فصل

قالوا: ومن ذلك أيضاً أن يكون أحدهما حاظراً والآخر مبيحاً.

وذلك مثل: أن يستدلّ الحنفي في المنع من بيع العرايا بمَا روي عن النبيِّ ﷺ أنَّه نهى عن المزابنة. والمزابنة: اشتراء التَّمر بالتَّمر[١].

فيعارضه المالكيُّ بمَا روي عن النبيِّ ﷺ «أنَّه أرخص في العرايا أن تباع بخرصها تَمراً يأكلها أهلها رطباً فيمَا دون خمسة أوسق»[٢].

وذهب[٣] ابن القصَّار وشيخنا أبو إسحاق[٤] إلى تقديم الحظر على الإباحة[٥].

ومن أصحابنا من رأى تقديم الإباحة[٦].

وقال القاضي أبو بكر: هما سواء، وبه قال القاضي أبو جعفر[٧]، [قال أبو الوليد][٨] وهو الصَّحيح عندي.

والدَّليل على ذلك: أنّ الحظر والإباحة حكمان شرعيان يُفْتَقَرُ في إثبات كُلِّ واحدٍ منهما إلى شرعه[٩]، فلا يجب أن يكون لأحدهما مزيَّةٌ على الآخر.

---

(١) أخرجه مالك في البيوع: «الموطأ»: ٥٢١.

(٢) أخرجه مالك في البيوع: «الموطأ»: ٥١٨، والوسق: ستون صاعاً، والصاع: أربعة أمداد.

(٣) وفي (س) (فذهب).

(٤) وفي (س) (وشيخنا أبو الحسن).

(٥) وإليه ذهب أبو إسحاق الشّيرازي، وأكثر الشّافعية، وأحمد بن حنبل، وأبو الحسن الكرخي، والرازي من الحنفية، واختاره الآمدي، وابن الحاجب، وابن الهمام. «المحصول»: ٢ ق ٢/٥٨٧، و«الإحكام»: ٤/٣٥١، «نهاية السول»: ٤/٥٠٣، «تيسير التحرير»: ٤/١٥٩، «التبصرة»: ٤٨٤.

(٦) هو أبو الفرج المالكي. «تنقيح الفصول»: ٤٠٧ ؟

(٧) وإليه ذهب أبو هاشم المعتزلي، وعيسى بن أبان، واختاره الغزالي. انظر «المحصول»: ٢ ق ٢/٥٨٧، و«الإحكام»: ٤/٣٥١، و«نهاية السول»: ٤/٥٠٢، و«تنقيح الفصول»: ٤١٧.

(٨) ما بين المعكوفين سقط من الأصل و(م) وأثبتناه من س.

(٩) وفي (س) (إلى شرع).

ودليل آخر: وهو أنّ من حرَّم ما أحلَّ اللهُ بمنزلة من أحَلَّ ما حرَّمَ اللهُ، فلا يجبُ الإقدام على ذلك إلَّا بدليلٍ كالتحريم.

أمَّا هم، فاحتجّ من نصر قولهم: بأنَّ الحكم بالحظر أحوط للشَّريعة.

والجواب: أنَّا لا نسلِّمُ أنّه أحوط للشَّريعة، ولا فرق بين التّحليل والتّحريم في ذلك.

احتجُّوا: بأنّ الأصول مبنيَّةٌ على تقديم الحظر على الإباحة، بدليل الجارية بين الشَّريكين فيها ضرب من الإباحة، وضرب من التحريم، فغلب التّحريم على الإباحة، ومنع من الاستمتاع بشيء منها، وكذلك إذا اشتبهت أختا له من الرضاعة بامرأة له أخرى، حُرِّمَتا عليه، وغلب الحظر على الإباحة.

والجواب: أنّ هذا غلطٌ؛ لأنّنا[١] إنّما قلنا: إنّ[٢] الإباحة مساويةٌ[٣] للحظر عندَ تساويهما وجود[٤] دليل الحظر مساوٍ[٥] لدليل الإباحة، وفي[٦] مسألتنا ليس للإباحة دليل، ودليل الحظر ثابت، وذلك أن الشركة تحرم الاستمتاع بالجملة، وليس فيها سببٌ من أسباب الإباحة، وإنما يوجد سببُ الإباحة عند انفراد الملك، وكذلك اشتباه الأخت بامرأة أخرى يحرِّمُها، وليس ثم سبب من أسباب[٧] الإباحة، فبطل ما قالوه.

---

(١) وفي (س) (لأنه).

(٢) (إن) ساقطة من (س).

(٣) (مساوية) سقطت من (س).

(٤) وفي (س) (ووجود).

(٥) وفي (س) (متساو).

(٦) وفي (س) (في).

(٧) وفي (س) (من الأسباب).

فصل فيما يقع به التّرجيح في المعاني[١]

قد مضى الكلام في بيان ما يقع به الترجيح في الأخبار. والكلام ها هنا فيمَا يقع به الترجيح في المعاني، وذلك على أضرب[٢]:

الأول:

أن تكون إحدى العلَّتين منصوصاً عليها، والأخرى غير منصوص عليها، فترجح المنصوص عليها[٣].

وذلك مثل[٤]: أن يستدلّ المالكيُّ في تحريم النَّبيذ بأنَّه شرابٌ يسكر كثيره، فحرم قليله كالخمر.

فيعارضه الحنفيُّ: بأنّ هذا شراب أعدَّه الله لأهل الجنَّة، فوجب أن يكون من جنسه ما هو مباح كالعسل.

فيقول المالكي: علَّتُنا[٥] أولى؛ لأنَّها منصوص عليها، لأنّه روي عن النبي ﷺ أنّه قال: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ، فَقَلِيلُهُ حَرامٌ»[٦]، وهذا نصُّ علَّتنا[٧]، والعلَّة إذا نَصَّ عليها صاحبُ الشَّرع، فقد نبَّه على صحَّتها، وألزم اتّباعها، وحكم بكونها علَّة، فكانت أولى ممّا لم يحكم بكونها علَّة[٨].

---

(١) عنوان الفصل سقط من (س).

(٢) وفي (س) (ثلاثة أضرب).

(٣) انظر «تنقيح الفصول»: ٤٢٥.

(٤) (مثل) سقطت من (س).

(٥) وفي (س) (علمنا).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٦٨١)، وابن ماجه (٣٣٩٣).

(٧) وفي (س) (علتها).

(٨) عبارة (فكانت أولى مما لم يحكم بكونها علة) سقطت من (س).

والثّاني:

أن تكون إحدى العلّتين لا تعود على أصلها بالتخصيص، [والثانية تعود على أصلها بالتخصيص][(١)]، فالتي لا تعود على أصلها بالتخصيص أولى وأحرى[(٢)].

وذلك مثل: أن يستدلّ المالكيُّ في جواز التَّيمُّم بالجِصّ والنورة بأن ذلك[(٣)] نوع من الصَّعيد لم يتغير على[(٤)] جنس الأصل، فجاز التَّيمُّم به كالتُّراب.

فيعارضه الشَّافعي: بأنّ هذا ليس بتراب، فلم يجز التيمم[(٥)] به كالحديد والنُحاس.

فيقول المالكيّ: علّتنا أولى؛ لأنّها لا تعود على أصلها بالتخصيص، وهو قوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾[المائدة: ٦].

وقد قال أهل اللغة: الصَّعيد: وجه الأرض، كان عليه تراب أو لم يكن[(٦)]، وعلّتكم[(٧)] تخصيص هذا الأصل، فيخرج منه ما ليس بتراب، والتّعلُّق بالعموم أولى استنباطاً ونطقاً.

والثّالث:

أن تكون إحداهما موافقةً للفظ الأصل، والأُخرى غَيْرُ موافقة له، فتقدم الموافقة[(٨)].

---

(١) ما بين المعكوفين سقط من الأصل و(م) ووردت في (س).

(٢) وبه قال بعض الحنابلة: «المسودة»: ٣٨١.

(٣) وفي (س) (بأن هذا).

(٤) وفي (س) (عن).

(٥) هكذا في (س)، وفي الأصل و(م)، الوضوء، ولعلّه سَمَّى التَّيمُّم وضُوءاً على سبيل المجاز.

(٦) اللسان: ٣/٢٥٤.

(٧) وفي (س) (وعليكم).

(٨) يقول الغزالي في «المستصفى»: ترجُّح العلّة بكثرة شبهها بأصلها على التي هي أقل شبهاً بأصلها، وهذا ضعيف عندَ من لا يرى مجرَّد الشّبه في الوصف الذي لا يتعلّق الحكم به موجباً للحكم، ومن رأى ذلك موجباً، فغايتُه أن تكون العلّة أخرى، ولا يجب ترجيح علّتين على علّة واحدة؛ لأنّ الشيء يترجّح بقوته، لا بانضمام مثله إليه. «المستصفى»: ٢/٤٠٣.

وذلك مثل: أن يستدلّ المالكيُّ: في أن المدبر لا يجوز بيعه؛ لأنّه مدبر لم يتقدَّمْه دين يتعلَّق به، فلم يَجُزْ بيعه أصلاً[١] إذا حكم الحاكم بتدبيره.

فيعارضه الشَّافعيُّ، فيقول[٢]: يجوز بيعه، لأنه مدبر لم يحكم بتدبيره، فجاز بيعه كما لو لم يتقدمه دين يغترقه[٣].

فيقول المالكيُّ: علَّتنا أولى؛ لأنَّها موافقة لما روي عن النبي ﷺ: أنّه نهى عن بيعِ المدبر[٤].

والرَّابع:

أن تكون إحدى العلَّتين مطَّردة منعكسة، والأخرى مطَّردة[٥] غير منعكسة، فترجّح المطَّردة المنعكسة[٦].

وذلك مثل: أن يستدلّ المالكي على أن غير الأب لا يجبر على النِّكاح؛ لأن من لا [يتصرف في مال الصغيرة بنفسه لم][٧] يملك التّصرُّف في بضعها كالأجنبيّ.

فيعارضها الحنفيُّ: بأنّ ابن العمِّ من أهل ميراثها، فجاز له التصرف في بضعها الأب. فيقول المالكي: علتنا أولى لأنها مطردة منعكسة، لأن الحاكم يزوج، وإن كان من غير أهل ميراثها، والعلَّة إذا اطّردَتْ، غلب على الظَّنِّ تَعَلُّقُ الحكم بها لوجوده بوجودها، وعدمه بعدمها، فكانت أولى.

---

(١) وفي (س) (أصله).

(٢) وفي (س) (بأن يقول).

(٣) هذه عبارة (س) وفي الأصل، و(م) (لو تقدمه دين يفترقه).

(٤) أخرجه الدَّارقطني، وضَعَّفَهُ، ورجّح وقفه على ابن عمر: ١٣٨/٣.

(٥) وفي (س) (غير مطردة).

(٦) لمزيد من التّفصيل انظر «المحصول»: ٢ ق ٦٠٧/٢، «جمع الجوامع»: ٣٧٦/٢، «نهاية السول»: ٥١٩/٤، «المسودة»: ٣٨٤، «تنقيح الفصول»: ٤٢٥.

(٧) ما بين المعكوفين سقط من الأصل و(م)، وقد أثبتناه من (س).

والخامس:

أن تكون إحدى العلَّتين تشهد لها أُصول كثيرة، والأخرى لا يشهد لها إلَّا أصلٌ واحد[١]، فما شهد له أُصول كثيرة أولى[٢].

وذلك مثل: أن يستدل المالكيُّ على اعتبار النِّيَّة في الوضوء بأنّ هذه عبادة[٣]، فافتقرت إلى النيَّة، كالصَّلاة، والزَّكاة، والحج، والتَّيمُّم، والصَّوم، وغير ذلك من العبادات.

فيعارضه الحنفيُّ بأنَّ هذه طهارة الماء، فلم تفتقر إلى النِّيَّة كغسل النّجاسة.

فيقول المالكيّ: علَّتنا أولى؛ لأنّها تشهد لها أُصول كثيرة، وعلّتكم لا يشهد لها إلّا أصلٌ واحدٌ، وما يشهد لها[٤] أصول كثيرة أولى؛ لأنّ ذلك يُقَوِّي غلبةَ الظَّنِّ، وغلبة الظَّنِّ إنّما تحصل بشهادة الأُصول، فلمَّا قويت[٥] شهادة الأُصول، قويت غلبة الظَّنِّ، فكان ما قلناه أولى.

والسَّادس:

أنْ يكون أحدُ القائسين ردَّ الفرع إلى أصلٍ من جنسه، والآخر ردَّ الفرع إلى أصلٍ ليس من جنسه، فيكون قياسُ من ردَّ الفرع إلى جنسه أولى[٦].

---

(١) لفظة (واحد) ساقطة من (س).

(٢) وإليه ذهب أبو إسحاق الشّيرازي، وأكثر الشّافعية، وإليه ذهب بعض الحنفية، وقال بعض الشافعية: هما سواء، والأوّل أصَحُّ، كما قال ابن السمعاني: «التبصرة»: ٤٩٠، «جمع الجوامع مع حاشية البناني»: ٢/٣٧٤، و«المسودة»: ٣٧٦، و«تنقيح الفصول»: ٤٠٥.

(٣) وفي (س) (عبادات).

(٤) وفي (س) (له).

(٥) وفي (س) (كثرت).

(٦) وإليه ذهب أكثر الشافعية، واختاره الفخر الرّازي، وتبعه البيضاوي، وقد منع من ذلك بعض الأُصوليين. «نهاية السول»: ٤/٥٢١، «المسودة»: ٣٧٦.

وذلك مثل: أن يستدلّ المالكي في أنّ[١] قتل البهيمة الصّائلة لا يجب ضمانها؛ لأنّه إتلافٌ بدفع جائز[٢]، فوجب ألّا يتعلّق به ضمان المتلف، كما لو صال عليه آدميٌّ.

فيعارضه الحنفيُّ بأنّ من أُبيح لَهُ إتلاف مالِ الغير دون إذنه لدفع الضَّرَر عن نفسه، وجبَ عليه الضَّمان، أصله إذا اضطر إلى أكله للجوع.

فيقول المالكي: قياسنا أولى؛ لأنّنا قسنا صائلاً على صائلٍ، فقسنا الشيء على جنسه، وأنتم قستم الصّائل بمَن أتلف بغير[٣] فعل من جهته، فقستم الشيء على غير جنسه، وقياس الشيء على جنسه أولى من قياسه على مخالفه.

والسّابع:

أن تكون إحدى العلّتين واقفة والأخرى متعدّية، فالمتعدّية أولى من الواقفة[٤].

وذلك مثل: أن يقول المالكيُّ: إنّ علّة تحريم الخمر أنّه شرابٌ فيه شدّةٌ مطربةٌ، فيتَعدّى هذا إلى النّبيذ.

فيقول الحنفيُّ: بل[٥] علّة التحريم كونها خمراً.

فيقول المالكيُّ: علّتنا أولى؛ لأنّها متعدّية؛ لأنّ عندكم أن الواقفة باطلة[٦]، وعندنا ـ وإن كانت صحيحةً ـ فإنّ المتعدّية أولى منها، فقد حصل الاتفاق على تقديم[٧] المتعدّية عليها.

---

(١) وفي (س) (بأن).

(٢) وفي (س) (حاير).

(٣) وفي الأصل و(م) (لغير).

(٤) وهو مذهب الأكثرين كما قال الفخر الرّازي، وإليه ذهب أبو منصور، وابن برهان، وقال إمام الحرمين: وهو المشهور. وذهب أبو إسحاق الشّيرازي إلى ترجيح العلّة القاصرة؛ لأنها معتضدةٌ النّصّ، ورجّحه الغزالي في «المستصفى». وقال أبو بكر الباقلاني: هما سواء. «المحصول»: ٢/ ٤٠، و«الإحكام»: ٤/ ٣٧٥، و«نهاية السول»: ٤/ ٥٢١، و«تنقيح الفصول»: ٤٢٥.

(٥) (بل) ساقطة من (س).

(٦) وفي (س) (باطل).

(٧) لفظة (تقديم) ساقطة من (س).

والثامن:

أن تكون إحداهما لا تعمُّ، والأُخرى تعمُّ[١] فروعها، فتكون العامَّة أولى.

وذلك مثل: أن يستدلّ المالكيّ في أنّ من عدا الوالدين، والمولودين والإخوة من الأقارب لا يُعتقَون بالملك، لأنّه من ملك من تجوز شهادته له، لم يجب عليه عتقه كالأجنبي.

فيعارضه الحنفيُّ: بأنّ هذا ذو رحم، فوجب أن يعتَقَ بالمُلك كالوالِدَيْنِ.

فيقول المالكيُّ: علَّتنا أولى؛ لأنّها تعمُّ فروعها، وعلّتكم لا تعمُّ فروعها؛ لأنّ البنت تعتق على الأمّ، والابن على الأبِ، ولا توجد هذه العلَّة فيهم، ولا تُوصف البنت بأنَّها ذات محرم لأُمِّها[٢]، فكان ما قلناه أولى.

والتاسع:

أن تكون إحدى العلَّتين عامّة، والأخرى خاصَّة، فتكون العامّة أولى[٣].

وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: [هما][٤] سواء[٥].

والدليل على ما نقوله: أنَّ أكثرهما فروعاً تفيد من الأحكام ما لا تفيده الأُخرى، فكانت أولى.

ودليل آخر: وهو أنّ كثرة الفروع[٦] تجري مجرى شهادة الأُصول، فيجب أن تكون أولى.

---

(١) وفي (س) (يعم).

(٢) (لأمها) ساقطة من (س).

(٣) وبه قال أكثر الشافعية: «جمع الجوامع»: ٢/٣٧٩، «كشف الأسرار»: ٤/١٠٢.

(٤) ما بين المعكوفين من (س) وقد سقط من الأصل و(م).

(٥) وهو القول الرَّاجح عندهم: «كشف الأسرار»: ٤/١٠٢.

(٦) (الفروع) ساقطة من (س).

أمّا هم، فاحتجّ من نصر قولهم: بأنّه لو تعارض لفظان: عامٌّ وخاصٌّ، لم يرجح العموم.

والجواب: أنّه لا يجوز اعتبار أحدهما بالآخر، ألا ترى أنّه إذا تعارض لفظان: عامٌّ وخاصٌّ، قُدِّم الخاصُّ، ولا يجب مثل ذلك في العلل.

وجواب آخر: وهو أنّه إذا تعارض خاصٌّ وعامٌّ، أمكن بناء أحدهما على الآخر بخلاف العلل، فبطل ما تعلّقوا به.

إذا ثبت ذلك، فمثاله: أن يستدلّ المالكيُّ على جواز التّحري في الإناءين إذا كان أحدهما نَجِساً، بأنّ هذا جنسٌ يجوزُ فيه التّحرّي، فوجب أن يجوزَ التّحري فيه[١] في حال استواء المحظُور والمباح، أو زيادة[٢] أحدهما على الآخر كالثّياب.

فيعارضه الحنفيُّ: بأنَّ هذين إناءان: أحدهما طاهر، والآخَر نَجِسٌ، فلا يجوز التّحرِّي فيهما إذا كان أحدُهما بَوْلاً، والآخر ماء.

فيقول المالكيّ: قياسنا أولى، لأنّه عامٌّ في المياه، والثّياب، وجهات[٣] القبلة، وقياسكم[٤] خاصٌّ في إناء الماء، فكان ما قلناه أولى.

والعاشر:

أن تكون إحدى العلّتين[٥] منتزعتين من أصلٍ منصوص عليه، والثانية منتزعة من أصلٍ غير منصوصٍ عليه، فتكون المنتزعة من الأصل المنصوص عليه أولى[٦].

---

(١) (فيه) ساقطة من الأصل و(م).

(٢) وفي (س) (أو بزيادة).

(٣) وفي (س) (وجهة).

(٤) وفي (س) (وقياس).

(٥) وفي (س) (العلة).

(٦) واختار الغزالي. «المستصفى»: ٣٩٩/٢.

وذلك مثل: أن يستدلّ المالكيُّ على أنّ ما غنمته الطّائفة اليسيرة يخمس، بأنّ كل غنيمة لو تقدَّمها إذن الإمام خمست، فإذا لم يتقدَّمها إذنُ الإمام، وجب أن تخمّس، كغنيمة الطّائفة الكثيرة.

فيعارضه الحنفيُّ: بأنّ هذا مالٌ مأخوذٌ من غير غلبةٍ ولا إذن الإمام[١]، فلم يجب تخميسه، كالحشيش.

فيقول المالكي: علَّتنا أولى؛ لأنها منتزعة من أصل منصوص عليه، وذلك قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾، وعلَّتكم منتزعة من أصل غيرِ منصوص عليه[٢]، فكانت علَّتنا أولى[٣] لاستناده إلى النَّصّ.

والحادي عشر:

أن تكون إحدى العلَّتين أقل أوصافاً، والأخرى كثيرة الأوصاف، فتقدم القليلة الأوصاف. وبه قال أبو إسحاق[٤].

ومن أصحاب الشَّافعي من قال: هما سواء[٥].

ومنهم من قال: الكثيرة الأوصاف أولى[٦].

وقد اضطرب في ذلك قول ابن القصَّار.

والدَّليل على ما نقوله: أنَّ قلّة أوصافه[٧] تدلُّ على قلَّة معارضة الأُصول لها، ومخالفتها لحكمها، وكثرة أوصافها تدلُّ على مناقضة الأُصول لها[٨]، فكانت القليلة الأوصاف أولى.

---

(١) وفي (س) (ولا إذن).

(٢) (عليه) ساقطة من الأصل و(م)، ووردت في (س).

(٣) (أولى) ساقطة من (س).

(٤) وبه قال أكثر الشافعية. انظر «التبصرة»: ٤٨٨، «جمع الجوامع»: ٢/٣٧٤، «المسودة»: ٣٨١.

(٥) وإليه ذهب الحنفيَّة، وصحَّحه صاحب «كشف الأسرار»: ٤/١٠٣.

(٦) وإليه ذهب بعض الشافعية: «جمع الجوامع»: ٢/٣٧٤، «المسودة»: ٣٧٨، «كشف الأسرار»: ٤/١٠٣.

(٧) وفي (س) (أوصافها).

(٨) العبارة من (ومخالفتها لحكمها... إلى الأصول لها) سقطت من (س).

ودليلٌ آخر: وهو أنّ قلّة الأوصاف[١] توجب كثرة فروعها، وكثرة الأوصاف تقلّلُ فروعها، فكانت القليلةُ الأوصاف أولى[٢].

أمّا هم، فاحتجّ من نصر قولهم: بأنّ كثرة الأوصاف تدلُّ على كثرة شبه الفرع بالأصل، وكلّما قويَ شبه الفرع بالأصل، كان أولى.

وهذا غَلَطٌ؛ لأنّه لا يورد[٣] الأوصاف ليكثُر شبه الفرع[٤] بالأصل، وإنّما نوردها[٥] احترازاً من النّقص، وتَمييزاً لها ممَّا يخالِفُها من الأصول، ولذلك لو لم يكن فيه احتراز، لم نوردها، ولم نعتبر[٦] كثرة شبه الفرع بالأصل.

جواب آخر: وهو أنَّ كُلَّ وصف من هذه الأوصاف يحتاج في إثباته إلى ضرب من الاجتهاد، وقد ثبت أنَّ كلّما استغنى الدَّليل عن كثرة الاجتهاد[٧]، دلَّ على وضُوحه وبيانه، وكان أولى، إذا ثبت ذلك.

فمثاله: أن يستدلّ المالكيّ في أن الواجب بقتل العبد القود فقط، فإنَّ هذا قتل، فوجب له[٨] بدل واحد كقتل الخطأ.

فيعارضه الشَّافعيُّ، وبعض المالكيين: بأنَّه قتلٌ مضمون تعذَّر فيه القود من غير عفْوٍ عن المال، ولا محل الاستيفاء، فوجب أن يثبت فيه الدِّية من غير رضى القاتل كالأب.

---

(١) لفظة (الأوصاف) سقطت من (م).

(٢) العبارة (ودليل آخر... إلى الأوصاف أولى) ساقطة من (س).

(٣) وفي الأصل و(م) (لا تزاد).

(٤) لفظة (الفرع) سقطت من (م).

(٥) وفي (س) (يوردها).

(٦) وفي (س) (ولم يعتبر).

(٧) هذه العبارة (وقد ثبت أنّ كُلَّ ما استغنى الدَّليل عن كثرة الاجتهاد)، سقطت من (م). وفي س (وقد بينا أن كلما استغنى الدليل).

(٨) وفي (س) (به).

فيقول المالكيُّ: ما قلناه أولى؛ لأنَّ علَّتنا أقَلُّ أوصافاً من علَّتكم، والعلَّة إذا قلَّت أوصافها، دل على شهادة الأصول لها، ومخالفتها[١] عليها.

والثاني عشر:

أن تكون إحداهما ناقلة، والأخرى مبقية على حكم الأصل، فالمبقية[٢] أولى[٣].

وذهب شيخنا أبو إسحاق، وطائفةٌ من أهل الأُصول، كأبي الحسن بن القصَّار، وغيره إلى أنَّ الناقلة أولى[٤].

والدّليل على ما نقوله: أنّ النّاقلة تعارضها المبقية[٥]، ويشهد للمبقية[٦] دليل استصحاب حال العقل، فوجب أن تكون[٧] أولى من النّاقلة التي لا يعضدها دليلٌ آخر.

أمّا هم، فاحتجّ من نص قولهم: بأنّ هذين دليلان تعارضا، فوجب أن يقدَّم النّاقل منهما على المنفيّ[٨] كالخبرين.

والجواب: أنَّ هذا غلطٌ؛ لأنَّ في الخبرين إذا تعارضا على وجه ينقل كل واحدٍ منهما لفظاً صريحاً عن[٩] المخبرِ [عنه][١٠] لم يقدَّم أحدهما على الآخر، وإذا أخبر أحدهما أنَّ المروي عنه حكم بكذا، وروى الآخر لم يحكم بشيءٍ، قدَّمنا من نقل الحكم؛ لأنَّ الآخر يجوز ألّا يحضره الحكم، ويجوز أن يحضره وينساه، ولا يجوز

---

(١) وفي الأصل وس (وخالفتها).

(٢) وفي (س) (فالمنفية).

(٣) واختاره الغزالي في «المنخول»: ٤٤٧.

(٤) وإليه ذهب أكثر الشّافعية، ورجّحه الغزالي في «المستصفى»، وإليه ذهب بعض الحنابلة، وقال بعض الشافعية هما سواء. انظر «التبصرة»: ٤٨٣، «المستصفى»: ٢/٤٠٤، «المسودة»: ٣٨٤، «إرشاد الفحول»: ٣٨٤.

(٥) وفي (س) (المنفية).

(٦) وفي (س) (للمنفية).

(٧) وفي (س) (أن يكون).

(٨) وفي (س) (المبفي).

(٩) وفي (س) (غير).

(١٠) عنه سن (س) وقد سقطت في الأصل و(م).

أن يظنَّ[١] بالآخر أنّه لشيءٍ[٢] إنْ لم يسمع؛ لأنَّ هذا خارج عمَّا جرت به العادة[٣]، واستمرَّ به العرف، وليس كذلك فيمَا عاد إلى مسألتنا، فإنْ كلَّ واحدٍ من المستنبطين يدَّعي إثبات الحكم بعلَّةٍ صحيحةٍ عندَه قد دلَّ[٤] على صحَّتِها، ولم ينافها شيءٌ من الأصول. فلم تكن إحداهما أولى من الأخرى، فإذا عضد أحدهما استصحاب حال العقل ـ وهو بمجرده دليل ـ وجبَ أن يكون أولى. ولو قيل في هذا: إنَّهما يسقطان، ويرجع الدَّليل إلى استصحاب الحال لم يَبْعُدْ.

فصل

قد ذكرنا ما حضرنا مما يكثر به التّرجيح[٥] ممَّا يصحُّ، ويجبُ الاعتماد عليه، وقد ألحق بذلك بعض أهل النّظر وجوهاً من التّرجيحات لا تصحُّ.

نحن نذكر أيضاً من ذلك ما يكثر ويتردَّدُ، ونطَّرح ما يثقل ويبعد.

من ذلك: أن تكون إحدى العلَّتين حاظرة والأخرى مبيحة، فهما[٦] سواء[٧].

وقال ابن القصَّار، وأبو إسحاق، وأبو الحسن الكرخي: يقدم الحظر على الإباحة[٨].

والدَّليل على ما نقوله: أن الحظر والإباحة حكمان شرعيَّان، وتحليل الحرام كتحريم الحلال، فإذا تعارضت علَّةٌ مبيحة وحاظرة، وجب أن يتساويا، إذ لا مزيَّة لأحدهما على الآخر.

---

(١) العبارة من (وإذا أخبر أحدهما... إلى أن يظن) سقطت من (س).

(٢) وفي (س) (شيء).

(٣) عبارة (خارج عما جرت به العادة) غير واضحة.

(٤) وفي (س) (فدل).

(٥) إلى هنا ينتهي نص مخطوطة (س).

(٦) وفي (م) (هما).

(٧) وبه قال بعض الشافعية: «التبصرة»: ٤٨٤، «المسودة»: ٣٧٨.

(٨) وإليه ذهب بعض الشافعية. انظر المصدرين السابقين.

أمَّا هم، فاحتجَّ من نصر قولهم: بأنّ الحظر إذا اجتمع مع الإباحة، غلب الحظر على الإباحة، كالجارية بين الشَّريكين.

والجواب: على ما تقدّم: أنَّه ليس بين الجارية بين الشَّريكين وجه من وجوه الإباحة، بل الحظر قد تعرَّى من جميع وجوه الإباحة؛ لأنَّ الشركة حاظرة للاستمتاع، فبطل ما قالوه.

إذا ثبت ذلك، فمثاله: أن يستدل الحنفيُّ: على أنَّ الكلب إذا أكل من الصَّيْدِ، لم يَجُزْ أكله، فإنَّ هذا كلب قد أكل من الصَّيد، فوجب أن يحرم أكله. كما لو تعمَّد إرساله من غير تَسمِيَةٍ.

فيعارضه المالكيُّ بأنَّ هذا جارحٌ معلم، فلم يحرم صيده بأكله منه كالبازي.

فيقول الحنفيُّ: علَّتُنا أولى من علَّتكم؛ لأنَّها حاظرة، وعلَّتكم مبيحة.

والجواب: أنَّ هذا غلطٌ؛ لأنّ الحظر والإباحة حكمان شرعيَّان، وليس أحدهما بأولى من الآخر، ولا فرق بين من أحلَّ ما حرَّم الله، أو حرَّم ما أحَلَّ الله، فبطل ما قالوه.

فصل

إذا كانت إحدى العلَّتين توجبُ الحَدَّ، والأُخرى تسقطه، فهما سواء، وبه قال أبو إسحاق الشِّيرازي[1]. وقال بعض أصحاب الشَّافعي: المسقط للحدِّ أولى[2].

ودلينا: أنّ الشُّبهة لا تؤثِّر في إثبات الحدِّ في الشَّرع، والدَّليل عليه: أنَّه يجوز إثبات بخبر الآحاد، والقياس مع وجود الشُّبهة، فإذا تعارَض في ذلك دليلان، وجب أن يكونا سواء كسائر الأحكام.

---

(١) وإليه ذهب الحلواني، وبعض الشافعية. واختاره الغزالي. «التبصرة»: ٤٨٥ ، «المستصفى»: ٣٩٨ ، «المسودة»: ٣٧٧ .

(٢) وإليه ذهب أبو عبد الله البصري، وجاء في «المسودة» قولٌ آخر، وهو: أنّ المثبت للحدِّ أولى، وبه قال عبد الجبَّار بن أحمد، ومال إليه بعض الحنابلة. «المسودة»: ٣٧٧ .

أمَّا هم، فاحتجَّ من نصر قولهم: بمَا روي عن النَّبِيِّ ﷺ أنّه قال: «ادْرَأوا الحُدُودَ بالشُّبُهاتِ»[1]، و«ادْرَأُوا الحُدودَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فإنَّ الإمامَ لأَنْ يُخطىء في العَفْوِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يُخطىءَ في العُقُوبَةِ»[2].

والجواب: أنَّ هذا إنّما أُريدَ بِهِ عندَ القصاص والاستيفاء، ولهذا قال: «لأَنْ يُخطىء في العَفْوِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يُخطىءَ في العُقُوبَةِ»، ويدلُّ على الفرق بينهما أنَّه يقبل في إثبات الحدِّ، ولا يقبل في الاستيفاء إلَّا شهادة اثْنَيْنِ.

وجواب آخر: وهو إنّما أراد أن تكون الشُّبهة في السَّبَب، لا في نفس الحدِّ، ولذلك قال: من سَرَقَ مال ابنه لم يجب عليه الحدُّ، لأنَّ الشُّبهة قائِمَةٌ في السَّبب، ومن سرق من قبر كفناً، أو سرق مالاً لا يبقى من الأطعمة قطع؛ لأنَّ الشُّبهة قائمَةٌ في الحدِّ لا في السَّبب.

استدلُّوا: بأنّه لو تعارضَ سببان في ذلك، سقط الموجبُ للحدِّ، وثبت المسقط، فكذلك الدليلان.

إذا ثبت ذلك فمثاله: أنْ يستدلَّ الحنفيُّ أنّ المرأة إذا مَكَّنَتْ[3] مَجْنوناً من وطئها ألا حَدّ عليها بأنَّ هذا أمكنته من فعل ما لا يكون به زانياً، فلم يجب عليها حد، كما لو أمكنته من إيلاج أصبعه في قُبُلِها.

فيعارضه المالكيُّ بأنَّ كُلَّ معنى لو سقط به الحدُّ عن المرأة، لم يتعدَّ ذلك إلى الرَّجل، فإذا سقط به الحدُّ عن الرَّجل، لم يتعدَّ إلى المرأة، كاعتقاد الشُّبهة.

فيقول الحنفيُّ: ما قلناه أولى، لأنَّ علَّتنا مسقِطَةٌ للحدِّ، وعلَّتُكم مثبتةٌ له.

---

(١) ذكره الحارثي في سند أبي حنيفة عن ابن عباس مرفوعاً، وكذا هو عند ابن عدي، وقال السَّخاوي: قال شيخنا: في سنده من لا يُعْرَفُ: «المقاصد الحسنة»: ٣٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الحدود: (٢٥٤٥)، والدارقطني: ٣/ ٨٤. وفي إسناده ضعف، ورجَّح الترمذي وقفه.

(٣) وفي س (أمكنت).

والجواب: أنّ هذا خطأ؛ لأنَّه لو صحَّ ما قلتموه، لوجب أن لا يثبت الحدُّ بالقياس. وخَبَر الآحاد، وشهادة الشُّهود، وكُلُّ ما طريقه الظَّنُّ، ولمَّا ثبت بذلك الحدّ، بطل ما قالوه.

فصل

إذا كانت إحدى العلَّتين موجبةٌ للعتق، والأخرى غير موجبة له، فهما سواء، وبه قال أبو إسحاق[١].

وقال بعض المتكلِّمين: الموجبة للعتق تقدَّم[٢].

والدَّليل على ما نقوله[٣]: أنَّ لا مَزِيَّةَ للعتقِ على الرِّقِّ في كونه شَرعاً، فكان التّعارض[٤] فيهما كالتّعارض في غيرهما.

أمّا هم، فاحتجَّ من نصر قولهم: بأنَّ العتقَ مَبْنِيٌّ على التّغليب والسراية، ألا ترى أنه يسري إلى غيره، فإذا وقع، لم يلحقه الفسخ، فوجب أن يقدّم ما يقتضيه، ويوجبه على ما يخالفه.

والجواب: أنَّ قوة العتق على الرِّقِّ بعد الوقوع، فأمّا في نفس وقوعه، فلا فرق بينه وبين الرِّقِّ، فبطل ما قالوه.

إذا ثبت ذلك، فمثاله: أنْ يستدلَّ الحنفيُّ: في أنَّ الخالَ يُعْتَقُ إذا ملكه ابن أُخته، بأنَّه ذو رحم، فوجب عتقه بالملك أصله الأب.

فيعارضه المالكيُّ بأنَّ كل من جاز له أنْ ينكِحَ ابنته، لم يعتق عليه كابن العم.

فيقول الحنفيُّ: علَّتُنا أولى؛ لأنَّها تقتضي العتقَ، وهو مقدَّمٌ.

---

(١) وهو محيٌّ عن أصحاب الشَّافعيِّ. انظر «التبصرة»: ٤٨٧، و«المسودة»: ٣٧٧.

(٢) انظر «التبصرة»: ٤٨٧، و«المسودة»: ٣٧٧.

(٣) عبارة (على ما نقوله) سقطت من م.

(٤) ومكان هذه الكلمة بياض في (م).

والجواب: أنّ هذا يبطل؛ لأنَّه مَبْنيٌّ على التّغليب والسِّراية، ولا تُرجِّحُون به.

وجواب آخر: وهو أنّ التّغليب والسِّراية إنّما تحصل بعد وقوعه، ونحن ننازع في وقوعه، فبطل ما قالوه.

كمل كتاب إحكام الفصول في إحكام الأصول للقاضي أبي الوليد الباجي رحمه الله بتيسير الله وحسن عونه في يوم الخميس التاسع والعشرين لشهر ربيع الآخر عام أحد وثمانين وستمائة على يد العبد الفقير لربه المعترف بذنبه محمد بن أحمد ابن محمد بن أدهم النميري، وفقه الله وتاب عليه، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه الطيبين الطاهرين، وسلم أفضل التسليم[1].

(١) انظر ص٣٨ من مقدمة التحقيق آخر ص من نسخة الأصل.

openkandl.com