

الفرق الرابع والثلاثون والمئة

بين قاعدة تعذر المحلوف عليه عقلاً

وبين قاعدة تعذره عادة أو شرعاً^(١)

اعلم^(٢) أنه إذا حلف / ليفعلنَ كذا، وتعذر الفعل عقلاً، لم يحنث ٣٩/ب
إذا لم يُمكنه الفعل قبل ذلك، فإن أمكنه ثم تعذر حنث، وسرُّ الفرق بين
التعذر العقلي وغيره، أن الناس إنما يقصدون بأيمانهم الحنث على
الفعل الممكن لهم، أما المتعذر عقلاً، فلم يوضع اللفظ في القسم حائثاً
عليه، فلذلك المتعذر عقلاً لا يوجب حنثاً، لأن الحلف على الشيء
مشروطٌ بإمكانه، وفوات الشرط يقتضي عدم المشروط، فلا يبقى الفعل
محلوفاً عليه، فلا يضره عدم فعله، أما المتعذر العادي أو الشرعي الذي
يكون الفعل معه ممكناً عادة فهذا مُندرج في اليمين عملاً بظاهر اللفظ،
فإن الحلف اقتضى الفعل في جميع الأحوال إلا ما دلَّ الدليل على
إخراجه.

وقيل: المتعذرات كلها سواء، وفي الفرق عدّة مسائل^(٣):

المسألة الأولى: إذا حلف ليذبحن الحمامة، فقام مكانه، فوجدها
ميتة. قال ابن القاسم والشافعي: لا حنث عليه^(٤)، بخلاف لو حلف

(١) انظر «الذخيرة» ٤/٥٥ للقرافي، و«فتح باب العناية» ٢/٢٧٨ لملا علي القاري.

(٢) سقط من الأصل.

(٣) انظر «الذخيرة» ٤/٥٦-٥٧ حيث ذكر هذه المسائل وغيرها.

(٤) هذه من مسائل «المدونة» ٢/١٤٨.

ليبيعنَّ أُمَّتَهُ، فيجِدُهَا حَامِلًا، عند ابنِ القاسمِ يَحْنُثُ^(١)، لأنَّ المانعَ شرعيًّا، وسوَّى بينهما سُحنونٌ في عَدَمِ الحِنْثِ.

قال مالك: الحالفُ ليضربنَّ امرأتهِ إلى سنةٍ فتموتُ قبلَ السنةِ لم يَحْنُثْ بموتِها، وهو على بَرٍّ. قال عبدُ الحقِّ في «تهذيب الطالب»: إن حلفَ ليركبنَّ الدابةَ، فُتسرقُ، يَحْنُثُ عند ابنِ القاسمِ، لأنَّ الفعلَ ممكنٌ عادةً، وإنَّما منعهُ السارقُ بخلافِ موتِ الحمامِ. وقال أشهبُ: لا يَحْنُثُ، لأنه متعذِّرٌ بسببِ السرقةِ، فإن ماتت قبلَ التمكنِ بَرٍّ، لتعذُّرِ الفعلِ عقلاً، ومَنعِ الغاصبِ والمستحقِّ كالسارقِ.

وإن حلفَ ليضربنَّ عبدهَ، فكاتبه، أو ليبيعنَّ أُمَّتَهُ، فوجدها حامِلاً يَحْنُثُ، لأنَّ المانعَ شرعيًّا، والفعلُ مُمكنٌ، وقال سُحنونٌ: لا يَحْنُثُ، لأنه متعذِّرٌ، وإن حلفَ لَيَطَأَنَّها، فوجدها حائضًا، يُخَرِّجُ الحِنْثُ على الخلافِ. وقال أشهبُ: إن حلفَ ليصومنَّ رمضانَ وشوَّالًا، إن صام يومَ الفطرِ بَرٍّ، وإلا حِنِثَ.

تنبيه: ومعنى قولِ الأصحاب: الفعلُ متعذِّرٌ عقلاً، يريدون أنَّ فعله من خوارقِ العاداتِ، وإلَّا فيمكنُ عقلاً أنَّ الله تعالى يُحيي الحمامَ والحيوانَ حتى يتأتَّى فيه أفعالُ الأحياءِ، لكنَّ ذلك خارقٌ للعادةِ بخلافِ السارقِ ونحوه، لا يقالُ: إنَّ الفعلَ / مستحيلٌ عادةً، فإنَّ من الممكنِ عادةً القُدرةَ على السارقِ والغاصبِ، وَيَفْعَلُ ما حلفَ عليه، فهذا تحريرُ القاعدتين والفرقُ بينهما.

(١) زيادة من المطبوع. قال في «الذخيرة» ٥٧/٤: وأصل ابنِ القاسمِ أنَّ الحالفَ ليفعلنَّ، لا يُعذِّرُ بالإكراهِ والغلبةِ إلا أن يَنْوِي ذلك.

الفرق الخامس والثلاثون والمئة

بين قاعدة المساجد الثلاثة يجب المشي

إليها والصلاة فيها إذا نذرَها، وقاعدة غيرها

من المساجد لا يجب المشي إليها إذا نذر الصلاة فيها^(١)

قال مالك رحمه الله في «المُدَوَّنَة»^(٢): إذا قال: عَلَيَّ أَنْ آتِيَ إِلَى الْمَدِينَةِ، أَوْ بَيْتِ الْمَقْدِسِ أَوْ الْمَشِيِّ إِلَيْهَا، فَلَا يَأْتِيهِمَا حَتَّى يَنْوِيَ الصَّلَاةَ فِي مَسْجِدَيْهِمَا أَوْ مَا يَلْزَمُ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَلَوْ نَذَرَ الصَّلَاةَ فِي غَيْرِهِمَا مِنَ الْمَسَاجِدِ صَلَّى بِمَوْضِعِهِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ.

وقال اللَّخْمِيُّ: قال القاضي إسماعيل: ناذرُ الصلاةِ في المسجدِ الحرامِ لا يلزمُه المَشْيُ إذا نذرَه، قال: والمشي في ذلك كله أفضل، لأنَّ المَشْيَ فِي الْقُرْبِ أَفْضَلُ وَهُوَ قُرْبَةٌ. قال: ومقتضى أصل مالك أن يأتي المكيَّ المدينةَ، لأنها أفضل، فإتيانها من مكَّة قُرْبَةٌ بخلاف الإتيان من المدينة إلى مكَّة، وقدَّم الشافعيُّ وأحمدُ المسجدَ الحرامَ عليها.

قال ابنُ يونسَ: يمشي إلى غيرِ الثلاثةِ المساجدِ من المساجدِ إن كان قريباً كالأميالِ اليسيرةِ ماشياً، ويُصلي فيه.

(١) أصلُ هذا الفرقِ في «الذخيرة» ٨٤/٤-٨٦ حيث ذكر مسائله بأعيانها، وانظر «اقتضاء الصراط المستقيم»: ٤٦٤ حيث حرَّرَ شيخ الإسلام ابنُ تيمية هذه المسألة، و«إعلام الساجد»: ٣٨٨، حيث استوعب الإمام الزركشي أقوالَ الشافعية في هذه المسألة.

(٢) انظر «المُدَوَّنَة» ٨٦/٢.

قال ابن حبيب: إذا كان بموضعه مسجدٌ جُمُوعَةٌ لزمَ المشي إليه،
وقاله مالكٌ، وبه أفتى ابنُ عباسٍ مَنْ بمسجدِ قُباء^(١)، وهو من المدينةِ
على ثلاثة أميال.

وفي «الجواهر»: الناذرُ إن كان بمكَّةَ، أو المدينةِ، ونذرَ بيتَ المقدسِ،
يُصَلِّي في مسجدِ موضعه لأنه أفضلٌ، وإن كان بالأقصى مضى إليهما،
ويمشي المكِّي إلى المدينةِ، والمدنيُّ إلى مكة للخروج من الخلاف^(٢).

وأصلُ البابِ قولُ رسولِ الله ﷺ: «لا تُعْمَلُ المَطِيَّةُ إلا لثلاثةِ
مساجدَ: مسجدي هذا ومسجدُ إيلياءَ، والمسجدُ الحرامِ»^(٣) واقتضى
ذلك عدمَ لزومِ المشي إلى غيرها، فإنَّ كلَّ ما وجبَ المشي إليه، وجبَ
إعمالُ الركابِ إليه، وإلا فلا^(٤).

(١) انظر «بداية المجتهد» ٦/ ١٦٠.

(٢) وهو الذي مشى عليه شيخ الإسلام في «اقتضاء الصراط المستقيم»: ٤٦٤، حيث
ذكر أنه يجبُ إتيانُ المساجدِ الثلاثةِ بالنَّذرِ، لكن إن أتى الفاضلُ أغناه عن إتيانِ
المفضولِ، فإذا نذرَ إتيانَ مسجدِ المدينةِ ومسجدِ إيلياءَ، أغناه إتيانُ المسجدِ
الحرامِ، . . . ، وذلك أنه قد ثبت في الصحيح - يعني البخاري (٦٦٩٦) - عن
النبيِّ ﷺ أنه قال: «مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعْهُ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَهُ فَلَا يَعْصِهِ»
وهذا يعمُّ كلَّ طاعةٍ سواها كان جنسها واجباً أو لم يكن، وإتيانُ الأفضلِ إجراءٌ
للحديثِ الواردِ في ذلك.

(٣) أخرجه الإمام مالك في «الموطأ» ١/ ١١٠-١١١ من طريق يزيد بن الهاد، عن
محمد بن إبراهيم، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، ومن طريق
مالك، أخرجه ابن حبان (٢٧٧٢) بإسنادٍ صحيح على شرط الشيخين.
وأخرجه النسائي في «السنن الكبرى» (١٧٦٦) من طريق قتيبة بن سعيد، عن بكر
ابن مضر، عن ابن الهاد به.

(٤) علَّقَ ابنُ الشاطِ على ما مضى من كلامِ القرافيِّ بقوله: ما حكاه لا كلامَ فيه، وما
قاله مِن أَنَّ الحديثَ يَقْتَضِي عدمَ لزومِ المشي إلى غيرها، ليس كما قال، بل
يقْتَضِي عدمَ إعمالِ المَطِيَّةِ إلى غيرها، والمرادُ بذلك - والله أعلم -: أن لا يتحمَّلَ =

وسِرُّ الفَرْقِ: أَنَّ النَّذْرَ لَا يُوَثَّرُ إِلَّا فِي مَدْبُوبٍ، فَمَا لَا رُجْحَانَ فِي فِعْلِهِ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ لَا يُوَثَّرُ فِيهِ النَّذْرُ، وَسَائِرُ الْمَسَاجِدِ مُسْتَوِيَةٌ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا بَيْنَتْ الْقُرْبَ، وَالتَّقَرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِالصَّلَاةِ فِيهَا، فَلَا يَجِبُ الْإِتْيَانُ إِلَى شَيْءٍ مِنْهَا لِعَدَمِ الرُّجْحَانِ^(١).

فَإِنْ قُلْتَ: الْمَسَاجِدُ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِهَا إِجْمَاعًا، وَبَعْضُهَا أَفْضَلُ مِنْ بَعْضٍ، بِاعْتِبَارِ كَثْرَةِ^(٢) طَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى فِيهَا، إِمَّا لِقِدَمِ هِجْرَتِهِ، أَوْ لِكثْرَةِ جَمَاعَتِهِ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ مِنْ أَسْبَابِ التَّفْضِيلِ، وَمُقْتَضَى ذَلِكَ وَجُوبُ الصَّلَاةِ فِيهَا إِذَا نُذِرْتَ لِأَجْلِ الرُّجْحَانِ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ.

قُلْتُ: سَوَالٌ جَلِيلٌ، وَالْجَوَابُ عَنْهُ: أَنَّ الْقَاعِدَةَ الشَّرْعِيَّةَ أَنَّ الْفِعْلَ قَدْ يَكُونُ رَاجِحًا فِي نَفْسِهِ، وَلَا يَكُونُ ضَمُّهُ لِرَاجِحٍ آخَرَ فِي نَفْسِهِ رَاجِحًا فِي نَظَرِ الشَّرْعِ، وَقَدْ يَكُونُ ضَمُّهُ رَاجِحًا. فَمِنَ الْأَوَّلِ: الصَّلَاةُ وَالْحَجُّ رَاجِحَانِ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَفْسِهِ، وَلَيْسَ ضَمُّهُمَا رَاجِحًا فِي نَظَرِ الشَّرْعِ، وَالصَّوْمُ وَالزَّكَاةُ رَاجِحَانِ مُنْفَرِدَيْنِ، وَلَيْسَ ضَمُّهُمَا رَاجِحًا فِي نَظَرِ الشَّرْعِ بَلْ قَدْ يَكُونُ الْفِعْلَانِ رَاجِحَيْنِ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ، وَضَمُّهُمَا مَرْجُوحٌ فِي نَظَرِ الشَّرْعِ كَالصَّوْمِ وَالْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، وَالتَّنْقُلِ فِي الْمُصَلِّيِّ مَعَ صَلَاةِ الْعِيدِ، وَالرُّكُوعِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «نُهِيتُ أَنْ أَقْرَأَ

= مشقَّة السفر الذي يحوِّج إلى إعمال المطيِّ إلا لهذه المساجد، فيبقى السفر الذي لا يحوِّج إلى إعمال المطيِّ، وما دون ذلك مما ليس بسفر، مسكوتاً عنه في الحديث. وما قاله: من أن كل ما وجب المشي إليه وجب إعمال الركاب إليه، والأفلا، دعوى لا حجة فيما ذكر عليها، والله أعلم.

(١) علَّق عليه ابن الشاطب بقوله: ما قاله من استواء المساجد وعدم الرجحان فيها، دعوى لم يأت عليها بحجة.

(٢) في المطبوع: إِمَّا لِكثْرَةِ، وَمَا فِي الْأَصْلِ مُوَافِقٌ لِمَا فِي «الذخيرة» ٨٥/٤ حيث ذكر السؤال والجواب.

القرآن راکعاً وساجداً»^(١) والدعاء في بعض أجزاء الصلاة كما قبل التشهد ونحوه .

ومِمَّا رَجَحَ منفرداً ومجتمعاً: الصوم والاعتكاف، والتسبيح والركوع ونحو ذلك، وقد تقدّم بسطُ هذه القاعدة، فاعتقادُ رُجْحَانِ المساجِدِ على غيرها، أو رُجْحَانِ بعضها على بعض لا يوجبُ اعتقادَ ضمِّ الصلاة إليها، لأنَّ اعتقادَ الرُّجْحَانِ الشرعيّ يتوقَّفُ على مُدْرِكٍ شرعيّ، ولم يَرِدْ، بل وردَ الحديثُ المتقدمُ بعدمِ ذلك^(٢)، وليس لك أن تقولَ: إنَّ رُجْحَانَهَا إنما ثبتَ باعتبارِ الصلاةِ فيها، فإني أمتنعُ ذلك، بل ما دلَّ الدليلُ على رُجْحَانِهَا باعتبارِ الصلاةِ إلّا باعتبارِ صلاةِ الفرضِ دونِ النفلِ من الصلاة، لقوله عليه السلام: «خيرُ صلاةٍ أحديكم في بيته إلا المكتوبة»^(٣)، مع أنَّ المساجدَ من حيث هي مساجدٌ مستويةٌ بالنسبةِ إلى المكتوبةِ أيضاً، حتى يردَ دليلٌ شرعيٌّ يقتضي رُجْحَانَ بعضها على بعض باعتبارِ فرضِ أو نفلِ،

(١) سبق تخريجه .

(٢) قوله: «فإن قلت: المساجدُ... إلى قوله: بعدم ذلك» علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قرّره من القاعدةِ صحيحٌ نقولُ بمُوجِبِهِ، ولا يلزمُ عنه مقصوده، وما قاله من اعتقادِ رُجْحَانِ المساجِدِ على غيرها أو رُجْحَانِ بعضها على بعض، لا يوجبُ اعتقادَ ضمِّ الصلاةِ إليها ليس بصحيح، فإنَّ المساجدَ لا معنى لفضلها على غيرها، أو فضلِ بعضها على بعض إلا بالنسبةِ إلى الصلاةِ فيها لا باعتبارِها في أنفسها. وما قاله من أنَّ الرُّجْحَانَ الشرعيّ يتوقَّفُ على مُدْرِكٍ شرعيّ صحيح، والمُدْرِكُ الشرعيُّ في ذلك الأمرِ المعلوم من الدينِ ضرورةً: أنَّ الصلاةَ المكتوبةَ في المسجدِ أفضلُ منها في غيره، وقوله: بل وردَ الحديثُ المتقدمُ بعدمِ ذلك، ليس بصحيح، بل وردَ بعدمِ إعمالِ المطيِّ، لا بعدمِ المشي جُملةً، فإنَّ إعمالَ المطيِّ أخصُّ من المشي مطلقاً، ونفْيُ الأخصِّ لا يستلزمُ نفْيَ الأعمّ.

(٣) أخرجه البخاري (٧٣١)، ومسلم (٧٨١) من حديثِ زيد بن ثابت .

فإنَّ الرُّجْحَانَ الشَّرْعِيَّ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ، يَتَوَقَّفُ عَلَى مُدْرِكٍ شَرْعِيٍّ،
وَالْحَدِيثُ السَّابِقُ اقْتَضَى عَكْسَ ذَلِكَ، فَلَا يَجِبُ السَّعْيُ حِينَئِذٍ إِلَى مَسْجِدٍ
غَيْرِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ نَذَرَهُ^(١)، وَأَمَّا مَا وَقَعَ مِنْ قَوْلِهِ: يَمْشِي إِلَى الْقَرِيبِ،
فمُرَاعَاةٌ لِمُرُورِ النَّذْرِ عَلَى وَجْهِ النَّذْبِ دُونَ الْإِلْزَامِ^(٢)، وَقَوْلُ ابْنِ
حَبِيبٍ: يَمْشِي لِمَسْجِدِ الْجُمُعَةِ، مُشَكِّلٌ يَتَوَقَّفُ ذَلِكَ عَلَى دَلِيلٍ يَدُلُّ عَلَيْهِ
لِمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْقَاعِدَةِ^(٣)، وَكَذَلِكَ قَوْلُ الْأَصْحَابِ: يَمْشِي إِلَى الْمَسْجِدِ
الْقَرِيبِ، اسْتِحْسَانًا مِنْ غَيْرِ مُدْرِكٍ ظَاهِرٍ وَالصَّوَابُ مَا تَقَدَّمَ^(٤).

فَإِنْ قُلْتَ: الْقَاعِدَةُ فِي النَّذْرِ أَنَّهُ لَا يُجْزَىءُ فِعْلُ الْأَعْلَى / عَنْ فِعْلِ
الْأَذْنَى إِذَا نَذَرَهُ^(٥)، فَمِنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بَرِغِيفٍ لَا يُجْزِئُهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ

(١) قَوْلُهُ: «وَلَيْسَ لَكَ أَنْ تَقُولَ... إِلَى قَوْلِهِ: وَإِنْ نَذَرَهُ» عُلِّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ:
مَا قَالَ مِنْ أَنَّ الْمَسَاجِدَ مُسْتَوِيَةٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمَكْتُوبَةِ مَعَ تَسْلِيمِهِ قَبْلَ هَذَا أَنَّ بَعْضَهَا
أَفْضَلُ مِنْ بَعْضٍ لَا يَتَّبِعُونَ لِي مَعْنَاهُ، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ الْأَعْمَالُ فِي بَعْضِ الْمَسَاجِدِ أَفْضَلَ
مِنَ الْأَعْمَالِ فِي غَيْرِهِ، فَمَا الْمُرَادُ بِفَضْلِ بَعْضِهَا عَلَى بَعْضٍ؟ وَمَا قَالَ مِنْ أَنَّ الْحُكْمَ
الشَّرْعِيَّ يَتَوَقَّفُ عَلَى مُدْرِكٍ شَرْعِيٍّ صَحِيحٍ، وَمَا قَالَ مِنْ أَنَّ الْحَدِيثَ السَّابِقَ يَقْتَضِي
عَكْسَ ذَلِكَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ، وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُهُ.

(٢) عُلِّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: مَا قَالَ فِي ذَلِكَ كَلَامٌ ضَعِيفٌ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَمْ
يَأْتِ بِهَا.

(٣) عُلِّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: إِنْ ثَبِتَ لَهُ دَلِيلٌ فَلَا إِشْكَالَ، وَإِلَّا أَشْكَلَ.

(٤) عُلِّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِئِ بِقَوْلِهِ: كَلَامُهُ هَذَا كَلَامٌ مُتَنَاقِضٌ، وَكَيْفَ يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ
الْأَصْحَابِ اسْتِحْسَانًا مِنْ غَيْرِ مُدْرِكٍ؟ وَهَلِ اسْتِحْسَانٌ إِلَّا مُدْرِكٌ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِهِ.

(٥) انظر «القواعد الكبرى» ٢/٢٩٧ حيث قال ابن عبد السلام: مَنْ نَذَرَ جَنْسًا لَمْ يَبْرَأْ
مِنْ نَذْرِهِ بِجَنْسٍ آخَرَ، وَإِنْ كَانَ أَفْضَلَ مِنَ الْمَنْذُورِ، فَمَنْ نَذَرَ التَّصَدَّقَ بِدَرَاهِمٍ لَمْ
يَبْرَأْ مِنْهُ بِدِينَارٍ وَلَا عِتْقٍ وَلَا حَجٍّ. وَإِنْ نَذَرَ أَنْ يَحِجَّ مَاشِيًا، فَحَجَّ رَاكِبًا، أَوْ أَنْ
يَحِجَّ رَاكِبًا، فَحَجَّ مَاشِيًا، فَقَدْ بَنَاهُ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى أَنَّ
الْأَفْضَلَ هُوَ الْمَشِيُّ أَوْ الرُّكُوبُ؟ وَبَرَّاهُ بِالْأَفْضَلِ مِنْهُمَا. وَقَالَ آخَرُونَ: لَا يَبْرَأُ =

بشوب، وإن كان أعظم منه وقعا عند الله تعالى وعند المسلمين، ومن نذر أن يصوم يوماً لم يُجزه أن يُصلي به بدلاً عن الصوم، وإن كانت الصلاة أفضل في نظر الشرع، ومن نذر أن يحج لم يُجزه أن يتصدق بالآلاف من الدنانير على الأولياء والضعفاء، ولا أن يُصلي السنين مع أن الصلاة أفضل من الحج، ونظائر ذلك كثيرة^(١)، وإذا تقررت هذه القاعدة كيف صح في هذا الباب أن من نذر أن يُصلي بالبيت المقدس يُصلي بالمدينة أو بمكة إذا كان مقيماً بهما ولا يأتي بيت المقدس، وغايته أنه ترك المفضل لفعل الفاضل، والقاعدة منع ذلك؟ فكيف ساغ ذلك هنا؟

قلت: ظاهر كلام الأصحاب أنه يصلي بالحرمتين إذا كان مقيماً بهما حالة التذّر، لأنه حينئذ نذر الخروج، وترك الصلاة^(٢) في الحرمتين حتى يُصليها بيت المقدس، فقد نذر المرجوح، والتذّر لا يؤثر في المرجوح بل في المندوب الراجح، أمّا إذا كان بغير المواضع الثلاثة من أقطار الدنيا، ونذر المشي إلى البيت المقدس ينبغي أن يتعيّن عليه^(٣)، أو

= بالفاضل منهما عن المفضل، لأنهما جنسان مختلفان، وهذا هو المختار، فإن المشي لا يجانس الركوب.

(١) قوله: «فإن قلت: القاعدة... إلى قوله: ونظائر ذلك كثيرة» علق عليه ابن الشاط بقوله: إنما لم يُجزه فعل الأعلى عن فعل الأدنى، وإن كان الأعلى أعظم قدرًا، لأن في ترك الأدنى المنذور مخالفة التذّر، وإذا خولف المنذور حصل ارتكاب الممنوع، وهو عدم الوفاء لله تعالى بما التزم لوجهه.

(٢) في الأصل: الخروج، وصوّبناه من المطبوع.

(٣) قوله: «وإذا تقررت هذه القاعدة... إلى قوله: يتعيّن عليه» علق عليه ابن الشاط بقوله: نقول: إذا كان الناذر مقيماً بالحرمتين، كان في ضمن نذره الصلاة ببيت المقدس ترك الراجح، وهو الصلاة بالمسجد الحرام، ومسجد النبي ﷺ، وهذا الذي قاله ليس بالظاهر، وإنما يكون الأمر كذلك لو لم يكن ترك التنفل =

يقال: الصلاة من حيث هي صلاة حقيقة واحدة، فالعدول فيها عن الصفة الدنيا إلى الصفة العليا لا يقدح في موجب النذر؛ ألا ترى أنه لو نذر أن يتصدق بثوب خلق أو غليظ، وغير ذلك من الصفات التي لا تتضمن مصلحة، بل هي مرجوحة في الثياب فتصدق بثوب جديد، أو غير ذلك من الثياب الموصوفة بالصفات الجيدة، فإنه يُجزئه، فإن النذر لما ورد على الثوب الخلق ورد على شيئين: أحدهما: أصل الثوب، والآخر: صفتُه.

فأما التصدق بأصل الثوب، فقربة، فتجب، وأما التصدق بوصف الخلق، فليس فيه نذبة شرعي، فلا يؤثر فيه النذر، فيجزى ضده^(١)، فكذلك ههنا؛ لما نذر الصلاة ببيت المقدس، فقد نذر الصلاة موصوفة بخمس مئة صلاة، كما ورد في الحديث^(٢). «أن الصلاة في بيت المقدس

= بالمسجدين جائزاً، أما وترك التنفل بهما جائز، فلا يلزم ذلك، فالظاهر ورود السؤال.

(١) قوله: «أو يقال: الصلاة... إلى قوله: فيجزى ضده» علق عليه ابن الشاط بقوله: كأنه في هذا الوجه من الجواب رام الفرق فيما بين الجنسين والصفتين. ففي الجنسين لا ينوب الأعلى عن الأدنى بخلاف الصفتين مع اتحاد الجنس، فإنه تنوب الصفة العليا عن الدنيا، وهذا الوجه، وإن كان أظهر من الأول من جهة أن الصفة الدنيا ليست راجحة في نظر الشرع، فإنه لا يقوى أيضاً من جهة أن فيه مخالفة النذر من حيث الجملة.

(٢) علق عليه ابن الشاط بقوله: لا يخفى ما في كلامه هذا من التسامح في قوله: «موصوفة بخمس مئة صلاة»، وهو وإن كان في معنى موصوفة بأنها تعدل خمس مئة صلاة، ليس من أوصاف المنذور حقيقة كما في الثوبين الجديد والخلق، بل هو من أوصاف المنذور إضافة باعتبار الجزاء عليه، وتنظير الوصف الإضافي بالحقيقي فيه ما فيه.

بِخَمْسٍ مِئَةِ صَلَاةٍ»^(١)، وهذه الخمسُ مئةٌ هي بعينها في الحرمين مع زيادةِ خَمْسٍ مِئَةٍ أُخَرَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «صَلَاةٌ فِي مَسْجِدِي هَذَا خَيْرٌ مِنْ أَلْفِ صَلَاةٍ فِي غَيْرِهِ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ»^(٢) فَكُلُّ مَا هُوَ مَطْلُوبٌ لِلشَّرْعِ فِي الْبَيْتِ الْمُقَدَّسِ هُوَ مَوْجُودٌ فِي الْحَرَمَيْنِ مِنْ أَصْلِ الصَّلَاةِ، وَزِيَادَةُ أَجْرِهَا، وَلَمْ يَفْتَرِقَا إِلَّا فِي زِيَادَةِ خَمْسٍ مِئَةٍ أُخْرَى تَحْصُلُ لَهُ فِي الْحَرَمَيْنِ^(٣)، وَتَرَكَ هَذِهِ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ / مَقْصُودَةٌ لِلشَّارِعِ، فَلَا جَرَمَ لِمَ يَتَعَلَّقُ بِهَا نَذْرٌ^(٤)، وَيَكُونُ وَزَانٌ ذَلِكَ مَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِثَوْبٍ فَتَصَدَّقَ بِثَوْبَيْنِ^(٥)،

ب/٤١

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه. وقد علق ابن الشاط على هذا الكلام بقوله: ليس الخمسُ مئةً التي في بيت المقدس هي بعينها التي في الحرمين مع الزيادة، ولا يصح ذلك، كيف والأفعال تختلف باختلاف المكان والزمان وغير ذلك من الأمور الموجبة لاختلاف كل فعلين داخلين تحت جنس واحد؟ مع أن هذه الخمس مئة ليست أفعالاً واقعة من المكلف، بل هي جزاء على فعله صلاة واحدة في البيت المقدس، فكل كلامه هذا غير مُحَقَّقٍ ولا محصّل، إلا أن يريد أن المجزي عليه بخمس مئة، والمجزي عليه بألف جنس واحد وهو الصلاة، فلذلك وجه، إلا أن عبارته بعيدة عن احتمال ذلك جداً.

(٣) علق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله من أن كل ما هو مطلوب للشرع من أصل الصلاة، وزيادة أجرها غير صحيح، فإن أجر الصلاة ليس بمطلوب، وإنما هو موهوب، وما قاله من أنهما لم يفترقا إلا في زيادة خمس مئة أخرى تحصل له في الحرمين غير صحيح أيضاً، فإنه ليس قدر ما يفضل به مسجد النبي ﷺ مسجد المقدس، مثل قدر ما يفضل به المسجد الحرام على حسب الخلاف في ذلك.

(٤) علق عليه ابن الشاط بقوله: تلك الزيادة ليست فعلاً للمكلف أصلاً، فليست مقصودة للشارع على وجه التذنب إليها، ولا على غير وجه التذنب أصلاً، وإنما هي جزاء.

(٥) علق عليه ابن الشاط بقوله: ليس وزانه ما ذكر؛ وكيف يُنظر بين جزاء فعل المكلف وبين متعلّق فعله؟ هذا خلل واضح!

فإنه يُجزئه إجماعاً^(١)، ولا يكون وزانه من نذر أن يصوم فصلئ^(٢)، لأنَّ خصوصَ الصوم من حيث هو صومٌ مطلوبٌ لصاحبِ الشرع، ولم يحصل هذا الخصوصُ في الصلاة^(٣) كما حصل خصوصُ الخمسِ مئةً في الألف^(٤) من غيرِ خَلَلِ البتَّة^(٥).

فهذا هو سرُّ الفرق بين قاعدةِ عدمِ إجزاءِ الراجحِ عن المرجوحِ في العباداتِ، وقاعدةِ إجزاءِ الصلاةِ بالحرمتينِ عن الصلاةِ ببيتِ المقدسِ، والصلاةِ في كلِّ مسجدٍ عن الصلاةِ في مسجدٍ آخرٍ من مساجدِ الأقطارِ فتأمل ذلك!^(٦)

تنبيه: مُقتضى ما تقرَّر في النَّذرِ لزومُ ثلاثةِ إشكالاتٍ على قواعدِ [الفقهاء]^(٧).

(١) علق عليه ابن الشاط بقوله: لا يخلو نادرُ التصدَّقِ بثوبٍ، ثمَّ يتصدَّقُ بثوبينِ، من أن يقصدَ الخروجَ عن عُهدةِ النَّذرِ بأحدِ الثوبينِ، أو بهما معاً، فإن قصدَ الأولِ، فذلك يُجزئه بلا شكٍّ، وإن قصدَ الخروجَ عن عُهدةِ النَّذرِ بهما معاً ففي ذلك نظرٌ، وما أرى دعوى الإجماعِ تصحُّ في ذلك.

(٢) علق عليه ابن الشاط بقوله: قد تبين أنه ليس وزانه ما ذكر قبلاً، وأما أنه ليس هذا وزانه، فظاهر.

(٣) علق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في هذا صحيحٌ ظاهرٌ.

(٤) علق عليه ابن الشاط بقوله: لو كانت الخمسُ مئةً والألفُ من أفعالِ المكلفِ، لما صحَّ حصولُ الخمسِ مئةً في الألفِ، فإنَّ الخمسَ مئةً مُقيَّدةٌ بالاقْتصارِ عليها، والألفُ مُقيَّدةٌ بتمامها، والقيدانِ لا يجتمعانِ.

(٥) علق عليه ابن الشاط بقوله: وأيُّ خَلَلٍ أعظمُ من خَلَلٍ يُوَدِّي إلى الجمعِ بين التَّقْيِضينِ!

(٦) علق عليه ابن الشاط بقوله: ليته لم يُفسَّر هذا السَّرُّ، فإنَّ مثله ممَّا يجبُ كتمه.

(٧) زيادة من المطبوع.

الإشكال الأول على ما يقوله الفقهاء: أن النذر لا يؤثر إلا في مندوب، ولا تأثير له في واجب، لأنه لازم له قبل النذر^(١)، ولا في مباح، لأن صاحب الشرع لا يلزم أحداً بفعل المباح نذره أم لا، والمكروه بطريق الأولى. وإذا كانت القاعدة أن النذر لا يؤثر إلا في راجح في نظر الشرع أشكل على ذلك إذا نذر أن يتصدق بهذا الشعير، ليس له أن يخرج عنه قمحاً، مع أن هذا الشعير مُشتمل على أمرين: أحدهما: المايّة، وهي موجودة في القمح، والتصدق بها راجح في نظر الشرع.

والثاني: كونه شعيراً، [وكونه شعيراً]^(٢) لم يؤمر بخصوصه في الصدقة، ولا هو راجح في نظر الشرع، فكان يلزم أن لا يلزمه خصوص الشعير، وكذلك إذا نذر أن يتصدق بهذا الثوب، فتصدق بألف دينار، لا يُجزئه، أو نذر أن يصوم، لا تُجزئه الصلاة مع اشتراكهما في القرية، وليس في خصوص الصوم وجه يرجح به على الصلاة حتى يؤثر فيه النذر، ويمنع من إقامة الصلاة مقامه، وكذلك القول في جميع الأجناس تتعين من الأموال والعبادات يلزم خصوصها بالنذر، وإن لم يكن ذلك الخصوص راجحاً في نظر الشرع، بل القرية ما اشتمل عليه ممّا هو مُشترك بينه وبين غيره، فقد أثر النذر فيما ليس براجح في نظر الشرع.^(٣)

(١) وهو كالصلاة المكتوبة، قال الموفق في «المغني» ١٣/٦٢٨: ويحتمل أن ينعقد نذره موجباً كفارة يمين إن تركه، كما لو حلف على فعله، فإن النذر يمين.

(٢) زيادة من المطبوع.

(٣) علق ابن الشاط على الإشكال الأول بقوله: ما قاله من أن النذر قد أثر فيما ليس براجح في نظر الشرع ليس بصحيح، بل أثر في راجح في نظر الشرع من أجل أن كل ما ذكر مندوب إليه على الجملة، لا من جهة أنه مندوب راجح، وإنما لم يثبت القمح عن الشعير، والصلاة عن الصوم، لأنه لم يندر القمح ولا الصلاة، فلو فعل=

الإشكال الثاني على قاعدة من يقول: إنَّ التَّقْدِينَ لا يتعيَّنان لعدم تعلقِ القَضْدِ بخصوصياتِها شَرْعاً وعادةً، فيلزَمُ هذا القائلُ أَنَّهُ إذا نَذَرَ أن يتصدَّقَ بهذا الدرهمِ أن يترُكَه ويُخرِجَ غيره، أو بهذا الدينارِ أن يترُكَه ويُخرِجَ غيره، مع أنَّ ظاهرَ كلامِهِم يقتضي تعيينه بالإخراج، وذلك يقتضي أنَّ الخصوصَ يتعلَّقُ به قَضْدٌ شرعيٌّ وعاديٌّ، وهو خلافُ قاعدتهم/ في عدمِ التعيين، ويلزَمُ إذا نَذَرَ أن يتصدَّقَ بهذا الدرهمِ، أو بدراهمٍ لم يُعيَّنْها أن يُخرِجَ عِوَضَها دنانيرَ، لأنَّ التقربَ في الماليةِ، لا في كَوْنِها دراهمَ أو دنانيرَ، بل قد يكون أحدهما أنفعَ للفقيرِ، وهو ما لم يَنذُرْ، لراحتهِ من الصرفِ في دَفْعِ الدراهمِ عن الدنانيرِ المنذورة^(١).

الإشكالُ الثالث: مقتضى ما تقدَّم من تقديمِ المسجدِ الحرامِ على المسجدِ الأقصى لزيادةِ فضيلتهِ مع تحصيلِ أصلِ التقربِ، أن تكونَ

= التصدُّقُ بالقمحِ بدلَ الشعيرِ، أو فعَلُ الصلاةِ بدلَ الصومِ، لكان قد خالفَ ما التزمه الله تعالى، وليس للندبِ أثرٌ إلا في تصييرِ المندوبِ من حيث هو مندوبٌ واجباً خاصاً، وامتنعت نيابةُ الجنسِ الأعلى من العباداتِ عن الجنسِ الأدنى منها، وكذلك نيابةُ الجنسِ الأعلى من متعلِّقِ العباداتِ عن الجنسِ الأدنى منه، لأنَّ فيه مخالفةَ النذرِ، وجازت نيابةُ الصفةِ العليا من صفاتِ متعلِّقِ العبادَةِ عن الدنيا، لأنه ليس في ذلك مخالفةٌ للتَّذرُّرِ، والفرقُ بين الأمرين أنَّ الجنسَ - أعني جنسَ العبادَةِ، أو مُتعلِّقَها ما هو جنسٌ - مقصودٌ من مقاصدِ الشرعِ، وصفةٌ مُتعلِّقَها إنما هي صفةٌ ليست مقصودةً له، وعلى الصفةِ تتخرَّجُ مسألةُ ناذرِ الصلاةِ في المسجدِ الأقصى فلا إشكالَ، والله أعلم.

(١) علقَ ابنُ الشاطِ على الإشكالِ الثاني بقوله: ما قاله وألزمه من يقول: إنَّ التَّقْدِينَ لا يتعيَّنان صحيحٌ، والله أعلم.

أجناسُ المنذوراتِ كُلُّها كذلك، يُقَدَّمُ فاضِلُها على مفضولها، [ويُخْرَجُ القمحُ بدلَ الشعيرِ، فيُطَلَّبُ الفرقُ] (١).

* * *

(١) ما بين المعكوفين زيادة من المطبوع. وقد علّق ابن الشاط على الإشكال الثالث بقوله: ليس ما قاله في ذلك بصحيح، فإنّ مسألة الحرام والأقصى ليست من نيابة الجنس عن الجنس، بل من نيابة الصفة العُلَيَا عن الصفة الدُنَيَا والله أعلم. قلت: وتلخيصُ القولِ في المنذوراتِ عندي: أنّ الناذرَ إذا نذرَ عملاً من أعمالِ البرِّ، فإنه لا يخلو من أن يكونَ منذوره ذلك مُعَيَّنَ الشخصِ كما إذا قال: لله عليّ أن أعتقَ هذا العبدَ، أو أتصدّقَ بهذا الثوبِ، أو لا يكونَ منذوره ذلك مُعَيَّنَ الشخصِ، فإنّه لا يُجزئه في الخروجِ عن عُهْدَةِ ذلك التَّنْذِرِ إلا ذلك المُعَيَّنُ، وإن لم يكن منذوره ذلك مُعَيَّنَ الشخصِ، فلا يخلو أن يكونَ معين النوعِ، كما إذا قال: لله عليّ أن أصومَ، أو لا يكونَ كذلك، فإن كان مُعَيَّنَ النوعِ، فلا يخلو مع كونه مُعَيَّنَ النوعِ أن يكونَ مُعَيَّنَ الصفةِ، أو لا يكونَ كذلك، فإن كان مُعَيَّنَ الصفةِ، فلا يخلو أن تكونَ الصفةُ مما يتعلّقُ بها مقصدٌ شرعيّ، أو لا تكونَ كذلك، فإن كان مُعَيَّنَ النوعِ فقط، فلا يُجزئه إلا ذلك النوعُ بأيّ صفةٍ كان، وإن كان مُعَيَّنَ النوعِ، والصفةُ من مُتعلّقِ المقصدِ الشرعيّ، فلا يجوزُ إلا كذلك، وإن كان مُعَيَّنَ النوعِ، والصفةُ ممّا لا يتعلّقُ بها مقصدٌ شرعيّ، فلا يُجزئه بأذنٍ من تلك الصفةِ، ويُجزئه بأعلى منها، وعلى هذا القسمُ تُخْرَجُ مسألةُ الأقصى والحرامِ، وإن كان غيرَ مُعَيَّنَ النوعِ، كما إذا قال: لله عليّ أن أعملَ عملاً صالحاً، فإنه يُجزئه أيّ عملٍ من أعمالِ البرِّ عمله، والله أعلم: وما قاله في الفرقِ بعده وهو الفرقِ السادس والثلاثون والمئة صحيحٌ، إلا قَوْلُهُ: «وهو أنّ الله تعالى أمرَ عباده أن يتأدّبوا معه كما يتأدّبوا مع أمثالهم» فإنه تشبيهٌ لا أرتضيه، وما قاله في الفرقِ بعده صحيحٌ كلُّه، وكذلك ما قال في الفرقِ بعدهما وهو التاسع والثلاثون والمئة ما عدا قوله في انحصارِ المبتدأ في الخبرِ، وما عدا قوله: إنّ قولَ الحنيفةِ يلزِمُ فيه التعارضُ دون قولِ المالكيةِ والشافعيةِ، وقد تقدّم التنبيهُ على الأمرينِ في الفرقِ الثالث والستين.

الفرق السادس والثلاثون والمئة

بين قاعدة المنذورات

وقاعدة غيرها من الواجبات الشرعية

اعلم أن الأوامر تتبع المصالح، كما أن النواهي تتبع المفساد، والمصلحة إن كانت في أدنى الرتب، كان المرتب عليها النذب، وإن كانت في أعلى الرتب، كان المرتب عليها الوجوب، ثم إن المصلحة تترقى، ويرتقي النذب بارتقائها حتى يكون أعلى مراتب النذب يلي أدنى مراتب الوجوب، وكذلك نقول في المفسدة التقسيم بجملته، وترتقي الكراهة بارتقاء المفسدة حتى يكون أعلى مراتب المكروه يلي أدنى مراتب التحريم.

إذا تقرر ذلك، علم حينئذ أن المصلحة التي تصلح للنذب لا تصلح للوجوب، لا سيما إن كان النذب في الرتبة الدنيا، فإن الشرع خصص المرتبة العليا من المصالح بالوجوب^(١)، وحث عليها بالزواج صوناً لتلك المصلحة عن الضياع، كما خصص المفساد العظيمة بالزجر والوعيد حسماً لمادة الفساد عن الدخول في الوجود تفضلاً منه تعالى عند أهل الحق، لا وجوباً عقلياً كما قالت المعتزلة^(٢)، ولو شاء الله تعالى لم

(١) انظر «القواعد الكبرى» ٦١/١ حيث نصّ ابن عبد السلام على أنه إذا عظمت المصلحة أوجبها الربُّ سبحانه وتعالى في كلِّ شريعة، وكذلك إذا عظمت المفسدة حرّمها في كلِّ شريعة.

(٢) على مذهبها المعروف في رعاية الأصلاح ووجوب اللطف، انظر «شرح الأصول الخمسة»: ٥١٨ للقاضي عبد الجبار، وهو مذهب وعاه أهل السنة، انظر «المسوّدة»: ٦٣ لآل تيمية، و«شرح مختصر الروضة» ٤٠٩/١ للطوفي.

يُرْتَبُ ذلك، هُذا في الأحكام المقررة في أصل الشريعة، وكذلك القولُ في الأسباب الشرعية: لم يجعل صاحبُ الشرع شيئاً سبباً وجوبِ فعلٍ على المكلفِ إلا وذلك السببُ مشتملٌ على مصلحةٍ تناسبُ الوجوبَ، فإن قَصُرَتْ عن ذلك جعلها سببَ الندب، وكذلك القولُ في أسبابِ التحريمِ والكراهةِ، فبذلُ الرغبةِ للجوعانِ المُشرفِ على الهلاكِ واجبٌ، وسببُ الوجوبِ الضرورةُ، وهذا السببُ مشتملٌ على حفظِ حياته، وهي مصلحةٌ عظيمةٌ تصلحُ للوجوبِ، وبذلُ الرغبةِ لمن يتوسَّعُ به على عائلتهِ من غيرِ ضرورةٍ مندوبٍ إليه، وسببُ هذا الندبِ التوسُّعُ دونِ دفعِ ضرورةٍ، فلم تنهضِ^(١) التوسُّعُ للوجوبِ لقصورِ مصلحتها، وكذلك القولُ في بقيةِ الأسبابِ الشرعيةِ في بابِ الأوامرِ، وفي بابِ النواهي.

ب/٤٢ إذا تقررت هذه القاعدةُ، فاعلم أن صاحبَ الشرع جعل/ الأحكام على قسمين^(٢): منها ما قرره في أصلِ شرعه، ولم يكله إلى خيرةِ الخلقِ، كوجوبِ الصلاةِ والصومِ في رمضان وغير ذلك، ومنها ما وكلَ وجوبه إلى خيرةِ الخلقِ، فإن شاؤوا أوجبوه على أنفسهم بإنشاء سببه وهو التذُّرُ، وإن شاؤوا لم يفعلوا ذلك، وكما جعل الأحكامَ على قسمين، جعل الأسبابَ أيضاً [على] قسمين: منها ما قرره في أصلِ شرعه، ولم يكله إلى خيرةِ المكلفِ، كالزوالِ، ورؤيةِ الهلالِ، ومالكِ النصابِ وغير ذلك، ومنها ما وكله للعبادِ، فإن شاؤوا جعلوه سبباً، وإن شاؤوا لم يجعلوه سبباً، وهو شرطُ النذورِ والطلاقِ والعَتاقِ ونحوها، فإنها أسبابٌ لوجودِ حقيقةِ السببِ فيها، فإنها يلزمُ من وجودِها الوجودُ، ومن عدمِها العدمُ، ولم يحضُرْ ذلك في المندوباتِ كما حصره في الأحكامِ

(١) في المطبوع: تَقْتَضِ التوسُّعُ الوجوبَ.

(٢) انظر «الذخيرة» ٩٦/٤ حيث ذكر القرافي هذه القاعدة.

المنذورات، فلا يؤثرُ النذرُ إلا في نقلِ مندوبٍ للواجبِ بطريقٍ واحدٍ، وهو النَّذْرُ، بل عَمَّ ذلك في سائرِ الممكناتِ المستقبلاتِ من الواجباتِ والمحرماتِ وغيرها ممَّا ليس من المُكتسباتِ كهبوبِ الرياحِ، ونُزولِ الأمطارِ ممَّا ليس فيه حكمٌ شرعيٌّ، ولا اكتسابٌ اختياريٌّ، فأبى ذلك شاءَ المكلفُ جعله سبباً لوجوبِ مندورٍ عليه، أو لزومِ طلاقٍ أو عتاقٍ له.

إذا تفرَّز هذا، حصل الفرقُ بين الواجبِ بالنذرِ، والواجبِ المتأصلِ في الشريعة من وجهين^(١):

أحدهما: قصورُ مصلحتهِ عن الوجوبِ، لأنَّ مصلحتهِ مصلحةٌ الندبِ، والالتزامُ لا يُغيِّرُ المصالحَ.

وثانيهما: أنَّ سببه لا يناسبُ الوجوبَ كالأسبابِ المُقرَّرةِ في أصلِ الشريعة كما تقدَّم، فتكونُ المنذوراتُ مستثنياتٍ من القواعدِ من هذين الوجهين، وهي في الاستثناءِ عن قاعدةِ الأسبابِ أشدُّ بُعداً عن القواعدِ، لأنَّ الأحكامَ انتقلت فيها المندوباتُ للواجباتِ، والمندوباتُ فيها أصلُ المصلحة، وأما في الأسبابِ، فقد يحصلُ ما هو عَرِيٌّ عن المصلحة البتَّةَ، كطيرانِ الغرابِ، وصريرِ البابِ، وعُبورِ الناموسِ، فلو قال: إن طارَ الغرابُ فعَلَيَّْ صدقةٌ دِرْهَمٍ، لزمه ذلك، أو امرأته طالقٌ أو غيرُ ذلك، لزمه جميعُ ما علَّقه إذا وُجِدَ المُعلَّقُ عليه، فصارت الأسبابُ أبعدَ عن القواعدِ من الأحكامِ مع بُعدِ الأحكامِ في أنفسها.

(١) انظر «المغني» ٦٢٢/١٣ حيث استوعب ابنُ قدامة أقسامَ التُّدورِ، وذكر بعضَ النقولِ التي توميء إلى أنَّ التُّدْرَ لا يقوى قوَّةَ الأصلِ، وأنَّ فرعَ على المشروعِ، وأنَّ الطاعةَ الملتزمةَ به تكون ممَّا له أصلٌ في الوجوبِ بالشرعِ.

فإن قُلْتَ: كيف اقتضت الحكمةُ الإلهيةُ اعتبارَ ما لا مصلحةَ فيه، أو إقامةَ مصلحةِ الندبِ/ للوجوبِ مع أن قاعدةَ عادةِ الله تعالى في الشرائعِ ١/٤٣ أن الأحكامَ تتبعُ المصالحَ على اختلافِ رُتبها؟

قلتُ: الأسبابُ يَخْلُفُ بعضها بعضاً، فكما أن عِظَمَ المصلحةِ سببُ الوجوبِ في عادةِ الشارعِ، فكذلك ههنا سببُ آخَرُ إذا فُقِدَتْ هذه المصلحةُ، وهي مصلحةُ أدبِ العبدِ مع الربِّ سبحانه وتعالى في أنه إذا وعدَ ربَّهُ بشيءٍ لا يُخْلِفُهُ إِيَّاهُ لا سِيَّما إذا التزمه وصَمَّم عليه.

فأدبُ العبدِ مع الربِّ، وحُسْنُ الوفاءِ، وتلقِّي هذه الالتزاماتِ بالقبولِ، خُلُقٌ كريمٌ هو سببُ خَلْفِ المصلحةِ التي في نفسِ الفعلِ، فقد يُستفادُ من هَيْئَةِ الفاعلِ وأحوالهِ وأخلاقِهِ مع خالقهِ ومعبودِهِ مصالحٌ عظيمةٌ، وأيُّ مَصْلِحَةٍ أعظمُ من الأدبِ! حتى قالَ رُوَيْمٌ^(١) لابنِهِ: يا بُنَيَّ اجعلْ عَمَلَكَ مِلْحاً، وأدبَكَ دَقِيقاً، أي: استكثرِ من الأدبِ حتى تكونَ نسبتهُ في الكثرةِ نسبةَ الدقيقِ إلى الملحِ، وكثيرُ الأدبِ مع قليلٍ من العملِ الصالحِ خيرٌ من كثيرِ العملِ مع قِلَّةِ الأدبِ، وهذه القاعدةُ قد تقدَّمَ التنبيهُ عليها، وهي أن الله تعالى أمرَ عبادهُ أن يتأدَّبوا معه كما يتأدَّبون^(٢) مع أمثالِهِمْ، فإنَّ ذلك هو الممكنُ في عبادةِ الله تعالى، فإنه لا تنفعُهُ الطاعةُ، ولا تضرُّهُ المعصيةُ.

(١) هو رُوَيْمُ بن أحمد البغدادي (ت ٣٠٣هـ)، من أعيانِ الصوفيةِ المتحقِّقين بالعلمِ، كان فقيهاً على مذهبِ أهلِ الظاهرِ، وكلامُهُ دالٌّ على وفورِ عَقْلِهِ وَعِلْمِهِ، أثنى عليه الإمامُ الذهبي في «سير أعلام النبلاء» ٢٣٤/١٤، له ترجمة في «طبقات الصوفية»: ١٨٠، و«تاريخ بغداد» ٤٣٠/٨.

(٢) في الأصل: يتأدَّبوا، والمجادة إثبات النون.

ولمّا كان الأدبُ مع الملوكِ أعظمَ نفعاً لفاعله، وأجدى عليه من^(١) كثيرِ الخدمةِ مع قلةِ الأدبِ، كان الواقعُ مع الله تعالى كذلك، وكذلك صدقُ الوعدِ، والوفاءُ بالالتزامِ من محاسنِ الأخلاقِ بين العبادِ، وفي معاملةِ الملوكِ، ولمّا عَظُمَ هذا المعنى، جُعِلَ هو سببَ الوجودِ بدلاً عن المصالحِ في أنفُسِ الأفعالِ، فتأمل ذلك!

وبهذا التقريرِ يظهرُ لك أنّ النذورَ، وإن خرجتَ عن القواعدِ من ذنبتك الوجهين، فقد رجعتَ إلى القواعدِ مِنْ هذا الوجه^(٢)، وصارتَ على وفقِ القواعدِ من جهةٍ أنّه ما عَرِيَ الوجوبُ عن مصلحةٍ تناسبه، وعلى هذا التقديرِ أيضاً حصلَ الفرقُ بين المنذوراتِ والشروطِ من جهةٍ أنّ مداركها غيرُ مداركِ الأسبابِ والواجباتِ الأصليةِ، وهي مصالحُ غيرُ مصالحِ أنفُسِ الأفعالِ.



(١) في الأصل: مع، وصوّبناه من المطبوع، وهو الذي يقتضيه السياق.

(٢) بل إن ابن دقيق العيد استشكل كراهة التذر أصلاً، أعني الكراهة المستفادة من قوله ﷺ فيما ثبت عند البخاري (٦٦٩٢) ومسلم (١٦٣٩)، «إِنَّ التَّذْرَ لَا يقدُمُ شَيْئاً وَلَا يُوخَّرُ، وَإِنَّمَا يُسْتَخْرَجُ بِالتَّذْرِ مِنَ البَخِيلِ» قال ابن دقيق في «شرح عمدة الأحكام» ٢/٢٦٦: في كراهة التذر إشكالٌ على القواعد، فإن القاعدة تقتضي أنّ وسيلة الطاعة طاعة، ووسيلة المعصية معصية،... ولمّا كان التذرُ وسيلةً إلى التزام قربةٍ، لزم على هذا أن يكون قربةً، إلّا أنّ ظاهر إطلاق الحديثِ دلٌّ على خلافه،... وعلى كلِّ تقديرٍ، فاتبع النصوصِ أولى.

الفرقُ السابعُ والثلاثون والمئة

بين قاعدة ما يحرمُ لصفته، وبين قاعدة ما يحرمُ لسببه^(١)

اعلم أن الله تعالى خلقَ المتناولاتِ للبشرِ في هذا العالمِ على قسمين:

قسمٌ يحرمُ لصفته، وهو ما اشتملَ على مفسدةٍ تناسبُ التحريمَ فيحرمُ، أو الكراهةَ فيكرهه، فالأولُ كالسُمومِ تحريمٌ لعظمِ مفسدتها، والثاني سباعُ الطيرِ أو الضبُعُ من الوحشِ على الخلافِ في ذلك^(٢).

وقسمٌ يُباحُ لصفته، إمَّا لاشتماله على المصلحةِ كالبرِّ واللحمِ الطيبِ من الأنعام، وإمَّا لعدمِ مفسدته ومصلحته، وهو قليلٌ/ في العالم، فلا يكادُ يوجدُ شيءٌ إلا وفيه مصلحةٌ أو مفسدة^(٣)، ويمكنُ تنظيره بأكلِ شعرةٍ من قطنٍ أو نحو ذلك ممَّا لا يظهرُ له أثرٌ في جسدِ ابنِ آدم، وإذا كانتِ الموجوداتُ في هذا العالمِ إما حرامًا لصفته، [أو مباحًا لصفته، انبنى على هذا قاعدةٌ أخرى، وهو أن كل ما حرمَ لصفته]^(٤) لا يُباحُ إلا بسببه، وما يُباحُ لصفته لا يحرمُ إلا بسببه.

فالقسمُ الأولُ كالميتةِ حرمتُ لصفتها، وهي اشتمالها على الفضلاتِ المُستفدرة، فلا تُباحُ إلا بسببها، وهو الاضطرارُ ونحوه من الأسبابِ،

(١) انظر أصول هذا الفرق في «الذخيرة» ١٠٨/٤.

(٢) انظر تفصيل ذلك في «الذخيرة» ١٠٠/٤، و«المغني» ٣١٩/١٣.

(٣) وقد قرره أحسن تقرير الإمام الشاطبي في «الموافقات» ٢٠/٢.

(٤) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

وكذلك الخمر حرم لصفته، وهو الإسكار فلا يُباح إلا بسببه، وهو الغصة^(١).

والقسم الثاني: كالبرِّ ولحوم الأنعام وغير ذلك من المأكَلِ والملابسِ والمساكينِ، أُبيحت لصفاتِها من المنافع والمصالح، فلا تحرم إلا بسببها، وهو الغضبُ والسرقةُ والعقودُ الفاسدةُ ونحوها، فهذه القاعدةُ في هذا الفرقِ مُطردةٌ في جميعِ المُتناولاتِ.

* * *

(١) وهو مُقيَّدٌ بما إذا لم يجد مائعاً سواها، ومثله العطشُ الشديد ولكن بشرط أن تكون الخمرُ ممزوجةً بما يروي من العطش، فإنَّها تُباح لدفعه عند الضرورة، كما تُباح الميئةُ عند المَحْمَصَةِ. أفاده الموقَّفُ في «المغني» ٤٩٩/١٣-٥٠٠.

الفرق الثامن والثلاثون والمئة

بين قاعدة تحريم سباع الوحش

وبين قاعدة تحريم سباع الطير^(١)

اعلم أن المناهي تعتمدُ المفسادَ؛ فما حَرَّمَ اللهُ تعالى شيئاً إلا لمفسدةٍ تحصلُ من تناوله، وقد أجرى اللهُ عادته أن الأغذية تنقلُ الأخلاقَ لخلقِ الحيوانِ المُتغذئِ به، حتى يقال: إنَّ العربَ لما أكلت من لحومِ الإبلِ حصلَ عندها قَرْظُ الإيثارِ بأقواتِها، لأنَّ ذلك شأنُ الإبلِ، فيجوعُ الجَمْعُ من الإبلِ الأيامَ، ثم يُوضَعُ لها ما تأكله مجتمعةً، فيضعُ كُلُّ منها فَمَهُ، فيتناولُ حاجته من غيرِ مدافعةٍ عن ذلك الحَبِّ، ولا يَطْرُدُ مَنْ يأكلُ معه، ولا تزالُ الإبلُ تأكلُ علفَها كذلك بالرَّفْقِ حتى يفنى جميعه من غيرِ مدافعةٍ بعضِها بعضاً بل مُعْرِضَةً عن ذلك، وعن مقدارٍ ما أكله غيرها ممَّا يجاوزها، وغيرها من الحيواناتِ يَقْتَتِلُ عندَ الاغتذاءِ على حَوْزِ الغذاءِ، وتمنعُ مَنْ يأكلُ معها أن يتناولَ شيئاً، وذلك مُشَاهِدٌ في السباعِ والكلابِ والأغنامِ وغيرها، فانتقلَ ذلك لخلقِ الأعرابِ، فحصلَ عندهم من الإيثارِ للضيفِ ما لم يحصلُ عند غيرهم من الأممِ.

كما أنه حصلَ عندهم الحِقْدُ أيضاً، لأنَّ الجملَ يأخذُ ثأره ممن آذاه بعدَ مُدَّةٍ طويلة^(٢)، ولا يزولُ ذلك عن خاطره، حتى يُقال: إنَّ أربعاً

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ١٠١/٤.

(٢) واستدلَّ له شيخ الإسلام ابن تيمية بما ثبت عن رسول الله ﷺ من الأمرِ بالوضوءِ من لحومِ الإبلِ، أخرجه أحمد ٥٠٩/٣٠ وغيره من حديث البراء بن عازب، قال في «القواعد النورانية الفقهية»: ٧: فأكلُ لحومِها يُورثُ قوَّةً شيطانيةً تزولُ بما أمرَ =

أكلت أربعاً، فأفادتها أربعاً، أكلت العربُ لحومَ الإبلِ، فأفادتها الحقدَ، وأكلت السودانُ القروذَ^(١)، فأفادتها الرقصَ، وأكلت الفرنجُ الخنازيرَ، فأفادتها عَدَمَ الغيرةِ، وأكلت التركُ الخيلَ، فأفادتها القساوةَ. وإذا تقررَ هذا، فهذه/ السباعُ في غايةِ الظلمِ، وقلَّةُ الرحمةِ، تأكلُ الحيواناتِ من ١/٤٤ غيرِ اكتراثٍ بهلاكٍ تلكَ الحيواناتِ، ولا فسادِ أبنيتها، ولا ما تجده من الآلامِ في تمزيقِ أعضائها، وتثبُّ على ذلكِ وثوباً شديداً من غيرِ توقُّفٍ في ذلكِ لحاجةٍ ولغيرِ حاجةٍ، وذلكَ لفرطِ ظلمِها، وقلَّةِ رحميتها، وذلكَ متوقِّفٌ في سباعِ الوحشِ أكثرَ منه في سباعِ الطيرِ، فأينَ الأسدُ من العقابِ والصَّقرِ! وأينَ النَّمْرُ والفهدُ من الضَّبُعِ والنَّسرِ وغيرِهما من الحَدَّاتِ والغزبانِ ونحوها!

فلَمَّا عَظَمَتِ المفسدةُ والظلمُ في سباعِ الوحشِ، حَرَمَتِ لئلا يتناولها بنو آدمَ، فتصيرَ أخلاقهم كذلك، ولما قَصُرَتِ مفسدةُ سباعِ الطيرِ عن ذلكِ، فَمِنَ الفقهاءِ من نهضَ عنده ذلكَ للتحريمِ دفعاً لمفسدةِ سوءِ الأخلاقِ، وإن قَلَّتْ، ومنهم من لم ينهضْ عنده ذلكَ للتحريمِ لخفةِ أمره، فاقصرَ به على الكراهةِ^(٢)، فهذا هو الفرقُ بين قاعدةِ سباعِ الوحشِ وسباعِ الطيرِ.

= به النبي ﷺ من الوضوء من لحمها، كما صحَّ ذلكَ عنه من غيرِ وجهٍ، . . . فمن تَوْضُأً من لحومها، اندفعَ عنه ما يُصيبُ المدمنينَ لأكلِها من غيرِ وضوءٍ - كالأعرابِ - من الحقدِ وقسوةِ القلبِ التي أشارَ إليها النبي ﷺ بقوله المخرَجِ في «الصحيحين»: «إِنَّ الغِلْظَةَ وقسوةَ القلوبِ في الفدَّادينِ أصحابِ الإبلِ، وإنَّ السكينةَ في أهلِ الغنمِ». انتهى كلامه.

(١) القروذ لا تؤكل، وعلى القولِ بالتحريمِ مشى الموقِّقُ في «المغني» ٣٢٠/١٣، واختلفت المالكية في إباحته وتحريمه، انظر «الذخيرة» ١٠١/٤ - ١٠٢.

(٢) بل نقل الموقِّقُ في «المغني» ٣٢٢/١٣ عن الإمام مالك قوله: لم أرَ أحداً من أهلِ العلمِ يكره سباعِ الطيرِ، والجمهورُ على خلافِ هذا القولِ، واحتجَّ له الموقِّقُ بقوة.

الفرق التاسع والثلاثون والمئة

بين قاعدة ذكاة الحيات، وقاعدة ذكاة غيرها من الحيوانات^(١)

قال مالك في «المدونة»^(٢): لا بأس بأكل الحيات؛ إذا ذكيت في موضع ذكاتها، جاز أكلها لمن احتاج إلى ذلك، وأشار صاحب «الجواهر» أنها تُذكى كما يُذكى الصيد، ومقتضى ظاهر قوله أنها لأجل العجز عنها إذا جرحت في أي موضع كان من جسدها، جاز تناولها عند الحاجة إليها، وهو سبب لهلاك متناولها، ولم يُطلق مالك هذا الإطلاق، بل قال: إذا ذكيت في موضع ذكاتها، ولم يقل: إذا ذكيت مثل الصيد، والسبب في ذلك، أن ذكاة الحيات لا يُحكّمها إلا طبيب ماهر، وصفة ذكاتها على ما اختاره المتأخرون من الأطباء إذا أرادوا استعمالها في الترياق^(٣) الفاروق، أو لمداواة الجذام: أن تُمسك برأسها وذنبها من غير عنف، حذراً من أن يحصل لها غيظ، فيدور السم في جسدها، فإذا أخذت كذلك، تُبَيّت على مسمارٍ مضروبٍ في لوح، ثم تُضرب بالة حادة كالقدوم الحادّ مثل الموسى ونحوها من الآلات الحادة الرزينة، وهي ممدودة على تلك الخشبة، ويقصد بتلك الضربة آخر الرقبة من جهة

(١) انظر أصل هذا الفرق في «الذخيرة» ١٠٣/٤.

(٢) انظر «المدونة» ٦٤/٢.

(٣) هو دواء مركّب تُستعمل فيه لحوم الأفاعي، وجذور تسميته يونانية كما في «القاموس المحيط»: ١١٢٤. وقد نصّ الموقّق في «المغني» ٣٤٢/١٣ على عدم جواز أكله أو شربه، لما يُجعل فيه من لحوم الحيات، ولحم الحية حرام، قال: ورخص فيه الشعبي ومالك، لأنه يرى إباحة لحوم الحيات، ويقتضيه مذهب الشافعي، لإباحته التداوي ببعض المحرّمات.

رقيتها وذنبها، فإن بين رأسها ووسطها مقداراً رقيقاً^(١)، وبين ذنبها ووسطها مقدارٌ رقيق، فيتجاوز ذلك الرقيق من الجهتين، ويوصل المقدار الغليظ الذي في وسطها فلا يترك غيره، ويُجازُ الرقيقان إلى جهة الرأس والذنب، ويُقطعُ جميع ذلك في فورٍ واحدٍ بضربةٍ/ واحدةٍ وجيزةٍ، فمتى ب/٤٤ بقيت جلدةٌ يسيرةٌ لم تقطع مع الجملة، قتلت آكلها، لأن السم حينئذ يجري من جهة الرأس والذنب في تلك الجلدة اليسيرة إلى بقية جسدها الذي هو الجزء الغليظ بسبب ما يحدث لها من الغضب عند الإحساس بالحم الحديد، وهذا معنى قول مالك: «موضع ذكاتها»، فهذا هو الفرق بين ذكاتها، وذكاة غيرها من الحيوانات، فهذا فرقٌ من جهة صفة الذكاة.

وفيها فرق آخرٌ من جهة المعنى، وهو أن الذكاة شرعت فيها لأجل السلامة من سمها، ولا يكاد يخرج منها دمٌ عند ذكاتها البتة، وإنما المقصود السلامة من سم رأسها وذنبها، ولذلك تُذكى من وسطها، وشرعت الذكاة في غيرها من الحيوانات لاستخراج الفضلات المحرّمة من أجسادها بأسهل الطرق على الحيوان، ولا بدُّ من ملاحظة القيد الأخير، فإننا لو وسطنا الحيوان أو ضربنا عنقه خرجت منه الفضلات، لكن ذلك شاقٌّ على الحيوان بسبب كثرة ما يخرج، فاختار الشرع قطع الأوداج والحلقوم لتخرج الفضلات، وهي الدماء والأخلاط كلها من الأوداج، وقطعها خفيفاً على الحيوان بالنسبة إلى التوسط أو ضرب العنق، وقطع الحلقوم يوجب قطع النفس، لأنه مجراه، فيختنق الحيوان فيسرع إليه الموت^(٢).

(١) في الأصل: مقدارٌ رقيق بالرفع، وصوابه بالنصب لأنه اسم «إن» مؤخر.

(٢) وهذا من تمام الرحمة والإحسان المستفاد من قوله ﷺ: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء»، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليجدد =

ولما كانت هذه قاعدة تذكية الحيوان، تخرَج^(١) عليها الخلاف في صورة الذكاة، فمن لاحظ عدم الفضلات في الجراد وغيره ممَّا ليس له نفس سائلة، لم يشترط الذكاة فيها، وجعل استخراج الفضلات أصلاً وإراحة الحيوان تبعاً، وأجاز مئنة ذلك كله، وهو ظاهر الحديث في قوله عليه السلام: «أُحِلَّتْ لَنَا مَيْتَانِ وَدِمَانِ»^(٢). فالدِّمَانُ: الكَبِدُ والطَّحَالُ، والمَيْتَانِ: السَّمْكُ والجراد، ومن لاحظ سرعة زهوق الروح، وجعله أصلاً في نفسه، لم يُجزها إلا بذكاة، وهو مشهور مذهب مالك رحمه الله ومن لاحظ قاعدة أخرى، وهو إلحاق النادر بالغالب في الشريعة، أسقط ذكاة ما يعيش في البر من دواب البحر كالتمساح والترسة^(٣) وغيرهما نظراً لغالبه، فإنه لا يعيش في البر، وهو مشهور مذهب مالك رحمه الله ١/٤٥ الله^(٤)، ومن لاحظ القاعدة الأولى وجعل مئنة البحر/ على خلاف الأصل، لم يسقط الذكاة في هذا النوع، ويؤيده قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ

= أَحْدُكُم شَفْرَتَهُ، وَلِيُرْخَ ذَبِيحَتَهُ» أخرجه مسلم (١٩٥٥)، وأبو داود (٢٨١٥) وغيرهما من حديث شداد بن أوس، وصححه ابن حبان (٥٨٨٣) وفيه تمام تخريجه.

وقد ثبت في الطب الحديث أن هذه الطريقة في الذبح هي الطريقة الصالحة الصحيحة العائدة بالنفع على الإنسان، وبالرحمة على الحيوان، وأن ما يفعله الأعاجم من خنق الحيوان وصعقه بالكهرباء وغيرها من الوسائل ليس جارياً على السداد، فالحمد لله على نعمة الإسلام.

(١) في المطبوع: تعيَّن أن يُخرَج.

(٢) أخرجه الإمام أحمد ١٦/١٠، وابن ماجه (٣٢١٨)، والبيهقي في «السنن الكبرى» ٢٥٤/١، وغيرهم، وحسنه شيخنا في التعليق على «المسند»، وفيه تمام تخريجه، وانظر «نصب الراية» ٢٠٢/٤ للحافظ الزيلعي.

(٣) وهي السلحفاة البرية، انظر «حياة الحيوان الكبرى» ٥٠٢/١ للدُمَيْرِي.

(٤) انظر «الذخيرة» ٩٧/٤.

عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ ﴿ [المائدة: ٣] وهذه مَيْتَةٌ، أو يلاحظُ قاعدةً أخرى، وهي حملُ اللفظ العامِّ على سببه دون عُمومه، فيختصُّ بالمَيْتَةِ التي وردت الآيةُ فيها، وهي المَيْتَةُ التي كانوا يأكلونها من الحيوانِ البريِّ، ويقولون: تأكلون ما قتلتم، ولا تأكلون ما قتل الله^(١).

فهذه القواعدُ والأسرارُ هي الفرقُ بين هذه المواطن، ولم يبقَ منها إلا ذكاةُ الجنينِ في بعضِ أحواله. قال أصحابنا: إذا لم تجر فيه حياةٌ لم تصحَّ فيه ذكاةٌ، لا من قبيله ولا من قبيل أمه، ولا يؤكَلُ وإن جرت فيه الحياة، وعلامةُ ذلك عندنا كمالُ الخلقِ ونباتُ الشعر، فإن ذكيت الأمُّ وخرج حياً، ثم مات على الفور كرهه ابنُ المَوَاز، ووقع في «الجلاب» تحريمه، وإن استهلَّ صارحاً انفردَ بحكمِ نفسه، وإن لم تُذكَ الأمُّ والقتنه ميتاً لم يؤكَلُ، وكذلك إن كان حياً حياةً لا يعيش معها، علِمَ ذلك أو شكَّ فيه، وإن ذكيت الأمُّ فخرج ميتاً فذكاؤها ذكاته، وقاله الشافعي^(٢).

(١) قد أخرج أبو داود (٢٨١٩) من حديثِ ابن عباس قال: جاءت اليهودُ إلى النبي ﷺ فقالوا: نأكلُ مما قتلنا، ولا نأكلُ مما قتل الله؟ فأنزل الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اللَّهُ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١]، وأخرجه الطبري في «التفسير» ١٨/٨-١٩، وتعقبه ابن كثير في «التفسير» ٣/٣٢٨ وقال: وهذا فيه نظرٌ من وجوه ثلاثة:

أحدها: أنَّ اليهودَ لا يَرَوْنَ إباحةَ المَيْتَةِ حتى يجادلوا.

الثاني: أنَّ الآيةَ من الأنعام، وهي مكية.

الثالث: أن هذا الحديث رواه الترمذي (٣٠٦٩) بلفظ: أتى ناسٌ النبي ﷺ فذكروه،

وقال: حسن غريب، روي عن سعيد بن جبيرة مرسلًا.

(٢) انظر «الذخيرة» ٤/١٢٩.

وقال أبو حنيفة: لا بُدُّ له من ذكاةٍ تخصُّه، ولا يكفي فيه ذكاةُ أمه^(١)، ومنشأ الخلاف أن ذكاةَ أمه تُسرِّعُ زهوقَ نفسه بسهولة، فإنه كالجزء منها، فلا يحتاج إلى ذكاة، أو يلاحظ أنه حيوانٌ مُستقلُّ الأعضاء والفضلات، فيحتاج إلى ذكاةٍ تخصُّه، وموته بموتِ أمه موتٌ له بالغم والآفاتِ الحاصلة له في محلِّه، والموتُ بذلك لا يبيحُ في غيرِ صورةِ النزاع، فكذا في صورةِ النزاع، فهذا منشأ الخلاف من حيثِ القواعد.

وأما من حيثِ النصب، فقولُه عليه السلام: «ذكاةُ الجنينِ ذكاةُ أمه»^(٢) خرَّجه أبو داود. يروى برفع الذكاة الثانية، ونصبها، فنحنُ والشافعيةُ نعتدُّ على روايةِ الرفع، ووجهُ الاعتمادِ عليها أنَّ المبتدأَ يجبُ انحصارهُ في الخبر، والمبتدأُ هنا «ذكاةُ الجنينِ» فينحصرُ في ذكاةِ أمه، فلا يحتاجُ إلى ذكاةٍ أخرى، وإلا لما انحصرت في ذكاةِ أمه، واعتمدَ الحنفيةُ على روايةِ النصب، والتقديرُ لوجهِ الحجَّةِ منها أنَّ هذا النَّصبَ لا بُدُّ له من عاملٍ يقتضي النصب، وتقديرُه عندهم: ذكاةُ الجنينِ أن يذكى ذكاةً مثلَ ذكاةِ أمه، فحذفَ «مثل» الذي هو نعتٌ للمصدرِ المحذوف، وهو مضافٌ لذكاةِ أمه، فأقيمَ المضافُ إليه مقامه، فأعربَ كإعرابه بالنصب، لأنَّ القاعدةَ أنَّ المضافَ إليه متى أُقيمَ مقامَ المضافِ أعربَ كإعرابه، وحذفَ الناصبُ/ لهذا المصدرِ مع المصدرِ ونعته، وبقي الكلامُ كما ترى، فهذا تقريرُ مذهبهم، ووجهُ الحجَّةِ لهم من الحديث.

ب/٤٥

(١) انظر «فتح باب العناية» ٦٤-٦٥/٣ لملا علي القاري، ونقل عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن موافقتهما للمالكية والشافعية، واحتجَّ لأبي حنيفة بقوله: إنَّ الله حرَّم الميتةَ وشرَّطَ الذكاةَ بقوله: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣]، فيحرِّمُ الجنينَ الميتَ بنصِّ الكتاب، وما رُوِيَ لا يعارضُ الدليلَ القطعيَّ في فصل الخطاب، يعني حديث «ذكاةُ الجنينِ ذكاةُ أمه».

(٢) سبق تخريجه.

ولنا عنه جوابٌ حَسَنٌ، وذلك أن نقول: ما يتعيَّنُ التقديرُ فيما ذكرتموه، بل يصحُّ النَّصْبُ بتقديرٍ آخَرَ، وهو قولنا: ذكاةُ الجنينِ داخلةٌ في ذكاةِ أمه، فيكونُ «ذكاةُ أمه» منصوباً على أنه مفعولٌ على السَّعة، أو على الظرفِ بإسقاطِ حرفِ الجرِّ، وكان الأصلُ: «في ذكاةِ أمه» فحُذِفَ حرفُ الجرِّ، فانتصبَ المجرور، وهذا التقديرُ أولى لوجهين:

أحدهما: أنَّ المحذوفَ حينئذٍ يكونُ كلمةً واحدةً، وهي قولنا: «داخلةٌ»، وحرفُ الجرِّ إن قلنا به، وأمَّا على تقديرِكُم فيكونُ المحذوفُ أربعَ كلماتٍ، ولا خلافَ أنَّ قِلَّةَ الحذفِ أولى فيكونُ ما ذكرناه أولى.

وثانيهما: أنَّ تقديرنا يُؤدِّي إلى الجَمْعِ بين روايةِ النصبِ والرفعِ وعدمِ التعارضِ، وما ذكرتموه يُفضي إلى التعارضِ، وما أفضى إلى عدمِ التعارضِ كان أولى، فما ذكرناه أولى^(١).

مسألة قال صاحبُ «البيان»^(٢): قال ابنُ القاسمِ: الدابةُ التي لا يؤكَلُ

(١) وللموفقِ تحريراً موفقاً لهذا المقام، بسطه في «المغني» ٣٠٨/١٣.

(٢) يعني «البيان والتحصيل» لابن رشد الجَدِّ الكبير.

قلت: قد وقع شيءٌ منكرٌ جداً في طبعة دار السلام في هذا الموطن، فقد قال الأستاذان المحققان ما نصَّه: صاحبُ «البيان»: هو الإمامُ العلامة قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الفارابي أبو حنيفة الأتقاني، قد دمشق سنة ٧٤٧هـ، ثم انتقل إلى مصر، ودرَّسَ بها بجامع المارداني، كان رأساً في الحنفية، بارعاً في الفقه واللغة، من مصنفاته: «التبيين في شرح المنتخب الحسامي» و«شرح الهداية» وسمَّاه «غاية البيان ونادرة الأقران»، ترجمة في «الدرر الكامنة» ١/٤٤٢-٤٤٥، النجوم الزاهرة ١٠/٣٢٥. انتهى.

فانظر إلى هذا التحقيق الباهر، وكيف خفي على كاتبه أن القرافي قد مات قبل هذا التاريخ بثلاثِ وستين سنة! وأنَّ إشارات المالكية إنما تكون إلى دواوين فقهِهِم، فتأمل ذلك، فإنَّه من صيودِ الخواطر التي لا تَسْمَحُ الأيامُ بمثلها إلا في الفرطِ والتُّدرة؟!.

لحمها إذا طال مرضها، أو تعبت من السير في أرض لا علف فيها،
ذبحها أولى من بقائها لتحصل راحتها من العذاب.

وقيل: تُعَقَّرُ لئلا يُغريَ الناسَ ذبحها على أكليها، وقال ابنُ وهبٍ: لا
تُذَبِّحُ ولا تُعَقَّرُ، لتهيئه عليه السلام عن تعذيبِ الحيوانِ لغيرِ مأكلة^(١).

فرغ مُرَّغَب^(٢): إذا تركها صاحبها، فعلفها غيره ثم وجدها، قال
مالكٌ: هو أحقُّ بها، لأنه مُكْرَهُ على تركها بالاضطرارِ لذلك، ويدفعُ ما
أنفق عليها، وقيل: هي لعالفها لإعراضِ المالكِ عنها، فهذا هو استيعابُ
هذا البابِ بعَلِّله ومقاصده إذا كان مقدوراً عليه.

أما غيرُ المقدورِ عليه، وهو الصيد، فلما كان المقصودُ في الحيوانِ
المقدورِ عليه القصدُ إلى استخراجِ الدمِ الحرامِ المُسْتَحَبِّثِ من اللحمِ
الحلالِ الطيبِ بأسهلِ الطرقِ على تلكِ الحيوانات، وهو فيها مُمكنٌ بالآلةِ
تصلحُ لذلك، وهذا كُلهُ مُتَسَرِّ في الإنسيِّ، وقد تعذَّرَ في الوحشيِّ
استخراجُ الدمِ وسهولةُ الطريقِ، وبقيَ القصدُ والآلةُ، ونزَلَ السَّهْمُ منزلةَ
المُدْيَةِ لضرورةِ الفرارِ والتوحُّشِ، فهو في المَرْتَبَةِ الثانيةِ، ويليه في المَرْتَبَةِ
الثالثةِ الجارحُ، لأنه له اختيارٌ يبعُدُ بسببه عن كونه آلةً، لأنه يجوزُ
لنفسه،/ لكن عارضَ كونه مختاراً عَدَمُ العقلِ فيه، فعَدَمُ عقله مُخِلٌّ
باختياره مُضافاً إلى التعليمِ الحاصلِ فيه، والأوهامِ التي حَصَلَهَا فيه
الآدميِّ بسببِ التعليمِ والسياسةِ الخاصةِ، فصار ذلك مُقَرَّباً لكونه آلةً له،
ولذلك لا يصلحُ أن يكونَ المجوسيُّ آلةً لعقله وكمالِ اختياره، وإن كان

(١) قد أخرج الإمام أحمد ٢٠٤/١٩ من حديث أنس بن مالك قال: نهى رسول الله
ﷺ أن تُصَبَّرَ البهائمُ أي: تُحْبَسَ وتُجَعَلَ هدفاً يرمى إليه، وأخرجه البخاري
(٥٥١٣) ومسلم (١٩٥٦) وتمام تخريجه في «المسند».

(٢) انظر «الذخيرة» ١٣١/٤.

الله تعالى جعل ذبيحته ميتة كافتراسِ الوحوش^(١)، كما جعل نساءهم كالبهائم يحرمُ وطؤهنَّ بسببِ عدمِ تعظيمهم للكتبِ الإلهية، والرُّسلِ الربانية، فاهتَضَموا إلى حيثُ جُعِلوا كالبهائم، وميَّزَ أهلُ الكتابِ عليهم لتعظيمهم الرسل والرسائل من حيثُ الجملة.

* * *

(١) قال الموفق في «المغني» ٢٩٦/١٣: أجمع أهلُ العلم على تحريم صبيدِ المجوسيِّ وذبيحته إلا ما لا ذكاة له، كالسمك والجراد. ثم ذكر مذهبَ أبي ثورٍ في إباحة صيدهم وذبيحتهم، وأنهم كاليهود والنصارى، واحتجَّ بقوله ﷺ: «سُئِلوا بهم سُنةَ أهلِ الكتاب»، واحتجَّ بروايةٍ عن سعيد بن المسيَّب، قال الموقِّق: وهذا قولٌ يخالفُ الإجماعَ، فلا عبرة به قال إبراهيم الحربي: خرق أبو ثورٍ الإجماعَ!

الفرقُ الأربعون والمئة

بين قاعدة أنكحة الصبيان تنعقدُ

إذا كانوا مُطيقين للوطءِ وللوليِّ الإجازةُ

والفسخُ وبين قاعدة طلاقهم فإنه لا ينعقد

ووجهُ الإشكالِ فيهما، والجامعُ بينهما: أنَّ خطابَ الوضعِ كما تقدَّمَ هو الخطابُ بالأسبابِ والشروطِ والموانعِ والتقاديرِ الشرعية، وقد تقدَّمَ بسُطُها، وأنها لا يُشترطُ فيها التكليفُ ولا العلمُ^(١)، ولذلك نوجبُ الضمانَ على الصبيانِ والمجانين، ونُطلقُ بالإعسارِ وإن كان معجزاً عنه وغَيْرَ مَشعورٍ به، وكذلك بالإضرارِ، ونورِّثُ بالأنسابِ وإن لم يشعُرْ به الوارث، ولا هو من مقدوره، لأنَّ ذلك كُلُّه من بابِ خطابِ الوضعِ الذي معناه أنَّ صاحبَ الشرعِ قال: إذا وقعَ هذا في الوجودِ، فاعلموا أنني قد حكمتُ بهذا، بخلافِ خطابِ التكليفِ يُشترطُ فيه القدرةُ على المُكَلَّفِ به، والعلمُ به. والطلاقُ سببٌ للبينونة، والنكاحُ سببٌ للإباحة، فينبغي أن ينعقدَ الجميعُ في حَقِّه كما انعقدَ الإتلافُ سبباً للضمان^(٢)، والبيعُ سبباً وغير ذلك من الأسبابِ الفعليةِ والقولية، فهذا وجهُ الجمعِ بينهما.

والفرقُ بين القاعدتين في أنَّ الصبيانَ تنعقدُ أنكحتهم دون طلاقهم^(٣): أنَّ عَقْدَ الأنكحةِ سببٌ لإباحةِ الوطءِ، وهو أهلٌ للخطابِ

(١) انظر الفرق السادس والعشرين في الجزء الأول من هذا الكتاب.

(٢) في المطبوع: كما انعقد الإتلافُ سبباً للضمان، والبيعُ سبباً للعقد.

(٣) الذي قدَّمه الحنابلةُ في مذهبهم: أنَّ الصبيَّ إذا عَقَلَ الطلاقَ فطَلَّق، لزمه، وعليه =

بالإباحة، والنَّدْبِ، والكرَاهةِ دون الوجوبِ والتَّحْرِيمِ، لأنَّهما تَكْلِيفٌ ومَشَقَّةٌ من جهةِ لزومِ استحقاقِ العقابِ المحمولِ عن الصبيانِ لضعفِ عقولهم، والطلاقُ سببٌ تحريمٍ للوطءِ بإسقاطِ العصمةِ في الزوجة، وهو ليس أهلاً للتَّحْرِيمِ، فلم يَنْعَقِدْ سَبَبُهُ فِي حَقِّهِ، مع اشتراكِ السَّبَبَيْنِ فِي أَنَّهما خَطَابٌ وَضِعٌ وانصافٌ إلى أحدهما/ تَكْلِيفٌ، فلا جَرَمَ انْتَفَى انْعِقَادُهُ فِي حَقِّهِ.

فإن قلت: الإِتْلَافُ سببٌ وجوبِ الضمانِ، والوجوبُ تَكْلِيفٌ، وقد انعقد في حَقِّهِ، فيجبُ على الوليِّ الإِخْرَاجُ من مالِ الصبيِّ المُتْلَفِ، فإن تأخَّرَ ذلك للبلوغِ وجب على الصبيِّ في ماله، وخُوطِبَ حينئذٍ، فقد تأخَّرَ الوجوبُ الذي هو مُسَبَّبُ الإِتْلَافِ إلى بعدِ البلوغِ، فلم لا ينعقدُ الطلاقُ في حَقِّهِ، ويتأخَّرُ التَّحْرِيمُ إلى بعدِ البلوغِ عند حصولِ أهليَّةِ التَكْلِيفِ كما قُلْتُم ذلك في الإِتْلَافِ، وكلاهما سَبَبٌ وَضِعٌ^(١) يقتضي التَكْلِيفَ؟

قلت: الأصلُ ترتُّبُ المَسَبِّياتِ على أسبابها، وتأخُّرها عنها خلافُ القواعدِ، والإِتْلَافُ لم يتعيَّن فيه تأخيرُ مُسَبِّبِهِ عنه لإمكانِ الإِخْرَاجِ حالةَ الإِتْلَافِ من مالِ الصبيِّ، أو ممَّن يتبرَّعُ به عنه، فلم يتعيَّن تأخيرُ مُسَبِّبِهِ عنه، وأما الطلاقُ فيتعيَّن تأخيرُ التَّحْرِيمِ فيه الأمدَ الطويلَ، والسنينَ الكثيرةَ إلى حينِ البلوغِ، فلا جَرَمَ لم ينعقد في حَقِّهِ، ولهذا الفرقِ أيضاً انعقدَ سببُ البيعِ في حَقِّهِ^(٢)، لأنه سببٌ إباحةٍ، ترتَّبَ عليه مُسَبِّبُهُ في

= نصَّ الخِرَقِيُّ في «المختصر»، وهو أكثر الروايات عن الإمام أحمد، وعنه روايةٌ أخرى وافق فيها الجمهور، انظر «المغني» ١٠/٣٤٨-٣٤٩.

(١) في المطبوع: سببٌ وَضَعِيٌّ.

(٢) وهو مُقَيَّدٌ بأن يكون الصبيُّ مُمَيَّرًا، قال الموقِّق في «المغني» ٦/٣٤٧: ويصحُّ تصرفُ الصبيِّ المُمَيَّرِ بالبيعِ والشراءِ، فيما أُذِنَ له الوليُّ فيه في إحدى الروايتين، =

الحال، وكذلك الإرث وغيره من الأسباب جميعها تترتب آثارها في حق الصبيان، والتأخير في وجوب الضمان إنما وقع عارضاً بسبب العجز عن إخراج من ماله في الحال، وقد لا يتفق ذلك وهو الغالب فألحق النادر بالغالب، وانعقد سبباً مطلقاً^(١).

* * *

= وهو قول أبي حنيفة، والثانية: لا يصح حتى يبلغ، وهو قول الشافعي، لأنه غير مكلف، أشبه غير المميّر.

(١) علق ابن الشاط على هذا الفرق بقوله: فيما فرّق به هنا نظر، وأما ما قاله في الفرقين بعده: الحادي والأربعين والمئة، والثاني والأربعين والمئة، فصحيح.

الفرق الحادي والأربعون والمئة

بين قاعدة ذوي الأرحام لا يلون عَقْدَ الأُنكحة، وهم أخو الأم، وعمُّ الأم، وجدُّ الأم، وبنو الأخواتِ والبناتِ والعمَّاتِ ونحوهم ممَّن يُذلي بأنثى، وبين قاعدة العَصَبَة، فإنه يلون العَقْدَ في النكاح، وهم الآباءُ والأبناءُ والجُدودُ والعمومةُ والأخوة الشقائق وأخوة الأب

والفرقُ بين الفريقين: أنَّ الولاءَ شُرِعَ لِحِفْظِ النسبِ، فلا يدخلُ فيه إلا من يكونُ له نسبٌ حتى تحصلَ الحكمةُ لمحافظةِهِ على مصلحة نفسه، فذلك يكونُ أبلغَ في اجتهاده في نظره في تحصيل الأُكفاءِ، ودَرْءِ العارِ عن النسبِ، وخالف الشافعيُّ رضي الله عنه في الابنِ فقال: لا ولايةَ له، واحتجَّ على ذلك بوجهه^(١):

أحدُها: قولُ النبي ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيهَا، فَنَكَحَهَا بَاطِلًا»^(٢) والابنُ لا يُسَمَّى مَوْلَى.

وثانيها: أنَّه يُذلي بها، فلا يزوجها كتزويجها لنفسها، فإنَّ الفَرْعَ لا يكونُ أقوى/ من الأصل، ولَمَّا أَذلى بها صارَ في معناها.

١/٤٧

وثالثها: أنَّه شخصٌ لا تصحُّ من أبيه الولايةُ، فلا تصحُّ منه كابن الخالِ مع الخالِ.

والجوابُ عن الأول: أنه رُوِيَ «بغيرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا»^(٣)، وهو وَلِيِّهَا، لأنَّ الولايةَ من القُرْبِ لقولِ العرب: هذا يلي هذا، أي: يقربُ منه، وابنتُها

(١) انظر «التهذيب» ٢٧٩/٥ للإمام البغوي.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه الترمذي (١١٠٢) وقال: حديثٌ حسن، وصحَّحه ابن حبان (٤٠٧٤).

أقرب إليها من غيره، لأنه جزؤها، وجزء الشيء أقرب إليه من الأمور الخارجة عنه، هذا على هذه الرواية، وعلى الرواية الأخرى نقول: المولى له معانٍ كثيرة في لسان العرب منها الناصر لقوله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ هُوَ مَوْلَاكَ وَجِبْرِيلُ وَصَالِحُ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [التحريم: ٤] أي: ناصره، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْكٰفِرِينَ لَا مَوْلٰى لَهُمْ﴾ [محمد: ١١] أي: لا ناصر لهم، وهو كثير، والابن ناصر أمه فيكون هو مولاها، وهذا الاحتمال أولى، لأن فيه جمعاً بين الروایتين.

وعن الثاني: الفرق بقوة عقله الناشئ عن الذكورية، وضعف عقلها الناشئ عن الأنوثة.

وعن الثالث: أنه جزء منها، فيتعلق به عازها بخلاف أبيه وابن الخال، فإن ابن الخال بعيد عنها لا تتركه فضيحتها كما تترك ابنها، بل يجب أن يكون الابن مقدماً على جميع الأولياء، لأنه جزؤها، وجزؤها أمس بها من الأمور الخارجة، والقاعدة أنه يُقدَّم في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها^(١)، ولذلك قُدِّم في القضاء من هو أيقظ، وأكثر تفتناً لوجوه الحجاج وسياسة الخصوم، وأضبط للفقه، ويُقدَّم في الحروب من هو أعرف بمكائيد الحروب وسياسة الجند والجيوش، ويُقدَّم في الفتيا من هو أوزع وأضبط لمنقولات الفقه، وفي أمانة الحكم على الأيتام من هو أعرف بتنمية الأموال، وأعرف بمقادير النفقات والكلف، والجدال في

(١) قد ذكر القرافي هذه القاعدة في «الذخيرة» ٢٤٦/٤ «بحث في ترتيب الأولياء» من كتاب النكاح، وهي مستفادة من كلام شيخه ابن عبد السلام في «القواعد الكبرى» ١٠٧/١ وانظر بسط هذه القاعدة في «السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية»: ٢٦-٣٦ لشيخ الإسلام ابن تيمية حيث استولى على غايات هذه المسألة، وحررها رواية ودراية على المعهود من منهج هذا الإمام الكبير.

الخصام لئناضل عن الأيتام، ويُقدّم في سعاية الزكاة من هو أعرفُ بنُصبيها والواجب فيها، وأحكام الزكاة من الاختلاط والافتراق، وأقوى خَرَصاً للشار، ورُبّما كان المُقدّم في بابٍ مؤخراً في بابٍ آخر، كما قُدّم الرجال في الحروب والإمامة، وأخروا في الحضانة، وقُدّم النساء عليهم بسبب مزيد شَفَقَتَهُنَّ وصَبْرَهُنَّ على الأطفال، فكنّ لذلك أكمل في الحضانة من الرجال، فإنّ مزيد إنفاقهم يمنعهم من تحصيل مصالح الأطفال.

فلهذه القاعدة قُدّم الابن على غيره، فإننا نعلم بالضرورة أنّ ابن الإنسان أشفق عليه من ابن عمّه لا سيما إذا بُعد، ويُقدّم كلُّ وليٍّ على غيره من الأولياء/ إذا كانت صِفَتُهُ أقرب، وحائّة على حُسن النظر أكثر ٤٧/ ب من غيره، فيُقدّم لذلك.

الفرق الثاني والأربعون والمئة

بين قاعدة الأجداد في الموارث يسوون بالأخوة وبين قاعدتهم في النكاح وميراث الولاء، وصلاة الجنازة يُقدّم الأخوة عليهم

وسرُّ الفرق بين هذه المواطن والموارث: أن الجد في باب الموارث يقول: أنا أبو أبيه، والأخ يُذلي بالبُنوّة فيقول: أنا ابنُ أبيه، والبُنوّة مُقدّمة على الأبوة، فحجَب الابنُ الأب عن جُملة المال إلى سدسه، فهذه العُمدة في الأبواب الأربعة كُلِّها^(١)، ويفترق الميراث من الثلاثة الأبواب الأخر بأنَّ الجدَّ تسقط الأخوة للأمِّ به، ولا تقدّر الأخوة الأشقاء على ذلك ولا الأخوة للأب، ويرث مع الابن بخلاف الأخوة، فلما عارض بهذين الوجهين حجة الأخوة بالبُنوّة، سُوي بالأخوة في باب ميراث النسب، لأنه هو الذي حصل فيه التعارض، وهذا التعارض منفي في الأبواب الثلاثة بسبب أن الأخوة للأم لا مدخل لهم في ولاية النكاح، ولا ميراث الولاء، ولا في صلاة الجنازة حتى يقول الجدُّ للأخوة: أنتم عاجزون عن دفع هؤلاء، وأنا لا أعجز عن دفعهم، وإذا لم يمكن أن يعارضهم بذلك بقيت حجّتهم بالبُنوّة وتقديمها على الأبوة سالمة عن المعارض، فقدّموا في الأبواب الثلاثة، بخلاف ميراث النسب.

* * *

(١) انظر بسط هذه المسألة في «التهذيب في علم الفرائض والوصايا»: ٦٧ لأبي الخطاب الكلواذاني.

الفرق الثالث والأربعون والمئة

بين قاعدة الوكالة، وبين قاعدة الولاية في النكاح

إنَّ الرجلَ إذا وُكِّلَ وكيَلينِ في بيعِ سلعةٍ، فباعها من رجلين، كان النافذُ من البيعتين هو الأول، وإذا جعلت المرأة أمرها لوليتين، فزوجهما من رجلين كقوتين، فالمعتبرُ أولهما إن عُرِفَ، كالبيع، إلا أن يدخلَ بها الأخيرُ، فهو أحقُّ بها^(١)، وهذه القاعدةُ فيها سبعُ مسائلَ يُفِيئُهُنَّ الدخولُ: مسألة الوليين^(٢).

وامرأة المفقود تزوج بعد الأجل المضروب يُفِيئُها الدخول، فإن قَدِمَ قبلَ الدخولِ بها، فهو أحقُّ بها^(٣).

والمرأة تعلمُ بالطلاقِ دون الرجعةِ فتزوّجُ، ثم تثبتُ رجعةُ الأول، فإن دخل بها الزوج الثاني كان أحقُّ بها وألغيت الرجعةُ.

وقال مالك في «المدونة»: إذا طلق زوج الأمة طلاقاً رجعيّاً، فراجعها في السفر فلم تعلم بذلك، فوطئها السيد بعد انقضاء العدة مع

(١) وهو قول الإمام مالك في «المدونة» ١٦٨/٢، وزاد ابن القاسم: وأما إذا لم يُعلم أيُّهما أوَّلُ، ولم يدخلَ بها واحدٌ منهما، فلم أسمع من مالك فيه شيئاً، إلا أنني أرى أن يُفسَخَ نكاحُهما جميعاً، ثم تبتدىء نكاحٌ من أحبَّتَ منهما، أو من غيرهما.

(٢) وقد بحثها القرافي بأوسع ممّا هنا في «الذخيرة» ٢٥٣/٤.

(٣) وإن قَدِمَ بعد الدخولِ، يُخَيَّرُ بين الصّدَاقِ وبين امرأته. وهو الذي أفتى به أعيان الصحابة: عمر وعثمان وعليّ رضوان الله عليهم، انظر «السنن الكبرى» ٤٤٥-٤٤٧/٧ للبيهقي، و«القول الصواب في تزويج أمّهات أولاد الغيّاب»: ٤٣-٤٤ للحافظ ابن رجب الحنبلي حيث أفرده هذه المسألة بهذا التصنيف النافع.

١/٤٨ عِلْمِهِ بِالرَّجْعَةِ، كَانَ وَطْءُ السَّيِّدِ مُفَيْتاً/ لَهَا كَالوَطْءِ بِالزَّوْجِ، وَتَكُونُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ ثَامِنَةً لِهَذِهِ الْمَسْأَلِ.

وَأَمْرَأَةُ الرَّجُلِ يَرْتَدُّ، فَيُشَكُّ فِي كُفْرِهِ بِالْأَرْضِ الْبَعِيدَةِ، هَلْ هُوَ إِكْرَاهٌ أَوْ اخْتِيَارٌ؟ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ إِكْرَاهٌ، وَقَدْ تَزَوَّجَتْ أَمْرَأَتُهُ بِنَاءً عَلَى ظَاهِرِ كُفْرِهِ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فَهِيَ لِلأُولَى^(١).

وَالرَّجُلُ يُسَلِّمُ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ، فَاخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا، فَوَجَدَهُنَّ ذَوَاتِ مَحَارِمٍ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ، وَيَخْتَارُ مِنَ الْبَوَاقِي مَا لَمْ يَتَزَوَّجْنَ، وَيَدْخُلُ بِهِنَّ أَزْوَاجَهُنَّ، فَمَنْ دَخَلَ بِهَا فَاتَ الأَمْرَ فِيهَا بِالدَّخُولِ، وَمَنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، كَانَ لَهُ أَخْذُهَا، وَقِيلَ: لَا يُفَيْتُهُنَّ الدَّخُولُ.

وَالْمَرْأَةُ تَطْلُقُ لِلغَيْبَةِ، ثُمَّ يَقْدَمُ بِحُجَّةٍ، فَإِنْ وَجَدَهَا تَزَوَّجَتْ وَدُخِلَ بِهَا فَاتَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا لَمْ تَفُتْ عَلَيْهِ.

وَالْمَرْأَةُ تُسَلِّمُ وَزَوْجَهَا كَافِرًا فَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ يَتَبَيَّنُ تَقْدَمُ إِسْلَامُهُ عَلَيْهَا.

وُحُوِلَتْ هَذِهِ الْقَاعِدَةُ فِي أَرْبَعِ مَسْأَلٍ فِي الْمَذْهَبِ^(٢) أَيْضًا:

الْمَرْأَةُ يُنْعَى لَهَا زَوْجُهَا ثُمَّ تُتَبَيَّنُ حَيَاتُهُ، وَقَدْ تَزَوَّجَتْ، فَإِنَّهَا لَا يُفَيْتُهَا الدَّخُولُ، وَقِيلَ: يُفَيْتُهَا الدَّخُولُ.

وَالْمَطْلُوقَةُ بِسَبَبِ الإِعْسَارِ بِالنَّفَقَةِ، ثُمَّ يُتَبَيَّنُ أَنَّهَا أَسْقَطَتْهَا عَنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ، وَقَدْ تَزَوَّجَتْ، فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ وَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي.

وَالرَّجُلُ يَقُولُ: عَائِشَةُ طَالِقٌ، وَلَهُ أَمْرَأَةٌ حَاضِرَةٌ اسْمُهَا عَائِشَةُ، قَالَ: لَمْ أُرِدْهَا وَلِي أَمْرَأَةٌ أُخْرَى تُسَمَّى عَائِشَةَ بِبَلَدٍ آخَرَ، وَهِيَ الَّتِي أَرَدْتُ فَإِنَّهَا

(١) ذَكَرَهُ فِي «الذَّخِيرَةِ» ٢٥٥/٤ وَنَقَلَهُ عَنْ أَبِي عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْبَرِّ.

(٢) ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلِ فِي «الذَّخِيرَةِ» ٢٥٦/٤.

تطلُّق عليه هذه، لأنَّ الأصلَ عدمُ امرأةٍ أخرى، فإنَّ تَبَيَّنَ صِدْقُهُ وقد تزوَّجَتْ، ودخل بها زوجها، رُدَّتْ إليه ولا يُفِيئُهَا الدخول.

والأُمَّةُ تختارُ نَفْسَهَا، [تتزوَّجُ ويدخل بها زوجها]^(١) ثم يتبيَّن عِتْقُ زوجها قَبْلَهَا رُدَّتْ إليه. وقيل: يُفِيئُهَا^(٢).

فالشافعيُّ رضي الله عنه يُسَوِّي بين القاعدتين، وجعل العَقْدَ السابقَ هو المُعْتَبَر، وما بعده باطلٌ، حصلَ دخولُ أم لا، فهذا هو القياسُ؛ فإنَّ من شرطِ عقدِ النكاحِ أن تكونَ خاليةً عن زوج، وهذه ذاتُ زوجٍ، فلا يصحُّ العَقْدُ عليها، واعتمد مالكٌ رَحِمَهُ اللهُ تعالى على قضاءِ عَمَرَ رضي الله عنه في مسألةِ الوليَّتين، وقضاءِ معاويةَ بن أبي سفيان رضي الله عنه وعبد الله بن الزبير في مسألةِ الرجعةِ وأفاتوا المرأةَ بالدخول، وهذا مُدْرِكٌ عند مالكٍ، وعند الشافعيِّ رضي الله عنه ليس بمُدْرِكٍ، لأنَّ مذهبه أنَّ قولَ الصحابيِّ يصلحُ للترجيحِ لا للاستقلال^(٣)، وَوَجْهُ الحُجَّةِ على الشافعيِّ،

(١) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

(٢) علَّق ابن الشاط على كلام القرافي من بداية الفرق إلى قوله: يُفِيئُهَا بقوله: هذا الفرقُ عندي فاسدُ الوضع، فإنَّه لا فَرْقَ بين البيعِ والنكاحِ من حيث إنَّ السلعةَ إذا هلكت كان هلاكها فَوْتاً ونفوذاً للعقد الثاني، وكذلك في النكاحِ في المسائلِ الثماني التي ذكر الفرقَ فيها، وإنَّما يُحتَاجُ إلى الفرقِ بين هذه المسائلِ والمسائلِ الأربع التي ذكر عَدَمَ الفَوْتِ فيها، وأمَّا الفرقُ بين تَبَيَّنَ القاعدتين فليس بصحيحٍ، والله أعلم.

(٣) علَّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله من أنَّ الشافعيُّ يُسَوِّي بين القاعدتين يُشْعِرُ بأنَّ مالكا لا يُسَوِّي بينهما، وليس الأمرُ كذلك بل مالكٌ أيضاً يُسَوِّي بينهما، غير أنَّه فَرَّقَ بين مسائلٍ من فروع القاعدتين، فَيُطَلَّبُ وَجْهُ ذلك الفرق، وما قاله من أنَّ القياسَ قولُ الشافعيِّ صحيح. انتهى كلامُ ابن الشاط.

قلتُ: قولُ القرافي: إنَّ من مذهبِ الشافعيِّ أنَّ قولَ الصحابيِّ يصلحُ للترجيحِ لا =

ب/٤٨ وهو سِرُّ الفرقِ المقصودِ بين القاعدتين، أنا أجمَعُنا/ على الأخذِ بالشُّفَعَةِ، وهو إبطالُ أثرِ العقدِ السابقِ، وتسليطُ الشفيعِ على إبطالِهِ لأجلِ الضررِ الداخِلِ على الشريكِ من توقُّعِ القسمةِ، وإذا قُضِيَ بتقديمِ الضررِ على العقدِ هنالك، وجبَ أن يُقضى ههنا بتقديمِ الضررِ على العقدِ السابقِ بطريقِ الأولى من وجهين :

الأول: أن ضررَ الشُّفَعَةِ مُتَوَقَّعٌ، فإنَّ القِسْمَةَ قد تحصلُ وقد لا تقعُ البتَّةُ، وأمَّا الضررُ ههنا فناجِزٌ، وتقريرُهُ أنَّ الرجلَ إذا أطلعَ على المرأةِ حصلَ له بها تعلقٌ في الغالبِ، وحصلَ لها هي أيضاً تعلقٌ، فإنَّ الرجلَ

= للاستقلالِ فيه نظراً وهو نقلٌ غير محرَّر، وقد صنَّفَ الحافظُ العلائي (٧٦١هـ) في هذه المسألة مصنفًا نافعاً هو «إجمالُ الإصابة في أقوال الصحابة» استولى فيه على غايات هذه المسألة، وذكر أنَّ تحصيل مذهب الشافعي في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها: أنه حُجَّةٌ مقدَّمةٌ على القياس كما نصَّ عليه في كتاب «اختلافه مع مالك» وهو من كتبه الجديدة.

والثاني: أنه ليس بحُجَّةٍ مطلقاً، وهو الذي اشتهر بين الأصحاب أنه قوله الجديد. والثالث: أنه حُجَّةٌ إذا انضَمَّ إليه قياسٌ، فيقدَّمُ حينئذٍ على قياسٍ ليس معه قولٌ صحابي كما أشار إليه في كتاب «الرسالة» الجديدة. انتهى كلام العلائي في «إجمال الإصابة»: ٤١، ونقله الزركشي في «البحر المحيط» ٤/٣٦٤ من غير عزو إليه، وقد اعترض ابن القيم على القول الثاني في «أعلام الموقعين» ٤/١٢٠ وقال: «وأما الجديد» فكثير منهم يحكي عنه فيه أنه ليس بحُجَّةٍ، وفي هذه الحكاية عنه نظراً ظاهرٌ جداً، فإنه لا يُحفظُ له في الجديد حرفٌ واحدٌ أن قولَ الصحابي ليس بحُجَّةٍ، وغاية ما يتعلَّقُ به من نقل ذلك أنه يحكي أقوالاً للصحابة في «الجديد» ثم يخالفها، ولو كانت عنده حُجَّةٌ لم يخالفها، وهذا تعلقٌ ضعيفٌ جداً، فإنَّ مخالفةَ المجتهدِ الدليلَ المعينَ لما هو أقوى منه في نظره لا يدلُّ على أنه لا يراه دليلاً من حيث الجملة، بل خالفَ دليلاً للدليل أرجحَ عنده منه، . . . إلى آخر كلامه الذي حرَّرَ فيه مذهب الإمام الشافعي في هذه المسألة.

إنما يتزوج في الغالب مَنْ مالت إليها نفسه، وإذا دخلَ عليها مع الميثلِ المتقدِّمِ وَجِدَتِ الرؤيةَ والمباشرةَ، فالغالبُ حصولُ الميثلِ، وكذلك هي أيضاً، إنَّما رَضِيَتْ به بعد ميثلِ نفسها إليه، فإذا باشرتهُ مع الميثلِ المتقدِّمِ، وحصولِ الأربِ، فالغالبُ حصولُ الميثلِ، وإذا كان الظاهرُ حصولَ الميثلِ، إمَّا من الجانبين، وإمَّا من أحدهما، فلو قَضَيْنَا بالفراقِ بعد هذا الميثلِ الناشئِ من الدخولِ، وقضاءِ الأوطارِ، لحصلَ الضرُّ الناجزُ لمن حصلَ له الميثلُ بالِمِ الفراقِ، فعُلِمَ أنَّ ضررَ الشفعةِ متوقِّعٌ، وضررُ هذه المسائلِ واقعٌ، والواقعُ أقوى من المتوقِّعِ.

الوجهُ الثاني في موجبِ القياسِ بطريقِ الأولى: أنَّ الشريكَ الشفيعَ يأخذُ بغيرِ عَقْدٍ أضعِفَ إليه، بل بمجرَّدِ الضررِ، وههنا الزوجُ الثاني معه عَقْدٌ يقابلُ به العَقْدَ الأولَ، فصارَ دَفْعُ ضرره معضوداً بعقدِ، ودفعُ ضررِ الشريكِ غيرُ معضودٍ بعقدِ، فكان المعضودُ أولى^(١).

فإن قلتَ: وجودُ هذا العَقْدِ كعدمه، لأنَّ المحلَّ غيرُ قابلٍ له، فلا يصلحُ^(٢) للترجيحِ.

قلتُ: كَوْنُ وجوده كعدمه هو محلُّ النزاعِ، نحن نقولُ: ليس وجوده كعدمه، بل اتَّفَقْنَا على أنَّ مِثْلَ هذه الصورةِ من العَقْدِ مُوجِبَةٌ للعِصْمَةِ في غيرِ صورةِ النزاعِ، فوجبَ أن تكونَ هنا كذلك عملاً بوجودِ الصورةِ من الإيجابِ والقَبولِ ورضا الوليِّ والمرأةِ، وكَوْنُ تقدُّمِ العَقْدِ مانعاً صورةَ النزاعِ، وهذا وَجْهُ الترجيحِ.

فإن قلتَ: ما الفرقُ بين مسألةِ الوليِّين، ومسألةِ الوكيلينِ وكُلًّا على

أن يُزَوَّجَ كُلُّ واحدٍ منهما بامرأةٍ، فزَوَّجَاهُ بامرأتينِ، فدخلَ/ بإحداهما، ١/٤٩

(١) علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: ما قاله يحتاج إلى تأمُّلٍ ونظرٍ.

(٢) في المطبوعِ: يصحُّ.

فتبيّن أنها خامسة، فإنّها لا يُقيّمها الدخولُ إجماعاً فكذلك ههنا، والجامعُ
بُطلانُ العقد؟

قلتُ: الفرقُ بينهما من عشرةِ أوجه:

أحدها: المانعُ من الصّحة في الخامسة هو^(١) عقْدُ الرّابعة مع ما
تقدّمه من العقود، والمانعُ في الوليّين عقْدٌ واحدٌ فهو أخفُّ فساداً، وأقلُّ
موانع، ففانت بالدخولِ بخلافِ الخامسة.

الثاني: أنّ الأولياءَ الغالبُ عليهم الكثرةُ دونُ الوكلاءِ، فصورةُ
الوليّين ممّا يكثرُ وقوعُها، فالقولُ ببُطلانِ العقدِ الثاني بعد الدخولِ يؤدّي
إلى كثرةِ الفساد، والخامسةُ نادرةٌ، فالفسادُ فيها الناشئُ عن الاطلاعِ
والكشفِ قليلٌ.

الثالث: أنّ الزوجَ كالمُشتري الذي هو صاحبُ الصّدق الذي هو
التمن، والمرأةُ كالبائعِ لأنها صاحبةُ السلعة، والسلعُ مقاصدٌ، والأثمانُ
وسائلٌ، ورُتبتُها أخفّضُ من رُتبةِ المقاصد، فلذلك لم يبطلْ عقْدُ الرّابعة،
لأنه إبطالٌ لمقصدٍ، وإبطالُ العقدِ الأوّلِ للزوجِ الأوّلِ إبطالٌ لصاحبِ
وسيلةٍ، والتعارضُ إنما وقعَ بين الزوجين اللذين هما صاحباً وسيلةً،
وبين الرّابعة والخامسة في صاحبي مقصدٍ، فاجتمع في الرّابعة كونه
مقصداً وموافقةً الأوضاعِ الشرعية، فامتنعَ إبطاله لقوّته بخلافِ الزوجِ
الأول.

الرابع: أنّ ولوعَ الرجالِ بالنساءِ وشغفَهُم بهنَّ، أكثرُ منهنَّ بهنَّ،
والعادةُ شاهدةٌ بذلك، فإنّ الرجالَ هم الباذلون والخاطبون إلى غير ذلك
من الدلائل على فرطِ الميل، ولم يوجَدْ ذلك في النساءِ لضعفِ طبّعهنَّ

(١) في الأصل: وهو.

وَعَلَبَةِ الْحَيَاءِ عَلَيْهِنَّ، وَإِذَا كَانَ شَغَفُ الرِّجَالِ بِهِنَّ أَعْظَمَ، صَعِبَ التَّفْرِيقُ فِي مَسْأَلَةِ الْوَلِيِّينَ، لِأَنَّهُ ضَرُرٌ بِالزَّوْجِ الثَّانِي الَّذِي حَصَلَ لَهُ الشَّغْفُ بِالِدُخُولِ، وَالخَامِسَةُ إِنَّمَا يُتَوَقَّعُ فِيهَا دَاعِيَةٌ ضَعِيفَةٌ، فَكَانَ الْفَسَادُ أَقْلًا.

الخامس: أَنَّ دَاعِيَةَ الرِّجَالِ فِي السُّؤَالِ عَنِ الْوَأَقِعِ مِنْ أَوْلِيَاءِ الْمَرْأَةِ ضَعِيفٌ، وَعَنِ الْوَأَقِعِ مِنَ الْوَكَلَاءِ فِي التَّزْوِيجِ قَوِيٌّ، فَكَثُرَ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي، فَكَانَتْ مَخَالَفَةُ الْقَاعِدَةِ فِي الْوَلِيِّينَ أَقْلًا.

السادس: أَنَّهُ يُتَهَمُ فِي الْخَامِسَةِ أَنْ يَكُونَ عَدَلٌ إِلَيْهَا عَنِ الرَّابِعَةِ مَعَ عِلْمِهَا بِهَا، لِأَنَّهُ الْمَخْتَارُ لِلدُّخُولِ، وَالْمَرْأَةُ مُحْكَمَةٌ عَلَيْهَا لَا خَيْرَةَ لَهَا.

السابع: أَنَّ الْخَامِسَةَ عَلَى خِلَافِ الْقَاعِدَةِ الْمُعْتَبَرَةِ، فَعَظُمَتْ أَسْبَابُ إِبْطَالِهَا، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ ثَلَاثًا مُسْتَشِينَاتٍ، فَتَجُوزُ الْهَجْرَةُ ثَلَاثًا^(١)، وَالْإِحْدَادُ ثَلَاثًا^(٢)، وَأَيَّامُ الْخِيَارِ ثَلَاثًا^(٣)، وَالضَّرَاتُ ثَلَاثًا، ثُمَّ يَلْزَمُ،

(١) هَذَا مُسْتَفَادٌ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْءٍ مَسْلَمٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ، يَلْتَقِيَانِ، فَيُعْرَضُ هَذَا وَيُعْرَضُ هَذَا، وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلَامِ» أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٦٢٣٧) وَمُسْلِمٌ (٢٥٦٠) وَغَيْرُهُمَا مِنْ حَيْثُ أَبِي أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيِّ.

(٢) وَالْإِحْدَادُ ثَلَاثًا مُسْتَفَادٌ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تَوْمَنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تَحُدَّ عَلَى مَيِّتٍ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ» أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (١٤٩١) وَغَيْرُهُ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ حَبَّانَ (٤٣٠٣) وَفِيهِ تَمَامُ تَخْرِيجِهِ.

(٣) تَوَقَّيْتُ الْخِيَارَ وَكَوْنَهُ ثَلَاثًا مُسْتَفَادٌ مِنْ حَدِيثِ حَبَّانَ بْنِ مُثَنِّدٍ وَفِيهِ: «وَلِكِ الْخِيَارِ ثَلَاثًا» أَخْرَجَهُ ابْنُ الْجَارُودِ فِي «الْمُنْتَقَى» (٥٦٧)، وَالْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ» ٢٢/٢، وَالْبَيْهَقِيُّ فِي «السَّنَنِ الْكُبْرَى» ٢٧٣/٥ وَانظُرْ تَمَامَ تَخْرِيجِهِ فِي «الْهُدَايَةِ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ الْبَدَايَةِ» ٧/٤١٣-٤١٥ لِلْغُمَارِيِّ.

وَقَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجْرٍ فِي «فَتْحِ الْبَارِيِّ» ٤/٣٨٣: وَبِهِ احْتِجُّ لِلْحَنْفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ فِي أَنَّ أَمَدَ الْخِيَارِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَأَنْكَرَ مَالِكُ التَّوَقِّيتِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ بِغَيْرِ زِيَادَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْغَالِبِ يُمَكِّنُ الْإِخْتِيَارَ فِيهَا.

ويمكثُ الهاجرُ بعد قضاء نُسكِهِ ثلاثاً، وجعلَ المرأةَ تُضَرُّ بثلاثٍ من النساءِ، والخامسةُ لو صحَّحناها وقعَ الإضرارُ بأربعٍ، ولم يوجدَ في مسألةِ الوليَّينِ مخالفةُ قاعدةٍ إلا ما اشتركا فيه. / ٤٩ ب

الثامن: أنَّ شأنَ أولياءِ المرأةِ السؤالُ عن حالِ الزوجِ، وليس شأنُ أولياءِ الرجلِ السؤالُ عن حالِ المرأةِ، فضَعُفَتِ الشُّبُهَةُ في الخامسةِ بِكُشْفِ أوليائها.

التاسع: أنَّ عَقْدَ الوكالةِ ضعيفٌ، لأنه جاء من الطرفين، ولأنَّ المُكَلَّفَ يُنْشِئُهُ، فيكونُ ضعيفاً كالنذرِ مع الواجبِ المُتَأَصِّلِ بخلافِ الأولياءِ.

العاشر: أنَّ في الخامسةِ^(١) مفسدةٌ اندفعتِ بالفسخِ، وهي أنَّها على صَرَاتٍ أربعٍ لها، والفائتُ على ذاتِ الوليَّينِ صحبةُ الزوجِ الأولِ، ودَرْءُ المفاسدِ أولى من تحصيلِ المصالحِ.

فإن قُلْتَ: في صورةِ الشُّفْعَةِ الشريكُ مُخَيَّرٌ، وههنا الزوجُ الثاني ليس مُخَيَّراً، بل أنتم تُعَيِّنون المرأةَ له جَزْماً، فقد زادت صورةُ الفرعِ المَقْيَسِ على صورةِ الأصلِ المَقْيَسِ عليه بوصفِ اللزومِ، فليس الحُكْمُ مِثْلَ الحُكْمِ، فلا يصحُّ القياسُ لتباينِ الأحكامِ.

قلت: الوجهُ الذي وقع فيه القياسُ لا اختلافَ فيه، لأنَّ القياسَ إنما وقع من جهةِ تقديمِ الضررِ على العقدِ السابقِ، والصورتان من هذا الوجهِ مُستويتان لا اختلافَ فيهما، وإنما جُعِلَ اللزومُ في صورةِ النزاعِ دونَ صورةِ الشُّفْعَةِ، لامتناعِ الخيارِ في النكاحِ لثلاثِ تكونِ المُخَدَّرَاتِ بِذَلِكَ^(٢)

(١) في الأصل: الخامس، وصوَّبناه من المطبوعِ.

(٢) في المطبوعِ: بُذِلَتْ.

بالخيار، فلذلك حصل اللزومُ والتعيينُ للزوج الثاني، ولَمَّا كانت السَّلْعُ والعَقَارُ قابلةً للتخييرِ والخيار، ثبتَ للشفيعِ الخيارُ من غيرِ لزومٍ.

فإن قُلْتَ: إِنَّمَا أَبْطَلْنَا الْعَقْدَ فِي الشُّفْعَةِ لِضَرَرِ الشَّفِيعِ، لِأَنَّ الْعَقَارَ مَالٌ، وَرُتْبَةُ الْأَمْوَالِ أَخْفَضُ مِنْ رُتْبَةِ الْأَنْبْضَاعِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ مَخَالَفَةِ الْعَقْدِ الْمُقْتَضِي لِمَا هُوَ أَدْنَى مَخَالَفَةَ الْعَقْدِ الْمُقْتَضِي لِمَا هُوَ أَعْلَى، وَهَذَا فَرْقٌ يُبْطِلُ الْقِيَاسَ.

قُلْتُ: هَذَا بَعَيْنُهُ مُسْتَنْدَنَا فِي أَوْلَوِيَةِ الْقِيَاسِ؛ وَذَلِكَ أَنْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ أَنَّ الْأَنْبْضَاعَ أَعْلَى رُتْبَةً مِنَ الْأَمْوَالِ، يَكُونُ الضَّرَرُ بِفَوَاتٍ مَقَاصِدِهَا أَعْظَمَ [من ضررِ الشريك، فيكونُ أولى بالمُراعاة] ^(١).

فإن قُلْتَ: الزَوْجُ الثَّانِي كَمَا حَصَلَ لَهُ تَعَلُّقٌ بِالْدُخُولِ فِي مَسْأَلَةِ الْوَالِيَيْنِ، فَالزَوْجُ الْأَوَّلُ قَدْ حَصَلَ لَهُ أَيْضًا تَعَلُّقٌ فِي مَسْأَلَةِ الرَّجْعَةِ وَالْمَفْقُودِ وَغَيْرِهِمَا، فَلِمَ كَانَ دَفْعُ ضَرَرِ الثَّانِي أَوْلَى مِنَ الْأَوَّلِ، لَا سِيَّمَا وَصُحْبَةُ الْأَوَّلِ أَطْوَلُ، وَمَعَاهِدُ قَضَاءِ الْأَوْطَارِ بَيْنَهُمَا أَكْثَرُ، وَقَالَ الشَّاعِرُ ^(٢):

مَا ^(٣) الْحَبُّ إِلَّا لِلْحَبِيبِ الْأَوَّلِ

قُلْتُ: بَلِ ضَرَرُ الثَّانِي هُوَ الْأَوْلَى بِالْمُراعاةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَوَّلَ أَعْرَضَ بِالطَّلَاقِ وَتَوَحَّشَتْ ^(٤) الْعَصْمَةُ، إِمَّا بِالطَّلَاقِ وَإِمَّا بِالْفِرَاقِ مِنْ غَيْرِ طَّلَاقٍ، وَإِمَّا بِحَصُولِ السَّامَةِ مِنْ طَوْلٍ/ الْمُبَاشَرَةِ، وَقَدْ جَرَتْ الْعَادَةُ أَنَّ طَوْلَ ١/٥٠

(١) سقط ما بين المعكوفين من الأصل، واستدرك من المطبوع.

(٢) هو أبو تمام حبيب بن أوس الطائي: انظر «الديوان» ٣٠٣/٤ بشرح الخطيب التبريزي.

(٣) في الأصل، وما، وهو ممَّا يختلُّ به الوزن.

(٤) في المطبوع: وتوحَّش.

صحبة المرأة توجب قلة وقعها في النفس، وأن جدتها توجب شدة وقعها في النفس، وبهذا يظهر أن ضرر الثاني أقوى وأولى بالمراعاة، فهذا هو سرُّ الفرق بين قاعدة الأنكحة في هذا الباب، وبين قاعدة الوكالات في السَّلْع والإجازات.

فإن قلت: قد سرذت اثنتي عشرة مسألة منها ثمانية من هذه القاعدة، ومنها أربع تعارضها، وهي نقض على ما ذكرته من الفرق، والنقض موجب لعدم الاعتبار فيلغني ما ذكرته من الفرق، ما لم تُفرّق بينهما.

قلت: ما ذكرته سؤال حسن مسموع، وبيان الفرق بين الأربعة والثمانية يتضح بأن تُعيّن أقرب الثمانية للأربعة، وتُبيّن الفرق بين تلك الصورة وتلك الأربعة، فيحصل الفرق بين الأربعة والثمانية، أو تُعيّن أقرب الصُور الثمانية لعدم الفوات بالدخول، وأقرب الأربعة للفوات بالدخول، وتُفرّق بين هاتين الصورتين، فيكون الفرق قد حصل بين الجميع بطريق الأولى، فإنه إذا حصل باعتبار الأبعد حصل باعتبار الأقرب بطريق الأولى، فنقول:

كل مسألة دخل فيها حكم حاكم من هذه الثمانية فهي أقرب إلى التفويت بالدخول من الصورة التي لم يدخل فيها حكم حاكم، بسبب أن حكم الحاكم ينزل منزلة فسخ النكاح من حيث الجملة؛ ألا ترى أن أبا حنيفة رضي الله عنه قال: إن الحاكم إذا حكم بالطلاق بشهادة زور نفذ الطلاق في الظاهر والباطن، وكذلك إذا حكم بالنكاح والزوجة بشهود زور ثبت النكاح في الظاهر والباطن، وجاز لأحد تلك الشهود الزور أن يتزوج تلك المرأة التي شهد بطلاقها مع علمه بكذب نفسه^(١)، وأبيحت

(١) وخالفه في ذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن، انظر بسط هذه المسألة في «بدائع الصنائع» ٤٥٨/٥ للكاساني.

للزوج في المسألة الأخرى في نفس الأمر، لأنَّ حُكْمَ الحاكم في هذه المسائل، وإن لم يُصَادَفْ عَقْدًا ولا طلاقًا، لكن حُكْمُهُ نَفْسُهُ يَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الطلاق والنكاح، ولهذا المُدْرِكُ عُمَمَ نَفُوذِ الأحكامِ بشهادة الزور في العقود والفسوخ دونَ الدَّيُونِ وغيرها من القضايا، فإنَّ الدَّيْنَ ونحوه لا يدخله حُكْمُ الحاكم، فتستقلُّ الذمَّةُ به، والفسخ يمكنُ أن يستقلَّ به الحاكمُ في صُورٍ مُجمَعٍ عليها، وكذلك الحاكمُ يستقلُّ بالعقد، ولا تستقلُّ الذمَّةُ بالمالِ إلا بأخذه بالفرضِ أو غيره، فلذلك عُمَمَ في العقود والفسوخ ومُنِعَ غيرها.

ونحن وإن لم نقل بهذا/ المُدْرِكِ، وقُلنا: لا ينفذُ هذا الحكمُ، غيرَ ٥٠/ب أنه يبقى فارقاً من حيث الجملة بين ما فيه حكمُ حاكمٍ، وبين ما ليس فيه حكمُ حاكمٍ، فيكونُ ما فيه حكمُ حاكمٍ أقربَ إلى الفواتِ بالدخولِ من حيث الجملة، فأقول: الذي دخل فيه حكمُ الحاكم منها مسألةُ المفقود، ومسألةُ المرأةِ تطلقُ بسببِ طولِ الغيبةِ، ومسألةُ المرأةِ تُسَلِّمُ ثم يتبيَّنُ تقدُّمُ إسلامِ زوجها، فهذه الثلاثُ المسائلُ^(١) فيها حكمُ الحاكمِ يوجبُ الفرقَ بينها وبين غيرها، والخمسُ المسائلِ الباقيةِ منها ما بُنيَ فيها على ظاهرٍ فانكشفَ خلافُه، ومنها ما لا يُبنىَ فيها على ظاهرٍ، فالتى يُبنىَ فيها على ظاهرٍ انكشفَ خلافه المرأةُ فيه^(٢) معذورةٌ بسببِ الظاهرِ، مأذونٌ لها في الإقدامِ على العقدِ الثاني بسببِ الظاهرِ، وكذلك وليُّها، بخلافِ ما لا ظاهرَ فيه يقتضي بطلانَ العقدِ الأولِ، والتي فيها ظاهرٌ هي المرأةُ الحرَّةُ تعلمُ بالطلاقِ دونَ الرَّجعةِ، فإنَّ ظاهرَ الطلاقِ يبيحُ العقدَ، والأمةُ يطلِّقُها زوجها كما تقدَّم، وامرأةُ المُرتدِّ، فإنَّ ظاهرَ الكُفْرِ يبيحُ العقدَ، والرجلُ

(١) في الأصل: مسائل، وما أثبتناه أولى بالصواب.

(٢) في المطبوع: فيها.

يُسَلِّمُ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ، فَإِنَّ ظَاهِرَ حَالِهِنَّ اقْتَضَى الْاِخْتِيَارَ، وَيُرَوِّجُنَ^(١)
بِنَاءٍ عَلَى ظَاهِرِ الْاِخْتِيَارِ، فَهِنَّ مَعْدُورَاتٌ، فَهَذِهِ أَرْبَعٌ فِيهَا عُدْرٌ مُبِيحٌ، فَفِي
مَسْأَلَةِ الْوَلِيَّتَيْنِ لَيْسَ فِيهَا حَكْمٌ حَاكِمٌ، وَلَا ظَاهِرٌ فِيهَا أَبْعَدُ الْمَسَائِلِ عَنِ
الْفَوَاتِ بِالْدُخُولِ، فَتُعَيَّنُهَا لِلْبَحْثِ وَالْفَرْقِ.

وَأَمَّا الْأَرْبَعُ، وَهِيَ الْمَرْأَةُ يُنْعَى لَهَا زَوْجُهَا، فَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ
مَسْأَلَةِ الْوَلِيَّتَيْنِ: أَنَّ الْمَوْتَ شَأْنُهُ الشَّهْرَةُ وَالظُّهُورُ، فَالْخَطَأُ فِيهِ نَادِرٌ،
فِيضْعَفُ الْعُدْرُ، فَلَا يَفُوتُ بِالْدُخُولِ، وَعَقْدُ الْوَلِيِّ الْأَوَّلِ عَلَى الْمَرْأَةِ لَيْسَ
اِسْتِهَارُهُ فِي الْوُجُودِ كَاسْتِهَارِ الْمَوْتِ، وَلَا تَتَوَقَّرُ الدَّوَاعِي عَلَى الْإِخْبَارِ بِهِ
كَتَوَقُّرِهِ عَلَى الْإِخْبَارِ بِمَوْتِ إِنْسَانٍ، وَالتَّفَجُّعُ عَلَيْهِ، وَالْعَوَائِدُ شَاهِدَةٌ
بِذَلِكَ.

وَمَسْأَلَةُ التَّطْلِيقِ بِالْإِعْسَارِ^(٢)، فَالْفَرْقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الْوَلِيَّتَيْنِ: أَنَّ
الْمَرْأَةَ هُنَا ظَالِمَةٌ قَاصِدَةٌ لِلْفَسَادِ، فَنَاسِبٌ أَنْ تُعَاقَبَ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهَا فِي
إِبْطَالِ تَصَرُّفِهَا بِالزَّوْاجِ، لِأَنَّهَا تَعْلَمُ أَنَّهَا أَسْقَطَتِ النِّفْقَةَ، وَأَنَّهَا مُبْطِلَةٌ فِي
جَمِيعِ تَصَرُّفِهَا وَدَعْوَاهَا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْوَلِيَّتَيْنِ؛ لَمْ يَكُنْ عِنْدَهَا عِلْمٌ بِالْعَقْدِ
الْأَوَّلِ.

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الَّذِي يَقُولُ: عَائِشَةُ طَالِقٌ، فَإِنَّ الْحُكْمَ هُنَا يُبْنَى عَلَى
اِسْتِصْحَابِ الْحَالِ مِنْ جِهَةٍ أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ زَوْاجِهِ لِامْرَأَةِ أُخْرَى،
وَاسْتِصْحَابُ الْأَصْلِ أَوْضَعُ مِنْ اِسْتِصْحَابِ الْوَلِيِّ لِعَدَمِ الْعَقْدِ عَلَى
مَوْلِيَتِهِ، فَإِنَّ الْعُقُودَ لِأَوْلِيَائِهَا غَالِبًا/ بِخِلَافِ عُقُودِ الرِّجَالِ عَلَى النِّسَاءِ لَا
تُشْتَهَرُ عِنْدَ الْحَاكِمِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: وَتَزَوَّجُهُنَّ عَلَى بِنَاءِ ظَاهِرِ الْاِخْتِيَارِ.

(٢) انْظُرِ «التَّهْذِيبُ» ٦/٣٤٩ لِلْبَغْوِيِّ.

فإن قُلْتَ: الطلاقُ بسببِ الغَيْبَةِ أيضاً الحَاكِمُ فيه اعتمد على الأصلِ العَدَمِيِّ، وهو أن الأصلَ عدمُ إيصالِ حقوقِها إليها.

قُلْتَ: الغَيْبَةُ صورةٌ ظاهرةٌ شاهدةٌ على الزوجِ بوعْدِ المرأةِ، لا صورةٌ ظاهرةٌ تشهدُ بعدمِ زوجةٍ أخرى تُسَمَّى عائِشةً، فإذا تَقَرَّرَ الفرقُ بين هذه وبين ما وقع فيه حُكْمٌ، فالفرقُ بينها وبين مسألةِ الوليَّينِ: أنَّ الوليَّ العاقدَ للعقدِ الثاني مَأذُونٌ له في العقدِ إجماعاً، وليس له مُعَارَضٌ من حيث الظاهرِ، والمرأةُ لَمَّا تزَوَّجَتْ هُنَا مع قولِ الزوجِ: لي امرأةٌ أخرى تسمى عائِشةً، قولٌ ظاهرُهُ الصدقُ، فإنه مُسَلِّمٌ عاقلٌ، وقد أَخْبَرَ عن أمرٍ مُمكنٍ لا يُعْلَمُ إلا مِن قِبَلِهِ، فينبغي أن يُصَدَّقَ فيه كما تُصَدَّقُ المرأةُ في حَيْضِهَا، وطُهرِهَا، وسَقَطِهَا، وانقضاءِ عِدَّتِهَا، لأنها أمورٌ لا تُعْلَمُ إلا من قِبَلِهَا، فكذلك هُنَا قولُ الزوجِ مُعَارَضٌ بتصرفِ المرأةِ، وتصرفِ وليِّها في العقدِ، والوليُّ الثاني في مسألةِ الوليَّينِ لا ظاهرٌ يعارضُهُ فكان بالنفوذِ أَوْلَى.

وأما الأُمَّةُ تختارُ نَفْسَهَا، فالفرقُ بينها وبين مسألةِ الوليَّينِ: أنَّ زوجَهَا مُتَهَايِفَةٌ عَلَيْهَا، متعلِّقٌ بها غايةَ التعلُّقِ بسببِ أنها نَزَعَتْ عصمتَهَا منه قَهْرًا، والنفوسُ مَجْبُولَةٌ على حُبِّ ما مُنِعَتْ منه^(١)، فَنَاسَبَ ذلك الرَّدُّ إِلَيْهِ، بخلافِ مسألةِ الوليَّينِ لم يحصلْ للزوجِ المعقودِ له أَوْلًا هذا التعلُّقُ

(١) هذا مستفادٌ من قصةِ بريرةِ مولاةِ عائِشةَ مع زوجِها مُغَيْبِثٍ، اختارت فِرَاقَهُ بعد أن عَتَقَتْ، فكان يطوفُ خَلْفَهَا ويبكي، ودموعُه تسيلُ على خَدَّهِ، فقال النبيُّ ﷺ: «يا عباسُ، ألا تعجبُ من حُبِّ مُغَيْبِثِ بريرةَ، ومن بُغْضِ بريرةَ مُغَيْبِثًا؟» فقال لها النبيُّ ﷺ: «لو راجعتيه، فإنه أبو ولدك» قالت: يا رسولَ الله، تأمرُني؟ قال: «إنما أَشْفَعُ» قالت: لا حاجةَ لي فيه. أخرجه بهذا اللفظِ ابنُ ماجه (٢٠٧٥)، واختصره الترمذي (١١٥٦) وقال: هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ. وانظر فقه الحديثِ في «المغني» ١٠/٦٨ لابن قدامة.

بسبب أنه لم يَرِ المرأة، ولم يباشِرْها، فكانت أولى بالفواتِ عليه، فهذا هو الفرقُ الراجعُ للنقوضِ الأربعة، وإذا اندفعتِ النقوضُ بالفرقِ، صحَّ المُدْرَكُ، وتبيَّنَ الفرقُ بين قاعدةِ الوكالاتِ في البياعاتِ، وقاعدةِ الوكالاتِ في الأُنكحةِ، فاعلم ذلك، فقد يَسَّرَ اللهُ فيه من الحُجَّةِ ما لم أَرَهُ قط لأحدٍ، فإنَّ المكانَ في غايةِ العُسْرِ والقلقِ والبُعدِ عن القواعدِ.

غير أنه إذا لُوْحِظَتْ هذه المباحثُ، قُرِبَتْ من القواعدِ، وظهر وجهُ الصوابِ فيها، لا سيَّما، وجمَعُ كثيرٌ من الصحابةِ افتواَ بها، فلا بُدَّ لعقولهم الصافيةِ من قواعدٍ يلاحظونها، ولعلَّهم لاحظوا ما ذكرتهُ، وبهذا ظهر الفرقُ بين الوليين والوكيلين في عقود البياعات والإجازاتِ وغيرها في أنَّ المُعتبرَ هو الأولُ فقط التحقَ بالثاني تسليمٌ أم لا؟ وقد وقع لمالكٍ في «المدونة»^(١)، «والجَلَابُ»: أنَّ الوكيلَ والموكَّلَ إذا باعَ أحدهما بعد الآخرِ انعقدَ عقدُ السابقِ إلا أن يتَّصَلَ بالثاني تسليم، قال الأصحابُ: هذا قياسٌ على مسألةِ الوليَّين، وقال ابنُ عبد الحكم: لا عِبْرَةٌ بالتسليمِ. /

والفرقُ أنَّ كشفَ النكاحِ مضرَّةٌ عظيمةٌ بخلافِ البيعِ، وهذا هو الصحيح، والتخريجُ مع قيامِ الفارقِ باطلٌ إجماعاً، ولم أجِدْ لمالكٍ ولا لأصحابِهِ نصّاً في الوكيلين أنَّ التسليمَ يُقيتُ، بل في الموكَّلِ والوكيلِ خاصةً، فلو رامَ مخرِجٌ تخريجَ الوكيلينِ على الموكَّلِ والوكيلِ لتعدَّرَ ذلك بسببِ الفرقِ أيضاً، وهو أنَّ الموكَّلَ له التصرُّفُ بطريقِ الأصالةِ، والوكيلُ له التصرُّفُ

ب/٥١

(١) انظر «المدونة» ٢٤٧/٤ ولفظه: قلتُ: أرايتَ إن أمَرْتُ رجلاً أن يبيعَ لي سلعةً، فباعها وبعثها أنا، لمن تُجْعَلُ السَّلعةُ؟ فقال: سألتُ مالكاَ عن هذا فقال: الأولُ أوْلاهما يبيعاَ إلا أن يكونَ المشتري الآخرُ قد قبضها، فهي له. قال ابنُ القاسمِ: وأخبرني بعضُ أهلِ العلمِ عن ربيعةٍ مثله - يعني ربيعةَ الرأي شيخِ مالك - ورايتُ ربيعةً ومالكاَ فيما بلغني عنهما يَجْعَلانه مِثْلَ النكاحِ، أنَّ النكاحَ للأولِ إذا أنكحَ الوليَّان.

بطريق النيابة، فهو فَرَعٌ، فإن تأخَّرَ عَقْدُهُ، ووقع التسليمُ في عقدِ الموكَّلِ
 أمكنَ أن يقول مالك: ذلك عندي مضافٌ للتسليمِ وكَوْنُهُ متصرفاً بطريق
 الأصالة، والأصالة لها قوةٌ، وله أيضاً قوةُ العزْلِ والتصرفِ بنفسِه، وهذا
 معنى مناسبٌ مفقودٌ في الوكيلين، فإنَّ كليهما فرعٌ لا أصالة له، فلا ينعقدُ
 عقدُ اللاحقِ منهما مُطلقاً، اتَّصل به قبضٌ أم لا، ومهما وجدنا معنى
 يُمكنُ أن يلاحظَه الإمامُ امتنع التخريجُ على محلِّ ذلك الفارق، كما أنَّ
 المُجتهدَ إذا وجدَ معنى يُمكنُ أن يكونَ فارقاً امتنع عليه القياسُ، فالمقلِّدُ
 مع المُجتهدِ، كالمُجتهدِ مع الشارعِ.

فإن قُلْتَ: الوكيلانِ في النكاحِ فرعان لا متأصِّلَ فيهما، فيسقطُ ما
 ذكرته من المناسِبة.

قلت: ما ذكرته مُسَلِّمٌ، غيرَ أنَّ المرأةَ يتعذَّرُ عليها الاستقلالُ، فسقط
 اعتبارُ التأصِّلِ^(١)، وههنا يمكنُ الاستقلالُ، فأمكنَ أن يكونَ إمكانُ
 الاستقلالِ فرعاً يلاحظُه الإمامُ فيتعذَّرُ التخريجَ، والصوابُ عدمُ التخريجِ
 مطلقاً في الموكَّلِ والوكيلِ والوكيلين أيضاً، والله أعلم.

* * *

(١) في الأصل: الاستقلال. وصوِّبناه من المطبوع، وهو الذي يقتضيه السياق.

الفرق الرابع والأربعون والمئة

بين قاعدة الإمامٍ يجوزُ الجمعُ بين عددٍ أيّ عددٍ شاءَ منهنَّ، كثرُ أو قلَّ وبينَ قاعدةِ الزوجاتِ لا يجوزُ أن يزيدَ على أربعٍ منهن

وهو أن القاعدة: أن الوسائلَ تتبعُ المقاصدَ في أحكامها، فوسيلةُ المحرّمِ محرّمةٌ، ووسيلةُ الواجبِ واجبةٌ، وكذلك بقيةُ الأحكامِ، غيرَ أنها أخفضُ رتبةً منها، ووسيلةُ أقبحِ المحرّماتِ أقبحُ الوسائلِ، ووسيلةُ أفضلِ الواجباتِ أفضلُ الوسائلِ، وقد تقدّمت هذه القاعدةُ مبسّطةً^(١)، ومُضارّةُ المرأةِ بجمعيها مع امرأةٍ أخرى في عصمةٍ وسيلةٌ للشحناءِ في العادة، ومقتضى ذلك التحريمُ مطلقاً، وقد جعلَ ذلك في شريعةِ عيسى عليه السلام كما هو منقولٌ عندهم، فلا يتزوَّجُ الرجلُ إلا امرأةً واحدةً تقديماً لمصلحةِ النساءِ على مصلحةِ الرجالِ بتفني المضارّةِ والشحناءِ.

ويقال: إن ذلك شرعٌ عكسه في التوراةِ لموسى عليه السلام/، يجوزُ للرجالِ زواجُ عددٍ غيرِ محصورٍ يجمعُ بينهن تغليياً لمصلحةِ الرجالِ في الاستمتاعِ على مصلحةِ النساءِ في الشحناءِ والمضارّةِ. ١/٥٢

ولمّا كانت شريعتنا أفضلَ الشرائعِ، جُمِعَ فيها بين مصلحةِ الفريقينِ، فيجوزُ للرجلِ أن يجمعَ بين أربعِ نسوةٍ فيحصلُ له بذلك قضاءُ أربعٍ، ويخرجُ به عن حَبْرِ الحجرِ، ويُضافُ لذلك التسريُّ بما شاءَ، ورُوِيَ أيضاً مصالحُ النساءِ؛ فلا تُضارُّ زوجةٌ منهن بأكثرَ من

(١) وسبق التنبيه على أنها مستفادة من كلام شيخه ابن عبد السلام في «القواعد الكبرى» ٧٤/١. وانظر «الذخيرة» ٢٦٠/٤.

ثلاث^(١)، وسرُّ الاقتصارِ في المضارةِ على ثلاثٍ، أنَّ الثلاثةَ اغتفرتِ في مواطنَ كثيرةٍ، فتجوزُ الهجرةُ ثلاثةَ أيامٍ، والإحدادُ على غيرِ الزوجِ ثلاثةَ أيامٍ، والخيارُ ثلاثةَ أيامٍ^(٢)، فهذه الصُّورُ كُلُّها الثلاثُ مُستناةٌ على خلافِ الأصولِ.

فكذلكَ لَمَّا كانتِ الشحنةُ والمُضارةُ على خلافِ الأصلِ، استثنِيَ ثلاثَ زوجاتٍ يُضارُّ بهنَّ زوجةٌ أخرى، هُذا في الأجنبياتِ والبعيدِ من القراباتِ، وحافظَ الشرعُ على القراباتِ القريبةِ، وصَوَّرها عن التفرُّقِ والشحناءِ، فلا يُجمَعُ بينِ المرأةِ وابنتِها، ولا أمِّها، وهما أعظمُ القراباتِ حِفْظاً ليرَ الأمَّهاتِ والبناتِ، ويَلِي ذلكَ الجمْعُ بينِ الأختينِ، ويَلِي ذلكَ الجمْعُ بينِ المرأةِ وخالِتها لكونِها من جهةِ الأمِّ، وبرِّها أكَّدُ من برِّ الأبِّ، يليه المرأةُ وعمَّتها لأنَّها من جهةِ الأبِّ، ثم خالةُ أمِّها، ثم خالةُ أبيها، ثم عمَّةُ أمِّها، ثم عمَّةُ أبيها؛ فهذا من بابِ تحريمِ الوسائلِ، لا من بابِ تحريمِ المقاصدِ.

ولمَّا كانتِ الأمُّ أشدَّ برّاً بابنتِها من الابنةِ بأمِّها، لم يَكُنْ العقدُ عليها كافياً في بغضِها لابنتِها إذا عَقِدَ عليها، لضعفِ ميلِها للزوجِ بمجرّدِ العقدِ وعدمِ مخالطتهِ، فاشترطَ في التحريمِ إضافةَ الدخولِ إلى العقدِ، وكانَ العقدُ كافياً في بغضةِ البنتِ لضعفِ وُدِّها، فتحرَّمُ بالعقدِ لثلاثِ تَعَوُّ أمِّها^(٣)، فهذا تلخيصُ أمرِ الزوجاتِ.

(١) انظر «القواعد الكبرى» ١/١٤٧ حيث ذكر هذه المسألة ونبه على مقاصدها.

(٢) قد سبق تخريج هذه المواطن في الفرق السابق.

(٣) قال ابن رُشد في «بداية المجتهد» ٦/٢٤٩: وأما الأمُّ فذهب الجمهورُ من كافة فقهاء الأمصارِ إلى أنَّها تحرَّمُ بالعقدِ على البنتِ، دخل بها أو لم يدخل، وذهب قومٌ إلى أنَّ الأمَّ لا تحرَّمُ إلا بالدخولِ على البنتِ كالحالِ في البنتِ، أعني أنَّها لا =

وأما الإماء، فلما كُنَّ في الغالبِ للخدمةِ والهوانِ، لا للوَطءِ والاصطفاءِ، بَعُدَتْ منافستهنَّ^(١) في شيءٍ ليس هو وَصْفَهُنَّ، ووقوعُهُ نادراً فيهن، والمَهانةُ من جهةِ ذُلِّ الرِّقِّ تمنعُ من الإباءِ والأنتفةِ والمنافسةِ في الحظوظِ بخلافِ الزواجِ، مبنيٌّ على العِزِّ والاصطفاءِ والإعزازِ، والتخصيصُ بالوَطءِ والخدمةِ إنما يقعُ فيه تَبَعاً، عكسِ بابِ الإماءِ الخدمةُ أصلٌ، والوَطءُ إنما يقعُ فيه تَبَعاً، فلذلك لم يقعِ العدُدُ محصوراً في جوازِ وَطءِ الإماءِ/ لعدمِ المنافسةِ والشَّخْواءِ التي هي موجودةٌ في بابِ الزواجِ، وإن وُجِدَتْ كانت ضعيفةً عن وجودِها في بابِ الزواجِ، فهذا هو تلخيصُ الفرقِ بينَ الفرقينِ، وبيانُ السرِّ في ذلك.

فائدة: قال ابنُ مسعودٍ: يُشْتَرَطُ في تحريمِ الأمِّ الدخولُ كما اشترطَ في تحريمِ البنتِ لقوله تعالى: ﴿وَأَمَّهَتْ نِسَاءَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] ثم قال: ﴿وَرَبَّيْتِكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾

= تحرمُ إلا بالدخولِ على الأمِّ، وهو مروى عن عليِّ وابنِ عباسٍ رضي الله عنهما من طُرُقٍ ضعيفة، . . . ومن الحجَّةِ للجمهورِ ما ورى المثنى بن الصَّبَّاحِ، عن عمرو بن شعيبٍ عن أبيه عن جدِّه، أنَّ النبيَّ عليه الصلاة والسلام قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ فَلَا تَحِلُّ لَهُ أُمَّهَا» انتهى كلامه. قلت: الحديث أخرجه البيهقي في «السنن الكبرى» ١٦٠/٧، والمثنى ضعيف، وتابعه ابن لهيعة عند الترمذي (١١١٧) وقال: هذا حديثٌ لا يصحُّ من قِبَلِ إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة والمثنى بن الصَّبَّاحِ عن عمرو بن شعيب، والمثنى ابن الصَّبَّاحِ وابن لهيعة يضعفان في الحديث. والعملُ على هذا عند أكثرِ أهلِ العلم، قالوا: إذا تزوجَ الرجلُ امرأةً، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، حَلَّ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ ابْتِهَاءً، وإذا تزوجَ الرجلُ الابنةَ، فطلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، لم يحلَّ له نكاحُ أُمَّهَا لقولِ الله تعالى: ﴿وَأَمَّهَتْ نِسَاءَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وهو قولُ الشافعيِّ وأحمد وإسحاق.

(١) كذا في الأصل، وفي المطبوع مناسبتهنَّ.

[النساء: ٢٣] فقوله: ﴿الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ صِفَةٌ تَعَقَّبَتِ الْجُمْلَتَيْنِ، فَتَعَمُّهُمَا، كَالِاسْتِثْنَاءِ وَالشَّرْطِ إِذَا تَعَقَّبَا الْجُمْلَ، وَالْعَجَبُ أَنَّ مَذْهَبَ الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ وَالصِّفَةَ إِذَا تَعَقَّبَا جُمْلًا عَمَّتْهَا، وَخَالَفَ أَصْلَهُ هَهُنَا، وَلَمْ يَقُلْ بِهِ هَهُنَا، فَقَدْ خَالَفَ أَصْلَهُ، وَجَوَابُهُ أَنَّا نَمْنَعُ الْعَوْدَ هَهُنَا عَلَى الْجُمْلَتَيْنِ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ يَعُودُ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ بِسَبَبِ أَنَّ النِّسَاءَ فِي الْجُمْلَةِ الْأُولَى مَخْفُوضٌ بِالْإِضَافَةِ، وَالنِّسَاءُ فِي الْجُمْلَةِ الثَّانِيَةِ مَخْفُوضٌ بِحَرْفِ الْجَرِّ الَّذِي هُوَ «مِنْ»، وَالْعَامِلُ فِي الصِّفَةِ هُوَ الْعَامِلُ فِي الْمَوْصُوفِ عَلَى الْأَصَحِّ، فَلَوْ كَانَ صِفَةً لِلْجُمْلَتَيْنِ، لَعَمِلَ فِي الصِّفَةِ الْوَاحِدَةِ عَامِلَانِ وَهُوَ الْإِضَافَةُ وَحَرْفُ الْجَرِّ، وَاجْتِمَاعُ عَامِلَيْنِ عَلَى مَعْمُولٍ وَاحِدٍ مَمْتَنَعٌ عَلَى الْأَصَحِّ، كَمَا تَقَرَّرَ فِي عِلْمِ النُّحُو، فَهَذَا هُوَ الْمَانِعُ لِلشَّافِعِيِّ مِنْ إِجْرَاءِ أَصْلِهِ^(١).

فَإِنْ قُلْتَ: نَعْتُ الْمَجْرُورَيْنِ، أَوْ الْمَنْصُوبَيْنِ، أَوْ الْمَرْفُوعَيْنِ مَعَ اخْتِلَافِ الْعَامِلِ مَسْأَلَةٌ خِلَافٍ بَيْنَ الْبَصْرِيِّينَ وَالْكَوْفِيِّينَ، وَلَوْ اجْتَمَعَ بَصْرِيٌّ وَكَوْفِيٌّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يَتَنَازَرَانِ، لَمْ يُمَكِّنْ أَنْ يَحُجَّ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِمَذْهَبِهِ، لِأَنَّ مَذْهَبَ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ لَا يَكُونُ حُجَّةً عَلَى الْآخَرَ، وَهَذَا فِي بَصْرِيٍّ وَكَوْفِيٍّ، فَكَيْفَ يُحْتَجُّ بِمَذْهَبِ الْبَصْرِيِّينَ أَوْ بِأَحَدِ الْمَذْهَبَيْنِ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، وَهُوَ قَوْلُهُ حُجَّةٌ عَلَى غَيْرِهِ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ عَرَبِيٌّ مِنْ أَهْلِ اللِّسَانِ، فَإِنَّ قُصِدَ بِهَذَا الْكَلَامِ قِيَامُ الْحُجَّةِ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ لَا يَسْتَقِيمُ، وَإِنْ قُصِدَ بِهِ الْإِعْتِذَارُ عَنْ مَذْهَبٍ مِنَ الْمَذَاهِبِ، فَلَا بُدَّ مِنْ إِثْبَاتِ أَنَّ ذَلِكَ الْإِمَامَ كَانَ يَعْتَقِدُ هَذَا الْمَذْهَبَ فِي النُّحُو حَتَّى يُقَالَ: أَصْلُهُ يَمْنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ أَنَّ مَذْهَبَهُ فِي النُّحُو كَذَلِكَ، بَطَلَ أَيْضاً الْإِعْتِذَارُ بِهِ عَنْ صَاحِبِ ذَلِكَ الْمَذْهَبِ، وَمَنْ أَيْنَ لَنَا أَنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رَضِيَ

(١) قد رجَّح ابن العربي مذهب المالكية في هذه المسألة، وقال في «أحكام القرآن» ٣٧٧/١: إنَّ هذه المسألة من غوامض العلم، وأخذها من طريقِ النُّحُو يضعف.

الله عنهما كان في النحو أنه لا يجتمع عاملان على معمولٍ واحدٍ، وأنَّ العاملَ في الصفة هو العامل في الموصوف/، فلعلَّ مذهبهما أنَّ النعت يرتفعُ بطريقِ التبعيةِ للموصوفِ كما قاله جماعةٌ من النحاة، لا بالعاملِ في المنعوت، وإنما يصحُّ هذا الكلامُ على هذه التقاديرِ، وهي متعذِّرة.

قلت: كلامٌ صحيحٌ مُتَّجه؛ فإنَّ قُلْتُ: أُعيدَ النعتُ على الجملةِ الأولى، وهو قوله: ﴿وَأَمَّهتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] فيكونُ الدخولُ شرطاً في تحريمِ الأمِّ بهذه الآية، ويكونُ الدخولُ شرطاً في الجملةِ الثانيةِ بالإجماع، فإنَّنا لا نعلمُ خلافاً في شرطيةِ الدخولِ في تحريمِ البنت، فيثبتُ الحُكْمَانِ في الجُمْلَتَيْنِ بالإجماعِ والآيةِ، ويكونُ هذا أولىً لثلاثِ مترادفاتِ الإجماعِ والآيةِ على الجملةِ الأولى، والأصلُ عَدَمُ الترادفِ، ومهما أمكنَ تكثيرُ فوائدِ كلامِ صاحبِ الشرع، وجعلِ مدلولٍ لكلِّ دليلٍ، فهو أولىُّ من الترادفِ والتأكيدِ^(١).

وقد تقرَّر في أصولِ الفقه: أنه إذا ثبتَ حُكْمُ المجازِ بالإجماع، ووردَ لفظٌ في ذلك الحكمِ، حُمِلَ على حقيقته^(٢)، ولا يُجْعَلُ ذلك اللفظُ مُستنداً للإجماع، لأنَّ الأصلَ حَمْلُ اللفظِ على حقيقته، ولا يلزمنا أن نُعيِّنَ للإجماعِ مُستنداً، بل هو مستقلٌّ بنفسه، ولا يلزمنا طلبُ دليلٍ للإجماع، وإن كان لا بُدَّ له من مستندٍ في نفسِ الأمر، كذلك ههنا لا يلزمنا طلبُ مستندِ الإجماعِ في اشتراطِ الدخولِ في تحريمِ البنت، ويُحْمَلُ اللفظُ

(١) قال الزركشي في «البحر المحيط» ٤٧٦/١: الترادفُ خلافُ الأصل، فإذا دار اللفظُ بين كونه مترادفاً أو مُتبايناً، فحَمَلُهُ على التباينِ أولى، لأنَّ القصدَ الإفهامَ، فمتى حصل بالواحدِ لم يُحتجَّ إلى الأُكْثَر، لثلاثِ يلزم تعريفُ المعرّف، ولأنه يوجب المشقةَ في حفظِ تلك الألفاظ.

(٢) انظر «البحر المحيط» ٥٧٤/٤ للزركشي.

على فائدة زائدة تكثيراً لفوائد صاحب الشرع، وقد مثلوا ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] والنكاح حقيقة في الوطء، مجاز في العقد^(١)، وقد أجمع الناس على أن العقد يحرم على الابن، فنحمل نحن الآية على الوطء، فعلى هذا إذا وطئها حلالاً أو حراماً، حرمت على الابن، وتحرم بالعقد أيضاً، ويكون هذا أولى، لأن الأصل في الكلام الحقيقة، والأصل أيضاً عدم الترادف على مدلول واحد، فكذلك ههنا.

قلت: أما هذا السؤال، فالجواب عنه: أننا في آية الربائب^(٢) لم نحمل اللفظ على الجملة الأخيرة طلباً لمستند الإجماع، بل لأن القرب يوجب الرجحان، فإن اللفظ صالح للأولى والثانية، ورجحت الثانية بالقرب، وبهذا يظهر الفرق بين هذا السؤال، وبين القاعدة المذكورة في أصول الفقه المتقدم ذكرها، فإننا في تلك المسألة جاء الإجماع في المجاز المرجوح على خلاف ظاهر اللفظ، فعدنا باللفظ إلى^(٣) ظاهره لأجل معارضة الظاهر الذي هو الحقيقة موضع الإجماع، وأما ههنا فموضع^{ب/٥٣} الظاهر الذي هو القرب موضع الإجماع، فلا موجب للعدول باللفظ عن موضع الإجماع، بل الموجب يصرّف إلى موضع الإجماع فافترقا.

(١) هذا اختيار المالكية والأحناف، انظر «فتح باب العناية» ٣/٢، والذي عليه الشافعية أن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، انظر «كفاية الأخيار» ٣٤/٢، وهو الذي صححه الموقّق في «المغني» ٣٣٩/٩ ونقل عن القاضي أبي يعلى الفراء كونه حقيقة فيهما.

(٢) يريد قوله تعالى: ﴿وَرَبِّبْتُكُمْ النَّبِيَّ فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

(٣) في الأصل: على.

واعلم أنَّ هذا الجواب إنما يستقيم على مذهب أبي حنيفة الذي يرى ترجيح القريب في الجُمْل، وهي الجملة الأخيرة، فيخصها بالاستثناء والصفة^(١)، وأما على رأي مالك والشافعي وأصحابهما رضي الله عنهم الذين يروون تعميم الاستثناء والصفة في جملة الجُمْل، ولا يُرجحون بالقرب، فلا يتأتى هذا الجواب، بل مقتضى مذهبهم الحمل على الجُمْلتين: الأولى والأخيرة حتى يثبت أنهم لا يروون الجَمْع بين عاملين في النعت مع اتفاق الإعراب، وأنَّ العامل في النعت هو العامل في المنعوت، فإذا ثبت هذا عنهم، صحَّ الجواب أيضاً على قاعدتهم، فإنهم حينئذ يتعيَّن عليهم الحمل على إحدى الجُمْلتين لا عليهما، ولا سبيل إلى الحمل على الجملة الأولى، فإنها هي البعيدة، وكلُّ مَنْ قال بالعود على جملة واحدة، لم يقل هي البعيدة، بل انفراد البعيدة بالحمل على خلاف الإجماع، لأنَّ القائل قائلان: قائل بالتعميم في الجُمْل، وقائل بالجملة القريبة وحدها، أما الحمل على الجملة البعيدة وحدها فلم يقل به أحد، فهذا تلخيص هذا الموضوع، وتحريك البحث فيه بحسب ما فتح الله تعالى به من فضله^(٢).

(١) للاطلاع على مآخذ الحنفية في هذه المسألة، انظر «أحكام القرآن» ١٢٨/٢ للجصاص.

(٢) علق ابن الشاط على الفرق الرابع والأربعين والمئة بقوله: كلُّ ما قاله في ذلك صحيح، غيَّر قوله: إنَّ القاعدة أنَّ الوسائل تتبع المقاصد في الأحكام، فإنه ليس ذلك فيها علَّة الإطلاق، أعني الوسائل العادية، أما الوسائل الشرعية فذلك فيها على الإطلاق، وغيَّر قوله: إنَّ الوسائل أخفض رتبة من المقاصد، فإنه إما أن يريد أنَّها أخفض رتبة من حيث هي وسائل، وتلك مقاصد، فهذا كلام ليس معناه إلا أنَّ هذه وسائل، وتلك مقاصد، فلا فائدة فيه، وأما أن يريد أنَّ الوسائل المحرمة مثلاً أخفض رتبة من مقاصدها فيما يرجع إلى العقاب عليها، فذلك دعوى لم يأت عليها بحجَّة.

الفرقُ الخامس والأربعون والمئة

بين قاعدة تحريم المُصاهرة

في الرتبةِ الأولى وبين قاعدةٍ لواحقها

اعلم أنه لما دلت النصوصُ على تحريم أمهاتِ النساءِ والربائبِ ومن معهنَّ في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتِكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] الآية حُيِّلَ على العقدِ في الحرائرِ، لأنَّ المفهومَ من نسائنا في غالبِ العادةِ الحرائرُ المنسوباتُ^(١) إلينا بمُبيحِ الوطاء، وهو العقد.

وكذلك في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] وقوله تعالى: ﴿يَلْبَسَاءَ النَّبِيِّ﴾ [النساء: ٢٣] لا يُفهمُ في جميعِ ذلك إلاَّ الزوجاتُ الحرائرُ^(٢)، ولا يستلزمُ ذلك الدخولَ لقوله تعالى: ﴿أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] فدلَّ ذلك على أنهنَّ قد يتحقَّقنَّ مع عدمِ الدخولِ^(٣)، فإذا تفرَّزَ أنَّ المُندرجَ في الرتبةِ الأولى إنما هن الحرائرُ،

(١) في الأصل: المنسوبين. وسيُنبهُ ابنُ الشاط على وجهِ الصوابِ فيه.

(٢) علَّقَ ابنُ الشاط على ما مضى من كلامِ القرافيِّ بقوله: لا أعرفُ ما قاله من أنَّ المفهومَ من نسائنا في غالبِ العادةِ الحرائرُ المنسوباتُ إلينا بمُبيحِ الوطاء، وهو العقدُ، بل لقاتل أن يقولَ: إنَّ المرادُ بنسائنا جميعُ المنكوحاتِ، بعقدٍ كان نكاحهنَّ، أو ملكٍ، حرائرُ كُنَّ أو مملوكاتِ، ولقاتل أن يقولَ: المرادُ بهن المنكوحاتُ بعقدٍ، وتدخَّلَ فيهنَّ الإمامُ المتزوِّجاتِ، أمَّا قَيْدُ كونهنَّ حرائرَ، فلا وَجْهَ له عندي، وأما قوله: المنسوباتُ فصوابه المنسوباتُ.

(٣) علَّقَ عليه ابنُ الشاط بقوله: هذا استدلالٌ بالمفهومِ، فهو يختصُّ بمن يراه حُجَّةً.

أُلْحِقَ بِهِنَّ الْمَمْلُوكَاتُ فِي الرِّبَةِ الثَّانِيَةِ، لِاسْتَوَائِهِمَا فِي مَبِيحِ الْوِطْءِ
وَالْفَرَاشِ بِشَرْطِهِ، وَلِحُوقِ الْوَلَدِ بِشَرْطِهِ، وَلِأَنَّ الْأَنْفَاتِ تَحْصُلُ مِنْ وَطْءِ
الْغَيْرِ مَا وَطَّئَهُ الْإِنْسَانُ بِالْمَلِكِ، وَيَشُقُّ عَلَيْهِ أَنْ يَطَأَ أُمَّتَهُ غَيْرُهُ، فَكَانَ
1/54 وَطْؤُهَا مُحَرَّمًا كَالْوِطْءِ بِالْعَقْدِ^(١)، وَأُلْحِقَ بِالْإِمَاءِ/ وَالْحَرَائِرِ شَبِيهَتَيْهِمَا فِي
التَّحْرِيمِ، لِأَنَّ الْوِطْءَ بِالشُّبْهَةِ أُلْحِقَ بِالْعَقْدِ وَالْمَلِكِ فِي لُحُوقِ الْوَلَدِ،
وَسُقُوطِ الْحَدِّ وَغَيْرِهِمَا^(٢)، وَأَمَّا الزَّوْنِيُّ الْمَخْضُ، فَقَدْ أُلْحِقَ بِالشُّبْهَةِ فِي
الرِّبَةِ الرَّابِعَةِ عَلَى مَشْهُورٍ مَذْهَبِ مَالِكٍ لِكَوْنِهِ يُوجِبُ نِسْبَةً وَاسْتِخْصَاصًا،
وَرُبَّمَا أَوْجَبَ مَيْلًا شَدِيدًا يُوجِبُ وَقْعَ^(٣) الشَّحْنَاءِ بِالمِشَارَكَةِ فِيهِ، كَمَا
يَحْصُلُ ذَلِكَ فِي المِشَارَكَةِ بِالْوِطْءِ بِالنِّكَاحِ أَوْ الْمَلِكِ، وَبِالْغَيْبِ مَالِكٍ فِي
«الْمَدْوَنَةِ»^(٤): إِذَا التَّدَّ بِهَا حَرَامًا كَانَ كَالْوِطْءِ، وَوَافَقَهُ أَبُو حَنِيفَةَ وَابْنَ
حَنْبَلٍ.

وَقَالَ مَالِكٌ فِي «المَوْطَأِ»^(٥): إِنَّهُ لَا يُحَرِّمُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ
عَنْهُ بِسَبَبِ أَنَّ الزَّوْنِيَّ مَطْلُوبُ الْعَدَمِ وَالْإِعْدَامِ، فَلَوْ رُتِّبَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ
المِقَاصِدِ لَكَانَ مَطْلُوبَ الْإِبْجَادِ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ تَحْرِيمٌ فِي أَثَرِ المِصَاهِرَةِ^(٦).

(١) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: أُلْحِقَ الْإِمَاءَ الْمَنْكُوحَاتِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ بِالمِتَزَوِّجَاتِ
بِنَاءً عَلَى مَا قَرَّرَهُ مِنْ أَنَّ لَفْظَ «نِسَائِنَا» لَا يَتَنَاوَلُهُنَّ، بَلْ يَخْتَصُّ بِالمِتَزَوِّجَاتِ، وَقَدْ
يَحْتَمِلُ بِهِ أَسْبَقَ أَنْ يَتَنَاوَلَهُنَّ اللَّفْظُ، إِلَّا أَنْ صَحَّ مَا ادَّعَاهُ مِنَ الْعُرْفِ، وَلَا أَعْرَفُ
صَحَّةَ ذَلِكَ.

(٢) عَلَّقَ عَلَيْهِ ابْنُ الشَّاطِبِ بِقَوْلِهِ: مَا قَالَ فِي ذَلِكَ صَحِيحٌ ظَاهِرٌ، وَمَا قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ
أَكْثَرُهُ حِكَايَةُ أَقْوَالٍ، وَإِشَارَةٌ إِلَى تَوَجُّهِهَا، وَلَا كَلَامَ فِي ذَلِكَ.

(٣) فِي الْأَصْلِ: رَفَعُ.

(٤) انْظُرْ «الْمَدْوَنَةَ» ٢/ ٢٧٥.

(٥) انْظُرْ «المَوْطَأَ» ٢/ ٤٢١.

(٦) انْظُرْ «التَّهْذِيبَ» ٥/ ٣٦٣ لِلْبَغْوِيِّ.

واتفق الأئمة الأربعة في المَلِكِ والعَقْدِ والشُّبْهَةِ، ووافق أبو حنيفة في الملامسةِ بلذَّةٍ، والنظرِ إلى الفرجِ أنه لا يُحَرَّمُ إِلَّا أَنْ يُنْزَلَ لِعَدَمِ إِفْضَائِهِ إِلَى الْمَقْصِدِ الَّذِي هُوَ الْوَطْءُ، وَهُوَ إِنَّمَا حَرَّمَ تَحْرِيمَ الْوَسَائِلِ، وَالْوَسِيلَةُ إِذَا لَمْ تُفْضَ لِمَقْصِدِهَا سَقَطَ اعْتِبَارُهَا، وَمَنْعَ الشَّافِعِيِّ التَّحْرِيمَ بِالْمَلَامَسَةِ لِلذَّةِ وَالنَّظَرَ مُطْلَقًا.

قال أبو الطاهر من أصحابنا: اللَّمْسُ لِلذَّةِ مِنَ الْبَالِغِ يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ، وَفِي غَيْرِ الْبَالِغِ قَوْلَانِ، وَبِغَيْرِ لَذَّةٍ لَا يَنْشُرُ مُطْلَقًا، وَفِي نَظَرِ الْبَالِغِ لِلذَّةِ قَوْلَانِ: الْمَشْهُورُ يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ، لِأَنَّهُ أَحَدُ الْحَوَاسِّ، وَالشَّادُّ لَا يَنْشُرُ، لِأَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْوَجْهِ لَا يَحْرُمُ اتِّفَاقًا، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي بَاطِنِ الْجَسَدِ.

وَاكْتَفَى فِي تَحْرِيمِ زَوْجَاتِ الْآبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ بِالْعَقْدِ، لِأَنَّ أَنْفَاتِ الرِّجَالِ وَحَوَائِثِهِمْ تَنْهَضُ^(١) بِالْغَضَبِ وَالْبَغْضَاءِ بِمُجَرَّدِ نِسْبَةِ الْمَرْأَةِ إِلَيْهِمْ بِذَلِكَ، فَيَخْتَلُ نِظَامُ وَدِّ الْآبَاءِ لِلْأَبْنَاءِ وَوَدِّ الْأَبْنَاءِ لِلْآبَاءِ، وَهُوَ سِيَاحٌ عَظِيمٌ عِنْدَ الشَّرْعِ حَتَّى جَعَلَ خَرَقَهُ مِنَ الْكِبَائِرِ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أَكْبَرَ الْكِبَائِرِ أَنْ يَسُبَّ الرَّجُلُ أَبَاهُ» قَالُوا: أَوْ يَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَاهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «يَسُبُّ الرَّجُلُ [أَبَا] الرَّجُلِ فَيَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَاهُ»^(٢)، فَجَعَلَ التَّسْبِيبَ لِسَبِّ الْأَبِ بِسَبِّ الْأَجْنَبِيِّ أَكْبَرَ الْكِبَائِرِ، فَكَيْفَ لَوْ سَبَّهُ مُبَاشَرَةً!

قال اللَّخْمِيُّ: تَحْرَمُ امْرَأَةُ الْجَدِّ لِلْأَبِ، وَالْجَدُّ لِلْأُمِّ لِأَنْدِرَاجِهِمَا فِي لَفْظِ الْآبَاءِ، كَمَا تَنْدَرُجُ جَدَّاتُ امْرَأَتِهِ وَجَدَّاتُ أُمِّهَا مِنْ قِبَلِ أُمِّهَا وَأَبِيهَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَبِنْتُ الزَّوْجَةِ وَبِنْتُ

(١) فِي الْأَصْلِ: تَذْهَبُ، وَصَوْنَاهُ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٥٩٧٣)، وَمُسْلِمٌ (٩٠) مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَانَ (٤١٢) وَفِيهِ تَمَامٌ تَخْرِيجِهِ.

ابنها، وكلُّ مَنْ يُنسَبُ إليها بالبُنُوَّةِ وإن سَفَلَ في قوله تعالى: ﴿وَرَبِّبْتُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

تنبيه: اعلم أن هذه الاندراجات ليست بمقتضى الوضع اللغوي، / ٥٤ ب
ولذلك صرَّح الكتابُ العزيزُ بالثُلُثِ للأم^(١)، ولم يعطه الصحابة رضوانُ الله عليهم للجدَّة، بل حرَّموها، حتى رُوِيَ لهم الحديثُ في السُّدُسِ^(٢)، وصرَّح بالنصف لل بنت، وللابنتين بالثُلثين على السُّويَّة، ووُرِّثت بنتُ الابنِ مع البنتِ السُّدُسَ بالثُلثِ لا بالكتاب، وابنُ الابنِ كالابنِ في الحَجْب، والجدُّ ليس كالأبِ في الحَجْب، والإخوةُ يحجبون الأمَّ، وبنوهم لا يحجبونها، فيُعَلَّمُ من ذلك أن الأبَ حقيقةً في الأبِ القريبِ، مجازٌ في آباءه، ولفظُ الابنِ حقيقةً في القريبِ مجازٌ في أبنائه، فإن دَلَّ إجماعٌ على اعتبارِ المجاز، وإلا ألغِيَ حتى يدلَّ دليلٌ عليه^(٣)، وينبغي أن

(١) يعني قوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ وَوَرِثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأَخِيهِ الثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١].

(٢) وهو في «الموطأ» ٤٠٧/٢ من حديثِ قبصة بن ذؤيبِ قال: جاءت الجدَّةُ إلى أبي بكرٍ الصديق تسألُه ميراثها، فقال لها أبو بكر: مالك في كتابِ الله شيء، وما علمتُ لك في ستَّةِ رسولِ الله ﷺ شيئاً، فارجمي حتى أسألَ الناسَ، فسألَ الناسَ، فقال المغيرةُ بن شعبة: حضرتُ رسولَ الله ﷺ أعطاهَا السُّدُسَ، فقال أبو بكر: هل معك غيرُك؟ فقال محمد بن مسلمة الأنصاري، فقال مثلاً ما قال المغيرة فأنفذه لها أبو بكر الصديق... إلى آخرِ الحديث، وأخرجه ابن ماجه (٢٧٢٤) وأبو داود (٢٨٩٤) والترمذي (٢١٠١) وقال: هذا حديثٌ حسن صحيح.

(٣) قوله: «تنبيه... إلى قوله: حتى يدلَّ دليلٌ عليه» علَّقَ عليه ابنُ الشاطِ بقوله: لا أعرفُ صحَّةَ ما قال مِن أن الحقيقةَ في لفظِ الأبِ وشبهه أن المرادُ به المباشر، وأنه إن أريدَ به غيرُ المباشرِ فهو مجاز، ولعلَّ الأمرُ في ذلك بالعكس، وأنَّ الحقيقةَ في لفظِ الأبِ كُلِّ مَنْ له ولادة، والمجازُ المباشرُ، لكن غَلَبَ هذا المجازُ حتى صار عُرفاً، فكان ذلك السببُ في اقتصارِ الصحابةِ فيما اقتصروا به من الأحكامِ على المباشر، والله أعلم.

يُعتقد أنّ هذه الاندراجات في تحريم المصاهرة بالإجماع لا بالنص، وأنّ الاستدلال بنفس اللفظ مُتعدّر^(١)، وأنّ الفقيه الذي يعتقد ذلك، ويستدلُّ باللفظِ غلطاً، لأنّ الأصلَ عدمُ المجاز، والاقتصارُ على الحقيقة.

سؤال: المشهورُ من مذاهبِ العلماءِ في تحليلِ الزوجةِ بعد الطلاقِ الثلاثِ اشتراطُ الوطءِ الحلالِ، وَحَمْلُ آيةِ التحليلِ عليه، لأنّ القاعدةَ أنّ كلّ متكلّمٍ له عُرْفٌ، فإنّ لفظه عند الإطلاق يُحمَلُ على عُرْفِهِ، فَحُمِلَ النكاحُ في الآيةِ على النكاحِ الشرعيِّ الذي يتناولهُ اللفظُ حقيقةً لا مجازاً لأجلِ العُرْفِ، وَخُولِفَت هذه القاعدةُ في قوله تعالى في أمّهات الربائب: ﴿الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] فاعتبر مالكٌ مُطلقَ الوطءِ كان حلالاً أو حراماً^(٢)، وهو خلافُ القاعدةِ في حَمْلِ الدخولِ على العُرْفِ الشرعيِّ، وهو الدخولُ المباحُ، وجوابه أنّه احتاط في الصورتين، فَخُولِفَت القاعدةُ لمُعَارِضِ الاحتياط^(٣).

* * *

(١) علّق عليه ابن الشاط بقوله: ما قاله في ذلك يُوافق عليه، لكن لا لأنّ الحقيقة في المباشر، بل لأنّ المجاز الصائر عرفاً فيه.

(٢) انظر «المدوّنة» ٢/ ٢٧٥.

(٣) علّق عليه ابن الشاط بقوله: يحتاج ما قاله إلى نظر. وما قاله في الفرقين بعده صحيح.

الفرق السادس والأربعون والمئة

بين قاعدة ما يحرم بالنسب، وبين قاعدة ما لا يحرم بالنسب

اعلم أن الإنسان تحرم عليه بالنسب أصوله وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فضل من كل أصل، وإن علا، فالأصول: الآباء، والأمهات وإن علوا، والفصول: الأبناء وأبناء الأبناء وإن سفلوا، وفصول^(١) أول الأصول: الأخوة، والأخوات وأولادهم وإن سفلوا احترازاً من فصول ثاني الأصول وثالثها، وإن علا ذلك، فإنهم أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات، وهنّ مباحت لقوله تعالى لنبية ﷺ: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّتِكَ وَبَنَاتِ خَالَكَ وَبَنَاتِ خَالَتِكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] وأول فضل من كل أصل يندرج فيه/ أولاد الأجداد والجَدَّات، وهم الأعمام والعمات والأخوال والخالات.

١/٥٥

وقولنا: أول فصل، احترازاً من ثاني فصل من غير أول الأصول، فإن ثاني فضل أولاد الأعمام والعمات، وأولاد الخال والخالات فإنهنّ مباحت، فلذلك أُطلق في الضابط في الآباء والأمهات الفصول مطلقاً ليندرجوا هم وأولادهم.

وقيل في غير أول الفصول أول فضل من كل أصل لهذا المعنى، فانضبط المحرم على الرجال والنساء بهذا الضابط، ودليله قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] وأجمعت الأمة على أن المراد بهذا

(١) في المطبوع: وفصول الأول أول الأصول. وهو غير متّجه.

اللفظ القريب والبعيد من كل نوع، واللفظ صالح له، لقوله تعالى: ﴿يَنْبَغِي آدَمَ﴾ [الأعراف: ٢٧] ﴿يَنْبَغِي إِسْرَائِيلَ﴾ [البقرة: ٤٠]، ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨] ثم قال: ﴿وَأَمَهْتُكُمْ أَلَّتِي أَرْضَعْتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِمَّنْ أَرْضَعْتُمْ وَأَمَهْتُمْ بِسَائِبِكُمْ وَرَبِّبْتُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِمَّنْ فُسَّأِيكُمْ أَلَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَيْلُ آبَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] احترازاً من زوجات أبناء النبي دون الرضاع، ثم قال: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣] وقال قبل ذلك: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢] يريد في الجاهلية، فإنه معفو عنه، وحرّم عليه السلام من الرضاع ما يحرم من النسب^(١).

تنبيه قال اللّخمي: كل أم حرمت بالنسب حرمت أختها، وكل أخت حرمت لا تحرم أختها إذا لم تكن خالة فقد يتزوج الرجل المرأة، ولكل واحد منهما ولد، فالولد منهما تحل له ابنة المرأة من غير أبيه، وكل عمّة حرمت قد لا تحرم أختها، لأنها قد لا تكون أخت أبيه ولا أخت جدّه.

فائدة: قول العلماء: الآباء وإن علّوا، والأبناء وإن سفلوا، مع أنه لو عكس، لاستقام، فإن الأبناء فروع، والفرع شأنه أن يكون أعلى من أصله، وفرع الفرع أعلى من الفرع في الشجرة، والأصل أسفل وأصل الأصل أسفل من الأصل، وهذا يناسب عكس ما قالوه، فما مستند قولهم؟

(١) يعني في قوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» أخرجه البخاري (٢٦٤٥) ومسلم (١٤٤٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الجواب: أنّ قولهم إشارة إلى أنّ مَبْدَأَ الإنسانِ من نُظْفَةِ أبيه،
والنطفة تنزلُ من الأب، والنازلُ من الشيءِ يكونُ أسْفَلَ منه، وابنُ الابنِ
ينزلُ من الابنِ، ومُقْتَضَى هذا أن نقولَ: الأبناءُ وإن سَفَلُوا، والآباءُ وإن
عَلَوْا، واللفظانِ مَجَازانِ إشارةً لهذا المعنى من التخيُّلِ لا لِمَا ذكره ب/٥٥
السائل، وقد يُلاحَظُ في اللفظِ علاقةٌ هي ضِدُّ علاقةٍ أُخرى ذلك لاختيارِ
المتكلمِ المُتَجَوِّزِ، وهذه العبارةُ اصطلاحٌ لهم في اصطلاحهم ذلك.

* * *