

قاعدة

الأصل في الأبضاع التحريم

فاذا تقابل في المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة : ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بلسوة قربة محضورات ، لأنه ليس أصلهن الإباحة ، حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه وإنما جاز النكاح في صورة غير المحضورات ، رخصة من الله : كما صرح به الخطابي لثلاث ينسد باب النكاح عليه :

ومن فروع هذه القاعدة :

ما ذكره الغزالي في الاحياء : أنه لو وكل شخصا في شراء جارية ووصفها ، فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل . لم يحل للموكل وطؤها : لاحتمال أنه اشتراها لنفسه ، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهرا في الحل : ولكن الأصل التحريم ، حتى يتيقن سبب الحل :

ومنها : ، اذكره الشيخ أبو محمد في التبصرة : أن وطء السراري اللأئي يجلبن اليوم من الروم والهند والترك حرام ، إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الامام من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف ولا ظلم ، أو تحصل قسمة من محكم ، أو تزوج بعد العتق باذن القاضي والمعتق ، والاحتياط اجتنابهن مملوكات وحرائر :

قال السبكي في الحلبيات : ولا شك أن الذي قاله الورع : وأما الحكم اللازم : فالجارية إما أن يعلم حالها أو يجهل ، فإن جهل فالرجوع في ظاهر الشرع إلى اليد ، إن كانت صغيرة وإلى اليد وإقرارها ، إن كانت كبيرة : واليد حجة شرعية ، كالإقرار وإن علم فهي أنواع :

أحدها : من تحقق إسلامها في بلادها ، وأنه لم يجر عليها رق قبل ذلك ، فهذه لا تحل بوجه من الوجوه ، إلا بنكاح بشروطه .

الثاني : كافرة ممن لهم ذمة وعهد ، فكذلك :

الثالث : كافرة من أهل الحرب ، مملوكة لسكافر حرب أو غيره ، فباعها فهي حلال لمشتريها .

الرابع : كافرة من أهل الحرب ، قهرها وقهر سيدها كافر آخر ، فإنه يملكها كلها ويبيعها لمن يشاء ، وتحل لمشتريها . وهذان النوعان : الحل فيهما قطعي وليس محل الورع كما أن النوعين الأولين الحرمة فيهما قطعية :

النوع الخامس : كافرة من أهل الحرب ، لم يجر عليها رق ، وأخذها مسلم ، فهذا أقسام :

أحدها : أن يأخذها جيش من جيوش المسلمين باجفاف خيل أوركاب ، فهى غنيمة أربعة أخماسها للغانمين ، وخمسها لأهل الخمس ، وهذا لاخلاف فيه ، وغلط الشيخ تاج الدين الفزارى ، فقال : إن حكم الفىء والغنيمة راجع إلى رأى الامام يفعل فيه مايراه مصلحة . وصنف فى ذلك كراسة سماها « الرخصة العميمة فى أحكام الغنيمة » وانتدب له الشيخ محي الدين النووى ، فرد عليه فى كراسة أجاد فيها . والصواب معه قطعاً ، وقد تبعت غزوات النبي صلى الله عليه وسلم وسراياه ، فكل ما حصل فيه غنيمة أو فىء قسم وخمس : وكذلك غنائم بدر . ومن تتبع السير وجد ذلك مفصلاً : ولو قال الإمام : من أخذ شيئاً فهو له ، لم يصح :

القسم الثانى : أن ينجلى الكفار عنها بغير إيجاب من المسلمين ، أو يموت عنها من لاوارث له من أهل الذمة ، وماأشبه ذلك ، فهذه فىء يصرف لأهله : فالجارية التى توجد من غنيمة أو فىء ، لا تلحق حتى تملك من كل من يملكها من أهل الغنيمة أو الفىء ، أو من المتولى عليهم ، أو الوكيل عنهم ، أو تمن انتقل الملك إليه من جهتهم ، ولو بقى فيها قيروط لا تلحق حتى يملكه ممن هو له :

القسم الثالث : أن يغزو واحد ، أو اثنان باذن الإمام ، فما حصل لهما من الغنيمة يختصان بأربعة أخماسها : والخمس لأهله : هذا مذهبنا . ومذهب جمهور العلماء ، فلا فرق بين أن تكون السرية قليلة أو كثيرة :

الرابع : أن يغزو واحد ، أو اثنان ، أو أكثر بغير إذن الامام : فالحكم كذلك عندنا وعند جمهور العلماء :

الخامس : أن يكون الواحد أو الاثنان ونحوهما ليسوا على صورة الغزاة ، بل متلصحين فقد ذكر الأصحاب : أنهم إذا دخلوا بخمس ماأخذوه على الصحيح ، وعللوه بأنهم غرروا بأنفسهم فكان كالقتال : وهذا التعليل يقتضى أنه لم ينقطع فى الجملة عن معنى الغزو :

والامام فى موضع حكى هذا وضعفه : وقال : إن المشهور عدم التخميمس : وفى موضع ادعى لإجماع الأصحاب على أنه يختص به ، ولا يخمس ، وجعل مال الكفار على ثلاثة أقسام : غنيمة ، وفىء : وغيرهما كالمسركة ، فيتملكه من يأخذها ، قياساً على المباحات ووافق الغزالي على ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة : وقال البغوى : إن الواحد إذا أخذ من حربى شيئاً على جهة السوم ، ونجحده أو هرب به ، اختص به ، وفيما قاله نظر يحتمل أن يقال : يجب رده ، لأنه كان ائتمنه : فان صح ماقاله البغوى ، وافق الغزالي بطريق الأولى : وقال أبو إسحاق : إن المأخوذ على جهة الاختلاس فىء : وقال الماوردى غنيمة : وماقاله الماوردى موافق لكلام الأكثرين : وماقاله أبو إسحاق : إن أرداد الفىء

الثنية حصل الوفاق ، وإلا فلا : وزعم أنه ينزع من المختلس ، ويعطى جميعه لغيره من المقاتلة وأهل الخمس ، فبعيد :

فهذا القسم الخامس من النوع الخامس ، قد اشتمل على صور ، ولم يفردا الأصحاب بل ذكروها مدرجة مع القسم الرابع : والجارية المأخوذة على هذه الصورة فيها هذا الخلاف ، واجتنابها محل الورع : انتهى :

قاعدة

الأصل في الكلام الحقيقة

وفي ذلك فروع :

منها : إذا وقف على أولاده ، أو أوصى لهم ، لا يدخل في ذلك ولد الولد في الأصح لأن اسم الولد حقيقة في ولد الصلب : وفي وجه نعم ، حملا له على الحقيقة والمجاز : ومنها : لو حلف لا يبيع ، أو لا يشتري ، أو لا يضرب عبده فوكل في ذلك ، لم يحث ، حملا للفظ على حقيقته : وفي قول : إن كان ممن لا يتولاه بنفسه ، كالسلطان ، أو كان المحلوف عليه ما لا يعتاد الخالف فعله بنفسه ، كالبناء ونحوه ، حث إذا أمر بفعله :

ومنها : لو قال : وقفت على حفاظ القرآن : لم يدخل فيه من كان حافظا ونسيه ، لأنه لا يطلق عليه حافظ إلا مجازا باعتبار ما كان : نقله الأسنوي عن البحر : ومنها : وقفت على ورثة زيد ، وهو حي ، لم يصح : لأن الحي لا ورثة له : قاله في البحر أيضا : قال الأسنوي : ولو قيل : يصح ، حملا على المجاز : أي ورثته لومات ، لكان محتملا :

ومنها : لو حلف لا يبيع أو لا يشتري ، أو لا يستأجر ، أو نحو ذلك : لم يحث إلا بالصحيح ، دون الفاسد ، بناء على أن الحقائق الشرعية إنما تتعلق بالصحيح ، دون الفاسد .

ومنها : لو قال : هذه الدار لزيد كان إقرارا له بالملك ، حتى لو قال : أردت أنها مسكنه . أم يسمع :

ومنها : لو حلف لا يدخل دار زيد . لم يحث إلا بدخول ما يملكها ، دون ما يسكنها باعارة أو إجارة : لأن إضافتها إليه مجاز ، إلا أن يريد مسكنه ، ولو حلف لا يدخل مسكنه ، لم يحث بدخول داره التي هي ملكه ولا يسكنها في الأصح ، لأنها ليست مسكنه حقيقة :

ومنها : لو حلف لا يأكل من هذه الشاة ، حث بلحمها ، لأنه الحقيقة ، دون لبنها ونتاجها : لأنه مجاز . نعم ، إن هجرت الحقيقة تعين العمل بالمجاز الراجح ، كأن جلت

لا يأكل من هذه الشجرة ، فانه يحنث بشمرها ، وإن كان مجازا دون ورقها وأغصانها
وإن كان حقيقة ؟

(تنبيه) قد يشكل على هذا الأصل ما لو حلفت لا يصلى ، فالأصح فى أصل الروضة
أنه يحنث بالحرم : وفى وجه : لا يحنث إلا بالفراغ ، لأنها قد تفسد قبل تمامها ، فلا يكون
مصليا حقيقة ؟ وهذا هو قياس القاعدة : وفى ثالث : لا يحنث حتى يركع ، لأنه حينئذ
يكون أتى بالمعظم ، فيقوم مقام الجميع . والرافعى حكى الأوجه فى الشرح ، ولم
يصحح شيئا .

ذكر تعارض الأصل والظاهر

قال النووي فى شرح المهذب : ذكر جماعة من متأخري الخراسانيين : أن كل مسألة
تعارض فيها أصل وظاهر ، أو أصلان . ففيها قولان : وهذا الإطلاق ليس على ظاهره
فإن لنا مسائل يعمل فيها بالظاهر بلا خلاف ، كشهادة عدلين ، فانها تفيد الظن ، ويعمل
بها بالاجماع ، ولا ينظر إلى أصل براءة الذمة ، ومسألة بول الظبية وأشباهاها ، ومسائل
يعمل فيها بالأصل بلا خلاف ، كمن ظن حدثا ، أو طلاقا ، أو عتقا ، أو صلى ثلاثا أم
أربعاً : فانه يعمل فيها بالأصل بلا خلاف :

قال : والصواب فى الضابط ما حرره ابن الصلاح : فقال : إذا تعارض أصلان أو أصل
وظاهر ، وجب النظر فى الترجيح ، كفاى تعارض الدليلين ، فان تردد فى الرجوع فهى
مسائل القولين : وإن ترجع دليل الظاهر حكم به بلا خلاف : وإن ترجع دليل أصل
حكم به بلا خلاف . انتهى ؟
فالأقسام حينئذ أربعة :

الأول : ما يرجع فيه الأصل جزما ، ومن أمثلته جميع ما تقدم من الفروع : وضابطه
أن يعارضه احتمال مجرد :

الثانى : ما يرجع فيه الظاهر جزما : وضابطه : أن يستند إلى سبب منصوب شرعا :
كالشهادة تعارض الأصل ، والرواية ، واليد فى الدعوى ، وإخبار الثقة بدخول الوقت
أو بنجاسة الماء ، وإخبارها بالحيض ، وانقبض الأقران ، أو معروف عادة ، كأرض على
شط نهر : الظاهر أنها تفرق وتنهار فى الماء ، فلا يجوز استنجاها : وجوز الرافعى تخريجه
على تقابل الأصل والظاهر . ومثل الزركشى لذلك باستعمال السرجين فى أواني الفخار ،
فيحكم بالنجاسة قطعا ، ونقله عن الماوردى : وبالماء المارب من الحمام لا طراد العادة
بالبول فيه ، أو يكون معه ما يعترض به ، كمسئلة بول الظبية ؟

ومنه : لو أخذ الهرم بيض دجاجة وأحضنها صبدا ، ففسد بيضه ، ضمنة ، لأن
الظاهر أن الفساد نشأ من ضم بيض الدجاج إلى بيضه ، ولم يحك الرافعى فيه خلافا ،

الثالث : ما يرجح فيه الأصل على الأصح . وضابطه : أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف . وأمثله لاتكاد تحصر :

منها : الشيء الذي لا يتيقن نجاسته ، ولكن الغالب فيه النجاسة ، كأواني وثياب مدمنى الخمر ، والقصابين والكفار المتدينين بها كالحجوس ، ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترازه منها ، مسلماً كان أو كافراً ، كما في شرح المهذب عن الامام ، وطين الشارع والمقابر المنبوثة حيث لا تتيقن : والمعنى بها كما قال الامام وغيره : التي جرى التبش في أطرافها والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها : وفي جميع ذلك قولان ، أصحهما الحكم بالطهارة استصحاباً للأصل :

ومن ذلك : ما لو أدخل الكلب رأسه في الإناء ، وأخرجه وفه رطب ، ولم يعلم ولوغ ، والأصح أنه لا يحكم بنجاسة الإناء . فإن أخرجه يابساً ، فظاهر قطعاً :

ومن ذلك : لو سقط في بئر فأرة ، وأخذ دلو قبل أن ينزح إلى الحد العتير ، وغلب على الظن أنه لا يخلو من شعر ، ولم ير ، ففيه القولان : والأظهر الطهارة :

ومنها : إذا تنحج الامام ، وظهر منه حرفان ، فهل يلزم المأموم المفارقة : إهم لا لظاهر الغالب المقضى لبطلان الصلاة ، أولاً : لأن الأصل بقاء صلاته ، ولعله معذور في التنحج ، فلا يزال الأصل إلا بيقين ؟ قولان . أصحهما : الثاني :

ومنها : لو ادهشط المحرم فانفصلت من لحية شعرات ، ففيه وجهان ، أصحهما : لافدية ، لأن التفت لم يتحقق ، والأصل براءة الذمة . والثاني : يجب . لأن المشط سبب ظاهر ، فيضاف إليه ، كإضافة الاجهاض إلى الضرب .

ومنها : الدم الذي تراه الحامل ، هل هو حيض ؟ قولان ، أصحهما : نعم ، لأن الأمر متردد بين كونه دم علة ، أو دم جبلة ، والأصل السلامة . والثاني : لا لأن الغالب في الحامل عدم الحيض .

ومنها : لو قذف مجهولاً ، وادعى رقه ، فقولان ، أصحهما : أن القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمته ، والثاني : قول القاذف ؛ لأن الظاهر الحرية ، فلأنها الغالب في الناس :

ومنها : لو جرت خلوة بين الزوجين ، وادعت الإصابة ، فقولان : أصحهما : تصديق المنكر ، لأن الأصل علمها ، وثاني : تصديق مدعيها ؛ لأن الظاهر من الخلوة الإصابة غالباً :

ومنها : لو اختلف الزوجان الوثنيان قبل الدخول ، فقل الزوج : أسلمتاً معاً ، فالنكاح باق ، وأنكرت ، فالقول قوله في الأظهر ، لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني : قولها ، لأن التساوي في الاسلام نادر . فالظاهر خلافه ،

ومنها : دعوى المديون ، لاقى مقابلة مال ، الاعسار ، فيه وجهان ، أصحابهما :
القول قوله ، لأن الأصل عدم : والثاني : لا ، لأن الظاهر من حال الحر أنه
يملك شيئا :

ومنها : إذا ادعى الغاصب عيبا خلقيا في المصوب ، كقوله : ولد أكمه أو أعرج
أو فاقد اليد ، فوجهان . أصحابهما : القول قوله ، لأن الأصل العلم ، ويمكن المالك
إقامة البينة : والثاني : تصديق المالك ، لأن الغالب السلامة : بخلاف مالو ادعى عيبا
حادثا . فإن الأظهر تصديق المالك ، لأن الأصل والغالب دوام السلامة . والثاني :
الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته ، فهذه الصورة تعارض فيها أصلان ، واعتضد
أحدهما بظاهر .

ونظير ذلك : مالو جنى على طرف ، وزعم نقصه ، فانه إن ادعى عيبا خلقيا في عضو
ظاهر صدق الجاني في الأظهر ، لأن الأصل عدم ، وبراءة الذمة . والمالك يمكنه إقامة
البينة ، وإن ادعى عيبا حادثا أو أصليا في عضو باطن ، فالأظهر : تصديق الجنى عليه ،
لأن الأصل السلامة :

ومنها : لو ادعى المالك أنه كان كاتباً . صدق الغاصب ، لأن الأصل عدم ، وبراءة
الذمة ما زاد ، والقول الثاني : المالك ، لأن الغالب أن صفات العبد لا يعرفها إلا السيد :
ومنها : لو قال : هذا ولدى من جاريتي هذه ، لحقه عند الإمكان ، وهل يثبت كون
الجارية أم ولد ، لأنه الظاهر ، أولا ، لاحتمال أن يكون استولدها بالزوجة ؟ فيه قولان
رجح الرافعي الثاني : قال : ولما خروج على تقابل الأصل والظاهر :

ومنها : لو قال الراهن للمرتهن ، لم تقبض العين المرهونة عن الرهن ، بل أعرتكها
فالأصح أن القول قوله ، لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن في القبض : وقيل : قول
المرتهن ، لأن الظاهر أنه قبضه عن الرهن .

ومنها : جاء المتبايعان معا ، فقال أحدهما : لم أفارقه ، فلي خيار المجلس . فالتقول
قوله ، لأن الأصل عدم التفرق . كذا أطلق الأصحاب : قال الرافعي : وهو بين ، إن
قصرت المدة : وأما إذا طال فتدوام الاجتماع خلاف الظاهر ، فلا يبعد تخريجها على تعارض
الأصل والظاهر : وتابعه ابن الرفعة :

ومنها : طرح العصير في الدن ، وأحكم رأسه . ثم حلف أنه لم يسفحل خمرا ،
ولم يفتح رأسه إلى مدة ، ولما فتح وجدته خلا ، فوجهان : أحدهما لا يبحث . لأن الأصل
عدم الاستحالة ، وعدم الحنث : والثاني إن كان ظاهر الحال صبر ورته خمرا وقت الحلف
جنث . وإلا فلا

ومنها ، جرح المحرم صيدا وغاب : ولم يعلم ، هل يرى أومات ؟ فالمذهب ، أن

عليه ضمان مانقص ، لأن الأصل براءة الذمة من الزائد ؛ وقيل : عليه الجزاء كاملا ، لأنه قد صيره غير ممتنع ؛ والظاهر بقاؤه على هذه الحالة ؛ ولو غاب ووجده ميتا ، ولم يدرك هل مات بجرحه أو بسبب آخر ، فهل يجب جزاء كامل ، أو ضمان الجرح فقط ؟ قولان : قال في الروضة : أصحهما الثاني ؛

ونظيره ، في مسألة الظبية : أن لا يرى الماء عقب البول ، بل تغيب ثم يجده متغيرا ، فإنه لا يحكم بأن التغير عن البول ؛

ونظيره أيضا : لو جرح الصيد وغاب ، ثم وجده ميتا ؛ فإنه لا يحل في الأظهر ؛ ومنها : لورمى حصاة إلى المرمى ، وشك : هل وقعت فيه أولا ؟ قولان : أصحهما لا يجزيه ، لأن الأصل عدم الوقوع فيه ، وبقاء الرمي عليه ، والثاني : يجزيه ، لأن الظاهر وقوعها في المرمى .

الرابع : ما ترجح فيه الظاهر على الأصل ، بأن كان سببا قويا منضبطا ؛ وفيه فروع : منها : من شك بعد الصلاة ، أو غيرها من العبادات ، في ترك ركن غير النية ، فالشهور أنه لا يؤثر ، لأن الظاهر انقضاء العبادة على الصحة ؛ والثاني يقول : الأصل عدم فعله ومثله : ما لو قرأ الفاتحة ، ثم شك بعد الفراغ منها في حرف أو كلمة ، فلا أثر له . نقله في شرح المهذب عن الجويني ؛

وكذا لو استجمر وشك : هل استعمل حجرتين ، أو ثلاثة كما في فتاوى البيهقي . قال الزركشي وقياسه كذلك فيما لو غسل النجس ، وشك بعد ذلك : هل استوعبه ؟ ومنها : اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد . فالأصح تصديق مدعى الصحة ؛ لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع والثاني لا يقول الأصل عدمها ؛ ومنها : لو جاء من قدام الامام واقتدى ؛ وشك ، هل تقدم ؟ فالأصح الصحة ؛ وقيل ، لا ، لأن الأصل عدم تأخره ؛

ومنها : لو وكل بتزويج ابنته ، ثم مات الموكل ، ولم يعلم : هل مات قبل العقد ، أو بعده ؟ فالأصل عدم النكاح . وصححه الروياني . وقال القاضي حسين : الأصل صحته لأن الظاهر بقاء الحياة ؛

ومنها : لو ادعى الجاني رق المقتول ؛ صدق القريب في الأصح ؛ لأنه الظاهر الغالب ؛ ومنها : شهد في واقعة ، وعدل ؛ ثم شهد في أخرى بعد زمان طويل . فالأصح طلب تعديله ثانيا ؛ لأن طول الزمان يغير الأحوال ؛ والثاني ، لا ، لأن الأصل عدم التغير ؛

ومنها : إذا جومت ففقت شهوتها ، ثم اغتسلت ، ثم خرج منها مني الرجل ؛ فالأصح وجوب إعادة الغسل ، لأن الظاهر خروج متبها معه ، والثاني ، لا ، لأن الأصل عدم خروجه ،

ومنها : قال المالك : أجرتك الدابة ، وقال الراكب ، بل أعرتني ؟ ففى قول ، يصدق الراكب ، لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة ، والأصح : تصديق المالك ، إذا مضت مدة لمثلها أجرة ، والدابة باقية ، لأن الظاهر يقتضى الاعتماد على قوله فى الإذن ، فكذا فى صفته :

ومنها : لو ألقاه فى ماء أو نار ، فات ، وقال الملقى : كان يمكنه الخروج ، ففى قول يصدق ، لأن الأصل براءة ذمته ، والأصح عند النووي : يصدق الولي : لأن الظاهر أنه لو تمكن لخرج .

ومنها : إذا رأته المرأة الدم لوقت يجوز أن يكون حيضا . أمسكت حمما تمسك عنه الحائض ، لأن الظاهر أنه حيض ، وقيل لا ، عملا بالأصل :

فصل فى تعارض الأصلين

قال الإمام ، وليس المراد بتعارض الأصلين ، تقابلهما ، على وزن واحد فى الترجيح فان هذا كلام متناقض ، بل المراد التعارض ، بحيث يتخيل الناظر فى ابتداء نظره لتساويهما فاذا حقق فكره رجح : ثم تارة يجزم بأحد الأصلين ، وتارة يجرى الخلاف ، ويرجح بماغضده من ظاهر أو غيره . قال ابن الرفعة : ولو كان فى جهة أصل ، وفى جهة أصلان : جزم لدى الأصلين . ولم يجر الخلاف . فن فروع ذلك :

إذا ادعى العين الوطء فى المدة ، وهو سليم الذكر والأنثيين ، فالقول قوله قطعا ، مع أن الأصل عدم الوطء ، لأن الأصل بقاء النكاح . واعتضد بظاهره أن سليم ذلك لا يكون عتينا فى الغالب ، فلو كان خصيا ، أو مجبوبا جرى وجهان ، والأصح تصديقه أيضا ، لأن إقامة البيئة على الوطء تعسر . فكان الظاهر ، الرجوع إلى قوله : فلو ثبتت بكارتما رجعنا إلى تصديقها قطعا ، لاعتضاد أحد الأصلين بظاهر قوى .

ومنها : قالت : سألتك الطلاق بعوض فطلقتنى عليه متصلا فأنا منك بآن ، وقال بل يعد طول الفصل ، فلى الرجعة ، فالمصدق الزوج : قال السبكي : ولم يخرجوه على تقابل الأصلين :

ومنها : قال : بعتك الشجرة بعص التابير فالشجرة لى ، وعاكسه المشتري ؟ صدق الهائم ، لأن الأصل بقاء ملكه . جزم به فى الروضة .

ومنها : اخطفنا فى ولد المبيعة ؟ فقال البائع : وضعته قبل العقد . وقال المشتري : بل بعده . قال الامام : كتب الحلبي إلى الشيخ أبى حامد يسأله عن ذلك ؟ فأجاب : بأن القول قول الهائم ، لأن الأصل بقاء ملكه ، وحكى الدارمى فى المصدق وجهين :

ومنها : اختلفت مع مكاتبته . فقالت : ولدته بعد الكتابة ، فكاتب مثلى . وقال السيد : بل قبلها : صدق السيد : قاله البغوي والرافعي . قالا : ولو زوج أمته بعبد ، ثم باعها له ، فولدت وقد كاتبه : وقال السيد : ولدت قبل الكتابة ، فهو لى . وقال المكاتب بل بعد الشراء فكاتب : صدق المكاتب ، وفرقا بأن المكاتب هنا : يدعى ملك الولد لأن ولد أمته ملكه ، ويده مقرة على هذا الولد ، وهي تدل على الملك ، والمكاتب لا يدعى الملك ، بل ثبوت حكم الكتابة فيه .

ومنها : لو وقع في الماء نجاسة ، وشك : هل هو قلتان ، أو أقل ؟ فوجهان : أحدهما يتنجس ، وبه جزم صاحب الحاوى ، وآخرون لتحقق النجاسة ، والأصل عدم الكثرة : والثانى : لا ، وصحبه النووى : لأن الأصل : الطهارة ، وقد شككنا في نجاسة منجسه ، ولا يلزم من النجاسة التنجيس ، ورجح الشيخ زين الدين الكينانى مقالة صاحب الحاوى ، وتبعه البلقينى ، لأن النجاسة محققة ، وبلوغ القلتين شرط ، والأصل عدمه ، ولا يجوز الأخذ بالاستصحاب ، عند القائلين به ، إلا أن يقطع بوجود المنافى ، وأما السبكى فإنه رجح مقالة النووى .

وخرج ابن أبى الصيف على هذه المسئلة فرعا ، وهو : قلتان متغيرتان بنجاسة ، ثم غاب عنهما ثم عاد ، ولا تغير ، وشك في بقاء الكثرة ، فقال : إن قلنا بالطهارة في الأولى فهنا أولى ، ولا فوجهان ، لأن الأصل بقاء الكثرة : ونازعه المحب الطبرى ، فقال : لاوجه للبناء ، ولا للخلاف لأن تلك تعارض فيها أصلا ، فنشأ قولان ، وهنا الأصل بقاء الكثرة بلا معارض .

ومنها : لو شككنا فيما أصاب من دم البراغيث . أقليل ، أم كثير ؟ ففيه احتمالان الامام ، لأن الأصل : اجتناب النجاسة ، والأصل في هذه النجاسة العفو ، وهذه المسئلة نظير ما قبلها ، وقد رجح في أصل الروضة : أن له حكم القليل : ومنها : لو أدرك الإمام ، وهو راكع ، وشك : هل فارق حد الركوع قبل ركوعه فقولان : أحدهما : أنه مدرك ، لأن الأصل بقاء ركوعه ، والثانى : لا ، لأن الأصل عدم الادراك ، وهو الأصح .

ومنها : لو نوى وشك . هل كانت نيته قبل الفجر ، أو بعده ؟ لم يصبخ صومه : لأن الأصل عدم النية : قال النووى : ويحتمل أن يجيء فيه وجه ، لأن الأصل بقاء الليل ، كمن شك في إدراك الركوع .

ومنها : لو أصدقها تعليم قرآن ، ووجدناها تحسنه : فقال : أنا علمتها وقالت : بل غيره ، فقولان ، لأن الأصل بقاء الصداق وبراءة ذمته ، والأصح تصديقها ، ومنها : إذا غاب العبد ، وانقطعت أخباره : ففي قول : تجب فطرته وهو الأصح . لأن

الأصل بقاء حياته ، وفي قول : لا ، لأن الأصل برائة ذمة السيد ورجح الأول بأنه ثبت اشتغال ذمة السيد قبل غيبة العبد بفطرته ، فلا تزال إلا بيقين موته ويجرى القولان في إجزاء عتقه عن الكفارة ، والأصح أنه لا تجزيه لأن الأصل اشتغال ذمته بالكفارة فلا تبرأ إلا بيقين ونظيره في إعمال كل من الأصلين في حالة ما إذا أدخل رجله الخلف وأحدث قبل وصول القدم إلى مستقرها لا يجوز المسخ ولو أخرجها إلى الساق ثم أدخلها ، لا يضر ، عملاً بالأصل في الموضوعين .

ولو أراد جماعة إنشاء قرية للسكن فأقيم بها الجمعة لم يجوزوا كانت قرية وانهدمت وأقام أهلها لبنائها وأقيم بها الجمعة صح عملاً بالأصل في الموضوعين ؛
ولو وجد لحيا ملتي ، وشك هل هو ميتة ، أو مذكي ؟ لا يحل أكله ولولا في شيئا لم ينجسه ، عملاً بالأصل فيهما ؛

ومنها : أذن المرتهن في البيع ورجع ، ثم ادعى الرجوع قبل البيع فوجهان ، لأن لأصل عدم البيع ، وعدم الرجوع ، والأصح تصديق المرتهن .
ومنها : لو شك : هل رضع في الحولين أم بعدها ، فقولان لأن الأصل الحل وبقاء الحولين ، والأصح لا تحريم ؛

ولو شك : هل رضع خمسا أو أقل ، فلا تحريم قطعا لعدم معارضة أصل الإباحة بأصل آخر ؛

ومنها : باعه عصيرا وأقبضه ووجد خمرًا ، فقال البائع تخمر عندك ، وقال المشتري بل عندك ؛ فالأصل عدم التخمر وعدم قبض الصحيح ، وصحح النووي تصديق البائع ترجيحاً لأصل استمرار البيع ، ويجرى القولان فيما لو كان رهنا مشروطاً في بيع .
ومنها : لو قبض المسلم فيه فجاء بمعيب وقال : هذا الذي قبضته ، وأنكر المسلم إليه فالأصح : تصديق المسلم لأن الأصل اشتغال ذمة المسلم إليه ، ولم يققن البراءة والثاني يصدق المسلم إليه لأن الأصل السلامة واستقرار العقد ، ولهذا يصدق البائع قطعا فيما أو جاء المشتري بمعيب ، وقال : هذا المبيع ، لأنه لم يعارضه أصل اشتغال الذمة ، وفارق المسلم لانهما اتفقا على قبض ماورد عليه الشراء وتنازعا في عيب الفسخ والأصل عدمه ، والثمن المعين كالبيع ، وفي الذمة فيه الوجهان في السلم ؛

ومنها : لو رأى المبيع قبل العقد ، ثم قال البائع : هو بحاله ، وقال المشتري : بل تغير ؛ فوجهان ، أحدهما يصدق البائع ، لأن الأصل عدم التغيير والأصح المشتري لأن البائع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصلته والمشتري ينكر ذلك

ومنها : إذا سلم الدار المستأجرة ثم ادعى المستأجر أنها غصبت ، فالأصح أن القول قول المكري ، لأن الأصل عدم الغصب ووجه الآخر أن الأصل عدم الانتفاع ، لكن اعتضد

الأول بأنه بعد التسميم بقى الأصل : وجوب الأجرة عاياه إلى أن يتبين ما يسقطها ؛
ومنها : لو أعطاه ثوبا ليخيطه فخاطه قباء وقال : أمرتني بقطعه قباء ، فقال : بل قمصا
فالأصل يظهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن في ذلك ، والثاني المستأجر ، لأن الأصل
براءة ذمته ، والظاهر : أنه لا يتجاوز إذنه .

ومنها : قد ملفوفا وزعم موته ، ففى قول يصدق القاد لأن الأصل براءة ذمته والأصح
يصدق الولي ، لأن الأصل بقاء الحياة :

ومنها : لو زعم الولي سراية والجاني سببا آخر ، فالأصح تصديق الولي لأن الأصل عدم
السبب والثاني الجاني ، لأن الأصل براءة الذمة .

١ ولو عكس بأن قطع يديه ورجليه ، وزعم الولي سببا آخر ، والجاني سراية فالأصح
تصديق الولي ، لأن الأصل بقاء الدينين الواجبين ، والثاني : الجاني ، لأن الأصل
براءة ذمته :

ومنها : لو قلع سن صغير ومات قبل العود فليل : يجب الأرش ، لأن الجناية قد
تحققت والأصل عدم العود والأصح : لا ، لأن الأصل براءة الذمة ، والظاهر أنه لو
عاش لعادت .

ومنها : ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية ، فالأصل عدم التسمية من
جانب وعدم التفويض من جانب ، كذا في أصل الروضة . قال البلقيني : لم يبين فيه الحكم
وكانه أحاله على ما إذا اختلفا في عقدين ، فان كلا يحلف على نفي دعوى الآخر .
ومنها : إذا قال : كان له على كذا ، ففى كونه مقرا به خلاف لأن الأصل الاستمرار
والأصل براءة الذمة ، والأصح أنه ليس بإقرار :

ومنها : اطلعنا على كافر في دارنا فقال : دخلت بأمان مسلم ، ففى مطالبته بالبينة
وجهان لأن الأصل عدم الأمان ، وبعضه : أن الغالب على من يستأمن الاستئناس
بالاشهاد ، والأصل حقن الدماء ، وبعضه : أن الظاهر أن الحربى لا يقدم على هذا إلا
بأمان ، وهذا هو الأصح :

ومنها : لو شهد عليه بكلمة الكفر فادعى الأكره ، فليجدد الاسلام فان قتله مبادرا
قبل التجديد ، ففى الضمان وجهان . قال في الوسيط : مأخوذان من تقابل الأصباين عدم
الأكره وبراءة الذمة :

ومنها : طار طائر فقال ، إن لم أصد هذا الطائر اليوم فأنت طالق ، ثم اصطاد ذلك
اليوم طائرا وجهل : هل هو ذلك أو غيره ، ففى وقوع الطلاق تردد لتعارض أصليين :
بقاء النكاح ، وعدم اصطيداده ، وزجج النووي من زوائده عدم الوقوع

ومنها : زاد المقتصر في الموضحة وقال : حصلت الزيادة باضطراب الجاني وأنكر

فقضى المصدق وجهن في الروضة بلا ترجيح ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب :
قال ابن الرفعة : وينبغي القطع بتصديق المشجوج ، يعنى وهو المقتص لأنه وجد في حقه
أصلان : براءة الذمة وعدم الارتعاش ، وأم يوجد في حق الآخر إلا أصل واحد ، بل
والظاهر أيضاً أن من مسه آلة القصاص يتحرك بالطبع :

ومنها : ضربها الزوج وادعى نشوزها ، وادعت هي أن الضرب ظلم ، فقد تعارض
أصلان : عدم ظلمه وعدم نشوزها ، قال ابن الرفعة : لم أر فيها نقلاً قال : والذي يقوى
في ظني أن القول قوله ، لأن الشارع جعله ولياً في ذلك :

تذنيب

لهم أيضاً تعارض الظاهرين

ومن أمثله : إذا أقرت بالإنكاح وصدقها المقر له بالزوجية ، فالجديد قبول الاقرار
لأن الظاهر صدقهما فيما تصادقا عليه ، والقديم إن كانا بلدين طولياً بالبيئتين ، لمعارضته
هذا الظاهر بظاهر آخر ، وهو أن البلدين يعرف حالهما غالباً ، ويسهل عليهما إقامة البيئتين .

فوائد

نحتم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : قال ابن القاص في التلخيص ، لا يزال حكم اليقين بالشك إلا في إحدى
عشرة مسألة :

إحداها : شك ماسح الخلف ، هل انقضت المدة أم لا ؟

الثانية : شك هل مسح في الحضر أو في السفر ، يحكم في المسألتين بانقضاء المدة :

الثالثة : إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري : أمسافر هو ، أم مقيم ؟ لم

يجز القصر :

الرابعة : بالحيوان في ماء كثير ، ثم وجدته متغيراً ولم يدر ، أنغير بالبول أم بغيره

فهو نجس :

الخامسة : المستحاضة المتحيرة ، يازمها الغسل عند كل صلاة ، يشك في انقطاع

الدم قبلها :

السادسة : من أصابته نجاسة في ثوبه أو بدنه وجهل موضعها ، يجب غسله كله :

السابعة : شك مسافر . أوصل بلده أم لا ، لا يجوز له الترخض

الثامنة : شك مسافر هل نوى الإقامة أم لا ؟ لا يجوز له الترخض :

التاسعة : المستحاضة وسلس البول إذا توضأ ، ثم شك : هل انقطع حديثه أم لا ؟

فصل بطهارته ، لم تصح صلاته :

العاشرة : نيمم ، ثم رأى شيئا لا يدري : أسراب هو ، أم ماء بطل نيممه ، وإن بان سراها :

الحادية عشرة ، رمى صيدا فجرحه ، ثم غاب فوجده ميتا ، وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر أو غيره لم يحل أكله ، وكذا لو أرسل عليه كلبا .
هذا ما ذكره ابن القاص ،

وقد نازع القفال وغيره في استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك ، وإنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه ، لأن الأصل في الأولى والثانية غسل الرجلين وشرط المسح : بقاء المدة وشككتنا فيه ، فعمل بأصل الغسل ، وفي الثالثة والسابعة والثامنة القصر رخصة بشرط ، فإذا لم يتحقق رجع إلى الأصل ، وهو الاتمام ، وفي الخامسة الأصل وجوب الصلاة ، فإذا شككت في الانقطاع فصلت بلا غسل ، لم تيقن البراءة ، نهية وفي السادسة : الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة ، فلما لم يغسل الجميع فهو شك في زوال منعه من الصلاة ، وفي العاشرة : إنما بطل التيمم لأنه توجه الطاب عليه ، وفي الحادية عشرة في حل الصيد قولان ، فإن قلنا لا يحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم ، وقد شككتنا في الإباحة ، وقد نقل النووي ذلك في شرح المهذب وقال ما قاله القفال فيه نظر :

والصواب في أكثر هذه المسائل مع ابن القاص ،

قال وقد استثنى إمام الحرمين أيضا والغزالي ما إذا شك الناس في انقضاء وقت الجمعة فانهم لا يصلون الجمعة ، وإن كان الأصل بقاء الوقت .

قال : ومما يستثنى إذا توضأ وشك ، هل مسح رأسه أم لا ، وفيه وجهان الأصح صحة وضوئه ، ولا يقال الأصل عدم المسح .

ومنه أو سلم من صلاته ، وشك هل صلى ثلاثا أو أربعا ، والأظهر أن صلاته مضت على الصحة ؛

قال : فإن تكلفت متكلف ، وقال : المسأان داخلتان في القاعدة ، فانه شك هل ترك أو لا ، والأصل عدمه ، فليس بشيء ، لأن الترك عدم باق على ما كان عليه ، وإنما المشكوك فيه الفعل ، والأصل عدمه ولم يعمل بالأصل ؛

قال : وأما إذا سلم من صلاته فرأى عليه نجاسة ، واحتمل وقوعها في الصلاة وحلوثها بعدها ، فلا تلزمه إعادة الصلاة ، بل مضت على الصحة ، فيحتمل أن يقال الأصل عدم النجاسة فلا يحتاج إلى استثنائها لدخولها في القاعدة ، ويحتمل أن يقال : تحقق النجاسة وشك في انعقاد الصلاة ، والأصل عدمه ، وبقاؤها في الذمة ، فيحتاج إلى استثنائها انتهى كلام النووي ؛

وزاد ابن السبكي في نظائره صوراً أخرى :
منها : إذا جاء من قدام الامام واقتدى به وشك ، هل هو متقدم عليه ، فالصحيح في
التحقيق وشرح المهذب أنه تصح صلاته ؛

فهذا ترك أصل من غير معارض ، ولذلك رجح ابن الرفعة مقابله : أنه لا يضح عملاً
بالأصل السالم عن المعارض ولو كان جاء من خلف الإمام صحت قطعاً ، لأن الأصل عدم
تقدمه .

وفي نظير هذه المسألة لو صل وشك ، هل تقدم على الإمام بالتكبير أولاً ، لا تصح
صلاته و فرق بأن الصحة في التقديم أكثر وقوعاً فأنها تصح في صورتين : التأخير والمساواة
وتبطل في التقدم خاصة ، والصحة في التكبير أقل وقوعاً ، فأنها تبطل بالمقارنة والتقدم ،
وتصح في صورة واحدة ، وهي التأخر :

ومنها : من له كفان عاملتان أو غير عاملتين ، فبأيهما مس انتقض وضوؤه مع الشك
في أنها أصلية أو زائدة ، والزائدة لا تنتقض ، ولهذا لو كانت إحداها عاملة فقط انتقض
بها وحدها على الصحيح ؛

ومنها : إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينته على الصحيح ؛ وإلا لتخلد
الحبس عليه إذا كان صادقاً وعجز عن البينة ، والثاني يصدق المالك ، لأن الأصل البقاء
وزاد الزركشي في قواعده صوراً أخرى :

منها : مسألة المرة ، فإن الأصل نجاسة فيها ، فترك ، لاحتمال ولو غها في ماء كثير
وهو شك :

ومنها : من رأى منياً في ثوبه أو فراشه الذي لا ينام فيه غيره ولم يذكر احتلاماً ، لزمه
الغسل في الأصح ، مع أن الأصل عدمه .

ومنها : من شك بعد صوم يوم من الكفارة ، هل نوى لم يؤثر على الصحيح مع
أن الأصل عدم النية .

ومنها : من عليه فائتة شك في قضائها لا يلزمه ، مع أن الأصل بقاؤها ؛ ذكره الشيخ
عز الدين في مختصر النهاية ؛

الفائدة الثانية

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : الشك على ثلاثة أضرب ، شك طراً على أصل
حرام ، وشك طراً على أصل مباح ، وشك لا يعرف أصله :

فالأول : مثل أن يجد شاة في بلد فيها مسلمون ومجوس لا يحل حتى يعلم أنها ذكاة
مسلم لأنها أصلها حرام ، وشككتنا في الذكاة المبيحة ، فلو كان الغالب فيها المسلمون جاز
الأكل عملاً بالغالب المفيد للظهور ؛

والثالث : أن يجد ماء متغيرا ، واحتمل تغيره بنجاسة ، أو بطول المكث يجوز التطهر
بِهِ عملا بالغالب عملا بأصل الطهارة :
والثالث : مثل معاملة من أكثر ماله حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام
فلا تحرم مبيعته لإمكان الحلال وعدم تحقق التحريم ، ولكن يكره خوفا من الوقوع في
الحرام : انتهى

الثالثة

قال النووي : اعلم أن مراد أصحابنا بالشك في الماء والحديث والنجاسة والصلاة والعق
والطلاق وغيرها : هو التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء كان الطرفان في التردد سواء
أو أحدهما راجحا فهذا معناه في استعمال الفقهاء وكتب الفقه :
أما أصحاب الأصول : فانهم فرقوا بين ذلك وقالوا : التردد إن كان على السواء فهو
شك ، وإن كان أحدهما راجحا فالراجح ظن والمرجوح وهم .
ووقع للرافعي : أنه فرق بينهما في الحدث فقال : إنه يرفع بظن الطهر ، لا بالشك فيه
وتبعه في الخاوي الصغير وقيل : إنه غلط معدود من أفراده : قال ابن الرفعة لم أره لغيره
قال في المهمات : وفي الشامل إنما قلنا بتقص الوضوء بالنوم مضطجعا ، لأن الظاهر
خروج الحدث فصدق أن يقال : رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث بخلاف عكسه فكأن
الرافعي أراد ما ذكره ابن الصباغ فانعكس عليه . ولجلى احتمال فيما إذا ظن الحدث بأسباب
عارضضة في تخريجهم على قولي الأصل والغالب .
قال الزركشي : وما زعمه النووي من أنه في سائر الأبواب لا فرق فيه بين المساوي
والراجح رد عليه أنهم فرقوا في مواضع كثيرة :
منها : في الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول في الأربعة ، كنزول عيسى فقول ، وإن ظن
حصوله قبلها فلا ، وإن شك فوجهان :
ومنها : شك في المذبوح ، هل فيه حياة مستقرة ، حرم للشك في المبيح . وإن غلب على
ظنه بقاؤها حل .

ومنها : في الأكل من مال الغير إذا غاب على ظنه الرضى جاز ، وإن شك فلا .
ومنها : وجوب ركوب البحر في الحج إذا غلبت السلامة ؛ وإن شك فلا ؛
ومنها : المرض إذا غلب على ظنه كونه مخوفا ، فقد التصرف من الثلث وإن شككنا
في هجونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة ؛
ومنها : قال الرافعي في كتاب الاعتكاف : قولهم ولا يقع الطلاق بالشك مسلم ، لكنه
يقع بالظن الغالب انتهى ؛

ويشهد له لو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق : فإذا مضت ثلاثة أقرأ من وقت التعليق وقع الطلاق ، مع أن الأقرأ لا تفيد إلا الظن ولهذا أيد الإمام احتمالا بعدم الوقوع ،

الرابعة

يعبر عن الأصل في جميع ما تقدم بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضي في الحاضر وأما استصحاب الحاضر في الماضي فهو الاستصحاب المقلوب : قال الشيخ تقي الدين السبكي : ولم يقل به الأصحاب إلا في مسألة واحدة وهو ما إذا اشترى شيئا فادعاه مدع وانزعه منه بحجة مطلقة ، فانهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع : بل لو باع المشتري أو وهب ، وانزع من المشتري منه أو الموهوب له . كان للمشتري الأول الرجوع أيضا ، فهذا استصحاب الحال في الماضي فإن البيضة لا تنشى ، الملك ولكن تظهره ، والملك سابق على إقامتها ، لا بد من تقدير زمان لطيف له ويحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي ولكنهم استصحبوا مقلوبا ، وهو عدم الانتقال عنه فيما مضى قال ابنه تاج الدين : وقيل به أيضا على وجه ضعيف فيما إذا وجدنا ركازا ، ولم ندر هل هو جاهلي أو إسلامي ، أنه يحكم بأنه جاهلي ولو كان المغصوب باقيا ، وهو أعور مثلا فقال الغاصب : هكذا غصبته : فالقول قول الغاصب : صرح به الشيخ أبو حامد وغيره فهذا استصحاب مقلوب .

ونظيره لو قال المالك : كان طعامي جديدا ، وقال الغاصب عتيقا فالمصدق الغاصب

القاعدة الثالثة

المشقة : تجلب التيسير

الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقوله صلى الله عليه وسلم « بعثت بالحنيفية السمحة » أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله . ومن حديث أبي أمامة والدليمي وفي مسند الفردوس من حديث عائشة رضی الله عنها :

وأخرج أحمد في مسنده والطبراني والبخاري وغيرهما عن ابن عباس قال « قيل : يا رسول الله ، أي الأديان أحب إلى الله ، قال : الحنيفية السمحة » وأخرجه البخاري من وجه آخر بلفظ « أي الإسلام » :

وروى الطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة رضی الله عنه « إن أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة » :

وروى الشيخان وغيرهما من حديث أبي هريرة وغيره « إنما بعثتم ميسرين ، ولم تبعثوا معسرين » وحديث « يسروا ولا تعسروا » .

وروى أحمد من حديث أبي هريرة مرفوعا «إن دين الله يسر - ثلاثا» ؛
وروى أيضا من حديث الأعرابي بسند صحيح «إن خير دينكم أيسره ، إن خير
دينكم أيسره» ؛

وروى ابن مردويه من حديث مجنون بن الأدرع مرفوعا «إن الله إنما أراد بهذه الأمة
اليسر ولم يرد بهم العسر» ؛

وروى الشيخان عن عائشة رضی الله عنها «ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين
أمرين ، إلا اختار أيسرهما ، ما لم يكن إثما» ؛

وروى الطبراني عن ابن عباس مرفوعا «إن الله شرع الدين فجعله سهلا ممحا واسعا
ولم يجعله ضيقا» ؛

قال العلماء : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته ؛
واعلم أن أسباب التخفيف في العبادات وغيرها سبعة ؛
الأول : السفر ؛

قال النووي : ورخصه ثمانية ؛

منها : ما يختص بالطويل قطعا وهو القصر والفطر والمسح أكثر من يوم وليلة ؛

ومنها : ما يختص به قطعا ، وهو ترك الجمعة وأكل الميتة ؛

ومنها : ما فيه خلاف ، والأصح اختصاصه به وهو الجمع .

ومنها : ما فيه خلاف ، والأصح عدم اختصاصه به ، وهو التنفل على الدابة وإسقاط

الفرض بالتيمم ؛

واستدرك ابن الوكيل رخصة تاسعة ، صرح بها الغزالي وهي :

ما إذا كان له نسوة وأراد السفر ، فإنه يقرع بينهن . ويأخذ من خرجت لها القرعة ،
ولا يلزمه القضاء لضررتها إذا رجع ؛ وهل يختص ذلك بالطويل أو جهان : أصبحهما : لا

الثاني : المرض ، ورخصة كثيرة ، التيمم عند مشقة استعمال الماء ، وعدم الكراهة في

الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضائه ، والقعود في صلاة الفرض ؛ وخطبة الجمعة ؛

والاضطجاع في الصلاة ، والإيماء والجمع بين الصلاتين على وجه اختاره النووي والسبكي

والأسنوي والبلقيني ، ونقل عن النص وصح فيه الحديث وهو المختار ، والتخلف عن

الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة كما تقدم ، والفطر في رمضان وترك الصوم لشيخ

المهرم مع الفدية ، والانتقال من الصوم إلى الأطعام في الكفارة ، والخروج من المعتكف

وعدم قطع التتابع المشروط في الاعتكاف ، والاستنابة في الحج وفي رمي الجمار ؛ وإباحة

مخظورات الاحرام مع الفدية ، والتحال على وجه . فان شرطه فعلى المشهور ، والتداوى

بالنجاسات وبالنحمر على وجه ، وإساعة الأقامة بها إذا غص ؛ لاتفاق ، وإباحة النظر حتى

للعورة والسواتين ؛

الثالث : الاكراه .

الرابع : اللسان :

الخامس : الجهل ، وسبأى لها مباحث :

السادس : العسر وعموم البأوى ، كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها ، كدم القسروح والدمامل والبراغيث ، والقبيح والصديد ، وقليل دم الأجنبي وطين الشارع ، وأثر نجاسة عسر زواله ، وذرق الطيور إذا عم في المساجد والمطاف وما يصيب الحب في الدوس من روث البقر وبوله .

ومن ذلك العفو عما لا يدركه الطرف وما لا نفس له سائلة ، وريق النائم ، وفم الهرة :

ومن ثم لا يعتمدى إلى حيوان لا يعم اختلاطه بالناس كما قال الغزالي وأفواه الصبيان .
وغبار السرجين ونحوه وقليل الدخان أو الشعر النجس ، ومنفذ الحيوان :

ومن ثم لا يعفى عن منفذ الأذى ، لا مكان صونه عن الماء ونحوه ، وروث ماشوئه في الماء والمائع وما في جوف السمك الصغار على وجه اختاره الروياني :

ومن ذلك : مشروعية الاستجار بالحجر وإباحة الاستقبال والاستدبار في قضاء الحاجة في البليان ، ومس المصحف للصبى المحدث :

ومن ثم لا يباح له إذا لم يكن متعلما كما نقله في المهمات عن مفهوم كلامهم ، وجواز المسح على العامة لمشقة استيعاب الرأس ، ومسح الخلف في الحضرة لمشقة نزعه في كل وضوء ومن ثم وجب نزعه في الغسل لعدم تكرره :

• وأنه لا يحكم على الماء بالاستعمال مادام مترددا على العضو ، ولا يضره التغيير بالمسك والطين والظلمة وكل ما يعسر صونه عنه ، وإباحة الأفعال الكثيرة والاستدبار في صلاة شدة الخوف ، وإباحة النافلة على الدابة في السفر ، وفي الحضرة على وجه ، وإباحة القعود فيما مع القدرة ، وكذا الاضطجاع والإبراد بالظهر في شدة الحر :

ومن ثم لا إبراد بالجمعة لاستحباب التكبير إليها :

والجمع في المطر وارك الجماعة والجمعة بالأعداد المعروفة وعدم وجوب قضاء الصلاة على الخائض لتكررها بخلاف الصوم وبخلاف المستحاضة لندرة ذلك ، وأكل الميتة وهال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر ، وأكل الولي من مال اليتيم بقدر أجره عمله إذا احتاج وجواز تقديم نية الصوم على أوله ، ونية صوم النفل بالنهار ، وإباحة التحلل من الحج بالإحصار والقوات ، ولبس الحرير للحكة والمقتال وبيع نحو الرمان والبيض في قشره ، والموصوف في الذمة وهو السلم ؛ مع النهى عن بيع الغرر ، والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأتمودج المتائل ، وبارز الدار عن أسها ، ومشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من خبر تروو محصل فيه الندم فيشق على المعاهد ، فسهل الشارع ذلك عليه بجزاز الفسخ في مجلسه

وشرع له أيضا شرطه ثلاثة أيام ، ومشروعية الرد بالعيب ، والتحالف ، والإقالة ، والحوالة ، والرهن ، والضمان ، والإبراء ، والقرض ، والشركة ، والصلح ، والحجر ، والوكالة ، والإجارة ، والمساقاة ، والمزارعة ، والقراض ، والعارية ، والوديعة للمشقة العظيمة في أن كل أحد لا ينتفع إلا بما هو ملكه ، ولا يستوفى إلا بمن عليه حقه ، ولا يأخذه إلا بكأله ، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه ، فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير ، بطريق الإجارة أو الاعارة أو القراض ، وبالإستعانة بالغير وكالة ، وإيداعا ، وشركة وقراضا ، ومساقاة ، وبالإستيفاء من غير المديون حوالة ، وبالتوثق على الدين برهن وضامن وكفيل وحجر ، وبإسقاط بعض الدين صاحبا ، أو كله إبراء .

ومن التخفيف : جواز العقود الجائزة ، لأن لزومها يشق ، ويكون سببا لعدم تعاطيها ولزوم اللزوم ، وإلالم يستقر بيع ولا غيره ؟

ومنه : إباحة النظر عند الخطبة ، وللتعليم ، والإشهاد والمعاملة والمعالجة والسيد .
ومنه : جواز العقد على المنكوحه من غير نظر ، لما في اشتراطه من المشقة التي لا تحتملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم : من نظر كل خاطب ، فتناسب التيسير لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فان اشتراط الرؤية فيه لا يفضى إلى عسر ومشقة :

ومنه : إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال وعلى النساء أيضا لكثرتهم ولم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم وغيره .

ومنه : مشروعية الطلاق ، لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر ، وكذا مشروعية الخلع والافتداء والفسخ بالعيب ونحوه ، والرجعة في العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بختة في الخصام والجرح ويشق عليه التزامه ، فشرعت له الرجعة في تطليقتين : ولم تشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة إذا قصد لإضرارها بالرجعة والطلاق كما كان ذلك في أول الاسلام ثم نسخ ؟

ومنه : مشروعية الاجبار على الوطء أو الطلاق في المولى .

ومنه : مشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيرا على المكلفين لما في التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم ؟

وكذا مشروعية التخيير في كفارة اليمين لتكرره بخلاف كفارة الظهار والقتل والجناح لندرة وقوعها ، ولأن المقصود الزجر عنها :

ومشروعية التخيير في نذر اللجاج : بين ما التزم والكفارة لما في الالتزام بالمنذور لجاجا من المشقة ؟

ومنه : مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيرا على هذه الأمة على الجاني والمجنيب عليه ، وكان في شرع موسى عليه السلام القصاص متحيا ولادية .

وفى شرع عيسى عليه السلام الهدية ولا قضاص ٥
ومنه : مشروعية الكتابة ، ليتخلص العبد من دوام الرق لما فيه من العسر ، فيرغب
السيد الذى لا يسمع بالعتق مجانا ، بما يبذل له من النجوم .
ومنه : مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الانسان ما فرط منه فى حال الحياة وفسح
له فى الثلث دون ما زاد عليه دفعا لضرر الورثة ، فحصل التيسير ودفع المشقة فى الجانبين
ومنه : إسقاط الاثم عن المجتهدين فى الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولو كلفوا
الأخذ باليقين لشق وعسر الوصول لآيه :
فقد بان بهذا أن هذه القاعدة يرجع إليها غالب أبواب الفقه ٥

السبب السابع : النقص

فانه نوع من المشقة ، إذ النفوس مجبولة على حب الكمال ، فناسبه التخفيف فى
التكليفات :
فمن ذلك : عدم تكليف الصبي ، والمجنون ، وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب
على الرجال : كالجماعة ، والجمعة ، والجهاد : والجزية ، وتحمل العقل ، وغير ذلك ،
وإباحة لبس الحرير ، وحلى الذهب ، وعدم تكليف الأرقاء بكثير ، مما على الأحرار ،
ككونه على النصف من الحر فى الحدود والعدد ، وغير ذلك مما سيأتى فى الكتاب
الرابع .

وهذه فوائد مهمة نختم بها الكلام على هذه القاعدة

الأولى : فى ضبط المشاق المقتضية للتخفيف :

المشاق على قسمين : مشقة لاتفك عنها العبادة غالبا ، كمشقة البرد فى الوضوء ،
والغسل . ومشقة الصوم فى شدة الحر ، وطول النهار : ومشقة السفر ، التى لا تفكك
للحج والجهاد عنها . ومشقة ألم الحدود ، ورجم الزناة ، وقتل الجنزة ، فلا أثر لهذه فى
إسقاط العبادات فى كل الأوقات .

ومن استثنى من ذلك جواز التيمم للخوف من شدة البرد ، فلم يصب ، لأن المراد أن
يخاف من شدة البرد حصول مرض من الأمراض التى تبيح التيمم ، وهذا أمر ينفك عنه
الاغتسال فى الغالب ، أما ألم البرد الذى لا يخاف منه المرض المذكور ، فلا يبيح التيمم
بمحال : وهو الذى لا يبيح الانتقال إلى التيمم ٥

وأما المشقة التى لاتفك عنها العبادات غالبا ، فعلى مراتب :

الأولى : مشقة عظيمة فادحة : كمشقة انخوف على النفوس ، والأطراف ، ومناقع
الأعضاء ، فهى موجبة للتخفيف والرخيص قطعاً ، لأن حفظ النفوس ، والأطراف

لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للقوات في عبادة ، أو عبادات يفوت بها أمثالها ؛
الثانية : مشقة خفيفة لا وقع لها ، كأدنى وجع في إصبع ، وأدنى صداع في الرأس ،
أو سوء مزاج خفيف . فهذه لا أثر لها ، ولا التفات إليها ، لأن تحصيل مصالح العبادات
أولى من دفع مثل هذه المفسدة التي لا أثر لها ؛

الثالثة : متوسطة بين هاتين المرتبتين : فإدنا من المرتبة العليا ، أوجب التخفيف ، أو
من الدنيا ، لم يوجب كحصى خفيفة ، ووجع الضرس اليسير ، وما تردد في إلحاقه بأيهما اختلقت
فيه ولا ضبط لهذه المراتب إلا بالتقرب ؛

وقد أشار الشيخ عز الدين إلى أن الأولى في ضبط مشاق العبادات : أن تضبط مشقة
كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تخفيف تلك العبادة ؛ فإن كانت مثلاً ، أو أزيد ، ثبتت
الرخصة ؛ ولذلك اعتبر في مشقة المرض المبيح للفطر في الصوم : أن يكون كزيادة مشقة
الصوم في السفر عليه في الحضر ؛ وفي إباحة محظورات الإحرام : أن يحصل بتركها ، مثل
مشقة القمل الوارد فيه الرخصة ؛

وأما أصل الحج ، فلا يكتفى في تركه بذلك ، بل لا بد من مشقة لا يحتمل مثلها ،
كالحفوف على النفس ، والمال : وعدم الزاد والراحلة ؛

وفي إباحة ترك القيام إلى القعود : أن يحصل به ما يشوش الخشوع ، وإلى الاضطجاع
أشق ، لأنه مناف لتعظيم العبادات . بخلاف القعود ، فإنه مباح بلا عذر ؛ كما في التشهد ،
فلم يشترط فيه العجز بالكلية ؛

وكذلك اكتفى في إباحة النظر إلى الوجه والكفين بأصل الحاجة . واشترط في سائر
الأعضاء تأكدها . وضبطه الإمام بالقدر الذي يجوز الانتقال معه إلى التيمم ، واشترط في
السواتين مزيد التأكيد ، وضبطه الغزالي بما لا يعد التكبش بسببه هتكا للمروءة ، ويعذر
فيه في العادة ؛

تنبيه

من المشكل على هذا الضابط : التيمم . فانهم اشترطوا في المرض المبيح له : أن يخاف
معه تلفت نفس ، أو عضو ، أو منفعة ، أو حدوث مرض مخوف ، أو بطله البرء ، أو
شين فاحش : في عضو ظاهر ، ومشقة السفر دون ذلك بكميز .

قال العلائي : ولعل الفارق بين السفر والمرض : أن المقصود أن لا ينقطع المسافر عن
رفقته ، ولا يحصل له ما يحوق عليه التقلب في السفر بالمعاش ، فاغتفر فيه أخف مما يباحق
المريض . أشار إلى ذلك إمام الحرمين ؛

وأشكل من هذا : أنهم لم يوجبوا شراء الماء بزيادة يشيرة على ثمن المثل ، وجوزوا
التيمم ، ونعوه فيما إذا خاف شينا فاحشا في عضو باطن ، مع أن ضرره أشد من ضرر

بذلك الزيادة اليسيرة جدا ، خصوصا إذا كان رقيقا ، فإنه ينقص بذلك قيمته أضعاف
قدر الزيادة المذكورة ، وقد استشكله الشيخ عز الدين وغيره ، ولا جواب عنه :

تنبيه

ضبط في الروضة ، وأصلها ، نقلا عن الأصحاب : المرض المبيح للفطر ، ولأكل
الميتة : بالمبيح للتيمم :

الفائدة الثانية

قال الشيخ عز الدين : تخفيفات الشرع ستة أنواع :
الأول : تخفيف إسقاط ، كإسقاط الجمعة ، والحج ، والعمرة ، والجهاد :
بالأعدار :

الثاني : تخفيف تنقيص ، كالقصر :

الثالث : تخفيف إبدال ، كإبدال الوضوء ، والغسل ، بالتيمم ، والقيام في الصلاة
بالقعود والاضطجاع ، أو الإيماء ، والصيام بالإطعام .

الرابع : تخفيف تقديم ، كالجمع ، وتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة الفطر في
رمضان ، والكفارة على الخنث :

الخامس : تخفيف تأخير ، كالجمع ، وتأخير رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير
الصلاة في حق مشغل بانقاذ غريق ، أو نحوه من الأعدار الآتية .

السادس : تخفيف ترخيص ، كصلاة المشتجر ، مع بقية النجو ، وشرب الخمر
للغصة ، وأكل النجاسة للتداوي ، ونحو ذلك :

واستدرك العلاني سابعاً ، وهو : تخفيف تغيير ، كتغيير نظم الصلاة في الخوف :

الفائدة الثالثة

الرخص أقسام :

ما يجب فعلها ، كأكل الميتة للمضطر ، والفطر لمن خاف الملاك بغلبة الجوع والعطش
وإن كان مقيماً صحيحاً ، وإساقفة الغصة بالخمر :

وما يندب ، كالقصر في السفر والفطر لمن يشق عليه الصوم في سفر ، أو مرض ،
والإبراد بالظهر ، والنظر إلى المخطوبة .

وما يباح ، كالسلم :

وما الأولى تركها : كالمسح على الخنث ، والجمع ، والفطر لمن لا يتضرر ، والتيمم

لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل ، وهو قادر عليه :

وما يكره فعلها ، كالقصر في أقل من ثلاثة مراحل :

الفائدة الرابعة

تعاطى سبب الرخصة ، لقصد الترخيص فقط ، هل يبيحه ؟ فيه صور تقدمت في
أواخر القاعدة الأولى :

الفائدة الخامسة

بمعنى هذه القاعدة : قول الشافعي رضي الله عنه : (إذا ضاق الأمر اتسع) : وقد
أجاب بها في ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما إذا فقدت المرأة وليها في سفر ، فوالت أمرها رجلا يجوز .
قال يونس بن عبد الأعلى : فقلت له : كيف هذا ؟ قال : إذا ضاق الأمر

اتسع :

الثاني : في أواني الخزف المعمولة بالسرجين ؟ أمجوز الوضوء منها ؟ فقال : إذا ضاق
الأمر اتسع ، حكاة في البحر :

الثالث : حكى بعض شراح المختصر أن الشافعي ، سئل عن الذباب يجاس على غائط
ثم يقع على الثوب ، فقال : إن كان في طيرانه ما يجف فيه رجلاه ، وإلا فالشيء إذا ضاق

اتسع :

ولهم عكس هذه القاعدة : إذا اتسع الأمر ضاق :

قال ابن أبي هريرة في تعليقه : وضعت الأشياء في الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت

وإذا اتسعت ضاقت .

ألا ترى أن قليل العمل في الصلاة لما اضطر إليه ، سوح به ، وكثيره لما لم يكن به

حاجة لم يسامح به : وكذلك قليل البراغيث وكثيره :

وجمع الغزالي في الإحياء بين القاعدتين بقوله : كل ما تجاوز عن حده انعكس

إلى ضده :

ونظير هاتين القاعدتين في التعاكس قولهم : يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ،

وقولهم : يغتفر في الابتداء ما لا يغتفر في الدوام ، وسيأتي ذكر فروعها :

القاعدة الرابعة : الضرر يزال

أصلها قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » :

أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا. وأخرجه الحاكم في المستدرک

والبيهقي ، والدارقطني ، من حديث أبي سعيد الخدري ، وأخرجه ابن ماجه من حديث

ابن عباس ، وعبادة بن الصامت :

علم أن هذه القاعده يبني عليها كثير من أبواب الفقه ،
من ذلك : الرد بالهيب ، وجميع أنواع الخيار : من اختلاف الوصف المشروط ،
والتعزير ، وإفلاس المشتري ، وغير ذلك : والحجر بأنواعه ، والشفعة ، لأنها شرعت
لدفع ضرر القسمة . والقصاص ، والحدود ، والكفارات ، وضمان التلث ، والقسمة ،
ونصب الأئمة ، والقضاة ، ودفع الصائل ، وقتال المشركين ، والبغاة ، وفسخ النكاح
بالعيوب ، أو الإعسار ، أو غير ذلك ، وهي مع القاعده التي قبلها متحدة ، أو متداخلة .
ويتعلق بهذه القاعده قواعد :

الأولى : الضروريات تبيح المحظورات ، بشرط عدم نقصانها عنها :
ومن ثم جاز أكل الميتة عند المحمصه ، وإساعة اللقمة بالخمر ، والتلفظ بكلمة الكفر
للاكره وكذا إتلاف المال ، وأخذ مال الممتنع من أداء الديق بغير إذنه ودفع الصائل ،
ولو أدى إلى قتله ، ولو عم الحرام قطرا ، بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادرا : فإنه يجوز
استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على الضرورة :

قال الإمام : ولا يرتقى إلى التبسط ، وأكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة :
قال ابن عبد السلام : وفرض المسألة : أن يتوقع معرفة صاحب المال في المستقبل :
فأما عند اليأس فالمالك حينئذ للمصالح ، لأن من جملة أموال بيت المال : ما جهل مالكوه .
وجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، والظفر بهم ، وكذا الحيوان
الذي يقاتون عليه ، ونهش الميت بعد دفنه للضرورة : بأن دفن بلا غسل ، أو تغير القبلة
أو في أرض ، أو ثوب منصوب : وغصب الخيط لحياطة جرح حيوان محترم :
وقولنا : « بشرط عدم نقصانها عنها » ليخرج مالو كان الميت نيبا : فإنه لا يحل أكله
للمضطر لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر : وما لو أكره على القتل
أو الزنا ، فلا يباح واحد منهما بالإكراه لما فيهما من المفسده التي تقابل حفظ مهجة
المكروه ، أو تزيد عليها : وما لو دفن بلا تكفين فلا ينهش ، فإن مفسده هتك حرمة
أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه ،
الثانية : ما يبيح للضرورة يقدر بقدرها :

ومن فروعها :

المضطر : لا يأكل من الميتة ، إلا قدر سد الرمق : ومن استشير في خاطب ، واكتفى
بالتعريض كقواه : لا يضر لك : لم يعدل إلى التصريح : ويجوز أخذ نبات الحرم لعلف
البهائم . ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف : والطعام في دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة
لأنه أبيع للضرورة ، فاذا وصل عمران الإسلام امتنع . ومن معه بقية ردها .

ويعنى : عن عمل استجماره : ولو حمل مستجمرا في الصلاة بطلت : ويعنى عن

الطحلب في الماء ، فلو أخذ ورق ، وطرح فيه وغيره ضره ؛
ويعنى عن ميت لا نفس له سائلة ، فان طرح ضره ؛
ولو فسد أجنبي امرأة : وجب أن تستر جميع ساعدها ، ولا يكشف إلا ما لا بد
منه للفصد ؛

والجبيرة يجب أن لاتستر من الصبيح إلا ما لا بد منه للاستمسك ؛
والمجنون لا يجوز تزويجه أكثر من واحدة ، لاندفاع الحاجة بها ؛
وإذا قلنا : يجوز تعدد الجمعة لعسر الاجتماع في مكان واحد لم يجوز إلا بقدر ما يندفع
فلو اندفع بجمعتين لم يجوز بالثالثة : صرح به الإمام : وجزم به السبكي والأسنوي .
ومن جاز له اقتناء الكلب للصيد لم يجوز له أن يقتني زيادة على القدر الذى يصطاد
به ، صرح به بعضهم ، وخرجه في الخادم على هذه القاعدة ؛

تنبية

خرج عن هذا الأصل صور :
منها : العرايا فانها أبيعحت للفقراء ، ثم جازت للأغنياء في الأصح ؛
ومنها : الخلع ، فانه أبيع مع المرأة على سبيل الرخصة ، ثم جاز مع الأجنبي ؛
ومنها : اللعان ؛ جوز حيث تعسر إقامة البينة على زناها ، ثم جاز حيث يمكن على الأصح ؛

فائدة

قال بعضهم : المراتب خمسة : ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول ؛
فالضرورة : بلوغه حدا إن لم يتناوله الممنوع هلك ، أو قارب ؛ وهذا يبيع تناول
الحرام .

والحاجة : كالجائع الذى لو لم يجد ما يأكله لم يهلك ؛ غير أنه يكون في جهد ومشقة ؛
وهذا لا يبيع الحرام ، ويبيح الفطر في الصوم ؛
والمنفعة : كالذى يشتهى خبز البر ، ولحم الغنم ، والطعام الدمم .
والزينة : كالمشتهى الحلوى ، والسكر ، والثوب المنسوج من حرير ، وكتان ؛
والفضول : التوسع بأكل الحرام ، والشبهة ؛

تذنيب

قريب من هذه القاعدة : ما جاز لعذر بطل بزواله كالتميم يبطل بوجود الماء قبل
الدخول في الصلاة .

ونظيره : الشهادة على الشهادة لمرض ، ونحوه : يبطل إذا حضر الأصل عند الحاكم
قبل الحكم ؛

الثالثة

الضرر : لا يزال بالضرر

قال ابن السبكي : وهو كعائد يعود على قولهم « الضرر يزال ، ولكن لا بضرر »
فشأنهما شأن الأخص مع الأعم : بل هما سواء ، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق « الضرر
يزال » :

ومن فروع هذه القاعدة :

عدم وجوب العمارة على الشريك في الجديد ، وعدم إجبار الجار على وضع الجدوع
وعدم إجبار السيد على نكاح العبد والأمة التي لا تحل له :

ولا يأكل المضطر طعام مضطر آخر ، إلا أن يكون نيبا ، فإنه يجوز له أخذه ، ويجب
على من معه بذله له ، ولا قطع فائدة من فخذته ، ولا قتل ولده ، أو عبده ، ولا قطع فائدة
من نفسه : إن كان الخوف من القطع ، كالخوف من ترك الأكل ، أو أكثر : وكذا تملك
السلعة المخوفة :

ولو مال حائط إلى الشارع ، أو ملك غيره لم يجب إصلاحه :

ولو سقطت جرة ، ولم تندفع عنه إلا بكسرها ضمنها في الأصح :

ولو وقع دينار في محبرة ، ولم يخرج إلا بكسرها : كسرت : وعلى صاحبه الأرش .
فلو كان يفعل صاحب المحبرة فلا شيء .

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر ، ولم يخرج إلا بكسرها ، فإن كان صاحبها معها ،
فهو مقرط بترك الحفظ ، فإن كانت غير مأكولة : كسرت القدر ، وعليه أرش النقص ،
أو مأكولة ، ففي ذبحها وجهان : وإن لم يكن معها ، فإن فرط صاحب القدر : كسرت ،
ولا أرش ، وإلا فله الأرش :

ولو انقت دابتان على شاطئ ، ولم يمكن تخليص واحدة إلا باتلاف الأخرى ، لم يملك
واحد منهما ، بل من ألقى دابة صاحبه وخلص دابته ضمن :

ولو سقط على جريح ، فإن استمر قتله ، وإن انتقل قتل غيره ، فقتيل : يستمر :
لأن الضرر لا يزال بالضرر ، وقتيل : يتخير للاستواء : وقال الإمام : لا يحكم فيه في
هذه المسئلة :

ولو كانت ضيقة الفرج لا يمكن وطؤها إلا بإفضائها ، فليس له الوطء .

ولو رهن المفلس المبيع ، أو غرس ، أو بنى فيه ، فليس للبائع الرجوع في صورة صحة
الرهن : لأن فيه إضرارا بالرتين ، ولا في صورة الغرس ، ويبقى الغرس والبناء للمفلس
لأنه يتقص قيمتها ، ويضر بالمفلس والغرماء :

تنبيه

قال ابن السكيت : يستثنى من ذلك : ما لو كان أحدهما أعظم ضررا ،
وصحابة ابن الكثاني : لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما : ولهذا شرع القصاص ،
والحدود وقتال البغاة ، وقاطع الطريق ، ودفع الصائل ، والشفعة ، والفسخ بعيب المبيع ،
والنكاح ، والإعسار ، والإجبار على قضاء الديون ، والشفقة الواجبة ، ومسئلة الظفر ،
وأخذ المضطر طعام غيره ، وقتاله عليه ، وقطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره ،
وشق بطن الميت إذا بلغ مالا ، أو كان في بطنها ولو ترجى حياته : ورعى الكفار إذا ترسوا
للساء وصبيان ، أو بأسرى المسلمين .

ولو كان له عشر دالر لا يصلح للسكنى ، والباقي لآخر ، وطلب صاحب الأكثر
القسمه : أوجب في الأصح ، وإن كان فيه ضرر شريكه ؛
ولو أحاط الكفار بالمسلمين ، ولا مقاومة بهم : جاز دفع المال إليهم ، وكذا استنقاذ
الأحرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره . لأن مفسدة بقاءهم في أيديهم ، واصطلامهم للمسلمين
أعظم من بذل المال ؛

والخارج في الحيض لا يحرم ، لأن إنقاذها منه مقدم على مفسدة تطويل العدة عليها ؛
ولو وقع في نار تحرقه ، ولم يخلص إلا بماء يفرقه ، ورآه أهون عليه من الصبر على
نفحات النار ، فله الانتقال إليه في الأصح ؛
ولو وجد المضطر ميتة وطعام غائب . فالأصح أنه يأكل الميتة : لأنها مباحة بالنص
وطعام الغير بالاجتهاد ؛
أو الحرم ميتة وصيدا : فالأصح كذلك . لأنه يرتكب في الصيد محظورين : القتل ،
والأكل ؛

ونشأ من ذلك قاعدة رابعة ، وهي « إذا تعارض مفسدتان روعى أعظمهما ضررا
بارتكاب أخفهما » ؛

ونظيرها : قاعدة خامسة ، وهي « درء المفسد أولى من جلب المصالح » . فإذا تعارض
مفسدة ومصالحة ، قدم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه
بالمأمورات ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ،
وإذا نهيتكم عن شيء فاجنبوه » .

ومن ثم سومع في ترك بعض الواجبات بأذى مشقة : كاتقيام في الصلاة والفطر ،
والطهارة ولم يسامح في الإقدام على المنهيات : وخصوصا الكبائر .
ومن فروع ذلك :

المبالغة في المضمضة والاستنشاق مستنونة : وتكره للصائم :

تخليل الشعر سنة في الطهارة ، وتكره للمحرم :

وقد يراعى المصلحة ، لغلبتها على المفسدة :

من ذلك : الصلاة ، مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة ، والستر ،

والاستقبال : فان في كل ذلك مفسدة : لما فيه من الإخلال بجلال الله في أن لا يناجى إلا على

أكمل الأحوال : ومتى تعدر شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه ، تقدم المصلحة الصلاة

على هذه المفسدة :

ومنه : الكذب مفسدة محرمة . ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز : كالكذب

للإصلاح بين الناس ، وعلى الزوجة لإصلاحها :

أ وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخطر المفسدين في الحقيقة :

القاعدة الخامسة

الحاجة : تنزل منزلة الضرورة ، عامة كانت ، أو خاصة :

من الأولى : مشروعية الإجارة ، والجمالة ، والحوالة ، ونحوها ، جوزت على

خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معلومة : وفي الثانية من الجهالة :

وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك ، والحاجة إذا عمت كانت

كالضرورة :

ومنها : ضمان الدرك جوز على خلاف القياس : إذ البائع إذا باع ملك نفسه ، ليس

مأخذه من الثمن ديناً عليه ، حتى يضمن : لكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه

ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً .

ومنها : مستثناة الصاج وإباحة النظر ، للمعاملة ، ونحوها ، وغير ذلك .

ومن الثانية : تضييب الإناء بالفضة : يجوز للحاجة : ولا يعتبر العجز عن غير الفضة

لأنه يبيح أصل الإناء من التقدين قطعاً : بل المراد الأغراض المتعلقة بالتضييب ، سوى

التزيين : كإصلاح موضع الكسر ، والشد ، والتوثق . .

ومنها : الأكل من الغنيمة في دار الحرب ، جائز للحاجة : ولا يشترط للأكل أن

لا يكون معه غيره .

تنبيه

من المشكل قول المنهاج : ويباح النظر لتعليم ، مع قولهم في الصداق : ولو أصدقها

تعليم قرآن ، فطلق قبله ، تعدر تعليمه في الأصح .

وأجاب السبكي : بأنه إنما تعدر ، لأن القرآن ، وإن أمكن تنصيفه من جهة

الحروف ، والكلمات ، لكنه يختلف سهولة ، وصعوبة ، وقابله في المهمات : فقال لأن القيام بتعليم نصف مشاع ، لا يمكن : والقول بامتثاق نصف معين : تحكم ، لا دليل عليه : ويؤدي إلى النزاع : فإن السورة الواحدة مختلفة الآيات ، في الطول ، والقصر ، والصعوبة ، والسهولة ، فتعين البديل :

واعترض هذا الجواب : بأنه خاص بالطلاق ، قبل الدخول ، وقد صرحوا بتعذر التعليم ، ولو طلق بعد الدخول ، والمستحق بعد الدخول : تعليم الكل . وأجاب الشيخ الإمام جلال الدين الخلي ، في شرح المنهاج : بأن ما ذكره النووي من إباحة النظر للتعليم : تفرد به ، وهو خاص بالأمرد ، لأنه لما حرم النظر إليه مطلقا ، ولو بلا شهوة ، استشعر أن يورد عليه أن الأمر يحتاج إلى مخالطة الرجال للتعليم ، ويشق عليه الاحتجاب والتستر : وما زال السلف ، والعلماء على مخالطة المرء ، وبمجالستهم وتعليمهم فاستثنى النظر للتعليم ، لذلك :

وأما المرأة : فلا تحتاج إلى التعليم : كاحتياج الأمرد .
وأما الواجبات : فلا تعد من يعلمها إياها : من محرم ، أو زوج ، أو غيره ، من وراء حجاب ، :

وكان شيخنا قاضي القضاة : شرف الدين المناوي يأبي هذا الجواب ، ويقول بعموم الإباحة للمرأة أيضا ، ويجب عن مسألة الصداق : بأن المطلقة امتدت إليها الأطماع ، فناسب أن لا يؤذن في النظر إليها ، بخلاف غيرها .
والتحقيق ما قاله الشيخ جلال الدين :

وقد أشار إلى نحو ما قاله السبكي ، فقال : قد كشفت كتب المذهب ، فانما يظهر منها جواز النظر للتعليم ، فيما يجب تعلمه وتعليمه ، كالفاتحة ، وما يتعين من الصنائع ، بشرط التعذر ، من وراء حجاب . وأما غير ذلك ، فإن كلامهم يقتضي المنع ، ثم استشهد بالمذكور في الصداق .

القاعدة السادسة

العادة محكمة

قال القاضي : أصلها قوله صلى الله عليه وسلم « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله

حسن » .

قال العلائي : ولم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف ، والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه ، أخرجه أحمد في مسنده :

اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه ، في مسائل لا تعد كثيرة :
فمن ذلك : سن الحيض ، والبلوغ ، والإنزال ، وأقل الحيض : النفاس : والطهر
وغالبا ، وأكثرها : وضابط القلة ، والكثرة في الضبة ، والأفعال المنافية للصلاة ،
والنجاسات المعفو عن قائلها ، وطول الزمان ، وقصره في موالة الوضوء ، في وجه ،
والبناء على الصلاة في الجمع ، والخطبة ، والجمعة ، وبين الإيجاب والقبول ، والسلام ،
ورده ، والتأخير المانع من الرد بالعيب ، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول ،
والأنهار المملوكة ، إقامة له مقام الإذن اللفظي ، وتناول الثمار الساقطة ، وفي إحراز المال
المسروق ، وفي المعاطاة على ما اختاره النووي ، وفي عمل الصناعات على ما استحسنته الرافعي
وفي وجوب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب ، والخبر ، والخيط ، والكحل :
على من جرت العادة بكونها عليه . وفي الاستيلاء في الغصب . وفي رد ظرف الهدية وعدمه
وفي وزن أو كيل ، ما جهل حاله في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فان الأصح أنه
يراعى فيه عادة بلد البيع : وفي إرسال المواشي نهارا وحفظها ليلا :
ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك ، اعتبرت العادة في الأصح .

وفي صوم يوم الشك ، لمن له عادة ، وفي قبول القاضي الهدية ممن له عادة ، وفي
القبض ، والإقباض ، ودخول الحمام ، ودور القضاة ، والولاية ، والأكل من الطعام
المقدم ضيافة بلا لفظ ، وفي المسابقة ، والمناضلة ، إذا كانت للرماة عادة في مسافة تنزل
المطلق عليها ، وفيها إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ، ولم يجر بينهما شرط : فالأصح
أنها تنزل منزلة الشرط : وفي ألفاظ الواقف ، والموصى ، وفي الأيمان ، وسبأى ذكر
أهله من ذلك :

ويتعلق بهذه القاعدة مباحث :

الأول : فيما تثبت به العادة :

وفي ذلك فروع :

أحدها : الحيض . قال الامام والغزالي وغيرهما : العادة في باب الحيض أربعة

أقسام :

أحدها : ما تثبت فيه بجمرة بلا خلاف : وهو الاستحاضة : لأنها علة مزمنة : فاذا
وقعت فالظاهر دوامها ، وسواء في ذلك المبتدأة ، والمعتادة ، والمتحيرة :

الثاني : ما لا يثبت فيه بالمرة ، ولا بالمرات المتكررة ، بلا خلاف ، وهي المستحاضة

إذا انقطع دمها : فرأت يوما دما ويوما نقاء : واستمر لها أدوار هكذا ثم أطبق الدم على
لون واحد ، فانه لا يلتقط لها قدر أيام الدم : بلا خلاف : وإن قلنا باللقط : بل نحيضها بما
كنا نجعله حيضا بالتلفيق ، وكذا لو ولدت مرارا ولم تر نفاسا : ثم ولدت وأطبق الدم

• وجاوز ستين يوما : فان عدم النفاس لا يصير عادة لها ، بلا خلاف بل هذه مبتدأة في النفاس :

الثالث : ما لا يثبت بجمرة ، ولا بمرات ، على الأصح ، وهو التوقف عن الصلاة ، ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوما دما ويوما نقاء :

الرابع : ما يثبت بالثلاث : وفي ثبوته بالمرة والمرتين خلاف ، والأصح الثبوت ، وهو قدر الحيض والظهر :

الثاني : الجارحة في الصيد لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة ، ولا يكفي مرة واحدة قطعاً ، وفي المرتين والثلاث خلاف :

الثالث : القائمت لاخلاف في اشتراط التكرار فيه ، وهل يكفي بمرتين ، أو لا بد من ثلاث ؟ وجهان : رجح الشيخ أبو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث :

وقال إمام الحرمين : لا بد من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف :

الرابع : اختبار الصبي قبل البلوغ بالمماكسة ، قالوا : يختبر مرتين ، فصاعداً ، حتى يغلب على الظن رشده :

الخامس : عيوب البيع ، فالزنا يثبت الرد بجمرة واحدة : لأن تهمة الزنا لا تزول ، وإن تاب ، ولذلك لا يحد قاذفه ، والإباق كذلك .

قال القاضي حسين وغيره : يكفي المرة الواحدة منه في يد البائع : وإن لم يأتق في يد المشتري : قال الرافعي : والسرة قريب من هذين : وأما البول في الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه :

السادس : العادة في صوم يوم الشك ، كما إذا كان له عادة بصوم يوم الاثنين أو الخميس فصادف يوم الشك أخذها ، بماذا تثبت العادة :

قال الشيخ تاج الدين السبكي : لم أر فيه نقلاً : وقال الإمام في الخادم : لم يتعرضوا لضابط العادة . فيحتمل ثبوتها بجمرة ، أو بقدر يعد في العرف متكرراً :

السابع : العادة في الإهداء للقاضي قبل الولاية . قال ابن السبكي : لم أر فيه نقلاً بماذا تثبت به :

قال : وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بجمرة واحدة . ولذلك عبر الرافعي بقوله : تعهد منه الهدية : والعهد صادق بجمرة :

الثامن : العادة في تجديد الطهر لمن يتيقن طهراً وحدثاً : وكان قبلهما متطهراً : فإنه يأخذ بالصد ، إن اعتاد التجديد ، وبالمثل إن لم يعتده :

لم يبينوا ، بم تثبت به العادة ؟ :

لكن ذكر السبكي في شرح المنهاج : أن من ثبت له عادة محققة ، كمن اعتاده ،

فيأخذ بالصد. وظاهر هذا الاكتفاء فيه بالمرة ونحوها :
التاسع : إنما يستدل ببيض الخنثى وإمناثه على الأنوثة ، والدكورة بشرط التكرار
ليتأكد الظن ، ويندفع توهم كونه اتفاقيا : قال الأستاذي : وجزم في التهذيب ، بأنه
لا يكفي مرتان : بل لابد أن يصير عادة :
قال : ونظير التحاقه بما قيل في كلب الصيد :

المبحث الثاني

إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا . وإن تعارضت الظنون في اعتبارها
فخلاف :

قال الامام ، في باب الأصول والثمار : كل ما يوضح فيه اطراد العادة ، فهو المحكم ،
ومضمرة كالمذكور صريحا : وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه . فهو
ثار الخلاف . انتهى :

وفي ذلك فروع :

منها : باع شيئا بدرهم وأطلق : نزل على النقد الغالب . فلو اضطربت العادة في البلد وجب
البيان ، وإلا يبطل البيع :

ومنا : غلبت المعاملة بجنس من العروض ، أو نوع منه : انصرف الثمن إليه عند
الاطلاق في الأصح : كالنقد :

ومنها : استأجر للخياطة ، والنسخ ، والكحل ، فانخبط ، والخبر ، والكحل على
من ؟ خلاف ، صحح الرافي في الشرح الرجوع فيه إلى العادة ، فإن اضطربت وجب
البيان ، وإلا فتبطل الإجارة :

ومنها : البطالة في المدارس ، مثل عنها ابن الصلاح ، فأجاب بأن ما وقع منها في
رمضان ونصفت شعبان لا يمنع من الاستحقاق : حيث لانص فيه من الواقف على اشتراط
الاشتغال في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلهما يمنع . لأنه ليس فيها عرف مستمر :
ولا وجود لها قطعا في أكثر المدارس ، والأماكن : فإن سبق بها عرف في بعض البلاد
واشتهر غير مضطرب : فيجوز فيها في ذلك البلد الخلاف : في أن العرف الخاص هل
ينزل في التأثير منزلة العرف العام . والظاهر تنزيهه في أهله بتلك المنزلة ، انتهى :

ومنها : المدارس الموقوفة على درس الحديث ، ولا يعلم مراد الواقف فيها ، هل
يدرس فيها علم الحديث ، الذي هو معرفة المصطلح ، كمتخصر ابن الصلاح ، ونحوه ،
أو يقرأ متن الحديثين ؟ كالبخاري ، ومسلم ، ونحوهما ، ويتكلم على ما في الحديث : من
فقه ، وغريب ، وأغمة ، ومشكل ، واختلاف ، كما هو عرف الناس الآن ، وهو شرط
المدرسة الشيعونية ، كما رأيت في شرط واقفها :

وقد سأله شيخ الإسلام أبو الفضل ابن حجر شيخه الحافظ أبا الفضل العراقي عن ذلك فأجاب : بأن الظاهر اتباع شروط الواقفين ، فإنهم يختلفون في الشروط ، وكذلك اصطلاح أهل كل بلد ، والشام يلقون دروس الحديث ، كالشيخ المدرس في بعض الأوقات بخلاف المصريين فإن العادة جرت بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرين بحسب ما يقرأ فيه من الحديث :

فصل

في تعارض العرف مع الشرع

هو نوعان :

أحدهما : أن لا يتعلق بالشرع حكم ، فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف لا يأكل لحما ، لم يحث بالسّمك وإن سماه الله لحما ، أو لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج ، لم يحث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطا ، ولا تحت السماء ، وإن سماها الله سقفا ، ولا في الشمس ، وإن سماها الله سراجا :

أو لا يضع رأسه على وتد ، لم يحث بوضعها على جبل .

أو لا يأكل مريمّة أو دما ، لم يحث بالسّمك والجراد والكبد والطحال فقدم العرف في جميع ذلك ، لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف والثاني : أن يتعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال :

فلو حلفت لا يصلي ، لم يحث إلا بذات الركوع والسجود أو لا يضيوم ، لم يحث بمطلق الإمساك أو لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء :

أو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، وعلمت به ، طلقت ، حملا له على الشرع فإنها فيه بمعنى العلم لقوله وإذا رأيتموه فضيوموا .

ولو كان اللفظ يقتضى العموم ، والشرع يقتضى التخصيص ، اعتبر خصوص الشرع في الأصح .

فلو حلف لا يأكل لحما لم يحث بالميتة ، أو لا يطأ لم يحث بالوطء في الدبر على ما رجحه في كتاب الإيمان ، أو أوصى لأقارب ، لم تلخل ورثته عملا بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث ، أو حلفت لا يشرب ماء ، لم يحث بالمتغير كثيرا بزعفران ونحوه :

فصل

في تعارض العرف مع اللغة

حكى صاحب الكافي وجهين في المقدم .

أحدهما - وإليه ذهب القاضي جسين : الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوي :

والثاني - وعليه البغوى: الدلالة العرفية لأن العرف يحكم في التصرفات سيما في الأيمان
قال: فلودخل دار صديقه، فقدم إليه طعاما فامتنع. فقال إن لم تأكل فامرأتى طالق
فخرج ولم يأكل، ثم قدم اليوم الثاني، فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث
وعلى الثاني يحنث، انتهى:

وقال أرافعى فى الطلاق إن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب
يميل إلى الوضع، والإمام والغزالي يريان اعتبار العرف وقال فى الأيمان ما معناه إن عمت
اللغة قدمت على العرف.

وقال غيره: إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه ألبتة، فالمعبر باللغة، وإن كان له
فيه استعمال، فقيه خلاف وإن هجرت اللغة حتى صارت نسيا ملسيا، قدم العرف:

ومن الفروع المخرجة على ذلك:

حلفت لا يسكن بيتا، فإن كان بدويا حنث بالمبنى وغيره، لأنه قد تظاهر فيه العرف
الكل واللغة لأن يسمونه بيتا، وإن كان من أهل القرى: فوجهان، بناء على الأصل
المذكور إن اعتبرنا العرف لم يحنث والأصح الحنث.

ومنها: حلفت لا يشرب ماء حنث بالماء، وإن لم يعتد شربه، اعتبارا بالإطلاق،

والاستعمال الغوى:

ومنها: حلفت لا يأكل الخبز حنث بخبز الأرز، وإن كان من قوم لا يتعارفون ذلك.

لإطلاق الاسم عليه لغة:

ومنها: قال أعطوه بعيرا، لا يعطى ناقة على المنصوص، وقال ابن شريح: نعم.

لاندراجه فيها لغة:

ومنها، قال أعطوه دابة، أعطى فرسا أو بغلا أو حمارا على المنصوص، لا الإبل

والبقر، إذ لا يطلق عليها عرفا وإن كان يطلق عليها لغة، وقال ابن شريح: إن كان ذلك

فى غير مصر لم يدفع إليه إلا الفرس:

ومنها: حلف لا يأكل البيض أو الرعوس، لم يحنث ببيض السمك والجراد، ولا

برعوس العصافير والحيتان لعدم إطلاقها عليها عرفا:

ومنها، قال زوجتى طالق، لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف، وإن كان وضع

اللغة يقتضى ذلك، لأن اسم الجنس إذا أضيف عم وكذلك قوله: الطلاق يلزمنى لا يحمل

على الثلاث وإن كانت الألف واللام للعموم:

ومنها: أوصى للقراء، فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ فى المصحف، أولا؟ وجهان.

ينظر فى أحدهما إلى الوضع، وفى الثانى إلى العرف وهو الأظهر:

ومنها: أوصى للفقهاء، فهل يدخل الخلفاء والمناظرون، قال فى الكافى: يحتمل

وجهين، نعارض العرف والحقيقة:

تبيينه

قال الشيخ أبو زيد : لأدرى ماذا بنى الشافعى مسائل الأيمان ، إن اتبع اللغة ؟
فن حلف : لا يأكل الرعوس ، فينبغى أن يبحث برعوس الطير ، والسملك وإن اتبع
العرف ، فأهل القرى لا يعدون الخيام بيوتا ؟
قال الرافعى : يتبع مقتضى اللغة تارة ، وذلك عند ظهورها وشمولها ، وهو الأصل ،
وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .
وقال ابن عبد السلام : قاعدة الأيمان : البناء على العرف إذا لم يضطرب ، فإن
اضطرب فأرجوع إلى اللغة ؛

تبيينه

إنما يتجاذب الوضع والعرف فى العربى ، أما الأعجمى فيعتبر عرفه قطعاً ، إذ لا وضع
يحمل عليه .
فلو حلفت على البيت بالفارسية ، لم تبحث بيت الشعر ، ولو أوصى لأقاربه لم يدخل
قراية الأُم فى وصية العرب ، ويدخل فى وصية العجم .
ولو قال : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فرآه غيرها ، قال القفال إن علق بالعجمية
حمل على المعاينة ؛ سواء فيه البصير والأعمى .
قال : والعرف الشرعى فى حمل الرؤية على العلم ، لم يثبت إلا فى اللغة العربية ، ومنع
الإمام الفرق بين اللغتين ؛
وأو حلف لا يدخل دار زيد ، فدخل ماسكنه بإجارة لم يبحث ؛ وقال القاضى حسين :-
إن حلف على ذلك بالفارسية ، حمل على المسكن .
قال الرافعى : ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين ؛

فصل

فى تعارض العرف العام والخاص

والضابط : أنه إن كان المخصوص محصوراً لم يؤثر ، كما لو كانت غادة امرأة فى الحيض .
أقل مما استقر من عادات النساء ، ردت إلى الغالب فى الأصح وقيل : تعتبر عاداتها ، وإن
كان غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة قوم بحفظ زرعهم ليلاً ومواشيهم نهاراً فهل
ينزل ذلك منزلة العرف العام فى العكس ؟ وجهان ، الأصح : نعم ؛

المبحث الثالث

العادة المطردة في ناحية ، هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ، فيه صور .
منها : لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج ، فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط
حتى يضح بيعه من غير شرط القطع وجهان ، أصحهما : لا وقال القفال : نعم .
ومنها : لو عم في الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتين ، فهل ينزل منزلة شرطه
حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور : لا : وقال القفال : نعم
ومنها : لو جرت عادة المقرض برد أزيد مما اقترض ، فهل ينزل منزلة الشرط ،
فيحرم إقراضه وجهان ، أصحهما : لا .
ومنها : لو اعتاد بيع العينة بأن يشتري مؤجلا بأقل مما باعه نقدا ، فهل يحرم ذلك ،
وجهان ، أصحهما : لا .

ومنها : لو بارز كافر مسلما وشرط الأمان ، لم يجز للمسلم إعانة المسلم فلو لم يشرط
ولكن اطردت العادة بالمبارزة بالأمان ، فهل هو كالمشروط وجهان ، أصحهما : نعم
فهذه الصور مستثناة :

ومنها : لو دفع ثوبا - مثلا - إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجره وجرت عادته بالعمل
بالأجرة فهل ينزل منزلة شرط الأجرة خلاف . والأصح في المذهب : لا : واستحسن
الرافعي مقابله :

المبحث الرابع

العرف الذي تحمل عليه الألفاظ ، إنما هو المقارن السابق دون المتأخر

قال الرافعي : العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات ، لكثرة وقوعها وزغبة الناس فيما
يروج في النفقة غالبا . ولا يؤثر في التعليق والإقرار ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيها . لا
أما في التعليق فلقلته وقوعه . وأما في الإقرار : فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما
يقدم الوجوب على العرف الغالب ، فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد ، قبل .
قال الإمام : وكذا الدعوى بالدراهم لا تنزل على العادة كما أن الإقرار بها لا ينزل على
العادة بل لا بد من الوصف ، وكذا قال الشيخ أبو حامد والماوردي والرويان وغيرهم ،
وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم ، فلا يفيد العرف المتأخر بخلاف
العقد فإنه أمر باشره في الحال ، فقيده العرف .

ولو أقر بألف مطلق في بلد دراهمه ناقصة ، لزمه أناقصة في الأصح وقيل يلزمه وافية
لعرف الشرع ولا خلاف أنه لو اشترى بألف في هذه البلد لزمه الناقصة لأن البيع معاملة
والغالب : أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار :

ومن الفروع المخرجة على هذا الأصل ما سبق في مسألة البطالة ، فاذا استمر عرف بها في أشهر مخصوصة حمل عليه ما وقف بعد ذلك لا ما وقف قبل هذه العادة ؛

ومنها : كسوة الكعبة : نقل الرافي عن ابن عبدان أنه منع من بيعها وشرائها وقال ابن الصلاح : الأمر فيها إلى رأى الإمام ؛ واستحسنه النووي . وقال العلائي وغيره للذى يقتضيه القياس أن العادة استمرت بأنها تبدل كل سنة وتؤخذ تلك العتيقة فيتصرف فيها يباعا وغيره ، ويقرهم الأئمة على ذلك في كل عصر فلا تردد في جوازه .

وأما بعد ما اتفق في هذا القرن : منع وقف الإمام ضيعة معينة على أن يصرف ريعها في كسوة الكعبة ، فلا يتردد في جواز ذلك لأن الوقت بعد استقرار هذه العادة والتم بها فيقول لفظ الواقف عليها ؛

ومنها : الأوقاف القديمة المشروط نظرها للحاكم ، وكان الحاكم إذ ذاك شافعيًا ثم إن الملك الظاهر أحدث القضاة الأربعة ، سنة أربع وستين وسبعمائة ، فإذ كان موقوفًا قبل ذلك اختص نظره بالشافعي فلا يشاركه غيره ، وما أطلق من النظر بعد ذلك فمحمول عليه أيضًا لأن أهل العرف غالبًا لا يفهمون من إطلاق الحاكم غير الشافعي ؛

قال السبكي في فتاويه : ذكر الشيخ برهان الدين بن الفركاخ قال : وقتت على فتيا صورتها : أنه جعل النظر لحاكم دمشق وكان حينئذ في دمشق حاكم واحد على مذهب معين ، ثم ولي السلطان في دمشق أربع قضاة ومات القاضي الذى كان موجودا حين الوقف وبعد ذلك ولي القضاة الأربعة ، وأحدهم على مذهب الذى كان حين الوقف أولاً ؛

وقد كتب عليها جماعة ، منهم الشيخ زين الدين الفارقي ، والصفى الهندي وآخرون : أنه يختص بذلك الذى هو على مذهب الموجود حين الوقف ؛

قال السبكي : ومستند ذلك أنه لما حصلت القولية في زمن الملك الظاهر حصلت لثلاثة مع القاضي الذى كان حين الوقف ، وذلك القاضي لم يعزل عن نظره ، ولا جعل الثلاثة مزاحمين له في كل ما يستحق ، بل أفرد هو بالأوقاف ، والأيتام والنواب وبيت المال ؛ وجعل الثلاثة مشاركين في الباقي ، كأنهم نواب له في بعض الأشياء ، وفصل الحكومات على مذهبهم ، لاقى الأنظار ؛ ثم لما مات ذلك القاضي تولى واحد مكانه على عادته فينتقل إليه كل ما كان بيد الذى قبله ، ولا يشاركه فيه واحد من الثلاثة .

قال : وأيضا فان قول الواقف : النظر للحاكم إن حمل على العموم اقتضى دخول النواب والعرف بخلافه ، فانما يحمل على المعهود ، والمعهود هو ذلك الشخص والحمل عليه بعيد . لأنه لا يدوم فوجب أن يحمل عليه وعلى من كان مكانه ، فكأنه هو بالنوع ، لا بالشخص والذى ولى معه ليس مكانه ولا هو مع نوعه ، وإنما أريد بولايته إقامة من يحكم بذلك المذهب المتجدد ، فيما لا يمكن الحاكم المستمر الحكم به ، لسكونه خلاف مذهبه ، فلا مدخل للأنظار في ذلك ؛

قال : فان قلت : لو قال : لا رأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضى فالأصح أنه لا يتعين ذلك القاضى ، بل قاضى تلك البلد من كان حالة اليمين أو بعدها : قلت : نعم . وكذا أقول : لا يتعين قاضى حالة الوقف ، بل هو أو من تولى مكانه والثلاثة لم يؤولوا مكانه .

قال : فان قلت : لو كان حال اليمين في البلد قاضيان ، بر بالرفع إلى من شاء منهما فقياسه إذا شرط النظر للقاضى . وهناك قاضيان أن يشتركا فيه . قلت المقصود في اليمين : الرفع إلى من يغير المنكر ، وكلاهما يغير المنكر فكل منهما يحصل به الغرض ، والمقصود باشتراط النظر فعل مصلحة الوقف ، والاشتراك يؤدي إلى المفسدة باختلاف الآراء ، فوجب الصرف إلى واحد وهو الكبير . قال : وقد وقع في بعض الأوقاف وقف بلد على الحرم : وشرط النظر فيه للقاضى ، وأطلق ففيه احتمالات :

أحدها : أنه قاضى الحرم :

والثاني : أنه قاضى البلد الموقوفة :

قال : وهذا الاحتمالان يشبهان الوجهين في أنه إذا كان اليتيم في بلد وماله في بلد آخر والأصح عند الرافعى : أن النظر لقاضى بلد اليتيم ، وعند الخزائى أنه لقاضى بلد المال ، فعلى ما قال الرافعى : يكون لقاضى الحرم ، والثاني أن يكون لقاضى بلد السلطان ، كما في اليمين .

نعلى هذا : هل يكون قاضى بلد السلطان الأصلية التى هى مصر ، أو قاضى البلد التى كان السلطان بها حين الوقف .

قال : والذي يرجح أن يكون النظر لقاضى البلد الموقوفة ، لأنه أعرف بمصالحها ، فالظاهر أن الواقف قصده وبه تحصل المصلحة ، لاسيما إذا كان السلطان حين الوقف فيها قلت : الظاهر احتمال رابع ، وهو أن يكون لقاضى البلد التى جرى الوقف بها ، والظاهر أنه مراد السبكي ببلد السلطان بقريته تشبيها بمسألة اليتيم ، والله أعلم .

المبحث الخامس

قال الفقهاء : كل ماورد به الشرع مطلقا ، ولاضابط له فيه ، ولا فى اللغة ، يزوج فيه إلى العرف .

ومثلوه بالحرز فى السرقة وانفراق فى البيع ، والقبض ووقت الحيف وقدره والإحياء والاستيلاء فى النصب ، والاحتفاء فى نية الصلاة بالمقارنة العرفية ، بحيث يعد مستحضرا للصلاة على ما اختاره النووي وغيره ،

وقالوا فى الأمان : إنها تنهى أولا على اللغة ، ثم على العرف ،

وخرجوا عن ذلك في مواضع ، لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لا ضابط لها في الشرع ولا في اللغة .

منها : المعاظة على أصل المذهب ، لا يصح البيع بها ، ولو اعتيدت لاجرم أن النوى قال : المختار الراجح دليلا الصحة ، لأنه لم يصح في الشرع اعتبار لفظ : فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ :

ومنها : مسألة استصناع الصناعات الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة لا يستحقون شيئا ، إذا لم يشروطه في الأصح .

ومن أمثلة ذلك : أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه أو قصار ليقصره أو جلس بين يدي حلاق فحلق رأسه ، أو دلاك فدللكه ، أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل :

وأما دخول الحمام فانه يوجب الأجرة ، وإن لم يجر لها ذكر قطعا لأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكوته ، وهناك صاحب المنفعة صرفها :

ومنها : لم يرجعوا في ضبط موالاة الرضوء وخفة الشعر وكثافته ، لعرف في الأصح ولا في ضابط التحذير :

فرع

سئل الغزالي عن اليهودى إذا أجر نفسه مدة معلومة ما حكم السبوت التي تتخللها إذا لم يستثنها ، فان استثنها فهل تصح الإجارة ، لأنه يؤدي إلى تأخير التسليم عن العقد ؟ فأجاب : إذا اطرده عرفهم بذلك كان إطلاق العقد كالتمريح بالاستثناء ، كاستثناء الليل في عمل لا يتولى إلا بالنهار :

وحكمه : أنه لو أنشأ الإجارة في أول الليل ، مضرحا بالإضافة إلى أول الغد ، لم يصح ، وإن أطلق صح ، وإن كان الحال يقتضى تأخير العمل ، كما لو أجر أرضا للزراعة في وقت لا يتصور المبادرة إلى زرعها ، أو أجر دارا مشحونة بالأمثلة ، لا تفرغ إلا في يوم أو يومين ، انتهى :

وقد نقله عنه الرافعي والنوى ، ولم يتقلاه عن غيره .

قال السبكي : ولا يابغى أن يؤخذ مسلما ، بل ينظر فيه .

قال : وقد سئل عنه قاضي القضاة أبو بكر الشافعي فقال : يجبر على العمل فيها لأن الاعتبار بشرعنا في ذلك ، فذكر له كلام الغزالي فقال : ليس بصحيح .

ثم قال : يحتمل أن يقال ذلك ، ويستثنى بالعرف .

قال السبكي : وكلام الغزالي متين وقويم ، وفيه فوائد ، وهو أولى من قول أبي بكر الشافعي ، لأن العرف وإن لم يكن عاما ، لكنه موجود فيه فينزل منزلة العرف في أوقات الراحة ، ونحوها .

قال : وقوله إذا طرد عرفهم بذلك ، فينبغي أن يحمل على عرف المستأجر والمؤجر جميعا ، سواء كان المستأجر مسلما أم لا ، فلو كان عرف اليهود مطردا بذلك : ولكن المستأجر المسلم لم يعرف ذلك ، لم يكن إطلاق العقد في حقه منزلا منزلة الاستثناء والقول قول المسلم في ذلك إذا لم يكن من أهل تلك البلدة ، ولم يعلم من حاله ما يقتضى معرفته بذلك العرف وحينئذ هل يقول العقد باطل ، أو يصح ويثبت له الخيار أو يلزم لليهودى بالعمل ؟ فيه نظر ، والأقرب الثالث ، لأن اليهودى مفرط بالاطلاق مع من ليس من أهل العرف ؟ قال : وإذا اقتضى الحالك استثناءها ، وأسلم الذى فى مدة الاجارة ، وأتى عليه بعد إسلامه يوم سبت ، وجب العمل فيه لأنها تقول عند الاستثناء أنه خارج عن عقد الإجازة ؛ فإنه لو كان كذلك جرى فى الاجارة خلاف ، كإجارة العقب ولجاز له أن يؤجر نفسه يوم السبت لآخر ، وتجويز ذلك بعيد ، فإنه يلزم منه عقد الاجارة على العين لشخصين على الكمال ، فى مدة واحدة ، وكلام الفقهاء يأباه ، وصرحوا بأنه إذا ورد عقد على عين لا يجوز أن يعقد عليها مثله :

وهكذا نقول فى استثناء أوقات الصلوات ونحوها ليس معناه أن تلك الأوقات متخللة بين أزمان الإجازة ، كإجارة العقب ، بل يقول فى كل ذلك إن منفعة ذلك الشخص فى جميع تلك المدة مستحقة للمستأجر ، مملوكة بمقتضى العقد ومع هذا يجب عليه توفيره من العمل فى تلك الأوقات ، كما أن السيد يستحق منفعة عبده فى جميع الأوقات ومع ذلك يجب توفيره فى أوقات الصلوات والراحة بالليل ونحوها ؟

فهذا هو معنى الاستثناء ، وهو استثناء من الاستيفاء ، لامن الاستحقاق .
وإن شئت قلت : من استيفاء المملوك ، لامن الملك ، وإن شئت قلت : العقد مقتضى لاستحقاقها ، ولكن منع فاستثناءها .

وحيث أن السبوت داخلة فى الإجازة وملك المستأجر منفعته فيها وإنما امتنع عليه الاستيفاء لأمر عرفى مشروط ببقاء اليهودية ، فإذا أسلم لم يبق مانع والاستحقاق ثابت لعموم العقد ، فيستوفيه ، ويجب عليه بعد ما أسلم أن يؤدي الصلوات فى أوقاتها ويزول استحقاق المستأجر لاستيفائها بالإسلام وإن كانت مملوكة له بالعقد ، كما لم يستحق استيفائها فى استئجار المسلم وإن كانت مملوكة له بالعقد ، وإنما وجب استحقاق صرفها قبل الإسلام إلى العمل ، لعدم المانع من استيفائها مع استحقاقها ؟

ونظيره : لو استأجر امرأة لعمل مدة فحاضت فى بعضها ، فأوقات الصلاة فى زمن الحيض غير مستثناة وفى غيره مستثناة ، ولا ينظر فى ذلك إلى حال العقد بل حال الاستيفاء وهكذا اكتراء الإبل إلى الحج وسيرها محمول على العادة والمنازل المعتادة ، فلو اتفق فى مدة الإجازة تغيير العادة ، وسار الناس على خلاف ما كانوا يسرون فيها لا يضر بالإجير

والمستأجر ، وجب الرجوع إلى ماصار عادة للناس ، ولا نقول بانفساخ العقد واعتبار
العادة الأولى ؛

هذا مقتضى الفقه ، وإن لم أجده منقولاً ؛

قال : ولو استعمل المستأجر اليهودى يوم السبت ظالماً أو ألزم المسلم العمل في أوقات
الصلاة ونحوها ، لم يلزمه أجره المثل ؛

وقد قال البغوى في فتاويه : إنه لو استأجر عبداً فاستعمله في أوقات الراحة ، لم يجب عليه
أجرة زائدة لأن جملة الزمان مستحقة وترك الراحة ليتوفر عليه عمله ، فإن دخله نقص
وجب عليه أرش نقصه ، كما لو استعمله في أوقات الصلاة لا يجب عليه زيادة أجرة وعليه
تركه لقضاء الصلاة ، هذه عبارته انتهى .

ونظير مسألة إسلام الذى مالو أجر داراً ، ثم باعها لغير المستأجر ، ثم تقابل البائع
والمستأجر بالإجارة ، والذى ذكره المتولى أن المنافع تعود إلى البائع سواء قلنا إن الإقالة
بيع أو على فسخ الصحيح ، لأنها ترفع العقد من حينها قطعاً ، فلم يوجد عند الرد ما يوجب
الحق للمشتري ، وحكى فيما لو فسخت الإجارة بعيب أو طروء ما يقتضى ذلك وجهين
مبينين على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو حينه إن قلنا بالأول فالمشتري ؛ وكان
الإجارة لم تكن ، أو بالثانى فللبائع لما تقدم ؛

الكتاب الثانى

في قواعد كلية يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية

القاعدة الأولى

للاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد

الأصل فى ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، نقله ابن الصباغ ، وأن أبا بكر حكم
فى مسائل يخالفه عمر فيها ولم ينقض حكمه ، وحكم عمر فى الشركة بعدم المشاركة ثم بالمشاركة
وقال ذلك على ما قضينا وهذا على ما قضينا وقضى فى الجدل قضايا مختلفة .

وعلم أنه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول ، فانه يؤدى إلى أنه لا يستقر حكم وفى
ذلك مشقة شديدة ، فانه إذا نقض هذه الحكم نقض ذلك النقض ، وهلم جرا ؛

ومن فروع ذلك :

لو تغير اجتهاده فى القبلة عمل بالثانى ، ولا قضاء حتى لو صلى أربع زكعات لأربع جهات
بالاجتهاد فلا قضاء .

ومنها لو اجتهد فظن طهارة أحد الإنامين فاستعمله وترك الآخر ، ثم تغير ظنه لا يعمل بالثاني ، بل يتيمم .

ومنها لو شهد الفاسق فردت شهادته فتاب وأعادها لم تقبل ، لأن قبول شهادته بعد التوبة يتضمن نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، كذا علله في التتمة .

ومنها لو ألحقه القائف بأحد المتداعيين ثم رجع وألحقه بالآخر لم يقبل .
ومنها لو ألحقه قائف بأحدهما ، فجاء قائف آخر فألحقه بالآخر لم يلحقه به ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

ومنها لو حكم الحاكم بشيء ثم تغير اجتهاده لم ينقض الأول وإن كان الثاني أقوى ، غير أنه في واقعة جديدة لا يحكم إلا بالثاني بخلاف ما لو تيقن الخطأ .

ومنها حكم الحاكم في المسائل المجتهد فيها لا ينقض ، ولذلك أمثلة .
منها الحكم بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكليات الخمس وببطلان خيار المجلس والعرايا ومنع القصاص في المثقل ، وصحة النكاح بلا ولي أو بشهادة فاسقين ، وبيع أم الولد وثبوت الرضاع بعد حولين ، وصحة نكاح الشغار والمتعة ، وأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، ورد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب ، وجريان التوارث بين المسلم والكافر ، وقتل الوالد بالولد والحر بالعبد والمسلم بالذمي ، على ما صححه في أصل الروضة في الجميع وإن كان الصواب في الأخير النقض بمخالفته النص الصحيح السريع .

ومنها لو خالغ زوجته ثلاثاً ثم تزوجها الرابعة بلا محل ، لا عقاده أن الخلع فسخ ، ثم تغير اجتهاده وهو باق معها بذلك النكاح ، قال الغزالي : إن حكم الحاكم بصحته لم يجب عليه مفارقتها ، وإن تغير اجتهاده لما يلزم في فراقها من تغير حكم الحاكم في المجتهدات ، قال : وإن لم يحكم الحاكم فقيه ترداد ، واختار وجوب المفارقة لما يلزم في إمساكها من الوطء الحرام على معتقده .

الثاني قالوا : وما ذكره في حكم الحاكم مبيى على أن حكمه ينفذ باطناً ، وإلا فلا يلزم من فراقه إياها نقض حكم الحاكم لأن هذا بالنسبة إلى أخذه في خاصة نفسه وامتناع نقض الحكم في المجتهدات لما تقدم ، ليظهر أثره في المتنازعين .

وعلى ذلك أيضاً نبى ما حكاه ابن أبي الدم في أدب القضاء عن الأصحاب أن الحنفى إذا خلل خمرًا فأتلفها عليه شافى لا يمتد طهارتها بالتخليل ، فراقها إلى جنفى ، وثبت ذلك عنده بطريقه ، قضى على الشافى بضمائها ، لزمه ذلك قولاً واحداً حتى لو لم يكن للمدعى بينة وطالبه بعد ذلك بأداء ضمائها ، لم يجز للمدعى عليه أن يحلف أنه لا يلزمه شيء لأنه على خلاف ما حكم به الحاكم ، والاعتبار في الحكم باعتقاد القاضى دون اعتقاده وكان هذا مفرغ على نفوذ الحكم باطناً وإلا فيسوغ له الحلف ويؤيده الخلاف فيما إذا حكم الحنفى للشافى بشفعة الجوار هل تحمل له !

تنبيهات

الأول وقع في فتاوى السبكي أن امرأة وقفت دارا ذكرت أنها بيدها وملكها وتصرفها على ذريتها - وشرطت النظر لنفسها ثم لولدها وأشهد حاكم شافعي على نفسه بالحكم بموجب الإقرار المذكور وبثبوت ذلك عنده وبالحكم به وبعده شافعي آخر فأراد حاكم المالكي إبطال هذا الوقت بمقتضى شرطها النظر لنفسها واستمرار يدها عليها وبمقتضى كون الحاكم لم يحكم بصحته وأن حكمه بالموجب لا يمنع النقض وأفتاه بعض الشافعية بذلك تعلقا بما ذكره الرافعي عن أبي سعيد الهروي في قول الحاكم صح وروى هذا الكتاب على عقبته قبول مثله وألزم العمل بموجبه - أنه ليس بحكم وتصويب الرافعي ذلك :

قال السبكي : والصواب عندي أنه لا يجوز نقضه سواء اقتصر على الحكم بالموجب أم لا لأن كل شيء حكم فيه حاكم حكما صحيحا لا ينتقض حكمه وأما من خص ذلك في الحكم بالصحة فلا :

وليس هذا اللفظ في شيء من كتب العلم فليس من شرط امتناع النقض أن يأتي الحاكم يلفظ الحكم بالصحة .

قال ولأن الحكم بموجب الإقرار مستلزم للحكم بصحة الإقرار وصحة المقر به في حق المقر ، فإذا حكى المالكي بإعلان الوقف استلزم الحكم بإعلان الإقرار وبإعلان المقر به في حق المقر :

قال ولأن الاختلاف بين الحكم بالصحة والموجب إنما يظهر فيما يكون الحكم فيه بالصحة مطلقا على كل أحد : أما الإقرار فالحكم بصحته إنما هو على المقر والحكم بموجبه كذلك .

قال : وأما مناقله الرافعي عن الهروي فالضمير في قوله « بموجبه » عائد على الكتاب بموجب الكتاب صلور ماتضمنه من إقرار أو تصرف أو غير ذلك : وقوله ، وإلزام العمل به هو أنه ليس بزور ، وأنه مثبت الحجة غير مردود ، ثم بتوقف الحكم بها على أمور أخرى :

منها عدم معارضة بيته أخرى كما صرح به الهروي في بقية كلامه وغير ذلك ولذلك قال الرافعي الصواب أنه ليس بحكم ونحن نوافق على ذلك في تلك المسألة :

أما مسألتنا هذه فالحكم بموجب الإقرار الذي هو مضمون الكتاب ولم يتكلم الرافعي ولا الهروي فيه بشيء فزال التعلق بكلامهما ، انتهى :

الثاني

معنى قولهم والاجتهاد لا ينتقض بالاجتهاد أي في الماضي ولكن يغير الحكم في المستقبل لانقضاء الرجوع الآن ولهذا يعمل بالاجتهاد الثاني في القبلة ولا ينتقض ماضى :

وفي المطلب ما قاله الأصحاب في الخنثى إذا تعارض البول مع الحيض فلا دلالة تقتضى أنه لو ياك من فرج الرجل وحكنا بذكورته ثم حاض في أوانه حكنا بإشكاله إذ البول يتقدم إمكان الحيض .

قال وما اقتضاه كلامهم مشكل لأنه نقض للاجتهاد بالاجتهاد .
قال الأسنوى : والجواب عنه أن النقص الممتنع إنما هو في الأحكام الماضية ونحن لا نتعرض لها وإنما غيرنا الحكم لانقضاء المرجح الآن وصار كالمجتهد في القبلة وغيرها إذا غلب على ظنه دليل فأخذ به ثم عارضه دليل آخر فانه يتوقف عن الأخذ به في المستقبل ولا ينقض بما مضى

الثالث

استثنى من القاعدة صور

الأولى للإمام الحمى ولو أراد من بعده نقضه فله ذلك في الأصح لأنه للمصلحة وقد تغير ومنع الإمام الاستثناء وقال ليس مأخذ التجوز هذا ولكن حمى الأول كان للمصلحة وهي المتبع في كل عصر :

الثانية لو قسم في قسمة إجبار ثم قامت بينة بغلط القاسم أو حيدته نقضت مع أن القاسم قسم باجتهاده فنقض القسمة بقول مثله والمشهود به مجتهد فيه مشكل وقد استشكله صاحب المطلب لذلك :

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

الرابعة لو أقام الخارج بينة وحكم له بها وصارت الدار في يده ثم أقام الداخل بينة حكم له بها ونقض الحكم الأول لأنه إنما قضى للخارج لعدم حجة صاحب اليد هذا هو الأصح في الرافعي .

وقال المروى : في الإشراف : قال القاضى حسين : أشكأت على هذه المسألة منذ نيف وعشرين سنة ، لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وتردد جوابي ، ثم استقر رأي على أنه لا ينقض .

فائدة

قال السبكي : إذا كان لأحكام أهلية الترجيح ورجح قولاً منقولاً بدليل جيد جاز ، ونفذ حكمه : وإن كان مرجوحاً عند أكثر الأصحاب مالم يخرج عن مذهبه ، وإيس له أن يحكم بالشاذ الغريب في مذهبه ، وإن ترجع عنده ، لأنه كأنه خارج عن مذهبه فلو حكم يقول خارج عن مذهبه وقد ظهر له رجحانه ، فان لم بشرط عليه الإمام في التوايه التزم

مذهب جاز ، وإن شرط عليه باللفظ أو العرف كقوله «على قاعدة من تقدمه» ونحو ذلك لم يصح الحكم لأن التولية لم تشمله .

وأقوى ابن عبد السلام بأن الحاكم المذنب إذا حكم بخلاف مذهب وكان له رتبة الاجتهاد ، أو وقع الشك فيه : فالظاهر أنه لا يحكم بخلاف مذهب فينتقض حكمه .
وقال الماوردي : إذا كان الحاكم شافعيًا وأداه اجتهاده في قضية أن يحكم بمذهب أبي حنيفة جاز .

ومنع منه بعض أصحابنا التوجه التهمة إليه ، ولأن السبابة تقتضي مدافعة استقرار المذاهب وتمييز أهلها .

وقال ابن الصلاح : لا يجوز لأحد أن يحكم في هذا الزمان بغير مذهبه ، فإن فعل نقض لفقد الاجتهاد في أهل هذا الزمان ؟

خاتمة

ينقض قضاء القاضي إذا خالف نصا ، أو إجماعا ، أو قياسا جليا ؛
قال القرافي : أو خالف القواعد الكلية ؛ قال الحنفية : أو كان حكما لا دليل عليه ، نقله السبكي في فتاويه ؛

قال : وما خالف شرط الواقف فهو مخالفت للنص ؛ وهو حكم لا دليل عليه ، سواء كان نصه في الوقف نصا ، أو ظاهرا .

قال : وما خالف المذاهب الأربعة ، فهو كالمخالفت للإجماع ؛
قال : وإنما ينقض حكم الحاكم لتبين خطئه ، والخطأ قد يكون في نفس الحكم بكونه خالف نصا أو شيئا مما تقدم ، وقد يكون الخطأ في السبب كأن يحكم ببينة مزورة ثم يتبين خلافه ، فيكون الخطأ في السبب لا في الحكم ، وقد يكون الخطأ في الطريق ، كما إذا حكم ببينة ثم بان فسقها ؛

وفي هذه الثلاثة ينقض الحكم بمعنى أنا تبيننا بطلانه ، فلو لم يتبين الخطأ ، بل حصل مجرد التعارض : كقيام بينة بعد الحكم بخلاف البينة التي ترتب الحكم عليها ، فلا نقل في المسألة .

والذي يرجح : أنه لا ينقض ، لعدم تبين الخطأ ؛

القاعدة الثانية

إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام

وأورده جماعة حديثنا بلفظ «ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال» ؛
قال الحافظ أبو الفضل العراقي : ولا أصل له ، وقال السبكي في الأشباه والنظائر .

نقلنا عن البيهقي : هو حديث رواه جابر الجعفي ، رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود ، وهو منقطع ؟

قلت : وأخرجه من هذا الطريق عبدالرزاق في مصنفه : وهو موقوف على ابن مسعود

لامرفوع ؟

ثم قال ابن السبكي : غير أن القاعدة في نفسها صحيحة : قال الجويني في السلسلة :

لم يخرج عنها إلا ماندر .

فن فروعها :

إذا تعارض دليلان : أحدهما يقتضي التحريم والآخر الإباحة : قدم التحريم في الأصح ومن ثم قال عثمان ، لما سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين «أحلتهما آية وحرمتها آية» والتحريم أحب إلينا» وكذلك تعارض حديث «لك من الحائض ما فوق الإزار» وحديث «اصنعوا كل شيء إلا النكاح» فإن الأول يقتضي تحريم ما بين السرة والركبة : والثاني يقتضي إباحة ما عدا الوطء ، فيرجح التحريم احتياطاً ؟

قال الأئمة : وإنما كان التحريم أجب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم . وذلك أولى

من عكسه ؟

ومنها : أو اثبتت محرم بأجنيبات محصورات لم تحل .

ومنها : قاعدة مدعوجة ودرهم ؟

ومنها : من أحد! أبيها كتابي ، والآخر مجوسى ؟ أو وثني : لا يحل تكاحها ولا

ذبيحتها ، ولو كان الكتابي الأب في الأظهر ، تغليباً لجانب التحريم :

ومنها : من أحد أبويه مأكول ، والآخر غير مأكول ، لا يحل أكله ، ولو تله

محرم ففيه الجزاء تغليباً للتحريم في الجانبين :

ومنها : لو كان بعض الضبة للحاجة ، وبعضها للزينة : حرمت .

ومنها : لو كان بعض الشجرة في الحل ، وبعضها في الحرم : حرم قطعها ؟

ومنها : لو اشترك في الذبح مسلم ومجوسى ، أو في قتل الصيد سهم وبنفقة : لم يحل ؟

ومنها : عدم جواز وطء الجارية المشتركة ؟

ومنها : لو اشقبه مذكى بميته ، أو لبن بقر بلبن أتان ، أو ماء وبول : لم يحز تناول

شيء منها ولا بالاجتهاد ، ما لم تكثر الأواني كاشتباها المحرم ؟

ومنها : لو اختلطت زوجته بغيرها ، فليش له الوطء ، ولا باجتهاد ، سواء كن

محصورات أم لا بلا خلاف ، قاله في شرح المهذب ؟

ومن صورته : أن يطلق إحدى زوجتيه مبهماً ، فيحرم الوطء قبل التعيين . أو يسلم

حلي أكثر من أربع ، فيحرم قبل الاختيار ؟

ومنها : ما ذكره النووي في فتاويه : إذا أخذ المكاس من إنسان دراهم فخلطها بدراهم
المكس : ثم رد عليه قدر درهمه من ذلك المختلط : لا يحل له إلا أن يقسم بينه وبين الذي
أخذت منهم .

وفي فتاوى ابن الصلاح : لو اختلط درهم حلال بدراهم حرام : ولم يتميز فطريقه :
أن يزل قدر الحرام بنية القسمة : ويتصرف في الباقي ، والذي عزله إن علم صاحبه سلمه
إليه ، وإلا تصدق به عنه ، وذكر مثله النووي : وقال : اتفق أصحابنا ، ونصوص
الشافعي على مثله فيما إذا غصب زيتا أو حنطة : وخلط بمثله ، قالوا : يدفع إليه من المختلط
قدر حقه : ويحل الباقي للغاصب .

قال : فأما ما يقوله العوام : إن اختلاط ماله بغيره يجرمه ، فباطل ، لأصل له :
ومنها : لو انتشر الخارج فوق العادة ، وجاوز الحشفة أو الصفحة ، فإنه لا يجزى
الججر في غير المجاوز أيضا .

ومنها : لو تلفظ الجنب بالقرآن . بقصد القراءة والذكر معا : فإنه يجرم :
ومنها : لو وأفت جزءا من أرض مشاعا مسجدا : صح : ووجب القسمة ، ولا يجوز
قبيل القسمة للجنب المسك في شيء من أجزائها : ولا الاعتكاف : تغليبا للتحريم في الجانبين
ذكره ابن الصلاح في فتاويه .

ومنها : لو رمى الصيد فوقع بأرض ، أو جبل ، ثم سقط منه ، حرم لحصول الموت
بالمسهم والسقطة :
وخرج عن هذه القاعدة فروع :

منها : الاجتهاد في الأواني والنياب ، والثوب المنسوج من حرير وغيره يحل إن كان
الحرير أقل وزنا ، وكذا إن استويا في الأصح ، بخلاف ما إذا زاد وزنا .
ونظيره : التفسير ، يجوز مسه للمحدث : إن كان أكثر من القرآن ، وكذا إن استويا
في الأصح ، إلا إن كان القرآن أكثر .

ومنها : لو رمى سهما إلى طائر : فجرحه ، ووقع على الأرض فمات ، فإنه يحل :
وإن أمكن إحالة الموت على الوقوع على الأرض : لأن ذلك لا بد منه ، فعنى عنه :
ومنها : معاملة من أكثر ماله حرام إذا لم يعرف عينه لا يجرم في الأصح ، لكن يبكره
وكذا الأخذ من عطايا السلطان إذا غلب الحرام في يده كما قال في شرح المهذب : إن
المشهور فيه الكراهة ، لا التحريم ، خلافا للغزالي .

ومنها : لو اعطيت الشاة علما حراما لم يجرم لبنا ولحمها ، ولكن تركه أروع : نقله
في شرح المهذب عن الغزالي .

ومنها : أن يكون الحرام مستهلكا أو قريبا منه ، فلو أكل الخوم شيئا قد استهلك فيه

الطيب فلا قدية ، ولو خالط المائع الماء بحيث استهلك فيه جاز استعماله كله في الطهارة ، ولو مزج لبن المرأة بماء بحيث استهلك فيه ، لم يحرم ، وكذا لو لم يستهلك ، ولكن لم يشرب الكحل ، ولا يجوز القراض على المغشوش : قال الجرجاني : ما لم يكن مستهلكا : ومنها : لو اختلطت محرمة بلسوة قرية كبيرة : فله النكاح منهن : ولو اختلط حمام مملوك بمباح لا ينحصر : جاز الصيد : ولو كان المملوك غير محصور أيضا في الأصح .

قال في زوائد الروضة : ومن المهم : ضبط العدد المحصور : فإنه يتكرر في أبواب الفقه : وقل من بينه :

قال النزالي : وإنما يضبط بالتقريب : فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد ، لعسر على الناظرين عده بمجرد النظر : كالألف ونحوه ، فهو غير محصور : وما سهل ، كالعشرة والعشرين فهو محصور ، وبين الطرفين أوساط متشابهة ، تلحق بأحد الطرفين بالظن ، وما وقع فيه الشك استفتى فيه القلب :

ولو ملك الماء بالاستسقاء ، ثم انصب في نهر ، لم يزل ملكه عنه : ولا يمنع الناس من الاستسقاء : وهو في حكم الاختلاط بغير المحصور : قال في الإحياء : ولو اختلط في البلد حرام لا ينحصر : لم يحرم الشراء منه ، بل يجوز الأخذ منه ، إلا أن يقترن به علامة على أنه من الحرام .

فصل

يدخل في هذه القاعدة : تفريق الصنفية . وهي أن يجمع في عقدين حرام وحلال : ويجرى في أبواب : وفيها غالبا قولان ، أو وجهان : أصحهما الصحة في الحلال : والثاني : البطلان في الكحل : وادعى في المهمات : أنه المذهب . واختلف في علته . فالصحيح : أنها الجمع بين الحلال والحرام : فغلب الحرام : وقيل : الجهالة بما يخص الملك من العوض :

ومن أمثلة ذلك في البيع : أن يبيع خلا وخرا ، أو شاة وخنزيرا ، أو عبدا وحرًا ، أو عبده وعبده غيره ، أو مشتركا بغير إذن شريكه ، أو مال الزكاة قبل إخراجها ، أو الماء الجاري مع قراره ، أو غير الجاري ، وقلنا : الماء لا يملك . والأظهر الصحة في القدر المملوك بحصته من المسمى :

ومنها : أن يهب ذلك ، كما صرح به في التتمة ، فيما إذا وهب عبدا فخرج بعضه مستحقا أن يرهنه ، أو يصدقه ، أو يخالعه عليه .

وفي النكاح : أن يجمع من لا تحل له الأمة : بين حرة وأمة في عقد ، فالأظهر : صحة النكاح في الحرة . وكذا لو جمع في عقد بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرمة ، أو خلية ،

ومعتدة ، أو مزوجة . وكذا لوجع من نحل له الأمة بن أمة وأختين : فانه يبطل في الأختين
وفي الأمة : القولان .

وفي الهدنة : إذا زادت على القدر الجائر ، بطلت في الزائد : وفي الباقي : القولان :
أظهرهما : الصحة :

وفي المناضلة : إذا كانت بين حزين ، فظهر في أحدهما من لا يحسن الرمي ، بطل
العقد فيه . وسقط من الحزب الآخر مقابله . وهل يبطل العقد في الباقي : فيه القولان .
أصحهما : لا .

وفي الضمان والإبراء : لو قال : ضمنت لك الدراهم التي على فلان ، أو أرتك من
الدراهم التي عليك ، وهو لا يعلم قدرها . فهل يصح في ثلاثة ، لأنها القدر المستيقن :
وجهان ، من تفريق الصفقة . كذا في الروضة وأصلها في الصداق ومقتضاه الصحة .

وذكر المسئلة في باب الضمان ، وقالوا : وجهان ، كما لو أجر كل شهر بدرهم : وهل
يصح في الشهر الأول ومقتضاه تصحيح البطلان ، فانه الأصح في مسئلة الإجارة :
ولو أهدى من له عادة بالإهداء للقاضي ، وزاد على المعتاد قبل الولاية ، ففي أصل
الروضة : صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية ، ومقتضاه : تحريم الكل .

قال في المهمات : والقياس تخصيص ذلك بما زاد ، وتخريج الباقي على تفريق الصفقة .
وحينئذ فتصير الهدية مشتركة على الصحيح ، فان زاد في المعنى ، كأن أهدى الحرير بعد
أن كان يهدى الكتان ، فهل يبطل في الجميع ، أو يصح فيها بقدر قيمة العادة فيه نظر ،
والأوجه : الأول انتهى :

وقال البلقيني : المعتمد اختصاص التحريم بالزيادة ، فان تميزت ، وإلا حرم الكل .
وفي إحياء الموات : لو نجح الشخص أكثر مما يقدر على إحيائه ، فقيل : يبطل في
الجميع ، لأنه لا يميز ما يقدر عليه من غيره . وقال المتولي : يصح فيما يقدر عليه . قال
في الروضة : وهو قوي :

وفي الوصية : لو أوصى بثلاثة لوارث وأجنبي ، بطلت في الوارث : وفي الآخر :
وجهان : أصحهما : الصحة :

وألحق بعضهم بذلك : ما إذا أوصى بأكثر من الثلث ، ولا وارث له ، فالمعروف فيه
الجزم بالصحة في الثلث :

وفي الشهادات : لو جمع في شهادته بين ما يجوز ، وما لا يجوز ، هل تبطل في الكل ،
أو فيما لا يجوز خاصة ، ويقبل فيما يجوز فيه قولاً تفريق الصفقة :
ومن أمثلته :

لو ادعى بألف : فشهد له بألفين : بطلت في الزائد ، وفي الألف المدعى بها قولاً تفريق
الصفقة أصحهما : الصحة :

تنبيه

- ذكروا لجريان الخلاف في تفريق الصفقة شروطا :
- الأول : أن لا يكون في العبادات ، فإن كانت فيها ، صح فيما يصح فيه قطعا ،
فلو عجل زكاة سنتين ، صح لسنة قطعا ،
ولو نوى حجتين : انعقدت واحدة قطعا ،
ولو نوى في النقل : أربع ركعات بتسليمين : انعقدت بركعتين قطعا ، دون الأخيرتين
لأنه لما سلم منهما خرج عن الصلاة : فلا يصير شارعا في الأخيرتين ، إلا بنية وتكبيره .
ذكره القاضي حسين في فتاويه ؛
ويستثنى صور :
- الأولى : لو نوى في رمضان صوم جميع الشهر ، بطل فيما عدا اليوم الأول ، وفيه
وجهان ، أصحهما : الصحة ؛
الثانية : لو نوى التيمم لقرضين ، بطل في أحدهما ، وفي الآخر وجهان : أصحهما :
الصحة ؛
وقد انعكست هذه المسئلة على الزركشى : فقال ، في قواعده : صح لو اُحد قطعا ؛
وفي الآخر خلاف ، وهو غلط ؛
الثالثة : ادعى على الخارص الغلط بما يبعد ، لم يقبل فيما زاد على القدر المحتمل : وفي
المحتمل : وجهان : أصحهما : القبول فيه .
الرابعة : نوى قطع الوضوء في أثنايه . بطل ما صادف النية قطعا ، وفي الماضي وجهان
أصحهما : لا .
قال في الخادم : وهي من مسائل تفريق الصفقة في العبادات .
الخامسة : مسح أعلى الخفين ، وهو ضعيف ، ووصل البلل إلى أسفل القوى ،
وقصدتها ، لم يصح في الأعلى ، وفي الأسفل وجهان أصحهما : الصحة ؛
السادسة : صلى على موتى ، واعتقدهم أحد عشر ، فبانوا عشرة فوجهان في البحر ؛
أصحهما : الصحة ، والثاني : البطلان ، لأن النية قد بطلت في الحادى عشر ، لكونه
معدوما ، فتبطل في الباقي ؛
السابعة : صلى على حي وميت ، فالذى يظهر أن يكون فيه وجهان ، من تفريق
الصفقة ، لكن في البحر : إن جهل الحال صححت ، وإلا فلا ؛ كمن صلى الظهر قبل
الزوال ، وفيما قاله نظر ؛
الثامنة : ولم أر من تعرض لها - إذا جاوز الغائط الأليتين ، أو البول الحشفة ، وتقطع
فان الماء يتعين في المجاوز قطعا ، وفي غيره وجهان ؛ أصحهما : يجزى فيه الحجر ؛ ذكره

في شرح المهذب ، وجزم به في الكفاية ، ونقله القاضي حسين عن النص ، ورواها عن الأصحاب والثاني : يجب غسل الجميع ، حكاه في الحاوي .

الشرط الثاني

أن لا يكون مبنيًا على السراية ، والتغليب : فإن كان ، كالطلاق ، والعق : بأن طلق زوجته وغيرها ، أو أعتق عبده وغيره ، أو طلقها أربعًا ، نفذ فيما يسلكه إجماعًا ؛

الثالث

أن يكون الذي يبطل فيه ، علينا بالشخص ، أو الجزئية ، ليخرج ما إذا اشترط الخيار أربعة أيام ، فإنه يبطل في الكل ، ولم يقل أحد بأنه يصح في الثلاثة : وغلط بالمعنى ، في شرح التنبيه ، حيث خرجها على القولين ، وما إذا عقد على خمس نسوة ، أو أختين معا : فإنه يبطل في الجميع : ولم يقل أحد بالصحة في البعض : لأنه ليست هذه بأولى من هذه ؛

وغلط صاحب الذخائر بتخريجها ؛

ولو جمع من تحمل له الأمة - لإعساره - بين حرة وأمة في عقد فطريقان : أظهرهما عند الإمام ، وابن القاص أنه على القولين ؛ وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعًا لأنه جمع بين امرأتين ، يجوز أفراد كل منهما ، ولا يجوز الجمع ، فأشبه الأختين : والأول فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى - والجره أقوى ؛ واستثنى من هذا الشرط مسئلتنا المناضلة ، والتحجر السابقتان : فإن الأصح فيهما : الصحة . تخريجًا على القولين ، مع أنه لا يتعين الذي يبطل فيه ؛

الرابع

إمكان التوزيع ، ليخرج ماله باع مجهولًا ومعلوماً ومن ذلك : ماله باع أرضًا مع بذر ، أو زرع . لا يفرد بالبيع ، فإنه يبطل في الجميع على المذهب : وقيل : في الأرض القولان ؛ واستثنى من ذلك مسألة بيع الماء مع قراره ، فإن الماء الجارى مجهول القدر ؛

الخامس

أن لا يخالف الإذن ، ليخرج ماله استعار شيئًا ليرهنه على عشرة فرهنه بأكثر . فالمذهب : البطلان في الشكل ، لمخالفة الإذن : وقيل : يخرج على تقريق الصفقة ؛ ولو استأجره لينسج له ثوبا ، طوله عشرة أذرع ، في عرض معين ، فنسج أحد عشر لم يستحق شيئًا من الأجرة ، أو تسعة . فإن كان طول السدى عشرة ، استحق من الأجرة

يقدره ، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه : وإن كان طوله تسعة ، لم يستحق شيئا
حكاه الرافعي عن التتمة :

و لو أجز الرهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين : بطل في الكل على
الصحيح : وقيل : بل في القدر الزائد ، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة ، واختاره
السبكي :

ونظير ذلك : أن يشرط الواقف : أن لا يؤثر الوقت أكثر من سنة مثلاً فيزاد ،
فأفتى الشيخ ولي الدين العراقي بالبطلان في الكل ، قياساً على مسألة الرهن :
وأفتى قاضي القضاة : جلال الدين البلقيني بالصحة ، في القدر الذي شرطه الواقف .
قال له الشيخ ولي الدين : أنت تقول بقول الماوردي في الرهن قال : لا : قال : فافرق :
قال : حتى أعطى المسئلة كتباً :

قلت : والمسئلة ذكرها الزركشي في قواعدہ : وقال : لم أرفيها نقلاً ، والظاهر أنها
على خلاف تفريق الصفقة ، حتى يصح في المشروط وحده : وذكرها أيضاً الغزالي ، في
أدب القضاء ، وقال : لانقل فيها : والمتجه : التخريج على تفريق الصفقة ، انتهى :

فائدة

قال الزركشي : مخالفة الإذن على ثلاثة أقسام : مخالفة إذن وصفي ، كمسئلة الإعارة
لرهن ، ومخالفة إذن شرعي ، كمسئلة إجارة المرهون : ومخالفة إذن شرطي ، كمسئلة إجارة
الوقف المذكورة .

السادس

أن لا يبنى على الاحتياط : فلو زاد في العرايا على القدر الجائز : فالذهب : البطلان
في الكل : وفي المطلب عن الجويني : تخريجه على القولين :
ولو أصدق الولي عن الطفل أو المجنون ، عينا من ماله أكثر من مهر المثل : فالجزم
به في الصداق في أصل الروضة فساد الصداق ، والذي في التنبيه : أنه يبطل الزائد فقط ،
ويصح في قدر مهر المثل من المسمى . وأقره في التصحيح ، وصححه في أصل الروضة ،
في نكاح السفية .

ثم حكى عن ابن الصباغ : أن القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل من المسمى ،
وأن الفرق أنه على قوله : يجب مهر المثل في الذمة ، وعلى الأول : تستحق الزوجة مهر المثل
من المسمى .

قال ابن الرفعة : فهذا تناقض ، إذ لافرق بين ولي الطفل ، وولي السفية :
وقال السبكي : في تصوير المسألة بين الأصحاب ، وابن الصباغ : نظر : فان الولي

إن لم يتعرض للمهر ، فالعقد إنما يكون على الذمة ، ولا يصح إلا بمهر المثل ، لا بمسمى غيره . فلا يتحقق الخلفاء .
وإن أذن في عين - هي أكثر من مهر المثل - فينبغي أن يبطل في الزائد وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة ، أو هو كبيع بالاذن عينا من ماله .
قال : ويمكن أن يصور بقوله : انكح فلانة ، وأصدقها من هذا المال ، فأصدق منه أكثر من مهر مثلها : لكن يأتي فيه الخلفاء في إذنه في البيع .
قال : وقد تصور بما إذا لم ينص على المهر ، وعقد على زائد من غير نقد البلد ، فعند ابن الصباغ : يرجع إلى مهر المثل من نقد البلد . وعند غيره : يصح في قدر مهر المثل مما هي : انتهى .

السابع

ان يورد على الجملة ليخرج مالو قال : أجرتك كل شهر بدرهم ، فانه لا يصح في سائر الشهور قطعا ، ولا في الشهر الأول على الأصح .
ولو قال : ضمننت نفقة الزوجة ، فالضمان في الغد ، وما بعده فاسد : وهل يصح في يوم الضمان ؟ وجهان : أحدهما : لا ، بناء على مسئلة الاجارة ،

الثامن

أن يكون المضموم إلى الجائز يقبل العقد في الجملة
فلو قال : زوجتك بنتي وابني ، أو فرسى : صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح ، فلغا . وقيل : بطرد القولين :

تنبية

كما تفرق الصفقة في المثلن تفرق في الثمن
ومثاله : ما قالوه في الشفعة : لو خرج بعض المسمى مستحقا بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة في الابتداء .

فصل

ويدخل في هذه القاعدة أيضا : قاعدة وإذا اجتمع في العبادة جانب الحضر ، وجانب السفر غلب جانب الحضر ، لأنه اجتمع المبيح ، والمحرم : فغلب المحرم .
فلو مسح حضرا ، ثم سافر ، أو عكس : أتم مسح مقيم .
ولو مسح إحدى الخفين حضرا ، والأخرى سفرا : فسكذلك على الأصح عند النووي
ظردا للقاعدة .

ولو أحرم قاصرا ، فبطلت سفينته دار إقامته أتم ،
ولو شرع في الصلاة في دار الإقامة ، فسافرت سفينته ، فليس له القصر .
واستشكل تصويره . لأن القصر شرطه النية في الإحرام : ولا يصح بنيته في الإقامة .
فامتناع القصر إذا سافر أثناءها ، لفقد نيته ، لالتغليب حكم الحضر ،
وأجيب : بأننا نعلل وجوب الإتمام بعلتين : إحداهما : اجتماع حكم الحضر ، والسفر
والأخرى : فقد نية القصر .

ولو قضى فائتة سفر في الحضر ، أو عكسه : امتنع القصر :
ولو أصبح صائما في الإقامة ، فسافر أثناء النهار ، أو في السفر ، فأقام أثناءه : حرم
القطر على الصحيح .

ولو ابتداء الناظلة على الأرض ، ثم أراد السفر : فأراد ترك الاستقبال : لم يجز له بلا
خلاف قاله في شرح المهذب .
ولو أقام بين الصلاتين : بطل الجمع ، أو قبل فراغهما في جمع التأخير : صارت
الأولى قضاء .

ولو شرع المسافر في الصلاة بالتيمة ، فرأى الماء : لم تبطل : فإن نوى الإقامة بعده .
بطات على الصحيح .

ولو نوى الإقامة ، ولم ير ماء : أتمها : وهل تجب الإعادة ؟ وجهان : أحدهما : نعم
لأنه صار مقبيا ، والمقيم تازمه الإعادة : والثاني : لا : وبه قطع الروياني ، واختاره ابن
الصباغ :

قال البغوي : ولو اتصلت السفينة التي يصلي فيها بدار الإقامة في أثناء صلاته بالتيمة .
لم تبطل : ولم تجب الإعادة في الأصح ، كما لو وجد الماء . نقل ذلك في شرح المهذب .
وأقره ، فعلى ما ذكره الروياني ، والبغوي . يستثنى ذلك من القاعدة :

فرع

ولده ، ولم أره منقولا

لو أحرم بالجمعة في سفينة بدار الإقامة على الشط . بأن اتصلت الصفوف إليه ، فصلى
مع الإمام ركعة ، ثم نوى المفارقة : جاز وصح لإتمامه الجمعة .
فلو سارت السفينة ، والحالة هذه ، وفارقت عمران البلد ، فيحتمل أن يتم الجمعة ،
لأنه أدركها بادراك ركعة مع الإمام ، والوقت باق . ويحتمل أن تنقلب ظهرا ، لأن الجمعة
شرطها دار الإقامة ، فلما فارقتها أشبه ما لو خرج الوقت في أثناءها . ويحتمل أن تبطل
الصلاة بالكلية لأنه طرأ مانع من إتمامها جمعة : والوقت باق . وفرضه الجمعة ، وهو
عاص بمفارقتها بلد الجمعة قبل انقضائها ، وممكن من العود إليها لإدراكها ، ومن

فرضه الجمعة لا يصبح منه الظهر قبل اليأس منها . وهذا الاحتياك أوجه عندي ، ولم أر المسئلة مسطورة ۞

فصل

ويدخل في هذه القاعدة أيضا ، قاعدة « إذا تعارض المانع والمقتضى ، قدم المانع » ومن فروعها :

لو استشهد الجنب ، فالأصح أنه لا يفسل ۞

ولو ضاق الوقت أو الماء عن سنن الطهارة : حرم فعلها .

ولو ارتد الزوجان معا : تشطر الصداق في الأصح ، كما لو ارتد وحده ۞

ولو جرحه جرحين : عمدا ، وخطأ ، أو مضمونا ، وهذرا ، ومات بهما : لا قصاص ۞

ولو كان ابن الجاني ابن ابن عم لم يعقل ، وفي قول : نعم ، كما يلي الذكاح ، في هذه الصورة :

وأجاب الأول : بأن البتة في العقل مانعة ، فلا يعمل معها المقتضى ، وفي ولاية النكاح ليست مانعة ، بل غير مقتضية ، فإذا وجد مقتض ، عمل .

ونظير ذلك : ما ذكره ابن المسلم في استحقاق الخنثى السلب إن قلنا : المرأة

لا تستحقه ۞ قال : يحتمل وجهين ، منشؤها التردد في أن الذكورة مقتضية ، أم الأنوثة مانعة ؟

قال : والأظهر الاستحقاق ۞

ولو تغير فم الصائم بسبب غير الصوم ، كأن لام بعد الزوال . فهل يكره له السواك ؟

قال الزركشي : قياس هذه القاعدة الكراهة . وصرح المحب الطبري : بأنه لا يكره وخرج عن هذه القاعدة صور :

منها : اختلاط موقى المسلمين بالكفار ، أو الشهداء بغيرهم ۞ يوجب غسل الجميع

والصلاة وإن كان الصلاة على الكفار والشهداء حراما ۞ واحتج له البيهقي : بأن النبي

صلى الله عليه وسلم مر بمجلس ، فيه أخلاط من المسلمين والمشركين ، فسلم عليهم .

ومنها ۞ يحرم على المرأة ستر جزء من وجهها في الاحرام ، ويجب ستر جزء منه مع

الرأس للصلاة ، فتجب مراعاة الصلاة ۞

ومنها : الهجرة على المرأة من بلاد الكفر واجبة ۞ وإن كان سفرها وحدها حراما .

خاتمة

لهم قاعدة عكس هذه القاعدة ، وهي : « الحرام لا يحرم الحلال » ، وهو لفظ حديث

أخرجه ابن ماجه والدارقطني عن ابن عمر ، مرفوعا ۞

قال ابن السبكي : وقد عورض به حديث (إذا اجتمع الحلال والحرام ، غلب الحرام) ، وليس بمعارض ، لأن المحكوم به ثم إعطاء الحلال حكم الحرام تغليبا واحتياطاً لاصبرورته في نفسه حراماً ،
ومن فروع ذلك : ماتقدم في خلط الدرهم الحرام بالمباح ، وخلط الحمام المملوك بالمباح غير المحصور ، وكذا المحرم بالأجانب ، وغير ذلك ،
ومنها : لو ملك أختين فوطيء واحدة ، حرمت عليه الأخرى : فلو وطى الأانية لم تحرم عليه الأولى ، لأن الحرام لا يحرم الحلال ،
وفي وجهه . إذا أحبل الثانية حلت ، وحرمت الأولى ، قال في الروضة :
وهو غريب .

القاعدة الثالثة

الإيثار في القرب مكروه ، وفي غيرها محبوب : قال تعالى (ويؤثرن على أنفسهن ولو كان بينهم خصاصة) ،
قال الشيخ عز الدين : لا إيثار في القربات : فلا إيثار بماء الطهارة ، ولا بستر العورة ولا بالصفت الأول ، لأن الغرض بالعبادات : التعظيم ، والإجلال : فن أثر به ، فقد ترك إجلال الإله وتعظيمه ،
وقال الإمام : لو دخل الوقت - ومعه ماء يتوضأ به - فوهبه لغيره ليتوضأ به ، لم يجز ، لأعرف فيه خلافاً ، لأن الإيثار : إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس ، لا فيما يتعلق بالقرب ، والعبادات ،
وقال في شرح المهذب ، في باب الجمعة : لا يقام أحد من مجلسه ليجلس في موضعه ، فإن قام باختياره ، لم يكره ، فإن انتقل إلى أبعد من الإمام كره ،
قال أصحابنا : لأنه أثر بالقرب ،
وقال الشيخ أبو محمد ، في الفروق : من دخل عليه وقت الصلاة ، ومعه ما يكفيه لطهارته ، وهناك من يحتاجه للطهارة ، لم يجز له الإيثار ،
ولو أراد المضطر : إيثار غيره بالطعام ، لاستبقاء مهجته ، كان له ذلك ، وإن خاف فوت مهجته .
والفرق : أن الحق في الطهارة لله ، فلا يسوغ فيه الإيثار ، والحق في حال الخمصة لنفسه ،
وقد علم أن المهجتين على هرف التلث ، إلا واحدة تستدرك بذلك الطعام ، فحسن إيثار غيره على نفسه ،
قال : ويقوى هذا الفرق ، مسألة المدافعة ، وهي : أن الرجل إذا قصد قتله ظلماً ،

وهو قادر على الدفع ، غير أنه يعلم أن الدفع ربما يقتل القاصد ، فله الاستسلام :
وقال الخطيب في الجامع^١ : كره قوم إيثار الطالب غيره بنويته في القراءة ، لأن قراءة
العلم والمسارة إليه قرينة ، والإيثار بالقرب مكروه ، انتهى ٥
وقد جزم بذلك النووي في شرح المهذب ، وقال في شرح مسلم : الإيثار بالقرب
مكروه ، أو خلاف الأولى ، وإنما يستحب في حفظ النفس ، وأمور الدنيا ٥
قال الزركشي : وكلام الامام ، ووالده السابق : يقتضى أن الإيثار بالقرب حرام ،
فحصل ثلاثة أوجه ٥

قلت : ليس كذلك ، بل الإيثار إن أدى إلى ترك واجب فهو حرام : كالماء ، وسائر
العورة ، والمكان في جماعة لا يمكن أن يصل فيه أكثر من واحد ، ولا تنهى التوبة ،
لآخرهم إلا بعد الوقت ، وأشباه ذلك ، وإن أدى إلى ترك سنة ، أو ارتكاب مكروه
فكرهه ، أو لارتكاب خلاف الأولى ، مما ليس فيه نهى مخصوص ، فخلاف الأولى
وبهذا يرتفع الخلاف .

تنبيه

من المشكل على هذه القاعدة : من جاء ولم يجد في الصف فرجة ، فإنه يمر شخصا
بعد الاحرام ، ويندب للمجرور أن يساعده ، فهذا يفوت على نفسه قرينة ، وهو أجر
الصف الأول ٥

القاعدة الرابعة

التابع تابع

يدخل في هذه العبارة قواعد :

الأولى

أنه لا يفرد بالحكم ، لأنه إنما جعل تبعاً ،
ومن فروعه :

لو أحيى شيئاً له حريم ، ملك الحريم في الأصح ، تبعاً فلو باع الحريم دون الملك ، لم يصح ؛
ومنها : الحمل يدخل في بيع الأم تبعاً لها ، فلا يفرد بالبيع ؛
ومنها : اللود المتولد في الطعام يجوز أكله معه ، تبعاً لا منفرداً في الأصح .

ومنها : لو نقض السوقة العهد ، ولم يعلم الرئيس والأشرف ، ففي انتقاض العهد
في حق السوقة وجهان ٥ أحدهما : المنع ، كما لا اعتبار بعهدهم ؛ حكاه الرافعي
عن ابن كعب ٥

ومنها قولهم : صفات الحقوق لا تفرد بالاسقاط ، لأنها تابعة .
فلو أسقط من عليه الدين المؤجل : الأجل . لم يسقط ، ولا يتمكن المستحق من
مطالبته في الحال ، في الأصح لأنه صفة تابعة والصفة لا تفرد بالاسقاط ، وكذا
لو أسقط الجردة أو الصحة لا تسقط ، جزم به الرافعي ؛
ولو أسقط الرهن ، أو الكفيل سقط في الأصح ؛
وقال الجويني : لا كالأجل ، وفرق غيره بأن شرط القاعدة : أن لا يكون
الوصف ما يفرد بالعمد ، كالرهن والكفيل ، بخلاف الأجل ، فإنه وصف لازم لا يمكن
إنشاؤه بعقد مستقل .

الثانية

التابع يسقط بسقوط المتبوع

ومن فروعه :

من فاتته صلاة في أيام الجنون ، لا يستحب قضاء رواتبها ، لأن الفرض سقط ،
فكذا تابعه :

وهيها : من فاتته الحج فتحلل بالطواف ، والسعي ، والحلق ، لا يتحلل بالرمي ،
والمبيت لأنها من توابع الوقوف ، وقد سقط فيسقط التابع ؛

ومنها : إذا بطل أمان رجال ، أو أشراف ، ففي وجه : يبطل الأمان في الصبيان والنساء ،
والسوقة ، لأنهم إنما دخلوا في الأمان تبعاً ، ولكن الأصح خلافه ؛

وهيها : لومات الفارس سقط سهم الفرس لأنه تابع : فإذا فات الأصل سقط ؛

ولو مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس ، لأنه متبوع ؛

ومنها : لو مات الغازي : ففي قول : لا يصرف لأولاده وزوجته من الديوان لأن تبعيتهم

زالبت بموته ، والأصح خلافه ، ترغيباً في الجهاد :

ومنها : لو امتنع غسل الوجه في الوضوء لعلته به ، وما جاوره صحيح ، لم يستحب غسله للغرة

كما صرح به الإمام : ونقاه في المطلب وأقره : لأنه تابع لغسل الوجه : فسقط لسقوطه لكن
جزموا بأنه لو قطع من فوق الذراع نذب غسل باقي عضده ، محافظة على التحجيل .

قال الجويني : وإنما لم يسقط التابع في هذه الصورة لسقوط المتبوع ، كمن فاتتها صلاة

زمن الحيض والجنون فاتها لا تقضى رواتبها ، كما لا يقضى الفرض . لأن سقوط القضاء فيما

ذكر رخصة مع إمكانه ، فإذا سقط الأصل مع إمكانه ، فالتابع أولى : وسقوط الأصل هنا

اعتلوه : والتعذر مختص بالذراع ، فيبقى العضد على ما كان من الاستحباب ، وصار كالحرم

الذي لا شعر على رأسه ، يندب لإمرار الموسى عليه : كذا فرق الجويني ، وجزم به الشيخان .

وفرق ابن الرفعة بأن السنة شهدت بأن تلك النوافل مكلمة لتقص الفرائض: فإذا لم يكن هريضة ، فلا تكلمة ، وليس تطويل التحجيل مأمورا به لتكلمة غسل اليدين والرجلين ، لأنه كامل بالمشاهدة : فتعين أن يكون مطلوبا لنفسه :
وفي هذا الفرق منع كونه تابعا ، وإليه مال السنوي : وفرق بين مسئلة اليد والوجه : بأن فرض الرأس المسح ، وهو باق عند تعذر غسل الوجه : واستحباب مسح العنق والأذنين باق بحاله ، فإذا لم يستحب غسل ذلك ، لم يحل المحل المطلوب عن الطهارة ، ولا كذلك في مسئلة اليد .

تنبیه

يقرب من ذلك قولهم : الفرع يسقط إذا سقط الأصل ،

ومن فروعه :

إذا برى الأصل برى الضامن : لأنه فرعه ، فإذا سقط الأصل ، سقط بخلاف العكس ، وقد يثبت الفرع ، وإن لم يثبت الأصل ، ولذلك صور :
منها : لو قال شخص : لزيد على عمرو ألف ، وأنا ضامن به فأنكر عمرو ، ففى مطالبة الضامن وجهان أحصهما : نعم :
ومنها : ادعى الزوج الخلع ، وأنكرت : ثبتت البيئونة ، وإن لم يثبت المال الذى هو الأصل .

ومنها قال : بعث عبدى من زيد ، وأعتقه زيد : فأنكر زيد ، أو قال : بعته من نفسه فأنكر العبد عتق فيهما ، ولم يثبت العوض :

ومنها : قال أحد الابنين فلانة بنت أينا ، وأنكر الآخر فى حلها للمقر وجهان .

والحزوم به فى النهاية : التحريم ، وهو المعمول به ، فقد ثبت الفرع دون الأصل :

ومنها : قال لزوجى ، أنت أختى من النسب ، وهى معروفة النسب من غير أبيه فى تحريمها عليه وجهان ، أو مجهولة النسب ، وكذبته : انفسخ نكاحها فى الأصح .

ومنها : ادعت زوجية رجل ، فأنكر ، فى تحريم النكاح عليها وجهان .

ومنها : ادعت الإصابة ، قبل الطلاق ، وأنكر ، فى وجوب العدة عليها وجهان ،

الأصح : نعم :

الثالثة

التابع لا يتقدم على المتبوع

ومن فروعه :

تلزامة على البياض بين النخل والعنب جائزة تبعاً لها بشروط .

منها : أن يتقدم لفظ المساقاة . فلو قدم لفظ المزارعة ، فقال : زارعتك على اليباض ، وساقيتك على النخل على كذا ، لم يصح ، لأن التابع لا يتقدم على المتبوع .
ومنها : لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع ، لم يصح .
ومنها : لا يصح تقدم المأموم على إمامه في الموقف : ولا في تكبيرة الإحرام والسلام ولا في سائر الأفعال في وجهه :

ومنها : لو كان بينه وبين الإمام شخص يحصل به الانصال ، ولو لا هو لم تصح قلوته لم يصح أن يحرم قبله ، لأنه تابع له ، كما أنه تابع لإمامه ، ذكره القاضي حسين :
ومنها : ذكر القاضي أيضا أنه لو حضر الجمعة من لا تتعقده ، كالمسافر والعبء والمرأة لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين من أهل الكمال لأنهم تبع لهم كما في أهل الكمال مع الإمام .

الرابعة

يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها

وقريب منها : يغتفر في الشيء ضمنا ما لا يغتفر فيه قصدا :

وربما يقال : يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل :

وقد يقال : أوائل العقود تؤكد بما لا يؤكد به أواخرها .

والعبارة الأولى أحسن وأعم :

ومن فروعها :

سجود التلاوة في الصلاة ، يجوز على الراحلة قطعا تبعا ، وجرى فيه خارجها بخلاف لاستقلاله .

ومنها : المستعمل في الوضوء ، لا يستعمل في الجنابة اتفاقا ، ويستتبع غسل الجنابة

الوضوء على الأصح ، ويندرج فيه الترتيب والمسح .

ومنها : المستعمل في الحدث ، لا يستعمل في الخبث ، وعكسه على الأصح .

ولو كان على محل نجاسة فغسله عنها وعن الحدث طهرا في الأصح ،

ومنها : لا يثبت شوال إلا بشهادة اثنين قطعا :

ولو صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوما ولم يروا الهلال ، أفطروا في الأصح لحصوله

ضمنا وتبعا :

ومنها : لا يثبت النسب بشهادة النساء . فلو شهدن بالولادة على الفراش ثبت النسب

تبعا :

ومنها : البيع الضمني ، يغتفر فيه ترك الإيجاب والتبويل . ولا يغتفر ذلك في البيع

المستقل :

ومنها : الصور التي يصح فيها ملك الكافر المسلم ، لكونه تبعاً له ولا يصح استقلالاً
ومتأني في الكتاب الخامس :

ومنها : لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع : فإن باعه مع الأرض جاز تبعاً
ومنها : لا يجوز تعليق الإبراء ولوعلق عتق المكاتب جاز وإن كان متضمناً للإبراء .
ومنها : لا يجوز تعليق الاختيار ، وله تعليق طلاق أربع منهن مثلاً ، فيقع الاختيار
معلقاً ضمناً ، فإن الطلاق اختيار للمطلقة .

ومنها : الوقف على نفسه ، لا يصح :
ولو وقف على الفقراء ، ثم صار منهم استحق في الأصح تبعاً ،

القاعدة الخامسة

تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة

هذه القاعدة نص عليها الشافعي وقال «منزلة الامام من الرعية منزلة الولي من اليتيم» .
قلت : وأصل ذلك : ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه : قال حدثنا أبو الأحوص
عن أبي إسحاق ، عن البراء بن عازب قال : قال عمر رضي الله عنه «إني أنزلت نفسي
من مال الله بمنزلة والي اليتيم ، إن احتجت أخذت منه فإذا أسرت رددته فان استغيت
استغفت » :

ومن فروع ذلك :

أنه إذا قسم الزكاة على الأصناف يحرم عليه التفضيل ، مع تساوي الحاجات ؛
ومنها : إذا أراد إسقاط بعض الجند من الديوان بسبب : جاز ، وبغير سبب لا يجوز
حكاه في الروضة :

ومنها : ما ذكره الماوردي : أنه لا يجوز لأحد من ولاة الأمور أن ينصب إماماً
للصلوات فاسقاً ، وإن صححنا الصلاة خلفه ؛ لأنها مكروهة . وولي الأمر مأمور بمراعاة
المصلحة ، ولا مصلحة في حمل الناس على فعل المكروه :

ومنها : أنه إذا تخير في الأسرى بين القتل ، والرق ، والمن والفداء ، لم يكن له ذلك
بالتشهي بل بالمصلحة ؛ حتى إذا لم يظهر وجه المصلحة يجسبهم إلى أن يظهر .

ومنها : أنه ليس له العفو عن القصاص مجاناً ، لأنه خلاف المصلحة ، بل إن رأى
المصلحة في القصاص اقتصر ، أو في الدية أخذها .

ومنها : أنه ليس له أن يزوج امرأة بغير كفاءة ، وإن رضيت ، لأن حق الكفاءة
للمسلمين ، وهو كالتائب عنهم ، فلا يقدر على إسقاطه ؛

ومنها : أنه لا يجوز وصية من لا وارث له بأكثر من الثلث ؛

ومنها : أنه لا يجوز له أن يقدم في مال بيت المال غير الأحوج على الأحوج .

قال السبكي في فتاويه . فلو لم يكن إمام ، فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى ، إذا قدر على ذلك ، ملت إلى أنه لا يجوز .
واستنبطت ذلك من حديث «إنما أنا قاسم ، والله المعطي» .
قال : ووجه الدلالة : أن التملك والاعطاء إنما هو من الله تعالى لا من الامام ، فليس للإمام أن يملك أحدا إلا ما ملكه الله : وإنما وظيفة الامام القسمة : والقسمة لا بد أن تكون بالعدل :

ومن العدل : تقديم الأحوج والتسوية بين متساوي الحاجات : فإذا قسم بينهما ودفعه إليهما ، علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع : وأن القسمة إنما هي معينة لما كان مبهما ، كما هو بين الشريكين ، فإذا لم يكن إمام وبدل أحدهما واستأثر به ، كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالماء المشترك ، ليس له ذلك :

قال : ونظير ذلك ما ذكره الماوردي في باب التيمم : أنه لو ورد اثنان على ماء مباح وأحدهما أحوج ، فبدر الآخر وأخذ منه : أنه يكون مسيئا :

ومنها : وقع بعد السبعائة ببلاذ الصعيد ، أن عبدا انتهى الملك فيه لبيت المال فاشترى نفسه من وكيل بيت المال : فأقضى جلال الدين الدشناوي بالصحة ، فرفعت الواقعة إلى القاضي شمس الدين الأصبهاني فقال : لا يصح ، لأنه عقد عتاقة ، وليس لوكيل بيت المال أن يعتق عبد بيت المال :

قال ابن السبكي في التوشيح : والصواب ما أقضى به الدشناوي ، فان هذا العتق إنما وقع بعوض ، فلا تضييع فيه على بيت المال .

القاعدة السادسة

الحدود : تسقط بالشبهات

قال صلى الله عليه وسلم «ادرعوا الحدود بالشبهات» أخرجه ابن عدي ، في جزء له من حديث ابن عباس .

وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة «ادفعوا الحدود ما استطعتم» :
وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة «ادرعوا الحدود عن المسامين ما استطعتم ، فان وجدتم للمسلم مخرجا ، فخلوا سبيله ، فان الامام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» .

وأخرجه البيهقي عن عمر ، وعقبة بن عامر ، ومعاذ بن جبل موقوفا :
وأخرج من حديث علي مرفوعا «ادرعوا الحدود» فقط .

وقال مسدد في مسنده : حدثنا يحيى القطان ، عن شعبة ، عن غاصم ، عن أبي وائل

عن ابن مسعود : قال «أدرءوا الحدود بالشبهة» وهو موقوف ، حسن الاسناد :
وأخرج الطبراني عنه موقوفا «أدرءوا الحدود ، والقتل عن عباد الله ما استطعتم» ،

الشبهة تسقط الحد

سواء كانت في الفاعل ، كمن وطئ* امرأة ظنها حليلته أو في المحل ، بأن يكون للواطئ*
فيها ملك أو شبهة ؛ كالأمة المشتركة ، والمكاتبه ؛ وأمة ولده ومملوكته المحرم أو في الطريق
بأن يكون حلالا عند قوم ، حراما عند آخرين ، كنكاح المتعة ، والنكاح بلا ولي أو بلا
شهود ، وكل نكاح مختلف فيه ، وشرب الخمر للتداوي ؛ وإن كان الأصح تحريمه ،
لشبهة الخلاف ؛

وكذا يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء ، لاحتمال صدق
بينة الزنا ، وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا ؛ وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة ؛
ولا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه وسيله ، وأصل سيده وفرعه ، لشبهة استحقاق
النفقة ومراقبة ما ظنه ملكه ، أو ملك أبيه أو ابنه .

ولو ادعى كون المسروق ملكه ؛ سقط القطع ، نص عليه للشبهة ؛ وهو اللص الظريف
ونظيره ؛ أن يزني بمن لا يعرف أنها زوجته ؛ فيدعى أنها زوجته ، فلا حد ؛
ولا يقتل فاقد الطهورين بترك الصلاة متعمدا ، لأنه مختلف فيه ؛ وكذا من مس
أواس وصلى متعمدا وهو شافعي ، أو توضأ ولم ينو . ذكره القفال في فتاويه .
ويسقط القصاص أيضا بالشبهة .

فلو قد ملفوفا وزعم موته ، صدق الولي ولكن تجب الدية دون القصاص للشبهة ؛
ولو قتل الحر المسلم ؛ من لا يدري ، أمسلم أو كافر ؟ وحر أو عبد ؟ فلا قصاص ؛
لشبهة نقله في أصل الروضة ، عن البحر .

تنبيه

الشبهة ؛ لا تسقط التعزير ، وتسقط الكفارة

فلو جامع ناسيا في الصوم أو الحج ، فلا كفارة للشبهة ؛
وكذا لو وطئ* على ظن أن الشمس غربت ، أو أن الليل باق ، وبأن خلافه ، فإنه
يفطر ، ولا كفارة ؛

قال القفال ؛ ولا تسقط الفدية بالشبهة ، لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة فإنها
تضمنت عقوبة ؛ فالتحقت في الاسقاط بالحد ، وتسقط الاثم والتحريم ، إن كانت في
الفاعل دون المحل ؛

تبيينه

شرط الشبهة : أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها

ولهذا يحد بوطه أمة أباحها السيد ، ولا يراعى خلاف عطاءه في إباحة الجوارى للوطه
وفي سرقة مباح الأصل ، كالحطب ونحوه ؛ وفي القذف على صورة الشهادة .
ولو قتل مسلم ذميا ، فقتله ولي الذمي : قتل به وإن كان موافقا لرأى أبي حنيفة ،
ومن شرب النبيذ محمداً ، ولا يراعى خلاف أبي حنيفة .

القاعدة السابعة

الحر : لا يدخل تحت اليد

ولمّا : لو حبس جراً ، ولم يمنعه الطعام حتى ماتت حتفت أنفه ، أو يانهدام حائطه
ونحوه ، لم يضمته ؛

ولو كان عبداً ضمته ، ولا يضمّن منافعه ؛ مادام في حبسه ، إذا لم يستوفها ويضمّن
منافع العبد ؛

وأو وطئ حرّة بشبهة فأحبها ، وماتت بالولادة : لم تجب دينها في الأصح ؛
ولو كانت أمة وجب القيمة .

ولو طأعته حرّة على الزنا ، فلا مهر لها بالاجماع ؛

ولو طأعته أمة : فلها المهر ، في رأى لأن الحنفى للسيد ، فلا يؤثر إسقاطها ، وإن
كان الأصح خلافه ؛

وأو نام عبد على بعير فقاده ، وأخرجه عن القافلة ، قطع ، أو حر فلا في الأصح ؛

ولو وضع صديداً حراً في مسبعة ، فأكله السبع ؛ فلا ضمان في الأصح ، بخلاف ما لو
كان عبداً

ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها ،
لأعلى الرجل ، لأن الحرّة لا تدخل تحت اليد ؛

ولو أقام كل بينة : أنها زوجته ، لم تقدم بينة من هي تحتها ، لما ذكرنا ، بل لو أقامها
بينتين على خلية ، سقطتا ؛

ولو كان في يد المدبر مال ، فقال : كسبته بعد موت السيد فهو لي ، وقال الوارث :

بل قبله فهو لي ، صدق المدبر بيمينته لأن اليد له بخلاف دعواهما الولد ، لأنها تزعم أنه
حر والحر لا يدخل تحت اليد ، وثياب الحر وما في يده من المال لا يدخل في ضمان الغاصب
لأنها في يد الحر حقيقة ، وكذا لو كان صغيراً أو مجنوناً على الأصح ؛