فيه معنى اختص به من غيره شرعًا فصل أو لم يفصل [١] .

توجب لموصوفها : أي لمن اتصف بها وهو القاضي .

نفوذ حكمه الشرعي : أي إمضاءه ، وهو قيد في التعريف خرج به حكم المحكم وولاية الشراطة .

ولو بتعديل أو تجريح الخ : عطف على مقدر أي يوجب نفوذ حكمه الشرعي بكل شيء حكم به ولو كان بتعديل إلخ ليصير التعديل والتجريح متعلق الحكم .

لا في عموم مصالح المسلمين : أي أن حكم القاضي ليس عامًا في جميع مصالح المسلمين وهو قيد في التعريف خرج به الإمامة العظمى ، فالقاضي ليس له قسمة الغنائم وتجهيز الجيوش إلى غير ذلك مما يتعلق بالإمام [٢] .

وقد ورد على هذا التعريف أنه غير مانع لدخول حكم المحكوم فيه ؛ لأن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها ، وما في معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين ، فلا يحكم في النسب والقصاص والطلاق لتعلق الحق في ذلك بغيرهما [٣] .

٣- تعريف فقهاء الشافعية : عرف بعض فقهاء الشافعية [٤] القضاء بأنه : " قطع الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى " .

---

(١) الخرشي : شرح الخرشي ١٣٨/٧ .

(٢) شرح الخرشي والعدوي بهامشه ١٣٨/٧ ، التسولي : البهجة في شرح التحفة ٢٨/١ وما بعدها ط أولى .

(٣) شرح العدوي على الخرشي ١٣٨/٧ .

(٤) الخطيب الشربيني : مغني المحتاج ٣٧٢/٤ .

والناظر في هذا التعريف يجد أنه غير مانع لدخول حكم المحكم فيه مع أنه ليس من أفراد المعرف .

٤- عرف بعض فقهاء الحنابلة القضاء بأنه : " تبيين الحكم الشرعي وفصل الخصومات " [١] .

والناظر في هذا التعريف يجد أنه وإن أظهر أن القضاء لا يثبت الحكم الشرعي وإنما يظهره ويكشف عنه ، إلا أنه مع ذلك تعريف غير مانع لدخول الفتوى في التعريف ، كما أنه يعتبر تعريفًا غير جامع إذ إنه لم يبين صفة الإلزام في حكم القاضي .

٥- تعريف فقهاء الشيعة : عرف بعض فقهاء الشيعة الزيدية والإمامية [٢] القضاء بأنه :"الحكم بين الناس"

والناظر في هذا التعريف يجده مشوبًا بالنقص الذي يجعله غير جامع وغير مانع.

أما أنه غير جامع فلأنه لم يبين صفة الإلزام التي يتصف بها حكم القاضي ، وأما أنه غير مانع فلدخول التحكيم فيه ، وعليه فلا يصلح هذا التعريف للقضاء .

٦- **تعريف فقهاء الإباضية** : عرف بعض فقهاء الإباضية [٣] القضاء بأنه : " صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين " وهذا تعريف المالكية وقد سبق ذكره وشرحه .

---

(١) البهوتي : شرح منتهى الإرادات ٤٥٩/٣ ، وكشاف القناع ٢٨٥/٦ .

(٢) الصنعاني : التاج المذهب ١٨٤/٤ ، الجبعي العاملي : الروضة البهية ١٦١/٣ .

(٣) الشيخ محمد يوسف أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل ١٢/١٣ .

نظرة عامة في التعريفات السابقة :

بالنظر في التعريفات السابقة وجد أن أيًا منها لا يخلو من نقد . فتعريف الحنفية والمالكية والشافعية غير مانع أما بقية التعريفات فغير مانعة وغير جامعة كذلك .

إلا أنه يمكن أن يستنبط تعريف للقضاء من التعريفات السابقة بحيث يكون مانعًا وجامعًا ، فنقول القضاء : " فصل الخصومات وقطع المنازعات بحكم الله تعالى على وجه مخصوص " .

ففصل الخصومة وقطع المنازعة يفهم منه صفة الإلزام التي تميز القضاء عن الفتوى .

بحكم الله تعالى : يبين أساس قطع المنازعة وفصل الخصومة .

على وجه مخصوص : يخرج به الإمام والمحكم ، لأن إلزام الأول إلزام عام ، وإلزام القاضي إلزام خاص ، ولأن الثاني يكون محدودًا بمن يحكم بينهما وهذا بخلاف القضاء .

المطلب الثاني

مشروعية القضاء

لا خلاف بين علماء المسلمين في مشروعية القضاء وقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

١- دليل مشروعية القضاء من الكتاب :

(أ) قال تعالى : ﴿ وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ... ﴾ [١] .

---

(١) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(ب) قال تعالى : ﴿ إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴾ (١) .

(ج)قال تعالى : ﴿ لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ... ﴾ (٢) .

وجه الدلالة من الآيات الكريمات :

أن هذه الآيات وغيرها الكثير تدل دلالة واضحة على مشروعية القضاء في الإسلام ، إذ إن هذه الآيات بين آمرة بالحكم بين الناس بشرع خالقهم ومبينة لمهام الرسل وهي إقامة العدل والحق بين بني البشر (٣) .

٢- دليل مشروعية القضاء من السنة النبوية المشرفة :

(أ) السنة القولية :

١- قال رسول الله ﷺ : " إذا اجتهد أحدكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر " (٤) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن الرسول ﷺ أخبر أن الحاكم – القاضي – له أجران على اجتهاده في حالة أصابته . أجر على الاجتهاد ، وأجر على الإصابة – وله أجر واحد في حالة الخطأ على اجتهاده ، فهو مأجور في الحالتين . وهذا إن دل فإنما يدل على مشروعية القضاء .

---

(١) سورة النساء الآية ١٠٥ .

(٢) سورة الحديد من الآية ٢٥ .

(٣) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن الكريم ٢٢٠٩/٤ ، ١٩٤٥/٣ ، ٦٤٣٠/٩ ط دار الريان للتراث .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في الاعتصام ٢٦٧٦/٦ ، ح (٦٩١٩) دار ابن كثير اليمامة بيروت ط ثالثة .

٢- قال ﷺ لمعاذ بن جبل حينما أرسله إلى اليمن قاضيًا : " بم تحكم يا معاذ " قال : بكتاب الله ، قال : " فإن لم تجد " ، قال : بسنة رسول الله ﷺ ، قال:"فإن لم تجد" ، قال : اجتهد رأيي ، فقال رسول الله ﷺ : " الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله " (١) .

وجه الدلالة من الحديث :

أن رسول الله ﷺ بعث معاذ بن جبل قاضيًا على اليمن ، فلو لم يكن القضاء مشروعًا لما بعثه ، ولما سأله عما يحكم به فدل ذلك على المشروعية.

٣- قال رسول ﷺ : " لا حسد إلا في اثنتين : رجل آتاه الله مالاً فسلطه على هلكته في الحق ، ورجل أتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها"(٢).

٤- قال ﷺ : " المقسطون على منابر من نور يوم القيامة يغبطهم النبيون والشهداء " (٣) .

(ب) السنة الفعلية :

باشر النبي ﷺ القضاء في كثير من الوقائع منها :

١- ما جاء عن أم سلمة – رضي الله عنها – قالت : جاء رجلان يختصمان في مواريث درست ليس بينهما بينة ، فقال رسول الله ﷺ إنكم تختصمون إليّ ، وإنما أنا بشر ولعل بعضكم أن يكون ألحن

---

(١) الحديث أخرجه أبو داود في الأقضية ٣٢٧/٢ ح (٣٥٩٢) دار الفكر ، والترمذي في الأحكام (٦١٦/٣) ح (١٣٢٧) دار إحياء التراث العربي .

(٢) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الزكاة ٥١٠/٢ .

(٣) الحديث أخرجه مسلم في كتاب الإمارة باب فضيلة الإمام العادل ١٤٥٨/٣ .

بحجته من بعض ، فأقضي له بنحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئًا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من نار فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما:حقي لأخي ، فقال رسول الله ﷺ : " وأما إذا فقوما فاذهبا فلتقتسما ثم توخيا [1] الحق ، ثم أستهما [2] ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه " [3] .

٢- ما جاء في البخاري من حديث بنت سهل لما شكت زوجها ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ ، فقال رسول الله ﷺ : " أتردين عليه حديقته " قالت : نعم . فأخذها منها وجلست في أهلها " [4] .

٣- قضى رسول الله ﷺ بالقصاص على الربيع حينما كسرت ثنية جارية [5] .

٣- الدليل من الإجماع :

اجمع المسلمون في كافة الأمصار والأعصار على مشروعية القضاء ولم ينكره أحد [6] .

---

(١) أستهما : اقترعا .

(٢) توخيا : اطلبا واقصدا الحق فيما تصفاقه من القسمة – عون المعبود ٥٠٣/٩ .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود راجع : عون المعبود ٥٠٢/٩ ، ٥٠٣ المكتبة السلفية ، وأخرجه الحاكم في المستدرك ٩٥/٤ ، وقال عنه : " صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي " دار الكتب العلمية بيروت أولى ١٤١١ هـ .

(٤) الحديث أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الطلاق باب الخلع ٢٠٢١/٥ ح (٤٩٧١).

(٥) راجع :في هذا البخاري في الحدود ١٣٨/١٢ ح (٦٨٢٤) ومسلم في الحدود ١٣٢٠/٣ ح (١٦٩٩٣) .

(٦) راجع : بدائع الصنائع ٣٠٢/٧ ، القرافي : الذخيرة ٦/٨ وما بعدها ، ومغنى المحتاج ٣٧١/٤ ، ٣٧٢ ، وكشاف القناع ٢٨٦/٦ .

٤- الدليل من المعقول :

إن الحاجة ماسة إلى مشروعية القضاء ؛لأن النفس البشرية جبلت على التظالم ، ورفع الظلم واجب شرعي والوسيلة لرفع الظلم هو القضاء ، فكان مشروعًا لمسيس الحاجة إليه (١) .

ولأن القضاء أمر بمعروف ونهي عن المنكر فكان مشروعًا قال تعالى: ﴿... الْآمِرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَالنَّاهُونَ عَنْ الْمُنكَرِ ﴾ (٢) .

نوع المشروعية :

إذا كان القضاء مشروعًا كما سبق فما نوع هذه المشروعية ؟

أجاب الفقهاء على التساؤل السابق بقولهم : إن القضاء فرض على الكفاية فإذا قام به البعض سقط الحرج والإثم عن الباقين وإذا امتنع الجميع أثموا ، وأجبر الحاكم من يصلح له للقيام به .

أما أنه فرض فلقوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ... ﴾ (٣) .

وأما أنه على الكفاية ؛ فلأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر ، وهما على سبيل الكفاية ، ولما فيه من مصالح العباد ومنع التظالم والعناد وفصل الخصومات ورد المنازعات وإقامة الحدود ، وقياسًا على الجهاد (٤) .

---

(١) بدائع الصنائع ٢/٧ ، ومغني المحتاج ٣٧٢/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٥٨/٣ .
(٢) سورة التوبة من الآية ١١٢ .
(٣) سورة النساء من الآية ١٣٥ .
(٤) الكاساني : بدائع الصنائع ٢/٧ ، ومغنى المحتاج ٣٧٣/٤ .

المبحث الثاني

تعريف الفتوى ومشروعيتها

المطلب الأول : تعريف الفتوى .

المطلب الثاني : مشروعية الفتوى .

المطلب الأول

تعريف الفتوى

الفتوى في عرف أهل اللغة :

الفتوى : مصدر بمعنى الإفتاء ، والجمع : الفتاوى بكسر الواو على الأصل وقيل بجواز الفتح للتخفيف .

والفتيا : الفتوى : الجواب عما يشكل من المسائل الشرعية أو القانونية.

وتفاتوا إلى فلان : تحاكموا إليه وارتفعوا إليه في الفتيا .

ويقال : أفتيت فلانًا رؤيا رآها إذا عبرتها له [1] .

والاستفتاء : طلب الجواب عن الأمر المشكل ، ومنه قوله تعالى:﴿...وَلَا تَسْتَفْتِ فِيهِمْ مِنْهُمْ أَحَدًا ﴾ [2] .

وقد يكون الاستفتاء بمعنى مجرد عن سؤال ، ومنه قوله تعالى:﴿فَاسْتَفْتِهِمْ أَهُمْ أَشَدُّ خَلْقًا أَمْ مَنْ خَلَقْنَا... ﴾ [3]. قال المفسرون : أي: اسألهم[4].

---

(١) لسان العرب ١٤٥/١٥ ، والمصباح المنير ٦٣١/٢ ، ٦٣٢ .

(٢) سورة الكهف من الآية ٢٢ .

(٣) سورة الصافات من الآية ١١ .

(٤) تفسير أبي السعود ١٨٦/٧ .

ودار الفتوى : مكان المفتي [1] ، والمفتي : اسم فاعل من أفتى ، فمن أفتى مرة فهو مفت ، وإن كان المفتى في العرف الشرعي يحمل على معنى أخص من ذلك .

والتفاتي : التخاصم [2] .

الفتوى في عرف أهل الفقه :

عرف فقهاء الحنابلة الفتوى بأنها : " تبيين الحكم الشرعي للسائل عنه"[3] .

شرح التعريف :

تبيين : التبيين معناه : التوضيح ، والإظهار ، والتثبت ، يقال : تبين الأمر ،أي : ظهر وأتضح وثبت ، والتبيين : جنس في التعريف يخرج عنه الإخفاء والإبهام .

الحكم : وضع الشيء في موضعه ، وقيل : ماله عاقبة محمودة ، وإضافة الحكم إلى تبيين ، قيد أول في التعريف خرج به تبيين غير الحكم .

الشرعي : صفة للحكم ، والحكم الشرعي : خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على جهة الاقتضاء أو التخيير أو الوضع .

والشرعي قيد ثان في التعريف خرج به تبيين الحكم غير الشرعي .

---

(١) المعجم الوجيز صـ ٤٦٢ .

(٢) المصباح المنير ٦٣١/٢ ، ٦٣٢ .

(٣) الرحيباني : مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٢٣١/٩ ط ثالثة ، شرح منتهى الإرادات ٤٥٦/٣ ، وفي معنى هذا التعريف يراجع الجرجاني : التعريفات صـ ٣٢ طبعة جديدة مدققة مكتبة لبنان .

للسائل عنه : أي لمن سأل عنه وهو المستفتي . وهذا قيد أخير في التعريف خرج به ، الاجتهاد فإنه يتم بمجرد تحصيل الفقيه الحكم في نفسه ، أما الإفتاء فلا يتم إلا بتبليغ الحكم الشرعي للسائل عنه .

المطلب الثاني

مشروعية الفتوى

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية الفتوى ، وقد ثبتت هذه المشروعية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أولاً : الكتاب :

١- قال تعالى:﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنْ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ... ﴾ (١).

٢- قال تعالى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنْ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ... ﴾ (٢) .

٣- قال تعالى : ﴿ يَسْتَفْتُونَكَ قُلْ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ...﴾ (٣) .

٤- قال تعالى : ﴿ ... وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ لَتُبَيِّنُنَّهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْتُمُونَهُ ﴾ (٤) .

٥- قال تعالى :﴿.. فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ (٥).

---

(١) سورة البقرة من الآية ١٨٩ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢١٩ .

(٣) سورة النساء من الآية ١٧٦ .

(٤) سورة آل عمران من الآية ١٨٧ .

(٥) سورة الأنبياء من الآية ٧ ، وسورة النحل من الآية ٤٣ .

وجه الدلالة من الآيات الكريمات :

أن الآيات الثلاثة الأولى صريحة في مشروعية الفتوى ؛ إذ إنها تبين أن بعض أحكام الشرع وتعاليمه جاءت بعد السؤال والاستفتاء ، أما الآية الرابعة فإنها توجب على من علم شيئًا أن يعلمه غيره وتنهي عن كتمان العلم، وأما الآية الخامسة فإنها توجب سؤال أهل العلم [١] ، فثبت من كل ما سبق مشروعية الفتوى بالكتاب العزيز .

ثانيًا : السنة :

١- أن عائشة – رضي الله عنها – سألت رسول الله ﷺ إن قومًا يأتونا باللحم لا ندري أذكر اسم الله عليه أم لا ، فقال : " سموا وكلوا " [٢] .

٢- سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يقاتل شجاعة ، والرجل يقاتل حمية أي غضبًا لقومه ، والرجل يقاتل رياءً : أي ذلك في سبيل الله ، فقال : " من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله " [٣] .

٣- قال ﷺ :"من سئل عن علم ثم كتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار " [٤] .

وجه الدلالة من الأحاديث السابقة :

في الحديثين الأول والثاني : ثبت بعض أحكام الشرع عن طريق السؤال والفتوى وهذا دليل مشروعية الفتوى [٥] ، وفي الحديث الثالث : بين

---

(١) تفسير أبي السعود ٢٠٣/١ ، ٢١٩ ، ٢٦٣/٢ ، وتفسير الجلالين ٩٣/١ .

(٢) الحديث أخرجه البخاري باب من لم يرى الوسواس ٧٢٦/٢ ، دار ابن كثير اليماني بيروت ١٤٠٧ .

(٣) الحديث أخرجه مسلم باب من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا ١٥١٣/٢ ط دار إحياء التراث العربي .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه كتاب العلم باب كراهية منع العلم ٣٢٠/٣ . دار الريان للتراث ١٤٠٨ .

(٥) راجع : ابن القيم : أعلام الموقعين ١٢٦/٤ ، صـ ٢٣٠ ، ٢٣١ .

رسول الله ﷺ عاقبة من يسأل عن شيء من العلم ولم يجب السائل ، فبين أن عاقبته الإلجام بلجام من نار يوم القيامة .

ثالثًا : الإجماع :

لا خلاف بين فقهاء المسلمين في مشروعية الفتوى [1] .

رابعًا : المعقول :

أنه لابد للمسلمين ممن يبين لهم أحكام دينهم وشريعتهم فيما يقع لهم ، ولا يحسن ذلك كل أحد ، فوجب أن يقوم به من لديه القدرة ، وهم العلماء .

نوع مشروعية الفتوى :

الفتوى فرض كفاية إذا قام بها بعض من يصلح لها سقط الإثم والحرج عن الباقين ، وإذا تركها الجميع أثموا جميعًا ، وإن لم يكن في الموضع إلا واحد يصلح لها تعينت عليه .

ودليل أنها فرض كفاية وليست فرض عين : أن الفتوى تقتضي تحصيل علوم جمة ، فلو كلفها كل واحد ؛ لأفضى ذلك إلى تعطيل أعمال الناس ومصالحهم لانصرافهم إلى تحصيل علوم بخصوصها وانصرافهم عن غيرها من العلوم النافعة ، فكانت فرض كفاية ، وقياسًا على القضاء والجهاد[2] .

---

(١) رد المحتار ٤٩٩/٥ ، والذخيرة ١١١/٨ ، ١١٢ ، الرافعي : العزيز شرح الوجيز ٤١٩/١٢ وما بعدها ، وشرح منتهى الإرادات ٤٥٦/٣ ، والتاج المذهب ١٨٥/٤ .

(٢) العزيز شرح الوجيز ٤١٩/١٢ .

المبحث الثالث

التمييز بين القضاء والفتوى

قبل أن أبين أوجه التفرقة بين القضاء والفتوى أود أن أبين أوجه الشبه بينهما .

(١) أوجه الشبه بين القضاء والفتوى :

يتشابه القضاء والفتوى في أمور منها :

١- أن كلاً من القضاء والإفتاء مظهر لحكم الشرع في المسألة المعروضة ، وليس مثبتًا له – على الراجح – فالقاضي يظهر حكم الشرع في الدعوى والمفتي يظهر حكم الشرع في المسألة محل الاستفتاء [١] .

٢- أن كلاً من القاضي والمفتي يجب عليه إظهار حكم الشرع فيما يعرض عليه[٢].

٣- أن كلاً من القضاء والفتوى فرض على الكفاية إن تعدد من يصلح لها وإلا تعينا على الصالح [٣] .

٤- يحرم القضاء والإفتاء بالهوى إجماعًا [٤] .

٥- يحرم على القاضي أن يقضي وعلى المفتي أن يفتي في حالة الغضب والحزن والفرح الشديدين [٥] .

---

(١) الذخيرة ١١٢/٨ ، والبهجة شرح التحفة ٣٤/١ ، ومغني المحتاج ٣٧٢/٤ .
(٢) الذخيرة ١١٢/٨ ، والمغني ٣٧٢/٤ ، وكشاف القناع ٢٨٥/٦ .
(٣) العزيز شرح الوجيز ٤١٩/١٢ ، النووي : روضة الطالبين ٩٨/١١ ط المكتب الإسلامي .
(٤) الإحكام للقرافي صـ ٤٩ ، وكشاف القناع ٢٩٦/٦ ، مطالب أولي النهى ٢٣٢/٩ .
(٥) كشاف القناع ٢٩٩/٦ ، وإعلام الموقعين ١٩٨/٤ .

٦- يتشابه القضاء مع الإفتاء في وحدة الأصول التي يعتمد عليها كل منهما وهي الكتاب العزيز والسنة النبوية المشرفة والإجماع والقياس [١] .

٧- يشترط في كل من القاضي والمفتي أن يكون مسلمًا عاقلاً بالغًا عدلاً على الراجح في الأخير [٢] .

٨- القضاء والإفتاء بالمرجوح خلاف الإجماع [٣] .

(٢) أوجه التفرقة بين القضاء والفتوى :

يفترق القضاء عن الفتوى في أمور منها :

١- أن حكم القاضي ملزم للمتخاصمين ، أما حكم المفتي فليس ملزمًا لمن استفتاه بدليل أنه يجوز له أن يأخذ برأي مفت آخر [٤] .

٢- الفتوى أعم من القضاء ؛ إذ إنه يمكن إجراء الفتوى في كافة المجالات في العبادات والمعاملات والجنايات ، وغير ذلك ، أما القضاء فلا يجري إلا فيما يتصور فيه خصومة ومنازعة لأجل الدنيا كالمعاملات والحدود والقصاص وغير ذلك [٥] .

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٤١٩/١٢ .

(٢) المصدر السابق صـ ٤٢٠ .

(٣) رد المحتار ٥٥٢/٥ ، الإحكام للقرافي صـ ٤٩ ، السيوطي : الأشباه والنظائر صـ ٢٣٦ دار الكتب العلمية بيروت .

(٤) رد المحتار ٤٩٠/٥ ، والذخيرة ١١٢/٨ ، ومغني المحتاج ٣٧٢/٤ ، وكشاف القناع ٢٨٥/٦ .

(٥) الذخيرة ١١٢/٨ ، ١١٣ ، والبهجة ٣٣/١ ، وكشاف القناع ٢٨٥/٦ .

٣- القاضي أقرب إلى السلامة من المفتي ؛ لأن القاضي يتثبت ويتحرى الدقة في الحجج المقدمة له ، أما المفتي فإن من شأنه إصدار ما يرد عليه من ساعته بما حضره من القول [١] .

٤- لا يجوز للقاضي قبول الهدية ، ويجب عليها ردها إن كانت ممن له خصومة بخلاف المفتي [٢] .

٥- القاضي يقضي بالظاهر ، أما المفتي فإنه يفتي بالديانة أي : على الباطن من الأمر ، قال ابن عابدين : " إذا قال رجل للمفتي : قلت لزوجتي أنت طالق قاصدًا الإخبار كاذبًا ، فإن المفتي يفتيه بعدم الوقوع أما القاضي فإنه يحكم عليه بالوقوع [٣] .

٦- حكم القاضي جزئي فلا يتعدى إلى غير المحكوم عليه ، أما الفتوى فإنها شريعة عامة تتعلق بالمستفتي وغيره ، فالقاضي يقضي قضاءً معينًا ، والمفتي يفتي حكمًا عامًا كليًا [٤] .

٧- قضاء القاضي لا يصح لمن لا تقبل شهادته له أو عليه ، كابنه وعدوه بخلاف المفتي فتصح فتواه لهما بل تصح فتواه لنفسه [٥] .

٨- يشترط لصحة القضاء أن يكون بعد دعوى صحيحة ، عند فقهاء الجمهور ، بخلاف الفتوى فلا تحتاج في صحتها إلى دعوى قبلها [٦] .

---

(١) د / حمدي رجب : القضاء والجهاد في الفقه الإسلامي صـ ١٩ ، طبعة ١٤٢٥

(٢) رد المحتار ٥١٢/٥ ، ٥١٣ ، وروضة الطالبين ١١١/١١ .

(٣) رد المحتار ٥٠٥/٥ .

(٤) إعلام الموقعين ١٨٤/٤ ، ١٨٥ .

(٥) رد المحتار ٤٩٩/٥ ، وإعلام الموقعين ١٨٣/٤ .

(٦) رد المحتار ٥٣٩/٥ ، خلافًا للمالكية فإنهم لا يرون هذا الشرط . راجع : شرح الخرشي ١٦٦/٧ .

٩- يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون ذكرًا – على الراجح – بخلاف الإفتاء فيجوز أن يتولاه امرأة [١] .

١٠- يشترط فيمن يتولى القضاء أن يكون حرًا – على الراجح – بخلاف الإفتاء فيجوز أن يتولاه رقيق [٢] .

١١- القاضي يتبع الحجاج التي هي البينة والإقرار ونحوهما ، أما المفتي فإنه يتبع الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع ونحو ذلك [٣] .

١٢- حكم القاضي في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف متى كان غير قابل للنقض – على الراجح – أما فتوى المفتي فلا [٤] .

١٣- القضاء لا يكون إلا بلفظ منطوق ، أما الفتوى فقد تكون باللفظ والفعل كالكتابة والإشارة [٥] .

---

(١) الذخيرة ١٨/٨ ، والمعونة ٤١٤/٢ ، وكشاف القناع ٣٠٠/٦ .

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي صـ ٨٣ ، ٨٤ ، وإعلام الموقعين ١٩١/٤ ، ١٩٢ .

(٣) القرافي : الإحكام صـ ٢٥ ، ٢٦ .

(٤) الذخيرة ١١٣/٨ ، الزركشي : المنثور للقواعد ٦٧/٢ ، وإعلام الموقعين ١٩٢/٤٨ .

(٥) رد المحتار ٤٩٩/٥ .

الفصل الثاني

تصرفات القاضي بغير الحكم

المبحث الأول : مدى جواز إفتاء القاضي .

المبحث الثاني : تصرفات القاضي بغير الحكم .

المبحث الأول

مدى جواز إفتاء القاضي

إذا كانت مهمة القاضي فصل الخصومات وقطع المنازعات بحكم لازم لطرفي الخصومة ، فهل يجوز له الإفتاء أم لا ؟

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء [1] في أن للقاضي أن يفتى في مسائل العبادات ونحوها مما لا مدخل فيه للقضاء كطهارة المياه ، ونجاسة الأعيان ووجوب الجهاد ، وتحريم الإرضاع ، وحل الذبائح ، والأضاحي .

أما غير ذلك مما يدخل فيه القضاء : كالعقود ، والفسوخ ، والأنكحة والجنايات ، وغير ذلك . فقد وقع خلاف بين الفقهاء في جوازه للقاضي ويمكن بيان ذلك في ثلاثة آراء .

الرأي الأول : يرى أصحابه أنه يكره للقاضي أن يفتى فيما يدخله القضاء . ذهب إلى هذا المالكية والشافعية في وجه والحنابلة في رواية ، والحنفية إن كان للمستفتي خصومة أمام القاضي [2] .

---

(١) إعلام الموقعين ١٩٢/٤ .

(٢) شرح الخرشي والعدوي عليه ١٥٠/٧ ، العزيز شرح الوجيز ٤٢٠/١٢ وما بعدها ، إعلام الموقعين لابن القيم ١٩٢/٤ ، وكشاف القناع ٣٢٢/٦ . المبسوط ٨٥/١٦ ، ورد المحتار ٤٩٩/٥ .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أنه لا يكره للقاضي أن يفتى فيما يدخله القضاء . ذهب إلى هذا الشافعية في وجه ، والحنابلة في رواية أخرى ، والحنفية إن لم يكن للمستفتي خصومة أمام القاضي [1] .

الرأي الثالث : يرى أصحابه أن لا يكره للقاضي الإفتاء فيما يدخله القضاء ، لكن إذا أفتى حرم عليه أن يقضي فيما أفتى فيه من مسائل . حتى لو كانت الفتوى قبل توليه القضاء . علم الخصم بالفتوى أم لا . حكم للمستفتى أم له . وذهب إلى هذا الزيدية [2] .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول بالأثر والمعقول .

فمن الأثر : ما روي عن شريح القاضي أنه قال:" أنا أقضي لكم ولا أفتى " [3] فهذا الأثر عن شريح القاضي أقل ما يفيده كراهة إفتاء القاضي.

ومن المعقول : أن فتيا القاضي تصير كالحكم الصادر فيه على الخصم ، ولا يمكنه نقضه وقت المحاكمة ، وقد يتغير اجتهاده وقت الحكم ، أو تظهر له قرائن لم تظهر له عند الإفتاء ، فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد صحته ، وإن حكم بخلافها جعل الخصم يتهمه

---

(١) إعلام الموقعين ١٩٢/٤ ، وكشاف القناع ٣٢٢/٦ ، ورد المحتار ٤٩٩/٥ ، والإحكام للقرافي صـ ٤٩ .

(٢) التاج المذهب ١٩٢/٤ .

(٣) المبسوط ٨٥/١٦ ، وإعلام الموقعين ١٩٢/٤ .

ويشنع عليه بأنه يحكم بخلاف ما يعتقده ويفتى به [١] .

أدله أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصله :

١- أنه لم يزل أمر السلف والخلف على جواز إفتاء القاضي ، بل وتعين الإفتاء عند عدم وجود غيره [٢] .

٢- إن منصب الإفتاء داخل ضمن منصب القضاء عند الجمهور . وعليه فانه يجوز لمن ملك الأكثر – القضاء – أن يملك الأقل الفتيا [٣] .

أدلة أصحاب الرأي الثالث :

استدل أصحاب الرأي الثالث بالمعقول وحاصله :

أن القاضي إذا أفتى في مسألة أصبح كالشاهد فيما يتعلق بها من خصومة ولا يصح للقاضي الشهادة والقضاء [٤] .

المناقشة والترجيح :

يناقش استدلال أصحاب الرأي الثاني في الوجه الأول من المعقول أن أمر السلف والخلف ليس على الجواز بدليل قول القاضي شريح السابق . وفي الوجه الثاني . أن دخول الإفتاء في منصب القضاء لا يعنى جواز إفتاء القاضي بل يعنى وجوب توافر شروط القاضي فيمن يتولى منصب الإفتاء .

---

(١) إعلام الموقعين ١٩٢/٤ .

(٢) المصدر السابق نفس الموضع .

(٣) المصدر السابق نفس الموضع .

(٤) التاج المذهب ١٩٢/٤ .

ويناقش استدلال الرأي الثالث من المعقول : أن فتوى القاضي لا تجعله كالشاهد ؛ لأن الشاهد يخبر القاضي عما شاهده ، أما المفتي فإنه يخبر المستفتي عما وجده من حكم في الدليل فافترقا .

بناء على المناقشة السابقة فإن الذي يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل بكراهة إفتاء القاضي فيما يدخله القضاء لقوة أدلتهم وسلامتها عن المعارضة وتفنيد ما استدل به أصحاب الرأي الثاني والثالث .

على أن الجدير بالملاحظة أن القاضي إذا أفتى فإن فتواه ليست حكما يمنع غيره من القضاء بالحكم على خلاف فتواه فلكل قاضي أن يحكم في محل فتوى غيره من القضاة بما يراه سواء كان موافقًا لفتوى غيره أو مخالفًا [1] .

(١) الإحكام للقرافي صـ ٩٣ ، شرح الخرشي والعدوي عليه ١٦٧/٧ ، وإعلام الموقعين ١٩٢/٤ .

المبحث الثاني

تصرفات القاضي بغير الحكم

تصرفات كثيرة تصدر من القضاة ولا يمكن بحال اعتبار كل هذه التصرفات أحكامًا ، وذلك لورود بعضها بعيدًا عن دائرة الأحكام في كتب الفقهاء .

ومثال ذلك :

ما جاء : في رد المحتار : " كما لو أذنته مكلفة بتزويجها ، فإنه وكيل عنها ففعله ليس بحكم " (١) .

وما جاء في كتاب الإحكام للقرافي : " إثبات الصفات نحو العدالة عند الحاكم أو الجرح أو أهلية الإمام للصلاة أو أهلية الأم للحضانة أو أهلية الوصية ونحو ذلك فجميع إثبات الصفات من هذا النوع ليس حكمًا،ولغيره من الحكام ألا يقبل ذلك" (٢).

وجاء في كشاف القناع : " وإقراره أي القاضي غيره على فعل مختلف فيه كترويج بلِ ولي فعل بحضرته أو بلغه وسكت عنه ليس حكما به ؛ لأن الإقرار هو عدم التعرض وليس حكمًا به "(٣) .

وبناء على ما سبق فإن بعض تصرفات القضاة لا تعتبر أحكامًا ؛ لصعوبة بحث كل ما يصدر من القضاة من تصرفات لتصنيفه إلى ما يعتبر حكمًا وتتغير به الفتوى إن كان هناك محل لذلك ، وما لا يعتبر من الأحكام

---

(١) رد المحتار ٥/٥٦٥ ، ابن نجيم : البحر الرائق ٦/٤٣٠ ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) الإحكام للقرافي صـ ٩١ .

(٣) كشاف القناع ٦/٣٢٢ .

– ولا تتغير به الفتوى – فقد أثرت أن أورد ضابط ما يعتبر حكمًا من تصرفات القاضي وما لا يعتبر كذلك عند كل المذاهب التي تعرضت لهذه المسألة .

ضابط ما يعتبر حكمًا من تصرفات القضاة عند فقهاء المالكية .

يؤخذ من كتب المالكية [1] أن تصرف القضاة يعتبر حكمًا إذا استجمعت فيه الشروط الآتي ذكرها :

١- أن يستفيده القاضي بولاية القضاء .

٢- أن يحتاج إلى نظر واجتهاد .

٣- أن يكون في محل مختلف فيه .

بناء على ما سبق فكل تصرف يملكه القاضي بغير ولاية القضاء لا يعتبر حكمًا ومثال ذلك :

فتواه في العبادات . فهذه الفتاوى يملكها القاضي سواء ولي القضاء أم لا ما دام كان مجتهدًا ، وكذا بيعه وشراؤه لنفسه ، ولمن له عليه ولاية شرعية . فكل هذه التصرفات لا تعتبر أحكامًا .

كذلك لابد أن يحتاج التصرف الصادر من القاضي والذي يعتبر حكمًا إلى نظر واجتهاد .

فإن كان تصرفه لا يحتاج إلى نظر واجتهاد ، فلا يعتبر حكمًا . ومثال ذلك : إثبات أسباب الأحكام الشرعية ،كالزوال ، ورؤية الهلال في رمضان وشوال مما يترتب عليه وجوب الصلاة ، أو الصوم ، أو وجوب الفطر . فجميع إثبات ذلك ليس بحكم لأنه لا يحتاج إلى نظر واجتهاد ، كذلك تنفيذات

---

(١) الإحكام للقرافي صـ ٩١ وما بعدها .

الأحكام عند الحكام فيما تقدم الحكم فيه من غير المنفذ ، كأن يقول : ثبت عندي أنه ثبت عن فلان القاضي كذا وكذا . فهذا ليس بحكم ؛ لأنه لا يحتاج إلى نظر واجتهاد .

كذلك يشترط فيما يعتبر حكمًا من تصرفات القضاة أن يكون قد صدر في محل مختلف فيه ، فإن كان في محل مجمع عليه لم يكن حكمًا ، وإنما كان مجرد تنفيذ لأمر مجمع عليه . ومثال ذلك : إثبات الصفات الممكنة من التصرف في الأقوال . كالترشيد في الصبيان والبنات . أو إثبات الصفات المزيلة للمكنة من التصرف . كضرب الحجر على غير البالغين ، كذلك تعيين مقدار من التعزير – فهذا التعيين ليس بحكم ، وذلك لأن الناس مجمعون على ضرب الحجر على غير البالغ ، كذلك على تعزير من ارتكب جريمة ليس فيها حد ولا كفارة . وهذا بخلاف ما لو عين القاضي القتل في محارب لم يقتل لعظم رأيه فهذه مسألة خلاف . فالشافعية يمنعون ذلك . ولا يجوز عندهم قتل المحارب إلا إذا قتل . فإن عين القاضي قتل المحارب الذي لم يقتل . كان حكمًا لأنه استفاده من ولاية القضاء ، واحتاج ذلك إلى نظر واجتهاد ، وكان في محل مختلف فيه [1].

ضابط ما يعتبر حكمًا من تصرفات القضاة عند فقهاء الحنفية .

ذهب فقهاء الحنفية إلى أن ما صدر من القاضي من تصرفات محلاً وموضعًا للحكم مسبوقًا بدعوى فهو حكم .

وبناء على ذلك قالوا : إن تزويج القاضي الصغار الذين لا ولي لهم ، وشراؤه وبيعه مال اليتيم ، وقسمة العقار كل هذه التصرفات أحكام . متى كانت مسبوقة بدعوى أمام القاضي .

---

(١) الإحكام للقرافي صـ ٩١ وما بعدها .

فإن كان تصرف القاضي ليس محلاً للحكم فليس بحكم ومثال ذلك ، تزويج القاضي اليتيمة من ابنه ؛ فإنه لم يجز لا لكون هذا التصرف حكمًا ، وإنما لاعتبار القاضي وكيلاً ، ولا يجوز للوكيل بالنكاح أن يزوج الموكلة من ابنه .

كذلك لابد أن يكون تصرف القاضي مسبوقًا بدعوى . فإن لم يكن مسبوقًا بدعوى كان إفتاءً وليس حكمًا . فإن حكم قاض شافعي بموجب بيع عقار لا يكون حكمًا بأن لا شفعه للجار ، لعدم حادثة الشفعة وقت الحكم . أو لعدم تقدم دعوى بخصوص الشفعة [1] .

ضابط ما يعتبر حكمًا من تصرفات القضاة عند فقهاء الحنابلة .

ذهب فقهاء الحنابلة إلى أن كل تصرف للقاضي يستفيده بطريقة ولاية الحكم ويحتاج إلى نظر واجتهاد يعتبر حكمًا . وكل تصرف لم يستفده القاضي بولاية الحكم أو كان لا يحتاج إلى نظر واجتهاد فليس بحكم عند الحنابلة [2] .

نظرة عامة في ضوابط ما يعتبر حكمًا من تصرفات القضاة :

الواضح أن الحنفية والمالكية والحنابلة متفقون على أن التصرف الصادر من القاضي لا يعتبر حكمًا إذا كان يملكه بغير ولاية القضاة . فكل تصرف ثابت للقاضي قبل أن ينصب القضاء لا يعتبر حكمًا .

كما أن المالكية والحنابلة متفقون على كون تصرف القاضي المعتبر حكمًا محتاج إلى نظر واجتهاد وهذا مقتضى كلام الحنفية ، لأن محل الحكم يحتاج إلى النظر من القاضي . كذلك أتضح أن المالكية تفردوا بشرط ، كون

---

(١) رد المحتار ٥٦٨/٥ ، ٥٦٩ ، والبحر الرائق ٤٣٠/٦ ، ٤٣١ .

(٢) كشاف القناع ٣٢٢/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٧٤/٣ .

تصرف القاضي صادرًا في محل مختلف فيه وهذا لم ينص عليه الحنفية والحنابلة .

كما أن فقهاء الحنفية تفردوا بسبق التصرف بدعوى لاعتباره حكمًا .

الواقع أن ضابط المالكية هو الراجح في نظري بعد إضافة شرط من شروط ضابط الحنفية وهو كون التصرف مسبوقًا بدعوى .

وعليه فكل تصرف صدر من القاضي ، بناءً على ولاية القضاء ، واحتاج إلى نظر واجتهاد ، وكان في محل مختلف فيه ، وسبق بدعوى أمام القاضي فهو حكم ، قد تتغير الفتوى به ، أما التصرف الصادر من القضاة ولم يستجمع هذه الشروط فهو فتوى .

الفصل الثالث

مدى تغير الفتوى بالقضاء

المبحث الأول : حكم القاضي المنطوي على خطأ في الاجتهاد ومدى تغير الفتوى به .

المبحث الثاني : حكم القاضي المترتب على خطأ في السبب ومدى تغير الفتوى به .

المبحث الثالث : حكم القاضي في مسائل الاجتهاد ومدى تغير الفتوى به .

المبحث الأول

حكم القاضي المنطوي على خطأ في الاجتهاد ومدى تغير الفتوى به

إذا كان الحكم الصادر من القاضي منطويا على خطأ في اجتهاد القاضي كأن كان القاضي قد حكم باجتهاد خاطئ ، فإما أن يكون هذا الخطأ متمثلاً في مخالفة الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس أو مخالفة نص الإمام إذا كان القاضي مقلدًا .

لبيان ذلك تفصيلاً . فإنه ينبغي بيان حكم قضاء القاضي المخالف لذلك من حيث الصحة والبطلان ، ثم بيان مدى تغير الفتوى بهذا الحكم ، وذلك في أربعة مطالب على التوالي :

المطلب الأول : حكم قضاء القاضي المخالف للنص أو الإجماع من حيث الصحة والبطلان

المطلب الثاني : مدى تغير الفتوى بقضاء القاضي المخالف للنص والإجماع.

المطلب الثالث : حكم قضاء القاضي المخالف للقياس الجلي .

المطلب الرابع : حكم قضاء القاضي المخالف لمذهبه أو مذهب إمامه .

المطلب الأول

حكم قضاء القاضي المخالف للنص أو الإجماع من حيث الصحة والبطلان

لا خلاف بين الفقهاء [1] في أن قضاء القاضي المخالف للكتاب أو السنة أو الإجماع ، حكم واجب النقض والإبطال . والمراد بواجب النقض أنه لم يصح من أصله فهو حكم باطل [2] .

دليل ذلك :

استدل عامة الفقهاء على بطلان الحكم المخالف للنص والإجماع بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع .

الأدلة من الكتاب :

(١) قال تعالى : ﴿... فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ ﴾[3].

وقال تعالى : ﴿ وَأَنْ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ... ﴾ [4] .

وقال تعالى : ﴿... وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [5] .

وقال تعالى : ﴿... وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [6].

---

(١) رد المحتار ٤٣٠/٥ وما بعدها ، وفتح القدير ٣٠٠/٧ وما بعدها ، وتبيين الحقائق ١٨٩/٤ وما بعدها ، والذخيرة ١٢٩/٨ وما بعدها ، والإحكام للقرافي صـ ٤٧ ، والفروق ٩٧/٤ وما بعدها ، والأشباه والنظائر للسبكي ٥٠٤/١ دار الكتب العلمية ، والأشباه والنظائر للسيوطي صـ ٢٢٨ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٧٩/١٢ وما بعدها ، وروضة الطالبين ١٤٦/١١ وما بعدها ، والوسيط ٣٠٤/٧ ، ومنتهى الإرادات ٤٧٨/٣ ، وكشاف القناع ٣٢٦/٦ ،والمحلي بالآثار ٤٢٧/٨ منشورات محمد علي بيضون ، والتاج المذهب ٢٠٣/٤ الطباطبائي : المناهل صـ ٧١٠ .

(٢) جاء في مغني المحتاج ٣٩٦/٤ : " وفي تغييرهم بنقص وانتقص مسامحة ، إذ المراد أن الحكم لم يصح من أصله فيه " .

(٣) سورة النساء من الآية ٥٩ .

(٤) سورة المائدة من الآية ٤٩ .

(٥) سورة المائدة من الآية ٤٤ .

(٦) سورة المائدة من الآية ٤٥ .

وقال تعالى : ﴿... وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[1].

وجه الدلالة من الآيات السابقة :

أما الآية الأولى فتأمر برد المنازعة إلى حكم الله وحكم الرسول ﷺ ، فالحكم المخالف لهما حكم باطل . وأما الآية الثانية فقد أمر الحق – تبارك وتعالى – رسوله ﷺ بالحكم بين الناس بما أنزله في كتابة العزيز ، وما نزل يوجب القضاء بحكم الله ورسوله ، وأما الآية الثالثة فقد وصفت من حكم بحكم مخالف لحكم الله بالكفر ، وأما الآية الرابعة فقد وصفته بالظلم ، وأما الآية الخامسة فقد وصفته بالفسق . فعلم مما تقدم أن الحكم المخالف للكتاب والسنة حكم باطل [2] .

الأدلة من السنة :

استدل الفقهاء على بطلان الحكم الصادر من القاضي والمخالف للنص والإجماع بما يأتي:

١– قال ﷺ : " من أدخل في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " [3] .

وجه الدلالة من الحديث :

أخبر النبي ﷺ أن من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو مردود ، والحكم المخالف للكتاب والسنة إدخال في الدين ما ليس منه فهو مردود .

الدليل من الإجماع :

استدلال الفقهاء على بطلان الحكم المخالف للنص والإجماع بالإجماع ،

---

(١) سورة المائدة من الآية ٤٧ .

(٢) تفسير أبي السعود ١٩٣/٢ ، ٤٦/٣ ، ٤٣/٣ ، وتفسير الجلالين ١١٠/١ ، ١٤٥ .

(٣) الحديث : أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأقضية ١٣٤٣/٣ ح (١٧١٨) .

ودعوى الإجماع قائمة على أن عمر بن الخطاب ﷺ . عدل عن اجتهاده في دية الجنين حين أخبره حمل بن مالك أن النبي ﷺ – قضى فيه بغرة عبد أو أمة [1] .

وكان ﷺ لا يورث امرأة من دية زوجها حتى روى له الضحاك بن سفيان أن النبي ﷺ ورث امرأة أشيم الصبابي من دية زوجها فورثها عمر[2].

وكان ﷺ يفاضل بين ديات الأصابع حتى روى له أن النبي ﷺ قال : " وفي كل أصبع مما هنا لك عشر من الإبل " [3] .

وكتب ﷺ إلى أبي موسى الأشعري في عهده إليه : " لا يمنعك قضاء قضيته بالأمس فراجعت فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، أن ترجع إلى الحق، فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل " [4] .

كل هذه الآثار المروية عن عمر ﷺ – لم يظهر لها في الصحابة مخالف فكانت إجماعًا [5] .

فثبت أن كل حكم صدر من القاضي على خلاف نص الكتاب العزيز والسنة النبوية – دون معارض راجح – والإجماع حكم باطل .

---

(١) الحديث : مسلم في القسامة ١٣٠٩/٣ ح (١٦٨١) .

(٢) الحديث : أخرجه أبو داود في الفرائض ١٢٩/٣ ح (٢٩٢٧) ، وابن ماجة في الديات ٨٨٣/٢ ح (٢٦٤٢) ، والترمذي في الفرائض ٤٢٥/٤ ح (٢١١٠) وقال : " حديث حسن صحيح " .

(٣) الحديث : أخرجه الترمذي في الديات بلفظ غريب ١٣/٤ ح (١٣١٩) وقال : " حديث حسن غريب " ، وابن ماجة في الديات بلفظ قريب ٨٨٦/٢ ح (٢٦٥٣) .

(٤) هذا الأثر أخرجه : البيهقي في سننه كتاب آداب القاضي ١١٩/١٠ ح (٢٠١٥٩) ط ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م ، الدار قطني في الأقضية والأحكام ٢٠٧/٤ ح (١٦) .

(٥) الجامع الكبير ١٧٤/١٦ ، والمناهل صـ ٧١١ .

المراد بمخالفة كتاب الله ، مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ... ﴾ (١) فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه . والمراد بالسنة السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً للزوج الأول بمجرد النكاح دون إصابة الزوج الثاني ، فإنه ينقض لمخالفة السنة المشهورة والمراد بالمجمع عليه ما أجتمع عليه الجمهور ، أي جل الناس وأكثرهم (٢) .كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهد فيه فإنه ينقض (٣) .

المطلب الثاني

مدى تغير الفتوى بحكم القاضي المخالف للنص أو الإجماع وتطبيقات ذلك

إذا كان الفقهاء متفقين على أن حكم القاضي المخالف للكتاب أو السنة أو الإجماع حكم باطل ، فإن هذا الحكم لا تتغير به الفتوى ، فيجوز للمفتى أن يفتى على خلاف هذا الحكم ، فإذا كان الحكم بتحريم شئ ، جاز للمفتى أن يفتى بالحل ما دام أن حكمه موافقًا لما في كتاب الله تعالى – أو سنة رسوله – ﷺ – وقد نص الفقهاء على أن حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف . مقيد بما لا ينقض فيه حكم الحاكم أما ما ينقض فيه فلا(٤) .

ومعنى ذلك أن الحكم الذي ينقض لا يرفع خلافا وإنما يبقى الخلاف كما هو وعليه فإن المفتى يفتى على خلاف هذا الحكم .

---

(١) سورة النساء من الآية ٢٢ .

(٢) البابرتي : العناية بهامش فتح القدير ٣٠٥/٧ .

(٣) العناية ٣٠٠/٧ .

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٦٩/٢ .

ومع اتفاق الفقهاء على نقض الحكم المخالف للنص أو للإجماع . وكذلك اتفاقهم على عدم تغير الفتوى بهذا الحكم إلا أنهم اختلفوا في بعض التطبيقات . ومنها :

أولاً : عند الحنفية :

ذهب بعض الحنفية إلى أنه ينقض قضاء القاضي بحل متروك التسمية عمدًا [١]. لأنه مخالف لظاهر قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ... ﴾ [٢] .

والواقع أن هذه المسألة مختلف فيها بين الحنفية من جانب وبعض المالكية والشافعية والإمام أحمد في رواية من جانب آخر [٣] .

فمذهب فقهاء الحنفية إلى عدم حل متروك التسمية عمدًا لظاهر قوله تعالى :﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ... ﴾ [٤] .

وقالوا : إن النهى الوارد في هذه الآية عن أكل ما لم يذكر اسم الله عليه قد ورد مطلقًا ، ومطلق النهى يفيد التحريم . كذلك فإن الله – تعالى – سمى أكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقًا بقوله تعالى : ﴿ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ... ﴾ [٥] ولا فسق إلا بارتكاب المحرم [٦] .

وذهب بعض المالكية وجمهور الشافعية والإمام أحمد إلى أن هذا الاستدلال غير صحيح . لأن البلاغة تقتضي أن قوله تعالى : ﴿وَإِنَّهُ

---

(١) رد المحتار ٥٤٣/٥ ، وفتح القدير والعناية بهامشه ٣٠٠/٧ ، ٣٠١ .
(٢) سورة الأنعام من الآية ١٢١ .
(٣) حاشية الدسوقي ١٠٧/٢ ، ومغنى المحتاج ٢٤٢/٤ ، والمغنى ٣٤/١١ .
(٤) سورة الأنعام من الآية ١٢١ .
(٥) سورة الأنعام من الآية ١٢١ .
(٦) تفسير ابن كثير ١٧٢/٢ ، ١٧٣ ط دار الكتب العلمية بيروت ، وبدائع الصنائع ٦٨/٥ .

لَفِسْقٌ...﴾ [1] ليس معطوفا للتباين التام بين الجملتين ؛ لأن الأولى فعلية إنشائية ، والثانية إسمية خبرية ، ولا يصح أن تكون جوابًا لمكان الواو ، فتعين أن تكون حالية ، فتقيد النهي بحل كون الذبح فسقًا ، والفسق في الذبيحة مفسر في كتاب الله بما أهل لغير الله به [2] . كما جاء في قوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ...﴾[3].فقد أباح الحق تبارك وتعالى المذكاة ، ولم يذكر – عز وجل – التسمية شرطًا لصحة الذكاة [4] وبناء على ما سبق : فإن قول بعض الحنفية بنقض حكم القاضي بحل متروك التسمية عمدًا ليس صحيحًا ، لأن قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ ... ﴾ [5] . اختلف فيه السلف ، وشرط نقض الحكم لمخالفة كتاب الله أن لا يكون قد اختلف فيه السلف ، وبناء عليه فإن الراجح عدم نقض حكم القاضي – الشافعي مثلا ، بحل متروك التسمية لأنها مسألة مختلف فيها بين الفقهاء ، وعليه فإن الراجح أن فتوى الحنفي بعدم حل متروك التسمية عمدًا تتغير في المسألة محل الحكم.

---

(١) سورة الأنعام من الآية ١٢١ .

(٢) مغني المحتاج ٣٤٢/٤ ، ومعنى هذا رد المحتار ٤٥٣/٥ .

(٣) سورة المائدة من الآية ٣ .

(٤) مغني المحتاج ٣٤٢/٤ .

(٥) سورة الأنعام من الآية ١٢١ .

٢- ذهب بعض الحنفية [١] . إلى نقض حكم القاضي فيما لو قضى بشاهد ويمين إذ إن هذا القضاء مخالف لحديث " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " [٢] .

والواقع أن هذه المسألة كسابقتها محل اختلاف الفقهاء فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة [٣] . على جواز قضاء القاضي بشاهد ويمين ، متمسكين بما روى أن رسول الله ﷺ – قضى بشاهد ويمين " [٤] .

والحنفية يرون عدم جواز قضاء القاضي بالشاهد الواحد ويمين صاحب الحق متمسكين بحديث رسول الله ﷺ : " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " .

وعليه فإن ما ذهب إليه بعض الحنفية من نقض حكم القاضي بالشاهد واليمين مرجوح ؛ لأن مخالفة حديث " البينة على المدعى " معارضة بقضاء النبي ﷺ – فالراجح عدم نقض قضاء القاضي بالشاهد واليمين وتغيير الفتوى به في محل الحكم .

ثانيًا : عند المالكية :

١- ذهب جمهور متقدمي المالكية [٥] . إلى نقض حكم القاضي بتوريث العمة والخالة عند انعدام صاحب الفرض والعاصب ؛ لأنه مخالف لقوله

---

(١) راجع : رد المحتار ٥/٥٤٤ ، ٥٤٥ ، وشرح فتح القدير والعناية بهامشه ٧/٣٠١ وما بعدها.

(٢) الحديث : أخرجه البيهقي في السنن الكبرى بلفظ قريب ١٠/٢٥٢ .

(٣) مواهب الجليل ٤/١٨١ ، ١٨٢ ، والخرشي ٧/٢٠١ ، والوسيط في لمذهب ٧/٣٧١، وقليوبي وعميرة ٤/٣٢٥ ، وكشاف القناع ٦/٤٣٤ .

(٤) الحديث : أخرجه مسلم في الأقضية ٣/١٣٣٧ ح (١٧١٢) .

(٥) الذخيرة ٨/١٣٦ ، والإحكام صـ ٦٤ ، وشرح الخرشي والعدوي عليه ٧/١٦٤ .

ﷺ : " ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فهو لأولى رجل ذكر " [1] . وما روى عن رسول الله ﷺ – أنه دعي لجنازة ، فقيل : ترك عمة وخالة ، فقال : اللهم عمة وخالة " ثم قال :" ما أجد لكما في كتاب الله شيئًا " [2] .

والواقع أن جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة [3] ذهب إلى توريث زوى الأرحام عن انعدام صاحب الفرض والعاصب متمسكين بقوله تعالى : ﴿ وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ وَأُوْلُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ... ﴾ [4] وأولوا الأرحام لفظ عام يشمل كل قريب . وقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه قال : " الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وراث من لا وراث له " [5] . وعليه فإن أدلة الجمهور معارضة لأدلة الرأي الأول فالمسألة محل خلاف بين الفقهاء . وما ذهب إليه جمهور قدامى المالكية من نقض حكم القاضي بتوريث أولى الأرحام رأى مرجوح . فلا ينقض هذا الحكم ؛ لأنه حصل في موضع اشتباه الدليل ، وبناء عليه،فإن هذا الحكم لا ينقض بحسب ما أميل إليه وتتغير الفتوى به في محل الحكم.

---

(١) الحديث : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ١١/١٢ ، دار المعرفة بيروت .

(٢) الحديث : أخرجه البيهقي في سننه كتاب الفرائض ٢١٢/٦ ح (١١٩٨٣) ، والدار قطني كتاب الفرائض ٩٩/٤ ح (٨٨) بألفاظ متقاربة .

(٣) تبيين الحقائق ٢٤٢/٦ ، والمبسوط ٢/٢٠ ، ٣ ، ط ثانية وكشاف القناع ٤٥٥/٤ .

(٤) سورة الأنفال من الآية ٧٥ .

(٥) الحديث : أخرجه أحمد في المسند ١٣١/٤ مؤسسة قرطبة القاهرة ، وابن ماجة في سننه كتاب الفرائض٩١٤/٢ ح (٢٧٣٧) ، والترمذي في سننه كتاب الفرائض ٤٢٠/٤ ح (٢١٠٣) ، وقال : " هذا حديث حسن " .

٢- ذهب جمهور المالكية [١] إلى نقض حكم القاضي بالشفقة للجار ؛ لأنه مخالف لحديث : " الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة"[٢] .

إلا أن فقهاء الحنفية [٣] ذهبوا إلى ثبوت الشفعة للجار وتمسكوا بحديث رسول الله ﷺ : " جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحد " [٤] . وحديث رسول الله ﷺ :"الجار أحق بسقبه قيل وما سقبه ؟ قال : شفعته " [٥] .

وبالنظر إلى أدله كل من الفريقين نجد أن الحديث الذي تمسك به المالكية ومن معهم ، قد ورد في موضع اشتباه الدليل ، إذ ظاهر حديثي الحنفية جواز ثبوت الشفعة للجار . وعليه فإن ما ذهب إليه جمهور المالكية من نقض حكم القاضي ثبوت الشفعة للجار مذهب مرجوح والراجح عدم نقض مثل هذا الحكم ؛ لأن هذه المسألة من مسائل الخلاف بين الفقهاء .

---

(١) راجع : الذخيرة ١٣٦/٨، وشرح الخرشي والعدوي عليه ١٦٤/٧، والإحكام صـ ٦٤ ، والبهجة ٤٤/١ .

(٢) الحديث : أخرجه البخاري في الشفعة ٧٨٧/٢ ح (٢١٣٨) .

(٣) راجع : تكملة شرح فتح القدير ٣٧٠/٩ ، ٣٧١ ، ورد المحتار ٥٢٠/٦ وما بعدها .

(٤) الحديث أخرجه الترمذي في الشفعة مرفوعًا ٦٥٢/٣ ح (١٣٧٠) .

(٥) الحديث : أخرجه ابن الجارود في المنتقى ١٦٢/١ وفيه زيادة لأبي نعيم تحقيق عبد الله عمرو البارودي مؤسسة الكتاب بيروت ١٤٠٨هـ / ١٩٨٨م ، المعجم الأوسط للطبراني ١٠٠/٥ ، تحقيق طارق عوض الله وعبد المحسن إبراهيم ط دار الحرمين القاهرة ١٤١٥هـ .

ثالثا : مذهب الشافعية :

١- ذهب بعض الشافعية [١] إلى نقض الحكم الصادر من القاضي الحنفي بعدم حل الجنين بذكاة أمه إذا خرج ميتًا ؛وذلك لمخالفته السنة النبوية في قول رسول الله ﷺ: " ذكاه الجنين ذكاه أمة " [٢] .

إلا أن أبا حنيفة أول هذا الحديث على معنى آخر غير المعنى الذي قصده الشافعية ومن معهم ، ومؤدى هذا التأويل : أن ذكاة الجنين كذكاة أمه ومن ثم يجب تزكيته فلو خرج ميتا لم يحل . ودليل هذا التأويل أنه روى بالنصب في قوله:" ذكاة أمه " وإن كان مرفوعًا فالتشبيه فيه أقوى من الأول كما عرف في علم البيان ، ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين [٣] كما في قول القائل :

وعيناك عيناها وجيدك جيدها سوى أن عظم الساق منك دقيق

وبناء على ما سبق فإن الراجح ما ذهب إليه البعض من الشافعية بعدم نقض الحكم السابق ، لأن الأدلة متقاربة [٤] .

٢- ذهب بعض الشافعية [٥] .إلى نقض الحكم الصادر من القاضي الحنفي بعدم القصاص في القتل بالمثقل ، ووجوب الدية ؛ وذلك لمخالفته ظاهر قوله تعالى :﴿ ... وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي

---

(١) راجع : العزيز شرح الوجيز ٤٨١/١٢ ، وروضة الطالبين ١٥١/١١ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، والأشباه والنظائر للسبكي ٤٠٥/١ .

(٢) الحديث: أخرجه الترمذي في الأطعمة ٧٢/٤ ح ١٤٧٦ ، وأبو داود في الذبائح ١٠٣/٣ ح (٢٨٢٧) .

(٣) الهداية بهامش تكملة فتح القدير والعناية ٤٩٨/٩ ، ورد المحتار ٦١٥/٦ .

(٤) العزيز شرح الوجيز ٤٨١/١٢ .

(٥) الأشباه والنظائر للسبكي ٤٠٥/١ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨١/١٢ .

الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا ﴾ [1] . وظاهر قوله تعالى : ﴿ ... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ... ﴾ [2] . إلا أن أبا حنيفة تمسك بحديث رسول الله ﷺ : " إلا إن دية الخطأ شبه العمد – ما كان بالسوط والعصا – مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها " [3] فقد سمى النبي ﷺ قتيل السوط والعصا . قتيل خطأ العمد وأوجب فيه الدية دون القصاص [4] .

ولأن العمد لا يكون إلا بالمحدد لكونه مطنته ، فالعمد هو القصد .

وإزاء هذا منع البعض الآخر من الشافعية عدم نقض الحكم السابق لكونه صادرًا في مسائل اجتهادية ، والأدلة فيها متقاربة . وهذا هو الراجح في نظري .

رابعاً : مذهب الحنابلة :

١– ذهب الفقهاء الحنابلة [5] إلى نقض حكم القاضي الحنفي الصادر بجعل البائع الذي وجد عين ماله عند من حجر عليه لفلس أسوة الغرماء ؛ وذلك لمخالفته لنص حديث رسول الله – ﷺ – قال " أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به " [6] .

---

(١) سورة الإسراء من الآية ٣٣ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٧٨ .

(٣) الحديث: أخرجه أبو داود في الديات ٥٩٣/٢ ح ٤٥٤٧ ، وابن ماجه في الديات ٨٧٧/٢ ح (٢٦٢٧).

(٤) تكملة فتح القدير والعناية ٢٢٩/١٠ ، ٢٣٠ ، ورد المحتار ٩٣/٧ .

(٥) كشاف القناع ٦ / ٣٢٦ ومنتهى الارادات ٣ / ٤٧٨ .

(٦) الحديث:أخرجه البخاري الاستقراض ٨٤٦/٢ ح (٢٢٧٢)، ومسلم في المساقاة ٣ / ١١٩٣ح (١٥٥٩).

إلا أن فقهاء الحنفية [1] . قالوا : إن الحديث السابق معارض بما روى الخصاف بإسناده أن النبي – ﷺ– قال : " أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه " [2] . والحديث لأول مؤول بما إذا كان المشتري قد قبضه بشرط الخيار للبائع .

وإذا كان ذلك كذلك فالمسألة خلافيه ، والأدلة فيها متقاربة ، فلا ينقض حكم في مثل هذه الحالة .

٢– ذهب فقهاء الحنابلة [3] . إلى نقض حكم القاضي بقتل المسلم بالكافر ، لأن هذا الحكم مخالف لظاهر قوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى...﴾ [4] . فالخطاب للمؤمنين ، فيكون موضوع القصاص إذا كان القتلى من المسلمين وكذلك مخالف لقوله – ﷺ – : " المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، ولا يقتل مؤمن بكافر"[5].

إلا أن الحنفية تمسكوا بظاهر قوله تعالى : ﴿ ... وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفْ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنصُورًا ﴾[6] وظاهر قوله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...﴾[7] . فظاهر هاتين الآيتين يوجب القصاص من القاتل للمقتول بغض النظر عن كونه مسلمًا والمقتول

---

(١) تكملة فتح القدير ٩ / ٢٧٨ ، ٢٧٩ والعناية بالهامش ورد المختار ٦ / ٤٤٦ .

(٢) الحديث:أخرجه أبو داود بلفظ قريب ٢٨٦/٣ تحقيق محمد محي السدين دار الفكر، ومسند أبي عوانة ٣٤٠/٢ دار المعرفة بيروت ، ومسند أحمد ٥٢٥/٢ تحقيق عامر أحمد حيدر ط مؤسسة قرطبة مصر .

(٣) منتهى الإيرادات ٣ / ٤٧٨ .

(٤) سورة البقرة من الآية ١٧٨ .

(٥) الحديث أخرجه أبو داود في الجهاد ٢ / ٨٩ ح (٢٧٥١) وابن ماجة في الديات٨٩٥/٢ ح (٢٦٨٣).

(٦) سورة الإسراء من الآية ٣٣ .

(٧) سورة المائدة من الآية ٤٥ .

كافرًا أو العكس ، وإزاء تقارب هذه الأدلة ، فإن الواضح في نظري عدم نقض الحكم السابق لكون المسألة خلافية .

حكم القاضي المخالف لخبر الواحد :

ذهب الشافعية [١] . والحنابلة [٢] . إلى نقض القاضي المخالف لخبر الواحد وهذا مقتضى كلام المالكية [٣] .

ومثال ذلك إذا حكم قاضٍ بقتل مسلم بكافر فقد نص جمهور الشافعية والحنابلة على نقض مثل هذا الحكم لمخالفة خبر الواحد:" المسلمون تتكافأ دماؤهم"[٤] . وقد سبق هذا .

المطلب الثالث

حكم القاضي المخالف للقياس الجلي [٥] .

إذا حكم القاضي بحكم مخالف للقياس الجلي فقد اختلف الفقهاء في مدى نقض هذا الحكم ويمكن حصر هذا الخلاف في رأيين :

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٤٧٩/١٢ ، والحاوي الكبير ١٧٢/١٦ وما بعدها،ومغني المحتاج ١٩٦/٤ .

(٢) كشاف القناع ٣٢٦/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٧٥/٣ .

(٣) الإحكام للقرافي صـ ٤٦ ، وشرح الخرشي ١٦٤/٧ ، والبهجة ٤٤/١ .

(٤) الحديث سبق تخريجه صـ ٣٩.

(٥) القياس الجلي : القياس الذي يعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث لا يبقى احتمال مفارقتها أو يبعد ذلك ، كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى:﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ ﴾ سورة الإسراء من الآية٢٣ ، وما فوق الذرة في قوله تعالى : ﴿ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴾ الزلزلة الآية ٨ .

الـــرأي الأول : يري أصحابه أن الحكم الصادر من القاضي المخـــالف للقياس الجلي حكم منقوص وهو باطل . ذهب إلى هذا المالكية والشافعية [١].

الرأي الثاني : يري أصحابه أن الحكم الصادر من القاضي المخـــالف للقياس الجلي حكم غير منقوص . ذهب إلى هذا الحنابلة [٢] .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول وحاصله :

أن الحكم المخالف للقياس الجلي كالحكم المخالف للأصل " الـــنص أو الإجماع " وذلك لعدم احتمال مفارقة الفرع الأصلي في القياس الجلي [٣] .

أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصله :

الحكم الصادر من القاضي على خلاف القياس الجلي لا يـــنقض ، لأن من الأحكام الشرعية ما ورد على خلاف القياس ، كالحكم بصحة عقد السلم، فقد ورد على خلاف القياس والقواعد في عدم صحة بيع المعـــدوم وكـــذلك الإجارات والمساقاة ، إلا أن النص ورد بصحة هذه العقود [٤] .

---

(١) الإحكام للقرافي صـــ ٤٦ ، وشرح الخرشي ١٦٤/٧ ، والذخيرة ١٣٦/٨ ، والبهجة ٤٤/١ ،
العزيز ٤٧٩/١٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٦/٤ ،البكري الشافعي: الاعتناء فـــي الفـــرق والاستثناء ١٠٦١/٢ .

(٢) كشاف القناع ٣٢٦/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٧٥/٣ .

(٣) العزيز ٤٧٩/١٢ .

(٤) راجع : شرح منتهى الإرادات ٤٧٩/٣ ، وكشاف القناع ٣٢٦/٦ .

المناقشة والترجيح :

يناقش دليل الرأي الثاني بأن ما ورد على خلاف القياس من أحكام إنما ثبت بنصوص ، فكان هذا النص المثبت للحكم مقدمًا على القياس ، وقد سبق أن بينا أن الفقهاء قالوا بنقض حكم الحاكم المخالف للنص أو الإجماع إذا لم يعارض القواعد والقياس والنص ، فثبوت بعض الأحكام على خلاف القياس ليس دليلا عاما على عدم نقض الحكم المخالف للقياس الجلي ، ومثال نقض الحكم المخالف للقياس الجلي عند المالكية وبعض الشافعية ، الحكم بشهادة الكافر ، فهذا الحكم مخالف للقياس الجلي حيث إن المسلم الفاسق لا تقبل شهادته ، فكان الكافر أولى بالرد منه لأنه أفسق الفساق [1] .

وبناءً على هذه المناقشة فإن الذي يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل بنقض حكم القاضي المخالف للقياس الجلي . لقوة أدلتهم وتفنيد ما استدل به أصحاب الرأي الثاني . وبناءً عليه فإن حكم القاضي المخالف للقياس الجلي لا تتغير به الفتوى وإذا كان ذلك كذلك فإن مقتضى كلام الفقهاء أن حكم القاضي الثابت على خلاف القياس الخفي لا ينقض [2] .

---

(١) راجع : شرح الخرشي ١٦٤/٧ ، ١٦٥ ، وحاشية العدوي عليه نفس الموضع .

(٢) القياس الخفي : هو ما لا يزيل احتمال المفارقة ، ولا يبعده كل البعد كقياس الأرز على البر بعلة الطعم ، راجع : العزيز شرح الوجيز ٤٧٧/١٢ .

المطلب الرابع

حكم قضاء القاضي المخالف لمذهبه أو مذهب إمامه

إذا حكم القاضي بحكم مخالف لمذهبه – إذا كان مجتهداً – أو مذهب إمامه – إذا كان مقلداً – فلا خلاف بين الفقهاء [1] . في عدم صحة هذا الحكم إن كان بالهوى والتشهي . كما انه لا خلاف بينهم في عدم صحة الحكم بما لا يعتقده القاضي .

أما عدا ذلك . فقد حدث خلاف بين الفقهاء في صحة حكم القاضي بخلاف مذهبه أو مذهب إمامه ، ويمكن حصر هذا الخلاف في رأيين :

الرأي الأول : يري أصحابه أنه يجوز للقاضي أن يحكم بغير مذهبه أو مذهب إمامه . ذهب إلى هذا بعض المالكية وهو مذهب الشافعية والحنابلة إذا كان القاضي مجتهدًا [2] .

الرأي الثاني : يري أصحابه أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بغير مذهبه أو مذهب إمامه ذهب إلى هذا الحنفية وبعض المالكية وهو مذهب الشافعية والحنابلة إذا كان القاضي مقلدًا [3] .

---

(١) رد المحتار ٥٥٢/٥ ، والإحكام للقرافي صـ ٢٥ ، والبهجة ٤٤/١ ، وكشاف القناع ٢٩٦/٦.

(٢) جاء في حاشية العدوي على شرح الخرشي ويجوز للإنسان العمل بمذهب غيره ويقدمه على الضعيف في مذهبه ... عن معن بن عيسى فإنه قال : " سمعت مالكًا يقول : إنما أنا بشر أخطئ وأصيب فانظروا في رأيي فإن وافق الكتاب والسنة فخذوه، وما لم يوافقهما فاتركوه " ، وراجع الذخيرة ١٢٤/٨ وما بعدها وجاء في الحاوي الكبير ٢٤/١٦ : " فإن كان شافعيًا فأداه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة جاز " وراجع : كشاف القناع ٢٩٢/٦ : ٣١٥ ، والتاج المذهب ٢٠٤/٤ .

(٣) راجع : شرح فتح القدير ٣٠٤/٧ ، ٣٠٥ ، والعناية بهامشه نفس الموضع ورد المحتار ٥٥١/٥ ، والذخيرة ١٢٤/٨ وما بعدها ، ومغني المحتاج ٣٩٦/٤ ، وكشاف القناع ٣٢٦/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٤٦٥/٣ .

الأدلة

أدلة الرأي الأول : استدل أصحاب الرأي الأول بالمعقول وحاصله فيما إذا كان القاضي مجتهدًا:أن الشرع يوجب عليه الاجتهاد في كل حكم طريقه الاجتهاد ، فإذا قضي في حكم باجتهاد ثم أراد أن يقضي في واقعة مماثلة لزمه إعادة الاجتهاد ، فإن أداه هذا الاجتهاد إلى حكم بخلاف الحكم الأول وجب عليه أن يقضي بهذا الحكم الذي ظهر له بالاجتهاد الثاني . وقد شرك عمر – ﷺ – الأخ الشقيق مع الأخوة لأم ، ولم يشركه في عام . وقال : هذا على ما قضينا وتلك على ما قضينا [1] . أما إذا كان القاضي مقلدًا ، فلـه أن يقلد من شاء متى رآه راجحًا في نظره[2] .

أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصلة :

أن المجتهد إذا حكم بغير مذهبه فإن كان عامدًا فإنه لا يفعله إلا لهوى باطل لا لقصد جميل وهذا باطل . وإذا كان ناسيًا كان الحكم باطلا أيضًا ؛ لأن من قلده القضاء ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره .

وإن كان القاضي مقلدًا ، فإنما ولي القضاء ليحكم بمذهب من يقلده من الفقهاء فلا يملك المخالفة ، وإن خالف كان معزولا بالنسبة لذلك الحكم [3] .

المناقشة والترجيح :

تناقش أدلة أصحاب الرأي الثاني بأن السياسة وإن كانت تقتضي وجوب الحكم من القاضي بمذهبه أو مذهب إمامه حتى لا تتوجه إليه التهمة . إلا أن

---

(١) الحاوي الكبير ٢٤/١٦ ، ٢٥ .

(٢) حاشية العدوي على شرح الخرشي ١٤٠/٧ .

(٣) رد المحتار ٥٥١/٥ ، ٥٥٢ ، وشرح فتح القدير ٣٠٤/٧ ، ومغني المحتاج ٣٩٦/٤.

القاضي المجتهد أمر بالاجتهاد في كل حكم محل للاجتهاد ويحرم عليه أن يقضي بخلاف ما يعتقده وإذا كان مقلدا كان له الحق في تقليد من شاء من الأئمة وخاصة في زماننا هذا الذي خلا عن المجتهد . وبناءً على هذا فإن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل بجواز القضاء بغير مذهب القاضي إذا كان مجتهدا وبغير مذهب إمامه إذا كان مقلدًا . وإن كان ذلك كذلك فإن حكم القاضي بذلك حكم صحيح وتتغير به الفتوى .

المبحث الثاني

حكم القاضي المترتب على خطأ في السبب ومدى تغير الفتوى به

بينت فيما سبق حكم قضاء القاضي المبني على اجتهاد خاطئ ، بأن كان حكم القاضي مخالفًا للنص أو الإجماع أو القياس ، أما الحكم الذي نحن بصدده ، فليس مخالفًا للنص ولا للإجماع ، وإنما بني هذا الحكم على سبب باطل ، يظن القاضي صحته [١] .

مثال ذلك : أن يدعي شخص نكاح امرأة كذبا وهي تنكر ، فيقيم شاهدي زور على هذا النكاح ، ويظن القاضي صدق الشاهدين ، فيحكم بالنكاح [٢] .

أو أن تدعي على زوجها أنه طلقها ثلاثا ، وهو ينكر ، فتقيم بينة زور على الطلاق المبتوت ، ويظن القاضي عدالة الشهود ، فيقضي بالطلاق [٣] .

ففي هذين المثالين ، لا خطأ في اجتهاد القاضي في الحكم ، وإنما الخطأ في سبب الحكم وهو الشهادة ، حيث ظن القاضي عدالة البينة وهي في الحقيقة غير عادلة .

وفي هذين المثالين هل تتغير الفتوى بالقضاء " حكم القاضي " أم لا تتغير الفتوى بالقضاء ؟ أو بمعني آخر هل يترتب على حكم القاضي حل الاستمتاع بين المدعي والمدعى عليها في المثال الأول ، وعدم الحل في المثال الثاني [٤] ؟

---

(١) خرج بذلك ما لو علم القاضي بطلان سبب الحكم ، كأن علم بفسق الشهود ، فالحكم في هذه الحالة باطل بالاتفاق ، تبيين الحقائق ١٩٠/٤ ، ورد المحتار ٥٤٩/٥ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٠٦/١١ ، ٣٠٧ ، والعناية بهامشه ، والذخيرة ١٣٨/٨ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ .

(٣) الفروق للقرافي ٩٩/٤ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ .

(٤) الإحكام للقرافي صـ ٦٤ ، والأشباه والنظائر للسبكي ٤٠٦/١ ، والمنثور في القواعد ٦٨/٢

فإن قلنا يترتب الحل بالحكم في المثال الأول ، وعدمه في المثال الثاني فقد تتغيرت الفتوى بالقضاء ، وإن قلنا عكس ذلك لم تتغير الفتوى بالقضاء .

تحرير محل النزاع :

لا خلاف بين الفقهاء [1] في أن قضاء القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا في الأملاك المرسلة . أو بعبارة أخرى لا خلاف بين الفقهاء في عدم تغير الفتوى بالقضاء فيما يتعلق بالأملاك المرسلة عن تعيين سبب فإذا أدعى أحد على آخر مالا من عين أو عرض أو حيوان أو عقار وأقام على ذلك شاهدي زور ، وحكم القاضي بما ادعاه لعجز المدعى عليه من إقامة بينة أو من تجريح بينة المدعي ، فلا يحل للمدعي التصرف فيما قضى له به على طبق دعواه لعلمه أنه ظالم ، وأن المال لغيره في نفس الأمر [2] .

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في عدم صحة الحكم وعدم تغير الفتوى به إذا كان القاضي يعلم بطلان سبب الحكم ، كأن يعلم كذب الشهود ،كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في عدم تغير الفتوى بالحكم إذا كان المحل غير قابل لحكم القاضي ، فإذا أدعى أنها زوجته وأثبت ذلك بشهادة زور ، فحكم القاضي بها والمدعى يعلم أنها محرمة عليه لكونها أخته من رضاع أو نسب

---

(١) بدائع الصنائع ٤٥٨/٥ ، وشرح فتح القدير ٣٠٧/٧ ، والإحكام للقرافي صـ ٦٤ ، والفروق ٩٩/٤ وما بعدها ، والذخيرة ١٣٨/٨ ، والعزيز وشرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، والمنثور في القواعد ٦٨/٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، وكشاف القناع ٣٥٨/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ ، نيل الأوطار للشوكاني ١٤٨/٩ ، وإحكام الإحكام لابن دقيق العيد ٢٧١/١ .

(٢) راجع : سراج المسالك شرح أسهل المسالك ٢٠٠/٢ .

أو أنها منكوحة الغير ، فلا تتغير الفتوى بهذا الحكم لعدم قابلية المحل لحكم القاضي [1] .

أما عدا ما سبق من العقود والفسوخ .كأن يحكم القاضي بصحة عقد أو يحكم بفسخه بناءً على شهادة زور فقد اختلف الفقهاء في مدى تغير الفتوى بالقضاء ، وكان لهم في هذا الخلاف رأيان :

الرأي الأول : يري أصحابه أن حكم القاضي في العقود أو الفسرخ لا تتغير به الفتوى ، فلا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً . ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية وهو رأي الصاحبين من الحنفية [2] .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن حكم القاضي في العقود والفسوخ تتغير به الفتوى فيحل ما كان حراما ويحرم ما كان حلالا.ذهب إلى هذا الإمام أبو حنيفة [3] .

---

(١) بدائع الصنائع ٤٥٨/٥ ، وفتح القدير ٣٠٧/٧ والذخيرة ١٣٨/٨ ، والعزيز ٤٨٣/١٢، كشاف القناع ٣٥٨/٦ ، نيل الأوطار ١٤٨/٩ .

(٢) الذخيرة ١٣٨/٨ ، والفروق ٩٩/٤ ، والمعونة ٤٢٠/٢ ، وشرح الخرشي ١٦٦/٧ ، والوسيط في المذهب ٣٠٧/٧ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، وروضة الطالبين ١٥٢/١١ وما بعدها ، ومغني المحتاج ٣٩٦/٤ ، ٣٩٧ ، والأشباه والنظائر للسبكي ٤٠٧/١ ، والمنثور في القواعد ٦٨/٢ ، الزنجاني : تخريج الفروع على الأصول مؤسسة الرسالة ٣٧٢/١ وما بعدها ، والمغني لابن قدامة ١٥٤/١٢ ، وكشاف القناع ٣٥٨/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ ، والمحلي بالآثار ٥١٦/٨ ، والإحكام لابن دقيق ٢٧١/١ ، نيل الأوطار ١٤٨/٩ ، والروضة الندية ٢٤٥/٢ ، والدراري المضية ٤١٧/١ .

(٣) شرح فتح القدير ٣٠٦/٧ ، والعناية بهامشه نفس الموضع ورد المحتار ٥٤٩/٥ ، وتبيين الحقائق ١٩٠/٤ .

سبب الخلاف في هذه المسألة : يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفريقين حول الإجابة على السؤال التالي : هل قضاء القاضي مظهر لحكم الله تعالى ، أم أنه مثبت لهذا الحكم ؟ فالجمهور على أنه مظهر؛ لذا قالوا إن الفتوى لا تتغير بحكم القاضي في المسألة محل البحث ، وأبو حنيفة على أنه مثبت ولذا قال بتغير الفتوى بحكم القاضي [1] .

الأدلة

أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول من الكتاب والسنة والمعقول .

(١) الدليل من الكتاب :

قال تعالى : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [2] .

وجه الدلالة من الآية :

أن النهي في الآية موجه إلى أمة محمد – ﷺ – ومضمونه عدم أكل مال الغير بالباطل . ومن قبيل أكل مال الغير بالباطل أن يقضي القاضي للخصم ، وهو يعلم أنه مبطل ، فهذا حرام ، والحرام لا يصير حلالا بقضاء القاضي ؛ لأنه إنما يقضي بالظاهر . وهذا عام في جميع الحقوق والأموال[3].

ب– قال تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ... ﴾[4] .

---

(١) تخريج الفروع على الأصول ٣٧٢/١ .

(٢) سورة البقرة من الآية ١٨٨ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن الكريم ٧١٤/١ ، والروضة الندية ٢٤٥/٢ .

(٤) سورة النساء من الآية ٢٤ .

وجه الدلالة من الآية : أن الحق- ﷻ - حرم المحصنة وهي التي لها زوج إلا أن يملك الكوافر بالسبي ، فلو حكم القاضي بشهادة زور بطلاق المحصنة لحلت لغيره بحكم الحاكم وهذا مخالف للآية فلا يصح [1] .

(٢) الدليل من السنة :

قال ﷺ " إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من مال أخيه فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار " [2] .

وجه الدلالة من الحديث :

أخبر المصطفي - ﷺ - بأن القضاء بما ليس للمدعي قضاء له بقطعة من النار فلو كان القضاء يحل ما كان حراماً ويحرم حلالاً لما كان قضاء بقطعة من النار ، وأما وأنه قضاء بقطعة من النار فلا يحل ما كان حراما ولا يحرم ما كان حلالاً ولا تتغير به الفتوى بل تبقى الفتوى على خلاف هذا الحكم [3] .

---

(١) الجامع لأحكام القرآن ١٦٩٠/٣ ، المعونة ٤٢١/٢ .

(٢) الحديث : أخرجه البخاري في المظالم ٨٦٧/٢ ح (٢٣٢٦) ، ومسلم في الأقضية ١٣٣٧/٣ ح (١٧١٣).

(٣) إحكام الأحكام لابن دقيق العيد ١٦٦/٤ ، بدائع الصنائع ٤٥٨/٥ ، والمعونة ٤٢١/٢، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، والمحلى بالآثار ٥١٦/٨ .

اعتراض :

اعترض على الاستدلال بالحديث السابق ، وفحوى هذا الاعتـــراض : أن هذا الحديث خاص بالأملاك المرسلة ، وقد قلنا : إن الفتوى فيها لا تتغير بحكم الحاكم المترتب على سبب خاطئ [١] .

الدليل من المعقول :

استدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول وحاصله :-

١- أن القضاء إخبار وإظهار للحكم ، والإخبار يتعلق بالمخبر عنه على مـــا هو عليه إن صدقًا فصدق وإن كذبًا فكذب ، فالعلم يتعلق بالعلوم على ما هو به[٢] .

٢- أن حكم القاضي بشهادة الزور لو أباح المحظور وحظر المباح لاســـتوى الصدق والكذب ، والثاني باطل ، فبطل الأول . وتعين نقيضه ، وهو أن حكم الحاكم بشهادة الزور لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالاً [٣] .

٣- أن القاضي لو علم بكذب الشهود لم يجز له الحكم بشهادتهما ، فكذلك إذا حكم جاهلاً بحال الشهود ، والجامع كذب الشهود في كلٍ [٤] .

٤- حكم القاضي في العقود والفسوخ لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً كحكمه في الأملاك المرسلة بجامع عدم صحة السبب في كلٍ [٥] .

---

(١) راجع : الأسمندي : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة الأســـلاف ٣٨٧ مكتبـــة دار التراث القاهرة .

(٢) تخريج الفروع على الأصول ٣٧٣/١ .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ٣٧٣/١ .

(٤) بدائع الصنائع ٤٥٨/٥ ، والمعونة ٤٢١/٢ .

(٥) المعونة ٤٢١/٢ ، ومغني المحتاج ٤٩٧/٤ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ .

أدلة أصحاب الرأي الثاني :-

استدل أصحاب الرأي الثاني بالسنة والأثر والمعقول :

(١) الدليل من السنة :

أن النبي – ﷺ – حين فرق بين هلال بن أمية وزوجته باللعان قال : " إن جاءت به على صفة كيت فهو لشريك "[١] فجاءت به على تلك الصفة ، وتبين الأمر على ما قال هلال وأن الفرقة لم تكن واجبة ، ومع هذا لم يفسخ – ﷺ – تلك الفرقة وأمضاها . وهذا دليل أن حكم الحاكم يقوم مقام الفسخ والعقد [٢] .

مناقشة هذا الاستدلال :

نوقش هذا الاستدلال من قبل أصحاب الرأي الأول فحوى هذه المناقشة: أن الفرقة في اللعان ليست بسبب صدق الزوج أو نفيه ، فلو قامت البينة بصدقه لم تعد إليه ، وإنما كانت الفرقة لكونهما " الزوج والزوجة " وصلا إلى أسوء حال في المعايشة بلا تلاعن ، فلم ير الشرع اجتماعهما بعد ذلك لكون الزوجية مبناها على المودة والرحمة والسكون أو أن الفرقة بسبب اللعان ، كالطلاق [٣] .

---

(١) الحديث : أخرجه مسلم في باب اللعان بلفظ قريب ١١٣٤/٢ ح (١٤٩٦) .

(٢) النووي على صحيح مسلم ١٢٨/١٠ ط ثانية ١٣٩٢ هـ ، فتح القدير ٣٠٧/٧ .

(٣) الفروق ١٠١/٤ ، والذخيرة ١٣٩/٨ ، ١٤٠ ، والتهذيب للبغوي ٢٢٢/٨ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٠/٣ .

(٢) الدليل من الأثر :

ما روى عن عليّ ﷺ أن رجلاً أقام بينة على امرأة أنها زوجته بين يدي عليّ ﷺ ، فقضي عليّ ﷺ بذلك . فقالت المرأة ، إن لم يكن لي منه بد يا أمير المؤمنين فزوجني منه فقال ﷺ شاهداكِ زَوّجاكِ [١] .

وجه الدلالة من هذا الأثر :

أن هذا الأثر يفيد أن قضاء القاضي بشهادة الزور ينعقد به العقد ، فلو لم ينعقد به العقد لما امتنع عليّ ﷺ من العقد على المرأة عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك بتحصينها من الزنا ، وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور ويقاس على العقد الفسخ عن تلك العقد ملك الفسخ [٢] .

مناقشة هذا الاستدلال :

هذه المناقشة على فرض صحة الآثر السابق ، وفحوى هذه المناقشة أن علياﷺ أضاف التزويج للشاهدين لا للحكم ، وامتناعه من العقد لما فيه من الطعن على الشهود ، لا لكونها زوجته عند الله – تعالى – فلم يتعرض – ﷺ– لذلك [٣] .

---

(١) هذا الأثر ذكره ابن حجر في فتح الباري وقال : " لم يثبت عن علي " وجواب هذا أن عليًا لم يطلع على الباطن وإنما حكم بالظاهر ، أما الأخذ في الظاهر مع العلم بمنافاة الباطن له فقبيح فتح الباري بشرح صحيح البخاري ١٧٦/١٣ط دار المعرفة بيروت ، ابن عبد الهادي في كتاب تنقيح تحقيق أحاديث التعليق ٥٣٤/٣ ط دار الكتب العلمية ، فتح القدير ٣٠٧/٧ ، والعناية بهامشه نفس الموضع .

(٢) فتح القدير ٢٥٤/٣ ، والعناية بهامشه نفس الموضع ، وفتح القدير ٣٠٦/٧ ، ٣٠٧ ، والعناية بهامشه نفس الموضع ، ورد المحتار ٥٤٩/٥ ، وتبيين الحقائق ١٩٠/٤ .

(٣) الفروق ١٠٢/٤ ، والذخيرة ١٤٠/٨ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠٠/٣ .

(٣) الدليل من المعقول .

استدل أصحاب هذا الرأي هذا المعقول وحاصله :

أن للقاضي ولاية عامة على الناس في العقود ، ويدل لذلك نفوذ تصرفه بالعقود وبناءً على ذلك فإن القاضي متي أوقع العقد على وجه لو فعله مالك نفذ ، فإنه ينفذ منه [١] .

مناقشة هذا الدليل :

إن الشارع الحكيم إنما جعل الحاكم وكيلاً عن الغائب والوصي والمجنون للضرورة ، وهي عجزهم عن مباشرة تصرفاتهم ، ولا ضرورة فيما نحن فيه ، فالأصل أن يلي كل أحد مصالح نفسه بنفسه ، فلا يترك الأصل عن عدم المعارض ، لأجل تركه عند وجود المعارض [٢] .

١- أن المحكوم عليه لا تجوز له المخالفة ، ويجب عليه التسليم ، فكان حكم القاضي هو حكم الله في حقه ، وإن علم خلاف هذا الحكم . فكذلك غيره قياسًا عليه [٣] .

مناقشة هذا الدليل : ناقش أصحاب الرأي الأول الدليل السابق بأن المحكوم عليه دائمًا إنما حرمت عليه مخالفة حكم القاضي ، لما فيها من مفسدة الطعن على الحاكم وانخرام النظام . أما إذا خالف المحكوم عليه حكم القاضي بحيث لا يطلع عليه أحد فلا حرمة في ذلك [٤] .

---

(١) طريقة الخلاف في الفقه صـ ٣٨٧ وما بعدها .

(٢) الذخيرة ١٤٠/٨ ، والفروق ١٠١/٤ .

(٣) طريقة الخلاف في الفقه صـ ٣٨٢ .

(٤) الذخيرة ١٤٠/٨ ، والفروق ١٠١/٤ ، ابن الشاط : إدرار الشروق بهامش الفروق ، وكشاف القناع ٣٥٨/٦ ، ٣٥٩ .

المناقشة والترجيح :

بعد إيراد الرأيين اللذين قيلا في هذه المسألة ، وما استدل به أصحاب كل رأي فالواضح أن أدلة أصحاب الرأي الأول قد خلت عن المناقشة عدا المناقشة الواردة على استدلال أصحاب الرأي الأول بالسنة ، والرد على هذه المناقشة ، أنه إذا كانت الفتوى لا تتغير بحكم القاضي في الأملاك المرسلة فمن باب أولى العقود والفسوخ . وقد تمكن أصحاب هذا الرأي من تفنيد ما استدل به أصحاب الرأي الثاني .

وعليه فإن الراجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائلون بأن حكم الحاكم المترتب على سبب صحيح في ظن القاضي باطل في الحقيقة والواقع لا تتغير به الفتوى . لقوة أدلته وسلامتها عن المعارض وتفنيد ما استدل به أصحاب الرأي الثاني . وزيادة في الترجيح أقول : إن قاعدة : الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال [1] تؤيد ما ذهب إليه الجمهور، فإن كان حكم القاضي يسبب باطل في الأموال لا تتغير به الفتوى ففي الأبضاع أولى .

وبناءً على الراجح في هذه المسألة : إما أن يحكم القاضي بالحل . وإما أن يحكم بالحرمة ، أو بمعني آخر إما أن يحكم بالعقد أو يحكم بالفسخ .

١- أن يحكم القاضي بالعقد أو بالحل : مثال ذلك : ادعي نكاح امرأة وأقام شاهدي زور على هذا النكاح فحكم القاضي به . فهذا الحكم ينفذ ظاهرا فقط بمعني : أن يثبت فيما بيننا . مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك . ولا ينفذ باطناً بمعني:أنه لا يفيد الحل فيما بينهم وبين الله تعالى[2].

---

(١) راجع : الأشباه والنظائر للسيوطي ١/١٣٣ .

(٢) تبيين الحقائق ٤/١٩٠ ، طريقة الخلاف صـ ٣٨٢ ، والمعونة ٢/٤٢٠ ، والعزيز شرح الوجيز ٢/٤٨٣ .

فلا يحل للمحكوم له الوطء ، وعليها " المحكوم عليها بالزوجية " الامتناع والهروب ما أمكنها ، فإن أكرهت فلا إثم عليها [١] .

أما المكره : فقد اختلف الفقهاء في حكمه على رأيين :

الرأي الأول : يري أصحابه أنه آثم إلا أنه ليس زانيًا فلا يجب عليه الحد .ذهب إلى هذا الإمامان أبو يوسف ومحمد وبعض الشافعية [٢] .

الرأي الثاني : يري أصحابه أنه زان ويجب عيه الحد . ذهب إلى هذا المالكية وبعض الشافعية وجمهور الحنابلة [٣] .

الأدلة :

استدل أصحاب الرأي الأول بالمعقول وحاصله :

أن هذا نكاح مختلف في صحته حيث يري الإمام أبو حنيفة صحته ، فكان ذلك شبهة دارئه للحد [٤] .

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصله :

أنه وطئ يغير عقد فكان زنًا موجبًا للحد [٥] .

---

(١) العناية بهامش فتح القدير ٣٠٧/٧ ، القاضي عبد الوهاب : المعونة ٤٢٠/٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، وكشاف القناع ٣٥٨/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٠٧/٧ ، والعناية بهامشه نفس الموضع ، العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ .

(٣) المعونة ٤٢٠/٢ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، وكشاف القناع ٣٥٨/٦ .

(٤) العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ .

(٥) المعونة ٤٢٠/٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ .

المناقشة والترجيح :

يناقش استدلال أصحاب الرأي الثاني بأن ما قلتموه غير مسلم ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، وما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة جعل ذلك وطئًا في نكاح مختلف فيه كان شبهة تدرأ الحد .

٢- أن يحكم القاضي بالفسخ أو بالحرمة . ومثال ذلك أن تدعي على زوجها أنه طلقها ثلاثًا وشهد بذلك شاهدا زور ، فحكم القاضي بالفرقة بين الزوجين فإن هذا الحكم ينفذ ظاهرًا فقط . لا باطنًا بمعني : أنه يحل للمحكوم عليه وطؤها ، إن ظفر بها ، لكنه يكره ، لأنه يعرض نفسه للتهمة ، والطعن على القاضي ، ويبقي التوارث بينهما ، ولا ينفي النفقة للحيلولة [١] . وإذا تزوجت بآخر . فهل تحل له أم لا ؟

ذهب جمهور الفقهاء [٢] إلى أنه لا يجوز للمحكوم لها أن تتزوج بهذا الحكم ، وإن تزوجت فإن كان الزوج غير عالم بالحال ، فهو وطء بشبهة ، فتحرم في مدة العدة على الأول ، وإن كان عالماً بالحال كما لو كان أحد الشاهدين ، ففيه الخلاف السابق فيما لو حكم القاضي بالنكاح بشهادة زور . والراجح أنها لا تحل لكنه لو وطئها لم يحد ، لأنه نكاح مختلف في صحته[٣].

---

(١) العناية بهامش فتح القدير ٣٠٧/٧ ، العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، شرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ .

(٢) العناية ٣٠٧/٧ ، المعونة ٤٢٠/٢ ، وسراج السالك ٢٠٠/٢ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، وكشاف القناع ٣٥٨/٦ .

(٣) راجع ما سبق صـ ٥١ .

ومن الأمثلة في القضاء بالفسخ ما جاء في فتح القدير : " ومن صور التحريم : صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر ، فجاء حربي مسلمًا ، وأقام بينة أنهما ولداه فقضي القاضي بينها بالفرقة ، فإن رجع الشهود أو تبين أنهم شهود زور [1] . فإنه لا يحل للزج وطؤها بناءً على رأي الجمهور ، لأن القضاء نفذ ظاهراً فقط لا باطناً ، أما على رأي الإمام أبي حنيفة فلا تحل له ؛ لأن الحكم بالحرمة نفذ ظاهرًا و باطنًا .

وبناءً على ذلك فإذا تبين الأمر للقاضي ، بأن علم زور الشهادة ، أو فجور اليمين ، وجب عليه نقض الحكم . بالاتفاق في الأملاك .

فإذا ادعى على آخر مالاً من عين أو عرض أو حيوان وأقام بينة زور على ذلك وحكم له القاضي بما ادعاه لعجز المدعي عليه من إقامة البينة أو تجريح بينة المدعي ثم تبين الأمر للقاضي وجب عليه نقض الحكم ورد ما حكم به إلى المدعي عليه ، وإن كان الحكم في العقود والفسوخ ، وتبين للقاضي حقيقة الأمر ، وجب عليه نقض الحكم عند الجمهور . خلافًا لأبي حنيفة [2] .كالمثال السابق في السبي ، وقد رجح بالأدلة ما ذهب إليه الجمهور.

تكييف بقاء الفتوى وعدم تغيرها بالحكم .

إذا قلنا إن الراجح في هذه المسألة إن الفتوى لا تتغير بحكم القاضي المترتب على سبب باطل ، بل تبقي على خلاف مع ما حكم به القاضي ،

---

(١) فتح القدير ٣٠٧/٧ .

(٢) الفروق للقرافي ١٠٠/٤ ، ١٠١ ، والمكي : القواعد الثنية بهامش الفروق نفس الموضع ، والمعونة ٤٢٠/٢ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ ، ونيل الأوطار ١٤٨/٩ .

فهل معني ذلك نقض الحكم بالفتوى ؟ أم أن بقاء الفتوى على خلاف ما حكم به القاضي لا يعني نقض الحكم ، لأن النقض لا يتأتى إلا من قاض آخر ؟

بين الفقهاء أن نقض الحكم لا يكون إلا ممن يملك الإبرام فيما يكون فيه النقض . وإبرام الحكم إنما هو للقاضي ، فكذلك نقضه للحكم إنما هو له .والمفتي ليس له إبرام الحكم والإلزام به ، ومن ثم فليس له نقضه ، فمن يملك الإبرام يملك النقض ، ومن لا يملك الإبرام لا يملك النقض [1] ، وهذه قاعدة لها فروع كثيرة في كتب الفقه . منها :-

أن المرأة لما لم يكن لها إنشاء عقد النكاح على نفسها " على رأي جمهور الفقهاء " لم يكن لها حله .

كذلك العبد لما لم يكن له أن يزوج نفسه ، بغير إذن سيده ، لم يكن له فسخ العقد عن نفسه ، إلا أن يأذن له سيده في النكاح ، فله الطلاق ، إذ إنه بالإذن صار له الإنشاء ، وبهذه القاعدة استدل الشافعية على عدم وقوع الطلاق المعلق على النكاح . كمن قال لامرأة : إن تزوجتك فأنتِ طالق ، ثم تزوجها ، لا يقع الطلاق ، لأن القائل لا يملك العصمة الآن ، فلا يملك نقضها بالطلاق .

وعليه فإذا كان المفتي لا يبرم حكمًا على الوجه المفوض للحاكم ، فليس له نقض الحكم الصادر من القاضي [2] .

---

(١) الإحكام للقرافي صـ ٧١ .

(٢) وإن كان للمفتي إبرام الحكم الشرعي ، باعتبار استقرار الأدلة الشرعية كالمترجم عن الحاكم ، الإحكام للقرافي صـ ٧٢ .

المبحث الثالث

حكم القاضي في مسائل الاجتهاد ومدى تغير الفتوى به

المطلب الأول : مدى جواز نقض الحكم الصادر في مسائل الاجتهاد .

المطلب الثاني : مدى جواز تغير الفتوى بالحكم الصادر في مسائل الاجتهاد.

المطلب الأول

مدى جواز نقض الحكم الصادر في مسائل الاجتهاد

لا خلاف بين فقهاء المذاهب [1] الإسلامية في عدم جواز نقض الحكم في مسائل الاجتهاد ، أو ما تسمى مسائل اشتباه الدليل في الجملة[2].

---

(١) جاء في الهداية بهامش فتح القدير ٣٠٣/٧ " والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهدًا فيه ينفذه ولا يرده غيره " ، وجاء في فتح القدير تعليقًا على هذا ٣٠٣/٧ ، ٣٠٤ " قوله : " والأصل حاصله توجيه أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع إليه وهو أن الاجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الأول في الصحة مثلاً ، فتعارض اجتهادهما وترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه " وفي مثل هذا راجع : رد المحتار ٥٤٤/٥ ، والفروق للقرافي ١١٤/٤ ، وإدرار الشروق بالهامش ، والذخيرة ١٣٧/٨ ، والعزيز ٤٨١/١٢ وما بعدها ، والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٢٥/١ ، ومغني المحتاج ٣٩٦/٤ ، وكشاف القناع ٣٢٦/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ .

(٢) هناك بعض المسائل التي تخرج عن هذا الاتفاق ، مثال ذلك عند الحنفية حل متروك التسمية عمدًا وحل الجنين بذكاة أمه والقضاء بالشاهد واليمين راجع : رد المحتار ٥٤٣/٥ ، وعند المالكية ، كتوريث ذوي الأرحام والقضاء بالشفعة للجار والقضاء بشهادة النصارى وغير ذلك ، راجع الذخيرة ١٣٦/١٢ ، وعند الشافعية كالقضاء ببطلان خيار المجلس ، القتل بالمثل راجع العزيز شرح الوجيز ٤٨١/٢ ، وعند الحنابلة ، كنقض الحكم الجاعل من وجد عين ماله عند من حجر عليه بفلس أسوة=

وقد استدل الفقهاء على عدم جواز نقض الحكم في هذه المسائل بالإجماع والمعقول .

١- الإجماع :

أجمع الصحابة - رضوان الله عليهم جميعًا - على عدم نقض حكم القاضي في مسائل الخلاف ، فقد صح عن عمر بن الخطاب - ﷺ - أنه لما كثرت شواغله قلد أبا الدرداء - ﷺ - القضاء ، فاختصم إليه رجلان ، فقضى لإحداهما ثم لقي المقضي عليه عمر - ﷺ - فسأله عن حاله ، فقال : قضى عليّ ، فقال : لو كنت مكانه قضيت لك ، قال : فما يمنعك ؟ فقال عمر-ﷺ- ليس هنا نص والرأي مشترك " [١] ولم يخالفه في ذلك أحد ، فكان إجماعًا .

وصح عن عمر - ﷺ - أنه حكم في المشركة [٢] بعدم المشاركة ثم بالمشاركة ، وقال : ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي ، وقضى في الجد قضايا مختلفة ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة و فكان إجماعًا [٣] .

=الغرماء ، والحكم بقتل مسلم بكافر حيث ينقض عند الحنابلة راجع شرح منتهى الإرادات ٤٧٨/٣ ، وقد سبق بيان غالب هذه المسائل وأن الراجح فيها أنها مسائل خلافية اشتبه فيها الدليل فلا ينقض الحكم فيها راجع ص٣٣من هذا البحث.

(١) شرح فتح القدير ٣٠٤/٧ ، والعناية بهامشه نفس الموضع والمبسوط للسرخسي ٨٤/١٦ .

(٢) المشركة : أي المسالة المشركة التي شركا فيها بين الإخوة الأشقاء للميتة والإخوة لام وضابط هذه المسألة ماتت عن زوج وأم ، إخوة أشقاء وإخوة لأم ، فقد شرك عمر ﷺ الإخوة الأشقاء مع الإخوة لأم في الثلث باعتبار الأم ، في مسائل ، ولم يشرك بينهم في أخرى اعتبارًا بأن الإخوة الأشقاء عصبة ولم يتبق لهم شيء .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٢٥/١ .

٢- الدليل من المعقول ، وحاصله :

١- أن اجتهاد القاضي الثاني ، ليس أقوى من اجتهاد القاضي الأول ، بل العكس هو الصحيح لاتصال القضاء بالأخير [١] .

٢- أنه لو جاز نقض حكم القاضي في مسائل الخلاف لأدى ذلك إلى عدم استقرار الأحكام ، فإذا نقض الحكم نقض ذلك النقض وهكذا ، وفي ذلك مشقة شديدة [٢] ، وهي مرفوعة بقول الله عز وجل : ﴿ ... وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ... ﴾ [٣] .

٣- إن نقض حكم القاضي في مسائل الخلاف يؤدي إلى مخالفة القاعدة الأصولية " وجوب تقديم الخاص على العام عند التعارض " ، وبيان ذلك :

أن الله – تعالى – قد جعل للقضاة أن يحكموا في مسائل الاجتهاد بأحد القولين وإذا حكم القاضي بأحدهما ، كان حكمه كنص الله – تعالى – في خصوص تلك الواقعة المحكوم فيها ، ونصه – تعالى – مقدم ، فكأن الله – تعالى – قال : الحق مع هذا ، وإذا كان هذا نصًا صريحًا من الله – تعالى – وأن هذا الحكم هو حكم الله في هذه الحادثة ، حرم على المخالف له من المجتهدين نقض هذا الحكم في هذه الحادثة ، بناء على القاعدة الأصولية

---

(١) الهداية بهامش فتح القدير ٣٠٤/٧ ، والأشباه والنظائر للسبكي ٤١١/١ ، والاعتناء في الفرق والاستثناء ١٠٦٧/٢ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ١٠٥ ، والإحكام للقرافي صـ ٣٩ ، ٤٠ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ٢٢٦/١ .

(٣) سورة الحج من الآية ٧٨ .

القائلة بوجوب تقديم الخاص على العام عند التعارض في صورة وروده ، وبقى العموم معمولاً به في غير تلك الصورة ، فلا تحرم مخالفة المجتهد في غير تلك الصورة التي اتصل بها الحكم ، وتخرج هذه من خلافه ، لورود النص الخاص فيها ، كما خرجت المصراة من بيع الطعام بالطعام للنص على ذلك [1] .

ومثال ذلك : إذا قال رجل لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثًا ، ثم تزوجها فإنها تطلق على مذهب المالكية طلاقًا بائنًا بالزواج ولا تحل لزوجها حتى تنكح زوجًا غيره ، أما عند الشافعية فلا تطلق ، لأن الزوج لا يملك العصمة وقت التعليق فلا يملك الحل .

فكانت مسألة خلافية ، فإن تزوجها الرجل وأقام معها على مذهب الشافعية ، ثم طلقها وتركها حتى انقضت عدتها ، ثم عقد عليها ، فرفع هذا العقد إلى قاض شافعي ، فحكم بصحته صار هذا الحكم في خصوص هذه الواقعة كنص الشارع ، دون غيرها من الوقائع المماثلة التي لم يتصل بها حكم القاضي ، فتحقق التعارض بين الدليل الدال عند مالك على أن أنكحة المعلقين على هذه الصورة باطلة ، وبين هذا الدليل الوارد في هذه الصورة ، وهو أخص من الدليل العام الذي لمالك لتناوله جميع الصور ، وهذا يتناول هذه الصورة خاصة ، ومتى تعارض الخاص والعام يقدم الخاص على العام، وعليه فإن حكم القاضي في مسائل الخلاف يرفعه ولا ينقض أحد ذلك الحكم بالإجماع ، ووفقًا لقاعدة : تقديم الخاص على العام عند التعارض ، فإذا كان لا يجوز نقض الحكم المجمع عليه بالإجماع فإنه لا يجوز نقض الحكم

---

(١) الذخيرة ٨/١١٣ ، ١١٤ ، والفروق للقرافي ٤/١١٧ ، وإدرار الشروق بالهامش نفس الموضع .

المختلف فيه بالإجماع ووفقًا للقاعدة الأصولية [1] .يجب تقديم الخاص على العام عند التعارض في صورة ورد الخاص .

المطلب الثاني

مدى تغير الفتوى بقضاء القاضي في مسائل الاجتهاد

إذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى أن حكم القاضي في المسائل المختلف فيها لا ينقض ، حتى إذا رفع هذا الحكم إلى قاضي آخر ممن لا يراه وجب عليه تنفيذه ، وهذا محل اتفاق الفقهاء في الجملة ، فهل معنى هذا أن حكم القاضي في المسائل المختلف فيها يغير الفتوى ، أم تظل الفتوى قائمة على خلاف الحكم ؟

ولنضرب على ذلك مثالاً حتى يتضح المراد :

إذا قال رجل لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم تزوجها ، وحكم قاضي شافعي بصحة هذا العقد وبقاء النكاح وعدم لزوم الطلاق ، فهل للمفتي المالكي أن يفتي بحرمة هذه الزوجة على زوجها ؟ أم أن حكم الحاكم في هذه المسألة كما أنه لا ينقض ويجب على القاضي المالكي أن ينفذه إذا رفع إليه ، فكذلك لا يجوز لمن يفتي بغير مذهب القاضي أن يفتي على خلاف الحكم الصادر من القاضي ؟

مثال آخر :إذا وقف شخص ملكًا مشاعًا ، وحكم القاضي المالكي المذهب [2] بجوازه ونفوذه ولزومه فهل للمفتي الحنفي [3] أن يفتي ببيع هذا

---

(١) الأحكام للقرافي صـ ٣٩ ، ٤٠ .

(٢) هذا مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية ، راجع " المعونة ٤٨٤/٢ وما بعدها ، ومغني المحتاج ٣٧٧/٢ ، ٣٧٨ ، وكشاف القناع ٢٤١/٤ ، ومجمع الأنهر ٧٣٥/١ وما بعدها .

(٣) وهو من أخذ برأي الإمام محمد ابن الحسن من عدم صحة وقف المشاع . راجع مجمع الأنهر ٧٣٥/١ .

الموقوف ، لعدم صحته عنده ، وان الممتنع هو نقض ذلك الحكم فقط؟ وهذان المثالان بالنسبة للمفتي والقاضي بعيدًا عن المحكوم له أو عليه ، أو بمعنى آخر أن المحكوم له أو عليه عامي ، إما إذا كان مجتهدًا أو مقلدًا لمذهب معين ، وحكم له أو عليه القاضي بحكم ، وكان اجتهاده أو مذهب من يقلده بخلافه ، فهل حكم القاضي هو حكم الله – تعالى – في حق المحكوم له أو عليه ، فيحل له الأول ، ويلتزم بالثاني ، أم أنه حكم الله في حقه ما أداه إليه اجتهاد ، أو اجتهاد من يقلده ؟ ومثال ذلك : إذا حكم الله قاضي حنفي المذهب بشفعة الجوار لشافعي المذهب ، فهل يحل للمحكوم له الأخذ بالشفعة ، باعتبار أن حكم الحاكم هو حكم الله في حقه ، أم أنه لا يحل له الأخذ بالشفعة باعتبار أن حكم الله في حقه ما أداه إليه اجتهاده ؟

للإجابة على كل ما سبق من تساؤلات ، أقول : إن الفقهاء قد اختلفوا في ذلك وكان لهم في هذا الخلاف ثلاثة آراء .

الرأي الأول : يرى أصحابه أن حكم القاضي في المسائل المختلف فيها تتغير به الفتوى بمعنى أن حكم القاضي ينفذ فيها ظاهرًا وباطنًا ، ذهب إلى هذا الحنفية في حق العامي وكذا العالم إذا كان محكومًا عليه[1]، والمالكية

(١) جاء في حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ١٨٨/٤ : " .. ثم هل يحل للزوج المقام معها ؟ ينظر إن كان الزوج جاهلاً حل له المقام معها ، وإن قضى بتحريمها نفذ قضاءه ولا يحل له المقام معها ، لأن المقضي له متى كان جاهلاً يتبع رأي القاضي ، وإن كان عالماً ينظر إن قضى القاضي بتحريمها والمقضي له يرى حلها نفذ القضاء بالإجماع .... لان الزوج قضي عليه " وفي معنى هذا راجع رد المحتار ٥٥١/٥، ٥٥٠ وشرح فتح القدير ٣٧/٧ ، ٣٠٨ .

باستثناء بعض المسائل[1] وجمهور الشافعية [2] ، والحنابلة [3] ، في هذا المذهب وجمهور الزيدية [4] .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن حكم القاضي في المسائل المختلف فيها لا تتغير به الفتوى ، بمعنى أنه ينفذ ظاهرًا فقط لا باطنًا مطلقًا أي في حق العالم والعامي ذهب إلى هذا بعض الشافعية والإمام أحمد في الرواية الثانية [5] .

---

(١) جاء في الذخيرة للقرافي ١٣٦/٨ ، ١٣٧ : " علم أن جماعة من المالكية قد اعتقدوا بسبب هذا الفرع أن حكم الحاكم في مسائل الخلاف لا يغير الفتوى ، ..... ومقصوده مسألتان في المذهب ..... وثانيهما: ما هو على خلاف القواعد والنصوص ، كما تقدم في شفقة الجار ، واستعساء العبد ، وتوريث العمة ، والحكم بشهادة النصارى نحو عشر مسائل لا تتغير الفتاوى فيها لأجل مخالفتها النصوص والقواعد " وراجع في معنى هذا الفروق للقرافي ٩٨/٤ وما بعدها والأحكام للقرافي صـ ٦٣ ، ٦٤ وشرح الخرشي ١٤٦/٧ .

(٢) جاء في العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ : " وما كان مختلفًا فيه فينفذ ظاهرًا وفي الباطن وجهان : أحدهما : المنع ، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني ... والثاني أنه ينفذ " وراجع معنى هذا الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٣٢/١ ، وروضة الطالبين ١٥٣/١١ ، ومغني المحتاج ٣٩٧/٤ ، والتهذيب للبغوي ٢٢٢/٨.

(٣) جاء في شرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ : " ومن حكم لمجتهد أو حكم عليه بما يخالف اجتهاده عمل المجتهد باطنًا بالحكم له أو عليه كما يعمل به ظاهرًا لرفعه الخلاف " راجع في ذلك : الإنصاف للمرداوي ٣١٢/١١ وما بعدها .

(٤) جاء في التاج المذهب ١٩٨/٤ : " كل مسألة خلافية حكم فيها الحاكم على أحد الخصمين فإنه ينفذ الحكم ظاهرًا وباطنًا وإن كان مذهب المحكوم له أن ذلك الشيء في مذهبه لا يحل " .

(٥) راجع : العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، والتهذيب للبغوي ٢٢٢/٨ ، والانصاف ٣١٣/١١ وما بعدها .

الرأي الثالث : يرى أصحابه أن حكم الحاكم في مسائل الخلاف لا تتغير به الفتوى ، وهذا مذهب بعض الشافعية لمن لا يعتقده [1] ، وذهب الإمام أبو يوسف إلى عدم تغير الفتوى بالحكم بالنسبة للمحكوم له إذا كان عالمًا [2] .

سبب الخلاف في هذه المسألة :

يرجع سبب الخلاف في هذه المسألة إلى خلاف الفقهاء في مسألة أخرى وهي : في مسائل الخلاف بين الفقهاء هل كل مجتهد مصيب ؟ أم أن الحق واحد والمجتهد مأمور بإصابته ، ومن ذهب إلى غيره فهو مخطئ [3] ، حيث إن العلماء قد اختلفوا في ذلك على رأيين :

الرأي الأول : يرى أصحابه أن كل مجتهد مصيب ، لأن كل واحد منهم مأمور بالعمل بما أداه إليه اجتهاده وغير الحق يؤثر بالعمل به ، ولأنه لو لم يكن كذلك لتبرأ الأولون ممن يخالف الحق ، ولمنعوهم كما فعلوا بمانعي الزكاة .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن الحق في هذه المسائل واحد والمجتهد مأمور بإصابته ومن ذهب إلى غيره فهو مخطئ ، لما روى أنه ﷺ قال : "

---

(١) راجع : التهذيب للبغوي ٢٢٢/٨ ، وروضة الطالبين ١٥٣/١١ ، والوسيط في الذهب ٣٠٧/٧ ، والانصاف ٣١٣/١١ وما بعدها .

(٢) جاء في حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ١٨٩/٤ " وحاصله أن القضاء إن كان بخلاف رأي المفتي له هل ينفذ قال أبو يوسف : لا ينفذ ويتبع رأي نفسه ... وقال أبو حنيفة ومحمد : ينفذ ويتبع رأي القاضي " .

(٣) جاء في العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ :" وقد أشير إلى هذا بناء هذا الخلاف على أن كل مجتهد مصيب أو الصواب في واحد ، إن قلنا بالأول نفذ ظاهرًا وباطنًا وإن قلنا بالثاني لم ينفذ باطنًا " . وفي معنى هذا راجع الإنصاف ٣١٢/١١٤ .

إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ فله أجر " [1] . وأيضًا فإن صحابة رسول الله ﷺ قد خطأ بعضهم بعضًا في مسائل الخلاف [2] .

فمن قال من العلماء : إن كل مجتهد مصيب في مسائل الخلاف قال : حكم الحاكم في مسائل الخلاف ينفذ ظاهرًا وباطنًا ، أي تتغير به الفتوى فيحل للمحكوم له وإن كان يرى حرمته قبل الحكم ، ومن قال من العلماء : إن الحق واحد والمجتهد مأمور بإصابته : قال : ينفذ حكم الحاكم في مسائل الخلاف ظاهرًا فقط لا باطنًا . ومنهم من فرق بين العالم والجاهل . ومن هنا ظهر الخلاف على المذاهب الثلاثة السابق ذكرها في هذه المسألة.

الأدلة :

أدلة الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول بالمعقول وحاصله :

١- أن حكم الحاكم في مسألة من مسائل الخلاف كنص الشارع الحكيم في خصوص تلك الواقعة ، فوجب حينئذ إخراج الواقعة محل الحكم من مذهب المخالف ؛ لأن دليل المخالف عام ، وهذا العام قد خصص أحد أفراده " الواقعة محل الحكم " بحكم معين ، فوجب حينئذ إخراج هذه الواقعة من مذهب من يخالف الحاكم ، وعليه فينفذ حكم الحاكم في الظاهر والباطن ، أو بمعنى آخر أن حكم الحاكم تتغير به الفتوى .

---

(١) الحديث سبق تخريجه صـ١١ من هذا البحث .

(٢) راجع في هذا : الآمدي : الإحكام في أصول الأحكام ١٨٥/٤ دار الكتاب العربي بيروت ط أولى ١٤٠٤هـ ، والرازي : المحصول في علم الأصول ٤٧/٦ ط جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض ط أولى ١٤٠٠هـ ، العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢، وروضة الطالبين ١٥٠/١١ .

فلا يصح لمن يخالف مذهبه مذهب الحاكم أن يفتي في خصوص الواقعة محل حكم القاضي بحكم مخالف [١] .

٢- أنه يجب تغيير الفتوى بالقضاء حتى تتفق الكلمة ويتم الانتفاع ، وإلا فإذا حكم الحنفي للشافعي بما لا يعتقده الأخير لم يتهيأ للشافعي الأخذ ، وإذا حكم الشافعي على الحنفي بما يعتقده ، أخذه الحنفي ، إذا وجد فرصة ، فلا تتفق الكلمة ولا يتم الانتفاع [٢] .

٣- أن حكم الحاكم في هذه المسائل مجتهد فيه ، والاجتهاد يجب أن يكون إلى القاضي لا إلى الخصوم ، فوجب تغير الفتوى بقضاء القاضي [٣] .

٤- أن نفوذ حكم القاضي ظاهرًا و باطنًا أو تغير الفتوى به لاختلاف العلماء ولا يتصور ارتفاع هذا الخلاف ، وظهور بطلانه في الدنيا [٤] ، فوجب تغير الفتوى بالقضاء .

٥- هذا الوجه خاص بفقهاء الحنفية لاستدلالهم على تغير الفتوى بالقضاء في حق العالم المحكوم عليه ، وفحوى هذا الوجه : أن المحكوم عليه يتبع في القضاء رأي القاضي ، وليس رأي المفتي وأن أخذ بفتوى مخالفة لحكم القاضي ، كان في ذلك طعنًا على القاضي ، وهو غير جائز [٥] .

---

(١) الإحكام للقرافي صـ ٦٨ ، والبهجة شرح التحفة ٣٣/١ .

(٢) العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ ، وروضة الطالبين ١٥٣/١١ .

(٣) مغني المحتاج ٣٩٧/٤ .

(٤) التهذيب للبغوي ٢٢٢/٨ ، والروضة الندية ٢٤٥/٢ .

(٥) حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ١٨٨/٤ .

أدلة الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصله :

١- أن حكم القاضي في مسائل الخلاف لا تتغير به الفتوى ، لتعارض الأدلة وتقابل النظر بينهما ، ولا يعرف أيهما يكون الحق ، فقد يكون الحق في الحكم ، وقد يكون في الفتوى ، فلا يرفع أحدهما الآخر [١] .

٢- أن تغير الفتوى بالقضاء يلزم منه اجتماع الضدين ، لأن المحكوم له أو عليه إن كان مجتهدًا لزمه العمل باجتهاده ، وإن كان مقلد لزمه العمل بقول من يقلده ، فإن قلنا ينفذ حكم القاضي ظاهرًا وباطنًا ، أي تتغير الفتوى بالحكم ، لزم اجتماع الضدين وهما : لزوم العمل بالحكم وعدم لزومه ؛ لأنه ملزم بالاجتهاد أو التقليد ، واجتماع الضدين باطل ، فتغير الفتوى بالقضاء في مسائل الخلاف باطل [٢] ،ولزم من ذلك القول : بعدم تغير الفتوى بالقضاء في مسائل الخلاف .

أدلة أصحاب الرأي الثالث :

استدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول وحاصله :

١- أن حكم القاضي لا ينفذ باطنًا " ديانة " في حق من لا يعتقده ، لأن الإنسان مؤاخذ بما يعتقده هو ، لا بما يعتقده القاضي ، وهذا الوجه خاص ببعض الشافعية [٣] .

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/١٢ .

(٢) الإنصاف ٣١٢/١١ .

(٣) معنى هذا العزيز شرح الوجيز ٤٨٣/٢ .

٢- أن حكم القاضي بالنسبة للمحكوم له إذا كان عالمًا فتوى ؛ لأنه لا إلـزام عليه ، لأنه يخير فيه إن شاء أخذ المحكوم به ، وإن شاء لـم يأخـذه ، وبالفتوى لا يصير الحلال حرامًا ، والبائن رجعيًا [١] .

اعتراض :

اعترض الإمامان أبو حنيفة ومحمد – رحمة الله عليهمـا – علـى استدلال أبي يوسف ، أن القضاء في حق المقضي له " المحكوم له " إلـزام وليس فتوى من حيث الاعتقاد ، لأنه ألزمه ثبوت اعتقاد الحل فيصير مقضيًا عليه في حق الاعتقاد إن لم يكن مقضيًا عليه في حق الاسـتيفاء ، كمـا أن القضاء ملزم للمحكوم له إن كان جاهلاً باتفاق الثلاثة ،. فكذا إذا كان عالمًا ، لأن القضاء ملزم في حق الناس كافة بخلاف الفتوى فليست ملزمـة لا مـن حيث الاعتقاد ، ولا من حيث الاستيفاء [٢] .

المناقشة والترجيح :

يناقش استدلال الرأي الثاني في الوجه الأول بأنـه : لا نـزاع فـي تعارض الأدلة وتقابل النظر في مسائل الخلاف بين الفقهاء ، لكن المنازعـة في جعل ذلك علة في عدم تغير الفتوى بالقضاء ، لأن مسائل الخلاف بـين الفقهاء مجتهد فيها ، والاجتهاد يجب أن يكون إلى القاضي ، لأنه المعني به وليس إلى الخصوم .

الوجه الثاني : لا نسلم لكم لزوم اجتماع الضدين مـن القـول بتغيـر الفتوى بالقضاء ، لأن هذا مبني على أن الاجتهاد إلى الخصوم وإلى القاضي،

---

(١) حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ١٨٨/٤ .

(٢) حاشية الشلبي بهامش تبيين الحقائق ١٨٨/٤ ، وفتح القدير ٣٠٧/٧ ، ٣٠٨ .

والصحيح أن الاجتهاد في هذا المقام إلى القاضي بالكلية لا إلى الخصم في شيء ، وعليه فلا تلازم .

ويناقش استدلال بعض الشافعية من أصحاب الرأي الثالث ، بأنه لا نزاع في أن الإنسان يؤاخذ بما يعتقده هو ، لكن النزاع في محل هذا ، فمحل مؤاخذة الإنسان باعتقاده إن لم يكن قضاء ، فإن وجد القضاء ، واتصل بالاجتهاد الكائن للقاضي رجحه على اجتهاد الخصوم والأخذ بالراجح متعين[1] . أما استدلال أبي يوسف فأكتفي بالمناقشة الواردة عليه ، وبعد هذه المناقشة فإن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل : إن حكم القاضي في مسائل الخلاف تتغير به الفتوى ، لقوة أدلته وسلامتها عن المعارضة ، وتفنيد ما استدل به أصحاب الرأي الثاني والثالث .

مدى جواز طلب الخصم من القاضي الحكم بما يعتقد تحريمه:

إذا كان الراجح أن حكم القاضي في المسائل المختلف فيها بين الفقهاء تتغير به الفتوى ، فما مدى جواز طلب الخصم من القاضي الحكم له بما يعتقد تحريمه ؟ فإذا كان الخصم يعتقد تحريم شيء معين ، فهل يجوز له أن يطلب من القاضي الذي يعتقد حله الحكم له به ؟ أو بمعنى آخر هل يجوز للشافعي أن يطلب من القاضي الحنفي الحكم له بشفعة الجوار ؟ أو بالميراث بالرحم ؟

الواقع أن الفقهاء قد اختلفوا في الإجابة عن هذا التساؤل ، ويمكن حصر هذا الخلاف في رأيين .

---

(١) رد المحتار ٥/٥٥١ .

الرأي الأول : يرى أصحابه أنه يجوز للخصم أن يطلب من القاضي الحكم له بما يعتقد تحريمه . ذهب إلى هذا بعض الحنابلة [1] ، وهذا مقتضى كلام جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية [2] .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أن هذا غير جائز ، ذهب إلى هذا بعض الحنابلة [3] .

الأدلة

أدلة الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول بالمعقول وحاصله :

أنه يترتب على القول بالمنع أن قضاء القاضي في المختلف فيه لا ينفذ ظاهرًا ولا باطنًا [4] .

أدلة الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصله :

أنه لا يجوز للإنسان أن يجمع بين طلب الشيء واعتقاده تحريمه ، لأنه جمع بين متناقضين .

---

(١) جاء في مطالب أولي النهى ٣٢٨/٩ ، " ثم قال : والأشبه أنه لا يحرم عليه " .

(٢) راجع : في ذلك شرح فتح القدير ٣٠٧/٧ ، ٣٠٨ ، ورد المحتار ٥٥١/٥ ، والذخيرة ١٣٦/٨ وما بعدها ، العزيز شرح الوجيز ٤٨٤/١٢ .

(٣) جاء في كشاف القناع ٣٥٩/٦ : " أنه ليس للرجل أن يطلب من الإمام ما يرى أنه حرام ومن فعل هذا فقد فعل ما يعتقد تحريمه وهذا لا يجوز ، لكن لو كان الطالب غيره أو ابتدأ الإمام بالحكمة ... فهنا يتوجه القول بالحل " وفي معنى هذا مطالب أولي النهى ٣٢٨/٩ .

(٤) معنى هذا العزيز شرح الوجيز ٤٨٤/١٢ .

المناقشة والترجيح [1] :

يناقش استدلال الرأي الثاني بأن طلب الخصم من القاضي الحكم له بما يعتقد تحريمه ليس جمعًا بين طلب الشيء واعتقاد تحريمه ، لأن الاعتقاد في هذه الحالة إلى القاضي وليس إلى الخصم .

مدى جواز منع القاضي الخصم من طلبه الحكم على خلاف ما يعتقده :

إذا كان الراجح في المسألة السابقة ، جواز طلب الخصم من القاضي الحكم له على خلاف ما يعتقده ، فهل يجوز للقاضي أن يمنع الخصم من طلبه الحكم على خلاف ما يعتقده ؟ أو بمعنى آخر ، هل يجوز للقاضي الحنفي أن يمنع الخصم الشافعي عن طلب الحكم له بالميراث بالرحم أو بالشفعة بالجوار ؟

الواقع أن الفقهاء قد اختلفوا في الإجابة عن هذا التساؤل وكان لهم في هذا الخلاف رأيان :

الرأي الأول : يرى أصحابه أنه لا يجوز للقاضي أن يمنع الخصم من طلب الحكم بخلاف اعتقاده ، ذهب إلى هذا بعض الشافعية [2] وهو مقتضى كلام الحنفية والمالكية والحنابلة [3] .

الرأي الثاني : يرى أصحابه أنه يجوز للقاضي أن يمنع الخصم عن طلب الحكم بخلاف اعتقاده ذهب إلى هذا بعض الشافعية [4] .

---

(١) مطالب أولي النهى ٣٢٨/٩ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٠١/٣ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز ٤٨٤/١٢ ، وروضة الطالبين ١٥٤/١١ ، والوسيط ٣٠٧/٧ .

(٣) فتح القدير ٣٠٧/٧ ، ٣٠٨ ، ورد المحتار ١٥٢/٥ ، والذخيرة ١٣٦/٨ وما بعدها ، وشرح الخرشي ١٦٦/٧ .

(٤) الوسيط ٣٠٧/٧ ، والعزيز شرح الوجيز ٤٨٤/١٢ .

أدلة أصحاب الرأي الأول :

استدل أصحاب الرأي الأول بالمعقول وحاصله :

١- أن القاضي لا يلتفت إلى مذهب غيره ، حتى وإن كان هذا الغير هو الخصم ، والمدار في الحكم على مذهب القاضي واعتقاده .

٢- أنه يترتب على القول بالمنع أن حكم القاضي في المسائل الخلافية لا ينفذ لا ظاهرًا ولا باطنًا وهذا لم يقل به أحد [١] .

أدلة أصحاب الرأي الثاني :

استدل أصحاب الرأي الثاني بالمعقول وحاصله :

أن المنع مؤسس على اعتقاد الخصم ، فللقاضي أن يمنعه عن طلب ما هو محرم عليه [٢] .

المناقشة والترجيح :

يناقش استدلال الرأي الثاني أن القاضي لا يلتفت إلى اعتقاد الخصم، وإنما المدار على اعتقاده هو . وبناء على ذلك فإن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول القائل إن القاضي لا يجوز له منع الخصم عن طلب ما يرى حرمته .

---

(١) راجع : في هذين الوجهين : الوسيط ٧/ ٣٠٧ ، والعزيز شرح الوجيز ١٢/٤٨٤ ، وروضة الطالبين ١١/١٥٤ .

(٢) العزيز ١٢/٤٨٤ .

الخاتمة

بعد أن انتهيت بحمد الله وتوفيقه ، من هذه الجولة في ثنايا هذا البحث، فإنه يطيب لي أن أبين في هذه الخاتمة أهم النتائج التي أسفر عنها البحث وهي :

١- القضاء في عرف الفقهاء : فصل الخصومات وقطع المنازعات بحكم الله – تعالى على وجه مخصوص ، والقضاء مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

٢- الفتوى في عرف الفقهاء : تبيين الحكم الشرعي للسائل عنه . والفتوى مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

٣- يتفق القضاء والفتوى في أمور ويختلفان في كثير .

٤- يكره للقاضي الإفتاء فيما يدخله القضاء " على الراجح في الفقه الإسلامي " وهذا رأي المالكية والشافعية في وجه والحنابلة في رواية والحنفية إذا كان للمستفتي خصومة أمام القاضي .

٥- على الراجح في الفقه الإسلامي يعتبر تصرف القاضي حكمًا إذا استجمع الشروط التالية :

١- أن يستفيده القاضي بولاية القضاء .

٢- أن يحتاج إلى نظر واجتهاد .

٣- أن يكون في محل مختلف فيه .

٤- أن يكون مسبوقًا بدعوى .

٦- لا خلاف بين الفقهاء في أن قضاء القاضي المبني على اجتهاد خاطئ باطل كما لو كان مخالفًا لنص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي " على الراجح في الأخير " وأنه واجب النقض والإبطال ، ولا خلاف بين الفقهاء أيضًا في عدم تغير الفتوى بهذا القضاء .

٧- لا خلاف بين الفقهاء في عدم تغير الفتوى بالقضاء المترتب على سبب باطل في الأملاك المرسلة ، كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في عدم تغير الفتوى بالقضاء إذا كان القاضي يعلم بطلان السبب ، كما لو كان يعلم زور الشهادة أو فجور اليمين .

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في عدم تغير الفتوى بالقضاء إذا كان المحل غير قابل لحكم القاضي ، كما إذا أدعى أنها زوجته ، وأثبت ذلك بشهادة زور فحكم القاضي بها والمدعي يعلم أنها محرمة عليه بكونها أخته من رضاع أو نسب أو أنها منكوحة الغير .

٨- قضاء القاضي في العقود والفسوخ والمترتب على سبب باطل ، لا تتغير به الفتوى وفقًا للراجح في الفقه الإسلامي ، وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية والإمامية والصاحبين أبي يوسف ومحمد ، خلافًا للإمام أبي حنفية في تغير الفتوى به .

٩- لا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز نقض حكم القاضي الصادر في محل اختلاف الفقهاء .

١٠- حكم القاضي في المسائل المختلف فيها تتغير به الفتوى طبقًا للرأي الراجح في الفقه الإسلامي ، وهو رأي الحنفية وجمهور الشافعية والحنابلة في المذهب وجمهور الزيدية .

١١- على الراجح في الفقه الإسلامي – الحنفية والمالكية والشافعية – يجوز للخصم أن يطلب من القاضي الحكم له بما يعتقد تحريمه .

١٢- على الراجح في الفقه الإسلامي – بعض الشافعية ومقتضى كلام الحنفية والمالكية والحنابلة – لا يجوز للقاضي أن يمنع الخصم عن طلب الحكم بخلاف اعتقاده .

ثبت بأهم مصادر البحث ومراجعه

أولاً : القرآن الكريم

ثانيًا : كتب التفسير :

١- أبو السعود : الإمام محمد بن محمد العمادي أبو السعود : تفسير أبو السعود المسمى " إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم " دار إحياء التراث العربي بيروت .

٢- الجلالين : الإمامان : جلال الدين السيوطي ، جلال الدين المحلي : تفسير الجلالين ، نشر دار الحديث القاهرة ط أولى .

٣- القرطبي : أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ط دار الريان للتراث القاهرة .

٤- النسفي : الإمام أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي : تفسير النسفي ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي مصر .

ثالثًا : كتب الحديث وعلومه :

١- ابن ماجة : الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني : سنن ابن ماجة ط دار الفكر بيروت تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٢- أبو داود : الإمام الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني : سنن أبي داود، دار الفكر .

٣- أبو الطيب : أبو الطيب محمد شمس الدين الحق العظيم آبادي : عون المعبود شرح سنن أبي داود ، ط المكتبة السلفية ط الثانية سنة ١٣٨٩هـ.

٤- البخاري : الإمام الحافظ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ،نشر دار بن كثير اليمامة بيروت ط ثالثة ١٤٠٧هـ/١٩٨٧ م .

٥- البيهقي : الإمام الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي : السنن الكبرى مكتبة دار الباز مكة المكرمة ط ١٤١٤هـ / ١٩٩٤م .

٦- الترمذي : الإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي : سنن الترمذي ط دار إحياء التراث العربي بيروت .

٧- الحاكم : الإمام أبو عبد الله الحاكم النيسابوري : المستدرك على الصحيحين ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤١١هـ .

٨- الدار قطني : الإمام الحافظ علي بن عمر الدار قطني : سنن الدار قطني ط دار المعرفة بيروت ١٣٨٦هـ / ١٩٦٦م تحقيق السيد عبد الله هاشم .

٩- الشوكاني : الإمام محمد بن علي الشوكاني : نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ط الطباعة المنبرية .

١٠- مسلم : الإمام الحافظ ابن الحسين مسلم بن حجاج بن مسلم النيسابوري: صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي بيروت .

١١- النسائي : الإمام الحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي بن بحر النسائي : سنن النسائي نشر مكتبة المطبوعات الإسلامية حلب ، ط ثانية ١٤٠٦هـ / ١٩٨٦م تحقيق عبد الفتاح أبو غدة .

رابعًا : كتب أصول الفقه وقواعده الكلية :

١- ابن الشاط : سراج الدين أبو القاسم بن عبد الله الأنصاري . إدرار الشروق على أنواء الفروق ، حاشية على الفروق للقرافي بهامشه ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

٢- ابن نجيم : الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم . الأشباه والنظائر في مذهب أبي حنيفة النعمان ، ط دار الكتب العلمية بيروت ١٩٨٠ .

٣- بدر الدين البكري : بدر الدين محمد بن أبي بكر سليمان البكري الشافعي الاعتناء في الفرق والاستثناء ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود ، الشيخ على محمد معوض ، دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

٤- الزركشي : بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي المتوفى سنة ٧٩٤ هـ : المنثور في القواعد ، تحقيق د / تيسير فائق أحمد محمود ، دار الكتب العلمية بيروت .

٥- الزنجاني : محمود بن أحمد الزنجاني أبو المناقب : تخريج الفروع على الأصول ، تحقيق محمد أديب ، الناشر مؤسسة الرسالة ط ثانية ١٣٩٨هـ .

٦- السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن السيوطي : الأشباه والنظائر في قواعد الفقه ط دار الكتب العلمية بيروت .

٧- القرافي : الإمام أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ : الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق ، منشورات محمد على بيضون دار الكتب العلمية بيروت .

٨- المكي المالكي : الشيخ محمد على بن حسين المكي المالكي : تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، بهامش الفروق .

خامسًا : كتب الفقه :

(أ) كتب الفقه الحنفي :

١- ابن تمرتاش : الإمام الجليل محمد بن عبد الله بن تمرتاش الفزي المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ : تنوير الأبصار وجامع البحار في الفروع الحنفية ،

بهامش رد المحتار دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت طبعة جديدة ومصححة ١٤١٥هـ / ١٩٩٥م .

٢- ابن عابدين : الإمام محمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ : حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ط دار الفكر .

٣- البابرتي : الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي المتوفى سنة ٧٨٦هـ : شرح العناية على الهداية طبع بهامش فتح القدير ط دار الفكر بيروت ط ثانية.

٤- الحصكفي : الإمام بن علاء الدين الحصكفي المتوفى سنة ١٠٨٨هـ : الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، بهامش رد المحتار .

٥- الزيلعي : فخر الدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ط دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان .

٦- السرخسي : شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٤٩٠هـ .المبسوط في الفروع ط دار المعرفة بيروت ١٤١٤هـ/١٩٩٣م.

٧- الشلبي : الإمام شهاب الدين أحمد الشلبي : حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ، ط دار المعرفة بيروت .

٨- الكاساني : الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الفكر بيروت أولى ١٤١٧هـ .

٩- الكمال بن الهمام : الإمام كمال الدين محمد بن الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٦٨١هـ : شرح فتح القدير ط دار الفكر .

١٠-المرغيناني : برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ : الهداية شرح بداية المبتدئ بهامش فتح القدير دار الفكر .

(ب) كتب الفقه المالكي :

١- ابن رشد : الإمام محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الشهير بالحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ط دار الكتب العلمية بيروت .

٢- التسولي : أبو الحسن على بن عبد السلام التسولي : البهجة في شرح التحفة ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٨هـ .

٣- الخرشي : الشيخ محمد بن عبد الله بن على الخرشي المتوفى سنة ١١٠١هـ : شرح الخرشي على مختصر خليل ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان .

٤- عبد الوهاب : القاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر المالكي : المعونة على مذهب عالم المدينة : ط دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٨هـ / ١٩٩٨م .

٥- العدوي : الإمام على بن أحمد الصعيدي العدوي المالكي : حاشية العدوي على شرح الخرشي مطبوع بهامش شرح الخرشي السابق .

٦- القرافي : أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصهناجي القرافي المتوفى سنة٦٨٤هـ .

أ- الذخيرة : ط دار الغرب الإسلامي أولى سنة ١٩٩٤ ، تحقيق محمد بوضرة .

ب- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع ط أولى ١٩٨٩ .

(ج) كتب الفقه الشافعي :

١- البغوي : الإمام أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد البغوي : التهذيب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق عادل عبد الموجود ، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت أولى ١٤١٨هـ .

٢- الخطيب : محمد بن أحمد الشربيني الخطيب : مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي أولاده بمصر ١٣٧٧هـ / ١٩٥٨م .

٣- الرافعي : الإمام عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣هـ : فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية بيروت ط أولى ١٤١١هـ .

٤- الشيرازي : إبراهيم على بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي المتوفى ٤٧٦هـ : المهذب في فقه الإمام الشافعي ، طبعة جديدة منقحة تحقيق صدقي العطار دار الفكر ١٤١٤هـ .

٥- الغزالي : الإمام محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة ٥٠٥ هـ : الوسيط في المذهب ، ط دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع .

٦- القليوبي : شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة – حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على مناهج الطالبين ، ط دار إحياء الكتب – مصر .

٧- الماوردي : أبو الحسن على بن محمد بن حبيب الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ : الحاوي الكبير ط دار الكتب العلمية بيروت أولى سنة ١٤١٤هـ .

٨- النووي : الإمام محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٧ هـ : روضة الطالبين وعمدة المفتين إشراف زهير الشاويش ط المكتب الإسلامي سنة ١٤٠٥ هـ .

(د) كتب الفقه الحنبلي :

١- ابن القيم : أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الحديث القاهرة .

٢- ابنا قدامة الإمامان أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ صاحب المغني ، وشمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر بن قدامة المقدس المتوفى سنة ٦٢٨ هـ صاحب الشرح الكبير .

أ - المغني على مختصر الخرقي ، ط دار الغد العربي .

ب - الشرح الكبير على متن المقنع بهامش المغني .

٣- البهوتي : الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي المتوفى سنة ١٠٥١ هـ.

أ- كشاف القناع على متن الإقناع ، تحقيق الشيخ هلال مصلحي ط دار الفكر للطباعة والنشر سنة ١٤٠٢هـ .

ب- شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولى النهى لشرح المنتهى ط دار الفكر .

٤- المرداوي : علاء الدين أبي الحسن على بن سليمان المرداوي : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ط أولى ١٣٧٦ هـ .

٥- مصطفى السيوطي : مصطفى السيوطي الرجيباني : شرح غاية المنتهى ط ثالثة سنة ١٤٢١ هـ / ٢٠٠٠م .

(هـ) كتب الفقه الظاهري :

١- ابن حزم : الإمام الجليل المحدث أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي المحلي بالآثار ، منشورات محمد علي بيضون ط دار الكتب العلمية بيروت أولى ٢٠٠٢م .

(و) كتب الفقه الزيدي :

١- الشوكاني : الإمام محمد بن علي الشوكاني : الدراري المضية شرح الدرر البهية ط دار الجيل بيروت ١٤٠٧هـ / ١٩٨٧م .

٢- الصنعاني : الشيخ احمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني : التاج المذهب لأحكام المذهب ط مكتبة اليمن الكبرى صنعاء .

٣- القنوجي : الشيخ صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي : الروضة الندية شرح الدرر البهية ط دار الجيل بيروت .

(ز) كتب الفقه الإمامي :

١- الجبعي العاملي : الشهيد الثاني : زين الدين الجبعي العاملي : الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ط دار إحياء التراث العربي .

٢- الطباطبائي : آية الله المجاهد السيد محمد الطباطبائي : كتاب المناهل ط مؤسسة آل البيت عليهم السلام .

(ح) كتب الفقه الإباضي :

١- أطفيش : الشيخ محمد بن يوسف أطفيش : شرح النيل وشفاء العليل ، مكتبة الإرشاد بجدة .

سادسًا : كتب اللغة :

١- ابن منظور : العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري : لسان العرب ط أولى .

٢- الجرجاني : الإمام علي بن محمد الجرجاني : الترعيفات ، ط دار الكتب العلمية ثالثة ١٤٠٨هـ .

٣- الرازي : الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي : مختار الصحاح، طبعة جديدة مدققة مكتبة لبنان ١٤١٥هـ .

٤- الفيومي : الإمام أحمد بن محمد بن علي الفيومي:المصباح المنير ط دار القلم بيروت .

٥- مجمع اللغة العربية : المعجم الوجيز طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ١٤١٣ هـ .