

القاعدة الثامنة

الحريم له حكم ما هو حريم له

الأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات ، فقد استبرأ لديته وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى ، يوشك أن يرتع فيه الحديث ، أخرجه الشيخان :

قال الزركشى : الحريم يدخل في الواجب ، والحرام والمكروه وكل محرم له حريم يحيط به ، والحريم : هو المحيط بالحرام ، كالفخذين فانهما حريم للغورة الكبرى : وحريم الواجب : ما لا يتم الواجب إلا به :

ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليحقق غسله وغسل جزء من العضد ، والساق مع الذراع وستر جزء من السرة والركبة مع العورة ، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة ، وحرم الاستمتاع بما بين للسرة والركبة في الحيض لحرمة الفرج .

ضابط

كل محرم فحريمه حرام إلا بصورة واحدة ، لم أر من تقطن لاثنتائهما ، وهى دبر الزوجة ، فانه حرام ، وصرحوا بجواز التلذذ بحريمه ، وهو ما بين الأليتين :

فصل

ويدخل في هذه القاعدة حريم المعمور ، فهو مملوك لمالك المعمور في الأصح ولا يملك بالاحياء قطعا :

وحريم المسجد ، فحكمه حكم المسجد ، ولا يجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب ، ويجوز الاقتداء فيه بمن فى المسجد ، والاعتكاف فيه :

وضابط حريم المعمور : تعرضوا له في باب إحياء الموات .

وأما رحبة المسجد فقال في شرح المهذب ، قال صاحب الشامل والبيان : هى ما كان عضفا إلى المسجد ، وغبارة الحاملى : هى المتصلة به خارجه .

قال النووى : وهو الصحيح خلافا لقول ابن الصلاح إنها صحنه وقال البندنجى : هى البناء المبني بجواره متصلا به ، وقال القاضى أبو الطيب : هو ما حواليه ، وقال الرافعى : لا كثرون على عد الرحبة منه ، ولم يفرقوا بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أم لا ، وهو المذهب ، وقال ابن كج : إن انفصلت عنه فلا .

القاعدة التاسعة

إذا اجتمع أمران من جنس واحد ، ولم يختلف مقصودهما ، دخل أحدهما في الآخر
غالبا :

فمن فروع ذلك .

إذا اجتمع حدث وجنابة ، كفى الغسل على المذهب ؛ كما لو اجتمع جنابة وحيض .
ولو باشر المحرم فيما دون الفرج ، لزمته الفدية ؛
فلو جامع دخلت في الكفارة على الأصح ، بناء على قداخل الحدث في الجنابة ؛
ولو اجتمع حدث ونجاسة حكيمية كفت لهما غسلة واحدة في الأصح ، عند النوى ؛
ولو جامع بلا حائل ، فعن المسعودي : أنه لا يوجب غير الجنابة واللمس : الذي
يتضمنه يصير مغمورا به كخروج الخارج الذي يتضمنه الإنزال .
والأكثرون قالوا : يحصل الحدثان ، لأن اللمس يسبق حقيقة الجماع بخلاف الخروج
فانه مع الإنزال :

ولو دخل المسجد وصلى الفرض دخلت فيه التحية ؛

ولو دخل الحرم محرما ، بحج فرض أو عمرة ، دخل فيه الإحرام لدخول مكة ؛
ولو طاف القادم عن فرض أو نذر ، دخل فيه طواف القدوم ، بخلاف ما وطاف
الإفاضة لا يدخل فيه طواف الوداع ؛ لأن كلاهما مقصود في نفسه ، ومقصودهما مختلف
وبخلاف ما لو دخل المسجد الحرام ، فوجدهم يصلون جماعة فصلاها ، فانه لا يحصل له
تحية البيت ، وهو الطواف ، لأنه ليس من جنس الصلاة .

ولو صلى : عقيب الطواف فريضة ، حسبت عن ركعتي الطواف ؛ اعتبارا بتحية
المسجد ؛ نص عليه في القديم ، وليس في الجديد ما يخالفه ؛ وقال النووي : إنه المذهب ؛
ولو تعدد السهو في الصلاة : لم يتعد السجود بخلاف جبرانات الإحرام ، لا تتداخل
لأن القصد بسجود السهو وغم أنف الشيطان ؛ وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة .
والمقصود بجبرانات الإحرام : جبر هتك الحرمة ، فلكل هتك جبر فاختلف المقصود
ولو زنا بكر ، أو شرب خمرا ، أو سرق مرارا . كفى حد واحد ؛
قال الرافعي : وهل يقال وجب لها حدود ، ثم عادت إلى حد واحد ، أو لم يجب إلا
حد واحد ؛ وجعلت الزنابات كالحركات في زنية واحدة ؟ ذكروا فيه احتمالين :

ولو زنا أو شرب ، فأقيم عليه بغض الحد ؛ فعاد إلى الجريمة ، دخل الباقي في الحد الثاني .
وكذا لو زنا في ملة التغريب ؛ غربت ثانيا ودخلت فيه بقية المدة ؛
ولو قذفه مرات : كفى حد واحد أيضا في الأصح ؛
ولو زنا وهو بكر ، ثم زنا وهو ثيب ؛ فهل يكفى بالرجم ؟ وجهان في أصل الروضة

بلا ترجيح : وجه المنع : اختلاف جلسهما : لكن صحح البارزى فى التمييز : التداخل .
بمخلاف مالو سرق ، وزنى ، وشرب وارتد : فلا تداخل لاختلاف الجنس .
ولو سرق وقتل فى المحاربة : فهل يقطع ، ثم يقتل ، أو يقتصر على القتل والصلب ،
ويندرج حد السرقة فى حد المحاربة ؟ وجهان ، فى الروضة بلا ترجيح :
ولو وطئ فى نهار رمضان مرتين ، لم تلزمه بالثانى كفارة ، لأنه لم يصادف صوماً ،
بمخلاف مالو وطئ فى الإحرام ثانياً ، فان عليه شاة . ولا تدخل فى الكفارة لمصادفته لإحراماً
لم يحل منه :

ولو ابس ثوبا مطيباً ، فرجح الرافعى لزوم فديتين . وصحح النووى واحدة لاتحاد
الفعل وتبعية الطيب .

ولو قتل المحرم صيداً فى الحرم . لزمه جزاء واحد ، وتداخلت الحرمتان فى حقه لأنهما
من جنس واحد ، كالقارن إذا قتل صيداً ، لزمه جزاء واحد ، وإن كان قد هتك به
حرمة الحج والعمرة .

ولو أحرم المتمتع بالعمرة ، ففجرح صيداً ثم أحرم بالحج ، ففجرحه جرحاً آخر ، ثم
مات . فهل يلزمه جزاءان ؟ .

قال الشيخ أبو إسحاق فى الملخص : هذه المسألة لا يعرف فيها نقل .

فلو كشط جلدة الرأس ، فلا فدية ، والشعر تابع :

قال الرافعى : وشبهوه بما لو أرضعت أم الزوج زوجته . يجب المهر ، ولو قتلها لم

يجب .

ولو تكرر الوطء بشبهة واحدة ، تداخل المهر بمخلاف ما إذا تعدد جنس الشبهة ،
ولو وطئ بشبهة بكراً وجب أرش البكارة ولا تداخل لاختلاف الجنس والمقصود
فان أرش البكارة يجب لإيلا : والمهر : نقداً ، والأرش : للعجناية : والمهر الاستمتاع .
ولو قطع كامل الأصابع يدا ناقصة لإصبعاً ، فان لقط أصابعه الأربعة ، فله حكومة
أربعة أحماس الكفت ولا يتداخل ، لأنها ليست من جنس القصاص وله حكومة خمس
الكفت أيضاً ، وإن أخذ دية الأصابع الأربع ، فلا حكومة لمنابتها من الكفت ، لأنها من
جنس الدية فدخلت فيها ، وله حكومة خمس الكفت لاختلاف الجهة :

ولو أزال أطرافاً ولطائف ، ثم مات سراية ، أو حز : دخلت فى دية النفس :

ولو كان أحد الفعلان عمداً والآخر خطأ : فلا تداخل للاختلاف فان دية العمد مثلثة .

حالة على الجاني ، ودية الخطأ خمسة ، مؤجلة على العاقلة .

ولو قطع الأجناف وعليها أهديات ، دخلت حكومتها فى دينها ، وكذا تدخل حكومة

الشعر فى دية الموضحة ، والشارب فى دية الشفة . والأظفار والكفت : فى دية لأصابع .

والسنخ في دية السن ؛ والذكر في دية الجشقة ، والثدى : في دية الحلمة ، على الأصح ، في الكل .

وكذا حكومة قصبة الأنث في دية المارن ، على ما قاله الإمام إنه الظاهر وصححه في أصل الروضة : وقال في المهمات : الفتوى على خلافه :

ولا يدخل أرش الجرح في دية العقل ، ولا الأسنان : في اللحين . ولا الموضحة : في الأذنين ، ولا حكومة جرح الصدر في دية الثدي ، ولا العانة في دية الذكر ، والشقيرين لاختلاف محل الجنابة فيها :

ولو لزمها عدتا شخص من جلس ، بأن طلق ، ثم وطئ في العدة . تداخلنا بخلاف .^٢ ما إذا كانتا لشخصين ، بأن وطئ غيره بشبهة ، فلا تداخل .

ولو كانتا لواحد ، واختلفت الجنس ، بأن كانت الأولى بغير الحمل ؛ والثانية به ، فوجهان ، أصحهما : التداخل : وقيل : لا ، لاختلاف الجنس .

والوجهان مبنيان على أن التداخل في العدد هل هو سقوط الأولى ، والاكتفاء بالثاني أو انضمام الأولى للثاني ، فيؤديان بانقضاء مدة واجدة ؟ ، وفيه وجهان ، فعلى الأول : يتداخل ؛ وعلى الثاني : لا ؛

وقد علمت ما أوردناه من الفروع : مع احترازنا عنه بقولنا «من جنس واحد» وبقولنا «ولم يختلف مقصودهما» وبقولنا «غالبا» :

القاعدة العاشرة

إهمال الكلام أولى من إهماله

من فروعه :

مالو أوصى بطبل ، وله طبل هو ، وطبل حرب ؛ صح ، وجعل على الجائر ، نص عليه .

وألحق به القاضي حسين : مالو كان له زق خمر ، وزق خل ، فأوصى بأحدهما ؛ صح ، وجعل على الخل ؛

ومنها : لو قال لزوجته ، وحمار : أحدا كما طائق ، فانها تطلق ، بخلاف مالو قال ذلك لها ، ولأجنبية ؛ وقصد الأجنبية ؛ يقبل في الأصح ؛ لكون الأجنبية من حيث الجملة قابلة ؛

ومنها : لو وقفت على أولاده ، وليس له إلا أولاد أولاد . حمل عليهم : كما جزم به الرافعي . لتعذر الحقيقة ؛ وصونا للفظ عن الإهمال .

ونظيره : مالو قال : زوجاتي طوالق ؛ وأيس له إلا رجعيات ؛ طلقن قطعا ، وإن كان في دخول الرجعية في ذلك مع الزوجات خلاف ؛

ومنها : قال لزوجته : إن دخلت الدارانت طالق ، بحذف الفاء ، فإن الطلاق لا يقع قبل الدخول : صونا للفظ عن الإهمال .

وقال محمد بن الحسن ، صاحب أبي حنيفة : يقع ، لعدم صلاحية اللفظ للجزاء ، بسبب عدم الفاء ، فحمل على الاستئناف : ونقل الرافعي : عدم الوقوع عن جماعة ، ثم نقل عن البوشنجي : أنه يسأل ، فإن قال : أردت التنجيز ، حكم به .

قال الأسنوي : وما قاله البوشنجي لإشكال فيه ، إلا أنه يشعر بوجوب سؤاله .
ومنها : قال لزوجته في مصر : أنت طالق في مكة ، ففي الرافعي ، عن البيهقي : أنها تطلق في الحال ، وتبعه في الروضة .

قال الأسنوي : وسببه : أن المطلقة في بلد مطلقة في باقي البلاد ؛
قال : لكن رأيت في طبقات العبادي ، عن البيهقي : أنها لا تطلق ، حتى تدخل مكة ؛

قال : وهو متجه ، فإن حمل الكلام على فائدة أولى من إلغائه ؛
قال : وقد ذكر الرافعي قبل ذلك بقليل ، عن إسماعيل البوشنجي مثله ، وأقره عليه :
وهنا : وقع في فتاوى السبكي : أن رجلا وقت عليه ، ثم على أولاده ، ثم على أولادهم ونسله ، وعقبه ، ذكرا وأنثى «للمكر» مثل حظ الأنثيين ، على أن من توفي منهم عن ولد أو نسل ، عاد ما كان جاريا عليه من ذلك على ولده ، ثم على ولد ولده ، ثم على نسله على الفريضة ، وعلى أن من توفي من غير نسل ، عاد ما كان جاريا عليه ؛ على من في درجته ، من أهل الوقت المذكور ، يقدم الأقرب إليه فالأقرب ، ويستوى الأخ الشقيقتين والأخ من الأب . ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقت ، وترك ولدا ، أو أسفل منه استحق منه استحق ما كان يستحقه المتوفى ، لو بقي حيا إلى أن يصير إليه شيء من منافع الوقف المذكور ، وقام في الاستحقاق مقام المتوفى ؛ فإذا انقرضوا ، فعلى الفقراء ؛

وتوفي الموقوف عليه وانتقل الوقت إلى ولديه : أحمد ، وعبد القادر ، ثم توفي عبد القادر ، وترك ثلاثة أولاد ، هم علي ، وعمر ، ولطفة ، وولدى ابنه محمد ، المتوفى في حياة والده . وهما : عبد الرحمن ، ومالك ؛

ثم توفي عمر من غير نسل ، ثم توفيت لطفة ، وترك بنتا : تسمى فاطمة ، ثم توفي علي وترك بنتا تسمى : زينب ، ثم توفيت فاطمة بنت لطفة عن غير نسل . فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة ؟

فأجاب : الذي يظهر لي الآن أن نصيب عبد القادر جميعه ، يقسم هذا الوقت على ستين جزءا لعبد الرحمن : منه اثنان وعشرون ، ومالك : أحد عشر ، وزينب :

سبعة وعشرون ، ولا يستمر هذا الحكم في أعقابهما ، بل كل وقت بحسبه ، قال : وبيان ذلك : أن عبد القادر لما توفى انتقل نصيبه إلى أولاده الثلاثة وهم : عمر وعلي ولطيفة : « للذكر مثل حظ الأنثيين » : لعلي ، خمساه ، ولعمر : خمساه ، وللطيفة خمسة ، هذا هو الظاهر عندنا .
ويحتمل أن يقال : يشاركهم عبد الرحمن ، وملسكة ، ولدا محمد المتوفى في حياة أبيه ، ونزلا منزلة أبيهما ، فيكون لهما : السبعان : ولعلي : السبعان . ولعمر السبعان ، وللطيفة : سبع .

وهذا وإن كان محتملا ، فهو مرجوح عندنا : لأن الممكن في مأخذه ثلاثة أمور : أحدها : أن مقصود الواقف : أن لا يحرم أحد من ذريته ، وهذا ضعيف لأن المقاصد إذا لم يدل عليها اللفظ ، لا يعتبر .
الثاني : إدخالهم في الحكم ، وجعل الترتيب بين كل أصل وفرعه ، لابن الطبقتين جميعا : وهذا محتمل ، لكنه خلاف الظاهر .

وقد كنت ملت إليه مرة في وقت ، للفظ اقتضاه فيه ، لست أعمه في كل ترتيب : الثالث : الاستناد إلى قول الواقف « إن مات من أهل الوقت قبل استحقاقه لشيء ، قام ولده مقامه » وهذا أقوى ، لكنه إنما يتم لو صدق على المتوفى في حياة والده : أنه من أهل الوقت .

وهذه مسألة كان قد وقع مثلها في الشام قبل التسعين وستائة ، وطلبوا فيها نقلا : فلم يجدوه ، فأرسلوا إلى الديار المصرية يسألون عنها :

ولا أدري ما أجابوهم . لكني رأيت بعد ذلك في كلام الأصحاب : فيما إذا وقف على أولاده : على أن مات منهم انتقل نصيبه إلى أولاده : ومن مات ، ولا ولده ، انتقل إلى الباقي من أهل الوقت ، فمات واحد عن ولد انتقل نصيبه إليه ، فاذا مات آخر عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه ، وابن أخيه . لأنه صار من أهل الوقت : فهذا التعايل يقتضى : أنه إنما صار من أهل الوقت بعد موت والده ، فيقتضى أن ابن عبد القادر ، المتوفى في حياة والده ، ليس من أهل الوقت ، وأنه إنما يصدق عليه اسم أهل الوقت ، إذا آل إليه الاستحقاق :

قال : وما يتنبه له ، أن بين « أهل الوقت » و « الموقوف عليه » عموما وخصوصا من وجه . فاذا وقف مثلا على زيد ، ثم عمرو ، ثم أولاده ، فعمر وموقوف عليه في حياة زيد لأنه معين قصده الواقف بخصوصه ، ومما وعينه : وليس من أهل الوقت ، حتى يوجد شرط استحقاقه ، وهو موت زيد : وأولاده إذا آل إليهم الاستحقاق : كل واحد منهم من أهل الوقت ، ولا يقال في كل واحد منهم : إنه موقوف عليه بخصوصه ، لأنه لم

يعينه الواقف ، وإنما الموقوف عليه : جهة الأولاد ، كالفقراء .
قال : فتبين بذلك أن ابن عبد القادر ، والد عبد الرحمن ، لم يكن من أهل الوقف أصلا ، ولا موقوفا عليه ، لأن الواقف لم ينص على اسمه .
قال : وقد يقال : إن المتوفى في حياة أبيه يستحق أنه لو مات أبوه جرى عليه الوقف فينتقل هذا الاستحقاق إلى أولاده .
قال : وهذا قد كنت في وقت أبحاثه ، ثم رجعت عنه .

فإن قلت : قد قال الواقف « إن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء ، فقد سماه من أهل الوقف ، مع عدم استحقاقه ، فيدل على أنه أطلق « أهل الوقف » على من لم يصل إليه الوقف ، فيدخل محمد والد عبد الرحمن ، وملسكة في ذلك ، فيستحقان .
ونحن إنما نرجع في الأوقاف إلى ما يدل عليه لفظ واقفها ، سواء وافق ذلك عرف الفقهاء أم لا .
قلت : لانسلم مخالفة ذلك لما قلناه .

أما أولا فلأنه لم يقل : « قبل استحقاقه » وإنما قال قبل استحقاقه لشيء ، فيجوز أن يكون قد استحق شيئا صار به من أهل الوقف ، ويرتقب استحقاقا من آخر فيموت قبله ، فنص الواقف على أن ولده يقوم مقامه في ذلك الشيء الذي لم يصل إليه .
ولو سلمنا أنه قال : « قبل استحقاقه » فيحتمل أن يقال : إن الموقوف عليه ، أو البطن الذي بعده ، وإن وصل إليه الاستحقاق : أعني أنه صار من أهل الوقف : قد يتأخر استحقاقه ، إما لأنه مشروط بمدة : كقوله : في كل سنة كذا ، فيموت في أثناءها أو ما أشبه ذلك فيصح أن يقال : إن هذا من أهل الوقف ، وإلى الآن ما استحق من الغلة شيئا : إما لعدم شرط الاستحقاق ، بمضى زمان ، أو غيره . فهذا حكم الوقف بعد موت عبد القادر .

فلما توفي عمر عن غير نسل انتقل نصيبه إلى أخويه ، عملا بشرط الواقف لمن في درجته فيصير نصيب عبد القادر كله بينهما أثلاثا : لعلى : الثلثان ، وللطيفة : الثلث . ويستمر حرمان عبد الرحمن وملسكة .
فلما ماتت لطيفة ، انتقل نصيبها ، وهو الثلث إلى بنتها . ولم ينتقل لعبد الرحمن ، وملسكة شيء ، لوجود أولاد عبد القادر ، وهم يحبونهم : لأنهم أولاده ، وقد قدمهم على أولاد الأولاد ، الذين هم منهم .

فلما توفي علي بن عبد القادر : وخلفت بنته زليبا ، احتمل أن يقال : نصيبه كله ، وهو : ثلثا نصيب عبد القادر لها : عملا بقول الواقف « من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه لولده » : وتبقى هي وبنت عمته مستوعبتين لنصيب جدتهما : لزليبا : ثلثاه ، ولعاطمة : ثلثه .

واحتمل أن يقال : إن نصيب عبد القادر كله يقسم الآن على أولاده ، عملاً بقول
الواقف : « ثم على أولاده ثم على أولاد أولاده » فقد أثبت لجميع أولاد الأولاد استحقاقاً
بعد الأولاد ؛ وإنما حجبتنا عبد الرحمن وملكة ، وهما من أولاد الأولاد : بالأولاد ؛ فإذا
انقرض الأولاد زال الحجب ؛ فيستحقان ؛ ويقسم نصيب عبد القادر بين جميع أولاد
أولاده ؛ فلا يحصل لزيب جميع نصيب أبيها ؛ وينقص ما كان بيد فاطمة ، بنت لطيفة
وهذا أمر اقتضاه النزول الحادث بانقراض طبقة الأولاد ، المستفاد من شرط الواقف :
أن أولاد الأولاد بعدهم ؛

ولا شك أن فيه مخالفة لظاهر قوله « إن من مات فنصيبه لولده » فإن ظاهره يقتضي
أن نصيب على لبنته زيب ؛ واستمرار نصيب لطيفة لبنتها فاطمة ؛ فخالفناه
بهذا العمل فيهما جميعاً ؛ ولولم نخالف ذلك ، لزمنا مخالفة قول الواقف : « إن بعد الأولاد
يكون لأولاد الأولاد » ، وظاهره يشمل الجميع ؛

فهذان الظاهران تعارضاً ، وهو تعارض قوى صعب ؛ ليس في هذا الوقت محز أصعب
منه ؛ وليس الترجيح فيه بالهين ؛ بل هو محل نظر الفقيه ؛ وخطر لي فيه طرق :
منها : أن الشرط المقتضى لاستحقاق أولاد الأولاد جميعهم متقدم في كلام الواقف ،
والشرط المقتضى لإخراجهم بقوله « من مات انتقل نصيبه لولده » متأخر ؛ فالعمل بالمتقدم
أولى ، لأن هذا ليس من باب النسخ ، حتى يقال : العمل بالتأخر أولى .

ومنها ؛ أن ترتيب الطبقات أصل ، وذكر انتقال نصيب الوالد إلى ولده : فرع وتفصيل
لذلك الأصل ؛ فكان التمسك بالأصل أولى ؛

ومنها : أن « من » صيغة عامة ، فقوله « من مات وله ولد » صالح لكل فرد منهم ،
ولجميعهم ، وإذا أريد مجموعهم ، كان انتقال نصيب مجموعهم إلى مجموع الأولاد ،
من مقتضيات هذا الشرط ؛ فكان إعمالاً له من وجه ، مع إعمال الأول ، وإن لم نعمل
بذلك كان إلغاء للأول ، من كل وجه وهو مرجوح ؛

ومنها : إذا تعارض الأمر بين إعطاء بعض الذرية وجرمانهم ؛ تعارضاً لا ترجيح فيه
فالإعطاء أولى ؛ لأنه لا شك أقرب إلى غرض الواقفين ؛

ومنها : أن استحقاق زيب لأقل الأمرين ؛ وهو الذي ينضمها إذا شرك بينها وبين بقية
أولاد الأولاد ؛ محقق . وكذا فاطمة ، والزائد على المحقق في حقها ؛ مشكوك فيه ،
ومشكوك في استحقاق عبد الرحمن ، وملسكة له ؛ فإذا لم يحصل ترجيح في التمازض بين
اللطين ، يقسم بينهم ؛ فيقسم بين عبد الرحمن ، وملسكة ، وزيب ، وفاطمة ؛

وهل يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون لعبد الرحمن ؛ خمساً ؛ ولكل من
الآلات ؛ خمسة ، نظراً إليهم ، دون أصولهم ، أو ينظر إلى أصولهم ، فيوزلون منزاتهم

لو كانوا موجودين ، فيكون لفاطمة : خمسة ، ولزئيب : خمسه ، ولعبد الرحمن وملكة
خمساه ؟ فيه احتمال ؟

وأنا إلى الثاني أميل ، حتى لا يفضل فخذ على فخذ في المقدار ، بعد ثبوت
الاستحقاق .

فلما توفيت فاطمة ، من غير نسل ، والباقون من أهل الوقت : زئيب بنت خالها ،
وعبد الرحمن وملكة ، ولدا عمها ، وكلهم في درجتها ، وجب قسم نصيبها بينهم .
لعبد الرحمن : نصفه ، والملكة : ربعه ، ولزئيب : ربعه .

ولا نقول هنا : ننظر إلى أصولهم ، لأن الانتقال من مساويهم ، ومن هو في درجتهم
فكان اعتبارهم بأنفسهم أولى ، فاجتمع لعبد الرحمن ، وملكة : الخمسان ، حصلا لها
بموت علي : ونصف ربيع الخمس ، الذي لفاطمة ، بينهما بالفريضة ، فللعبد الرحمن
خمس ، ونصف خمس ، وثلاث خمس : وملكة : ثلثا خمس : وربع خمس ، واجتمع
لزئيب : الخمسان بموت والدها ، وربع خمس فاطمة ، فاحتجنا إلى عدد يكون له
خمس : وخمسه ثلث وربع : وهو ستون ، فقسمنا نصيب عبد القادر عليه : لزئيب
خمساه وربع خمسه ، وهو سبعة وعشرون ولعبد الرحمن : اثنان وعشرون : وهى
خمس ونصف خمس وثلاث خمس ، والملكة : إحدى عشر وهى ثلثا خمس وربع
خمس .

فهذا ما ظهر لى ، ولا أشبهى أجدا من الفقهاء يقلدنى ، بل ينظر لنفسه ، انتهى كلام
السبكي :

قلت : الذى يظهر لى اختياره أولا ، دخول عبد الرحمن وملكة ، بعد موت
عبد القادر ، عملا بقوله «ومن مات من أهل الوقت الخ» .

وما ذكره السبكي : من أنه لا يطلق عليه أنه من أهل الوقت : ممنوع ، وما ذكره فى
تأويل قوله «قبل استحقاقه» خلاف الظاهر من اللفظ ، وخلاف المتبادر إلى الأفهام ،
بل صريح كلام الواقف : أنه أراد بأهل الوقت : الذى مات قبل استحقاقه ،
لا الذى لم يدخل فى الاستحقاق بالكلية ، ولكنه بصدد أن يصل إليه ، وقوله «لشئ»
من منافع الوقت ، دليل قوى لذلك ، فانه نكرة فى سياق الشرط : وفى سياق كلام معناه
التي : فيعم : لأن المعنى لم يستحق شيئا . من منافع الوقت ، وهذا صريح فى رد التأويل
الذى قاله :

وأيده أيضا ، قوله : «استحق ما كان يستحقه المتوفى ، لو بقى حيا إلى أن يصير إليه
شئ من منافع الوقت» فهذه الألفاظ كلها صريحة فى أنه مات قبل الاستحقاق ،
وأیضا : لو كان المراد ماقاله السبكي ، لاستغنى عنه بقوله أولا «على أن مات عن

ولد عاد ما كان جاريا عليه على ولده « فانه يقضى عنه : ولا يتأق هذا اشتراطه الترتيب في الطبقات بثم ، لأن ذلك عام ، خصصه هذا : كما خصصه أيضا قوله « على أن مات عن ولد » إلى آخره :

وأیضا : فانا إذا عملنا بعموم اشتراط الترتيب لزم منه إلغاء هذا الكلام بالكلیة ، وأن لا یعمل فی صورة : لأنه على هذا التقدير : إنما استحق عبد الرحمن وملسكة لما استورا فی الدرجة ، أخذا من قوله « عاد على من فی درجته » فبقی قوله « ومن مات قبل استحقاقه الخ » مهملا لا یظهر أثره فی صورة : بخلاف ما إذا عملناه ، وخصصنا به عموم الترتيب : فلأن فیہ إعمالا للكلامین ، وجمعا بینهما وهذا أمر ینبغی أن یقطع به :

وحینئذ ، فنقول : لما مات عبد القادر قسم نصیبه بین أولاده الثلاثة ، وولدی ولده أسیاحا : لعبد الرحمن ، وملسكة : السبعان أثلاثا . فلما مات عمر ، عن غیر نسل ، انتقل نصیبه إلى أخویه وولدی أخیه ، فیصیر نصیب عبد القادر کلهم بینهم . لعلى : خمسان وللطیفة : خمس ، ولعبد الرحمن وملسكة خمسان ، أثلاثا . ولما توفیت لطیفة انتقل نصیبها بكمالہ لبنتها فاطمة . ولما مات على انتقل نصیبه بكمالہ لبنته زینب . ولما توفیت فاطمة بملت لطیفة ، والباقون فی درجتها ، زینب وعبد الرحمن وملسكة : قسم نصیبها بینهم « للذكر مثل حظ الأنثیین » اعتبارا بهم ، لا بأصولهم : لما ذكر السبکی : لعبد الرحمن : نصف ولكل بنت ربع ، فاجتمع لعبد الرحمن بموت عمر : خمس وثلاث ، وبموت فاطمة : نصف خمس : وملسكة ، بموت عمر : ثلاثا خمس ، وبموت فاطمة : ربع خمس : ولزینب بموت على : خمسان ، وبموت فاطمة : ربع خمس . فیقسم نصیب عبد القادر ستین جزءا : لزینب : سبعة وعشرون ، وهی خمسان وربع خمس ، ولعبد الرحمن : اثنتان وعشرون ، وهی خمس ونصف وثلاث : وملسكة : أحد عشر ، وهی ثلاثا خمس وربع .

فصحت ما قاله السبکی ، لیکن الفرق تقدم استحقاق عبد الرحمن ، وملسكة . والجزم حینئذ بصحة هذه القسمة ، والسبکی تردد فیها ، وجعلها من باب قسمة المشكوك فی استحقاقه ونحن لا نتردد فی ذلك :

وسئل السبکی أيضا : عن رجل وقفت على حمزة ، ثم أولاده ، ثم أولادهم : وشرط أن مات من أولاده انتقل نصیبه للمستحقین من إخوته ومن مات قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقت ، وله ولد ، استحق ولده ما كان يستحقه المتوفى ، لو كان حیا : فمات حمزة ، وخلف ولدين ، وهما عماد الدين ، وخديجة . وولد ولد ، مات أبوه فی حياة والده ، وهو : نجم الدين بن مؤيد الدين بن حمزة ، فأخذ الوالدان نصیبهما : وولد الولد : النصیب الذى لو كان أبوه حیا لأخذہ : ثم ماتت خديجة ، فهل یخص أخوها بالهاتی ، أو یشاركه ولد أخیه نجم الدين ؟

فأجاب : تعارض فيه اللفظان ، فيحتمل المشاركة . ولكن الأرجح اختصاص الأخت
وبرجمه : أن التخصيص على الإخوة وعلى المستحقين منهم : كالخاص : وقوله : « ومن
مات قبل الاستحقاق » كالعام : فيقدم الخاص على العام »

تنبيه

قال السبكي ، وولده : محل هذه القاعدة : أن يستوى الإعمال والإهال بالنسبة إلى
الكلام : أما إذا بعد الاعمال عن اللفظ ، وصار بالنسبة إليه كالغز فلا يصير راجحا ،
ومن ثم : لو أوصى بعود من عيدانه : وله عيدان هو ، وعيدان قنبي ، وبناء ،
فالأصح بطلان الوصية ، تنزيلا على عيدان اللهو . لأن اسم العود عند الإطلاق له .
واستعماله في غيره مرجوح وليس كالطبل لوقوعه على الجميع وقوعا واحدا : كذا فرق
الأصحاب بين المسائلين :
ولو قال : زوجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتي : لم يصح على الأصح . لكثرة
الفواطم :

فصل

يدخل في هذه القاعدة : قاعدة « التأسيس أولى من التأكيد »

فاذا دار اللفظ بينهما ، تعين حملة على الأسيس .

وفيه فروع :

منها : قال : أنت طالق : أنت طالق ، ولم ينو شيئا ، فالأصح الحمل على
الاستئناف :

ومنها : إذا قال لزوجته : إن ظاهرت من فلانة الأجنبية ، فأنت على كظهر أمي ،
ثم تزوج تلك ، وظاهر : فهل يصير مظاهرا من الزوجة الأولى ؟ وجهان : أصحهما في
التنبيه : لا : حملا للصفة على الشرط : فكأنه علق ظهاره على ظهاره من تلك ، حال
كونها أجنبية ، وذلك تعليق على مالا يكون ظهارا شرعيا : والثاني : نعم . ويجعل الوصف
يقوله « الأجنبية » ، توضيحا ، لا تخصيصا ، وهذا هو الأصح عند النووي :

القاعدة الحادية عشرة

« الخراج بالضمان »

هو حديث صحيح : أخرجه الشافعي ، وأحمد ، وأبو داود ، والترمذي ، والنسائي
وابن ماجه ، وابن حبان : من حديث عائشة : وفي بعض طرقه ذكر السبب : وهو « أن
رجلا ابتاع عبدا ، فأقام عنده ماشاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا ، فخاصمه إلى النبي

صلى الله عليه وسلم ؛ فرده عليه : فقال الرجل : يا رسول الله ، قد استعمل غلامى : فقال
الخراج بالضمان :

قال أبو عبيد : الخراج فى هذا الحديث غلة العبد يشتره الرجل فيستغله زمانا ، ثم
يعثر منه على عيب دلسه البائع ، فيرده ، ويأخذ جميع الثمن : ويفوز بغلته كلها ، لأنه
كان فى ضمانه . ولو هلك هلك من ماله ، انتهى .

وكذا قال الفقهاء : معناه ماخرج من الشيء : من غلة ، ومنفعة ، وعين ، فهو
للمشترى عوض ما كان عليه من ضمان الملك ، فانه لو تلف المبيع كان من ضمانه : فالغلة
له ، ليكون الغنم فى مقابلة الغرم :
وقد ذكروا هنا سؤالين :

أحدهما : لو كان الخراج فى مقابلة الضمان ؛ لكانت الزوائد قبل القبض للبائع ، ثم
العقد ، أو انفسخ ، اسكونه من ضمانه ، ولا قائل به :

وأجيب : بأن الخراج محل قبل القبض بالملك : وبعده به ، وبالضمان معا : واقتصر
فى الحديث على التعليل بالضمان ؛ لأنه أظهر عند البائع ، وأقطع لطلبه ، واستبعاده أن
الخراج للمشترى :

الثانى : لو كانت العلة : الضمان ، لزم أن يكون الزوائد للغاصب ، لأن ضمانه أشد
من ضمان غيره : وبهذا احتج لأبي حنيفة فى قوله «إن الغاصب لا يضمن منافع المصوب» :
وأجيب : بأنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك فى ضمان الملك ، وجعل الخراج لمن هو
مالكه ، إذا تلف تلف على ملكه ، وهو المشترى ، والغاصب لا يملك المصوب : وبأن
الخراج : هو المنافع ، جعلها لمن عليه الضمان : ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المصوب
بل إذا أتلها ، فالخلاف فى ضمانها عليه ، فلا يتناول موضع الخلاف :

نعم : خرج عن هذا مسألة ، وهى مالو أعتقت المرأة عبدا : فان ولاءه يكون لابنها
ولو جنى جنابة خطأ ، فالعقل على عصبتها ، دونه ، وقد نجىء مثله فى بعض العصبات ،
يعقل ولا يرث

القاعدة الثانية عشرة

« الخروج من الخلاف مستحب »

فروعها كثيرة جدا ، لاتكاد تحصى :

فمنها : استحباب الدلك فى الطهارة ، واستيعاب الرأس بالمسح ، وغسل المني بالماء ،
والترتيب فى قضاء الصلوات ، وترك صلاة الأداء خلف القضاء ، وعكسه ، والقصر فى
سفر يبلغ ثلاث مراحل ، وتركه فيما دون ذلك ، وللملاح الذى يسافر بأهله وأولاده ،
وترك الجمع : وكتابة العهد القوى الكسوب ، ونية الإمامة : واجتناب استقبال القبلة

واستدبارها مع السائر ، وقطع التيمم الصلاة إذا رأى الماء ، خروجاً من خلاف من أوجب الجميع :

وكراهة الخليل في باب الرها : ونكاح المحلل خروجاً من خلاف من حرمه :

وكراهة صلاة المنفرد خلفت الصف ، خروجاً من خلاف من أبطلها .

وكذا كراهة مفارقة الإمام بلا علم ، والاعتداء في خلال الصلاة ؛ خروجاً من خلاف

من لم يجز ذلك ؟

تنبيه

لمراعاة الخلاف شروط :

أحدهما : أن لا يوقع مراعاته في خلاف آخر :

ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، ولم يراع خلاف أبي حنيفة : لأن من

العلماء من لا يجيز الوصل :

الثاني : أن لا يخالف سنة ثابتة ؛ ومن ثم من رفع اليدين في الصلاة ، ولم يبال برأى من

قال بإبطاله الصلاة من الجنفية ، لأنه ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم ، من رواية نحو

خمسين صحابياً :

الثالث : أن يقوى مدركه ؛ بحيث لا يعد هفوة ؛

ومن ثم كان الصوم في السفر أفضل لمن قوى عليه ، ولم يبال بقول داود : إنه

لا يصح ؟

وقد قاله إمام الحرمين في هذه المسئلة : إن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر

وزناً ؛

تنبيه

شكك بعض المحققين على قولنا بأفضلية الخروج من الخلاف ؛ فقال = الأولوية

والأفضلية ، إنما تكون حيث سنة ثابتة ؛ وإذا اختلفت الأمة على قولين : قول بالحل ؛

وقول بالتحريم ، واحتياط المستبرئ لدينه ، وجرى على الترك ؛ حذراً من ورمات الحرمة

لا يكون فعله ذلك سنة ، لأن القول بأن هذا الفعل يتعلق به الثواب من غير عقاب على

الترك ، لم يقل به أحد ، والأئمة كما ترى بين قائل بالاباحة ، وقائل بالتحريم : فمن أين

الأفضلية ؟

وأجاب ابن السبكي : بأن أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه ، بل لعموم الاحتياط

والاستبراء للدين ، وهو مطلوب شرعاً مطلقاً ، فكان القول بأن الخروج من الخلاف

أفضل ، ثابت من حيث العموم ، واعتاده من الورع المطلوب شرعاً ؛

خاتمة

من فروع هذه القاعدة ، في العربية :

إذا دار الأمر في ضرورة الشعر ، أو التناسب ، بين قصر المدود ومد المقصور ،
فالأول أولى ، لأنه متفق على جواره ، والثاني مختلف فيه ؛

القاعدة الثالثة عشرة

« الدفع أقوى من الرفع »

ولهذا : أثناء المستعمل ، إذا بلغ قلتين ، في عوده طهوراً ، وجهان .
ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصير مستعملاً ، بلا خلاف .
والفرق أن الكثرة في الابتداء دافعة ، وفي الأثناء رافعة . والدفع أقوى من الرفع .
ومن ذلك : الزوج منع زوجته من حج الفرض ، ولو شرعت فيه بغير إذنه ، ففي
جواز تحليلها قولان .

ووجود الماء قبل الصلاة للتيمم ، يمنع الدخول فيها ، وفي أثنائها لا يبطئها ، حيث
تسقط به .

واختلاف الدين - المانع من النكاح - يدفعه ابتداء ، ولا يرفعه في الأثناء ، بل يوقف
على انقضاء العدة ؛

والفسق : يمنع انعقاد الإمامة ابتداء ، ولو عرض في الأثناء ، لم ينزل .

القاعدة الرابعة عشرة

« الرخص لا تناط بالمعاصي »

ومن ثم لا يستبيح العاصي سفره شيئاً من رخص السفر : من القصر والجمع والقطر
والمسح ثلاثاً ، والتنفل على الراحلة ، وترك الجمعة ، وأكل الميتة ، وكذا التيمم ، على
وجه اختياره السبكي ، ويأثم بترك الصلاة إثم تارك لها ، مع إمكان الطهارة ، لأنه قادر
على استباحة التيمم بالتوبة ؛ والصحيح أنه يلزمه التيمم لحرمته الوقت ، ويلزمه الإعادة
لتقصيره بترك التوبة .

ولو وجد العاصي سفره ماء ، واحتاج إليه للعطش ، لم يجزله التيمم بلا خلاف ؛
وكذا من به مرض وهو عاص بسفره ؛ لأنه قادر على التوبة ؛

قال القفال في شرح التلخيص ؛ فان قيل : كيف حرمتم أكل الميتة على العاصي بسفره
مع أنه مباح للحاضر في حال الضرورة ، وكذا من به مرض يجوز له التيمم في الحضر ؟ .
فالجواب : أن ذلك - وإن كان مباحاً في الحضر عند الضرورة - لكن سفره سبب هذه
الضرورة ، وهو معصية ، فحرمت عليه الميتة في الضرورة ، كما لو سافر لقطع الطريق ؛

فجرح لا يجوز له التيمم لذلك الجرح ، مع أن الحاضر الجريح يجوز له ؛
فان قيل : تحريم الميتة والتيمم يؤدي إلى الملاك .

فالجواب : أنه قادر على استباحته بالتوبة ، انتهى ؛

وهل يجوز للعاصي بسفره : مسح المقيم : وجهان : أحدهما : نعم لأن ذلك جائز
بلا سفر :

والثاني : لا ، تغليظا عليه ، كأكل الميتة :

وحكى الوجهان في العاصي بالاقامة ، كعبد أمره سيده بالسفر ، فأقامه

قال في شرح المهذب : والمشهور : القطع بالجواز ؛

وطرد الاصطخري القاعدة في سائر الرخص ، فقال : إن العاصي بالاقامة لا يستبيح

شيئا منها .

وفرق الأثرون بأن الاقامة نفسها ليست معصية ، لأنها كفت ، وإنما الفعل الذي

يوقعه في الاقامة معصية . والسفر في نفسه معصية .

ومن فروع القاعدة :

لو استنجى بمحترم أو مطعوم ، لا يجزئه في الأصح ، لأن الاقتصار على الحجر رخصة

فلا يناط بمعصية ؛

ومنها : لو استنجى بذهب أو فضة ، ففي وجه لا يجزيه ، لأنه رخصة واستعمال النقد

حرام ، والصحيح الإجزاء .

ومنها : لو لبس خفا مغموبا ، ففي وجه لا يمسح عليه ، لأنه رخصة لمشقة النزح ،

وهذا عاص بالتزك واستدامة اللبس ، والصحيح الجواز كالتييمم بتراب مغموب ، فإنه

يجوز ، مع أن التيمم رخصة ؛

قال البلقيني : ونظيره المسح على خف مغموب : غسل الرجل المغموبة في الوضوء

وصورتها : أن يجب عليه التمكين من قطعها في قصاص أو سرقة ، فلا يمكن من ذلك

ولو لبس خفا من ذهب أو فضة ، ففيه الوجهان في المغموب .

وتقطع المتولى هنا بالمنع ، لأن التحريم هنا : للمعنى في نفس الخف ، فصار كالذي

لا يمكن متابعة المشي عليه .

قال في شرح المهذب : ويلبغى أن يكون الحرير مثله .

ولو لبس المحرم الخف ، فلا نقل فيه عندنا ، والمصحيح عند المالكية : أنه ليس

له المسح وهو ظاهر ، فان المعصية هنا في نفس اللبس .

ثم رأيت الأسنوي ذكر المسألة في ألغازه وقال : إن المتجه المنع جزما ، ولا يخرج

على الخلاف في المغصوب ونحوه ، فإن المنع هناك بطريق العرض ، لا معنى في اللبس ، ولهذا يلبس غيره ، ويمسح عليه .

وأما الحرم : فقام به معنى آخر ، أخرجته عن أهلية المسح لامتناع اللبس مطلقا ، ومنها : لو جن المرتد ، وجب عليه قضاء صلوات أيام الجنون أيضا ، بخلاف ما إذا حاضت المرتدة لا تقضى صلوات أيام الحيض ، لأن سقوط القضاء عن الحائض عزيمة . وعن الجنون رخصة ، والمرتد ليس من أهل الرخصة :

ومنها : لو شربت دواء فاستقطت ، ففى وجهه تقضى صلوات أيام النفاس ، لأنها عاصية ، والأصح : لا ، لأن سقوط القضاء عن النفاس عزيمة لا رخصة .
ومنها : لو ألقى نفسه ، فانكسرت رجله وصلى قاعدا ، ففى وجهه : يجب القضاء لعصيانه ، والأصح : لا .

ومنها : يجوز تقديم الكفارة على الحنث ورخصة ، فلو كان الحنث بمعصية فوجهان ، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي .

ومنها : لو صب الماء بعد الوقت لغير غرض وتيمم ، ففى وجهه : يجب الاعادة لعصيانه والأصح : لا ، لأنه فاقد .

ومنها : إذا حكنا بنجاسة جلد الأذى بالموت ، ففى وجهه : لا يطهر بالدباغ ، لأن استعماله معصية ، والرخص لا تناط بالمعاصي ، والأصح : أنه يطهر كغيره ونحوه ليس لعينه ، بل للامتنان على أى وجه كان ، ولأنه يحرم استعماله ، وإن قلنا بطهارته .

تنبيه

معنى قوانا « الرخص : لا تناط بالمعاصي »

أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء ، نظر في ذلك الشيء ، فإن كان تعاطيه في نفسه حراما ، امتنع معه فعل الرخصة ، وإلا فلا ، وبهذا يظهر الفرق بين المعصية بالسفر والمعصية فيه .

فالعبء الأبق ، والناشرة ، والمسافر للمكس ، ونحوه . عاص بالسفر : فالسفر نفسه معصية والرخصة منوطة به مع دوامه ، ومعلقة ، ومتروكة عليه ترتب المسبب على السبب . فلا يباح .

ومن سافر مباحا ، فشرّب الخمر في سفره ، فهو عاص فيه ، أى مرتكب المعصية في السفر المباح ، فنفس السفر : ليس معصية ، ولا آثما به فتباح فيه الرخص ، لأنها منوطة بالسفر ، وهو في نفسه مباح ، ولهذا جاز المسح على الخف المغصوب ، بخلاف الحرم ، لأن الرخصة منوطة باللبس ، وهو للمحرم معصية ، وفي المغصوب ليس معصية لذاته ، أى لكونه لبسا ، بل للاستيلاء على حق الغير ، ولذا لو ترك اللبس ، لم تزل المعصية ، بخلاف الحرم .

القاعدة الخامسة عشرة

« الرخص لا تناط بالشك »

ذكرها الشيخ تقي الدين السبكي ، وفرع عليها :
أنه إذا غسل إحدى رجليه وأدخلها ، لا يستبيح ، لأنه لم يدخلها طاهرين ،
ومن فروعها :

وجوب الغسل : لمع شك في جواز المسح ،
وجوب الإمام لمن شك في جواز القصر ، وذلك في صور متعددة ،

القاعدة السادسة عشرة

« الرضى بالشئ رضى بما يتولد منه »

وقريب منها قاعدة « المتولد من مأذون فيه لأثر له » :

ومن فروعها :

رضى أحد الزوجين بعبث صاحبه ؛ فزاد : فلا خيار له على الصحيح .
ومنها : أذن المرتين للراهن في ضرب العبد المرهون : فهلك في الضرب : فلا ضمان
لأنه تولد من مأذون فيه ، كما لو أذن في الوطاء فأجبل ؛
ومنها : قال مالك أمره : اقطع يدي ، ففعل ، فسرى : فهدر ، على الأظهر ؛
ومنها : لو قطع قصاصا ، أو حدا ، فسرى : فلا ضمان ؛
ومنها : تطيب قبل الاحرام ، فسرى إلى موضع آخر بعد الاحرام : فلا فدية فيه ؛
ومنها : محل الاستجمار مغنوه عنه ، فلو عرق فتلوث منه : فالأصح العفو .
ومنها : لو سبق ماء المضمضة ، أو الاستنشاق إلى جوفه ، ولم يباليغ : لم يفسد في الأصح
بخلاف ما إذا بالغ ، لأنه تولد من منهي عنه ؛

ويستثنى من القاعدة :

ما كان مشروطا بسلامة العاقبة ، كضرب المعلم ، والزوج ، والولي ، وتغزير الحاكم
والخراج الجنانج ، ونحو ذلك .

القاعدة السابعة عشرة

« السؤال معاد في الجواب »

فلو قيل له على وجه الاستخيار : أطلقت زوجتك ؟ فقال : نعم ؛ كان إقرارا
به ، يؤاخذ به في الظاهر : ولو كان كاذبا ؛
ولو قيل ذلك على وجه التماس الانشاء ، فاقترض على قوله : نعم ، فقولان .
أحدهما : أنه كناية لا يقع إلا بالنية .

والثاني ، وهو الأصح صريح ، لأن السؤال معاد في الجواب ، فكأنه قال : طلقتم ،
وحيث لا يقدح كونه صريحا في حصرهم ألفاظ الصريح في الطلاق ، والفراق ،
والسراح ، واوقالت : أبني بألفت ، فقال : أهنك ونوى الزوج الطلاق دونها ،
فوجهان :

أحدهما : لا يقع الطلاق ، لأن كلامه جواب على سؤالها ، فكأن المال معاد في
الجواب ، وهي لم يوجد منها القبول ، لعدم نية الفراق ، وهو إنما رضى بعوض ، وهذا
ما صححه الامام ،
والثاني : أنه يقع رجعا ، ويجعل ذلك على إبتداء خطاب منه ، لأنه مستقل بنفسه ،
ورجحه البغوى ،

ومن فروع القاعدة : مسائل الاقرار كلها ،
إذا قال : لى عندك كذا ، فقال : نعم ، أو ليس عليك كذا ، فقال : بلى ، أو قال
أجل فى الصورتين ، فهو إقرار بما سأله عنه ،
ولو قال : لى عليك مائة ، فقال : إلا درهما ، ففى كونه مقرا بما عدا المستثنى
وجهان ، أصحهما : المنع ، لأن الاقرار لا يثبت بالمفهوم ،

القاعدة الثامنة عشرة

ولا ينسب للساكت قول

هذه عبارة الشافعى رضى الله عنه ، ولهذا لو سكت عن وطء أمه ، لا يسقط المهر
قطعا ، أو عن قطع عضو منه ، أو إتلاف شيء من ماله مع القدرة على الدفع لم يسقط
ضمانه ، بلا خلاف ، بخلاف مالهو أذن فى ذلك ،
ولو سكت الثيب عند الاستئذان فى الزكاح : لم يقم مقام الاذن قطعا ،
ولو علم البائع بوطف المشتري الجارية فى مقدار مدة الخيار : لا يكون لإجازة
فى الأصح :

ولو حمل من مجلس الخيار ، ولم يمنع من الكلام : لم يبطل خياره فى الأصح ،
وخرج عن القاعدة صور :
منها : البكر سكرتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعا ، ولسائر العصبة والحاكم
فى الأصح :

ومنها سكوت المدعى عليه عن الجواب ، بعد عرض اليمين عليه ، يجعله كالمنكر
الناكل : وترد اليمين على المدعى .
ومنها : لو نقض بعض أهل الذمة : ولم ينكر الباكون بقول ، ولا فعل ، بل سكتوا
انقض فيهم أيضا ،

ومنها : لو رأى السيد عبده يثلمت مالا لغره ، وسكت عنه ضمنه ؛
ومنها : إذا سكت المحرم ، وقد حلقه الحلال مع القدرة على منعه ؛ لزمه الفدية
في الأصح ؛

ومنها : لو باع العبد البالغ ، وهو ساكت ؛ صح البيع ، ولا يشترط أن يعترف بأن
البائع سيده في الأصح ؛

ومنها : القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه في الأصح ؛
ومنها : مسائل أخر ؛ ذكرها القاضي جلال الدين البلقيني ، أكثرها على ضعيف ،
وبعضها اقترن به فعل قام مقام التطق ، وبعضها فيه نظر ؛

القاعدة التاسعة عشرة

« ما كان أكثر فعلا ، كان أكثر فضلا »

أصله قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة « أجرك على قدر نصيبك » رواه مسلم ؛
ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ، لزيادة النية ، والتكبير ، والسلام ؛
وصلاة النفل قاعدا على النصف من صلاة القائم ؛ ومضطجعا على النصف .
من القاعد ؛

وإفراد اللسكين أفضل من القران ؛

وخرج عن ذلك الصور ؛

الأولى : القصر أفضل من الإتمام بشرطه ؛

الثانية : الضحى أفضلها ثمان ، وأكثرها : ثنتا عشر ؛ والأول أفضل ، ناسيا بفعله .

صلى الله عليه وسلم ؛

الثالثة : الوتر بثلاث ؛ أفضل منه بخمس ، أو سبع ، أو تسع ، على ما قاله في البسيط

تبعا لشيخه إمام الحرمين ، وهو ضعيف ، والخزوم به في شرح المهذب خلافه ، وإن كان

الأكثر أفضل منه ، ونقله ابن الرفعة عن الروياني ، وأبي الطيب ؛

وقال ابن الأستاذ : يلغى القطع به ؛

الرابعة : قراءة سورة قصيرة في الصلاة أفضل من بعض سورة ، وإن طال ، كما قاله المتولي ؛

لأنه المعهود مع فعله صلى الله عليه وسلم غالبا ؛

الخامسة : الصلاة مرة في الجاعة أفضل من فعلها وحده خمسا وعشرين مرة ؛

السادسة : صلاة الصبح أفضل من سائر الصلوات ، مع أنها أقصر من غيرها ؛

السابعة : ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر ، على الجديد ، بل من التهجد في الليل ؛

وإن كثرت ركعاته ؛ ذكره في المطلب ؛

قال : ولعل سببه انسحاب حكمها على ما تقدمها ؛

الثامنة : تخفيف ركعتي الفجر ، أفضل من تطويلهما ؛

التاسعة صلاة العيد ، أفضل من صلاة الكسوف ، مع كونها أشق ، وأكثر عملا ؛

العاشرة : الجمع بين المضمضة والاستنشاق بثلاث غرفات ، والفصل بغرفتين ، أفضل منه بست .
الحادية عشرة : التصدق بالأضحية بعد أكل لقم يتبرك بها أفضل من التصدق بجميعها
الثانية عشرة الإحرام من الميقات أفضل منه من دويرة أهله في الأظهر .
الثالثة عشرة : الحج ، والوقوف ركباً أفضل منه ماشياً ، نأسيابفعله صلى الله عليه وسلم
في الصورتين .

تذييله

أنكر الشيخ عز الدين كون الشاق أفضل : وقال : إن تساوى العملان من كل وجه في الشرف ، والشرائط ، والسنن ، كان الثواب على أشقهما أكثر ، كاغتسال في الصيف والشتاء ، سواء في الأفعال ، ويزيد أجر الاغتسال في الشتاء بتحمل مشقة البرد ، فليس التفاوت في نفس العلمين ، بل فيما لزم عنهما .
وكذلك مشاق الوسائل ، كقاصد المساجد ، أو الحج أو العمرة من مسافة قريبة ، وآخر من بعيد ، فإن ثوابهما يتفاوت بتفاوت الوسيلة ، ويتساويان من جهة القيام بأصل العبادة ، وإن لم يتساوا العملان ، فلا يطلق القول بتفضيل أشقهما . بدليل أن الإيمان أفضل الأعمال ، مع سهولته وخفته على اللسان ، وكذلك الذكر ، على ما شهدت به الأخبار ، وكذلك إعطاء الزكاة مع طيب النفس ، أفضل من إعطائها مع البخل ، ومجاهدة النفس ، وكذلك جعل النبي صلى الله عليه وسلم الماهر بالقرآن مع السفر الكرام البررة ، وجعل الذي يقرؤه ويتعتق فيه ، وهو حايه شاق له أجران .

القاعدة العشرون

« المتعدى أفضل من القاصر »

ومن ثم قال الأستاذ أبو إسحاق ، وإمام الحرمين ، وأبوه : للقائم بمرض الكفاية مزية على العين ، لأنه أسقط الحرج عن الأمة .
وقال الشافعي : طلب العلم ، أفضل من صلاة النافلة .
وأنكر الشيخ عز الدين هذا الاطلاق أيضاً : وقال : قد يكون القاصر أفضل كالإيمان ، وقد قدم النبي صلى الله عليه وسلم اتسبيح عقب الصلاة على الصدقة : « خير أعمالكم الصلاة » .
وسئل « أي الأعمال أفضل ؟ فقال : إيمان بالله ، ثم جهاد في سبيل الله ، ثم حج مجبور ، وهذه كلها قاصرة ،

شم اختار تبعاً للغزالي في الإحياء : أن أفضل الطاعات على قدر المصالح الناشئة عنها :

القاعدة الحادية والعشرون

« الفرض أفضل من النفل »

قال صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه « وما تقرب إلى المتقربون بمثل أداء ما افترضت عليهم » رواه البخاري :

قال إمام الحرمين : قال الأئمة : خص الله نبيه صلى الله عليه وسلم بإيجاب أشياء لتعظيم ثوابه ، فان ثواب الفرائض يزيد على ثواب مندوبات بسبعين درجة :

وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في شهر رمضان « من تقرب فيه بمصلحة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ، ومن أدى فريضة فيه ، كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه » فقابل النفل فيه بالفرض في غيره ، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضاً في غيره ، فأشعر هذا بطريق الفحوى أن الفرض يزيد على النفل سبعين درجة اهـ .

قال ابن السبكي : وهذا أصل مطرد لاسيما إلى نقضه بشيء من الصور : وقد استثنى :

فروع

أحدها : إبراء المغسر « فانه أفضل من إنظاره ، وإنظاره واجب ، وإبراءه مستحب » :

وقد انفصل عنه التقي السبكي بأن الإبراء يشتمل على الإنظار اشتمال الأخص على الأعم ، لكونه تأخيراً للمطالبة ، فلم يفضل نذب واجبا ، وإنما فضل واجب « وهو الإنظار الذي تضمنه الإبراء ، وزيادة « وهو خصوص الإبراء » واجبا آخر : وهو مجرد الإنظار » :

قال ابنه : أو يقال : إن الأبراء محصل المقصود الإنظار وزيادة ، من غير اشتماله عليه » :

قال : وهذا على تقدير تسليم أن الإبراء أفضل « وغاية ما استدلوا عليه بقوله تعالى « وأن تصدقوا خير لكم » ، وهذا يحتمل أن يكون افتتاح كلام ، فلا يكون دليلاً على أن الإبراء أفضل ، ويتطرق من هذا إلى أن الإنظار أفضل : لشدة ما ينال المنظر من ألم الصبر ، مع تشويق القلب : وهذا فضل ليس في الإبراء الذي انقطع فيه اليأس .

الثاني : ابتداء السلام ، فانه سنة : والرد واجب ، والابتداء أفضل ، لقوله صلى الله عليه وسلم « وخيرها الذي يبدأ صاحبه بالسلام » :

وحكى القاضى حسين فى تعليقه وجهين : فى أن الابتداء أفضل أو الجواب .
ونوزع فى ذلك بأنه ليس فى الحديث : أن الابتداء أفضل من الجواب ، بل إن
الابتداء خير من الجواب : وذلك لأن المبتدئ فعل حسنة وتسبب إلى فعل حسنة : وهى
الجواب مع ما دل عليه الابتداء من حسن الطوية ، وترك الهجر والجفاء ، الذى
كرهه الشارع :

الثالث : قال ابن عبد السلام : صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس الواجب
فعلها على من ترك واحدة منها ، ونسى غيرها ،
قلت : لم أر من تعقبه ، وهو أولى بالتعقب من الأوامين : وما ذكره من أن صلاة
نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس المذكورة ، فيه نظر . والذى يظهر : أنها إن لم
تزد عليها فى الثواب لا تنقص عنها :

الرابع : الأذان سنة وهو على ما رجحه الامام النووى : أفضل من الامامة ، وهى
فرض كفاية ، أو عين ؛
وقد سئل عن ذلك السبكى فى الحلبيات ؛
فأجاب بوجوه :

منها : أنه لا يلزم من كون الجماعة فرضا كون الامامة فرضا ؛ لأن الجماعة : تتحقق
بنية المأموم الائتمام ، دون نية الامام ؛

ولو نوى الامام نية محصلة لجزء الجماعة ؛ والجزء هنا : ليس مما يتوقف عليه السكك
لما بيناه ، فلم يلزم وجوبه ، وإذا لم يلزم ذلك لم يلزم القول بأن الامامة فرض كفاية ،
فلم يحصل تفضيل نقل على فرض ، وإنما نية الامام شرط فى حصول الثواب له ،
ومنها : أن الجماعة صفة للصلاة المفروضة ، والأذان عبادة مستقلة ، والقاعدة المستقرة
فى أن الفرض أفضل من النفل فى العبادتين المستقلتين أو فى الصفتين ؛

أما فى عبادة ، وصفة ، فقد تختلف ؛
ومنها : أن الأذان والجماعة جنسان ، والقاعدة المستقرة فى أن الفرض أفضل من
النفل فى الجنس الواحد .

أما فى الجنسين : فقد تختلف ، فان الصنائع والحرف فروض كفايات ، ويعد أن
يقال : إن واحدة من رذائلها أفضل من تطوع الصلاة ، وإن سلم أنه أفضل من جهة أن
فيه خروجا من الأثم ، ففى تطوع الصلاة من الفضائل ما قد يجبر ذلك ، أو يزيد عليه ،
وجلس الفرض أفضل من جنس النفل .

وقد يكون فى بعض الجنس المفضول ما يربو على بعض أفراد الجنس الفاضل ،
كفضيل بعض النساء على بعض الرجال ؛

وإذا تؤمل ما جمعه الإقذان من الكلمات العظيمة ومعانيها ودعوتها ظهر تفضيله وأن يدانيه صناعة ؟ قيل : إنها فرض كفاية :
الخامس : الموضوع قبل الوقت سنة وهو أفضل منه في الوقت صرح به القمولى في الجواهر وإنما يجب بعد الوقت .
وقلت قدما :

الفرض أفضل من تطوع عابد حتى وأو قد جاء منه بأكثر
إلا التطهر قبل وقت وابتدا ء للسلام كذلك إبراهيم

القاعدة الثانية والعشرون

« الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة أولى من المتعلقة بمكانها »

قال في شرح المهذب : هذه قاعدة مهمة صرح بها جماعة من أصحابنا وهي مفهومة من كلام الباقر ؑ

ويتخرج عليها مسائل مشهورة :

منها : الصلاة في جوف الكعبة أفضل من الصلاة خارجها فإن لم يرج فيها الجاعة وكانت خارجها فالجماعة خارجها أفضل :

ومنها : صلاة الفرض في المسجد أفضل منه في غيره :

فلو كان مسجد لاجاعة فيه وهناك جاعة في غيره فصلاتها مع الجاعة خارجة أفضل من الأفراد في المسجد :

ومنها : صلاة النفل في البيت أفضل منها في المسجد لأن فعلها في البيت فضيلة تتعلق بها ، فانه سبب لتمام الخشوع والإخلاص ، وأبعد من الرياء وشبهه حتى إن صلاة النفل في بيته أفضل منها في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم لذلك :

ومنها : القرب من الكعبة في الطواف مستحب والرمل مستحب : فلو بيته الزحمة من الجمع بينهما ولم يمكنه الرمل مع القرب ، وأمکنه مع البعد ، فالمحافظة على الرمل مع البعد أولى من المحافظة على القرب بلا رمل ، لذلك :

وخرج عن ذلك صور :

منها : الجماعة القليلة في المسجد القريب إذا خشى التعطيل لو لم يحضر فيه ، أفضل من

الكثيرة في غيره :

ومنها الجماعة في المسجد أفضل منها في غيره وإن كثرت ، صرح به الماوردى : لكن

خالفه أبو الطيب :

القاعدة الثالثة والعشرون

«الواجب لا يترك إلا لواجب»

وعبر عنها قوم بقولهم : «الواجب لا يترك لسنة» وقوم بقولهم «ما لا بد منه لا يترك إلا لما لا بد منه» وقوم بقولهم «جواز ما لو لم يشرع لم يجوز» دليل على وجوبه ، وقوم بقولهم «ما كان ممنوعا إذا جاز وجب» :

وفيها فروع :

منها : قطع اليد في السرقة ، لو لم يجب لكان حراما .

ومنها : إقامة الحدود على ذوى الجرائم .

ومنها : وجوب أكل الميتة للمضطر .

ومنها : الختان ، لو لم يجب لكان حراما لما فيه من قطع عضو وكشف العورة ،

والنظر إليها .

ومنها : العود من قيام الثالثة إلى التشهد الأول ، يجب لمتابعة الإمام لأنها واجبة ،

ولا يجوز للإمام والمنفرد ، لأنه ترك فرض لسنة : وكذا العود إلى القنوت :

ومنها : التثنيح بحيث يظهر حرفان ، إن كان لأجل القراءة فعذر ، لأنه لواجب

أو للجهر فلا ، لأنه سنة :

وخرج عن هذه القاعدة صور :

منها : سجود السهو ، وسجود التلاوة : لا يجبان ، ولو لم يشرع لم يجوز .

ومنها : النظر إلى المخطوبة ، لا يجب : ولو لم يشرع ، لم يجوز .

ومنها : الكتابة لا يجب إذا طلبها الرقيق الكسوف ، وقد كانت المعاملة قبلها ممنوعة

لأن السيد لا يعامل عبده .

ومنها : رفع اليدين على التوالى في تكبيرات العيد .

ومنها : قتل الحية في الصلاة : لا يجب ، ولو لم يشرع لكان مبطلا للصلاة .

ومنها : زيادة ركوع في صلاة الكسوف : لا يجب ، ولو لم يشرع لم يجوز .

ومن المشكل هنا قول المنجاء : ولا يجوز زيادة ركوع ثالث ، لتأدى الكسوف ، ولا

نقصه للانجلاء ، في الأصح فإنه يشعر بوجوبه ، وهو مخالف لما في شرح المهلب : من أنه

لو صلاها ركعتين كسنة الظهر صحت ، وكان تاركا للأفضل .

وقد جمع بينهما الشيخ جلال الدين المحلى ، بأن ذلك حيث نوى في الإحرام أداءها على

تلك الكيفية ، فلا يجوز له التغيير .

تنبيه

استنبطت من هذه القاعدة دليلا لما أفنيت به ، من أن الصلاة في صفة شرع فيه قبل إتمام صفة أمامه ، لا يحصل فضيلة الجاعة لأمرهم بالتخطي ، إذا كان أمامه فرجة لأنهم مقصرون بتركها . وأصل التخطي مكروه أو حرام ، كما اختاره النووي ؛
فلولا أنه واجب لإتمام الصفة لم يجوز ، وليس هو واجبا لصحة الصلاة ، فتعين أن يكون لحصول الفضيلة ؛

القاعدة الرابعة. والعشرون

« ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه لا يوجب أهونهما بعمومه »

ذكرها الرافعي ؛ وفيها فروع :

منها : لا يجب على الزاني التعزير بالملازمة والمفاخضة فإن أعظم الأمرين - وهو الحد - قد وجب ؛

ومنها : زنا المحصن ؛ لم يوجب أهون الأمرين - وهو الجلد - بعموم كونه زنا خلافا لابن المنذر ؛

ومنها : خروج المتني ؛ لا يوجب الوضوء على الصحيح بعموم كونه خارجا ، فانه قد أوجب الغسل ، الذي هو أعظم الأمرين ؛

ونقضت هذه القاعدة بصور :

منها : الحيض والنفاس والولادة ؛ فانها توجب الغسل ؛ مع إيجابها الوضوء أيضا ،

ومنها : من اشترى فاسدا ووطئ ؛ لزمه المهر وأرش البكارة ولا يندرج في المهر ؛

ومنها : لو شهدوا على محصن بالزنا فرجم ، ثم رجعوا ؛ اقتص منهم ، ويجلون للقدف أولا ؛

ومنها : من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره يرضخ له مع السهم ، ذكره الرافعي عن الهنوي وغيره .

القاعدة الخامسة والعشرون

« ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط »

ولهذا لا يصبح نذر الواجب ؛

ولو قال : طلقتك بألف على أن لي الرجعة ؛ سقط قوله « بألف » ويقع رجعا ، لأن المال ثبت بالشرط ؛ والرجعة بالشرع ؛ فكان أقوى ؛

ونحوه : تدبير المستولدة ؛ لا يصبح ؛ لأن حقها بالموت ثابت بالشرع ، فلا يحتاج معه إلى التدبير ؛

وبو اشترى قريبه ونوى عققه عن الكفارة ، لا يقع عنها ؛ لأن عققه بالقرابة حكم قهرى والعقن عن الكفارة يتعلق بإيقاعه واختياره ؛
ومن لم يبيع إذا أحرم بتطوع أو نذر ؛ وقع عن حجة الإسلام ، لأنه يتعلق بالشرع ،
ووقوعه عن التطوع والنذر ، متعلق بإيقاعه عنهما ، والأول أقوى ؛
ولو نكح أمة مورثه ثم قال : إذا مات سيدك فأنت طالق ؛ فمات السيد - والزوج يرثه - فالأصح أنه لا يقع الطلاق ؛ لأنه اجتمع المقتضى للانفساخ ، ووقوع الطلاق في حالة واحدة ؛ والجمع بينهما ممنوع فقدم أقواهما ، والانفساخ أقوى ؛ لأنه حكم ثبت بالقهر شرعا ، ووقوع الطلاق حكم تعلق باختياره ، والأول أقوى ؛
ولو شرط مقتضى العقد ؛ لم يضره ولم ينفعه ؛ ومقتضى العقد مستفاد منه يجعل الشارع لامن الشرط .

تنبيه

قال ابن السبكي : هذه الفروع تدل لأنه إذا اجتمع خيار المجلس ، وخيار الشرط ؛ يكون ابتداء خيار الشرط من التفرق ، وهو وجه ؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع ، فلا يحتاج إلى الشرط ؛

قال : وقد يقال لامعارضة بينهما ، عند من يجوز اجتماع غلطين :

القاعدة السادسة والعشرون

« ما حرم استعماله حرم اتخاذه »

ومن ثم حرم اتخاذ آلات الملاهي وأواني التقدين ، والكلب لمن لا يصبده ، والخزير والفلواسق ، والخمر والحزير ، والحلى للرجل ؛

ونقضت هذه القاعدة بمسألة الباب في الصلح . فان الأصح أن له فتحه إذا سهره ؛

وأجيب عنها : بأن أهل الدرب يمنعونه من الاستعمال ، فان ماتوا فورثتهم ؛

وأما متخذ الإناء ونحوه ، فليس عنده من يمتعه ، فربما جره اتخاذه إلى استعماله .

القاعدة السابعة والعشرون

« ما حرم أخذه حرم إعطاؤه »

كأربابا ومهر البغي ، وحلوان الكاهن والرشوة ، وأجرة النائحة ، والزامر ؛

ويستثنى صور :

منها : الرشوة للحاكم ، ليصل إلى جفنه ، وفك الأسير وإعطاء شيء لمن يخاف هجومه ،

ولو خاف الوصي أن يستولى غاصب على المال فله أن يؤدي شيئا ليخلصه وللقاضى

بذلك المال على التولية ، ويحرم على السلطان أخذه ؛

تنبيه

يقرب من هذه القاعدة : قاعدة «ما حرم فعله» حرم طلبه إلا في مسألتين :
الأولى : إذا ادعى دعوة صادقة ، فأنكر الغريم ، فله تحليفه ؛
الثانية : الجزية يجوز طلبها من الذمي ، مع أنه يحرم عليه إعطاؤها ، لأنه متمكن من
إزالة الكفر بالإسلام ، فأعطاؤه إياها إنما هو على استمراره على الكفر وهو حرام ؛

القاعدة الثامنة والعشرون

« المشغول لا يشغل »

ولهذا لو رهن رهنا بدين ، ثم رهنه بآخر : لم يجوز في الجديد ؛
ومن نظائره : لا يجوز الإحرام بالعمرة للعاكف بمنى ، لاشتغاله بالرمي والمبيت ؛
ومنها : لا يجوز لإراد عقدين على عين في محل واحد ؛
واعلم أن إيراد العقد على العقد ضربان :
أحدهما : أن يكون قبل لزوم الأول وإتمامه ، فهو إبطال للأول إن صدر من البائع
كما لو باع المبيع في زمن الخيار ، أو أجره أو أعتقه ؛ فهو فسخ وإمضاء للأول إن صدر
من المشتري بعد القبض ؛

الثاني : أن يكون بعد لزومه ، وهو ضربان :

الأول : أن يكون مع خير العاقد الأول ، فإن كان فيه إبطال الحق الأول ؛ لغا ، كما
لو رهن داره ثم باعها بغير إذن المرتهن ، أو أجرها مدة يحمل الدين قبلها ، وإن لم يكن
فيه إبطال للأول صحح ، كما لو أجر داره ثم باعها لآخر ، فإنه يصح لأن مورد البيع ؛
العين ، والاجارة المنفعة ؛ وكذا لو زوج أمته ثم باعها ؛

الثاني : أن يكون مع العاقد الأول ، فإن اختلفت المورد صحح قطعا ، كما لو أجر داره
ثم باعها من المستأجر ، صحح ولا تنفسخ الإجارة في الأصح ، بخلاف ما لو تزوج بأمة ثم
اشتراها فإنه يصح ، وينفسخ النكاح ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح ، فسقط
الأضعف بالأقوى ، كذا علوه ؛

واستشكله الرافعي بأن هذا موجود في الإجارة .

ولو رهنه دارا ، ثم أجرها منه ؛ جاز ، ولا يبطل الرهن ، جزم به الرافعي ؛
قال : وهكذا لو أجرها ، ثم رهنها منه ؛ يجوز ؛ لأن أحدهما ورد على محل غير الآخر
فإن الإجارة على المنفعة ، والرهن على الرقبة ، وإن اتحد المورد ، كما لو استأجر زوجته
لإرضاع ولده ، فقال العراقيون : لا يجوز ، لأنه يستحق الانتفاع بها في تلك الحالة ، فلا
يجوز أن يعقد عليها عقدا آخر يمنع استيفاء الحق ، والأصح : أنه يجوز ، ويكون الاستئجار
من حين يترك الاستمتاع .

ولو استأجر إنسانا الخدمة شهرا ، لم يميز أن يستأجر تلك المدة لخياطة ثوب : أو عمل آخر : ذكره الرافعي ، في النفقات :

قال الزركشي : ومنه يؤخذ امتناع استئجار العكامين للحج :
قال : وهذا من قاعدة « شغل المشغول لا يجوز » بخلاف شغل الفارغ :

القاعدة التاسعة والعشرون

: « المكبر لا يكبر »

ومن ثم لا يشرع التثليث في غسلات الكلب ، خلافا لما وقع في الشامل الصغير ، ولا التغليظ في إيمان القسامة : ولأودية الهمد ، وشبهه ، ولا الخطأ إذا غلظت بسبب ، فلا يزداد التغليظ بسبب آخر في الأصح . وإذا أخذت الجزية باسم زكاة وضعفت لا يضعف الجبران في الأصح ؛ لأننا لو ضعفناه لكان ضعف الضعف . والزيادة على الضعف لا تجوز :

تنبيه

تجرى هذه القاعدة في العربية :

ومن فروعها :

الجمع يجوز جمعه مرة ثانية ، بشرط أن لا يكون على صيغة منتهى الجموع ،
ونظيرها في العربية أيضا قاعدة : « المصغر لا يصغر » وقاعدة « المعرف لا يعرف »
ومن ثم امتنع دخول اللام المعرفة على العلم والمضارع :

القاعدة الثلاثون

: « من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه »

من فروعها :

إذا خللت الحمرة بطرح شيء فيها ، لم تطهر ،
ونظيره : إذا ذبح الحمار ليؤخذ جلده ، لم يجز ، كما جزم به في الروضة ،
قال بعضهم : وقياسه : أنه لو ذبح لم يطهر . لكن صرح القمولى في الجواهر
بخلافه :

ومنها : حرمان القاتل الإرث :

ومنها : ذكر الطحاوي ، في مشكل الآثار : « أن المكاتب إذا كانت له قدرة على الأداء فأخره ليؤتم له النظر إلى سيده ، لم يجز له ذلك : لأنه منع واجبا عاياه ، أبقى له ما يحرم عليه إذا أداه ، ونقله عنه السبكي ، في شرح المنهاج : وقال : إنه تخريج حسن ، لا يبعد من جهة الفقه .

وخرج عن القاعدة صور :
منها : لو قتلت أم الولد سيدها عتقت قطعاً ، لثلاث فختل قاعدة وأن أم الولد تعتق بالموت ، وكذا لو قتل المدبر سيده .

ولو قتل صاحب الدين المؤجل المديون : حل في الأصح .
ولو قتل الموصى له الموصى : استحق الموصى به في الأصح ؛
ولو أمسك زوجته ، سيثاً عشرتها ، لأجل إرثها : ورثها في الأصح ، أو لأجل الخلع .
نقل في الأصح :

ولو شربت دواء فحاضت ، لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً : وكذا لو نفست به .
أو رمى نفسه من شاهق ليضلل قاعدا ، لا يجب القضاء في الأصح ؛
ولو طلق في مرضه ، فراراً من الارث ، نقل . ولا يرثه في الجديد ؛ لثلاث يلزم التوريث بلا سبب ، ولا نسب ؛

أو باع المالك قبل الجول ، فراراً من الزكاة ، صح ؛ جزماً ؛ ولم تجب الزكاة ، لثلاث يلزم إجباها في مال لم يحل عليه الجول في ملكه ، فتختل قاعدة الزكاة ؛
أو شرب شيئاً يمرض قبل الفجر ؛ فأصبح مريضاً : جاز له الفطر ؛ قاله الروياني ؛
أو أفطر بالأكل ؛ معدياً ليجامع ، فلا كفارة .
ولو جبت ذكر زوجها ، أو هدم المستأجر الدار المستأجرة ، ثبت لهما الخيار في الأصح ؛

ولو خال الخمر بغير طرح شيء فيها ، كنقلها من الشمس إلى الظل ، وعكسه : طهرت في الأصح .

ولو قتلت الحرة نفسها قبل الدخول ، استقر المهر في الأصح ؛

تنبيه

إذا تأملت ما أوردناه علمت أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها .
بل في الحقيقة ، لم يدخل فيها غير حرمان القاتل الارث ؛
وأما تخليل الخمر ، فليست العلة في الاستعجال على الأصح ، بل تنجيس الملاق له ثم عوده عليه بالتنجيس ؛

وأما مسألة الطحاوي ، فليست من الاستعجال في شيء ،
وكنت أسمع شيخنا قاضي القضاة علم الدين البلقيني يذكر عن والده : أنه زاد في القاعدة لفظاً لا يحتاج معه إلى الاستثناء ؛
فقال : من استعجل شيئاً قبل أوانه ، ولم تكن المصلحة في ثبوته ، عوقب بحرمانه ؛

لطيفة

رأيت لهذه القاعدة مثلاً في العربية ، وهو : أن اسم الفاعل يجوز أن ينعت بعد استيفاء معموله ، فإن نعت قبله ، امتنع عمله من أصله ؛

القاعدة الحادية والثلاثون

« النفل أوسع من الفرض »

ولهذا لا يجب فيه القيام ، ولا الاستقبال في السفر ، ولا تجديد الاجتهاد في القبلة ، ولا تكرير التيمم ، ولا نية النية ، ولا يلزم بالشروع ؛ وقد يضيق النفل عن الفرض في صور ترجع إلى قاعدة « ماجاز للضرورة يتقدر بقدرها » ؛

من ذلك : التيمم لا يشرع للنفل في وجهه ، وسجود السهو لا يشرع في النفل في قول غريب ؛

والنيابة عن المعصوب ، لا تجزئ في حج التطوع ، في قول ؛

القاعدة الثانية والثلاثون

« الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة »

ولهذا لا يتصرف القاضي مع وجود الولي الخاص وأهليته . ولو أذنت للولي الخاص أن يزوجهما بغير كفاءة ففعل : صح ، أو للحاكم : لم يصح في الأصح ؛

والولي الخاص استيفاء القصاص ، والعفو على الدية ، ومجانا ، وليس للامام العفو مجاناً ؛

ولو زوج الامام لغيبه الولي ، وزوجهما الولي الغائب بآخر في وقت واحد وثبت ذلك بالبينة ، قدم الولي : إن قلنا : إن تزوجه بطريق النيابة عن الغائب : وإن قلنا : إنه بطريق الولاية ، فهل يبطل ، كما لو زوج الوليان معاً ، أو تقدم ولاية الحاكم لقوة ولايته وعمومها كما أو قال الولي : كنت زوجتها في الغيبة ، فإن نكاح الحاكم يقدم ، كما صرحوا به : تردد فيه صاحب الكفاية ، والأصح : أن تزوجه بالنيابة : بدليل عدم الانتقال إلى الأبعد ؛ فعلى هذا يقدم نكاح الولي ؛

صايط

الولي قد يكون ولياً في المال والنكاح ، كالأب ، والجد . وقد يكون في النكاح فقط ، كسائر العصبة ، وكالأب فيمن طرأ سفهها ، وقد يكون في المال فقط ، كالوصي ؛

فائدة

قال السبكي : مراتب الولايات أربعة :

الأولى : ولاية الأب والجد ، وهي شرعية . بمعنى أن الشارع فوض لهما التصرف في مال الولد اوفور شفقتهما: وذلك وصف ذاتي لهما ، فلو عزلا أنفسهما، لم يعزلا بالأجاء لأن المقتضى للولاية : الأبوة ، والجدودة ، وهي موجودة مستمرة لا يقدح العزل فيها ، لكن إذا امتنعا من التصرف تصرف القاضي ، وهكذا ولاية النكاح لسائر العصابات .
الثانية : وهي السفلى : الوكيل ، تصرفه مستفاد من الإذن ، مقيد بامثال أمر الموكل فلكل منهما العزل ، وحقيقته : أنه فسخ عقد الوكالة ، أو قطعه : والوكالة عقد من العقود قابل للفسخ .

واختلفت الأصحاب فيما إذا كانت بلفظ الإذن ، هل هي عقد فيقبل الفسخ ، أو زياحة ، فلا تقبله ؟ لأن الإباحة لا ترتد بالارد ، والمشهور : الأول. وفي الفرق بين الوكالة والأذن غموض .

الثالثة : الوصية : وهي بين المرتبتين : فإنها من جهة كونها تفويضا تشبه الوكالة : ومن جهة كون الموصى لا يملك التصرف بعد موته ، وإنما جوزت وصيته للحاجة ، لشفقتة على الأولاد وعلمه بمن هو أشفق عليهم تشبه الولاية : وأبو حنيفة لاحظ الثاني ، فلم يجوز له عزل نفسه ، والشافعي لاحظ الأول ، فجوز له عزل نفسه على المشهور من مذهبه . ولنا وجه كذهبه أبو حنيفة .

الرابعة : ناظر الوقت يشبه الوصى ، من جهة كون ولايته ثابتة بالتفويض ، ويشبه الأب من جهة أنه ليس لغيره تسلط على عزله ، والوصى يتسلط الموصى على عزله في حياته بعد التفويض : بالرجوع عن الوصية. ومن جهة أنه يتصرف في مال الله تعالى ، فالتفويض أصله أن يكون منه . ولكنه أذن فيه للواقف ، فهي ولاية شرعية. ومن جهة أنه إما منوط بصفة ، كالرشد ونحوه ، وهي مستمرة ، كالأبوة : وإما منوط ببلداته ، كشرط النظر لزيد ، وهو مستمر ، فلا يفيد العزل ، كما لا يفيد في الأب ، بخلاف الوكيل والوصى : فإنه يقطع ذلك العقد ، أو يرفعه :

قال : فلذلك أقول : إن الذى شرط له الواقف النظر معينا ، أو موصوفا بصفة : إذا عزل نفسه : لا يفيد عزله لنفسه : لكن إن امتنع من النظر ، أفلم الحاكم مقامه ، وإن لم نجد ذلك مصرحا به في كلام الأصحاب ، إلا ابن الصلاح .

قال في فتاويه : لو عزل الناظر نفسه ، فليس للواقف نصب غيره : فإنه لا نظر له ، بل ينصب الحاكم ناظرا ، وهذا يوهم أنه إذا عزل نفسه انعزل ، ويمكن تأويله :

قال : ويوضح ذلك أن شرط النظر من الواقف : إما تملك ، أو توكيل ؟ فإن كان توكيلا لم يصح أن يكون توكيلا عنه ، لأنه لا نظر له ، فكيف يوكل ؟ ولأنه لو كان وكيلا عنه لجاز له عزله ، وهو لو عزله لم ينفذ ولا عن الموقوف عليه ، للأمرين ؟ فلم يبق إلا أنه تملك ، أو توكيل عن الله تعالى ، أو إثبات حق في الوقت ابتداء ، فان رتبة الموقوف تنتقل إلى الله تعالى ، ولا بد لها من متصرف ، واعتبر الشارع حكم الواقف في التصرف ، وفي تعيين المتصرف ، وهو الناظر ؟ فلم أن استحقاق الناظر النظر بالشرط كاستحقاق الموقوف عليه الغلة ، والموقوف عليه لو أسقط حقه من الغلة ، لم يسقط ، فكذلك إسقاط النظر ؟

ثم إن جعلناه تملكاً منه ، حصن اشتراط القبول باللفظ ، كسائر التملكيات ، وإن جعلناه استخلاقاً عن الله تعالى لم يشترط ؟

قال : ويحتمل أن لا يشترط أيضا على التملك ، لأنه ليس بعقد مستقل ، بل وصف في الوقت ، كسائر شروطه .

قال : وهذا هو الأقوى .

قال : بل أزيد أنه لو رد ، لا يرد له ، بخلاف الوقف على معين ، بحيث يرد بالرد ، لما قلناه : من أن النظر ليس مستقلاً ، بل وصف في الوقت تابع له ، كسائر شروطه ، إلا أنا لانصره بالزام النظر : بل إن شاء نظر ، وإن شاء لم ينظر ، فينظر الحاكم ؟ قال : ثم هذا كله إذا كان المشروط له النظر معيناً ، أما إذا كان موصوفاً فيلبيح أن لا يشترط القبول قطعاً كالأوقاف العامة .

ثم قال : فان قيل : النظر حق من الحقوق ، فيمكن صاحبه من إسقاطه ، فان كل من ملك شيئاً له أن يخرج عن ملكه ، عينا كان ، أو منفعة ، أو ديناً ، فكيف لا يتمكن الناظر من إسقاط حقه من النظر ؟

فالجواب : أن ذلك فيما هو في حكم محضلة واحدة ، وحق النظر في كل وقت يتجدد بحسب صفة فيه ، وهو الرشد مثلا إن علقه الواقف بها ، أو بحسب ذاته ، إن شروطه له بعينه ، فلا يصح إسقاطه ، كما لو أسقط الأب أو الجد حق للولاية من مال ولده ، أو التزويج ، ونحوه . انتهى كلام السبكي ملخصاً من كتابه « تسريح الناظر في انعزال الناظر » .

القاعدة الثالثة والثلاثون

ولا عبرة بالظن البين خطؤه

من فروعها :

لو ظن المسكفت ، في الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخر الوقت : تضيق عليه ، فلو علم يفعله ، ثم عاش وفعله : فأداء على الصحيح ؛ ولو ظن أنه متطهر ، فصلى ، ثم بان حدثه ؛ أو ظن دخول الوقت ، فصلى ، ثم بان أنه لم يدخل ؛ أو طهارة الماء ، فتوضأ به ، ثم بان نجاسته ؛ أو ظن أن إمامه مسلم ، أو رجل قارىء ، فبان كافرا ، أو امرأة ، أو أميا ؛ أو بقاء الليل ، أو غروب الشمس ، فأكل ، ثم بان خلافه ؛ أو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها ، فبان خلافه ؛ أو رأوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف ، فبان خلافه ؛ أو بان أن هناك خندقا ؛

أو استناب على الحج ، ظانا أنه لا يرجى برؤه ، فبرىء : لم يميز في الصور كلها ؛ فلو أنفق على البائن ظانا حملها ، فبانت حائلا : استرد ؛ وشبهه الرافعي : بما إذا ظن أن عليه دينا فأداه : ثم بان خلافه ؛ وما إذا أنفق على ظن إعساره ، ثم بان يساره ؛ ولو سرق دنائير ظنها فلوسا ، قطع : بخلاف مالو سرق مالا يظنه ملكه ، أو ملك أبيه ، فلا قطع ، كما لو وطئ امرأة يظنها زوجته ، أو أمته ؛ ويستثنى صور :

منها : لو صلى خلف من يظنه متطهرا ، فبان حدثه : صحخت صلاته . ولو رأى المتيمم ركبا ، فظن أن معهم ماء : توجه عليه الطلب ؛ ولو خاطب امرأته بالطلاق : وهو يظنها أجنبية ، أو عبده بالعق ، وهو يظنه لغيره .

ولو وطئ أجنبي أجنبية حرة يظنها زوجته الرقيقة : فالأصح أنها تعدد بقرين ، اعتبارا بظنه ، أو أمة يظنها زوجة الحرة ؛ فالأصح أنها تعدد بثلاثة أقراء لذلك ؛

القاعدة الرابعة والثلاثون

« الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود »

ولهذا لو حلف : لا يسكن هذه الدار ، ولا يقيم فيها ، فردد ساعة : حنث ، وإن اشتغل بجمع متاعه ، والتهيؤ لأسباب النقلة : فلا ؛
ولو قال طالب الشفعة للمشتري ، عند لقائه : بكم اشتريت ؟ أو اشتريت رخصا ؟ بطل حقه ؛
ولو كنت : أنت طالق ، ثم استمد ؛ فكتب : إذا جاءك كتابي ؛ فإن لم يحنج إلى الاستمداطلقت وإلا فلا :

القاعدة الخامسة والثلاثون

« لا ينكر المختلف فيه ، وإنما ينكر المجمع عليه »

ويستثنى صور ، ينكر فيها المختلف فيه :
إحداها : أن يكون ذلك المذهب بعيد المآخذ ، بحيث ينتقض ؛
ومن ثم وجب الحد على المرتهن بوطئه المرهونة ، ولم ينظر بخلاف عطاء ؛
الثانية : أن يترافع فيه لحاكم ، فيحكم بعقيدته ، ولهذا يحد الحنفي بشرب النبيذ ، إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم بخلاف معتقده ؛
الثالثة : أن يكون للمنكر فيه حق ، كالزوج يمنع زوجته من شرب النبيذ ، إذا كانت تعتقد لإباحته ، وكذلك الذمية على الصحيح ؛

القاعدة السادسة والثلاثون

« يدخل القوى على الضعيف ، ولا عكس »

ولهذا يجوز إدخال الحج على العمرة قطعا ، لا عكسه على الأظهر
ولو وطئ أمة ثم تزوج أختها ، ثبت نكاحها وحرمت الأمة ، لأن الوطء بفراش النكاح أقوى من ملك اليمين ، ولو تقدم النكاح ، حرم عليه الوطء بالملك ، لأنه أضعفت الفراشين ؛

القاعدة السابعة والثلاثون

« يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد »

ومن ثم جزم بمنع توقيت الضمان ، وجرى في الكفالة خلاف ، لأن الضمان التزام للمقصد ، وهو المال والكفالة التزام للوسيلة ويغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد وكذلك لم تختلف الأمة في إيجاب النية للصلاة واختلفوا في الوضوء

القاعدة الثامنة والثلاثون

« يسور لا يسقط بالعسور »

قال ابن السبكي : وهي من أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم « إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم » :
وبها رد أصحابنا على أبي حنيفة قوله « إن العريان يصلي قاعدا » فقالوا : إذا لم يتيسر ستر العورة فلم يسقط القيام المفروض ؟
وذكر الإمام أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة :

وفروعها كثيرة :

منها : إذا كان مقطوع بهض الأطراف يجب غسل الباقى جزما :

ومنها : القادر على بعض السترة يستبر به القدر الممكن جزما :

ومنها : القادر على بعض الفاتحة يأتي به بلا خلاف .

ومنها : إذا لم يمكنه رفع اليدين فى الصلاة إلا بالزيادة على الصدر المشروع أو نقص أتى بالممكن :

ومنها : إذا كان محدثا وعليه نجاسة ، ولم يجد إلا ما يكفى أحدهما ، عليه غسل النجاسة قطعا .

ومنها : لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه بلا خلاف عندنا ،

ومنها : نقل العراقيون عن نص الشافعى أن الأخرس يلزمه أن يحرك لسانه بدلا عن تحريكه إياه بالقراءة كالإيماء بالركوع والسجود :

ومنها : لو خاف الجنب من الخروج من المسجد ووجد غير تراب المسجد وجب

عليه التيمم كما صرح به فى الروضة ووجهه بأن أحد الطهورين التراب : وهو يسور فلا يسقط بالعسور :

ومنها : واجد ماء لا يكفيه لحدثه أو نجاسته فالأظهر وجوب استعماله :

ومنها : واجد تراب لا يكفيه فالمذهب القطع بوجوب استعماله :

ومنها : من يجسده جرح يمنعه استيعاب الماء والمذهب القطع بوجوب غسل الصحيح مع التيمم عن الجريح :

ومنها : المقطوع العضد من المرفق يجب هسل رأس عظم العضد على المشهوره

ومنها واجد بعض الصباع فى الفطرة يلزمه إخراجه فى الأصح :

ومنها : لو أعتق نصيبه وهو مؤسر ببعض نصيب شريكه فالأصح السراية إلى القدر الذى أيسر به :

رمنها: لو انتهى في الكفارة إلى الإطعام فلم يجد إلا إطعام ثلاثين مسكينا : فالأصح
وجوب إطعامهم وقطع به الامام :

ومنها : لو قدر على الانتصاب وهو في حد الراكعين فالصحيح أنه يقف كذلك ؛
ومنها : من ملك نصابا بمضه عنده وبعضه غائب ، فالأصح أنه يخرج عما في يده
في الحال .

ومنها : المحدث الفاقد للماء إذا وجد ثاجا أو بردا ، قيل : يجب استعماله ، فيقيم
عن الوجه واليدين ، ثم يمسح به الرأس ثم يتيمم عن الرجلين ، ورجحه النووي في شرح
المهذب ، نظرا للقاعدة ، والمذهب أنه لا يجب :

ومنها : إذا أوصى بعق رقاب ، فلم يوجد إلا اثنان وشقص ، ففي شراء الشقص ،
وجهان أصحهما عند الشيوخين : لا ، وخالفهما ابن الرقعة والسبكي نظرا للقاعدة .

تنبيه

خرج عن هذه القاعدة مسائل :

منها : واجد بعض الرقبة في الكفارة ، لا يعتقها ، بل يلتقل إلى البدل بلا خلاف ؛
ووجه بأن إيجاب بعض الرقبة مع صوم الشهرين ، جمع بين البدل والمبدل وصيام
شهر مع عتق نصف الرقبة فيه تبعيض الكفارة ، وهو ممتنع وبأن الشارع قال (فمن لم يجد)
وواجد بعض الرقبة لم يجد رقبة :

فلو قدر على البعض ولم يقدر على الصيام ولا الإطعام ، ثلاثة أوجه لابن القطان .
أحدها : يخرج به ويكفيه ؛

والثاني : يخرج به ويبقى الباقي في ذمته .

والثالث : لا يخرج به ؛

ومنها : القادر على صوم بعض يوم ٥ ، كله ، لا يلزمه إمساكه ؛

ومنها : إذا وجد الشئبع بعض ثمن الشقص ، لا يأخذ قسطه من الشقص ؛

ومنها : إذا أوصى بثلثة يشتري به رقبة ، فلم يفت بها ، لا يشتري شقص ؛

ومنها : إذا اطلع على عيب ولم يتيسر له الرد ولا الإشهاد ، لا يلزمه التلفظ بالفسخ ،
في الأصح ؛

القاعدة التاسعة والثلاثون

وما لا يقبل التبعض ، فاختيار بعضه كاختيار كله ، وإسقاط بعضه كإسقاط كله ؛

ومن فروعها :

إذا قال : أنت طالق نصف طالق أو بعضك طالق ، طلقت طالق .

ومنها : إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه أو عفا بعض المستحقين ، سقط كله ؛
ومنها : إذا عفا الشفيع عن بعض حقه ، فالأصح سقوط كله ، والثاني لا يسقط شيء
لأن التبعض تعذر ، وليست الشفعة ما يسقط بالمشبهة ، ففارقت القصاص والطلاق ؛
ومنها : عتق بعض الرقبة أو عتق بعض المالكين نصيبه وهو موسر .
ومنها : هل الإمام إرقاق بعض الأسير ؟ فيه وجهان ، فان قلنا لا ، فضرب الرق على
بعضه رق كله ؛

قال الرافعي : وكان يجوز أن يقال : لا يرق شيء ، وضعفه ابن الرفعة بأن في إرقاق كعبا
درء القتل ، وهو يسقط بالمشبهة كالقصاص ، ثم وجهه بنظيره من الشفعة ؛
ومنها : إذا قال : أحرمت بنصف نسك ، انعقد بنسك كالطلاق كما في زوائد الروضة
ولا نظير لها في العبادات .

ومنها : إذا اشترى عبدین فوجد بأحدهما عيبا ، لم يجز إفراذه بالرد ، فلو قال رددت
المعيب منهما ، فالأصح لا يكون ردا لهما ، وقيل يكون .

ومنها : حد القذف ، ذكر الرافعي في باب الشفعة أن بالقفو عن بعضه لا يسقط شيء
منه ، واستشهد به للوجه القائل بمثله في الشفعة ، وتبعه جماعة آخرهم السبكي .
قال ولده ، ولم يذكر المسألة في باب حد القاذف ، وإنما ذكر فيه مسألة عفو بعض
الورثة ، وفيها الأوجه المشهورة . أصحها : أن لمن بقى استيفاء جميعه وهو يؤيد أن حد
القذف لا يتبعض ؛

قال : وفيه نظر فانه جلدات معروفة العدد ولا ريب في أن الشخص لو عفا بعد جلد
بعضها سقط ما بقى منها فكذلك إذا أسقط منها في الابتداء قدرا معاوما ؛

تنبيه

حيث جعلنا اختيار البعض اختيارا للكل فهل هو بطريق السراية أولا ، بل اختياره
للبعض نفس اختياره للكل ؟ فيه خلاف مشهور في تبعض الطلاق وطلاق البعض وعتق
البعض وإرقاق البعض ؛

صا بط

لا يزيد البعض على الكل إلا في مسألة واحدة وهي :
إذا قال : أنت على كظهر أمي فانه صريح ، ولو قال : أنت على كأي لم يكن صريحا .

القاعدة الأربعون

« إذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة »

من فروعها :

لو أكل المالك طعامه المنصوب جاهلا به فلا ضمان على الغاصب في الأظهر ة
وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله ، فإن الغاصب يبرأ :
ولو حضر بثرا فرداه فيها آخر أو أمسكه ، فقتله آخر ، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر
فقلده ، فالقصاص على المردى والقاتل والقاد فقط ة

تنبيه

يستثنى من القاعدة صور :

منها : إذا غصب شاة وأمر قصابا ببيعها ، وهو جاهل بالحال ، فقرار الضمان على
الغاصب قطعا ، قاله في الروضة :
ومنها : إذا استأجره لحمل طعام فسلمه زائدا ، فحملة المؤجر جاهلا فتلقت الدابة
ضمنها المستأجر في الأصح ة
ومنها : إذا أفتاه أهل للفتوى بإتلاف ثم تبين خطؤه ، فالضمان على المفتي :
ومنها : قتل الجلاد بأمر الامام ظلما وهو جاهل ، فالضمان على الامام :
ومنها : وقف ضيعة على قوم ، فضرقت غلتها إليهم ، فخرجت مستحقة ، ضمن
الواقف ، لتغيره :

الكتاب الثالث

في القواعد المختلف فيها ولا يطلق الترجيح ، لاختلافه في الفرع

وهي عشرون قاعدة :

القاعدة الأولى

الجمعة : ظهر مقصورة ، أو صلاة على حيالها ؟ قولان : ويقال : وجهان .
قال في شرح المهذب : ولعلمها مستنبطان من كلام الشافعي ، فيصح تسميتهما قولين
ووجهين : والترجيح فيهما مختلف في الفروع المبينة عليهما :
منها : لو نوى بالجمعة الظهر المقصورة : قال صاحب التقريب : إن قلنا : هي صلاة
على حيالها ، لم يضح : بل لا بد من نية الجمعة ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ، فوجهان ة

أحدهما : تصح جمعته ، لأنه نوى الصلاة على حقيقتها ؛
والثاني : لا ؛ لأن مقصود النيات التمييز ، فوجب التمييز بما يخص الجمعة ؛
ونوى الجمعة ، فان قلنا : صلاة مستقلة أجزأته ، وإن قلنا : ظهر مقصورة ،
فهل يشترط نية القصر ؟ فيه وجهان : الصحيح : لا ، انتهى ؛
والأصح في هذا الفرع أنها صلاة مستقلة ؛
ومنها : لو اقتدى مشافر في الظهر بمن يصل الجمعة ، فان قلنا : ظهر مقصورة فله
القصر ، وإلا لزمه الإتمام ، وهو الأصح ؛
ومنها : هل له جمع العصر إليها ، لو صلاها وهو مسافر ؟
قال الهلالي : يحتمل تخريجه على هذا الأصل . فان قلنا : صلاة مستقلة ، لم يجز ،
وإلا جاز ؛

قلت : ينبغى أن يكون الأصح : الجواز ؛
ومنها : إذا خرج الوقت فيها ، فهل يتمونها ظهرا ، بناء ، أو يلزم الاستئذان ؟
قولان : قال الرافعي : مبنيان على الخلاف ، في أن الجمعة ظهر مقصورة ، أو صلاة
على حالها : إن قلنا : بالأول ، جاز البناء ، وإلا فلا . والأصح جواز البناء ؛
فقد رجح في هذا الفرع أنها ظهر مقصورة ؛
ومنها : لو صلوا الجمعة خلفت مسافر ، نوى الظهر قاصرا . فان قلنا : هي ظهر
مقصورة ، صحت قطعاً ، وإن قلنا : صلاة مستقلة ، جرى في الصحة خلاف ؛

القاعدة الثانية

الصلاة خلعت المحدث المجهول الحال : إذا قلنا بالصحة ، هل هي صلاة جماعة
وإنفراد ؟ وجهان . والترجيح مختلف ؛ فرجح الأول في فروع ؛
منها : لو كان في الجمعة ، وتم العدد بغيره ، إن قلنا : صلاتهم جماعة صحت ، وإلا
فلا ؛ والأصح الصحة ؛

ومنها : حصول فضيلة الجماعة ، والأصح : تحصل ؛
ومنها : لو سها ، أو سهوا ، ثم علموا حدثه قبل الفراغ ، وفارقة . إن قلنا : صلاتهم
جماعة سجدوا لسهو الامام لاسهوهم ، وإلا فبالعكس : والأصح : الأول ؛
ورجح الثاني في فروع ؛
منها : إذا أدركه المسبوق في الركوع ، إن قلنا : صلاة جماعة ، حسبك له الركعة
وإلا فلا ؛ والصحيح : عدم الحسبان ؛

القاعدة الثالثة

قال الأصحاب : من أتى بما ينافي الفرض دون النفل ، في أول فرض ، أو أثانته بطل فرضه ، وهل تبقى صلاته نفلا ، أو تبطل ؟ فيه قولان ، والترجيح مختلف ، فرجح الأول في فروع :

منها : إذا أحرم بفرض فأقيمت جماعة ، فسلم من ركعتين ، ليدركها ، فالأصح : صحتها نفلا :

ومنها : إذا أحرم بالفرض قبل وقته جاهلا ، فالأصح : الانعقاد نفلا ؛
ومنها : إذا أتى بتكبيرة الاحرام ، أو بعضها في الركوع جاهلا فالأصح :
الانعقاد نفلا ؛

ورجح الثاني في الصورتين إذا كان عالما ، وفيها إذا قلب فرضه إلى فرض آخر ،
أو إلى نفل بلا سبب ؟

وفيها إذا وجد المصلي قاعدا خفة في صلاته ، وقدر على القيام ، فلم يقم ،
وفيها إذا أحرم القادر على القيام بالفرض قاعدا ؛

القاعدة الرابعة

النذر ، هل يسلك به مسلك الواجب ، أو الجائز ؟ قولان : والترجيح مختلف في
الفروع :

فمنها : نذر الصلاة ، والأصح فيه الأول ؛ فيلزمه ركعتان ؛ ولا يجوز القعود مع القدرة
ولا فعلهما على الراحة ، ولا يجمع بينها وبين فرض ، أو نذر آخر بتيمم ؛
ولو نذر بعض ركعة ، أو سجدة : لم ينعقد نذره ، على الأصح ، في الجميع ؛
ومنها : نذر الصوم ، والأصح فيه : الأول ؛ فيجب التيمم ؛ ولا يجزى إمساك
بعض يوم ، ولا ينعقد نذر بعض يوم .

ومنها : إذا نذر الخطبة في الاستسقاء ، ونحوه ، والأصح فيها : الأول ، حتى يجب
فيها القيام عند القدرة ؛

ومنها : نذر أن يكسو يتيما ، والأصح فيه : الأول ، فلا يخرج عن نذره بتيمم ذي ؛
ومنها : نذر الأضحية ، والأصح فيها : الأول فيشترط فيها السن ، والسلامة من
العيوب ؛

ومنها : نذر الهدى ، ولم يمم شيئا ، والأصح فيه : الأول ، فلا يجزى إلا ما يجزى
في الهدى للشرعي ، ويجب إصماله إلى الحرم ؛

ومنها : الحج ، والأصبح فيه : الأول : فلو نذره معصوب ، لم يجز أن يستنيب صبييا أو عبدا ، أو سفيا بعد الحجر ، لم يجز للولى منعه ۞

ومنها : نذر إتيان المسجد الحرام ، والأصبح فيه : الأول : فلزم إتيانه بحج ، أو عمرة ۞
ومنها : الأكل من المنذورة ، والأصبح فيه : أنه إن كان في معينة ، فله الأكل ، أو في اللمة فلا :

ومنها : العتق ، والأصبح فيه : الثاني ، فيجزئ عتق كافر ، ومعيب .

ومنها : لو نذر أن يصلي ركعتين ، فضلى أربعاً بتسليمة بتشهد ، أو تشهدين ، والأصبح :

فيه : الثاني ، فيجزيه .

ومنها : لو نذر أربع ركعات ، فأداها بتسليمتين ، والأصبح فيه : الثاني ، فتجزيه .

قال في زوائد الروضة : والفرق بينهما وبين سائر المسائل المخرجة على الأصل غلبة وقوع

الصلاة ، وزيادة فضلها :

ومنها : نذر القربات التي لم توضع لتكون عبادة ، وإتمامها أعمال ، وأخلاق مستحسنة ،

رغب الشرع فيها ، لعموم فائدتها ، كعبادة المريض ، وإفشاء السلام ، وزيارة القادسيين ۞

وتشميت العاطس ، وتشجيع الجنائز ، والأصبح فيها : الثاني ، فتلزم بالنذر وعلى مقابله : لا تلزم .

لأن هذه الأمور لا يجب جلسها بالشرع .

ومنها : لو نذر صوم يوم معين ، والأصبح فيه الثاني . فلا يثبت له خواص رمضان من

الكفارة بالجوع فيه ، وجوب الامساك لو أفطر فيه ، وعدم قبول صوم آخر من قضاء ، أو

كفارة ، بل لو صامه عن قضاء أو كفارة : صح ۞

وفي التهذيب وجه : أنه لا يتعقد ، كأيام رمضان .

ومنها : نذر الصلاة قاعدا ، والأصبح فيه الثاني : فلا يلزمه القيام عند القدرة :

قال الامام : وقد جزم الأصحاب فيما لو قال : على أن أصلي ركعة واحدة بأنه لا يلزمه إلا

ركعة ، ولم يخرجوه على الخلاف وتكلفوا بينهما فرقا ۞

قال ولا فرق ، فيجب تنزيله ، على الخلاف ۞

ومثله : لو أصبح ممسكا ، فنذر الصوم يومه في لزوم الوفاء قولان بناء على الأصل

المذكور فانه بالإضافة إلى واجب الشرع بمنزلة الركعة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة

قال الامام : والذي أراه اللزوم وأقره الشيخان فعلى هذا يكون المصحح فيه الثاني .

ومنها : إذا نذر صوم الدهر فلزمته كفارة والأصبح فيه : الثاني ۞ فيصوم عنها ويفدى

عن النذر وعلى الآخذ : لا ۞ بل هو كالعاجز عن جميع الخصال ۞

ومما يصلح أن يعد من فروع القاعدة :

لو نذر الطواف لم يجزه لإسبعية أشواط ولا يكفي طوفة واحدة وإن كان يجوز التطوع

بها كما ذكر في الخادم : تنزيلا لها منزلة الركعة لا السنجلة منها ۞

وما سلك بالنذر فيه مسلك الخائز : الطواف المنذور ، فإنه تجب فيه التنية ، كما تجب في النفل ولا تجب في الفرض لشمول نية الحج والعمرة له وهذا المعنى منتف في النفل والنذر ولو نذر صلاة : لم يؤذن لها ، ولا يقيم ، ولم يحكوا فيه خلافا وكان السبب فيه أن الأذان حتى الوقت على الجديد ، وحتى المكتوبة على القديم ، وحتى الجماعة على رأيه ، في الاملاء والثلاثة منتفية في المنذورة .

على أن صاحب اللخائر قال : إن المنذورة يؤذن لها ويقم إذا قلنا سلك بالنذر واجب الشرع لسنن قال في شرح المهذب : إنه غلط منه وأن الأصحاب اتفقوا على خلافه وخرج النذر عن الفرض والنفل معا ، في صورة ، وهي : ما إذا نذر القراءة ، فإنه تجب نيتها ، كما نقله القمولى في الجواهر ، مع أن قراءة النفل لانية لها ، وكذا القراءة المفروضة في الصلاة .

القاعدة الخامسة

(هل العبرة بصيغ العقود ، أو بمعانيها ؟)

خلاف والترجيح مختلف في الفروع :

فمنها : إذا قال : اشتريت منك ثوبا ، صفته كذا ، بهذه الدراهم ، فقال : بعثك ، فرجع [الشيخان : أنه يتعقد بيعا ، اعتبارا باللفظ ، والثاني - ورجحه السبكي - سلما ، اعتبارا بالمعنى ومنها : إذا وهب بشرط الثواب ، فهل يكون بيعا اعتبارا بالمعنى ، أو هبة اعتبارا باللفظ ؟

الأصح الأول

ومنها : بعثك بلائمن ، أو لأئمن لى عليك . فقال : اشتريت وقبضه ، فليس بيعا وفي انعقاده هبة قولاً تعارض اللفظ ، والمعنى .

ومنها : إذا قال : بعثك ، ولم يذكر ثمنا فان راعينا المعنى انعقد هبة ، أو اللفظ ، فهو بيع فاسد . ومنها : إذا قال : بعثك : إن شئت ، إن نظرنا إلى المعنى صح ، فإنه لو لم يشأ لم يشتر ، وهو الأصح ، وإن نظرنا إلى لفظ التعليق بطل .

ومنها : لو قال أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد ، فليس بسلام قطعا ، ولا يتعقد بيعا على الأظهر . لاختلال اللفظ ، والثاني : نعم ، نظرا إلى المعنى .

ومنها : إذا قال لمن عليه الدين : وهبته منك ، ففي اشتراط القبول : وجهان ، أحدهما : يشترط اعتبارا بلفظ الهبة .

والثاني : لا ؛ اعتبارا بمعنى الإبراء وصححه الرافعي في كتاب الصداق .

ومنها : لو صالحه من ألف في الدمة على خمسمائة في الدمة ، صح وفي اشتراط القبول وجهان :

قال الرافعي : الأظهر اشتراطه .

قبل وقد يقال إنه مخالفت لما صححه في الهبة ، وليس كذلك فقد قال السبكي ، إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول في الهبة والصلح وإن اعتبرنا المعنى اشترط في الهبة دون الصلح ومنها : إذا قال : أعتق عبدك عنى بألف هل هو بيع أو عتق بعوض ؟ وجهان : فائدهما إذا قال : أنت حر غدا على ألف ، إن قلنا بيع فسد ولا تجب قيمة العبد وإن قلنا عتق بعوض صحح ووجب المسمى ، ذكرها الهروي وشريح في أدب القضاء : ومنها : إذا قال خالعتك ولم يذكر عوضا ، قال الهروي فيه قولان بناء على القاعدة أحدهما : لاشيء .

والثاني : خلع فإسد يوجب مهر المثل ، وهو المصحح في المنهاج ، على كلام فيه سيأتي في مبحث التصريح والكناية ؛ ومنها : لو قال : خذ هذه الألف مضاربة ، ففى قول إبطاع لا يجب فيه شيء ، وفي آخر مضاربة فإسدة توجب المثل ؛

ومنها : الرجعة بلفظ النكاح ، فيها خلاف خرج الهروي على القاعدة ، والأصح ، صحتها به ؛

ومنها : لو باع المبيع للبائع قبل قبضه بمثل الثمن الأول ، فهو إقالة بلفظ البيع ذكره صاحب التتمة وخرجه السبكي على القاعدة ؛

قال : ثم رأيت التخريج للقاضي حسين : قال إن اعتبرنا اللفظ لم يصح ، وإن اعتبرنا المعنى فإقالة ؛

ومنها : إذا قال استأجرتك لتتعهد نحلي بكذا من ثمرتها ، فالأصح أنه إجارة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط الإجارة ، والثاني أنه يصح مساقاة ، نظرا إلى المعنى ومنها : لو تعاقدا في الإجارة بلفظ المساقاة فقال ، ساقيتك على هذه النخيل مسدة كذا بدراهم معلومة فالأصح أنه مساقاة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط المساقاة إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم ، والثاني تصح إجارة نظرا إلى المعنى ؛

ومنها : إذا عقد بلفظ الإجارة على عمل في الذمة ، فالصحيح اعتبار قبض الأجرة في المجلس لأن معناه معنى السلم وقيل لا ، نظرا إلى لفظ الإجارة ؛

ومنها : أو عقد الإجارة بلفظ البيع فقال : بعثك منفعة هذه الدار شهرا ، فالأصح لا ينعقد نظرا إلى النهض : وقيل ينعقد نظرا إلى المعنى .

ومنها إذا قال : قارضتلك على أن كل الريح لك فالأصح أنه قراض فإسدة رعاية للفظ والثاني قراض صحيح رعاية للمعنى ؛

وكذا لو قال على أن كاه لي ، فهل هو قراض فإسدة أو إبطاع ؟ الأصح الأول .

وكذا لو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ؟ فهل هو إرضاع ؟ أو قراض ؟
فيه الوجهان :

ومنها : إذا وكله أن يطلق زوجته طلاقا منجزا وكانت قد دخلت الدار فقال لها : إن
كنت دخلت الدار فأنت طالق ، فهل يقع الطلاق ؟ فيه وجهان ، لأنه منجز من حيث
المعنى مغلق من حيث اللفظ ؟

ومنها : إذا اشترى جارية بعشرين وزعم أن الموكل أمره ، فأنكر ، يتلطف الحاكم
بالموكل ليبيعهها له ، فلو قال إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها بها ، فالأصح الصحة
نظرا إلى المعنى لأنه مقتضى الشرع : والثاني لا ، نظرا إلى صيغة التعليق ؟

ومنها : إذا قال لعبد بعتك نفسك بكذا ، صح وعنت في الحال وأزمه الملك في ذمته نظرا
للمعنى ، وفي قول لا يصح نظرا إلى اللفظ .

ومنها : إذا قال : إن أدبت لي ألفا فأنت حر ، فقيل : كتابة فاسدة ، وقيل معاملة
صحيحة .

ومنها : إذا قصد بلفظ الاقالة البيع ، فقيل يصح بيعا نظرا للمعنى ، وقيل لا يصح نظرا
إلى اختلال اللفظ .

ومنها : إذا قال ضمنت مالك على فلان بشرط أنه يرى ، ففي قول إنه ضمان فاسد
نظرا إلى اللفظ وفي قول ، حوالة بلفظ الضمان نظرا إلى المعنى والأصح الأول ؟

ومنها : لو قال أحلتك بشرط أن لأبرأ ، ففيه القولان والأصح : فساده ؟
ومنها : البيع من البائع قبل القبض ، قيل يصح ويكون فسحا اعتبارا بالمعنى والأصح
لا ، نظرا إلى اللفظ .

ومنها : إذا وقف على قبيلة غير منحصرة ، كبنى تميم مثلا وأوصى لهم ، فالأصح الصحة
اعتبارا بالمعنى ، ويكون المقصود الجهة لا الاستيعاب كالفقراء والمساكين ؟
والثاني لا يصح اعتبارا باللفظ ، فإنه تملك لمجهول .

ومنها : إذا قال : خذ هذا البعير بغيرين ، فهل يكون قرضا فاسدا نظرا إلى اللفظ أو
بيعا نظرا إلى المعنى وجهان ؟

ومنها لو ادعى الأبراء فشهد له شاهدان أنه وهبه ذلك أو تصدق عليه ، فهل يقبل
نظرا إلى المعنى أولا نظرا إلى اللفظ؟ وجهان .

ومنها : هبة منافع الدار هل تصح وتكون إعارة نظرا إلى المعنى أم لا ؟ وجهان حكاهما
الرافعي في الهبة من غير ترجيح ورجح البلقيني أنه تملك منافع الدار وأنه لا يلزم إلا ما استهلك
من المنافع ؟

ومنها : لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فما هو حلف نظرا إلى المعنى ، لأنه

شعاق به منع أو لا نظرا إلى اللفظ لكون «إذا» ليست من ألفاظه لما فيه من التأنيث بخلافه
«إن» وجهان ، الأصح الأول ؛

ومنها : لو وقف على دابة فلان ، فالأصح البطلان نظرا إلى اللفظ ، والثاني يصح
نظرا إلى المعنى ويصرف في علفها ؛

فلو لم يكن لها مالك - بأن كانت وقفا - فهل يبطل نظرا للفظ أو يصح نظرا للمعنى
وهو الإنفاق عليها إذ هو من جملة القرب ؟ وجهان ، حكاهما ابن الوكيل .

القاعدة السادسة

«العين المستغارة للرهن ؛ هل المقلب فيها جانب الضمان أو جانب العارية ؟ قولان »
قال في شرح المهذب والترجيح مختلف في الفروع ؛
فإنها : هل للمعير الرجوع بعد قبض المرتهن إن قلنا عارية : نعم أو ضمان فلا وهو
الأصح ؛

ومنها : الأصح اشتراط معرفة المعير جلس الدين وقدره وصدفته بناء على الضمان ؛
والثاني : لا بناء على العارية ؛

ومنها : هل له إجبار المستعير على فك الرهن إن قلنا له الرجوع فلا وإن قلنا لا فاه
ذلك على القول بالعارية وكذا على القول بالضمان إن كان حالا بخلاف المؤجل كمن ضمن
دينا مؤجلا لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبرأ ذمته ؛

ومنها : إذا حل الدين وبيع فيه فإن قلنا عارية ، رجع المالك بقيمته أو ضمان ، رجع بما بيع
به سواء كان أقل أو أكثر وهو الأصح ؛

ومنها : لو تلف تحت يد المرتهن ضمنه الراهن على قول العارية ، ولا شيء على قول
الضمان لا على الراهن ولا على المرتهن ؛

والأصح في هذا الفرع أن الراهن يضمنه كذا قال النووي إنه المذهب فقد صحح هنا
قول العارية ؛

ومنها : لو جنى فبيع في الجناية فعلى قول الضمان : لا شيء على الراهن ؛ وعلى قول
العارية : يضمن ؛

ومنها : أو أعتقه المالك ؛ فإن قلنا : ضمان فهو كإعتاق المرهون ؛ قاله في التهذيب ؛
وإن قلنا عارية : صح وكان رجوعا ؛

ومنها : لو قال : ضمننت مالك عليه في رقية عبدى هذا ؛ قال القاضي حسين : يصح
ذلك على قول الضمان ويكون كالأعارة للرهن ؛

تذييه

عبر كثيرون بقولهم : هل هو ضمان أو عارية ، وقال الامام : العقد فيه شائبة من هذا وشائبة من هذا ، وليس القولان في تمحض كل منهما بل هما في أن المقلب منهما ما هو فذلك عبرت به وكذا في القواعد الآتية .

القاعدة السابعة

« الحوالة هل هي بيع أو استيفاء ؟ خلاف »

قال في شرح المهدب : والترجيح مختلف في الفروع :

فنها : ثبوت الخيار فيها ، الأصح : لا ، بناء على أنها استيفاء ، وقيل : نعم بناء على أنها بيع .

ومنها : لو اشترى عبدا بمائة ، وأحال البائع بالثمن على رجل ، ثم رد العبد بعيب ، أو تحالفت أو إقالة ونحوها ، فالأظهر البطلان ، بناء على أنها استيفاء ، والثاني : لا ، بناء على أنها بيع .

ومنها : الثمن في مدة الخيار في جواز الحوالة به وعليه ، وجهان : قال في التتمة : إن قلنا : استيفاء جاز ، أو بيع : فلا ، كالتصرف في البيع في زمن الخيار ، والأصح : الجواز : ومنها : لو احتك ، بشرط أن يعطيه المحال عليه رهنا أو يقيم له ضامنا فوجهان ، إن قلنا : بأنها بيع ، جاز ، أو استيفاء ، فلا : والأصح : الثاني .

ومنها : لو أحال على من لا دين عليه برضاه ، فالأصح : بطلانها ، بناء على أنها بيع والثاني : يصح ، بناء على أنها استيفاء .

ومنها : في اشتراط رضی المحال عليه ، إذا كان عليه دين : وجهان : إن قلنا : بيع ، لم يشترط ، لأنه حق الهيل ، فلا يحتاج فيه إلى رضی الغير ، وإن قلنا : استيفاء اشترط ، لمنعذر إقراضه من غير رضاه : والأصح : عدم الاشتراط .

ومنها : نجوم الكتابة في صحة الحوالة بها ، وعليها أوجه .

أحدها : الصحة ، بناء على أنها استيفاء .

والثاني : المنع ، بناء على أنها بيع .

والأصح : وجه ثالث ، وهو الصحة بها ، لاعتبارها ، لأن للمكاتب أن يقضى حقه باختياره ، والحوالة عليه : تؤدي إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره : وفي الوسيط : وجه بعكس هذا ، والأوجه جارية في المسلم فيه .

ومنها : قال المتولي : لو أحال من عليه الزكاة الساعي : جاز : إن قلنا : استيفاء .

وإن قلنا : بيع ، فلا : لامتناع أخذ العوض عن الزكاة .

ومنها : لو خرج المحال عليه مفلسا ، وقد شرط يساره ، فالأصح : لارجوع له ،
بناء على أنها استيفاء : والثاني : نعم ، بنا. على أنها بيع ؛
ومنها : لو قال رجل لمستحق الدين : احتل على بدينك الذي في ذمة فلان ، على أن
تبرئه ، فرضى واحتال ، وأبرأ المدين : فقيل : يصح . وقيل : لا ، بناء على أنها استيفاء
إذ ليس للأصيل دين في ذمة المحال عليه ، ذكره في السائلة ؛
ومنها : لو أحال أحد المتعاقدين الآخر في عقد الربا ، وقبض في المجلس ؛ فان قلنا :
استيفاء : جاز ، أو بيع : فلا ، والأصح المنع ، كما نقله السبكي في تكملة شرح المهذب
عن النص والأصحاب ؛

القاعدة الثامنة

« الإبراء ، هل هو إسقاط ، أو تمليك ؟ قولان ؛

والترجيح مختلف في الفروع :

ففيها : الإبراء مما يجمله المبرئ ، والأصح فيه التمليك ، فلا يصح ؛
ومنها : إبراء المبهم ؛ كقوله المدينه : أبرأت أحدكما ؛ والأصح فيه التمليك ، فلا
يصح كما لو كان له في يد كل واحد عبد ، فقال : ملكت أحدكما العبد الذي في يده ،
لا يصح ؛

ومنها : تعليقه ، والأصح فيه التمليك فلا يصح .

ومنها : لو عرف المبرئ قدر الدين ، ولم يعرفه المبرأ ؛ والأصح فيه : الإسقاط ؛
كما في الشرح الصغير ، وأصل الروضة في الوكالة ، فيصح :

ومنها : اشتراط القبول ، والأصح فيه الإسقاط ، فلا يشترط ؛

ومنها : ارتداده بالرد ، والأصح فيه الإسقاط ؛ فلا يصح ؛

ومنها : لو كان لأبيه دين على رجل ، فأبرأه منه ، وهو لا يعلم موت الأب ، فبان
ميتا ؛ فان قلنا : إسقاط صح جزما ، أو تمليك ، ففيه الخلاف فيمن باع مال مورثه ،
ظانا بحياته ، فبان ميتا ؛

ومنها : إذا وكل في الإبراء ، فالأصح اشتراط علم الموكل بقدره ، دون الوكيل ،
بناء على أنه إسقاط ، وعلى التمليك عكسه ، كما لو قال : بع بما باع به فلان فرسه ، فانه
يشترط اصحة البيع علم الوكيل ، دون الموكل ؛

ومنها : لو وكل المدين ليرىء نفسه ، صح على قول الإسقاط ، وهو الأصح ،
وجزم به الغزالي ، كما لو وكل العبد في العتق والمرأة في طلاق نفسها ؛ ولا يصح على قول
التمليك ، كما لو وكله ليبيع من نفسه ؛

ومنها : أو أبرأ ابنه عن دينه ، فليس له الرجوع ، على قول الاسقاط ، وله ، على التملك ، ذكره الرافعي ، وقال النووي : ينبغي أن لا يكون له رجوع على القولين ، كما لا يرجع إذا زال الملك عن الموهوب ،

القاعدة التاسعة

« الإقالة ، هل هي فسخ ، أو بيع ؟ قولان »

والترجيح مختلف في الفروع :

فمنها : لو اشترى عبدا كافرا من كافر فأسلم ، ثم أراد الإقالة ، فإن قلنا : بيع ، لم يجز ، أو فسخ ، جاز ، كالرد بالعيب في الأصح ،

ومنها : الأصح عدم ثبوت الخيارين فيها ، بناء على أنها فسخ ، والثاني : نعم ، بناء على أنها بيع ،

ومنها : الأصح لا يتجدد حتى الشفعة ، بناء على أنها فسخ ، والثاني : نعم ، بناء على أنها بيع ،

ومنها : إذا تقابلا في عقود الربا ، يجب التفاضل في المجلس ، بناء على أنها بيع ، ولا يجب ، بناء على أنها فسخ ، وهو الأصح ،

ومنها : تجوز الإقالة قبل القبض ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع فلا .

ومنها : تجوز في السلم قبل القبض ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع فلا .

ومنها : لو تقابلا بعد تلف المبيع جاز ، إن قلنا : فسخ ، وهو الأصح . ويرد مثل المبيع أو قيمته ، وإن قلنا : بيع ، فلا .

ومنها : لو اشترى عبدين ، فتلف أحدهما : جازت الإقالة في الباقي ، ويستتبع التالف على قول الفسخ ، وهو الأصح ، وعلى مقابله : لا .

ومنها : إذا تقابلا واستمر في يد المشتري ، نفذ تصرف البائع فيه ، على قول الفسخ وهو الأصح ، ولا ينفذ على قول البيع ،

ومنها : لو تلفت في يده بعد التقابل ، انفسخت ، إن كانت يباعا ، وبقي البيع الأصلي بحاله وإن قلنا : فسخ ضمنه المشتري ، كالمستام ، وهو الأصح .

ومنها : لو تهب في يده غرم الأرش ، على قول الفسخ ، وهو الأصح ، وعلى الآخر يتخير البائع بين أن يجيز ، ولا أرش له ، أو يفسخ ويأخذ الثمن ،

ومنها : لو استعمله بعد الإقالة ، فإن قلنا : فسخ ، فعليه الأجرة ، وهو الأصح ، أو بيع ، فلا .

ومنها : لو اطلع البائع على عيب حدث عند المشتري ، فلا رد له ، إن قلنا : فسخ وهو الأصح ، وإن قلنا : بيع ، فله الرد :

القاعدة العاشرة

« الصداق المغيث في يد الزوج قبل القبض مضمون ضمان عقد ، أو ضمان يد ؟ قولان » :

والترجيح مختلف في الفروع :

فإنها : الأصح ، لا يصح بيعه قبل قبضه ، بناء على ضمان العقد ؛
والثاني : يصح ، بناء على ضمان اليد ؛

ومنها : الأصح انفساخ الصداق إذا تلف ، أو أتلفه الزوج ، قبل قبضه ، والرجوع إلى مهر المثل ، بناء على ضمان العقد ، والثاني : لا ؛ ويلزم مثله ، أو قيمته ، بناء على ضمان اليد ؛

ومنها : لو تلف بعضه ، انفسخ فيه ، لافي الباقي ؛ بل لها الخيار ؛ فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل ، على قول ضمان العقد ؛ وهو الأصح ، وإلى قيمة العبدین على مقابله ؛ وإن أجازت رجعت إلى حصة التالف من مهر المثل ، على الأصح ، وإلى قيمته على الآخر ؛

ومنها : لو تعيب فلها الخيار على الصحيح وفي وجه : لا خيار على ضمان العقد ؛ فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل على الأصح والبدل على الآخر ؛ وإن أجازت : فلا شيء لها على الأصح كالمبيع قبل القبض ؛ وعلى ضمان اليد لها الأرش ؛
ومنها : المنافع الثابتة في يده لا يضمنها على الأصح بناء على ضمان العقد ؛ ويضمنها بناء على ضمان اليد ؛

ومنها : لو زاد في يده زيادة منفصلة فللمرأة قطعاً بناء على ضمان اليد وعلى ضمان العقد وجهان : كالمبيع ؛

ومنها : لو أصدقها نصيباً ، ولم تقبضه حتى حال الحول ؛ وجبت عليها الزكاة في الأصح ، كالمغصوب ، ونحوه ، وفي وجه : لا ، بناء على ضمان العقد ، كالمبيع قبل القبض ؛

فقد صحح هنا قول ضمان اليد ؛

ومنها : لو كان ديناً ، جاز الاعتياض عنه على الأصح ، بناء على ضمان اليد ، وعلى ضمان العقد لا يجوز ، كالمسلم فيه ؛

فهذه صورة أخرى صحح فيها قول ضمان اليد ؛