

بسم الله الرحمن الرحيم  
الأشباه والنظائر - للسبكي  
المؤلف : الإمام العلامة / تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي السبكي  
الناشر : دار الكتب العلمية  
الطبعة الأولى 1411 هـ - 1991م  
عدد الأجزاء / 2  
[ الترقيم أسفل الصفحات موافق للمطبوع ]  
مصدر الكتاب / مكتبة المدينة الرقمية

### الأشباه والنظائر

وضح فإنه لا ينفع : تكلم بحق لا نفاذ له وآس بين الناس في وجهك ومجلسك  
وعداك حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع الشريف في حيفك. البينة على  
من ادعى واليمين على من أنكر. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل  
حراماً أو حرم حلالاً لا يمنعك قضاء قضية بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت  
فيه لرشدك أن تراجع الحق ؛ فإن الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذي في  
الباطل. الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك ما لم يبلغك في الكتاب أو السنة  
"اعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك" ، "فاعمد إلى أحبها عند الله  
وأشبهها بالحق فيما ترى" ، واجعل لمن ادعى بينة أمدا ينتهي إليه ؛ فإن أحضر  
بينه أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه ؛ فإن ذلك أجلى للعمى وأبلغ في العذر ،  
المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في حد أو مجرّب في شهادة زور  
أو ضنين في ولاء أو قرابة. إن الله تولى منكم السرائر ودرأ عنكم بالبينات ،  
وإياك والفلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر للخصوم في مواطن الحق التي  
يوجب الله بها الأجر ويحسن بها الذخر ؛ فإنه من يصلح نيته فيما بينه وبين الله  
ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه  
غير ذلك يشنه الله فما ظنك بثواب غير الله عز وجل في عاجل رزقه وخزائن  
رحمته.  
والسلام عليك.

وقد قال السيوطي في أشباهه ونظائره : "إن فن الأشباه والنظائر فن عظيم به  
يطلع على حقائق الفقه ومداركه ومآخذه وأسراره ويتمهد في فهمه واستحضاره  
ويقندر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة  
والحوادث والوقائع التي لا تنقص على ممر الزمان ولهذا قال بعض أصحابنا :  
"الفقه معرفة النظائر".

وهذا ما نبه عليه الشيخ السبكي رحمه الله في مواضع عديدة من كتابه فدونك أيها  
القارئ بيان منهجه في أشباهه ونظائره.  
ولقد شرع المؤلف في كتابه بخطبة للكتاب بين فيها أهمية الفقه وأنواعه وأهمية

القواعد الفقهية ، وأثنى على كتاب القواعد لابن عبد السلام وكتاب الأشباه والنظائر لابن المرحل وأنه كان الدافع للمؤلف في تأليفه كتابه فأخذ في تحريره وإتمامه بإشارة والده له ولقد أضاف إليه الكثير قسم الناس تجاه كتابه إلى ثلاث فرق أثنى على الفرقة الثالثة وهي التي تقرأ وتستفيد وتعترف بالفضل فهذه الطريقة هي التي مدحها في كتابه بقوله :

صفحة 2 | 12

## الأشباه والنظائر

"وهذه طريقة قلّ سالكوها وبعد أن يوجد في حياة المصنف أهلها ، فعليهم سلام الله أحسن الناس وجوها...". ثم تكلم بعد ذلك عن تمهيد عاب فيه على من يقتصر على حفظ الفروع دون القواعد ، وبين رأي إمام الحرمين في أهمية القواعد وبين الفرق بين القاعدة وبين المدرك ، والضابط وأوضح رأي القاضي حسين في أهم القواعد التي ترجع إليها الفقه فبين هذا الأمر غاية البيان وأوضح كذلك رأي العز بن عبد السلام في إرجاع الفقه كله إلى قاعدة المصلحة المشهورة.

ثم شرع المؤلف رحمه الله إلى تقسيم كتابه إلى أبواب :

الباب الأول : في القواعد الخمسة المشهورة التي هي أساس لغيرها.

الباب الثاني : في القواعد العامة التي تأتي في درجة بعد القواعد الخمسة وقد تكلم الشيخ في هذا الباب عن سبع وعشرين قاعدة كلية.

الباب الثالث : القواعد الخاصة لكل باب من أبواب الفقه. تكلم الشيخ في هذا الباب عن خمس وثمانين ومائة قاعدة ، وقسمها إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : في قواعد ربع العبادات.

القسم الثاني : في قواعد ربع البيع.

القسم الثالث : في قواعد ربع الإقرار.

القسم الرابع : في قواعد ربع المناكحات.

الباب الرابع : "في أصول كلامية ينبنى عليها فروع فقهية".

وفي هذا الباب تحدث الشيخ عن السعادة والشقاوة وعن حقيقة العلم وعن الفرق بين الاسم والمسمى وعن حقيقة الكلام والفرق بين الملجأ والمضطر وشروط الإكراه الذي به ترتفع الأحكام وعن الخلاف في حقيقة العقد وتكلم في ذلك عن الحسن والقبح وكونهما شرعيين لا عقليين وبين الخلاف في ذلك وتحدث عن حقيقة الحياة وعن العلاقة بين الممكن والمؤثر وتكلم عن السبب والعلة وبين الفرق بينهما وبين الحكم فيما إذا دخل الشرط على السبب كما تكلم عن منع اجتماع علتين على معلول واحد ثم تكلم عن أحكام يضطر الفقيه إلى الحكم بتقدمها على أسبابها وغير ذلك من المسائل المهمات.

الباب الخامس : "في مسائل أصولية يتخرج عليها فروع فقهية تكلم الشيخ في

صفحة 3 | 12

ذلك الباب عن معنى التكليف وعن أنواع الأحكام وعن المعنى المقصود بصحة العقود وعن مدلول اسم الفاعل واسم المفعول والصفة المشبهة وسائر الأسماء المشتقة وعن منع اشتقاق اسم الفاعل من شيء يكون الفعل قائماً بغيره وتكلم عن العلاقة بين الفرض والواجب وعن حكم أخذ الأجرة على فرض العين وعن حكم ما لا يتم الواجب إلا به ، وتكلم عن فرض الكفاية وعن معنى السنة والنافلة والتطوع والمستحب والمندوب والمرغب فيه والمرشد إليه والحسن والأدب وتكلم عن أمور يتعلق التحريم فيها بمبهم وبين حقيقة الرخصة وغير ذلك من المسائل الأصولية المهمة ثم انتقل الشيخ إلى :

كتاب العموم والخصوص : تكلم فيه الشيخ عن صيغ العموم وتكلم كذلك عن قواعد مهمة لا يستغني عنها الفقيه...

وكتاب الإجماع : تكلم فيه عن حكم الأجماع السكوتي وعما يتعلق بقول الصحابة رضي الله عنهم : "فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا"... وكتاب القياس : تكلم فيه الشيخ عن قياس العكس ومسألة هل تثبت اللغة قياساً وغير ذلك مما يتعلق بمسائل القياس.

وكتاب الاستدلال : تكلم فيه عن قول الصحابي وحكم حجته وغير ذلك.

وكتاب الترجيح : تكلم فيه عن الحكم فيما إذا تعادلت الأمارات وكذا لو تعارض العام والخاص ، وقول : التخصيص أولى من المجاز ، والفرق بين ما ثبت بالنص وما ثبت بالأخبار.

وكتاب الاجتهاد : تكلم في عن عدم قابلية خطأ رسول الله صلى الله عليه وسلم.

الباب السادس : "كلمات نحوية يترتب عليها فروع فقهية ، وقسم هذا الباب إلى قسمين : الأول في المفردات من الأسماء والحروف وبعض الأفعال ، والثاني : في المركبات والتصرفات العربية. وذكر قسماً ثالثاً في إعراب الآيات التي يترتب على تخريجها أحكام شرعية وهذا القسم الذي أشار إليه في مقدمة هذا الباب ثم نعثر عليه فيما بين أيدينا من مخطوطات.

الباب السابع : وهو الباب الذي تكلم فيه الشيخ عن المآخذ المختلف فيها بين الأئمة التي ينبني عليها فروع فقهية.

تحدث الشيخ تاج الدين في ذلك الباب عن سبب اختلاف الفقهاء وبين الخلاف

بين الشافعي. وأبي حنيفة في المعنى المذهب في الزكاة وتكلم عن الخلاف في علة ربوية الأشياء المنصوصة إلى غير ذلك مما يطالع به الكتاب.

وفي نهاية هذا الباب تكلم عن تقاسيم أدخلها بعض الفقهاء في القواعد وليست

منها.

الباب الثامن : في الأغاز.

ثم ختم كتابه بأدعية مأثورة عن النبي صلى الله عليه وسلم.  
وبهذا نكون قد ألقينا الضوء على منهج المؤلف في كتابه الأشباه والنظائر الذي قال عنه ابن نجيم : "لم أر كتابا يحكي كتاب الشيخ تاج الدين السبكي الشافعي رحمه الله تعالى".

صفحة 5 | 12

الأشباه والنظائر

ترجمة الإمام ابن السبكي :

اسمه ونسبه 1 :

عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى بن تمام العلامة قاضي القضاة تاج الدين أبو نصر ابن الشيخ الإمام شيخ الإسلام تقي الدين أبي الحسن الأنصاري الخزرجي السبكي ونسبته إلى سبك "من أعمال المنوفية بمصر".

مولده : ولد في القاهرة سنة سبع وعشرين وسبعمائة ، وقيل : سنة ثمان في السلطنة الثالثة للناصر محمد بن قلاوون.

نشأته وطلبه للعلم :

من المعلوم ضرورة أن البيئة من العوامل المؤثرة في تكوين الشخصية وهي تتدخل في توزيع الاتجاهات والاستعدادات والميول وهي التي تميز كل امرئ عن الآخر فإن لعواملها تأثيرًا "سيكولوجيا" كبيرًا عن انطباعات كل إنسان عن الكون والحياة.

وفي خصومة هذه العوامل تنبت براعم الاتجاهات الخاصة التي تشكل ملامح

1 انظر ترجمته في البداية والنهاية 14 / 316. الدرر الكامنة 2 / 425. قضاة دمشق ص 106. النجوم الزاهرة 11 / 108. البيت السبكي ص 14-45. حسن المحاضرة 1 / 182. البدر الطالع 1 / 410. شذرات الذهب 6 / 221. طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 3 / 104. هداية العارفين 1 / 639 بروكلمان 2 / 89. معجم المؤلفين 6 / 225.

صفحة 6 | 12

الأشباه والنظائر

البارزة لوجهة الشخصية ، ولقد منح الله العلي الغفار الإمام الحبر البحر عبد الوهاب السبكي بيئة ذات طابع متميز فساعده على تنمية مواهبه وإشراقه بنوعه فهي بيئة علمية التقت به من جميع جوانبه فوالد تقي الدين علي بن عبد الكافي بن

علي بن تمام بن يوسف بن موسى أبو الحسن الأنصاري الخزرجي السبكي وكفى بذلك شاهداً. فلقد رأى الشيخ عبد الوهاب وفود العلماء وهي تنسل إلى مجلس أبيه وينهلون من علمه ويقيدون فوائده فليس غريباً أن يبدأ مبكراً في حفظ كتاب الله والعكوف على طلب العلم ؛ فقد نشأ في أسرة عريقة ويعتبر تاج الدين من أجل وأعظم رجال الأسرة السبكية الذين ذاع صيتهم في دولتي المماليك ؛ لامتيازهم في العلم وفي مناصب التدريس والقضاء فلم يعيش تاج الدين إلا نحو أربعة وأربعين عاماً لكن حياته على قصرها كانت ملأى بالإنتاج العلمي الذي جعله من الأئمة باعتراف معاصريه ومن جاءوا بعده.

وتدل آثاره وموافقه في المحن التي عاناها وآراء من كتبوا عنه على أنه كان -إلى جانب ما امتاز به من علم غزير وذكاء حادٍ ولسان طلق وبديهة حاضرة وحجة قوية وصبر على العمل المنتج وسعة صدر وثبات في الملمات وترفع واعتداد بالنفس ورقة إحساس وعطف على الإنسان والحيوان من أولئك ذوي الشخصيات الضخمة والنفوس القوية والأخلاق المتينة ؛ أولئك الذين يسمون بأنفسهم فوق منافعهم الخاصة ويأبون وإن تهيأت لهم كل أسباب الراحة في الحياة ، وأن يصبروا على فساد بيئة أو طغيان قوة أو موت حق وقيام باطل ، فلم يكن من أولئك الأندال أشباه الذين يرحبون بالفساد يستغلونه لمآربهم ويسخرونه لمنافعهم. بل أثر أن يكون من رجال الإصلاح وإن أوذى واضطهد ، فعزل غير مرة واعتقل بقلعة دمشق ، لكن العالم الإسلامي وقد نسي مضطهديه واضطهاده لم ينس له في حياته ولن ينسى له بعد مماته فضله وآثاره 1 ؛ فقد كان تاج الدين في طلبه للعلم شغوفاً لم يألُ جهداً في تحصيله فحضر وسمع بمصر من جماعة ثم قدم دمشق مع والده في جمادى الآخرة سنة تسع وثلاثين وسمع بها من جماعة واشتغل بالعلم على والده وغير ودرس بمصر والشام وبمدارس كبار العلماء منها العزيزية والعدلية الكبرى والغزالية والعزراوية والشاميين والناصرية والأمينية وغير ذلك من المدارس.

1 البيت السبكي 13-14.

صفحة 7 | 12

الأشباه والنظائر

شيوخه :

1- علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى تقي الدين أبو الحسن الأنصاري الخزرجي السبكي وهو والد الشيخ تاج الدين فقد طلب العلم على يديه- قال عنه ولده كما ولي التدريس في المدرسة الشامية البرانية "فما حل مغربها ولا اقتعد بمشرقها أعلم منه" ، وقد كان والده رحمه الله حريصاً على تثقيفه على يد كبار العلماء ممن يثق في علمهم ويطمئن إلى وسائلهم في الدرس



والتلقين.

2- يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف بن عبد الملك بن يوسف الإمام العلامة الحافظ الكبير شيخ المحدثين عمدة الحفاظ أعجوبة الزمان جمال الدين أبو الحجاج الدمشقي المزني.

قرأ الشيخ تاج الدين السبكي عليه وأخذ من علمه الكثير واستفاد منه.

3- محمد بن أحمد بن عثمان بن قائماز الإمام العلامة الحافظ المقرئ مؤرخ الإسلام أبو عبد الله الفارقي الدمشقي المعروف بالذهبي ؛ فإن السبكي محدث العصر وخاتم الحفاظ القائم بأعباء هذه الصناعة وحامل راية أهل لسنة والجماعة إمام أهل عصره حفظاً وإتقاناً وفرد الدهر الذي يذعن له أهل عصره وقد لازمه شيخنا وأخذ عنه الكثير وتخرج به وغير ذلك من المشايخ الذين أخذ عنهم الشيخ الإمام.

4- عبد العزيز بن محمد بن جماعة بن صخر الكناني الشافعي ، ولد في تاسع عشر المحرم سنة سبع وستين وستمائة وتوفي بمكة سنة أربع وتسعين وسبعمائة ودفن بالحجون 1 وغير ذلك ممن نال الشيخ رحمه الله شرف الأخذ عنهم. ثناء العلماء عليه :

لقد أثنى عليه جمع من العلماء منهم الذهبي وذكره في المعجم المختص وأثنى عليه ، وقال ابن كثير : جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاضٍ قبله ، وحصل له من المناصب ما لم يحصل لأحد قبله ، قال عنه الحافظ شهاب الدين بن حجي : حصل فنوناً من العلم ومن الفقه والأصول وكان ماهراً فيه والحديث والأدب

1 البدر الطالع / 1 359.

صفحة 8 | 12

الأشباه والنظائر

وبرع وشارك في العربية وكانت له يد في النظم والنثر جيد البديهة ذا بلاغة وطلاقة لسان وجراءة جنان وذكاء مفرط وذهن وقاد. قال ابن قاضي شهاب : وانتهت إليه رئاسة القضاء والمناصب بالشام وحصلت له محنة بسبب القضاء ، وأوذى فصير وسجن وعقد له مجالس فأبان عن شجاعته وأفحم خصومه مع تواطئهم عليه ثم عاد إليه مرتبته وعفا وصفح عمن قام عليه وكان سيذا جوادا كريما مهيبا تخضع له أرباب المناصب من القضاة وغيرهم. وقال عنه الحافظ شهاب الدين بن حجي : "حصل فنونا من العلم". تصانيفه :

1- شرح مختصر ابن الحاجب في مجلدين سماه "رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب".

- 2- شرح المنهاج للبيضاوي في الأصول.
  - 3- الأشباه والنظائر وهو الذي ما نحن بصدده.
  - 4- طبقات الفقهاء الكبرى والوسطى والصغرى.
  - 5- "الترشيح" في اختيارات والده ، وفيه فوائد غريبة.
  - 6- التوشيح على التنبيه.
  - 7- التصحيح في الأصول.
  - 8- المنهاج في الأصول.
  - 9- جمع الجوامع : في أصول الفقه وشرحه.
  - 10- منع الموانع : وهو شرح جمع الجوامع السابق الذكر.
  - 11- "جلب حلب" وهو جواب أسئلة سأله عنها الأذرعي.
  - 12- أحاديث رفع اليدين.
  - 13- أوضح المسالك في المناسك.
  - 14- ترجيح تصحيح الخلاف.
  - 15- تبين الأحكام في تحليل الحائض.
  - 16- جزء في الطاعون.
  - 17- الدلالة عن عموم الرسالة.
- صفحة 9 | 12

## الأشباه والنظائر

- جوابًا عن أسئلة أهل طرابلس.
- 18- رفع الحوبة في وضع التوبة.
  - 19- السيف المشهور في شرح عقيدة أبي منصور الماتريدي.
  - 20- فتاوى.
  - 21- مصنف في الأغاز.
  - 22- معيد النعم ومبيد النقم.
  - 23- مناقب الشيخ أبي بكر بن قوام.
- وفاته :

توفي الشيخ رحمه الله شهيداً إثر مرضه بالطاعون في ذي الحجة ليلة الثلاثاء سنة إحدى وسبعين وسبعمائة عن أربع وأربعين سنة.

نسبة الكتاب :

من الأمور اليقينية التي وقعت لنا في تحقيق هذا الكتاب نسبته إلى مؤلفه ، فقد أجمع المؤرخون على نسبته إليه ولقد وجد اسم الكتاب منسوباً إلى ابن السبكي رحمه الله على كلا النسختين اللتين اعتمدنا عليهما في ضبط الكتاب وكذلك لقد اقتبس كثير من العلماء من الكتاب وأحالوا عليه وأشادوا به مثل السيوطي في مواضع عديدة من أشباهه ونظائره ، وابن نجيم وأحمد بن صاحب شرف الدين

محمد بن أحمد المصري. له مؤلف اختصر فيه الأشباه والنظائر للشيخ رحمهما الله مسمى نواضر النظائر.  
وصف المخطوط :

لقد اعتمدنا في ضبط نص ذكر الكتاب على نسختين :  
النسخة الأولى : وهي المحفوظة بدار الكتب المصرية تحت رقم "1476" بخط واضح جيد تقع في 240 لوحة مسطرتها 31 سطرا وقع في نهايتها قوله : "قال مؤلفه رحمه الله نجز الفراغ من هذا الكتاب نفع الله به في السابع من شهر ربيع الأول سنة ثمانٍ وستين وسبع مائة على يد مؤلفه عبد الوهاب ابن السبكي غفر الله له وكان نجاهه بدار الخطابة بالجامع الأموي بدمشق والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً".  
صفحة 11 | 12

### الأشباه والنظائر

وجعلنا هذه النسخة أصلاً ورمزنا لها بالرمز "أ".  
النسخة الثانية : وهي المحفوظة بمكتبة البلدية بالإسكندرية. بخط واضح تقع في 225 لوحة مسطرتها 27 سطراً وقع عليها بعض التملكات للفقير إلى الله الغني عبد الرحمن ابن الشيخ محمد الحكم غفر الله له ولوالديه.  
وقع في آخرها قوله : "قال مؤلفه رحمه الله : نجز الفراغ من هذا الكتاب نفع الله به في السابع من شهر ربيع الأول سنة ثمانٍ وستين وسبع مائة على يد مؤلفه عبد الوهاب ابن السبكي غفر الله له وكان نجاهه بدار الخطابة بالجامع الأموي الكبير بدمشق والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب والحمد لله على كل حال".  
وهذه النسخة بها سقط في مواضع عديدة من الكتاب وزيادات في غير موضعها نبهنا على ذلك في تعليقنا إلا في مواضع قليلة أغفلناها ؛ لعدم أهميتها.  
ورمزنا لهذه النسخة بالرمز "ب".

هذا وقد أجهدنا ضبط ذلك النص جهداً كبيراً ، فإن كان فيه من خير فله الحمد والمنة ، وإن كان غير ذلك فنسأل الله أن يجنبنا الخطأ والزلل.  
والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.  
صفحة 12 | 12

### الأشباه والنظائر

#### مقدمة المصنف

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المصنف :

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.  
الحمد لله الذي جلَّ عن الأشباه والنظائر ودلَّ على طرق الهدى بالأقوال



الصحيحة والوجوه والنظائر وحل لنا بالنظر في آثار سلفنا عند المشكلات وفي الذهبين الأولين من القرون لنا بصائر.

أحمدته على نعم لو رام اللسان حصرها لوقع في حصر وَعَيَّ. وأستغفره لذنوب ما عداني عددها في الخائفين إلا وحشرنني في زمرة الراجين رحمته التي وسعت كل شيء ، وأستهديه بهداه الذي لا يضل من أنعم به عليه ولا يستهديه شيطانه ، وأشهد أن سيدنا محمد المصطفى خير نبي أرسله وأفضل مخلوق منحه الفضل مجمله ومفصله ، وأنقذنا به من الهلكة والبأس ، وجعلنا به من خير أمة أخرجت للناس صلى الله عليه وعلى آله وصحبه ما ترددت الأنفاس. أما بعد :

فإن العلوم وإن كانت تتعاضم شرفا وتطلع في سماء من كوكبها شرفا وينفق العالم من خزائنها ، وكلما زاد ازداد رشدا وعدم سرفا ، فلا مرية في أن الفقه واسطة عقدها ورابطة حلها وعقدها وخالصة الربح من نقدتها به يعرف الحلال والحرام ويدين الخواص والعوام ويتبين مصابيح الهدى من ظلام الضلال وضلال الظلام. قطب الشريعة وأساسها وقلب الحقيقة الذي إذا صلح صلحت ورأسها وأهله سراة الأرض [الذين] 1 لولا هم لفسدت بسيادة جهالها وضلت أناسها.

1 في ب الذي.

صفحة 3 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهّالهم سادوا أي : ولولا هم لاتخذ الناس رءوسا جهالا فأفتوا بغير علم ، فضلوا وأضلوا وخبطوا خبط عشواء فما حرموا ولا حللوا بل حلوا عرى الإيمان حيث حلوا ، وشكت الأرض منهم وقع أقدام قوم استزلهم الشيطان فزلوا. فله الفقهاء نجوم السماء ، تشير إليهم بالأكف الأصابع ، وشم الأنوف يخضع لديهم كل شامخ الأنف رافع ، ونظام الوجود ويضوع بهم مسكا ظهر الأرض فما يظن نعمان ، إن مشت به زينب في نسوة حاسرة البراقع وحلقوا على نور الإسلام كسوار المعصم قائلين لأهله والحق سامع. أخذنا بأفاق السماء [عليكم] 1 لنا قمرها والنجوم الطوالع

أي : وزينة الأرض التي بموطئ أقدامهم تقبل الشفاه حلالها وبإحاطة أحكامهم وإحكامهم يذكر حرامها وحلالها وترشف من زلالها ماء حلالها ، فلا مزنة ودقت ودقها ، ولا أرض [أبقل أبقالها] 2 :

ولقد ساروا في مسالك الفقه غورا ونجداً ، وداروا عليه هائمين به وجدا وصاروا حامليه ومؤديه حتى إلى غير فقيه فعم نفعاً وأفاد وأجدى. فسار به من لا يسير

مشمرا وغني به من لا يغني مغردا  
وتفرقت بهم في جملة الأنحاء وتشعبت الطرق وتعددت الأهواء وتباينت الأخلاق  
والقدر المشترك بينهم سواء فمنهم - وكلهم أحب حب الخير - من سار على منهاجه  
أحسن سير وجرى في موافقه على منواله غير متعرض إلى غير ، ومنهم من  
جعل دأبه رد الخصوم وخصم المخالفين فلا يفوته الطائف منهم في الأرض  
يحوط ولو أنه الطائر في السماء يحوم ، وإقامة الحجج والبراهين [فمنها] 3 معالم  
للهدى ، مصابيح تجلو الدجى والأخريات رجوم.  
ومنهم من قال : الكيس ، الكيس ، وأحب أن بطرف علومه بطرق المسائل ويوقظ  
من الأذهان ما هو في سنة الغفلة وما ليس.

1 سقط في ب.

2 وفي ب : "أثقل أثقالها".

3 وفي ب : "منهما".

صفحة 4 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

وإذا تكون كريمة يدعى لها وإذا يحاس الحيس  
فعمد إلى مسائل 1 ركبها ، ومطارات 2 اطلع في سماء الفقه كوكبها ، ومولدات  
افتض أبقارها ، وأجرى في عسكر الجدل موكبها وسيد هذه الطائفة من أصحابنا  
أبو بكر بن الحداد 3 صاحب الفروع الغرائب وصاحب ذيل الفضل على أهل  
المشارك والمغرب ، والضارب مع الأقدمين بسهم والناس تضرب في حديد بارد  
، وابن الحداد يضرب في ذهب ذائب ، "الفاعل الفعل لم يفعل لشدته ، والقائل  
القول لم يترك ولم يقل" ، تقدم هذه الفرقة تقدم النص على القياس وسبق وهي  
تناديه : ما في وقوفك ساعة من باس وتصدر ولو عورض لقال لسان الحال  
للحق : مروا أبا بكر فليصل بالناس.

وعمد منحطون عن هذه الرتبة إلى مسائل الغاز ، وطرحوا حقائقها على الطلبة  
ليختبروا ما عندهم من العلم ، فلكل ذهن عليها نجاز وامتحانهم بها ، فمن حج  
أبان صفا قلبه ليستلم ركنه بأنه ليس بحجر أسود بل صبح أبيض لا حجاب دونه  
ولا حجاز.

وقال آخرون : المهم المقدم وخير ما سلك [الطريق] 4 الأقوم.  
والذي أقول - والله أعلم - إن من أهم ما عني به الفقيه وجعله المدرس دأبه الذي  
يعيده ويبيديه وشوقه الذي يلقيه ويلقيه بالقيام بالقواعد وتبيين مسالك الأنظار  
ومدارك المعاهد.

1 جمع مسألة ، والمسألة لغةً : السؤال ، الصحاح 5 / 1723 ، لسان العرب 3 / 1906 ، واصطلاحًا : مطلوب خبري يبرهن عليه في العلم "الجمل على المنهج 1 / 26 ، قليوبي على المنهاج 1 / 16".

2 قال أبو عبد الله بن القطان في أول المطارحات : التحاسد على العلم داعية التعلم ومطارحة الأقران في المسائل ذريعة إلى الدراية والتناظر فيها ينفخ الخواطر والأفهام والخجل الذي يحل بالمرء من غلظه تبعثه على الاعتناء بشأن العلم ليعلم ويتصفح الكتب ، فيتسبب بذلك إلى بسط المعاني ويحفظ الكتب المنثور 3 / 398.

3 هو أبو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر الكناني المصري المعروف بابن الحداد كان إماما مدققا في العلوم. شيخ الشافعية في زمانه ، ولد يوم موت المزني في رمضان سنة أربع وستين وكان كثير العبادة يصوم يوما ويفطر يوما ، قال ابن زولاق : إنه صنف كتاب الباهر في الفقه في مائة جزء وكتاب الفروع المولدات ، قال الشيخ أبو إسحاق : مات سنة خمس وأربعين وثلاثمائة. وفيات الأعيان 3 / 8336 ، تذكرة الحفاظ 3 / 899 ، طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة 1 / 130 وطبقات الشافعية لابن هداية الله ص 71.

4 في ب : "السبيل".

صفحة 5 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

وكيف ائتلاف النظائر ، واختلاف المآخذ. واحتماع الشوارد. وذلك أمر شديد ، لا ينال بالهويناء والهدوء. ولا يدرك شأوه إلا من تصدى بأعماله قلب وقالب. لا يزال ذات نمو. ولا يحوم على حماه إلا من بين ذاته والسواد 1 مانعة الجمع وبين أفكاره والسهاد مانعة الخلو. إن لمحت له بارقة اختطفها ، وإن لاحت له نادرة بادر إلى ثمرتها واقتطفها ، وإن قدمت عليه غريبة ردها إلى وطنها بعدما اقتطفها ، يعمل أفكاره ، ويدأب ليله ونهاره ويستسقي كل جعفر ولو نضب ماؤه وتنحت عنه أطياره ، ويرعا ، ولو وقف ذهنه الأنجم السيارة ولا يحجم ذهنه إذا ازدحمت المعضلات بل تقدم قائلا : "أنا ابن داره" يمر به المعضل فيقتحم في حله أهوالا ولا يقول : أهابك إجلالا ، بل يستحل مريره وينشد من يعيبه. ومن يك ذا فم مر مريض يجد مُرًا به الماء الزلالا

فإذا أحكمه وجعله تحت حكمه شد حيازم عزمه وأنفق من خزائن علمه. ولم يخش من ذي العرش إقلالا ، هكذا هكذا وإلا فلألها ولقد ألف سلطان العلماء -أبو محمد- عز الدين بن عبد السلام 2- قواعده. بل رصف فرائده ووضع قلائده وجمع فوائده ونوع موائده وقال فلم يترك مقالا لقائل وتسامى ولم يسمع أين الثريا من يد المتناول وتعالى كأنما هو للنيرين متناول ، وتصاعد درج السيادة حتى

فاق الآفاق ، وتباعد عن درجات معاصريه فساق أتباعه أمما وشاق ومضى  
وخلف ذكرا باقيا ما سطر الأوراق في الأوراق وأقبل كأنه تسعى بين يديه  
الأنوار ، وترفل في أثوابه أزهارها ونوار ، وجاء بيانه البديع بالمعاني البسيطة  
في اللفظ الوجيز الذي يحلو عليه التكرار وشاع اسمه كأنه علم في رأسه نار.  
وجاء هذا الكتاب على وفق مطلوبه ، كاملا في أسلوبه شاملا

1 في ب : "الوساد".

2 عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن الشيخ الإمام العلامة وحيد  
عصره سلطان العلا ، عز الدين أبو محمد السلمي الدمشقي ثم المصري ، ولد  
سنة سبع أو ثمان وسبعين وخمسائة ، وتفقه على الشيخ فخر الدين بن عساكر  
وقرأ الأصول على الأمدي وجمع بين فنون العلم.

قال ابن قاضي شهبة عن كتاب القواعد الكبرى وهو الكتاب الدال على علو  
مقداره وله تصانيف عديدة انظر ترجمته في :

فوات الوفيات 1 / 287 ، طبقات الشافعية لابن السبكي 5 / 80 ، البداية والنهاية  
13 / 235 ، شذرات الذهب 5 / 301 ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 2 /  
109.

صفحة 6 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

للفضل بعيده وقريبه شفاء لما في الصدور ووفاء لما للعلم في ذمة بني الدهور  
وصفا يروق به موارد السرور ، واكتفى بما تعلق به الرجاء من عظام الأمور ،  
أولا لا يحتاج إلى ثانٍ ومكملا ليس عنه ثانٍ ، ومونلا للطلبة ليس عليه إلا مثنٍ -  
وقضى السجع بأن أقول : ثانٍ كأنما صعد صاحبه السماء وأخذ بدرها أو غاص  
البحار واستخرج درها ، لا والله- بل بعثر القلوب وأفشى سرها ، ثم جمع الإمام  
العلامة صدر الدين محمد بن عمر بن المرحل 1 كتابا في الأشباه والنظائر في  
الفروع طاول فيه الفراقد وحاول المعالي فسهر في طلبها ، وخلف ألف راقد  
وتناول النجم قناداه لسان الإنصاف. ولما رأيت الناس دون محله تيقنت أن الدهر  
للناس ناقد ولقد جاوز قدر كل ذي قدر ، وزاحم الرءوس في مجالس المعالي ،  
ويد الحق تضع في الصدر الصدر وتضايق القوم حيث فسح له وأنشد : لعمر ك ما  
يغني الثراء عن الفتى إذا حشرت يوما وضاق بها الصدر  
ضاق بها وهي في مجالس العلم الصدر ، ولكن صدر الدين وراق بها ربعا وإن  
بعد عهده فلا يتغير ، وإن غير النأي المحبين وساق منه هديا لحفظه التقي فنسيانه  
ضلال مبين ، وساق منه كتابا يتلقاه ذو المعرفة باليمين ، فما هاج شوقي إلى ما  
أنا بصدده إلا كتابه لا حمامه ، ولا بعث على هذه الكلمات سواه لما سمعت كلامه

، فلقد بعثني [فأقام] 2 على ليلي من الفكر القيامة لأنني مع استحسانه وجدته محتاجا إلى تحر في تحريره ، وممر عليه من أوله إلى آخره لكونه مات وهو مجموع مفرق ؛ لتبذيره من غير تدبيره ، منسوب في نفسه إلى قصوره غير منسوب إلى مصنفه ، وقد عارضته المنية إلى تقصيره .  
فعمدت إلى هذا الكتاب فاجتلبت زبده وقذفت في بحر فوائد زبده وجمعت عليه من الأشباه نظائر كالأرواح جنودا مجددة وحررته في الدجى بشهادة النجوم ولاقبت عسره

1 محمد بن عمر بن مكي بن عبد الصمد بن عطية بن أحمد ، يقال عبد الصمد بن أبي بكر بن عطية الشيخ الإمام العلامة ذو الفتوق صدر الدين أبو عبد الله ابن الشيخ الإمام الخطيب زين الدين أبي حفص العثماني المعروف بابن المرحل وبابن الوكيل. ولد بدمياط في شوال سنة خمس وستين وستمئة ، وقال السبكي في طبقاته : كان الوالد يعظمه ويحبه ويثني عليه بالعلم وحسن العقيدة. توفي في ذي الحجة سنة ست عشرة وسبعمائة بالقاهرة.

طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 2 / 233 ، ابن السبكي 6 / 23 والبداية والنهاية 14 / 80 ، وفوات الوفيات 2 / 254 حسن المحاضرة 15 / 237.

2 في ب : "وأقام".

صفحة 7 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

بهمة نبذت سهيلا بالعراء وهو مذموم ، وجلوت من الأشباه عروس شباب لا شبيه لها مظنون ولا معلوم ، إن قلت كما قال حسان : لم يفتها شمس النهار بشيء فلست أقول : غير أن الشباب ليس يدوم  
لأنها كلمات أعدها من الباقيات الصالحات والدائمات السابقات ، تعوذ بالرقى من غير خبل وتعقد في قلاندها التميم ، ثم لم أقدم على هذا الكتاب إلا بإذن سيدي الشيخ الإمام الوالد -قدس الله سره المصون- فإنه أذن لي [فيه] 1 وشرعت في ذلك في حياته ، وكتبت منه قطعة شملها نظره الميمون فأعجب له رقا حرره بالكتابة عبد مأذون. نعم حررته وزدت عليه ما ينيف عن نصف مقداره ويضيف الزهر إلى أزهاره ويخيف من سلك غير طريقه فإنه [علي] 2 لاحب ولا يهتدي بمناره ، ونقصت منه ما يورثه نقصا ويكاد به يقصر ويقصى ، وخصصته بعموم فضائل لا تحصى ، ما بين قواعد أهملها رأسا ، وزوائد أغفلها -ومن ذا الذي لا ينسى- وفرائد تطلع في أفق المسائل قمرا وشمسا ، بحيث جمع فأوعى قاصيا ودانيا ونطق فأسمع قريبا ونائيا. ولو أن واش باليمامة داره وداري بأعلى حضرموت اهتدى ليا



ولاح للمريد سلوك طريقه وراح الفقيه المستفيد بيدي ويعيد ، ولا مزيد على تحقيقه ، ونفق سوقه فلا يجد من يستطلع في ظلام الشبهات غير صبح فضله استغلظ فاستوى على سوقه ، وكمل كتابا طبخ قلوب الحاسدين لما استوى ، وسحابا لا تغير معه الأغراض الأهوية قائلة : لا نبرح نحن ولا أنت مكانا سوى : "وعبابا إذا عافى الله مريض القلب وكرع فيه منصفا ظهر ما قلناه ، وبدي من بعد ما اندمل الهوى ، وحكما يقضي القضايا اقتضيته وتقول : أنت الحكم الترضى حكومته ، والله أعطاه فضلا من عطيته فلتشكر عطيته نبهت له الذهن والناس نيام وأيقظت الفكر فأضاء مصباحه في الظلام وأعلمت فيها القلب فجلس ينجي الملك العلام. فله من وارداته مقام عبد تجيب فيه الملائكة من عز الكلام. داعي الله لا من دعت ساق حر نزحه وترنما ومحفل فكر يسبك فيه ذهب القلوب على الحق ولا ضرب صواع يكفيه درهما ، ومجلس علم يفوق مجلس الذكر ومتعلقا بجلوسه صلى الله عليه وسلم في مجلس المعلمين وقوله : "إنما بعثت معلما" 3 فكم سفه

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 أخرجه ابن ماجه 1 / 117 في المقدمة ، باب فضل العلماء والحث على طلب العلم "229".

قال البوصيري في زوائده : هذا إسناد فيه بكر وداود وعبد الرحمن وهم ضعفاء وقال رواه أبو داود الطيالسي والحارث بن أبي أسامة في مسنديهما من طريق عبد الرحمن الإفريقي به.

صفحة 8 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

أحلام النيام ما في تلك اليقظة من رشد يهذب ويحرر. وكم بت مستخبرا علمي ، وأستمد فكري وقلمي فهذا ينشئ وهذا يخبر ، وكم لظلام الليل عندي من يد تخبر ولست مع ذلك أبرئ كتابي من كل نقص ومعرفة. ولا أبيع به بشرط السلامة من كل عيب يكره ، ولا أدعي أنني استوعبت فيه ولا أن الأشباه جمع كثرة.

ولا آمن طائفة تطوف على محاسنه فتأخذها وتدعيها [وتدخل] 1 وتخرج وليت لها أذن واعية فتعيها وتسرق من حرزها نصابا لا شبهة لها فيه ولن يكفيها وتسبح في بحره فتشهب كبار الدرر وتسرح في روضه فتجني على مصنفه ، وتجني كل زهر وتسرق ثمره وتقول لا قطع في ثمر ولا كثر. نعم لكائي بفرق ثلاث : فرقة تفرق شمل محاسنه وتنكرها ، وتجتلي عرائسه ثم

تتشعب قبيلتين خيرهما التي لا تجعلها بمذام ولا تذكرها والأخرى تبيت منه في نعم وتصبح تكفرها. وأظلم أهل الظلم من بات حاسدا لمن بات في نعمائه يتقلب لعب بها شيطان الحسد وشد وثائقها الذي لا يوثق به بحبل من مسد ، وتصرف فيها والشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم في الجسد ، تصرف فيهم فنوى كل منهم السوء ولكل امرئ ما نوى ، وتحكم فغوى بحكمه من غوى ، وجرى بهم في ميدان الحسد حتى وقف الهوى ، فلزموا إنكار الجميل لزوم جميل بثينة وغريم ألد تقاضي عزة دينه وجر جريراً فسماه صائده الفؤاد وهو يعرف كذبه وميته ، لا بل لزوم الأعراض للجواهر والغيم للنهار الماطر والليل للنجم الزاهر. وآخر من فيه ثانية : يسمع كلامه ولا يفهمه ويصبح في بحره ولا يعلمه [ويصبح] 2 ظمان وفي البحر فمه ومثل هذا لا يفتقد حضوره إذا غاب ولا ينتقد كلامه إذا جاب الصخر وخاب ولا يؤهل لأن يعاب إذا عاب.

1 في "ب" فتدخل.

2 في ويسبح.

صفحة 9 | 466

الأشباه والنظائر

مقدمة المصنف

وكم من عائب قولاً صحيحاً [وأفته من الفهم السقيم] 1

ولا يؤهل لأن يعاب إذا عاب

وآخر من فيه ثالثة : تغترف من بحره وتعترف ببره ويقتطف من زهره ما هو أزهر من الأفق وزهره وتلزم الثناء عليه لزوم الخطب للمنابر والأقلام للمحابر والأفكار للخواطر والمؤمن للطاعة في الليل الكافر ، وتعالج به جراحات الشكوك كأنه لها مراهم ويقطع بقواطعه ما أورث سوء الظن وأوهم وتقول : لو بيع فصل منه لاشتريته كما قيل بألف درهم.

وهذه طريقة قل سالكوها ، وبعيد أن يوجد في حياة المصنف أهلها فعليهم سلام الله أحسن الناس وجوهاً وأنضر هموماً.

وها أنا أبرز لك هذا المجموع وأحمل إليك هذا الموضوع ، وأخرجه غير مقطوع الفضل ولا ممنوع والله أسأل أن يتقبله وأن يغفر خطأ مصنفه وأن يدخله الجنة بفضله فإنه لن يدخلها بعمله ولو كان له عمل فكيف ولا عمل له.

1 من قوله وأفته من الفهم السقيم إلى قوله : قال الرافعي فجواز الاستعمال على

قولي الأصل سقط في ب.

صفحة 10 | 466

الكلام في القواعد الفقهية والمدارك الشرعية والمآخذ الأصولية :  
حق على طالب التحقيق ومن يتشوق إلى المقام الأعلى في التصور والتصديق أن  
يحكم قواعد الأحكام ليرجع إليها عند الغموض وينهض بعبء الاجتهاد أتم  
نهوض ثم يؤكد بالاستكثار من حفظ الفروع ؛ لترسخ في الذهن ثمرة عليه  
بفوائد غير مقطوع فضلها ولا ممنوع.  
أما استخراج القوي وبذل المجهود في الاقتصار على حفظ الفروع من غير  
معرفة أصولها ونظم الجزئيات بدون فهم مأخذها ، فلا يرضاه لنفسه ذو نفس أبيية  
ولا حامله من أهل العلم بالكلية.  
قال إمام الحرمين 1 في كتاب المدارك : "الوجه لكل متخذ للإقلال بأعباء

---

1 عبد الملك بن عبد اله بن يوسف عبد الله بن يوسف بن محمد العلامة إمام  
الحرمين ضياء الدين أبو المعالي بن الشيخ أبي محمد الجويني رئيس الشافعية  
بنيسابور مولده في المحرم سنة تسع عشر وأربعمائة وصنف المصنفات العديدة ،  
قال أبو إسحاق الفيروز أبادي تمتعوا بهذا الإمام فإنه نزهة هذا الزمان توفي في  
ربيع الآخر سنة ثمانٍ وسبعين وأربعمائة. ابن السبكي 3 / 249 ، وفيات الأعيان  
2 / 341 ، شذرات الذهب 3 / 358 ، والنجوم الزاهرة 5 / 121.  
صفحة 10 | 466

الشرعية معه أن يجعل الإحاطة بالأصول سوقه الألد وينص مسائل الفقه عليها  
نص من يحاول بإيرادها تهذيب الأصول ، ولا ينزف حمام ذهنه في وضع  
الوقائع مع العلم بأنها لا تنحصر على الذهول عن الأصول " انتهى.  
وإن تعارض الأمران وقصر وقت طالب العلم عن الجميع بينهما -اضيق أو غيره  
من آفات الزمان- فالرأي لذي الذهن الصحيح الاقتصار على حفظ القواعد وفهم  
المآخذ.

إذا عرف ذلك فالقاعدة : الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم  
أحكامها منها 1". ومنها ما لا يختص بباب كقولنا : "اليقين لا يرفع بالشك" ومنها  
ما يختص كقولنا : "كل كفارة سببها معصية فهي على الفور" والغالب فيما  
اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن تسمى ضابطا. وإن شئت قل : ما  
عم صورا ، فإن كان المقصود من ذكره القدر المشترك الذي به اشتركت الصور  
في الحكم فهو مدرك ، وإلا فإن كان القصد ضبط تلك الصور بنوع من أنواع  
الضبط من غير نظر في مأخذها فهو الضابط ؛ وإلا فهو القاعدة.

فإن قلت : فخرج عن القاعدة نحو قول الغزالي "رحمه الله" في الوسيط : "قاعدة لو تحرم بالصلاة في وقت الكراهة ففي الانعقاد وجهان" ، فقد أطلق القاعدة على فرع منصوص قلت : إنما أطلقها عليه لما تضمنته من المآخذ المقتضي للكراهة لأن فعل الشيء في الوقت المنهي عنه هل ينافي حصوله ؟ فلما رجع الفرع إلى أصل هو قاعدة كلية حسن إطلاق لفظ القاعدة عليه. وذلك نظير قوله أيضا : قواعد ثلاث : الأولى ، التطوعات التي لا سبب لها ، لا حصر لركعاتها.

1 وقيل حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ؛ ليتعرف به أحكام الجزئيات ، وقيل : القاعدة حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته ، وقيل : غير ذلك ، انظر تقدمتنا على الاعتناء في الفرق والاستثناء.

صفحة 11 | 466

## الأشباه والنظائر

### مدخل

وقال في الوجيز : "قاعدة : ينكشف حال الخنثى بثلاث طرق". وقال : وتبعه الرافعي وغيره فيما إذا وهبت المرأة الزوج صداقها.

قاعدة في ألفاظ التبرع. وقاعدة في أن الولي هل له العفو عن الصداق ؟ وأمثلة هذا كثيرة فاعتبر مما تراه بما أريناك.

اعلم أن القاضي الحسين<sup>1</sup> ذكر أن مبنى الفقه على أربع قواعد : اليقين لا يزال بالشك ، والضرر يزال ، والعادة محكمة والمشقة تجلب التيسير. وزعم من يدعي التحقيق أنه أهمل خامسة وهي أن الأمور بمقاصدها<sup>2</sup>. وقال : بني الإسلام على خمس والفقه على خمس.

والتحقيق عندي أنه إن أريد رجوع الفقه إلى الخمس تعسف وتكلف وقول جملي فالخامسة داخلة في الأولى. وفي الثانية أيضا. بل رجع شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفسد ولو ضايقه مضايق لقال : ارجع الكل إلى اعتبار المصالح فإن درء المفسد من جملتها.

ويقول - على هذا- واحدة من هذه الجنس كافية ، والأشبه أنها الثانية وإن أريد الرجوع بوضوح فإنها تربو على الخمسين بل على المائتين ، أنا ذاكر إن شاء الله في هذا الكتاب ما يحضرنى منها ، منبه على مثال ما يغمض فهمه مستكثر من ذكر الجزئيات ، مشير إلى ما حفظ من المستثنيات ، مستعين بالله ومتوكل عليه وإياه أسأل النفع به والمن بنجازه وبخاتمة خير في عافية بلا محنة وبالا اجتماع في دار كرامته بخير خليفته محمد صلى الله عليه وسلم من غير ضراء مضرة ولا فتنة مضلة.

1 الحسين بن محمد بن أحمد بن القاضي أبو علي المروذي صاحب التعليقة

المشهوره في المذاهب ، أخذ الفقه عن القفال ، قال عبد الغافر : كان فقيه خراسان وكان عصره تأريخا بها وصنف في الفقه ، والأصول والخلاف .  
توفي في المحرم سنة اثنتين وستين وأربعمائة .  
ابن السبكي 3 / 155 ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 1 / 244 تهذيب الأسماء واللغات 1 / 164 ، وفيات الأعيان 1 / 400 .  
2 قاله القاضي أبو سعيد "الأشباه والنظائر للسيوطي" .  
صفحة 12 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

القواعد الخمس :

وليقع الابتداء بالقواعد الخمس التي أشرنا إليها هنا ثم نعقبها بما نورده واحدة بعد واحدة .

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

اليقين لا يرفع بالشك 1 ولا يخفي أنه لا شك 2 مع اليقين ولكن المراد استصحاب الأصل المتيقن لا يزيله شك طارئ عليه . فقل إن شئت : الأصل بقاء ما كان على ما كان ، أو : الاستصحاب حجة . ومن ثم كان القول قول نافي الوطاء غالبا 3 . ولم يكن على المانع 4 في المناظرة دليل .

1 والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم : "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكلك عليه ، أخرج فيه شيء أم لا ؟ فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا" رواه مسلم من حديث أبي هريرة وأصله في الصحيحين عن عبد الله بن زيد قال : شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة قال : "لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا" ، وفي الباب عن أبي سعيد الخدري وابن عباس وروى مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا أو أربعا ؟ فليطرح الشك ولين ما استيقن" ، وروى الترمذي عن عبد الرحمن بن عوف قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "إذا سها أحدكم في صلاته فلم يدر : واحدة صلى أو اثنتين ؟ فليبين على واحدة ، فإن لم يتيقن : صلى اثنتين أم ثلاثا ؟ فليبين على اثنتين ، فإن لم يدر : أثلاثا صلى أم أربعا ؟ فليبين على ثلاث وليسجد سجدتين قبل أن يسلم" .  
اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر .

2 والمراد بالشك لغةً : مطلق التردد . وفي اصطلاح الأصوليين تساوي الطرفين فإن رجح كان ظنا والمرجوح وهما وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كاللغة في



سائر الأبواب لا فرق بين المساوي والراجح وهذا إنما قالوه في الأحداث وقد فرقوا في مواضع كثيرة بينهما.

منها : في باب الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول في أربعة أشهر كنزول عيسى صلى الله عليه وسلم فحول وإن ظن حصوله قبلها فليس بحول قطعاً وإن شك فوجهان أصحهما كذلك.

ومنها : ما سبق في الحياة المستقرة شك في المذبوح هل فيه حياة بعد الذبح حرم للشك في المبيح وإن غلب على ظنه بقاؤها حلت.

ومنها : في باب القضاء بالعلم لم يجعلوا للتساوي أثراً أو اعتبروا الظن المؤكد وكذلك في الصيد إذا توارد عليه اثنان في بعض صورة.

ومنها : في الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضا جاز وإن شك فلا ومثله وجوب ركوب البحر في الحج إن غلبت السلامة وإن شك فلا ومثله في المرض والمخوف إذا غلب على ظنه كونه مخوفاً نفذ التصرف من الثلث وإن شكنا في كونه مخوفاً لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة.

ومنها : قالوا في كتاب الطلاق أنه لا يقع بالشك فأرادوا به الطرف المرجوح ولهذا قال الرافعي في باب الاعتكاف : قولهم : لا يقع الطلاق بالشك مسلم ولكنه يقع بالظن الغالب المنثور 2/ 255.

3 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 57.

4 والممانعة امتناع السائل عن قبول ما أوجبه المعلل من غير دليل.

صفحة 13 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

فإن عارض الأصل ظاهر 1 فقيل : قولان دائماً. وقيل غالباً. وقيل أصحهما اعتماد الأصل دائماً. وقيل غالباً والتحقيق الأخذ بأقوى الظنين ومن ثم فصول. فصل :

يرجح الأصل جزماً إن عارضه احتمال مجرد ، وذلك في مسائل منها : احتمال حدث من تيقن الطهر بمجرد مضي الزمان 2.

ومنها : من أحرم بالعمرة ثم بالحج وشك ، هل كان أحرم بالحج قبل طواف العمرة ، فيكون صحيحاً ، أو بعده فيكون باطلاً فإنه يحكم بصحته 3. قال

الماوردي 4 : لأن الأصل جواز الإحرام بالحج حتى يتيقن أنه كان بعده 5. قال 6 : وهو كمن تزوج وأحرم ولم يدر هل أحرم قبل تزوجه أو بعده.

قال الشافعي رضي الله عنه : يصح تزوجه.

قلت ونقله ابن القطان 7 في فروعه عن النص أيضاً فيمن وكل رجلاً في الزواج

1 ويعبر الأصحاب تارة بالأصل والظاهر وتارة بالأصل والغالب وفهم بعضهم

التغاير وأن المراد بالغالب ما يغلب على الظن من غير مشاهدة.  
2 المنثور للزركشي 1 / 313 ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص64.  
3 الأشباه والنظائر ص52.

4 علي بن محمد بن حبيب القاضي أبو الحسن الماوردي البصري أحد أئمة أصحاب الوجوه قال الخطيب : كان ثقة من وجوه الفقهاء الشافعيين وله تصانيف عدة في أصول الفقه وفروعه وفي غير ذلك. قال ابن خيرون : كان رجلاً عظيماً القدر متقدماً عند السلطان. أحد الأئمة له التصانيف الحسان في كل فن من العلم توفي ربيع الأول سنة وخمسين وأربعمائة.

ابن السبكي 3 / 303 ، ابن قاضي شهبة 2 / 230 ، شذرات الذهب 3 / 285 ،  
مرآة الجنان 3 / 72.

5 الأشباه والنظائر للسيوطي ص52.

6 الأشباه والنظائر ص52 ، المنثور للزركشي 2 / 261.

7 أحمد بن محمد بن أحمد أبو الحسن ابن القطان البغدادي آخر أصحاب ابن سريج وفاة. درس ببغداد وأخذ عنه العلماء ، وقال الخطيب البغدادي : وهو من كبراء الشافعيين وله مصنفات في أصول الفقه وفروعه. مات في جمادى الأولى سنة تسع وخمسين وثلاثمائة. طبقات الفقهاء للشيرازي ص92 ، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة 1 / 124 ، وابن هداية الله ص27 ، وشذرات الذهب 3 / 28 ،  
وفيات الأعيان 1 / 53.

صفحة 14 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ثم لم يدر أكان أوقع عقد النكاح بعدما أحرم أو قبله. قال : نص الشافعي أنه صحيح وذكر ابن القاص 1 في تلخيصه : أنه لا يزال اليقين بالشك في الطهارة إلا في مسألة واحدة. وهو أن يقول : توضأت وأحدثت ولا أدري أيهما قدمت. فيقال له : قدم وهمك على الأمرين فإن كنت محدثاً قبلهما فأنت الآن متطهر ، وإن كنت متطهراً فأنت الآن محدث2.

قال الروياني3 في البحر : وهذا في الحقيقة بناء على اليقين أيضاً لا على الشك ، لأنه أخذ بيقين ما قبل الأمرين قال : وهو كما لو أقام رجل البيعة بأن فلانا استوفى منه جميع حقه. ثم أقام المشهود عليه بيعة بأن المشهود له أقر له بألف ؛ فإنه لا يتثبت لجواز أن يكون ذلك قبل الاستيفاء ، وفي المسألة وجه آخر أنه يعمل بما قبل الأمرين ، فإن كان طاهراً فطاهر ، أو محدثاً فمحدث. ومنهم من أوجب الوضوء احتياطاً.

قلت : والأوجه مشهورة في المذاهب.

قال النووي4 : والثالث هو الصحيح عند جماعات من محققي أصحابنا5.

1 أحمد بن أبي أحمد الطبري أبو العباس ابن القاص أحد أئمة المذهب أخذ الفقه عن ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان وقال الشيخ أبو إسحاق كان من أئمة أصحابنا صنف التصانيف الكثيرة توفي رحمه الله في طرسوس سنة خمس وثلاثين وثلاثمائة.

ابن قاضي شهبة 1/ 106 ، الشيرازي ص 91 ، وفيات الأعيان 1/ 51 ، طبقات الشافعية لابن السبكي 2/ 103 ، البداية والنهاية 11/ 219.  
2 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 52.

3 عبد الواحد بن إسماعيل بن أحمد بن محمد بن أحمد قاضي القضاة فخر الإسلام أبو المحاسن الروياني الطبري صاحب البحر وغيره ، وكانت له الوجاهة والرئاسة والقبول التام عند الملوك فمن دونها ، أخذ عن والده وجدته ، وُلد رحمه الله في ذي الحجة سنة خمس عشرة وأربعمائة واستشهد بجامع أمل عند ارتفاع النهار بعد فراغه من الإملاء يوم الجمعة حادي عشر المحرم وقيل اثنتين وقيل سنة إحدى وخمسمائة قتله الباطنية لعنهم الله تعالى.

4 يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حزام الحافظ الفقيه الزاهد أحد أعلام الإسلام محيي الدين أبو زكريا الحزامي النووي الدمشقي ، وُلد في المحرم سنة إحدى وثلاثين وستمائة وصنف المصنفات النافعة ، مات رحمه الله ببلدة نوى بعدما زار القدس والخليل في رجب سنة سبع وسبعين وستمائة ودُفن بها.

ابن قاضي شهبة 2/ 153 ، ابن السبكي 5/ 165 ، البداية والنهاية 13/ 287 ،  
النجوم الزاهرة 7/ 278 ، شذرات الذهب 5/ 354.  
5 شرح المهذب 2/ 65 ، الاعتناء في الفرق والاستثناء "تحقيقنا" ، حلية العلماء 1/ 156.

صفحة 15 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

قال : وفي المسألة وجه رابع : أنه يعمل بغلبة الظن 1.

قلت : وسيأتي عن ابن القاص ما استثناه من قاعدة اليقين لا يرفع بالشك وذاك استثناء من أصل القاعدة وهذا من خصوصها في الطهارات.

## فصل

ويرجح الأصل على الأصح أن استند الاحتمال إلى سبب ضعيف وذلك في مسائل 2 ؛ منها : ثياب مدمني الخمر 3 ، والمقبرة المنبوثة 4 وطين الشوارع 5.

ومنها : دعوى المرأة الإصابة بعد الاتفاق على الخلوة.

ومنها : دعوى المديون لا في مقابلة مال الإعسار 6.

ومنها : وجوب فطرة العبد الغائب المحتمل الموت.  
ومنها : عدم زواج امرأة المفقود.  
ومنها : تصديق الغاصب في قوله : لم يكن العبد المغصوب كاتباً.  
ومنها : إذا تمعنت فأرة في بئر وطرحت ، ولكن غلب على الظن أنه لا يخلو كل دلو عن شيء من النجاسة.  
قال الرافعي : فجواز الاستعمال على قولي : الأصل والغالب.  
ومنها : الجديد أن دم الحائل حيض ؛ لأنه تردد بين كونه دم علة ودم جبلة.  
والأصل السلامة.  
والقديم أنه دم فساد ؛ لأن الظاهر أن الحامل لا تحيض.  
ومنها : الأصح تصديق الغاصب إذا ادعى في المغصوب عيباً خلقياً كقوله : كان

#### 1 المصادر السابقة.

- 2 وهذه المسائل مذكورة في الأشباه والنظائر للسيوطي ص65 ، والمنثور للزركشي 2/ 326.
- 3 وكذلك أوانيهم وكذا في ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احتراسه منها ، مسلماً كان أو كافراً كما في شرح المهذب عن الإمام.
- 4 والمعنى بها كما قال الإمام وغيره التي جرى النباش في أطرافها والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها.
- 5 وفي جميع ذلك قولان أصحهما الحكم بالطهارة استصحاباً للأصل.
- 6 فيه وجهان أصحهما القول قوله ؛ لأن الأصل العدم ، والثاني لا ؛ لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً.

صفحة 16 | 466

#### الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك  
أكمه 1 ، وفي وجه المالك نظراً إلى غلبة السلامة. وفي ثالث : يفرق بين ما تذر من العيوب وغيره.  
ومنها : لو قال هذا ولدي من جاريتي هذه. عند الإمكان لحقه وهل يثبت كون الجارية أو ولد -لأن الظاهر- أو لا لاحتمال أن يكون استولدها بالزوجة. فيه قولان : رجح الرافعي الثاني. قال : ولهما خروج على تقابل الأصل والظاهر.  
ومنها : لو قال الراهن للمرتهن لم تقبض العين المرهونة عن الرهن ، بل أعرتكها ، وقال المرتهن بل عن الرهن ، فالأصح أن القول قول الراهن ؛ لأن الأصل عدم اللزوم وعدم الإذن في القبض.  
وقيل : قول المرتهن ؛ لأن الظاهر أنه قبضه عن الرهن.  
قلت : وأيضاً فالأصل عدم العارية.

ومنها : تنازع المتبايعان في التفرق ، وجاءا متساويين ، فقال أحدهما أنا لم أفارقه فلي خيار المجلس. فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم التفرق كذا أطلق الأصحاب. قال الرافعي 2 : وهو بين إن قصرت المدة. وأما إذا طالت فدوام الاجتماع خلاف

1 أو أخرج أو فاقد اليد ، فوجهان أصحهما : القول قوله ، ويمكن على الأصح المالك إقامة البينة ، والثاني : تصديق المالك ؛ لأن الغالب السلامة. هذا بخلاف ما لو ادعى عيباً حادثاً. فإن أظهر تصديق المالك ؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة ، والثاني الغاصب ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، فهذه الصورة تعارض فيها أصلاً ، واعتضد أحدهما بظاهر "وسياتي في تعارض الأصليين" ، ونظير ذلك : ما لو جنى على طرف ، وزعم نقصه ؛ فإنه ادعى عيباً خلقياً في عضو ظاهر صدق الجاني في الأظهر ؛ لأن الأصل العدم ، وبراءة الذمة ، والمالك يمكنه إقامة البينة ، وإن ادعى عيباً حادثاً ، أو أصلياً في عضو باطن ، فالأظهر : تصديق المجني عليه ؛ لأن الأصل السلامة. راجع الأشباه والنظائر ص 66.

2 عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسين بن الحسن الإمام العلامة إمام الدين أبو القاسم القزويني الرافعي صاحب الشرح المشهور وإليه يرجع عامة الفقهاء من أصحابنا في هذه الأعصار في غالب الأقاليم والأمصار ، قال النووي : إنه كان من الصالحين المتمكنين وكانت له كرامات كثيرة ظاهرة. قال ابن الصلاح : توفي في أواخر سنة ثلاث أو أوائل سنة أربع وعشرين وستمائة بقزوين وقال ابن خلكان توفي في ذي القعدة سنة ثلاث وعمره نحو ست وستين.

طبقات الشافعية ابن السبكي 5 / 119 ، لابن قاضي شهبه 2 / 75 ، مرآة الجنان 4 / 56 ، وتهذيب الأسماء واللغات 2 / 264.

صفحة 17 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

الظاهر. فلا يبعد تخريجه على تعارض الأصل والظاهر وتنازع ابن الرفعة 1 والشيخ الإمام 2 في كلام الرافعي هذا. فابن الرفعة أيده وقال : بل ينبغي القطع بقبول قول من يدعي اللزوم ؛ لأنه الأصل في البيع. والشيخ الإمام أفسده. وقال : بل ما أطلقه الأصحاب هو الحق ؛ طالت المدة أم قصرت وهو تخريج على الأصل والظاهر ؛ لأنهما لما تعارضا تساقطا ، وبقي معنا حق العاقد من الفسخ ، وقد تحققنا تمكنه منه فيستصحبه ولا يرفعه بالشك ، ونازع ابن الرفعة في قوله أيضاً أن أصل البيع اللزوم ، وقال : بل الأصل الجواز ولكن وضعه على اللزوم. وأنا أقول : تمكن العاقد من الفسخ ناشئ من عدم التفرق الذي هو الأصل



المستصحب وقد عارضه ظاهر التفرق ، فلا بد من جريان الخلاف ، وبتقدير تسليم أن أصل البيع اللزوم ، فهو معارض بعدم التفرق. ومنها : أدخل الكلب رأسه في الإناء وأخرجه ولم يعلم ولو غه ورأينا فمه رطبا فالأصح الطهارة للأصل ، والثاني : النجاسة للظاهر. ومنها : طرح العصير في الدن وأحكم رأسه. ثم حلف أنه لم يستحل خمرا ولم يفتح رأسه إلى مدة ، ولما فتح وجده صار خلا ، فوجهان حكاهما الرافعي في فروع الطلاق. أحدهما : إن كان ظاهر الحال صيرورته خمرا وقت الحلف حنث ، وإلا فلا. والثاني : لا يحكم بالحنث. لأن الأصل عدم الاستحالة وعدم الحنث.

1 أبو يحيى الشيخ نجم الدين ابن الرفعة كان فريد دهره ووحيد عصره إماما في الفقه والخلاف والأصول واشتهر بالفقه إلى أن يضرب به المثل وله تصانيف مشهورة تفقه على أصحاب ابن العطار وبرع حتى طار اسمه في الآفاق وتفقه على السبكي والذهبي ، مات سنة وخمس وثلاثين وسبعمائة. ابن هداية الله ص229 ، شذرات الذهب 6 / 22 ، طبقات الشافعية لابن السبكي 5 / 177 ، البدر الطالع 1 / 115 ، الدرر الكامنة 1 / 303. 2 حبر الأمة وأستاذ الأئمة شيخ الإسلام تقي الدين أبو الحسين علي الأنصاري الخزرجي السبكي ، كان رحمه الله ذا فراسة صادقة تصانيفه مشهورة وتوفي - رحمه الله - بدمشق. ابن هداية الله ص23 ، الدرر الكامنة 3 / 134 ، حسن المحاضرة 1 / 177 ، وطبقات الشافعية الكبرى 6 / 146 ، البدر الطالع 1 / 467. صفحة 18 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

فصل :

ويرجح الظاهر جزما في مواضع إن استند إلى سبب منصوب شرعا كالشهادة المعارضة للأصل أو معروف عادة : كأرض على شط نهر. الظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء فلا يجوز استئجارها. وجواز الرافعي تخريجه على تقابل الأصل والظاهر.

قلت : وفيه نظر ؛ لأن الظاهر هنا معتضد بعادة مستقرة فهو ينزل منزلة القطع أو منزلة السبب المنصوب شرعا ، فلهذا جزم باعتماده ، وإنما يقع الخلاف في ظاهر مجرد يقابل الأصل.

والموضع الثالث مما يرجح فيه الظاهر جزما أن يضعف اعتماد الأصل لمعارض فيبقى الظاهر سالما عن المعارض.

مثاله قال : أنت طالق ثم ادعى سبق لسان ، فإنه لا يصدق ظاهراً إلا بقريئة ؛ لأن الظاهر من حال البالغ العاقل أنه لا يتكلم إلا عن قصد فإن قيل القصد خلاف الأصل فكيف عمل بالظاهر ؟

قلنا : أصل عدم القصد تعارض بأنه متهم في هذه الدعوى ما في الإبضاع من الاحتياط ، ثم إن سبق اللسان خلاف الأصل ، فلما تقاوم الأصلان تساقطاً وبقي الظاهر فعمل عمله وهب أن القصد خلاف الأصل فانتفاؤه انتفى لقصد الوقوع ولا يلزم من انتفاء قصد الوقوع انتفاء الوقوع ؛ لأن اللفظ يعمل عمله وإن لم يقصد وإذا لم يقصد العدم ففرق بين قصد الوقوع وقصد العدم.

فصل :

ويرجح الظاهر على الصحيح إن كان سبباً قوياً منضبطاً. وذلك في مسائل. منها : حيوان يبول في ماء كثير ، ثم يوجد متغيراً فالمذهب النجاسة لغلبة الظن بأن التغير من البول1.

1 قال الزركشي : هذا وإن احتمل تغيره بطول مكث أو سبب آخر نص عليه ، فأستند التغير إليه مع أن الأصل طهارته ، لكنه بعد التغير احتمل أن يكون بالمكث وأن يكون بذلك البول ، وإحالاته على البول المتيقن أولى من إحالاته على طول المكث فإنه مظنون فقدم الظاهر على الأصل وتابعه الجمهور. وقيل إن كان عهده عن قرب غير متغير فنجس ، وإلا فظاهر ولو ذهب عقب البول فلم يجده متغيراً ، ثم عاد في زمن آخر فوجده متغيراً قال الأصحاب : لا يحكم بنجاسته وقال الدارمي : يحكم.

راجع المنثور 1 / 318.

صفحة 19 | 466

الأشبه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ومنها : قاتل حر يدعي رق المقتول فيقول قريبه : كان حرّاً فالأصح تصديق قريب ؛ لأنه الظاهر في الغالب.

ومنها : شاهد يعدل في واقعة ثم يشهد في أخرى بعد زمان طويل فقد صححوا طلب تعديله ثانياً ؛ لأن طول الزمان يغير الأحوال ، وفيه عندي نظر.

ومنها : اختلفا بعد البيع في الرؤية صحح النووي أن القول قول مدعيها ؛ لادعائه الصحة وهي الظاهر ؛ إذ الظاهر أن المشتري لا يقدم على شراء غائب وهو ما عزاه الرافعي إلى فتاوى الغزالي وبه أفتى القاضي الحسين وقال الرافعي : إنه لا ينفك عن خلاف.

قلت : حكى ابن أبي الدم الخلاف في كتاب أدب القضاء1. ولم يزد النووي على أنها مسألة الاختلاف في الصحة والفساد. وسنتكلم على الفروع في قواعد البيع.

ومنها : إذا جومعت فقضت شهوتها ثم اغتسلت ثم خرج منها مني الرجل فالأصل يجب عليها الغسل ؛ لأن الظاهر خروج منيها معه .  
وقيل لا يجب ؛ لأن الأصل عدم خروجه .  
تنبيه : خرج بقولنا : قويا -في قولنا : يرجح الظاهر على الصحيح إن كان سببا قويا منضبطا- لو أمشط المحرم لحيته فوقعت شعرات . شك . هل كانت منسلة فانفصلت ؟ أو

1 قال في أدب القضاء 2 / 323 : قد عرف من مذهب إمامنا رضي الله عنه أن الصحيح من قوليه بطلان بيع الأعيان الغائبة ، كيف كان ، استقصيت الأوصاف أو لم تستقص ، فلو اشترى شيئا ثم قال : اشتريته ولم أره ، وقال البائع : بل رأيت ، هل القول قول البائع أو المشتري ؟ فيه خلاف .  
من أصحابنا من اختار أن القول قول المشتري ؛ لأن الأصل عدم الرؤية ، وعدم صحة العقد ، ومنهم من اختار أن القول قول البائع ؛ لأن إقدام كل مكلف على عقد اعتراف منه بصحته .  
وأصل هذا كله أنه متى اختلف المتبايعان في شرط مفسد للعقد فادعاه أحدهما ، وأنكره الآخر ، فيه وجهان :  
قال صاحب التقريب : القول قول مدعي الشرط الفاسد .  
وقال غيره : بل القول قول الآخر .  
وممن اختار الفساد في مسألة الشرط المفسد الجرجاني ، البغوي ، الشيخ ابن أبي عسرون .

صفحة 20 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

انتفت بالمشط فالأصح لا تجب الفدية ؛ لأن النتف لم يتحقق فيها 1 وبقولنا :  
"منضبطا" دعوى البر التقي على الفجر الشقي درهما واحدا فإن الفاجر يصدق في إنكاره ؛ لأن ظهور كذبه ليس بمنضبط فلا يلتفت إليه .  
فصل :

"ومن ثم يقولون : الشيء قد يثبت على خلاف الظاهر" ويستشكله مستشكلون ، وليس بمشكل ، وسره ما أبدناه من عدم الانضباط ، فلا ثقة به ، فلذلك يدرأ في مسائل :

منها : تسمع دعوى الدنيا استئجار الأمير المعتمر لكنس داره خلافا للإصطخري .

ومنها : لو أتت بولد لدون أربع سنين من قبيل الطلاق بلحظة لحقه . وإن كان وقوع الزنا أغلب على الظن من تأخر الحمل هذه المدة قال شيخ الإسلام عز

الدين ابن عبد السلام : ولا يلزم حد الزنا ، فإن الحدود تسقط بالشبهة<sup>2</sup> ، ومنها : أنه يلحق لسنة أشهر ولحظتي الوطاء والوضع مع ندرة ذلك وغلبة الزنا. وغلبة تأخر الوضع إلى تسعة أشهر.

ومنها : لو أقر بمال عظيم قبل تفسيره باقل متمول<sup>3</sup>. وفي وجه : يزيد للفظ عظيم شيء.

ومنها : لو ادعى الزوج بعد مضي مدة العفة الإصابة ، فالقول قوله مع ظهور صدقها بالأصل والغلبة.

ومنها : [قال] 4 : إن رأيت الهلال فأنت طالق ، فراه غيرها طلقت.

---

1 والأصل : براءة الذمة والثاني يجب ؛ لأن المشط سبب ظاهر إليه كإضافة الإجهاض إلى الضرب ، الأشباه ص72.

2 لقوله صلى الله عليه وسلم "ادروا الحدود بالشبهات" أخرجه ابن عدي وعند ابن ماجه من حديث أبي هريرة : "ادفعوا الحدود ما استطعتم" ، وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرها من حديث عائشة : "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا ، فخلوا سبيله ؛ فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".

وأخرجه البيهقي عن عمر ، وعقبة بن عامر ، ومعاذ بن جبل موقوفا وأخرج من حديث علي مرفوعاً : "ادروا الحدود فقط".

3 الأشباه والنظائر ص6.

4 في "ب" : لو قال.

صفحة 21 | 466

---

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ومنها : لو قال : إذا مضى عصر أو حقب فأنت طالق تطلق بمضي لحظة. واستبعده الغزالي.

ومنها : إذا تعاشر الزوجان المدة المديدة ، ثم ادعت عدم النفقة والكسوة فالقول قولها.

ومنها : على وجه اختاره المحاملي وغيره لو حلف لا يكلمه إلى أيام حنث بلحظة.

قال : لأنه يقال : أيام العدل وأيام الفتنة.

قلت : ولهذا ظهور ما لو قال أيام فلان العادل أو الجائر على تلوم في أما إذا أتى بلفظ أيام منكرة - كما هو صورة المسألة - فلا وجه له.

ومنها : إذا كان معه شخص بالغ ، يتصرف فيه تصرف الملاك في عبيدهم ، وادعى أنه ملكه وقال ذلك الشخص : بل أنا حر ، فالقول قول المدعى عليه ،

سواء أكان المدعي استخدمه قبل الإنكار وتسلط عليه أم لا ، وسواء جرى عليه البيع مرة أو مرارًا وتداولته الأيدي أم لا ، صرح به الأصحاب في باب الدعوى 1 ، وفرضه فيما إذا قال أنا حر الأصل ، وأطلق الإمام تصوير المسألة فيما إذا قال : أنا حر.

قلت : وقد يقال فيمن تداولته الأيدي : ما الفرق بين أن نطلق قوله : أنا حر. أو يقول : أنا حر الأصل ؟

وفي كلام الإمام فوائد. فنقول : قال الإمام في النهاية في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة قبيل باب القافة فالقول قول ذلك الشخص. لم يختلف أصحابنا في ذلك ؛ لأن [ظاهر] 2[الدار الحرية وهي الأصل. فمدعيها مستمسك بالأصل والظاهر. فإن قيل : أليس تصرف الملاك مع استمرار ظاهر اليد دلالة على الملك وقد اجتمعتا في هذه المسألة ؟

قلنا : إنما تدل اليد والتصرف على تعيين الملك مع كون الشيء مملوكا ، فيظهر

---

1 انظر أدب القضاء للماوردي 4/ فقرة 5274 ، وأدب القضاء لابن أبي الدم 1/ 625.

2 وفي ب : "الأصل".

صفحة 22 | 466

---

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

من اختصاص الإنسان باليد والتصرف وعدم النكير عليه تعيينه من بين الناس ، وليس مع من يدعى الملك فيه الأصل يعتضد به ، فأما أصل الملك فالأصل عدم الملك. فلا يثبت بظاهر التصرف. وعند ذلك قال الأصحاب : إذا اجتمع الأصل والظاهر فالتعويل على الأصل فلئن قيل : الحر تصرف كذلك. قلنا : قد ينقاد الخادم للمخدوم بما ينقاد بمثله العبيد.

انتهى كلام الإمام.

وقد تضمن أن اليد والتصرف لا يدلان على الملك إلا عند ثبوت الملك في تلك العين ، فيكونان دالين على تعيين صاحب اليد المتصرف وقضية هذا أن لا يشهد أن في يده إنسانا صغيرا ، يتصرف فيه تصرف الملاك بالملك ؛ لأن الأصل الحرية.

وفيه وجهان : أطلق أبو علي الطبري حكايتهما 1. وقال غيره إنه سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون : إنه عبده شهد له بالملك ، وإلا فلا وهذا ما صححه النووي في باب اللقيط 2.

وقد يقال على مساق كلام الإمام : يجري تصرف ذلك المتصرف على الصحة ؛ إذ لا معارض له ، فإن بلغ الصبي وأكذبه ، أعرضنا عن تصديقه ، واعتمدنا قول



الصبي غير أن المصحح فيمن ادعى رق صغير في يده أنه يحكم له بالرق وهو ما رجحه الجمهور منهم صاحب التنبيه سواء كان مميزاً أم لا. وقالوا: ثم إذا بلغ الصبي قال: أنا حر، لم يقبل أيضاً على الأصح 3. وقد تلخص من هذا أن ما اقتضاه كلام الإمام من أن المتصرف في صور تصرف الملاك لا يشهد له بالملك وإن ادعى هو رقه؛ لأن الأصل الحرية وليس المرجح في المذهب. وأقول: إن مأخذه حسن، وقضيته أنه إذا ثبت أنه رق على الجملة شهد له بالملك، وإلا فلا، لمخالفة الأصل، ويؤيد هذا أنه لو بلغ الصبي وأقر بالرق، لغير صاحب اليد لم يقبل جزماً 4 بخلاف ما إذا ادعى الحرية فإن فيه خلافاً، فكان وجه

1 روضة الطالبين 5 / 444 ، وأدب القضاء 1 / 625.

2 روضة الطالبين 5 / 444.

3 إلا أن يقيم بينة بالحرية ولكن له تحليف السيد ، قاله البغوي والثاني يقبل ،

روضة الطالبين 5 / 444 ، أدب القضاء 1 / 656.

4 روضة الطالبين 5 / 444.

صفحة 23 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى: اليقين لا يرفع بالشك

عدم القبول فيما ادعى الرق لغير ذي اليد أنه وافق على الرق وإنما خالف في جهته فلم يصغ إلى مخالفته لمعارضته أمراً قد تكرر قبل بلوغه ، بخلاف ما إذا ادعى الحرية فإنه يعتضد بأصل الحرية ، وهذا المأخذ الذي أشار إليه الإمام لا يجري في الأملاك ، فلا يقال: لا يشهد للمتصرف ذي اليد بالملك حتى يثبت أن الدار ملك على الجملة ، مخافة أن تكون وقفاً ؛ لأن الأصل في العقار الملك ، والوقف طارئ ، ولا كذلك الرق مع الحرية ؛ فإن الحرية هي الأصل ، ونظير هذا: صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها فالأصح أن لا يحكم له بالنكاح مع أنه لو ادعى الملك حكم له 1.

وفرق الأصحاب في باب اللقيط بأن اليد على الجملة دالة على الملك ويجوز أن يولد وهو مملوك بخلاف النكاح ، فإنه طارئ ، فيحتاج إلى البينة 2.

وهذا كقوله في مساق كلام الإمام والدي. صرح به الأصحاب في باب الشهادات على الملك - بالتصرف والاستفاضة - العقار ، والعبد ، والثوب ، وغيرها ، وهذا يقدر في مأخذ الإمام.

والإمام ممن رجح جواز الشهادة بالملك لذي اليد المتطاوله وله التصرف تصرف الملاك ، ثم ما ذكرناه من أن الأصل الحرية إنما نعني به الغالب ، وحكى الرافعي عن حكاية صاحب التتمة قولاً بامتناع معاملة من لا تعرف حريته قال:

لأن الأصل بقاء الحجر.

وهذا قد يقال : إنه ينازع قولهم : إن الأصل الحرية وقد يقال : أنه لا يتنازع ؛ لأن المدعى بقاء الحجر. لا إيقاع الحرية.

فإنه قلت : الحجر يستدعي انتفاء الحرية الملازمة لثبوت الرق.

قلت : لم قلت : إنما نعني حجر الرق ، وقد نعني مطلق الحجر المستصحب من زمن الصغر ، ولذلك عبرا بلفظ البقاء. غير أنه قبل البلوغ مستندا لا سيما في الأحرار إلى الصبي ، وبعد البلوغ يستصحب في مجهول الحال ، وجائز أن يسمى حجر الصبي بما لكونه مستصحبا ، كما قيل بتمثله فيمن بلغ سفيها ، وأن يقال : لا ضرورة ما إلى

1 وقال ابن الحداد : نعم كالرق ، والأصح ما حكاه المصنف ، روضة الطالبين 444 /5.

2 المصدر السابق.

صفحة 24 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

معرفة عينه ، بل هو حجر على الجملة ، ثم هذا الوجه إنما هو في منع معاملته ، لا في الحكم برقه وقد يقال : هو حر بشهادة الأصل ولكن لا يعامل ؛ لأن الإقدام على المعاملة يستدعي قدرا زائدا على الأصل ، واعلم أن ما ذكرناه من كلام الإمام يؤخذ منه أنه لو تعارضت بيننا الرق والحرية تقدم بينة الحرية. بيانه : أن بينة الرق -كما ذكره الإمام- لا يجوز لها أن تبني على ظاهر اليد والتصرف فيما قامت مقبولة وإلا وقد استندت إلى غير ذلك. فتكون مستندة إلى ناقل متقدم.

والمسألة عسيرة النقل في المذهب -أعني تعارض بينة الرق وحرية الأصل والذي جزم به الرافعي في المسائل المنثورة آخر باب الدعوى أن بينة المدعي الرق أولى ؛ لأن معها زيادة علم. وهو إثبات الرق. وقد وقعت المسألة عندي في المحاكمات ، توقفت عن الحكم بذلك فيها لإشكالها ثم وجدت بخط والدي رحمه الله حكاية وجهين في المسألة عن الماوردي ، وأنه ذكرهما عند الكلام على خيار العبيد في كتاب النكاح أحدهما : التعارض والتساقط. الثاني : أن شهادة العبودية أولى ؛ لأنها تخالف الظاهر من حكم الدار فكانت أزيد علما ممن شهد الحرية ، التي هي الغالب على الدار أن أهلها أحرار. وموضع الوجهين كما أبصرت ، في تعارض الرق والحرية الأصل. وذكر القاضي أبو سعد المسألة في "الأشرف" ولم يحك القول بتقديم بينة الرق إلا عن الشيخ أبي حامد ، وحكى تقديم الحرية عن جميع الأصحاب ، وقد سبقه

إلى ذلك القاضي أبو عاصم ، فحكى في الطبقات تقديم الرق عن الشيخ أبي حامد حكاية المستغرب له فليكن المعتمد إن شاء الله تقديم بينة الحرية أما تعارض الرق والتعق فمسألة مشهورة ذكرها الرافعي وغيره في باب الدعوى 1 ، وجزم فيها الماوردي في هذا المكان بتقديم بينة الحرية فإنه قال إن علم شهود الحرية العبودية فشهادتهم أولى ؛ لأنهم أزيد علما ممن علم العبودية ولم يعلم ما تجدد بعدها من الحرية ، ومنها قال إمام الحرمين في كتاب الطلاق بعدما ذكر أن الحربي إذا أكره على الإسلام فنطق بالشهادتين

1 روضة الطالبين 17 / 12.

صفحة 25 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

تحت السيف يحكم كونه مسلما فإن هذا إكراه بحق فلم يغير الحكم. اتفقت الطرق على هذا مع ما فيه من الغموض من طريق المعنى ؛ فإن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عن الضمير منزلة الإقرار ، والظاهر من المحمول عليهما أنه كاذب في إخباره. انتهى.

وقد حكاه عن الرافعي إلا أنه أسقط قوله : في إخباره. وليس بجيد ؛ لأن الكذب عدم المطابقة لما في نفس الأمر 1. وقائل الشهادتين مطابقتين ، فلا يقال : إنه كاذب ؛ نعم هو كاذب في إخباره أن ضميره مشتمل على الاعتقاد ، فقد تبين أن قول الإمام : في إخباره قيد لا بد منه حذفه الرافعي ظنا منه أنه لا حاجة إليه فورد ما لا قبل له به.

واعترضه ابن الرفعة بأن هذه نزعة أسامة بن زيد قد أجاب النبي صلى الله عليه وسلم عنها 2 وكيف لا يكون ونحن نؤاخذ المقر للعبادة بما يغلب على الظن كذبه [فيما] 3 إذا احتمل الصدق على بعد ، وحق الله أولى بذلك ، نعم هو إذا كان في نفس الأمر بخلاف ذلك لا يحصل له الفوز في [الدار] الآخرة. انتهى.

قلت : الإمام لا يخفى عليه نزعة أسامة. ولم يرد التشكيك على قبول إسلامه بل ذكر أن قبول إسلامه شرعا غامض من حيث المعنى ، ولذلك قال : من حيث المعنى ولم

1 الخيالي على العقائد النسفية 27.

2 من حديث أسامة بن زيد قال : بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية فصبحنا الحرقات من جهتيه فأدركت رجلا فقال : لا إله إلا الله فطعنته فوق في نفسي من ذلك ، فذكرته للنبي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أقال : لا إله إلا الله وقتلته؟" قال : قلت : يا رسول الله إنما قالها خوفا من السلاح" قال : "أفلا

شقت عن قلبه حتى تعلم أقالها أم لا" ، فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني أسلمت يومئذ قال : فقال سعد : وأنا والله لا أقتل مسلما حتى يقتله ذو البطين يعني أسامة قال : قال رجل : ألم يقل الله : { وَفَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةً وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ } ؟ فقال سعد : قد قاتلنا حتى لا يكون فتنة وأنت وأصحابك تريدون أن تقاتلوا حتى تكون فتنة".

أخرجه البخاري 7 / 590 كتاب المغازي باب بعث النبي صلى الله عليه وسلم أسامة بن زيد... حديث 4269 ، ومسلم 1 / 96 ، كتاب الإيمان باب تحريم قتل الكافر بعدما قال : لا إله إلا الله حديث "158-256" واللفظ له.

3 في ب : "فيه".  
صفحة 26 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

يقول من حيث الحكم ، والحاصل أن هذا عنده مما حكم فيه بخلاف الظاهر ، وأنه أمر بعدي غير معقول المعنى.

فطريقة جوابه أن يبين أن هذا جارٍ على وفق الأقيسة الواضحة المعاني ، لا أن

يقال له : هذه نزعة أسامة ، فإنه لا ينكر ذلك ، بل نقول : ومن ثم لم يوجب

رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة قودا ولا دية. إنما ذلك -والله أعلم-

حيث كان [أقدم]1 عن اجتهاده ساعده المعنى ، ولكن بين رسول الله صلى الله

عليه وسلم أنه حكم الله أن من قالها فقد عصم دمه وماله ، وقال : "هل شقت عن قلبه"2 إشارة إلى نكتة الجواب.

والمعنى -والله أعلم بمراد رسول الله صلى الله عليه وسلم- أن هذا الظاهر

مضمحل بالنسبة إلى أن القلب لا يطلع على ما فيه إلا خالقه ، ولعل هذا أسلم

حقيقة وإن كانت تحت السيف ولا يمكن دفع هذا الاحتمال.

وفي الحديث الصحيح3 : "عجب ربنا من قوم يدخلون الجنة في السلاسل" ، وفي

لفظ : "يقادون إلى الجنة في السلاسل"4.

قيل : أراد بالجنة الإسلام وبالقوم الأسرى يكرهون على الإسلام5 ، فجعل

---

1 في ب : "إقدام".

2 قال النووي في شرح مسلم 2 / 107 : فيه دليل للقاعدة المعروفة في الفقه

والأصول أن الأحكام يعمل فيها بالظواهر ؟ والله يتولى السرائر. وانظر الأبى

على مسلم 1 / 209.

3 أخرجه البخاري 6 / 168 الجهاد باب الأسارى في السلاسل حديث "3010".

4 أخرجه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه أبو داود 3 / 56 كتاب الجهاد باب

في الأسير يوثق حديث "2677".

5 فتح الباري 6 / 168-169 ، فيض القدير 4 / 302-303.

قال الغزالي : المراد بالسلاسل الأسباب ؛ فإنه تعالى أمر بالعمل فقال : اعملوا وإلا أنتم معاقبون مذمومون على العصيان ، وذلك سبب لحصول اعتقاد فينا والاعتقاد سبب لهيجان الخوف وهيجانه سبب لتترك الشهوات والتجافي عن دار الغرور ، وذلك سبب الوصول إلى جوار الرحمن في الجنان وهو مسبب الأسباب ومرتبها فمن سبق له في الأزل السعادة يسر له هذه الأسباب حتى يقوده الله بسلامها إلى الجنة ومن قدر له الشقاء أصمه عن سماع كلامه وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم والعلماء فإذا لم يسمع لم يعلم وإذا لم يعلم لم يخف وإذا لم يخف لم يترك الركون للدنيا والانهماك في اللذات وإذا لم يتركها صار في حزب الشيطان.

فيض القدير 4 / 303.

صفحة 27 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

الشهادتين مناطا بدار الحكم عليهما فحيث وجدا حكم بمضمونهما بالنسبة إلى الظاهر وأمر الباطن إلى الله تعالى.

ومن هنا يوجد جواب عن الإمام فنقول : استغماضه من حيث المعنى قبول إسلام المكره ؛ لكونه حكما بخلاف الظاهر ، يوضحه أن الإقدام على قتله من تلفظه بالشهادتين واحتمال أنه صادق فيما أخبر به عن ضميره ارتكاب ما لعله يكون ظلما له ، والكف عن القتل أولى من الإقدام عليه.

ويوضح هذا أن الشارع لا مقصد له في إزهاق الأرواح وإنما المقصد الهداية والإرشاد فإن تعذرت بكل سبيل ، تعين زهوق الروح طريقا لزوال مفسدة [الكفر]1 من الوجود ، ومع التلطف بكلمة الحق لم تتعذر الهداية بكل طريق ، بل حصل عز الإسلام بانقياد المتلفظ بها ظاهرا ، ويرجى مع ذلك أن تكون الهداية حصلت وبتقدير أن تكون حصلت فقد يحصل في المستقبل فمادة الفساد الناشئ عن كلمة الكفر قد زالت بانقياد ظاهر ولم يبق إلا الباطن وهو مشكوك أو مرجو مآلا ، إن لم يكن مرجوا حالا ، فقد لاح من حيث المعنى وجه قبول الإسلام -والله الحمد- وأنه على وفق الأقيسة ومنهاج لمحاسن الشريعة ، لا يدفعه منقول ولا معقول.

فإن قلت -على تقدير ما قاله الإمام من كونه غير معقول المعنى : فما فائدة بحث الإمام عن ذلك.

قلت : خطر لي أنه يحال تخريج إسلام الذمي مكرها عليه ويتوصل منه إلى ترجيح أنه لا يصح ؛ وذلك لأنه يقول إذا قلنا بالصحة في الحربي فهي غير معقولة المعنى ، فلا يقاس عليها الذمي ؛ لأن القياس إنما يكون حيث يعقل معنى.



ويدل لهذا أنه ذكر مسألة الذمي عقبها ، فقال : ولو أكره ذمي على الإسلام فأسلم فقد ذكر أصحابنا وجهين في أننا هل نحكم بإسلامه ، والمصير إلى الحكم بإسلامه بعيد مع إن إكراهه عليه غير شائع ، فلئن استمر ما ذكرناه في إكراه الحربي من جهة أنه إكراهٌ بحق فلا ثبات لهذا المسلك والمكره ذمي والإكراه ممنوع. انتهى. وتقريره أن يقال : صحة إسلام الحربي بالإكراه إما غير معقولة المعنى. فلا يلحق

1 في ب : "الفكر".

صفحة 28 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

بها الذمي. وإما معقولة المعنى ، وهي أنه إكراه بحق ، فلا يلحق الذمي أيضا ؛ لأنه لم يكره بحق ، وإنما أكره على حق.

نعم ؛ إن جعل المعنى أنه أكره على حق صلح إسلام الذمي وهو وجه ضعيف ومنها : لو قال : لزيد علي أكثر مما لفلان ، قبل تفسيره بأقل متمول وإن كثر مال فلان ؛ لاحتمال أنه أراد بالأكثرية الحل أو نحوه.

فصل :

استثنى ابن القاص من قولهم : اليقين لا يرفع بالشك إحدى عشرة مسألة 1 :

الأولى : إذا شك المقيم هل تم يوم وليلة لم يجز له المسح.

الثانية : إذا شك المسافر هل مسح وهو مقيم أو بعد السفر لم يمسح إلا مسح مقيم.

الثالثة : مسافر أحرم خلف رجل لا يدري أمسافر هو أم مقيم لم يقصر.

الرابعة : ظبي بال في ماء فوجد متغيرا فهو نجس.

الخامسة : المستحاضة عليها الصلاة والاعتسال في كل يوم شكت هل هو يوم

انقطاع الدم.

السادسة : إذا علم نجاسة ما أصابت ثوبه أو بدنه إلا موضعها وجب غسله كله.

السابعة : شك المسافر. هل نوى الإقامة لم يترخص.

الثامنة : المستحاضة والسلس توضحا ثم شكًا هل انقطع ثم صليا لم يجزهما.

العاشرة : طلب الماء في سفره فلم يجده فتييم ثم أبصر شيئا يحتمل كونه ماء بطل

تيممه.

الحادية عشرة : رمى إلى صيد فجرحه ثم غاب فوجده ميتا وشك هل أصابته

رمية أخرى من حجر أو غيره لم يجز أكله 2.

1 الأشباه والنظائر للسيوطي 80.

2 هذا وقد نازع الفقهاء وغيره في هذه الاستثناءات بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك

، إنما عمل فيها بالأصل الذي لم يتحقق شرط العدول عنه ؛ لأن الأصل في الأولى والثانية غسل الرجلين وشرط المسح بقاء المدة وشكنا فيه فعمل بأصل الغسل وفي الثالثة والسابعة والثامنة القصر وخصه بشرط فإذا لم يتحقق =  
صفحة 29 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

وزاد الإمام علي ابن القاص : إذا شك في خروج وقت الجمعة قبل الشروع فيها وفي وجه أو فيها.

وجمع النووي هذه الصور في تحقيق المذهب. وزاد ثلاثة عشرة ورابعة عشرة وهما : إذا شك في نقص وضوء أو صلاة بعد الفراغ ، كمن شك هل مسح رأسه وهل صلى الظهر ثلاثاً أو أربعاً ، فإنه لا أثر لهذا الشك<sup>1</sup>.  
والظاهر الأرجح مضي الوضوء والصلاة على الصحة.

واعترض القفال وغيره على ابن القاص ، وقالوا : لم يعمل بالشك في شيء من ذلك بل بأصول أخر ، الظن المستفاد منها أقوى ، عاد الشاك إليها عند شكه.

قلت : وأقرب من هذه المسائل عندي -ولم أر من ذكره- إذا جاء من قدام الإمام واقتدى به وشك. أهو متقدم عليه ؟ فالصحيح في شرح المذهب وفي التحقيق أنه يصح. فهذا أصل ترك من غير معارض وهذا مشكل جديد لا جرم قال ابن الرفعة : الوجه ما نقل عن القاضي ؛ لأنه لا يصح عملاً بالأصل السالم عن المعارض<sup>2</sup>.

وهو قول حكاه النووي في تحقيق المذهب عن الجديد. ويقرب منه مسائل منها الصحيح انقضاء عدة المعتدة بالأقراء بالطعن في الحيضة الثالثة إن طلقها في الطهر والطعن في الرابعة إن طلقها في الحيض. وقيل حتى يمضي يوم وليلة بعد رؤية الدم

= رجع إلى الأصل ، وهو الإتمام وفي الخامسة الأصل وجوب الصلاة ، فإذا شكت في الانقطاع فصلت بلا غسل لم تتيقن البراءة منها وفي السادسة الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة فلما لم يغسل الجميع فهو شاك في زوال منعه من الصلاة وفي العاشرة إنما بطل التيمم ؛ لأنه توجه الطلب عليه وفي الحادية عشرة في حل الصيد قولان ، فإن قلنا : لا يحل فليس ترك يقين بشك ؛ لأن الأصل التحريم وقد شكنا في الإباحة ، وقد نقل النووي ذلك في شرح المذهب وقال : وما قاله القفال فيه نظر. وقال في شرح المذهب والصواب في أكثرها مع أبي العباس وهو ظاهر عن تأمله ، شرح المذهب 1 / 262-266 ،  
الأشباه والنظائر للسيوطي 80-81.

1 شرح المذهب 1 / 226 ، الأشباه والنظائر 81.

2 وفي نظير هذه المسألة لو صلى وشك هل تقدم على الإمام بالتكبير أو لا ، لا تصح صلاته ، وفرق بأن الصحة في التقديم أكثر وقوعاً فإنها تصح في صورتين التأخير والمساواة ، وتبطل في المتقدم خاصة والصحة في التكبير أقل وقوعاً ، فإنها تبطل بالمقارنة والتقدم وتصح صورة واحدة ، وهي التأخر قاله السيوطي.  
صفحة 30 | 466

### الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ليعلم أنه حيض وقيل إن رأت الدم لعادتها انقضت بروئيته ، وإن رآته على خلافها اعتبر يوم وليلة.

وهذا متجه ، فإن الحكم بكونه قرء فيمن رآته على خلاف العادة طرح اليقين بمجرد الشك لكن يسهل هذا اتفاق الأصحاب على أنا إذا حكمنا بانقضائها بالرؤية فانقطع الدم لدون يوم وليلة ولم يعد حتى مضى خمسة عشر يوماً أنا نتبين أن العدة لم تنقض.

ومنها : إذا شك القاضي في عدالة وصي قرره قاضٍ قبله [وأنفذ تصرفه] 1 فهل يقر المال في يده ؛ لأن الظاهر الأمانة ، أو ينتزعه حتى تثبت عدالته ؟  
اختلف في ذلك الإصطخري 2 وأبو إسحاق 3 ، فقال الإصطخري : يقره ، وقال أبو إسحاق : ينتزعه.

وهذا هو الذي يظهر ترجيحه. وعلى هذا فقد طرح أصل العدالة وظاهرها بمجرد الشك. ومنها : من [كان] 4 له كفان عاملتان أو غير عاملتين فبأيهما مس انتقض وضوءه ومع الشك في أنها أصلية أو زائدة لا تنقض. ولهذا لو كانت إحداهما عاملة فقط انتقض بها وحدها على الصحيح 5.

فإن قلت : أيسح أن ينضم إلى هذه المسائل النوم فإنه يرفع يقين الطهر وليس في

1 سقط من أ والمثبت من ب.

2 الحسن بن أحمد بن يزيد أبو سعيد الإصطخري شيخ الشافعية ببغداد ومن أكابر أصحاب الوجوه في المذهب صنف كتاباً حسناً في أدب القضاء. توفي في ربيع الآخر سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة.

طبقات السبكي 2 / 193 ، وفيات الأعيان 1 / 375 ، وطبقات ابن قاضي شبهة 1 / 109.

3 أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي شيخ الإسلام ومدار العلماء الأعلام في زمانه أول أهل الزمان وأكثر الأئمة اشتغالا بالعلم ، ولد بفيروزآباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة ونشأ بها وصنف المصنفات القيمة وتوفي بها يوم الأربعاء الحادي والعشرين من جمادى الآخرة سنة ست وسبعين وأربعمائة. وفيات الأعيان 1 / 9 ، والبداية والنهاية 12 / 124 ،

النجوم الزاهرة 5 / 117 ، ابن السبكي 4 / 215 ، ابن هداية الله ص 170  
4 سقط من ب.  
5 الأشباه والنظائر ص 82.  
صفحة 31 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

نفسه حدثا : قلت : لا ؛ لأنه وإن لم يكن في نفسه حدثا ، ولكنه مظنة الحدث ،  
والشارع أقام المظنة ، مقام المظنون فليس من هذا الباب.

ومنها : من صلى في مقبرة شك أنها منبوذة فإنه لا يصح على الوجه وعلى هذا  
تراك أصل عدم النباش بمجرد الشك ، لكن الصحيح الصحة.

ومنها : ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينه على الصحيح عند الرافعي 1  
والنووي 2 والشيخ الإمام رحمهم الله 3 تعالى قالوا : وإلا ؛ لتخذ الحبس عليه إذا  
كان صادقا وعجز عن البينة.

والثاني : يصدق المالك ؛ لأن الأصل البقاء 4 قالوا وقل من يقول هذا الوجه قلت :  
فعلى ما صححه المشايخ - رفع اليقين بمجرد الشك خشية الوقوع في مفسدة تخلد  
الحبس على غير مستحقه. وهذا عندي مشكل ودعواهم تخلد الحبس ممنوعة بأخذ  
القيمة للحيلولة. ثم لا حبس.

فصل :

مما يتشبه بأذيال تعارض الأصل والظاهر قاعدة يخلطها الأصحاب بها ؛  
لتقارب مسألهما. وهي : "إذا تعارض أصلان جرى غالبا قولان" 5.

قال الإمام في النهاية قبيل باب عتق العبيد : لا يخرجون من الثلث ولا ينبغي أن  
يعتقد الإنسان أن المعنى بتقابل الأصلين تعارضهما على وزن واحد في الترجيح  
، فإن هذا كلام متناقض إذا كنا نفتي - لا محالة- بأحد القولين إلى أن قال : نعم ،  
من حكم تقابل الأصلين أنه يدقق النظر في محاولة ترجيح جانب على جانب 6.

1 الشرح الكبير 11 / 286.

2 روضة الطالبين 5 / 28.

3 فعلى الصحيح إذا حلف الغاصب ؛ هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة ؟  
وجهان : أصحهما : نعم. المصدر السابق.

4 المصدر السابق.

5 الأشباه والنظائر ص 75 ، المنثور 1 / 330.

6 قال صاحب الذخائر في باب زكاة الفطر : وعلى المجتهد ترجيح أحدهما بوجه  
من وجوه النظر فلا يظن أن تقابل الأصلين يمنع المجتهد من إخراج الحكم ؛ إذ

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ذكره في مسألة ما إذا ادعى الغارم نقيضه تنقض القيمة بسببها وأنكر الطالب.  
حيث قال : فإن قال الغارم : كان عبدا سليما ولكن غاب قبل أن أعتق نصيبي منه  
ففي تصديقه قولان.

ولو لم يسلم الغارم السلامة الخلقية ، بل قال : خلق أكمه أو بفرد عين ، فالذي  
ذهب إليه الأكثرون أن الغارم يصدق إلى أن قال : وإذا لم يسلم الغارم السلامة ،  
فهذا يخرج عن قبيل تقابل الأصليين ، وإن تكلف متكلف وقال : الأصل في الناس  
السلامة كان مستبعدا. انتهى.

وما ذكره من تعارض الأصل يجري في تعارض الأصل والظاهر.  
والحاصل أن التعارض -يكون- بحيث يدقق النظر ، لا كأصل بعيد من أصل  
قريب ، ولا مع ظاهر قوي ، ثم لا ينبغي أن يكونا على حد سواء وإلا لفقد  
الترجيح بل يكون التعارض بحيث يتخيل الناظر في ابتداء نظرة تساويهما ثم دقق  
نظره وحقق فكره رجح.

وإذا حقق هذا. ظهر الجواب عن كل موضع لا يجري الخلاف فيه.

ولنعد ما يحضرنا من تقابل الأصليين. وذلك في مسائل :

منها : إذا شك في وقت خروج الجمعة ، فالأصح يتم جمعه أخذا بالأصل القريب  
وهو بقاء الوقف ، دون البعيد ، وهو الظهر.

وبهذا يظهر الجواب من عدها مم يرفع فيه الشك 1.

ومنها : إذا أصدقها تعليم بعض القرآن ، ووجدناها تحسنه فقال : أنا علمتها

وأنكرت ، فقولان ؛ لأن الأصل بقاء الصداق وبراءة ذمته 2.

ومنها : إذا شكنا فيما أصاب من دم البراغيث ، أقليل هو أم كثير ؟ فلإمام

احتمالان ؛ لأن الأصل اجتناب النجاسة والأصل في هذه النجاسة العفو 3.

واحتمالا لإمام هذان يشبهان احتماليه فيما إذا وقعت نجاسة في الماء وشك أكثر  
هو أم قليل ، هل ينجس ؟

1 المنثور 1 / 330.

2 والأصح تصديقها.

3 وقد رجح في أصل الروضة أن له حكم الأقليل.



الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

والذي جزم به صاحب الحاوي وآخرون أنه ينحبس ، ولتحقق النجاسة والأصل عدم الكثرة. ورجح النووي أنه طاهر 1 ؛ لأن الأصل الطهارة ، وقد شكنا في نجاسة منجسه.

قال : ولا يلزم من النجاسة التنجيس.

ورجح الشيخ زين الدين الكيناني مقالة صاحب الحاوي. ورد على النووي. ورجح الشيخ الإمام رحمه الله تعالى مقالة النووي ورد على ابن الكيناني. وخرج ابن أبي الصيف اليمني على هذه المسألة فرعا. وهو قلتان متغيرتان بنجاسة غاب عنهما ثم عاد ، ولا تغير. وشك في بقاء الكثرة فقال : إن قلنا بالطهارة فيما إذا شك في بلوغ الماء -الذي وقعت فيه النجاسة- قلتين ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ؛ لأن الأصل بقاء الكثرة.

ونازعه الفقيه الحافظ محب الدين الطبري في شرح التنبيه فقال : لا وجه للبناء. ولا للخلاف ؛ لأن تلك تعارض فيها أصلا فنشأ قولان وهنا الأصل بقاء الكثرة بلا معارض2.

ومنها : لو أدرك الإمام راعيا فكبر وانحنى ، وشك ، وهل بلغ الحد المعتبر قبل ارتفاع الإمام عنه : فالأصح لا يكون مدركا للركعة ؛ لأن الأصل عدم الإدراك. والثاني : يكون مدركا ؛ لأن الأصل عدم الرفع3.

ومنها : أذن المرتهن في البيع ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالأصل أنه بيع ، ولا رجوع قبله فتعارض4.

ومنها : لو تنحج إمامه فبان منه حرفان ، فأحد الوجهين لا يتابعه ؛ لأن الأصل سلامته وصدور أفعاله عن اختياره فتبطل صلاته ؛ لكونه عامدا ، وأصحهما يتابعه ؛ لأن الأصل بقاء العبادة والظاهر احترازه عن مبطلات الصلاة فيحمل على أنه كان مغلوبا.

ومنها : شك في أنها أرضعته الخمس في حولين أو بعضهما فيما دون بعض

1 شرح المذهب 1 / 220.

2 الأشباه والنظائر للسيوطي ص76.

3 المصدر السابق والمنثور 1 / 331.

4 المصدران السابقان.

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

فالأصح لا يثبت التحريم ، استصحابا لأصل الحال دون أصل بقاء الحولين1.

ومنها : لو باعه عصيرا وأقبضه. ووجد خمرا فقال البائع : تخمر في يدك. وقال المشتري : بل تسلمته خمرا. فالأصل عدم التخمر وعدم القبض الصحيح وأظهر القولين عند النووي تصديق البائع<sup>2</sup>.

ومنها : [إذا]3 ادعى أحد الزوجين التفويض. والآخر التسمية ولم نوجب المهر في التفويض بالعقد. فالأصل عدم التسمية وعدم القبض فتعارض أصلا. ومنها : ادعى الغاصب بالمغصوب عيبا حادثا لا خلقيا ، ككونه أقطع فأظهر القولين تصديق المالك ؛ لأن الأصل عدم حدوث العيب ، والثاني الغاصب ؛ لأن الأصل براءة ذمته فما زاد من الغرامة.

ومنها : إذا قال : كان له عليّ كذا فالأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة ، وفي جعله [بذلك مقرا]4 خلاف مشهور.

ومنها : إذا اطلعنا على كافر في دارنا. [فقال]5 : دخلت بأمان مسلم ففي مطالبته بالبينة وجهان ؛ لأن الأصل عدم الأمان ، ويعضده أن الغالب على من يستأمن الاستئناس بالإشهاد.

ويعارضه أن الأصل عدم حقن الدماء ويعضده أن الظاهر أن الحربي لا يقدم على هذا إلا بأمان.

وهذان أصلا متقاومان لا اعتضاد كل منهما بظاهر.

ومنها : لو شهد عليه شاهدان بكلمة الكفر. فقال : إنما قلتها مكرها فليجدد الإسلام ، فإن قتله مبادر قبل التجديد ، ففي الضمان وجهان ، قال الغزالي : في الوسيط : مأخوذان من تقابل الأصلين : الإكراه وبرائة الذمة.

---

1 الأشباه والنظائر ص70.

2 ترجيحا لأصل استمرار البيع ، ويجري القولان فيما لو كان رهنا مشروطا في بيع... قاله السيوطي...

3 سقط من ب.

4 سقط من ب.

5 سقط من ب.

صفحة 35 | 466

---

### الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ومنها : طار طائر. فقال : إن لم أصد هذا الطائر اليوم فأنت طالق ثم اصطاد ذلك اليوم طائرا ، وجهل هل هو ذلك أو غيره ، ففي وقوع الطلاق تردد حكاة الرافعي في فروع الطلاق لتعارض أصليين : بقاء النكاح ، وعدم اصيظاده.

ومنها : إذا ضربها الزوج وادعى نشوزها. وادعت هي أن الضرب ظلم. قال ابن الرفعة : لم أر فيها نقلا والذي يقوى في ظني أن القول قوله ؛ لأن

الشارع جعله وليا في ذلك.  
قلت : تعارض هنا أصلان : عدم ظلمه وعدم نشوزها.  
فصل :

وإنما قيدنا جريان القولين بالغلبة في قولنا : إذا تعارض أصلان جرى غالبا قولان ؛ لأنه قد يكون الخلاف وجهين ، وقد يعتضد أحد الأصلين بظاهر أو أصل آخر يرجحه ويدراً عنه الخلاف.  
وزعم بعضهم أن الخلاف إنما يأتي عند تجرد الأصلين عن مرجح لأحدهما على الآخر ، أما إذا ترجح أحدهما جزم به.

وهذا غير مطرد ، بل قد يجزم به وقد لا يجزم به ، وسنبيين ذلك القول في أصلين يعتضد أحدهما بظاهر ثم يجري الخلاف مع ذلك وذلك في مسائل :  
منها : إذا قذف مجهولا وقال : هو عبد. وقال المقذوف : أنا حر فقولان في قبول قول القاذف. وقد تعارض أصل الحرية المعتضد بظاهر الدار مع أصل براءة الذمة.

ومنها : إذا قطع طرفه ثم ادعى نقصه بشلل أو غيره فالمذهب تصديق المجني عليه في العضو الباطن دون الظاهر عند إمكان أصل السلامة.  
ووجه الفرق اعتضاد أحد الأصلين المتعارضين - وهما : السلامة ، وبرائة الذمة - بظاهر يرجحه.

وفي قول يصدق المجني عليه ، قيل : مطلقا ، وقيل : إن ادعى السلامة من الأصل ، لا إن ادعى زوال النقص بعد وجوده.  
وقيل يصدق الجاني مطلقا.

صفحة 36 | 466

## الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ومنها : إذا قدم ملفوفا وقال : كان ميتا ، وقال الولي : بل حيا فالأظهر تصديق الولي ؛ لأن الأصل بقاء الحياة.

والقول الثاني : يصدق الجاني ؛ لأن الأصل براءة الذمة.

وفرق أصحابنا بين أن يكون ملفوفا على هيئة التكفين ، أو في ثياب الأحياء ليعتضد أحد الأصلين بظاهر.

وقال الإمام : إن هذا لا أصل له.

قلت : وهو رأي أبي الحسن الطيبي - من أصحابنا - كما نقله الرافعي عنه وحكى أيضا - أعني الرافعي - طريقة أخرى عن أبي إسحاق ، أنه ينظر إلى الدم السائل ، فإن قال أهل الخبرة : هو دم حي صدق الولي ، أو دم ميت صدق الجاني.

وهذه الطريقة - مع عزو ذلك الوجه إلى الطيبي - لم يذكر الرافعي في فصل "اختلاف الجاني ومستحق الدم" وهو موضع المسألة ، بل قبل كتاب البغاة.

ونقل النووي في زيادة الروضة عن البغوي تفريعا على تصديق الولي :  
أن الواجب الدية دون القصاص.

وأن المتولي قال : هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة.  
قلت : والرافعي حكى في القصاص وجهين ذكرهما قبل كتاب الإمامة.  
ومنها مقطوع بعض الذكر إذا أجل بسبب العنة ثم ادعى الوطء في المدة ،  
وأنكرت المرأة ، فالأصح أن القول قوله ؛ لأن الأصل بعد وقوع العقد عدم  
تسلطها على الفسخ.  
ويعارضها أصل عدم الوطء المعتضد بالظاهر وهو أن النقصان الذي لحقه  
يورث ضعف الذكر.

"القول في أصليين تعارضا وجزم بأحدهما" :  
وذلك في مسائل :

منها : سليم الذكر والأنثيين إذا أجل لأجل العنة ثم ادعى الوطء في المدة وأنكرت  
المرأة يقبل قوله ، مع معارضة الأصل عدم الوطء ؛ وما ذاك إلا لأن الأصل  
صفحة 37 | 466

---

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

بعد وقوع العقد عدم تسلطها على الفسخ ، مع اعتضاد هذا الأصل بظاهر أن سليم  
الذكر والأنثيين لا يكون عنيانا في الغالب.  
ومنها : قالت : سألتك الطلاق بعوض فطلقني عليه متصلا فأنا منك بائن ، وقال :  
بل بعد طول الفصل ولم تقبلي فلم تحصل بينونة فلي الرجعة فالمصدق الزوج.  
قال الشيخ الإمام الوالد - رحمه الله : ولم يخرجوه على تقابل الأصليين.  
فصل :

ومما يثبت أيضا تعارض الأصليين تعارض الظاهرين وذلك في مسائل : منها  
اختلاف الزوجين فيما في البيت ، فإنه بينهما ، لا فرق بين الصالح لهما أو  
لأحدهما اعتمادا على اليد.

وذهب مالك - رحمه الله - إلى القضاء لكل واحد بما يصلح له فلا يكون السلاح  
للمرأة ولا الإزار للرجل.

قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام : وهو مذهب ظاهر متجه.

ومنها : أقرت بالنكاح ، وصدقها المقر له بالزوجية.

فالجديد : قبول الإقرار ؛ لأن الظاهر صدقهما فيما تصادقا عليه لا فرق بين  
العربيين والبلديين.

والقديم إن كان بلديين طولبا بالبينة لمعارضة هذا الظاهر بظاهر آخر هو أن  
البلديين يعرف حالهما غالبا ويسهل عليهما إقامة البينة<sup>1</sup>.

فائدة : اختلف الزوجان في الإصابة فالقول قول النافي<sup>2</sup> لا اعتضاده بالأصل إلا

مواضع عارض فيها ما هو أقوى منه<sup>3</sup>.  
منها : ادعت عنته وادعى إصابتها. صدق بيمينه.  
ومنها : طالبتة في الإيلاء بالفية أو الطلاق فادعى أنه فاء ، صدق.

1 الأشباه والنظائر للسيوطي ص79.

2 مع يمينه.

3 انظر المستثنيات في الاعتناء في الفرق والاستثناء ، بتحقيقنا في القاعدة الخامسة والعشرين من كتاب النكاح.

صفحة 38 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

ومنها : أنت بولد يمكن كونه منه ، وادعت أنه أصابها ، وأنكر بعد الاتفاق على الخلوة فأظهر القولين تصديقه ، والثاني : إنها المصدقة ، وعلى هذا يقع الاستثناء.

ومنها : قال لامرأته الطاهرة : أنت طالق للسنة ، ثم اختلفا فقال : جامعتك في هذا الطهر فلم يقع طلاق ، وأنكرت ، فالقول قوله -على ما ذكر البوشنجي إسماعيل<sup>1</sup> أنه مقتضى المذهب.

ومنها : إذا قلنا : خيار الأمة بالعتق يسقط بالوطء فادعى الزوج أنه وطء وأنكرت فمن المصدق ؟ فيه وجهان.

ومنها : تزوجها بشرط البكارة ، فوجدت ثيبا ، وقالت : افتضني وقال : بل كنت ثيبا.

قال البغوي : القول قولها بيمينها لدفع الفسخ<sup>2</sup> ، لا لدفع كمال المهر.

ومنها : إذا طلقها ثلاثا فادعت أنها تزوجت بزواج وأنه وطئها وأحلها وكذبها الزوج الثاني ، فإنها تصدق لحلها الأول وإن لم تصدق لكامل المهر.  
فصل :

جميع ما قدمناه في استصحاب الماضي في الحاضر [وأما عكسه]<sup>3</sup> وهو استصحاب الحاضر في الماضي فهو الاستصحاب المقلوب ، ولك أن تعبر عنه برد الأول إلى الثاني ، وأن تعبر عن الأول برد الثاني على الأول. وقد قيل بالاستصحاب المقلوب في مسائل.

1 لأنهما اختلفا في بقاء العدد والأصل بقاؤه ولو ادعت المرأة أن بينها وبين زوجها محرمة وكان التزويج برضاها لم يقبل دعواها والنكاح باقٍ على الصحة ؛ لأن إذنها فيه يتضمن صحته إلا أن تدعي الغلط والنسيان فيقبل قولها على المذهب فإن ادعت ذلك وكانت حين التزويج مجبرة فوجهان كما في أصل



الروضة 7 / 243 وقال أصحابهما. قال ابن الحداد : ونقله الإمام عند معظم الأصحاب القول قولها بيمينها إبطال النكاح من أصله وما تقدم من دعواها المحرمية مخالف لما ادعت المرأة التي زوجها أخواها برضاها أنها حين ذلك كانت صغيرة والقول قولها وبه قال القفال والقاضي حسين والبعوي في فتاويهم كما في الروضة 7 / 246 ولو ادعى الأب محرمية الزوج لم يقبل قوله لعدم موافقة الزوجة ؛ لأن النكاح حق لها روضة الطالبين 7 / 247 .  
2 روضة الطالبين 7 / 180 ، مغني المحتاج 3 / 26 .  
3 سقط من أ والمثبت من ب .  
صفحة 39 | 466

## الأشباه والنظائر

### القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع بالشك

منها : مسألة ، سمعت الشيخ الإمام الوالد رحمه الله يقول : لم يقل به الأصحاب في سواها ، وهي ما إذا اشترى شيئاً فادعاه مدّع أو انتزعه منه بحجة مطلقة ، حيث أطبقوا إلى ثبوت الرجوع له على البائع ، بل لو باع المشتري أو وهب ، وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه ، كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً . وهذا استصحاب الحال في الماضي ، فإن البيينة لا تنشئ الملك ولكن تظهره ، والملك سابق على إقامتها ، لا بد من تقرير زمان لطيف له ويحتمل انتقال الملك من المشتري إلى المدعي . ولكنهم استصحبوا مقلوباً . وهو عدم الانتقال منه فيما مضى .

ومنها على وجه ضعيف : إذا وجدنا ركازاً ولم ندر هل هو جاهلي أو إسلامي أنه يحكم بأنه جاهلي .

ومنها : إذا اختلف الغاصب والمالك في عيب حادث فقال الغاصب : حدث قبل الغصب ، وقال المالك : بل عند الغصب فالصحيح أن القول قول المالك وهذا إذا كان تالفاً فإن كان باقياً - وهو أعور مثلاً - وقال الغاصب : هكذا غصبته قال الشيخ أبو حامد : فالظاهر أن القول قول الغاصب ، وسكت عليه الشيخ الإمام وهذا استصحاب مقلوب 1 ، ونظيره : لو قال المالك : طعامي المغصوب كان جديداً وقال الغاصب : عتيقا ، فالمصدق الغاصب 2 .

تنبيه : فبتمام الكلام على هذا الفصل نجز الكلام على قاعدة الاستصحاب . المعبر عنها بأن اليقين لا يرفع بالشك .

ومن أول الكلام إلى هذا الفصل الأخير مخصوص برد الآخر إلى الأول . وهذا الفصل مخصوص برد الأول إلى الآخر .

ولو بسطنا القول في هذه القاعدة لاحتمل سِفراً كاملاً ، وفيما أوردناه كفاية .

2 بيمينه فإن نكل حلف المالك ثم له أخذ العتيق ؛ لأنه دون حقه روضة الطالبين  
29 /5 ، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي / 84.  
صفحة 40 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الثانية : الضرر يزال

القاعدة الثانية : الضرر يزال 1

ومن ثم الرد بالعيب 2 والحجر 3 والشفعة والقصاص 4 والحدود والكفارات ،  
و ضمان المتلف 5 والقسمة 6 ونصب الأئمة ، والقضاة 7 ودفع الصائل وقتال  
المشركين 8.

ويدخل فيها : الضرر لا يزال بالضرر وهو كعائد لعود على قولهم : الضرر  
يزال -أي يزال ولكن لا يضرر- فشأنهما شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة. بل  
هم سواء ؛ لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق : الضرر يزال 9.

1 والأصل فيها قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " أخرجه  
الموطأ 2 / 745 مرسلا كتاب الأفضية باب القضاء في المرفق " 31" ، والبيهقي  
من رواية أبي سعيد الخدري 6 / 69-70 كتاب الصلح باب لا ضرر ولا ضرار ،  
والدارقطني من رواية أبي سعيد الخدري 3 / 77 كتاب البيوع.

والحاكم في المستدرک 2 / 58 كتاب البيوع.

وقال : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ،  
وابن ماجه من ابن عباس وعبادة بن الصامت.

2 والرد بالعيب فوري ، الفورية بالعرف مع ملاحظة أن ما يعده الناس متراخيا  
يسقط البيع.

وشرط الرد بالعيب :

أولا : ظهور العيب.

ثانيا : أن يكون العيب من عند غير المشتري وللرد بالعيب طريقتان : الأولى  
الذهاب إلى الحاكم ، الثاني في حالة عدم التمكن من الذهاب إلى الحكم نطق  
وأشهد عليه.

ومن الملاحظ أن الرد بالعيب كان لدفع ضرر مترتب على ضياع مال المشتري  
وقد يؤدي عدمه إلى إشاعة الغش فدفعًا لكل ذلك شرع الرد بالعيب.

3 وقد شرع الحجر لدفع الضرر وهو التبذير وضابطه العرف فيختلف باختلاف  
الناس.

4 شرع قتل القاتل عامدا مثلا ؛ لئلا تعم جريمة القتل فإن القاتل مع معرفته بالحد  
يبتعد والمجتمع ليكون قويا بناءً لا بد من منع عوامل ضعفه.

5 شرع لحفظ حق المال لصاحبه الذي أتلف عليه.

6 شرعت لدفع الضرر من عدم إمكان التصرف في الحق قبلها وإعطاء كل ذي حق حقه بالضبط.

7 أي نصب القضاة وقد شرع لدفع الضرر من عدم استحقاق الحق في بلد واستفحاش الظلم فيه.

8 وقد شرع لاستتباب الأمر ، واستتباب الأمر قوة واختلاف الأمر ضعف.

9 الأشباه والنظائر للسيوطي ص86.

صفحة 41 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الثانية : الضرر يزال

ومن فروع قولنا : الضرر لا يزال بالضرر عدم وجوب العمارة على الشريك ، وهو القول الجديد<sup>1</sup>،

ومنها : الساقط على جريح ، يقتله إن استمر قائماً عليه ، ويقتل غيره إن انتقل عنه.

قيل : يستمر لأن الضرر لا يزال بالضرر<sup>2</sup>.

وقيل : يتخير الاستواء.

وقال الإمام الحاكم : لا حكم في هذه المسألة.

وتوقف الغزالي :

ومنها : إذا وقع في نار تحرقه ولم يخلص إلا بماء يغرقه ، ورآه أهون عليه من الصبر على لفحات النار فله ذلك على الأصح.

وشكك ابن عقيل الحنبلي في الفنون على تصوير هذه المسألة وجعل محلها ما لم تمس النار الجسد ، أما إذا مسته فالإنسان بالطبع يتحرك إلى خارج ؛ لأن طبع الحيوان الهرب من المحبس ، فالحبس غالب على التماثل والنظر في العاقبة ، ألا ترى أن من يناله ألم الضرب وبين يديه بئر يوقع نفسه فيها وإن كانت أجدر بهلاكه وما ذاك إلا ؛ لأن الضرر فيها ليس بمحس وأطال فيه.

وحاصله أن لا اختيار -حينئذ- ولا تكليف وكلام ابن عقيل هذا قريب من كلام إمام الحرميين في باب الصيد والذبائح وقد ذكر أنه لو كان صاحب المدينة يحركها وكانت

---

1 والمعنى شريكان في أرض قام أحدهما تحت أرضه وجاء الآخر يريد أن يعمل حاجزاً فوق ما حدد الأول فهل يجب على الأول مشاركته في العمارة فالجديد لا وإلا لزال ضرر بضرر فالضرر من الثاني إرادته التحديد والضرر من الأول دفع المال والقديم نعم باعتبار المناصفة ؛ لأنهما شريكان.

2 فائدة : قال بعضهم : المراتب خمسة : ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول.

فالضرورة : بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب وهذا يبيح تناول الحرام.

والحاجة : كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح الحرام ويبيح الفطر في الصوم.

والمنفعة : كالذي يشتهي خبز البر ولحم الغنم والطعام الدسم.  
والزينة : كالمشتهي الحلوى والسكر والثوب المنسوج من حرير وكتان.  
والفضول : التوسع بأكل الحرام ، والشبهة. أفاده السيوطي رحمه الله.

صفحة 42 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الثانية : الضرر يزال

البهيمة تحك حلقها ، فحصل قطع الحلقوم والمرىء بتحملها وتحريك صاحب السكين يده ما نصه ، فالوجه التحريم ؛ لاشتراك البهمية والذابح.  
وقد يرد على ما ذكرنا أن من أضجع شاة ليذبحها فإذا أمر بالسكين فقد يضطرب المذبح تحت السكين اضطرابا يؤثر في القطع.  
ولو قيل : قد لا تخلو شاة عما ذكرناه لم يكن بعيدا ففتح هذا يوجب تحريما في معظم الذبائح.

قلنا : هذا التصوير غير سديد ، فإن الشاة إذا ربطت فمسها حد السكين فإنها تحبس الحلقوم بطباعها ، ولعل من يغفل عن التحرز إذا أصاب عضوا منها مؤلم فتحرز عنه ، فإذا الأمر كذلك ولا يمكن ادعاء عموم حركتها في استقبال المدينة ، وما يفرض من اضطراب فهو بعد فري الحلقوم والمرىء ولا أثر له ، فإن صور مصور اضطرابا يعين على القطع قبل تمام القطع. فهذا مما يجب التحرز منه.  
وإن ظهر فعل الذابح وقد أمر خفي يجري مثله في الوسوس فالتعويل على فعل الذابح. انتهى لفظ النهاية ، وقد نقله الرافعي ملخصا إلا أنه جزم بما ذكره الإمام أنه الوجه فأوهم جزمه أن المسألة مسطورة وإنما هي من مولدات الإمام رحمه الله.

ومنها : قطع السلعة المخوفة.

ومنها : إذا مال حائط إلى مالك غيره أو إلى الشارع.

ومنها : حصل فصيل رجل في بيت رجل ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء فإن كان بتفريط صاحب البيت نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئا ، وإن كان بتفريط صاحب الفصيل نقض. ولزمه أرش النقض وكذا إذا دخل بنفسه على المذهب ، وقيل لا أرش عليه.

ولو وقع دينار في محبرة. ولا يخرج إلا بكسرها فإن كان بفعل صاحب المحبرة كسرت ولا غرم ، وإن كان بفعل صاحب الدينار أو لا بفعل أحد كسرت وعلى صاحبه الأرش.

وقال ابن الصباغ : إذا لم يفرط أحد فالتزم صاحب المحبرة ضمان الدينار ينبغي أن لا تكسر ؛ لزوال الضرر بذلك ، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل.

صفحة 43 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الثانية : الضرر يزال

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قدر. ولم تخرج إلى بكسرها فإن كان معها صاحبها فهو مفرط بترك الحفظ ، فإن كانت غير مأكولة كسرت القدر وعليه أرش النقص وإن كانت مأكولة ففي ذبحها وجهان.

وإن لم يكن معها أحد فإن فرط صاحب القدر كسرت ولا أرش له ، وإلا فيغرم صاحب البهيمة الأرش وتكسر.

هذا ترتيب الأصحاب ، وقيد الزبيري في كتاب المسكت المسألة بما إذا كانت المسألة بما إذا كانت قيمة القدر أخف - وهو الأغلب - أما إذا كانت قيمة القدر أكثر فالأولى ذبح المأكول ، ولعل الإطلاق محمول على هذا.

ومنها : إذا التقت دابتان على شاهق. ولم يمكن تخليص واحدة إلا بإتلاف الأخرى<sup>1</sup>.

ومنها : ليس للعبد للأمة إجبار السيد على النكاح ولو كانت ممن لا يحل له نكاحها كالأخت على الأصح.

ومنها : لا يجب عليه إغاف<sup>2</sup> ولده ولا والدته.

ومنها : ليس للمضطر أكل الطعام مضطر آخر ، ولا قطع فلذة من فخذة وليس له قتل ولده ، ولا عبده ، وهل له قطع الفلذة من نفسه ؟ إن كان الخوف منه كالخوف في ترك الأكل أو أكثر حرم وإلا فلا على الأصح<sup>3</sup>.

ومنها : لا تثبت الشفعة فيما لا ينقسم ولو طلب أحد الشريكين قسمة ما في قسمته ضرر لا يجاب.

ولو أراد وضع جداره على الحائط جاره منع على الجديد.

[ومنها] : إذا كان بذل الماء لماشية الغير أو زرعه يضر بماشيته أو زرعه لا يجبر على بذله ، وهي كثيرة جدا.

1 الأشباه والنظائر 86.

2 المراد بالإغاف ، أن يهيء له مستمتعا بأن يعطيه مهر حرة ينكحها ، أو يقول : تزوج وأنا أعطي المهر ، وشرط الإغاف الحاجة إلى النكاح ، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح.

3 الأشباه والنظائر ص 86.

صفحة 44 | 466



الأشباه والنظائر  
القاعدة الثانية : الضرر يزال  
ويستثنى من القاعدة :

أصل شرعية القصاص ، والحدود ، وقتال البغاة ، وقاطع الطريق ، ودفع الصائل ، ومن أكرهك على شي بغير حق ، والفسخ بعيب البيع ، النكاح ، والإعسار والإجبار على قضاء الديون ، والنفقة الواجبة لعبد أو قريب أو دابة أو زوجة ، وله أن يأخذ مال من له عليه مال إذا ظفر بجنسه ، وفي غير الجنس خلاف ، وللمضطر أن يأخذ طعام غير المضطر وأن يقاتله عليه وإن أتى على نفسه ، ويجب بذل الماء لشرب الأدمي المحترم وإن أضر بماشية البازل وزرعه ، وله قطع شجرة الغير إذا حصلت في هواء داره ، وإذا ابتلع الميت مالا لغيره ، والمرأة إذا ماتت وفي بطنها ولد ، إذا تترسوا بالنساء والصبيان ، ومنها أعتاق الأب.

بعض صور : إذا اشترى أرضا ووجد فيها حجارة مدفونة.

إذا باع الثمرة للبائع واحتاج إلى السقي.

إذا غرس المفلس ، أو قصر ، أو صبغ.

أو إذا غرس الغاصب ، أو قصر ، أو صبغ.

وهي أيضا كثيرة : حاصلها. دفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناهما.

"ومن القواعد المنتزعة من هذه القاعدة أيضا"

قولهم : "الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها" 1. ومن ثم جاز ؛ بل وجب - على الأصح- أكل الميتة للمضطر 2- إلا أن يكون الميت نبيا ، لأن حرمة أعظم في نظر الشرع من مهجة المضطر غير النبي 3. ومنها : قولهم : متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها.

1 بشرط أن تكون الضرورة أكثر من المحظور وأن تكون في نظر الشرع.

2 عند الممخصة أي إن لم يأكل لمات قال الله تعالى {فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ}.

3 والتلفظ بكلمة الكفر للإكراه ، فالضرورة هنا أعظم من المحظور فأباحته الضرورة المحظور.

وكذا لو عم الحرام قطرا بحيث لا يؤخذ حلال إلا نادرا فإنه يحوز استعمال ما يحتاج إليه ولا يقتصر على الضرورة.

قال الإمام : ولا يرتقي إلى التبسط وأكل الملاذ بل يقتصر على قدر الحاجة.

صفحة 45 | 466

الأشباه والنظائر  
القاعدة الثانية : الضرر يزال  
ويستثنى مسائل :

منها : من وجد زانيا بامرأته فله دفعه بالقتل وإن اندفع بدونه. [كذا] 1 قال  
الماوردي وتبعه صاحب البحر وهو -على تقدير تسليمه- مقيد بقيد إن تأملته طاح  
الاستثناء ، والقيد أن يكون زمن الدفع بالسيف أقل من غيره لكن تعليلهما يدل  
على أنه لا فرق بين أن يكون زمن الدفع أقل أولاً ؛ لأن صاحب البحر قال : إذا  
رآه أوقع [أو] 2 أولج جاز أن يبدأ في دفعه بالقتل ، وله أن يتعجله لأنه في كل  
لحظة تمر عليه مواقع بما لا يستدرك بالأناة فجاز من أجلها أن يعجل بالقتل ثم  
في هذا القتل وجهان :

أحدهما : أنه قتل دفع ؛ فعلى هذا يختص بالرجال ويستوي البكر والثيب.  
والثاني : أنه قتل حد. جوز له أن ينفرد به دون السلطان ، لتفرده بالمشاهدة التي  
لا تتعداه فعلى هذا يدفع الرجل والمرأة المطاوعة. وهل يفرق بين البكر والثيب ؟  
وجهان أظهرهما لا فرق ، ويقتل البكر أيضاً لأن القتل حد وجاز تغليظه حالة  
مواقعة المعصية ، ولأن السنة لم تفرق بين البكر والثيب. ثم إذا قتل عزر ،  
لتفويت القتل على الإمام. قال صاحب البحر : كذا قال أصحابنا [قال] 3 : وعندي  
أن لا يعزر لأنه كان يلزمه. قلت : فعلى القول بأنه قتل حد يزول الاستثناء وقد  
فرض صاحب الحاوي والبحر المسألة في الزوج يجد من يزني بزوجه لا من  
كل زان وكان الأمر غلظ على الزاني [بحضرة] 4 الزوج لما فيه من الغيرة فلا  
يلحق به من وجد يزني بأجنبية إذ ليس فيه من الغيرة ما يحمل على هذا.  
ومنها : هل يجوز رمي الناظر في دار إنسان إلى حريمه قبل إنذاره ؟ في وجهان  
، أظهرهما عند الرافعي -وعبر عنه النووي في أصل الروضة -بالأصح- الجواز  
واستدل به صاحب التقريب ؛ على أن لا يجب تقديم الكلام في كل دفع ، وأنه  
يجوز للمصول عليه الابتداء بالفعل ، وربما روى عنه تخريجه على الخلاف في  
وجوب استتابة المرتد وذكر الإمام أن مجال التردد الكلام الذي هو موعظة  
وتخجيل ، وقد يفيد ، وقد لا يفيد فأما ما يوثق بكونه دافعا من تخويف وزعفة  
مزعجة فلا يجوز أن يكون في وجوب البداية به خلاف. قال الرافعي : وهذا  
حسن. 5. قال : وينبغي أن يقال : ما لا يوثق بكونه دافعا

1 سقط من ب.

2 سقط من ب.

3 سقط من ب.

4 سقط من ب.

5 انظر روضة الطالبين 10 / 192.

الأشباه والنظائر

القاعدة الثانية : الضرر يزال

ويخاف من البداية به مبادرة الصائل وخروج الأمر من اليد. لا يجب البداية به بلا خلاف<sup>1</sup>.

ومنها : من أكره على الطلاق وأمكنه التورية فلم يفعل : فالأصح لا يقع طلاقه لمظنة الاندهاش. وإن لم يندهش ؛ بخلاف من ألقى في الماء. وهو يحسن السباحة. فتركها ولا مانع فلا قصاص. ولا دية على الأصح ؛ لأن العاقل في تلك الحالة لا يندهش عن مدافعة الموت ؛ بل في الطبع المدافعة ما أمكنت حبا للحياة. ومنها : [إذا]2 أكره على الكفر. على تفصيل ذكره الماوردي.

ومنها : إذا أكره على طلاق إحدى امرأته فطلق معينة على وجه [وما]3 إذا أمكنه أن يهرب على وجه.

ومنها : إذا وجد المضطر ميتة شاة وميتة كلب أو حمار فهل يتخير ؟ أو يقدم الشاة لأنها أسهل ؟ فيه وجهان.

قال النووي4 : ينبغي ترجيح ترك الكلب والتخيير في الباقي. وقال : إذا وجد العطشان خمرا وبولا شرب البول كما لو وجد بولا وماء نجسا شرب الماء<sup>5</sup>.  
فصل :

قدمنا الكلام على قاعدة الضرر يزال. وما يدخل فيها من القواعد الناشئة عن تقابل ضررين وقد يجمع تقابل الضررين اللذين تعين وقوع أحدهما عبارة شاملة ؛ فيقال [من تقلب بين]6 محذورين ما حكمه ؟ فإن خص الكلام بمحذورين متساويين من كل الوجوه المعتبرة في نظر الشارع ؛ فهي مسألة أبي هاشم في الساقط على جريح يقتله إن استمر قائما عليه ويقتل نظيره إن انتقل عنه. وقد قيل : لا حكم لله تعالى فيها. وقيل : حكمه التخيير. وقيل يستمر ولا ينتقل وقيل : بالوقف.

وإن لم يخص شمل محذورين أحدهما أخف من الآخر ، ولا يخفى أن ارتكاب الأخف أولى ، وهو ما ذكرناه من دفع أعظم المفسدتين بأدناهما وقد تقدم من صورته ما

1 روضة الطالبين 10 / 191-192.

2 سقط من ب.

3 سقط من ب.

4 روضة الطالبين 3 / 290.

5 شرح المذهب 9 / 50.

6 بياض في ب.

## الأشباه والنظائر

### القاعدة الثانية : الضرر يزال

يعني ، وتبين ما تعين فيه الأدنى والأعلى ، وهو الذي تقدم ، وما تعين فيه التساوي ، وهو مسألة أبي هاشم.

درجات وصور تظهر تارة أنها من هذا القبيل ، وتارة أنها من هذا القبيل يعبر عنها بالتقلب بين محذورين.

منها : إذا لم نوجب ركوب البحر في الحج ونحوه. فلو توسطه فهل له الانصراف أم عليه التماذي ؟ فيه وجهان ، وقيل : قولان بينان على القولين في المحصر إذا أحاط به العدو من الجوانب. هل له التحلل ؟ وإن قلنا : نعم فله الانصراف ، وإن قلنا لا : فلا وهو الصحيح ، وموضع الوجهين ما إذا استوى ما بين يديه وما خلفه في غالب الظن ، وكان يمكنه الرجوع إذا تمادى في غير طريق البحر ؛ فإن كان ما بين يديه أكثر لم يلزمه ، أو أقل لزمه. وإن أوجبنا ركوب البحر فعرض خطر في توسطه. [لو] 1 كان في ابتدائه لم يجب فهل يطرقه ما ذكرناه من الخلاف ؟ والتفصيل أن يقطع بوجوب التماذي [اعتباراً بأوله أو بعدم التماذي] 2 اعتباراً بآخره ، فإن الركوب في الصورة الأولى كان حيث لا وجوب وحيث لا وجوب يحرم الركوب إن غلب الهلاك ، وكذا إن استوى الحال على الأصح فيكون ركوبه عدواناً. [وفي هذا] 3 كله نظر واحتمال ، ولم أجده مسطوراً. ومنها : إذا اشترى الكافر كافراً من كافر فأسلم قبل القبض ، قال الإمام : لا يفسخ لأنه كيفما تقلب القلب إلى كافر : وقد يقال : ليس هذا الفرع من هذا القبيل ؛ لأن الفسخ وعدمه ليس إلى العبد حتى يقال : تقلب بين محذورين.

1 في ب أو.

2 سقط من أ والمثبت من ب.

3 سقط في ب.

صفحة 48 | 466

## الأشباه والنظائر

### القاعدة الثالثة : المشقة تجلب التيسير

### القاعدة الثالثة : المشقة تجلب التيسير

وإن شئت قلت : السادسة. المشقة تجلب التيسير وإن شئت قلت : إذا ضاق الأمر اتسع.

وقد عزا الخطابي هذه العبارة إلى الشافعي - رضي الله عنه - عند كلامه على الذباب يقع في الماء القليل ، ويقرب منها "الضرورات تبيح المحظورات" ومن ثم التيمم والمسح وصلاة المتنفل قاعداً ، والرخص جميعها ، إسقاطاً وتخفيفاً.

ومن فروعها : لو تنجس الخف بخرزه بشعر الخنزير فغسل سبعا إحداهن بتراب طاهر [طهر] ظاهره دون باطنة وهو موضع الخرز.  
قال الرافعي في باب الأظعمة وقيل كان الشيخ أبو زيد يصلي في الخف النوافل دون الفرائض فراجعه القفال قال : الأمر إذا ضاق اتسع.  
قال الرافعي : أشار إلى كثرة النوافل ، وقال النووي : بل إلى عموم البلوى بذلك ومشقة الاحتراز منه ؛ فعفى عنه مطلقا ، وكان لا يصلي فيه الفريضة احتياطا لها ، وإلا فلا فرق بين الفرض والنقل في اجتناب النجاسة.  
قلت : لم يبين لي في كلام النووي مخالفة لكلام الرافعي بل في قول الرافعي أنه إشارة إلى كثرة النوافل ما يرشد إلى ما قاله النووي من أن كثرتها أوجبت التساهل فيها تيسيرا وقد حاول ابن الرفعة -في باب مسح الخف تأييدا لكلام أبي زيد بأن الداخل من مواضع الخرز انسد بالخيط ؛ فصار في حكم الباطن والنجاسة في الباطن لا تمنع الصحة بدليل [أن]1 ظاهر النص صحة الصلاة في جلد الميت المدبوغ ، وإن قلنا : إن الدباغ لا يطهر باطنه وأطال ابن الرفعة في ذلك ، وقد يقال عليه : لو كان أبو زيد يرى أن نجاسة الباطن لا تمنع الصحة لصلى فيه الفرض والنفل جميعا ، ويجاب عن هذا بأنه أمر ظني فاحتيط فيه للفرض.

ومنها : القادر على تحصيل البذل والمبدل الفاقد لهما ، هل يجب عليه تحصيل المبدل كما لو وجده ، أو له أن يحصل البذل لكونه إذا حصله صار واحدا له دون المبدل ؟ فيه تردد في صور.  
منها : لو لم يكن في إبله بنت مخاض عدل إلى ابن لبون بالنص ؛ فلو فقدهما فهل يتعين شراء بنت مخاض أو له أن يشتري ابن لبون فيه وجهان.

1 سقط في ب.

صفحة 49 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة

القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة 1 :

ومن ثم مقادير الحيض 2 والنفاس 3 والطهر 4 وقصر الزمان وطوله عند البناء على الصلاة أو الأشياء وتناول الثمار الساقطة 5 من الأشجار المملوكة في الطريق وأخذ طرف هدية لم يعتد رد مثله ، وحمل الإذن في النكاح على الكفاء ، ومهر المثل واعتماد العرف في قدر القليل والكثير من دم البراغيث وفي قدر الموالات بين الصلاتين لمن جمع تقديمهما ، وخفة اللحية وكثافتها في الوضوء وعادة الرماة في مسافة الغرض المرمي إليه ، ومقدار [ثواب] الهدية في وجه مسألة الغسال ، وقدر المحقرات على رعي قطيع من الغنم. هل يجب بيان العدد أو



يكتفي بما جرت العادة أن يرعاه الواحد ويحمل قول العاقد. أجزت سنة - على المتصلة بالعقد ، وإيجاب السرج والإكاف في استئجار دابة للركوب وكذلك الغطاء الذي يستظل به6 ، واعتبار ثلاثمائة ذراع بين الإمام والمأموم - على القول بأنه مأخوذ من العرف- وهو الصحيح. ولو شافهته امرأته بما يكره من شتم وسب فقال : إن كنت كذلك فأنت طالق فإن قصد المكافأة طلقت في الحال ، وإن لم توجد

1 قال القاضي : أصلها قوله صلى الله عليه وسلم "ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن".

قال العلائي : ولم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف ، والسؤال ؛ وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه أخرجه أحمد في مسنده الأشباه والنظائر "99".

2 سن الحيض أقله تسع سنين قمرية تقريبا. وقال الإمام الشافعي رضي الله عنه : أعجل من سمعت من النساء تحيض نساء تهامة يحضن لتسع سنين أي تقريبا لا تحديدا ؛ فيسامح قبل تمامها بما لا يسع حيضا وطهرا ، أما إن وسع طهرا وحيضا فلا يسامح بل تعتبر من سن الحيض ويلاحظ من قول الشافعي أنه عرف أقل سن الحيض بالاستقراء وهو من الأدلة الشرعية ، وفي سن الحيض هذا حكما العادة.

3 أقل النفاس مجة ، وأكثره ستون يوما ، وغالبه أربعون يوما.

4 وأقل الطهر خمسة عشر يوما ولا حد لأكثره.

5 فالمحكم في هذا الساقط العرف.

فإذا اباح عرف الناس أكل الساقط حل أكله وإلا فلا ، ومحل تحكيم العادة إذا لم يكن هناك دليل على المنع كسوء وإلا حرم تناول الساقط.

6 أي إذا اقتضت العادة بوجوب وضع السرج وما تحته من إكاف ؛ فلا بد منه وإلا فلا تجب وذلك إن اطرده العرف فإن اضطرب فلا بد من البيان فإن خالف المؤجر العرف يفسخ عقد الإجارة.

صفحة 50 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة

الصفة أو قصد التعليق طلقت بتلك الصفة بالرجوع إلى العرف إذا طلق ، والعرف يقتضي ذكر ذلك للمكافأة1.

قال [الرافعي]2... يحتمل وجهين واتباع اللفظ أولى.

والمنكوحة الرقيقة إذا كانت جميلة تخدم في العادة ، لم يجب إعدامها. وقيل يجب للعادة.

ومنها : كتب المراسلات ، قال ابن الصباغ في باب الوليمة من الشامل : حكى القاضي أن بعض أصحابنا قال : لا يملكها المكتوب إليه ؛ ولكن له الانتفاع بها حكم بحكم العادة الجارية في إباحة ذلك.  
فصل :

واشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العرف ، وهذا صريح في تقديم اللغة على العرف وعند الأصوليين أن العرف مقدم على اللغة<sup>3</sup>.

1 روضة الطالبين 8 / 185 ، والاعتناء في الفرق والاستثناء في كتاب الطلاق.

2 في ب الغزالي.

3 قال في التكملة من القواعد المشتهرة على ألسنة الفقهاء أن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف. قال والذي في شرح المهذب وليس مخالفا لما يقوله الأصوليون من أن اللفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي ، قال : والجمع بين الكلامين إذا تعارض معناه في العرف ومعناه في اللغة قدمنا العرف ومراد الفقهاء إذا لم يعرف حده في اللغة ؛ فإننا نرجع فيه إلى العرف ؛ ولهذا قال كل ما ليس له حد في اللغة ولم يقولوا ليس له معنى فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يبينه فيستدل بالعرف عليه.

قلت : وإذا تعارضت الحقيقة الشرعية واللغوية فقيه مذهب :

أحدهما يحمل على الشرعي وصححه ابن الحاجب وهو مذهب الحنفية لأن المعنى الشرعي الحقيقي وهو الذي وضع له اللفظ في اصطلاح مخاطب الشرع فيتعين حمل اللفظ عليه.

والثاني يكون مجملا.

والثالث قاله الغزالي إن ورد في الإثبات حمل على الشرعي ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم مبعوث لبيان الشرعيات ، وإن ورد في النهي حمل على اللغوي. وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى نهاية السؤال مع حاشية الشيخ بخيت 2 / 200 وما بعدها.

صفحة 51 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة

ولا منافاة بين الأمرين لعدم تواردهما على محل واحد كما قررناه في شرحي المختصر والمنهاج وحكيناه عن الشيخ الإمام تغمده الله برحمته.

ومن ثم مسائل :

منها : التفرق القاطع لخيار المجلس ؛ فإن لفظ التفرق ورد من الشارع ولم يبين

حده ، فيجب حمله على ما بعد تفرقا في العرف .  
ومنها : الحرز في السرقة .  
ومنها : الإحياء .

ومنها : الاستيلاء في الغضب ، اتفق الأصحاب على أن المرجح في كون الفعل استيلاء وغير استيلاء إلى العرف .  
فصل :

العادة في الحيض على أربعة أنواع 1.

أحدها : ما يثبت بمرة على الصحيح وهو قدر الحيض ، وفي وجه بمرتين وفي [ثالث] 2 بنالث .

النوع الثاني : عادة تثبت بمرة بلا خلاف وهي الاستحاضة ؛ لأنها علة مزمنة فالظاهر أنها إذا وقعت دامت 3 ، وعادة تثبت بمرة ولكن على الصحيح وهي ما ذكرناه في المستحاضة المردودة إلى عاداتها .

والثالث : عادة لا تثبت بمرة ولا بمرات وإن تكررت بلا خلاف ، وصورتها منقطعة الدم إذا رأت يوما دما ويوما نقاء واستمرت بها الأدوار هكذا وقلنا : بقول اللفظ ، وأطبق الدم على لون واحد . فإننا لا نلتفظ بها قدر أيام الدم بلا خلاف ؛ وإنما يحيطها ما كنا نجعله حيضاً بالتلفيق ، قال الإمام والاحتمال فيه أدنى مجال . وكذا لو ولدت مرارا ولم تر نفاسا ثم ولدت ويطبق الدم وجاوزت ستين يوما ؛ فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها بلا خلاف بل هي مبتدأة في النفاس 4 .

---

1 قاله الإمام الغزالي وغيرهما .

2 وفي ب وجه .

3 وسواء في ذلك المبتدأة والمعتادة والمتحيرة .

4 الأشباه والنظائر ص 100 ، والمنثور للزركشي 2 / 359 .

صفحة 52 | 466

---

الأشباه والنظائر

القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة

والرابع : عادة لا تثبت بمرة ولا [بمرات] 1 على الأصح .

وصورتها : التوقف بسبب تقطع الدم ، إذا كانت ترى يوما دما ويوما نقاء ؛ فإن الانقطاع الثاني والثالث وما بعده إلى آخر الخمسة عشر لا يخرج عن الخلاف في ثبوت العادة بالمرة وهي الانقطاع الأول ؛ بل تمر بما تمر به الطاهرات بمجرد الانقطاع ، بخلاف الشهر الثاني فإنه مخرج على الخلاف لأن الشهر الأول قد أثبت عادة في الانقطاع فهذه عادات باب الحيض الأربع .

فصل :

جزموا في الكلب المعلم بأنه لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عادة ولا يكفي

مرة واحدة قطعاً وفي المرتين خلاف ، وكذلك في الثلاث 2 ، وجزموا باشتراط التكرار في القائف 3 ، وفي اختبار الصبي قبل البلوغ 4 ، ونظائره كثيرة ، ومنها : فرعان لم أر فيهما نقلاً .  
أحدهما : أن القاضي لا يقبل الهدية ممن لم يكن له عادة قبل الولاية ، ولا ممن كانت له عادة ما دامت له خصومة 5 . بماذا تثبت العادة المذكورة ؟  
ولم أجده مسطوراً وكلام الأصحاب يلوح بثبوتها بمرة واحدة ؛ ولذلك عبر [الرافعي] 6 بقوله : تعهد منه الهدية ، والعهد صادق بمرة 7 .  
والثاني : أنهم حرّموا صوم يوم الشك ما لم يوافق عادة له 8 ، كما إذا كان يصوم

1 في ب مراد .

2 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 100 ، المنثور للزركشي 2 / 359 .

3 وهل يكتفي بمرتين أو لا بد من ثلاث وجهان رجح الشيخ أو حامد وأصحابه اعتبار الثلاث ، وقال إمام الحرمين لا بد من تكرار يغلب على الظن به أنه عارف .

المصدر السابق والمنثور 2 / 361 .

4 وبالمماسكة قالوا : يختبر مرتين ؛ فصاعداً حتى يغلب على الظن رشده المنثور 2 / 360 .

5 روضة الطالبين 11 / 143 .

6 وفي ب الرافعي عنه .

7 11 / 143 .

8 أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال صلى الله عليه وسلم : " لا يتقدم أحدكم رمضان بصوم يوم أو يومين إلا رجل كان يصوم صوماً فليصم ذلك اليوم " البخاري 4 / 128 في كتاب =

صفحة 53 | 466

الأشباه والنظائر

القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة

الاثنين والخميس مثلاً فصادف يوم الشك أحدهما أو يصله بما قبله .

بماذا تثبت العادة المذكورة ؟ لم أجده 1 .

وكذا في الصيام بعد انتصاف شعبان 2 .

1 الصوم/ باب لا يتقدم رمضان بصوم يوم ولا يومين حديث "1914" ، ومسلم

2 / 762 كتاب الصيام/ باب لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين حديث "21/

1082" .

1 قال السيوطي وقال الإمام في الخادم : لم يتعرضوا لضابط العادة فيحتمل

ثبوتها بمرة أو بقدر يعد في العرف متكررا.  
2 لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : "\$ إذا انتصف شعبان فلا تصوموا".  
أخرجه أبو داود 2 / 271 في كتاب الصوم/ باب في كراهية وصل شعبان  
برمضان "2237" والترمذي 3 / 115 في الصوم/ باب ما جاء في كراهية  
الصوم في النصف الثاني من شعبان حديث "738" ، وابن ماجه 1 / 528 في  
الصيام/ باب ما جاء في النهي أن يتقدم رمضان بصوم حديث "651".  
صفحة 54 | 466

## الأشباه والنظائر

مدخل

القاعدة الخامسة : الأمور بمقاصدها

وأرشد وأحسن من هذه العبارة : قول من أوتي جوامع الكلم صلى الله عليه وسلم  
"إنما الأعمال بالنيات" 1.

1 أخرجه البخاري 1 / 9 في كتاب بدء الوحي/ باب كيف بدء الوحي إلى رسول  
الله صلى الله عليه وسلم حديث "1" وأخرجه مسلم 3 / 1515-1516 في كتاب  
الإمارة/ باب قوله صلى الله عليه وسلم : "إنما الأعمال بالنية" "155 / 1907"  
قال أبو عبيدة : ليس في أخبار النبي صلى الله عليه وسلم شيء أجمع وأغنى  
وأكثر فائدة منه ، واتفق الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وابن مهدي وابن المديني  
وأبو داود والدارقطني وغيرهم على أنه ثلث العلم بأن كسب العبد يقع بقلبه  
ولسانه وجوارحه فالنية أحد أقسامها الثلاثة وأرجحها لأنها قد تكون عبادة مستقلة  
وغيرها يحتاج إليها.

وكلام الإمام أحمد يدل على أنه أراد بكونه ثلث العلم أنه أحد القواعد الثلاث التي  
ترد إليها جميع الأحكام عنده فإنه قال : أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث حديث  
الأعمال بالنية وحديث : "من أحدث في أمرنا هذا ليس منه فهو رده" وحديث  
"الحلال بين والحرام بين" وقال أبو داود مدار السنة على أربعة أحاديث حديث -  
الأعمال بالنيات... ، وحديث "من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه" ، حديث  
"الحلال بين والحرام بين" ، حديث "إن الله طيب لا يقبل إلا طيبا". وفي لفظ  
عنه : يكفي الإنسان لدينه أربعة أحاديث فذكرها وذكر بدل الأخير حديث "لا  
يكون المؤمن مؤمنا حتى يرضى لأخيه ما يرضى لنفسه".

وحكى الحقاف من أصحابنا في كتاب الخصال عن ابن مهدي وابن المديني : أن  
مدار الأحاديث على أربعة : "الأعمال بالنيات" ، "لا يحل دم امرئ مسلم إلا  
بإحدى ثلاثة" ، "بني الإسلام على خمسة" ، "البينة على المدعى واليمين على  
من أنكر" وقال ابن مهدي أيضا : حديث النية يدخل في ثلاثين بابا من العلم ،



## الأشباه والنظائر

### مدخل

ومن ثم وجوب النية حيث تجب.

وإذا كان عليه دينان بأحدهما رهن ؛ فأدى أحدهما. ثم قال : أديت عن المرهون. فقال الدائن : بل على الآخر. صدق الدافع.

وصرح الإمام والرافعي والشيخ الإمام الوالد رحمه الله وغيرهم بأنه لا بد في أداء الديون من نية التمييز.

قال الشيخ الإمام : وعلى هذا إذا نوى ديناً وبان أنه ليس عليه لا يقع عن غيره وقاعدة النية طويلة الذيل. متسعة الأنحاء. ويدخل فيها قاعدة. ما تعمل فيه النية

قال الإمام في الأساليب : "موضوع اللفظ يحتمل النية بالإجماع كلفظ العين

والقرء إذا نوى أحد مسمياته ، واللازم لا يحتملها إجماعاً كما إذا نوى زمان

الطلاق ومكانه ، والمدلول محل الخلاف كما إذا نوى بقوله : أنت طالق ، عدا ،

يقع عندنا ؛ خلافاً لأبي حنيفة ، ولهذا اختلف الأصوليون في قوله : والله لا أكل

إذا نوى بعض المأكول هل يختص يمينه ؟ فهل يقوم عموم المدلول مقام اللفظ مع

اتفاقهم على أن تعيين زمان الأكل. ليس في يمينه والصحيح إلحاق المدلول

بالموضوع ؛ لأنه مراد اللفظ فله التصرف فيه. انتهى.

ومراده بالإجماع في اللازم إجماع الإمامين الشافعي وأبي حنيفة ، وقد يتعرض

بما روي عن البويطي<sup>1</sup> فيمن قال : أنت طالق بمكة أو في مكة أو البحر. تطلق

في الحال إلا أن يريد إذا حصلت هناك ، وكذا لو قال في الظل وهما في الشمس.

قال : بخلاف ما إذا كان الشيء منتظراً غير حاصل كقوله في الشتاء وهما في

الصيف. لا يقع حتى يجيء الشتاء.

---

1 أبو يعقوب يوسف بن يحيى القرشي البويطي منسوب إلى بويط من قرى مصر

من الصعيد الأدنى وكان من عظماء أصحاب الشافعي رضي الله عنه وخليفته

بعده وكان الشافعي رضي الله عنه يقول ليس أحد أحق بمجلسي من أبي يعقوب

وليس أحد من أصحابي أعلم منه. توفي في السجن سنة اثنتين وثلاثين ومائتين

في رجب يوم الجمعة قبل الصلاة ، وقيل إحدى وثلاثين ومائتين. وفيات الأعيان

6/ 60 ، تاريخ بغداد 14/ 299 ، ابن السبكي 1/ 275 ، ابن هداية الله ص 16 ،

شذرات الذهب 2/ 71 ، تهذيب التهذيب 9/ 427.

وحكى صاحب الذخائر 1 وجهين فيما إذا أطلق قوله أنت طالق بمكة :  
أحدهما : يتخير.

والثاني : يتقيد بالحلول في مكة.

ونص الشافعي فيمن قال : إن كلمت زيدا فأنت طالق ، وقال : أردت شهرا ،  
[بأنه] 2 لا يقع الطلاق باطنا. قال الغزالي في [الوسيط] 3 لأن اللفظ العام كالعام  
في الأزمان كلها. واعلم أن الكلام على قول الإمام -هذا- يستدعي في اللام فيما  
يدين المرء فيه وما لا يدين ، وقد ذكره الأصحاب في كتاب الطلاق ونحن نعقد له  
فصلا في آخر هذه القاعدة.

فصل :

يدخل في قاعدة النية أيضا : قاعدة اللفظ في النية ، وقد ذكرها الشيخ الإمام الوالد  
رحمه الله في باب التيمم من شرح المنهاج.

فقال : كل ما لا يجب التعرض له جملة وتفصيلا ؛ فإذا عينه وأخطأ لم يضر  
كتعيين مكان الصلاة وزمانها ، كما إذا عين الإمام من يصلي خلفه ، أو صلى في  
الغيم ونوى الأداء فبان خروج الوقت 4

وكل موضع يجب فيه التعيين فالخطأ فيه مبطل 5 ، كالخطأ من الصوم إلى  
الصلاة ، ونحوه [كل] 6 موضع يجب فيه التعرض له جملة ولا تجب تفصيلا فإذا  
عينه وأخطأ

---

1 مجلي بن جميع بن بخا القاضي أبو المعالي المخزومي الأرسوفي الأصل  
المصري ، تفقه على الفقيه سلطان المقدس تلميذ الشيخ نصر وبرع وصار من  
كبار الأئمة ومن تصانيفه الذخائر ، قال الإسنوي : وهو كثير الفروع والغرائب  
إلا أن ترتيبه غير معهود متعب لمن يريد استخراج المسائل منه وفيه أيضا أوهام  
، وقال الأذرعي : إنه كثير الوهم.

توفي في ذي القعدة سنة خمسين وخمسائة.

الإسنوي 184 ، ابن السبكي 4 / 300 ، وفيات الأعيان 3 / 300 ، البداية والنهاية  
12 / 233 ، شذرات الذهب 4 / 157.

2 في ب فإنه.

3 سقط في ب.

4 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 17.

5 المصدر السابق.

6 وفي "ب" وكل.

صفحة 56 | 466

## الأشباه والنظائر

مدخل

تبطل ؛ فلو نوى الاقتداء بزید فبان عمرا أو الصلاة على زید الميت فبان عمرا لم يصح ؛ فلو قال في المسألتين زید هذا فوجهان لتعارض الإشارة والعبارة كبعتك هذا الفرس فبان بغلا ، وزوجتك هذه الشابة فكانت عجوزا .

والأصح في الصلاة والنكاح الصحة تغليبا للإشارة ، وفي البيع البطلان تغليبا للعبارة . وهنا بحثان للشيخ الإمام رحمه الله .

أحدهما : فيما إذا نوى الاقتداء بزید فبان عمرا قال : ينبغي بطلان نية الاقتداء ، لا نية الصلاة وإذا بطل الاقتداء فإن تابعه يخرج على متابعة من ليس بإمام بل ينبغي هنا الصحة ، وجعل ظنه أنه إمام عذرا 1 .

وثانيهما : قد يقال : إذا كان الواجب مطلق نية الكفارة أو مطلق الزكاة أو مطلق الاقتداء فعين وامتنع حصول المعين لأجل الخطأ فالمطلق في ضمنه فلم لا يخرج على أن الخصوص إذا بطل هل يبطل العموم ؟ ثم أجاب بوجهين .

أحدهما : أن الواجب ليس مجرد المطلق : بل لا بد من تعيين ما ، كالإمام الحاضر ، والميت الحاضر ؛ فإذا نوى ما ليس كذلك . كان مباينا . لا أخص . والثاني : أن الخصوص هنا باعث ، ولا يلزم من كون الخصوص باعثا كون العموم باعثا إذ لا يلزم عليه المجموع عليه الجزء .

فصل :

ويدخل فيها أيضا قاعدة : النية لتمييز العبادات على العادات ولتمييز مراتب العبادات بعضها عن بعض .

فالأول : كالجلوس في المسجد ، يتردد بين الجلوس للاعتكاف والجلوس للاستراحة ، وكالوضوء والغسل يتردد بين التبريد والتنظيف والقرية فلو لا النية لما تميزت العبادة عن غيرها ولا حصلت 2 .

1 وتابعه الإسنوي في المهمات على هذا البحث ، وقد أجب بأنه قد يقال فرض المسألة حصول المتابعة فإن ذلك شأن من ينوي الاقتداء والأصح في متابعة من ليس بإمام البطلان .

2 وأيضا الإمساك عن المفطرات قد يكون للحمية والتداوي ، أو لعدم الحاجة إليه . ودفع المال للغير قد يكون هبة أو وصلة لفرض دنيوي ، وقد يكون قربة كالزكاة ، والصدقة ، والكفارة ، الذبح قد يكون بقصد الأكل وقد يكون للتقرب بإراقة الدماء ، لتمييز القرب من غيرها ، ومن ثم ترتب على ذلك أمور .

أحدها : عدم اشتراط النية في عبادة لا تكون عادة أو لالتبس بغيرها كالإيمان بالله تعالى والمعرفة والخوف والرجاء وقراءة القرآن والأذكار ؛ لأنها متميزة بصورتها ، نعم يجب في القراءة إذا كانت منذورة لتمييز الفرض من غيره نقله



وأما ما لا ينتهي : فقد يكون المنضم غير قرينة التبريد من نية الوضوء فلا تبطل في الأصح وكنية الصلاة ودفع الغريم ، فلا تبطل ، على ما نقله النووي في زوائد الروضة<sup>1</sup> في باب الوضوء عن صاحب الشامل ، ورأيت أن القاضي أبا منصور ابن أخي صاحب الشامل - قد خرج فيها وجهين في ضم نية التبريد إلى نية الوضوء.

وقد يكون قرينة. كما لو كبر الإمام وقصد مع التحريم إعلاء القوم. فلا تبطل جزماً ، ولا يجيء فيه وجه التبريد ؛ لأن المنضم هنا مطلوب للشارع ، ونفس تكبيرة الإحرام لا نية لها تختص بها ؛ وإنما النية لمجموع الصلاة وتكبير الإحرام محلها.

وأما الثاني : وهو قولهم : ولتمييز مراتب العبادات بعضها عن بعض فكتمييز صلاة النفل عن الفرض. والراتب عن المطلق ، ومن ثم وجوب التعرض لفريضة الصلاة والصوم على الأصح.  
فصل :

ويدخل في هذه العبارة قاعدة : "كل مفروضين فلا تجزيهما نية واحدة إلا الحج والعمرة" وألحق القفال بقية العبادات بالمفروضات ونقض عليه نية غسل الجنابة والجمعة والعيد والاستسقاء فإنها تحصل.  
فصل :

ويدخل فيها أيضاً قاعدة : ما تميز بنفسه لا يحتاج إلى نية. ومن ثم لم يحتج الإيمان والعرفان والأذان والأذكار ، والقراءة إلى نية التقرب بل [كفى] 2 مجرد القصد ليخرج الذاهل ؛ فإنه غير فاعل في الحقيقة.  
وحكى صاحب البحر في باب إمامة المرأة وجهين في احتياج الوقوف بعرفة والأذان إلى نية<sup>3</sup>. والمعروف في المذهب - على ما ذكره الرافعي في كتاب الإجازة

---

1 ج 1 ص 50 شرح المهذب 3 / 289.

2 سقط من "ب".

3 المنتور 3 / 298.

صفحة 59 | 466

---

## الأشباه والنظائر

### مدخل

وجزم به ابن عبد السلام في القواعد- إن الأذان لا يحتاج إلى نية ، ووقوف عرفة أولى منه بعدم الاحتياج.

أما المتروك : كترك الزنا وغيره فلا يحتاج إلى نية البتة لمجرد القصد ولا غيره بل يحصل اجتناب المنهي بكونها لم توجد وإن لم يقصد شيئاً ، ولا يتعرض بأن



من خطرت المعصية بباله ونوى الكف عنها يثاب ، فدل أن للنية مدخلا في [الثواب] 1 ثم على نية التقرب والكف الذي هو فصل يتردد بين الأصليين. إزالة النجاسة شابته الأذان من حيث أنها نعل ، وترك من حيث أنها قريب من التروك وغلبت هذه المشابهة ، فلا يفنقر إلى النية ، خلافا لابن سريج وأبي سهل الصعلوكي : حيث اشترطها إلا في الاستنجاء بالحجر. نقل هذا الاستثناء عنهما صاحب التتمة وادعى نفي الخلاف فيه

1 في ب للتوقف.  
صفحة 60 | 466

#### الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها  
القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها  
المباحثة الأولى.

هل يشترط لتحقيق النية وصحتها - قدرة الناوي على المنوي وإمكان حصوله  
أولا يشترط ؟ فيه نظر واحتمال مستمد من مسائل :  
منها : لو تبع العبد ، أو الزوجة أو [الجندي] 1 مالك أمره في السفر ، ولا يعرف مقصده ونوا مسافة القصر قال في المنهاج 2 قصر الجندي دونهما - يعني فيما قبل المرحلتين وكذا ذكر في الروضة 3 ؛ إلا أنه قال قبل ذلك : لو نوى العبد أو الزوجة أو [الجيش] 4 ولم ينو السيد ولا الزوج ولا الأمير - فأقوى الوجهين أن لهم القصر ، وظاهره في الجيش يخالف ما ذكره في الجندي.  
قال الشيخ الإمام والدي [رحمه الله] 5 والذي يقتضيه الفقه أن الجندي الخارج

1 سقط في ب.

2 مغني المحتاج 1 / 268.

3 ج 1 ص 386. شرح المهذب 4 / 333.

4 سقط في ب.

5 سقط في أ.

صفحة 60 | 466

#### الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها  
مع أمير يجب عليه طاعته كالخارج للقتال ، حكمه حكم العبد والزوجة ؛ فليحمل لفظ الجيش عليه ؛ وإلا فهو مستقل لا تابع.  
ومنها : لو نوى بوضوئه استباحة صلاة لا يمكن فعلها كما إذا نوى أول السنة

صلاة العيد ، ومن بالشام الطواف بمكة ؛ ففي ارتفاع حدثه خلاف حكاة في الأولى الروياني في تلخيصه عن والده وفي الثانية بعض الشارحين. وقربه من الخلاف فيمن يحرم بالظهر قبل الزوال.

ومنها : نية الإمام [الإمامة] ذكر الشيخ أبو محمد في التبصرة.. أن كمال نية الإمام أن ينوي أداء الظهر مثلا ويقول بقلبه إماما.

وعن تعليق الحسين في باب صفة الصلاة أن الإمام لا ينوي الجماعة لأنه لا يقتدي بأحد حتى ينويها.

قلت : وهذا فيه نظر ؛ فإن الجماعة تحصل للمقتدي والمتقدي به ، وقال أبو إسحاق : ينويها ، وعن البيان 1 : لا تصح نية الإمامة عند الإحرام ؛ لأنه لا يكون ذاكراً لها ؛ إذ ليس بإمام حتى يأت به غيره فإن أراد أنه وعد لا نية ،

قلت : والأرجح ما ذكره أبو إسحاق ، واقتضاء كلام الشيخ أبي محمد من أنه يصح ، بل ينبغي نية الإمام لمن وثق بالجماعة خلفه ، دون من لا يثق ، وكونه لا يصير إماما إلا بعد الاقتداء صحيح.

غير أن المنوي أبداً كذلك لا يكون إلا بعد انعقاد النية ؛ فإنه لا يكون مصليا حتى يتم نيته.

فإن [قيل] 2 لكن إذا نوى بعقله كونه مصليا ، ولا كذلك كونه إماما لتوقفه على

---

1 العمراني وهو الإمام يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن يحيى أبو الخير العمراني اليماني ولد سنة تسع وثمانين وأربعمائة كان شيخ الشافعية ببلاد اليمن وكان إماما زاهدا ورعا عالما خيرا مشهور الاسم بعيد الصيت عارفا بالفقه وأصوله والكلام والنحو من أعرف أهل الأرض بتصانيف الشيخ أبي إسحاق الشيرازي في الفقه والأصول والخلاف ويحفظ المذهب عن ظهر قلب توفي سنة ثمان وخمسين وخمسمائة ابن قاضي شهبة 1 / 327 ابن السبكي 4 / 24 ، مرآة الجنان 3 / 318 ، شذرات الذهب 4 / 185 ، هداية العارفين 2 / 250.

2 في أقلت.

صفحة 61 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها المقتضى.. قلت : إذا غلب على الظن حصوله كفى ذلك ، وليس من الوعد في شيء بل هو نية جازمة تشهد العادة بوقوعه.

ومنها : وهو نظيرها ، نقل الحافظ محب الدين الطبري في شرح التنبيه : " عن محمد بن علي التهامي من فقهاء اليمن أنه نقل أن من صلى سنة الجمعة المتقدمة عليها ، ينوي [بها] 1 سنة الظهر.

قال لأنه : ليس على ثقة من استكمال شرائط الجمعة. قال التهامي : فأما نحن

فنوي بها سنة الجمعة ، لأن الغالب حصولها .  
وقيل : ينوي بها سنة فرض الوقت ، قال الطبري شارح التنبيه : ولا يتجه غيره  
قلت : الذي لا يتجه غيره أن ينوي سنة الجمعة ، [ولا مبالاة بما يعرض من عدم  
حصولها إلا أن يكون في مكان يغلب فيه وبتقديره أقول : يصح أيضا أن ينوي  
سنة الجمعة]2 ولا يلزم من ذلك وقوع الجمعة ، كما ينوي سنة الظهر وإن أمكن  
ألا يصلية ؛ بل نحن نستحب سنة الظهر لمن في نيته معصية الله بتركها ، وينوي  
مع ذلك سنة الظهر هذا الذي يظهر .

المباحثة الثانية :

هل يشترط لصحة النية كون المحل قابلا لما نواه الناوي ؟

يظهر ذلك في مسائل :

منها : إذا نوى المسافر الإقامة في موضع لا يصلح لها كالمفازة ، فأظهر القولين  
انقطاع السفر .

ومنها : إذا نوى الإقامة وهو سائر ، ولم تؤثر هذه النية ؛ لأن السير يكذبها ،  
وبذلك صرح النووي في شرح المهذب وأشار إليه الرافعي - كما قلناه - في  
الترشيح .

المباحثة الثالثة :

هل من شرط تحقق النية الجزم بمتعلقها ؟ فيه نظر واحتمال .

والأقوى الاشتراط ، ويشهد له مسائل .

منها : لو شك في الحدث بعد يقين الطهارة فتوضأ احتياطاً ثم تبين الحدث أعاد

---

1 سقط في ب .

2 سقط في ب .

صفحة 62 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها  
على الصحيح ، لكونه توضأ متردداً . وقد زالت الضرورة بالتيقن .

ولو تيقن الحدث شك في الطهارة فتوضأ ثم بان محدثاً أجزاءه قطعاً ؛ لأن الأصل  
بقاء الحدث فلا يضر التردد معه .

ومنها : لو نسي صلاة من الخمس فصلى الخمس ثم علم المنسية . قال النووي : لم  
أر فيه شيئاً قال : ويحتمل أن يكون على الوجهين أي في المسألة قبلها ويحتمل  
القطع بعدم الإعادة وهو الأظهر .

ومنها : تيمم لفائتة ظنها عليه أو لفائتة الظهر فكانت العصر لم يصح .

[ومنها : لو اقتدى بخنثى ثم بان بعد الفراغ كونها رجلاً عاد في الأصح]1 .

ومنها : لو نوى يوم الشك صوم غد إن كان من رمضان ، فاعتقد كونه منه

بشهادة أو استصحاب جاز.  
ومنها : لو نذر صيام يوم قدوم زيد فبان بعلامة قدومه في الغد جاز تبييت الصوم له على قول.  
ومنها : لو قال : اعتقت هذا العبد عن كفارة يميني إن حنت فبان أنه حنت ، عتق عن الكفارة ، وإلا فلا.  
ولو قال : إن حلفت وحنث فبان حالفاً. فعن البغوي ينبغي أن لا يجزيه لأنه شك في اليمين.  
وفي الصورة السابقة ، الشك في الحنث ، والتكفير قبل الحنث جائز.  
تنبيه : اعلم أنا لا يشترط في الجرم حصول القطع ؛ بل يكفي ظن غالب لا اعتبار مع بالاحتمال.  
ومن ثم يقولون : النية إذا اعتضدت بأصل لا يضرها التردد ، بذلك صرح قوم منهم الوالد في شرح المنهاج في باب صلاة المسافرين ، ومثلوا له بالنية في آخر يوم من رمضان ، وبما لو نوى المسافر مقصداً يقصر فيه ، ثم نوى أنه إن وجد غريمه رجع ، فلا يضره وله القصر على الصحيح.

1 سقط في ب.

صفحة 63 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها  
ومن مسائلها : ما نقله النووي عن الدارمي<sup>1</sup>. وذكره الوالد في كتاب الصوم لو  
تيقن الحدث وشك في الطهارة وتوضأ.  
وقال : إن كنت محدثاً فهذا لرفعه وإلا فتبرد صح.  
ولو كان متطهراً وشك في الحدث فتوضأ ، وقال ذلك لم يصح عملاً بالأصل في  
المسألتين. ولو شك في دخول وقت الصلاة فقال عنها : إن كان دخل وإلا فناقلة لم  
يجزه. وإن كانت [عليه] 2 صلاة وشك في أدائها فقال عنها : إن كانت وإلا فناقلة  
أجزأه. ولو أحرم يوم الثلاثين من رمضان. وهو شك فقال إن كان من رمضان  
فإحرامه بعمرة ، وإن كان من شوال فبحج فكان شوالاً ، كان حجا صحيحاً.  
وذكر من أمثلة أخرى في شرح المنهاج.  
المباحثة الرابعة :

في تحقيق النية وصحتها بتعيين نوع من متعلقها تردد يجري في صور.  
منها : لو نرى رفع بعض الأحداث فأصح الأوجه صحة وضوئه مطلقاً ، وعلوه  
بأن الحدث لا يتجزأ ؛ فإذا ارتفع بعض ارتفع الكل ، والغسل الواقع عن واحد  
واقع عن الكل.

فإن قلت : قياس هذا أنه إذا وطأ امرأتين واغتسل من الجنابة ، وحلف أنه لم

يغتسل عن الثانية يحنث ، وفي الرافي في آخر الباب الأول من الطلاق أنه لا يحنث.

قلت : كان مأخذه أن الغسل كائن.

أما عن الحدث الأسبق -واستتبع رفعه رفع ما بعده- وأما عن مطلق الحدث الذي [هو] 3 قدر مشترك بين الأول والثاني ؛ فلم يكن لخصوص الثاني به تعلق ، وهذا فيما إذا اتحد جنس الحدثين.

---

1 محمد بن عبد الواحد بن محمد بن عمر بن ميمون الإمام أبو الفرج الدارمي البغدادي نزيل دمشق تفقه على أبي الحسن الأربيلي وعلى الشيخ أبي حامد الإسفراييني وكان إماما بارعا مدققا قال الخطيب : هو أحد الفقهاء موصوف بالذكاء وحسن الفقه والحساب والكلام في دقائق المسائل ولد في سنة ثمان وخمسين وثلاثمائة وتوفي بدمشق في ذي القعدة سنة ثمان وأربعين وأربعمائة. تاريخ بغداد 2 / 363 ، والأنساب 5 / 279 ، ابن السبكي 3 / 77 ، الشيرازي ص 107 ، ابن قاضي شهبة 1 / 234.

2 سقط من ب.

3 سقط من ب.

صفحة 64 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها أما إذا اختلفت كالمراة الجنب الحائض تغتسل ، وقد كانت حلفت لا تغتسل من الجنابة ؛ ففي شرح التلخيص للشيخ أبي علي 1 قبل كتاب الزكاة ، إن نوت الاغتسال عنهما حنثت ، أو عن الحيض وحده لم تحنث وإن أجزأ غسلها عنهما حنثت. قال : ورجح القفال الحنث ثم ما ذكرناه فيما إذا نوى رفع بعض الأحداث محله إذا كان الحدث المنوي رفعه واقعا منه ؛ وإلا فيمتنع من المتعمد في الصحيح لا من الغالط وفاقا.

ومنها : لو نوى بوضوئه استباحه صلاة بعينها ولم ينو غيرها صح على ما جزم به الرافي في باب الوضوء. وحكى فيه وجهها في كتاب الظهار ، وإن بقي غيرها فأوجه مشهورة أصحابها الصحة أيضا.

ومنها : يصح تخصيص الفريضة بالنية من ذي الضرورة ، وفي النافلة إن نوى غيرها الوجوه.

ومنها : يصح تفريق النية على أعضاء الوضوء في الأصح.

ومنها : لو نوت الذميمة بغسلها حل وطء زوجها المسلم استباحته به كل ما توقف على الغسل على أصح الأوجه.

المباحثة الخامسة :



اعتراض النية لصراع الألفاظ هل يبطل صراحتها ويرفع حكمها عند الإطلاق؟  
قد كنا قدمنا كلام الإمام رحمه الله في الأساليب وقلنا إن الكلام يستدعي الكلام  
فيما يدين المرء فيه وما لا يدين وما يقبل منه في ظاهر الحكم وما لا يقبل.  
ولا شك أن ما لا يقبل ظاهرا. ولا يدين فيه باطنا لا يبطل صراحة اللفظ، بل  
وجود النية الصارفة عن الصراحة وعدمها بالنسبة إليه سواء؛ وإنما الكلام فيما  
يقبل ظاهر أو يدين فيه، وقد يدعي أن النية صرفت الصراحة عن قضيتها  
ولنذكر كلام الأصحاب في التديين؛ فإنه أشكل علي بحيث لم أتصل منه على  
شيء فأقول: قال الفوراني في

1 الحسين بن شعيب بن محمد بن الحسين أبو علي السنجي المروزي عالم تلك  
البلاد في زمانه تفقه بأبي بكر القفال والشيخ أبي حامد الإسفراييني ببغداد وله  
تعليقة جمع فيها بين مذهب العراقيين والخراسانيين.  
توفي سنة سبع وعشرين وأربعمائة، وقيل سنة ثلاثين، وقيل نيف وثلاثين ودفن  
إلى جانب أستاذه القفال. وفيات الأعيان 1/ 401، البداية والنهاية 12/ 257 ابن  
قاضي شعبة 1/ 207.  
صفحة 65 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبتها بأذيالها  
الإبانة: الأصل أن كل من أفصح بشيء، وقيل فإذا نواه قبل فيما بينه وبين الله  
دون الحكم.  
وقال القاضي الحسين في التعليقة: كل ما لو وصله باللفظ نطقا انتظم معه وإن  
شق؛ فإذا ضمنه اللفظ بينه إن ادعاه لنفسه دين فيما بينه وبين الله ولم يصدق في  
الحكم، وإن كان على نفسه صدق في الحكم.  
وقريب منه قول تلميذه البغوي في التهذيب كل ما لو وصله باللفظ نطقا دين في  
الحكم؛ فإذا نواه بقلبه لا يدين في الحكم فيما له، ويدين في الباطن؛ إلا في  
الاستثناء؛ فإنه لو قال: أنت طالق ووصل به إن شاء الله -نطقا- لا يقع ولا نوى  
الاستثناء بقلبه لا يدين في الباطن.  
وقال الرافعي يحكي عن القاضي الحسين: إن لما يبديه الشخص ويدعيه من النية  
مع ما أطلقه من اللفظ أربع مراتب.  
إحداها: أن يرفع ما صرح به اللفظ، كما إذا قال: أنت طالق ثم قال: أردت  
طلاقا لا يقع عليك، أو قال: لم أرد إيقاع فلا مبالاة بما يقوله لا في الظاهر، ولا  
في التديين في الباطن.  
والثانية: أن يكون ما يبديه مقيدا لما تلفظ به مطلقا. كما إذا قال أنت طالق، ثم  
قال: أردت عند دخول الدار. ومجيء الشهر، فلا يقبل ظاهرا وفي التديين

خلاف.

والثالثة : أن يرجح ما يدعيه إلى تخصيص عموم ؛ فهذا يدين فيه وفي القبول ظاهرا خلاف.

والرابعة : أن يكون اللفظ محتملا للطلاق من غير شيوع وظهور فيه وفي هذه الدرجة يعمل فيها بموجب النية.

وحكى صاحب الذخائر هذا عن القاضي وقال : إن الغزالي استحسنته إلا في قبول تخصيص العموم من غير دليل.

قال الرافي : وفي كلام الأئمة ضبط آخر ، قالوا ينظر في [التفسير] 1 على

1 في "ب" التغيير.

صفحة 66 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبتها بأذيالها

خلاف ظاهر اللفظ إن كان بحيث لو وصل باللفظ نطقا لما انتظم الكلام ؛ فإنه لا يقبل في الظاهر. ولا يدين وإن انتظم وقبل في الحكم ؛ فإذا نواه لا يقبل ويدين. مثال الأول : أردت طلاقا لا يقع عليك.

ومثال الثاني : أردت عن وثاقي ، أو إن دخلت الدار.

قلت : وهذا الضابط هو الذي قدمناه عن البغوي والقاضي وغيرهما ، وقريب منه كلام الإمام في النهاية ، ومنعني عن حكايته طوله ، وكذلك منعني خشية التطويل عن حكاية كلام بقية الأصحاب ، مع اجتماع الكثير من كتبهم عندي ، والله الحمد ، وقال صاحب الذخائر : إذا ادعى ما يزيل اللفظ عن ظاهره فالضابط أنه إن ناقض اللفظ عن ظاهره فالضابط أنه إن ناقض اللفظ لم يقبل حكما ، ولم يدين ؛ وإلا فإن ساواه في الظهور قبل ظاهرا وباطنا. وإن كان للفظ إشعار به -كطالق عن وثاق دين ولم يقبل في الحكم. وإن لم يشعر به ولكن كان لو نطق به لانتظم الكلام مع وحسن ، كما أو ادعى تعليق الطلاق -بالنية- على شرط ، ففي قبوله حكما خلاف. وليقع الاقتصار على ما نقلت من كلام الأصحاب ، وستعرف ما يرد على كل منها من الفروع ، وأنا أعدد الفروع ثم أذكر ما لعله يتيسر نقله لي من الضبط.

الفرع الأول :

إذا قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت -إن دخلت الدار أو إذا جاء رأس الشهر ، أو قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت إن شاء الله.

فقال القفال ، والغزالي : يدين ، وهذا هو ظاهر كلام الإمام في النهاية.

قال الرافي : والمشهور في كتب كبراء المذهب أنه لا يدين في قوله : أردت إن شاء الله ، ويدين في قوله : أردت عن وثاق أو إن دخلت الدار وإن شاء زيد.

قال : وفرقوا بين قوله : أردت إن شاء الله ، وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله يرفع حكم الطلاق جملة ؛ فلا بد فيه اللفظ. والتعليق بالدخول لا يرفع الحكم جملة ، ولكن يخصه بحال دون حال. قوله : من وثاق. تأويل. وصرف اللفظ من معنى إلى معنى. فكفت في النية وإن كانت ضعيفة. وشبهوا ذلك بأن الفسخ لما كان رافعا للحكم. لم يجز إلا باللفظ.

صفحة 67 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها والتخصيص يحوز بالقياس كما يجوز باللفظ. انتهى.

واختار أخي الشيخ بهاء الدين أبو حامد -أطال الله بقاءه ما عليه القفال والإمام الغزالي من التديين في قوله : أردت إن شاء الله.

[وقد] 1 ذكروا في الإكراه ما يقتضي التسوية بين التعليق على مشيئة الله وغيره. قلت : كأنه يشير إلى قولهم : إن وري المكره بأن قال أردت بقولي : طلقت فاطمة غير زوجتي ، أو نوى الطلاق من الوثاق ، أو قال في نفسه : إن شاء الله لم يقع الطلاق. وهذا قد يقال : إنه مخصوص بحالة الإكراه ، لكونها قرينة تصدقه في إرادة إن شاء الله ، وقد قالوا هناك : إنه إذا ادعى التورية صدق ظاهرا في كل ما يدين فيه عند الطواعية ، وظاهر هذا أن تصديقه في قوله : أردت إن شاء الله مبني على هذا الخلاف في أنه هل يدين ؟ وأقول : قد يقال : إنه يدين في مسألة الإكراه ، وإن لم يدين في غيرها لوضوح الفرق.

الفرع الثاني :

إذا قال : أردت طلاقا لا يقع عليك ، أطلق الأصحاب أنه لا يدين ، قال الإمام : لأنه لو اتصل بالكلام ظاهرا لما انتظم وكان متهما فيما لا يجرد العاقل القصد إلى نظم مثله ، قال : فلا طريق إلا الإلغاء ظاهرا وباطنا.

وقال أخي الشيخ بها الدين : ينبغي أن يختص هذا بما إذا أراد حقيقة الطلاق ، أما إذا قصد الطلاق من الوثاق أو غيره فينبغي أن يصح.

قلت : هذا لا شك فيه ، وعليه ينبنى كلام الإمام ؛ فإن التهافت إنما جاء من قبل تناقض اللفظ ، ومع إرادة حقيقة الطلاق اللغوي لا تهافت.

نعم هو متهافت سواء أراد حقيقة الطلاق الشرعي أو أطلق ؛ لأن الإطلاق محمول على الشرعي.

وعلى صورتين يحمل كلام الأصحاب ، أما صورة قصد الطلاق من الوثاق فلم يريدوها بهذا الكلام ، وقد صرحوا بها بمفردها. وأنه يدين فيها.

على أن لقائل أن يقول : قوله : لا يقع عليك إلا يصح أن يوصف به طلاق الوثاق لأن الموصوف بالوقوع وعدمه ما يقع تارة ولا يقع أخرى ؛ وذلك هو الطلاق الشرعي لا

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبتها بأذيالها اللغوي ؛ فقد يقال : اللفظ متهافت وإن قصد المعنى اللغوي لأن قوله : لا يقع عليك ينافي المعنى اللغوي ؛ فليس كما إذا أطلق قوله : أنت طالق ثم قال : أردت عن وثاق ، فالأظهر أنه لا يقبل قوله : أردت عن وثاق لا ظاهرا ولا باطنا في الحالات الثلاث لتهافته ونقض آخره لأوله.

الفرع الثالث تخصيص العام :

قال أكثر الأصحاب : لا يقبل في الظاهر ولكن يدين ، وتأولوا نص الشافعي الدال على أنه يقبل ظاهرا وقال بعضهم : يقبل ؛ لأن استعمال العام في الخاص شائع مشهور. وصورة المسألة المنصوصة أن تقول له امرأته : طلقني فيقول : كل امرأة لي طالق ويعزل السائلة بالنية.

والخلاف في القبول ظاهرا جار وإن لم توجد قرينة تصدقه ؛ غير أن الأظهر عند القفال والمعتبر عدم القبول ظاهرا إن لم تكن قرينة والقبول إن كانت ، وهو ما صححه في المنهاج وعن القاضي الحسين : الفرق بين أن يقول : كل امرأة لي طالق - ويعزل بعضهن بالنية ، وأن يقول : نسائي. وقال : إذا قال نسائي طوالت ، ثم قال كنت عزلت ثلاثا بالنية ، [لا] 1 يقبل ؛ لأن اسم النساء لا يقع على الواحدة. ولو قال عزلت واحدة ، يقبل وذكر تفريعا على هذا وجهين فيما لو عزل اثنتين. وحكوا وجهين فيما إذا قال : أربعتن طوالت ، وقال نويت إلا فلانة ، هل يدين ؟ ففي وجه يدين كما لو قال : نسائي طوالت وعزل واحدة بالنية وفي وجه لا يدين ؛ لأن لفظ الثلاثة والأربعة نص في العدد المعلوم واستعمالها في بعض العدد غير معهود ، بخلاف استعمال لفظ العام في الخاص فإنه معهود.

قال القاضي أبو الطيب الطبري : [لو] 2 قال : فلانة وفلانة وفلانة طوالت ثم قال : كنت عزلت فلانة بالنية ، لم يقبل لأنه رفع لما نص عليه ، ونسخ ، وليس بتخصيص عموم. وسكت عليه الرافعي والنووي.

قلت : وهو ظاهر ، وأظهر منه أن يقول : فلانة طالق وفلانة طالق وفلانة طالق ؛ إلا فلانة فإن هذه جمل متعاطفة وليس العطف فيها للمفردات ، والاستثناء فيها مستغرق ولو

1 في ب لم.

2 في ب فلو.

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبيثها بأذيالها قال : أنت طالق ثلاثا ثم قال : أردت إلا واحدة لم يدن على الصحيح ؛ لأنه نص في العدد.

والحاصل : أن العام قد تكون دلالاته على المخرج بالنية ضعيفة ، وقد تكون قوية ، وبقدر ضعفها يظهر التديين ، وتترقى إلى القبول ظاهرا ، وبقدر قوتها يظهر عدم القبول ظاهرا وتترقى إلى عدم التديين.

فأضعف الألفاظ كل امرأة لي طالق ، وأقوى الألفاظ فلانة ، وفلانة ، وفلانة طوالق إلا فلانة وبينهما أربعون طوالق ، فإنه فوق كل امرأة لي ونسائي من حيث أنه اسم عدد ؛ فهو نص في مسماه ، ودون فلانة وفلانة وفلانة لواحدة ، مدلول كل واحد من الألفاظ ولا يقال : الكل تخصيص العموم. فبين العمومات [تفاوت] 1 كثير إن سلم أن الأعداد عامة.

الفرع الرابع : تقييد المطلق

مثل إن أكلت خبزا أو تمرا فأنت طالق. ثم يفسر بنوع خاص ، قال الرافعي : إن الخلاف في القبول ظاهر في مسألة كل امرأة لي طالق. المتقدمة ، أجرى فيه. قلت : ذاك تخصيص عام وهذا تقييد مطلق ، والأشبه أن يجري في هذا الخلاف في أردت إن دخلت الدار وإن كلمت زيدا ، ثم يقول : أردت شهرا ، وأي الأمرين أولى بالقبول بعيد تقييد المطلق ، أو تخصيص العام.

ظاهر كلام الإمام في النهاية أن تخصيص العام أولى ؛ فإنه قال : حمل اللفظ الصالح للعموم على الخصوص من تأويل اللفظ على بعض مقتضياته.

وانتهى الأمر في تردد الألفاظ بين العموم والخصوص إلى نفي طائفة من العلماء صيغة مجردة ظاهرة في العموم. وهذا لا اعتقادهم تردد الألفاظ في هذين المعنيين.

قلت : وهذا ظاهر على القول بإنكار صيغ العموم ، أما على مذهب الفقهاء في إثبات الصيغ فقد تعكس ويقال : تقييد المطلق لا يزيل شيئا من مدلول اللفظ ؛

فيكون أجدر بالقبول ، بخلاف تخصيص العام ، غير أن نص الشافعي -رضي الله عنه- يشهد

1 في ب تقارب.

صفحة 70 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبيثها بأذيالها للأول ؛ فإن الإمام إنما جعل تخصيص العام أولى توصلا إلى الفرق في مسألتي النص ، وأنا أذكرهما ، وأتكلم عليهما. فأقول : نص الشافعي -رضي الله عنه-



على أنه إذا قال : أنت طالق ثم قال : أضمرت إن دخلت الدار ، لم يقبل منه ظاهرا ، وفي التديين وجهان ، قال الإمام : أقيسهما أنه لا يدين. قلت : [وقد تقدم]1 قول الرافعي : أن كبراء المذهب على ترجيح التديين ، ثم ذكر الإمام أن الخلاف جار فيما إذا قال : أضمرت إلى شهر أو ما جرى هذا المجرى من تأقيت أو تعليق ، ثم ذكر بعد ما حكى خلاف التديين أن -الشافعي نص على أنه إذا قال لامرأته : إن كلمت زيدا ، ثم قال : أردت إن كلمته شهرا ، لا يقع الطلاق باطنا بعد الشهر. والحاصل أن نص الشافعي يدل على أنه إذا نوى إن دخلت الدار لا يدين وإذا نوى إلى شهر يدين ففرق بين الزمان والمكان فهل من فارق ظاهر ؟ كلام جماعة أنه لا فرق ، ومنهم القاضي مجلى ؛ فإنه حكى الوجهين في التديين في إن دخلت الدار ، ثم ذكر نص الشافعي فيما إذا قال : أردت إلى شهر ، وقال هذا الفرع مثل الفرع قبله ، وهو إذا نوى التعليق فإن فيه وجهين كذلك ينبغي ها هنا. ومنهم الرافعي كما سنعرف.

والم الإمام -رحمه الله- بفرق ، فقال : وللفقيه أدنى نظر في هذا فإن قول القائل : إن كلمت زيدا متعلق بالأزمان -على العموم- ظاهر ، بخلاف إن دخلت الدار فإن اللفظ لا يدل على القيد.

وتبعه الغزالي ؛ حيث قال : اللفظ كالعام في الأزمان فإذا قال : أردت شهرا فكأنه خصص العام.

قال الرافعي : وقد يقال : هذا بمثله ، فيقال : اللفظ عام في الأحوال إلا أنه خصصه بحال دخول الدار.

قلت : وقد تضعف المقابلة ، ويقال : أليس قد نبه الإمام على أن اللفظ لا ينبغي عن الأحوال ؛ وإنما ينبغي عن الأزمان. فكيف يقال له بعد ذلك اللفظ عام في الأحوال ؟ نعم لمنزاع أن ينازع في دلالة اللفظ على الزمان.

1 سقط من ب.

صفحة 71 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبيها بأذيالها فإنه قوله : أنت طالق لفظ لا عموم فيه لا بالنسبة إلى الأحوال ولا الأزمان ، وما هو إلا مطلق قيد في إن دخلت الدار بالأحوال ، وفي إلى شهر بالأزمان. الفرع الخامس :

قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت طلاقا عن وثاق ، وكان يحل وثاقها طرد الغزالي فيه الوجهين فيما لو قال نسائي طواق وعزل اثنتين بالنية. هل يقبل ظاهرا ؟ وقال : الظاهر القبول.

قال الرافعي : وفيما إذا لم توجد القرينة أشار في سائر كتبه إلى أنه لا يجيء فيه

التدبين. الخلاف المذكور فيما إذا قال : أردت إن دخلت الدار ، و فرق بأن قوله : أنت طالق وإن خصصه الشرع برفع قيد النكاح ؛ ولكنه كالمجمل المبهم من حيث اللغة. يحتمل أن يكون من الوثاق وغيره فالتفسير بيان للمبهم. وأما التقييدات فليس لمجرد اللفظ دلالة عليها ، والحاصل أنه يدين وإن لم تكن قرينة وفي وجه حكاة الغزالي في أول كتاب الإيمان والقاضي مجلي في "الذخائر" في هذا المكان أنه لا يدين ، ويقع باطنا وجمعها القاضي مجلى أوجها. أحدهما : أنه يدين وإن لم تكن قرينة.

والثاني : لا يدين.

والثالث : يدين. ولكن يقبل ظاهرا.

والرابع : الفرق بين أن تكون قرينة ؛ فيقبل ظاهرا. ولا تكون فلا يقبل وأن يدين كذا يتحصل من كلامه.

الفرع السادس :

لو قال : أنت طالق ثلاثا للسنة ، ثم قال : نويت تفريق الثلاث على الأقرء ، لم يقبل قوله في الظاهر ؛ لأن اللفظ يقتضي وقوع الكل في الحال إن كانت طاهرة. والوقوع كما ظهرت إن كانت في الحال حيضًا ، ولا سنة في التفريق ، وليس من اللفظ إشعار بما يدينه.

قال في التتمة : إلا إذا كان الرجل ممن يعتقد تحريم الجمع في قرء واحد ، فيقبل قوله في الظاهر ، لأن تفسيره مستمر على اعتقاده.

صفحة 72 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبيها بأذيالها وحكى الحناطي -وجها مطلقا- أنه يقبل قوله في الظاهر والمنصوص والمشهور الأول.

هذه العبارة الرافعي في الشرح الكبير وفي الشرح الصغير ذكر معنى ذلك ملخصًا ، [وما] 1 نقله عن التتمة رأيته فيها ، وعبارته : فأما إذا كان الرجل ممن يعتقد تحريم جمع الطلقات في قرء واحد فيصدق في الحكم لاعتبار اعتقاده ، وأنه لا يقصد ارتكاب محذور في دينه. وهذا كما قال الشافعي في مسافر كان يصل صلاة مقصورة خلف إمام مسافر ؛ فقام الإمام إلى الثالثة ؛ فإن علم أن الإمام ساه لا يتابعه وإنما يتصور ذلك فيمن يعتقد وجوب القصر ، فينبني الحكم على اعتقاده فكذلك ها هنا. انتهى.

ولو قال : أنت طالق ثلاثا ولم يقل : للسنة ثم فسر بالتفريق على الإقراء -كذلك-

لا يقبل في الظاهر ، لأنه يؤخر ما يقتضي اللفظ تنجيذه.

هذا كلام الرافعي وصاحب التتمة وأكثر الأصحاب ولم يذكروا هذه المسألة وهي ما إذا طلق ثلاثا ؛ وإنما ذكرها إمام الحرميين ومن تبعه.

والذي ذكره جماهير الأصحاب المسألة المنصوصة ، وهي ما إذا قيد بالنسبة فهل تطرق هذه المسألة ما استثناه صاحب التتمة ، وهو معتقد تحريم الجمع أو إنما تطرق تلك لقرينة قوله للسنة ؟ يحتمل أن يقال بالأول ، وتكون المسألتان سواء ، يستثنى منهما معتقد تحريم الجمع ، ويرشد إلى ذلك تعليل صاحب التتمة بأن اعتقاد القائل يستمر على ما فسر به ؛ فإن هذا لا يختلف الحال فيه بين أن يقيد السنة أو لا يقيد.

ويحتمل -وهو الأظهر- أن يقال بالثاني ؛ فإن اعتقاده دل عليه من لفظه قوله للسنة. بخلاف ما إذا أطلق.

وصاحب التتمة لم يذكر هذه المسألة ؛ فما ندري لو ذكرها ما كان يصنع. والرافعي -رحمه الله- أدى الأمانة في نقله فلم يذكر ما استثناه صاحب التتمة إلا في المواضع الذي استثناه منه ؟ لا في الصورة الثانية ، كذلك فعل في الشرحين وفي المحرر.

وعبارة المحرر : ولو قال : أنت طالق ثلاثا للسنة ثم فسر بالتفريق على الأقرء لم

---

1 سقط من ب.

صفحة 73 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهها بأذيالها يقبل إلا إذا كان القائل ممن يعتقد تحريم الجمع في قرء واحد ، وكذا لو اقتصر على قوله ثلاثا. ثم فسر بالتفريق لا يقبل. انتهى.

ويعني بقوله في الثانية عدم القبول مطلقا ممن يعتقد تحريم الجمع ومن لا يعتقد لأن الأصحاب أطلقوا عدم القبول هنا كما أطلقوا في الأول ، وما قيده صاحب التتمة إلا في الأولى ، فبقيت الثانية على إطلاقها.

إذا عرفت هذا فاعلم أن النووي -رحمه الله- قدم في اختصاره من كلام المحرر. فأخر ، فأوهم أن القبول ممن يعتقد تحريم الجمع يشمل صورتين ؛ فقال في "المنهاج" ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا أو ثلاثا للسنة ، وفسر بتفريقها على الأقرء لم يقبل إلا ممن يعتقد تحريم الجمع.

وسل القاضي شرف الدين البارزي 1 في التمييز من هذا فإن عبارته : "لم يقبل إلا في الثانية" فيمن يعتقد تحريم الجمع فله دره ؟

ومن أهم ما ينبه عليه هنا أن هذا الاستثناء الذي ذكره صاحب التتمة وهو كالمنفرد به -وإن اختص بقوله : أنت طالق ثلاثا للسنة ؛ فهل الأمر على ما ذكره ، أو الراجح خلافه ؟ ولا يستدل بسكوت الرافعي والنووي عليه على أنه الراجح عندهما. هذا موضع نظر قد يدل كلام كثير منهم على أنه لا فرق بين معتقد

تحريم الجمع وغيره ؛ فإن صاحب الحاوي قال بعدما ذكر أن أنت طالق ثلاثا للسنة توجب وقوعهن معا عندنا خلافا لأبي حنيفة ومالك ؛ فعلى هذا لو قال : أردت محتمل وهو يخالف الظاهر ، فلا يقبل منه في الحكم. وتبعه صاحب البحر وجماعة منهم صاحب البيان وعبارة البيان : فإن قال : أردت السنة ، على مذهب مالك وأبي حنيفة ، أنه يقع في كل قرء طلقة لم تقبل في الحكم. وقال الإمام - رحمه الله- في النهاية : لو قال أنت طالق ثلاثا ، وزعم أنه أراد التفريق على الإقراء ؛ فهذا لا يقبل ظاهرا ، وهل يدين ؟ يلتحق

1 شرف الدين هبة الله الجدهني بن البارزي الحموي كان إماما راسخا في العلم صالحا خيرا محبا للعلم ونشره محسنا إلى أهله ولد بسادس شهر رمضان سنة خمس وأربعين وستمائة بحماة له المصنفات العديدة المشهورة وصارت إليه الرحلة وتوفي بها في ذي القعدة سنة ثمان وثلاثين وسبعمائة ابن السبكي 6 / 248 ، الاسنوي 1 / 135 ، الدرر الكامنة 4 / 401. صفحة 74 | 466

#### الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها بما لو زعم أنه أضمر تأقيتا أو تعليقا ، وإن قال : أنت طالق ثلاثا للسنة ، ثم زعم أنه نوى التفريق ؛ فالظاهر إلحاق هذا بما إذا أضمر تأقيتا أو تعليقا كما ذكرناه ، ولا يتغير الحكم بتقييد الثلاث بالسنة ، فإن هذا اللفظ في استعمال اللغة لا يقتضي تفريقا ، وإذا إردنا لفظ السنة إلى موجب الشريعة فقد قدمنا من مذهب الشافعي أن السنة والبدعة لا معلق لهما بالجمع والتفريق. انتهى.

وفيه دلالة على أن قوله "السنة" لا يزيد على قوله "ثلاثا" إذا تجرد عن ذلك سببا ، وأنه لا يختلف باختلاف المذاهب ؛ وذلك ظاهر عبارة من قدمناه غير أن الذي في كلام الحاوي والبحر والبيان أنه إذا قال : أردت على مذهب أبي حنيفة ومالك فيظهر أن الصورة أن يكون القائل شافعيًا أو ساذجا لا يعرف المسألة ، ويحمل على مذهب الشافعي ، وبذلك صرح في "النتمة" قال : إذا كان ممن لا يعتقد تحريم الجمع أن كان جاهلا بالحكم لم يقبل قوله ظاهرا ، وصورة الجهل بالحكم وإن لم يصرح بها الرافي فقد شملها إطلاقه ؛ حيث لم يستثن إلا معتقد تحريم الجمع.

والصورة الثانية : فيمن يعتقد تحريم الجمع وهو مسألة صاحب التتمة. والثالثة : لا يعتقد أن تحريم الجمع ، وهي مسألة الحاوي ، ومن ذكرناه ، وقد صرحوا فيها بعد القبول فيحتمل أن لا يقبلوا أيضا ممن تعتقد التحريم ، ويخالفوا صاحب التتمة فيما ذكره ، وهو ما دل عليه قول الإمام أن اللفظ مردود إلى موجب الشريعة ولا تعلق للسنة بالجمع والتفريق ، ويحتمل أن يقبلوا من معتقد

الجمع وأن لم يقبلوا ممن لا يعتقد إذا قال : طلقت على مذهب من يعتقد هذا موقع نظر.

وبالجملة الذي يظهر لي الآن ما قاله صاحب التتمة من قبول ذلك ممن يعتقد تحريم الجمع ، والذي يظهر لي أيضا تخصيصه بما إذا قال للسنة وعدم القبول فيما إذا أطلق ، وهل يدين في الصوتين ؟ فيه وجهان : أصحهما نعم.

الفرع السابع :  
إذا قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق ثم قال ، أردت الأجنبية قبل في الحكم ؛ لأن الاسم يتناولهما تناولا واحدا. نص عليه الشافعي في باب إباحة الطلاق.  
صفحة 75 | 466

### الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبتها بأذيالها  
الفرع الثامن :

إذا كان له امرأة اسمها عمرة ؛ فقال : عمرة طالق ، وقال : أردت الأجنبية المسماة بهذا الاسم ؛ فقيل يقبل في الحكم وعليه القاضي أبو الطيب ، وقيل لا يقبل لأن ظاهر اللفظ الزوجة بخلاف إحداكما ؛ فإن اللفظ نص في كل واحدة منهما ويدين بلا خلاف.

الفرع التاسع :

إذا كان اسم امرأته طالقا ، واسم عبده حرا ، فناداها باسمها ، فإن قصد النداء ، لم يقع أو الإيقاع وقع ، وإن أطلق فوجهان.

الفرع العاشر :

تلفظ بالطلاق وادعى أنه لم يقصده ؛ بل سبق لسانه إليه ، كأن أراد أن يقول : طلبتك فقال : طلقتك ، قال أصحابنا : لا يقبل في الظاهر.

الفرع الحادي عشر :

قال : أنت طالق ، ثم قال : أردت غيرها فسبق لساني إليها ، قال الأصحاب. يدين ولا يقبل في الحكم.

الفرع الثاني عشر :

لابن الحداد : إذا كان له امرأتان زينب وحفصة ، فقال : يا زينب فأجابته حفصة ، فقال : أنت طالق.

فصل 1 :

إذا احتطت بما أوردته من الفروع وعرضته على الضوابط السابقة. عرفت ما يرد منها عليه و قد رأيت الشيخ الأخ بهاء الدين - أحسن الله إليه - ذكر أكثرها ، ونازع في حكم الوارد منها ، وقال ما ذكر من الضوابط أقربا إلى الصحة ، وما ذكره من عدم التدبير في هذه الصور فيه نظر.



### الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها والذي نختاره أن يقال : المحال التي يسأل فيها عن التديين ؛ إما أن تشتمل على مجاز أو تخصيص عام أو تقييد مطلق أو لا ؛ فإن لم يكن فيها تجوز ولا تخصيص ولا تقييد فلا يدين ، وإن كان فيها إحداها دين ، ثم اندفع في ذكر فروع هذه الأشياء ، ثم نازع القاضي حسين في تفريقه بين كل امرأة لي طالق ، ونسائي طوالق ، وقال : لا فرق بينهما ، ولا نظر إلى صراحة لفظ كل في العموم وظهور لفظ النساء.

قلت : وهذا محتمل ، يحتمل أن يسلم له ، ومحتمل أن يقال : بل لا يلزم من التديين في العام الظاهر التديين في العام النص.

ثم رجع أنه يدين في أنت طالق ثلاثا إذا قال : أردت إلا واحدة وقال : صراحة العدد لا تمنع التصريح بالاستثناء.

قلت : وفيه نظر فليس المأخذ عدم جواز الاستثناء حتى يقال ذلك ؛ بل الاستثناء من الأعداد جائز على المذهب المختار. وإنما المأخذ أن لفظ العدد إذا لم يصحبه الاستثناء كان دليلا على أنه لم يخرج منه شيء والحكم تعلق بلفظه فلا يدين فيه. ثم نازع في أربعتن طوالق إلا فلانة ، وهو كالمسألة قبله ، وقال الاستثناء من الخير وهو جمع.

ولك أن تقول : لا فرق بين أن يكون الاستثناء من الخبر أو من المبتدأ على ما نقول : فالكل تخصيص ، لما تقدم.

والذي يظهر أن الاستثناء من المبتدأ لا من الخبر.

والمعنى : أربعتن إلا فلانة طوالق ، ومثل هذا الفصل يغتفر بين المستثنى والمستثنى منه ، ولا طائل تحت تحرير هذا المقام ، ثم اختار فيما إذا قال : أردت إن شاء الله أنه يدين.

وهذا فيه نظر ؛ فإن لفظ طالق تجرد ، والحكم معلق به ؛ فلا يظهر للإرادة عمل معه إذا لم يصحبها لفظ ، يشبه أن يلتفت هذا على إن شاء الله ، هل يرفع شيئا انعقد ، أو يمنع الانعقاد بالكلية ؟

ثم قال قولهم 1 : في كل زوجة لي طالق عند معاتبها إياه بنكاح جديد. ينبغي أن

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبيها بأذيالها يحمل على ما إذا كانت له زوجة غير المعاتبة وإن لم تكن غيرها وأراد الاستثناء ؛ فينبغي أن يقع عليها إذا أراد الإخراج. قلت : وهذا نزاع جيد ، وتبقى المسألة حينئذ كمسألة كل زوجة غيرك طالق إذا لم يكن له غيرها.

وهي مسألة القاضي الحسين وغيره وسنذكرها في قواعد.

فإن قلت : هل من ضابط عندك لما يدين فيه ؟

قلت : يختلج في ذهني أن يقال : اللفظ الصادر ممن لم يهذ في كلامه ولم يحك كلام غيره ؛ بل كان كلامه صادرا عن نفسه مستعملا في معناه ، يعد من كلام ذوي الفكر والروية إن كان الشارع ربط الحكم به لم يدين فيه أصلا. وإن كان الشارع إنما علق الحكم به لشرط آخر ضمه إليه من نية أو غيرها دين فيه مطلقا ، ثم إن كان ذلك الشرط مما يظهر بقريئة أو غيرها انتفاؤه قبل منه في الحكم ، أو وجوده لم يقبل ، وإن تردد فهو موضع الخلاف وعلى هذا تستمر المسائل كلها. مثال : ما ربط الشارع الحكم به غير ناظر إلى أمر وراءه. "أنت طالق" ، في أصل الطلاق ؛ فإن هذا لفظ جعله الشارع -إذا صدر عن زوج معتبر اللفظ أوقع الطلقة ، فنية المشيئة لا ترفع حكم هذا اللفظ ؛ لأنه وإن علق بالمشيئة فالشارع ما ربط الحكم هنا بنيته. بل بوجود هذا اللفظ مجردا فحيث وجد مجردا عمل عمله باطنا وظاهرا.

المباحثة السادسة 1 :

في كشف الغطاء - عن موارد النية في العقود والفسوخ فنقول : الصريح لا يحتاج إلى نية- والكناية تحتاج ، وهذه في الحقيقة قاعدتان.

أما قولنا : الصريح لا يحتاج إلى نية ، فمتفق عليه ؛ لكن وقع في كلام بعض الأصحاب ألفاظ قد يتوهم أنها تخدش ذلك.

منها : قول الغزالي : لا بد من قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ومراده قصد اللفظ لكونه يفيد المعنى ليخرج سبق اللسان ونحوه ، ولم يرد قصد نفس المعنى ؛ فإن ذلك لا يشترط إلا في الكتابة.

1 في ب الخامسة.

صفحة 78 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبيها بأذيالها كذا حرر الشيخ الإمام وقال : المعنى في قصد اللفظ ليفيد المعنى ليس مقصود ابتداء ، وفي كونه مقصودا بالتبع والاستلزام نظر ، وهذا بخلاف المعنى إذا قصد

الابتداء.

رأيت في كلام الإمام "في النهاية" في باب لغو اليمين ما يزيد هذا التقرير. ومنها : قول النووي في "المنهاج" في الوقف : تصدقت فقط ليس بصريح ؛ إلا أن نوى أن يضيف إلى جهة عامة وينوي ؛ فإنه كالتصريح في أنه عند الإضافة إلى جهة عامة صريح بشرط النية ، وهذا يجب تأويله ؛ فلا صريح يحتاج إلى النية وقد تكلمنا عليه في كتاب التوشيح.

ومنها : المكره على الطلاق إذا قصد الإيقاع فالأصح يقع ، وعلى هذا قد يقال : صارت نيته شرطاً في عمل اللفظ الصريح عمله.

وجواب هذا أن اللفظ في هذه الحالة غير صريح ، ومن ثم قيل : صريح لفظ الطلاق عند الإكراه كناية.

وأنا أقول قصد الإيقاع يناهض مجيء اللفظ على وجه الإكراه فعمل اللفظ عمله غير متأثر بالنية ، والنية لم تفد إلا خروجه عن كونه صدر بإكراه.

ومنها : وهو أغربها ما رأيت في البحر للرويانى في كتاب الظهار نقلاً عن مختصر البويطى أن الشافعي - رحمه الله - ذكر فيه أنه قيل : إن من صرح بالطلاق أن الظهار أو العتق ولم تكن له نية لا يلزمه فيما بينه وبين الله طلاق ولا ظهار ولا عتق. وأن مالكا خالف في ذلك ، وأن الشافعي لم يعترض على شيء من القولين ، وأن الظاهر أنه قصد تخريجه على قولين ، قال الرويانى : وهذا غريب حكاه القاضي الطبري.

قلت : لا شك في غرابة القول باشتراط النية في الصريح ، وبتقدير ثبوته فالمراد كما صرح به الرويانى اشتراطها للوقوع في نفس الأمر فيما بين العبد وربّه أما في الحكم فيقع جزماً.

فتم قولنا : الصريح لا يحتاج إلى نية ولم ترد هذه الصور نقداً لأننا إنما نتكلم في الحكم لا في نفس الأمر ، وهذا بتقدير صحة هذا القول ، والصحيح المعروف خلافه ، وأن الله تعالى ربط هذه الأحكام بهذه الألفاظ إذا صدرت عن قصد من معتبر الكلام.

صفحة 79 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها ومنها : إذا قال البائع : بعثك فقال المشتري اشتريت قاصداً باشتريت - ابتداء كلام لا جواب بعث لم ينعقد البيع ؛ بل شرط كونه جواباً عدم قصد الابتداء وفي اشتراط قصد الجواب تردد لإمام الحرمين ؛ فعلى اشتراطه قد يقال : هذا صريح شرط فيه القصد.

والجواب : إنه لم يشترط القصد في نفس اللفظ الصريح ، بل في وضعه موضعه من الجواب. فتأمل ذلك.

ومنها : إذا قال أنا منك طالق ، وسيأتي عليها الكلام في المسائل الخلافية والتحقيق أنه لا صراحة فيها ؛ فالنية جاءت من قبل الكناية. ومنها : إذا لُقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها فذكرها. وقال : لم أعلم أن معناها قطع النكاح ، ولكن نويت بها الطلاق. قالوا : لا يقع. كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها.

فقد يقال : هذا عجيب ؟ لفظ أريد به معناه ، من قادر على التصرف معتمد العبارة. ثم لا يعتد مع صراحته ؟

والجواب : أن جهله بكونها موضوعة لذلك مخرج لها عن كونها [كلاما] 1 ، وهو قريب من القصد الذي اعتبره الغزالي في الصريح ، ومن ثم لو قال العجمي : أنت طالق. وقال : أردت بهذه اللفظة معناها بالعربية لم يقع على الأصح. ومنها : [إذا] 2 قال : أريد أن أقر بما ليس علي لفلان على ألف ، قال أبو عاصم : لا يكون إقرارا ، ولا يلزمه شيء ، وخالفه صاحب التتمة.

فعلى قول أبي عاصم : هذا صريح لم يعمل عمله ؛ بل انصرف بما قدم من الكلام. والجواب أن تقديم الكلام عند هذا القائل قرينة أن اللفظ يجوز به واستعمل في غير موضعه ، ثم ما قاله غير متجه.

ومثل هذا ما نقله الرافعي من المتولي : أنه لو نسب إلى فعل شيء كالزنا واللواط فقال : من فعل مثل [هذا] 3 فامرأته طالق وكان قد فعله لم يقع طلاقه لأنه لم يوقع طلاقا ؛ وإنما غرضه ذم من يفعله.

1 في ب كلامنا.

2 في ب لو.

3 سقط في ب.

صفحة 80 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها ومنها : لو قيل لمن يسمى زيدا : يا زيد ؛ فقال امرأة زيد طالق طلقت امرأته قيل : لا تطلق إلا أن يريد نفسه فعلى هذا قد يقال هذا صريح لم يؤثر. وجوابه أن هذا الاسم ليس منحصرا فيه ؛ فكيف يتعين تنزيله عليه ، ولا شاهد له ؛ إلا القرينة التي لا انضباط لها ، وكذلك لو كان اسم ابنته فاطمة فقال : زوجتك فاطمة ولم يقل : ابنتي ، لم يصح ، لكثرة الفواطم ؛ إلا على بحث مجلى ، ومن ثم أقول : إن لو كان [الاسم] 1 مما عرف منه أن يغضبه ذكره فلا يقع طلاقه جزما ؛ فلو عرف أن يغضب من لفظ الجاهل مثلا وكان الجاهل لقبا عليه ، فنودي به ، فقال : امرأة الجاهل طالق ، لم يقع عندي جزما ، لأن مثل هذا إنما يعني به أنني لست بجاهل ، ثم تحقق هذا بأن امرأة الجاهل طالق. يعني : ولا كذلك امرأتي. ومثله لو

كان اسم ابنته فاطمة. فقال : زوجتك فاطمة ولم يقل ابنتي ولكن نواها فإنه يصح عند العراقيين.  
فصل :

اضطراب كلام المحققين في معنى الصريح بعد قولهم : إنه اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق ، واشتهر أنه ما تكرر وروده في الكتاب ، كالطلاق والبيع أو السنة ، أو على السنة حملة الشرع كالخلع ، أما ما شاع على لسان العامة مثل حلال الله علي حرام ؛ ففي صراحته خلاف.  
وأورد ابن الرفعة على هذا المشتهر قول ابن سريج أن قوله : لا أجامعك كناية في الإيلاء لا صريح فيه ، مع شيوعه في لسان حملة الشرع ، ولفظ المس المتكرر في القرآن لإرادة الجماع ، والجديد أنه كناية فيه وفي لفظ الإمساك في الرجعة وجهان وهو [مما] 2 تكرر في القرآن ، وأجاب مما لا يحضرني الآن.  
واعترض الشيخ الإمام رحمه الله بعدما أورد ما ذكرناه أصلا واعتراضا وقال : الذي أقوله أنا إنها مراتب.  
إحداها : ما تكرر قرآنا وسنة مع الشيعاء عند العلماء والعامة فهو صريح قطعاً كلفظ الطلاق.  
والثانية : المكرر غير الشائع ، كلفظ الفراق والسراح فيه خلاف.

1 في ب للاسم.

2 في ب ما.

صفحة 81 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها  
والثالثة : الوارد غير الشائع ، وفيه أيضا خلاف كالاقتداء.

والرابعة : وروده دون ورود الثالثة ؛ ولكنه شائع على لسان حملة الشرع ، كالخلع ، فالمشهور أنه صريح ، وقيل كناية.

محل كون الخلع صريحا ؛ حيث ذكر المال على الأصح ، وإلا فهو كناية على الأصح.

والخامسة : ما لم يرد ولم يشع عند العلماء ؛ ولكن عند العامة وفيه أيضا خلاف.  
قلت : والحاصل أن المأخذ ورود واشتهار عند الخاصة وعند العامة إذا اجتمعت فلاشك في الصراحة.

وإذا اختلف بتباين المراتب ، ولا يخفي أن مراتب ورود تختلف وكذلك الاشتهار وربما تقابلت بعض الصفات ببعض ، فزالت الضراحة ، أو حصل خلاف.  
وهنا فروع :

منها : جزم الرافي بأن قول المتعاقدين : تخايرنا صريح في قطع الخيار ، ولك

أن تنازع في شياخ ذلك عند أهل العرف في معنى قطع الخيار ، والأقرب أنه شائع.

ومنها : لا خلافة -في الشرع- عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثا . وهذا فيه نظر ؛ فليس له من الشيوخ ما للصرائح ، بل لا شياخ فيه ، ولا اشتراط الخيار مدلوله لغة ؛ إنما الخلافة في اللغة الخديعة وغاية متمسك الأصحاب [على] 1 حديث الذي كان يخدم في البياعات ، ويحتمل كونه مخصوصا به ؛ فهذا ما أتوقف .

ومنها : ولينك العقد ، قالوا : صريح ، ولك أن تنازع في شهرته شرعا وعرفا . ومنها : حررتك ، وأنت محرر ، عدوهما من صرائح العتق ولا شيوخ فيهما إنما الشيوخ في نحو : أنت حر .  
فصل :

قد يصحب الصريح قرائن تخرجه عن الصراحة ، كما لو قال لمن يحل وثاقها أنت طالق ، وقال أردت من وثاق . قال الرافعي بحثا في الإقرار : اللفظ وإن كان صريحا في التصديق قد تنضم إليه

---

1 سقط في ب .

صفحة 82 | 466

---

الأشبه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهها بأذيالها قرائن تصرفه عن موضعه إلى الاستهزاء والتكذيب ومن جملتها [الأداء والإبراد] 1 وتحريك الرأس الدال على شدة التعجب والإنكار ، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب إن صدقت وما في معناها . إقرار على غير هذه الحالة . فأما إذا اجتمعت القرائن فلا يكون إقرارا ، ويقال : فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة كما لو قال لي عليك ألف فقال في الجواب مستهزئا لك على ألف فإن المتولي حكى فيه وجهين قال الشيخ الإمام رحمه الله الأقوى اتباع القرائن .  
فصل :

وأما قولنا : إن الكناية تحتاج إلى النية فقد ينقض بقول ابن القاص في كتاب الطلاق من "التلخيص" لا تلزم الكنايات بغير نية إلا واحدة ، أن يقال له طلقت ؟ فيقول : نعم ، أو هي ، أو ما أشبه ذلك ، ففيه قولان . أحدهما : يلزمه وإن لم ينو طلاقا . والثاني : لا يلزمه إلا بالنية . انتهى .

قلت : ومقتضى هذا أن يكون هذا كناية بلا خلاف وفي احتياجه إلى النية القولان ، وهذا نظم عجيب ، والمعروف في المذهب أن القولين في صراحته والأصح أنه صريح ؛ فلم تسلم كناية عن الافتقار إلى النية .



الكلام في فعل يتنزل تارة منزلة الصريح ، وتارة منزلة الكناية ، وهو الإشارة قال الإمام في النهاية : بعد نقل المذهب في لعان الأخرس : الذي ينقذ في القياس أن كل مقصود لا يختص بصيغة فلا يمتنع إقامة الإشارة فيه مقام العبارة ، وما يختص بصيغة فيغمض إعراب الإشارة عنه ؛ ذكره بعدما قال : إنه يختلج في الصدر في تأدية كلمة اللعان بالإشارة إشكال ؛ لا سيما إذا عينا لفظ الشهادة ؛ لأن الإشارات لا ترشد إلى تفصيل الصيغ.

واعلم أنه رب مكان طلب الشارع في الإشارة دون غيرها ؛ فليس هذا مما نحن فيه -ولا يغني عن الإشارة فيه سواها. وذلك كالإشارة بالمسبحة في التشهد إلى

1 سقط من ب.

صفحة 83 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها التوحيد ، ورد المصلي على المسلم بالإشارة ، وإشارة من زحم على الحجر الأسود بالتقبيل وأنحاء ذلك.

ورب مكان أصل المطلوب فيه النطق فهل تغني فيه الإشارة ويكون كالصريح أو كالكناية ؟ أو يختلف باختلاف حال المشير ؟

فإن كان عاجزا عن النطق كالأخرس كانت منه معتبرة وإلا فلا : هذا موضع الكلام ، والمشير اثنان : ناطق وأخرس أما الناطق ففيه مسائل.

منها : [لا تبطل] 1 صلاته بإشارته [المفهومة] 2 لأنها [لا تبطل] 3 بإشارة الأخرس فما ظنك بالناطق.

ومنها : لو أشار المحرم إلى صيد فصيد حرم عليه الأكل منه لحديث أبي قتادة : "هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها" ؛ فلو أكل ففي لزوم الجزاء له قولان.

ومنها : الصلاة بالإيماء.

ومنها : أمان الكافر ينعقد بالإشارة المفهومة ولو من قادر على العبارة.

ومنها : الإشارة بالطلاق في كونها كناية وجهان : أظهرهما عند الرافعي لا.

ومنها : الإشارة إلى عدد ، مثل : أن يقول : أنت طالق هكذا ويشير بإصبعين فتطلق طلقتين ، أو بثلاث فتطلق ثلاثا إن كانت الإشارة مفهومة.

ومنها : في فروع التعليقات آخر الطلاق ذكر الرافعي فيما لو قال هؤلاء الأعد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد.

أن الغزالي قال : لا يقبل هذا لأن للإشارة أثرا ظاهرا في تثبيت الكلام وتقريره قال الرافعي : والظاهر صحته كما تقدم في الإقرار.

وأما الأخرس : فإشارته المفهومة في الصلاة لا تبطلها على الصحيح وهي كالنطق

في البيع ، والنكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والرجعة ، واللعان ، والقذف وسائر العقود ويصح منه الإسلام ، وسائر العقود . وفي شهادته وكونه قاضيا إن عقلت إشارته خلاف ، ومن اعتقل لسانه فأوصى

1 في ب تبطل.

2 في ب المفهمة.

3 في ب تبطل.

صفحة 84 | 466

الأشباه والنظائر

القول في مباحث نختم بها الكلام على قاعدة النية لتشبهتها بأذيالها بالإشارة المفهمة أو [قرئ] 1 كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم صحت ؛ لكن هذا ليس بأخرس.

ومن الفروع حل ذبيحته قال الرافعي نقلا عن التهذيب : إن كانت له إشارة مفهمة حلت ذبيحته ؛ وإلا فهو كالمجنون. أي ففي حل ذبيحته قولان. قال : ولتكن سائر التصرفات على هذا القياس. قلت : وفي المسألة كلامان.

أحدهما : تحريم ذبيحة الأخرس ، ولا يظهر له وجه ، والصواب الحل سواء كانت إشارته مفهمة أو لم [تكن] 2 وعلى ذلك نص الشافعي في باب الضحايا من "المختصر" فقال رضي الله عنه : ولا بأس بذبيحة الأخرس ، وصححه النووي ، وأرجو ألا يتأتي فيه خلاف ممن يحلل متروك التسمية ، وأي مدخل للنطق في قطع الحلقوم والمريء.

والثاني : قول الرافعي : [ولتكن] 3 سائر تصرفاته على هذا [بالقياس] 4 لا أدري ما يعني به ، إن أراد تصرفاته الفعلية فلا يظهر البتة ، أو القولية فلا يخفي أن من لا تفهم إشارته لا بيع له ولا إقرار ولا هبة ونحوها ؛ فكيف يجري فيه قولان ؟

1 في ب قرأ.

2 في ب يكن.

3 في ب وليكن.

4 في ب القياس.

صفحة 85 | 466

الأشباه والنظائر

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية  
الكلام في مباحث تتعلق بالكناية :

## المبحث الأول :

في موضوع الكناية من العقود وما جرى مجراها. اعلم أن الأصحاب لما ذكروا الخلاف في انعقاد البيع في [الكنايات] 1 قصرُوا التمثيل على كنايات الإيجاب والقبول ، ولم يذكروا المعقود عليه ؛ فاحتمل أن يقال وضع الخلاف صفة العقد لا العوض والمعوض ، فإن الكناية تصح عنهما بلا خلاف لأن نقل الإنسان ملكه إلى غيره لا حجر فيه ، فيصرح إن شاء الله أو ليكن مع النية ؛ إنما الحجر في الطريق الموصلة إلى الملك وهي الصيغة فتلك التي جعل الشارع بإزائها ألفاظ منحصرة منها صريح ومنها كناية. وإلى هذا الاحتمال ذهب ابن الرفعة ، واعترض به كلمات للرافعي سنذكرها. وقال الشيخ الإمام الوالد : إنه الظاهر واحتمل أن يقال : موضع الخلاف

1 في ب بالكنايات

صفحة 85 | 466

## الأشباه والنظائر

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

الصيغة ، ولا تصح الكناية في العوض والمعوض بلا خلاف.

وهذا الاحتمال للشيخ الإمام ، ويمكن توجيهه بأن مورد العقد [هو] 1 موضع غرض المتعاقدين ؛ إذ لا غرض لهما في الصيغة ، وإنما يأتيان بها للدلالة على مرادهما وليتوقف تحصيله شرعا عليها ، فيحتاط لموضع الغرض ولا يكتفي فيه إلا بالصريح.

وقد توافق ابن الرفعة والوالد على قصر موضع الخلاف. ويحتمل عندي أن يقال : بأن الخلاف جار فيه العوض والمعوض والشروط الواقعة في العقود ذات الكنايات كجهاته في الصيغة وعليه يدل صنيع كثير من الأصحاب في مسائل : منها : إذا تبايع ، وفي البلد نقول ولا غالب قال -في الخلع- سبق في البيع أنه لا يصح. ولا يكفي أن ينوي.

ولك أن تقول : وجب أن يجعل على الخلاف في انعقاد البيع بالكناية.

واعترضه ابن الرفعة بأن موضع الخلاف في الكناية الصيغة لا العوض ، وقد عرفت ما فيه.

ومنها : قال الرافعي في "الخلع" أيضا : فيما إذا قال أنت طالق ولي عليك ألف

وتصادقا على إرادة الإلزام [وقبلت] 2 إن أصح الوجهين اللزوم ؛ فإن قضية

انعقاد البيع إذا قال : بعثك ولي عليك كذا إذا قلنا : البيع ينعقد بالكناية : واعترضه ابن الرفعة باعتراضه السابق إذ الكناية هنا في العوض لا في الصيغة.

ومنها : إذ قال يعني ولك على ألف فقبل ؛ فوجهان قال الرافعي في الخلع : يشبه أن يكونا في صراحته ، أما كونه كناية ، فلا ينبغي أن يكون في خلاف.

قلت : وحق ابن الرفعة أن نعيد عليه اعتراضه ؛ لأن الكناية هنا أيضا في الصيغة.

إذا عرفت هذا فقد استشهد ابن الرفعة لما ذكره بقول العراقيين والبغوي إذا كان للرجل بنات فقال للخاطب : زوجتك بنتي. ونويا واحدة بعينها أن النكاح يصح. قال : وإذا كان هذا الغموض في عقد يشترط في الإشهاد فكيف بالعوض في الكناية ولا إشهاد فيه.

قال الوالد -رحمه الله : ويحتمل الفرق بأن بنتي معرفة بالإضافة ، فتحمل على

1 سقط من أ والمثبت من ب.

2 في ب وقلت.

صفحة 86 | 466

### الأشباه والنظائر

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

العهد ، والبنات المخطوبة قد عرفت فاكتفى بذلك ، والصيغة المذكورة تستعمل في المعهود لغة ؛ بحيث أنها تصير كالصريح.

قلت : ولا سيما على قول الشيخ أبي محمد في الخلف بألف ونحوها إذا نوي به نوعا أن التعبير بالنية ؛ إنما يؤثر إذا تواطأ قبل العقد على ما يقصدان باللفظ المبهم ؛ فإن هناك معهودا ولا بد ، وإذا كان هذا كالصريح فليس مما نحن فيه. وما استشهد به من الفرع الذي قد لا يوافق عليه الرافعي ؛ فإن لصاحب الذخائر نزاعا فيه ، ولابن الصباغ أيضا احتمال فيما لو قال : زوجتك فاطمة ونوى ابنته أنه لا يصح.

ذكر ابن الرفعة نفسه أن يطرق هذه المسألة ؛ فهذه المواضع من صيغ الرافعي دالة على تعميم الكناية ، وقد سبق إلى نظائرها في مسائل.

فمنها : إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا ، وكانت الصيعان معلومة وأراد هبته فسد العقد وإن أراد إدخاله في العقد صح إن كانت معلومة الصيعان دون ما إذا كانت مجهولة.

قال الغزالي في الوسيط فإن قيل إذا تردد اللفظ بين الاحتمالات فكيف يصح العقد بمجرد إرادة صورة الصحة ؟

قلنا : يلتفت هذا على الأصح في انعقاد البيع بالكتابة انتهى.

ولم يعترضه ابن الرفعة في "المطلب" بما اعترض به الرافعي في نظائره من أن الكناية هنا ليست في صيغة العقد ، وكان حقه ذلك ؛ فإن هذا من الغزالي مثل صنيع الرافعي.

ولم يزد ابن الرفعة على أن الإمام روى عن صاحب التقریب أن العقد لا يصح. قال : لكنه لم ينقل عنه توجيهه بذلك ، قال : ووجهه الإمام بأن العبارة لا تنبئ عن

المقصود إلا على بعد في المحل ، فضاهاى اللغز .  
ومنها : نكاح الشغار باطل ، ومن صورته المختلفة فيها : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك .  
قال صاحب التتمة : إن قصد تعليق الانعقاد . ووجد ما يدل عليه صريحا أو كناية  
صفحة 87 | 466

## الأشباه والنظائر

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية  
فالعقد باطل ، وإن قصد المواصلة أو إخلاء النكاح من الصداق . فصحيح وهو  
كالمسألة قبلها .  
ومنها : قال بعثك هذا على أن لي عليك درهمًا ؛ ففي صحته وجهان حكمهما في  
الخلع .

وشبه ابن الرفعة في البيع المسألة الصبرة التي حكينا فيها بحث الغزالي ومنها :  
إذا قال الولي في خطبة النكاح : زوجتك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف  
أو تسريح بإحسان فالأصح الصحة وإن قيد الوالي بالإيجاب وفصل الإمام بين أن  
يجريا ، شرطا ملزما فيفسد الوعد فلا يضر أو يطلق فيحتمل ويحتمل ، والقرينة  
تدل على الوعد .

فانظر كيف لم يجعل التردد مبطلا ؛ بل دار مع النية وجودا وعدما .

المبحث الثاني : في معنى الكناية

اعلم أن الكناية تقابل الصريح ، ولسنا نشترط في الكناية أن تكون مجازا ؛ بل قد  
تكون حقيقة وقد تكون مجازا .

ولا في الصريح أن يكون حقيقة ؛ وإنما مأخذ الصراحة الشياخ والشهرة في  
الشرع على ما حرر في مكانه .

ومأخذ الكناية الإشعار بالمكني عنه ، ومن ثم ضعف الشيخ الإمام [الوالد] 1  
رحمه الله قول الرافعي في الخلف فيما إذا قال : بعثك بألف . ونويا نوعا وجب أن  
يجعل على الخلاف في انعقاد البيع بالكناية ؛ لأن التعبير عن المقيد بالمطلق شائع  
في اللسان .

فقال : هو شائع ، لكن بطريق المجاز ، لا بطريق الكناية ؛ فإن الكناية شرطها  
الإشعار بالمكني عنه ، والمطلق لا يشعر بالمقيد ولذلك ضعف قول صاحب  
الذخائر أن ملكتك إذا نوى بها العوض كناية في البيع ، قال : لأن لفظ التمليك لا  
إشعار له بالعوض ، وشرط الكناية الإشعار .

المبحث الثالث في الكناية :

أن تكون كناية أم صريحا ، أم غير شيء منهما ، وهل يجب أن يمتنع الاعتماد



## الأشباه والنظائر

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

عليها ؟ قد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرسل كتبه إلى الآفاق ويعتمد عليها ؛ غير أن الاعتماد عليها بمجرد ما انضمت إليه من الرسول الحامل لها والقرائن الدالة على مضمونها هذا موضع النظر.

وبين الشافعي رضي الله عنه وإسحاق بن راهويه مناظرة في ذلك -حكاه البيهقي وغيره- مضمونها : أن الشافعي حكم بأن جلد الميتة بطهر بالدباغ فطالبه إسحاق بالدليل ؛ فقال : حديث ميمونة : إن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هلا انتفعتم بإهابها1.

فاعترضه إسحاق بحديث ابن عكيم2 : كتب إلينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل موته بشهر -أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب3 ، وقال : هذا يشبه أن يكون ناسخا لحديث ميمونة ؛ لأنه قبل وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم بشهر.

قال الشافعي : هذا كتاب ، وذاك سماع.

فقال إسحاق : إن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى وقيصر4 وكتبه حجة عليهم عند الله ، فسكت الشافعي.

1 أخرجه البخاري 3/ 355 في كتاب الزكاة/ باب الصدقة على موالي أزواج النبي صلى الله عليه وسلم حديث "1492" ، وفي 4/ 413 في البيوع/ باب جلود الميتة قبل أن تدبغ الحديث "2221" ومسلم 1/ 276 في كتاب الحيض/ باب طهارة جلود الميتة بالدباغ "100/ 363".

2 عبد الله بن عكيم بضم أوله وفتح الكاف أبو معيد الكوفي مخضرم عن أبي بكر وعمر عنه ابن أبي ليلى والقاسم بن مخيمرة ، مات في إمارة الحجاج.

3 أخرجه أبو داود في السنن 4/ 67 في كتاب اللباس باب من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة حديث "4127" ، "4128" والترمذي 4/ 222 في اللباس باب ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت حديث 1729 وقال حديث حسن.

وأخرجه النسائي 7/ 175 في كتاب الفرع والعتيرة/ باب ما يدبغ به جلود الميتة وابن ماجه 2/ 1194

4 فعن ابن عباس : "أن النبي -صلى الله عليه وسلم كتب إلى قيصر يدعو به إلى الإسلام وبعث بكتابه إليه دحية الكلبي وأمره أن يدفعه إلى عظيم بصري ليدفعه إلى قيصر فإذا فيه : بسم الله الرحمن الرحيم من محمد عبد الله ورسوله إلى هرقل عظيم الروم سلام على من اتبع الهدى ، أما بعد : فإني أدعوك بداعية الإسلام

أسلم تسلم وأسلم يؤتلك الله أجرك مرتين فإن توليت فعليك إثم الأريسيين و {يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله ولا نشرك به شيئاً ولا يتخذ بعضنا بعضاً أرباباً من دون الله فإن تولوا فقولوا اشهدوا بأنا مسلمون} متفق عليه أخرجه البخاري في الصحيح 1 / 31 - كتاب بدء الوحي أخرجه مسلم في الصحيح 3 / 1393-1397 كتاب الجهاد والسير باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى هرقل واللفظ له الحديث "7". وقال أنس أن نبي الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى كسرى وإلى قيصر وإلى النجاشي وإلى كل جبار يدعوهم إلى الله وليس بالنجاشي الذي صلى عليه النبي -صلى الله عليه وسلم أخرجه مسلم في الصحيح 3 / 1397 كتاب الجهاد والسير "32" باب كتب النبي صلى الله عليه وسلم "27" الحديث "1774 / 75".  
صفحة 89 | 466

### الأشباه والنظائر

#### الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

قيل : وكانت المناظرة ، بمحضر أحمد بن حنبل فمن ثم رجع إلى حديث ابن عكيم وأفتى به ، ورجع إسحاق إلى حديث الشافعي.  
اعلم : أن حجة الشافعي باقية ؛ فإن هذا الكتاب عارضه سماع ، ولم يتيقن أنه مسبوق بالسماع ، وإنما ظن ذلك ظنا لقرب التاريخ ، فأنى ينهض بالنسخ. أما كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر فلم يعارضها شيء بل عضدتها القرائن وساعدها التواتر الدال على أن هذا النبي صلى الله عليه وسلم جاء بالدعوة إلى ما في هذا الكتاب ، ولعل السكوت من الشافعي تسجيل على إسحاق بأن اعتراضه فاسد الوضع فلم يستحق عنده جوابا ورب سكوت أبلغ من نطق ومن ثم رجع إليه إسحاق ؛ وإلا فلو كان السكوت لقيام الحجة لأكد ذلك ما عند إسحاق إذا عرفت ذلك ففي الخط مسائل :  
منها : أصح الوجهين عند الرافعي في باب القضاء أن الراوي يعتمد الخط المحفوظ.

ومنها : أصح الوجهين أن الشاهد لا يعتمد ، والحاكم أولى.

ومنها : يجوز خلف الولد على أخط أبيه عند غلبة الظن.

ومنها : عمل الناس اليوم على النقل من الكتب ونسبة ما فيها إلى مصنفها وقال ابن الصلاح 1 : لا يقول : قال فلان إلا إذا وثق بصحة النسخة وإلا فليقل : بلغني عن فلان.

قلت : ومن ثم بعث القاضي بكار 2 شاهدين إلى المزني ليشهدا عليه أن هذا

1 هو الشيخ تقي الدين أبو عمر وعثمان بن عبد الرحمن الكردي الشهرزوري المعروف بابن الصلاح كان إماما في الفقه والحديث عارفا بالتفسير والأصول

والنحو ورعا زاهدا وكان والد شيخ دمشق فتنقه هو عليه ، ثم رحل إلى الموصل  
ولازم عماد الدين بن يونس مدة ، ثم رحل إلى عراق العجم فلزم الرافعي حتى  
برع في العلم ، توفي صبيحة يوم الأربعاء الخامس والعشرين من شهر ربيع  
الآخر سنة ثلاث وأربعين وستمائة وفيات الأعيان 2 / 408 ، طبقات ابن السبكي  
5 / 137 ، مفتاح السعادة 1 / 397 ابن هداية الله.  
2 هو الحافظ بكار بن قتيبة الثقفي حنفي المذهب وتولى القضاء في مصر وتوفي  
داخل السجن مرآة الجنان 2 / 285.  
صفحة 90 | 466

---

الأشباه والنظائر  
الكلام في مباحث تتعلق بالكناية  
كلام الشافعي في كلام رواه في "المخصص" ؛ فلما شهدا قال : الآن يعني وثقت  
نفسى.  
قلت : وهذا كان منه ورع وكان في أوائل الحال ؛ حيث لم ينتشر كلام الشافعي  
انتشاره الآن.  
وأما الآن : فالتحرير في مثل ذلك وسومة ، وإني لقاطع بأن الرافعي -فضلا عن  
الشافعي- قال : ما أجده في كتابه مما لا يختلف النسخ فيه.  
ومنها : إذا ولى الإمام رجلا كتب له عهدا وأشهد عليه عدلين ؛ فإن لم يشهد لم  
يلزم الناس طاعته إلا أن يصدقوه على أحد الوجهين في "الحاوي" وقيل يكتفي  
بالكتاب.  
قال الإمام : يكتفي بشرط ظهور الصدق في مخايله.  
وقال الإصطخري : الاستفاضة تكفي.  
قلت الأرجح الاكتفاء إن حصل به ظن الولاية لا ظن الكتابة ، وعدمه إن لم  
يحصل.  
ومنها : الولاية ، والعزل بالكتابة نقل الرافعي عن الأحكام السلطانية الاكتفاء  
بالخط في الولاية ، وقال : في العزل ببلوغ الخبر الخلاف فيما إذا عزله لفظا أو  
كتب إليه عزلتك. المسألة.  
ومنها : إذا كتب الطلاق فقل : صريح ، وقيل لغو والصحيح كتابة ؛ فإن نوى  
وقع.  
ومنها : شهادة الشهود على ما كتب في وصية لم يطلعا عليها ، قال جماهير  
الأصحاب : لا يكفي ، وخالفهم محمد بن نصر والشيخ الإمام.  
ومنها : إذا وجد مع اللقيط رقعة فيها إن تحته دفينا وأنه له ؛ ففي اعتمادها  
وجهان.  
ومنها : قال الماوردي والرويانى في آخر الضمان :  
إذا كتب سفتجة بلفظ الحوالة ووردت على المكتوب إليه لزمه أداؤها إذا اعترف

بدين الكاتب وأنه كتابة أراد به الحوالة ، ويدين المكتوب له فإن أنكر شيئاً من ذلك لم يلزمه.  
ومن أصحابنا من ألزمه إذا اعترف بالكتاب والدين اعتماداً على العرف ولتعذر الوصول إلى الإرادة.  
صفحة 91 | 466

## الأشباه والنظائر

الكلام في مباحث تتعلق بالكناية  
ومنها : قال النووي في "الأذكار" من كتب سلاماً في كتاب وجب على المكتوب إليه رد السلام إذا بلغه الكتاب.  
قال المتولي والواحدى<sup>1</sup> وغيرهما ، وزاد في شرح المهذب أنه يجب الرد على الفور وعزاه إلى المتولي والواحدى والرافعي.  
فأما الفورية بعد أصل الوجوب فظاهرة ؛ وإلا لم يكن رداً ، وأما أصل وجوب الرد بالكتابة فرأيت من يشعر بها لأن الكتاب ليست صريحة.  
قلت : والظاهر الوجوب لا طراد العرف بذلك.  
ومنها : يجوز الاعتماد على خط المفتي ، قاله القاضي الحسين في فتاويه.  
ومنها : يجوز اعتماد الراوي على سماع جزء وجد اسمه مكتوباً فيه أنه سمعه إذا ظن ذلك بالمعاصر واللقى ونحوهما مما يغلب على الظن وإن لم يتذكر وعليه العمل.  
وتوقف في القاضي الحسين في فتاويه ، ولا وجه للتوقف ؛ فهذه ظنون معتقدة بالقرائن ربما انتهت إلى القطع.  
المبحث الرابع : أن الكتابة هل يكون لها كتابة ؟  
ذكر الرافعي في كتاب الطلاق في أواخر مسألة -أنت على حرام- فيما لو قال : أنت علي كالميتة أو الدم وقال أرد أنها حرام. على أن الشيخ أبا حامد قال : إن جعلناه صريحاً وجبت الكفارة ، أو الكناية فلا ؛ لأنه لا يكون للكناية كناية.  
قال الرافعي : وتبعه على هذا جماعة. قال : لكن لا يكاد يتحقق هذا التصوير لأنه ينوي باللفظ معنى لفظ آخر -لا صورة اللفظ- وإذا كان المنوي المعنى فلا فرق بين أن يقال : نوى التحريم أو نوى أنت علي حرام.  
قلت : وقد يقال : من نوى باللفظ معنى آخر فلا بد أن يكون يجوز به عن لفظه ، وإلا فلا تعلق للفظ بالمعنى البتة وتصير النية متجردة مع لفظ غير صالح فلا يؤثر ،

---

1 هو أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد النيسابوري الواحدى أصله من ساوة كان إماماً في النحو واللغة وغيرها وأستاذ الفقه والتفسير في عصره وله تصانيف معروفة في التفسير منها البسيط والوسيط والوجيز ومنه أخذ الغزالي هذه الأسماء

، مات بنيسابور في جمادى الآخرة سنة ثمان وستين وأربعمائة ، ابن هداية الله ،  
168 ، ابن السبكي 5 / 240 ، غاية النهاية 1 / 523 وفيات الأعيان 2 / 464 ،  
إنباه الرواة 2 / 223 .  
صفحة 92 | 466

## الأشباه والنظائر

### الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

ومتى يجوز به عنه كان هو الكناية عن الكناية وكان المانع للكناية عن الكناية نقل  
بضعفها ؛ فهي كالمجاز عن المجاز والمجاز لا يكون له مجاز .  
منها : لو قال : أنا منك بائن ونوى الطلاق قال بعضهم : لا يقع لأنه كناية عن  
ونوى ، قال الرافعي : فهو كما لو كتب الصريح .  
قلت : فهذا كناية عن الكتابة .  
فصل :

نجز الكلام على قاعدة "إنما الأعمال بالنيات" .

وأكثر تأثيرها في أبواب العبادات ، ومن ثم أدخل بعضهم فيها تقسيما في  
العبادات معزوا إلى المادوردي والبندنجي وهو أن العبادات ثلاثة أضرب .  
ما يشترط فيه الفعل دون الوجوب والتعيين ، كالطهارة والحج والعمرة .  
ما يشترط فيه الفعل والوجوب دون التعيين ، كالكفارة والزكاة .  
وما يشترط فيه الفعل والتعيين دون الوجوب ، كالصلاة والصيام .  
وهذا تقسيم وليس بقاعدة فلا ينبغي عدة من القواعد وسنبين في آخر هذا الكتاب  
إن شاء الله تعالى أن عد التقسيم من القواعد خطأ .  
وينجاز الكلام على هذا نجز الكلام على القواعد الخمس ، وكنا بسبيل من بسط  
القول فيها أزيد مما ذكرناه ؛ غير أننا اختصارا ولنذكر بعدها ما يحضرنا  
من القواعد ، وما عقدنا له هذا الكتاب من الزوائد ، والتتمات والتنبيهات  
والخواتيم .

والرأي أن نبتدئ بالقواعد التي لا تخص بابا دون باب ونسميها "القواعد العامة"  
؛ فإذا نجزت ذكرنا القواعد المخصوصة بالأبواب ، ونلقبها بالقواعد الخاصة .  
وقد نذكر في كل من القسمين ما هو من الآخر لغرض يدعو إلى ذلك من تقدم  
المسائل للوصول إلى سره .

فإذا نجزت تم بنجازها قواعد الفقه بجملته فنعد بعدها بابا لمسائل كلامية

صفحة 93 | 466

## الأشباه والنظائر

### الكلام في مباحث تتعلق بالكناية

يخوض فيها أرباب أصول الديانات ، وهي مما ينشأ عنها فروع فقهيات ؛ فلا بد



للفقيه من الاطلاع عليها.

فإذا [نجزت] 1 عقدنا بابا لمسائل أصولية يتخرج عليها فروع فقهية ، وهي أكثر من الباب قبله ، لشدة ارتباط الفقه بأصوله [فإذا نجزت عقدنا بابا للكلمات العربية والمركبات النحوية يترتب عليها فروع فقهية.

فإذا نجزت عقدنا بابا] 2 للمآخذ المختلف فيها بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة هو في الحقيقة كتاب في الخلافات يشتمل على أكثر من مسائل الخلاف ؛ فإذا نجزت أتينا بعدة فصول تشتمل على زوائد مهمات وأمور منبهات وخواتيم هي كالتكميلات. يتم بنجازها هذا المجموع إن شاء الله تعالى مجموعا مباركا خلافا نافعا مصنفه والناظر فيه في الدنيا والآخرة ببركة سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم... إن شاء الله عودة على بدء.

1 في ب نجز.

2 سقط من ب.

صفحة 94 | 466

الأشباه والنظائر

قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين

القول في القواعد العامة سوى الخمس المتقدمة :

قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين

قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين بخصوصه ، لا يوجب أهونهما بعمومه 3.

ومن ثم مسائل 4 :

منها : لا يجب على الزاني التعزير بالملامسة والمفاخدة ، فإن أعظم الأمرين

وهو الحد قد وجب.

ومنها : زنى المحصن لما أوجب أعظم الحدين وهو الرجم بخصوصه وهو زنى

المحصن لم يوجب أهونهما. وهو الجلد بعموم كونه زنى ، ومن ثم ضعف قول

ابن المنذر 5 ؛ حيث جمع بين الجلد والرجم على المحصن.

1 نظر المنثور للزرکشي 3 / 131 ، الأشباه للسيوطي ص 149.

2 انظر هذه المسائل في المصدرين السابقين.

3 هو أبو بكر إبراهيم بن المنذر النيسابوري أحد الأئمة الأعلام له تصانيف

كثيرة كالإجماع والإشراف والإقناع والمبسوط والأوسط ، قال الذهبي : لم يكن

بتقيد بمذهب بل يدور مع ظهور الدليل.

ابن السبكي 2 / 126 ، لسان الميزان 5 / 27 ، الوافي بالوفيات 1 / 336 ، تذكرة

الحفاظ 3 / 4 ، وفيات الأعيان 3 / 344 ، ابن هداية الله ص 59.

صفحة 94 | 466

الأشباه والنظائر

قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين

ومنها : لا ينتقض الوضوء بخروج المني. خلافا للقاضي أبي الطيب الطبري في أحد قوليه والرافعي أيضا في آخر ترجيحه ؛ فإنه رجع ذلك في كتابه المسمى بالمحمود الذي صنفه في الفقه ومات ولم يكمله ، وأشار في كتاب الحيض من الشرح والشيخ الإمام رحمه الله قالوا : ينتقض الوضوء بخروجه وإن أوجب أعظم الأمرين وهو الغسل.

وللشيخ الإمام كلام على القاعدة في كتاب "السيف المسلول".

تنبيه :

قد تنتقض القاعدة بمسائل :

منها : الحيض فإنه يوجب أعظم الأمرين بخصوص كونه حيضا ومع ذلك يوجب الوضوء ، قال الماوردي : بالاتفاق.

غير أن دعوى الاتفاق ممنوعة ؛ ففي لطيف ابن خيران 1 ، أن الحيض لا ينقض الوضوء وكذا النفاس 2.

فصل :

يقرب من هذه القاعدة قاعدة أخرى.

وهي إذا اجتمع أمران من جنس واحد دخل أحدهما في الآخر غالبا 3. ومن ثم لو شرب أو زنى مرارا ولم يحد حدا واحدا 4.

---

1 هو أبو الحسن بن علي بن محمد بن خيران البغوي صاحب اللطيف درس عليه الشيخ أحمد بن رامين وكتابه اللطيف دون التنبيه حجما كثير الأبواب جدا ، ابن هداية الله ص 112.

2 ومنها : الولادة توجب الغسل والوضوء.

ومنها : من اشترى أمة شراء فاسدا ووطئها لزمه المهر لاستمتاعه وأرش البكارة إذا كانت بكرا ؛ لأنه في مقابلة إزالة العين والمهر في مقابلة استيفاء منفعة فلما اختلف سببهما لم يمنع وجوبهما وهذا ما صححه الرافعي في البيع وقيل يندرج الأرش في المهر وصححه في باب الرد بالعيب.

وفيها : لو شهدوا على محصن بالزنى فرجم ثم رجعوا عن الشهادة اقتصر منهم لكن يحدون للقذف أولا ثم يردون ، وذكر الرافعي في كتاب الغنيمة أن من قاتل من أهل الكمال أكثر من غير أن يرضخ له مع السهم ؛ ذكره المسعودي وصاحب التهذيب ومنهم من نازع كلامه فيه وقال من سهم المصالح ما يليق بالحال ، المنثور 3 / 132.

3 الأشباه والنظائر للسيوطي 126.

4 قال الرافعي وهل يقال وجب لها حدود ثم عادت إلى حد واحد أو لم يجب إلا

حد وجعلت الزنيات كالحركات في زنية واحدة ؟ ذكروا فيه احتمالين.  
ولهذه القاعدة فروع فارجع إليها إن شئت في المرجع السابق.  
صفحة 95 | 466

الأشباه والنظائر

قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين

[وهذه] 1 القاعد أعم من التي قبلها ؛ لأن الشيين من جنس واحد قد يكون أحدهما أعم من الآخر وقد لا يكون.  
فصل :

وأشبهه من هذه القاعدة بالقاعدة قبلها قاعدة أخرى.

وهي : إذا بطل الخصوص بقي العموم 2 ، وقد يقال : لا يلزم من ارتفاع الخاص ارتفاع العام.

تلك عبارة الفقهاء ، وهذه عبارة الأصوليين.

وقد تنتفض القاعدة بما إذا نوى الاقتداء بزید فبان عمرو فإنه لا يصح مع أن المرتفع خاص ، وهو الاقتداء بفلان ، لا مطلق الاقتداء.

وجواب هذا قدمناه عن الشيخ الإمام فسلمت القاعدة ، ولهذا أصل كلامي ستكون لنا عودة إلى ذكره في مسائل الكلام إن شاء الله تعالى وهو أن الجنس هل يتقوم بالفصل وهو من مخاضات الحكماء ، لا من موارد المتكلمين ؛ وإنما يذكره المتكلمون تبعاً للحكماء ، وعن هذا الأصل نشأت هذه القاعدة من [الأصوليين] 3 وخرج منهم مخرج عليها.

"وإذا نسخ الوجوب بقي الجواز" توهمنا من هذا المخرج أن الجواز أعم لا قسيم. وقد تكلمنا على هذا في أصول الفقه ، وخرج الفقهاء عليها مسائل.

منها : إذا فسدت الوكالة لكونها معلقة على شرط فتصرف الوكيل عند وجود الشرط فالأصح الصحة ، تمسكا بمطلق الإذن.

ومنها : إذا نوى مع الفريضة ما ينافيها ولا ينافي النافلة فالفرض يبطل وفي بقاء عموم الطاعة قولان يختلف الترجيح [فيهما] 4 بحسب الصور وهي كثيرة.  
ومنها : من أحرم بالظهر قبل الزوال فالأظهر ثالثها أنها تتعقد نافلة إن كان له عذر.

ومثله : لو وجد المسبوق الإمام راکعاً فأتى ببعض تكبيرة الإحرام في الركوع لم

1 في ب وهذا.

2 المنثور 1 / 111 ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 182.

3 في ب الأصول.

4 في ب بينهم.

الأشباه والنظائر

قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين

ينعقد الفرض ، ثم إن علم تحريمه فالأظهر البطلان ، وإلا فالأظهر الانعقاد.  
ومنها : لو أحرم بفريضة منفردا ثم أقيمت جماعة فسلم من ركعتين ليدركها  
الأظهر صحتها نفلا.

ومنها : لو وجد قاعدا المصلى خفة في صلاته فلم يقم ، أو أحرم -القادر على  
القيام- بالعرض قاعدا ، أو قلب المصلى فرضه نفلا بلا سبب ، فالأظهر البطلان  
في الثلاثة [والله أعلم]1.  
يقع

1 سقط من الأصل.

صفحة 97 | 466

الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

وإن شئت قل : لا يثبت حكم المعلوم قبل وقوعه ، ليشمل الموجود والمعدوم.  
وهذا أصل مقرر قد ينقض بنحو : ما إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غدا فإنه يحنث  
إذا أتلفه قبل الغد وكذا إذا أتلف بنفسه أو أتلفه أجنبي على قول :  
وهل الحنث في الحال بحصول اليأس أو بعد مجيء الغد ؟  
فيه قولان أو وجهان : فعلى القول بأنه يحنث في الحال يقال : ثبت حكم الغد قبل  
وجوده.

وطريق الجواب أن نقول : لما حصل اليأس الآن كنا على قطع بفوات المحلوف  
عليه غدا ؛ فلم يكن لانتظار غدا معنى.

هذا على هذا القول ، والأرجح عندنا -وبه قطع ابن كج1- تأخر الحنث إلى الغد.  
وتظهر فائدته فيما لو كان معسرا يكفر الصوم ؛ فيجوز له أن ينوي صوم الغد  
عن كفارته إن قلنا : يحنث قبل الغد ولو مات الحالف قبل الغد أو أعسر وقلنا  
يعتبر في الكفارة حال الوجوب.

إذا [عرفت]2 هذا فنقول : لهذا الفرع وأشباهه التفات على أصل آخر يقع

1 يوسف بن أحمد بن كج القاضي أبو القاسم الدنيوري أحد الأئمة المشهورين  
وحفاظ المذهب المصنفين وأصحاب الوجوه المتقنين تفقه بأبي الحسين بن القطان  
وحضر مجلس الداركي وانتهت إليه الرئاسة ببلاده في المذهب وكج بكاف  
مفتوحة وجيم مشدودة وهي في اللغة للجص الذي تبيض به الحيطان ومن

تصانيفه التجريد وهو مطول. توفي ليلة السابع والعشرين من شهر رمضان سنة  
خمس وأربعمائة قتيلا قتله العيارون ، وفيات الأعيان 6 / 63 ، شذرات الذهب 3 /  
177 ، ابن قاضي شعبة 1 / 198.

2 وفي ب عرف.  
صفحة 97 | 466

## الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده  
كالمستثنى عن هذا الأصل ، وهو أن ما قارب الشيء هل يعطى حكمه ؟  
وقريب من هذه العبارة قولهم : المتوقع هل يجعل كالواقع ؟  
وكذلك قولهم : المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل ؟  
وكذلك قولهم : هل العبرة بالحال أو المآل.  
وكذلك قولهم : هل النظر إلى حال التعلق أو حال وجود الصفة.  
ولا بد من عقد فصول لهذه العبارات نرى قبل ذكرها أن نشرح ونميز ما التفاوت  
بينها.

فنقول : غير الواقع إن كان مما 1 علم أنه سيقع : فهو مسألة الطعام التآلف قبل  
الغد المحلوف على أكله فيه.

وإلا فإن لم يكن قريبا من الوقوع فلا يعطى حكم الواقع ، وإن كان قريبا فهو  
مسألة ما قارب الشيء هل يعطى حكمه ؟ وهي أعم من قولنا : المتوقع هل يكون  
كالواقع ؟ والمشرف على الزوال هل يكون كالزائل ؟ لشمولها الأمرين ؛ غير أن  
قولنا : المتوقع كالواقع يشبه أن يختص بما سيوجد ، وقولنا : المشرف على  
الزوال كالزائل يشبه أن يختص بما سيعدم.

فيعطي هناك المعدوم الذي سيوجد حكم الموجود [وهنا الموجود] 2 الذي سيعدم  
حكم المعدوم.

وقولنا : هل العبرة بالحال أو المآل بينه وبين قولنا : ما قارب الشيء أعطي  
حكمه عموم وخصوص.

فإنه أعم من حيث أنا نعطي الشيء في كل من حالتي الحال والمآل حكم الأمرين  
معا ؛ سواء كان أحدهما مقارنا للآخر أم لا.

وأخص ، من حيث إن مقارنة الشيء يعطى حكمه وإن لم يكن موضوعا لأن  
يؤول إليه.

وأما قولنا : هل النظر إلى التعليق أو إلى الحال وجود الصفة ؟ هل هو أخص من  
قولنا : هل النظر إلى الحال أو المآل ، لأن النظر إلى الحال أو المآل لا يختص  
بصيغ التعليقات ؛ بل يجري في التعليقات وغيرها.



## الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

فصل :

إذا تحققنا أن الفعل المأمور به أو الذي يحاول المكلف وقوعه لغرض ما أو الذي علق على وقوعه أمراً ما لا يقع لمانع تحققنا أن يقع في أثناءه أو قبله أو غير ذلك ؛ فهل نعطيه الآن حكم الفأنت وترتب مقتضى فواته. أو لا نعطيه ذلك بل يجري عليه حكم عدم فواته إلى أن يقع فواته وقد تختص هذه العبارات ويقال أعطي الشيء حكم الفأنت هل يستدعي وقوع فواته أو يكفي بتحقيق ذلك ، وقد علمت أن هذا غير قولنا : هل العبرة بالحل أو المآل لاختصاص هذا بأن ما هو متحقق الفوات مستقلاً هل يعطي حكم الفوات قبل حصوله وفيه مسائل.

أجدرها بالتقديم : ما إذا حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فتلف قبل الغد وقد قدمناها. ومنها : لو كان القميص ؛ بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ولا تظهر عند القيام فهل تتعقد صلاته ثم إذا ركع تبطل ، أو لا تتعقد أصلاً ؟ فيه وجهان تظهر فائدتها فيما لو اقتدى به غيره قبل الركول ، وفيما [إذا] 1 ألقى ثوباً على عاتقه قبل الركوع.

ومنها : من عليه عشرة أيام من رمضان فلم يقضها حتى بقي من شعبان خمسة أيام ؛ فهل يجب عليه فدية ما لا يسعه الوقت في الحال ، أو لا يجب إلى أن يدخل رمضان ؟

فيه وجهان شبههما الرافي وغيره بما إذا حلف ليشربن ماء هذا الكوز غدا فانصب قبل الغد.

قال الشيخ [الإمام] 2 وفي هذه العبارة نظر ؛ لأن الصحيح فيما إذا انصب نفسه عدم الحنث.

ونظيره هنا : إذا لم يزل عذره إلا ذلك الوقت ، ولا شك أنه لا يجب عليه شيء إلا [على] 3 ما يقوله أبو يحيى البلخي ، فيجب فرض المسألة فيما إذا كان التمكن سابقاً وحينئذ يشبه بما إذا صب هو الماء فإنه يحنث.

1 في ب لو.

2 سقط من أ والمثبت من ب.

3 سقط في ب.

## الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

وفي وقت حنثه الوجهان ، ولم يصح الرافي منهما ، في كتاب الأيمان شيئاً ؛ وإنما قال : الذي أورده بن كج هو الثاني ، يعني أنه لا يحنث إلا عند مجيء الغد. وعلى قياسه هنا : لا يلزم إلا عند مجيء رمضان.

وللوالد -رحمه الله- على المسألة كلام نفيس أزيد من هذا في تفاريقها ذكره في كتاب الصوم لا بد من معادوته.

ومنها : لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل فعرضت آفة علم بها انقطاع الجنس

عن المحل ؛ فقليل ينتجز حكم الانقطاع في الحال -والأصح يتأخر إلى المحل ومنها لو نوى في الركعة الأولى الخروج من الصلاة في الثانية أو علق الخروج بشيء يوجد لا محالة في صلاته بطلت في الحال على الصحيح ، وكذا لو علق بما يحتمل حصوله على الأصح والثاني لا تبطل في الحال وعليه فالأصح أنها تبطل إذا وجدت الصفة وهو ذاهل عن التعليق كما لو كان ذاكراً.

ومنها : على وجه ليس لمن عليه دين مؤجل السفر بعيد إذن الدائن إن كان الدين يحل قبل رجوعه ، وقيل : مطلقاً إلا أن يقيم كفيلاً ، وقيل : إلا أن يحلف وفاء ، وقيل : إلا أن يكون من المرتزقة ، والصحيح ليس له منعه مطلقاً ؛ إذ لا مطالبة له في الحال.

فصل :

قريب المآخذ من هذه المسائل ما عرف تطرق البطلان إليه لو وقع ؛ فهل يتمتع

إيقاعه ويكون باطلاً من [أوله]1 أو لا يبطل مجيء سبب البطلان ؟

ولك أن تقول : هل يصح ثم يفسد ، أو لا يصح أصلاً ؟ فيه خلاف في صور.

منها : إذا فرق الإمام الناس في صلاة الخوف الرباعية أربع فرق فصلى بكل

فرقة ركعة صحت صلاة الجميع في [الأظهر]2.

وفي قول : تصح صلاة الإمام والطائفة الرابعة.

وفي ثالث تبطل صلاة الإمام بالانتظار الواقع في الركعة الثالثة ، وتصح صلاة

الطائفة الأولى والثانية ؛ لأنهما فارقتا قبل طريان المبطل ، والفرق في الثالثة

والرابعة بين أن يعلموا بطلان صلاة الإمام أو لا.

1 سقط في ب.

2 في ب الظهر.

## الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

وفي رابع : بطلان صلاة الإمام بالانتظار الثالث الواقع في الركعة وبطلان

الصلاة الرابعة إن علمت.

والخامس : بطلان صلاة الجميع.

ومنها : إذا كانت عورته لا ترى في حالة القيام في الصلاة ولكن ترى في الركوع كما لو كان على إزاره ثقبه فجمع الثوب عليها بيده ؛ ففي انعقاد الصلاة وجهان أصحهما الانعقاد ، ثم انتهى إلى الركوع ولم يحصل ذلك بطلت ، وتظهر فائدة الخلاف فيما [إذا] 1 اقتدى به غيره قبل الركوع ، وفيما إذا لو ألقى ثوبا على عاتقه قبل الركوع.

قال الأصحبي في كتاب المعين : ويحتمل فائدة أخرى ، إذا صلى على جنازة.

قال : ويحتمل القطع بالصحة في صلاة الجنازة ؛ إذ لا ركوع فيها.

ومنها : إذا قصر حتى فرغت مدة الخف وهو في الصلاة بطلت ، ولم يتخرج على القولين في سبق الحدث.

كذا أطلقه الأصحاب ، وقيده الشيخ الإمام الوالد -رحمه الله- بما إذا لم يكن عالما حين الدخول في الصلاة بأن المدة تنقضي في أثنائها. قال أما إذا علم فيتجه أن يقال : إن الصلاة لا تنعقد ؛ لأن انعقادها -مع القطع بأن البطلان يعرض لها- بعيد.

قال : وليس كمن تنكشف عورته عند الركوع ؛ لأن هناك لا يقطع بالبطلان بل الصحة ممكنة بأن يسترها عند الركوع.

ومنها : قال الرافعي على مساق هذه المسألة : قضيتها أن يقال : لو شرع في

الصلاة على مدافعة الأخبثين وهو يعلم أنه لا تبقي له قوة التماسك في أثنائها

ووقع ما علمه تبطل صلاته ، ولا يخرج على قول سبق الحدث وتبعه النووي.

قال الشيخ الإمام والدي : ينبغي أن يقال ما قلناه من التفصيل.

ومنها : من علمت أنها تحيض في أثناء النهار وجب عليها افتتاح اليوم بالصوم

وهذا لا خلاف فيه ؛ لأن المانع لم يوجد ، وكل جزء من أجزاء النهار مطلوب

فيه الصوم ، ما لم يكن المانع قائماً.

ومنها : استأجر امرأة -أشرفت على الحيض- لكنس المسجد جاز وإن ظن طروء

الحيض.

---

1 في ب لو.

صفحة 101 | 466

---

الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

وللقاضي الحسين احتمال فيه كالسن والوجعة إذا احتمل زوال الألم. والفرق أن

الكنس في الجملة جائز ، والأصل عدم طروء الحيض.

تنبيه :

هذه المسائل قريبة المأخذ من المسألة الكلامية ، وهي التكليف بما علم الأمر أو المأمور انتفاء شرط وقوعه عند وقته .  
ولنا في شرح المختصر كلام نفيس على المسألة وتخريجات لطيفة .  
فصل :

قريب المأخذ من قولنا : ما لا يستمر صحته لو وقوع فهل يصح ثم يفسد ؟  
أولا : يصح رأسا ؟ قولنا : ما لا قرار لوجوبه إذا حضر سبب وجوده ؛ فهل  
نقول : وجب ثم سقط أو لم يجب أصلا ؟  
فيه خلاف في مسائل .

منها : [إذا وجب القصاص على رجل فورث القصاص ولده . فيه وجهان] 1 .  
ومنها : إذا زوج عبد بأمته ؛ فهل يجب المهر ثم يسقط أو لا يجب أصلا .  
ومنها : إذا لم يدرك من الوقت قدر الفرض .  
قال أبو يحيى البلخي : تجب الصلاة إذا أدرك بعض الفرض كما في آخر الوقت .  
والصحيح لا .

وفرق الأصحاب بأنه في آخر الوقت يمكنه البناء على ما أدرك بعد الوقت ، وهنا  
لا يمكن التقديم على الوقت ؛  
غير أنهم ترددوا في أنه هل سقط الوجوب بعد ثبوته ، أو تبين عدم الوجوب رأسا  
والذي صرح به النووي - في شرح المهذب - الثاني ، قال الشيخ الإمام [الوالد] 2  
رحمه الله وكلام الأصحاب يقتضي الأول ، وجعلوا الوجوب بأول الوقت  
والاستقرار بالتمكن كما في الزكاة .  
ومنها : الفاتحة متعينة إلا في ركعة المسبوق ، وهل نقول : إن القراءة تجب على  
المأموم المسبوق ويتحملها الإمام عنه أو لا تجب أصلا ؟

1 هذا الفرع سقط في ب .

2 سقط من ب .

صفحة 102 | 466

الأشباه والنظائر

قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده

وجهان : أصحهما الأول .

فعليه يحتمل أن يقال : وجبت ثم سقطت ، ويحتمل أن يقال بل الوجوب باق ، وقد  
جعل الشارع فعل الإمام لها على القول بالتحمل كفعل المأموم .

ومنها : اقتضى كلام ابن الصلاح أن من استطاع الحج قبل عرفة بيوم وبينه  
وبينها شهر ومات في تلك السنة أن الحج وجب عليه ثم سقط .

قال الوالد - رحمه الله - في كتاب الحج من شرح المنهاج : وهذا لا يقوله أحد ولا  
يظن بابن الصلاح وإن أوهمته عبارته .

ومنها : إذا رد الوارث تصرف المريض فيما زاد على الثلث ؛ فهل نقول :  
الزيادة ثبتت ثم ردت ، أو تبين أنها لم تنفذ ؟  
فيه قولان حكاهما الإمام في كتاب العتق في الفروع المنثورة.  
ومنها : إذا غرت الزوج قال الأصحاب : فالرجوع عليها ولفظ الرجوع -على ما  
ذكر الرافعي وغيره- بشعر بالدفع إليها ثم الاسترداد منها. قال : ولكن ذكر الشيخ  
[أبو حامد]1 أنه لا معنى للدفع والاسترداد ، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا  
يغرم.

ومنها : إذا خرج من مكة ، ولم يطف للوداع فعليه دم ؛ فإن عاد قبل مسافة  
القصر سقط الدم على الصحيح ، كذا عبارة الأصحاب ، وظاهر السقوط أنه  
وجب ثم سقط ونازع الشيخ الإمام -رحمه الله- في كونه وجب ، وكذلك نازع في  
نظيره من مجاوزة الميقات عند ذكر الخلاف في الحكم بالإساءة هل يتوقف على  
عدم عوده ؟

---

1 في ب والإمام.  
صفحة 103 | 466

---

الأشباه والنظائر  
القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمأل  
"القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمأل"1  
وهذا أصل كبير يتخرج عليه مسائل هي أمهات في أنفسها وقواعد في أبوابها.  
منها : هل الاعتبار بالتكافؤ في القصاص بحالة الجرح أو بحالة الزهوق ؟  
ومنها : هل [الاعتبار]2 بالإقرار للوارث بكونه وارثا - حال الإقرار أو حال  
الموت ؟  
ومنها : هل الاعتبار بالثلث الذي يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو حال  
الموت.

---

1 انظر الأشباه والنظائر للسيوطي / 178.

2 سقط من ب.

صفحة 103 | 466

---

الأشباه والنظائر  
القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمأل  
ومنها : هل الاعتبار في الصلاة المقضية بحال الأداء أو بحال القضاء.  
ومنها : هل الاعتبار في تعجيل الزكاة بحال الحول أو حال التعجيل.  
ومنها : هل الاعتبار في الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو بحال الأداء.



ومنها : هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف ؟  
ومنها : هل الاعتبار طلاق السنة والبدعة بحال الوقوع أو بحال التعليق. وهذا يدخل في قولنا : هل النظر إلى حال التعليق أو حال وجود الصفة ؟  
وهذه القواعد ربما نذكر كلا منها مع ما تيسر من فروعها في بابها إن شاء الله تعالى.

ولنذكر هنا ما هو من أصل قولنا :

هل الاعتبار بالحال أو بالمآل.

"القول فيما جزم فيه بأن الاعتبار بالحال".

وذلك في مسائل :

منها : يقبل الولي للصبي هبة من يعتق عليه إذا كان معسرا ؛ لأنه لا يلزمه نفقته في الحال ؛ فكان في قبول هذه الهبة تحصيل خير ، وهو العتق ، بلا ضرر ، ولا ينظر إلى ما لعله يتوقع من حصول يسار للصبي وإعسار لهذا القريب ، لأن هذا ليس يتحقق أنه آيل.

"القول فيما جزم فيه بأن الاعتبار بالمآل".

وهو في مسائل :

منها : بيع الجحش الصغير جائز وإن لم ينفع حالا ، لتوقع النفع به مآلا .  
ومنها : المساقاة على ما لا يثمر في السنة ويثمر بعدها جائز ؛ بخلاف إجازة الجحش الصغير ؛ لأن موضع الإجازة تعجيل المنفعة. ولا كذلك المساقاة [إذ] 1 تأخر الثمار محتمل فيها.

كذا فرق الرافعي ، وبه يظهر لك أن المنفعة المشروطة في البيع غير المنفعة المشروطة في الإجازة ؛ إذ تلك أعم من كونها حالا أو مآلا. ولا كذلك الإجازة. ومنها : اقتناء الكلب الكبير لتعلم الصيد ، قال النووي انفق الأصحاب على جوازه 2.

1 في ب أن.

2 ومنها جواز التيمم لمن معه ماء يحتاج إلى شربه في المآل لا في الحال.

صفحة 104 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

"القول فيما اختلف فيه هل يعتبر فيه الحال أو المآل".

وهو في مسائل.

منها : تربية جرو الكلب لما يباح تربية الكبير له.

ومنها : بيع الحمار الزمن.

قاعدة : درء المفسد أولى من جلب المصالح 1.

ويستثنى مسائل : يرجع حاصل مجموعها إلى أن المصلحة إذا عظم وقوعها وكان وقع المفسدة. كانت المصلحة أولى بالاعتبار.

ويظهر بذلك أن درس المفسد ؛ إنما يترجح على جلب المصالح إذا استويا فما استثنى من أن درء المفسد أولى - المتحيرة ؛ فعليها صلاة الفرائض أبدا احتياطا لمصلحة الصلاة. ولم يحتط لدرء المفسدة الحاصلة من الصلاة عن الحيض. وكذلك صلاة النافلة أيضا. لا يمنع منها على الأصح ؛ لأنها من مهمات الدين فلا يمنع منها - راتبة كانت أو غيرها.

قاعدة : ما لا يقبل التبويض يكون اختيار بعضه كاختيار كله وإسقاط بعضه كإسقاط كله<sup>2</sup>.

وهذا أصل اتفق عليه الفريقان ، وبنى عليه أبو حنيفة رحمه الله أن الموصى إليه في نوع من التصرف يصير وصيا مطلقا ظنا منه أن الوصية لا يتجزأ ؛ لكونها ولاية قال : والولاية لا تتجزأ ، وكذلك فعل في العبد المأذون. فعدى الإذن له في نوع إلى سائر الأنواع ولسنا نسلم له عدم التجزيء. وفي القاعدة فروع :

منها : إذا قال : أنت طالق نصف طلقة أو بعضك طالق طلقة ، لا فرق بين اختيار بعض الطلاق أو طلاق البعض.

ومنها : إذا عفا مستحق القصاص عن بعضه سقط.

---

1 لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه.

2 المنتور 3 / 153 ، الأشباه للسيوطي 160.

صفحة 105 | 466

---

### الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

ومنها : إذا عفا الشفيع عن بعض حقه فالأصح سقوط كله.

والثاني : لا يسقط شيء لأن التبويض تعذر.

وما الشفعة مما يسقط بالشبهة ؛ ففارقت القصاص ، فغلب جانب الثبوت.

والثالث : تبويض ؛ لأنه حق مالي قابل للانقسام ، ففارق القصاص والطلاق.

ومنها : هل للإمام أن يرق بعض شخص إذا استأثره ؟

فيه وجهان ؛ فإن قلنا : لا. فإذا ضرب الرق على بعضه رق كله.

قال الرافعي : وكان يجوز أن يقال : لا يرق ، شيء وضعفه ابن الرفعة بأن في

إرقاق كله درء القتل وهو يسقط بالشبهة كالقصاص ، ثم وجهه بنظيره في الشفعة.

قلت : وكان يجوز أن يقال : يعمل بإرقاق بعضه في درء القصاص لا في

الإرقاق.

ومنها : إذا اشترى عبيد فوجد بأحدهما عيباً ولم يجوز إفراجه بالرد فلو قال : رددت المعيبة منهما ؛ فالأصح لا يكون رداً لهما ، وقيل : يكون 1. فصل :

وقد لا يكون اختيار بعضه اختياراً لكلاً [ولا] 2 سبيل إلى التبعض فيلغو. وذلك في مسائل :

منها : حق الشفعة - على وجه - كما تقدم ، والإرقاق على بحث الرافعي. ومنها : حد القذف [ذكره] 3 الرافعي في باب الشفعة أن العفو عن بعضه لا يوجب سقوط شيء ، واستشهد به للوجه الصائر إلى أن العفو عن بعض الشفعة لا يسقط شيئاً منها وتبعه جماعة آخرهم الشيخ الإمام الوالد في "شر المنهاج" وهذا فرع لم يذكره في [باب] 4 حد القذف ؛ وإنما ذكره في مسألة عفو بعض الورثة ، وفيها الأوجه المشهورة ، أصحها : أن لمن بقي استيفاء جميعه. وهو يؤيد أن حد القذف لا يتبعض.

وأقول : إن سلم أنه لا يتبعض فلا بد أن يطرقه الخلاف في أنه هل يسقط كله أو

---

1 ومنها إذا قال أحرمت بنصف تسك انعقد بنسك كالطلاق كما في زوائد الروضة ولا نظير لها في العبادات.

2 سقط من ب.

3 سقط من ب.

4 سقط من ب.

صفحة 106 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

يلغو كما في عفو بعض الورثة وعفو بعض الشفعاء ، ثم إنني لا أسلم أنه لا يتبعض فإنه جلدات معروفة العدد ، ولا ريب في أن المستحق لو عفا بعد ما أصاب القاذف بعضها سقط ما بقي منها ؛ فكذلك إذا أسقط منها في الابتداء قدرا معلوماً وإذا تأملت ما قلته من تبعض القذف وما قاله بعضهم من تبعض الشفعة وعلمت أنه لم يقل أحد في مسألة الإرقاق بأنه يلغو - غير بحث الرافعي - علمت سلامة القاعدة من النقض.

فصل :

إذا رجعنا اختيار بعض ما لا يتجزأ اختياراً لكلاً فهل اختياره للبعض نفس اختياره للكل ؛ وإنما هو عبر بالبعض عن الكل ؟ أو اختيار ذلك البعض ثم يسري منه إلى غيره لضرورة عدم التجزؤ. فيه خلاف شهير في مسائل.

منها : طلاق بعضها ، وتبعيض طلاقها ، وعتق البعض. وأما تبعيض العتق فلا أعرفه مسطورا ، وهو مثل : قوله : أنت حر نصف حرية ، والذي يظهر أنه لغو ويحتمل أن يقال : يبطل قوله : ونصف حرية ويعمل بقوله : أنت حر نصف حرية.

والذي يظهر أنه لغو ، ويحتمل أن يقال : وإن لم يقل بنظيره في البيع والفرق قوة العتق وسرعة نفوذه.  
تنبيه :

إذا وقفت على قولنا : طلاق بعضها ، و تبعيض طلاقها وعتق البعض ، وتبعيض العتق ، واستحسنتم هذه العبارة ورشاققتها ، انتقل ذهنك إلى نظائرها.  
ومنها : قول الإمام في النهاية في باب الكفارة قبل الحنث : كما لا يعتبر حكم المحلوف باليمين لا يعتبر حكم اليمين بالمحلوف عليه ؛ ذكره توجيهها للقول بأن تقديم الكفارة على الحنث وإن كان محظورا جائزا.  
ومنها : قول بعض علمائنا : الواجب في الطهارة عندنا الماء المطلق فلا يجوز المتغير كثيرا بمستغنى عنه.  
وعند أبي حنيفة : مطلق الماء.  
ووقعت بيني وبين الوالد -رحمه الله- مباحثة في الفرق بين العبارتين صنف من  
صفحة 107 | 466

#### الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمأل  
أجلها [مصنفا] 1 في ذلك [وقرر] 2 أنه لا فرق بينهما.  
منها : أن النية في الوضوء تجب عند أول غسل الوجه ، لا عند غسل أول الوجه -وهو أعلاه- بل لو ابتداء من مؤخرة وجهه ونوى صح.  
ومنها : لا ولاء لمعتق الأب مع أبي المعتق ، وهي مسألة التعجيز. وكل هذه عبارات يختلف المعنى فيها بالتقديم والتأخير -يسمىها الأديب : رد العجز على الصدر- تستدعي حضور ذهن صحيح ، خشية الوقوع في الغلط. وقد وقع في الكتاب العزيز في سورة البقرة 3 {وَادْخُلُوا الْبَابَ سُجَّدًا وَقُولُوا حِطَّةٌ} ، وفي الأعراف 4 : {وَقُولُوا حِطَّةٌ وَادْخُلُوا الْبَابَ سُجَّدًا} .  
وفي البقرة 5 : {وَالنَّصَارَى وَالصَّابِئِينَ} ، وفي الحج 6 {وَالصَّابِئِينَ وَالنَّصَارَى} .  
وفي البقرة 7 والأنعام 8 " {قُلْ إِنَّ هُدَى اللَّهِ هُوَ الْهُدَى} وفي آل عمران 9. {قُلْ إِنَّ الْهُدَى هُدَى اللَّهِ} .  
وفي البقرة 10 : {وَيَكُونَنَّ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا} ، وفي الحج 11 : {شَهِيدًا عَلَيْكُمْ} .

وفي البقرة 12 : {وَمَا أَهْلٌ بِهِ لغيرِ اللَّهِ} ، وباقي القرآن {لغيرِ اللَّهِ به} .  
في البقرة 13 : {لا يقدرون على شيء مما كسبوا} وفي إبراهيم 14 ، {مِمَّا كَسَبُوا}

عَلَى شَيْءٍ}.  
وفي آل عمران 15 : {وَلِتَطْمَئِنَّ قُلُوبُكُمْ بِهِ} وفي الأنفال 16 : {بِهِ قُلُوبُكُمْ}.  
في النساء 17 : {كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ} وفي المائدة 18 : {كُونُوا  
قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ}.

- 
- 1 في ب تصنيفا.
  - 2 وفي ب وقوي.
  - 3 آية : 58.
  - 4 آية : 17.
  - 5 آية : 62.
  - 6 آية : 17.
  - 7 آية : 120.
  - 8 آية : 71.
  - 9 آية : 73.
  - 10 آية : 143.
  - 11 آية : 78.
  - 12 آية : 173.
  - 13 آية : 264.
  - 14 آية : 118.
  - 15 آية : 126.
  - 16 آية : 10.
  - 17 آية : 135.
  - 18 آية : 8.
- صفحة 108 | 466

---

الأشباه والنظائر  
القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل  
في الأنعام 1 : {لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ} وفي المؤمن 2 : {خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ لَا  
إِلَهَ إِلَّا هُوَ}.  
في الأنعام 3 : {نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ} وفي بني إسرائيل 4 : {نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ  
وَإِيَّاكُمْ}.  
وفي النحل 5 : {وَتَرَى الْفُلْكَ مَوَاحِرَ فِيهِ} وفي فاطر 6 : {فِيهِ مَوَاحِرَ}.  
في بني إسرائيل 7 : {وَلَقَدْ صَرَّفْنَا لِلنَّاسِ فِي هَذَا الْقُرْآنِ} وفي الكهف 8 : {فِي هَذَا  
الْقُرْآنِ لِلنَّاسِ}.  
في بني إسرائيل 9 : {قُلْ كَفَى بِاللَّهِ شَهِيدًا بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ} وفي العنكبوت 10 : {بَيْنِي

وَبَيْنَكُمْ شَهِيدًا}.

في المؤمنين 11 : {لَقَدْ وُعِدْنَا نَحْنُ وَآبَاؤُنَا هَذَا مِنْ قَبْلُ} وفي النمل 12 : {لَقَدْ وُعِدْنَا هَذَا نَحْنُ وَآبَاؤُنَا مِنْ قَبْلُ}.

في القصص 13 : {وَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ أَقْصَى الْمَدِينَةِ يَسْعَى} وفي يس 14 : {وَجَاءَ مِنْ أَقْصَى الْمَدِينَةِ رَجُلٌ يَسْعَى}.

فصل :

قولنا : اختيار بعض ما لا يتجزأ اختيار لكاه.

هي عبارة الأصحاب. وقد يعبر عن الغرض بعبارة هي أعم من تلك فيقال : الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات حكم على كله.

ولنذكر مسألة من هذا القبيل يتضح بها المقصود ؛ فنقول اعتقد الرافي أن الغرة الواجبة في الجنين لا تتجزأ عند بعض أصحابنا ، فحكى في الجنين -المحكوم له باليهودية أو النصرانية- ثلاثة أوجه

1 آية : 102.

2 آية : 62.

3 آية : 151.

4 آية : 31.

5 آية : 14.

6 آية : 12.

7 آية : 41.

8 آية : 54.

9 آية : 96.

10 آية : 52.

11 آية : 83.

12 آية : 68.

13 آية : 20.

14 آية : 20.

صفحة 109 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

إحداها : وجوب غرة ولا يقال بالتسوية بينه وبين الجنين المسلم ؛ لأنه لا سبيل إلى الإهدار ولا إلى تجزئة الغرة.

وثانيها : لا يجب شيء لامتناع التسوية بين المسلم والكافر وامتناع التجزئة. وهذان الوجهان على معتقد الرافي ناشئان عن اعتقاد عدم التجزئة وأصحها :



أنه يجب ثلث ما يجب في الجنين المسلم. وقد اتضح غرضنا بذكر هذه المسألة ، وإن كانت في الرافي غير محررة ، ولأن الوجه الأول غير معروف في المذهب ، وغالب الظن أنه وهم في الرافي من وجه حكاة الإمام في النهاية. أنه يجب عبد ناقص القيمة نسبتته على دية الكافر كنسبة خمس من الإبل إلى دية المسلم ؛ فالتسوية واقعة في وجوب أصل العبد ، لا في استواء العبدین ؛ فلا قائل بأن الغرة الواجبة في المسلم تساوي الواجبة في الكافر.

وكذلك الثاني ؛ إذ لا يعرف قائل بإهدار الجنين الكافر وإنما هو وهم في الرافي من وجه حكاة الإمام أيضا عن المراوزة أن الغرة لا مدخل لها في الجنين الكافر فلا يجب فيه عبد ولا جزء من عبد.

وليس مراد الإمام أنه لا يجب شيء أصلا ؛ بل لا يجب غرة ، وتجب عشر دية الأم كما صرح به الإمام في النهاية قبل هذه العبارة الموهمة بنحو أربعة أسطر. ولكن الغزالي لما رأى الإمام ، لا مدخل للغرة في جنين الكافر -توهم أنه لا يجب شيء فأطلق العبارة في ذلك ، فتبعه الرافي.

نبه على هذا الموضع -في الرافي- الشيخ برهان [الدين] 1 ابن الفركاح -رحمه الله- وأطال في ذلك [في] 2 تعليقه على التنبيه.

قاعدة : الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود والموهوم كالمحقق وما يرى على بعض الوجوه لا يرى إلا على كلها.

وقد اتفق لي مرة الاستدلال على هذه القاعدة بقوله تعالى : { اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ } 3 فلا يخفى أنه أمر باجتنباب بعض ما ليس بإثم خشية من الوقوع فيما هو إثم ؛ وذلك هو الاحتياط ، وهو استنباط جيد. مثال جعل المعدوم

---

1 سقط في ب.

2 سقط في ب.

3 الحجرات آية 12.

---

### الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

كالموجود : المنافع المعقود عليها في الإجارة ؛ فإننا نجعلها كالموجود نورد العقد عليها.

ومثال الموهوم المجهول كالمحقق : أكثر أحكام الخنثى المشكل ، وقد أفرد بعض أئمتنا كتابا بأحكام الخنثى ؛ فلا معنى للتطويل بتعديدها.

ومثال جعل ما يرى على بعض الوجوه لا يرى إلا على كلها تارك الصلاة نسي

عينها من الخمس ؛ فإننا نوجب عليه الخمس وإن كانت البراءة ، في نفس الأمر تحصل بواحدة. واعلم أن مسائل الاحتياط [كثيرة] 1 يطول استقصاؤها يرجع حاصلها إلى [أن] 2 الاحتياط قد يكون لتحصيل المنفعة كإيجاب الصلاة على المتحيرة وإن احتمل كونها حائضا ، وقد يكون لدفع المفسدة كتحریم وطئها ، وأوجبوا الاحتياط في مسائل :

منها : في الزكاة مسألة الإناء إذا عسر التمييز ، وفيما إذا تحقق في ذمته زكاة وشك هل هي درهم أو دينار أو شاة أو بعير. وإن لم يعتضد بأصل. وفي الصلاة المنسية من خمس لا اعتضاده بأصل.

ولم يوجبوه فيما إذا شك هل الخارج من ذكره مذي أو مني ؛ بل صححوا أنه يتخير لأنه إذا أخذ بأحدهما فالأصل عدم وجوب الآخر.

قال الشيخ الإمام -في باب الحيض- ويحتاج أن يفرق بينه وبين الشك في عين الزكاة الواجبة ، قال ومسألة الزكاة فيها نظر ، أما مسألة الإناء فظاهرة لإمكان التمييز بالشك.

تنبيه :

في هذه القاعدة مهمات وقواعد عنها مشتعبات.

منها ما اشتهر في كلام كثير من الأئمة -ويكاد يحسبه الفقيه -مجموعها عليه- من أن الخروج من الخلاف أولى وأفضل وقد أشكل بعض المحققين على هذا وقال : الأولوية والأفضلية إنما [يكون] 3 حيث سنة ثابتة وإذا اختلفت الأمة على قولين : قول بالحل وقول بالتحريم ، واحتاط المستبريء لدينه وجرى في فعله على الترك حذرا من ورطات الحرمة لا يكون فعله ذلك سنة ؛ لأن القول بأن هذا الفعل متعلق الثواب من غير عتاب

1 سقط في ب.

2 سقط في ب.

3 سقط في ب.

صفحة 111 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

على الترك قول لم يقل به أحد ، إن الأئمة كما ترى بين قائل بالإباحة. وقائل بالتحريم فمن أين الأفضلية.

وأنا أجيب عن هذا بأن أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين ، وهو مطلوب شرعا مطلقا ؛ فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من حيث العموم ، واعتماده من الورع المطلوب شرعا فمن ترك لعب الشطرنج معتقدا حله خشية من غائلة التحريم فقد أحسن وتورع إذا عرفت هذا

فأقول : ليس الخروج من الخلاف أولى مطلقا ، بل بشرطين أحدهما : أن لا يؤدي الخروج منه إلى محذور شرعي من ترك سنة ثابتة أو اقتحاما أمر مكروه أو نحو ذلك ومن ثم مسائل.

منها : فصل الوتر أفضل من وصله لحديث "ولا تشبهوا بالمغرب" 1 ومنع أبو حنيفة فصله وفي وجه عندنا أن الوصل أفضل للخروج من خلافه لكنه ضعيف لكونه يتوقف على أن يكون بقية العلماء يجيزون الوصل ؛ وإلا فلا يحصل الخروج من الخلاف مطلقا ، وبتقدير تجويزهم لا يلزم لأن الوصل يلزم منه ترك سنة ثابتة.

الشرط الثاني : أن يقوى مدرك الخلاف ، فإن ضعف ونأى عن مأخذ الشرع كان معدودا من الهفوات والسقطات. لا من الخلافات المجتهديات وسيكون لنا كلام على هذا الشرط في قاعدة من علم حرمة شيء وجهل وجوب الحد فيه -الآتية- إن شاء الله تعالى في قواعد ربع الجنايات.

وهناك تنبيه على أنه لا نظر إلى القائلين من المجتهدين 2 بل إلى أقوالهم ومداركها قوة وضعفا ، ونعني بالقوة ما يوجب وقوف الذهن عندها وتعلق ذي الفطنة بسبيلها لانتهاض الحجة بها ؛ فإن الحجة لو انتهضت بها لما كنا مخالفين لها.

إذا عرفت هذا فمن قوي مدركه اعتد بخلافه وإن كانت مرتبته [في الاجتهاد] 3

---

1 والحديث من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أوتروا بخمس أو بسبع أو تسع أو بإحدى عشرة".  
الدارقطني وابن حبان والحاكم ، وقال الحافظ في التلخيص 2 / 15 ورجاله ثقات ولا يضره وقف من أوقفه.

2 ولذلك لا ينظر لخلاف عطاء في عدم وجوب الحد على المرتهن بوطنه المرهونة وعطاء من سادات العلماء.

3 سقط من أ والمثبت من ب.

صفحة 112 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

دون مرتبة مخالفة ومن ضعف مدركه لم يعتد بخلافه وإن كانت مرتبته أرفع وربما قوي مدرك بعضهم في بعض المسائل دون بعض ؛ بل هذا لا يخلو عنه مجتهد.

تنبيه : قوة المدرك وضعفه مما لا ينتهي إلى الإحاطة به إلا الأفراد ، وقد يظهر الضعف أو القوة بأدنى تأمل ، وقد يحتاج إلى تأمل وفكر ، ولا بد أن يقع هنا خلاف في الاعتداد به ناشئا عن المدرك قوي أو ضعيف.

[مثاله]1 : ما يظهر ضعفه : إعاره الجوارى للوطء. كما سنتكلم عليه في ربع الجنائيات وكذلك ما ذهب إليه ما ذهب إليه داود من قوله في التغوط في الماء الراكد ، وقوله "لا ربا إلا في النسيئة" المنصوصة وكثير من أقوال شاذة منقولة عن كثير من المجتهدين ومثال ما تردد النظر في قوته وضعفه : الصوم في السفر ؛ فإن داود قال : إنه لا يصح ، ومن ثم اختلف أنه هل الأفضل الفطر مطلقا خروجاً من خلافه ، والراجح في مذهبنا أن الأفضل الفطر لمنخ يتضرر بالصوم والصوم لمن لا يتضرر به. وزعم إمام الحرمين -هنا- أن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل الظاهر وزناً وقد تكلمت على هذا في الطبقات الكبرى في ترجمة داود ، وبينت كلام أئمتنا في خلاف داود وأن الصواب الاعتداد بخلافه عند قوة مأخذه كغيره.

فصل :

فإن قوى المدرك اعتد بالخلاف ، ومن ثم قصر الصلاة للمسافر أفضل لقول من أوجبه. وترك الجمع أفضل لقول من منعه وكتابة العبد القوي الكسوب سنة لأن داود أوجبها.

وقع هنا للقاضي الحسين كلام موهم -نقله عن ابن الرفعة بعبارة تزيده إيها ما ؛ ففهمه الطلبة فهما يزيد على مدلوله ، فصار -كما قلت- غلط على غلط ومن يغلط ويرجى حين يدري يعذر.

وهو أن ابن الرفعة في صلاة المسافر حكى قول الإمام : أن المحققين لا يقيمون لخلاف أهل [الظاهر]2 وزناً ، ثم قال : وفيه [نظر]3 فإن القاضي الحسين نقل عن الشافعي أنه قال في الكتابة : لا أمتنع عن كتابة العبد عند جمع القوة والأمانة [وإنما

1 في ب مثال.

2 في ب الظاهرية.

3 سقط من ب.

صفحة 113 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل

استحب الخروج من الخلاف ؛ فإن داود أوجب كتابة عدد من جمع القوة والأمانة]1.

وداود من أهل الظاهر ، وقد أقام الشافعي لخلافه وزناً ، استحب كتابة من ذكره [لأجل خلافه]2 انتهى.

وداود مولده قبل وفاة الشافعي بسنتين ؛ فلا يمكن أن يراعي الشافعي خلافه ؛ فمن ثم غلط الطلبة ابن الرفعة والقاضي الحسين وقالوا : إن هذا غلط من قولهما

عندما فهموا أن الجملة كلها [في] 3 كلام الشافعي وقرؤوا : إنما استحب -بفتح  
الهمزة وكسر الحاء- فعل مضارع للمتكلم ؛ وإنما هو استحب بفتح الحاء ، والفعل  
ماض والمستحب هو القاضي الحسين. وأما الشافعي : فلم يزد على أنه لا يمنع  
كتابة من هذا شأنه ؛ وإنما استحبها فالخلاف من أوجبها قبل داود ؛ فإن داود لم  
يخترع القول بإيجابها ، بل وافق مجتهدا سبقه وإلا لكان خارقا للإجماع.  
نبه عليه الشيخ الإمام الوالد -رحمه الله- [وذكرناه] 4 في الطبقات الكبرى بأبسط  
من هذه العبارة ، [وذكرنا] 5 أنه وقع للإمام "في النهاية" في كتاب اختلاف  
الحكام والشهادات -نظير ما وقع للقاضي الحسين مع تصريحه في كتاب الظهار  
بما لا يخفى مثله عليه من أن داود متأخر الزمان عن الشافعي.  
فصل :

فإن اعتد بالخلاف ولم يلزم من الخروج منه محذور ، استحب الخروج منه ؛  
وذلك في مسائل : منها ما ذكرناه ، ومنها ما سنذكره.  
واعلم أن ما كان مختلفا فيه فهو من قبيل القسم الثاني الذي يتردد النظر في قوته  
وضعه كصوم السفر.  
فمنها : يستحب استيعاب الرأس بالمسح للخروج من خلاف الموجب له  
وبالإيجاب قال بعض أصحابنا.  
ومنها : يستحب أن لا يقصر في أقل من ثلاثة أيام لذلك. وعبارة الشافعي : أنا لا

1 سقط من أ والمثبت من ب.

2 في ب لأجله.

3 في ب من .

4 وفي ب وذكرنا.

5 سقط في ب.

صفحة 114 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل  
أحب أن أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطا على نفسي.  
قال القاضي أبو الطيب : وهو كقوله : إذا مرض الإمام ؛ فإنه يصلي قاعدا  
والناس قيام خلفه ، [والأفضل] 1 أن يستخلف من يصلي بهم حتى من الخلاف.  
وكقوله في الحالف -إذا كفر بالمال- الأفضل أن يؤخر إلى أن يحنث. وكقوله -في  
الركاز بعد أن بين مذهبه في القليل : ولو كنت أنا الواجد لخمست القليل.  
ومنها : يستحب نية الإمام ؛ بخلاف من أوجبها.  
ومنها : حيث انتفى التحريم في استقبال القبلة واستدبارها بالبول والغائط لوجود  
الساتر ، فالأدب أن لا يستقبلها ولا يستدبرها ؛ لأنه قيل بالحرمة مع الساتر.

ومنها : إذا رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة المغنية عن القضاء كصلاة المسافر فلا تبطل ؛ غير أن الصحيح أن قطعها ليتوضأ أفضل ، لأن فيه خروجاً من خلاف من حرم عليه الاستمرار .  
وقيل : الأفضل المضي فيها ولا يلتفت إلى الخلاف ، وقيل : يجب المضي فيها ، وقيل الأفضل قلبها نافلة .  
ومنها : من عليه فائنة ووجد الجماعة الحاضرة ، جزم "في الروضة" قبل باب شروط الصلاة أن تقدم الفائنة منفرداً أولى ؛ لأن الترتيب مختلف في وجوبه والقضاء خلف الأداء مختلف في جوازه .  
لكن الذي جزم به الغزالي "في إحياء علوم الدين" في باب أسرار الصلاة خلافه وجزم به أيضاً صاحب التعجيز<sup>2</sup> وذكر -في شرحه- أن جده عماد الدين ذهب إليه .  
قلت : والقلب إليه أميل ، وقد تكلمت عليه في الطبقات في ترجمة الشيخ العماد ابن يونس .

1 وفي ب والأفضل له .

2 عبد الرحيم بن محمد بن محمد بن يونس بن منعة الفقيه المحقق العلامة تاج الدين أو القاسم بن الإمام رضي الدين بن الإمام عماد الدين بن الإمام رضي الدين الموصلية كان من بيت الفقه والدين والعلم بالموصل ولد بالموصل سنة ثمان وتسعين وخمسائة ، وأفاد وصنف قال الإسنوي كان فقيهاً أصولياً فاضلاً توفي في جمادى الأولى سنة إحدى وسبعين وقيل سنة سبعين .  
ابن قاضي شعبة 2 / 136 ، ذيل مرآة الزمان 3 / 14 ، البداية والنهاية 13 / 295 ، شذرات الذهب 5 / 332 .  
صفحة 115 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل  
فصل :

وربما يرقى الخروج من الخلاف عن درجة الاستحباب عن درجة الاستحباب إلى درجة كراهية الوقوع فيه وذلك في مسائل .  
منها : مسألة [العينة]<sup>1</sup> ذكر النووي تبعاً لصاحب "البحر" أن الوقعة فيها مكروهة قال النووي : "دلائل الكراهة أكثر من أن تحصر" .  
قلت : واقتصر الرافعي -حيث ذكر المسألة في باب الربا- على الجواز وفي البيوع المنهي عنها على أنها ليست من المناهي<sup>2</sup> .  
ولا يحضرني دليل على كراهتها ، وقصة عامل خبير "بع التمر بتمر آخر ثم اشتريه"<sup>3</sup> . يقتضي عدم الكراهة ؛ لأنه أذن له في ذلك ولا يأذن صلى الله عليه



وسلم في مكروه.

1 سقط في ب.

2 قال الحافظ ابن حجر رحمه الله في التلخيص معقبا على كلام الرافعي : يعني ليس ذلك عندنا من المناهي - وإلا فقد ورد النهي عنها من طرق عقد لها البيهقي في سنته بابا ساق فيه ما ورد من ذلك بعلمه ، وأصح ما ورد في ذم بيع العينة ما رواه أحمد الطبراني من طريق أبي بكر بن عياش عن الأعمش عن عطاء عن ابن عمر قال : أتى علينا زمان وما يرى أحدنا أنه أحق بالدينار والدرهم من أخيه المسلم ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا ضن الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة أذنب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم ذلا ؛ فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم. صححه ابن القطان بعد أن أخرجه من الزهد لأحمد كأنه لم يقف على المسند وله طريق أخرى عند أبي داود وأحمد أيضا من طريق عطاء الخراساني عن نافع عن ابن عمر.

قلت : وعندي أن إسناد الحديث الذي صححه ابن القطان معلول ؛ لأنه لا يلزم من كون رجاله ثقات أن يكون صحيحا لأن الأعمش مدلس ولم ينكر سماعه من عطاء وعطاء يحتمل أن يكون هو عطاء الخراساني فيكون فيه تدليس التسوية بإسقاط نافع بين عطاء وابن عمر فرجع الحديث إلى الإسناد الأول وهو المشهور.

قوله : وليس من المناهي بيع رباع مكة لنا اتفاق الصحابة ومن بعدهم عليه ، روى البيهقي عن عمر أنه اشترى دارا للسجن بمكة وأن ابن الزبير اشترى حجرة سودة وأن حكيم بن حزام باع دار الندوة وأورد البيهقي في الخلافات الأحاديث الواردة في النهي عن بيع دورها وبين عللها ، ولعل مراده بنقل الاتفاق أن عمر اشترى الدور من أصحابها في وسع المسجد ، وكذلك عثمان وكان الصحابة في زمانهما متوافرين ، ولم ينقل انكار ذلك انظر التلخيص.

3 انظر البخاري 4 / 490 في كتاب الوكالة/ باب إذا باع الوكيل شيئا فاسدا فبيعه مردود "2312" ، ومسلم 3 / 1215 في كتاب المساقاة/ باب بيع الطعام مثلا بمثل حديث "1594 / 96".

صفحة 116 | 466

الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمأل

تنبيه : علمت إنما يستحب الخروج من الخلاف عند قوته وعدم التأدية إلى محذور.

واعلم أنا نتطلب لقوته إذا أدى الخروج منه إلى محذور ما لا نتطلبها إذا لم يؤد ؛ فربما راعينا الخلاف إذا كان الخروج منه لا يؤدي إلى محذور لمأخذ لا يلتفت

إلى مثله إذا أدى إلى محذور.

وكذلك ربما قوي الخلاف جدا وإن لم تنهض حجة. وضعف من أجله مأخذ المحذور فراعيناه وإن أدى إلى ذلك المحذور الضعيف ولنمثل له : بمن يديم السفر ؛ فإن الإتمام أفضل له من القصر مراعاة لقول بعض العلماء أنه لا يجوز القصر في هذه الحالة وإن تضمن هذا القول ترك سنة القصر. إلا أنه لم يؤد إلى تركها مطلقا ؛ بل في هذه الصورة النادرة التي لعل سنة القصر لم القوة وعدم التأدية إلى محذور ، فيقال : إنما تشترطان على الوجه الذي بيناه الآن.

فصل :

ومن القواعد المتشعبات والأصول الملتقيات من هذه القاعدة قول أئمتنا : ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال ، وهو كما قال البيهقي 1 : حديث رواه جابر الجعفي -رجل ضعيف- 2- عن الشعبي ، عن ابن مسعود ، وهو منقطع 3 ؛ غير أن القاعدة في نفسها صحيحة.

1 كتاب النكاح/ باب الزنا لا يحرم الحلال 1/ 169.

2 قال السيوطي : وأخرجه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه وهو موقوف على ابن مسعود لا مرفوع.

جابر بن يزيد بن الحارث بن عبد يغوث الجعفي أبو عبد الله ، ويقال أبو يزيد الكوفي ، روى عن أبي الطفيل وأبي الضحى وعكرمة وعطاء وطاوس وخيثمة والمغيرة بن شبيب وجماعة وعنه شعبة والثوري وإسرائيل والحسن بن حي ومسعر ومعمر وأبو عوانة وغيرهم.

قال أبو نعيم عن الثوري : إذا قال جابر حدثنا وأجزنا فذاك ، وقال ابن مهدي عن سفيان ما رأيت أورع في الحديث منه ، وقال شعبة جابر إذا قال حدثنا وسمعت فهو من أوثق الناس ، وقال شعبة : جابر صدوق ، وقال النسائي : متروك الحديث وقال في موضع آخر : ليس بثقة ولا يكتب حديثه وقال الحاكم أبو أحمد : ذاهب الحديث ، وقال ابن عدي : له حديث صالح وإن شئت مزيد تفصيل فانظر تهذيب التهذيب 2/ 47-51.

3 هو في اللغة مأخوذ من القطع وهو فصل الشيء مدركا بالبصر كالأجسام أو مدركا بالبصيرة كالأشياء المعقولة وهو مطاوع القطع نقول قطعتة فانقطع. وفي الاصطلاح فيه آراء منها ما سقط من رواته راو واحد قبل الصحابي في الموضوع الواحد وهذا هو المشهور ومنها ما لم يتصل إسناده وهو الأقرب إلى المعنى اللغوي.

ومنها قال التبريزي ما سقط مما ليس في أول الإسناد من رواته راو واحد قبل الصحابي في الموضوع الواحد.

## الأشباه والنظائر

القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو بالمآل  
قال الشيخ أبو محمد في "السلسلة" لم يخرج عنها [إلا] 1 ما ندر ، والعبرة بالغالب  
قلت : وقد عورض الحديث المذكور بما رواه ابن ماجة 2 والدارقطني 3 من  
حديث ابن عمر "لا يحرم الحرام الحلال".  
وليس بمعارض ، لأن المحكوم به في الأولى. أعطي الحلال حكم الحرام تغليبا  
واحتياطاً لا صيرورته في نفسه حراماً.  
ومن ثم مسائل.

منها : لو أشبهت منكوحة بأجنبيات محصورات لم يحل.  
منها : من باب الربا قاعدة مد عجوة ودرهم ؛ فإن الجهل بالمماثلة كحقيقة  
المفاضلة.  
ومنها : من أحد أبويه كتابي والآخر مجوسي أو وثني حل المنكاحه [خلاف  
والأصح التحريم] 4.  
ومنها : إذا أكل الكلب المعلم من الصيد في موضعه ؛ فالصحيح تحريمه لحديث  
عدي بن حاتم.  
ومنها : رجح الجمهور التحريم فيما إذا أصاب صيدا وغاب ثم وجد مبتا وليس  
فيه أثر غير سهمه ورجح النووي الحل.

1 في أ إذا والمثبت من ب.

2 649 / 1 في كتاب النكاح/ باب لا يحرم الحرام والحلال حديث "2015".  
قال البوصيري في زوائده 2 / 24 هذا إسناد ضعيف لضعف عبد الله بن عمر  
العمرى.

3 268 / 3 في كتاب النكاح/ باب المهر حديث "89".

4 سقط في ب.

صفحة 118 | 466

## الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل  
القول فيما شذ عن هذه الأصل :  
منها : إذا رمى سهماً إلى طائر [فجرحه] 1 ثم [وجده] 2 ميتا ؛ فإنه يحل.  
ومنها : إذا كان الثوب منسوجاً من حرير وكتان على التسوية فالأصح حله.  
ومنها : إذا اختلط ملكه بملك [غيره] 3 وعسر التمييز كما إذا اختلط حمامة واحدة  
بحماماته.  
قاعدة : اشتهر عن المالكية "سد الذرائع".

وزعم القرافي<sup>4</sup> أن كل أحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية إلا من حيث زيادتهم فيها.

قال : فإن من الذرائع ما يعتبر إجماعا كحفر الآبار في طرق المسلمين وإلقاء السم في طعامهم ، وسب الأصنام عند من يعلم حاله أنه يسب الله عند سبها . وملغى إجماعا ، كزراعة العنب ؛ فإنها لا تمنع خشية الخمر وما يختلف فيه كبيوع الآجال قلت : وقد أطلق هذه القاعدة على أعم منها ، ثم زعم أن كل أحد يقول ببعضها ، وسنوضح لك أن الشافعي لا يقول بشيء منها ، وأن ما ذكر أن الأمة أجمعت عليه ليس من مسمى سد الذرائع في شيء .  
نعم حاول ابن الرفعة تخريج قول الشافعي رضي الله عنه بسد الذرائع -من نصه- رضي الله عنه- في باب "إحياء الموات" من الأم إذ قال -رضي الله عنه- بعد ما ذكر النهي عن بيع الماء ليمنع به الكلاء<sup>5</sup> ، وأنه يحتمل أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم

1 في "ب" فجرحه فوق.

2 في "ب" وجد.

3 في "ب" الغير.

4 وهو شهاب الدين : أبو العباس أحمد بن العلاء : إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن بليين الصنهاجي الأصل البهني المصري الإمام العلامة انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك رحمه الله كان إماما بارعا في الفقه والأصول والعلوم العقلية وله معرفة بالتفسير أخذ عن عز الدين بن عبد السلام الشافعي وعن قاضي القضاء أبي بكر بن عبد الواحد المقدسي توفي رحمه الله بدير الطين في جمادى الآخرة عام أربع مائة وثمانين وستمائة ودفن بالقرافة.

الديباج المذهب 1 / 226.

5 انظر البخاري 5 / 31 في كتاب المساقاة/ باب من قال إن صاحب الماء أحق بالماء "2353" ومسلم 3 / 1198 في المساقاة/ باب تحريم فضل بيع الماء "38/1566".

صفحة 119 | 466

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

يحل ، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حرم الله ما نصه : وإذا كان هذا هكذا ففي هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحلال والحرام تشبه معاني الحلال والحرام . انتهى.

ونازعه الشيخ الإمام الوالد -رحمه الله- وقال : إنما أراد الشافعي -رحمه الله- تحريم المسائل ؛ لا سد الذرائع ، والوسائل تستلزم المتوسل إليه ومن هذا النوع

منع الماء ؛ فإنه مستلزم عادة لمنع الكلاً الذي هو حرام ، ونحن لا ننازع فيما يستلزم من الوسائل ، ولذلك نقول من حبس شخصاً ومنعه الطعام والشراب فهو قاتل له. وما هذا من سد الذرائع في شيء. قال الشيخ الإمام : وكلام الشافعي في نفس الذرائع لا في سدها ، والنزاع بيننا وبين المالكية إنما هو في سدها ، ثم لخص القول.

وقال : الذريعة ثلاثة أقسام.

أحدها : ما يقطع بتوصله إلى الحرام ؛ فهو حرام عندنا وعند المالكية. والثاني : ما يقطع بأنها لا توصل ولكن اختلطت بما يوصل فكان من الاحتياط سد الباب وإلحاق الصورة النادرة التي قطع بأنها توصل إلى الحرام فالغالب منها الموصل إليه. قال الشيخ الإمام : وهذا غلو في القول بسد الذرائع. الثالث : ما يحتمل ويحتمل ، وفيه مراتب تتفاوت بالقوة والضعف ويختلف الترجيح عند المالكية بسبب تفاوتها ، وقال : ونحن نخالفهم في جميعها إلا في القسم الأول ، لانضباطه وقيام الدليل عليه.

قلت : أما موافقتهم في القسم الأول فواضحة ؛ بل نحن نقول في الواجبات بنظيره ؛ ألا ترانا نقول : ما لم يتم الواجب إلا به ؛ فهو واجب "فبطريق الأولى أن نحرم ما يوقع في الحرام".

وأما مخالفتهم في القسم الثاني : فكذلك ، وما أظن غير المالكية يذهب إليه ولا أظنهم يتوقفون عليه.

وأما القسم الثالث : فلعله الذي حاول ابن الرفعة تخريج قول فيه بما ذكره عن النص.

وقد عرف ما فيه ، واستشهد له أيضا بالوصي يبيع شقصا على اليتيم فلا يؤخذ بالشفعة على الأصح عند الرافعي وبالمريض يبيع شقصاً بدون ثمن المثل أن الوارث لا يأخذ بالشفعة -على وجه سد الذريعة- للمتبرع عليه. وحاول ابن الرفعة بذلك تخريج

صفحة 120 | 466

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

وجه في مسألة العينة ، ولا يتأتى له هذا فتلك عقود قائمة بشروطها ليس فيها خلل بوجه ؛ فما ينهض عندنا منعها بوجه وإن منعها أو حنيفة ومالك وأحمد -رحمهم الله تعالى.

ولنذكر صوراً. ربما يصور مصور فيها. أنا نقول ببعض القسم الثالث غير ما ذكره ابن الرفعة.

منها : إقرار المريض للوارث على قول الإبطال ، وليس ذلك من سد الذرائع ولا لأجل التهمة -كما يقول مالك- بل لأن المريض محجور ، ثم هو قول ضعيف.

وقد عقد الشافعي بابا لذلك -ترجمه- بالحكم الظاهر- وذكر فيه أنا لا نشق على قلوب الناس في الإسلام الذي هو الأصل فغيره أولى وذكر شأن المنافقين ، وإقرارهم على النفاق. وغير ذلك مما يدل على أن التهمة لا اعتبار لها. وقد ألزم أصحابنا [مالك]1 رحمه الله حيث منع إقرار المريض للتهمة فقالوا : حالة الرض تذكر المؤمن بقاء الله وتحمله على قول الحق إقدامه فيها على الباطل -كما قال مالك : إن المريض إذا قال : فلان قاتلي. كان لونا لمثل ذلك وإن كنا لا نرضى ذلك القول.

ومنها : إذا ادعت المجبرة محرميته أو رضاعا بعد العقد قال ابن الحداد : يقبل قولها ؛ لأنه من الأمور الخفية وربما انفردت بعلمه وقال ابن سريج لا يقبل. وهو الصحيح ؛ لأن النكاح معلوم والأصل عدم المحرمية ، وفتح هذا الباب للنساء هو طريق في الفساد : وهذا ليس من القول بسد الذرائع ، بل هو اعتماد على الأصل ؛ بحيث لا يزال إلا باليقين.

ومنها : سأل الفقيه -نصر الله المصيصي2- الإمام أبا حامد الغزالي- وكان كثيرا ما يكتب إليه بالأسئلة فيجيبه -في الرجل يطلق ثلاث بعد صحبة سنين وبعد أولاد فيقول

1 سقط من أ والمثبت من ب.

2 نصر الله بن عبد القوي أبو القع المصيصي الأشعري نسبا ولد سنة ثمان وأربعين وأربعمائة. قال ابن السمعاني كان إماما فقيها أصوليا متكلمنا ديننا خيرا متيقنا حسن الإصغاء بقية مشايخ الشام وتوفي في ربيع الأول سنة اثنتين وأربعين وخمسائة ودفن بمقابر باب الصغير.

ابن السبكي 4 / 319 ، البداية والنهاية 12 / 223 ، مرآة الجنان 3 / 275 ، ابن قاضي شعبة 1 / 326.

صفحة 121 | 466

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

له المفتي من كان وليها ؟ هل كان يشرب الخمر ويدخل الحمام بلا منزر وغيره مما يسقط العدالة ؟ فإذا ذكر له ذلك ، أفتى بعد وقوع الطلاق ، لفساد النكاح عنده في الأصل ثم عقد أو غيره عقدا من غير أن يثبت مقارنة ذلك الفسق للأصل وأطال في الاستفتاء. ويفسخ هذا الفعل. فأجاب الغزالي بجواب طويل رجح فيه أن الفسق لا يسلب الولاية وأن من شهد ببطلان هذا النكاح ؛ فقد شهد أولا على نفسه في غالب الأمر بأنه ولد الحرام فإن غالب الناس فساق -وأطال في ذلك- ثم قال : الصحيح أن أنكحة أهل العصر صحيحة وأولادهم أولاد حلال : وطلاقهم واقع لا يحل بعد استيفاء الثلاث [إلا بنكاح]1 جديد.



ومنها : سئل في عصر النووي عن رجل تزوج -وكان تاركا للصلاة فاسقا ومن غير أن يزوجه حاكم ولا وصي ثم طلق ثلاثا فأفتى النووي بفساد نكاحه ، وأن لا يقع عليه طلاق ؛ فأنكر ذلك الشيخ تاج الدين. والصواب مع الشيخ تاج الدين إن كان مهملًا ، ومع النووي إن كان تحت جدر وصي ، ولعله إنما أراد هذه الحالة. ومنها : سئل الشيخ تاج الدين عن رجل أراد السفر بزوجته فادعى عليها إنسان بدين فصدقته فطلب حبسها وتعويضها عن السفر. فأجاب بأنه لا يسقط حق الزوج عن السفر وذكر أن القاضي عز الدين بن الصائغ<sup>2</sup>. حكم بخلافه وخطأه.

قلت : وفي فتاوي ابن الصلاح ما يوافق حكم ابن الصائغ ، ومحل هذا فيما إذا سبقت إرادته السفر.

### 1 في ب يعقد.

2 محمد بن عبد القادر بن عبد الخالق بن خليل بن مقلد بن جابر الأنصاري قاضي القضاة عز الدين أبو المفاخر الدمشقي المعروف بابن الصائغ ، ولد في شعبان سنة ثمان وعشرين وستمئة وأخذ عن الكمال إسحاق وشمس الدين عبد الرحمن المقدسي ولازم الشيخ كمال الدين التقليسي ، ولي وكالة بيت المال ثم ولي القضاء في سنة تسع وستين.

وقال الذهبي : كان عارفا بالمذهب ، بارعا في الأصول والمناظرة ، توفي في شهر ربيع الآخر سنة ثلاث وثمانين وستمئة ودفن بتربته بسفح قاسيون.

ابن السبكي 31 / 5 ، ابن قاضي شهبة 196 / 2 ، مرآة الجنان 199 / 4 ، شذرات الذهب 383 / 5 ، تاريخ ابن الوردي 232 / 2.

صفحة 122 | 466

### الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

فإن الدعوى بعد ذلك بدين قرينته أن القصد منعها من السفر ، والمسألة مسطورة "في أدب القضاء" لشريح الروياني<sup>1</sup> ، وجزم فيها بما حكم فيه ابن الصائغ من أن للمقر له حبسها ، وأنه لا يقبل قول الزوج إن قصد منع المسافرة.

قال : فإن أقام الزوج بينة أن إقرارها كان قصدا إلى منع المسافرة. فهل يقبل ؟ وجهان. انتهى.

فصل :

وأما قتل الجماعة بالواحد وتحريم الخلوة بالأجنبية ووجوب القصاص على السكران ، وتحريم عبور الحائض المسجد ، وإن أمنت التلويث -على الخلاف [فيه]<sup>2</sup> وتحريم وتحليل الخمر.

قاعدة : مستنبطة استخرجها الإمام الوالد رحمه الله وذكرها في تفسيره في سورة

المجادلة وفي غير ذلك من كتبه.  
كل إنشاء سد تصرف الشرع فهو باطل.  
بخلاف الذي منه مخلص. وعند مندوحة ، ومن ثم مسائل.  
منها : الظهار محرم ؛ بخلاف قوله لزوجته : أنت علي حرام فإنه مكروه لا ينتهي إلى التحريم وإن اشتركا في تحريم ما أحل الله ، والفرق أنه لا مخلص عن الظهار لو صح بأن التحريم الذي هو كتحريم الأم مع الزوجية لا يجتمعان.  
ومنها : التعليق الدوري باطل ؛ لإفضائه إلى سد باب الطلاق الذي شرعه الشارع.  
قاعدة : "من ارتكب محرما يمكن تداركه بعد ارتكابه وجب عليه تداركه". وهذا أصل مطرغ انتهى فيه حملة الشريعة إلى إيجاب أن يتقياً الخمر من شربها ، ولم أجد شيئاً يخرج عنه إلا فيما كان تحريمه بالعرض لا بالأصالة فقد لا يجب تداركه في صور

1 شريح بن عبد الكريم بن أحمد القاضي أبو نصر ابن القاضي أبي معمر ابن الشيخ أبي العباس الروياني ابن عم صاحب البحر كان إماما في الفقه وولي القضاء بأمل طبرستان و صنف كتابا في القضاء سماه روضة الحكام وزينة الأحكام.

ابن السبكي 4 / 225 ، هداية العارفين 1 / 416 ، ابن قاضي شهبة 1 / 284.  
2 سقط في ب.

صفحة 123 | 466

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

منها : [الخمر] 1 لا يجوز عصبها من ذمي وإذا غصبها منه فالذي صححه الرافعي والنووي أنه يجب ردها عليه ، قال الرافعي في باب الجزية : وعليه [الرد] 2 ، وذهب المحققون إلى أنه لا يجب الرد ؛ بل الواجب التخلية بين الذمي وبينها ، قال الشيخ الإمام : وهذا الوجه قوي.  
قلت : وهو [الأرجح] 3 وسيأتي إن شاء الله في قسم أصول الفقه في مسألة تكليف الكافر بالفروع ، نص الشافعي يدل عليه ، وحكى صاحب التهذيب وجها نقله عن الرافعي في باب الجزية أنه لا يجب استرجاعه ، لأنه يحرم اقتناؤه بالشرع. ومنها : إذا تحجر مواتا فليس لغيره الإحياء فيه ؛ فإن أحيي الغير مكله على الرجح ، لأن الأول لم يملكه بالتحجير.  
ومنها : لو اشترى الذمي دارا عالية لم يجرز هدمها عليه ؛ فإن هدمت أعيدت.  
قاعدة : ما تعتبر فيه الموالاة فالتخلل القاطع لها مضر.  
غير أنه إنما يعرف بالعرف ، وربما كان مقدار من التخلل مغتفرا في باب "لا

يشاع الأمر في دون باب يضيق فيه أكثر " ؛ ألا ترى أن الزوج -في الخلف- إذا بدأ بصيغة معاوضة كخالعتك بكذا اشترط قبولها بلفظ غير منفصل ، ولا يشترط فيه -من الاتصال- القدر المشروط بين الإيجاب والقبول في البيع.

بل مجلس الخلع أوسع قليلا على ما أشار إليه بعض الأصحاب ، وإن كان كلام الأكثرين يشير إلى أنه لا فرق.

والفرق عندي أظهر ، وربما يغتفر في لفظ لا يغتفر مثله في لفظ آخر ؛ ألا ترى إلى قول الإمام أن الاتصال المعتبر في الاستثناء أبلغ من بين الأيجاب والقبول لصدورهما من شخصين ، وقد يحتمل من شخصين ما لا يحتمل من شخص واحد.

إذا عرفت هذا فالضابط عندي -في التحلل المضر- أن يعد الثاني منقطعا عن الأول ، وقد يختلف هذا باختلاف الأبواب ، فرب باب يطلب فيه من الاتصال ما لا يطلب في غيره ؛ لأنه يعد فيه منقطعا كما قلناه في البيع والخلع.

وقد يختلف باختلاف المتخلل نفسه فقد يكون كلام الأجنبي -وإن كان يسير-

---

1 سقط في ب.

2 في ب مؤنة الرد.

3 وفي ب الراجح.

صفحة 124 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

بمنزلة الكلام الطويل غير الأجنبي ، ومن غير الأجنبي وبمنزلة السكوت الطويل فيما تعتبر في الموالاتة من الأفعال.

وقد يغتفر من خلل السكوت قد لا يغتفر مثله إذا اشتغل فيه بكلام أجنبي وقد يغتفر من التخلل بعذر -كالتنفس والسعال- ما لا يغتفر عند غير العذر. فصارت مراتب.

أقطعها للاتصال كلام أجنبي من أجنبي وكذا من غير أجنبي وأبعدها عن قطع الاتصال سكوت يسير لعذر وكذا بغير عذر ، ومن ذلك مراتب لا تخفي عن

المنال وليعد ما تعتبر الموالاتة فيه ، وهو ضربان : قول وفعل.

الضرب الأول : القول منها -وهو أشدها اتصالا- الاستثناء ولا يضر فيه سكتة

التنفس والعي ، وقد قدمنا عن الإمام أن المعتبر فيه من الأتصال فوق المعتبر بين الإيجاب والقبول ؛ [ولذلك كان الراجح منه انقطاعه بالكلام اليسير بخالف

الإيجاب والقبول] 1.

لكن نقل النووي عن صاحب العدة والبيان أنهما حكيا عن مذهبنا أنه إذا قال :

علي ألف -استغفر الله- إلا مائة صح ، وأنهما احتجا بأنه فصل يسير -قالا-

وصار كقوله علي ألف يا فلان إلا مائة.

قال النووي : وهذا الذي نقله فيه نظر.  
قلت : وجمع الشيخ الإمام في "شرح المنهاج" بين المستشهد به وعليه.  
فقال : واغتفر صاحب البيان والعدة الفصل بالكلام اليسير كقوله ، استغفر الله  
وقوله : يا فلان ، ونقله عن "المهذب".  
ويظهر أن الكلام اليسير إن كان أجنبيا فهو الضار ؛ وإلا فهو الذي يغتفر وذلك  
مثل : استغفر الله ، ويا فلان ؛ فليحمل كلامهما على الفصل اليسير بنحو استغفر  
الله ويا فلان ، لا على مطلق الفصل اليسير.  
قد حكى الرافعي فيه الخلاف في الطلاق ، ورجع عدم الاغتفار -ولست أعتقد ما  
قاله النووي من عدم الاغتفار فيه إذا كان غير أجنبي ، بل الأقرب ما قاله صاحب  
البيان والعدة.

1 سقط من أ والمثبت من ب.

صفحة 125 | 466

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

ومنها : الإيجاب والقبول في البيع وفي النكاح ، وفي الخلف ، وفي الموالاتة بين  
كلمات اللعان ، وبين كلمات القسامة -على خلاف فيهما- وقبول الوقف إذا  
اشترطه ، قال الإمام : وليكن متصلا بالإيجاب كالبيع والهبة.  
ومنها : كلمات الأذان ، والفتحة.

ومنها : إذا أبهم الطلاق فلما أمر بالتعيين قال : هذه وهذه حكم بطلاقهما ؛ فلو  
فصل بين اللفظين بوقفة اغتفرت الوقفة اليسيرة ، فأما إذا طالت وقطعت نظم  
الكلام قال الرافعي : فالكلام الثاني لغو لا يستقل بالإفادة.

ومنها : إذا قال أعتق عبدك عني قال الرافعي : العتق في صورة الاستدعاء إنما  
يقع على المستدعي ؛ وإنما يجب عليه العوض إذا اتصل الجواب بالخطاب ، فإن  
طال الفصل فالعتق عن المالك.

ومنها : قال الرافعي وغيره في الولي إذا وهب للصبي من يعتق عليه وهو موسر  
ولا تلزمه نفقته يقبله الولي ؛ فإن لم يفعل فالحاكم ، فإن لم يفعل الصبي بعد  
بلوغه.

قلت : وهذا فصل طويل لعله اغتفر لعدم تولي من ألزم به إياه ، ثم فيه نظر ؛ لأن  
الإيجاب لم يصدر والصبي أهل للقبول ولو فرضنا بلوغ الصبي بين كلمتي  
الإيجاب والقبول. مع تقاربهما. لم يكن إيجابه معتبرا فكيف يعتبر مع طول الفصل  
، ولا يمكن أن يحمل ما ذكره هنا على قبول إيجاب يحدد بعد البلوغ ؛ إذ ذلك  
معروف لا معنى لذكره.

ومنها : تفويض الطلاق إلى الزوجة ، الأصح أنه تمليك ، فتطبيقها نفسها يتضمن

القبول ، ولا يجوز لها تأخيرها ، قال الرافعي : فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت لم يقع.

الضرب الثاني :

في الأفعال : وفيها مسائل :

منها : موالة الموضوع شرط على القديم. أو كثيرا أضر ، وقيل : يرجع -في

الكثرة والقلّة- إلى العادة ، وقيل...1

ومنها : المستحاضة ينبغي أن تبادر إلى الصلاة عقب الطهارة.

---

1 بياض في الأصل وب.

صفحة 126 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول فيما شذ عن هذا الأصل

ومنها : الاعتدال ركن قصير فلو أطاله.

ومنها : الموالة بين صلاتي الجمع.

ومنها : الموالة في أشواط الطواف.

قاعدة : الدفع أسهل من الرفع.1

ومن فروعها : السمائل التي يغتفر فيها في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ؛ فإننا

ندفعه ابتداء ، ولا نرفعه دواما ، لصعوبة الرفع ، وسيأتي إن شاء الله في ربع

البيوع -تلك المسائل.

ومن مسائل الدفع والرفع -غير مسائل المغتفر في الدوام- أنا لا نعقد الإمامة إلا

بالشروط المعتبرة ، ولو فسق الإمام لم نعزله ، لصعوبة الرفع.

ويعجبني من "الأرجوزة الصلاحية" للشيخ الحموي -قوله. في أن الإمام لا يعزل

بالفسق ، ثم اللبيب لا يهد مصرا مستوطنا لبيني قصرا.

---

1 انظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص138 ، المنثور للزركشي 2 / 155.

صفحة 127 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

القول في المشرف على الزوال :

القول في المشرف على الزوال هل يعطي حكم الزائل ؟

ولا يخفى أنه حيث لا يعطي فهو القاعدة فلا تسأل عن سببه وذلك كبيع العبد

المريض والجاني ؛ فإنه صحيح مع الإشراف على الزوال.

وحيث يعطي أو يتردد النظر فهو موضع الكلام وفيه مسائل.

منها : تحريم وطء المشتري الجارية المبيعة بعد التحالف وقبل الفسخ وفيه وجهان مرتبان على الوجهين في تحريم الوطء بعد الترافع إلى مجلس الحكم وقبل التحالف والمصحح من هذين الحل والتحريم بعد التحالف أولى.  
ومنها : لو ضاعت العين المرهوبة من الابن والتقطها ملتقط وقصد التملك بعد التعريف فحضر المالك قبل أن يتملك وسلمت إليه ؛ فهل يمكن أبوه من الرجوع فيها ؟ خرجه ابن الرفعة على الخلاف في المشرف على الزوال.  
ومنها : إذا دفع الابن ما اتعبه لمن غصب منه شيئاً لأجل الحيلولة وقلنا إن المغصوب منه لا يملكه ؛ فإذا قدم الشيء قبل التصرف فإنه يسترد المال وهل يرجع فيه أبوه ؟

صفحة 127 | 466

### الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

خرجه ابن الرفعة أيضاً على الخلاف.

ومنها : إذا أقرضه شيئاً وقلنا : لا يملكه المقترض إلا بالتصرف ثم رده قبل التصرف.

خرجه الشيخ الإمام الوالد -رحمه الله- على الخلاف قال : وهو أولى من المسألة قبله ؛ لأن له سطلنة الاسترجاع قبل التصرف ، بخلاف الدافع القيمة لأجل الحيلولة.

ومنها لو باع الابن العين المرهوبة وقلنا لا يزول الملك إلا بانقضاء الخيار فهل للأب الرجوع ؟ خرجه الإمام أيضاً على الخلاف.

ومنها : لو حدث في المغصوب نقص -يسري إلى التلف- بأن جعل الحنطة

هريسة ؛ فقد صحح النووي جعله ، كالتالف ، لأشرافه على التلف وهو قول

العراقيين ، وخالفه الشيخ الإمام ، وفي المسألة وجوه شهيرة.

القول في الزائل العائد هو هو كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ؟

قد تكلم الإمام -في باب التفليس في "النهاية" على ذلك ، وعدد منها مسائل ، وقد

يستأنس -بهذه المسائل- بمسألة السعادة والشقاوة ؛ هل يتبدلان ؟ وسنذكرها إن

شاء الله تعالى في أصول الديانات.

والخلاف في أن العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد ينتزع الأصل من قولين

منصوصين. فيما إذا قال لعبدته : إذا جاء رأس الشهر ؛ فأنت حر ثم باعه ثم

اشتراه ثم جاء رأس الشهر. ففي العتق قولان ، وهما يشبهان الخلاف أيضاً فيما

إذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها ثم جدد نكاحها ثم وجدت الصفة.

ومن مسأله : لو أفلس بالثمن ، وقد زال ملكه عن المبيع وعاد هل للبائع الفسخ ؟

ومنها : من موانع الرد بالعيب زوال الملك فلو زال ثم عاد فوجهان ، قال في

الوسيط : منشأهما الخلاف في الزائل العائد.



ومنها : اشترى نصابا زكويًا ثم اطلع على عيب بعد الحول وأدى الزكاة من مال آخر.

قال "في الوسيط" : له الرد إلا على قول الشركة إذا قلنا : الزائل العائد كالذي لم يعد.

صفحة 128 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

ومنها : إذا قلنا : تجب الفطرة بغروب الشمس وطلوع الفجر فزال الملك ، ثم عاد ليلاً فوجهان قاله في النهاية.

ومنها : للمقرض الرجوع ما دام القرض باقياً في يد المستقرض ؛ فإن زال ثم عاد فهل يرجع في عينه أو بدله ؟ وجهان في "الحاوي".

ومنها : قلع مثغور سن مثغور وجب القصاص ؛ فلو نبت سن المجني عليه ففي سقوط القصاص وجهان أحدهما السقوط لأن ما عاد قام مقام الأول فكأنه لم يسقط ، الثاني : وهذه نعمة جديدة.

ولو نبت اللسان فليل على الخلاف ، والأصح القطع بعدم السقوط.

قاعدة : تكرر ذكرها على السنة الفقهاء : "القادر على اليقين لا يعمل بالظن" ، ثم نقضوها بمن معه ماء قليل وهو على شاطئ البحر ؛ فإنه يجوز له التوضؤ به مع قدرته على الوضوء بما بالبحر.

وهذا غفلة عن أصل آخر ، وهو أن الاحتمال في الماء القليل إذا لم يستند إلى

سبب لا وقع له في نظر الشارع ، والتحرز عنه وسوسة وخزي لا ورع وزهد.

ثم ضربوا القاعدة مثلاً ؛ فقالوا : المجتهد إذا وجد النص والمكي إذا شاهد الكعبة

لا يعملان بالظن. وهذا أيضاً غفلة عن قولنا : القادر على اليقين ؛ فإن من ذكره

متيقن لا قادر على اليقين ، فليس مما نحن فيه. إذا القادر على اليقين لا يقين عنده

غير أنه بسبيل من أن ينتهي إليه.

وإذا علمت خطأهم -نقداً وتمثيلاً- فأقول : الصور ثلاث : واصل إلى اليقين وقادر

على اليقين ، ويجوز توصيله إلى اليقين.

الصورة الأولى : الواصل إلى اليقين ، ولا يقول عاقل : أنه يعمل بالظن ؛ لأن

الظن في معارضة القطع مضمحل ومستحيل أيضاً عند ذي اليقين إذ لا يتيقن

عاقل شيئاً يظن خلافه ، والظن مع معارضة اليقين لا يعقل ؛ فإذا لا ظن مع

اليقين ، فلا يقال : الواصل إلى اليقين لا يعمل بالظن.

الصورة الثانية : القادر على اليقين ، وهو نص القاعدة ، وقد نراه -في بعض

الصور- يعمل بالظن جزماً ، وفي بعضها لا يعمل به جزماً ، وفي بعضها يختلف

فيه.

صفحة 129 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

والضابط عندي -في ذلك- أن الظن إن عارضه احتمال مجرد لا وقع له في نظر الشارع لم يلتفت إلى ذلك الاحتمال وكان بمنزلة القطع ؛ فلا يجب العدول عنه إلى السالم عن ذلك الاحتمال جزماً. وهذا كالماء القليل على شاطئ البحر ؛ فاحتمال النجاسة فيه لا وقع له ؛ فيجوز التوضؤ به جزماً ، ولا يتحرز عنه إلا موسوس.

وإن عارضه احتمال قوي جرى خلاف يقوى باعتبار قوته وضعفه ، وربما ترقى إلى أن يدرأ له الظن جزماً ؛ وذلك عند انتهازه قاطعاً أو ظناً راجحاً على الظن المثار من الأول ؛ فإذا الاحتمال المعارض للظن درجات كثيرة. وفيها مسائل :

منها : الشاك في نجاسة أحد الإناءين أو الثوبين ومعه ظاهر بيقين الأصح جواز الاجتهاد له.

وهو الأصح في من معه إناءان تنجس أحدهما وفي كل منهما قلة هل يخلطهما ليصيرا قلتين أو يجتهد ؟.

وفيمن اجتهد في دخول الوقت هل يجوز له الدخول في الصلاة مع المقدرة على تمكين الوقت ؟ ورجحان العمل بالاجتهاد هنا أقوى منه فيما قبله وإن اشتركا في القوة ؛ لاختصاص هذه الصورة بأنه لو لم يعمل في هذه الصورة [بمقتضى] 1 اجتهاده ، لفات عليه مطلوب شرعي ، وهو أول الوقت. وهو الأصح فيمن كان في مطمورة [وهو] 2 قادر على الخروج ورؤية الشمس ؛ إلا أن القول للخروج ورؤية الشمس أرجح من العمل بالاجتهاد في جميع ما تقدم ؛ لأنه لا يفوت الوقت ، إذ زمانه يسير.

ولا يضيع أحد المائين اللذين لعله لا يجب [خلطهما] 3 ولا يتباطأ زمانه بخلاف الاجتهاد في الثوبين والإناءين ؛ فإنه ربما يتباطأ ثم الاحتراز في الصور كلها ورع ، بخلاف الأول.

وليس في الأصح في مستقبل حجر الكعبة دون البيت ؛ بل الأصح فيه أنه لا تصح صلاته ، وسببه -مع صحة الحديث فيه- اضطراب لفظ الرواة ؛ ففي لفظ : "الحجر من البيت" ، وفي لفظ آخر : "سبعة سبعة أذرع منه" ، وفي آخر : "سنة أذرع" وفي آخر : "خمسة".

1 سقط في ب.

2 زيادة يستقيم بها الكلام.

3 وفي "ب" ولا يجب خلطهما بالخلط.

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

والكل في صحيح مسلم ؛ فلم تكن على يقين ولا ظن قائم من مروى هذا الحديث ؛  
فعدلنا إلى اليقين ، وهو الكعبة.

الصورة الثالثة :

من جوز توصله إلى اليقين كمن أشبه عليه إناءان وجوز أن يكون في داره ماء  
ظاهر بيقين ؛ فلا يجب عليه الكشف عن ذلك ، وهذه نظير مسألة الأصوليين في  
الاجتهاد في زمان النبي صلى الله عليه وسلم للغائب والحاضر عنه فقط ، وهي  
مسألة ذات خلاف مشهور ذكر الإمام الرازي في "الحصول" أنه لا ثمرة له في  
الفقه ، اعترضه الشيخ صدر الدين بن المرحل بنحو ما أوردت من الصور ؛  
فزعم أن ثمرة الخلاف تظهر فيها وتبعته أنا في "شرح المنهاج".

ثم لاح لي أنه وهم ، فإن القادر على سؤال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتقين أنه  
قادر على اليقين حتى يتيقن أنه أنزل عليه في مسألته وحي ؛ وإلا فما لم ينزل  
الوحي لا حكم ، فلا قطع ولا ظن ؛ فغاية القادر على سؤاله. عليه أفضل الصلاة  
والسلام- وأنه يجوز نزول الوحي فيكون مجوزاً لليقين.

فإن قلت : لم جرى الخلاف الأصولي ؟

قلت : مأخذه باقي الاجتهاد مع وجود سيد الأولين والآخرين صلى الله عليه وسلم  
من التحري وما فيه من سلوك طريق لا يأمن فيه الخطأ مع التمكن من طريق  
يؤمن فيها الخطأ ؛ فوضح ما قاله الإمام فخر الدين 1- من أنه ثمرة للمسألة  
الأصولية- صحيح.

نعم : اختلف في جواز الاجتهاد للنبي صلى الله عليه وسلم -خلافاً يظهر ثمرته-  
كما ذكرنا في "شرح المختصر" فيما ذكرناه من الصور ؛ لأنه صلى الله عليه  
وسلم قادر على اليقين. بسؤال ربه تعالى.

قاعدة : الموجود المقترن بالمانع الحسي أن الشرعي كالعدم وبيانه بصور.

1 محمد بن عمر بن الحسين بن حسن بن علي العلامة سلطان المتكلمين في  
زمانه فخر الدين أبو عبد الله القرشي البكري التيمي الطبرستان الأصل ثم  
الرازي ابن خطيبها المفسر المتكلم إمام وفقه في العلوم العقلية وأحد الأئمة في  
علوم الشريعة صاحب المصنفات المشهورة والفضائل الغزيرة المذكورة ، ولد  
في رمضان سنة أربع وأربعين وخمسمائة ، وقيل سنة ثلاث وتوفي بهراة يوم  
عيد الفطر سنة ست وستمائة. ابن قاضي شهبة 2/ 366 ، وفيات الأعيان 3/  
381 ، لسان الميزان 4/ 426 ، البداية والنهاية 13/ 55 ، النجوم الزاهرة 6/  
197 ، مرآة الجنان 4/ 7.

صفحة 131 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

منها : إذا وجد الماء وحال دونه حائل يعجز عن دفعه ، أو احتيج إليه لحيوان محترم ، أو كان به مرض يمنعه من استعماله.

ومنها : لو عتق المسلم عبدا كافرا أو الكافر مسلما ثبت له الولاء ؛ ولكن لا يتوارثان ، لاختلاف الملتين ، كما ثبتت علاقة النكاح والنسب بين الكافر والمسلم وإن لم يتوارثا ، وعن مالك لا يثبت له الولاء ، لاختلاف الدين وعن أحمد يثبت ويتوارثان.

فعلى مذهبنا وجد المقتضي للولاء مقترنا بالمانع الشرعي من الإرث.

ومنها : وجود من واجبه الإعتاق في الظهر عبدا فاضلا عن حاجته ؛ لكن يحتاج إلى خدمته لمرض أو زمانه كالعدم ، وكذا كل واجب مالي متعلق بحق الله كالحج على الصحيح ، أما المفلس فالمذهب أن المسكن والخادم يباعان وإن احتيج إليها. ومنها : الأصح جواز نكاح الأمة لمن له مسكن وخادم ولا يلزم بيعهما وصرهما في طول حرة.

والوجهان حكاهما القاضي ابن كج كما ذكر الرافعي في النكاح وفي الظهر وزاد في الظهر ابن كج حكى وجهين أيضا في أنهما هل يباعان عليه إذا اعتق شركاء له في عبد ، وإن أبا الحسين -وهو ابن القطان ، قال : لا يجب العريان بيعهما. قال ابن كج : وعندي يجب قال : وقول أبي الحسين غلط.

ومنها : من وجد حرة ولكن رتقاء أو قرناء أو رضية أو معتدة عن غيره ؛ فله نكاح الأمة على الأصح.

قلت : وينبغي أن يقيد في المعتدة بما إذا طال زمانها ، أما إذا كان انقضاؤها قد قرب ؛ فلا ينبغي أن يجوز بل ينتظر انقضاؤها ، كما لو قدر على حرة غائبة لا تلحقه مشقة بالخروج إليها ؛ فإنه يجب الخروج إليها ، بخلاف ما إذا لحقت المشقة.

ومنها : [في] 1 الغصب إذا وجد المثل بأكثر من ثمن المثل فوجهان :

رجح الشيخ الإمام وجوب تحصيله ورجح صاحب التنبيه والنووي العدول إلى القيمة مباحثة على هذه القاعدة أنشأها الشيخ الإمام -رحمه الله- نافعة في آية القتل ، وآية الظهر وآية الصيام ، وآية الوضوء ، وغيرها.

1 سقط في أ والمثبت من ب.

صفحة 132 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

المانع الحسي : مانع من تعلق التكليف لأنه ما لا يطاق. وأما الحكمي : فليس في التكليف به تكليف ما لا يطاق ؛ فلا بد من دليل عليه. فمن قام به مانع حسي لا نقول : إنه مخصص ؛ بل هو غير داخل في اللفظ للعلم بأنه غير مكلف.

وأما الحكمي -ويتضح بالمثال- فنقول : إذا قال تعالى في المظاهر {فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ} شمل عدم الوجدان الحسي ، ولا شك في أن صاحبه غير مكلف بالإعتاق ؛ فلا يقال : إنه المخصص ؛ لأنه لم يكلف بالكلية وإنما قصد بيان حكمه ؛ وإن حكمه الخصلة المنتقل إليها.

وعدم الوجدان الحكمي كواجد رقبة يحتاجها للخدمة ، وهذا يقصد فيه أمران : بين الخصلة المنتقل إليها ، وإخراجه من العموم ؛ غير أن إخراجه إما بأن يقال : بأنه غير مأمور بالعتق أصلاً. والمقصود بالعموم غيره أو أن العتق غير محتم عليه بل هو مخير بينه وبين الصيام.

وإلى كل من الاحتمالين ذهب بعض الفقهاء ؛ فذهب بعضهم إلى الأول وقال لا يجوز للعاجز الإعتاق ، وذهب أكثرهم إلى الثاني ، وهو الصحيح ، ويكون مقصود الآية التسهيل على من له عذر أن ينتقل من الإعتاق إلى الصيام فإن تكلف وأتى بالأعلى أجزاء.

وعلى هذا هو نقول : الواجب مخير أو معين ؟ وهو الصيام الأقرب. الثاني : ولكن الإعتاق يجزيء عنه ؛ لأن المقصود والكفارة والإعتاق أكمل في مقصودها.

والواجب هو الذي لا يجوز تركه مطلقاً ، والصيام إنما جاز تركه إلى بدل فلم يخرج عن كونه واجباً.

ولا ينكر كون الشيء مرتباً في الذمة مقصوداً ويقوم مقامه شيء أعلى منه -من جنسه أو من غير جنسه- إذا كان في معناه ساداً مسدداً.

وهذا البحث ينتفع به في آية الوضوء وغيرها ، كما لا يخفى على المتأمل وينتفع به في وجوب القضاء على المتيمم في بعض الأحوال ؛ لاندراجته تحت الأمر بالوضوء. ولو

صفحة 133 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

قلنا : إنه لم يندرج أصلاً لأشكال إيجاب القضاء ، ولكانت كفارة الظهار بالنسبة إلى القادر المعتقد واحدة ، على العاجز -إلا عن الصوم- واحدة ، وإلى العاجز عن العتق والصوم واحدة ؛ فتكون خصلة واحدة لا ترتيب فيها.

والمعلوم من الشرع أنها ثلاث خصال مرتبة ، وظاهر ذلك أنها لكل أحد وهذا يشهد ؛ لأن المعتبر في الكفارات حال الأداء ، والأول يشهد لاعتبار حال



الوجوب : انتهى كلام الوالد.

ولقائل أن يقول : قولكم فيمن قام به مانع حسي - أنه غير داخل فلا يقال : إنه مخصص مبني على إنكار التخصيص بالعقل ، والأكثر على جوازه ، ولم ينقل فيه إلا خلاف لفظي عن الشافعي رضي الله عنه فلعل الشيخ الإمام جرى على مقتضاه.

وقولكم في الحكمي - لا بد من دليل عليه - حق غير أن للمعتز أن يقول : بعد اعترافكم بأن الحكم أخرجه كيف تبطلون دليلاً ؟ ومرادكم ما ادعى أن الشرع أخرجه يحتاج مدعيه إلى دليل ، وهذا لا بد منه ، ولا ينكره واحد ودليله قياس أو غيره ؛ غير أن الاستدلال عليه بالقياس يستدعي جواز القياس على الخارج المستثنى وهو الصحيح.

وتردد الشيخ الإمام في العاجز ، هل هو غير مأمور بالعنق أصلاً أو مخير بينه وبين الصيام.

ولعل مادته من الخلاف الذي حكاه أصحابنا في كتاب الصوم أن الشيخ الهرم هل يتوجه عليه الخطاب بالصوم ثم ينتقل للفدية للعجز ؟ أم يخاطب بالفدية ابتداء ؟ وهو على الوجهين في انعقاد نذره إذا نذر في خلال العجز صوماً ؟ وصح النووي أنه لا ينعقد ، وقوله : إن بعضهم ذهب إلى أنه لا يجوز للعاجز الإعتاق غريب. وقريب منه قول الغزالي في "المستصفى" فيمن يجهد الصوم ويحرمه عليه أنه إذا تكلف وفعله لا يصح.

وقوله الأقرب أن الواجب معين ثم يجزي عنه الإعتاق ، وأنه لا ينكر الانتقال إلى غير الجنس إذا كان أعلى يشهد له جواز الانتقال في الفطرة إلى أعلى. خلافاً لوجه حكاه الماوردي ، وهو قوي في غير الجنس ؛ ألا ترى أنه لا يجوز إخراج الذهب عن الفضة في الزكاة وإن أخرج ما هو أكثر قيمة.

صفحة 134 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

قاعدة : الرخص لا تناط بالمعاصي 1

وفيه مسائل :

منها : رجح الشيخ الإمام رحمه الله أن العاصي بسفره لا يتم ، بل عليه أن يعود إذا أمكنه الرجوع والصلاة بالماء قبل خروج الوقت.

ومنها : لا يجوز للعاصي بالسفر الترخص ؛ فلا تقصر الصلاة ولا يفطر ولا يستبيح قطعاً ، ولا يستبيح المقيم على وجه.

ومنها : لو استنجي بمحترم - من مطعوم وغيره - فالأصح لا يجزيه ؛ لأن الاقتصار على الأحجار رخصة ، والرخص لا تناط بالمعاصي.

ومنها : زوال عقله بسبب محرم كشراب مسكر لم تسقط عنه الصلاة ويستثنى



مسائل : منها :

الأصح صحة المسح على الخف المغصوب والمسروق وخف الذهب الفضة.  
والثاني : لا ؛ لأن المسح رخصة والرخص لا تناط بالمعاصي.  
ومنها : يجوز الاستتجاء بقطعة ذهب وفضة وحرير نفيس خشنة على الصحيح  
كما يجوز بالديباج قطعاً.

فائدة : إن شئت جعلتها مفتتح قاعدة ، وقع في كلام الشيخ الإمام رحمه الله في  
باب المسح على الخفين : الرخص لا تناط بالشك<sup>2</sup>.

ذكر ذلك تعليلاً لمذهبه أن ابتداء مدة المسح من حين لبس الخف ، وهو مذهب  
الحسن البصري يذكر الشيخ الإمام أن النووي صرح في "شرح المهذب" أن  
لابس الخف له أن يحدد الموضوع قبل الحدث. قال : فإن صح هذا صح مذهب  
الحسن ؛ لأنه وقت جواز الرخصة ، وإذا احتمل لفظ الشاعر تعيين الحمل عليه  
وترك ما زاد عليه ؛ لأن الرخص لا تناط بالشك.  
قلت : لكن في صحته نظر ، ومقتضى الاستدلال الرافعي وغيره من الأصحاب -  
أن

---

1 المنثور 2 / 167 ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص 138 ومعنى قول الأئمة أن  
الرخص لا تناط بالمعاصي أن فعل الرخصة متى توقف على وجود شيء نظر  
في ذلك الشيء ؛ فإن كان تعاطيه في نفسه حراماً امتنع معه فعل الرخصة وبهذا  
يظهر الفرق بين المعصية بالسفر والمعصية فيه.

2 الأشباه والنظائر للسيوطي ص 141.

صفحة 135 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

ابتداء المدة من حين الحدث بعد اللبس بأن ذلك وقت الترخص - أنه لا يجوز ،  
ووقع في "الكفاية" لابن الرفعة عقيب هذا الاستدلال أنه مكروه.  
ثم فرغ الشيخ الإمام على هذه القاعدة أيضاً أنه إذا غسل واحدة وأدخلها الخف ،  
ثم الأخرى وأدخلها لا يستبيح ، لأنه لم يدخلهما طاهرتين.  
أصل مستنبط.

إذا قوبل مجموع أمرين فصاعداً بشيء من خارج مقابلة أحد ذينك الأمرين  
ببعض ذلك الشيء ؛ فهل يلزم أن يكون الزائد في مقابلة الشيء الآخر أو يجوز  
أن يكون في مقابلته ، وأن يكون المجموع في مقابلة المجموع ، أو يجوز أن  
يكون المجموع عند حصول الزائد في مقابلة الثاني وحده ؟  
فيه نظر تظهر فائدته فيما إذا انفرد الشيء الثاني عن الأول فهل يقابل بالكل أو  
بالزائد أولاً ؛ لأنه إنما ثبت مضموماً : إلى الأول عند وجود الأمرين ؟

ولهذا أمثلة.

منها : ما في صحيح مسلم 1 من قوله صلى الله عليه وسلم : "من صلى العشاء في جماعة ؛ فكأنما قام نصف الليل ومن صلى الصبح في جماعة فكأنما قام الليل كله". فيحتمل أن يكون من صلى الصبح في جماعة كان كأنما قام الليل وإن لم يصل العشاء في جماعة.

وحينئذ فمن صلى الصبح في جماعة والعشاء في جماعة كمن قام ليلة ونصف ليلة ، ويحتمل أنه إنما يكون كمن قام كل الليل إذا كان قد صلى العشاء في جماعة.

وعلى هذا الاحتمالان.

أحدهما أن يكون من صلى الصبح في جماعة ، ولم يصل العشاء في جماعة كمن قام نصف الليل.

الثاني : أن لا يحكم له بذلك ؛ لأن شرط كونه إذا جمع في الصبح يكون كمن قام نصف الليل أو يكون قد جمع في العشاء.

فهذه الاحتمالات أظهرها أن قوله عليه السلام : "من صلى العشاء في جماعة"

---

1 1 / 454 في كتاب المساجد ومواضع الصلاة باب فضل صلاة العشاء والصبح في جماعة "260 / 656".

صفحة 136 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

يريد به والصبح ، وأن صلاتهما في جماعة تعدل قيام ليلة ، وهذا هو الراجح عند المحدثين ، ويدل له ما رواه أبو داود 1 والترمذي 2 من قوله صلى الله عليه وسلم : "من صلى العشاء في جماعة كان كقيام نصف الليل ومن صلى العشاء والفجر في جماعة كان كقيام ليلة" ، قالوا : وطرق الحديث كلها صريحة في أن كل واحدة منهما تقوم مقام نصف ليلة واجتماعهما يقوم مقام ليلة. قلت : لكن بقي انفراد الصبح فأين التصريح بكونه يقوم مقام نصف ليلة ؛ لأنه لا بد لهذا من دليل.

ومن المحدثين من حمل الحديث الأول على ظاهره ، وقال : جماعة العتمة تعدل نصف ليلة وجماعة الصبح تعدل ليلة.

فهذه ليلة ونصف لمن صلاهما جماعة ، ووجهه أن المشقة في جماعة الصبح أكثر منها في العشاء فناسب أن تضاعف.

ومنها : في الصحيحين 3 : أنه صلى الله عليه وسلم قال : "من شهد الجنائز حتى يصلي عليها فله قيراط ، ومن شهدا حتى تدفن فله قيراطان..." الحديث.

وفي لفظ 4 ، ومن صلى على جنازة فله قيراط ، من اتبعه حتى يوضع في القبر

فله قبراطان... الحديث.  
فلو اتبعه حتى وضع في القبر ولكن ولم يصل عليه احتتمل أن لا يحصل له شيء  
من القيراطين ؛ إذ يحتمل أن يكون القيراط الثاني المزيد مرتبا على وجود  
الصلاة قبله ، ويحتمل أن يحصل له القيراط المزيد.  
وأما احتمال أن القيراطين يحصلان بالاتباع حتى يوضع في القبر وإن لم يصل  
عليه ، فهو هنا بعيد.

- 
- 1 152 / 1 في كتاب الصلاة/ باب في فضل صلاة الجماعة حديث "555".  
2 433 / 1 في أبواب الصلاة/ باب ما جاء في فضل العشاء والفجر في الجماعة  
حديث "221".  
3 البخاري 3 / 333 في الجنائز/ باب من انتظر حتى تدفن "1325" ومسلم 2 /  
652 في الجنائز/ باب فضل الصلاة على الجنائز وابتاعها حديث "945-52"  
وأحمد في المسند 2 / 401 ، والنسائي 4 / 67-77 وابن ماجه 1 / 491 حديث  
"1539".  
4 انظر صحيح مسلم 1 / 653 ، حديث "945 / 54".  
صفحة 137 | 466

---

الأشباه والنظائر  
القول في المشرف على الزوال  
وأما احتمال أن من صلى واتبع حتى يدفن ، يحصل له ثلاث قراريط ؛ فمرتب  
على هذا الاحتمال الثالث إن قلنا : من اتبع ولم يصل فله قبراطان ؛ فلا شك أن  
من صلى يزداد قبراطا ثالثا.  
وقد سأل الشيخ أبو الحسن ابن القزويني<sup>1</sup> الفقيه الشافعي الرجل الصالح صاحب  
الكرامات أبا نصر بن الصباغ عن هذا فقال : لا يحصل لمن صلى واتبع إلا  
قيراطان ، قال له ابن القزويني : جيد بالغ ، وطولب ابن الصباغ بالدليل فاستدل  
بقوله تعالى 2 :  
{ قُلْ إِنَّكُمْ لَتَكْفُرُونَ بِالَّذِي خَلَقَ الْأَرْضَ فِي يَوْمَيْنِ وَتَجْعَلُونَ لَهُ أَندَادًا ذَلِكَ رَبُّ  
الْعَالَمِينَ ، وَجَعَلَ فِيهَا رَوَاسِي مِّنْ فَوْقِهَا وَبَارَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ  
أَيَّامٍ... } قال : فاليومان جملة الأربعة بلا شك.  
ومنها : ما في صحيح البخاري<sup>3</sup> من قوله صلى الله عليه وسلم : "يعقد الشيطان  
على قافية رأس أحدكم إذا هو نام ثلاث عقد يضرب على عقدة مكانها عليك ليل  
طويل فارقد ؛ فإن استيقظ وذكر الله تعالى : انحلت عقدة فإن توضع انحلت عقدة  
فإذا صلى انحلت عقده كلها..." الحديث.  
فلو استيقظ ولم يذكر الله غير أنه توضعاً وصلّى فهل تنحل عقدتان ، أو شرط  
انحلالها تقدم ذكر الله ؟

أو يقال : تنحل الثلاث ، لإطلاق قوله : "فإن صلى انحلت عقده كلها" ؛ وذلك بقوله : "وكلها" هذا موضع نظرة واحتمال.

1 علي بن عمر بن محمد بن الحسن البغدادي المعروف بالقزويني ولد في المحرم سنة ستين وثلاثمائة ، وكان عارفاً بالفقه والقراءات والحديث تفقه على الداركي وقرأ النحو على ابن جني. توفي في شعبان سنة اثنتين وأربعين وأربعمائة.

ابن قاضي شهبة ج 1 ص 229 ، ص 230.  
تاريخ بغداد 43 / 12 ، طبقات الشافعية للسبكي 3 / 299 ، مرآة الجنان 3 / 61 ،  
البداية والنهاية 12 / 62 ، النجوم الزاهرة 5 / 49.  
2 فصلت "9-10".

3 متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه ، البخاري في 3 / 24 في التهجد/ باب عقد الشيطان على قافية الرأس حديث "1142" ومسلم 1 / 538 في كتاب صلاة المسافرين وقصرها باب ما روي فيمن نام الليل أجمع حتى أصبح  
776 / 207.

صفحة 138 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المشرف على الزوال

ومنها : في سنن أبي داود 1 والترمذي 2 والنسائي 3 من حديث عمران بن حصين قال : "جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال : السلام عليكم فرد عليه ثم جلس ؛ فقال النبي صلى الله عليه وسلم عشر ، ثم جاء رجل آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله فرد عليه فجلس ؛ فقال : عشرون ثم جاء آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، فرد عليه ، فجلس ، فقال : "ثلاثون".  
وفي رواية لأبي داود 4 زيادة من حديث معاذ بن أنس وهي "ثم أتى آخر فقال : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته ومغفرته فقال : أربعون" ؛ غير أن في إسناد هذه الرواية مقالا 5.

وقد يعارض بما في الموطأ 6 من أن رجلا سلم على ابن عباس على قوله : وبركاته فقال ابن عباس : السلام المنتهي إلى البركة.

إذا علم هذا فلا يمكن إفرادها بعد السلام عنه ؛ غير أننا نقول : هل العشر المزيدة لقوله : ومغفرته مشروطة بسبق قوله : وبركاته ؟ وهل العشر المزيدة لقوله : وبركاته مشروط بسبق لفظ الرحمة ؟

كما أن ذلك كله مشروط بسبق لفظ السلام ، أو لا يشترط هذين ؟ بل لكل لفظ من الألفاظ الثلاثة عشر - وإن انفرد - حتى لو قال : السلام عليكم ورحمة الله ومغفرته ، ونحو ذلك يحصل أربعون ؟ هذا أيضا موضع نظر واحتمال.

ومنها : لو هشم فلم يوضح فوجهان.

- 1 / 4 / 350 في كتاب الأدب/ باب كيف السلام حديث "5195".
- 2 / 5 / 53-52 في الاستئذان/ باب ما ذكر في فضل السلام [2689] ، وقال حسن صحيح غريب من هذا الوجه.
- 3 من طريق أبي داود في عمل اليوم والليلة ص287 باب ثواب السلام حديث "327".
- وأحمد في المسند 4 / 439 والدارمي في السنن 2 / 277 في الاستئذان.
- 4 أبو داود في المصدر السابق حديث "5196".
- 5 قال المنذري رحمه الله في إسناده أبو مرحوم عبد الرحمن بن ميمون وسهل بن معاذ لا يحتج بهما ، وقال فيه سعيد بن أبي مريم أظن أني سمعت نافع بن يزيد. عود المعبود 14 / 103.
- 6 / 2 / 959 في كتاب السلام/ باب العمل في السلام حديث "2".  
صفحة 139 | 466

#### الأشباه والنظائر

#### القول في المشرف على الزوال

أحدهما : تجب الحكومة ؛ لأنه كسر عظم بلا إيضاح فأشبهه كسر سائر العظام. وأصحهما وجوب خمس من الإبل ؛ لأنه لو أوضح وهشم وجب عشر ، ولو تجرد الإيضاح لم يجب إلا خمس ؛ فيكون الخمس في مقابلة الهشم. ووقع في معاياة الجرجاني1 أن الوجهين في أنه هل يجب عشر أو الحكومة ؟ ولعل لفظ العشر غلط من ناسخ.

#### فصل :

قريب المأخذ من هذا الأصل "إذا تعقب شيء جملة مركبة من أجزاء أو جزئيات ؛ فهل يكون المؤثر فيه هو الجزء الأخير منها أو المجموع ؟ فيه للعلماء تردد ، وقد يظهر في باديء الأمر أنه لفظي ؛ لأن الجزء الأخير متوقف الوجود على ما سبقه ؛ فلما سبقه فدخل قطعاً بهذا الاعتبار ، والتحقيق أنه ليس بلفظي بل معنوي يترتب عليه فوائد.

والذي يظهر أن المؤثر المجموع ، وفي حفطي أنه المعزو إلى مذهب الشافعي ، وأن المعزو إلى أبي حنيفة مقابله ، ولعل ذلك مأخوذ من اختلافهما في مسألة السكر بالقدح العاشر. كما سنذكره في عد فوائد الخلاف ، وهذا الأصل مذكور في الرافعي في باب الخلع في المسألة التي سنذكرها بن المزني والأصحاب فمنها حكم الشافعي رضي الله عنه بأن السكر لا يحصل بالقدح الأخير ؛ بل به وبما قبله وليفرض فيمن سكر بعشرة أقداح ، ومن ثم قال : حكم ما قبله في التحريم وإيجاب الحد حكمه.



والمعزو إلى أبي حنيفة خلافه ، ومن ثم لم يجب الحد على شارب النبيذ إذا لم يسكر.

والحاصل أن المفسدة إنما تتحقق عند انضمامه إلى غيره.  
ومنها : وهو على عكسه -إذا أراد النظر إلى الأجنبية لتحمل الشهادة ، وهو يعلم أن المعرفة لا تحصل له بنظرة واحدة بل لا بد من نظرتين ؛ فاقصر على واحدة فهل يفسق ؛ لأن التحمل لا يقع بها فصارت لغرض غير صحيح أو لا ، لأن لهذه تأثيرا في شهادته ؟

1 أحمد بن محمد بن أحمد أبو العباس الجرجاني قاضي البصرة وشيخ الشافعية ، تفقه على الشيخ أبي إسحاق الشيرازي وكان من أعيان الأدباء له النظم والنثر وسمع من جماعات وحدث. مات راجعا من أصبهان إلى البصرة سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة.

طبقات الشافعية الكبرى للسبكي 3 / 31.

وطبقات الشافعية لابن هداية الله 3 / 31 ، ابن قاضي شهبة ج 1 ص 260.

صفحة 140 | 466

#### الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

فيه احتمالان للرويانى ؛ ذكرهما في "البحر" قبيل كتاب الشهادات.

ومنها : من قفأ عين الأعور لم يجب عليه إلا نصف الدية ؛ لأن العمي لا يحصل بهذا الفقه وحده ؛ بل به وبما قبله.

ومنها : لو قالت : طلقني ثلاثا بألف وهو لا يملك إلى طلقة فطلقها تلك الواحدة فقد نص في "المختصر" أنه لا يستحق تمام الألف ، لحصول مقصود الثلاث ، وهو البيونة الكبرى بتلك الطلقة.

قال المزني -معترضا- لا يستحق إلا ثلث الألف توزيعا للمسمى على العدد

المسؤول ، كما لو كان يملك الثلاث ؛ فطلق واحدة قال : والحرمة لا تثبت بتلك

الطلقة ؛ وإنما تثبت بها وبما قبلها ، فيكون حكمها حكم الأولى والثانية وقاس هذا على مسألتي السكر وفقء عين الأعور.

وفرق ابن سريج وابن إسحاق بين أن تكون المرأة عالمة بأن لم يبق إلا واحدة فيستحق الألف أو جاهلة فالثلث.

والصحيح الجريان على ظاهر النص -علمت أو جهلت- وأجيب عما احتج به

المزني بأن العقل يستتر على التدريج ؛ فكل قدح يزيل شيئا من التمييز وزوال

البصر كما أثر فيه الفقه. والثاني : أثر فيه ما قبله ، والحرمة الموصوفة بالكبرى لا يثبت منها شيء بالطلقتين الأولتين.

قال الرافعي : وقد يقال المراد من الحرمة الكبرى توقف الحل على أن تكح زوجا



آخر ، وهذه خصلة واحدة - لا تتبعض - حتى يتأثر بعضها بالطلقة الثالثة وبعضها بما قبلها. وتوقف الشيخ الإمام - رحمه الله في هذا البحث ، وقال : هذا محل نظر ، يحتمل أن يقال : بكل طلقة يتشعب النكاح وينقض حق الزوجة ، وبالثالثة يتكمل النقص ، وبطلان الحق بالكلية.

ومنها : لو ضرب في الخمر أحد وأربعين فمات ؛ هل يجب كل الضمان أو نصفه أو جزء من أحد وأربعين جزءا ؟  
فيه أقوال : أظهرها - عند الرافعي والنووي - الثالث.

صفحة 141 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المشرف على الزوال

ولو جلد في القذف أحدا وثمانين ؛ فهل يجب نصف الدية أو جزء من أحد وثمانين جزءا ؟ فيه القولان.

ومنها : لو جوع من به بعض الجوع حتى مات ، ففي القصاص أقوال ؛ أظهرها إن علم المجموع جوعه السابق وجب ، وإلا فلا ، وعلى عدم القصاص. قيل : يجب الدية بأكملها ، والأظهر نصفها.

ومنها : العتق في الكتابة ، هل ينسب إلى النجم الأخير حتى لا يثبت برجل وامرأتين ويثبت بهما ما قبله أو إلى المجموع ؟

ومنها : لو جرح اثنين صيدا جرحين مترتبين وحصل الإزمان بهما وكل منهما لو انفرد لم يضمن ؛ فهل الصيد بينهما أو الثاني ؟ به وجهان.

ومنها : لو اكرى اثنان دابة فارتدفا ثالث بغير إذنهما فهلكت ؛ فهل على المرتدف النصف أو الثلث أو التقسيط بحسب الوزن ؟ أوجه.

ومنها : لو كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدال فوضع آخر فيها عدلا آخر عدوانا فهل يغرم جميع الأعدال التسعة ؟

والأصح بعضها ؛ فقيل النصف ، وقيل بالقسط ، قال في "الروضة" وهو كخلاف الجلاد.

وله نظائر متقدمة ومتأخرة ؛ ذكره في مسألة اصطدام السفينتين ومنها : استأجره

لحمل مائة ؛ فحمل مائة وعشرة ، فتلفت الدابة وصاحبها معها ضمن قسط الزيادة ، وقيل : النصف ، وقيل : الجميع ، وهو قول غريب وإن لم يكن معها فالجمهور

قالوا يضمن الكل ، وعلوه بأنه انفرد باليد ، وصار يحمل الزيادة غاصبا.

وخالفهم ابن كج - قال الشيخ الإمام : ولقوله اتجاهه - قال : وفي كونه غاصبا نظر ؛ لأن تعديه بالزيادة لا يوضع باليد.

قلت : وقول ابن كج قياس نظائره في هذه القاعدة ومنازعة الشيخ الإمام في كونه غاصبا ، عندي فيه وقفة.

ومنها : إذا شهدا بالطلقة الثالثة بعد الدخول ثم رجعا رجعا عليهم بالمهر. قال

الأشباه والنظائر  
القول في المشرف على الزوال  
أحدهما : ما كانوا يغرمون لو كانت الشهادة بالثلاث ؛ لأنهم منعه بها من جميع  
البضع كالثلاث.  
والثاني : ثلاثة لأنه ممنوع من بعضها بثلاث طلاقات ، اختص الشاهدان بواحدة  
منها : فكان ثلث المنع منها فوجب ثلث الغرم عليهم.  
وعلى هذا لو كان الزوج طلقها واحدة ، وشهدوا عليه بطلقتين لزمهم الثلثان ، قال  
ابن الرفعة في "الكفاية" ولم يظهر لي فرق بين هذه الصورة ، وبين ما إذا طلقها  
واحدة قبل الدخول ، وقد جزم بأن حكمها حكم الثلاث.  
قلت : وهذا عجيب ، والفرق أوضح من أن يخفي مثله على ابن الرفعة ، فإن  
الواحدة قبل الدخول تستقل بالبينونة فهي كالثلاث بعده.  
فصل :

عرفت الكلام فيما إذا تعقب مجموع أمور أمر هل ينسب إلى الأخير منها أو إلى  
مجموعها ، وقلنا : إن الخلاف ليس بلفظي ؛ بل ترتب عليه فوائد وانفصلنا عن  
ذلك الفصل.  
والذي ننبه عليه في هذا الفصل - أن أثر الخلاف في مسائل آخر على نوع آخر له  
بعض القرب من هذا المأخذ.  
منها : لو باع الوكيل بأقل من ثمن المثل بقدر لا يتغابن الناس بمثله ؛ فهل يضمن  
الزائد على ما لا يتغابن أو الجميع ؟  
فيه وجهان ، ووجه قرب مأخذهما من هذا أنا هل نجعل العدوان مقصورا على  
القدر الأخير ، أو عاما في كل جزء ؛ لأن ما كان قبله إنما كان يغتفر عند انفراده  
لا عند انضمامه ؟  
وبهذا يظهر في مسألة الأقداح باب من الكلام للخصوم ؛ فلقاتلهم أن يقول : هب  
أن السكر واقع بالمجموع ، وأن لكل قدح مدخلا غير أنني أغتفر القدر منفردا فلا  
أحد شاربه ، لانتفاء السكر عنه ، ولكن أحده مجموعا مضموما إلى غيره ،  
لحصول المفسدة حينئذ تعين ما قلت أنتم في بيع الوكيل على أحد الوجهين أنه  
يضمن الكل.

الأشباه والنظائر  
القول في المشرف على الزوال  
وطريق جوابنا عن هذا - في مسألة ما لا يسكر من النبيذ - السنة الصحيحة القاطعة

لتشكيك المشككين ، وترهات المجادلين.  
ومن حيث المعنى أن مسألة الأقداح وقع الشرب فيها مترتبا على كل قدح منفصل  
عن صاحبه ؛ فأمكن أن يفرد بحكم نفسه بخلاف البيع بأقل مما يتغابن بمثله ؛ فإنه  
وقع دفعة واحدة.

ومنها : إذا ادعى على الخارجي غلطا بأكثر مما يتفاوت بين الكيلين فهل يقبل  
"بالنسبة إلى ما يتفاوت بين الكيلين" الذي يقبل عند الاقتصار عليه ؟ فيه وجهان.  
ومنها : لو أكل من الأضحية.

ومنها : لو دفع جميع السهم إلى اثنين ، هل يغرم -لثالث- الثالث أو أقل جزء.  
ومنها : إذا أقام عند الثيب سبعا ؛ فهل يقضي أربعا أو جميع السبع ؟  
ومنها : إذا صب الماء في الوقت وصلى بالتيمم ، هل يقضي صلاة واحدة ؛ لأنه  
بالنسبة إلى الصلاة الثانية كمن صب الماء قبل الوقت ، أو كل صلاة صلاها  
بالتيمم ما لم يحدث أو يغلب على الظن إمكان أدائه بوضوء واحد ؟ فيه وجوه.  
ومنها : وقع في واحد من ثلاثة أو ان نجاسة ولم يعرف عينه فاجتهد فيها ثلاثة ،  
أدى اجتهاد كل منهم إلى طهارة واحد وأم كل بصاحبه ؛ فصلاته التي أم فيه  
صحيحة ، وكذا أول صلاة ائتم فيها بغيره إذا اقتصر عليها ؛ فإن لم يقتصر فهل  
يقتصر العشاء على الأخيرة ؛ لأن بها يتعين فقدان الشرط أو يفسدان جميعا ؟ فيه  
وجهان.

ومنها : لو أمن مائة ألف من المسلمين مائة ألف من الكفار ، قال الإمام : فأمان  
الكل مردود ، وحاول الرافعي فيما إذا صدر هذا التعاقب على الصحة إلى ظهور  
الخلل.

ووافقه النووي وأطلق ، وابن الرفعة قيده بما إذا عرف الأول. ولك أن تقول : لم  
لا يصح ، وإن جهل ثم يستعمل القرعة ولي عليه كلام ذكرته في كتاب  
"التوشيح".

ومنها : إذا زاد الأمان على المدة هل تبطل في الزائد أم في الكل ؟ فيه خلاف وإذا  
حققت القدر المشترك بين هذه المآخذ آل بك الذكر خلاف الصفقة وانفتح لك باب  
لعد مسائلها في هذه القاعدة ما دام الكلام مقصورا على المعيشة ؛ فإن عمته في  
المعية والتعاقب أنجز ذلك الكلام على مسائل انعطاف الحاضر على الذاهب  
وتذكرت مسائل انعطاف النية ومسألة انعطاف ثواب من نوى في أثناء النهار  
على أوله ونظائرها.

صفحة 144 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

فصل :

قدمنا الكلام فيما إذا تعقب أمر مجموع أمور لو لم تجمع لما كان ، وقد يتعقب أمر

أمورا هو غني عن مجموعها ، ونعني بغناه عن المجموع أن بعضها كان كافيا في إثارة ذلك الأمر الذي يعقبها.

وذلك يعرض في المأمورات كمسح قدر زائد على الواجب في الرأس ، والمنبهات كمن شرب من النبيذ قدرا يسكره منه بعضه ؛ فهل الحاصل له كائن من مجموعها أو من القدر الذي لو انفرد لأثر ؟ فيه نظر واحتمال ، ولذلك إذا شهد أربعة بحق يثبت بشهادة اثنين منهم ؛ فهل نقول : ثبت الحق بالكل أو باثنين على الإبهام ؟

يظهر فيه هذا التردد ، وتظهر فائدته في مسائل :

منها : لو رجع اثنان هل يتعلق بهما غرم ؟

وفيه وجهان أصحهما -وبه قال ابن سريج والإصطخري وابن الحداد- لا غرم عليهما.

والثاني ، وبه قال المزني وأبو إسحاق -عليهما الغرم بالحصة ؛ لكن إذا كان في القصاص فلا قصاص ، خلافا للقفال فيما إذا تعمد.

ومنها : الأوقاص التي بين النصب أصح القولين أنها عفو ، والثاني أن الواجب يبسط على الكل.

وتظهر فائدة فيما لو ملك تسعا من الإبل وحال عليها الحول ثم تلف -قبل التمكن- أربع وقلنا : الإمكان شرط الضمان لا الوجوب ؛ فإن قلنا : الوقص عفو فعليه شاة ، وإلا فالأصح أن عليه خمسة اتساع شاة لا شاة ، ومنها لو حضر ابنان للزوج وابنان للزوجة انعقد النكاح ، قال الإمام : باتفاق الأصحاب ، وقال في "زيادة الروضة" بلا خلاف.

ورأى ابن الرفعة تخريج خلاف فيها من مسألة الشهود قبلها ، قال : "إن قلنا : لا غرم ، فما ذاك إلا لثبوت الحق لاثنين على الإبهام ، فيكون الانعقاد -هنا- مضافا إلى اثنين من أربعة ؛ فيعود الخلاف.

وإن قلنا بالغرم فما ذاك إلا لأن الحق ثبت بالجميع ، وقياسه إضافة الانعقاد هنا

صفحة 145 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

إلى الجميع وإذا جرد النظر إلى واحد واحد كان متصفا بما يمنع الانعقاد.

قلت : ولمنازع في الأول أن يقول : لم قلت إن عدم الغرم لا يكون عند الثبوت الأربعة ؟ وجاز أن ينتفي الغرم -وإن ثبت الحق بالأربعة- لبقاء من تنهض به الحجة.

وبذلك وجه ابن الصباغ -كما نقله الرافعي عنه في الزكاة- قول أبي إسحاق فيما إذا تلف أربع من التسع قبل التمكن -المسألة المتقدمة- أن عليه شاة ؛ فقال الزيادة على الخمس ليست شرطا في الوجوب فلا يؤثر تلفها -وإن تعلق بها الواجب- كما

لو شهد خمسة بالزنا ورجع الخامس بعد الرجم فلا ضمان.  
وإن كنت -أنا- لا أرتضي هذا التوجيه ؛ لأن المنقول عن أبي إسحاق في هذه  
المسألة- أن على الراجح الضمان فكيف يوجه مذهبه في الزكاة بخلاف ما يعتقده  
في الشهادة.

ثم قول ابن الرفعة : أنه ثبت باثنين -على الإبهام- محتمل لكن جعله ذلك أصلا  
لعدم الغرم يقتضي أنه لما رجع الاثنان تبين ثبوت الحق باللذين لم يرجعا ، وليس  
كذلك ؛ لأن الحكم إنما وقع بمبهم فكيف يعود بمعين وليس كمن طلق -مبهما- ثم  
عين ، فإن ذلك له أن يعين ما أبهم.

وهذا حكم مستند إلى مبهم ، فاعتقاد أنه استند إلى معين -بعد ذلك- مكابرة في  
المحسوس ؛ وإنما كان يمكن هذا لو كان رجوع الراجعين يחדش في الحكم  
المستند إلى شهادتهما لكنه لا يחדش ؛ إذ لا ينقض الحكم برجوعهما.  
نعم يمكن أن يوجه عدم الغرم بأنه لما وقع الحكم بالمبهم لم يكن إلزام هذين بغرم  
، إذ لا يتعين أن يكون الحكم بهما.

فإن قلت : أفصح لي عما تعتقد في الشهود الأربعة ، أتعقد ثبوت الحق بالمجموع  
؟ أم باثنين مبهمين ؟ أم ماذا ؟

قلت : إن شهدوا دفعة واحدة ؛ فالأظهر ثبوته بالمجموع ويحتمل أن يقال ثبت  
"باثنين" واجتماعهما كاجتماع دليلين على مدلول واحد -عند من يقول به-  
ويحتمل [أن يقال] ثبت باثنين مبهمين ؛ لكن لا يصيران معينين أبدا ، لأن الحكم  
إنما وقع هكذا. وإن شهدوا مرتبين فقد يقال : ثبت بالمجموع وقد يقال : ثبت  
بالأولين ولا ينبغي أن يقال

صفحة 146 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المشرف على الزوال

هنا بالإبهام لأن المقتضي لحكم القاضي قد حصل بشهادة الأولين. قبل شهادة  
الآخرين -وإن لم يكن المانع منه إلا عدم سؤال المدعي- إذ لو سأل قبل شهادة  
الآخرين لتعين الحكم ، وبهذا يظهر لك أن الواقعة فيها شهود ليست أرجح من  
الواقعة فيها شاهدان ، وأنه لا ترجيح بكثرة الشهود -كما هو مذهبنا- بل أن الكثرة  
قد تضر ؛ فإن استناد الحكم يبقى على ما ذكرنا من التفصيل والاحتمال وسيزداد  
هذا بيانا.

فأقول : وحيث قلنا : إن الحق ثبت بالمجموع ؛ فقد يقال : إذا رجع اثنان وبقي  
النصاب المعتبر -ولنفرض ذلك في العقوبات قبل الاستيفاء- فينبغي ألا يستوفي ؛  
حتى يعود الأولان ويعيدان شهادة جديدة ؛ لأن شهادتهما الأولى لم يكن الحكم بها  
مجردة ، بل بها مع غيرها فيصير رجوع البعض مبطلا للمجموع الذي هو  
الحجة ، ورجوع الحجة قبل استيفاء العقوبة يمنع من استيفائها فليكن هذا مثله أو



هو هو ، فتأمل ما أجرته لك من البحث.  
أما قول ابن الرفعة في الثاني - لو جردنا النظر إلى كل واحد لكان متصفا بما يمنع الانقعاد... فممنوع على القول بأن الشاهد لأبيه وأجنبي يقبل ، وهو الصحيح.  
ثم لمنازع أن ينازع ابن الرفعة في أصل التنظير ، ويقول : ليست مسألة ابني الزوج وابني الزوجة كمسألة الأربعة في الحق الذي ثبت باثنين ، ولا مما نحن فيه ؛ لأن كلامنا في مجموع ينشأ عنه ما ينشأ عن بعضه ، كما في الأربعة ينشأ عنها ما ينشأ عن الاثنين لو تجرد ، أما ابنا الزوج وابنا الزوجة فليس بعضهم بكاف ؛ ألا ترى أنه لو شهد ابن الزوج وابن الزوجة أو ابنا الزوج وابنا الزوجة ، ففيه وجوه شهيرة.

فإن قلت : أتقطع بانتفاء الخلاف عن ابني الزوج وابني الزوجة ، كما نفاه النووي قلت : لا ، ولكني لم أره ، وما ذكره ابن الرفعة من التخريج فيه ما عرفت.  
فإن قلت : هل لا يصح أن يخرج فيها خلاف من وجهين حكاهما الرافعي في كتاب الطلاق فيما إذا قلنا بصحة النكاح بالكتب ؛ فكتب.

هل يشترط أن يحضر القبول شاهد الإيجاب ؟ وقال : أصحهما ألا يشترط وبه جزم في كتاب النكاح ، ووجه التخريج أنه لا يثبت بابني الزوج إيجاب النكاح ولا بابني الزوجة إلا قبوله.

قلت : وقد يفرق بأن كلا من الأبناء يشهد على النكاح بجملته ؛ وإنما وقع الرد في حق أصله ، وليس هو بمردود على الإطلاق ؛ ألا ترى أنه لو شهد خشية ابتداء ، قيل كما

صفحة 147 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المشرف على الزوال

قال الأصحاب في الأب يشهد بنكاح ابنه إن شهد ضمن دعواه لم يقبل ، وإن شهد خشية ابتداء قبل. فإن قلت : لو كان كل الأبناء يشهد بجملته النكاح لجرى فيه الخلاف فيمن شهد لأبيه وأجنبي.

قلت : قد بينا بأنه يعرف أنهم لم يشهدوا ؛ وإنما حضروا عقد النكاح ولسنا على جزم بالاحتياج إلى شهادتهم لأصلهم لأنه قد لا تقع شهادة ، وبتقدير وقوعها قد تقع مقبولة فيما إذا أخرجوها مخرج الحسبة ؛ فليس كمن بت شهادته لأبيه وأجنبي.

أنه جاء بشهادة بعضها مردود ، وهذا لم يأت إلى الآن بشيء فكيف تبطل ؟  
فإن قلت : المعتبر في شهود النكاح أن يكونا بصفة القبول وقت الأداء ، ولذلك لم تنعقد بالفاسقين.

قلت : هذا على إطلاقه غير مسلم ، ولذلك ينعقد بالمستورين ، ثم قلت : إنهما ليسا بصفة القبول عند الأداء ، وقد قلنا : إنه جاز أن تكون شهادتهما عند الأداء



مقبولة.

ومن ثم امتنع بعض الأصحاب في إجراء الخلاف في الانعقاد في العدوين ، قال :  
لأن العدوارة قد تزول.

فصل :

يقرب من هذه المآخذ : إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون ؛ فهل يعطى  
جميعه حكم الضمان.

وفيه صور :

منها : إذا أوجبنا الضمان بالختان -كما في الحر والبرد المفرطين- فالواجب جميع  
الضمان للتعدي أو نصفه ؛ لأن أصل الختان واجب والهلاك حصل من مستحق  
وغير مستحق ؟ فيه وجهان : قال الرافعي : أظهرهما الثاني.

ومنها : وجهان كذلك في إقامة الجلد في الحر أو البرد المفرطين.

ومنها : إذا ضربه -في الجلد- فأنهر دمه فلا ضمان عليه ؛ لأنه قد يكون ذلك من  
رقة الجلد ، فإن عاد فضربه في موضع انهار الدم ففي الضمان وجهان.

فإن أوجبناه ففي قدره وجهان : أحدهما : جميع الدية ، والثاني : نصفها ذكره  
القاضي مجلى في "الذخائر" في كتاب موجبات الضمان.

صفحة 148 | 466

الأشبه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

أصل مستنبط :

كل من يتوقف صحة الشيء على إذنه لم يؤثر منعه فيه بخلاف من يتوقف وجود  
الشيء على إذنه فإن منعه مؤثر في إبطاله.

ومن ثم لو نهت غير المجرى عن أن يوكل في تزويجها لم يكن له التوكيل ادعى  
الإمام البغوي أنه لا خلاف ، وقال الماوردي : إن قلنا : لا يعتبر إذنها لتوكيل لم  
يؤثر منعه منه.

ومن هنا أثبت ابن الرفعة خلاف ، وشكك به على دعوى الإمام البغوي نفي  
الخلاف ، ونازعه الشيخ الإمام وقال : الأشبه القطع بنفي الخلاف.

قاعدة : "ما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط" 1

قاله الأصحاب ووجهوا به القول الصحيح في أنه إذا قال طلقك بألف على أن لي  
الرجعة يسقط قوله بألف ويقع رجعيًا ؛ لأن المال ثبت بالشرط والرجعة ثبتت  
بالشرع فكانت أقوى.

غير أن لك أن تقول : الماء ثبت في الخلف بالشرع أيضا فينبغي أن يكون الساقط  
-هنا المال المعين لا مطلق المال ، لأن الشرع يثبت فليس دفع المال أولى من دفع  
الرجعة.

وسيجيء في هذا البحث تنمة من حرف الباء من قسم النحو في أواخر هذا الكتاب

-إن شاء الله تعالى- والقاعدة صحيحة ؛ وإنما الكلام في تخريج هذا الفرع عليها وأوضح منه تدبير المستولدة فإنه لا يصح ؛ لأن عتق المتولدة عند الموت ثابت بالشرع فلا يحتاج وقت الموت إلى تدبير. ونظيره الشرط الذي يقتضيه العقد : الصواب عندنا أنه لا يضر ولا ينفع ومقتضى العقد مستفاد من العقد بجعل الشارع لا من الشرط ، وهو رأي الإمام الغزالي والرافعي وغيرهم.

1 المنثور 3/ 134 ، الأشباه للسيوطي 149.  
قال الزركشي : أشار الرافعي لهذه القاعدة في فروع التعليقات.  
صفحة 149 | 466

### الأشباه والنظائر

#### القول في المشرف على الزوال

وقول المحاملي : "إن شرط مقتضى العقد صحيح" - إن عني به أنه لا يفسد فحق ، وإن عني به أنه يؤثر شيئاً فلا نوافقه عليه. وقد يقال : يكون المعلول علتان -على رأي من يجوز اجتماع علتين- وهذا سنتكلم عليه إن شاء الله في مسائل أصول الدين عند الكلام على التعليل بعلتين. وكل هذه الفروع تدل ؛ لأنه [إذا اجتمع خيار المجلس وخيار الشرط يكون ابتداء خيار الشرط من حين التفرق] 1 ، وهو وجه ؛ لأن ما قبله ثابت بالشرع ، فلا يحتاج إلى الشرط.

وقد يقال : لا تعارض بينهما عند من يجوز اجتماع علتين وتشبه هذه القاعدة نذر الفرائض فإنه لا يصح ؛ لأنها ثابتة بالشرع وورود الالتزام عليها لا يفيد شيئاً ، وذلك مما يوضح أنه لا يجتمع علتان.

قاعدة : "الإكراه يسقط أثر التصرف فعلا كان أم قولاً".

وسنتكلم على هذه القاعدة في أصول الدين ، ونقتصر -هنا- على المستثنى منها ، وهو مسائل : ذكر الغزالي منها في كتاب الطلاق خمسا. منها : الإسلام ، وفي استثنائه نظر ؛ فإنه إذا كان المكره عليه ذمياً فالأصح عدم صحته وإن كان حربياً أو مرتداً فالإكراه هنا بحق.

وقولنا : الإكراه يسقط أثر التصرف بخصوص الإكراه بغير حق ما سنبين في أصول الدين إن لم نجعل صفة الإكراه منافية للتكليف وهو الحق وإن جعلناها منافية فلا فرق بين الإكراه بحق وباطل فليقع الاستثناء 2.

ومنها : الرضاع والاستقبال والحدث ؛ فيصح عن إكراه لتحققها في أنفسها. وحكى الرافعي عن الحناطي في مس الذكر ناسيا وجهين لا يبعد جريانها في الإكراه.

ومنها : الأصح بطلان صلاة المتكلم في الصلاة مكرها ، ولا خلاف في بطلانها

بالأفعال الكثيرة وإن صدرت عن إكراه ، واختلفوا في فطر المكره .  
ومنها : الإكراه على القتل لا يتجه إجماعا ، ولا يسقط القصاص على الصحيح ،

1 سقط من أ والمثبت من ب .

2 في "ب" فليقع الاستثناء على هذا .

صفحة 150 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

ولا يصح استثناء القتل ؛ لأن ما من شيء يكره به عليه إلا وهو أشق منه ، وقد يعرض في قول القائل - اقتل هذا وإلا قتلتك قبله - تعذيب بكيفيات يصعب على النفوس ويسقط مطلق القتل في مقابلتها .

ومنها الزنا : إن قيل : يتصور الإكراه عليه وهو الصحيح ؛ فإنه لا يباح بالإكراه .  
ومنها : إذا علق الطلاق على صفة فأكره عليها ففيه قولان .

ومنها : إذا تبايعا في عقد الصرف وتفرقا مكرهين قبل القبض ، نقل صاحب الاستقصاء عن صاحب الإفصاح أنه يبطل .

وقد يعترض على هذا بأن الإكراه لا يبطل خيار المجلس على الصحيح . ويجاب بضيق باب الربا ، وللوالد - رحمه الله - كلام مبسوط في شرح المهذب والمنهاج .  
ومنها : الحلف بالله مكرها ينعقد يمينه - على وجه حكاة ابن الرفعة - ولعله أخذه من تعليقة القاضي أبي الطيب فإنه حكاة فيها .

ومنها : الوكيل في الطلاق إذا أكره ففي صحته احتمالان لأبي العباس الروياني أحدهما : الوقوع لحصول اختيار المالك ، وأصحهما عنده أنه لا يقع لأنه المباشر .

قاعدة : "معزوة إلى الأودني" .

"ما يسقط بالتوبة يسقط حكمه بالإكراه وما لا فلا" .

ويرد شرب الخمر ؛ فإنه يباح بل يجب بالإكراه وحده لا يسقط بالتوبة على الأصح والقذف مثله أيضا .

قاعدة : الاشتغال بغير المقصود . إعراض عن المقصود 1 .

في صور منها : لو حلف لا يسكن هذه الدار ولا يقيم فيها فتردد فيها ساعة من غير غلط حنث ، وفيه بحث للرافعي .

ومنها لو قال طالب الشفعة للمشتري عند لقائه : بكم اشتريت أو اشتريت رخيصة بطل حقه .

1 الأشباه للسيوطي ص 158 .

صفحة 151 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

ومنها : لو كتب أنت طالق ثم استمر فكتب إذا جاءك كتابي فإن لم يحتج إلى الاستمرار طلقت وإلا فلا ؟ إذ لا إعراض.

قاعدة : "الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه 1 واعتراف بصحته".  
في مسائل منها :

رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه ؛ فإزداد العيب فلا خيار على الصحيح لأن رضاه به رضا بما يتولد منه.

ومنها : ادعت المنكوحة برضاها -حيث يعتبر إذنهما- أن بينها وبين الزوج محرمة لم يقبل ؛ لأن رضاها بالنكاح يتضمن اعترافها بحكمه ؛ فلا يقبل منها نقضه إلا إذا ذكرت عذرا ، كنسيان ونحوه فتصدق لتحليفه.

ومنها : علمت بإعساره عن المهر وأمسكت عن المحاكمة بعد طلب المهر كان رضاه بالإعسار مسقطا للخيار ؛ بخلاف ما إذا كان قبل الطلب لاحتمال أن التأخير لتوقع النسيان.

ومنها : لو ادعت بعد الدخول -وهي معتبرة الإذن- أنها زوجت بغير إذنهما ، قال البغوي : لا يقبل ، قال الرافعي كأنه نزل الدخول منزلة الرضا.

ومنها : لو قال رشيد : اقطعني ففعل فسرى فهدر ، وفي قول : تجب الدية.  
ومثل علماؤنا لذلك بالقيمة من إيجاب الزكاة في الشاة.

وأنا متوقف في صحة التمثيل به ، وأقول لمن أجاز القيمة أن يقول : أنا مستنبت معنى معمم لا يبطل ؛ لأنني لا أمانع أجزاء الشاة ، وهي شيء ذكرته في شرح المختصر ، وأنا باق عليه ؛ غير أنني هنا أقول : قد يقول أصحابنا : هب أنك تقول أجزاء الشاة إلا أنك من حيث لم تحصر الأجزاء فيها مبطل للفظها في قول النبي صلى الله عليه وسلم - "في أربعين شاة شاة 2

---

1 وقريب منها قاعدة المتولد من مأذون فيه لا أثر له.

انظر المنشور 2 / 176 ، الأشباه للسيوطي ص 141.

2 أبو داود في السنن 2 / 99 في الزكاة/ باب في زكاة السائمة "1572" وفيه الحارث الأعور وعاصم بن ضمرة.

## الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

وليست القيمة أعم من الشاة بل هي قيمة لها فما لذكر الشاة فائدة ؛ إذ لا تنبيه فيها بالأخص على الأعم ؛ إذ لا أعم هنا كما بيناه ، ولا هي نفس الواجب على ما

زعمت الخصوم ، ولكني لا أرتضي هذا كل الرضا.  
وأقول : قد يقول الخصم : جاء ذكر الشاة من قبل مقابله لمثله ؛ فإنه لما كان  
الموجب فيه شيها حسن في اللسان أن يذكر لفظ المقابل بإزائه ؛ ألا ترى أن أحدا  
لم يقل بأن القيمة لا تجزئ في الإبل والبقر وتجزئ في الغنم ؛ بل إنها ما تجزئ  
في الكل فلم يكن لفظ الشاة واردا لتعيينه فافهم ذلك فيه يضمحل التمثيل.  
وأنا أرى أن نمثل لهذا بقوله صلى الله عليه وسلم "زكاة الجنين زكاة أمه" 1 فلقد  
اقتحم الخصوم فيه أمر عظيما وقدروا لفظ المثل فقالوا المعنى مثل زكاة أمه وهذا  
التقدير مع كونه غير محتاج إليه لإمكان صحة الكلام دونه باطل لأنه عائد على  
الكلام بالإبطال وتصويره لغوا ؛ فإن الجنين إن احتيج إلى ذكاته فذكاته كزكاة  
سائر الحيوانات -لا خصوصية لأمه- ثم إن كل عاقل يعرف أن ذكاته كذكاتها  
وزكاة غيرها بلا تفاوت فلا يكون اللفظ مقيدا ، البتة.  
ونظيره تقدير بعض المالكية "من صام رمضان وأتبعه بست من شوال" 2 ، أن  
المعنى بست من الفطر إلى أيام الفطر ؛ فلا فرق بين شوال وغيره ثم قال : ينبغي  
تفريقهما ولا يأتي بها متتابعة ؛ فانظر كيف محقوا اللفظ محقا.  
فصل :

ويجوز استنباط معنى يعمم ، كمشوش الفكر من قوله صلى الله عليه وسلم : "لا  
يقضي القاضي وهو غضبان" 3 ؛ فلقد عممنا الغضب ، ونقل القاضي أبو الطيب  
الإجماع على ذلك.  
وخصصناه بالغضب إلا الله ؛ إذ لا كراهة على ما ذكر الإمام البغوي فيما إذا كان  
الغضب لله ، واستنباط معنى يعمم هو باب القياس.

1 أبو داود 3 / 103 الأضاحي/ باب في المبالغة في الذبح "2826" ، والحاكم في  
المستدرک 4 / 114 في كتاب الأطعمة باب زكاة الجنين ، وقال صحيح على شرط  
مسلم وأقره الذهبي.

2 مسلم من حيث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه 2 / 822 في الصيام/ باب  
استحباب صوم ستة أيام من شوال "1164 / 204".

3 البخاري 13 / 136 في الأحكام/ باب هل يقضي القاضي... حديث "7158"  
ومسلم 3 / 1342-1343 في الأقضية/ باب كراهية قضاء القاضي وهو غضبان  
"1717 / 16".

صفحة 153 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

فصل :

وفي استنباط معنى يخص قولان.

قال ابن الرفعة في الصداق من "المطلب" يظهر أثرهما في مسائل :  
منها : قوله صلى الله عليه وسلم "لا تتلقوا الجلب" 1 وقوله صلى الله عليه وسلم  
"من اشترى ما لم يره" 2 ، ونهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان 3 ،  
وغير ذلك قال : فمن نظر إلى اللفظ أثبت الخيار عند صدق تلقي الجلب وإن لم  
يحصل غبن وعند موافقة المبيع لما وصف عند رؤيته ، وصنع بيع اللحم بحيوان  
غير مأكول ، ومن نظر إلى المعنى عكس الحكم".

قلت : وكذلك "ليس للقاتل من الإرث شيء" ، من تعليق بلفظه عمم القاتل - خطأ  
وبحق وغيرهما من نظر إلى المعنى خصصه.

وكذلك قوله تعالى : {أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ} 4 من اعتبر مجرد اللفظ نقض الوضوء  
بمجرد لمس المحارم ، ومن نظر إلى المعنى خصصهن.

وقوله تعالى : {فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ وَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ أَلْفٌ يَغْلِبُوا  
أَلْفَيْنِ} 5.

من اعتبر اللفظ منع فرار عشرين ضعفاء من المسلمين من تسعة وثلاثين من  
اعتبر المعنى جوزه.

---

1 مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه 3 / 1157 في كتاب البيوع / باب  
تحريم تلقي الجلب "1519 / 17".

2 أخرجه الدارقطني في سنته عن زاهر بن نوح ، ثنا عمر بن إبراهيم بن خالد  
الكردي ، ثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال : قال  
رسول الله صلى الله عليه وسلم : "من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه..."  
وزاهر بن نوح لا يعرف.

3 أخرجه أبو داود 3 / 250 في كتاب البيوع / باب في الحيوان بالحيوان نسيئة  
حديث "3356" والترمذي 3 / 538 في البيوع / باب من جاء في كراهية بيع  
الحيوان بالحيوان نسيئة "1237" ، وقال : حسن صحيح ، بيع الحيوان بالحيوان  
نسيئة "2270" ، وأحمد في المسند 5 / 12-19-21 والدارمي في السنن 2 / 254  
في البيوع / باب في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان.

4 النساء "43".

5 الأنفال "66".

صفحة 154 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

وقوله صلى الله عليه وسلم "من احتكر فهو خاطيء" 1.

ومن اعتبر اللفظ حرم الاحتكار في كل موضع وفي كل سلعة - وإن لم يضر -  
وهو المنقول عن مالك ، ومن اعتبر المعنى خصصه بوقت الغلاء ، وعليه



مذهبنا.

تنبيه :

لا يخفى عليك أن الممتنع على أحد القولين ؛ إنما هو [إسقاط] 2 معنى -من نص وغيره- يعود عليه بالتخصيص ، لا اعتقاد أنه مبطل.

أما استنباط معنى -من نص وغيره- يعود عليه بالتخصيص فلا يمتنع ثم يتعارض. وهو وإن كان مستتباً من نص آخر قدم عليه ، أو من قياس فالكلام فيه كالكلام في التخصيص بالأقيسة ؛ فإياك أن تبحث على كل عام أخرجت منه صور لمعان استنبطت وتقول لم لا جرى فيها قولان ؛ بل ليس لك هذا السؤال إلا أن وجد المعنى استنبط من اللفظ نفسه لا من سواه.

وإلا فكم من عام خصص بالمعاني وهذا كقوله تعالى : { إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ } 3 مخصوص بالمسلمين إجماعاً.

وقوله تعالى : { وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى } 4 خص من ذوي القربى الكفار بلا خلاف وخص أبو حنيفة الأغنياء واشترط الشافعي الفقر في أبناء السبيل ، وتردد في اليتامى ؛ فأما تخصيصهم الكفار فليس من معنى مستنبط من النص ، بل لأن المأخوذ منهم لا يرد عليهم ، وغير ذلك من أمور خارجية.

قاعدة : الميسور لا يسقط بالمعسور

ومن أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم : "إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم".

1 مسلم من حديث معمر بن عبد الله العدوي 3 / 1227 في كتاب المساقاة/ باب تحريم الاحتكار في الأقوات "1605 / 129".

2 سقط في ب.

3 سورة : التوبة آية : 60.

4 سورة : الأنفال آية : 41.

صفحة 155 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

وبها رد أصحابنا على أبي حنيفة قوله : "إن العريان يصلي قاعدا" ؛ فقالوا إذا لم يتيسر ستر العورة فلم يسقط القيام المفروض ؟

وذكر الإمام في أواخر الغياثي ومن خطه نقلت أن هذه القاعدة من الأصول الشائعة التي لا تكاد تنسى ما أقيمت أصول الشريعة.

وقد ذكر الشيخ الإمام في باب التيمم من "شرح المنهاج" وأكثر من عد مسائلها. فمنها : إذا كان مقطوع بعض الأطراف يجب غسل الباقي جزماً.

ومنها : إذا قدر على بعض السترة فعليه ستر القدر الممكن.  
ومنها : إذا قدر على بعض الفاتحة أتى بها.  
ومنها : إذا لم يمكن المصلي رفع اليدين إلا بالزيادة على المشروع أو نقص أتى بالممكن.  
ومنها : إذا انتهى المظاهر إلى المرتبة الأخيرة ؛ فلم يجد إلا إطعام ثلاثين.  
قال الإمام : يتعين عندي إطعامهم قطعاً.  
ومنها : إذا وصى بإعتاق عبد فلم يخرج كله من الثلث عتق ما يخرج منه قطعاً.  
ومنها : إذا وجد من الماء ما لا يكفيه فالأظهر وجوب استعماله ، والقولان جاربان فيما إذا لم يكن معه ماء ولكن معه ما يشتري به ماء.  
ومنها : إذا قدر على بعض الماء ولا تراب معه فطريقان : أحدهما يجب استعماله والثانية طرد القولين.  
ومنها : الأصح -في القدرة على بعض التراب- الوجوب وقيل : على القولين.  
ومنها : إذا كان في بعض بدنه ما يمنع استعمال الماء غسل الصحيح وتيمم على الجريح ، وقيل : على القولين.  
ومنها : إذا قدر على بعض الصاع من الفطرة لزمه إخراجه - على الأصح.  
ومنها : إذا قدر على بعض الرقبة في الظهر لم يقدر على الصيام ولا الإطعام ؛ فأوجه خرجها ابن القطان.  
أحدها : الاكتفاء به.  
والثاني : إخراجه ، ويبقى الباقي في ذمته.  
والثالث : لا يخرجها.  
صفحة 156 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المشرف على الزوال

ومنها : عتق بعض الرقبة وهو موسر ببعض قيمة الباقي فالأصح السريان إلى القدر الذي هو موسر به.  
ومنها : أوصى بشراء عبد بألف وعتقه فلم يخرج الألف من الثلث وأمكن شراؤه بما يخرج منها وجب.  
ومنها : عليه نجاسات ووجد ما يغسل بعضها غسله قطعاً ، وقيل : على القولين.  
ومنها : لو عجز عن الركوع والسجود دون القيام لزمه القيام خلافاً لأبي حنيفة.  
ومنها : لو لم يقدر على الانتصاب بأن تقوس ظهره وصار في حد الراكعين فقال الغزالي -تبعاً لإمامه- يقعد.  
والأصح لا ؛ بل يقف راکعاً.  
ومنها : لو اطلع على عيب المبيع ولم يتيسر له المبادرة بالرد ولا الإشهاد من وجوب التلفظ بالفسخ وجهان جاربان فيه وفي الشفعة.

ومنها : اشترى الشقص بثمن مؤجل فالشفيح مخير بين أن يعجل ويأخذ الشقص في الحال وأن يصير إلى حيلولة الأجل -على أصح الأوجه- وهل بنيه المشتري على المطلب ؛ فيه وجهان.

ومنها : ملك مائة نقدا أو مائة مؤجلة على مليء فكيف تزكي ؟ والتفريع على الأوجه وهو أنه تجب الزكاة في المؤجل ولا يجب الإخراج في الحال ولكن بعد الاستيفاء الأصح أنه يلزمه الإخراج عما في يده ؛ لأن الميسور لا يتأخر بالمعسور.

ومنها : ذكر العراقيون -عن نص الشافعي- أن الأخرس يلزمه أن يحرك لسانه بدلا من تحريكه إياه في قراءة الفاتحة ، قالوا : والتحريك من غير قراءة كالإيماء بالركوع والسجود.

وقال الإمام في "النهاية" وهذا مشكل عندي ؛ فإن التحريك بمجرد لا يناسب القراءة ولا يدانيها ، فإن إقامته -بدلا- بعيد.

قال "ثم يلزم -على قياس ما ذكره- أن يلزموا التصويت من غير حروف مع تحريك اللسان ، وهذا أقرب من التحريك المجرد.

صفحة 157 | 466

#### الأشباه والنظائر

القول في المشرف على الزوال

ثم على الجملة قلت : أراه بدلا عن القراءة ، وإذا لم يكن بدلا فالتحريك الكثير يلحق بالفعل الكثير انتهى.

ومنها لو خاف الجنب -من الخروج من المسجد- على نفس أو مال يلبث ، ووجب عليه التيمم -إن وجد غير تراب المسجد.

صرح به القفال والأستاذ أبو منصور وصاحب التتمة وأفهمه كلام الرافعي في "الشرح الكبير" ، وصر به النووي في الروضة ، ووجهه أن أحد الطهورين وهو التراب ميسور فلا يسقط المعسور.

ووقع في عبارة الرافعي في "الشرح الصغير" ، في هذه المسألة أنه يحسن ويتعين تأويلها ، لئلا تخالف النقل والعقل.

فإن قلت : يؤيد ظاهرها -الشاهد لعدم الوجود- قول القاضي أبي الطيب فيمن أحدث ومعه مصحف -ولم يجد الماء وهو قادر على التراب- أن له حملة من غير تيمم.

قلت : وقد أفتى القفال في هذه الصورة أيضا بأنه يتيمم ؛ فلم يكن قول القاضي أبي الطيب مسلما.

ثم أقول : كلام القاضي محمول على من المصحف في يده فلم يغتفر إلقاءه على الأرض لأجل الطهارة الكبرى. وإذا حمل على المصحف في يده لم يكن كمسألة الجنب في المسجد.

ومنها : إذا وجد مانع من الجماع -طبيعي- في الزوج بعد مضي المدة المحسوبة في إيلاء كمرض لا يقدر معه على الوطء ؛ فيطالب بالفيئة باللسان أو الطلاق إن لم يفئ.

ومنها : من اجتمع عليه قتله و صلب فمات ففي وجوب صلبه وجهان.

صفحة 158 | 466

---

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

"ويستثنى من القاعدة مسائل" :

منها : إذا لم يجد المظاهر إلا بعض رقبة عدل إلى البدل.

منها : الشفيع إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يأخذ قسطه من الشقص.

صفحة 158 | 466

---

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : إذا قال الموصي : اشتروا ثلثي رقبة وأعتقوها فلم يجد رقبة لا يشتري الشقص.

ومنها : أوصى بشراء -رقاب وعتقهم فلم يتيسر إلا اثنان وشقص لم يشتري الشقص- على الأصح- عند الرافعي والنووي ، وخالفهما ابن الرفعة والوالد. ومنها : لو لم يجد المحدث إلا ثلجا أو بردا -لا يقدر على إدايته- وجب استعماله على المذهب. وقيل : يجب ، فيتيمم على الوجه واليدين ، ثم يمسح به الرأس. ثم يتيمم على الرجلين.

قاعدة : إذا تضمن الشيء الخروج من أمر فلا يتضمن الدخول في مثله ، وإن شئت قل : الشيء الواحد لا يتضمن الخروج والدخول في شيء واحد أو : الشيء الواحد لا يتضمن قطع الشيء ووصله.

أو الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ والعقد جميعا. وهذه عبارة الرافعي ذكرها عند الكلام في بيع المبيع في زمن الخيار ومن ثم مسائل :

منها : لو كبر للإحرام للصلاة ثم كبر ثانية أو أكثر قاصدا بكل واحدة من تكبيراته -تكبيرة الإحرام ؛ فإن صلاته تنعقد بالأوتار وتبطل بالإشفاق ، فإن انتهى إلى وتر فصلاته صحيحة وإن انتهى إلى شفيع لم تصح لأنها تنعقد بالأولى فإذا كبر الثانية للإحرام يضمن إبطال الأولى والدخول في الصلاة والتكبيرة الواحدة لا تصلح لقطع الصلاة ووصلها فتبطل صلاته ؛ فإذا كبر الثالثة انعقدت : لأنه ليس في صلاة ، فإذا كبر الرابعة بطلت لما قلناه في الثانية ، وهلم جرا.

وقد ذكر النووي هذه المسألة -"في الروضة" في باب "صفة الصلاة"- من زوائد - لكونها ليست في الرافعي في هذا الباب ولكنها في الرافعي في موضعين في

البيع عند الكلام في أن بيع البائع المبيع في زمن الخيار هل يكون فسخا؟ وفي الشفعة عند الكلام في تصرف المشتري في الشقص.  
فليست من زوائد الروضة -على الإطلاق- بل باعتبارات صفة الصلاة فقط.  
ومنها : لو تصرف المشتري في الشقص فعن أبي إسحاق أنه ليس للشفيع نقض تصرفه ، كما لا ينقض بناه.

صفحة 159 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

واختلفوا في موضع هذا الوجه فمنهم من خصه بتصرف تثبت فيه الشفعة ومنهم من عمم ، وقال : تصرف المشتري يبطل حق الشفيع مطلقا نعم لو كان بيعا ونحوه يحدد حق الشفعة ، وعن رواية الشيخ أبي علي لا يتجدد أيضا ؛ لأنه كان مبطلا للشفعة لا يكون مبتالها كمسألة الصلاة.

فإن قلت : الأصح صحة بيع البائع العين المبيعة في زمن الخيار إذا كان الخيار له ، ثم الأصح أن ذلك فسخ للبيع السابق ؛ فهذا تصرف يتضمن إبطال بيع سابق وصحة بيع لاحق.

قلت : إبطال البيع السابق وقع ضمنا على وجه البيع ، وليس مقصودين.  
ومنها : للمتوضى تفریق النية على أعضائه على الأصح ، أن ينوي -عند الغسل الوجه- رفع الحدث عن الوجه- وعند اليدين رفع الحدث عن اليدين وكذا عند الرأس والرجلين.

وذهب الشيخ أبو حامد الراذكاني الطوسي<sup>1</sup> شيخ الغزالي فيما نقله عن ابن الصلاح- إلى أن صورة التفريق أن ينوي -عند الوجه- رفع الحدث عن جميع الأعضاء. ثم يعود إلى مثل ذلك في كل عضو.  
واعترضه ابن الصلاح بأن ذلك ليس قطعا ؛ بل هو تأكيد لما تقدم.  
قلت : وبتقدير كونه قطعا ؛ فإنما هو قطع لنية ما وراء العضو الذي انغسل ثم هو قطع ضمني فيغتفر.

---

1 أحمد بن محمد الطوسي ذكره في الطبقات الكبرى وقال : وهذا الراذكاني أحد أشياخ الغزالي في الفقه تفقه عليه قبل رحلته إلى إمام الحرمين.  
وقال : وراذكاني براء مهملة ثم ألف ساكنة ثم ذال معجمة مفتوحة ثم كاف ثم ألف ثم نون من قرى طوس.

الطبقات الكبرى 4 / 91.

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : ذكر ابن الصباغ فيما نقله عن شبيب الرحبي<sup>1</sup> ، أن عتق المبيع قبل القبض ؛ إنما صح مع كون بيعه غير صحيح ، لأن العتق قبض ، بخلاف البيع . فقيل : إذا جعلت العتق قبضا فيجب أن لا يقع العتق إلا بعق مجرد لأن الأول حصل به القبض ، أي فلا يحصل مع القبض الخروج من اليد . فقال : هذا غير ممتنع كما لو قال لغيره : أعتق عبدك عني ففعل فإن العتق يقع عن السائل ، ويحصل به القبض والعتق معا .

فقال له السائل عن الموضوعين : اسأل ، فقال : العتق إتلاف ؛ فيجوز أن يحصل به الأمران معا كما إذا قتل العبد المبيع في يد البائع .

قلت والحاصل أن القبض يقع ضمنا كما قلنا في المبيع زمن الخيار فكان امتناع تضمن الشيء والخروج والدخول ليس على الإطلاق ؛ بل في الخروج والدخول المقصودين دون ما إذا كان أحدهما ضمنيا .

ومنها : قال الإمام "في النهاية" في باب ما على الأولياء إذا ثبت حق الزوج لعصابات النسب فقد سمي الأصحاب ذلك ولاية ثم توقف الإمام في الأخ ؛ لأنه لا يزوج أخته البالغة قهرا ، وحكى تردد الأصحاب في أنا هل نسى الأخ وليا لأخته الصغيرة ؟

فمن ناف ؛ لأنه لا يملك تزويجها ، ومن مثبت لأن لا يستحيل أن يصير وليا بعد البلوغ ، إذ البلوغ قد يؤثر في قطع الولايات ويستحيل أن يؤثر في إفادتها . انتهى ملخصا .

ونقله ابن الرفعة في باب الوكالة في الكلام على التوكيل ببيع عبد سيملكه - على غير وجهه - ومحل غرضنا منه أن البلوغ لا يصح لإثبات الولاية ؛ لأنه صالح لانتفائها .

ومنها : أن اليمين الواحدة لا تصلح لإثبات ما يدعيه ونفي ما يدعي عليه ، ولهذا قاعدة نخصه بذكرها - إن شاء الله تعالى - في الدعوى والبيانات في أن اليمين لا تصلح في الجلب والدفع مع نظائرها .

---

1 شبيب بن عثمان صالح الفقيه أبو المعالي الرحبي من أهل رحبه الشام وهو من تلامذة أبي منصور ابن أخي صاحب الشامل . انظر الطبقات الكبرى ص 7 ، ص 9 .

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : أنه لا يتخذ القابض والمقبض ، وأمثاله ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في



قواعد البيع.

ومنها : جزم جماعة من الأصحاب بأنه إذا ادعى عليه بألف فقال قبضته أنه يكون مقرا مع حكايتهم قولين فيما إذا قال : له علي ألف قضيتها ، وتكلف ابن الرفعة الفرق بأن قضيته لفظ واحد تضمن الإقرار والبراءة والشيء والواحد لا يستعمل في الشيء وضده لغة وعرفا وشرعا ، فأبلغناه فيما له دون ما عليه. وقوله : له علي ألف قضيتها لفظان يقتضي أحدهما الشغل والآخر البراءة ؛ وذلك ينتظم لفظا وإن امتنع شرعا وعقلا فلا جرم. خرج على القولين. قال الشيخ الإمام رحمه الله : ولو قيل بالعكس لم يبعد لأن قوله علي ألف قبضتها يقتضي كونها في الحال عليه وأنه قضاها ، بخلاف قضيتها فإن مضمونه الإقرار بدين سابق ، فهو مثل كان له علي ألف.

وقد صحح النووي في مثل كان له علي [ألف] 1 أنه ليس بإقرار ؛ فلم لا يكون هنا. كذلك قال : فينبغي أن يكون الصحيح في قضيتها أنه غير إقرار. قاعدة : ذكرها الشيخ الإمام في باب الحيض من "شرح المنهاج" وفي باب استقبال القبلة.

النظر 2 إلى الظاهر أو إلى ما في نفس الأمر ؟ وهذه العبارة فيها خلل ؛ فإن نفس الأمر منظور قطعاً ، يعني أنه لا بد منه ؛ إنما النظر في إن ظن خلافه هل يؤثر في اندفاع حكمه ؛ فالأولى أن يعبر أن الظن -غير المطابق- هل يؤثر ؟ وفيه خلاف في مسائل :

منها : وهي أم الباب -إذ باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت فالأظهر الصحة.

ومنها : ويجري الخلاف فيما لو باع العبد على ظن أنه أبق أو مكاتب فبان أنه قد رجع مع الكتابة.

ومنها : زوج أمه أبيه على ظن أنه حي فبان ميتا ففي صحة النكاح خلاف. وألحق الشيخ صدر الدين ابن المرحل بمسائل الباب إذا تزوج امرأة المفقود على ظن أنه حي -فإذا هو ميت ، قال : فقولان ، الأصح الصحة.

1 سقط في ب.

2 في "ب" هل النظر.

صفحة 162 | 466

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

قلت : وفيه نظر ، فإن صورة مسألة القولين إذا لم يظن حياته. بل بعد مدة التربص -بناء على القديم- ثم بان أن المفقود كان ميتا وقت الحكم بالفرقة ففي صحة النكاح على الجديد وجهان بناء على بيع مال الأب على ظن حياته.

إما إذا ظن أنه حي فلا قائل فيما أعلم -بصحة النكاح في صورة امرأة المفقود. وإذا علمت أن صورة المسألة فيما ذكرناه فلا يصح تخريج البناء ؛ لأن في بيع مال الأب على ظن الحياة عن المنافى حالة البيع ، وفي تزويج امرأة المفقود لم يظن للمنافى في حالة العقد.

ومنها : لو رأى العسكر سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة الخوف ثم بان غير عدو فأصح القولين وجوب القضاء.

ومنها : رأوا عدوا فخافوه ، ثم بان أنه كان بينهم خندق فالأصح وجوب القضاء أيضا.

ومنها : استتباب المغصوب الذي لا يرجى برؤه ثم برئ فالأصح عدم الإجزاء.

ومنها : اشتبه عليه إناءان فتوضأ بما ظن طهارته منهما ، ثم تيقن أنه كان نجسا أو أخبره بذلك عدل لزمه الإعادة على أصح القولين.

ومنها : اشتباه القبلة كذلك ومنها : بأن إمامة امرأة أو كافرا ولو كفر مختفيا على الأصح وجبت الإعادة.

ومنها : بان إمامه جنبا أو محدثا أو ذا نجاسة خفية ؛ فلا تجب الإعادة لعد الأمانة على ذلك.

ومنها : بان أميا فهو كما إذا بان امرأة على الأصح.

ومنها : اقتدى بمن يظنه خنثى فبان رجلا لم يسقط القضاء في الأظهر.

ومنها : وكل وكيلا بشراء شيء ثم باعه ظانا أن وكيله لم يشتريه بعد وبان أنه كان قد اشتراه فالأصح في المسألتين الصحة ؛ نظرا إلى ما في نفس الأمر كالأصح في غالب مسائل القاعدة ؛ وإنما خولف في مسألة الخنثى ، لتردد النية.

ومنها : تزوج خنثى بامرأة فبان رجلا لم يصح.

ومنها : تزوج المرأة من يشك في كونها محرمة عليها. لم يصح وعلوه بأن الأصل في الإيضاح الحرمة.

قال الشيخ الإمام : وهو يشك بتزويج أمه أبيه.

صفحة 163 | 466

---

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : دفع المالك الزكاة لمن ظنه فقيرا فبان غنيا لم تجزه في الأظهر ؛ بخلاف ما إذا كان الدافع الإمام فإنه يجزئ.

ومنها : إذا بان كون المدفوع إليه كافرا أو عبدا لم يجزئ أيضا في الأصح.

ومنها : إذا أقام بينة أنه غارم ، فأخذ من سهم الغارمين ، ثم بان كذب الشهود ففي سقوط الفرض الخلاف.

ومنها : إذا فسد عقد الهدنة لم يجز اغتيال الكافرين ، بل يجب إنذارهم للصحة.

ومنها : وطىء زوجة أجنبي يظنها زوجته المملوكة فالأصح يلزمها الاعتداء بقراين اعتبارا باعتقاده ، وقيل : بواحد اعتبارا بما في نفس الأمر. وإن ظنها زوجته الحرة ؛ فهل يلزمها قرء أو قرءين أو ثلاثة ؟ فيه أوجه أصحها الثالث. ولو وطىء امرأة يظنها أمتة قطع جماعة بثلاثة أقراء ؛ لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة.

وأجرى المتولي الوجهين : إن اعتبرنا حالها فتلاثة أقراء ، أو ظنه فقراء ولو ظنها زوجته المملوكة فطرد فيه الوجهين : هل قرءان لظنه أو ثلاثة ؟ والأشبه إلى ظنه ؛ لأن العدة لحقه.

ومنها : زوجة أبوه -وهو لا يدري- أو ظن أن زوجته أجنبية فخاطبها بالطلاق فالمشهور المنصوص وقوع الطلاق. ظاهرا ، وفي نفوذه باطنا وجهان بناهما المتولي على الإبراء عن المجهول ، وللغزالي احتمال أنه لا يقع ظاهرا لأن من لا يعرف الزوجية لا يقصد إلى قطعها.

ومنها : لو عامل المأذون من علم رقه ولم يعلم كونه مأذونا ثم بان أنه مأذون قال الرافعي : فهو ملحق عند الأئمة ببيع مال الميت على ظن الحياة ويقرب منه وجهان -حكاهما الحلبي- فيما إذا كذب مدعي الوكالة ثم عاملة فظهر صدقه في دعوى الوكالة.

ومنها : إذا قال لمن عليه ألف درهم : أبرأتك منها ثم قال : لم أعلم. ومنها : المستحاضة إذا عاد الدم على خلاف ما اعتادته من طول زمن الانقطاع طولا يسع وضوءا وصلاة فلا يجب إعادة الوضوء في الأصح اعتبارا بما في نفس الأمر.

صفحة 164 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : قال الرافعي في فروع الطلاق : ولو خيرها وهي لا تشعر فاختارت نفسها قال إسماعيل البوشنجي : يخرج على بيع مال الأب على ظن الحياة. ومنها : إذا قال الغاصب للمالك : أعتق هذا العبد فأعتقه ظنا أنه ملك للغاصب ، فالصحيح النفوذ نظرا إلى ما في نفس الأمر.

ومنها : إذا اعتق أمتة بشرط أن تتزوج به ؛ فمنهم من بناه على بيع مال الأب المظنون الحياة.

ومنها : قال في الوسيط في نكاح الشركات : لو أسلم ونكح أخت المتخلفة وأصرت المتخلفة ابني صحة النكاح على القولين بمن باع مال أبيه على ظن الحياة.

ومنها : ارتكب كبيرة في ذهنه لو طىء زوجته يظنها أجنبية قال الشيخ عز الدين : يجري عليه أحكام الفاسقين ، لجرأته ، ولا يعذب تعذيب زان.

ومنها : كان ينفق على ظن الحمل ، ثم بان أنه لا حمل فله الاسترداد لأنه مسلم عن جهة الواجب ، وقد تبين خلاله فأشبهه ما إذا ظن أن عليه ديناً فأداه ثم بان خلافه ، وما إذا أنفق على أبيه على ظن إعساره ، فبان يساره وعن القاضي الحسين أنه احتج لذلك بما روي : " أن أبي كعب -رضي الله عنه- علم رجلاً القرآن أو شيئاً منه فأهدى له شيئاً فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : "إن أخذتها أخذت قوساً من النار" 1.

وقال : إن ذلك الرجل ظن وجوب الأجر عليه من غير شرط وكان معطي القوس على ظن أنه يعطي الواجب عليه فمنع النبي صلى الله عليه وسلم عن أخذه. ومنها : قال الرافعي في باب الكتابة فيما إذا أوصى برقبة المكاتب كتابة فاسدة ، وهو يظن أن الكتابة صحيحة أن في الوصية قولين : أحدهما : لا يصح ؛ لأنه أوصى ، وعنده أن ما يأتي به لغو. والثاني : يصح به اعتباراً بحقيقة الحال ، وهو أشبهه عن المزني. ثم قال : ولو باع المكاتب كتابة فاسدة أو المبيع بيعاً فاسداً أو وهب أو رهن وهو

---

1 أخرج ابن ماجة في السنن 2 / 730 في كتاب التجارات/ باب الأجر على تعليم القرآن من حديث "2158" وقال البوصيري : في الزوائد إسناده مضطرب قاله الذهبي في الميزان في ترجمة عبد الرحمن بن سلم وقال العلاء في المراسيل عطيه بن قيس الكلاعي عن أبي بن كعب مرسل.

صفحة 165 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

جاهل بالفساد فطريقان أحدهما : طرد القولين ، والثاني : القطع بالفساد بخلاف الوصية ؛ فإنها تحتل من الخطر ما لا يحتمله البيع والرهن.

انتهى ملخصاً ، وخرج منه أو الوصية بالمكاتب كتابة صحيحة باطلة على القولين والأمر كذلك على الجديد.

أما القديم الذي يجوز بيع الكتب ؛ فإنه يجوز الوصية به وقد قدمه الرافعي قبل هذا -كما قلنا- وقال : الجديد إنها باطلة كما لو أوصى بعبد الغير في تسويته بين البيع والوصية نظر ؛ إذ لا يلزم من منع البيع منع الوصية. وفي تسويته -أيضاً- بين الوصية بالمكاتب والوصية بعبد الغير ولا ملك له عليه -منع الوصية بالمكاتب وهو يملكه.

وقد تقدم -في باب الوصية في الركن الثالث في الموصي به- أنا إذا منعنا بيع المكاتب فالوصية به كالوصية بمال الغير.

ونقله عن التتمة قال : وإذا أوصى بمال الغير فقال : أوصيت بهذا العبد -وهو ملك لغيره- أو بهذا العبد -إن ملكه- فوجهان : الصحة ؛ لأن الوصية به والشيء

الواحد لا يجوز أن يكون محلاً لتصرف شخصين. قال النووي : قلت الأولى أفقه وأجرى على قواعد الباب ؛ فتبين بهذا أن الوصية بمال الغير على ما ظهر من الكتابة ومن الفوائد أن قضية كلام الرافعي في باب الكتابة الفرق بين الوصية بعبء الغير فتبطل ، وبين قوله : إن ملكت عبد فلان فقد أوصيته به فإنه صحيح على الراجح ، وفي باب الوصية - كما رأيت جعلهما على حد واحد .  
فصل :

فيمن أخطأ الطريق وأصاب المطروق ، وبعبارة أخرى فيمن هجم فتبين أنه فعل الصواب هل يكون خطؤه في الطريق ؛ حيث هجم موجبا لتغيير حكم المطروق ؟ إذا كان من حقه أن يأتيه إلا من حيث أمر ولا يضر ذلك فيه صور .  
اشتبه ماء طاهر بنجس فالمذهب وجوب الاجتهاد ؛ فلو هجم بلا اجتهاد وتوضأ بأحدهما لم يصح وضوءه ولا صلاته ؛ فإن بان أنه توضأ بالطاهر قال الشيخ أبو إسحاق : لا يصح لكونه متلعبا ، وخالفه ابن الصباغ .

صفحة 166 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : صلى شاكا في دخول الوقت - بغير اجتهاد - فوافقه لم يصح ، وللغزالي في المسألتين كلام طويل ذكره شبيب الرحبي .  
قاعدة : قال الشافعي رضي الله عنه : "الظن ملغي إلا ما قام الدليل على إعماله" ، وقال مالك رضي الله عنه : "معمول به إلا ما قام الدليل على إهماله" .  
كذا نقلت هذه القاعدة عن شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام رحمه الله .  
قال الشيخ الإمام الوالد - رحمه الله - في كتاب "الطوابع المشرقة" ، ويثبت ذلك عندي - عنه ؛ إلا أنه يمكن أخذه من اختلاف الشافعي ومالك في المصالح المرسلة .

قلت : وكان الشيخ الإمام يرتضي هذه العبارة ويحرر عنها عبارة أخرى ؛ فيقول : "الأصل عدم العمل إلا ما قام الدليل على إعماله" وقيل : الأصل العمل إلا ما قام الدليل على إغائه .

وفي القاعدة مسائل :

منها : الصحيح - عندنا أنه لا يكفي ظن الطهارة عند اشتباه الإناء الطاهر بالنجس ؛ بل لا بد من اجتهاد وظهور علامة .

ومنها : أنه لا يقبل قول الصبي المميز - وإن أثار ظنا - إذ لا انضباط لهذا الظن .

ومنها : في زيادة الروضة في الاستنجاء لو غلب على ظنه زوال النجاسة ، ثم

شم من يده ريحا فالأصح لا يدل على بقاء النجاسة في المحل كما هي في اليد .

ومنها : إذا جاء من يدعي اللقطة - ووصفها وظن الملتقط صدقه لم يجب الدفع إليه

على المذهب ؛ بل يجوز ، وقيل : يجب .



وأمثلته كثيرة ، وحاصلة أن مجرد الظن إن لم يقصد بشاهد شرعي لا يعتبر ؛ لأن الأصل الغاؤه ، ومن تأمل الكتاب والسنة وجد فيهما الكثير مما يدل على ذم العمل بمجرد الظنون.

خالفناه فيما تأكد بدليل ، كوطء الرجل المرأة إذا زفت إليه يظنها زوجته ، والأكل من المنحور والمشعر في الفلاة ودخول الأزقة والدروب المشتركة يظن رضاء أهلها ، وما هذا شأنه يعتبر الظن فيه لقيام الدليل عليه ومن ثم مسائل اختلف فيها :

منها : السقط إذا لم يتيقن حياته ولكن دلت عليها أمانة -من اختلاج ونحوه-

صفحة 167 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

صلى عليه في أصح القولين ؛ لأن الاختلاج أمانة الحياة فأشبهه الصراخ. والقول الآخر لا يصلي عليه لعدم التيقن ، وعدم اعتضاد هذا بأصل. قاعدة : ما ربط به الشارع حكما فعمد المكلف إلى استعجاله لينال ذلك الحكم ؛ فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده أو لا لوجود الأمر الذي علق الشارع الحكم عليه ؟

وهذه القاعدة هي التي يسميها من لا تحقيق عنده "المعاملة بنقيض المقصود" ، ويأخذ ذلك كلاما عاما.

وتحريره عندي أن يقال : إن كان الذي ربط الشارع به الحكم أمرا يتطلب إيقاعه فإذا فعل نال الحكم المرتب عليه -كالثواب الذي ربطه الشارع بالصلاة وغيرها من الأعمال حثا على تلك ، وهذا لا ينحصر ، وضابطه : كل سبب شرع حثا على فعل المسبب- كمضاعفة الأجر بالصلاة في مكة والمدينة والمسجد الأقصى وركعتي الفجر وغير ذلك- فالمسبب نصب باعثا للمكلف على فعل السبب. وينبغي أن ينظر هل من هذا القسم ما نصه الشارع مسببا لبيعث ويحمل على فعل المسبب وما نصه إلا كذلك ؟ فيكون هذا القسم على قسمين. أحدهما : ما كان مسببه منصوبا لبيعث على سببه ، وهو أبلغ من الثاني الذي هو غيره.

وإن لم يكن أمرا وطلب الشارع إيقاعه ؛ فإما أن ينهي عنه أولا.

الأول : أن ينهي عنه فيعمد المكلف إلى ارتكابه لينال ما يترتب عليه الموت سبب لميراث الوارث المال ؛ فيعمد الوارث إلى قتل مورثه لينال الميراث فهل حصل له ما يترتب على الموت ؟ أو لم يعمد هذا موضع النظر. وتحقيقه أن يقال إن لم يختل بانتفاء ذلك الحكم المرتب عليه قاعدة من قواع الشرع فينتفي ولا يحصل. وهنا يقال : عومل بخلاف مقصوده.

ومن ثم لا يرث القاتل ؛ لأن انتفاء ميراث بعض الوارثين لا يهدم قاعدة مهدها



الشارع ؛ إذ رب قريبين لا يتوارثان لاشتباه حالهما بهدم أو غرق أو اختلاف دين أو غير ذلك. وإن اختلفت قاعدة فلا ينتفي ؛ بل يبقى على حاله مستندا إلى السبب الذي نصبه الشارع. وفي هذا مسائل :

صفحة 168 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

منها : إذا باع نصاب الزكاة قبل الحول ، فرارا من الزكاة فلا يجب ، ولا يلزم وإيجاب الزكاة في مال لم يحل عليه الحول ، أو في مال حال عليه الحول لا في ملكه فتختل قاعدة الزكاة.

ومنها : إذا طلق امرأته فرارا من ميراثها فيه فلا ترثه على الصحيح الجديد وإلا يلزم توريث بلا سبب ولا نسب.

فإن قلت قلنا قول إنها ترث لم يجر نظيره في الزكاة.

قلت : فرق بعض أصحابنا بأن المستحق في الزكاة غير معين. بخلاف الزوجة ونقض الفرق بأن مستحق الزكاة قد ينحصرون فيعينون. ورد النقض بأن انحصارهم عارض ، والأصل عدمه.

قال ابن الصباغ : فإن قلت : فهل يآثم في هذا القسم.

قلت : قالوا في الزكاة يكره ولا يحرم ، وللغزالي احتمال في تحريمه. ومنشأ ذلك أن الإقدام على الفعل -قبل انعقاده سبب لا يحرم ؛ لأن الحكم لمن يرتبط به بعد ، وإلا فيحرم ، وفي الزكاة لم ينعقد السبب ؛ لأنه المال مع الحول أو المال بشرط الحول ؛ فلم يوجد السبب بتمامه لأن فقد شرطه يوجب فقده ، وفي طلاق الغائر يحرم ، لأن الزوجية هي السبب والموت شرط والمتوسط منهما فراره.

ومنها : إذا قتلت المستولدة سيدها فتعتق ولا تعامل بخلاف مقصودها ؛ فلا تختل قاعدة أم الولد -تعتق بالموت- ويمكن الاستدلال على هذا بخصوصة قوله صلى الله عليه وسلم "اعتقها ولدها" ويقال لم يعتقها السيد ، بل الولد ، فلم يكن القتل مانعا ، ولم يكن هذا من القسم الذي نحن فيه.

ومنها : إذا قتلت المدبرة سيدها...

ومنها : إذا دخل المسجد في وقت الكراهة ليصلي التحية صحح الرافي كراهة صلاة التحية حينئذ ، قالوا : كما لو أخرج الفائتة ليقضيها في هذه الأوقات.

ورجح الشيخ الإمام أن الصلاة لا تكره ؛ إنما المكروه الدخول والتأخير لهذا الغرض فإن دخل أو أخرج فلا يحكم على الصلاة -حينئذ- بالكراهة وما قاله هو الأرجح ، وليس لما صحح الرافي والنووي وجه إلا أن يكونا عاملا بنقيض مقصوده حيث ارتكب المنهي ودخل ليصلي.

صفحة 169 | 466

تنبيه : قال أبو جعفر الطحاوي الحنفي في كتاب مشكل الآثار أن المكاتب إذا كانت له قدرة على الأداء فتأخر ليتسع له النظر إلى سيده بملكها إياه فحرام عليه ؛ لأنه منع واجبا عليه ليبقى له ما يحرم عليه إذا أداه. ونقله عن الوالد رحمه الله في "شرح المنهاج" ، عند الكلام في نظر العبد إلى سيده وقال : إنه تخريج حسن لا يبعد من جهة الفقه.

وبنى عليه الطحاوي أن الأمة المكاتبه إذا قدرت على الأداء ؛ فعليها أن يصلي بقناع -وأن تعتد عدة الحرة ولا تسافر إلا مع محرم ، والعبد المكاتب لا زكاة عليه ؛ فإذا أخرج الأداء مع قدرته عليه كان حراما عليه. قال الوالد -رحمه الله- وبعض ما ذكر الطحاوي مردود وبعضه لا بأس به فإن تعبير الأحكام من إيجاب القناع على الأمة واعتدادها اعتداد الحرة يعتبر حكم الشرع.

وتحريم تأخير الأداء مع القدرة لا بأس به وإن كانت الكتابة جائزة من جهته لكنه قادر.

وتحريم نظره والنظر إليه ؛ إما لأن ما قارب الشيء أعطي حكمه كما يقول أصحابنا -المشرف على الزوال كالزائل ، وإما عقوبة له ، وإما لأن في تمكينه من النظر إعانة له في تأخير الواجب فلا بأس بذلك. قلت : وأما معاملة له بنقيض قصده ، ولأجل هذا ذكرناه في هذه القاعدة المنقول من كلام الطحاوي هنا أنه يحرم عليه تأخير الأداء لأجل تفاحل النظر إلى سيده ، وأنه يحرم عليه النظر معاملة له بنقيض قصده. وأما الصلاة بقناع والاعتداد عدة الحرة ؛ فلا سبيل إليهما وهي أمة ، ولا وجه له ولو تم ذلك لكان يلزمه أن يقول : إن المكاتب يعطي بمجرد القدرة على الأداء ثم يلزم بالأداء ؛ لكنه لم يقل بذلك.

واعلم أن أصحابنا مختلفون في أنه هل للمكاتب أن يفسخ عقد الكتابة ؟ فعلى القول بأن له الفسخ -وهو المرجح عندهم- قد يقال : إن فيه ردا على من حرم تأخير الأداء ، أو يمكن الجواب بأن تأخير الأداء حرام ؛ فإما أن يؤدي ، وإما أن يعجز نفسه ويرتفع عقد الكتابة ، وقد ذكرت هذا في "التوشيح".

قاعدة : مترددة في غضون كلام أكثر الأصحاب "إعمال الكلام أولى من إهماله" ، واستشهد صاحب التتمة لها -في كتاب البيع في مسألة وهبتك بألف يقول الشافعي رضي الله عنه فيمن أوصى بطبل وله طبل حرب وطبل لهو : يحمل

على طبل الحرب لتصح الوصية ، وتبعه صاحب البحر في هذا الاستشهاد. وذكر ابن الرفعة في "المطلب في باب الوصية عند الكلام في الوصية للدابة أن الإمام حكى في كتاب الطلاق فيما إذا تردد اللفظ على وجه يحتمل الاستحالة ، ويحتمل إمكانا أن من الأصحاب من لا يبعد الحمل على الاستحالة ، ومنهم من يوجب الحمل على الإمكان حتى لا يلغى اللفظ ، ومن هذا ما إذا قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق.

وأقول : محل القاعدة فيما إذا استوى الإعمال والإهمال بالنسبة في الكلام أو تقاربا ، كمسألة الطبل ؛ فإن الطبول بالنسبة إلى لفظ الطبل فيحمل على ما يصح سواء كان عنده النوعان من الطبول أو لم يكن عنده ؛ فإن لم يكن عنده إلا طبل اللهو فالوصية باطلة ؛ لأن قرينة كونه عنده يرشد إلى أنه الموصي به ، فاضمحل هنا احتمال الإعمال.

ومن ثم نقول : أما إذا بعد عن اللفظ وصار بالنسبة إليه كاللغز فما الإعمال راجحا وبين القرب والبعد الدرجات.

وبعد ما كتبت هذا وجدت نحوه في كلام الوالد رحمه الله في باب الوصية كلام على الوصية للدابة ؛ فإنه ذكر بعدما حكى ما حكاه ابن الرفعة عن الإمام من الخلاف ما نصه : هذه القاعدة ؛ حيث يكون تردد اللفظ على السواء أو لا يكون على السواء ؛ ولكنه راجع إلى موضوع اللفظ مع احتمال قريب ، أما إذا لم يكن للفظ إلا موضوع واحد واحتمال لا يحتمله إلا مكلف فالمصير إليه بعيد ، والوقوف عند موضوع اللفظ واجب ، وإن كان مستحيلا إذا لم يدل دليل على ذلك للمحتمل البعيد. انتهى.

فله الحمد على أن وقع ذهني وفهمي على ما وقع عليه ذلك الحبر ، وها أنا ذاكر مسائل : ما جزم فيها بالأعمال فلقربه ، وما جزم به فيه بالإهمال فلبعد الإعمال وما تردد فلتردد النظر.

ومنها : أوصى بعود من عيدانه وله عيدان لهو غير صالحة لمباح وعيدان قسي 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

صفحة 171 | 466

---

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

الأصحاب ، وعزوا المسألة إلى النص ، والنص شهد لما قدمته.

ومنها : قال : زوجتك فاطمة ولم يقل بنتي ، لم يصح لكثرة الفواطم ، وفيه وجه.

ومنها : قال : طلقت زينب ولم يقل زوجتي طلقت على المذهب ، ويحتاج إلى

الفرق بين النكاح والطلاق.

ومنها : إذا قال مشيراً لامرأته وأجنبية : إحدكما طالق ثم قال : أردت الأجنبية ، ذهب الأكثرون إلى أنه يصدق وذهب بعضهم إلى أنه لا يصدق ويقع على امرأته ، وقاسه على مسألة الطبل.

ومنها : ظاهر القاعدة أن الوكيل في الشيء إذا تصرف فإن كان الموكل فيه ما يصح فعله منه عن قبل نفسه وعن الوكالة ولم ينو الموكل أنه يحمل على التصرف عن نفسه - وإن لم يعلم نيته- حملنا الأمر على ذلك. وإن كان لا يصح عن نفسه يحمل على أنه عن جهة الوكالة صونا للتصرف عن الإلغاء وحملنا على الظاهر ؛ فإن الظاهر من حال العاقل أنه إنما تصرف تصرفاً صحيحاً.

وهل يحتاج في نفاذ تصرفه إلى أن ينوي كونه من موكله أو إنما يحتاج إلى عدم الصارف بمعنى أنه إن أطلق حمل على أنه عن الوكالة ، وإن نوى أنه غير الوكالة.

وحاصل هذا أنه هل يكون عن الوكالة إلا أن تصرف ذلك بنية أو لا يكون منها إلا أن ثبوته فيه خلاف ؟

أقول : هذا كله تفقها ويشهد له من المنقول قول الأصحاب فيمن اشترى شيئاً ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها : أن الشراء يقع له لا للموكل ؛ فإن قلت : قال الغزالي : وكيل الزوجة بالخلع إذا خالع ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها أنه يقع عن الوكالة. قلت : اعترضه الرافعي وقال : القياس الظاهر أن من اشترى شيئاً ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها يقع الشراء له لا للموكل.

قال : وقد يفرق بين البابين بأن الأصل وقوع العقد لمن تحصل هل فائدته ومنفعته والشراء تحصل فائدته لكل من يقع الشراء له ومباشر العقد أولى لحصول منفعة العقد له من غيره وفي الاختلاف تعود الفائدة والمنفعة إلى الزوجة وغيرها ببذل المال على سبيل الفداء ؛ فكان صرف العقد إليها إذا أمكن أولى من صرفه إلى غيرها.

صفحة 172 | 466

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

قلت : ثم المسألة يجب أن تقيد بما إذا كان الوكيل يمكنه أن يختلع عن نفسه وهو مطلق التصرف.

أما السفیه إذا وكلته ليختلعه من زوجها ؛ فخالع وأضاف إليها وقد قدم الرافعي قبل هذا الفرع عن التتمة أن يصح ؛ إذ لا ضرر في ذلك عليه ولو فرض هنا أن الوكيل سفیه تعين أن يوقع تصرفه عنها أو يلغو ، إذ لا سبيل إلى جعله عنه. ونظير المسألة : لو وكل أحد الشريكين في الرقيق صاحبه في عتق نصيبه قال : أعتقت نصفك وأطلق فهل يتعين فيما هو مكله أو فيما هو وكيل فيه ؟ وفيه

وجهان.

قال النووي : لعل أقواهما الأول ؛ فهذا ما يدل من كلام الأصحاب ، على أن إسناد التصرف إلى نفسه -حيث يمكن- أولى ، والتردد وقع فيه بين أعمال كل من الأمرين ، ولا إهمال في الطرفين.

أما إذا دار بين الأعمال والإهمال -وهو ما قلنا : إنه لا يمكن وقوعه عن المباشر ؛ وذلك كالطلاق يكون وكيفا فيه عن الزوج ، فيطلق ولا ينوي الطلاق وأنه عن الموكل ؛ ففي الوقوع وجهان حكاهما الرافي في فصل الكناية من الطلاق "قبل الفصل الثاني في الفعل والإشارة المفهمة ، ثم أعاد حكايتهما في أثناء فروع الطلاق ، وقال : الأقرب أنه لا يحتاج.

قلت : وهو الأرجح ، وهو إذا أطلق أما إذا نوى وقال : نويت الطلاق عن نفسي فيكون لغوا ، لا عن موكلي فيحتمل أن يقال : تسمع بينته هذه ولا يقع الطلاق ، ويدل له ما في الرافي قبل باب الديات عن فتاوى صاحب التهذيب أن الوكيل باستيفاء القصاص إذا قال : قبلته بشهوة نفسي عن جهة الموكل يلزمه القصاص. ويحتمل أن يقال : لا يسمع منه لمخالفته للظاهر ، ولأن أعمال الكلام أولى من إهماله ، وليس كمسألة القصاص ، فإن قول الإنسان على نفسه مقبول وما فعله من القتل معتبر على كلا التقديرين ؛ فإنه إن كان عن الوكالة كان استيفاء معتبرا ؛ وإلا كان فعلا موجبا للقود فلم يكن ملغي بخلاف الطلاق ؛ فإنه إذا لم يكن عن الوكالة كان لغوا بالكلية لا سيما على قول من لا يوقف العقود وهو الصحيح.

ويحتمل أن يفصل -وهو الأقرب- فيقال : إن كانت قرينة على نية الصرف تباعد  
صفحة 173 | 466

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

دعواه ، كما لو أكره على طلاق من هو وكيل في طلاقها فطلق ، وقال : إنما نويت التصرف عن نفسي والخلاص عن غائلة الإكراه فيسمع منه ؛ وإلا فلا ويدل على ذلك احتمالان حكاهما الرافي ، عن أبي العباس الروياني في الوكيل بالطلاق يكره عليه ، هل يقع لحصول اختيار المالك ؟ أو لا يقع لأنه المباشر ؟ قال أبو العباس : هو أصح ، قلت : وينبغي أن يكون محلها عند الإطلاق.

إما إذا نوى التصرف عن نفسه فقد يقال بالجزم بعد الوقوع لما ذكرناه لا سيما إذا فرعنا على أنه لا بد عند الإطلاق من نية التصرف عن الوكيل. وأما إذا نوى التصرف عن الموكل فينبغي أن يجري في الخلاف المذكور في المكره على الإطلاق إذا نواه هل يقع ؟ وهو الأصح ؛ لأن النية دفعت الإكراه أولا ، لأنه لا أثر لها. مع لفظ صادر عن الإكراه.

ثم هذا كله إذا دار الأمر بين الإلغاء بالكلية والإعمال ؛ فإن دار بين الإعمال - بالكلية- والإلغاء لا مطلقا لكن بالنسبة إلى البعض كأحد الشريكين في العبد



المشترك يقول : أعتقت نصف هذا العبد ، وليس هو بوكيل لصاحبه .  
فهذا تصرف دار بين أن يحمل على نصيبه فيعمل بتمامه أو على الإشاعة فيبطل  
في حصة شريكه ويصح في حصته ؛ فلا يعتق إلا ربع الأصل . وفي المسألة  
وجهان : أصحهما الثاني لا إطلاق اللفظ وهو المعزوم في الروضة قبل باب  
المتعة إلى الأكثرين ، وقد يستشهد له بقول الإصحاب في باب المساقاة في حديقة  
بين اثنين مناصفة . ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمان أنه يصح .  
قالوا : وإن شرط له ثلثها ، أو نصفها لم يصح ؛ لأنه لم يثبت له عوضا بالمساقاة  
؛ فإنه يستحق النصف بالملك .

فصل :

إذا عرفت أن الأعمال مقدم على الإهمال عند الإمكان لم يخف عليك بعده أنه إذا  
تعذر أعمال لفظ دار الأمر فيه بين طرحه وإغائه وبين حمله على معنى صحيح  
أن حمله على الصحيح أولى .

وهذه قاعدة مستقلة تلقب بأنه : " هل الاعتبار بألفاظ العقود أو بمعانيها ؟ " .

صفحة 174 | 466

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

وهذه القاعدة متعددة الفروع غير منصوصة لصاحب المذهب ، رضي الله عنه -  
لا يعرف فيها نص صريح ، ولكن دل نصه في باب الخيار في السلف في مسألة  
اشترت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم على اعتبار المعنى وكذلك قال في أول  
باب الشفعة من " الأم " إذا كانت الهبة على ثوب معلوم وهو بالمبيع أشبه ؛ لأن  
البيع لم يعطه إلا بالعوض ، وهكذا هذا لم يعطه إلا بالعوض .  
وأنا منبهك في هذه القاعدة على أمور .

أحدها : أنها مخصوصة بالعقود فيما يظهر من كلام كثير من الأصحاب منهم  
الإمام الغزالي ، وصاحب التتمة والبحر والرافعي .

وكلام من أطلق - أنه هل العبرة باللفظ أو بالمعنى - محمول على من قيد بالعقود ،  
وسيظهر لك عند عد الفروع كيف خرج قوم على هذا الضابط وليس لهم هذا ؛  
فإن المذهب نقل ولم ينقل الخلاف إلا في العقود .

الأمر الثاني : أن محلها ما إذا تعذر العمل باللفظ ، أما إذا لم يتعذر فلا شك في  
اعتباره ، ومن ثم أقول قد يقال : إنها ليست فرعا للقاعدة السابقة في أن الأعمال  
أولى ن الإهمال ؛ لأن تلك في أعمال لفظ أمكن حمله على أحد محامله وإن بعدت  
، وهذه في الخروج عن اللفظ بالكلية إلى معنى آخر والأقرب أنها هي ؛ فإن  
المعنى الذي يحمل عليه فلا بد أن يكون بينه وبينه علاقة وإلا فيكف يحمل على  
ناء عنه بالكلية :

وقد قدمنا أن مثل هذا يصير بالنسبة إلى اللفظ - بالكلية - كاللغز ؛ فلا يعتبر وقد



قدمنا كلام الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في ذلك.  
الأمر الثالث : لم أر من بسط القول في مفتاح هذه القاعدة أكثر من صاحب التتمة  
وتبعه صاحب البحر ، وهو كثير الاتباع له فيما لا نجده في الحاوي.  
وملخص ما ذكرناه في مسألة "وهبت منك بألف" خلاف في أن الاعتبار بظواهر  
اللفظ أو بمعانيها.

وأراد بالظواهر الألفاظ ، واستدل باعتبار اللفظ بأنه الموضوع لإعادة المعنى  
الذي يفهم منه عند الإطلاق ، ولهذا إذا أراد الطلاق بالظهار وعكسه لا تعتبر  
إرادته ويحمل اللفظ على بابه ، قالوا : واعتبار المعنى عدول عن مقصود اللفظ ،  
ولفظ اللغة لا يعدل به

صفحة 175 | 466

### الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

عن موضوعه ؛ فكذاك لفظ العقود ، قالوا : والعقود تفسد بشرط مفسد فما ظنك  
بتغيير مقتضاها.

واحتجا لا اعتبار المعنى ، بما روي عن أبي الدرداء أنه قال في الهبة شرط  
العوض هو دين على صاحبه في محياه ومماته ، وبأن ظاهر الأمر الوجوب ، ثم  
إذا تعذر حمله على الاستحباب ونحوه فكذاك ظاهر الكلام إذا تعذر حمله على  
الصحيح حمل على المعنى تصحيحا له. وإطالا في ذلك ومنازعتهما ممكنة في  
كثير مما ذكرناه ؛ غير أننا لسنا لها الآن.

الأمر الرابع :

في أنه هل الأرجح اعتبار اللفظ أو المعنى أو لا يطلق ترجيح. ولقد اضطربت  
الفروع في ذلك ، وحاول الرافعي في باب الإجارة ضبطها -بعد اعترافه  
بتنوعها- بطرق تقارب الطريق التي ذكرتها في باب الأعمال والإهمال ؛ فقال  
فإن اختل اللفظ أهمل ، وذلك كالشراء بلفظ السلم ؛ فإن تمام معنى السلم لا يوجد  
في الشراء لأنه أخص منه ، ولا يؤخذ الأخص في الأعم ، وكذلك أن يرفع آخر  
اللفظ أوله مثل بعتك بلا ثمن وإن انتظم مثل : أن يكون المعنى الأصلي مشتركا  
بين خاصين يشتهر في أحدهما مع كونه مستعملا في الآخر كالسلم بلفظ الشراء ؛  
فإن المعنى الأصلي للشراء موجود بتمامه في السلم إلا أنه اشتهر في شراء  
الأعيان ؛ فهنا يعتبر المعنى.

وقريب من كلام الرافعي قول ابن الرفعة بعدما ذكر اختلاف الصحيح في مسائل  
القاعدة ، أن ينظر إلى اللفظ عند بعد المعنى ، وإلى المعنى عند قربه.  
ولعل هذا الكلام أقرب من كلام الرافعي ؛ فإن الطريق التي حاولها بعيد أن تستقيم  
في كل الفروع.

أما قوله : في بعتك بلا ثمن رفعا لأول اللفظ مناقشة يمكن أن يقال إن هذا غير

منتظم بالكلية ، لأن بعثك بمجرد لا يقتضي شيئاً حتى يذكر الثمن ، فإذا نفاه لم يرد النفي على شيء ولولا وروده لثبت. فلا يكون كتعقيب الإقرار بما يرفعه.  
الأمر الخامس : في تعدد فروعها.  
فمنها : المسألة التي جعلها صاحب التتمة والبحر أم الباب : إذا وهب بشرط  
صفحة 176 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

الثواب فهل يبطل لتناقضه ؟ أو يصح ويكون هبة اعتباراً باللفظ ؟ أو بيعاً اعتباراً بالمعنى ؟ الأصح الثالث.

وعبر صاحب التتمة والبحر عن المسألة بأن يقول : وهبتك بألف أو هذا لك بألف.

فإما وهبتك بألف فظاهر وأما هذا لك بألف ؛ فلم أجده في غير كلامهما والذي يظهر أن هذا لا تعارض فيه بين اللفظ والمعنى ؛ فإن لفظ هذا لك صالح لأن يكون بطريق البيع كصلاحيته لأن يكون بالهبة وقوله بعده : "بألف" صريح في معنى البيع.

فالذي يظهر القطع بأن هذا بيع غير أن لفظه هذا يحتمل أن يكون كناية في البيع ؛ فلا يطرق هذا خلاف في كونه بيعاً إلا من قبل الخلاف في انعقاده بالكنايات. ومنها بعثك بلا ثمن أو لا ثمن لي عليك ؛ فقال : اشتريت وقبضه فليس بيعاً ، وفي انعقاده هبة قولاً تعارض اللفظ والمعنى ، وفي كونه مضموناً على القابض وجهان ذكره الرافعي في باب السلم وحذف الوالد رحمه الله في "شرح المنهاج" صورة ولا ثمن لي عليك.

قلت : ويظهر أن التهافت في بلا ثمن أقوى منه في ولا ثمن لي عليك ؛ فإن جعل في الأولى عدم الثمن عوضاً ، وعدم الثمن لا يكون عوضاً ؛ بخلاف ولا ثمن لي عليك ، فإن غايته نفي الثمن لا جعل النفي عوضاً.

ولو قال قائل : هذا الجار والمجرور وحده تهافت ، لا قضية أن عدم الثمن ثمن ، لم يبعد.

واقترن الإمام في "النهاية" قبيل كتاب السلم على تصوير المسألة بأن يقول : على أن لا ثمن لي عليك.

وهذه صيغة ثالثة يظهر أنها بين الصيغتين ؛ فهي فوق قوله : ولا ثمن لي عليك ، للتصريح باشتراط نفي الثمن ودون بلا ثمن ، لما في تلك من جعل عدم الثمن ثماً.

ولك هنا أن تبحث عن أن المفسد في قولنا : بلا ثمن هل هو نفي الثمن أو عدم ذكره ؟

وبأرشق من هذه العبارة هل عدم ذكر الثمن أو ذكر عدم الثمن بحثاً ينبني عليه

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : إذ قال : بعتك ولم يتعرض للثمن بنفي ولا إثبات ؛ فيظهر.  
إن قلنا : المفسدة -في الفروع قبله- عدم الثمن [لأن] الفساد فيه وفي هذا سواء.  
وإن قلنا : المفسد جعل عدم ثمننا ؛ ففساد هذا دون فساد ذلك ، مع اشتراك الكل  
في الفساد.

فإن قلت : لا ضرورة لي -مع اشتراكهما في الفساد- إلى هذا التدقيق لانتفاء  
الجدوى فيه.

قلت : له فائدة ؛ فإننا إن قلنا : هما في الفساد سواء ؛ فيظهر أن يتخرج في كونه  
هبة الخلاف الأول بعينه ، وبذلك صرح صاحب النتمة فقال : إذا بعتك -ولم يذكر  
ثمننا- فإن راعينا المعنى انعقد هبة ، وإن راعينا اللفظ فهو بيع فاسد ، ويظهر أن  
يجري الخلاف فيه في الضمان كما يجري في الأول ، وإن قلنا : الأول أفسد  
ونعني بكونه أفسد أن انتفاء صفة البيع عنه أوضح ، وثبوت الهبة أولى.  
وهذه طريقة الإمام في "النهاية" ، وتبعه الرافعي فقال : بعدما حكى في بعتك بلا  
ثمن هل يكون هبة ؟ قولين ، وهل يكون مضمونا ؟ وجهين :  
ما نصه : ولو قال بعث هذا -ولم يتعرض للثمن أصلا- لم يكن ذلك تمليكا ،  
والمقبوض مضمون ، ومنهم من طرد فيه الوجهين. انتهى.  
وصرح الإمام -في النهاية- بالاتفاق على أن لا يكون تمليكا. إذا عرفت هذا فلا  
خلاف عندهما في أن عدم التعرض للثمن لا يقتضي تمليكا كما لا يقتضي بيعا ؛  
بخلاف نفيه.

وبهذا يعلم أن قول النووي في "الروضة" في بعتك -مجردا- ليس تمليكا على  
المذهب -مستدرك- فإنه إن أشار بقوله : إلى خلاف فليس الخلاف في الرافعي ،  
ولا تقتضيه طريقته ؛ لأنها تقتضي التفرقة بين بعتك -المطلق- وبعتك المقيد بنفي  
الثمن.

وأما صاحب النتمة فحكى الخلاف لما اقتضته طريقته من استواء الصورتين.  
والفرق يؤخذ مما ذكره الإمام من أنه إذا نفي الثمن فقد رضي بحظه ، وهذه  
قرينة الهبة ، ومن ثم جرى الوجهان في أنه هل يكون مضمونا على قابضه.  
فمن قائل بالضمان ، لأنه في حكم بيع فاسد ، ومن قائل بعدمه ووجهه الإمام بأن

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

البائع رضي بحظه وبنى الأمر عليه ؛ فصار القبض قبض وديعة ولم يجزما على الصحيح عند الإمام والرافعي وغيرهما فيما إذا سكت عن الثمن بل كان الصحيح أنه كان مضمونا.

وقد بان لك بهذا فائدة التردد في أن الفساد هل هو مستمد من عدم الثمن أو من ذكر عدم الثمن لبناء الضمان عليه.

ويمكن أن يقال : بعتك بلا ثمن لا انعقاد له في البياعات أصلا ؛ وإنما هو متردد بين الهبة واللغو. ومن ثم لا يضمن على قابضه ، وإلى ذلك الإشارة بقول الإمام ؛ لأنه في حكم بيع فاسد ولم يقل أنه بيع فاسد.

وأما بعتك إذا تجرد عن الثمن فينعد بيعا فاسدا ومن ثم يكون مضمونا. وبهذا يظهر لك أن جانب الهبة في بعتك بلا ثمن أرجح منه في بعتك المجرد عن ذكر الثمن ؛ لأن قوله بلا ثمن قرينة أنه يجوز بلفظه بعتك عن ملكتك ، خلاف بعتك مجردا ؛ فإنه لا قرينة [تصحبه] 1.

نعم : قد يقال بعتك بلا ثمن حاصله الهبة بشرط الثواب ؛ فيتخرج فساده وإن كان هبة أيضا -على طريقة من يقول إن الهبة إذا بقي فيها الثواب تفسد بناء على أن مطلقها [يقتضيه] 2 وإن شرط انتفائه شرط ينافي مقتضى العقد ، لكن المذهب خلافه.

وهنا بحث لم يبرح يختلج في ذهني ، وهو أن المقتضي للملك في قولنا بعتك بدرهم صيغة الإيجاب مع ذكر الثمن فيكونان [جزء علة] 3. وهذا يرشد إليه عد الأصحاب الثمن ركنا أو صيغة الإيجاب وحدها -والثمن شرط- وهذا أقرب عندي.

ويتخرج على هذا السكوت عن ذكر الثمن يكون على الأول مقتضيا للإبطال وأن الكلام لغو ، وعلى الثاني يكون فاقد شرط ؛ فيمكن أن يقال : إنه بيع فاسد ويفرق هنا بين الفاسد والباطل كما يفرق بين الخلع والكتابة ونحوهما.

وقد يتخرج عليه أيضا -على الأول- أن بلا ثمن رافع ؛ لأن المقتضى بعتك- بمجرد- لا الثمن ؛ إذ الثمن شرط لا شطر ، فيجيء ما قاله الرافعي ، وإن قلنا : إنه ركن

1 في "ب" لصحته.

2 في "ب" تقتضيه.

3 في "ب" جرى عليه.

وقد يتخرج عليه أيضا فرع لم أجده منقولاً ، وهو ما إذا قال المشتري : قلبت  
عقب قول البائع : بعثك مع قوله بدرهم.  
فإن قلنا : الثمن ركن فلا يصح ؛ لأن الشرط في القبول أن يكون عقب الإيجاب  
ولا يتم الإيجاب إلا بذكر الثمن.  
وإن قلنا : شرط ، فيحتمل أن يقال : بالصحة ؛ لأن القبول وجد بعد تمام الإيجاب  
، ولا يضر مقارنة القبول للشرط.  
وقد يتخرج عليه أيضا الفرع المنقول عن صاحب الذخائر فيما إذا تلفظ بالثمن  
ولكن نوباً أن يحتمل.  
قلت :

ومنها : مسألة الاستيجاب إذا قال : بعني ؛ فقال بعثك ؛ فالصحيح الصحة ؛ لأن  
الطلب والاستدعاء مثل صريح اللفظ والبطلان يخرج من اعتبار اللفظ دون  
المعنى ، كذا قال صاحب التتمة ، قال : فإن اللفظ الموضوع للعقد لم يوجد ،  
قلت : وفيه نظر.  
ومنها : إذا قال : بعثك إن شئت صح نظراً إلى المعنى ؛ فإنه لو لم يشأ لم يشتر ،  
وقيل : يبطل ، للفظ التعليق.  
ومنها : قال القاضي أبو سعد الهروي في "الإشراف" ، لو قال بعثك هذه الدار  
على أن لك نصفها صح كما لو قال : إلا نصفها ، لأن التخصيص كالاستثناء.  
نقول : جاءني القوم وما جاءني زيد كما تقول : إلا زيدا.  
وقال محمد بن الحسن 1 : لا يصح لأنه قابل الدار بجميع الثمن على أن له نصفها  
، ففيه تناقض.  
قال القاضي أبو سعد : هذا محتمل.

---

1 أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مولى لبني شيبان مات بالري سنة سبع  
وثمانين ومائة ، وهو ابن ثمان وخمسين سنة حضر مجلس أبي حنيفة سنتين ثم  
تفقه على أبي يوسف وصنف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة قال الشافعي  
رحمه الله حملت من علم محمد وقر بعير ، وقال أيضا ما رأيت أحدا يسأل مسألة  
فيها نظر إلا وتبينت في وجهه الكراهة إلا محمد بن الحسن الشيرازي ص 135 ،  
الجواهر المضيئة 2 / 42 ، ابن خلكان 3 / 324 ، العبر 1 / 302.  
صفحة 180 | 466

---

الأشباه والنظائر  
ويستثنى من القاعدة مسائل  
قلت : كان الأول ينظر إلى المعنى ؛ فإنه نزل صيغة الشرط -وهي قوله على أن  
لك نصفها- بمنزلة الاستثناء لاشتراكهما في أن كلا منهما تخصيص. والثاني  
ينظر إلى اللفظ.



واعلم أنني وجدت في غير نسخة - كما رأيت على أن لك نصفها ، ولك أن تقول قوله : على أن لك نصفها لا يقتضي تخصيصا ؛ وإنما هو ذكر لبعض أفراد الجملة ، فهو كذكر بعض أفراد العام وذلك لأنه إذا كانت للمشتري كلها فقد كان له نصفها ، فلا يقتضي هذا تبقية النصف للبائع إلا على القول بمفهوم اللقب والاعتبار به ؛ ألا ترى أنهم قالوا في باب العتق إذا قال لعبيده : إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر فجاء الغد وهما في ملكه عتق أحدهما . مع أن مفهوم أحدكما أن يكون هو بمفرده ولم ينظر إليه وهذا أوضح من أن يشهد عليه .

وقوله : "إنه بمنزلة الاستثناء" يقتضي أنه يبقى للبائع التصرف فلعل الصيغة على أن لي نصفها .

وكذلك نقله الوالد في أوائل البيع من "شرح المنهاج" عن القاضي أبي سعد مع أن إحدى النسخ التي وقفت عليها من الإشراف هي نسخة والدي ولم أقل فيها إلا ما نقلت ، ولعل الشيخ الإمام حرر النقل عنه فليكن الأمر على ما نقله ، هو ويحمل أمر ما وقفت عليه من النسخ على غلط الناسخ .

وبالجملة : يشهد للصحة مسألة بعتك عشرة أصع كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعا أو على أن أنقصك صاعا .

ومنها : لو قال : أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فليس يسلم قطعا ، ولا ينعقد بيعا على أصح القولين عند المشايخ الثلاثة ، لاختلاف اللفظ . والثاني ينعقد بيعا نظرا إلى المعنى .

ومنها : اشتريت منك ثوبا صفته كذا وكذا بهذه الدراهم فقال : بعتك ففيه وجهان : اختلف المشايخ الثلاثة في أرجحهما . فزعم الشيخان - الرافعي والنووي - أنه ينعقد

صفحة 181 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

بيعا اعتبارا باللفظ ، وزعم الشيخ الإمام أنه ينعقد سلما نظرا إلى المعنى ، واللفظ لا يعارضه ؛ لأن كل سلم بيع .

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

والثاني : عدم اشتراطه ؛ فإن معناه الإبراء .

وصححه الرافعي في كتاب الصداق ، وذكر الخلاف في باب الهبة - من غير ترجيح وبناء على اللفظ والمعنى .

ونظير المسألة الصلح من ألف في الذمة على خمسمائة في الذمة أيضا ؛ فالأصح الصحة ، ثم قال الرافعي : أظهر اشتراط القبول وقد يقال : إنه مخالف لما صحح في نظيره من الهبة .



وذهب الشيخ الإمام -رحمه الله- بعد ما حكى ما ذكرته من كلام الرافعي إلى أنا إن اعتبرنا اللفظ اشترط القبول في الصلح والهبة ، وإن اعتبرنا المعنى اشترط في الهبة دون الصلح.  
ومنها : قال أبو سعد الهروي : أعتقه عني بألف ، بيع في وجه ، وعتق بعوض في وجه.  
فأدته : أنت حر غدا على ألف.  
إن قلنا : بيع ، فسد ، ويجب قيمة العبد.  
وإن قلنا : عتق بعوض ، صح ، ويجب المسمى.  
قلت : وهذه مسألة غريبة ، وقد تبعه في ذكرها -على هذا الوجه- القاضي شريح الروياني في أدب القضاء.  
ومنها : أوصى لأجنبي بزائد على الثلث ، وأجاز الوارث وقلنا الإجازة ابتداء عطية فلم تنقيد الإجازة بلفظ الإجازة ؟ فيه وجهان ، ووجه المنع أن الإجازة تشير إلى أمر سابق.  
وما سبق باطل ، قال الغزالي : وهذا التقدير ينبني على أن النظر إلى الألفاظ أو إلى المقاصد ؟  
صفحة 182 | 466

---

الأشباه والنظائر  
ويستثنى من القاعدة مسائل  
ومنها : إذ قال خالعتك ولم يذكر عوضا.  
خرجها القاضي أبو سعد على القاعدة ، وحكى فيها قولين أحدهما : لا شيء.  
والثاني : أنه خلع فاسد ، ويجب المهر.  
قال : وفيه وجه ، أنه طلاق رجعي.  
قلت : الصحيح أن صراحة الخلع تعتمد ذكر المال ؛ فإن لم يذكره فهو كناية ووقع في كلام المنهاج النووي ما يوهم تصحيح أنه يجب مهر المثل ، وهو مؤول كما ثبت في التوشيح ، والقول بأنه رجعي غريب.  
قال القاضي أبو سعد : وكذا لو قال خذها مضاربة ؛ ففي قول إِبْضَاع فلا يجب أجر مثل ، وفي قول : مضاربة فاسدة فيستحقه.  
ومنها : الرجعة بلفظ النكاح ، فيه خلاف خرج القاضي أبو سعد ، على القاعدة.  
ومنها : الأصح أن بيع البائع المبيع قبل قبضه كبيعه لغيره ؛ فيكون باطلا ويحل الوجهين فيما إذا باعه بغير جنس الثمن أو بزيادة أو نقص أو تفاوت صفة ؛ وإلا فهو إقالة بلفظ البيع.  
قال صاحب النتمة : وخرجه الشيخ الإمام -رحمه الله- على أن النظر لصيغ العقود أو لمعانيها ، قال : ثم رأيت التخريج للقاضي الحسين قال : إن اعتبرنا اللفظ ؛ فعلى الوجهين وإن اعتبرنا المعنى فإقالة.

ومنها : إذا قال : استأجرتك لتعهد نخيلي بكذا من ثمرتها.  
فوجهان : أحدهما : أنه يصح مساقاة نظرا إلى المعنى ، وأصحهما : إجارة فاسدة  
نظرا إلى اللفظ وعد وجود شرط الإجارة ؛ لأن الثمرة ، المعدومة لا تصلح أن  
تكون كذا بدراهم معلومة فوجهان.  
أحدهما : يصح إجارة نظر إلى المعنى.  
وأصحهما : أنها مساقاة فاسدة نظرا إلى اللفظ وعدم وجود شرط المساقاة ؛ إذ من  
شرطها أن لا تكون بدراهم.  
صفحة 183 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

ومنها : قدمنا أنه إذا وهب بشرط ثواب معلوم كان بيعا على الصحيح اعتبارا  
بالمعنى ، ثم وفي الشيخ الإمام بتمام التشبيه فصح أنه يثبت فيه الخياران :  
المجلس والشرط ، وأنه يجوز للولي أن يهب مال الصبي بشرط معلوم ، وقال :  
إن ذلك هو الذي تقتضيه قواعد المذهب.  
وقال الرافعي والنووي : لا يثبت الخيار ؛ لأنه لا يسمى بيعا ، ولا يهب الولي  
مال الصبي بشرطه ؛ لأن الهبة لا يقصدها بها العوض.  
كذا ذكره في البيع والحجر. وفي كتاب الهبة فإن ثبت الخيار ؛ فليكن المعتمد ما  
ذكره في باب الهبة من ثبوت الخيار وفاء بتمام التشبيه ، واعتماد على ما ارتضاه  
الوالد رحمه الله ؛ فإن الراجح عنده ثبوت الخيارين ، وصحة هبة الولي مال  
الصبي بشرط الثواب.  
غير أن سؤالا ، وهو أنه في باب الشفعة فيما إذا وهب مطلقا ، وقلنا : المطلقة  
تقتضي الثواب.  
ذكر أن الرافعي صحح ثبوته الشفعة ، وأنه صحح أن له يأخذ قبل القبض أيضا ؛  
لأنه صار بيعا ، وتبعه النووي.  
وهذا منهما اعتبارا للمعنى ، عكس ما فعلاه ، في إثبات الخيار في الهبة بشرط  
الثواب ؛ فإنهما اعتبر اللفظ.  
ثم قال الوالد : في باب الشفعة في هاتين المسألتين "إن في تصحيح الرافعي نظرا  
، وإن الأولى النظر إلى جانب اللفظ هنا عكس ما فعله في مسألة الخيار.  
وليس لك أن تقول : الشفعة على خلاف القواعد ؛ فاقصرنا على مورد النص  
وهو فيما كان بيعا أو نحوه في اللفظ والمعنى لأننا نقول أيضا : إثبات الخيار على  
خلاف القواعد ، وقد أثبتناه في الهبة ذات الثواب اعتبارا بالمعنى ؛ فإما أن يعتبر  
المعنى في الوضعين أو يترك فيهما وأما التفرقة فلا تبين.  
وجواب هذا السؤال : أن الوالد إنما يعتبر المعنى. إذا اقترن بلفظ الهبة شرط  
الثواب فإن ذكره يشبه ذكر السبب ؛ فتعين كون لفظ الهبة باب مناب لفظ البيع ،

### الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

لم يصرح به ، [ولذلك] 1 وافق في الهبة المصرح فيها باشتراط الثواب على ثبوت الشفعة فيها ؛ وإنما منع الشفعة في المطلقة.

وإن قلنا [بمقتضى] 2 الثواب فليست المطلقة ، وإن قلنا يقتضي الثواب بمنزلة المذكور فيها الشرط فإنه قرينة العوضية.

قاعدة : الفرض أفضل من النفل 3.

قال صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه تعالى : "وما تقرب إلي عبدي بأحب إلي من أداء ما افترضته عليه..." الحديث 4.

قال الشافعي رضي الله عنه : إن الله لما خص به رسول الله صلى الله عليه وسلم من وحيه وأبان بينه وبين خلقه بما فرض عليهم من طاعته ، افترض عليه أشياء خففها عن خلقه ليزيده بها إن شاء الله قرابة إليه.

وبين الشافعي : قدس الله روحه -حكمة الافتراض الدالة على أنه أعلى درجة. من سائر المطلوبات. قال الإمام في أوائل النكاح ، قال الأئمة خص رسول الله صلى الله عليه وسلم بإيجاب أشياء لتعظيم ثوابه ، فإن ثواب الفرائض تزيد على ثواب المندوبات.

قال صلى الله عليه وسلم : "يقول الله لا يتقرب المتقربون إلي بمثل أداء فرائضهم". وقال صلى الله عليه وسلم : يقول الله تعالى : "عبدني إذ ما افترضت عليك تكن أعبد الناس وانتة عما نهيتك تكن أروع الناس وارض بما قسمت لك تكن أغنى الناس وتوكل علي تكن أكفأ الناس".

وقال بعض علمائنا : الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النفل بسبعين درجة وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي ، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في شهر رمضان ، من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ، ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى

1 وفي "ب" وكذلك.

2 في "ب" تقتضي.

3 الأشباه للسيوطي ص 145.

وقالوا : الفرض أفضل من تطوع عابد حتى ولو قد جاء منه بأكثر

إلا التطهر قبل وقت وابتدا للسلام كذلك إبراء معسر

4 البخاري من رواية أبي هريرة رضي الله عنه 11 / 340 في كتاب الرقاق/ باب

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

سبعين فريضة فيما سواه<sup>1</sup> ؛ فقابل النفل فيه بالفرض في غيره ، وقابل الفرض فيه بسبعين فرضا في غيره فأشعر هذا بأن الفرض يزيد على النفل بسبعين درجة من طريق الفحوى. انتهى كلام الإمام في النهاية.  
فأما حديث "لا يتقرب المتقربون..." ؛ ففي صحيح البخاري ، وأما حديث عدي أد ما افترضته عليك. [فعلى]2 حفطي أن شيئا منه في سنن ابن ماجة ، وأما حديث سلمان فرواه ابن خزيمة في صحيحه والبيهقي في شعب الإيمان ، وقوله : فأشعر بأن الفرض يزيد بسبعين لعل مراده بالسبعين في الحديث العدد الكبير ، وذكر لفظ السبعين مبالغة لا للتقييد بالعدد [الخاص]3 ، ومن ثم قال الإمام : يزيد بالسبعين ولولا ذلك لقال تسع وستين وقوله : "أشعر من جهة الفحوى" لم يتبين لي وجه هذا الإشعار.

فصل :

إذا عرفت أن الفرض أفضل من النفل. وأحب إلى الله منه وأكثر أجرا ؛ فاعلم أن هذا أصل مطرد ، إذ لا سبيل إلى نقضه بشيء من الصور لأننا إذا حكمنا على ماهية بأنها خير من ماهية أخرى -كقولنا : الرجل خير من المرأة وليس الذكر كالأنثى- لم يمكن أن تفضلها الأخرى بشيء من تلك الحيثية ؛ لأنها لو فضلتها من تلك الحيثية لكان ذلك خلطا ؛ فإن الرجل إذا فضل المرأة -من حيث إنه رجل لم يمكن أن تفضله المرأة من حيث أنها غير رجل ، وإلا لتكادبت القضيتان وهذا بديهي ، نعم قد تفضل امرأة ما رجلا ما من جهة غير الذكورة والأنوثة ، والقصد بهذا [التقرير]4 أنه شاع أنه يستثنى من هذه القاعدة ثلاثة فروع : أحدها : إبراء المعسر ؛ فإنه أفضل من إنظاره ، إنظاره واجب ، وإبرائه مستحب.

والثاني : الابتداء بالسلام فإنه سنة والرد واجب ، والابتداء أفضل ، لقوله صلى الله عليه وسلم :

1 أخرجه ابن خزيمة وقال وإن صح الخبر.

أخرجه البيهقي في الشعب ، 3 / 305 في كتاب فضائل شهر رمضان حديث "3608".

وقال الحافظ ابن حجر مداره على علي بن زيد بن جدعان وهو ضعيف.

2 في "ب" ففي.

3 في "أ" الحامل والمثبت من "ب".

الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

"وخيرهما الذي يبدأ صاحبه بالسلام1.

وحكى القاضي حسين في "التعليقة" وجهين في أن الابتداء أفضل أو الجواب ،

كذا نقل الشيخ برهان الدين في باب صفة الصلاة.

والثالث : قال ابن عبد السلام : صلاة نافلة واحدة أفضل من إحدى الخمس

الواجب فعلها على من ترك واحدة منها ونسي عينها.

فأما الأول : فكنت أسمع الشيخ الإمام -رحمه الله- يقول : في الانفصال عنه

الإبراء يشتمل على الإنظار اشتمال الأخص على الأعم لكونه تأخيرا للمطالبة فلم

يفضل ندب واجبا ؛ وإنما فضل واجب -وهو الإنظار الذي تضمنه الإبراء.

وزيادة وهو خصوص الإبراء- واجبا آخر. وهو مجرد الإنظار.

وقد يقال : الإنظار هو تأخير الطلب مع بقاء العلقه والإبراء زوال العلقه وهما

قسمان لا يشمل أحدهما الآخر ؛ فينبغي أن يقال في التقرير : إن الإبراء محصل

لمقصود الإنظار وزيادة.

وهذا كله بتقدير تسليم أن الإبراء أفضل ، وغاية ما استدل عليه بقوله تعالى :

{وَإِنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ} وهذا يحتمل أن يكون افتتاح كلام فلا يكون دليلا على

أن الإبراء أفضل.

ويتطرق من هذا إلى أن الإنظار أفضل ، لشدة ما يناله المنظر من ألم الصبر مع

شوق القلب ، وهذا فضل ليس في الإبراء الذي انقطع فيه اليأس ؛ فحصلت فيه

واحدة من الحيثية ليست في الإنظار ، ومن ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"من أنظر معسرا كان له بكل

1 متفق عليه من رواية أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه أخرجه البخاري

10/ 492 في كتاب الأدب باب الهجرة حديث "6077" ومسلم 4/ 1984 في

كتاب البر/ باب تحريم الهجر حديث 25/ 2560.

وحديث أبي أمامة أيضا مشيرا إلى هذا ، قال صلى الله عليه وسلم : "إن أولى

الناس بالله من بدأ بالسلام". أخرجه أحمد في المسند 5/ 254 ضمن مسند أبي

أمامة رضي الله عنه وأبو داود في السنن 4/ 451 في الأدب/ باب فضل من بدأ

بالسلام "5197" والترمذي 5/ 56 في كتاب الاستئذان باب فضل الذي يبدأ

بالسلام "2694" ، وقال هنا حديث ، قال محمد أبو فروة الرهاوي مقارب

الحديث إلا أن ابنه محمد بن يزيد يروي عنه مناكير.



يوم صدقة" ؛ فانظر كيف وزع أجره على الأيام تكثر بكثرتها ، وتقل بقلتها - ولعل سره ما أبدناه ، فالمنظر كل يوم ينال عوضا جديدا ، ولا يخفى أن هذا لا يقع بالإبراء ؛ فإن أجره- وإن كان أوفر- يستعقبه وينتهي بنهاية. ولست أستطيع أن أقول : الإنظار أفضل على الإطلاق ؛ وإنما قلت ما قلت على حد سبق درهم دينار أو سبق درهم مائة ألف كما سأبحث عنه إن شاء الله تعالى فينظر إلى ما حررته من البحث فإنه محتاج إلى مزيد تحرير.

وأما الابتداء السلام ؛ فليس في الحديث أن الابتداء خير من الجواب ، بل إن المبتدئ خير من المجيب ، وهذا لأن المبتدئ فعل حسنة وتسبب إلى فعل حسنة وهي الجواب مع ما دل عليه الابتداء من حسن طوبة المبتدئ وترك ما يكرهه الشارع من الهجر والجفاء ؛ فإن الحديث ورد في المسلمين يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا فكان المبتدئ خيرا من حيث إنه مبتدئ ترك ما كرهه الشارع من التقاطع لا من حيث إنه مسلم. واعلم أن للقرافي في كتاب الفروق كلاما على هذه القاعدة يقبل المؤاخذة.

فمنه : أنه اعترض على تقدم الواجب على المندوب بجمع [المطر]1. قال فإنه يلزم منه تقديم المندوب فإن المندوب الجماعة فسقط من أجلها الوقت الواجب رعاية لتحصلها وكذلك الجمع بعرفة ثم قال المندوب قسمان ما قصرت مصلحته عن الواجب وهو الغالب وما كانت مصلحته أعظم كالتصدق بدينار أعظم أجرا من التصديق بدرهم ، وقد يستوي مصلحتهما فيكون الواجب أكثر ثوابا كالفاتحة في الصلاة وخارجها ، ودينار الزكاة أعظم من دينار الصدقة ، ثم قال : والمندوبات التي قدمها الشارع على الواجبات فسبع صور إبراء المعسر على إنظاره ، وصلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ2 وصلاة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام3 مع أن الجماعة غير واجبة ، والصلاة فيه غير واجبة وصلاة في

1 سقط في "أ".

2 بسبع وعشرين درجة كما ورد بذلك الحديث.

انظر البخاري 2 / 131 في الأذان/ باب فضل صلاة الجماعة حديث "645" ومسلم 1 / 450 في المساجد/ باب فضل صلاة الجماعة "249 / 650".

3 البخاري 3 / 63 في كتاب فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة حديث "1190" ومسلم 2 / 1012 في الحج/ باب فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة "505 / 1394".



## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

المسجد الحرام كذلك وفي المسجد الأقصى بخمس مائة ، وصلاة بسواك أفضل من سبعين بلا سواك 1 ، والخشوع في الصلاة مندوب ، وفي الصحيح 2 : " لا تأتوها وأنتم تسعون وأتوها وأنتم تمشون وعليكم السكينة" قال بعض العلماء : إنما أمر بعدم الإفراط في السعي لئلا يذهب خشوعه إذا أتى إليها فأمر بالسكينة وإن فاتته الجمعة.

قلت : ما ذكره في الجمع بالمطر غير مسلم ؛ فليس الجمع أفضل - على القول به - وقوله : من المندوب ما مصلحته أعظم من مصلحة الواجب - فيه نظر ، والمثال الذي ذكره ممنوع ، فألف دينار لا يجزئ عن ردهم زكاة والله في الفرائض أسرار لا تنتهي العقول إليها ومن ثم منع الشافعي القيمة في الزكاة وفي الحديث "سبق درهم ديناراً أو سبق درهم مائة ألف" دل على أن الأفضلية ليست بالكمية. وأما الصور السبع ؛ فقد تقدم الكلام في إبراء المعسر.

1 أخرج البيهقي من حديث فرج بن فضالة عن عروة بن رويم عن عمرة عن عائشة مرفوعاً به ، وقال : إنه غير قوي الإسناد ، وساقه أيضاً من طريق الواقدي عن عبد الله بن يحيى الأسلمي عن أبي الأسود عن عروة عن عائشة مرفوعاً بلفظ : الركعتان بعد السواك أحب إلي من سبعين ركعة قبل السواك ، وضعفه أيضاً الواقدي ، وقد رواه من غير جهته الحارث بن أبي أسامة في مسنده من رواية ابن لهيعة عن أبي الأسود بلفظ : صلاة على أثر سواك أفضل من سبعين صلاة بغير سواك ؛ بل أخرج ابن خزيمة وغيره كأحمد والبخاري والبيهقي من طريق ابن إسحاق قال : ذكر الزهري عن عروة بلفظ : فضل الصلاة التي يستاك لها على الصلاة التي لا يستاك لها سبعين ضعفاً وتوقف ابن خزيمة والبيهقي في صحته خوفاً من أن يكون من تدليسات ابن إسحاق وأنه لم يسمعه من الزهري ، لا سيما وقد قال الإمام أحمد أنه إذا قال : وذكره لم يسمعه وانتقد بذلك تصحيح الحاكم وهو قوله إنه على شرط مسلم ، ولكن قد رواه معاوية عن الزهري ، أخرج البزار وأبو يعلى والبيهقي وجماعة وابن عدي في كامله ، وفي معاوية ضعف أيضاً قال البيهقي ويقال إن ابن إسحاق أخذه منه ، ورواه أبو نعيم من حديث الحميدي عن سفيان عن منصور عن الزهري ورجاله ثقات ، وفي الباب عن أبي هريرة عن ابن عدي في كامله بلفظ : صلاة في أثر سواك ، أفضل من خمس وسبعين ركعة بغير سواك وعن ابن عباس عن أبي نعيم في السواك له بلفظ : لأن أصلي ركعتي بسواك أحب إلي من أن أصلي سبعين ركعة بغير سواك وسنده جيد وعن أنس وجابر وابن عمر. وكذا عن أم الدرداء وجبير بن نفير مرسل ، كما بينته في بعض التصانيف ، وبعضها يعتضد ببعض ، ولذا

أورده الضياء في المختارة من جهة بعض هؤلاء ، وقول ابن عبد البر في التمهيد عن ابن معين : إنه حديث باطل هو بالنسبة لما وقع له من طريقه.  
5 متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

البخاري 2 / 390 في الجمعة/ باب المشي إلى الجمعة "908" ، ومسلم 1 / 420-421 في المساجد/ باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة "151 / 602".

صفحة 189 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

وأما صلاة الجماعة ففضلت صلاة الفرد بخمس وعشرين درجة لما أثرت الجماعة في صفتها ، ولم تفضل بخمس وعشرين فرضا ولئن فضلته بخمس وعشرين فرضا فما الأربع والعشرون في مقابلة الجماعة ؛ بل في مقابلة ذات الجماعة ، لما اشتملت عليه من جمع قلوب ومشى إلى المسجد غالبا وانتظار الصلاة والعبد لا يزال في صلاة ما دام ينتظر الصلاة<sup>1</sup> ؛ فهناك صلوات في الحقيقة فما فضل إلا فرض فرضا لا نفل فرضا وكذلك بقوله في الصلاة في المساجد الثلاثة وفي الصلاة بسواك ، هذا إن قلنا المراد بقوله صلى الله عليه وسلم : "صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة..." المراد به الفرض ، وهو قول الطحاوي من الحنفية.

ومذهبنا كما نقل النووي في شرح المذهب -أنه يعمم الفرض والنفل جميعا ؛ فإن قلت : فليزوم حينئذ أن تكون نافلة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل من ألف فرض ، فرجحت النافلة الفرض.

قلت : قد يكون الفرض في المسجد أفضل من الفرض في غيره ، والنافلة فيه أفضل من النافلة في غيره ، لا أن النفل أفضل من الفرض ؛ لاختلاف النوع ، وليس في الحديث صيغة تعميم للنوعين.

أو يقال : وهو الذي أعتقده : أن المضاعفة تحصل من حيث أنها في المسجد وقد يحصل للفرض من حيث أنه فرض فضل آخر ، وإذا كان هناك وجهات لم يلزم تقديم النفل على الفرض.

فإن قلت : ذاك الفرض الآخر الذي يختص به الفرض كيف يوازي ألف صلاة ويزيد ، قلت : لم يمتنع ذلك ولئن لم يوازه فليس يلزم من كثرة الثواب الأفضلية وهذا باب آخر يطول الشرح فيه.

وقد بحثت مرة أخرى مع الشيخ الإمام [الوالد]<sup>2</sup> رضي الله عنه في صلاة الظهر -بمضي يوم النحر- إذا جعلنا "منى" خارجة عن حدود الحرم - أن تكون أفضل من صلاتها

1 متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه.

البخاري 2 / 131 في الأذان/ باب فضل صلاة الجماعة "647" وفي البيوع 4 / 338/ باب ما ذكر في الأسواق "2119" ومسلم 1 / 459 في كتاب المساجد/ باب فضل صلاة الجماعة وانتظار الصلاة حديث "272 / 649" ، و"274 / 649".  
2 سقط في "ب".  
صفحة 190 | 466

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

وفي المسجد لأن النبي صلى الله عليه وسلم صلاها "بمنى" يومئذ والاعتدال به أفضل أو في المسجد لأجل المضاعفة؟ فقال: بل في "منى" وإن لم تحصل بها المضاعفة؛ فإن في الاعتداء بأفعال رسول الله صلى الله عليه وسلم من الخير ما يربو على المضاعفة.

فإن قلت: كيف تقولون في قوله صلى الله عليه وسلم "صلاة في مسجدي..." أنه يعم الفرض والنفل. وقد تطابقت الأصحاب ونص الحديث على أن نافلة المرء في بيته أفضل لم يستثن [إلا ما لا يتأتى]1 إلا ما يستحب له في المسجد كالعيد ونحوه أو ما لا يتأتى إلا فيه كركعتي الطواف.

قلت: هذا من القبيل الأول: فلا يلزم من المضاعفة في المسجد أن يكون أفضل من البيت، والظاهر أنه ذو وجهتين، وبالوجهتين تتم المضاعفة في نافلة [المساجد]2 وإن لم يوجد في فرائض غيرها.

وغاية الأمر أن يكون في المفضل مزية ليست في الفاضل ولا يلزم من ذلك جعله أفضل؛ فإن للأفضل مزايا كما أن للمفضل مزية. وبذلك صرح الشيخ عز الدين بن عبد السلام؛ فقال: قد يقدم المفضل على الفاضل في بعض الصور، كتقديم الدعاء بين السجدين على القراءة ولقد سألت الشيخ الإمام تغمده الله تعالى برحمته أو سئل. وأنا أسمع عن حديث "المتحابون في الله على منابر من نور تغبطهم الأنبياء... الحديث3 - كيف يغبط الأنبياء المتحابين وهم أرفع درجة؟ فقال: لعل هؤلاء يدخلون الجنة بغير حساب، والأنبياء عليهم السلام لا بد أن يسألوا عن التبليغ، وهيبة الرب خطيرة؛ فحالهم وإن كان أرفع؛ إلا أنهم يغبطون السالم من هذا العبء لراحته، ولا يلزم أن يكون حال الراحة أفضل. هذا حاصل كلامه.

ومما يدل على أن المفضل قد تكون له مزية ليست للفاضل حديث "من وافق

1 سقط في "ب".

2 في "ب" المسجد.

3 أخرجه أحمد من رواية معاذ بن جبل رضي الله عنه في المسند 5 / 239 والترمذي 4 / 597 في الزهد/ باب ما جاء في الحب في الله "2390" والطبراني

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه" 1 ؛ فإن ظاهره يشمل الكبائر والصغائر : وحديث "الإسلام يهدم ما قبله ، والحج يهد ما قبله والعمرة تهدم ما قبلها" 2. جعل الحج والعمرة كالإسلام ، والإسلام يهدم الكبائر والصغائر. ويدل عليه حديث "\$ من حج فلم يرفث ولم يفسق رجع كيوم ولدته أمه" 3 ، وليس ذلك في الصلاة وهي أفضل.

وهنا سؤال ، وهو أنه قد ثبت أن الصلاة إلى الصلاة كفارة لما بينهما ما اجتنبت الكبائر 4 ؛ فإذا كانت الفرائض لا تكفر الكبائر فكيف تكفرها سنة. وهي موافقة التأمين إذا وافق التأمين.

وقد أخذ شخص مرة يهول أمر هذا السؤال ويقول : كبائر الفرائض تصغر عن هذا التكفير وكبائر الجرائم تكفرها نافلة ؟

والجواب : أن المكفر ليس التأمين الذي هو فعل المؤمن ، بل وفاق الملائكة وليس ذلك إلى صنعه ، بل فضل من الله ، وعلامة على سعادة من وافق. وقد أطلنا في هذا ، فلنعد إلى الفرض. وأما الإتيان إلى الصلاة بالسكينة.

فصل :

إذا عرفت أن الفرض أفضل من النفل ؛ فهل هذا في كل فرض من الفرائض التي ابتداء الله إيجابها دون التي وجبت بتسبب العبد ؟

1 أخرجه البخاري 2 / 266 في الأذان/ باب جهر المأموم بالتأمين "782" وأحمد في المسند 2 / 233-270 في مسند أبي هريرة رضي الله عنه والسنائي في المجتبي من السنن 2 / 144 في الافتتاح/ باب جهر الإمام بأمين.  
2 مسلم 1 / 112 في الإيمان/ باب كون الإسلام يهدم ما قبله "121 / 192".  
3 متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه البخاري 3 / 382 في الحج/  
باب فضل المبرور "1521" ومسلم 2 / 983 في الحج/ باب فضل الحج والعمرة حديث "438 / 1350".

4 أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة 1 / 209 في الطهارة/ باب الصلوات الخمس والجمعة إلى الجمعة حديث "16 / 233".

5 سقط في "ب".

## الأشباه والنظائر

ويستثنى من القاعدة مسائل

هذا موضع لي فيه نظر ، والذي يظهر -من كلام أقوال الأول ، ووجهه ظاهر والذي ترجح عندي الثاني ، قلت أعتقد أن فريضة وجبت بتسبب العبد إليها أفضل من فريضة ابتداء الشارع طلبها. ولذلك اختلف في أن النذر هل يسلك مسلك واجب الشرع أو جائزه ؟ وما ذاك إلا لأن إيجابه يتسبب العبد.

ومن هنا نخرج إلى الجواب عن ابتداء السلام فنقول : إنما كان أفضل من الجواب -وإن كان الجواب فرضاً- لأن فرضية الجواب نشأت عن ابتداء السلام ولم يكن وجوبها ابتداءً.

فإن قلت : ما تصنعون فيما أوردتم من الأحاديث الدالة على أن الفرض -أفضل من غير تخصيص بفرض ابتدائي.

قلت : أنا أشم من قوله صلى الله عليه وسلم فيما يحكيه عن ربه تعالى : "ما تقرب إلى المتقربون بأفضل من أداء ما افترضته عليهم" أن المعنى به ما أنشأت افتراضه ، ولذلك قال : افترضته ولم يقل ، ما هو فرض عليهم ، فإني أجد فرقا بين العبارتين ، فليتأمل هذا فإنه موضع احتمال. ولا يخفي أن ارتكاب ما هو يسقط للذمة يخرج عن العهدة أولاً ، عن أن في وصفه بالأفضلية مع أنه مما لعله مما يكرهه الشارع كالنذر موضع النظر ، ثم جدوى هذا النظر قليلة.

صفحة 193 | 466

## الأشباه والنظائر

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

إذا بان لك أن الفرض أفضل من النفل مطلقاً علمت أن الواجب لا يترك إلا لواجب وانتقلت منه إلى قاعدة معزوة إلى أبي العباس بن سريج قيل : إنها متلقاة من كلامه في مسألة الختان ، وذكرها الشيخ أبو إسحاق<sup>1</sup> في "المهذب" و"النكت" وإمام

1 إبراهيم بن علي يوسف بن عبد الله الشيخ أبو إسحاق الشيرازي شيخ الإسلام علماً وعملاً وورعاً وزهداً وتصنيفاً واشتغالاً ، قال الذهبي : لقبه جمال الإسلام ، ولد بفيروز آباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة ، وقيل : في سنة خمس ، وقيل : ست وله تصانيف انتفع بها أهل العلم في كل زمان ومكان ، وتوفي في جمادى الآخرة ، وقيل الأولى سنة ست وسبعين وأربعمائة ودفن بباب أبردز ، ابن السبكي 3 / 188 ، ابن قاضي شبهة 1 / 238 ووفيات



## الأشباه والنظائر

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

الحرمين ، والغزالي ، والكنيا الهراسي<sup>1</sup> ، والرافعي وغيرهم.  
أشار إليها الجماعة بعضهم "ما لا بد منه لا يترك إلا بما لا بد منه" في مسألة  
سجود التلاوة وبعضهم في مسألة الختان ، وربما عبر عنها بأن جواز ما لو  
يشرع لم يجر دليل على وجوبه ، وبأن الواجب لا يترك لسنة قال أرباب هذه  
القاعدة : وقد ظهر تأثير هذا الكلام في مسائل :

منها : قطع اليد في السرقة ؛ فإنه لو لم يجب لكان حراما ، وإلى هذا أشار  
الرافعي. بقوله : قطع عضو لا يختلف فلا يكون إلا واجبا ، كقطع اليد والرجل.  
ومنها : إقامة الحدود على ذوي الجرائم.

ومنها : إنه يجب على المضطر أكل الميتة على الأصح.  
ومنها : لو كان لا يحسن الفاتحة ولا يحسن إلا آيات فيها سجود التلاوة قال الإمام  
في "الأساليب" لا نص فيها ، قال : ولا يبعد منعه من سجود التلاوة يعني في  
الصلاة حتى لا يقطع القيام المفروض. انتهى.

وهي مسألة غريبة دعا إليها "ما لا بد منه لا يترك إلا بما لا بد منه" ، ثم وصلوا  
بهذا إلى الختان ونظموا قياسا ردوا به على الحنفية - حيث نفوا وجوبه.  
فقالوا : الختان قطع عضو سليم ؛ فلو لم يجب لم يجر ، كقطع الأصبع ، فإن  
قطعها إذا كانت سليمة - لا يجوز إلا إذا وجب القصاص.

قالوا : وإلى هذا القياس أشار شيخ الأصحاب أبو العباس بن سريج ؛ فإنه قال : لم  
لم يكن الختان واجبا لما كشفت له العورة ، لأن كشف العورة محرم فما كشفت  
من أجله دل على وجوبه. وتبعه الأصحاب على طبقاتهم. وعبارة الرافعي في  
"الشرح" قطع

---

1 علي بن محمد بن علي شمس الإسلام عماد الدين أبو الحسن الطبري المعروف  
بالكنيا الهراسي تفقه ببلده ثم رحل إلى نيسابور قاصدا إمام الحرمين وعمره ثماني  
عشرة فلأزمه حتى برع في الفقه والأصول والخلاف وطار اسمه في الآفاق  
والكنيا بهمزة مكسورة ولام ساكنة ثم كاف مكسورة بعدها ياء مثناة من تحت معناه  
الكبير بلغة الفرس والهراسي براء مشددة وسين مهملتين ، توفي في المحرم سنة  
أربع وخمسمائة وعمره أربع وخمسون سنة ودفن في تربة الشيخ أبي إسحاق  
وفيات الأعيان 2 / 448 ، ابن قاضي شعبة 1 / 288 ، مرآة الزمان 8 / 23 ، ابن



## الأشباه والنظائر

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

عضو يخاف منه ؛ فلو لم يجب لم يجز. واقتضى ما ذكروا في منازعته ختان الصبيان ؛ فإنه ليس واجبا في الحال وجائز له كشف العورة.

ثم أجاب بعضهم بالتزام جواز النظر إلى فرج الصغير. وهو وجه مال النووي في "الروضة" إلى ترجيحه ، وكاد الشيخ الإمام رحمه الله -في باب ستر العورة يصرح به ونقله عنه الأصحاب : منهم الشيخ أبو حامد ، وابن الصباغ ، وغيرهما وإن كان الرافعي جزم بالتحريم ، وادعى صاحب "العدة" الاتفاق عليه في كتاب النكاح. وبعضهم قال : يجب على الولي الختان الصبي إذا رآه مصلحة. والحاصل أن الأمر دار عند علمائنا بيع منع تحريم كشف عورة الصبي ومنع وجوب ختانه ، والقاعدة سليمة على الأمرين ، وكلا المعنيين مقصود منه السعي في سلامتها عن النقض.

قلت : وهذا صنيع الأصحاب في مسألة الختان حاولوا صحة هذه القاعدة وحاولت الحنفية فسادها.

وفي مسألة سجود التلاوة عكس الفريقان الأمر ؛ فحاول الحنفية صحتها ؛ حيث [قالوا]1 سجود التلاوة واجب ؛ لأن نظم الصلاة يترك بسببه فدل أنه شيء لا بد منه ، قالوا : لأن ما لا بد منه : لا يترك إلا بما لا بد منه ، فإما أن الترك بما منه بد -كالسنة- فلا.

ف قيل لهم : هل أوجبتم الختان ؟

فأجابوا بما لا يرضاه ، كما هو [مقرر]2 في الخلافات.

وعند هذا أقول : القاعدة -بإطلاقها- منقوضة بمسائل.

منها : سجود التلاوة كما عرفت.

ومنها : سجود السهو ؛ فإنه ممنوع لو لم يشرع ؛ إذ لا يجوز زيادة سجودين عمدا وهو مع ذلك سنة.

ومنها : زيادة ركوع في الخسوفين ، وكذا أكثر منه عند تمادي الخسوف ، على

ما رجحه الشيخ الإمام ، خلافا للرافعي والنووي.

ومنها : النظر إلى المخطوبة لم يقل بوجوبه إلا داود.

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

2 في "ب" معروف.

الأشباه والنظائر

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

ومنها : الكتابة لا تجب وإن طلبها الرقيق الكسوب -على المذهب- وقد كانت المعاملة قبلها ممنوعة ؛ لأن السيد لا يعامل عبده.

ومنها : التنحنح في الصلاة إن بان به حرفان بطلت ، على ما صححه الرافعي والنووي ؛ فلو تعذر الجهر إلا به كان -على وجه- عذرا إقامة لشعائر الجهر فعلى هذا الوجه ترك الواجب -وهو ترك التنحنح- لأجل سنة ، وهو الجهر.

ومنها : قطع السلعة المخوف بقاؤها جائز غير واجب.

ومنها : على الجديد -يجوز أو يستحب للغاسل غسل عانة الميت ، قال الشيخ شهاب الدين أبو شامة<sup>1</sup> في كتاب السواك : وذلك لا يتأتى من الغاسل إلا بنظره إلى العورة أو لمسها وكلاهما محرم ، قال : فقد بطل بهذا قول أصحابنا لا يترك الواجب إلا للواجب.

ومسائل هذا الفصل كثيرة ؛ فليقع الاقتصار على ما ذكرناه ، وهذه الصور التي ذكرها الشيخ شهاب الدين تقبل من المنازعة ما لا يقبله غيرها ؛ فإننا وإن أوجبنا حلق عانة الميت -وليس هو الذي يفتي به- فإنما ذلك لأن ما يحصل من النظر والمس أن فرض أنه لا بد من حصوله قدر يسير بالنسبة إلى إزالة هذا القدر عن الميت.

وبهذا الطريق إلى زبدة من الكلام فنقول : لعل الضابط -والله أعلم في تعارض النفل والفرض أن يقال : إن لزم من فعل النفل ترك الفرض بالكلية فلا اكتراث بالنفل ، والفرض أفضل مطلقا ؛ وإلا فالنفل مقدم في الحقيقة. إنما احتمل ترك فرض في زمن يسير لا يحصل به تمام الغرض منه لنفل حصل تمام الغرض منه ؛ ألا ترى إلى جواز نظر الطبيب للعورة مداواة وما ذاك إلا لأن زمن

---

1 عبد الرحمن بن إسماعيل بن إبراهيم بن عثمان بن أبي بكر الشيخ الإمام العلامة ذو الفنون المتنوعة شهاب الدين أبو القاسم المقدسي الدمشقي الفقيه المقرئ النحوي المحدث المعروف بأبي شامة -لشامة كبيرة فوق حاجبه الأيسر ولد بدمشق. في أحد الربيعين سنة تسع وتسعين وخمسائة قال ابن كثير رحمه الله وكان ذا فنون كثيرة وكان تاج الدين الغزاوي يقول بلغ الشيخ شهاب الدين رتبة الاجتهاد ، توفي رحمه الله في رمضان سنة خمس وستين وستمائة.

- ابن السبكي 61 / 5 ، ابن قاضي شهبة 133 / 20 ، مرآة الجنان 164 / 4 ، وفوات الوفيات 252 / 1 ، البداية والنهاية 250 / 3 ، بغية الوعاة ص 297.

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

المداواة يسير وفارطة لا يستدرك ؛ فكل ما كان من هذا القبيل لا يمنع فيه تقديم النفل ، ولكننا نقول ليس هو في الحقيقة تقديم نافلة لأن الفرض لم يترك بالكلية بل اغتفر منه زمن يسير كأنه اقتطع للمصلحة ، ومن ثم نقول على القول بأن الختان سنة فعله أفضل وإن لزم منه كشف العورة لأن زمانه يسير ؛ فلو ترك فعله لتركت السنة لا إلى بدل ولو فعل لم يلزم ترك الفرض مطلقا بل في زمن يسير لمصلحة لا يستدرك فارطها إذا لم يفعل وهذا كلام مبين.

مباحثة : فإن قلت إذا أقررت قصور مراتب النوافل عن درجات الفرائض فما قولكم في قوله صلى الله عليه وسلم "عمرة في رمضان تعدل حجة 1 معي" ؛ فإنه فيما يظهر يشمل عمرة النفل والفرض وإن وقعت من مقيم بمكة وقد جعلت عدل من حج من المدينة في ركاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد رجع النفل فرضا عظيما ، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم : "من صلى الفجر في جماعة ثم قعد يذكر الله حتى تطلع الشمس ثم صلى ركعتين كانت له كأجر حجة و عمرة تامة تامة تامة" 2 ، وفي حديث أوس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "من غسل واغتسل يوم الجمعة وبكر ابتكر ومشى ولم يركب ودنا من الإمام واستمع ولم يلغ كان له بكل خطوة أجر عمل سنة صيامها وقيامها". معيار نافع :

الماخذ المختلف فيها بين الأئمة لا بد في ترجيح بعضها على بعض بالدليل الدال على ذلك ثم بترجيح بعضها قد يسقط الآخر عن درجة الاعتبار كتعليل ولاية الإجماع بالبكارة فإنه عند الشافعي أسقط درجة التعليل بالصغر عن الاعتبار وقد لا يسقط وحينئذ فقد يمكن مجامعته له فينبني الأمر فيه على جواز التعليل بعلمتين وقد لا يمكن فلا يمكن فيه ذلك ورب أصل اجتذبه مأخذان بكل منهما شبه فهو كفرع تجاذبه أصلا يلحق بأشبههما.

1 متفق عليه من رواية ابن عباس البخاري 3 / 603 كتاب العمرة/ باب عمرة في رمضان حديث "1782" ، ومسلم 2 / 917 في الحج/ باب فضل العمرة في رمضان "1256 / 221".

2 الترمذي 2 / 481 في الصلاة/ باب ذكر ما يستحب من الجلوس في المسجد بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس حديث "586" ، وقال وحديث غريب وفي إسناده أبو ظلال وهو متكلم فيه ولكن في الباب شواهد.

انظر الترغيب والترهيب 1 / 164-165.

خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما

وسنذكر ذلك في مسائل الأصول ؛ غير أنا منبهون هنا على أنه ثم مسائل تردد النظر في مأخذها وأبى بعض المتأخرين أن يطلق الترجيح فيها ، وقال : إنه يختلف باختلاف المسائل ؛ فمنها قال الرافعي في الخلاف في أن الطلاق الرجعي هل يقطع النكاح أو لا ، والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما بل يختلف باختلاف الصور وصوبه النووي ، وقال نظيره القولان في أن النذر هل يسلك به مسلك واجب الشرع أو جائزه ، وأن الإبداء إسقاط أو تمليك ، قال : ويختلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها وعكسه في بعض. قلت : ومن نظائره أيضا الخلاف فيمن نوى الفرض مع مناف كمن يحرم بالظهر قبل الزوال ينقلب نقلا أو تبطل ، فيه قولان.

قال في الروضة اختلف في الأصح منهما بحسب الصور.

فائدة : في عد مسائل أمهات شكك في تصورها منها : قتل تارك الصلاة شكك

المزني رحمه الله في تصويره ، وقد شكك ابن الرفعة اعترض المزني هذا في

فسخ المرأة بالإعسار على قولهم إن الفسخ عند انقضاء الثلاث يكون بالعجز عن

نفقة اليوم الرابع أو بعد مضي يوم وليلة.

ونازع الرافعي في بحث له هناك ذكره في مواضع في باب نفقة الزوجة فليكشف

ومنها نص الشافعي رضي الله عنه على أن وطء الزوج الثاني بعد ارتداده أو

ارتدادها لا يفيد التحليل ، وإن فرض الرجوع إلى الإسلام لا يضطرب النكاح

واعترض المزني فقال لا تتصور هذه المسألة لأن الزوج الثاني إن كان قد

أصابها نبل الردة فقد حصل التحليل للأول ؛ وإلا فقد انفسخ النكاح بالردة قبل

الدخول ولا عدة فلا معنى للرجوع وأجابه ابن سريج وغيره من أصحابنا بتصور

العدة من غير فرض الدخول.

إما بالخلوة على القديم وإما بأن يطأ فيما دون الفرج فيسبق الماء إلى الفرج. أو

بأن يستدخل ماؤه أو باتيانها في غير المأتي فتجب العدة بهذه الأسباب ولا يحصل

الحل. واعلم أن الرافعي قصر في هذه المسألة فإن قدماء الأصحاب ؛ إنما

ذكروها في باب المطلقة ثلاثا وهناك نص عليها الشافعي وهذا الباب حذفه

صاحب التنبيه والغزالي وغيرهما ممن لم يمش في تصنيفه على ترتيب مختصر

المزني. وأدرج الغزالي ومتابعوه مقاصده في باب ما يحرم من النكاح ، وأدرج

صاحب التنبيه وطائفة من قدمائهم ابن القاص مقاصده في باب الرجعة فلما تبدد

على الرافعي لم يستكمل له النظر ولم يرد في

باب ما يحرم من النكاح على الجزم بأن الوطء في ردة أحدهما لا يفيد التحليل وعزاه إلى النص ولفظ النص كما رأيت في المبسوط في باب المطلقة ثلاثا ، وكذلك الزوجان يصيبها الزوج ثم يريد أحدهما بعد الإصابة بحلها تلك الإصابة ؛ لأنه كان زوجا ولو كانت لأن الإصابة ردة أحدهما أو ردتها معا لم يحلها ، ولو رجع المرتد منهما إلى الإسلام بعد الإصابة بعد كانت والمرأة موقوفة على العدة حرمت في حالتها تلك بكل حال عليه انتهى.

والرافعي ذكر اعتراض المزني وأجابه الأصحاب بما ذكرناه ولم تقم الدلالة على أن الردة قبل الدخول تفسخ النكاح ، وإن عاد إلى الإسلام ولا ذكر الأصحاب دليلا عليه ، وأنه لا عدة فيرتفع النكاح جملة والمسألة تحتاج إلى دليل وهذا في الارتداد قبل الدخول أما بعده فالنص قد علمت ولكن الذي جزم به ابن القاص في تلخيصه وتابعه شارحه القفال أنه إن رجع المرتد إلى الإسلام أباحها الأول ونقله النووي في زيادة الروضة وقد ذكره أيضا القاضي الحسين وإمام الحرمين ، وأشار إلى أن من قال أن الوطء بالشبهة تحلل بقول الوطء في الردة تحلل وينحل من كلامهم أن في التحليل بالوطء في النكاح الفاسد خلافا ، وفي الوطء بالشبهة خلافا مرتبا عليه وفي الوطء في الردة خلافا مرتبا على الوطء بالردة هذا ما ينحل لي من كلامهم ولم يزد القفال في شرح التلخيص على تصحيح ما قاله ابن القاص من أنه إذا عاد إلى الإسلام حل ، وذكر تشكيك المزني وجواب ابن شريح والأصحاب له ، ورأيت صاحب البحر قد ذكر أن القفال قال ومنها فسخ المرأة النكاح بعيب الزوج.

قال ابن الرفعة استشكل بعضهم تقريره بأنها إن علمت بالعيب فلا خيار وإلا فالنقاء من العيوب شرط الكفاءة ولا يصح النكاح إذا عدت الكفاءة [على الأصح] 1 وإذا لم تصح انتفى الخيار قال وهذه غفلة عن قسم آخر وهو ما إذا أذنت له في التزويج من معين أو من غير كفؤ وزوجها الولي بناء على أنه سليم فإذا هو معيب والمذهب صحة النكاح في هذه الصورة كما صرح به الإمام في كتاب الوكالة وباب المراجعة.

ومنها : إذا وقع في نار تحرقه لا يمكنه الخلاص منها إلا بماء يغرقه.  
ومنها : إذا حصل قطع الحلقوم والميء في الذبح بتحريك الذابح سكينه مع إعانة المذبوح على ذلك لا اضطرابه وقد قدمناهما في قاعدة الضرر لا يزال بالضرر أول الكتاب وذكرنا ما فيهما.

1 سقط في "أ" والمثبت من "ب".



بسم الله الرحمن الرحيم  
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم  
الكلام في القواعد الخاصة :

قال مصنفه : سقى الله عهده صوب الرحمة والرضوان : وأنا أرى التسهيل على الطالب بترتيبها على الأبواب ، غير أن الحاجة قد تمس إلى تقديم وتأخير ؛ فرأينا أفراد كل ربع من أرباع الفقه ثم لا علينا -بعد أفرادها في تقديم بعض قواعده على بعض ، وربما ذكرنا في بعض هذه الأرباع بعض القواعد العامة كما أنا ربما قدمنا بعض القواعد الخاصة ، ولم يقع واحد من الأمرين إلا لداع إليه ، والله أسأل العون والتوفيق الصلاة على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم.

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
قاعدة : كل ميتة نجسة 1 إلا السمك والجراد 2 بالإجماع والآدمي على الأصح 3  
قال الرافعي 4 والنووي : إلا الجنين الذي يوجد ميتا بعد ذكاة أمه ، والصيد

---

1 روضة الطالبين 1 / 13 ، تحفة المحتاج 1 / 292 ، مغني المحتاج 1 / 78 ،  
الاعتناء في الفرق والاستثناء/ باب النجاسة القاعدة الثانية بتحقيقنا.  
الأشباه والنظائر للسيوطي 460.

2 الأشباه والنظائر 460 نهاية المحتاج 1 / 238 ، مغني المحتاج 1 / 78 ، تحفة  
المحتاج لابن حجر 1 / 124 ، مختصر قواعد العلائي 1 / 100 ، الاعتناء في  
الفرق والاستثناء المصدر السابق.

3 الثاني أنه ينجس لأنه طاهر في الحياة غير مأكول فأشبهه سائر الميتات  
والخلاف في غير ميتة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، وألحق ابن العربي  
المالكي بهم الشهداء.

مغني المحتاج 1 / 78 ، نهاية المحتاج 1 / 239.

4 الشرح الكبير 1 / 162 ، روضة الطالبين 1 / 13.

صفحة 200 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
الذي لا تدرك ذكاته فإنهما طاهر إن بلا خلاف 1.

وقال الشيخ الإمام -رحمه الله- لا حاجة إلى استثنائهما فإنهما مذكيان شرعا  
وألحق بما سبق البعير الناد والصيد بالضغطة السهم 2.

قاعدة : لا يعرف ماء طاهر في إناء نجس.

قال الجرجاني في "المعاينة" 3 والرويانى في "الفروق" إلا في مسألتين :

إحداهما : جلد ميتة طرح فيه ماء كثير ولم يتغير 4.

والثانية : إناء فيه ماء قليل ولغ فيه كلب ثم كثر الماء فبلغ قلتين بلا تغيير فالماء



طاهر والإيناء نجس ؛ لأن الإيناء إذا نجس أولا بالولوج ثم كوثر الماء طهر لبلوغه حد الشرع من غير تغيير ، والإيناء على نجاسته لأنه لم يغسل سبعا ولم يعفر5.

وهذا بخلاف ما لو صادق ولو غه كثرة الماء ؛ فإن الولوج حينئذ لا يؤثر فيبقى الماء والإيناء على حالهما.

قلت : وهذه هي مسألة ابن الحداد المشهورة التي لا ذكر لها -مع شهرتها في كتب المذهب- لا في الرافعي ولا في "الروضة" وفيها وجوه للأصحاب : قول ابن الحداد هذا وهو أصحابها6.

ووجه آخر : أنهما طاهران ؛ لأن الماء وصل إلى حالة لو كان عليها في الأول لم يتأثر.

ووجه ثالث : إنه إن مس الكلب الماء وحده طهر الإيناء ، وإن مس نفس الإيناء لم يطهر إلا بطهارة الماء.

---

1 ومنها أيضا دود الطعام في أ ؛ د الوجهين ، الشرح الكبير 1 / 167.  
2 ومنها الدود المتولد من الماء فيه فميتته طاهرة ولم يضر بطهوريته قطعا فإن أخرج وطرح فيه فقولان أصحابهما عند النووي في الروضة والنتقيح أنه لا يضر خلافا لما صححه بعض المتأخرين النجاسة ولو ألقى في غيره ضرر.  
روضة الطالبين 1 / 113 ، الاعتناء المصدر السابق.

3 ص "1" لوحة أ.

4 المعاياة المصدر السابق.

5 قال السيوطي في الأشباه والنظائر ص45 : إنها من مهمات المسائل التي أغفلها الشيخان فلم يتعرضا لها.

6 وصححه السنجي في شرح الفروع.

صفحة 201 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

وقد أطال الشيخ أبو علي -في "شرح الفروع"- الكلام في هذه المسألة وجود فيها ، وذكر أن القائل بهذا الوجه شبهه بالذن ينجس بنجاسة الخمر الذي فيه ؛ فإذا تخلل طهر الذن تبعا للخمر المتخلل ؛ لأن نجاسته كانت به. فأما إذا صب خمر في دن نجس ببول فصار الخمر خلا لم يطهر الخمر ولا الذن.

قال الشيخ أبو علي : وهذا غير صحيح ؛ لأن المتنجس بالولوج يجب غسله سبعا ويعفر وإن لم يصادف الولوج نفس المتنجس به.

ولا يشبه الذن ؛ لأنه إذا كان نجسا بغير خمر فالخمر لم يطهر بصيرورته خلا ، فكيف يستتبع الذن ؟

ثم هناك نجاستان.  
إحدهما : الخمر ، وقد يطهر بالاستحالة.  
والأخرى : غيره ، ولا يؤثر الانقلاب.  
وفي مسألتان النجاسة واحدة وهي نجاسة الكلب سواء أصاب نفس الإناء أم ماء  
الإناء ؛ فلذلك صار حكمه في الحالتين واحدا.  
قلت : وهذا الوجه يشبه الوجه المفصل في الضبة بين أن تلاقي فم الشارب أو لا .  
وفي المسألة وجه رابع : أن الإناء إذا ترك فيه ساعة قام مقام الغسلات ويبقى  
التعفير وحده 1.

قلت : وصورة ثالثة في مسألة البئر ، يتمعظ فيه شعر فأرة إذا ماس الشعر  
جوانب البئر ، وكان الماء كثيرا بينه وبين الشعر ، أكثر من قلتين -وليس بين  
الشعر وجوانب البئر إلا دون القلتين فالكثير- الذي وسط البئر طاهر ، والبئر  
نجس ، لتنجسه بنجاسة الماء القليل الملاقي له ، بخلاف الكثير البعيد عنه وهذا  
على قول التباعد.  
فهذه ثلاث صور.

فائدة : قال أبو العباس بن القاص في "كتاب التلخيص" لا يجوز تنكيس الوضوء  
عمدا إلا في مسألة واحدة : وهي جنب غسل بدنه إلا رجليه ثم أحدث فلو بدأ  
برجليه

---

1 قال السيوطي في الأشباه والنظائر "453" وهذا يشبه مسألة الكوز وقد بسطتها  
في شرح منظومتي المسماة بالخلاصة وعبارتي فيها : وإن بلغ في دونه فكوثرا  
يطهر قطعا ، والإناء لن يطهرا  
صفحة 202 | 466

---

### الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
فغسلهما ثم غسل وجهه وذراعيه ومسح برأسه. أجزاء قلته تخريجا. انتهى.  
وإنما كان كذلك ؛ لأن الحدث لما طرأ لم يؤثر في الرجلين ، لبقاء الجنابة فيهما ؛  
فإذا غسلهما ثم غسله عن الجنابة وكان الحدث قائما في باقي أعضائه فإذا غسلها  
صار متوضئا 1.

وما ذكره هو الصحيح

عند الأكثر ، وبنوا [عليها] 2 أن الموجود فيه وضوء خال عن غسل الرجلين ، لا  
وضوء منكس ؛ لأن الرجلين تغسلان عن الجنابة خاصة.

والقفال صوب في شرح التلخيص "مقالة ابن القاص ، وخرج المسألة على أن  
المحدث إذا أجنب ، والجنب إذا أحدث هل يسقط عن الترتيب في أعضاء  
الوضوء ؟ قال فيه وجهان :

قلت : وهي المسألة المشهورة : إذا اجتمع عليه حدثان أصغر وأكبر 3 -  
والصحيح يكفيه غسل جميع البدن بنية الغسل وحده ، ولا ترتيب عليه.  
والثاني : تجب نية الحدثين إن اقتصر على الغسل.  
والثالث : يجب وضوء مرتب وغسل جميع البدن.  
والرابع وضوء مرتب وغسل باقي البدن.  
وسواء أوقع الحدثان معا أو سبق أحدهما [ولو كان الأكبر على الصحيح]4  
ونظير قولنا -في هذه المسألة : إن هذا وضوء خال من غسل الرجلين- قولنا في  
مسألة أخرى : إن لنا وضوءا مشتملا على غسل الرجلين ومع ذلك لا تحسب.  
وصورته : في لابس الخف إذا مسح ثم غسل رجليه وهما في الخف ؛ فإن البغوي  
ذكر في "فتاويه" أنه لا يصح غسلهما عن الوضوء حتى لو انقضت المدة أو نزع  
الخف

1 بخلاف إذا منع من الوضوء إلا منكوسا ففعل ما أمر به وصلى ؛ حكى  
الرويانى عن والده الصحة ولا قضاء عليه.

قال النووي في أصل الروضة وهذا هو الراجح 1 / 123 ، 124 .

2 سقط في "ب".

3 في "ب" تقديم وتأخير.

4 في "ب" ولو كان الأكبر غسل الصحيح.

صفحة 203 | 466

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

لزمه إعادة غسلهما ؛ لأنه لم يغسل الرجلين غسل اعتقاد الفرض ، فإن الفرض قد  
يسقط بالمسح.

قال : ويحتمل خلافه ، لأن تارك الرخصة إذا أتى بالأصل لا يقال إنه لم يؤد  
الفرض.

قلت : ولقائل أن يقول -على [الأولى]1 إن غسل الرجلين لم يقع بعضا للوضوء ؛  
لأنه لم يصادف الرجلين إلا وقد ارتفع حدثهما.

ويمكن أن يقال في هذا الفرع : [إذا]2 قلنا بالصحيح -وهو أن السماح رفع الحدث-  
فغسل الرجلين بعده لا يصح لعدم مصادفته شيئا يرفعه ، وليس هو بعض  
الوضوء لكماله.

وإن قلنا ، إن المسح لا يرفع ؛ فيحتمل أن يقال : يصح ، لأنه أتى بالأصل فيبطل  
حكم المسح ، لأن البطل لا يجتمع مع المبدل ولا يقوى عليه.

وبكل تقدير لم يوجد غسل الرجلين في وضوء غير محسوب ؛ بل غما أنه غير  
موجود ، وهو الاحتمال الأول الأصح ، وإما موجود ومحسوب وهو احتمال

البغوي الثاني ، وقد أخذ الروياني في الفروق "والجرجاني في المعاياة" وغيرهما - مسألة ابن القاص وصدراها بلفظ آخر ، نظم لهما مسألة أخرى. فقالا : لا يسقط الترتيب في الوضوء إلا في مسألتين3. إحداهما : وذكرنا مسألة ابن القاص. والثانية : محدث غاص في الماء غوصه ناويا رفع الحدث ؛ فإنه يجزئه في الأصح4 أي وإن لم يمكث زمنا يتأتى في الترتيب.

1 في "ب" الأول.

2 ف "ب" إن.

3 المعاياة ص3 لوحة "أ".

4 اعلم أن الانغماس في الماء له ثلاثة أحوال.

أحدها : أن يغسل بدنه منكسا لا على ترتيب الوضوء أصحهما باتفاق الأصحاب لا يجزيه.

الثاني : أن ينغمس في الماء ويمكث زمانا يتأتى في الترتيب في الأعضاء الأربعة ؛ فإنه يجزيه على المذهب الصحيح وبه قطع الجمهور. =

صفحة 204 | 466

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

وهذا ما صححه النووي1.

وصحح الرافعي والوالد رحمهما الله أنه لا بد من مضي زمان يتأتى فيه الترتيب وعلى هذا لا تستثنى هذه الصور.

قلت : ومسألة الثالثة كالثانية ، وهي لو غسل أربعة أنفس أعضاءه دفعة بإذنه ؛ فوجهان :

أحدهما : يصح وعلى هذا يقع الاستثناء.

والأصح : لا يحصل له إلا الوجه.

قاعدة : قال ابن القاص في "التلخيص"2 ، قبيل كتاب الحيض لا تنقض الطهارة طهرا إلا في مسألة واحدة3.

وهي المستحاضة ومن به سلس البول إذا توضع لكل صلاة ثم طهر خرج من الصلاة وتوضأ ثم استأنف الصلاة.

وقال القفال وغيره : إن جميع أصحابنا قالوا : ليس هذا بنقض طهارة طهرا ، والمستحاضة حدثها دائم ؛ وإنما جوزنا لها بالصلاة للضرورة ، فإذا انقطع الدم

أوجبنا عليها الطهارة عن ذاك الحدث الذي لم يبرح.

قاعدة : "لا يجب المسح على الخف إلا في مسألة واحدة".

وهي ما إذا كان المحدث لابس الخف بالشرائط التي تبيح المسح ، ودخل وقت

الصلاة ، ووجد من الماء ما يكفيه لو مسح ولا يكفيه لو غسل ؛ فالذي يظهر -كما قاله ابن الرفعة "في الكفاية" وجوب المسح ، لقدرته على الطهارة الكاملة.  
قال : بخلاف ما لو لم يكن 4 لابساً ولكنه كان على طهارة كاملة وأرهقه الحدث

1 شرح المهذب 1 / 447-448.

2 انظر الأشباه والنظائر للسيوطي 456.

3 وعبر الإسنوي في الغازه عنها بقوله : لنا طهارة لا تبطل بوجود الحدث وتبطل بعدمه وهي طهارة دائم الحدث.

4 وقال الإسنوي : وما ذكره تفقها ولم يظفر فيه بنقل. الأشباه والنظائر للسيوطي 459.

صفحة 205 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
ومعه من الماء ما يكفيه للمسح -دون الغسل- فإنه لا يجب عليه مسح الخف. على صححه الرافعي والنووي ، في آخر الباب الأول من باب التيمم.  
والفرق واضح ؛ فإن ذاك لابس مستمر على حكم الخف ، وهذا غير لابس فلا يمكن تكليفه لبس الخف.

قلت : ويؤيد الوجوب في اللابس قولهم فيما إذا خالط الماء مائع يوافق في الصفات ، وقلنا : يجوز استعمال الجميع وكان معه من الماء ما لا يكفيه وحده ولو كمله بما يستهلك فيه لكفاه ، أنه يلزمه ذلك.

بل أقول : في هذا دلالة على أن غير اللابس يجب عليه اللبس للمسح كما [اختار] 1 إمام الحرمين.

وإذا دل في غير اللابس دل في اللابس بطريق [الأولى] 2.

قاعدة : لا عبرة برؤية التيمم -المسافر- الماء بعد الفراغ من الصلاة بل تجزيه صلاته إلا في مسألتين.

العاصي بسفره والفاقد ، في قربة وهو مسافر فالأصح فيهما وجوب الإعادة.  
قاعدة : فاقد الطهورين 3 يعيد الصلاة إذا قدر على أحدهما 4 ؛ إلا إذا قدر على التراب في موضع لا يسقط القضاء ؛ فإنه لا يعيد إذ لا فائدة فيه. وفيه احتمال للبعوي - ذكره في فتاويه.

1 في "ب" اختيار.

2 في "ب" أولى.

3 أي الماء والتراب بأن فقدهما حسا كأن حبس في موضع ليس فيه واحد منهما ، أو شرعا كأن وجد ما هو محتاج إليه لنحو عطش أو وجد ترابا ولم يقدر على

تجفيفه بنحو نار.

- مغني المحتاج 1 / 105.

4 في الجديد ؛ لأن هذا العذر نادر فلا دوام له ، مقابل الجديد أقوال : أحدها تجب الصلاة بلا إعادة ، وطرده ذلك في كل صلاة وجبت في الوقت مع خلل وهو مذهب المزني ، واختاره النووي في مجموعه ، قال لأنه أدى وظيفة الوقت ؛ وإنما يجب القضاء بأمر جديد.

ثانيها : يندب له الفعل وتجب الإعادة.

ثالثها : يندب له الفعل ولا إعادة.

رابعها : يحرم عليها فعلها ، قاله في مغني المحتاج 1 / 106.

صفحة 206 | 466

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

قاعدة : إذا انقطع دم الحيض ارتفع تحريم الصوم والطلاق ، وكذا عبور المسجد. ففي "زوائد الروضة" أنه يزول -على القول بتحريمه- إلا على وجه شاذ وتبقى سائر المحرمات إلى أن تغتسل.

قاعدة : لا تؤخر المستحاضة الاشتغال بأسباب الصلاة بعد الطهارة 1 ؛ فإن أخرت -ودمها يجري- استأنفت إلا فيما إذا كان التأخير لسبب من أسباب الصلاة كستر العورة وانتظار الجماعة 2 فالمذهب أنه لا يجدد ونفي الرافي الخلاف فيه ، ولكن فيه وجه في الحاوي.

قاعدة : تكره الصلاة في قارة الطريق 3. إلا في البراري ؛ فالأصح في تحقيق المذهب استثناءؤها لفقد غلبة النجاسة.

قاعدة : "صلاة الرجل في الثوب الحريري محرمة" ، ويستثنى إذا لم يجد ساترا غيره على الأصح.

قاعدة : "استقبال القبلة شرط في صحة الصلاة" 4.

إلا في الخوف ، والتنفل في السفر المباح ذي القصد المعلوم ، وغريق على لوح يخاف من استقباله ومربوط لغير القبلة ، وعاجز لم يجد موجهها وخائف من نزوله عن راحلته على نفسه : أو ماله أو انقطاع رفقته.

قاعدة : لا يتعين استقبال عين القبلة إلا في مسألة على وجه وهي إذا ركب الحمار معكوسا فصلى النفل إلى القبلة فإن القاضي الحسين قال في الفتاوي : يحتمل وجهين. الجواز ؛ لكونه مستقبلا.

1 وجوبا وذلك تقليلا للحدث لأنه يتكرر منها وهي مستغنية عنه بالمبادرة شرح

المهذب 2 / 533-534.

2 وكذا أذان وإقامة واجتهاد في قبلة وذهاب إلى مسجد الاعتناء في الفرق



والاستثناء/ باب الحيض ، القاعدة السادسة بتحقيقنا ، وانظر روضة الطالبين /1  
137-138 ، حلية العلماء /1 234-235.  
3 وهي أعلاه ، وقيل صدره ، وقيل ، والكل متقارب ، والمراد هنا نفس الطريق  
كما قاله ابن الأثير في النهاية.  
4 وفي قول إن الصلاة في الشوارع باطلة بناء على تغليب الغالب الظاهر على  
الأصل ، مغني المحتاج /1 203.  
صفحة 207 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
والمنع ؛ لأنه قبلته وجه دابته والعادة لم تجر بركوب الحمار معكوسا1.  
قاعدة : كل صلاة تفوت في زمن الحيض لا تقضى إلا في مسألة واحدة ، وهي  
ركعتا الطواف.  
قاعدة : كل جنب يمنع من القرآن ولبث المسجد إلا واحدا.  
وهو : جنب تيمم ثم أحدث ؛ فإنه لا يمنع مما يختص بالجنابة -وهو القراءة  
واللبث- لقيام التيمم في ذلك مقام الغسل ، ويمنع ما يختص بالحدث ، وهو الصلاة  
، والسجود ، ومس المصحف ، لطران الحدث ؛ فهو كما لو اغتسل ثم أحدث2.  
قاله الروياني : في "الفروق" و"الجرجاني" في "المعاينة"3.  
فائدة : "لا وضوء يبيح النفل دون الفرض" إلا في مسألة واحدة.  
وهي : جنب تيمم وأدى الفرض ثم أحدث ووجد من الماء ما يكفيه للوضوء دون  
الجنابة ، وقلنا بالقول المرجوح -وهو أنه لا يجب استعماله وأراد أن يصلي النفل  
، فإنه يلزمه استعمال ذلك الماء ؛ لأنه قادر على ما يرفع حدثه. وإذا توضأ به  
عاد كما كان قبل الحدث ، وقد كان قبله ممنوعا من الفرض دون النفل4.  
فإما إذا قلنا : يلزمه استعماله فإنه يستعمله في أي عضو شاء ويتيمم للباقي  
ويستبيح الفرض والنفل معا.  
وفي هذه الصورة التي ذكرناها يقال أيضا : "ليس محدث يصح تيممه للفرض  
دون النفل إلا واحدا" وهو هذا ؛ فإنه إذا وجد كافي وضوئه. دون غسله وقلنا : لا  
يستعمله فإنه لا يتيمم للنفل ؛ لأن معه ما يرفع حدثه للنفل ، ويتيمم للفرض ، لأن  
الماء الذي معه لا يبيح الفرض.  
وقد ذكر الشيخ الإمام هذه المسألة في "الفتاوى" مصوبا [لكلام الجرجاني]5

1 الأشباه والنظائر للسيوطي 464.

2 الشرح الكبير /2 133-147 ، روضة الطالبين /1 85-46 ، شرح المهذب /1  
187.

3 لوحة "8" أخ.

## الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
وأفتى في جنب جريح : طهره غسل الصحيح وتيمم عن [الجريح]1 وصلى  
الظهر ثم أحدث ؛ فدخل وقت العصر وتوضأ ؛ فإنه يتيمم أيضا للجراحة من أجل  
الجنابة.

قال : وهو نظير مسألة الجرجاني.

وذكر النووي مسألة الجرجاني ؛ لكنه قال : وكذا حكم الفرائض كلها. وذلك يوهم  
أنه إذا أحدث يتوضأ للفرض ولا يتيمم ، وهذا لا يقوله أحد ، وقد أوله الوالد -  
رحمه الله في فتاويه.

أصل مستنبط : هل الأولى تعجيل العبادة وإن وقع فيها خلل أو نقص ، ولا نعني  
بالخلل والنقص ما ينتهي إلى الفساد ، بل أخف من ذلك ، أو تأخير لتقع خالية  
[من]2 هذا الخلل ؟

والحاصل أنه إذا عارض فضيلة التعجيل نقص لا يكون في التأخير فإنهما أولى  
بالرعاية ، وهذا كما في عشاء الآخرة ، فقد اختلف [الجديد والقديم]3 في أيهما  
أفضل : تعجيلها أو تأخيرها ؟

غير أن تعجيلها ليس فيه شيء من الخلل ، وهذا الأصل موضوع لما في التعجيل  
نوع خلل.

وله نظائر :

منها : لو تيقن المسافر وجود الماء آخر الوقت فانتظاره أفضل من التيمم4. ولو  
ظنه فتعجيل التيمم أفضل في الأظهر.

ومنها : إذا أراد التأخير لحيازة فضيلة الجماعة فإن تيقنها آخر الوقت : قال في  
شرح المهذب5 ، فالتأخير أفضل ، وإن ظنها فوجهان : ورجح النووي أنه إن  
فحش

1 في "ب" للجريح.

2 في "ب" عن.

3 في "ب" تقديم وتأخير.

4 ليأتي العبادة بالوضوء وهو الأصل قال النووي في شرح المهذب هذا هو  
المذهب الصحيح المقطوع به في جميع الطرق ، شرح المهذب 2 / 261 ،  
الاعتناء في الفرق والاستثناء كتاب الصلاة القاعدة الأولى.

5 2 / 262 ونقل عن الشافعي في الأم أن التقديم أفضل وقطع أبو القاسم الداركي

وأبو علي الطبري صاحب الحاوي وآخرون من كبار العراقيين استحباب التأخير وفضله على أول الوقت منفردا ، وقال في الإملاء : التأخير أفضل. الاعتناء المصدر السابق.

صفحة 209 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة التأخير فالتقديم أفضل. وإن خف فالتأخير أفضل. ومنها إذا علم أنه لو قصد الصف الأول لفاتته الركعة. قال النووي : الذي أراه تحصيل الصف الأول إلا في الركعة الأخيرة فتحصيلها أولى ، ذكره في "شرح المذهب" 1 و"التحقيق". ومنها : إذا ضاق الوقت عن سنن الصلاة ، وكان بحيث لو أتى بها لم يدرك الركعة ، ولو اقتصر على الواجب [أدرك] 2 الجميع في الوقت فما الذي يفعله ؟ قال البغوي في فتاويه : إن السنن التي تجبر بالسجود يأتي بها بلا نظر ، أما التي لا تجبر قال : فالظاهر الإتيان بها أيضا ؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه كان يطول القراءة في الصبح حتى تطلع الشمس قال : ويحتمل أن لا يأتي بها إلا إذا أدرك الركعة.

ومنها : المسافر إذا كان بحيث لو غسل كل [عضو] 3 لو يكف ماؤه ، قال البغوي في "فتاويه" : يجب أن يغسل مرة مرة ؛ فلو غسل ثلاثا فلم يكف وجب التيمم ولا يعيد ؛ لأنه صبه لغرض التثليث فليس كما لو صبه سفها ، وصار كما لو أمكن المريض أن يصلي قائما بالفاتحة ؛ فصلى قاعدا بالسورة ، فإنه يجوز "انتهى". ولا تعارض بين قوله : أولا وجب وأخرا جاز.

وبالوجوب صرح النووي فيما وضعه شرحا على التنبيه فقال : أول باب فرض الوضوء يجب الاقتصار - عند ضيق الوقت أو الماء عن السنن - على الفرائض. قاعدة : "لا يعذر مكلف عن تأخير الصلاة عن وقتها".

بل يؤمر بالإتيان بها - على حسب حاله - ولو بالإيماء إلا في صور منها 4 :

1 / 2 263-264.

2 في "ب" لوقع الجميع.

3 زيادة الحاجة السياق.

4 لا يعذر أحد من أهل فرض الصلاة في تأخيرها عن الوقت إلا نائم وناس ، ومن نوى الجمع لسفر أو مرض ومكره على تأخيرها ومشتغل بإنقاذ غريق أو دفع صائل أو صلاة على ميت خيف انفجاره ، ومن خشى فوات عرفة على رأي وفاق الماء وهو على بئر لا ينتهي إليه النوبة حتى يخرج الوقت ، وعار في عراء لا تصل إليه السترة حتى يخرج. ومقيم عجز من الماء حتى خرج الوقت.

### الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
قاعدة : لا تجوز الصلاة مع النجاسة. إلا في مسائل :  
منها : نجاسة في الثوب أو البدن لم يجد ما يغسلها به أو في البدن ، ووجد ما  
يغسلها به ولكن خاف التلف من غسلها ؛ فإنه يصلي وتجب الإعادة على الجديد  
الأظهر.

ومنها : إذا علم بالنجاسة ثم نسيها. وصلى مصاحباً لها فيعيد على المذهب.  
ومنها : إذا جهل ملابسته إياها ثم علم بعد الصلاة فيعيد في الجديد ، واعلم أنه  
يجب على كل من رأى على مصل نجاسة أن يعلمه ؛ بخلاف من رأى مسلماً  
نائماً ؛ فإنه لا يجب عليه أن يعلمه - وإن خرج الوقت- ذكرهما الحليني في  
"المنهاج" وفرق بأن الصلاة لا تصح مع النجاسة ، يعني وعدم الصلاة يكون مع  
عدم التكليف وهو النوم قال : وإن رآه يصلي خلف إمام غير طاهر فلم يعلمه لم  
يكن خائناً له -في قول من يجيز الصلاة- ويكون خائناً في قول من لا يجيز.  
انتهى.

ومنها : القليل من طين الشارع - وإن تحققت نجاسته.  
ومنها : من على ثوبه أو بدنه دم البراغيث -ولو كثر- في الأصح.  
ومنها : الأثر الباقي على محل الاستنجاء بعد الحجر.  
ومنها : دم البثرات وهو كدم البراغيث ، يغتفر القليل قطعاً والكثير على الأصح.  
ومنها : ما لو أصابه شيء من دم نفسه -لا من البثرات- بل من الدمامل والقروح  
، وموضع الفصد ، والحجامة.

والأصح -عند النووي- أنه كدم البثرات مطلقاً.  
ومنها : النجاسة التي تصطحبها المستحاضة ، وسلس البول.  
ومنها : إذا تلطخ سلاحه بالدم في صلاة شدة الخوف.  
ومنها : الشعر الذي ينتف ولا يخلو عنه ثوبه ولا بدنه فهو كدم البراغيث.  
ومنها : القدر الذي لا يدركه الطرف من الخمر والبول وغير الدم.  
قاعدة : يستثنى من قول الأصحاب : يسن للصباح والظهر طوال المفصل-

### الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
صورتان المسافر في الصبح المستحب له في الأولى "قل يا أيها الكافرون" ،  
وفي الثانية "الإخلاص".

قاله الشيخ أبو محمد "في مختصر المختصر" وتبعه الغزالي في "الخلاصة" و"الاحياء".

والثانية : ذكرها الشيخ محيي الدين في "التحقيق" وشرح مسلم إذا كان إماما لغير محصورين ، أو محصورين - شق ذلك عليهم.

وأفتى ابن الصلاح بخلافه ، ويدل له فعل النبي صلى الله عليه وسلم ؛ فقد كان يصلي بالطوال مطلقا.

فإن كان النووي أخذ ذلك من قول الأصحاب : "يستحب للإمام أن يخفف في الأذكار والقراءة" ؛ فلا شاهد له فيه ؛ لأن التخفيف لا يستدعي في العدول عن الطوال ، ويحصل بدرج القراءة ، وبعدم الزيادة على القدر المسنون.

ولكني رأيت منصوصا للشافعي رضي الله عنه في "جمع الجوامع" لأبي سهل بن العفريس<sup>1</sup> ، ما يشهد للنووي.

ونصه "واجب أن يكون أقل ما يقرأ مع أم القرآن -في الركعتين الأوليتين- قدر أقصر سورة في القرآن مثل : { إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ الْكَوْثَرَ } وما أشبهها ، وفي الآخرتين أم القرآن وآية ، وما زاد كان أحب إلي - ما لم يكن إماما ، فيقل. انتهى.

فائدة : يستثنى من قولنا : يسن سجود التلاوة لمستمعها وكذا سامعها في الأصح مسائل :

منها : المأموم الذي لم يسجد إمامه.

ومنها : المصلي إذا استمع قارئا خارج الصلاة وحكى المعافي الموصلي<sup>2</sup> عن

---

1 أحمد بن محمد بن محمد الزوزني أبو سهل ويعرف بابن العفريس والعين والسين المهملتين صاحب جمع الجوامع ذكره أو عاصم العبادي في طبقة القفال الشاشي وأبي زيد ، وكتابه قريب من حجم الرافعي الصغير.

انظر ابن قاضي شهبة 1 / 138 ، طبقات الفقهاء للعبادي ص 91 ، ابن السبكي 3 / 301 ، ابن هداية الله ص 28 ، الأعلام 1 / 201.

2 المعافي بن إسماعيل بن الحسين بن أبي السنان أبو محمد الموصلي ولد بها سنة إحدى وخمسين وخمسائة وتفقه على ابن مهاجر والعماد بن يونس وغيرهما قال الذهبي كان إماما فاضلا دينيا عارفا بالمذاهب ، توفي بالموصل في شعبان أو رمضان سنة ثلاثين وستمائة.

ابن السبكي 5 / 156 ، شذرات الذهب 5 / 143 ، ابن قاضي شهبة 2 / 92 ، الأعلام 8 / 169.

صفحة 212 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
القاضي الحسين أنه يسجد ، وهو ما ذكر الإمام أن في بعض الطرق إشارة إليه.

ومنها : مستمع قراءة الجنب والسكران ؛ ففي فتاوى القاضي الحسين أنه لا يسجد ، خلافا لأبي حنيفة ؛ لكن الأصح في "الروضة" سجود مستمع ، المحدث .  
قاعدة : "من نوى في أثناء العبادة إبطالها أو الخروج منها بطلت إلا : الحج ،  
والعمرة ، وكذا الصوم -في أصح القولين- والوضوء والاعتكاف -على أصح  
فيهما أيضا .

قاعدة : النفل : لا يقتضي واجبا .

وإن شئت قل : شيء من النفل لا يكون بواجب .

نعم قد يكون ؛ بحيث لا تتقوم ماهية النفل ، وتتأدى ماهية السنة إلا به ، كالركوع  
والسجود في النافلة ؛ فإنه لا بد منه ، وإلا لخرجت عن كونها صلاة ، ولا نسميه  
واجبا وإن شئت قل -بعبارة أعم من هذا- ما ليس بواجب لا يقتضي واجبا .  
ومن ثم لما ادعى ابن الحداد إيجاب ركعتي الطواف في الطواف الذي هو سنة -  
كطواف القدوم- غلطه جماهير الأصحاب .

وقال الإمام : ما أراه يصير إلى إيجابهما -على التحقيق- ولكنه رأهما جزءا من  
الطواف ، وأنه لا يعتد به دونهما .

قال : قد قال -في توجيه قوله : "لا يمتنع أن يشترط في النفل مما يشترط في  
الفرض ، كالطهارة وغيرها" .

إذا عرفت هذا ، علمت أن النافلة لا تقتضي وجوبا ، وقال البغوي -في توجيه  
كلام ابن الحداد- يجوز أن يكون الشيء غير واجب ويقتضي واجبا ، كالنكاح  
غير واجب ويقتضي وجوب النفقة والمهر .

قلت : ولعل هذا لا يرد على الإمام ؛ فإنه قد أشار إلى كونه مستثنى في "باب  
الولاية" ؛ إذ قال : ليس في الشرع إباحة تفضي إلى اللزوم ، إلا في النكاح وقد  
قدمنا ذلك عنه في أصوله التي طال تصريحه بها .

صفحة 213 | 466

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
إن الخارج عن القواعد المعدودة من المستثنيات ، لا يرد نقضا ، وما هو -من  
حيث خروجه عن المنهاج- إلا بمنزلة الشاذ النادر ؛ ولكن كتاب القواعد كفيل  
بذكر المستثنى -وإن شذ وخرج عن المنهاج- لأن المقصود به ضبط معاهد  
الفروع .

وقد يضم إلى النكاح مسائل .

منها : الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في النافلة ، وما هي عندي إلا  
كبقية الأركان من الركوع ، والسجود ، والتشهد الأخير .  
ومنها : مسائل أخر في الأصل .

وقريب من هذه القاعدة ما يقوله الفقهاء : النفل لا ينقلب واجبا .



يذكرون ذلك عند البحث مع الخصوم فيما إذا شرع في صلاة تطوع أو صوم هل يجب عليه الإتمام ؟

وحضرت إلي من مدة -أسئلة من بعض فقهاء الموصل [نظمها] 1 قصيدة دالية كلها ألغاز فقهية وأرسلها إلي.

منها : والنفل كيف يصير حتما لازما ؛ فكان جواب هذا البيت من نظمي. والنفل يصلح واجبا في بالغ وسط الصلاة أو الصيام فعدد قاعدة : المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكان العبادة<sup>2</sup>.  
ومن ثم مسائل :

منها صلاة النفل داخل الكعبة أولى منها خارجها وكذا الفرض إن لم يرج جماعة ؛ فإن رجاها فخارجها أفضل قاله في الروضة.

ومنها : الصلاة في الجماعة خارج المسجد أولى منها في المسجد منفردا ؛ قاله الرافعي في كتاب الحج عند ذكر هذه القاعدة في سنن الطواف.

ومنها : الرمل مع البعد عن البيت أفضل من القرب بلا رمل ؛ إلا أن يكون في

---

1 في "ب" تضمنها.

2 قال النووي رحمه الله في شرح المذهب : هذه القاعدة مهمة خرج بها جماعة من أصحابنا وهي مفهومة من كلام الباقيين.

صفحة 214 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

حاشية المطاف نساء ولم يأمن ملامستهن لو تباعد ؛ فالقرب بلا رمل أولى من البعد مع الرمل حذرًا من انتقاض الطهارة ، وكذا لو كان بالقرب -أيضا- نساء وتعذر الرمل في جميع المطاف لخوف الملامسة فتركه أولى.

ومنها : النفل في البيت -لبعده عن الرياء- أفضل منه في المسجد ولو [في] 1 مسجد النبي صلى الله عليه وسلم.

كذا مثل في "شرح المذهب" وسكت عن المسجد الحرام ، وما أرى ذلك إلا اتباعا لقوله صلى الله عليه وسلم : "صلاة المرء في بيته أفضل من الصلاة في مسجدي هذا إلا المكتوبة" ؛ أخرجه أبو داود<sup>2</sup> فحافظ النووي رحمه الله على لفظ الحديث ، ثم المضاعفة في جميع حرم مكة بخلاف المدينة.

وتعليقهم -تفضيل نافلة البيت بالعبد عن الرياء استنباط- في الحقيقة- لمعنى مأخوذ من هذا الحديث ومن قوله صلى الله عليه وسلم "عليكم بالصلاة في بيوتكم ؛ فإن خير صلاة المرء في بيته إلا الصلاة المكتوبة" أخرجه البخاري ومسلم<sup>3</sup>.

وفيما وجدته منقولا عن القاضي أبي الطيب استثناء من هو ساكن في المسجد -

قال فصلاته في المسجد أولى.  
قلت : إن كان يريد من بيته قطعة من المسجد ؛ فذاك اجتمع فيه الأمران ولا شك  
أن صلاة هذا في هذا البيت أولى.  
وإن أراد من له باب إلى المسجد فأقول : الذي يظهر أنه متى تساوى المسجد  
والبيت في البعد عن الرياء -ويظهر هذا كثير فيمن له باب إلى المسجد- فإنه  
يخرج ليلاً إليه ؛ بحيث لا يبصره أحد.  
ومن عنده مسجد مهجور -لا يراه فيه أحد ، وربما كان مفتاحه معه فالمسجد  
أفضل. ولعل إلى هذا القبيل أشار الشيخ أبو إسحاق ؛ حيث ذكر في المذهب أن  
تطوع البيت بالنهار أفضل وقد تعجب منه النووي وغيره في تخصيصه بتطوع  
النهار ، وقال

1 سقط في "ب".

2 274 / 1 في الصلاة/ باب صلاة الرجل التطوع في بيته "1044".

3 البخاري 2 / 214 في الأذان/ باب صلاة الليل "731" ومسلم 1 / 539 في

صلاة المسافرين/ باب استحباب صلاة النافلة في بيته "781 / 213".

صفحة 215 | 466

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

النووي : كان ينبغي أن يقول : وفعل التطوع في البيت أفضل -كما في التنبيه.

قلت : ويمكن أن يقال : أشار بلفظ بالنهار إلى أن التطوع في البيت -حيث يظهر

التطوع بالمسجد- أفضل. لا حيث يخفي- وهو حسن ، وإياه نعتقد ؛ فرحم الله

الشيخ أبا إسحاق ما أحسن احترازه ، وما أفحل كلامه وما أضبط ألفاظه.

فإن قلت : فهذا خروج عن ظاهر الحديث ، وتخصيص لعمومه.

قلت : كما أخرجت الرواتب فإن المفهوم من كلام أكثرهم أن فعلها في المسجد

أولى ، والمفهوم من كلام آخرين خلافه.

والحاصل : أن بعضهم أخرجها للمعين ، وهذا أمثلها.

قاعدة : "ما لا يدخل الشيء ركننا ، لا يدخله جبرانا".

وهذه قاعدة ذكرها إمام الحرمين ؛ حيث قال في كتاب الجنائز من "النهاية" "قطع

الأئمة بأنه لو سها في صلاة الجنائز لم يسجد للسهو ؛ لأنه لا مدخل للسجود في

هذه الصلاة -ركنا- فلا يدخلها جبرانا". انتهى.

وأنا أقول : هذا منقوض بالدماء الواجبة في الحج جبرانا ؛ فإنها لا تدخله ركننا ؛

إذ ليس الدم ركننا في الحج ، ويدخله جبرانا إلا أن يقال : إنما يجبر الدم ما أوجب

لأجل تقويته. مما لا يفوت بفواته الحج ، كالرمي ؛ إذ ليس في أركان الحج ما

يجبر بدم ، فلم يدخل الدم نفس الحج.

ومنقوض -على القديم- بالدينار الواجب على من وطئ حائضًا في إقبال الدم والنصف في إداره ؛ إذ ليس في الوطء مال ، وقد وجب الدينار جبرانا .  
إلا أن يقال : إن الوطء مقابل بالمهر ؛ إذ لا يخلفو عن عفو أو عقوبة .  
ولو قيل : "ما لا يدخل الشيء مشروعا فيه ، لا يدخله جبرانا" كان غير منقوض بشيء فيما يظهر .

قاعدة : قال صاحب التلخيص : "كل عبادة واجبة إذا تركها الإنسان لزمه القضاء والكفارة إلا واحدة" .

وهي : الإحرام لدخول مكة -أي على أصح القولين- وعلل بوجهين .  
أحدهما : عدم إمكانه لأن الدخول الثاني يوجب إحراما آخر .

صفحة 216 | 466

### الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
والثاني : أن الإحرام تحية البقعة ؛ فلا يقضي كتحية المسجد وأورد على صاحب التلخيص أنه بقيت صور .

منها : قول الأصحاب فيمن نذر صوم الدهر ؛ فأفطر يوما أنه لا يمكنه قضاؤه ولا شك أنه بعد تسليم حكمه وارد ، غير أن في صدري منه حسيكة ولم لا يمكن ؟

وقد يقول النادر : أنا أقضي اليوم الفائت فيما استثنى من الدهر ، ولم يحرم الصوم فيه ، ولا وجب ؛ وذلك كأيام السفر والمرض .

ولا جواب لهذا إلا أنهم قالوا : "الواجب بالنذر ، لا يزيد على الواجب بالشرع" .  
ولذلك قال الإمام : لو نذر المريض القيام في الصلاة ، وتكلفت المشقة ، أو نذر صوما ، وشرط أن لا يفطر بالمرض ، لم يلزم الوفاء ؛ ولكن يمكن أن يقال في جواب هذا .

الجواب : أن غاية هذا أنه لا يجب الصوم ، لئلا يزيد النذر على واجب الشرع ؛ ولكن لم قلت ، لا يصح أن يقضي في هذه الأيام ما فات في غيرها ، لا سيما إذا كان فائتا بغير عذر ، ويكون قضاؤه مسقطا لوجوب الفدية .

بل أقول : لم لا يجب ما يمكن قضاؤه في الأيام التي صح نذر الصوم فيها فيها كما إذا نذر الدهر فأفطر يوم الاثنين وجب قضاؤه يوم الثلاثاء ؛ فنوى -تلك الليلة أن يصبح صائما- قضاء عن اليوم الفاضل . وهو الاثنين لا وفاء بالنذر ، ويكون هذا عاصيا بترك صوم يوم الثلاثاء المنذور ، كما عصى بترك الاثنين إن كان تركه بلا عذر ، ومطيعا من جهة أنه قاض لليوم الفائت .

وليس للفقهاء ، جواب عن هذا إلا بأن هذا اليوم تعين بنذره السابق لأداء المنذور ، ولذلك لو نذر الصوم يوما آخر -بعد هذا النذر- لم يصح .

ولكن هذا الجواب يرده تصريحهم في باب النذر بأن اليوم المعين بالنذر وإن

عيناه - لا تثبت له خواص رمضان ؛ بل لو صامه عن قضاء أو كفارة صح بلا خلاف ؛ كذا عزاه الرافعي الإمام ، وحكى فيه وجهها عن البغوي ، ومنها : من نذر أن يحج كل سنة - وهو كئذ صوم الدهر - ومن نذر أن يصلي جميع الصلوات في أوائل أوقاتها فأخر واحدة ، أو أن يصدق بفاضل قوته كل يوم فأتلف

صفحة 217 | 466

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

فاضل بعض الأيام ، وتفقه القريب إذا وجبت فترك بعض الأيام ، وإذا نذر أن يعتق كل عبد سيملكه وملك عبدا ، ومات ولم يعتقهم ؛ فإنهم لا يعتقون ومن ترك رد السلام ، ومن فر من الزحف من اثنين غير متحرف لقتال أو متحيز إلى فئة ؛ إذ لا يمكنه القضاء ، فإنه متى لقي اثنين ممن يجب قتالهما بهذا اللقاء. لا قضاء ، وإمساك يوم الشك إذا ثبت أنه من رمضان ؛ فإنه يجب إمساكه - على المذهب - ولو ترك الإمساك لم يلزمه لتركه قضاء ، ولا كفارة ؛ وإنما يجب قضاء اليوم الفائت من رمضان.

وعدم القضاء في هذه الصور كلها ، لعدم تصوره ولعل ابن القاص نبه بمسألة الإحرام لدخول مكة. على نظيرها مما يفوت القضاء فيه لعدم إمكانه.

ونقول فيمن وجب بالنذر أن الكلام في الواجب بالأصالة ، وفي نفقة القريب ، أنه لا يطلق عليها عبادة بل غرامة - إن لم يخرج عن الطاعة - فإنه ليس كل واجب يطلق عليه لفظ العبادة ؛ ألا ترى أن قضاء الدين واجب ، ولا يعد في العبادات. قاعدة : "كل ما حرم في الإحرام ففيه الكفارة".

إلا في عقد النكاح ، وشراء الصيد ، واتهابه ، لا يصح ولا يجب فيه شيء ووضع اليد عليه ما دام حيا وتنفيره ما لم يميت فيه ، وأكله ، والصياح عليه - على أحد الوجهين - والاستمناء في وجه...

قاعدة : الأصل براءة الذمة.

قاعدة : الأصل في الميتات النجاسة. ويستثنى السمك والجراد وميتة لا نفس لها سائلة - على خلاف في ذلك - ونحو ذلك.

قاعدة : "الأصل في الحيوانات الطهارة".

ويستثنى : الكلب والخنزير وفروعهما ، وفروع أحدهما.

قاعدة : الجمادات طاهرة ، إلا المستحيل إلى نتن أو إسكار.

قاعدة : قال الأصحاب رحمهم الله : "ما قضى عمده البطلان اقتضى سهوه السجود إذا لم يبطل".

وقولنا : "إذا لم يبطل" فيه زاده صاحب التتمة والتهذيب فيما نقله الرافعي عنهما

صفحة 218 | 466

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
وبه خرج الحدث ؛ فإن سهوه يبطل كعمده ولا سجود ، وكذا كثير الكلام والفعل -  
على الأصح- ويستثنى من القاعدة مسائل :  
منها : إذا تنفل على الدابة فحولها عن صوب مقصده وعاد قريبا متعمدا بطلت.  
وإن نسي : فقد صحح النووي في "شرح المذهب" أنه لا يسجد لكن صحح  
الرافعي في "الشرح الصغير" أنه يسجد ، وهو المذكور في الحاوي الصغير.  
قال الأصحاب : "وما لا يبطل عمده ، لا يسجد لسهوه".  
قال الرافعي : "ويستثنى منه ما إذا طال الركن القصير بغير الفاتحة ، أو قرأ  
الفاتحة في الركوع أو السجود أو قرأ التشهد في القيام ، أو كرر الفاتحة مرتين ؛  
فإنه يسجد للسهو على الأصح ، ولا تبطل -بعده- الصلاة- على الأصح.  
قلت : ويستثنى أيضا مسائل.  
منها : لو عمل قليلا -لا من جنس الصلاة- عامدا لا تبطل صلاته ولو سها به.  
سجد للسهو.

ومنها : لو قنت قبل الركوع. لم تبطل ، والأصح أنه يسجد.  
ومنها : إذا نوى المسافر القصر ، ثم قام إلى الثالثة -عامدا- بنية الإتمام لم تبطل  
صلاته ، ولو قام ساهيا -سجد للسهو ، كذا ذكره صاحب البحر في باب صلاة  
المسافر ، وقال : إنه فرع غريب.  
ومنها : على القول باختصاص القنوت بالوتر في النصف الأخير من رمضان إذا  
قنت في غيره سجد للسهو ، ولو تعمد لم تبطل ؛ ولكنه مكروه ، كما ذكره  
الرافعي في باب صلاة الجماعة.  
ومنها : إذا قرأ غير الفاتحة في الركوع أو السجود ساهيا سجد للسهو ، كما ذكر  
القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين ؛ ولكن حكى الماوردي فيه وجهين ، ثم  
عمده لا يبطل قطعاً.  
ومنها : إذا ترك التشهد الأول -ناسيا- وذكره بعد ما صار إلى القيام أقرب ؛ فإنه  
يعود إليه ويسجد للسهو على الأصح ، مع أنه لو تعمد لم تبطل. وقد أورد  
القاضي الحسين هذا الضابط على نوع آخر جعل فيه الفرع أصلاً فقال : "كل  
عمل يلزمه سجود

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة  
السهو إذا أتى به ساهيا ، فإذا أتى به عامدا بطلت صلاته ، وكل عمل قلنا لا  
يلزمه سجود السهو ، لا تبطل صلاته إذا فعله عمدا".



وليس بين لفظ الأصحاب ولفظه معاكسة ولا مخالفة غير أنك إن جريت على لفظ الأصحاب عددت المسألة من قواعد باب سجود السهو. وإن جريت على لفظ القاضي عدتها من باب ما يفسد الصلاة وما لا يفسدها ؛ ولكن القاضي لم يذكرها إلا في باب سجود السهو من التعليقة ولا بأس بذكرها في البابين لكن في باب سجود السهو على الصورة التي ذكرها الأصحاب ، وفي باب المفسدات على الصور التي ذكرها القاضي. وهذا شبيهه بصنع الشيخ أبي إسحاق ؛ حيث قاس في الرد بالعيب على الشفعة وفي الشفعة على الرد بالعيب.

قاعدة : "إذا سها الإمام في صلاته ، لحق سهوه المأموم".

قال الرافعي : ويستثنى صورتان.

إحدهما : إذا تبين له كون الإمام جنباً فلا يسجد لسهوه ، ولا يتحمل -وهو- عن المأموم أيضاً.

الثانية : أن يعرف سبب سهو الإمام ويتيقن أنه مخطيء -في ظنه- كما إذا ظن ترك بعض الأبعاض والمأموم يعلم أنه لم يترك فلا يوافق الإمام إذا سجد. وقد تكلم كل من الشيخ الإمام وشيخه ابن الرفعة رحمهما الله على هذا الاستثناء.

أما الصورة الأولى : فأنكر ابن الرفعة استثناءها وقال : الجنب ليس بإمام وأثبتته الشيخ الإمام وقال استثناءها صحيح.

والشيخ الإمام لم ينظر كلام ابن الرفعة -أنا أعرف ذلك- لو نظره لبين وجه الرد عليه.

وأقصى ما تلمحت لتردها تردد الأصحاب في أن المحدث إذا كان إماماً في جمعة هل يصح ؟ أو يفرق بين أن يتم به العدد ، أو لا ؟ وفي أن الصلاة خلفه هل هي صلاة جماعة أو فرادى ؟ فهذا الخلاف صالح لأن يكون أصلاً لهما.

وأما الثانية : فتوافقاً على إنكارها ، ثم اختلف تقريرهما.

فابن الرفعة قال : ما أتى به الإمام ليس بسجود سهو ؛ بل هو سجود يقتضي أن

صفحة 220 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في ربع العبادات : كتاب الطهارة إلى الزكاة

يجبر بسجود آخر قال : والاستثناء فيها : كما قال صاحب التلخيص فيما إذا سجد في صلاة الجمعة ، ثم بان لهم أن الوقت خارج ، ينويها ظهراً ، ويعيدون السجود.

واعترضوا على صاحب التلخيص بأنه لم يكن السجود فيها جائزاً ؛ وإنما هو صورة السجود. انتهى.

والشيخ الإمام رحمه الله قال : فذلك يقتضي سجود سهو على الإمام على الأصح لزيادته سجدين سهواً.

فإن قلنا بذلك لم يخرج سهو الإمام عن اقتضائه السجود في حق المأموم.



وإن قلنا : بأن الإمام لا يسجد لمثل ذلك فلا حاجة إلى استثنائها ؛ لأن الإمام لم يحصل منه سهو مقتضى السجود "انتهى".  
وهذا حق ، فإن ما وجد من الإمام ليس بسجود سهو ؛ وإنما هو على صورته كما قيل في الرد على صاحب التلخيص -وكانه لم يرد بهذه الصورة إلا أن المأموم يتابع الإمام لسهو -ظنه- والمأموم يعلم خطأ ظنه.

1 في "ب" يتابع الإمام في سجوده لسهو ظنه.  
صفحة 221 | 466

## الأشباه والنظائر كتاب الزكاة كتاب الزكاة :

قاعدة : كل حق مالي وجب بسببين يختصان به فإنه جائز تعجيله  
قاعدة : كل حق مالي وجب بسببين -يختصمان به ؛ فإنه جائز تعجيله بعد وجود أحدهما ، وعبر الإمام في "النهاية" في الحج ، في باب صوم المتمتع -عن هذا بقوله : "كل كفارة مالية نيطة بسببين فيجوز تقديمها على السبب الثاني إذا تقدم الأول ، قياسا على كفارة اليمين ؛ فإنها إذا كانت مالية ، جاز تقديمها على الحنث. انتهى.

وإن وجب بسبب وشرط ، جاز تعجيله بعد وجود السبب.  
وهذا أوضح ، فإنه إذا قدم على السبب الثاني -وهو سبب- فإن تقدم على الشرط أولى وأحرى.  
وما وجب بثلاثة أسباب ؛ فلا يجوز تقديمه على اثنين منها بل لا بد من اثنين ثم جائز له تقديمه على الثالث.

وما وجب بسبب واحد ، لا يجوز تقديمه عليه.  
فهذه ثلاث قواعد نتكلم عنها في شرح الرابطة الأولى.  
فنقول : خرج بقولنا : ما لي الحق البدني ؛ فإنه إما مؤقت كالصلاة فلا يقدم على وقته ، وجمع التقديم ليس بتقديم على الوقت ، بل هو الوقت في تلك الحالة.  
والصبي إذا بلغ في أثناء الوقت بعدما صلى تجزيه الصلاة ، وليس فعله تقديمًا وتعجيلًا.

وإما غير مؤقت ، كالصيام في الكفارات ، والصحيح أنه لا يجوز تقديمه على سببه ، وفي وجه أنه يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث ، قال الإمام في الأساليب : وهو الذي يليق بطريق الأسلوب.

صفحة 222 | 466

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

وقولنا يختصان به احتراز عن الإسلام والحرية ؛ فإنهما لا يختصان بما يجب فيه ، كزكاة الفطر ليس للإسلام والحرية بهما خصوصية والزكوات كذلك قبل الحج ، وأمور كثيرة.

القول في ذي السببين أو السبب والشرط :

فيه صور :

منها : كفارة اليمين وقد قدمناها عن الإمام ، وهي أم المسائل ؛ فيجوز إخراجها بعد اليمين وقبل الحنث ؛ لأنها وجبت باليمين والحنث ، ولا تجوز قبل اليمين ، لتقديهما على السببين.

ومنها : زكاة الفطر يجوز تعجيلها في جميع رمضان ؛ لأنها وجبت بأمرين يختصان بها ، وهما : إدراك رمضان والفطر ، ولا يجوز قبل رمضان ، التقديم على السببين.

ومنها زكاة المواشي ، والنقدين ، والعروض ؛ فإنها تجب بسببين يختصان بها ، وهما : الحول والنصاب ، فيجوز تعجيلها قبل الحول ، ولا يجوز قبل كمال النصاب ، والأصح أنه لا يجوز تعجيل زكاة عامين ؛ لأنه لم يتحقق وجود واحد من السببين بالنسبة إلى العام الثاني.

ومنها : إراقة دم التمتع بعد الشروع في الحج وقبل العيد جائز عندنا خلافا لأبي حنيفة حيث قضى بأنه يتأقت بأيام النحر.

وفي جواز الإراقة بعد التحلل من العمرة وقبل الشروع في الحج قولان أو وجهان : أصحهما الجواز ؛ لأنه حق مالي تعلق بسببين ، وهما ، الفراغ من العمرة ، والشروع في الحج ؛ فإذا وجد أحدهما جاز إخراجها ، كالزكاة والكفارة. ومنها : كفارة القتل تجوز بعد الجرح وقبل الموت ، وإن لم يكن جرحه لم يجز بلا خلاف.

القول في ذي الأسباب :

وفيه صور :

منها : على قول ابن أبي هريرة : الظهر ؛ وذلك أن الكفارة بالظهر إذا وجد العود يجب بالعود والظهر شرط ، أو الظهر والعود شرط أو بهما فيه وجوه.

وعلى القول بأن

صفحة 223 | 466

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

العود سبب ، والظهر شرط قال ابن الرفعة ، ينبغي أن لا يجزئ التكفير قبله قال : وقد حكاه البندنيجي وجهها.

وعلى القول بأنهما سببان ، لا يجوز تقديمها على الظهر ، ويجوز على العود  
وذهب ابن أبي هريرة ، إلى أنها تجب بثلاثة أسباب : عقد النكاح ، الظهر  
والعود ، ووافق على أنه لا يجوز تقديمها على الظهر. قال : ولا يجوز تقديمها  
على الظهر قال : وإن كان بعد النكاح لبقاء سببين من ثلاثة أسباب.  
وحكى صاحب البحر في باب تعجيل الصدقة وجها أنه يجوز تقديمها على الظهر  
قال : ولا يجوز تقديم كفارة الجماع في صوم رمضان على الجماع بلا خلاف.  
القول في ذي السبب الواحد :

وله صور ؛ منها : تقديم -الشيخ الهرم ، والحامل ، والمريض ، الفدية على  
رمضان.

ومنها : لو أراد بالحج تقديم الجزاء على قتل الصيد ؛ فإن كان جرحه فالمذهب  
الجواز لوجود سبب القتل ؛ وإلا فالمذهب أنه لا يجوز ؛ لأنه لم يوجد شيء من  
أسبابه ، والإحرام ليس سبب لجوب الجزاء ، ومن أصحابنا ومن وجد فيه وجها  
آخر ، وهو ضعيف.  
هذا كلام صاحب البحر بنصه.

وأمثلة هذا الفصل تكثر ، ويستثنى منه مسألة واحدة : وهي إذا اضطر المحرم  
إلى صيد فقد الجزاء ؛ فإن الشافعي جوزة قبل الجرح ، ليس لأنه جعل الإحرام  
أحد سببيه ؛ إذ لو كان كذلك قبل الجرح ، إذا لم يضطر إليه ، وهذا لا يجوز.  
قاعدة : قال الشيخ أبو حامد : المبادلة توجب استئناف الحول في الزكاة إلا في  
أربع مسائل :

إحداها : إذا باع سلعة للتجارة ، بسلعة للتجارة.  
والثانية : إذا باع سلعة للتجارة بأحد النقدين وكان نصابا.  
والثالثة : إذا باع سهما من سلعة للتجارة بأحد النقدين [وكان] 1 نصابا.

1 في "ب" وذلك.

صفحة 224 | 466

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

والرابعة : إذا بادل دراهم بدنانير ، أو دنانير بدراهم على الصحيح.  
قاعدة : قال الشيخ أبو حامد : "لا يجب في عين واحدة زكاتان" 1 إلا في ثلاث  
مسائل :

منها : العبد المسلم للتجارة ، تجب في زكاة التجارة والفطر.

قلت : هنا من الزكاة نوعان مختلفان.

ومنها : من له نصاب وعليه دين بمثله يعني ؛ فأظهر الأقوال وجوب الزكاة.

قلت : لكن الذي وجبت فيه الزكاة على المدين هو النصاب الذي في يده ، والذي

وجبت فيه الزكاة على رب الدين والنصاب الذي في ذمة المدين ؛ فلا عين واحدة فيها زكاتان ، بل عين ودين ، ولذلك كان الصحيح -تفريعا على أن الدين يمنع الزكاة- أن سببه ضعف ملك المدين ، لا التأدية إلى تثنية الزكاة .  
ومنها : واجد اللقطة إذا تملكها بعد التعريف ممن عليه زكاتها -على الأصح ، وعلى صاحبها -أيضا- زكاتها .  
قلت : ليس على صاحبها زكاتها إذا تملكها الملتقط ؛ لكن قال الأصحاب إنه يستحق قيمتها على الملتقط -قالوا : ففي وجوب زكاة القيمة عليه خلاف من وجهين :  
أحدهما كونه دينيا .  
والثاني : كونه مالا ضالا .  
وزاد الرافعي : كونه معرضا للسقوط ؛ لأن الملتقط لو رد اللقطة يعين على المالك القبول ، وفي تمكن المالك من استردادها -قهرا- خلاف ، الأصح له ذلك .  
قلت : فظهر أن العين الواحدة ليس فيها زكاتان ؛ إلا في عبد التجارة حيث تجب فيه -مع زكاة التجارة- زكاة الفطر ، وموردهما مختلف وهما نوعان .  
قاعدة : يعتبر الحول في الزكاة إلا في مسائل :  
منها 2 :

- 1 الأشباه والنظائر للسيوطي ص444.
- 2 بياض في النسختين "أ" "ب" وتكميلا للفائدة قلت ومنها نتاج النصاب ؛ فإنه يزكي بحول أمه بشروط ثلاثة :  
أحدها : أن يكون الأصل نصابا .  
الثاني : أن يكون متولدا منها .  
الثالث : أن يوجد قبل الحول ؛ فإن فقد شرط منها لم يزل بحول الأصل ، وتؤخذ زكاتها منها صغيرة كالمريضة من المراض فيؤخذ من خمس =  
صفحة 225 | 466

## الأشباه والنظائر

### كتاب الزكاة

فائدة : تكون الأرض خراجية في صورتين .  
إحدهما : أن يفتح الإمام بلدا -قهرا- ويقسمها بين الغانمين ، ثم يعرضهم عنها ، ثم يقفها على المسلمين ، ويضرب عليها خراجا .  
والثانية : إن فتح بلدا -صلحا- على أن تكون الأرض للمسلمين ، ويسكنها الكفار بخراج معلوم ؛ فالأرض تكون فيئنا للمسلمين ، والخراج عليها أجره ، لا تسقط بإسلامهم .  
وكذا : إذا انجلى الكفار عن بلدة ، وقلنا : إن الأرض تصير وقفا على مصالح

المسلمين ، فيضرب عليها خراج ، يؤديه كل من يسكنها ، مسلما كان أم ذميا ؛  
فأما إذا فتحت -صلحا ولم يشترط كون الأرض للمسلمين ، ولكن تسكن بخراج ،  
فهذه جزية -تسقط بالإسلام.

وأما البلاد التي فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين وثبتت في أيديهم وكذا التي أسلم  
أهلها عليها ، والأرض التي أحيها المسلمون ؛ فكلها عشرية وأخذ الخراج منها  
ظلم لا يقوم مقام العشر ؛ فإن أخذه الإمام على أن يكون بدلا عن العشر فهو كأخذ  
القيمة بالاجتهاد ، والأصح سقوط الفرض به.

قاعدة : من وجبت عليه فطرته كل من تلزمه نفقته إذا كانوا مسلمين ووجد ما  
يؤدي عنهم إلا في مسائل 1.

منها : زوجة أبيه التي تلزمه نفقتها ، ومستولدته لا يلزمه فطرتها على الأصح.  
ومنها : زوجة الابن لا تجب فطرتها وإن أوجبنا نفقتها.

---

= وعشرين فصيل ومن ست وثلاثين فصيل ومن أربعين فصيل بالنسبة إلى  
المخرج منه.

ومنها : ربح مال التجارة إن لم ينص ومنها المعدن ؛ سواء كان في أرض مباحة  
أو مملوكة له ، ولو ملك منه دون نصاب وعنده من جنسه نصاب أو دونه ولم يتم  
حول فيما عنده ؛ فالأصح الضم حتى يخرج واجب المعدن في الحال لتشابه  
الزكاتين في اتحاد المتعلق ، ومنها الركاز الذي ملك منه نصابا وجب خمسة في  
الحال.

انظر الشرح الكبير 5 / 381-6 / 96 الروضة 2 / 269.

1 الأشباه للسيوطي 444 ، الاعتناء / باب زكاة الفطر.

صفحة 226 | 466

---

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

ومنها : البائن الحامل ، إذا قلنا : النفقة للحمل ، لا تجب فطرته 1.

ومنها : خادم الزوجة إذا كانت ممن تخدم ، صحح الإمام أنه لا تجب فطرتها وإن  
كانت نفقتها واجبة.

قاعدة : من وجبت نفقته على غيره وجبت عليه فطرته وإلا فلا.

قاعدة : قال الشيخ أبو حامد : لا تؤخذ القيمة في الزكاة إلا في أربع مسائل :

إحداها : أموال التجارة.

الثانية : في الجبران في الشاتين ، أو العشرين درهما.

الثالثة : في أصناف الثمار بالقيمة ، نعني إذا اختلف أنواع الزروع والثمار ، وفي  
المسألة أقوال أربعة.

الرابعة : في الشاة عن خمس من الأبل.

قلت : يعني إذا لم توجد قيمتها ، وكذلك لو وجبت بنت مخاض أو ابن لبون ولم يجدهما -لا في ماله ، ولا الثمن- فإنه يعدل إلى القيمة.  
قلت : وبقيت صور.

منها : إذا اجتمع في ماله فرضان :

كالمائتين فيها أربع حقائق ، أو خمس بنات لبون ، وكانا عنده بصفة الأجزاء ؛ فالمذهب أنه يجب إخراج الأغبط للمساكين -فإن أخرج غير الأغبط كان الفصل يسيرا ، لا يمكنه أن يشتري به جزءا ، تصدق بالدرهم ، وكذا إن أمكنه في الأصح ، لسوء المشاركة.

ومنها : لو قطعت الثمار رطبة ، للخوف من العطش ، وقلنا بالأصح أنه لا يجوز قسمها مقطوعة- جاز أخذ قيمة العشر في وجهه.  
ومنها : لو ضمن الزكاة بتلفها بعد التمكن أو إتلافها ، فقضية كلام الرافعي

1 الشرح الكبير 6 / 140 قال النووي في الروضة ، الذي قطع به الأكثر أن وجوب الفطرة مبني على الخلاف في أن النفقة للحامل أو للحمل إن قلنا للحامل وجبت ؛ وإلا فلا ، وهذا مبني على ما إذا كانت الزوجة حرة ؛ فإن كانت أمة وقلنا النفقة للحمل فلا فطرة لأنه ملك للسيد وإن قلنا للحامل وجبت سواء رجحنا الطريق الأول أو الثاني ؛ فالمذهب الوجوب لأن النفقة للحامل على الأظهر.  
شرح المذهب 6 / 117 ، الشرح الكبير 6 / 141-142.

صفحة 227 | 466

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

والنووي إيجاب القيمة في المتقوم ، كقيمة شاة في خمس من الإبل وصح الشيخ الإمام الوالد -رحمه الله- أن الواجب كما كان قبل التلف ، فيضمن شاة.  
ومنها : قال الإمام -في آخر باب النية ، في الصدقة : لو وجبت شاة ثم تلف الأربعون بعد الإمكان وعسر الوصول إلى الشاة ومشت حاجة المساكين.  
فالظاهر عندي أنه يخرج القيمة للضرورة الداعية ، كما لو أتلف مثليا ثم أعوزه.  
قاعدة : ذكرها الأصحاب في كتاب الصيام الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ثلاثة أضرب :

ضرب يجب لا بسبب من العبد ؛ فإذا عجز عنه ، وقت الوجوب لا يثبت في الذمة ؛ بل يسقط وذلك كزكاة الفطر.

وضرب : يجب بسبب من جهته -على سبيل البذل- فيثبت في الذمة ، تغليباً لمعنى الغرامة ، كجزاء الصيد ، ولم يستثن صاحب التقريب جزاء الصيد.  
قال الإمام : وترك استثنائه منه غفلة.  
قال : ولا ينبغي أن يعتقد فيه خلاف.



قلت : وكذلك فدية الحلق في الحج.  
وضرب : يجب بسبه -لا على وجه البدن- فقولان :  
أصحهما : أنه يثبت في الذمة إلحاقا بجزاء الصيد لأنها مؤاخذة على فعله ، قال  
الرافعي : فعلى هذا متى قدر على إحدى الخصال لزمته.  
والثاني : أنه يسقط عند العجز كزكاة الفطر ، واحتج له بأنه صلى الله عليه وسلم  
لما أمر الأعرابي [أن] 1 يطعمه أهله وعياله في حديث 2 المجمع لم يأمره  
بالإخراج في ثاني الحال ، ولو وجب ذلك لأشبهه أن يبين [له] 3.

1 في "ب" بأن.

2 انظر البخاري 4 / 163 في الصوم/ باب إذا جامع في رمضان "1936" ،  
وفي 10 / 503 في كتاب الأدب/ باب التبسم والضحك "6087" وفي 11 / 595-  
596 في كتاب كفارات الأيمان حديث "6709" وحديث "6710" وحديث  
"6711" ومسلم 2 / 781-782 في الصيام/ باب تغليظ تحريم الجماع في نهار  
رمضان "81 / 111".

3 سقط في "ب".

صفحة 228 | 466

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

قال الرافعي : ولمن رجع الثاني أن يقول : لم قلت أن المصروف إلى الأهل لم  
يقع تكفيرا ؛ فإننا روينا وجهها مجوزا له عند الفقر.

وإن سلمنا ذلك ، ولكن يحمل أن يكون الفرض باقيا في ذمته ، ولم يبين له ذلك ؛  
لأن حاجته إلى معرفة الوجوب ؛ إنما تمس عند القدرة ، وتأخير البيان إلى وقت  
الحاجة جائز.

قلت : وأوضح من دعوى تأخير البيان إلى وقت الحاجة ، أن يقال لم يؤخر البيان  
، بل بين حيث أمر بالصدقة.

ومن ثم قال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله : في الحديث ما يدل للوجه الصحيح ؛  
لأن الرجل أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بعجزه عن الثلاث ، ثم أتى النبي  
صلى الله عليه وسلم بفرق من تمر ؛ فقال : خذ هذا ، فتصدق به ولو لم تكن  
استقرت في ذمته لما أمره بالصدقة.

وكلام الشيخ الإمام -رحمه الله- هذ- متين ، وبه يقع الانفصال على أمرين.  
أحدهما : أن الرافعي قال : إنه لا يمكن الاستدلال بخبر الأعرابي على الجمع في  
هذه الصورة -يعني على السقوط- وفي صورة صرف الكفارة إلى الأهل والعيال  
على الجواز ؛ وإنما يمكن الاستدلال به في أحدهما لأن المأمور بصرفه إلى  
الأهل والعيال إما أن يكون كفارة أو لا يكون.

إن كان : لم يصح الاستدلال به في هذه الصورة.

وإن لم يكن : لم يصح في الصورة السابقة.

قال الشيخ الإمام : قول الرافعي -إن كان كفارة ل يصح الاستدلال به في هذه الصورة ممنوع ؛ لأن وقت الوجوب كان قد تقدم ؛ فلو سقطت بالعجز حال الوجوب لما صرفت بعد ذلك ، فالمأمور بصرفه إلى العيال إن كان كفارة صح الاستدلال بصرفه ، والأصح الاستدلال بالأمر -قبل ذلك- بالتصدق به انتهى. وأقول : هذا -على حسنه- لا يلاقي كلام الرافعي ؛ لأن مراد الرافعي بتقدير كونه كفارة -أنه لا يصح الاستدلال به في الصورة على عدم السقوط ؛ فإن الرافعي لم يذكر أن في الحديث دلالة على البتة ؛ وإنما ذكر ذلك الشيخ الإمام ولا شك أنه متى كان كفارة دل على عدم السقوط ، ومتى دل على عدم السقوط لم يستدل به على السقوط لأن بينهما تنافيا".

صفحة 229 | 466

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

فكلام الشيخ الإمام صحيح ؛ ولكن على طريقته ، وهي أن الحديث أن الحديث يدل على عدم السقوط : وكلام الرافعي صحيح ولكن على طريقته ، وهي أن بعضهم احتج به للسقوط ولم يتحدث الرافعي في دلالاته على عدم السقوط البتة ؛ بل غايته أنه دفع الاحتجاج به على السقوط ، أما أنه بقيمه دليلا للثبوت فلا. الأمر الثاني :

أن الإمام قال : بعدما حكى تردد الإصحاب في أن العلة إذا أفرطت تكون عذرا في ترك الصيام ، أي الصيام الكفارة ، وفي جواز صرفها إلى العيال الرأي عندنا إلحاق قصة الإعرابي برخصة خص الشارع بها معيننا ، وكثيرا ما كان يفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ، وهذا نحو قوله 1 صلى الله عليه وسلم في قصة الأضحية "تجزئ عنك ، ولا تجزئ عن أحد بعدك" ، وجرى مثل ذلك في إرضاع الكبير 2 ؛ وهذا -وإن كان على بعد- فهو أهون من تشويش أصول الشريعة ، لقصة نقلها آحاد وأفراد- انتهى.

وحكاه عنه الرافعي ، ثم اعترضه بأن مثل هذا التأويل ؛ إنما يصار إليه عند الاضطرار ، ولنا عنه مندوحة.

ونعني فنقول : [من] 3 أفسد يوما بالجماع يجب عليه -مع الكفارة- قضاء اليوم قلنا : روي أنه عليه السلام قال للرجل : "واقض يوما مكانه" 4.

1 البخاري 10 / 22 في الأضاحي/ باب الذبح بعد الصلاة "5560" مسلم 3 / 1552-1553 في كتاب الأضاحي/ باب وقتها "1961 / 5" 1961 / 7 " 1961 / 8 / 1961 " 1961 / 9 " 1961 .

2 وهو من حديث عائشة رضي الله عنها أن سالما مولى أبي حذيفة كان مع أبي حذيفة وأهله من بيتهم ؛ فأنتت وإني أظن أن في نفس أبي حذيفة من ذلك شيئا ؛ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : "أرضعيه تحرمي عليه ، ويذهب الذي في نفس أبي حذيفة" ، فرجعت فقالت إني أرضعته فذهب الذي في نفس أبي حذيفة - مسلم 2 / 1076 في كتاب الرضاع/ باب رضاعة الكبير "27 / 1453" "26 / 1453".

3 في "ب" فيمن.

4 أبو داود من حديث هشام بن سعد عن الزهري ، عن ابن مسلمة ، عن أبي هريرة وأعله ابن جزم بهشام وقد تابعه إبراهيم بن سعد ، كما رواه أبو عوانة في صحيحه والدارقطني من حديث أبي أويس وعبد الجبار بن عمر ، عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة وهو وهم منهما في إسناده ، وقد اختلف في توثيقهما وتخريجهما وله طريق آخر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن طريق مالك عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلا ومن حديث ابن جريج عن نافع بن جبير مرسلا ، ومن حديث أبي معشر المدني عن محمد بن كعب القرظي مرسلا ، وقال سعيد بن منصور ثنا عبد العزيز بن محمد عن ابن عجلان عن المطلب بن أبي وداعة عن سعيد بن المسيب جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني أصبت امرأتي في رمضان ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "تب إلى الله واستغفره وتصدق واقض يوما مكانه".

صفحة 230 | 466

## الأشباه والنظائر

### كتاب الزكاة

ولا تصرف الكفارة للعيال ، ويعتذر عن الحديث بمثل التأويلات المنقولة عن الإمام ، وتستقر في الذمة عند العجز ويعتذر بما أوردناه -أنفا- عن الرافي. وأما العدول إلى الإطعام بعذر شدة الغلظة ؛ فهو الأصح جريا على ظاهر الخبر ، فاستغنيينا فيه عن التأويل.

هذا حاصل كلام الرافي ، وفيه نظر من وجوه.

أحدها : أن غاية معارضة تأويل الإمام ؛ حيث قال : يحتمل ويكون مخصوصا بصاحب الواقعة -بتأويلات أبدأها ، وليس أحد التأويلين أولى من الآخر ما لم يظهر ترجيحه ولم يظهر.

والثاني : إن كلامه كالصريح في أن الحديث يستدل به على الصور الأربع ، ومنها صورتان المتنافيتان اللتان قدم هو أنه لا يمكن الاستدلال به إلا في إحدهما.

والثالث : أن قوله في اشتداد الغلظة : الصحيح الجريان على ظاهر الخبر لا حاجة إلى تأويل. لا يفيد جوابا عن دعوى الإمام -أنه مشوش لأصول الشريعة ، وأن

تأويل الحديث وصرفه عن ظاهره أولى من هدم القواعد ؛ إذ لا جواب لهذا الكلام إلا بأن نبين أنه غير مشوش ، لا أن يقال : إذا كان الأصح الإجراء على ظاهر الحديث ؛ فلا حاجة إلى التأويل ؛ فطريق الجواب ، أن نبين أن القول بظاهر الحديث جار على منهج قياسي ، لا يشوش أصول الشريعة- ولم يبين ذلك : فإن قلت : فبقى كلام الإمام شديداً ، لم يقع عنه انفصال ، وقد قدمتم وقوع الانفصال عنه.

قلت : إنما قدمنا وقوع الانفصال عنه في مسألة الاستقراء في الذمة عند العجز ، ووجهه أن الحديث دال على الاستقرار على خلاف ما فهمه المخالفون.

وأما في مسألة الغلظة فلا وجه إلى التأويل الذي أبداه الإمام ، والتزم أنه لا يجوز

صفحة 231 | 466

---

الأشباه والنظائر

كتاب الزكاة

العدول إلى الإطعام لغير ذلك المجامع ، وهي طريقة الغزالي التي صححها في كتاب "الكفارات".

أو أن يقال : هب أن الحديث معارض بالقياس لكن العمل بظاهر الحديث أولى من القياس ، وهو الأصح في الأصول....

فائدة : كل 1 من أتى بأفعال العمرة سقطت عنه عمرة الإسلام ، قال الجرجاني : إلا في مسألتين.

قاعدة : كل دم يتعلق بالإحرام ، يجب إراقتة في الحرم إلا دم المحصر في الحل ، والدماء اللازمة بارتكاب المحظورات ؛ فإنه يجوز ذبحها في الحل ؛ لأنه موضع تحلله ؛ فهو كالحرم في حقه.

قاعدة : "كل جملة مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها باجتناب مضمونا بالأرث من القيمة دون المثل".

وفيه مسائل :

منها : لو جرح صيدا "له مثل" عشر قيمته لزمه عشر قيمة المثل ، لا عشر المثل ، وقيل : يجب عشر المثل إلا أن يتعذر.

ومنها : الطعام المغضوب إذا بله بالماء أو قلاه بالنار ؛ فإن عليه أرث نقصه من المثل.

---

1 سقط في "ب".

صفحة 232 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

القول في قواعد ربع البيع وما لعلنا نورد فيه من غيرها :  
فقد أشكلت حقيقة الملك على طوائف من النظائر ، وزل من قال منهم "إنه  
التصرف" ؛ لأن المحجور عليه يملك ولا يتصرف ، كما أن الولي يتصرف ولا  
يملك والمختار في تعريفه : أنه أمر معنوي ، وإن شئت قل : حكم شرعي مقدر  
في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه انتفاعه به والعوض عنه من حيث  
هو كذلك.

أما قولنا : "حكم شرعي" فالإجماع عليه ، ولأنه تبع الأسباب الشرعية فيكون  
حكما شرعيا.

صفحة 232 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

وأما "أنه مقدر" ؛ فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، والتعلق عدمي ليس وصفا  
حقيقيا ؛ بل يقدر في العين أو المنفعة عند تحقق الأسباب المقيدة للملك.  
وقلنا : وفي عين أو منفعة لأن المنافع تملك كالأعيان ويورد عليها عقد الإجارة.  
وقولنا : يقتضي انتفاعه ليخرج تصرف القضاة والأوصياء ؛ فإنه في أعيان أو  
منافع لا يقتضي انتفاعهم 1 ؛ لأنهم لا يتصرفون لانتفاع أنفسهم ، بل لانتفاع  
المالكين.

وقولنا : "والعوض عنه" يخرج الإباحات في الضيافات ؛ فإن الضيافة مأذون  
فيها ، ولا يملك عوضا عنها.

ويخرج أيضا : الاختصاص بالمساجد ، والربط بمقاعد الأسواق ؛ إذ لا ملك فيها  
مع التمكن من التصرف.

وقولنا : من حيث هو كذلك "إشارة إلى أنه قد يتخلف لمانع يعرض للمحجور  
عليهم. لهم الملك ، وليس لهم التمكن من التصرف لأمر خارجي ؛ فالقبول الذاتي  
حاصل ؛ فلا ينافيه العارض الخارجي.

واعلم أن هذا مختص بالملك المقيد ، الذي لا يطلق عليه الملك إلا توسعا وهو  
ملك العباد لما ينسب إليهم ، والمالك في الحقيقة هو الله تعالى.

وقد قال أئمتنا : والعبارة لإمام الحرمين في الشامل : لا يتقرر في حق العباد ملك  
الرقاب - وإن أطلق توسعا ، وتجوزا بعد أن ذكر أن المرتضي عنده في معنى  
الملك أن المالك للشيء ، ومن يجوز له فعله إذا كان مقتدرا عليه ، ويندرج في  
ذلك - على ما ذكر - ملك الله ، وملك البشر ذكره في أثناء مسألة خلق الأفعال.

فصل :

إذا عرفت حقيقة الملك فنذكر حقائق ألفاظ يكثر ترددها في ربع البياعات.

منها : الذمة ، وستعرفها في باب الفرائض ؛ لأنه بها أمس.

ومنها : الصحة ، وقد أغنانا الأصوليون عن تعريفها ؛ غير أننا نعرفك. هنا أن



الانعقاد والصحة في هذا الباب عبارتان عن معبر واحد ولا شك أن الانعقاد أثرها ؛ فكأنه

1 في "ب" زيادة وإن شئت قلت.  
صفحة 233 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

عبر بالموثر عن الأثر وعكسه ؛ فكل صحيح منعقد ، وكل منعقد صحيح ، ولا يقال في الفاسد : أنه منعقد ، إلا مجازا ، فيقال : هذا عقد فاسد ؛ حيث لا عقد حقيقي ، ولكن صورة عقد.

ومنها : النفوذ وهو عبارة عن انعقاده مؤثرا في المحل مبينا لحكمه والباطل والفساد بمعنى واحد عندنا لا ينفذ له حكم. ولا يثبت.

ومنها : اللزم وهو ما لا يقبل الفسخ ، أو ما لا يتمكن من إبطاله قد يكون من جانبين ، وقد يكون من جانب واحد ومنها : الجائز عكس اللزم. ومنها : الفسخ ، حل ارتباط العقد.

ومنها : الاستقرار ، عبارة عن الأمن من سقوط الملك بسبب انفساخ العقد ، أو فسخه ؛ فإن الملك مستقر في كل من العوضين بعد قبضه ، وإن لم يؤمن زوال الملك بسبب الفسخ بالعيب.

وفي تعليق البندنجي أن المستقر ما لا يخشى سقوطه بزوال سببه كتمن المبيع بعد قبض المبيع -على وجه الصحة- والأجرة بعد انقضاء المدة ، والمهر بعد الدخول ، والعوض في الخلع ، وقيم المتلفات ، وأروش الجنایات.

فائدة : الإيجاب والقبول هل هما أصلان في العقد ، أو الإيجاب هو الأصل والقبول فرع ؟

ورأيت في كلام الشيخ الإمام العلامة شمس الدين بن عدلان<sup>1</sup> رحمه الله حكاية خلاف في ذلك ، ولم أر ذلك في كلام غيره ، وقد كان رحمه الله عمدة من عمد المذهب يرجع إليه نقلا وتصرفا.

قال -وعليه بني بعضهم : ما إذا قال المشتري : يعني -فقال البائع : بعثك ، هل

---

1 محمد بن أحمد بن عثمان بن إبراهيم بن عدلان بن محمود بن لاحق بن داود وشيخ الشافعية شمس الدين الكناني المصري المعروف بابن عدلان ، ولد في صفر سنة ثلاث وستين وستمائة ، قال الإسني كان فقيها إماما يضرب به المثل في الفقه عارفا بالأصلين والنحو والقراءات ذكيا نظارا فصيحاً يعبر عن الأمور الدقيقة بعبارة وجيزة مع السرعة والاسترسال دينا سليم الصدر كثير المروءة. ابن قاضي شهبة 3/ 54 ، الإسني 340 ، الوافي 2/ 168 ، حسن المحاضرة



الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ينعقد ؟ إن قلنا : بالأول صح ، وإن قلنا بالثاني لم يصح ؛ لأن الفرع لا يتقدم على أصله .

قلت : قاعدة مستنبطة :

كل قبول جائز أن يكون بلفظ قبلت ، وباللفظ المحاكي للفظ الإيجاب أو المرادف للفظ الإيجاب .

فتقول في جواب بعتك ، قبلت ، أو ابتعت ، أو اشتريت ، وفي جواب أنكحتك :

قبلت ، أو نكحت ، أو تزوجت ، ونحو ذلك على ما تحرر في الفقهيات .

ولا يتعين اللفظ المحاكي إلا في مسألة واحدة ، وفي غيرها على خلاف فيه أما

المسألة المجزوم بها ؛ فإذا قال لها : إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق فلا بد أن

تقول : ضمننت - على ما اقتضاه كلام الإمام والغزالي - ولا يكفي شئت بدل

ضمننت - صرح به الأصحاب ، ولا قبلت ، صرح بن ابن الرفعة ، وناقش فيه

الرافعي زاعماً أن كلامه اقتضى أنه يكفي .

والرافعي لم يقتض كلامه ذلك ؛ وإنما قال : المراد بالضمان ، هنا القبول

والالتزام دون المفتقر إلى أصل فمراده بالقبول الالتزام - غير معترض على

لفظه - نبه عليه الوالد .

وأقول : القول بأن لفظ قبلت لا يكفي ، فيه نظر ؛ فإن المعلق عليه هذا الضمان لا

لفظه ؛ فلم لا يكفي قبلت ؟

وأما المختلف فيها .

فمنها : إذا قال : خالعتك بألف : فقالت قبلت الألف ، صح .

قال الرافعي : وفي فتاوي القفال ، أن أبا يعقوب غلط ؛ فقال في حق المرأة : لا بد

أن نقول : اختلعت والأجنبي لا يحتاج إليه .

هذا كلام الرافعي ، وأبو يعقوب هو الأبيوردي<sup>1</sup> وقد وقفت على فتاوى

1 يوسف بن محمد أبو يعقوب الأبيوردي ، قال المطاوعي تخرج بأبي طاهر الزيادي وصنف التصانيف السائرة والكتب الفاتنة الساحرة ، وما زالت به حرارة ذهنه وسلطنة وهمه وذكاء قلبه حتى احترق جسده ومن تصانيفه المسائل تفرغ إليه الفقهاء وتنافس فيه العلماء ، قال السبكي : أحسبه توفي في حدود الأربعمئة ابن قاضي شهبة 1 / 199 ، السبكي 5 / 392 ، العبادي ص 109 معجم المؤلفين 13 / 328 .

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

القفال ، وليس فيها زيادة على هذا ، وقد فهم منه الوالد أن أبا يعقوب يشترط لفظ  
اختلعت ليوافق لفظ خالعت ، وهذا يدل عليه قوله في حق المرأة : لا بد أن تقول :  
اختلعت ؛ غير أنه يدفعه شيئان.

أحدهما : لفظ الألف في قول الرافعي : قبلت الألف ؛ فإنه لو كان المراد اشتراط  
لفظ اختلعت دون قبلت لم يحتج إلى ذكر الألف.

والثاني : أنه لو كان المراد توافق اللفظين لم نفرق بين المرأة والأجنبي ؛ فالذي  
أفهمه من هذا ما فهمه ابن الرفعة في "المطالب" ، وفرق بين المرأة والأجنبي  
بأن الأجنبي لا يحتاج أن يقول : اختلعت ؛ لأن حظه منه قبول المال فكفى ، ولا  
كذلك الزوجة ، يعني : فإن الطلاق من حيث كونه واقعا عليها لها فيه حظ ؛  
فاشترط لفظ من قبلها يدل على قبول العقد ، بأن يطلق -قبلت مطلقا غير مسند  
إلى المال ، أو اختلعت.

وهذا الذي فهمته ، هو الذي فهمه شيخنا الأخ أبو حامد "شيخ الإسلام" سلمه الله  
وأطل بقاءه فقال فيما كتبه إلي :

القول في شرائط المبيع :

ولهم في عدها اختلاف ، والمشهور أنها خمس : أن يكون طاهرا منتفعا به ،  
مقدورا على تسليمه مملوكا للعاقد أو لمن يقع له العقد ، معلوما.

ومنهم من اكتفى الشروط كانت القدرة زائلة ، هذا يؤول إلى الدور.

فإن الغرض تعريف تلك الشروط الشرعية ، ولنا هنا لتحقيق العبارة عن شرائط  
المبيع ؛ فإننا مكثفون بفهمها ، متكلمون -بعدها- على فصول آخر.

فصل :

لا يلزم من حصول الشرط حصول المشروط ؛ وإنما اللازم انتفاء المشروط عند  
انتفائه ؛ فلا يلزم من اجتماع شروط البيع صحة البيع ، بل لا بد من صفات في

العاقد والمعقود عليه ، ومع ذلك قد يمتنع البيع لأسباب آخر ؛ إلا أن تلك الأسباب  
خارجة عن صفات المبيع والبائع والمشتري والصيغة ؛ فلا تلزم اعتمادها عند

ذكر أركان العقد وشروطه.

ويظهر هذا بأنه رب مستجمع لهذه الشروط لا يصح بيعه ، وهو في مسائل :

صفحة 236 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

منها : الأضحية إذا أهدى من لحمها إلى غني أو تصدق على فقير فهو يملكه ،  
وله التصرف فيه بالهبة والهدية ، ولا يجوز البيع.

فصل :

قد يجوز البيع ، ولكن من شخص دون شخص. وهو في مسائل :  
منها : بيع رقبة الموصي بمنفعته ، ثالث الأوجه وهو الأصح ، يصح من الموصي له دون غيره.  
ومنها : بيع المشتري المبيع قبل انقضاء الخيار من البائع صحيح ومن غيره باطل على خلاف فيه.  
ومنها : بيع المفلس -المحجور عليه- من الغرماء ، قيل : يصح ، وقيل لا يصح إلا بإذن القاضي ، وهو الصحيح.  
ومنها : بيع المغصوب من قادر على انتزاعه صحيح على الصحيح ، ومن غيره باطل.  
ومنها : بيع الثمرة قبل بدو الصلاح - من مالك الشجرة.  
قبل : يصح من غير شرط القطع ، والصحيح لا ، كما لو باعها من غيره.  
ومنها : لو اختلط حمام مملوك بغيره ، وعسر التمييز فليس لواحد منهما التصرف ببيع أو هبة من ثالث ، أما من الآخر فوجهان :  
ومنها : المستعير للغراس والبناء له أن يبيع من المعير وبالعكس ، وللمعير بيع الأرض من ثالث ، وفي المستعير وجهان : أضحهما كذلك.  
ومنها : بيع المكاتب باطل -على الجديد- إلا أن يبيعه من نفسه فيصح على [الصحيح] 1.

فصل :

نتكلم فيه على وقف العقود.

1 سقط في "ب".

صفحة 237 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربح البيع

إذا تحقق انتفاء شرط تحقيق انتفاء الصحة ، وإن شك فيه [يحتمل] 1 القطع بانتفاء الصحة ، ويحتمل الشك والوقف فيها إلى البيان.

مثال الأول : بيع الفضولي يحقق انتفاء الملكية فالجديد بطلانه.

ومثال الثاني : بيع مال الأب على ظن أنه حي فإذا هو ميت ، وأكثر المسائل أنه هل يعتبر الظاهر ، أو ما في نفس الأمر ؟ وقد قدمناه في القواعد المطلقة.

غير أنا نقول -هنا- أن القولين فيها وفي بيع الفضولي -يعبر عنهما بقولي : وقف العقود ، ويقال : الوقف وقفان : وقف صحة ، كما في بيع الفضولي على القول به

-فالموقوف منه كون العقد صحيحا. وفاقا للشيخ الإمام ، وخلافا للإمام ؛ حيث

قال : الصحة ناجزة ، والموقوف على الإجازة ؛ إنما هو الملك ونقله عن الرافعي

ساكتا عليه.

وقد تكلم الشيخ الإمام [الوالد] 2 رحمه الله في باب التفليس من تكملة شرح المهذب - على وقف العقود كلاما مبسوطا ، أنا أخصه هنا مع زيادات. [فأقول] 3 : جعل الإمام - على ما تحصل من كلامه في بيع الغرر ، وفي الكلام على عتق الراهن - الوقف أصنافا ببيع الفضولي ، وبيع مال الأب الحي المظنون الحياة ، وبيع الغاصب ، وبيع الراهن والمرهون ، ويقرب منه بيع المفلس ، المريض.

ويظهر أن يقال : إذا أورد العقد على غير قابل لمقصوده فهو باطل قطعا ، ولا وقف فيه كما لو باع خمرا ، أو نكح معتدة ؛ فلا يقال : إنه متوقف على تخلله أو انقضاء عدتها ، بل يجزم ببطلانه.

وإن كان المعقود عليه قابلا للمورد ؛ فهو الذي يدخل فيه الموقف والتحقيق : أن الوقف وقفان ؛ وقف صحة ، ووقف تبين ، ولا يلزم من فساد الأول فساد الثاني ؛ إذ الأول أجدر بالفساد.

أما وقف الصحة :

فهو الذي لم يصدر العقد فيه من أهله ، أو صدر من أهله ؛ ولكن مع قيام مانع. ولك أن نقول : هو الموقف على أمر يوجد في المستقبل.

1 في "ب" فيحتمل.

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

صفحة 238 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ثم هو درجات :

[أبعدها عن الصحة ما صدر من غير أهله ، وسهل نقضه ، وهو بيع الفضولي والثاني] 1.

ما صدر من غير أهله ؛ غير أن نقض صعب كتصرف الغاصب بالبيع والشراء تصرفات كثيرة عسر تتبعها ، والأول أولى بالفساد من الثاني ؛ لأن الضرورة قد تلجئ إلى تصحيح الثاني.

ومن ثم كان لنا قولان : في الجديد في الثاني وليس لنا في بيع الفضولي ؛ إلا قول قديم ؛ غير أن الصحيح في البطلان ؛ لأن القول فيه الصحة ، مع القول في الفضولي بالبطلان ، يفضي إلى اعتبار الشرط بعد المشروط ، وقد أجمع العقلاء على أن الشرط مقدم أو مقارن.

الثالثة :

ما صدر من أهله غير أن في مانعا يمنع نفوذه كتعلقه برقبة مورد العقد ، وكذا بذمته مع الرقبة على وجه ، وهو بيع العبد الجاني ، فالصحيح بطلانه وإن اختار السيد الفداء وفاقا للشيخ الإمام ، وخلافا للبعوي ؛ حيث قال : إن اختار الفداء صح.

ولم يذكر الرافعي والنووي سواه ، وهو ضعيف ؛ لأن اختيار الفداء لا يلزمه وله الرجوع عنه ، ولا ينبغي أن يبطل حق المجني عليه بالتزامه أن يفرق بين الموسر والمعسر ؛ فإن تعلق الحق أن منع فلا يدفعه اليسار. وفي التتمة قول : أن بيع الجاني موقوف -كذا عزاه الرافعي إلى التتمة [وربما قال بعض الناس : لا حاجة إلى عزوة إلى التتمة]2 وهو القول القديم في بيع الفضولي.

قلت : وقد عرفناك ما تعرف به أن هذا جديد -لا قديم- وأنه مقول به مع القول ببطلان بيع الفضولي.  
الرابعة :

صادر من أهله مع المانع إلا أن المانع فيه دون الجناية ؛ وذلك كبيع المرهون ،

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

صفحة 239 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ففيه ما قدمناه من احتمال الإمام ، وفي هبته وجهان في الجديد وفي عنقه الأقوال المعروفة أصحابها الفرق بين المعسر والموسر :  
الخامسة :

صادر من أهله غير أن المانع في غير قوي قوة المانع قبله ؛ وذلك لاحتمال أن يتبين بالآخرة اندفاع الموجب له ، وهو كتصرف المفلس ؛ فإنه قد تبين بالآخرة أنه لم يمنع حق الغرماء ، وليس كالرهن ؛ فإنه يتعلق بكل المرهون ومن ثم قال ابن الرفعة في المفلس : إذا تبين بالآخرة فاضل عن دينه فتبين أن الحجر لم يشمل القدر الفاضل وخالفه الشيخ الإمام ، وقال : بل شمل الكل وهو الأرجح ويشهد بخلافهما اختلاف الأصحاب. في أنه هل ينقض من تصرفاته الأضعف فالأضعف وهو الصحيح. وفيه دلالة للشيخ الإمام -فالأخر.

السادسة : تصرف المريض فهو أقرب التصرفات إلى الصحة ؛ لأنه لا يحل له الإقدام على التصرف اعتمادا على بقاء الحياة ، والمفلس ممنوع ، لمراغمته بالتصرف ما شرع الحجر لأجله.

وهذه فروع مما يلحق بموقف العقود.

منها : إذا قسم الحاكم مال المفلس ، ثم ظهر غريم ؛ فالظاهر أن القسمة لا تنقض ، ويشارك من ظهر بالحصّة ، وقيل : تنقض .  
فعلى الأول : لو أعسر بعض الآخذين قدر كالعدم وجعل الغريم الآخر كأنه أخذ كل المال ، وقيل : إنما يؤخذ بالحصّة .  
[ويظهر] 1 هذا الخلاف في بعض الورثة يقر بدين وينكر البعض ، هل يؤخذ من المقر الكل أو بالحصّة ؟  
ومنها : إذا أعتق عبدا - لا يحتملهم الثلث - فأخرجنا الثلث بالقرعة ثم ظهر للميت دفين - يخرج جميعهم من الثلث - فيحكم بعقوبتهم جميعا ، ومن يوم إعتاقهم ترجع إليهم اكسابهم ، ولا يرجع الوارث ، بما أنفق عليهم ، كمن نكح فاسدا - على ظن الصحة - لا يرجع بالنفقة ولو ظهر دين مستغرق فالتعق بالقرعة باطل .

1 في "ب" ونظير .

صفحة 240 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : إذا باع العدل الرهن بثمان المثل ، ثم زاد راغب قبل التفريق انفسخ البيع - على ما صححه الرافعي وغيره - فلو بدأ الراغب قبل التمكن من بيعه فالبيع الأول بحاله ، أو بعده ؛ فقد ارتفع العقد ، فلا بد من عقد جديد ، وفي طريقة الصيد لا في أنا نتبين أن البيع بحاله .

ومنها : جنى على المرهون فعفا على مال فليس للراهن العفو لحق المرتهن وفي قول : العفو موقوف ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن ؛ فإن انفك الرهن رد إلى الجاني وبان صحة العفو ؛ وإلا بان بطلانه .

ومنها : نكاح المرتابة ، وسيأتي .

ومنها : لو قال - عند خوف غرق السفينة : ألق متاعك وأنا الركبان ضامنون ،

وقال : أردت إنشاء الضمان عنهم ؛ فعن بعض الأصحاب أنهم إن رضوا به ثبت المال . ونازع فيه الرافعي ، وقال : العقود لا توقف .

ولينظر كلام الإمام في ذلك في باب عقود الضمان .

ومنها : من أسلم من الوثنيين بعد الوطء ، انتظرنا إسلام الآخر [في العدة] 1 ؛ فإن أسلم فيها استمر النكاح ، وإلا تبين حصول الفرقة من حين إسلامه ؛ فلو طلقها قبل تمام العدة فالطلاق موقوف .

ومنها : أسلمت تحت عبد وثني وعتقت وهي مدخول بها .

ومنها : أسلم من أربع ، وتخلف أربع وثنيات تعين الأوليات للفسخ 2 .

ومنها : عتقت تحت عبد ؛ فلها الخيار ، والمسألة فيها تخريج - للإمام - على وقف العقود .



ومنها : خلع المرتدة موقوف إن أسلمت قبل تبين صحته.  
ومنها : ذبح أجنبي أضحية معينة بالنذر أو هديا معيناً ، بعد بلوغ النسك ، وقع الموقع.  
وفيه قول قديم أن لصاحب الأضحية أن يجعلها عن الذابح ويغرمه كمال القيمة ، بناء على وقف العقود.

1 في "أ" وبعد المثبت من "ب".

2 وفي "ب" للفسخ على الفور.

صفحة 241 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

فصل :

أما وقف التبين : فهو الذي يصدر العقد فيه من أهله باطنا لا ظاهرا . وإن شئت قل : هو الموقوف على أمر تبين وجوده فيما مضى .

ولا يخفى أنه أقرب إلى الصحة من القسم قبله ولذلك كان صحيحا ؛ إما جزما وإما على الصحيح .

وفيه مسائل :

منها : بيع مال الأب الميت المظنون الحياة ، الصحيح الصحة .

وقد تقدم الكلام في وفي نظائره -في القواعد المطلقة- في قاعدة : هل العمل بالظاهر أو بما في نفس الأمر ؟

ومنها : الطلاق المبهم ؛ فإن تزوج يمنع من قربان زوجته إلى أن يتبين وكذلك في مسألة الغراب .

ثم التعيين إن لم يكن طلاقا -وهو الصحيح- فالوقف وقف تبين .

ومنها : لو قال : بعثك هذه الصبرة بعشرة كل صاع بدرهم ولا يدري أنها عشرة أصع ؛ فالصحيح الفساد ، للجهل بالمقابلة .

وعلى القول بالصحة فهو موقوف لتحقق المقابلة وهو من وقف البيان .

ومنها : في الربا لو باع صبرة بصيرة متساوية وخرجتا متساويتين صح ؛ وإلا فالأصح البطلان وعلى الصحة يوقف لبيان المماثلة .

ومنها : إذا قال أحد الشريكين المعسرين : إن كان هذا الطائر غرابا فنصيبي حر ، وقال الآخر : إن لم يكن فنصيبي حر ، ولم يعرف -لا يحكم عتق نصيب واحد

منهما ، والولاء موقوف 1 ، أو بان حكم بعثت النصف .

ولنا بحث سنذكره عند ذكر المسألة -إن شاء الله تعالى- في قسم أصول الدين في مسألة لازم النقيضين في أن هذا الوقف ، هل هو وقف تبين ؟

ومنها : أصح الأقوال في مال المرتد أنه موقوف .

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

ومنها : ملك المبيع في زمن الخيار : الصحيح أنه موقوف .  
ومنها : نكاح المرتابة بالجمل : قبل على وقف العقود ، وقيل بالتبين .  
ومنها : لو عين المريض عينا تباع ، ويوفي منها دينه ؛ فقيل : للورثة إمساکها  
والوفاء من غيرها ، وقيل : لا فعلى هذا ، لو باعها الوصي قبل استئذان الورثة ؛  
فقيل : باطل ، وقيل : موقوف -فإن وفوا فلهم نقض المبيع وإلا انبرم .  
وقد يقال : ليس هذا وقف تبين ، بل وقف صحة .  
ومنها : إذا نجز المريض عتق أمته التي لا يملك سواها . ملك قريبة تزويجها ؛  
فإن ظهر أن ذلك 1 العتق يشمل جميعها ، تبين بطلان النكاح إن لم يجز للوارث ،  
وكذا إن أجاز وقلنا : إنه ابتداء عطية ، وإن قلنا : يتفقد ثبتت الصحة .  
ومنع ابن الحداد التزويج ؛ لأن عتقها موقوف وربما لا تعتق كلها -وهو ظاهر  
الحال-

فعلى هذا لو كانت جميعها تخرج من الثلث ؛ فهل تزوج أم لا ؟  
- لاحتمال تلف المال - للإمام فيه احتمالان والقائلون بالصحة قاسوا التزويج على  
جواز التصرف في المتبرع به .  
وعن الشيخ أبي علي أن من وافق ابن الحداد يحتمل أن يطرد ذلك في هبة -  
الجارية ، حتى لا ينفذ تصرف المتهب القابض ، إذا كان ذلك التصرف لا يحتمل  
الوقف ولا يحل له الوطء .

قلت : ووقع في البحر -للرويانى- في باب عتق العبيد لا يخرجون من الثلث فيمن  
أعتق ستة أعبد -لا يملك غيرهم- أنه لا يحكم بعقدهم ، لجواز أن يظهر دين ، ولا  
برقهم ؛ لجواز أن يستفيد مالا وأكسابهم موقوفة أيضا .  
ولو كان للمعتق مال -يخرجون من ثلثه- لا يحكم بعقدهم قبل موته لجواز أن يتلف  
ماله ؛ فلا يصل إلى وراثته .

وهذا يوافق ما نقل ابن الحداد ، وأحد احتمالي الإمام .  
ونزيد عليهما ؛ فإن ذلك مخصوص بالنكاح لما فيه من الاحتياط ، وهذا عام ؛  
فالوجه تأويله على أنا لا نحكم بعقدهم ، ولا برقهم -عتقا ، ورقا يستقر قراره .  
وتوافق

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

عبارته قول الرافعي- لما تكلم على المرض المخوف.

أنا نحجر على المريض في التبرع بالزائد على الثلث ولا ننفذه ؛ لكنه لو فعل ثم بريء ، تبين صحة التبرع ؛ فإن ذلك لم يكن مخوفاً.

فظاهر : أنا لا ننفذه ، يوافق قول ابن الحداد ، والوجه تأويله على ما ذكرناه ؛ وإلا فهو موقوف على إجازة الورثة إن أدى الحال إلى الموت وإلا فالتصرف نافذ من كل وجه.

إذا عرفت هذا تبين لك به تردد في تصرف المريض ، وموقوف هو حتى يجيء في بيعه القولان في وقف العقود ويلحق بالقسم الأول ، وهو وقف الصحة ، وقد قدمنا ذلك- أو صحيح بناء على تمام السبب حال التصرف.

وإن كان ماله إلى إجازة الورثة ؟ ويكون رد الوارث بمثابة أخذ الشفيع من حينه ، وليس مستندا إلى وقت البيع.

لا فارق بينهما إلا أن الشفيع يقرر عقد البيع ، وهذا يرد ؛ فيكون كالرد بالعيب يرفع من حينه.

وقد يقال في الرد بالعيب تقدير ما ؛ ألا ترى أن إمام الحرمين حكى في "الفروع المنثورة" في كتاب العتق قولين فيما إذا رد الوارث الزيادة على الثلث هو نقول : الزيادة ثبتت ثم ردت ، أو تبين أنها لم تنفذ.

ومنها : إذا اكتفينا بظاهر الصبرة فتبين تحته دكة : قال "في الوسيط" فهل تبين بطلان العقد.

ومنها : قال في الوسيط : إذا منعنا بيع الغائب فالرؤية السابقة كالمقارنة -إذا كان مما لا يتغير- فلو تغير على الندور ؛ فهل يتبين بطلان العقد ، أو يكتفي بالخيار ؟ فيه خلاف صحح النووي الثاني.

ومنها : ظاهر كلامهم أن اللعان يقع في الردة ، ويمكن أن يكون ذلك في مدة الإمهال.

ومنها : إذا طلق رجعيًا أو بائناً. ثم وطئها أجنبي في العدة -بشبهة- ثم حملت منه ، فإنها تعتد بالحمل.

صفحة 244 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

فصل :

في الإقدام على العقود الفاسدة.

وقد تردد كثير من المتأخرين أهو حرام ، أم حلال ؟ وذكر الوالد رحمه الله في

باب الوصية - عند الكلام على الوصية 1 بأكثر من الثلث : "أنه ينبغي أن يقال :  
إن قلنا : الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، أو إن الإجازة ابتداء عطية فهي حرام ؛  
لأنها عقد فاسد ، قصد به تحقيق حكم غير مشروع انتهى.  
فهذا ضابط جيد في تحريم فاسد التصرفات ، وأنه لا يحرم منها ما صدر تلاعبا ،  
ولا قصد فيه ، لم يثبت مقتضاه عليه وهو قضية كلام الغزالي. ثم ذكر في كتاب  
النكاح نظيره [فقال] 2 عند الكلام فيما إذا جمع بين الأختين ، بعدما ذكر أن ابن  
الرفعة أخذ من قوله تعالى : { وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ } . أن الإقدام على العقد  
الفاسد حرام ؛ لأن حقيقة الجمع بالوطء غير ممكنة ؛ إنما الممكن بالعقد.  
إن الحق ما قاله الغزالي إنه متى قصد تحقيق المعنى الشرعي فهو حرام وإن  
قصد تحقيق اللفظ - من غير تحقيق معناه ؛ فهذا لغو - ليس بعقد ، ومع ذلك إن كان  
له محمل - من ملاعبة الزوجة ونحوه ، فلا يحرم ، وإلا فيحرم ، إذ لا محمل غير  
الحق الشرعي ، أو التلاعب وكلاهما حرام.  
قاعدة : كل عين ثبت لمن هي تحت يده حق حبسها ليستوفي ما وجب برهنها ، أو  
بسبب العمل فيها ، لا يجوز لمالكها بيعها بغير إذن صاحب اليد إلا بعد وفاء  
الحق.

وفيه نظائر :

منها : المرهون.

ومنها : الصباغ إذا صبغ الثوب ؛ فإنه لا يصح بيعه قبل توفية الأجرة.

ومنهاك القصار إذا قصر الثوب ، لا يجوز بيعه ، قبل توفية الأجرة.

إن قلنا : القسارة عين - وإن قلنا : أثر ؛ فلا حق له في حبسها.

ومنها : لو استأجر صباغا ليصبغ له ثوبا ، وسلمه إليه أو صائغا على عمل ذهب

1 في "ب" الموصي.

2 سقط في "ب".

صفحة 245 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ونحوه فليس له بيعه ما لم يقبضه - صرح به المتولي وغيره - لأن له حبسه إلى أن  
يعمل فيه ما يستحق به العوض.

وعليه يخرج ما قبل - في بيع الأشجار المساقى عليها - أنه لا يصح ؛ لأن المساقاة

عقد لازم ، وقد استحق العامل أن يعمل فيها ما يستحق به أجرا. ومن خرجها

على بيع العين المستأجرة ؛ فقد غفل عن ملاحظة هذا الأصل.

سؤال :

لعلك تقول : هذه القاعدة ترد نقضا على قولنا : "شرط المبيع أن يكون طاهرا

منتفعا به ، مقدورا على تسليمه. مملوكا لمن وقع العقد له "فإن هذه الشروط موجودة في الثابت حق حبسها ، ثم لا يجوز بيعها ، فالتعريف -إذن- غير مطرد. والجواب : أنا ذكرناه خارجا عن 1 شرط القدرة على التسليم ؛ فإن عدم القدرة قد يكون حسيا ، وقد يكون شرعيا ، كالمرهون. واعلم أنه لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، وهذه الأوصاف ليست تعريفا للمبيع ، ولكن شرائط له ولذلك تجتمع. ثم لا يجوز البيع في صور. منها : الأضحية إذا أهدى لحمها إلى غني ، أو تصدق به على فقير فإنه يملكه ، وله التصرف فيه بالهبة والهدية - دون البيع. أصل مستنبط :

إذا تعلق بشيء واحد حق اثنين فصاعدا ؛ فهل نقول : كل منهما يستحقه على التمام والكمال -ولكن ضرورة الازدحام أدت إلى التناصف ، أو إنما يستحقه بقسطه منه ؟

وكان الشيخ الإمام رحمه الله يتردد فيه ، ويرجح الأول وينصره ، وقد ذكره في باب الوقف ، وفي أماكن من نظائره حتى انتهى إليه بصره ، وأطنب في تقريره في كتاب موقف الرماة.

1 في "ب" خارجا بشرط.

صفحة 246 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ورأيت -أنا- بعد وفاته رحمه الله من كلام ابن سريج ما يشهد له في كتاب "النهاية" في باب الأفضية واليمين مع الشاهد عندما ذكره ما إذا وقف على أولاده 1 ، ثم أولاد أولاده وكانوا ثلاثة الوقف يصرف أثلاثا ؛ فتجدد ولد وولد فصار أرباعا ؛ فإن حلفوا وقفنا ربع الوقف من حين ولادته وبقينا في يد الحالفين ثلاثة أرباعه كما كان ؛ فإن بلغ ونكل عن اليمين ، قال الإمام : فالمنصوص للشافعي أن ما وقفناه مردود على الأولين ، فتعود القسمة أثلاثا كما كانت ويخرج هذا الجديد من البين.

وقال المزني : "الربع الموقوف يصرف إلى الأولين ؛ فإنهم لا يدعونه بل هم معترفون أنه للولد الجديد ، وقد تعذر الصرف إليه بسبب نكوله".

إلى أن قال : "والمقدار الذي ذكره الأصحاب لنصرة النص ما حكوه عن ابن سريج ؛ فإنه قال : كان الأولون مستحقين جميع الوقف قبل وجود هذا المولود فإذا وجد دخل استحقاقه على الأولين دخول العول وكل استحقاق يطرأ على استغراق فهكذا يكون ثم استحقاق العول يوجبه التصرف إلى المستغرقين إذا [تعذرت] 2

جهة العول ، وهذا يناظر الديون والتركبة إذا كانت التركة ألفا والدين ألف ؛ فهي مصروفة إلى الدين ؛ فلو ظهر ألف آخر التركة بينهم ؛ فلو أسقط صاحب الدين الظاهر حقه ، فصاحب الأول يستغرق حقه "انتهى".

وهو نص في مذهب الشيخ الإمام ، ورددت لو وقفت عليه في حياته ؛ لأدخل على قلبه سرورا بإيقافه عليه. على أنه نقل في كتاب موقف الرماة يقرب منه. وفي القاعدة فروع :

منها : إذا حمى الإمام أرضا ، فدخل واحد من الرعية فرعاه ومنع غيره قال القاضي أبو حامد : "لا يعزر والناس يشككون هذا ، وحمله الوالد -رحمه الله- على أن موضع انتفاء التعزير كونه استيفاء ، ووجهه أنه إنما استوفى حقه قال : ولا تقول بأنه مشترك حتى يكون كالتصرف في العين المشتركة فيعزر بل هو يستحقه وغيره أيضا يستحقه.

قال : وأما منعه الغير فيعزر عليه.

ومنها : لو زال ملك المشتري ثم عاد بعوض وأفلس ؛ فهل حق الرجوع في عين المبيع للبائع الأول -بسببه- أو للثاني- لقرب حقه- أم يشتركان ويضارب كل بنصف

1 في "ب" أولاد أولاده.

2 في "ب" تعددت.

صفحة 247 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

الثلث ؟ فيه أوجه لا تصح للمشايع الثلاثة -الرافعي والنووي والوالد- فيها ، والأرجح عندي الثاني ، وذكر الإمام في النهاية أنه لقياس ، وعلى الثالث إنما اشتركا لثبوت الحق لكل منهما على التمام بدليل أنه لو عفى الأول كان الحق للثاني -وجها واحدا- صرح به الإمام "في النهاية".

قال : لو عفا الثاني فهل للأول الرجوع ؟ فيه وجهان مبنيان على ما لو زال ، وعاد بلا عوض.

قلت : والقول بأن الحق للأول إنما هو بناء على ذلك ، كما هو مصرح به في الرافعي وغيره.

فخرج من هذا أن الأول -أيضا عند عفو الثاني الأخذ ؛ لأننا إنما نفرع على ثبوت أصل الرجوع له.

ومنها : في الشفعة.

قاعدة : "كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية مع النية" كالطلاق والعتاق والإبراء والظهار والنذر.



وكل تصرف يحتاج إلى الإشهاد كالنكاح والبيع المشروط فيه بالإشهاد والرجعة ، على الخلاف في احتياجها إلى الإشهاد وحكم الحاكم لا يحتاج إلى الكناية إلا إذا توفرت القرائن في البيع المشروط في الإشهاد على الظاهر - عند الغزالي - وإليه مال الرافعي حيث توقف في قول الأصحاب :  
الشهود لا اطلاع على النيات - معتلا بأن القرائن ربما تتوفر فتفيد الاطلاع على ما باطن الغير.

وعندي أن الجريان على كلام الأصحاب أصح ؛ فإنه لا انضباط للقرائن وبهذا صرح الإمام في كنايات الطلاق قائلًا : ليس من قواعد الفقه فتح أمثال هذا ، وهو في القصود عسر جدا ، فحسمنا هذا الباب حسما. ولا يعارضه ما نقله عنه الرافعي<sup>1</sup> من أن الخلاف في انعقاد البيع بالكناية مع النية محله إذا عدت القرائن فإن توفرت وأفادت

1 في "ب" زيادة في البيع.

صفحة 248 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

التفاهم ، وجب القطع بالصحة ؛ لأن هذا في غير البيع المقيد بالإشهاد ، فإن في الإشهاد تقييدا ليس فيما بين المتخاطبين.

ولا يؤيده ما نقله عند الرافعي - أيضا - في البيع من أن النكاح لا يصح بالكناية - وإن توفرت القرائن - فإن النكاح تقييدا واحتياطا - يزيد على ما في البيع المقيد بالإشهاد.

فالمصور ثلاث.

النكاح : ولا ينعقد وإن توفرت القرائن ، لما فيه من الإشهاد ومن الاحتياط له.

والبيع المقيد بالإشهاد : يشابه النكاح - من حيث اشتراط الإشهاد - وينحط عنه من

حيث أنه لا يطلب فيه من الاحتياط ما يطلب في النكاح ؛ ففيه يقول الغزالي :

الظاهر - عند توافر القرائن - الصحة والظاهر - عندنا - خلاف ما يقوله :

ومطلق البيع : وفيه يقول الإمام : "إذا توفرت القرائن قطع بالصحة ؛ إذ لا إشهاد ، ولا احتياط والمتخاطبان أعرف بما يدور بينهما".

قاعدة : مترددة في كلام الأصحاب وبسط الإمام القول فيها في أوائل كتاب

الطلاق " : كل ما كان صريحا في بابه ، ووجد نفاذا في موضوعه لا يكون كناية

في غيره ولا صريحا فيه<sup>1</sup>.

وهذه الزيادة - وهو قولنا : ولا صريحا فيه - زيادة لم يصرح بها الإمام ؛ ولكن

اقتضاها كلامه ، وسبب كون الشيء لا يكون صريحا نافذا في مكان - ثم يكون

صريحا أو كناية - في آخر - أنه مع الصراحة ووجود النفاذ ، عامل عمله لا سبيل

إلى دفاعه.  
قال الإمام : "وإذا كان كذلك ؛ فيستحيل أن يكون كناية منوية في وجه آخر" ، ثم  
أورد على نفسه أنه لم لا يجمع بين المعنيين ، وأجاب بأن صلاحية [اللفظ] 2  
لمعنيين لا يقتضي اجتماعهما ، قال : "وكذلك القول في لفظ مشترك".  
وقرر الإمام -رحمه الله- هذا في النهاية ؛ فذكره في باب الوصية وغيرها وذكره  
أيضا في الطلاق -بعد هذا المكان بأوراق- فقال : "لا مطمع في تحصيل معنيين

1 الأشباه والنظائر ص 295 ، المنثور 3 / 146 ، 2 / 311.

2 في "ب" اللفظة.

صفحة 249 | 466

### الأشباه والنظائر

#### القول في قواعد ربع البيع

بلفظ واحد ، هذا ما لا سبيل إليه -وإن جرد القاصد قصده إليهما جميعا- لأن اللفظ  
الواحد لا يصلح لمعنيين جميعا إذا لم يوضع في وضع اللسان 1 انتهى.  
قلت : وقد جرى بيني وبين الشيخ الإمام رحمه الله بحث طويل في هذا عندما  
قرأت عليه مسألة ما إذا أوصى بعود من عيدانه في باب الوصية -فقلت له : لعل  
هذا من الإمام بناء على أن المشترك لا يحمل على معنييه ؛ وإلا فكيف يقال : لا  
يصلح ؟

فكان من جوابه ما لا يحضرني تفصيله ؛ غير أنني على يقين بأنه انتصر لكلام  
الإمام وزعم أنه ليس من مسألة الحمل في شيء ، ولا يتبين لي الآن ذلك.  
والأولى -عندي- أن يتوجه كون : اللفظ لا يكون صريحا في شيئين مما ذكره  
الإمام في "النهاية" بعد ذلك.

وحاصله أن الصراحة تتلقى من الشيوخ ، قال : والشيوخ أن لا يستعمل في  
اطراد العادة إلا في معنى ، ومتى شاع في معنى لم يتصور أن يشيع في آخر مع  
اتحاد الزمان والمكان.

قال : وهو بمثابة إطلاق الغلبة في النفوذ ؛ فالغالب هو الذي يندر التعامل بغيره ،  
ويستحيل تقدير الغلبة في نوعين ؛ فإن قصاراه يجر تناقضا -وهو أن يكون كل  
منهما أغلب من صاحبه.

قلت : وقوله : "يستحيل تقرير الغلبة في نوعين" لا ينازع فيه قول الأصحاب :  
إذا غلب نوعان من نقد.

فهذا [تقرير] 2 كون اللفظة لا تكون صريحة في موضعين.

ومن ثم قال بعض مشايخنا : "والصريح اللفظ الموضوع ، لمعنى لا يفهم منه  
غيره عند الإطلاق".

وأما كونها لا تكون صريحة في موضع كناية في آخر إذا قصد الأمران [معا

فلا]3 يتبين لي وجه استحالته ، وليفرض ذلك في زوج أمه وكله مولاه في عتقها ؛ فقال : أنت طالق ، وأراد مع الفراق حريتها وطلاقها من وثاق الرق. وقد احتج الإمام في كتاب المساقاة -لقولنا ، إنه لا تصح المساقاة بلفظ الإجارة

1 في "ب" زيادة للجمع.

2 في "ب" تقرر.

3 في "ب" متغافلا.

صفحة 250 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

ولا عكسه- "بأن كل لفظ صريح استعمل في مكان إمكان استعماله ، لم يجز أن يصرف بالنية إلى غيره ، كالطلاق ، لا يصرف إلى الظهر ؛ إذ [لا يمكن]1 تنفيذ طلاقا وعكسه".

وسأل عليه الشيخ الإمام رحمه الله فقال لم لا ينفذ في الآخر بالنية إذا تعذر حمله على موضوعه لعدم شرطه ؟

ثم أجاب بأن بين الإجارة والمساقاة تنافيا ، أو تغائرا ، وما كان كذلك لا يصح أحدهما بلفظ الآخر ، كالبيع بلفظ السلم ؛ فإن الإجارة على العمل في الشجر غير مرتبطة بشيء آخر ، والمساقاة على صلاح الثمرة بواسطة العمل في الشجر. قال : وكذلك رجح الأصحاب اعتبار اللفظ -وإن أجروا الخلاف- نظرا إلى أنه هل يعتبر اللفظ أو المعنى ؟

ومثال ذلك لفظ الطلاق ؛ فإنه صريح في بابه ، فإذا خاطب به امرأته وقال : أردت الظهر ، لم يقبل لصراحته في إزالة قيد النكاح -مع وجود نفاذا في موضوعه- فلا يكون صريحا في الظهر ، ولا كناية. واحترزنا بقولنا : "وجد نفاذا" عن مثل قوله لزوجته : "أنت حرة" ، إذا نوى به الطلاق ، فإنه يقبل ، ويقع عليه الطلاق ؛ لأن "حرة" صريح في إزالة قيد الملك ولكن لم يجد -هنا- نفاذا لأن الزوج لا يملك زوجته فجعل كناية في الطلاق إذا لم يجد نفاذا في بابه وهو إزالة قيد الملك.

ثم يتستنى من [هذه]2 القاعدة مسائل :

منها : إذا قال : "أنت حرام" ونوى به الطلاق أو الظهر ؛ فإنه يقع ما نوى -على المذهب- مع أن المذهب أن لفظ الحرام صريح في إيجاب الكفارة. ومنها : لو أسلم على أكثر من أربع ؛ فقال لبعضهن فسخت نكاحك -ونوى الطلاق- قبل : وإن وجد نفاذا -بدليل أنه لو أطلق- حمل على الفسخ. ومنها لو أسلم على أكثر من أربع ؛ فقال لإحداهن "فارقتك" فالذي رجحه الرافعي ، والنووي ، والوالد أنه فسح -وإن كان لفظ الفراق من صرائح الطلاق-

وهو الذي قاله الشيخ أبو حامد ، ونصره ابن الصباغ. وقال القاضي أبو الطيب :  
"بل هو"

1 في "ب" امكن.

2 سقط في "ب".

صفحة 251 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

اختيار للزوجية لم يقع به الطلاق ، [لاستلزامه] 1 إياه".

ورده عليه بالحديث ؛ ففيه "وفارق سائرهن".

والحق -عندي- ما قاله الأولون من أنه فسخ ، ولا يرد أنه صريح في الطلاق

ووجد نفاذا في موضوعه ؛ بل أنا أ منع صراحته في هذا المكان في خصوصه

وأظن أن ابن الصباغ أشار إلى هذا بقوله : "فيكون حقيقة فيهما ، ولكن يخصص

بالموضع" وهو كلام حسن ، والقصد يذكر في قسم أصول الفقه في حمل

المشترك على معنييه المتضادين.

ومنها : إذا قال : "أنت حرام كظهر أمي" ونوى الطلاق بالمجموع كان طلاقا -

على المذهب- مع أن المذهب أنه إذا أطلق كان ظهرا.

ومنها : لو أسلم على أكثر من أربع ، وقال لإحداهن : "أمسكتك" ؛ فإنه صريح

في اختيارها -مع صراحته في الرجعة.

ومنها : لو قال أحلتك على فلان بكذا ، ثم اختلفا ؛ فقال المحيل وكنتك ، وقال

المحتال بل أحلتني ، فالصحيح أن القول قول المحيل -مع أنهما اتفقا على جريان

لفظ الحوالة.

قاعدة : قال النووي في زيادة الروضة -قبيل باب حكم المبيع قبل القبض وبعده.

قال أصحابنا : إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب خيار

المجلس ، والشرط ، والعيب ، وخلف المشروط المقصود ، والإقالة والتحالف ،

وهلاك المبيع قبل القبض -قال الشيخ الإمام رحمه الله في تكملة شرح المهذب :

وبقي عليه رجوع البائع عند إفلاس المشتري قال وله أن يلحقه بالبيع 2 قال :

ولكن مثل هذا التكليف يقتضي عد العيب والخلف شيئا واحدا ؛ فالوجه جعل ذلك

قسما آخر "قال : وبقي أيضا تعذر إمضاء البيع ، كما في اختلاط الثمار ، وبيع

الصبرة بالصبرة المخالفة لها -مكايلة- على خلاف فيهما قال : وأما التصرية

فملحقة -عند الأكثرين- بالعيب ، عند بعضهم بالخلف فلم تكن خارجة عنهما ،

وأما الخيار الحاصل بسبب الأختيار في المرابحة فهو راجع إلى العيب ؛ لأنه

كالعيب في المبيع".

قلت : ويدخل في خيار العيب خيار تفريق الصفقة ، وفي خلف المشروط

1 في "ب" لا يستلزم.

2 في "ب" البيع.

صفحة 252 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وبقي عليهما مسائل :

منها : إذا اشترى غائبا - رآه قبل العقد - وهو مما لا يتغير ؛ فوجده متغيرا

فالمذهب : أن العقد صحيح وله الخيار.

قال الإمام : وليس المراد بتغييره حدوث عيب ؛ فإن خيار العيب لا يختص بهذه

الصورة ، بل الرؤية بمنزلة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية فكل ما فات

منها ؛ فهو كتبين الخلف في الشرط.

قلت : وقد يقال : هذا الخيار راجع إلى الخلف.

ومنها : إذا أجزر المشتري على تسليم الثمن وكان غائبا فوق مسافة القصر ،

والصحيح أن للبايع فسخ البيع ، لتعذر تحصيل الثمن.

ومنها : الخيار الثابت في البيع الغائب عند رؤيته على القول ببيع الغائب.

قاعدة : القول قول مدعي صحة العقد دون فساد خلافا للبعوي.

وقد يقال : الأصل في العقود الصحة.

ونعني بالأصل - هنا - الظاهر.

وتردد الشيخ الإمام والدي رحمه الله في كتابه "التحقيق" أن تصرفات الشخص

في العقود هل الأصل فيها الصحة إلا ما دل الشرع على فساده بمعنى أن الشارع

أقر معاملات الناس على ما يتعارفون ومنعهم من بعضها ، أو الأصل الفساد إلا

ما دل على صحته ؟

قال : وهذا هو الراجح ؛ لأن الصحة حكم شرعي فمن ادعى [ورودها] 1 من

الشرع في التصرفات كلها ، ثم استثنى بعضها فعليه الدليل ، أيضا يلزمه

التخصيص وهو خلاف الأصل.

نعم : لا يقال : إنه فاسد ؛ لأن الفساد حكم شرعي ؛ فلا بد من دليله ، بل نقول :

باق على حكم الأصل.

1 سقط من "ب".

صفحة 253 | 466

الأشباه والنظائر  
القول في قواعد ربع البيع  
انتهى ملخصاً.

وقد يقال : إنه معارض لقول الأصحاب : "الأصل الصحة" وجنوح إلى اختيار صاحب التهذيب الذي سنحكيه.  
وليس كذلك : فإن مورد الكلامين مختلف ؛ فما قاله "في التحقيق" معناه أن العقود الجارية بين الناس - وإن لم يجر فيها تنازع بين المتعاقدين- أصلها الصحة أو الفساد ؟

فنقول : دعوى كل واحد من هذين الأمرين يحتاج إلى دليل.  
فإن قلت : فلم ترددت في قول القائل "والله لا بعت هذا" هل يحمل على الصحيح ، أو على أعم منه ومن الفاسد.  
قلت : المأخذ غير ما نحن فيه ؛ فالتحنيث بالفساد لكونه يسمى بيعاً وعدم التحنيث به لأن الإطلاق محمول على ما يتبادر إلى الذهن عرفاً ، وهو الصحيح. ومعنى قولهم في باب اختلاف المتبايعين : "القول قول مدعي صحة العقد -إذا تنازع المتعاقدان في العقد الواقع بينهما- أوقع على وجه صحيح ، أو فاسد ؟  
والصحيح -فيما علمت- من أن القول لمدعي الصحة ، وفيه كلامان :  
- أحدهما ، أن مدعي الصحة ، قد يجزم بقوله كما إذا اختلفا في صفة المعقود عليه ؛ فقال أحدهما هو حر الأصل ، وأنكر الآخر ، لأن قول مدعي الفساد لم يعتضد بأصل ، ولا ظاهر.

وقد يختلف فيه ، كما إذا تنازعا في صفة العقد فادعى أحدهما انضمام شرط مفسد -كخيار مجهول- قال الشيخ الإمام : فهذا محل الخلاف.  
وقد يكون الاختلاف في وجود شيء -وقوعه شرط لصحة العقد- كالرؤية فمنهم من جعله على الخلاف- وهي طريقة النووي- ومنهم من قال : -هنا- القول قول من نفاه لا اعتضاده بالأصل- وهي طريقة القاضي الحسين ؛ فإنه يقول : القول قول نافي الرؤية- مع قوله في أصل القاعدة : إن القول قول مدعي الصحة.  
والشيخ الإمام الوالد رحمه الله ذكر المسألة في أوائل البيع ، ولم يذكر لنفسه اختياراً ثم ادعاها في أواخر اختلاف المتبايعين ، وجرى مع النووي في باب اختلاف

صفحة 254 | 466

---

الأشباه والنظائر  
القول في قواعد ربع البيع  
المتبايعين على ما صححه على ما يظهر من كلامه ، ثم أفصح في باب الصلح بأن الذي يظهر أن القول قول منكر الرؤية.  
قلت : وبه جزم الروياني في البحر -في أوائل البيع من تفاريع قول الغائب.



قال الوالد : رحمه الله ؛ وإنما يقوي قول مدعي الصحة إذا تعارضا ، وليس مع أحدهما مرجح.

فصارت المراتب عنده ثلاثا ، وفي الثالثة منهما لا يقبل قول مدعي الصحة والذي قاله هو الأرجح عندي.

غير أنني أقول للاختلاف صورة رابعة ، وهي أن يقول أحدهما : وقع بيننا عقد صحيح -ولا بينة- ويقول الآخر : بل فاسد.

وفي هذه أيضا يظهر ترجيح قول مدعي الصحة ، وأرجو أن لا يكون فيه خلاف. وهنا مسائل قد يعتقد أنها مستثناة من قولنا : إن القول لمدعي الصحة ذكرتها في التوشيح.

منها : مسألة الرؤية هذه.

ومنها : عكسها -قال المشتري رأيت ، وقال البائع لم تر. أفتى صاحب البيان بأن القول للبائع ، وخالفه بعض أهل عصره.

ومنها : إذا باع ذراعا من أرض -يعلمان ذرعانها- وادعى البائع أنه أراد معينا ؛ فالعقد فاسد وقال المشتري : بل مشاعا ؛ فالعقد صحيح فأصح الاحتمالين في "الروضة" تصديق البائع.

ومنها : إذا اختلفا هل وقع الصلح على الإنكار أو الاعتراف ؛ فالصواب في "الروضة" تبعا لابن كج تصديق مدعي الإنكار لأنه الغالب.

ومنها : قال الجرجاني فيما إذا قال المشتري يعني بهذا العصير -وهو خمر- "أن القول لمدعي الفساد" وخرجه الرافعي على الخلاف ؛ فعلى الترجيح لا استثناء.

ومنها : إذا باع عبدا ، وقال : كنت اغتصبه ولم يكن جرى في كلامه أنه ملكه ، وأقام بينة ، سمعت على النص ورجح الشيخ الإمام إذا كان للبائع عذر.

ومنها : وهب الغاصب المغضوب من إنسان ، ثم قال : أعلمتك أنه مغضوب وأنكر.

صفحة 255 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قال الماوردي : يقبل قول الغاصب ؛ لأنه أنكر عقد الهبة - على الصحة.

قال الوالد : رحمه الله : والمختار أنه لا يقبل وهي مسألة الاختلاف في الصحة والفساد.

قلت : إذا كانت هي فلا استثناء ، ويكون الماوردي قائلا بأن القول لمدعي الفساد. غير أنني أقول : قد يقول هنا -بالفساد من يقول بالصحة ثم ؛ فإنها من غاصب ؛ فهي فاسدة بكل تقدير ، فتصديقه في أنه أعلم مخالفة للأصل بلا سبب.

ومنها : إذا قال السيد : كاتبك على نجم واحد ، وقال العبد : بل على نجمين قال في "التهذيب" القول قول السيد مع يمينه ؛ لأنه يدعي الفساد العقد وسكت عليه

الرافعي ، وخرجه النووي على الخلاف في الصحة والفساد.  
قلت : والأمر كذلك.

وقد علل البغوي - في "التهذيب" ما قاله ، بأنه يدعي الفساد فجري على أصله ؛ فلا استثناء لهذه المسألة إلا من قبل سكوت الرافعي عليها ، مع موافقته في أصل القاعدة على أن القول لمدعي الصحة ، واعتراضه به من عدل عنه مرات.  
ونحن لا [نذكره]1 في هذه ؛ إلا ما نظن أنه مستثنى منها ، لا ما هو جار على طرفها ، وإلا لذكرنا ما لو قال : بعثك بألف وزق خمر ، أو قال : شرطنا شرطا فاسدا ، وأنكر الآخر "فإن خلاف الصحة والفساد".

ولو اشترى مائعا ، وجاء بظرف فصبه البائع فيه ووجدت فيه فأرة ميتة فقال المشتري أنها كانت في المبيع ، وقال البائع : كانت في ظرفك ؛ فقد قال الرافعي -في آخر الرهن : هذا اختلاف في أن العقد جرى فاسدا أو صحيحا.  
قلت : ومسائله تكثر ؛ فلا تطيل بعدها ، فلنعد لك عد ما نظن من المستثنيات فنقول.

ومنها : قال السيد : كاتبتك وأنا مجنون ، أو أنا محجور وأنكر العبد ، جزم الرافعي -تبعاً لصاحب التهذيب بأنه إن عرف له جنون ، أو حجر سابق قبل قوله ، وإلا ، فلا.

قلت : وهو [يوافق]2 المجزوم به في الإقرار ، فيما إذا :

1 في "ب" نذكر.

2 في "ب" موافق.

صفحة 256 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قال المقر : كنت صغيرا ، أو مجنونا ، وفي القصاص ، فيما إذا قال : كنت صغيرا ، وفي الكناية ، إذا اختلف السيد والعبد ، هكذا.

ومنها : قالت المرأة : "وقع العقد بغير ولي ولا شهود" وأنكر الزوج.

قال القاضي مجلي : "فالقول قولها ؛ لأن ذلك إنكار لأصل العقد وصوبه الشيخ الإمام وقال :

إنه الحق ، وإنه لا يخرج على الاختلاف في الصحة والفساد.

قال : لأن إنكارها الولي إنكار 1 لأصل العقد بالكلية.

ومنها : زوج أخته. ومات الزوج ؛ فادعى ورثته أن أباها زوجها بغير إذنها ،

وقالت : زوجني بإذني فالقول قولها ، وحاول الرافعي تخريجها على الصحة

والفساد ، وتبعه النووي وصححه الشيخ الإمام ؛ فهذا مما جزم فيه بالصحة وليس من مسائل النزاع.

ومنها : اعتراف الراهن بأنه مرهون [بعشرين] 2 ، ثم ادعى أنه مرهون بعشرة بعد عشرة ، وقلنا -بالصحيح- إنه لا يرهن المرهون عند المرتهن بدين آخر ، وقال المرتهن : [بل] 3 فسخنا واستأنفنا رهنا بعشرين.

قال الشيخ الإمام : "المختار" أن القول قول المرتهن خلافا للبغيوي ورتب البغيوي على هذا أنه لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم بألفين ، لم يحكم بأنه رهن ، ما لم يصرحا بأن الثاني كان بعد فسخ الأول ، قال الشيخ الإمام : "والوجه تخريجه على دعوى الصحة والفساد".

قاعدة : كل دين ثابت في الذمة -ليس بثمن- يجوز الاعتياض عنه ، إن كان ثمنا في الأصح ، وإن لم يكن ثمنا قطعاً.

ادعى نفي الخلاف فيه الرافعي ، والنووي -والشيخ الإمام رحمهم الله ومثلوا له بدين القرض والإتلاف ، ثم قالوا جميعاً -بعد سطرين- وفي الشامل أن القرض إنما يستبدل عنه إذا استهلكه ، أما إذا بقي في يده ، فلا ؟ لأننا إن قلنا : إن القرض يملك بالقبض فبدله غير مستقر في الذمة ؛ لأن للمقرض أن يرجع في عينه.

وإن قلنا : يملك بالتصرف ، فالمستقرض مسلط عليه ، وكذلك يوجب ضعف ملك القرض ، فلا يجوز الاعتياض عنه انتهى.

1 في "ب" زيادة الأصل.

2 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

3 سقط من "ب".

صفحة 257 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وحذف في الروضة التعليل ، والصحيح أن القرض يملك بالقبض ، قال الشيخ الإمام : "ودعواه عدم استقراره -حنيئذ- ممنوعة ، واستدلالة بغرض الرجوع منقوضة بهبة الولد".

قلت : ثم دعوى الرافعي ومن بعده : نفي الخلاف عما ليس بثمن ولا مئمن منقوضة بمسائل غير القرض ، منها وجهان حكاهما الماوردي في جواز أخذ القيمة -مع وجود المثل- عند ضمان المثل بالتراضي- وبناهما على أخذ الأرض عن العيب مع القدرة على الرد ، قال الوالد رحمه الله- وفيه نظر ؛ لأن مأخذ المنع -هناك- أنه أخذ عوضاً عما ليس بمال ، وهو سلطنة الرد.

"وهنا : إن كان الثابت المثل ؛ فهو مال وليس ، بثمن ولا مئمن فيجوز الاعتياض عنه قطعاً.

فلما جرى الخلاف وإن كان الثابت سلطنة طلب المثل ، فلا دين في الذمة.

ومنها : في جواز الاعتياض عن الإبل الواجبة في الدية بلفظ الصلح ، ولفظ البيع

وجهان ، ويقال قولان ، أصحهما المنع.  
تنبيه : إطلاقنا أن الثمن يجوز الاعتياض عنه ، تبعنا في الرافعي والنووي ؛ فقد  
عزينا إلى الجديد جواز الاعتياض عنه ، واقتضى كلامهما أنه مطلق -سواء فيه  
العرض والنقد.  
هذا قضية كلامهما. في البيع وقضية كلامهما في باب الكناية ، تقييده بالنقد ، وأن  
العرض لا يجوز الاعتياض عنه.  
وهذا ما رجحه الوالد رحمه الله كما دل عليه كلامه في باب الشفعة ، وقال  
"العوض خمسة".  
معين : لا يجوز الاستبدال عنه ثمنا كان أو ثمنا -قبل قبضه ؛ لأن عينه  
مقصودة.  
وثن في الذمة -نقد : يجوز الاستبدال عنه في الأصح ، والمعنى فيه أن المقصود  
ماليته ، لا عينه ، وعليه دل حديث ابن عمر رضي الله عنهما.  
ومسلم فيه ، لا يجوز الاعتياض عنه ، ودليله ، حديث ضعيف ، وعموم النهي  
عن بيع ما لا يقبض.  
صفحة 258 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

ومبيع في الذمة ليس سلما كاشترت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم إذا جعلناه  
بيعا ؛ ففي جواز الاعتياض عنه طريقتان مذكورتان في السلم والقطع بالمنع هي  
الصحيحة عندي ؛ لأنه مقصود الجنس ، فأشبهه المبيع المقصود العين. انتهى  
ملخصا.

قاعدة : "كل عقد تعاقد عنه مقصوده ، بطل من أصله" وإلى هذه.

قاعدة : الفعل والفاعل ، والمفعول : أشياء متباينة -لا يمكن اتحادها وكذلك  
الخطاب والمخاطب" والمخاطب.

ومن ثم لا يبيع من نفسه ، لئلا يتحد الموجب والقابل ؛ فليس يتحد موجب وقابل  
ولا مقرض ومقترض ، ولا مطلق ومطلق ، ولا معتق ومعتق ، ولا متصدق  
ومتصدق عليه ، ولا مستوف ومستوفي منه ، ولا ساتر ومستور ، ولا سواك  
ومستاك ، ولا ساجد ومسجد -بفتح الجيم- أي موضع السجود ولا قابض ومقبض.  
وهذه -في الحقيقة- قواعد ، لا قاعدة واحدة نقدم الأخيرة منها لتكررها على السنة  
الفقهاء ، فنقول :

قاعدة : "لا يتحد القابض والمقبض".

ومن ثم لا يبيع الوكيل من نفسه -ولو كان أبا للموكل- على الصحيح ومسائله  
كثيرة.

وفي القاعدة تنبيهان :

أحدهما : أنه يستثنى منها مسائل.  
منها : الأب والجد في حق الصغير.  
ومنها : المبيع إذا كان في يد المشتري ، استثناه الرافعي.  
ومنها : أجر دارا ، وأذن للمستأجر صرف أجرتها في عمارتها والدار -وقت  
العمارة- منتفع بها ؛ فهو شرط صحيح ؛ صرح به الرافعي في أوائل الإجارة ،  
وقال ابن الرفعة : "لم يخرجوا ذلك على اتحاد القابض والمقبض 1. وكأنهم جعلوا  
القابض المستأجر يتسلط على التصرف فيما قبضه لنفسه ، فإن قدرنا مع ذلك  
وكيلا عن الآخر في القبض وقابضا لنفسه ، لزم اتحاد القابض من المستأجر وإن  
لم يكن معينا كالوكيل عن الآخر وكالة ضمنية.

1 في "ب" زيادة قال.

صفحة 259 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قلت : لكن القابض من المستأجر يتسلط على التصرف فيما قبضه لنفسه ؛ فإذا  
قدرناه مع ذلك وكيلا عن الآخر في القبض وقابضا لنفسه لزم اتحاد القابض  
والمقبض.

ومنها : يجوز تسلف الإمام الزكاة ، وإذا تسلفها -بسؤال المالك والمساكين فتلفت  
في يده ؛ فالأصح تتلف من ضمان المساكين ، ولا وجه لصحة قبض الإمام -في  
هذه الصورة- وجعلها من ضمان المساكين إلا بالبناء على جواز اتحاد القابض  
والمقبض.

التنبيه الثاني : المانع من اتحاد القابض والمقبض ونظائره ، أنه لا يعقل كون

المرء طالبا ومطلوبا ، وقريب منه : إن المرء لا يكون مأمورا بشيء ، أو

محكوما فيه بشيء ، ثم يكون هو ذلك الشيء ، أو بعضه ، لئلا يتحد المأمور ،

والمأمور به أو يكون بعض المأمور هو المأمور به ، أو المنهي ، أو نحو ذلك ؛

وذلك محال وإليه الإشارة بقولنا : لا يتحد ساتر ومستور ، وسواك ومستاك ،

وساجد ومسجد ، ونحوه ، ومن ثم لا يؤمر المرء يقطع عضو من أعضاء نفسه

ونحو ذلك ، وقد يفترق الحال بين ما يتعاطاه المرء بنفسه وبين ما يتعاطاه

بغيرهن ؛ فيجعل الغير بالنسبة إليه كالآلة وذلك في مسائل :

منها : لا يجوز استيائك المرء بأصبع نفسه ، ويجوز بأصبع [الغير] 1 الخشن على  
الأصح.

ومنها : لا فدية على المحرم إذا غطى رأسه بكف نفسه ، وفي كف غيره وجهان

؛ أحدهما لا فدية ، ووجه الفدية أن كف غيره كالآلة له ؛ بخلاف كف نفسه ؟

[لأنها] 2 بعضه فتكون بعض المحرم عليه ؛ فلا تكون محكوما [بها] 3 لئلا يتحد

المحكوم به وعليه.

ومنها : يجوز أن يسجد على كف غيره ؛ ذكره الرافعي في الحج في الإحرام وهذا بخلاف كف نفسه.

فروع الموجب والقابل :

منها : الوكيل في البيع ، لا يبيع من نفسه على الصحيح -ولو قال : بع من نفسك- وثالثها الفرق ، ولا يشتري من نفسه ، وفيه الأوجه.

ومنها : لو وكل في طرفي النكاح فليل : بالمنع : وقيل : على الخلاف.

1 في "ب" بغيره.

2 في "ب" فإنها.

3 في "ب" به.

صفحة 260 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : الخلع : وفيه خلاف في البيع ، وأولى بالمنع.

ومنها : لا يزوج الولي المرأة من نفسه ؛ خلافا لأبي يحيى البلخي.

ومنها : هل له تزويج أمته من عبده الصغير ، إذا جوزنا أن له إجباره فيه وجهان.

ومنها : إذا وكله أن يصلح من نفسه ؛ فوجهان -في البحر إذا عين له ما يصلح به ؛ فإن أطلق لم يجز له أن يصلح إلا على شيء تبلغ قيمته قدر الدين.

ومنها : قال المحاملي : لو قال كاتب نفسك على نجمين فعلى هذين الوجهين.

فروع المقرض المقرض في مؤنة الرهن ، وعامل المساقاة وهرب الجمال

وناظر الوقف ، ومؤنة اللقطة ومؤنة تعريفها في مؤنة الرهن ، وعامل المساقاة

وهرب الجمال وناظر الوديعة ، ونفقة الأم على الولد ، وكذلك 1 ، الجدة ، وأجرة

سكنى المعتدة ، وأكل الطعام في المخصصة ، وكل ذلك للضرورة. واختصاصه

بالضرورة ينبهك على خروجه عن القواعد.

قال الشيخ عز الدين في أكل طعام الغير في المخصصة : "أقام الشرع المضطر

في المخصصة مقام مقرض ومقترض ولك أن تقول : أو جعل هذا الإلتلاف ،

وألزمه -بسببه- الضمان ولا حاجة إلى تقدير فرض ، وبالجملة. الموضوع موضع

ضرورة -فليغتفر فيه ما لا يغتفر في غيره.

فروع المطلق والمطلق ، والمعتق والمعتق.

فروع المتصدق والمتصدق عليه.

فروع المستوفي والمستوفى منه.

مسألة : أذن المؤجر للمستأجر في صرف الأجرة في العمارة ، توكيل الدائن



المديون في استيفائه ، ومستحق القصاص من عليه القود -نفسا أو طرفا- والإمام السارق في قطع اليد.  
وفي الكل وجهان ؛ حكي الإمام آخرهما في توكيل الجاني ليجلد نفسه ، واستبعده -من جهة أنه متهم في إيلاام نفسه- قال الرافعي : والمذهب في الكل المنع.  
قلت : وأقرب الكل إلى الصحة استيفاء الدين ؛ إذ لا محذور فيه والصور مشتركة في اتجاه المستوفي والمستوفى منه غير أن بعضها ليس فيه زيادة على ذلك فيسهل

1 في "ب" وكذا الجد.

صفحة 261 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

أمرها ؛ وذلك كاستيفاء الدين ، وبعضها فيه زيادة على ذلك ، وهي إذن المؤجر للمستأجر في العمارة ؛ ففيه -مع اتحاد المستوفي والمتسوفى منه- يمكنه من الصرف وهي زيادة سهلة -قد تحتمل- وأما قطع الطرف فأشد من ذلك ، وأشد منه قتل النفس ؛ فإن الشرع فيما يظهر لنا -يأبى ذلك ، وينبغي أن يقال : لا يصح التوكيل ، ولا يجوز لمن عليه القود أن يفعل ذلك بنفسه ، وبتقدير الصحة هل نقول : إنه [يملك] 1 أن يقبض من نفسه بعدما كان ممنوعا منه ؟ فيه بحث يتخرج ، أن توكيله فيه [هل] 2 تفويض يقتضى تملكه هذا الفعل ، ونعني بتمليكه إياه جعله مستحقا أن الفعل ذلك بنفسه ، وبتقدير جعله تملكها هل نقول يسقط القصاص عنه ؟ فإنه لا يملك على نفسه إزهاقها. وملكه ذلك يقتضي سقوط الحق ، وبتقدير كونه كذلك هل نقول : إن التوكيل فيه -وإن بطل ؛ فلا يبطل عموم كونه أباح له ذلك ؛ فليسقط القود ، ويكون هذا التوكيل فيه كالعفو في كل ذلك نظر يجر إلى سقوط القود عن وكل في استيفائه من نفسه وإن لم يصح التوكيل.

وإلى وقوع عتق من وكله مولاه في أن يعتق نفسه ، والأقرب إلى كلام الأصحاب أنه لا يعتق ، وأن القود لا يسقط. وفي كتاب الوكالة من شرح المنهاج للوالد رحمه الله ، لو قال وكلت من شاء في عتق عبدي صح وكذا أفتى فيمن قالت أذنت لمن شاء من عقاد البلد في تزويجي وفرق بينه وبين توكيل من شاء في البيع : فإن البيع يتعلق الفرض فيه بعين البائع.

ولو تم ما قلته -أنا- من البحث ، لكان يمكن أن يقال : توكيل من شاء -باعتق- إعتاق ، وما أظن أصحابنا يسمحون بذلك ، ولم يتعرض الأصحاب للتفريع على بطلان الوكالة في القصاص ، أنه هل يقع قصاصا والظاهر أنه لا يقع.  
وفي باب استيفاء القود إلى أن المستحق لا يستقل بالقطع والإذن دون إذن الإمام -فلو فعل وقع الموقع وأنه لو استقل المقذوف باستيفاء الحد -بإذن القاذف أو دونه-

ففي الاحتساب وجهان فإن لم يحتسب.  
[فإن] 3 مات منه ، وكان بغير إذنه ، وجب القصاص أو بإذنه فلا قصاص وفي

1 في "ب" ملك.

2 في "ب" هو.

3 في "ب" فلو.

صفحة 262 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

الدية خلاف كذا في الرافعي ، ولك أن تقول : قوله إن كان بغير إذنه وجب القصاص إن كان الضرب كما أمر الشارع فهو لا يقبل ، وإن قبل فهو شبه عمد فلا قصاص.

ومنها : لو وكله في إبراء نفسه ؛ ففي الصحة وجهان ، قال في البحر وإذا صح فليبرأ على الفور ؛ فإن أخر لم يصح.

قلت : كأن أحقه بتفويض الطلاق ، وفي الروضة إذا قلنا : إنه تمليك فإنه يشترط إيقاعه على الفور.

فروع السابر والمستور ، والسواك والمستاك ، والساجد [والمسجد] 1 تقدمت الإشارة إليها.

وهذه فروع منها :

"مطالب هو المطالب ، وعاقده هو المعقود عليه ومدع هي المدعي عليه" منها قد يكون مطالباً ومطالباً ، فيما لو أجر لمؤجره العين المؤجرة ؛ فالأصح الصحة ، ثم يطالبه بتسليم العين ويطالب بذلك.

ومنها : قد يتحد العاقد والمعقود عليه ، فيما لو وكل عبداً أن يشتري له نفسه من مولاه ؛ فإنه يصح على الصحيح مطلقاً ، وقال الماوردي : ظاهر المذهب أنه لا يصح ، وفصل القاضي الحسين بين أن يأذن له مولاه. أو ، لا.

ومنها : لو وكل السيد عبده في بيع نفسه ، أو هبتها أو رهنها ، أو وقفها. قال الرافعي في باب مداينة العبيد : إن له إجارة نفسه بإذن مولاه وكذا بيعها ورهنها - في الأصح- وفي الكتابة خلاف.

ومنها : مدع ومدعي عليه ، فيما لو توكل في الخصومة من الجانبين ، قال الرافعي : "الأصح المنع".

والمسائل كلها من آثار اتحاد القابض والمقبض ، وقد تقدم ذكر ما يستثنى منها. وأما طردها : أعني الصور التي لا يتحد فيها القابض والمقبض ، وقد ذكر اتحاد القابض والمقبض في شراء الأب لابنه من مال نفسه وبالعكس ، وفيما لو وكل الموهوب منه الغاصب ، أو المستعير ، أو المستأجر بقبض ما في يده من نفسه.

### الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وهنا ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أنه يصح.

وإذا مضت مدة يتأتى فيها القبض بريء الغاصب والمستعبر من الضمان. وفي مؤنة الرهن. إذا قال : كان الراهن غائباً ولا مال له ، وقال المرتهن : أنا أنفق وأرجع.

وفي عامل المساقاة وفي هرب الجمال.

وفيما إذا انهدم الوقف الرافعي : يجوز للإمام أن يأذن للناظر في الاستقراض ، أو الإنفاق على العمارة -من مال نفسه ، وليس له الاستقراض دون إذن. قلت : ويحتاج إلى الفرق بينه ، وبين ولي اليتيم ؛ إذ له أن يقترض له. ومنها : مؤنة التعريف في اللقطة : ومنها : نفقة اللقيط.

ومنها : إذا احتاجت الوديعة إلى نفقة ؛ فأنفق من غير إذن الحاكم إذا لم يقدر على إذنه ؛ ففي الرجوع أوجه في "الحاوي" ثالثها يرجع إن أشهد. ومنها : لو خالغ بحضانة ولده -وصحناه- فله أن يأمرها بصرف الطعام والشراب لولده.

وفي "الشامل" أنه ينبغي جريان خلاف فيه من الملتقط إذا أذن له في الإنفاق على اللقيط من ماله بشرط الرجوع.

ومنها : الطفل إذا امتنع الأب من الإنفاق عليه فأنفقت الأم من مالها -على قصد الرجوع- وأشهدت ، رجعت ، وإلا. فوجهان ؛ كذا قال الرافعي ولعل ذلك إذا لم يكن قاض.

ومنها : في نفقة القريب إذا امتنع القريب ، في كلام الرافعي أن القريب يستقرض على قريبه ، وينفق على نفسه ؛ فهذا مستقرض لنفسه على غيره. وقد ذكروا الإشهاد في هذه الصور ، ولم يتكلموا على [أنه ما] 1 يشهد - لوضوحه- إلا في المساقاة.

قال الرافعي : يشهد على العمل : أو [على] 2 الاستئجار ، ويدل الأجرة بشرط الرجوع ؛ فإن لم يتعرض للرجوع فهو كترك الإشهاد قاله في الشامل.

1 في "ب" ماذا.

2 سقط في "ب".

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قلت : فليات نظيره في كل إتهاد ، وفي الذخائر -في مسألة الوديعة أنه يشهد في كل نفقة.

ومنها : قال القاضي أبو سعد : إذا التقط هريسة فله الخيار بين الأكل والبيع ، ثم يعزل القدر مدة التعريف ، ثم يتصرف فيها ، وقيل : لا يعزلها بل يعرفها بدون ذلك ، وهذا قبض من نفسه لغيره.

ونظيره من اختلط له درهم بدرهم غيره ؛ فيقسم بنفسه -حكى عن ابن عبد السلام وفي المغصوب إذا غصبه مثله.

ومنها : في المعتدة المستحقة للسكنى -إذا غاب الزوج ولا مسكن له. قال الرافعي : إن أذن لها الحاكم أن [تكري] 1 المسكن من مالها ، أو تستقرض عليه ، جاز.

ومنها : أجره بقدر من الدراهم ، ثم أذن له في صرفها إلى العمارة تقدمت. ومنها : أذن لها الزوج في النفقة من دين له عليها -وهي موسرة- صح ، أو معسرة فلها الفسخ ؛ لأنها منظره.

ومنها : إذا ظفر بجنس حقه ، أو بعوضه جاز له أخذه وبيعه ، واستيفاء حقه من ثمنه لمسيس الحاجة ، قال ابن عبد السلام : فقد قام في حقه مقام قابض ومقبض ، وفي بيعه مقام وكيل وموكل.

ومنها : لو أراد أخراج زكاة الفطر عن الصبي ليعود عليه. قاعدة : الاستثناء الشرعي قد يلحق بالاستثناء اللفظي أو الحسي ، وقد لا يلحق. والفروع فيه متبذدة ، ولصاحب التهذيب في الحديث المساقاة عليها الكلام - سنذكره- استحسنة النووي ، واعترضه ابن الرفعة بكلام طويل.

ولو الذي رحمه الله تصنيف في قسمة الحديقة عمله [بالديار] 2 المصرية ، ثم أملى علي -في الشام- تصنيفا سماه "الرياضة الأنيقة في قسمة الحديقة" اعترض في كل منهما كلام البغوي ، وكلام ابن الرفعة ، وارتضى لنفسه طريقة نفيسة ، وأتى ببديع من القول.

---

1 في "ب" تكتري.

2 في "ب" في الديار.

صفحة 265 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

حاصلة : أن الاستثناء الشرعي لا يضر ؛ سواء كان المستثنى عينا أو منفعة

بخلاف اللفظي.

وفي كلام الإمام والغزالي والبغوي ما يقتضي إلحاق الشرعي باللفظي ، وقد نازعه الشيخ الإمام فيه ، وبيانه بصور ذكر -هو- رحمه الله تعالى فيما أملاه علي كثيرا منها ، وضمنت أنا إليها غيرها.

منها : بيع الأمة المزوجة صحيح ، ولو باعها فاستثنى 1 منفعة بضعها لم يصح. ومنها : "بيع العين المستأجرة صحيح" ولو باع دارا واستثنى منفعتها شهرا ، ولم يصح على الصحيح فيهما.

ومنها : إذا باع نخله [مؤبرة] 2 وبقيت الثمرة للبائع ، ثم حدث طلع جديد في تلك السنة ؛ فالأصح أنه للبائع لا للمشتري -مع الاتفاق على صحة البيع. ومنها : إذا باع ما يجز مرارا [كالعنب] 3 والقصب ، فجزتها -الظاهرة عند البيع- للبائع ، وما يحدث بعد ، هل هو للبائع. أو للمشتري ؟ وجهان حكاهما الماوردي ، مع الاتفاق على صحة البيع.

وجزم الرافعي بأن الظاهرة للبائع ، والحادثة للمشتري وفرق بين هذه المسألة والمسألة السابقة بوجهين.

أحدهما : أن الطلع له حد ينتهي إليه ، ولا حد للرطوبة.

والثاني : أنه لا منفعة للمشتري في قطع الثمرة. وللبائع منفعة في ترك قطعها. والرطوبة في قطعها فائدة للمشتري وفي ترك قطعها فائدة للبائع ، وبذلك يندفع عن الرافعي الاختلاف في كلامه.

ومنها : إذا باع حاملا بولدين ، بعد وضع أحدهما وبقاء الآخر مختبأ ؛ ففي كون المجتزئ للبائع أو للمشتري ، قولان.

نعم : [قال الإمام] : إذا حكمنا بأن الولد للبائع ؛ فيجب الحكم بفساد البيع في الأم - على ظاهر المذهب".

1 وفي "ب" واستثنى.

2 في "ب" زيادة وعليها ثمرة.

3 في "ب" كالقطن.

صفحة 266 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وهذا جار على ما اقتضته طريقته من أن الاستثناء الشرعي كاللفظي.

ومنها : ذكر صاحب التهذيب ، وسبقه إليه صاحب المذهب أن التين والعنب إن ظهر بعضه ، فالظاهر للبائع ، وغير الظاهر للمشتري وتوقف الرافعي والنووي في هذه الصورة.

قال صاحب الوافي : ولم أجد للأصحاب في المسألة غير ما ذكره الشيخ يعني

صاحب المذهب.

ومنها : لو باع العبد إلا يده أو رجله مثلا لم يصح ، ولو كان مستثنى شرعا- كما لو استحق قطع اليد عن قصاص أو سرقة صح ، ولا خيار للمشتري إن علم ؛ لكن ينظر -هنا- أن المبيع هل ورد على هذا المستحق فلا يكون من قبيل ما نحن فيه ، أو لم يرد ؟ الذي يظهر الأول ، وأنه مع ذلك يستحق القطع.

ومنها : لو باع الماشية إلا شاة الزكاة ، لم يصح. للجهل بالمستثنى المؤدي إلى الجهل بالمبيع ، ولو باعها كلها -وقد وجبت فيها الزكاة- صح ، ويد الساعي ممتدة إلى أخذ شاة الزكاة ؛ فهي مستثناة شرعا وقد نص عليهما الشافعي في الأم في أبواب البيع ، في باب [النقباء] 1 في البيع والمبحث هنا -عن شاة الزكاة- والحالة هذه ، هل ورد العقد عليها ثم الساعي يفسخه ، أو لم يرد العقد ثم على البائع ضمانها للمشتري ، وكذلك إذا بيع من عليه حد فزمان استيفاء الحد منه مستثنى شرعا ، وإن كان لو استثنى هذا الزمان -لفظا- لأبطل.

ومنها : لو باع دارا عليها حق ، ووضع جذعا أو أجرا ما صح ، ولصاحب الحق استيفاؤه وهي منفعة مجهولة مدتها مستثناة شرعا ، ولو استثنائها بلفظه لم يصح. قاعدتان :

قال الأصحاب في باب الصلح : "الأجل لا يلحق ولا يسقط".  
أما قولهم : "لا يلحق" فإشارة إلى القاعدة الأولى ، وهي أن الحال لا يتأجل".

1 في "أ" المستثنى والمثبت من "ب".

صفحة 267 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قال الشافعي رضي الله عنه في مختصر المزني في باب النهي عن بيع وسلف وهي آخر مسألة في هذا الباب : "ولو كان له على رجل حق -من بيع غيره- حال فأخره به مدة كان له أن يرجع متى شاء ؛ وذلك لأنه ليس بإخراج شيء من ملكه ، ولا أخذ منه عوضا ، فيلزمه ، وهذا معروف له [لا يجب] 1 أن يرجع فيه" انتهى.

وهنا صور يقع فيها وجوب تأخير الطلب لأمر خارجي -ليس لذات الدين- فيعتقد أن الحال [يؤجل] 2 وليس كذلك.

منها : قال الرافعي في باب العقود المنهية -بعدما ذكر أن الحال [لا يؤجل] 3 :  
"لو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة فعلى ورثته إمهاله تلك المدة لأن التبرعات بعد الموت تلزم ؛ قاله في التتمة ، وسكت الرافعي عن هذا.  
وضم الناس إلى هذه الصورة ، ما إذا أُنذر أن لا يطالبه إلى شهر ؛ فإنه طاعة ، يلزمه الوفاء به.



واعلم أن هذه الصورة في التتمة أيضا ، والعجب عدم ذكر الرافعي لها ، وهي التي قبلها في التتمة ، في موضع واحد .  
وهذا لفظ التتمة ، قال عقيب 4 ذكر ما نقله الرافعي عنه : "الثامنة : إذا كان له حق حل أجله فقال : إن شفى الله مريضى ، أو رجع غائبي ، فله علي أن لا أطالبه شهرا ؛ فالحكم فيه كما لو نذر عيادة المرضى وتشبيح الجنائز . انتهى .  
ولا فرق بين الحال ابتداء وبأجل 5 بعدما كان موجلا ، في أن كلا منهما لا يتأجل ، وقد قال الرافعي -قبل هذا- ولو حل الأجل ، فأجل البائع المشتري مدة ، أو زاد في الأجل - قبل حلول الأجل المغصوب- فهو وعد لا يلزم ، كما أن بدل الإلتاف لا يتأجل -وإن أجله . انتهى بلفظ الروضة .

- 1 في "ب" لا يجب له .
  - 2 في "ب" تأجل فيها .
  - 3 في "ب" لا يتأجل .
  - 4 في "ب" عقب .
  - 5 في "ب" فاضل .
- صفحة 268 | 466

## الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وأقول : هاتان صورتان -الوصية والنذر- ليس فيهما تأجيل حال ؛ بل تأخير الطلب مع الحلول ، فلا ينقضان القاعدة .

ونظيرهما : المديون المعسر ، يجب إنظاره ، وليس هناك تأجيل ، وكذلك إذا حل الدين ، وجب تأخير الطلب به إلى فتح الصندوق وإحضار القفل أو المال من البيت ، وكذا من دون مسافة القصر ، وكذا إلى بيع سلعة على ما ذكر الأصحاب في باب الكتابة وليس في شيء من هذا تأجيل الحال ، ولا فرق بين هذه الصور ومسألة الوصية والنذر ؛ إلا أن الأجل فيهما معلوم ، ولا أثر لذلك ، ولو أن الناذر - في هذه المسألة مات ؛ فهل لورثته المطالبة ، لأن الدين حال والناذر قد مات - وهم لم يندروا- أو عليهم الإمهال ؛ لأن الحق انتقل إليهم ؟ هكذا فيه نظر واحتمال .

فصل :

وأما قولهم : "ولا يسقط بإشارة إلى القاعدة الثانية ، وهي أن المؤجل لا يصير حالا" .

ومن ثم أسقط من عليه المؤجل الأجل لم يسقط - على الصحيح واستخرج الأصحاب في باب الصلح من كون الأجل لا يلحق ولا يسقط أنه لا يصح الصلح من حال على مؤجل وعكسه .

فإن قلت : فقد قالوا -فيمن صالح من مؤجل على حال ، وعجل المؤجل : أن الأداء صحيح "وكيف يصح الأداء ولم يحل المؤجل".  
قلت : لا تعلق لصحة الأداء بطول الأجل فإن من عليه دين مؤجل أن يؤديه حالا -ولا يخرجه ذلك عن كونه مؤجلا ؛ لأنه متبرع : بخلاف ما يلزمه.  
واعلم أن المطلقين لصحة الأداء -في هذه الصورة- الإمام والرافعي ومن تبعه.  
وقد قيده الشيخ الإمام رحمه الله بما إذا عرف بطلان الصلح ؛ فإن ظن صحته استرد قطعا ، قال : ولا يخرج على الخلاف فيما لو رهن معتقدا أو وجوب الرهن لأن الرهن عقد ، بخلاف الدفع ، والقصد معتبر في الدفع دون العقد.  
صفحة 269 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

وهذا الذي قاله الوالد متعين ، يجب أن يكون الفتيا عليه. وهذه صور يضطر فيها إلى الحكم على المؤجل بحكم الحلول ، وإن شئت قل : يضطر فيها إلى صيرورة المؤجل حالا ، وتقع -حينئذ- مستثناة من هذا الأصل.  
منهاك الموت يحل به الدين المؤجل لخراب الذمة.

ومنها : إذا استرق الحربي ، حل عليه المؤجل نص عليه ؛ فيقضي من ماله -الذي يغنمه القائمون- دينه.

ومنها : إسقاط من عليه الدين الأجل -على وجه- وقد صدرنا [به] 1 القاعدة.

ومنها : حلول الدين بالفلس- على قول.

ومنها : حلوله بالجنون- على قول.

قاعدة : "الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر".

كالبيع بشرط الإقباض ، وكما إذا شرط في الرهن أن يباع المرهون في الحق ، وعبارة المحاملي أنه يصح ، وقد تكلمنا عليها في شرح المختصر في مسألة التعليل بعلتين ، وقلنا : إن الصواب ما ذكره الإمام والغزالي والرافعي وغيرهم من أن شرط مقتضى العقد لا يضر ، ولا ينفع ، استشهدنا له بأن تدبير المستولدة لا يصح.

ومن غرائب مسائل القاعدة قول البغوي في فتاويه : لو تزوج من وقع اليأس من احتمالها الجماع بشرط إلا يطأها ، صح الشرط ؛ لأنه يقتضيه العقد.

قال : وكذلك إذا كانت لا تحمل في الحال ، وشرط أن لا يطأها إلى مدة الاحتمال.

ثم يستثنى من هذه القاعدة الأمة إذا خالعت زوجها بمال ، وشرطته إلى وقت العتق ؛ فإنه يفسد ، ويرجع بمهر المثل- بعد العتق- مع كون هذا الشرط مقتضى العقد ؛ فإنه لو خالعتها على مال [ثبت] 2 ، ولم يطالبها الآن بشيء وإنما يطالبها عند العتق.

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

قال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في باب الخلع : "وهذا عجيب ، شرط يوافق مقتضى العقد يبطله ، ولذلك لو شرط في البيع الإنظار بالثمن إلى اليسار ؛ لكن ذلك ليس من مقتضيات العقد ، بل من مقتضى الشرع ، ولا فرق ، لأن الشرط الموافق للشرع لا يفسد".

قلت : وكذلك إذا استأجر اليهودي [شهرًا] 1 على عمل ؛ فالثبوت تقع مستثناة من الاستيفاء ، أو المسلم فأوقات الصلوات تقع مستثناة وكذلك أوقات القيلولة والراحة بالنسبة إليهما ؛ فلو صرح بمقتضى ذلك في أصل العقد كان مبطلا -على ما حرره الشيخ الإمام رحمه الله- غير أنه يقول : هذه الأوقات ليست متخللة بين أوقات الإجارة حتى تكون كإجارة العقب -ويجري فيها ما في تلك من الخلاف- بل المنفعة كلها للمستأجر مستحقة بمقتضى العقد ثم عليه توفيره عن العمل تلك الأوقات ، ويظهر أثر ذلك فيما لو استعمله في تلك الأوقات ؛ فلا يجب عليه أجره زائدة -كما أشار إليه البغوي وصرح به الشيخ الإمام.

والحاصل أن ما [بقي] 2 مستثنى لو صرح به لأبطل ؛ إنما المبطل ما إذا أراد خروج هذه الأوقات من العقد -بالكلية- قال : فهذا ينبغي أن يبطل العقد. [وأقول] 3 : قول الأصحاب : إنه يجوز الاستثناء للخدمة نهارا -دون الليل- أما إذا أراد أن هذه الأوقات يقع توفيره فيها على العمل -مع كون عقد الإجارة واردا عليها ؛ فهذا تصريح بمقتضى العقد. فلا يضر ، وبهذا يتبين أن ذكر مقتضى العقد لم يضر ، وأن هذه الصورة لا ترد عليه ، ولا يقال : أغفل ذكرها ؛ لأنه حقق في شرح المنهاج أن هذه الأوقات مستثناة من الاستيفاء لا من الاستحقاق ، وإن شئت [قل] 4 من استيفاء المملوك ، لا من الملك ، وليست متخللة بين أوقات الإجارة ، حتى تكون كإجارة العقب ، ولا يطررها الخلاف الذي في إجارة العقب ؛ فيظهر أثر ذلك فيما لو استعمله في تلك الأوقات ، [ولا] 5 يجب عليه أجره زائدة وبه صرح البغوي في القيلولة ، وفيما لو

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

2 في "ب" تقع.

3 وفي "ب" وأول.

4 في "ب" قلت.

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

أسلم الذمي ، وأتى عليه بعد إسلامه يوم السبت فيقول الشيخ الإمام : إنه يجب عليه العمل فيه ، وأنه يتجدد له بالإسلام استحقاق توفيره أوقات الصلوات وفيما لو استأجر حائضًا ؛ فلا يستثنى أوقات الصلوات في حقها.  
لكن إذا تقرر هذا ؛ فأقول : ينبغي أن يقال مثله فيما إذا خالعت الأمة وشرطت المال إلى العتق فيقال : إن أرادت أن الاستحقاق موقوف على زمان مجهول قيبطل ، وليس ذلك مقتضى العقد ، وإن أرادت أن عليه إمهالها ؛ فهذا لا يبطل ، وهو الذي اقتضاه الشرع في هذا العقد فلا استثناء.  
ونظير ذلك إذا قال : أنكحتكها على ما أمر الله به عز وجل ، من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، مقيدا بالإيجاب به ، قال الشيخ أبو محمد : يبطل لأنه نكاح بشرط.

والأصح الصحة : لأنه مقتضى العقد ، وفصل الإمام فقال : إن أجراه.

[شرطاً] 1 ملزما ، فالوجه البطلان وإن قصد الوعظ ، لم يضر ، وإن أطلق احتمال ، واحتمل.

قلت : وهذا الذي قاله الإمام يشبهه 2 ، ما قاله الشيخ الإمام في الأوقات المستثناة إذا صرح بها في أصل العقد ؛ غير أن في تفصيل الإمام رحمة الله نظر لأن صورة مسألة النكاح أن يقيد الولي بالإيجاب بهذا الشرط -ويقبل الزوج مطلقا- أو مكررا له ، وإذا ذكره على سبيل الوعظ لم يكن مقيدا ؛ إلا أن يعني بالتقييد مجرد ذكره في اللفظ ، لا قبله وهذا هو المعنى - على ما يدل عليه سياق الرافعي.  
فصل :

أما الشرط الذي لا يقتضيه العقد فيصح ، إن كان من مصلحته ؛ سواء مصلحة البائع -كالرهن والكفيل- والمشتري ككونه كاتباً ، وضمان الدرك ومصلحتهما - كالخيار لهما.

وقضية هذا أنه إذا أجره أرضاً ليزرع القمح ، ولا يزرع غيره ، يصح العقد

1 في "ب" لفظ.

2 في "ب" زيادة الذي.

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

والشرط ، وهو ما صححه الوالد رحمه الله- بعد أن حكى في المسألة ثلاثة أوجه عن مجرد القاضي أبي الطيب.

وإن لم يكن من مصلحته ؛ فإن لم يتعلق به غرض يورث تنازعا ، كشرط أن لا يلبس إلا الخبز ، ولا يأكل إلا الهريسة ؛ فالذي نص عليه الشافعي رضي الله عنه أنه لا يصح.

وأما ما قطع به الإمام الغزالي -من أنه لا يفسد- محجوج بما حكيناه من النص ، وقد اقتضى كلام الرافعي والنووي أنهما لم يجدا في المسألة غير كلام الإمام الغزالي ؛ لأنهما اقتصرا عليه ، وذكر الرافعي الفساد بحثا من قبله -معتضدا بكلام صاحب التتمة ، وقال ابن أبي الدم : سمعت بعض الفقهاء يذكر أن الفساد وجه.

قلت : وقد أغنانا الله بما ذكرناه من النص عن تحقيق البحث : والوجه وأما ابن الصلاح ؛ فإنه استشكل ما ذكره الغزالي ؛ فقال : الأجود أن يقرأ قوله : بشرط أن لا يأكل إلا الهريسة بالثاء [ثالثة] 1 الحروف خطابا للمشتري ، كيلا ينازع منازع في عدم الغرض -على تقدير تصويره- فيما إذا اشترط للعبد المبيع.

قلت : وفي كلام النهاية والبسيط تأييد له وعبرة الإمام بشرط أن لا يلبس بعده إلا الخبز ، أو ما ضاهى ذلك من الاقتراحات ، وفي نسخة معتمدة رأيتها -من البسيط- بما ذكره ابن الصلاح ؛ لكن قد ينازع منازع في حكمه- ولو كان خطابا للمشتري.

ويقول : قد يتعلق به غرض ، ولذلك أصل وهو ما إذا أعطاه درهما ، قال ادخل به الحمام ؛ فقد قال القفال : إن كان غرضه تحصيل ما عينه لما رآه به من الشعث والوسخ ، لم يجز صرفه إلى غير ما عينه ، وسكت عليه الرافعي ، وحكى النووي في التعيين -عن فتاوي القاضي الحسين- وجهين ، وقريب منها مسألة أبي زيد في الكفن ، وإذا صح تعلق الغرض به فلم لا يفسد كالمسألة المنصوصة.

وأما ما تعلق به غرض لأحدهما ، وليس من مصلحة العقد ، كشرط أن لا يقبض ما اشتراه ، فيبطل.

1 في أ ، ب ثانية.

صفحة 273 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ويستثنى شرط عتق العبد ؛ فالمذهب صحة البيع والشرط جميعا.

فائدة : إذا عرفت أن شرط مقتضى العقد لا يضر ولا ينفع ، علمت أن ما هو

حاصل وإن تلفظ به اللفظ ؛ فلا يضر ذكره ، وهذا ليس على إطلاقه ، بل قد لا

يضر ، كما مثل ، وقد يضر ، كما إذا نوى المتوضى رفع الحدث والتبرد ؛ فإنه يبطل على وجه مع أن التبرد المنوي حاصل - وإن لن ينوه- ولكن المذهب الصحة.

ونظير المسألة : الإمام إذا كبر ورفع صوته ونوى إعلام المأمومين جاز وإن كان لو رفع الصوت ولم ينو الإعلام ، حصل ، فنيته لا تؤثر ويقرب من ذلك بعنك إن شئت فالمذهب الصحة ، ولا يضر لفظ التعليق على المشيئة ؛ لأنه لو لم يشأ لم يشتر.

تنبيه : قد يتردد في أن الشيء مقتضى العقد أو لا فيورث ذلك ترددا في أن شرطه هل يبطل أو لا ؟

وبيانه بصور.

منها : إذا كان العلو والسفل لواحد ، فباع العلو وحده صح وهل للمشتري أن يبني فوق العلو ؟ وجهان في الحاوي ، قال الشيخ الإمام : ينبغي أن يكون أصحهما المنع ؛ لأن الهواء حق لصاحب السفل ؛ وإنما خرج عنه البناء عن الهيئة الموجودة عند البيع -ذكره في باب الصلح- وإن شرط أن لا يبني ، صح ، وليس له البناء قاله الماوردي.

قلت : فهذا بيع بشرط لم يضر ، وكان يتجه أن يقال : إن كان من مقتضى العقد صح ، وإلا فلا ، وإن شرط أن يبني صح- خلافا للمزني.

قاعدة : الاعتبار في تصرفات الكفار باعقادنا لا باعقادهم. خلافا لمالك -ومن ثم إذا أتونا بما نتيقن أنه من ثمن خمر لا نأخذه في الجزية- خلافا لمالك وإذا ذبحوا حيوانا وفتشوا كبده ؛ فوجدوه ممنوا- أي ملصوق الكبد بالأضلاع -نأكله- خلافا لمالك- حيث حرمه ، لكونه حراما عندهم.

قاعدة : حمل اللفظ إلى ما يتبادر إلى الذهن أولى.

ومن ثم يحمل على الحقيقة ما لم يترجح المجاز بشهرة أو غيرها كما لو قال : لا أكل من الشجرة فإنه يحمل على ثمرها ، وإن كان خلاف الحقيقة لترجحه.

صفحة 274 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وهذا في شهرة تصير الحقيقة مرجوحة بالكلية ، أما شهرة لا تمنع استعمال الحقيقة فهي مسألة المجاز الراجح ، والحقيقة المرجوحة ، وفيها المذاهب المعروفة.

قاعدة : اللفظ موضوع -عندي- لأعم من الصحيح والفساد ولا يحمل عند الإطلاق إلا على الصحيح.

وهذه قاعدة حقيقتها في باب المناهي من شرح المختصر ، وأغرب الرافعي ؛ فقال في كتاب الإيمان -عند الكلام على قول الوجيز- ولو قال : لا أبيع الخمر من



النوع الثالث ما نصه "وسياتي خلاف في أن لفظ العبادات ، هل يحمل على الصحيح ؟ كما إذا حلف لا يصوم ، ولا يصلي " انتهى.

والخلاف غريب ، لم أره حكاة قبل ولا بعد.  
قاعدة : اللفظ إذا أطلق -اسما- على شيئين ، وجود أحدهما يعقب وجود الآخر ؛ فإنه يحمل على الأول ولا يجعله الإطلاق مجهولا 1 على الأصح ، "ومن ثم لو وقت السلم بجمادي أو ربيع ، أو العبد ، ينزل على الأول.  
قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده.

هذا هو الأصل ، ولكن اختلف الأصحاب في المشرف على الزوال ، هل يعطي حكم الزائل ؟ وربما قالوا : "المتوقع هل يجعل كالواقع ؟ أو ما قارب الشيء هل يعطي حكمه ؟

وهي عبارات عن معبر واحد ، وربما جزموا بإعطائه حكمه ؛ وذلك نقض على الأصل ، لقوة أصل آخر عليه ، اجتذب ذلك الفرع ، وانتزعه ، وهذا شأن كل المستثنيات من القواعد -كما حررناه في الأصل- وإليه [أشار] 2 بقول الشافعي رضي الله عنه : "والقياس قياسان : أحدهما في معنى الأصل ؛ فذلك الذي 3 لا يحل لأحد خلافه ، ثم قياس أن يشبه الشيء بالشيء وموضع الصواب عندنا -والله أعلم- أن ينظر فأيهما كان أولى لشبهه ؛ صيره إليه إن أشبه أحدهما في خصلتين والأخرة في خصلة ، ألحقه بالذي هو أشبه في خصلتين. انتهى.

1 في "ب" محمولا.

2 في "ب" الإشارة.

3 سقط في "ب".

صفحة 275 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

مثال إعطاء المشرف حكم الزائل ، تحريم وطء المشتري الجارية المببيعة بعد التحالف وقبل الفسخ -وفيه وجهان مرتبان على الوجهين في تحريم الوطاء بعد الترافع إلى مجلس الحكم [والتحالف] 1 والمصحح من هذين -الحل والتحريم- بعد التحالف أولى ، وربما لم يعطوه حكمه كبيع العبد المريض والجاني ؛ فإنه صحيح مع الإشراف على الزوال - وذلك هو الجادة ؛ فلا يطلب له علة تخصه.  
قاعدة : الزائل العائد ، كالذي لم يزل ، أو كالذي لم يعد" 2.

في أكثر صورته خلاف منتزع الأصل من قولين منصوصين فيما إذا قال لعبده : إذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، ثم باعه ، ثم اشتراه - ثم جاء رأس الشهر ففي العتق قولان وهما يشبهان الخلاف ، أيضا -فيما إذا علق طلاق زوجته بصفة ثم أبانها ، ثم جدد نكاحها ، ثم وجدت الصفة.

ومن مسأله :

لو أفلس بالثمن ، وقد زال عن المبيع وعاد ، هل للبائع الفسخ ؟  
ومنها : لو وهب لولده وزال ملك الولد وعاد ، هل للأب الرجوع ؟  
ومنها : لو عاد التبذير بعد ما بلغ رشيدا ؛ فالأصح يعيد القاضي الحجر ولا يعود بنفس التبذير.

ومنها : لو بيع شقص ، فارتد الشريك ، وقلنا : الردة تزيل الملك ؛ فإن عاد إلى الإسلام ، وعاد ملكه ، ففي ثبوت ذلك<sup>3</sup> تردد عن الشيخ أبي علي ، يتجه تخريجه على الزائل العائد ، والظاهر المنع.

ومنها : إذا نقص بعض الأربعين في الخطبة وعادوا -وقد مضى ركن- فهذا الزائل العائد كالذي لم يعد قطعا ، وتبطل الخطبة ، وإن سكت ولم يطل الفصل إلى أن عادوا ؛ فهو كالذي لم يزل وتصح وإن طال فقولان ، أصحهما البطلان ، وإن نقصوا في الصلاة : بطلت مطلقا على أظهر الأقوال ، وهو كثير ، ومن أماكن الجزم ، القاضي إذا سمع البينة ، ثم عزل ، ثم ولي ؛ فلا بد من استعادتها ، أما إذا خرج عن محل ولايته ثم عاد ؛ ففي استعادتها وجهان.

1 في "ب" قبل التحالف.

2 المنتور 2 / 178 ، الأشباه للسيوطي 176.

3 في "ب" الشفعة.

صفحة 276 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ولو باع النصاب في أثناء الحول ، ثم استرده بسبب جديد ، لم يقل أحد بأنه كالذي لم يزل حتى تجب الزكاة في ذلك الحول ؛ فلذلك قضى الشيخ الإمام [بعدم] 1  
اطراد القاعدة ، ولم يرها أصلا يعتمد ، وخرج ابن الرفعة عليها الوجهين فيما لو أدى الضامن الدين ثم وهبه رب الدين منه ، هل يرجع على الأصيل [المضمون] 2 عنه ؛ فإن قلنا : كالذي لم يزل ، لم يرجع على الأصيل المضمون عنه وإلا رجع.

وضعف بناء [الرافعي] 3 أياهما على القولين ، فيما لو وهبت الصداق من الزوج ، ثم طلقها قبل الدخول ، من حيث إن الهبة لو فقدت ووقع الطلاق ؛ لكان الشرط عائدا : للزوج بعينه ، قال : فهبته منه تعجيل ما<sup>4</sup> سيجب ، وهذا المعنى لا يتحقق فيما نحن فيه.

قلت : وتخريج القولين في هبة الصداق- على القاعدة ظاهرة ، ولهذا يظهر تخريج مسألة الضمان عليهما.

فإن قلت : فلم احتجب إلى الواسطة.

قلت : لعله لما ذكره ابن الرفعة.  
قاعدة : لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل.  
ولا يرد ما إذا استعمل العارية -بعد الرجوع- جاهلا به ؛ حيث لا تجب عليه  
الأجرة فيما إذا ذكر القفال : "وإذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل -بغير حق-  
والمأمور لا يعلم ؛ حيث لا دية على القاتل.  
وإذا جن المحرم ، ثم قتل صيدا ؛ حيث لا جزاء واجب في الأظهر من القولين.  
وإذا قتل مسلما -ظن كفره- بدار الحرب ؛ فالأصح لا تجب الدية. وإذا رمى إلى  
مسلم تترس به المشركون ؛ حيث لا دية إذا جهل إسلامه.  
وإذا باشر الولي [القصاص] 5 من الحامل جاهلا بحملها فالأصح أن الدية على  
السلطان.

- 1 في "ب" بعد.
  - 2 في "ب" المعتمد.
  - 3 سقط من "ب".
  - 4 في "ب" لما.
  - 5 في "ب" الاقتصاص.
- صفحة 277 | 466

الأشباه والنظائر  
القول في قواعد ربع البيع  
وإذا أباح له ثمرة بستان ، ثم [رجع ؛ فأكل بعد الرجوع قبل العلم حيث لا يغرم  
في أحد الوجهين وإنما] 1 ذلك لما ذكرناه في الأصل.  
قاعدة : كل ما لا يعلم إلا من جهة الشخص ، يقبل قوله فيه ومن ثم مسائل :  
منها : يقبل قولها في الولادة والحيز وشكك بعضهم في كون هذين لا يعلمان إلا  
من جهتها ، وادعى إمكان إقامة البينة عليهما ، وهو في الحيز متعذر ، وفي  
الولادة غير متعذر.  
ومنها : إذا علق طلاقها بالمشيئة أو الرضا ، أو الإرادة [أو إضمارها] 2 بعضه ،  
ونحو ذلك. ومنها تصديق الأب في دعوى الاحتياج إلى النكاح - على الصحيح.  
ومنها : إذا ادعت أنها حامل وقف الميراث.  
ومنها : يكف عن قتل مدعيه الحمل إذا وجب عليها القصاص.  
ومنها : إذا قال : أخرج يدك ؛ فأخرج اليسار ، فقطع ثم اختلفا ، فقال المخرج :  
قصدت بأخراجها قطعها عن اليمين. وقال القاطع : بل أبحثها ، صدق المخرج.  
ومنها : إذا باعه صاعا من صيعان مجهولة الجملة ثم اختلفا ؛ فقال المشتري  
أردت الإشاعة ، وقال البائع : [بل] 3 أردت معينا ؛ فالأرجح أن القول قول البائع.  
وأمثلة كثيرة وعد منها بعض الطلبة إذا قال لزوجته : إن علمت كذا فأنت طالق -

متوهما أن علمها لا يعلم إلا من جهتها ، وأن قولها فيه مقبول فتطلق إذا قالت : علمت.

والفرع لا أعرفه مسطورا ، ومما حفظته وعلقتة من فوائد أخي الإمام المحقق بهاء الدين أبي حامد شيخنا وبركتنا أطال بقاءه "أنه ينبغي أن لا تطلق بقولها علمت ؛ لأن [إحدى] 4 قيدي العلم المطابقة الخارجية ، ولا يقبل قولها فيه ؛ لإمكان إقامة البينة عليه ؛ فلا بد أن يعلم من خارج وقوع ذلك الشيء. قلت : وهذا حق ، ويشهد له أن الرجل لو قال لآخر : أنت تعلم [أن] 5 العبد الذي في يدي حر ، حكم بعنقه ، نقله الرافعي عن خط الروياني ، عن بعض الأئمة ،

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

2 في "ب" اختيارها.

3 سقط في "ب".

4 في "ب" أحد.

5 في "ب" زيادة هذا.

صفحة 278 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

محتجا بأنه لو لم يكن حرا ، لم يكن المقول له عالما بحريته ، وقد اعترف السيد بعلمه.

وهذا بخلاف ما لو قال : أنت تظن ، ويشبهه ، ما رأيته في أدب القضاء لشريح الروياني "أنه لو قال : علي ألف -فيما أظن أو أحسب- لم يلزمه ، وإن قال : فيم أعلم أو أشهد ، لزمه. ويستثنى من هذه القاعدة مسائل :

منها : لا يصدق السفية في دعوى توقان نفسه واحتياجه للنكاح.

ومنها : لا تصدق 1 في دعوى الحمل حتى يدفع إليها النفقة.

ومنها : إذا اختلف الزوجان في أنه نوى الطلاق إذا أتى بلفظ الكناية ؛ فإن القول قول الزوج 2.

قاعدة : قال أبو عاصم العبادي في أدب القضاء ، وتبعه أبو سعيد الهروي في أواخر كتاب الإشراف : "لا يقتص من نفسه لغيره إلا في مسألتين".

إذا أكل اللقطة ، وأخذ الثمن من نفسه وصار أمانة ، قال أبو سعيد : "يعني إذا أخذ قيمته من نفسها وعرفها -فهي أمانة- في أحد الوجهين.

والثانية : إذا قال [اقبض ما لي] 3 عليك من الدين ؛ فأسلم في كذا ، صح قال ابن سريج 4 : والمذهب أنه لا يصح - انتهى.

قلت : أما مسألة اللقطة إذا أكلها ؛ فالأصح -على ما ذكر الرافعي [ووقف] 5 فيه الشيخ الإمام -وجوب التعريف بعد ذلك ، قال الإمام : إلا أن يكون في الصحراء.

والأصح أنه لا يجب - بعد ذلك [الإقرار] 6 القيمة لأن ما في الذمة ، لا يخشى  
هلاكه وإذا أفرز كان أمانة في يده ، ولعل الوجهين اللذين أشار أبو عاصم إليهما  
بقوله : فهي أمانة - في الوجهين هما هذان ، ولا يريد أن الخلاف في كونه أمانة ؛  
بل في أنه هل يفرز ، أو لا .  
فإن قيل : بالإفراز ، كان أمانة ، ثم على القول بوجوب الإفراز - قول أبي عاصم  
أنه يقبض لغيره من نفسه - غريب ، والمحفوظ أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض  
عن صاحبه ، ولالإمام احتمال في أن الملتقط يقيم نائبا عن المالك .

1 في "ب" زيادة السفيه .

2 في "ب" فإن الزوج لا يصدق .

3 سقط في "ب" .

4 في "ب" قاله ابن سريج .

5 في "ب" وتوقف .

6 في "ب" إفراز .

صفحة 279 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

هذا ما في الرافعي ، والذي في تعليق القاضي الحسين ، أنها على وجه الإفراز -  
توضع عند عدل ؛ فلا أعرف من قال بأن الملتقط يقبض من نفسه لغيره ، غير  
أبي عاصم .

وأما مسألة السلم : فمقالة ابن سريج غريبة وما أراها إلا المسألة التي ذكرها  
الرافعي في باب الوكالة ؛ حيث قال : إذا قال لرجل أسلم في كذا وأد رأس المال  
من مالك ، ثم ارجع علي : "قال ابن سريج : يصح ويكون رأس المال قرضا -  
على الأمر- وقيل : لا يصح ؛ لأن الإقراض لا يتم إلا بالإقباض ، قال النووي .  
قلت : الأصح - عند الشيخ أبي حامد وصاحب العدة- أنه لا يصح وهو نص  
الشافعي في الصرف .

قال الشيخ أبو حامد : وما ذكره أبو العباس سهو وبقيت مسائل :

منها : قول الرافعي فيما [إذا] 1 أجره داره بدراهم معلومة ، ثم أذن له في  
الصرف إلى العمارة [أنه يجوز] 2 ، وقد قدمناه في قاعدة : "اتحاد القابض  
والمقبض" ، وذكرنا بحث ابن الرفعة فيه وما فيه من النظر .

أقول - هنا : إن مقالة ابن سريج ، تؤيد قول الرافعي ، وفي قول أبي عاصم :  
"المذهب أنه لا يصح ما يرد عليه" وهو القياس .

ومنها : إذا باع مال نفسه لولده - المحجور - فإنه يقبض من نفسه لولده .

قاعدة : كل ما أنقص العين أو القيمة - نقصا يفوت به غرض صحيح ويغلب في

أمثاله عدمه ؛ فهو عيب يرد به المبيع".  
قال الرافعي : إنما اعتبر نقصان العين للخصاء ؛ فإنه يرد به -وإن لم ينقص القيمة- [لكونه] 3 أنقص العين إنما لم نكتف بنقص العين واشترط فوات غرض صحيح ؛ لأنه لو قطع من فخذة أو ساقه - قطعة يسيرة ، ولا تورث شيئاً ، ولا تفوت غرضاً ، لا يثبت الرد.  
واعترضه ابن الرفعة ، بأن في تصويره عسراً ؛ فإن آثار الجرح تثبت الخيار - كما نقله في الإشراف.

1 في "ب" لو.

2 سقط في "أ" والمثبت من "ب".

3 في "ب" لأنه.

صفحة 280 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وفيه نظر : فإنه هذا لا يسمى جرحاً ، وإن فرض أنه يسمى -ولم يندمل فذاك ينقص القيمة ، ويفوت به غرض.

ثم قال الرافعي : ولهذا قال صاحب التقریب : إن قطع من أذن شاة ما يمنع التضحية ، ثبت الرد ، وإلا ؛ فلا.

واعترضه ابن الرفعة بأنه تبع في ذلك الإمام ، وأن بعضهم اعترض الإمام فيه - بأن الإمام نفسه خطأ من يعتبر العيب بالضحايا ؛ إذ مقصود العيب المال ، ومقصود الضحايا حسن النظر وكمال الصورة- ولك أن تدعي تلازمهما غالباً ، ثم قوله : إن قطع من أذنها بما يمنع التضحية يقتضي أن قطع بعض الأذن - منه ما يمنع من التضحية ، ومنه ما لا يمنع والأصح أن إبانة جزء من الأذن يمنع الأجزاء ، وفي التعريف أيضاً احتراز عما إذا وجد العبد والجارية مختونين ؛ فإن فات جزء من أصل الخلقة بالختان ، لكن فواته مقصود دون بقائه ؛ فلا رد به -إذا كان قد اندمل- وإنما اشترط كون الغالب ، في أمثاله عدمه ، لأن الثيابة -مثلاً- في الإماء معنى ينقص القيمة ، لكن لا رد به إذا كانت كبيرة ، في سن -لا تغلب فيه البكارة- لأنه ليس الغالب فيهن عدم الثيابة.

ومن مسائل القاعدة :

عدم نبات عانة الجارية - حدث ذلك في زمن القاضي أبي عمر المالكي وقضى بأنه عيب. وذكر اثنان من أصحابنا وهما الهروي "في الإشراف" والقاضي شريح الروياني في كتاب "أدب القضاء" [قالا] 1 : إنه عيب وفيه -عندي- نظر ، وأقصى ما يشبهه به الحيض ، فإن من لا تحيض ترد بهذا العيب ، لدلالته على ضعف في الخلقة ؛ فإن كان يقال : إن عدم إنبات العانة يدل على فساد المنبت فهو



عيب ، لكنني لا أعتقد ذلك وكون المبيع مما قيل إنه موقوف وإن لم يثبت ذلك  
فائدة : عرفت الضابط في عيب المبيع ، وقال النووي في تهذيب اللغات ، العيب  
سنة أقسام ، عيب المبيع ، ورقبة الكفارة والغرة ، والأضحية ، والهدى ، والعقبة  
، وفي أحد الزوجين ، وفي الإجارة. وحدودها مختلفة.  
- ففي البيع ما ينقص المالية ، أو الرغبة ، أو العين.  
- وفي الكفارة ما يضر بالعمل إضراراً بيناً.  
- وفي [الأضحية والهدى<sup>2</sup> والعقبة] ما ينقص اللحم.

1 في "ب" وقالاً.

2 في "ب" تقديم وتأخير.

صفحة 281 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

- وفي النكاح ما ينفر عن الوطاء ، ويكسر سورة التوقان.  
- وفي الإجارة ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في قيمة الرقبة ؛ لأن  
العقد على المنفعة وعيب الغرة كالمبيع.  
قلت : ولم يذكر عيباً بل الدية ، وعيب الزكاة وعيب الصيد في الإحرام وعيب  
الصداق إذا طلقها قبل الدخول لدخولها فيما ذكره فليتأمل.  
قاعدة : كل عيب يوجب الرد على البائع ، يمنع الرد إذا حدث عنه المشتري.  
قال الرافعي : إلا في الإبل ، قال ابن الرفعة والوالد رحمهما الله ، ولعله احترز  
به عما ذكره ابن الصباغ ، من أنه لو اشترى عبداً له أصبع زائدة ، فقطعه ؛ فإنه  
يمنع الرد ، أي : وإن كان قطع الأصبع الزائدة ، إذا وجد في يد البائع ، واندمل ،  
لا يرد به المشتري ، كما قاله المتولي والبعوي.  
قاعدة : ذكرها الإمام في كتاب البيع ، وأشار إليها الرافعي في باب التفليس  
"الحمل يندرج في كل عقد معاوضة صدر بالاختيار" كبيع الجارية المرهونة  
والرد بالعيب ، والرجوع بسبب الفلس ، أو انتفاء العوض كالرهن والهبة - ففي  
التبعية قولان.

فإن قلت : قضية هذا أن يجري قولان في العتق لانتفاء [العوض] 1 ولا خلاف أنه  
إذا أعتق حاملاً ، تبعها الحمل.

قلت : ليس العتق من العقود ، والكلام فيما هو عقد ، على أن الرافعي.  
قال في مكان : إن الوصية عقد ، وإذا كانت عقداً ، كان العتق عقداً ؛ ولكن ذلك  
غير مسلم.

قاعدة : ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح.

وهذه القاعدة قد تنقض بما نقله الرافعي عن صاحب التتمة - ساكتا عليه - أن

الزوج المختلع إذا وكل محجورا في قبض المال من الزوجة ؛ ففعل كان مضيعا له وتبرأ المرأة بالدفع -مع أن توكيل المحجور في القبض لا يصح لكن الشيخ الإمام قال : هذا إذا كان العوض معيناً أو كان الطلاق معلقاً بدفعه ، أما إن كان الخلف على مال. في ذمتها - فينبغي أن لا يصح القبض وإذا أتلف ضاع على المرأة.

1 في "أ" الفرض والمثبت من "ب".

صفحة 282 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قاعدة : متلقاة عن شيخ أبي إسحاق الشيرازي رحمه الله : كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ؛ فهو على الفور.  
قال المتكلمون على احترازاته :

إنه احترز بقوله : "ثبت بالشرع" عن خيار الشرط في المبيع.

وبقوله : لدفع الضرر عن المال عن خيار الأمة إذا أعتقت تحت عبد إذا قلنا :

ليس الخيار على الفور - وعن خيار المرأة في المطالبة بالفيئة أو الطلاق في

الإيلاء والخيار بين القصاص والدية ، وعن خيار المجلس ؛ فإنه ليس لدفع

الضرر ، بل قد لا يكون ضرر أصلاً وعن خيار العنة أيضاً.

فاشتملت هذه القاعدة على خيار العيب ؛ فإنه على الفور ولذلك قال في المذهب :

فيما إذا وجد بالمشتري عيباً ؛ فأراد الرد لم يؤخره ، فإن أخره من [عذر] 1 سقط

الخيار ؛ لأنه خيار ثبت -بالشرع- لدفع الضرر عن المال ، فكان على الفور

كخيار الشفعة.

واشتملت -أيضاً- على الشفعة- ولذلك قال في باب الشفعة- من المذهب أيضاً إن

أخر الطلب -من غير عذر- سقط ؛ لأنه على الفور ، فسقط بالتأخير من غير عذر

كالرد بالعيب. وهو موضع معروف بالإشكال عندهم -والمحققون يبحثون- عند

الانتهاء إلى هذا الإشكال- علماً منهم أن هذا الشيخ - الذي هو أستاذ أرباب

الجدل- لا يفعل ذلك سدى ، وأقصى ما انتهوا إليه - قولهم : قاس العيب على

الشفعة ، لورود الخبر فيها ، وعكس في الشفعة ؛ لاتفاق أكثر العلماء على أن

الرد بالعيب -على الفور- بخلاف الشفعة ونظيره قياس القراض على المساقاة

لورود الخبر فيها ، وعكسه الإجماع على القراض.

وقال الشيخ الإمام ، في تكملة شرح المذهب : إن من تأمل كلام الشيخ في باب

الشفعة ، حكم بعدم صحة السؤال ؛ فإنه لم يقس كونها فورية على الرد بالعيب ؛

وإنما قاس سقوطها -بالتأخير عليه وهما غيران ثم اعترض على نفسه ، بأن

الفورية إن لزمها

## الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع  
السقوط بالتأخير ، لم يحتج في الشفعة إلى قياسه على الرد بالعيب ؛ وإلا فلا يكفي ، في الرد بالعيب- القياس على الشفعة.  
قال : "وقد خطر لي -في الجواب عن ذلك والاعتذار عن المصنف في جعله سقوط الشفعة بالتأخير ، بعد تقدير كونه على الفور مقيسا على الرد بالعيب- مسألة غريبة ، نقلها أبو سعد الهروي عن تعليق البندنيجي ، إن الشافعي نص - في اختلاف العراقيين- على القول الصحيح ، إن الشفعة على الفور ، أن للشفيع خيار المجلس.

فلعل الشيخ أبا إسحاق ، اطلع على النص القائل "بأن الشفعة لا تبطل بالعفو ، ما دام في المجلس" -على قول الفور- ولا شك أن التأخير. أولى بعد البطلان ؛ فأراد أن يدفع ذلك بالقياس على الرد بالعيب ، وبهذا ينتفي السؤال عنه.  
قال الشيخ الإمام : على أنني نظرت باب الشفعة -من اختلاف العراقيين نظرا ؛ فلم أر هذا النص فيه ، وهو غريب مشكل ولكنه في نصوص الشافعي لأحمد بن بشرى. وهو قضية اختلاف الأصحاب في ثبوت خيار المجلس في الشفعة".  
قلت : وهو وجه مصرح به.

ثم يستثنى من هذه القاعدة خيار التصرية فإنه يمتد ثلاثة أيام -على ما صححه [الشيخ] 1 الإمام -خلافاً للرافعي والنووي ، وهو خيار ثبت بالشرع ، لدفع الضرر عن المال لكن الشيخ الإمام أجاب عن إيراده على القاعدة "بأنه خيار شرع ، لا خيار عيب أي ثابت بالحديث ؛ ولذلك يثبتته مع العلم ، وإذا كان كذلك فلا يكون لدفع الضرر عن المال".

قاعدة : ذكرها الإمام في باب الرد بالعيب في فصل التدليس وجعلها ضابطاً لما يحرم من التدليس وما لا يحرم.

من علم شيئاً يثبت الخيار فأخفاه ، أو سعى في تدليس فيه فقد فعل محرماً ؛ فإن لم يكن السبب مثبتاً للخيار فترك التعرض له لا يكون من التدليس المحرم.  
قلت : ولك أن تختصر هذه العبارة فتقول : "يحرم إخفاء ما يثبت الخيار دون ما لا يثبت" ، وقد كان يختلج في الذهن أن ما لا يثبت الخيار أولى بالتحريم ؛ إذ لا استدراك لفارطه بخلاف مثبت الخيار.

ونص الشافعي رضي الله عنه -حيث قال : "وكذلك المدلس قد عصي الله تعالى والبيع لازم الثمن حلال" يدل التحريم كل تدليس.

وهذا نص حكاه الماوردي في الحاوي : قبيل فصل تلقي الركبان ، وحكى أن أبا علي بن أبي هريرة رحمه الله تعالى كان يقول : "إن ثمن التدليس حرام لا ثمن المبيع ؛ ألا ترى أن المبيع إذا فات رجع على البائع بأرش عيب التدليس ؛ فدل على أنه أخذ منه بغير استحقاق" انتهى.

وهذا الذي حكاه عن ابن أبي هريرة<sup>1</sup> غريب ، ومعناه أن الزيادة بسبب التدليس محرمة لا جملة الثمن.

ولم يذكر صاحب البحر هذا -مع كثرة استقصائه لكلام الحاوي- ثم إن الإمام رحمه الله قال- بعد ذكر هذه القاعدة : "ومما لا يجب التعرض له ذكر القيمة ؛ فليس البائع مقيدا -في الشرع- بأن يبيع الشيء بثمن مثله قال : وهذا ينبني على ما ذكرناه ؛ فإن الغبن بمجرد -إذا- اطلع على المشتري لا يثبت له خيار - انتهى. وقد حكى الشيخ الإمام رحمه الله هذا كله عن الإمام في أوائل باب الرد بالعيب من تكملة شرح المذهب - ساكتا عليه.

وأقول : إن أراد الإمام أنه لا يجب على البائع ذكر قيمة المبيع -في نفسه- فهو حق ، وليس عدمه تدليسا البتة ، وإن أراد ما إذا اشترى بغبن ، ثم أراد البيع -في باب المراجعة- فالصحيح وجوب ذكر الغبن ؛ لكن صحح الإمام والغزالي عدم وجوبه ؛ فالإمام جار على أصله غير أنه أشار إلى هذه المسألة بقوله : "إذ الغبن -بمجرد- إذا اطلع عليه المشتري لا يثبت له خيار" ، إن أراد به الغبن في المبيع من حيث هو إذا اشتراه بدون قيمته ولم يبعه مرابحة ولا أخبر بالثمن فصحيح وليس مما نحن فيه.

1 الحسن بن الحسين القاضي أبو علي بن أبي هريرة البغدادي أحد الأئمة من أصحاب الوجوه تفقه على ابن سريج وأبي إسحاق المروزي ودرس ببغداد وروى عنه الدارقطني وغيره وتخرج به جماعة من الأصحاب مات ببغداد في رجب سنة خمس وأربعين وثلاثمائة -ابن قاضي شهبة 1/ 126 ، تاريخ بغداد 7/ 98 ، وفيات الأعيان 1/ 358 ، شذرات الذهب 2/ 370 ، البداية والنهاية 11/ 304 ، ابن السبكي 3/ 256.

وإن أراد الغبن في المراجعة -حيث يخبر بالثمن- ففيه إشارة إلى أنا إن وجبنا الإخبار عند ذكر الثمن فلم يخبر لا يثبت الخيار.

ويمكن تخريج وجهين في ذلك -مما إذا صاحبه- فإن 1 في ثبوت الخيار للمشتري وجهين أصحهما -عند النووي- ثبوته.

وفي القاعدة طردا وعكسا مسائل :

منها : من علم بالسلعة عيبا لم يجز له أن يبيعها حتى يبين عيبها. وشذ المحاملي والرويانى فقالا : إن ذلك يستحب.

قال الشيخ الإمام -في تكملة شرح المهذب : "وهي عبارة رديئة موهمة" ؛ فلا يقول أحد -له علم- بعدم الوجود وإن باع- ولم يبين العيب ، ثبت الخيار.

ومنها : لو اشتراه بدين -من مماطل- وجب الإخبار عنه في بيع المراجعة.

ومنها : لو اشتراه من ابنه الطفل وجب الإخبار.

ومنها : يجب على البائع الصدق في قدر الثمن ، وفي الأجل والشراء بالعرض وبيان العيب حادث عنده ؛ فلو قال : بمائة فبان بتسعين فالأظهر أنه يحط الزيادة وربحها وأنه لا خيار للمشتري.

قاعدة : من كان القول قوله في شيء ، كان القول في صفته وعبرة أبي سعد الهروي عن هذا -في الإشراف- "من قبل قوله في أصل ؛ غير أنه الظاهر أن المراد واحد فلا تقف في ذلك.

ومن ثم لو قال : بعتك الشجرة -بعد التأبير- فالثمرة لي ، وقال المشتري : بل قبله فلي فالقول قول البائع ، ومسائل يطرد عدها. وذكر القاضي أبو سعد : أنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل :

إحدها : مسألة الخياط - إذا قال المالك : أذنت في قطع الثوب قميصا. وقال الخياط : بل قباء - على القول [بتصديق] 2 الخياط :

1 في "ب" ولكن.

2 سقط في "ب".

صفحة 286 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

والثانية : دفع إليه ألفا ليتصرف فيها فقال القابض : كانت قراضا فلي قسط من الربح ، وقال الدافع : بل مضاربة.

قال الثقفى 1 : القول قول الدافع الجرجاني : القول قول القابض ، وقال المحاملي

الكبير : يتحالفان. قلت : والمجزوم به -في شرح المنهاج للوالد رحمه الله- قول

الثقفى جريا على أصل القاعدة. وهو ما في الشرح والروضة فيما إذا قال : وقعت وكالة فقال العامل : بل قراضا.



وحكى النووي -في زيادة الروضة- وجهين في أيهما تقدم بينة العامل إذا ادعى أن المدفوع قراض أو المالك إذا قال : بل هو قرض وفي الرافعي وغيره فيما إذا قال : على عقد وهذا فارق مسألة أبي سعد وشريح ؛ فإن الأبخاض والقراض عقد واحد فالتحالف فيه أظهر. والثاني : أن القول لمدعي الهبة. والثالث : التحالف. وهذه الأوجه : التي حكاها أبو سعد - حكاها شريح في "أدب القضاء" ، ولعله من أبي سعد تلقاها. وفي نسختي -من "أدب القضاء" لشريح- موضع ، وقال المحاملي الكبير : يتحالفان ما نصه ، وقال في الكبير : يتحالفان وكنت أحسب أنه يعني "بالكبير" النهاية -على اصطلاح أهل خراسان- فكشفت "النهاية" ؛ فلم أجد فيها تصريحاً بذلك وذكرت هذا كله في كتابي "التوشيح" ؛ فلما وقفت الآن -على كتاب أبي سعد ووجدت فيه ما رأيت غلب على ظني أن نسختي -من كتاب شريح- سقط منها لفظ "المحاملي" وزيدت لفظة "في" ؛ وإنما قال "قال المحاملي الكبير كما قال أبو سعد".

والمحاملي الكبير -هو الشيخ أبو الحسن- إمام قديم في زمان الإصطخري ذكرناه في كتاب الطبقات. والثالثة : غاب الزوج سنة وادعى أنه طلق -بائناً- في صدر مدة الغيبة وكذبتة وطالبته بالنفقة. قال أبو سعد : القول قولها في حقها ، وقوله في أصل الطلاق. قلت : كلام الأصحاب يشهد له ، ويتجه أن يقال : لا تجب النفقة -تبعاً لقوله في الطلاق- وقد قدم أبو سعد- قبل هذا بقريب من ثلاث أوراق في المرتدة بعد الدخول تقول : أسلمت

---

1 محمد بن عبد الوهاب بن عبد الرحمن بن عبد الوهاب أبو علي الثقفي الحجاجي النيسابوي الفقيه الإمام الزاهد الواعظ تفقه على محمد بن نصر ويقول ابن خزيمة رحمه الله عنه ما يحل لأحد منا بخراسان يفتي وأنت حي ولد سنة أربع وأربعين ومائتين ومات في جمادى الأولى سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة ، النجوم الزاهرة 3 / 267 ، ابن قاضي شهبة 1 / 118 ، شذرات الذهب 2 / 315 ، العبادي ص 63 ، ابن السبكي 3 / 192. صفحة 287 | 466

---

الأشباه والنظائر  
القول في قواعد ربع البيع  
وفي وقت كذا في النفقة -حكاية قولين : أصحهما : القول للزوج لأن الأصل عدم الرجوع إلى الإسلام. والثاني : قول المرأة لأن القول في أصل الإسلام مقبول منها فليكن كذلك.

وفيه "ولا بد من مجيء هذا الخلاف في هذه الصورة - أيضاً" وما حكاه من القولين نظيره إذا قال : أسلمت أولاً ؛ فلا نفقة لك وادعت العكس. وأصح الوجهين في أواخر نكاح الشركات -من الرافعي وغيره- أنها المصدقة لأن



النفقة كانت واجبة - وهو يدعي مسقطا ؛ لكن هذه العلة تصلح أن تكون فرقا بين المسألتين ، والمسألة موضع النظر.

وليت شعري إذا كان أبو سعد يستثنى - على وجه أو قول - فلم لا ذكر مسألة ما إذا قال : أكريتك ؛ فقال : بل أعرتني ونظائرهما - مما صح فيه أن القول قول المالك - وقد بقيت على أبي سعد مسائل - أهمل استثناءها - ولعل بعضها أحق مما ذكره - بالذكر.

منها : الأصح أن القول قول مدعي صحة البيع دون فساده - مع أنهما لو اختلفا في أصل البيع فالقول قول البائع.

ومنها : لو اختلفا في النقصان ، وتغيير المبيع عما كان عليه ؛ فالقول قول المشتري.

ومنها : لو قال الغاصب : كان العبد أقطع وأنكر المالك ؛ فالقول قول المالك في الأصح.

ومنها : قد ملفوفا وادعاه ميتا وأنكر الولي ، صدق الولي في الأظهر.

ومنها : قطع طرفه وادعى أنه كان أشل ، صدق المجني عليه.

ومنها : قال الراكب أعرتني وقال المالك : بل أجرتك ، صدق المالك على المذهب.

ومنها : عمل له عملا وقال : "شرطت لي عوضا" ، وأنكر فالقول قول المعمول

له ومنها : إذا قال : "كانت الألف المدفوعة - إلى وديعة - وقد تلفت ، وقال

المالك : بل قرض" قال البغوي : القول قول المدفوع إليه.

ومنها : دفع إليه دراهم واختلف في ذكر البديل ؛ فالقول قول الآخذ - قاله الرافعي ، وفيه وجه قال النووي - أول القرض "إنه متجه".

ومنها : قال "هي قراض" فقال "بل قرض" صدق العامل - في أحد الوجهين - في "الروضة" و"شرح المنهاج".

ومنها : قال : "قراض" فقال : "بل ابضاع" ذكرها شريح ، وفيها أوجه.

صفحة 288 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : قال "وهبتك بعوض" ؛ فقال : "بلا عوض" رجح النووي أن القول قول من نفاه.

ومنها : بعت أشياء ، وقال : "بعوض" فأنكر المبعوث إليه صدق وفيه للرافعي بحث ، يظهر أن يقال : إن اختلفا في أصل شغل الذمة مع الاتفاق على ثبوت اليد ؛ فإن [اختلفا]1 في أن ثبوتها بحق أو لا فالقول قول المالك لأن الأصل لم يصدر منه ما يقتضي - [حينئذ هذا]2.

وإن اتفقا على أنها بحق ، ثم اختلفا في شغل الذمة فالقول قول من ينفي الشغل

لا اعتضاده بالأصل. وإن اتفقا على الشغل ثم اختلفا في صفته ؛ فالذي يظهر أن القول أيضا قول من لو أنكره لقبل إنكاره لأن من كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفته وإن اتفقا على الشغل ولكن اختلفا في ارتفاعه فالقول قول من يدعي بقاءه.

قاعدة : تتصل بالقاعدة قبلها أنا ضبطتها بعد ما تبددت عليها فروعها وانتشرت ؛ فإن كانت كما فهمت ورتبت فالله المسؤول أن ينفع بها ؛ وإلا فهو المسؤول أن يوضح لي الحق إذا اختلف الآخذ والمأخوذ منه فإن كان اختلفهما في أصل شغل الذمة مع الاتفاق على ثبوت اليد فلا يخلو إما إن اختلفا في أن ثبوتها هل هو بحق أو لا فإن كان الأول ؛ فالقول قول المأخوذ منه لأن الأصل أنه لم يصدر منه ما يقتضي ثبوت هذه اليد ويدل على هذا أن الصحيح فيما إذا قال المالك غصبتني ، وقال ذو اليد أعرتني أن القول قول المالك ، وإن كان الثاني وهو ما إذا اتفقا على أنها تثبت بحق ثم اختلفا في شغل الذمة ؛ فإما أن يكون ثبوتها لغرض المأخوذ منه أو لغرض الآخذ. أو لغرضهما جميعا أو يقع الخلاف في ذلك.

قاعدة : قال القاضي أبو عاصم وشرحه أبو سعد الهروي في الأشراف كل عقد فيه عوض علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة فسد بالتعليق إلا في مسألة واحدة.

قاعدة : ذكر الإمام رحمه الله -في باب معاملات العبيد- أنه لا احتكام للسادة على ذمم العبيد ؛ فلا يملك السيد إلزام ذمة العبد مالا ولو أجبره على ضمان [لم يصح]3 ولو أجبره على أن يشتري له متاعا لم يصح الشراء. وإن كان محل الديوان -التي تلزم العبد بالإذن- الكسب ، وهو ملك السيد ولكن لا استقلال للاكتساب في هذا.

1 في "أ" تفقا والمثبت من "ب".

2 في "ب" حقيقة يد هذا.

3 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

صفحة 289 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

الباب ما لم يتحقق تعلق الدين بأصل الذمة. ولو أقر السيد عليه بجناية قصاص ، وأنكر العبد وآل الأمر إلى مال ؛ فلا تعلق له في الذمة ونقل الشيخ الإمام هذا كله في شرح "المنهاج" ساكتا عليه.

قاعدة : لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر أبدا. واستثنى الشيخ أبو حامد -"في الرونق" وتبعه تلميذه المحاملي في الباب- ست صور ونحن بلغنا بالمستثنى نيفا وأربعين.

فمنها : الإرث.

ومنها : يسترجعه بالإفلاس.

ومنها : يرجع في هبته لولده.

ومنها : إذا رد عليه بعيب.

ومنها : إذا قال : أعتق عبدك عني فأعتقه وصححناه.

ومنها : إذا كاتب عبده الكافر فأسلم العبد ثم عجز عن النجوم فله تعجيزه. وهنا وقف الشيخ أبو حامد والمحاملي وشكك النووي في هذه ، بأن المكاتب لا يزول ملكه ؛ فيقال : "تجدد بالتعجيز" - وعبارة الشيخ أبي حامد "لا يجوز ترك مسلم في ملك كافر ولم يقل : لا يدخل- وبه يندفع الإيراد ؛ ولكن هذا الترك ليس مطلقا فإننا نأمره بعد التعجيز بالإزالة. وأجاب الشيخ صدر الدين بن المرحل بأن لنا خلافا في إلحاق المكاتب بالحر أو بالعبد في مسائل ؛ فلعل المحاملي جرى على قول من يجعله كالحر ثم لعل مسألته ؛ إنما فرضها فيما لو [ملك] 1 المكاتب عبدا مسلما ثم عجز المكاتب ؛ فإنه يدخل في ملك السيد ما كان للمكاتب ؛ فلعل المحاملي أشار إلى أن هذا العبد يدخل في ملك السيد لحصوله تبعا كالرد بالعيب ولم يرد المكاتب نفسه.

قلت : هذه صورة أخرى ولكنها غير مراد المحاملي وشيخه أبي حامد فإن لفظهما صريح في إرادة المكاتب نفسه.

ومنها : إذا اشترى من يعتق عليه زادها النووي.

ومنها : أن يبيع عبدا مسلما ثم تقابل المشتري ؛ فإنه لا يجوز -إن جعلنا الإقالة بيعا ؛ فإن جعلناها فسحا وهو الصحيح فعلى الوجهين في الرد بالعيب كما قاله الرافعي.

1 في "ب" ملك.

صفحة 290 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : إذا كان بين كافر ومسلم عبد مسلم مشترك ؛ فأعتق الكافر نصيبه وهو موسر سرى عليه ؛ ذكره البغوي وهاتان زادهما ابن المرحل.

ومنها : عاشرة -زادها ابن أخيه الشيخ زين الدين [محمد] 1 مدرس الشامية البرانية بدمشق رحمه الله ، وهي إذا جاز له نكاح الأمة وكانت لكافر فالأصح الجواز وينعقد الولد مسلما- على ملك الكافر.

ومنها : أن يرجع إليه بتلف مقابلة -قبل القبض.

ومنها : أن يبيع الكافر مسلما بثوب ، ثم يجد بالثوب عيبا ؛ فله رد الثوب واسترداد العبد على الصحيح.

ومنها : [إذا]2 تباع كافرين عبدا كافرين فأسلم العبد قبل القبض - ثبت للمشتري الخيار [إن]3 قلنا يمتنع عليه قبضه. كذا قاله الإمام وامتناع قبضه صححه الرافعي والنووي ؛ فإذا فسخ فقد دخل العبد المسلم في ملك البائع الكافر. ومنها : إذا باع الكافر عبدا مسلما لمسلم - بشرط الخيار للمشتري- فإن الصحيح أن الملك لمن له الخيار ، وبالفسخ يملكه الكافر. ومنها : أن يرده عليه -لا بالعيب ، بل لفوات شرط كالكتابة ونحوها. ومنها : إذا اشترى ثمارا بعبد كافر فأسلم ثم اختلطت ، وفسخ العقد. ومنها : إذا باع ثوبا على أنه هروي مثلا بعبد كافر ؛ فلم يكن هروبا فإن له الرد على قياس ما تقدم. ومنها : إذا باع الكافر عبده المسلم ، وكان مغصوبا من قادر على انتزاعه فعجز ، أو غصب قبل قبضه فللمشتري الخيار ، ويفسخ البيع ويعود إلى ملك الكافر. ومنها : إذا باع الكافر عبده [الذي أسلم عنده]4 من مسلم رآه قبل العقد دون حالة العقد ؛ فالأصح الصحة - تفريعا على قول بيع الغائب ثم إذا وجد العبد متغيرا واختار الفسخ ملكه الكافر. ومنها : باع عبده المسلم لمسلم ثم تشاحا في التسليم ومال المشتري غائب إلى مسافة القصر ، لم يكلف البائع الصبر إلى إحضاره والأصح أن له الفسخ. فيفسخ ويملكه.

1 سقط من "ب".

2 سقط من "ب".

3 في "ب" "إذا".

4 سقط من "ب".

صفحة 291 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : إذا اشترى بعبد المسلم صبرة فظنها على السواء ، ثم بان تحتها دكة ففي تبين بطلان العقد وجهان أصحهما : لا ولكن للمشتري الخيار كالعيب والتدليس. ومنهاك إذا جعل الكافر عبده الكافر رأس مال السلم في شيء ؛ فانقطع ذلك الشيء -بعد أن أسلم العبد المذكور- فإن للذي جعله رأس مال السلم فسخ العقد وإذا فسخ العقد انقلب العبد إليه ضرورة.

ومنها : إذا أقرض عبده الكافر فأسلم في يد المقترض يجوز المقرض -الكافر- أن يرجع فيه كما جوزنا له بالرجوع في الهبة.

ومنها : في القراض إذا اشترى العامل الكافر عبدا كافرا للقراض ؛ فأسلموا وفسخ عقد القراض ثم قسم هو والمالك العبيد ؛ فإن قضية المذهب صحة ذلك ،

وإذا تميزت حصة العامل عبيدا ملكها بجريان سبب الملك ، والمذهب أن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بالقسمة.

ومنها : إذا التقط كافرا بشرطه وهو إما عدم التمييز أو في وقت النهب والغارة وأسلم ثم أثبت الكافر أنه كان ملكه ؛ فإنه يرجع فيه لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالقرض.

ومنها : إذا التقط عبدا صغيرا لا يميز في موضع لا مسلم فيه وعرفه وتملكه ثم بلغ وأسلم وظهر مالكة ينبغي أن يرجع فيه -كما يرجع فيما وهبه لولده.

ومنها : إذا وقف على كافر أمة فأسلمت ، ثم حملت وأنت بولد ، بعد الإسلام ؛ فإنه يكون مسلما تبعا لأمه ، ويدخل في ملكه فإن نتاج الجارية الموقوفة ملك الموقوف عليه - على الصحيح.

ومنها : إذا أوصى بمنافع الجارية الكافرة ونتاجها ؛ فأسلمت ثم حملت وأنت بولد فإنه يكون ملكا له.

ومنها : إذا اشترى مسلما بشرط العتق -على وجه.

ومنها : إذا أقر بحرية عبد ، ثم اشتراه لكنها داخلة في قول النووي : إذا اشترى من يعتق عليه.

ومنها : إذا أنت مكاتبه بولد من نكاح أو زنا -بعد أن أسلمت- ثم عجز السيد مكاتبه ؛ فإن الجارية وولدها ينقلان إلى ملك السيد وهذه داخلة فيما ذكره الشيخ صدر الدين في بحثه مع النووي.

صفحة 292 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

ومنها : إذا نكح عبد كتابي أمة لكتابي ثم أسلم ثم وطئها فالولد مسلم مملوك لسيدها. وهي نظير الصورة التي زادها الشيخ زين الدين -ولد أخي الشيخ صدر الدين- وزين الدين هو جامع "الأشباه والنظائر" المنسوبة إلى عمه وله فيها زيادات يسيرة ، مميزة عن كلام عمه بلفظ "قلت".

ومنها : إذا أسلمت مستولدة الكافرة ثم حملت وأنت بولد -من نكاح أو زنا ؛ فإنه يكون مملوكا له ، ويثبت للولد المذكور حكم الاستيلاء.

ومنها : إذا أسلمت جارية ثم حملت من غيره بنكاح أو زنا ، ثم استولد قبل زوال ملكه عنها ؛ فإنه يكون ملكه.

ومنها : إذا وطئ الأب الذمي جارية الابن المسلمة فاستولدها فإنه يقدر دخولها في ملكه قهرا.

ومنها : إذا جعل العبد صداقا لكافرة فأسلم في يدها ، ثم اقتضى الحال رجوعه إلى الزوج -قبل الدخول- بإسلام وغيره من الأسباب.

ومنها : إذا تزوجها على عبد فأسلم في يدها ثم اطلع على عيب بها.

ومنها : إذا اطلعت على عيب به فلكل الفسخ ، ويرجع العبد إليه.  
ومنها : إذا فسخ الصداق بالتحالف بعد إسلامه.  
ومنها : إذا أصدقها عبدا كافرا [وشرط وصفا] 1 من نسب أو غيره -أو شرطت-  
هي- فيه وصفا فخرج خلافه بعد إسلام العبد ، ثم فسخ النكاح فالقياس انقلابه إلى  
الزوج.  
ومنها : إذا طلقها قبل الدخول -بعد ما أسلم العبد في يدها ؛ فإنه [يرجع] 2 نصفه  
إليه ويؤمر بالإزالة.  
ومنها : إذا أسلمت المرأة قبل الدخول وقد أسلم العبد في يدها ؛ فإنه يرجع إلى  
ملك الزوج ، لسقوط مهرها لحصول الفرقة من جهتها.  
ومنها : إذا حضر الكفار الجهاد -بإذن الإمام- وحصلت الغنيمة ، وكانت نسوة  
فأسلمن ، أو عبيدا كافرا فأسلموا بعد الغنيمة - فاختر الغانمون التملك فالمذهب  
أن الغنيمة - تملك بالاختيار.  
وقضيته : أن للإمام أن يرضخ للكافرين -من النسوة والعبيد- وأنه إذا رضخ له

1 في "ب" وشرطت الزوجة وصفا.

2 في "ب" رجع.

صفحة 293 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

جارية ملكها أو عبدا ملكه ؛ فإنه جرى سبب الاستحقاق بحضور الواقعة ،  
ويحتمل أن يقال : يعوضه ما لا يرضخ له شيئا من ذلك ، وهذا هو الأظهر رأيا  
ونظرا.

ومنها : إذا كان بين كافرين عبيد من نوع واحد -بعضهم مسلمون ، وبعضهم  
كفار فاقنتسماها وانحصر المسلمون في حصة أحدهما ، وقلنا [القسمة] 1 إفراز  
فقضية المذهب صحة القسمة ، ومعلوم شيوع الملك قبل ذلك ، وإنما بالقسمة  
انحصر ؛ فقد دخل بعض عبد مسلم في ملك كافر ، كما قلنا فيما إذا أعتق الموسر  
الكافر نصيبه من عبد مسلم مشترك ، ولا فرق بين دخول البعض والكل.  
قاعدة : كل ما صح الرهن به صح ضمانه وما لا فلا إلا 2 ضمان العهدة ورد  
الأعيان المضمونة يصح ضمانها ، لا الرهن بهما على الأصح فيهما وهنا  
مسائل :

منها : ضمان المجهول باطل -في الجديد- والرهن بالمجهول لا أعرفه مسطورا.  
ومنها : إذا منعنا ضمان المجهول ؛ فضمن الدراهم التي على فلان جاهلا بمبلغها  
فهل يصح في ثلاثة ؟ لدخولها في اللفظ ، أو يأتي في الرهن مثله تردد فيه الشيخ  
برهان الدين بن الفركاح.



ومنها : في ضمان إبل الدية خلاف فليكن الرهن بها مثله ، وجزم الرافعي بجواز رهن العاقلة بالدية بعد تمام الحول.  
ومنها : اختلفوا في ضمان الزكاة عن من هي عليه فليجر الخلاف في الرهن بها ، وجزم الرافعي بجواز رهن الملاك بالزكاة بعد تمام الحول.  
ومنها : اختلفوا في ضمان نجوم الكتابة ولا أعرف مسطورا في الرهن بها.  
ومنها : اختلفوا في ضمان الثمن في مدة الخيار ؛ فليجر هذا الخلاف في الرهن.  
قاعدة : من لم يجز لا يطالب بجناية من جنى. ويستثنى ضمان العاقلة الدية ، وأن الأصح في المحرر الضمان.  
قاعدة : كل تصرف يقع من المشتري شراء فاسدا فهو كتصرف الغاصب والعين في يده كالمغصوب عند الغاصب إلا في مسائل :  
منها : أن الغاصب إذا وطئ المغصوبة عالما وجب عليه الحد. وفي الشراء

1 في "ب" الحصة.  
2 الأشباه والنظائر للسيوطي 461.  
صفحة 294 | 466

#### الأشباه والنظائر

#### القول في قواعد ربع البيع

الفساد لا يجب إذا استند الفساد إلى شرط فاسد أو كون الثمن خمرا إلا على احتمال الإمام ؛ وإنما يجب إذا اشترى بميتة أو دم.  
ومنها : إذا استولد الغاصب عالما بالتحريم لم ينعقد الولد حرا بخلاف المشتري شراء فاسدا.  
ومنها : ثبوت كونها أم ولد في أحد القولين إذا ملكها يوما من الدهر. بخلاف الغاصب ، وقد اقتصر الروياني في الفروق والجرجاني في المعاياة على استثناء هذه الصور الثلاث.  
ومنها : أن الولد -في الشراء الفاسد- تجب قيمته يوم الولادة -تلف أم بقي لانعقاده حرا ، وفي الغصب- إذا تلف- يضمن بالأقصى. والفرق أنه لما انعقد حرا ، لم يكن متقوما بعد ذلك.

ومنها : المقبوض بعقد المعاطاة على المذهب له حكم المقبوض بعقد فاسد على الصحيح ؛ فيطالب كل من المتعاطيين صاحبه. بما دفعه إن كان بقايا وبضمانه عند التلف فإن مائل الثمن القيمة خرجه الغزالي على مسألة الظفر ، وقال الشيخ أو حامد : لا مطالبة لواحد منهما وتبرأ ذمتها بالتراضي واستشكله الرافعي بسائر العقود الفاسدة ؛ فإنه لا براءة وإن وجد التراضي.

ومنها : قال الماوردي -في الصلح : لو باع عبدا بيعا فاسدا ، وقال لمشتريه : أذنت لك في عتقه ، فأعتقه المشتري بإذنه لم يعتق قال ؛ لأنه إذنه إنما كان

مضمونا بملك العوض ، فلما لم يملكه بالعقد الفاسد ، لم يعتق عليه بالإذن. وقاس عليه : ما إذا صالحه من ألف -قد أنكرها- على خمسمائة ، وأبرأه من الباقي لزمه -في الحكم- رد الخمسمائة ، ولم يبرأ منها ؛ حتى لو أقام بينة الألف ، كان له استيفاء جميعها. انتهى كلامه في أوائل الصلح ، ونقله عنه الشيخ الإمام في باب الصلح ، وقال : إنه لا شك فيه يعني -بالنسبة إلى مسألة الصلح ، وسكت على مسألة البيع.

وحاصله : أن العتق لم ينفذ ؛ لأن المشتري إنما يعتقه ، بناء على أنه ملكه وأنه يعتقه عن نفسه والمالك ؛ إنما أذن ظانا ذلك. فإن سلم هذا للماوردي فنظيره في الغصب قول المالك للغاصب أعتق هذا العبد -مشيرا إلى المغصوب- وهو يظنه غير عبده المغصوب. وقد أطلق الأصحاب -في باب الغصب- أن المالك إذا قال للغاصب أعتق عني أو مطلقا فأعتقه عتق ، وبرئ الغاصب.

صفحة 295 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

ومنها : المذهب أن المشتري شراء فاسدا ، لا يجوز له حبس المبيع إلى استرداد الثمن ؛ كذا أطلقوه ، وحكوا عن الإصطخري خلافا ، واقتضى كلام الرافعي -في موضعين من باب الضمان- ترجيح الحبس ، وسمعت الشيخ الإمام يقول -ومسألته عن ذلك : إن فسد بشرط فله الحبس ، وإن فسد بخروجه عن ملك الغير فلا ؛ هذا حكم البيع الفاسد.

وقالوا : للغاصب أن يحبس المغصوب لاسترداد القيمة المأخوذة -للحيلولة- وحكاه القاضي الحسين عن النص ، ورجع الرافعي التسوية بين البابين وهو اختيار الإمام فلا استثناء على هذا.

ومنها : لو باع ماشيته السائمة بيعا فاسدا فعلقها المشتري ، قال في التهذيب : فهو كعلف الغاصب ، وصححه الشيخ الوالد رحمه الله في شرح المنهاج ؛ فعلى هذا يجري في قطعه الحول الأوجه في علف الغاصب ، وأصحها أنه يقطع ؛ ولكن قال ابن كج : عندي أنه يقطع يعني -ولا يجري فيه خلاف الغاصب قال : لأنه مأذون له ؛ فهو كالوكيل بخلاف الغاصب.

فعلى طريقة ابن كج افترق البيع الفاسد والغصب ، ولم يصحح الرافعي والنووي من الطريقتين شيئا ، كأنهما اكتفيا بأن الفتيا على أنه كالغاصب ؛ سواء ثبت الخلاف أم لا ، والشيخ الإمام صحح طريقة التهذيب كما عرفناك.

ومنها : أن غرس الغاصب وزرعه ، غير محترم مطلقا ، وأما المشتري شراء فاسدا ففرق بين أن يكون عالما فيكون غير محترم أو جاهلا فلا يقلع مجانا على ما جزم به الرافعي والنووي في كتاب الرهن.

ومنها : لا يصح بيع السيد عبده المكاتب ، ولا النجوم التي عليه على المذهب ؛

فلو باعه أو باعها فأدى النجوم إلى المشتري بعد البيع فأصح القولين أنه لا يعتق ، والقول الثاني - هو منصوص [المختصر] 1 أنه يعتق لأن السيد سلطه على القبض فأشبهه الوكيل وقيل هذا : لا يجيء في المشتري من الغاصب عبدا مكاتبا أو النجوم التي عليه ، بل لا يعتد بقبض المشتري جزما وهو أيضا بيع فاسد- إلا أن المشتري غاصب أيضا- لبناء يده

1 في "ب" في المختصر.

صفحة 296 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

على يد الغاصب ، ولهذا الخلاف أصل ، وهو أن ما استتبع الصحيح هل يستتبع الفاسد.

قال ابن الرفعة في باب الوضوء من المطلب : وفيه خلاف أصله بيع السيد نجوم الكتابة - إذا قبضها المشتري- فوجه صحة العتق يضمن البيع والإذن في القبض ووجه عدمه أن تبع للبيع ؛ فلما لم يصح البيع لم يتبعه الإذن. ولمثل ذلك ثار الخلاف فيما إذا باع المشتري ما اشتراه في زمن الخيار ولم يصححه منه هل يكون ذلك مبطلا لخياره كما لو صح البيع أو لا ؟

قال ابن الرفعة : ومثله يجوز أن يقال : فيما إذا غلط من حدث إلى حدث فنواه ؛ فإن اعتبرنا اللازم ارتفع حدثه ، وإن اعتبرنا الأصل لم تصح نيته. قلت : وهي قاعدة يعبر عنها بأن "من كان مالكا لتصرف يصح منه فعله ، إذا فعل فعلا يتضمن ذلك التصرف المملوك لكن بطريق فاسد ، هل يصح ؟ وفيه خلاف في صور :

منها : الحوالة بالثمن وعليه في مدة الخيار- والأصح يصح ؛ فإن قلنا لا يصح ففي انقطاع الخيار وجهان.

ومنها : الأب إذا باع العين التي وهبها لابنه -من غير تصريح بلفظ الرجوع هل يكون رجوعا ؟ وجهان.

قاعدة : تقرب من القاعدة ، قبلها : ما يفيد الاستحقاق إذا وقع لا على وجه التعدي هل يفيد إذا وقع على وجه التعدي ؟ وفيه خلاف في صور جمع بعضها النووي في زيادة الروضة في باب إحياء الموات ، وقال : سبقت مسائل تتعلق بها في الصيد قلت : والذي جمعه في مسائل غيره ذكره في أصل الروضة -تبعاً للرافعي- في باب الوليمة وفي المسائل كثرة.

[ومنها] 1 : إذا دخل الماء المباح دار إنسان ، لم يكن لغيره أخذه من داره ؛ لامتناع دخول الإنسان ملك غيره بغير إذنه ؛ فلو فعله ؛ فهلك يملك ؟ فيه وجهان أصحهما أنه يملك. وكذا لو دخل السمك مع الماء حوضه ذكره الرافعي في باب

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : لو أحيا واحد أرضا -حماها الإمام- لم يجز ؛ ولكن يملكها بالإحياء على الصحيح.

ومنها : إذا تحجر مواتا ؛ فجاء آخر وأخياه ، ملكه على الأصح المنصوص لكونه حقق سبب الملك -وإن كان ظالما- كما لو دخل في سوم أخيه واشترى.  
والثاني : لا يملك.

والثالث : إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان لم يملك.

والرابع : إن أخذ المتحجر في العمارة لم يملك.

ومنها : إذا عتس الطائر في ملكه ، وأخذ الفرخ غيره ؛ فالأصح أيضا أنه يملكه. قال النووي : وكذا لو توحل ظبي في أرضه ، وأو وقع البلح فيها ونحو ذلك.  
ومنها : إذا أذن جماعة على الترتيب ؛ فالأول أولى بالإقامة إذا لم يكن مؤذن راتب أو كان [السابق] 1 هو المؤذن -فإن سبق غير المؤذن الراتب فهل يستحق ولاية الإقامة فيه وجهان :

أحدهما : نعم لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم : [من أذن فهو يقيم] 2  
وأظهرهما : لا لأنه مسيء بالتقديم.

ومنها : لو وقع في حجره شيء من الثمار ، لم يكن لغيره أخذه ؛ فلو أخذه ففي ملكه وجهان قال في : أصل الروضة : وميلهم إلى منع الملك أكثر. يعني في هذه المسألة ، وفي دخول السمك مع الماء حوضه ، وفيما إذا عتس الطائر في ملكه فأخذ فرخه غيره ، وفيما إذا وقع البلح في ملكه فأخذه غيره -قال : والأصح أن المحيي يملك والفرق أن المتحجر غير مالك ؛ فليس الإحياء تصرفا في ملك غيره بخلاف هذه الصور.

قاعدة : قال الشيخ أبو الحسين الفناكي 3- من قدماء أصحابنا من تلامذة الشيخ

1 سقط في "ب".

2 أخرجه أحمد في المسند 4 / 169 ضمن مسند زياد بن الحارث الصدائي رضي الله عنه وأبو داود 1 / 514 في الصلاة/ باب الرجل يقيم والترمذي 1 / 383 في الصلاة/ باب من أذن ؛ فهو يقيم حديث "199" وابن ماجه 1 / 237 في الأذان/ باب السنة في الأذان حديث 717 والبيهقي في السنن الكبرى 1 / 339.

3 أحمد بن الحسين أبو الحسين الرازي الفناكي بفاء مفتوحة ونون مشددة وكاف

مكسورة ولد بالري ، وتفقه على أبي حامد الإسفراييني وأبي عبد الله الحلبي وأبي طاهر الزيادي وسهل الصعلوكي ودرس ببروجرد ومات بها سنة ثمان وأربعين عن نيف وتسعين سنة.

قال ابن الصلاح رحمه الله : رأيت له كتابا سماه المناقضات مضمونه الحصر والاستثناء منه قريب من

صفحة 298 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

أبي حامد في كتاب له يسمى المناقضات : من اشترى شيئا شراء صحيحا لزمه الثمن ؛ إلا في مسألة واحدة وهي المضطر يشتري الطعام بثمن معلوم فإنه لا يلزم الثمن ؛ وإنما تلزم قيمته ، ذكره أبو علي الطبري ، واحتج له بأن النبي صلى الله عليه وسلم "نهى عن بيع المضطر" 1 قلت : وهذا فيه نظر ، فإن المضطر إن تمكن من أخذ الطعام قهرا والحالة هذه -فعدل إلى الشراء لزمه المسمى- ولو زاد على ثمن المثل بلا خلاف كذا صرح بنفي الخلاف فيه الرافعي.

ويتجه أن يخرج [فيه] 2 خلاف من الخاف في الإكراه على قتل أحد الرجلين. وأيضا فقد أجرى البغوي الخلاف في وجوب المسمى ، أو ثمن المثل ، فيما إذا وجد ميتة ، وطعام الغير فاشتراه بالزيادة إمكان عدوله إلى الميتة بأن عجز - فالأقيس عند الرافعي ، النووي وصححه القاضي أبو الطيب- لزوم الثمن المسمى أيضا ؛ لأنه التزمه بعقد لازم ، وصحح الروياني أنه لا يلزمه قال : لأنه كالمكره. قال الرافعي : وهو أقرب إلى المصلحة. وفرق الماوردي بين زيادة تشق على المضطر لإعساره فلا يلزمه ، وزيادة لا تشق فلا يأتي ما قاله أبو علي إلا على ما صححه الروياني بشرط أن يقول بصحة البيع ، وقد قال الرافعي أنه الذي يفهم من إيرادهم قال ؛ ولكن الوجه نصب الخلاف في صحة العقد لمعنى الإكراه. وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يبينه وبه صرح الإمام فقال : "الشراء بالثمن الغالي هل يجعله مكرها حتى لا يصح الشراء منه ، فيه وجهان أقيسهما المنع. انتهى كلام الرافعي مختصرا ، وقوله : أقيسهما المنع تابع في الإمام فإنه قال هكذا. قال في النهاية ولعله في ذلك حال عند لا حاكم بأنه أقيس [وهكذا] 3 كلام الفناكي ، وقوله : "إن هذا الشراء صحيح" صريح في الرد على الرافعي ؛ لأنه قال بصحة الشراء -مع إلزام القيمة- وعزاه إلى أبي علي الطبري ، وكلام الرافعي يقتضي أنه من يلزم القيمة يجعل المشتري مكرها والبيع فاسدا ، ولو كان كذلك لقبل لأبي علي



، هداية العارفين 1 / 77 ، معجم المؤلفين 1 / 207 .  
1 أحمد في المسند 1 / 116 ، أبو داود في السنن 3 / 255 في كتاب البيوع / باب  
في بيع المضطر حديث "3382".  
2 سقط في "ب".  
3 في "ب" وهذا.  
صفحة 299 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

الطبري : ما ذكرت من الاستثناء غير مستقيم ؛ لأن صحة البيع مع عدم لزوم الثمن -مما لا يجتمعان ، وما ذكره من الحديث -رواه أبو داود من حديث علي كرم الله وجهه ، وفي سننه مقال وبتقدير ثبوته. قال الخطابي : "يحتمل أن يعني - بالمضطر - المكره" ، وهذا يؤيد ما ذكره الإمام والرافعي ، قال : "ويحتمل أن يعني به من باع في ضرورة من دين ركبه أو نحو ذلك -فلا يباع- من حيث المروءة ؛ لكن يعان ، أو يقرض ويستعمل ، وفي هذه الحالة إن بيع صح ، وكان مكروها" قلت : ويكون بيع المضطر ، مصدرًا مضافًا إلى المفعول ، أي لا يباع المضطر بل يبذل له الطعام مجانًا -كما هو وجه لأصحابنا- لأن البذل واجب فلا يؤخذ عليه عوض أو يقرض ويستعمل كما قال. أو يقال : المضطر من لا يتحمل حالة التأخير إلى مماكسة البيع ، لمسيس [الجوع] 1 ؛ فلا يجوز أن يباع -ويؤخر الطعام عنه إلى تقرير الثمن- بل يبادر إلى إطعامه [أو] 2 حاله لا تتحمل التأخير ، ثم إذا أطعمه تجب القيمة ، وقال القاضي أبو الطيب : لا يجب العوض هنا ؛ سواء وجب العوض أم لا ؛ فالقول بهذا الاحتمال فيه أخذ للحديث على ظاهره ، وفي الحديث إرشاد إليه ؛ فإن لفظه أن عليا رضي الله عنه قال : سيأتي على الناس زمان عضوض ، يعض الموسر على ما في يديه -ولم يؤمر بذلك قال الله تعالى { وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ } وبياع المضطرون ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع المضطر ؛ هذا لفظ أبي داود عن علي كرم الله وجهه وسياقه يشهد لتحريم أن يباع المضطر -كما أولناه- فإن ضم إليه عدم لزوم العوض -كما قال القاضي أبو الطيب- كان أوفق للظاهر وللسياق.

[قاعدة] 3 : لا يتوالي ضمان عقدين في شيء واحد. وهذه القاعدة ذكرها الأصحاب -عند الكلام على بيع المبيع قبل القبض ؛ فاتهم عللوا منعه من حيث المعنى بشيئين ؛ هذا أحدهما ووجهه بأن المبيع مضمون على البائع للمشتري وإذا نفذ المبيع منه ، صار مضمونا عليه للمشتري. الثاني : فيكون الشيء الواحد مضمونا له وعليه في عقدين ، قال إمام الحرمين في "النهاية" ولا حاجة إلى هذا -مع الخبر- يعني أن الاعتماد في منع بيع ما لم يقبض -على الأخبار لا المعنى. وقال بعد ذلك بيسير : "الغالب على هذا الأصل [التعبد] 4 وتبعه الرافعي -حيث



قال : "والاعتماد على الأخبار واختاره الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في باب الرهن من شرح المهذب. واعترض على هذا

1 في "ب" للجوع.

2 في "ب" إذ.

3 سقط في "ب".

4 في "ب" البعيد.

صفحة 300 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

المعنى بأن المعنى بكونه من ضمان البائع - أنه لو تلف انفسخ البيع وسقط الثمن - فلم لا يجوز أن يصح البيع ثم لو تلف عند البائع ينفسخ البيعان ، ويسقط الثمنان ، وتبين أنه هلك على ملك من هلك في يده. ورده ابن الرفعة : بأن مراد الأصحاب بتوالي الضمانين أنه لو هلك لانقلب إلى ملكه قبل التلف.

قلت : وهذا أشار إليه الإمام في النهاية قال ابن الرفعة : وحينئذ يكون قبل ملكه

منقلبا إلى ملكه وملك بئعه في آن واحد ؛ وذلك محال وإلى هذا الإشارة بقول

الشيخ الإمام في شرح المنهاج في توضيح هذه القاعدة ما نصه : "وقد يتلف قبل

القبض ؛ فيقدر انقلابه من ملك المشتري الثاني ، إلى [ملك] 1 المشتري الأول ،

ومنه إلى البائع - قبل التلف - ويستحيل ملك الشخصين في زمن واحد.

قلت : وقد يقال أن انقلابه إلى ملك البائع الأول ، يسبق إلى ملك البائع الثاني ؛

لأن ملك الثاني مرتب على ملك الأول ؛ فلم يلزم اجتماع مالكين في آن واحد ، ثم

ما ذكره ابن الرفعة والشيخ الإمام - من أن منع توالي الضمانين لكونه يؤول إلى

اجتماع مالكين في آن واحد ، لم أر التصريح به لغيرهما والذي اقتصر عليه ،

أكثر من وقفت على كلامه من الأصحاب ما ذكرناه من كونه يصير مضمونا له ،

وعليه عبارة الإمام في "النهاية" ، وذكر الفقهاء - في ضبط المذهب - أن

الضمانين لا يتواليان وعنوا به أنا لو قدرنا نفوذ بيع المشتري قبل القبض - لكان

مضمونا على الباشع الأول للمشتري ، ثم يكون مضمونا على المشتري الأول

للمشتري الثاني. انتهى.

فالذي أفهمه من توالي الضمانين ، أنه لا يورد عقد ضمان ، على عقد ضمان -

قبل لزومه واستقراره - لما يؤدي إليه من صيرورته مطالبا ومطلبا في شيء

واحد.

ثم ينشأ التردد في إجارة المبيع قبل القبض ؛ فالراجح - عند الغزالي - الصحة ؛

لأن مورد عقد الإجارة [عين] 2 مورد عقد البيع ؛ فلا يكون مطالبا مطالبا في

شيء واحد ، لأنه في البيع مطالب بتسليم الرقبة وفي الإجارة بالمنفعة فلم يتحدا ؛

فلم يتوالى ضمانا عقدين في شيء واحد.  
وبتقدير القول : بأن المعقود عليه في الإجارة الرقبة - كما هو رأي أبي إسحاق

1 سقط في "ب".

2 في "ب" غير.

صفحة 301 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

فليست الإجارة عقد ضمان ، والمحدود كونه طالبا ومطالباً في عقد ضمان والراجح -عند المعظم- عدم الصحة لضعف الملك- ولأن التسليم فيها مستحق كما في البيع ، ومن ثم أيضا منع ابن سريج -فيما نقله الرافعي عنه أن يؤجر المستأجر العين المستأجرة من أجرها ؛ محتجا بأن المكري مطالب بالتسليم -مدة الإجارة- فإذا اكرت ما اكرت ، كان مطالباً ومطالباً في عقد واحد ؛ وذلك لا يحتمل إلا في حق الأب والجد في مال الصغير ، والأصح الجواز -لا لمنع هذه العلة ، بل القياس على بيع المبيع من بئعه -قبل قبضه- فإننا نقدر أن المستأجر ملك كل المنفعة دفعة على الصحيح.

وصورة المسألة : الإجارة بعد تسليمه العين المأجورة ، أما قبله فقال القاضي أبو الطيب في التعليقة : المذهب منعه من المكري والأجنبي ، وصح النووي صحة أجارته للمؤجر ، ثم الذي نقله القاضي أبو الطيب في التعليقة عن ابن سريج أنه يجوز [اكتراؤها] 1 من المكري وغيره قبل التسليم ، وقد يقال كيف يجوز ابن سريج اكتراؤها من المكري قبل قبضها 2 ، وهو ما نقله عنه الرافعي ، وقد تكلمت على هذا السؤال في كتابي المسمى "منع المشاجرة في بيع العين المستأجرة".

إذا عرفت هذا فقد قال [ابن الرفعة] 3 في مسألة الإجارة من الأجر : لو علل المنع بتوالي الضمانين لكان أقوى من كونه مطالباً ومطالباً. قال : وإنما قلت ذلك بناء على أن المتساجر يملك كل المنفعة دفعة على الصحيح ؛ فإنه إذا كان كذلك اقتضى أن العين لو تلفت لعادت إلى ملك الأجر -قبل التلف- وإذا استأجرها وتلفت ، اقتضى أن تعود المنافع إلى ملك أجرها وحينئذ تصير مملوكة له ، ومملوكة لمؤجره أو منتقلة وعائدة إليه وهو محال "انتهى".

وهو كلام قويوم -على أصله- في تفسير توالي الضمانين مما فسره ؛ إلا أن دعواه في استحالة كونها منتقلة وعائدة إليه -ممنوعة ، ثم يقال له : أين الضمان في الإجارة وكأنه لا يعني بالضمان كونها عقد ضمان ؛ بل نحو ما ذكره القاضي أبو الطيب في "التعليقة" حيث قال : وقال أبو العباس بن سريج : يجوز أن يكرها من المكري وغيره لأن قبض الدار المستأجرة لا تنقل الضمان بدليل أنها إذا

انهدمت في يد المكثري ، كان الضمان على المكثري -دونه- انتهى.  
ومن فروع القاعدة -على ما فهمه ابن الرفعة والشيخ الإمام- المسألة التي

1 في "ب" اقراؤها.

2 في "ب" زيادة القاضي أبو الطيب ويمنعه بعده.

3 سقط في "ب".

صفحة 302 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

[قبلها]1 ونقلها الرافعي -في الباب الثاني من الضمان- عن الأستاذ أبي منصور ،  
وهي : ما إذا قال [للمضمون له]2 بعت منك هذا العبد بما ضمنته عن فلان. قال  
الرافعي : ففي صحة البيع وجهان -حكماهما الأستاذ أبو منصور البغدادي. انتهى.  
وقد يستشكل وجه المنع ؛ قال ابن الرفعة : ولعل مأخذه تناقض الأحكام ؛ فإن  
مقتضى الصحة دخوله في ملك المشتري ، الذي هو رب الدين ؛ بدلا عن دينه ،  
الذي هو في ذمة الضامن ، وعند ذلك يحكم ببراءة الأصيل ، وعند الحكم بها  
يقدر أن ما حصلت به البراءة ؛ فقد دخل في ملك المضمون عنه -قبل دخوله في  
ملك رب الدين ، وملك المضمون عند بمجرد البيع ، والشئ الواحد لا يقتضي  
إثبات ملكين على مملوك واحد - باعتبار كله لا باعتبار بعضه. انتهى.  
قلت : والصواب أن دخوله في ملك الأصيل ، يسبق دخوله في ملك رب الدين ؛  
فلم يجتمع مالكان على شيء واحد.

ومنها : الرهن والهبة قبل القبض ، رجع الشيخ الإمام صحتها ، ورجح الرافعي  
والنووي فسادهما ومن الأصحاب من فرق بين أن يكونا مع البائع أو غيره ، ومن  
فرق بين ما قبل نقد الثمن وبعده ، وادعى الشيخ الإمام ، في باب الرهن من  
"شرح المذهب" أن تصحيحه لهما ناشئ عن اختياره [البعيد]3 واعتماد الخبر  
دون المعنى. في بيع المبيع قبل القبض ، وقد يقال : لو كان ما علل به -من  
اجتماع مالكين- صحيحا لما جازت الهبة ، ولا امتنع الرهن ؛ لأن الهبة تنقل  
الملك ، والرهن لا ينقله ولا قائل بذلك ، فإن من جوز الرهن قبل القبض جوز  
الهبة ومن منع فلا يفصل [بينهما]4.

قاعدة : المثلي مضمون بمثله ، والمتقوم بالقيمة5. واستثنى من المثلي مسائل :  
منها : لبن المصراة. واعتذر الشيخ الإمام رحمه الله بأن إعطاء الثمن ليس من  
باب المعاوضات فلا استثناء.

ومنها : الماء فإنه مثلي -على جزم به الرافعي في النصب- ولا اعتبار بإيهام  
عبارته في باب إحياء الموات أنه متقوم. ثم إذا تلف الماء في مفازة وظفر به  
صاحبه في

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 في "ب" تعبد.

4 في "ب" فيهما.

5 روضة الطالبين 5 / 8 ، الأشباه والنظائر 180 / 200.

صفحة 303 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

موضع لا قيمة للماء فيه ؛ فإنه يطالبه بقيمة [الماء في] 1 المفاضة ؛ فإذا اجتمعا في تلك المفاضة أو مثلها ففي وجوب رد المثل ، واسترداد القيمة وجهان فعلى القول بعدم الوجوب يقع الاستثناء ، وعلى القول بالوجوب هو ما جزم به صاحب التتمة -لا استثناء والقيمة [إنما هي] 2 للحيلولة.

ومنها : [إذا] 3 تراضيا على أخذ قيمة المثلي -مع وجوده- فوجهان أصحهما -عند الوالد رحمه الله- الجواز لكنه أشار إلى أنه لا يستثنى ؛ لأن يعلل الجواز بأنه اعتياض عما ثبت في الذمة من المثل.

ومنها : لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل ، فالمرجح -عند النووي- وبه جزم الشيخ أبو إسحاق -العدول إلى القيمة ؛ لكن رجح الوالد رحمه الله أنه لا يعدل. ومنها : اللحم فإنه يضمن بالقيمة -كما صححه الرافعي وغيره في باب الأضحية- مع أنه مثلي.

ومنها : الفاكة -فإنها مثلية- على ما اقتضاه تصحيح المشايخ الثلاثة : الرافعي والنووي والوالد -في باب الغصب ، والأصح أنها تضمن بالقيمة.

ومنها : المقبوض بالبيع الفاسد.

أطلق أكثر الأصحاب -منهم الرافعي- أنه يضمن بالقيمة ، وحكى الماوردي وجهها فيما إذا كان مثليا أنه يضمن بالمثل ، قال : ولكن الأصح أنه يضمن بالقيمة وإن كان مثليا ؛ لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل ؛ بل بالعوض ، بخلاف الغصب. وطرده في المقبوض بالسوم ، والتحالف بعد هلاك المبيع ، وكل عقد مفسوخ ؛ فزعم أن المثلي يضمن -في الكل- بالقيمة. لكن ذكر الشيخ الإمام رحمه الله في "شرح المنهاج" في باب حكم المبيع قبل القبض أن الصحيح -الذي نص عليه الشافعي في مواضع [من] 4 الأم وغيرها ، واقتضاه القياس -خلاف ما ؛ قاله الماوردي وأجاب عما قاله الماوردي [بأن الضمان] 5 بالعوض زال بالفسخ ، وصار كما لو لم يرد عليه عقد.

ومنها : المستعار -إذ قلنا بالأصح وهو أنه يضمن بقيمة يوم التلف- وكان مثليا ضمن بالقيمة ، صرح به صاحب المذهب والماوردي ؛ ولكنه منعه الشيخ الإمام.

- 1 سقط في "ب".
  - 2 سقط في "ب".
  - 3 في "ب" لو.
  - 4 في "ب" في.
  - 5 في "ب" في أن الضمان.
- صفحة 304 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع فصل :

ويستثنى من المتقوم مسائل :

منها : إذا اقترض متقوما ؛ فالأصح أنه يرد مثله في الصورة ، إلا في نحو  
الجوهر والحنطة المختلطة بالشعير -إن جوزنا قرضهما ؛ فإنهما يضمنان بالقيمة  
صرح به الماوردي ، ونقله عنه الوالد رحمه الله في "شرح المنهاج" وصوبه.  
ومنها : من عجل الزكاة ، وثبت الاسترداد إلى آخر الحول ، والمعجل تالف ،  
ضمنه بالمثل -وإن كان متقوما- صححه الشيخ الإمام ورد جزم الرافعي بأن  
المتقوم يضمن بالقيمة.

ومنها : لو صار المتقوم مثليا كمن غصب رطبا -وقلنا : إنه متقوم- فصار تمرا  
وتلف.

وقال العراقيون : يضمن مثل التمر ، وقال الغزالي : يتخير بين مثل الثمن وقيمة  
الرطب وقال البغوي : إن كان الرطب أكثر قيمة لزمه قيمته وإلا لزمه المثل قال  
الوالد رحمه الله : وهو أشبه.

قاعدة : قال ابن القاص : كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة 1. واستثنى المرتد  
ووافق القفال ، وضم -إلى المرتد- المتسحق قتله في المحاربة. قلت : والذي  
أفهمه من لفظ القيمة -هنا- الضمان ، والمعنى أن متلف ما يجوز بيعه يضمنه  
بقيمته إن كان متقوما وبمثله إن كان مثليا -لا خصوص القيمة المقابلة للمثل-  
والإلزام أن يضمن متلف المثل المتقوم ، ولا يقول بهذا أحد ، وسنحكي عن ابن  
الرفعة ما يقتضي أنه قد فهم خلاف هذا.

فصل :

وما لا يجوز بيعه فلا قيمة على متلفه.

قاله ابن القاص ، والقفال أيضا وعزاه ابن الرفعة في البيع من المطلب إلى  
الجمهور ولمعترض أن يورد على القفال حبة الحنطة ؛ فإنه أوجب على متلفها  
مثلا -مع أن بيعها لا يجوز وهذا الاعتراض جار على ما فهمناه من أن المعنى  
بالقيمة هنا عوض المتلف ، قيمة إن كان متقوما ، ومثلا إن كان مثليا. ومنع ابن

## الأشبه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

القفال- زاعما أنه وافق على عدم إيجاب القيمة لعدم إمكانها بخلاف المثل. يعني فاستمر قوله : لا قيمة على متلفه ؛ لأن الواجب -هنا- المثل لا القيمة إذ لا قيمة. وهذا يقتضي أنه فهم أن المعنى بالقيمة مقابل المثل ، وقد قلنا : أنه لا يستمر ويلزم عليه أن يضمن -ما يجوز بيعه من المتلفات... بالقيمة ولا قائل به والذي أعتقده أن المراد بالقيمة هنا العوض ، وحبه الحنطة لا تضمن -عند الجمهور- لأنها لا تباع فلا عوض لها ، وهي جارية على القاعدة وخلاف القفال -فيها- لا يرد على ابن القاص. واتباع القفال له "شرح التلخيص" لكونه يجري معه على كلام الأصحاب ، وليس له أن ينقض عليه اجتهاده في نفسه.

قاعدة : الرهن أمانة في يد المرتهن [غير مضمون] 1.

قال الشيخ أبو حامد : والمحامي : إلا في ثمان مسائل : قلت : وهي أكثر.

فمنها : إذا رهن المغصوب من الغاصب الأصح أن حكم الضمان باق.

ومنها : المرهون إذا تحول غصباً.

ومنها : المقبوض على السوم إذا تحول رهناً.

ومنها : المقبوض بالبيع الفاسد [إذا تحول رهناً] 2.

ومنها : المبيع المقابل فيه ، إذا رهنه منه قبل القبض.

ومنها : إذا خالعه على شيء ثم رهنه منها قبل القبض.

قاعدة : كل مرهون لا يسقط الدين بتلفه.

قال الإمام في "النهاية" إلا في مسألة واحدة -على وجه- وهي :

ما إذا شرط كون المبيع نفسه رهناً بالثمن ، وقلنا : يصح الشرط ، فإن المبيع على

هذا يكون مرهوناً عند البائع ، مضموناً عليه بحكم العقد ؛ فإن ضمان العقد لا

يزول إلا بالقبض.

قال الإمام : ولا يتصور -على مذهبنا- مرهون يسقط الدين بتلفه إلا هذا ولكن لا

يسقط بسبب تلف الرهن -من حيث كان رهناً- بل بتلف المبيع من حيث كان

مضموناً على البائع. انتهى.

وتبعه الغزالي في البسيط.



الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قاعدة : فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه<sup>1</sup>. قال القاضي الحسين : إلا ما شذ عن ذلك وهو عقد الشركة إذا كانت صحيحة ؛ فعمل كل واحد منهما في مال صاحبه. لا يكون عمله مضمونا وإذا كانت فاسدة يكون مضمونا وعكس هذا المسابقة على الخيل أو الرمي صحيحها يكون مضمونا بخلاف فاسدها. قال ابن الرفعة : والمقبوض في الهبة الفاسدة مضمون -على وجه- بخلاف الصحيحة.

قلت : ومسائل أخرى :

منها : صحيح الوديعة لا ضمان فيه على المودع ، ولو أخذها من صبي أو مجنون ضمن.

ومنها : إذا قال : قارضتك على أن جميع الربح لي -وقلنا : هو قراض فاسد ، لا يستحق شيئا على الأصح -وإن ربح- وفي القراض الصحيح يستحق المسمى فصحيحها مضمون بخلاف فاسدها في هذه الصورة.

ومنها : لو عرض العين المستأجرة على المستأجر ، فامتنع من [تسلمها]2 إلى أن انقضت المدة ، استقرت الأجرة ، ولو كانت الإجارة فاسد لم تستقر صرح به صاحب التهذيب.

ومنها : إذا نكح امرأة نكاحا صحيحا ، وماتت من الولادة ، لم يضمنها -بلا خلاف- ولعله إجماع- ولو كان النكاح فاسدا ؛ ففي ضمانها قولان في البحر. فائدة : ليس مرادنا -من قولنا : الفاسد كالصحيح في الضمان أنه يجب فيه المسمى كما في الصحيح ؛ بل أنه مثله في أصل الضمان ؛ فيجب -في الإجارة الفاسدة- أجرة المثل ونحو ذلك ، لا خصوص المسمى.

فلا يجب المسمى في شيء من العقود الفاسدة إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا بذل الكافر مالا على الدخول في حرم مكة فإن الإمام لا يجيبه فإن فعل فالصلح فاسد ؛ فإن فعل أخرج وثبت العوض المسمى بخلاف الإجارة الفاسدة فإنه إنما ثبتت فيها أجرة المثل ، فإنه هنا استوفى في العوض ، وليس لمثله أجره وإن دخل -ولم ينته إلى الموضع المشروط- وجبت الحصة من المسمى.

1 الأشباه والنظائر 283 ، نختصر قواعد العلاني 1 / 315.

2 في "ب" تسليمها.

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

قاعدة : المفلس لا يلزم بتحصيل ما ليس بحاصل ، ولا يمكن من تفويت ما هو حاصل ويستثنى من الأول : ما إذا لزمه دين - وهو عاصي بسببه- فإنه يلزمه الاكتساب لو فائه ، على ما ذكره أبو عبد الله العزاوي.

قاعدة : قال ابن الصباغ في الشامل في باب التفليس بعدما ذكر أن المفلس إذا باع نخلا وأطلعت وأفلس المشتري قبل تأبير النخل ؛ فرجع البائع في الأصول هل يتبعها الطلع فيه قولان : أحدهما يتبع كما يتبع في المبيع والثاني : لا والفرق أن البيع يصدر بالاختيار ؛ بخلاف فسخ البيع ما نصه قال أصحابنا كل موضع أزال ملكه باختياره على سبيل العوض تبع الطلع ، وكل موضع أزال ملكه بغير اختياره ؛ فهل يتبع فيه قولان كالرد بالعيب وقد ذكر الرافعي والمتأخرون معنى هذا أيضا.

فائدة : كل دين مستقر ثابت في الذمة تجوز الحوالة عليه إلا الإبل الثابتة في الذمة بالجناية. وكل دين غير مستقر لا تجوز الحوالة عليه إلا الثمن في مدة الخيار. قاعدة : أصح القولين أن حجر المفلس حجر مرض لا سفه ولا رهن ، والقول بأنه حجر رهن : استنبطه الوالد رحمه الله وخرجه وليس منصوصاً ولا نعني - بقولنا : إنه حجر مرض ثبوت أحكام حجر المرض كلها ، وكذلك في كل ما يغلب فيه أحد الجانبين على الآخر كقولنا : الظهار طلاق أو يمين واليمين المردودة إقرار أو بينة وأشباه ذلك.

ولو صح لك هذا -هنا- أن المريض يسوغ له الإقدام على التصرف ويحكم بصحة تصرفه ظاهراً ولا خلاف أن المفلس ممنوع من التصرف ، وإن قيل بتنفيذه فيما بعد. فإن قلت : فإذا كان كذلك ، فلا فائدة في هذه القاعدة وأمثالها ؛ إذ لا فائدة غير إجراء الأحكام على قضية قاعدتها.

قلت : قال الشيخ الإمام -فيما عمله من تكملة شرح المهذب : بل فائدته معرفة حقيقة ذلك الشيء ، وسره والمقصود به. قال : والفقيه يعلم أن الشئيين المتساويين -في الحقيقة وأصل المعنى- قد تعرض لكل منهما عوارض تفارقه عن صاحبه ، وإن لم تغير حقيقته الأصلية ؛ فالفقيه الحاذق يحتاج إلى [تيقن]1 القاعدة الكلية في كل باب ، ثم ينظر نظراً خاصاً في كل مسألة ولا يقطع شوقه عن تلك القاعدة حتى يعلم "هل تلك المسألة يجب سحب القاعدة عليها أو تمتاز بما [ثبت]2 له تخصيص حكم - في زيادة

1 في "ب" أن ينص.

2 في "ب" يثبت.

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

أو نقص - وفي هذا تتفاوت رتب الفقهاء ؛ فكم من واحد متمسك بالقواعد - قليل الممارسة للفروع ومآخذها يزل في أدنى المسائل ، وكم [من] 1 آخر مستكثر في الفروع ومداركها قد أفرغ جمام ذهنه فيها - غفل عن قاعدة كلية ، فتخطت عليه تلك المدارك وصار حيران ، ومن وفقه الله بمزيد [من] 2 [العناية- جمع له بين الأمرين ؛ فيرى الأمر - رأي العين- انتهى كلامه ذكره في باب التفليس. قاعدة : [كل] 3 ما لو صرح به أبطل فإذا أضمره كره. ومن ثم يكره تزويج امرأة بقصد الطلاق - عند الإحلال لزوج آخر وهل قصد إقراض - المشهور أنه يرد بأكثر مما اقترض فيه وجهان.

تنبيه : ذكر الشيخ الإمام الوالد رحمه الله هذه القاعدة في شرح المنهاج في مسألة التحليل ، وقال : ينبغي أن لا تؤخذ على إطلاقها ؛ فإن مثل بيع الجمع بالدراهم وشراء الخبيث بها لا يكره".

قال : وقد يقال : إذا احتج الأصحاب بأن الله تجاوز عن حديث النفس 4 لعدم البطلان ؛ فينبغي أن لا تثبت الكراهة أيضا ؛ لكننا نقول : هذه الحديث - وإن احتج به الأصحاب ففيه ما لم يتكلم أو يعمل فإن كان المقصود - ما لم يتكلم بالذي حدثت به نفسها أو يعمل به - فيصح الاحتجاج به.

وإن أخذ مطلقا ؛ فقد يقال : إن هذا حديث نفس - قارنه عمل - كما إذا التقى المسلمان بسيفهما أثم القاتل لصدور حرصه على القتل ، وإن لم يحصل ما حرص عليه ؛ ولكن قارن حرصه عمل وهو وسيلة إليه ، وهنا قارن حديث النفس عمل ؛ لكنه ليس وسيلة إلى الحرام بل إلى الخلاص عنه فلم يحرم وأما الكراهة : فإن قصد بتلك الحيلة معنى المفسدة المنهي عنها شرعا فتقوى الكراهة ؛ وإلا فلا ، ومسألة الخبيث من القسم الثاني. هذا كلام الوالد رحمه الله.

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

4 يشير إلى ما أخرجه البخاري ومسلم رحمهما الله إن الله تجاوز عن أمتي ما وسوست به صدورها ما لم تعمل به أو تتكلم.

البخاري 5 / 160 في العتق/ باب الخطأ والنسيان "2528".

صفحة 309 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في قواعد ربع البيع

قاعدة : كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة ، يجوز التوكيل فيه ، وكل خيار

يرجع إلى الإرادة والشهوة لا يوكل فيه وفيما تردد بينهما تردد فمن الأول : خيار الشرط والعيب والخلف ، ومن الثاني : خيار من أسلم على أختين أو أكثر من أربع ، ومن الثالث : خيار الرؤية- على القول بتجويز بيع الغائب .  
قاعدة : كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة ، وفي وجه -حكاة الإمام ، والغزالي ، والرويانى- أن الواجب عدم المفسدة ؛ فإذا استوت المصلحة والمفسدة لم يتصرف على الأول ، ويتصرف على الثاني وفيها مسائل :  
منها : إذا استوى في نظره المصلحة والمفسدة في أخذ الشقص المشفوع وتركه لليتيم ؛ ففي أخذه الوجوب وهو أغربها - والجواز ، والتحریم .  
ومنها : وهي مما يرد نقضا -إذا شرط في البيع الخيار لأجنبي لم يلزم الأجنبي رعاية الحظ ، قال الرافعي : هكذا ذكره ، ولناظر أن يجعل شرط الخيار إنما ما إذا جعلناه نائباً عن العاقد .

ومنها : إذا جن المكاتب -وله مال- قال الأصحاب : يؤدي الحاكم عنه بالنجوم وقيده الغزالي بما إذا كانت الحرية مصلحته ؛ بخلاف ما إذا كان يضيع بالعتق وحاول الرافعي وابن الرفعة تبقية كلام الأصحاب على إطلاقه ، وإبقاؤه على إطلاقه تكون صور كون العتق مفسدة واردة نقضاً على القاعدة .  
والرافعي قال : إن القيد قليل الفائدة -مع قولنا : إن السيد إذا وجد له ما لا يستقل بأخذه ؛ إلا أن يقال : إن للحاكم منعه من الأخذ- والحالة هذه وقال ابن الرفعة : لو قيل : للحاكم منعه لكان قليل الفائدة أيضا لأن السيد حينئذ يتمكن من الفسخ .  
فيسترجع المال والعبد ، ويتمكن من عتقه يعني عتقا يصادفه لا مال معه ؛ وإلا فهو يتمكن من العتق دائما فيقع منه فررنا قال : فيصح إذا ما قاله الأصحاب ، قلت : ولما منع أن يمنع جواز عتقه -والحالة هذه- ويقول : إذا منعه الحاكم من الأخذ لم يقدر على غير الفسخ الموجب لبقاء العبودية التي هي الآن مصلحة أما العتق- حيث لا ضرر- فلا ، ولكن هذا لا نجد في كلام أكثر الأئمة مساعدا عليه غير ما في حفطي عن شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام : [إن] 1 من أعتق العبد -في زمن الغلاء المفرط- إذا أدى إلى ضيعته- لا

1 في "ب" من أن أعتق.

صفحة 310 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

يجوز ولا أعرف للشيخ عز الدين سلفا في ذلك ؛ إلا أن يكون هذا القيد الذي ذكره الغزالي هنا .

ومنها : إذا اتفق في ماله فرضان في نصاب -كالمائتين- فيها أربع حقائق وخمس بنات لبون ، وهما موجودان عند المالك ؛ فالمذهب وجوب الأغبط المساكين ،

وقال ابن سريج : لا يجب ، بل يستحب قال : "إلا أن يكون ولي يتيم فيراعي حظه".

قلت : فعلى هذا يأخذ المتصرف للمساكين غير الأغبط -وهو خلاف مصلحتهم- لمعارضة مصلحة يتيم معين ؛ فكان وجوب التصرف بالمصلحة مقيداً بعدم المعارض.

قاعدة : ما لا يستحق بالشيء ، لا يستحق به ذلك الشيء ؛ ذكرها القاضي الحسين ، والرافعي ، وغيرهما في باب الشفعة ، ومن ثم لو كان بعض الدار وقفاً ؛ فباع صاحب الطلق منها نصيبه ، لم يكن للموقف عليه الشفعة على الأصح ، وإن قلنا : إن الموقف عليه يملك الموقف ، وأنه يقبل القسمة.

ومن أصحابنا من علل المنع بأن الموقف عليه لا يملك ، وأن الوقف لا يفرز بالقسمة عن الطلق ؛ ولكن قضية إيراد الرافعي ترجيح العلة التي جعلناها قاعدة. ولما ذكر القاضي القاعدة ، خرج عليها فرعا -في جارية نصفها قن ، ونصفها أم ولد- نقله عنه الشيخ الإمام في شرح المنهاج وتكلم عليه.

ومن فروع القاعدة -أيضا دار ثلثها ملك لزيد وثلثها ملك لعمر ، وثلثها وقف على خالد ، فباع أحد المالكين نصيبه. هل تثبت للأخر الشفعة ، قال الوالد رحمه الله : ينبغي أن يقال إن جوزنا قسمة الوقف عن المالك وهو اختيار النووي -ثبت لانتفاء العلة التي ذكرها القاضي ؛ ولأنه ملك وإن لم تجوزه -وهو المشهور- فلا شفعة لعدم توقع الضرر بالمقاسمة.

قلت : وإن أثبتنا الشفعة فيحتمل أن تثبت له الشفعة في الثلث كله ، ويحتمل أن تثبت في السدس.

وقد نازع ابن الصباغ في صحة العلة ونقضها ابن الرفعة ؛ فصاحب الجزء الكبير يأخذ بالشفعة -دون صاحب الجزء الصغير- بالعكس.

قاعدة : قال الشيخ أبو محمد -فيما نقله عنه ولده الإمام في النهاية : "كل ما لا

صفحة 311 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

يؤخذ في مقابلة الدين إلا [معارضة] 1 ؛ فلا تجوز الحوالة عليه وكل ما يؤخذ استيفاء -من غير احتياج إلى الرضى- تجوز الحوالة عليه [إن] 2 كان ديناً ، وكل ما يجوز استيفاؤه ؛ ولكن يشترط فيه الرضى ففي جواز الإحالة غير خلاف والظاهر المنع.

وقال العراقيون : كل ما هو ذوات الأمثال [يجوز إحالة الدين فيه على مثله ، وما ليس من ذوات الأمثال] 3- إذا فرض ديناً مع اتحاد الجنس والنوع فهل تصح الإحالة عليه ؟ فيه وجهان.

قاعدة : كل ما لو قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين ، كما لو أسلم فيما يعم ، فانقطع



في محله ففي الانفساخ قولان ، وكالفسق فإنه يمنع ولاية الإمامة ابتداء ، وإذا طراً. لم يعزل على الصحيح وتستثنى مسائل :  
منها : الرضاع : لو قارن ابتداء النكاح لمنعه ، ولو [طراً] 4 لقطعه أيضاً ولا خلاف فيه.

ومنها : العدة ، لو قارنت ابتداء النكاح لمنعته ، ولو طرأت في أثناءه في وطء الشبهة لم تقطعه ، ولا خلاف فيه.  
فصل :

هذه القاعدة ينقضها شيء ، يعده العادون في القواعد ، ويندرج فيها شيء يعده آخرون في القواعد.

أما الذي ينقضها فقولهم : كل تصرف يمنع ابتداء الرهن ، يفسخه إذا طراً عليه قبل القبض - ولم يحكوا- في ذلك قولان ؛ فلم يطرد دعوى القولين ، قال الوالد [رحمه الله] 5 في "شرح المذهب" وهذا مطرد -لا ينقضه شيء- ولا يرد أن الأصح عدم الانفساخ بتخمير العصير ، وجناية العبد ، وإباقه ، وكذا بموت العاقد عند الرافعي والنووي خلافاً للشيخ الإمام. قال الشيخ الإمام : وإنما لم ينقض الرهن لأن كلامنا في التصرفات ، لا في كل ما يمنع الرهن.  
قال : وأما عكس هذا الضابط فيستثنى منه الرهن من غير قبض- على المنصوص

1 في "ب" بمعاوضة.

2 في "ب" إذا.

3 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

4 في "ب" لو طرأت.

5 ساقط في "ب".

صفحة 312 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وأمر آخر على وجه. وأما الذي يندرج في القاعد ؛ فإنه قد يغتفر في الدوام ، ما لا يغتفر في الابتداء ومسائلها كثيرة وهي من أصلها خارجة عن القواعد ، وانظر كيف أتينا بلفظ "قد" التي لا تستعمل غالباً إلا للتقليل وفهمه ابن مالك 1 من قول سيبويه 2 ، وتكون قد بمنزلة ربما قال الهذلي ، وقد أترك القرن مصفراً أنامله :  
كأن أثوابه محت بفرصاد كأنه قال : ربما هذا نص سيبويه.

قال ابن مالك : فأطلقه أنها بمنزلة ربما موجب للتسوية بينهما في التقليل والصرف إلى المعنى. انتهى وهو الصحيح عندي.

واعترض شيخنا أبي حيان 3 -رضي الله عنه- بأن سيبويه لم يبين الجهة التي فيها



"قد" بمنزلة "ربما" ؛ فلا يدل ذلك على التسوية في الأحكام -فيه نظر ؛ فإن ظاهرة كون الشيء بمنزلة الشيء ، والمساواة في الأحكام كلها إلا ما تعين خروجه.

ثم اعترض شيخنا ثانياً بأنه قد يستدل بكلام سيبويه على نقيض التقليل ، وهو التكثير ؛ لأن الإنسان لا يفخر بشيء يقع منه على سبيل التقليل والندرة ؛ وإنما يفخر بما

---

1 محمد بن عبد الله بن عبد الله بن مالك العلامة الأوحى جمال الدين أبو عبد الله الطائي الحياتي نزيل دمشق ولد سنة ستمائة أو سنة إحدى وستمائة ، قال الذهبي : وصرف همته إلى إتقان لسان العرب حتى بلغ فيه الغاية وحاء قصب السبق وأرعى على المتقدمين ، وكان إماماً في القراءات وعلماً وصنف فيها ، وأما اللغة فكان إليه المنتهى في الإكثار من نقل غريبها واطلع على حواشيتها ، وأما النحو والتصريف فكان فيه بحرًا لا يجاري وحبًا لا يباري توفي رحمه الله في شعبان سنة اثنتين وسبعين وستمائة ، ودفن بالصالحية بتربة ابن الصائغ .  
- ابن قاضي شعبة 2 / 149 ، فوات الأعيان 2 / 227 ، النجوم الزاهرة 7 / 243 ، شذرات الذهب 5 / 339 ، الوافي بالوفيات 3 / 359.

2 وهو عمر بن عثمان بن قنبر وسيبويه كلمة فارسية معناها رائحة التفاح ولد سنة 148 هـ في إحدى قرى شيراز ، ثم انتقل إلى البصرة وأخذ عن الخليل ويونس وأبي الخطاب الأخفش ؛ فكان إمام البصريين وله مناظرات مع الكسائي ومن مصنفاته كتابه الشهير المسمى بسيبويه في النحو لم يضع قبله ولا بعد مثله .  
بغية الوعاة 2 / 229 ، وفيات الأعيان 3 / 462.

3 محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيان الإمام أثير الدين أبو حيان الأندلسي الغرناطي النفري نسبة إلى نفرة قبيلة من البربر نحوي عصره ولغويه ومفسره ومحدثه ومقرئه ومؤرخه وأدبيه كذا وصفه السيوطي في البغية .  
ولد بمطخشارش مدينة بغرناطة في آخر شوال سنة أربع وخمسين وستمائة ، وله من التصانيف البحر المحيط ؛ غير ذلك بغية الوعاة 1 / 280 "516" ، شذرات الذهب 10 / 111 ، حسن المحاضرة 1 / 534 ، الدرر الكامنة 5 / 70 . ابن السبكي 6 / 31.

صفحة 313 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

يقع منه على سبيل الكثرة ؛ فتكون "قد" هنا بمنزلة "ربما" في الكثرة انتهى ؛ ففهم أن "قد" -في البيت- للتكثير ، وهذا ما فهمه الزمخشري 1 من البيت ، وتابعهما الشيخ جمال الدين عبد الله بن هشام 2 ، وزاد فقال في كتابه -المغني- ما

نصه : "الرابع -يعني من معاني التكثر- قال سيبويه في قول الهذلي : قد أترك  
القرن مصفرا أنامله...

وقاله الزمخشري في {قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ} .

قال : أي ربما نراه ، ومعناه تكثير الرؤية ثم استشهد بالبيت "انتهى".

قلت : وهذا لم يقله سيبويه ؛ وإنما فهمه عنه أبو حيان وليس جازما به -كما

رأيت- كلامه ؛ بل قاله معارضة لفهم ابن مالك ، وهو معارض بفهم ابن مالك

وغاية الأمر أن فهم أبي حيان ، طابق فهم الزمخشري من البيت وهذا لا يكفي في

تسويغ النقل عن سيبويه -أنه قال : إن "قد" في البيت للتكثير- مع كون كلامه

محتملا ، وفهم منه آخر المجتهدين في النحو وهو ابن مالك- التقليل.

ثم أقول : الحق ما فهمه ابن مالك ؛ فإن الفخر يقع بترك الإنسان قرنه كأنه أنامله

محت بفرصاد - ولو في وقت واحد.

وقول شيخنا الإنسان لا يفخر إلا بما يصدر منه إلا على سبيل الكثرة -جوابه : أن

ذلك فيما يمكن جريانه قليلا وكثيرا ؛ فلا يفخر بقليله بل بكثيرة. وأما ما لا يتفق

إلا نادرا ذلك فيما يمكن جريانه قليلا وكثيرا ؛ فلا يفخر بقليله بل بكثيره. وما ما

لا يتقن إلا نادرا فإنه يقع الافتخار منه بالقليل ؛ لاستحالة الكثرة وترك الإنسان

قرنه -بهذه الصفة- لا

---

1 محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري أبو القاسم جار الله كان واسع العلم كثير

الفضل غاية الذكاء وجودة القريحة متفنا في كل علم معتزليا قريبا في مذهبه

مجاهرا به ولد في رجب سنة سبع وتسعين وأربعمائة ، وله من التصانيف

الكشاف في التفسير والفائق في غريب الحديث وغير ذلك. بغية الوعاة 2/ 279-

280 ، إنباه الرواة 3/ 265 ، البداية والنهاية 12/ 219 ، الجواهر المضيئة 2/

160 ، لسان الميزان 6/ 4 ، النجوم الزاهرة 5/ 274 ، وفيات الأعيان 4/ 254.

2 عبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف أبو محمد جمال الدين بن

هشام من أئمة العربية ولد سنة ثمان وسبعمائة ، قال ابن خلدون : ما زلنا ونحن

بالمغرب نسمع أنه ظهر بمصر عالم بالعربية يقال له : ابن هشام أنحى من

سيبويه ومن تصانيفه المغني وعمدة الطالب ، رفع الخصاصة عن قراءة

الخلاصة وغير ذلك.

توفي في ليلة الجمعة خامس ذي القعدة سنة إحدى وستين وسبعمائة.

شذرات الذهب 6/ 190 ، الأعلام للزركلي 4/ 147 ، الدرر الكامنة 2/ 308 ،

مفتاح السعادة 1/ 159 ، النجوم الزاهرة 10/ 336.

صفحة 314 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

يستحيل كونه كثيرا ؛ وإنما يتفق نادرا فلذلك يفتخر به لأن القرن هو المقاوم للشخص ؛ فلو فرض مغلوبا -معه- في الغالب ، لم يكن قرنا له ؛ [فلا] 1 المرء قرنا إلا عند المقاومة غالبا ثم يفتخر بأنه غلب قرنه .  
فتقول : لما كان قوله : القرن يقتضي أنه لا يغلب قرينة ؛ لأن هذا شأن القرينين غالبا . موهما التعارض ثم قضى بأنه قد يغلبه -حملنا ذلك على الندرة ، صونا للكلام عن التدافع والتناقض .  
وقلنا : المراد تركه تركا لا يخرج عن كونه قرنا -وذلك هو الترك النادر لئلا يكذب آخر الكلام أوله .

ونحو هذا : قول بعض النحاة -في الرد على من ادعى أن "قد" ترد للتقليل مستشهدا بقولهم : "قد يصدق الكذوب ، وقد يجود البخيل" إنما "قد" هنا - للتحقيق ، لا للتقليل ، والتقليل لم يستفد -في المثالين- من "قد" بل من قولك : الكذوب يصدق ، والبخيل يجود ؛ فإنه إن لم يحمل على أن صدور ذلك -منهما- قليل ، كان فاسدا ، إذ آخر الكلام يناقض أوله ؛ فنقول -كذلك- في قوله "قد أترك القرن..." ؛ إنما المراد التقليل لأنه إن لم يحمل على التقليل [كذب آخر الكلام أوله] 2 وهو إثبات أنه قرن -وعند ذلك أقول : قد أطلت الكلام في "قد" وغرضي حاصل بدونها ؛ فإن لفظ "الاغتفار" - في قولهم : "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" مبني [على] 3 أن أصل المؤاخذة به ، لولا ورود المغفرة عليه ؛ فمن أدخل في القواعد -قولهم : "قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء" وقولهم : "قد يغتفر الشيء تابعا ، ولا يغتفر أصل" ؛ فليس على بصيرة من فهمه ، وهو كمن يدخل المعفو عنه -في باب النجاسة- في أقسام الطهارات .  
والتحقيق : أن وجود الشيء في الدوام بمنزلة وجوده في الابتداء ؛ إلا ما استثنى والمستثنى لا يكون هو القاعدة . وهنا قسمان : أحدهما : أن يستوي وجود الشيء ابتداء ودواما ، وهو الأصل وذلك على ضربين : أحدهما : أن يكون ذلك جزما ، نحو قطع نجاسة الماء القليل بطريان الكثرة عليه وقطع النكاح بطريان الرضاع المحرم ، وكذا وطء أبيه ، أو ابنه زوجته بشبهة ، وبوطئه هو أمها أو ابنتها بشبهة ، وطريان ملك الزوج للزوجة أو بعضها . وبالعكس وهو كثيرا جدا .  
والثاني : أن يكون كذلك ولكن على الأصح من

1 في "ب" فلا يكون .

2 ف "ب" أول الكلام .

3 في "ب" غير .

صفحة 315 | 466

الخلافاً مثل طريان الكثرة على الماء القليل المستعمل ، وطريان الشفاء على المستحاضة في أثناء الصلاة ، وطريان الردة -والعياذ بالله تعالى- على المحرم فيبطل نسكه ، وطريان قصد المعصية على سفر الطاعة حتى لا يترخص ، وعكسه حتى يترخص ، وطريان نقصان عدد الجمعة في أثنائها -كما لو انفضوا- فتبطل الصلاة ، وإذا طوّل المولى بالفيئة أو الطلاق ؛ فوطئ ولم ينزع ، كما غيب ، بل مكث ؛ فالصحيح لاحد لأن الابتداء كان مباحاً وهو أيضاً كثير.

القسم الثاني : أن لا ينزل منزلة الابتداء : وهذا هو الخارج ، وهو أيضاً على ضربين أحدهما : أن يكون ذلك جزماً -وهو قليل- مثل طريان الإحرام والردة وعدة الشبهة على النكاح ، وطريان الإسلام على السبي فإنه لا يزيل الملك وطريان اليسار ، ونكاح الحرة ، والأمن من العنت على حر نكح أمة بالشروط ؛ خلافاً للمزني في اليسار ، ونكاح الحرة ، وطريان إباق العبد ؛ فإنه لا يفسخ البيع ؛ مع كون الإباق يمنع صحة البيع ابتداء ، ولو ابتلت الحنطة المرهونة وتعرضت للفساد لم يفسخ عقد الرهن. وإن قلنا : رهن ما يتسارع إليه الفساد باطل ، ولو رأى المتيمم الماء في أثناء الصلاة أتمها ، إن كانت مما يسقط فرضها بالتيمم ، وهو مانع في ابتداء الصلاة ولو أسلم عبداً لكافر لم يفسخ عقد البيع ، بخلاف ما لو كان مسلماً ابتداءً.

وثانيهما : أن يكون فيه خلاف ، والأصح أنه لا يترك ، وهو أكثر من القسم قبله مثل : القدرة على الماء في أثناء الصلاة ، ونية التجارة بعد الشراء ، وطريان ملك الابن على زوجة الأب ؛ فإنه لا يفسخ به النكاح وإن كان ملك الابن مانعاً من عقد الأب ، ومثله إذا تزوج العبد بجارية ولده ثم أعتق ، وإذا بنى جداراً ملاصقاً للشارع -مائلاً ؛ فسقط ضمن ما يتولد من سقوطه ، وإن مال -بعد أن بناه مستويًا وقبل التمكن من الهدم أو الإصلاح- فالأصح لا يضمن ، ولو سفه في الدين -دون المال لم يحجر عليه في الأصح ، وإن قلنا : لو قارن ذلك البلوغ اقتضى دوام الحجر ، ولو جرت قسمة ثم استحق جزء شائع لم يبطل في غيره على الأصح ، لو أراد بعض الشركاء -في الابتداء- أن ينفرد بالقسمة لم يمكن.

إذا عرفت هذا : فكل من عد الاعتقاد في الدوام أصلاً من أصول القواعد فقد أساء الفهم عن الأئمة وأسوأ منه فهما وأسفه رأياً ، ونظرًا من يعد في القواعد المسائل القليلة التي وقع فيها عكس هذه المسائل ، وهو ما دعت إليه الضرورة من اغتفار الشيء في

الإمام رحمه الله في باب التفليس من "شرح المذهب" ؛ [فقال] 1 : لم أر أحد من الفقهاء استثنى من هذه القاعدة شيئاً إلا ابن الرفعة ؛ فإنني سمعته يقول إلا لقرابة تمنع دوام الملك دون ابتدائه.

قال الشيخ الإمام : وهي مسألة مليحة تستفاد في نقض القاعدة على المذهب قال : وألحقت أنا بها الجنون ، يمنع دوام أجل الدين على قول ولا يمنع ابتداءه. على ما قاله الإمام ، ومثله يأتي في باب الفلاس 2 والتحقيق عدم الاستثناء ، أما الجنون والفلاس ، فالقاطع طريانهما. وأما القرابة فليست مانعة من الملك بل موجبة للعتق بدليل قوله صلى الله عليه وسلم "فيشتريه فيعتقه" فملك القريب كإعتاقه قاطع لا مانع. انتهى كلام الوالد.

وقد ذكرت -أنا- في كتاب "التوشيح" مسائل غير هاتين ، وأنا أسردها ثم أعقبها بذكر مسائل -توهم بعض الطلبة أنها من ذلك- وليس كما توهم. فمنها : هاتان الصورتان.

ومنها : إذا زوج عبد بأمته لم يجب مهر ، وقيل : يجب ثم يسقط ؛ فعلى هذا يفتقر في الابتداء ما لا يفتقر في الدوام.

ومنها : لو وجب القصاص على رجل ، فورث القصاص ولده ، قيل : يجب ثم يسقط وقيل : لا.

ومنها : لو أحرم زال ملكه عن الصيد على الأصح ولو اشترى المحرم صح في وجه.

ومنها : لو تكفل ببدن ميت ، صح ، أو حي فمات انقطعت الكفالة في وجه.

ومنها : على وجه -لو أحرم مجامعا ، انعقد إحرامه صحيحاً ، ثم إن نزع -في الحال- صح ؛ وإلا فسد ، ولو صدر الجماع في أثناء الإحرام أفسد النسك.

ومنها : إذا أذن لجارية ثم استولدها ؛ ففي بطلان الإذن اختلاف بين أصحابنا.

قال الرافعي : واتفقوا على أنه يجوز أن يأذن -ابتداء- للمستولدة فهذا ما أحفظه وأما ما أظن أنه منها ، وليس منها فصور.

1 سقط في "ب".

2 في "ب" المفلس.

صفحة 317 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : كان شيخنا الحافظ تقي الدين أبو الفتح السبكي يعد منها ما لو تناديا بالبيع متباعدين فإنه يصح.

قال إمام الحرمين : ويحتمل أن لا يثبت لهما خيار المجلس ؛ لأن طريان التفرق قاطع للخيار ، فالمقارن يمنع ثبوته قال : ويحتمل أن يقال : يثبت ما دام في



موضعهما.

قال ابن العم رحمه الله : فعلى هذا اغتفر في الابتداء ما لو وقع في الدوام لم يغتفر.

قلت : الاحتمال الثاني هو الحق ، وفيما ذكره أبو الفتح نظر ، فإن هذا ليس بتفريق بل هو مجلسهما ، والتفرق عندنا الانفصال عن مجلس العقد. نعم قد يركب منه لغز ؛ فيقال اثنان تعاقدوا البيع ، فثبت لهما خيار المجلس -وهما متباعدان- فلما تقاربا وضمهما مجلس مختصر ، زال ، أو يقال متفارقان ، ثبت لهما الخيار ؛ فلما اجتمعا زال.

ومنها : إذا طلع الفجر على الصائم -وهو مجامع- فنزع ، صح صومه [ولو جامع] 1 في أثناء الصوم بطل.

قلت : ولا يصح عد هذه الصورة ؛ فإن المغتفر في الابتداء - النزع فلم يحصل به فطر ، وفي الدوام الفطر لا يحصل بالنزع بل بالإيلاج فلم تتحد الصورة ؛ وإنما يصح التنظير لو وجدت صورة يغتفر في الابتداء ثم توجد بعينها في الدوام ولا تغتفر.

ومنها : وطء من علق الثلاث على الوطاء ؛ فإن الطلاق يقع في أول الإيلاج ، فاغتفر في الإيلاج ابتداء ، ومن البيونة ، ولم يغتفر دوامه بل يجب النزع ولباحث أن يمنع كون ابتداء الإيلاج محرماً ؛ إذ لا يصادف طلبه ولذلك التفات على أن العلة هل هي مع المعلول.

بل أقول : ولو قلنا : إنها مع المعلول ، فالعلة نفس الإيلاج لا ابتدائه إلا أن يقال ذات الإيلاج لا ابتداء لها ولا انتهاء وللبحث في ذلك مجال - لسنا الآن.

قاعدة : قال ابن القاص : كل من وجب عليه الحبس بدين فقال صاحب الدين لا

1 سقط في "ب".

صفحة 318 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

يحبس -وأنا أأزمه كانت الملازمة أحق إلا أن يقول المديون : احبسني وامنعه من ملازمتي ؛ فينظر.

إن كان لا يريد الملازمة خوف الشهرة -بلا ضرر يدخل عليه [في ذلك لم يمنع من ملازمته. وإن كان يمتنع من ذلك لضرر يدخل عليه] 1 في وضوئه وظهره رد إلى الحبس ؛ لأن الملازمة تكون في المسجد فإذا طال ذلك ضربه البراز والظهور واستدل على أنه لا يمنع -في القسم الأول- بقوله صلى الله عليه وسلم : "لي الواجد يحل عرضه وعقوبته" 2.

وبتسميته أسيراً قال الشيخ الإمام -رحمه الله- في باب التفليس من شرح المهذب.



وفي هذا الاستدلال إشارة إلى أن صورة المسألة في حبس العقوبة أما حبس الاستكشاف : فينبغي إذا طلب المديون الحبس وترك الملازمة يجاب من غير تفصيل.

والرافعي رحمه الله نقل هذا الفرع عن ابن القاص ، وقال : إن الملازمة أخف ويمكن إلا أن يقول أنه تشق عليه الطهارة والصلاة ؛ فقد يتوهم من كلامه أن الطهارة على سبيل المثال وأن مشقة الشهرة مثلها. قال الشيخ الإمام : وقد عرفت أن كلام ابن القاص يدفع هذا أو يوهم ويبين أن الملازمة قد تكون أثقل. قال : وكلام ابن القاص هذا يشعر بأن المراد من الملازمة ملازمته في مكان واحد كالمسجد ونحوه وهي قريبة من معنى الحبس وكلام غيره يقتضي أن معناها. أن يكون معه ؛ حيث كان -من غير منع من التردد في حاجته- وهي أخف- وإن كان فيها إضجار. والصيمري<sup>3</sup> قال : ولرب الدين ملازمته بنفسه وبوكيله ، وهذا مطلق وكلام ابن القاص مفصل.

1 سقط في "ب".

2 أخرجه أحمد في المسند 4 / 222-388-389 وأبو داود 4 / 313 في الأفضية/ باب الحبس في الدين "3628" والنسائي 7 / 316 في البيوع/ باب مطل الغني وابن ماجه 2 / 811 في الصدقات/ باب الحبس في الدين والملازمة "2427" والبخاري تعليقا 5 / 62 في كتاب الاستقراض/ باب لصاحب الحق مقال وأورده الهيتمي في موارد الظمان ص 283 في البيوع/ باب في المطل "1164" والحاكم في المستدرک 4 / 102 في الأحكام/ باب لي الواجد ، وقال صحيح الإسناد ووافقه الذهبي.

3 عبد الواجد بن الحسين أبو القاسم الصيمري البصري أحد أئمة الشافعية ، وأصحاب الوجوه حضر مجلس.

صفحة 319 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وقال القفال الكبير 1 : إذا طلب الحبس ورضي الطالب بالملازمة ولم يحبس ؛ لأن الحبس إن كان للاستيثاق وكشف الحال فهو إلى رأي الإمام -يحتفظ به وإن كان للعقوبة فلا حق للمطلوب فيه ، وأنه إذا لزم منع الاضطراب في أموره ولا يمنع مما لا بد منه -من دخول الخلاء ونحوه- ولا يمنع في الحبس أو موضع الملازمة من أن يبيع ويشترى. ويصلي تطوعا ويعمل العمل من خياطة ثوب أو غيرها.

قاعدة : قال أبو الحسن الفناكي : كل من غصب شيئا لزمه رده أو رد قيمته إلا مسألة واحدة وهي : أن يسجر التنور ليخبز فيه قيمة آخر من الخبز فيلزمه قيمة

الخطب ، [وليس ما غصب]2 ولا قيمة ما غصب ؛ لأنه غصب خبزا وعليه قيمة الخطب ومن أصحابنا من قال : عليه الخبز. ومنهم من قال : إن عليه أن يسحر التنور ويحميه كما كان.

قلت : وصور الزبيري -في كتاب المسكت- المسألة بأن يصيب عليه آخر ماء فيطفيه ، وحكى الأقوال إلا أنه حكى بدل القول : بأن عليه الخبز قولا : أن عليه قيمة الجمر ، واستشكل الأقوال الثلاثة. أما القول بأن عليه قيمة الجمر ، قال فلأنه لا قيمة له معروفة ، ولا يكال ، ولا يوزن وأما القول بأنه يحميه ، كما كان فلأنه لا ضابط له.

القاضي أبي حامد المروزي وتفقه بصاحبه أبي الفياض البصري أخذ عنه الماوردي ، قال إسحاق : ارتحل الناس إليه من البلاد وكان حافظا للمذهب حسن التصانيف ومن تصانيفه الإيضاح والكفاية والإرشاد شرح الكفاية ، قال ابن الصلاح : كانت وفاته سنة ست وثمانين وثلاثمائة.

والصيمري بصاد مهملة مفتوحة ثم ياء ساكنة بعدما ميم مفتوحة ضمها بعضهم منسوب إلى صيمرة نهر من أنهار البصرة عليه عدة قرى ابن قاضي شهبة 1/ 184-185 ، الشيرازي ص104 ، الأسماء واللغات 2/ 265.

1 محمد بن علي بن إسماعيل أبو بكر الشاشي القفال أحد أعلام المذهب وأئمة المسلمين مولده سنة إحدى وتسعين ومائتين وسمع من أبي بكر بن خزيمة وابن جرير والبخاري وغيرهم وهو أول من صنف في الجدل الحسن من الفقهاء ، وقال الحاكم : كان أعلم أهل ما وراء النهر "يعني في عصره" بالأصول وأكثرهم رحلة في طلب الحديث.

توفي في ذي الحجة سنة خمس وستين وثلاثمائة ، ابن قاضي شهبة 1/ 148 ، الشيرازي 91-92 ، وفيات الأعيان 3/ 338 ، الأسماء واللغات 2/ 282 ، النجوم الزاهرة 4/ 111 ، شذرات الذهب 3/ 51.

2 في "ب" وليس هو ما غصب.

صفحة 320 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

وأما القول بأن عليه قيمة الخطب [فإن المطفي لم يستهلك الخطب]1 ؛ وإنما أتلّف الجمر بعد خروجه عن الحطبية. قال : كما أن من أحرق ثوبا ليتخذ رماده حراقا فأتلّفه رجل ، لا تجب عليه قيمة الثوب قبل الإحراق.

ثم قال الزبيري : أقرب ما يقال وجوب قيمة الجمر فإن له قيمة ؛ فإن قلت : فإذا انتهى إلى حد لا قيمة له فلا شيء عليه إلا الإثم ، وإن بقي بعد الإطفاء فحم ينتفع به ، نظر إلى قيمته حاميا وإلى نقصه حين صار فحما ووجب ما بينهما من

التفاوت.

وذكر الزبيري أيضا -في المسكت أنه لو برد ماء في يوم صائف ؛ فألقى فيه رجل حجارة محمأة أذهبت برده ، فقال قوم : لا شيء عليه لأن هذا ماء على هيئته ، وتبريده ممكن.

وقيل : يأخذ هذا المعتدي ما أسخنه ، ويضمن مثله باردا.

وقيل : ينظر إلى ما بين القيمتين في هذه الحالة فيضمن به.

قال : "وقول الأولين مشكل ؛ لأن هذا أتلف بمنفعة مقصودة ، فصار كما لو نسج ثوبا ، أو ضرب لبنا فأعادهما إلى حالهما الأول" قال : على أن بعضهم ارتكب في هذين أيضا أنه لا يضمن ما نقص ، وهو بعيد ، ومنهم من قال يضمن مثل الثوب منسوجا ، ومثل اللبن مضروبا ويرد على هؤلاء أن فيه إزالة الملك عن المالك ، ودخوله في ملك الآخر بمجرد التعدي ، ويرد على من قال : يضمن ما بين القيمتين باردا أو مسخنا أن الماء ربوي ؛ فإذا أخذ ماءه ومعه دراهم لما نقص وقع في محذور الربا ، كما قيل فيمن كسر درهما مضروبا لغيره ثم نقصت قيمته بغيره من الذهب يحكم عليه به ، وشنعوا على قائله بأنه ربا ؛ والحق أنه لا محذور لأن مالك الدراهم والماء لم يزل ملكه عنهما ، ثم يعود إليه مع غيره ؛ حتى يقع في الربا فلا شناعة في نفس الأمر.

قال : ولو ألقى في ماء أسخنه رجل قطعة ثلج لينتفع به ، فيه كالمسألة قبلها.

قال : ولو بل خيشا ونصبه ليتبرد به ، فجاء رجل وأوقد عنده نارا حتى نشف وحى ، قال بعضهم : عليه قيمة الماء الذي بل به ، وقال غيره عليه قيمة الانتفاع به مدة بقائه باردا.

وقال آخرون : لا شيء عليه إلا الإثم.

1 سقط في "ب".

صفحة 321 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

قال : وأعدلها القول الثاني ؛ لأنه أتلف منفعة مقصودة.

قاعدة : قال الأصحاب في باب الغصب : كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان فيتخير المالك -عند التلف- بين مطالبة الغاصب وبين ما ترتبت يده على يده سواء على الغصب أم لا ثم إن علم الغصب ، فهو غاصب من الغاصب ، وإن جهل فسندكر حكمه في القاعدة الثالثة لهذه القاعدة.

وفي هذه القاعدة تنبيهات : أحدها : أن محلها اليد المقصود بها الاستيلاء

لواضعها ، أما التي يقصد بها واضعها الحفظ للمالك فلم يقصدها. وقد علم من ترجيح الرافعي والنووي أنه ليس لأحد الناس انتزاع المغصوب وعلى هذا

فمنتزعه غاصب ؛ ولكن الذي نص علي الشافعي رضي الله عنه أن لأحاد الناس انتزاع المغصوب ، وقال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله : إنه الحق. والراجح عندي الفصل بين من ظهر منه أنه لو وجد سبيلا إلى الرد لرد ؛ فلا ينتزع منه لئلا يكون المنتزع ناقلا للعين من الضمان إلى الأمانة بلا نص. فائدة : ومن لم يظهر من ذلك فيجب الانتزاع ، وذكرت هذا التفصيل في التوشيح وقلت : إنه ينبغي تنزيل النص عليه.

التنبيه الثاني : محل القاعدة يد ترتبت ، أما تصرف غير ذي اليد ممن هو كالألة فلا يضمن إذ لا يد في الحقيقة ، وذلك كمن رفع كتاب شخص من بين يديه قاصدا أن ينظره ويرده في الحال ؛ فإنه لا يضمن. قاله القاضي الحسين وطرده الإمام ذلك في الدنانير المغصوبة التي تمر بأيدي النقاد ، وليس من فعل هذا توكيل الغاصب لأن التوكيل منفرد باليد ، والنقاد لا ينفرد باليد بل هو بلحاظ من الدافع فلا يد له البتة.

فإن قلت : قد قالوا فيمن غصب شاة وأمر قصابا فذبحها جاهلا بالحال ، وكذا كل من استعان به الغاصب كطحن الحنطة وخبز العجين أن القرار على الغاصب ، وفي هذا شاهد لما ذكرتم ؛ غير أن تضمين هؤلاء - وإن لم يكن القرار عليهم - يرد على قولكم : أنهم كالألة ، ولما ذكر في النقاد ، ومن رفع كتابا. قلت : قال الوالد رحمه الله الضمان - هنا - بطريق الجناية - لا بطريق الغصب فلا يرد البتة.

التنبيه الثالث : قولهم : " غاصب من الغاصب " فيه مناقشة لفظية ، فإن الغاصب هو

صفحة 322 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

المستولي على حق الغير عدوانا والآخذ من الغاصب لم يستول على حقه ولا تعدي عليه ؛ وإنما هو غاصب من المالك باستيلائه على المال الذي كان عند الغاصب وليس بخصوص الآخذ من الغاصب مدخل في الغصب ، وقد بينى على هذا أن الغاصب هل يخاصم ؟ والمعروف أنه لا يخاصم سواء قلنا : يخاصم المرتهن والمستأجر أم لا إذ لا حق له البتة ، وعن الماوردي أنه يخاصم ، وأنا أميل إليه ، ويشهد له أن للضامن حبس الأصل إذا حبس - وإن لم يثبت له عليه علاقة على وجه صححه الشيخ الإمام - ليرهقه إلى تخليصه ، وهكذا الغاصب إذا كان مقصده إرهاب الآخذ منه إلى تخليصه ورأيت بعد ذكرى لهذه المناقشة - في كتاب الأشراف للقاضي أبو سعد الهروي - حكايتها.

التنبيه الرابع : قولكم أن المالك عند التلف يتخير بين مطالبة الغاصب ، وغاصب الغاصب لم تبينوا حاله عند بقاء العين ، وقد يفهم من هذا الإطلاق أنه لا يطالبهما

إذا كانت العين باقية ؛ وإنما يطالب من هي عنده ، لانهصار حقه فيها ، والذي يظهر أنه يطالب غاصب الغاصب بالعين ويطالب الغاصب بقيمة الحيلولة وهل يطالبه بنفس العين مع العلم بأنها ليس عنده ، وأنه ليس له أن ينتزعها من غاصبه ؛ إذ لا حق له فيها ولا ولاية عليها.

فيه نظر واحتمال يجر إلى أنه طالبه المالك بها هل يجعل مطالبته إياه بها إذنا له في مطالبة الغاصب منه ، وهل يجعل هذا الإذن ناقلاً له -إذا قبضها- من حكم الضمان إلى الأمانة ؛ فليُنظر في هذه الخواطر.

قاعدة : ذكرها الأصحاب ضابطاً للمكان الذي يضمن فيه الذي أثبت يده على يد الغاصب عن جهل : "من أثبت يده على يد الغاصب جاهلاً فإن دخل على أن يضمنه لم يرجع أو على أن لا يضمنه ؛ فإن لم يستوف مقابلة كالمستودع من الغاصب فيرجع به والقرار على الغاصب ، وفي وجه لا يطالب المودع أصلاً ، وفي ثالث يستقر عليه الضمان وإن استوفاه ، كأكل طعام مغصوب قدمه إليه الغاصب فقولان : أصحهما -وهو الجديد- أن القرار عليه لا على الغاصب ؛ إلا أن يقول الغاصب -مع التقديم هو لي ، ثم يغرم المغصوب منه الغاصب ؛ فإنه لا يرجع على الآكل خلافاً للمزني لأنه يقوله " هو لي " اعترف بأنه مظلوم ، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه.

قاعدة : من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه وعبارة التنبيه : "ومن لا يجوز".

صفحة 323 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

مأخذ من مأخذ باب الوكالة. "هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف ، فيه خلاف يشبه الخلاف الذي قدمناه في أوائل القواعد في أنه "هل الاعتبار بحال التعليق أو بحال وجود الصفة ؟ غير أنه لا تعليق فيما نحن فيه. وفيه مسائل :

منها : وكله بطلاق امرأة سينكحها ، أو بيع عبد سيملكه ؛ ففي صحته وجهان وعند ذكرهما أشار الرافعي إلى هذا المأخذ.

ومنها : وكل المحرم حلالاً في أن يقبل له نكاح امرأة ؛ فهل يصح ويقبل له بعد التحلل إن اعتبرنا حال التوكيل لم يصح في الأصح.

ومنها : إذ قال : وكتك في مخاصمة كل خصم يحدث له وفيه وجهان حكاهما الماوردي.

ومنها : لو وكل الولي في التزويج قبل استئذان المرأة المعتبر إذنها.

قال صاحب التهذيب : لا يصح مع قوله -في التوكيل بطلاق زوجة سينكحها- "أنه يصح" وهذه منه مناقضة حاول ابن الرفعة الاعتذار عنها في المطلب في



باب الوكالة بما يطول ذكره.

ومنها : لو وكله في طلاق امرأته فلم يطلقها حتى مرض الموكل فهل يكون كالطلاق في المرض فيه وجهان : قال صاحب الذخائر : "مأخذهما أنه هل ينظر إلى وقت التوكيل أو الإيقاع ؟

ومنها : قال : أعتقوا عني عبدا فكان هناك خنثى مشكل لم يجز إعتاقه [عنه] 1  
فإن زال إشكاله فوجهان في البيان.

فائدة : لا يفارق الصلح البيع إلا في مسائل : قال صاحب التلخيص هي اثنتان ،  
وقال الغزالي [ثلاث] 2 وهي أكثر.

منها : صلح الحطيطة لا يصح بلفظ البيع ويصح بلفظ الصلح على الأصح.  
ومنها : قال ابن القاص : لو صالح أهل الحرب من أموالهم على شيء جاز ولو صالح مسلما من ماله على [شيء] 3 لم يجز.

ومنها قال -أيضا- يجوز الصلح عن أرش الجناية لا بلفظ البيع وأنكره الشيخ

1 سقط في "ب".

2 في "ب" زيادة فقط.

3 في "ب" على شيء مما يليه.

صفحة 324 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

أبو علي وقال : إن كان معلوم القدر والصفة. جار باللفظين وإلا امتنع بهما ، وإن علم القدر دون الوصف ففيه خلاف.

وهو في الحقيقة منع لا تفصيل ؛ وذلك لأن صاحب التلخيص إنما تكلم في معلوم القدر والصفة ومن ثم قال الشيخ الإمام : "من وقف على كلام صاحب التلخيص عرف أن كلام الشيخ أبي علي ليس تفصيلا لما أجمله ؛ بل إفادة لأحكام مسائل.

ومنها : قال البويطي -من قبل نفسه لا من عند الشافعي- "إذا وجب لرجل على رجل يمين ، فافتدى منه بمال جاز ، ووافقه النووي وقال الوالد رحمه الله : يشهد له ما في البخاري في القسامة في الجاهلية وافتداء رجل يمينه ببعيرين.

قال : فإن صح ما قاله فهي صورة أخرى يستعمل فيها لفظ الصلح دون البيع لكن في الحاوي ما يخالفه.

قال الوالد رحمه الله : وهو الذي يظهر.

فائدة : قال الوالد رحمه الله : ما يبذل العوض بسببه إن كان مالا ؛ فهو البيع وإلا فالافتداء بحق كالخلع أو بباطل كفك الأسير وكل من البيع والافتداء إن جرى بعد منازعة سمي صلحا وإلا فلا.

قاعدة : قال صاحب التنبيه : "من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته إلا



الصبي المميز ؛ فإنه يصح وكالته في الإذن في دخول الدار وحمل الهدية".  
قلت : أما التوكيل فقد ذكرت في التوشيح أنه يستثنى منه مسائل :  
منها : .....

فصل :

وأما الوكالة فقد اقتصر الشيخ على استثناء الصبي [المميز] 1 فيما [ذكرت] 2  
وبقيت مسائل بعضها في التوشيح.

منها : السفية فإنه لا يقبل النكاح لنفسه -بلا إذن- ويقبل لغيره في الأصح.  
ومنها : السفية -أيضا- فإنه يجوز أن يكون وكيلا عن المرأة في اختلاعها من  
زوجها ويصح ، وتبين إذا أضاف المال إليها ؛ لأن الحجر على السفية لدفع  
الضرر عنه ولا ضرر عليه في قبول هذا الخلع.

1 سقط في "ب".

2 في "ب" ذكر.

صفحة 325 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

نقله الرافعي في الخلع عن صاحب التتمة. وقيد به قول صاحب التهذيب أن السفية  
لا يتوكل عن المرأة في الخلع فقال : [هذا] 1 فيما إذا أطلق لا فيما أضاف إليها  
وهو واضح ، ولا يخفى أنه لا يخالع عن نفسه فقد خاز كونه وكيلا فيما لا يمكنه  
أن يتولاه عن نفسه.

ومنها : الكافر في شراء المسلم والمصحف لمسلم وكذا في طلاق المسلمة ذكرها  
الرافعي في الخلف. هذا كلامي في التوشيح وأشرت بما ذكره الرافعي -في  
الخلع- إلى قوله يجوز أن يكون وكيل الزوج الزوجة -يعني في الخلع- ذميا لأن  
الذمي قد يخالع المسلمة ويطلقها ؛ ألا ترى أنه لو أسلمت المرأة وتخلف الزوج  
فخالعها في العدة ثم أسلم يحكم بصحة بصحة الخلع. انتهى وتبعه عليه النووي  
وابن الرفعة والوالد رحمهم الله تعالى.

وقد يقال : قوله "ألا ترى" إلى آخره يدفع الاستثناء ؛ فإن جعله إياه ممن يطلق  
المسلمة يدفع كونه لا يملك طلاقها ؛ فإنه -حينئذ ما صار وكيلا إلا فيما له -على  
الجملة- أن يفعله غير أنا نقول : توقف صحة الخلع إسلامه تنبئك على أنه لا  
يصح مع كفره وقوله : "ذميا" ليس للاحتراز عن الحربي ، ولو قال كافرا كان  
أحسن وبلفظ الكافر صرح الماوردي في الحاوي وعليه دل الشافعي وهو واضح.  
ويستثنى أيضا لو وكل حلال محرما في أن يوكل حلالا بالتزويج على الأصح  
عند الرافعي والنووي لكن الأصح عند الوالد رحمه الله خلافه وفيما لو توكلت  
المرأة في طلاق غيرها أو في أن توكل من يزوج.

أصل مستتبط : ما لا تدخله النيابة من التصرفات هل يكون التوكيل فيه فعلا له  
يؤاخذ به الموكل فيه خلاف لا على الاطراد والعموم بل في صور :  
منها : الأصح أنه لا يصح التوكيل في الإقرار فإن وكل -على هذا- لم يكن مقرا  
على الأصح.

ومنها : التوكيل بالحوالة لا يصح وهو يصير محيلا بالتوكيل فيه وجهان ؛ قاله  
القاضي الحسين وخالف فيه صاحب التهذيب.  
ومنها : المشهور صحة التوكيل في عقد الضمان ، وقال القاضي لا يجوز وهي  
يصير بذلك ضامنا فيه وجهان.

1 سقط في "ب".

صفحة 326 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

ومنها : يجوز التوكيل بعقد الوصية ومنعه القاضي الحسين ، قال لأنها قرينة قال :  
وهل يصير بذلك موصيا يحتمل وجهين.  
فصل :

يقرب من هذه النظائر -على العكس- القادر على رفع الشيء هل يكون جوده  
إياه رفعا له فيه خلاف في صور :

منها : لو جحد الوكيل كونه وكيلا ؛ فهل يكون ردا لها فيه أوجه أحدها : وهو ما  
أطلق الرافعي في باب النذر تصحيحه - ارتفاع الوكالة بالإنكار.

[قاعدة : اختلف الأصحاب في أنه "هل الاعتبار بحال التوكيل أو بمال إنشاء  
التصرف اختلف جعل بعضهم أصله من مسائل أصول الديانات أن التكليف هو  
يتوجه حال المباشرة أو قبلها ؟ " وليس رد هذه القاعدة على هذا الأصل -عندي-  
بمرض ؛ فأنا أسرد فروعها ليتبين ذلك فمن فروعها : لو وكله بطلاق زوجة  
سينكحها ، ولو وكل المحرم حلالا في قبول النكاح ، هل يصلح ويقبل له بعد  
التحلل ؟ ولو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له ، [وهذه فيها وجه في  
الحاوي] 1.

قاعدة : قال القاضي الحسين رحمه الله : "ما لا يستحق بالشفعة لا يستحق به  
الشفعة" ، وجعل هذا علة قولهم في أرض نصفها وقف ونصفها طلق أنه لا يثبت  
للموقوف [عليه] 2 الشفعة وهو الصحيح وتبعه الرافعي فقال : "إن الوقف لا  
يستحق الشفعة فلا تستحق به الشفعة" ، والأصح عند الوالد رحمه الله أن علة  
كون الموقوف عليه لا يملك الوقف على المذهب ؛ فليس بشريك في الملك  
والشفعة إنما تثبت لشريك الملك ، وهذه هي التي اختارها ابن الصباغ".  
ولو قلنا : بأن الموقوف عليه يملك ؛ فشرط الشفعة قبول القسمة ، والوقف لا

يفرز بالقسمة عن الملك على أشهر الوجهين.  
وهنا تنبيهان : أحدهما : يتخرج على ما تعلق به الوالد من العلة وما تعلق به  
الرافعي وتبعه النووي إذا قلنا الموقوف عليه يملك ، وقلنا بما اختاره النووي من  
أن الوقف يقسم عن الملك فالوالد يقول تثبت الشفعة حينئذ ؛ لانتفاء العلة والرافعي  
والنووي يقولان لا تثبت لما رجحاه من العلة ؛ فإن الوقف لا يؤخذ بالشفعة فلا  
يؤخذ به. وكذلك

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

2 في "ب" على.

صفحة 327 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

إذا كانت درا ثلاثا ، ثلثها وقف ، وثلثاها لاثنين فباع أحدهما نصيبه هل يثبت  
للآخر الشفعة ؟

قال الشيخ الإمام : ينبغي أن يقال بالجواز إن جوزنا القسمة لانتفاء العلة التي  
ذكرها القاضي ، وبالمعنى إن لم نجوز لعدم توقع الضرر بالمقاسمة ، [ولذلك] 1  
أطلق صاحب التنبيه وغيره أن ما ملك بشركة الوقف لا شفعة فيه.

التنبيه الثاني : هذه القاعدة ضعفها ابن الصباغ ونقضها ابن الرفعة بصاحب  
الجزء الكبير ؛ فإنه لا يأخذ الجزء الصغير -الذي لا ينقسم- منه ، لعدم توقع  
القسمة ولا عكس ومن الغريب أن القاضي الحسين قال : بعد أن ذكر [هذه] 2  
القاعدة : "وعلى هذا نقول الجارية التي نصفها قن ونصفها أم ولد فإن استولدها  
معسر فوقفنا الاستيلاء على حصته لو أعتق صاحب النصف الذي هو أم ولد  
نصيبه لم يسر إلى ما هو قن ؛ لأن صاحب النصف القن إذا أعتق نصيبه لم يسر  
إلى ما هو أم ولد منها : [كما] 3 لا يسري إلى الغير.

قاعدة : ما يبذله الشفيع من الثمن للمشتري مقابل لما [يبذله] 4 المشتري "على ما  
ذكر ابن الدم أنه المفهوم من كلام الأصحاب وهو قول الفقهاء ، وقال القاضي  
الحسين : "إنه في مقابلة الشقص" ؛ فالمشتري عند الفقهاء كأنه ناب عن الشفيع  
في الشراء أو أقرضه الثمن وأحوجه إلى هذا دلالة الحديث ؛ على أن الشريك  
أحق بالشفعة. فكان الشفيع نازل منزلة المشتري قال ابن أبي الدم : "وهذا  
الخلافاً ينبغي أن يكون قاعدة باب الشفعة" وعلى هذه القاعدة يتخرج مسائل :  
منها : خيار المجلس للشفيع وجواز التصرف قبل القبض وأخذ ما لم يره والملك  
نقضاً للقاضي عند قوله تملك وبالإشهاد ولخوف الزيادة والحط وانحطاط مقدار  
الأرض ، وغير ذلك من مسائل كثيرة. من أهمها إذا كان الشفيع وارثاً ، والبائع  
مريض وفي الثمن محاباة وقبض الشقص إذا كان عليه صفائح من ذهب ، والثمن

فضة - على ما تفقه ابن الرفعة ، وإن كان المنقول اشترط القبض فيه. والتصحيح مختلف في هذه الفروع لسبب يخص الفروع في نفسها.

1 في "ب" كذلك.

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

4 في "ب" يعدله.

صفحة 328 | 466

الأشباه والنظائر

القول في قواعد ربع البيع

تنبيه : قال الوالد رحمه الله : مما يشكل على الفقهاء في تقديره أن المشتري أقرض الشفيع الثمن أنه لو كان كذلك لكان الواجب - فيما إذا اشترى الشقص بمتقوم - المثل الصوري كالقرض ، لا القيمة ؛ فالأشبه على قاعدته أن يقدر أن الشفيع أتلفه عليه ، وعلى قاعدة القاضي يجعل معيارا لا غير قلت : لا شك أن الفقهاء يقدر كأنه أتلف ؛ فإن الأصحاب صرحوا بأن المتقوالم لا يؤخذ بالمثل الصوري - هنا - وإن أخذ في القرض كذلك. فقال صاحب التتمة : الشفيع لا يؤخذ بالمثل صورة ، بخلاف ما قلناه في القرض على أحد القولين - لأن القرض مشروع للإرفاق ؛ فلو لم نوجب الجنس امتنع الناس عن القرض فيفوت الرفق المطلوب. وأما الأخذ بالشفعة فسببه الإلتلاف "والمقومات - عند الإلتلاف - تضمن بالقيمة". انتهى.

وقال أعني صاحب التتمة بعد ذلك إذا استقرض شقصا فالشفيع يأخذ الشقص بقيمته بلا خلاف لأن المستقرض يضمنه بالقيمة على المذهب الصحيح ، وعلى القول الآخر يجب عليه رد المثل على سبيل الإرفاق والشفعة ملحقة بالإلتلافات. انتهى.

وهذا الفرع نقله عنه الرافعي وهو بناء منه على جواز قرض الشقص من دار وقد نقله [عنه] 1 قبل ذلك ، وصرح به أيضا في كتاب التتمة قبل ذلك جازما به وخرج من هذا أن للفقهاء أن يقول إنما يلزمه رد المثل صورة أن لو كان قرضا حقيقيا وهذا ملحق بالقرض وليس هو إياه فلا يلزم. قاعدة : قال القاضي حسين كل يد كانت يد ضمان وجب على صاحبها مؤنة الرد ، وإن كانت يد أمانة فلا.

قلت : وأغرب أبو إسحاق العراقي شارح المهذب فزعم أن مؤنة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب على المشتري ، ويستثنى من العكس الإجارة على ما صحح النووي في تصحيح التنبيه أنه يجب مؤونة ردها على المستأجر وهي أمانة ، ومن الطرد إذا غصبها من ذمي على ما صححه الرافعي والنووي يجب ردها ثم

في وجوب مؤونة الرد خلاف ؛ لكنهما صححا وجوبها.

1 في "ب" زيادة الرافي.

صفحة 329 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

قواعد باب الإقرار :

وخص بالتبويب لكثرة قواعده ، وفيها ما هو منصوص أصل منصوص ؛ قال الشافعي رضي الله عنه : أصل ما أبني عليه الإقرار أني لا ألزم إلا اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة.

وهذه العبارة المنصوصة أجود من كل العبارات الشارحة لها وأوضح ، وأقصى ما ذكروا فيها أن مراده باليقين أعم من الظن الغالب ، وادعى ابن القاص استثناء مسألتين من هذا الأصل ، واستثنى غيره غيرهما ، ونحن نورد المستثنيات قاعدة : قال صاحب التلخيص : كل سكران يصح إقراره إلا اثنتين. أحدهما : المكره على الشرب.

والثاني : من ظن المسكر غير مسكر.

قال أصحابنا في ما حكاه القفال عنهم ونقله عن صاحب البحر ساكتا عليه هذا إذا ظن جنس المشروب غير مسكر ، أما من عرف أن جنسه مسكر ؛ ولكن ظن أن ذلك القدر لقلته لا يسكر فأقراره صحيح.

قلت : وهذا بعض ما في الرافي وكتب المتأخرين ؛ إذ الذي فيها أن من لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر معذور ، ومن لم يعلم أن المشروب من جنس المسكر أعم من أن يظنه غير مسكر ، أو يكون ساذج أقدم على شرب شيء مجهول ولا يلزم من مسامحة من ظنه غير مسكر مسامحة من لا ظن له البتة. والذي اعتقده أن إطلاق الرافي محمول على تقييد ما نقله القفال عن الأصحاب ؛ فلا يسامح إلا من ظن الجنس غير مسكر أما من لا ظن له أصلا فحقه البحث ولا يسامح.

قاعدة : قال صاحب التلخيص -في باب الإقرار- ما نصه ، "وإذا كان له على رجل في ذمته مال ، فأقر به لغيره.

جاز في الحكم إلا في ثلاثة".

- إذا أقرت المرأة بصداق على زوجها.

- وإذا أقر الزوج بما خالع عليه امرأته.

- أو أقر بما وجب له من أرش الجناية عليه في بدنه. انتهى.

صفحة 330 | 466



الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

والعلة في ذلك أنه يختص بمن وجب له ، ولا يجوز أن يثبت في الابتداء لغيره - بخلاف سائر الديون.

قلت : وكلام صاحب التلخيص - كما رأيت - صريح في أن محله الديون ؛ فيقر بدين ثبت له في ذمة الغير ؛ إلا في هذه المسائل ، وعلى هذا جرى الجرجاني فقال - في المعاينة بعد ذكر هذه المسائل : " هذا إذا قلنا لا يصح بيع الدين في الذمة ، وأن الحوالة تفتقر إلى رضی المحال عليه ؛ فإن قلنا يصح بيع الدين ، وأن الحوالة تصح من غير رضا ؛ فأقر به لغيره في هذه المسائل وعزاه إلى بيع أو حوالة ، وصح [وإذا] 1 أطلق فعلى قولين - بناء على القولين فيمن أقر للحمل بمال غير منسوب إلى جهة ". انتهى.

وما قاله " من تخريج ذلك على الإقرار بالدين - سبقه إليه الإمام الحرميين ، وظن ابن أبي الدم أن الإمام تبع الجرجاني في ذلك ، ويشبه أن يكون الأمر بالعكس ؛ فإن الجرجاني - صاحب المعاينة - متأخر عن الإمام ، وما ذكره من الجزم بالصحة فيما إذا أسنده إلى جهة حوالة أو بيع [صححناه] 2 وحكاية القولين فيما إذا أطلق ، وأنها مبنيان على الإقرار المطلق للحمل ، هو ما نقله الرافعي عنه ، واقتصر الرافعي على نقله عن الجرجاني عجيب ؛ فإن الأكثرين من الأصحاب ذكروه كما ذكر الجرجاني ، والجرجاني متبع لهم ، منهم القفال - في شرح التلخيص - وغيره.

نعم : بقيت مسألة مليحة ، وهي [ما] 3 إذا لم يطلق ولم يسند إلى جهة معينة ؛ بل قال : صار ذلك إليه وقد صر بها الماوردي ، فقال : " يصح قوله : صار ذلك إليه في الصداق والخلع ، ويكون في أرش الجناية على حالين ، وإن كان دراهم ودنانير ، صح ، وإن كان إبلا ، فلا " .

واعلم : أن الراجح - فيما إذا أطلق الإقرار للحمل - الصحة ، فيخرج من ذلك أن ما ذكره صاحب التلخيص لا يجيء إلا على الضعيف ؛ فمن ثم حمل الأئمة ما ذكره - كما قال الرافعي - على ما إذا أقر بها عقيب ثبوتها ، بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، ثم اعترض الرافعي ذلك . بأن سائر الديون - أيضا - كذلك فلا ينتظم الاستثناء بل الأعيان بهذه المثابة ؛ حتى لو أعتق عبده ثم أقر له السيد أو غيره - عقيب الإعتاق - بعين أو دين ، لم يصح ؛ لأن أهلية الملك لم تثبت له إلا في الحال . ولم يجر بينهما ما يوجب المال .

1 في "ب" ان.

2 في "ب" ان صححناه.

3 سقط في "ب".



قلت : ولي بحث مع الرافي ، ومع الأكثرين ، ومع الأئمة .  
 فأقول : قول الرافي رحمه الله : "سائر الديون كذلك" غير مسلم ؛ لأن سائر  
 الديون ممكن ثبوتها ابتداء للمقر له ، بخلاف هذه الثلاثة ، وكلام ابن القاص فيما  
 لا يجوز أن يثبت في الابتداء لغي المقر ، كذا فهمه القفال وغيره -من الأئمة-  
 [عنه] 1 ؛ ومن ثم أقول : جعل الأكثرين في هذه الديون الثلاثة إذا أطلق الإقرار  
 بها على القولين فيمن أقر للحمل وأطلق ، مستدرك من قبل أن لابن القاص أن  
 يقول لا يلزم من صحة الإقرار المطلق للحمل ، صحة الإقرار المطلق بهذه  
 الديون ؛ لأن الحمل يصح أن يثبت له ابتداء ما أقر به له بميراث ونحوه ، وأما  
 هذه الديون فلا يصح ثبوتها -ابتداء- لغير المقر ؛ فقد يقال لا يصح الإقرار  
 المطلق بها لأن الأصل عدم الناقل ، ومجرد الاحتمال لا يصلح دفعا لهذا الأصل  
 ، بخلاف الحمل فإن الاحتمال فيه أقوى لكونه يصح أن يثبت له ابتداء ؛ فلسنا  
 على ثقة من [أن] 2 المقر له ثبت له ذلك ، ثم انتقل عنه بل جاز أن لا يكون ثبت  
 له البتة . يكون الحكم به للمقر له مستندا إلى احتمال الناقل وحده ، ولست أدعي أن  
 الصحيح عدم صحة الإقرار المطلق بهذه الديون ؛ بل أقول : هو أولى بعد  
 الصحة من الإقرار للحمل -وإن اشتركا في الصحة .  
 وأقول -أيضا- قد يقول ابن القاص بهذه التفرقة ؛ فلا يصح الإقرار المطلق لهذه  
 الديون كما هو ظاهر كلامه ، وإن صححه في الحمل .  
 وإذا عرفت هذا ، عرفت أن حمل الأئمة كلامه على ما إذا أقر بها عقب ثبوتها ؛  
 بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، فيه نظر ، لأنه -كما عرفناك- يقول : "وإن طال  
 المدى بعد ثبوتها" فاحتمال الناقل فيها أضعف منه في الحمل .  
 فهذا تمام الكلام على قول الرافي : "سائر الديون كذلك" وأما قوله : "بل  
 الأعيان بهذه المثابة..." إلى آخره ، فهو -أيضا- مبني على ما حمل الأئمة كلام  
 ابن القاص [عليه ، وقد قلنا : أن لابن القاص] 3 أن يجري كلامه على إطلاقه ؛  
 فلا يتعين حملهم ، ولا تكون الأعيان بهذه المثابة نعم : قد يقال : كما لنا ديون لا  
 يقر الإنسان بها لغيره ، كذلك لنا أعيان بهذه المثابة ، وهذه إلحاق وزيادة ، لا  
 إيراد ، وكان -حينئذ- ذكر ما ألحقه الماوردي بهذه الصور أولى ؛ إذ ألحق بهذه  
 الصور الثلاث ما إذا أقر مالك البهمة

1 سقط في "ب".

2 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

3 سقط من "ب".

بحلها لغيره قال : ولو قال في هذه الصور : " صار ذلك إليه " لم يصح أيضا ؛ فإن أراد الماوردي الاعتراض على ابن القاص ؛ فليس بجيد ؛ لأن كلامه في الديون لاقى الأعيان ، وإن أراد إلحاق العين بالدين فهي فائدة جديدة - لا تعلق لها بابن القاص ، ثم لك أن تقول : يصح ثبوت الحمل ابتداء للغير كحامل أو وصي مالكا بحملها لزيد ثم مات ، وقبل الموصى له الوصية ؛ فالوارث المالك [الحمل] 1 يقر بالحمل لزيد ، وهو مالك بهيمة صح إقراره بحملها لغيره ، والحمل لم يثبت له ابتداء.

فإن قلت : هب أنه لم يثبت [له] 2 ابتداء ؛ إلا أنه - أيضا - لم يثبت للمقر له ابتداء ، بل للميت الموصى ، وتنزيل وارثه منزلته ، أولى من تنزيل الموصى له ؛ فإما أن نقدر أنه ثبت للوارث ثم انتقل عنه ، فيتجه كلام الماوردي ، وإما أن لا نقدر ذلك ؛ فلا يصح الاعتراض - أيضا - لعدم [صحة] 3 ثبوته للمقر ابتداء.

قلت : نفرض ذلك في رجل أوصى بما ستحملة هذه الجارية فإن الصحيح صحته فإذا حملت ، وأقر به الوارث للموصى له ؛ فقد أقر بما يثبت للمقر له ابتداء ؛ فلا يتأتى كلام الماوردي في هذه الصورة ، ولا ينبغي أن نورد على ابن القاص إلا دين - غير هذه الصور الثلاث - لا يمكن ثبوته ابتداء للمقر.

وقد خطرت لي صورة ، وهي الفقراء إذا انحصروا في بلد ، ووجبت الزكاة في مال بعض أهل البلد ، وفرعنا على القول بتعليقها بالذمة ؛ فإنهم إذا أقروا بذلك القدر الواجب لمن ليس من أهل الزكاة ؛ فقد أقروا بما لا يصح ثبوته ابتداء للغير ؛ فينبغي - على قول ابن القاص - أن لا يصح ، بل قد يقال بذلك على كل الأقوال ، لأن الذمة ليست خلوا - وإن قلنا - بتعلق الشركة أو الرهن.

وصورة ثانية : وهي الحر المؤجر نفسه إذا أقر بما له من الأجرة في ذمة المستأجر ؛ إلا أنه قد يقال : جاز أن يكون المقر له استأجر نفس هذا الحر قبل أن يستأجره المستأجر الثاني ، وأذن له أن يؤجر نفسه عنه ، فأجر نفسه عنه ، فالأجرة ثابتة للمستأجر الأول ، والحر واسطة ، فلم يمتنع ثبوت المقر به للغير. فائدة : كثيرا ما يقع أن شخصا يقر بأنه لا حق له في هذا الوقف ، أو أن زيدا هو المستحق دونه ، ويخرج شرط الوقف مكذبا للمقر ، ومقتضيا لاستحقاقه ، فيظن بعض

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

2 سقط من "ب".

3 سقط من "ب".

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

الأغبياء أن المقر يؤخذ بإقراره والصواب أنه لا يؤخذ ؛ سواء علم شرط الواقف ، وكذب في إقراره ، [أو] 1 لم يعلم ، فإن ثبوت هذه الحق له لا ينتقل بكذبه [والله أعلم] 2.

قاعدة : قال الشيخ الإمام رحمه الله في شرح المنهاج : "ما لا يدخل في البيع لا يدخل في الإقرار ، وما يدخل في البيع يدخل في الإقرار إلا الثمار غير المؤبرة فإنها على الصحيح -تدخل في البيع- ولا تدخل في الإقرار . قلت : وإلا خاتم فيه فص ؛ فإنه يدخل في البيع وفي الإقرار . ظاهر نص الشافعي -وهو الأصح عند البغوي- لا يدخل الفص . مسائل أخرى فيها كثيرة :

واعلم أن التعبير عن هذه القاعدة بهذه العبارة هو الصواب ، وعبر بعض الأصحاب بعبارة أخرى مدخولة ، وقد بين الوالد -رحمه الله- ذلك في شرح المنهاج .

وذكر الرافعي -بعدهما رأى انتشار المسائل- أن الضابط "أن ما لا يتبع [في] 3 البيع ولا يتناوله الاسم فهو غير داخل ، وما يتبع ويتناوله فهو داخل وما يتبع ولا يتناوله الاسم فوجهان ، وقصد بهذا القسم الأخير - الثمار غير المؤبرة . قال الوالد رحمه الله : ولكنه يرد عليه ثياب العبيد ؛ فإنها لا يتناولها الاسم وفي دخولها في البيع خلاف ، ولا نعرف أحدًا قال بدخولها في الإقرار من جهة التبعية ، نعم في دخولها فيه خلاف من جهة اليد قال : ولا جرم أن الإمام قيد الضابط المذكور بأن تكون العين التي لا يتناولها الاسم متصلة بما يتناوله الاسم ، وثياب العبيد منفصلة عنه .

وأورد ابن الرفعة على الرافعي ما حكى ابن سريج أنه إذا أقر لرجل بجارية ، رحمه الله : "وقد يجاب عن هذا بأنه ليس لأجل التبعية في الإقرار بل لأن ملك الأم يقتضي ملك الولد حتى يثبت خلافه..." .

قاعدة : قال القاضي أبو سعد : ضمنى كل إقرار مثل صريحه ، واستشهد بمسألتين :

1 في "ب" أم .

2 سقط في "ب" .

3 سقط في "ب" .

صفحة 334 | 466

إحدهما : قال الزوج : أخبرتني الرجعية بانقضاء عدتها -وهي لم تدع ذلك- فرجعتها ، صحت المراجعة ، ولأن الخبر ينقسم إلى صدق وكذب ولم يعين خبرها في جانب الصدق إذا لم يصدقها في ذلك ؛ فصار كما لو صرح بأنها أقرت كاذبة ، فإن ادعت انقضاءها وكذبها وراجعها في تلك الساعة -قبل تحليفها- فإن حلفت تبين بطلان الرجعة ، وإن نكلت وحلف هو ، تبين صحة الرجعة على ظاهر المذهب. انتهى ملخصا.

وفيه كلامان :

أحدهما ، أنه لم يتبين لي صحة الاستشهاد منه ؛ فإن قوله : "أخبرتني بقضاء العدة ، إذا لم يتضمن التصديق ، لا يتضمن التكذيب ؛ وإنما اقتضى التكذيب مراجعته إياها بعد ذلك ، ومراجعته ليست إقرارا ، بل هي إنشاء الرجعة. ولو جعل هذه المسألة مستثناة من القاعدة ، لكان متجها ، ووجهه أن اعترافه بإخبارها بانقضاء العدة يتضمن أن لا رجعة له ؛ لأنه اعترف بإقرارها بما جعلها الشارع مؤتمنة عليه ، لكننا جعلنا له الرجعة ؛ فلم يعط ضمني الإقرار حكم صريحه.

والثاني : أن حكم المسألة فيه إشكال ، ونقلها فيه إشكال ، وبيان إشكال الحكم ما ذكرناه من أن الخبر وإن لم يستلزم الصدق لكن اعترافه بأنها أخبرت اعتراف بأن لا رجعة له ، وليس له عليها غير اليمين على ما ائتمنها عليه الشارع ؛ فكيف يمكنه من الرجعة.

ولعل صورة المسألة : أن تكذبه في أنها أخبرته ، أو أن تقول : أخبرته ؛ ولكني كنت كاذبة ، والواقع أن عدتي لم تنقض.

وعلى هذا الوجه : نقل المسألة الرافي في آخر باب الرجعة -فقال وعن نصه- في الأم لو قال : أخبرتني بانقضاء العدة ، ثم راجعها مكذبا لها ؛ فقالت -بعد ذلك- ما كانت عدتي منقضية ، وكذبت نفسها ، فالرجعة صحيحة ، لأنه لم يقر بانقضاء العدة ، وإنما أخبر عنها. انتهى.

وكشفت عن هذا النص ؛ فوجدت -في مبسوط البيهقي- ولو طلق امرأته ثم قال : أعلمتني بأن عدتها قد انقضت [ثم راجعها ، لم يكن هذا إقرارا بأن عدتها قد

انقضت] 1 ؛ لأنها قد تكذبه فيما أعلمته ، وتثبت الرجعة إذا قالت المرأة ، لم تنقض عدتي ، وفي رواية البويطي وقد قيل ولا رجعة له ، لإقراره بانقضاء العدة. انتهى.

وعزاه إلى الجديد ، وفيه تأييد لنقل الرافعي ، لتقييده ثبوت الرجعة بما إذا قالت المرأة : "لم تنقض عدتي ؛ غير أن لفظه -كما رأيت- أعلمتني ، لا أخبرتني ، وما أرى أن مراده بالإعلام إلا الإخبار ، فهما سواء ، ولو أراد حقيقة الإعلام - وهو تحصيل العلم الذي هو الاعتقاد الجازم المطابق- لما أثبت له الرجعة بعد ذلك بحال لا 2 يكون قد صدقها في انقضاء العدة ؛ فلا يسمع بعد ذلك منه- أنها لم تنقض وإن وافقته المرأة.

ويدل عليه نص الشافعي رضي الله عنه عقب- هذا ؛ إذ قال البيهقي : "وقال الشافعي رضي الله عنه في الكتاب" وإن قال : قد انقضت عدتها ، وقالت هي : انقضت ، ثم قالت : كذبت ، لم يكن له عليها رجعة ؛ لأنه أقر بانقضاء عدتها ، وكذلك لو صدقها بانقضاء العدة ثم كذبها ، لم يكن له عليها رجعة. انتهى.

ثم قال القاضي أبو سعد :

والمسألة الثانية : مسلم تحته مسلمة وكتابية بالنكاح ؛ فقال للمسلمة : ارتدبت وللكتابية أسلمت ، وأنكرتا جميعا ، بطل نكاحهما ، لزعمه أن الكتابية ارتدت بإنكارها للإسلام ، وضمني الإقرار 3.

قلت : وصورة المسألة أن يكون ذلك قبل الدخول ، وقد نقل الرافعي الفرع قبيل كتاب الصداق عن فتاوي البغوي ، وهو شاهد جيد ، وفي ظني أن الشواهد على هذه القاعدة كثيرة ، وينبغي أن يقال ضمنى كل إقرار معتبر مثل صحيحه ، وأما الإقرار الذي لم يعتبر فهل يثبت ما تضمنه ، فيه نظر ؛ وذلك كما إذا أقر بطلاقها واحدة وارتجعها ، وادعت أنه طلقها ثلاثا ، ثم اعترفت بصدقه وكذبت نفسها ؛ فقد نص الشافعي ، رضي الله عنه على أنها يحل [بها] 4 الاجتماع معه نقله ابن الرفعة في المطلب عن الماوردي في آخر باب الرجعة -فإذا مات هذا الزوج ؛ فالأقرب -على ما ذكره الشيخ الإمام الوالد رحمه الله في فتاويه أنها ترثه ، وإن كان قد سبق منها الاعتراف بأنه أبانها ثلاثا ؛ لأن ذلك الاعتراف لم يعتبر ، بل ألغاه الشارع.

1 سقط في "ب".

2 في "ب" لأنه.

3 وفي "ب" وضمني الإقرار لصريحه.

4 في "ب" لها.

صفحة 336 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

بل قال الشيخ الإمام : "فيما لو طلقها طليقة خلعا ، وادعت هي أنها ثالثة -تحتاج إلى محلل- ثم رجعت عن ذلك وزوجت منه بغير محلل ، أن الأقرب ثبوت



الزوجية والميراث" ذكره -أيضا- في الفتاوي.  
وكذلك لو كان له على رجل ألف ؛ فقال اشتريت منك دارك بتلك الألف وقبضته  
وأنكر من عليه وحلف ، يجوز له مطالبته بالألف ، ولا مبالاة بما تضمنته دعواه  
من صدور عقد الشراء والقبض ؛ لأن العوض لم يسلم له ، وهو بخلاف ما إذا  
قالت : اختلعت نفسي منك على صداقي فخالعتني ، وأنكر ؛ فلا رجوع لها  
بالصداق ؛ لأن الفرقة التي حصلت بالخلع لا ترتفع بزعمها -ذكره البغوي في  
الفتاوى وأطال في الفرق- وذكر بعده بقليل "أنها إذا قالت : خالعتني على  
الصداق ؛ فأنكر ، فالقول قول بيمينه ثم للمرأة مطالبته بالصداق" انتهى.  
وكان صورة الأولى أن تقول : التمسست منك الخلع على الصداق فأجبت التماسي  
، وحصلت لي 1 البينونة ، والانطلاق من حبالك ، فينكر ؛ فلا طلبة لها بالصداق  
لأنها -فيما تزعم- قد حصلت على عرضها.  
وصورة الثانية : أن يقول التمسست مني فأجبتك إلى الصداق فتتكر ، فلها صداق ،  
لأنها لم تعترف بحصول القصد من الانطلاق من حبالته وفي القاعدة -كيف  
صورتها- مسائل :

منها : لو قال : عقدنا بشهادة فاسقين فأنكث ؛ فلا يقبل قوله بالنسبة إلى إسقاط  
المهر ولا خلاف أنه لا يرثها إذا ماتت لأن قوله عقدنا بفاسقين يتضمن ذلك.  
ومنها : ما ذكره أبو سعد الهروي في هذه الكتاب لو قال طلقها من سنة قبل قوله  
بالنسبة إلى الطلاق دون إسقاط النفقة والكسوة ، وكان ينبغي له أن يستشهد على  
هذه القاعدة بهذا الفرع ؛ فإن قوله طلقها من سنة- إقرار بطلاقها ، يتضمن  
الإقرار بأن لا نفقة ولا كسوة ؛ فهو كصريح قوله : لا نفقة علي ولا كسوة ، ثم  
ذلك لا يقبل منه لو صرح به ؛ فكذلك إذا جاء ضمينا ، وقد نازعناه في حكم هذا  
الفرع بحثا في قاعدة- "من كان القول قوله في شيء ، كان القول قوله في صفة  
ذلك الشيء"- المتقدمة في أوائل البيع ،

1 في "ب" زيادة منك.

صفحة 337 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

غير أن قول الأصحاب فيما إذا قال : "عقدنا بشهادة فاسقين" لا يقبل قوله بالنسبة  
إلى إسقاط المهر ، ليشهد له ، ولذلك مسائل كثيرة.

قاعدة : قال أبو عاصم : "كل قول في عقد إيجاب أو إقرار ، إذا عقب 1

بالتخصيص من الاستثناء ونحوه صح إلا إذا قال : يا زانية طلقتك إن شاء الله -  
[يكمل من الأشراف للهروي ويحرر] 2.

قاعدة : قال الدبيلي 3 -في أدب القضاء- إذا أقر بشيء 4 صريحا ، ثم أنكر ما



صرح به ، أو أثبت خلافه بالبينة ، لا يقبل ، وإن أطلق ثم ادعى صفة توجب 5 بطلان ذلك المطلق -من بيع أو نكاح ونحوه- لم تقبل دعواه بمجرد ما ولكنها ببينة".

ولك أن تختصر هذه العبارة فتقول : "إذا أقر بالشيء صريحًا ، ثم أنكره لم يقبل - وإن أقام [عليه] 6 بينة -[وإن أقر به مطلقًا ثم ادعى قيدا يبطل الإطلاق ، لم يقبل إلا ببينة".

مثاله : أحال بدين ، ثم قال : لم تصح الحوالة ؛ لأنها كانت عن بيع فاسد ، لم يقبل منه ، ولو أقام بينة بذلك ، قبلت ، وبطلت الحوالة ؛ لأنه لم يعترف -أولا : بصحة البيع ؛ بل أثبت فساد أصل الحوالة ، فلم يكذب اعترافه ببينة ، وفالبينة -في الحوالة- إنما كانت في اختلاف الصفات ، لا في نفي الأصل. بخلاف ما لو اعترف بصحة الحوالة ، ثم ادعى فسادها ، لا يقبل -وإن أقام البينة[7]. ولو طلق امرأته ثلاثا ، ثم قال : لم يقع لأن العقد كان فاسدا ، وأقام بينة بالمفسد ،

1 في "ب" عقد.

2 سقط في "ب".

3 علي بن أحمد أبو الحسن الديبلي صاحب أدب القضاء أكثر ابن الرفعة النقل عنه ويعبر عنه بالزبيلي بفتح الزاي ، ثم باء موحدة مكسورة ، قال السبكي : إنه الذي اشتهر على الألسنة قال الأزرعي : الصواب ديبلي ومن قال الزبيلي فقد صحف. ابن قاضي شهبة 1 / 268 ، ابن السبكي 3 / 290 ، هداية العارفين 1 / 680.

4 في "ب" بالشيء.

5 في "ب" البطلان.

6 سقط في "ب".

7 من قوله وإن أقر به مطلقا إلي وإن أقام البينة سقط في "ب".

صفحة 338 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

فإن كان قد أقر -قبل الطلاق- بصحة النكاح ، لم تسمع دعواه ، ولا بينته ، وإلا سمعنا ؛ لأنه إذا ادعى الزوجية ، فإقامة البينة -بعدم الولي أو غيره- من المفسدات ، لا يكذب ما سبق ، بل يثبت ، وصفا آخر يلزم منه الفساد ، وصار كما لو أقر أن في ذمته -لفلان- قفيز حنطة سلما ووصفه وذكر محل تسليمه ، ثم قال : كان سلما باطلا ؛ لأن الثمن كان دينيا في ذمتي ، فجعله رأس مال السلم ؛ فإن [كان] 1 ذلك ، لا يقبل ، لأنه يطلب إبطال عقد السلم الذي أقر بصحته ؛ فلو

أقام بينة بذلك ، قبلت ، لأنها لم تناقض ما ذكره ، بل زادت وصفا .  
هذا كلام الدبيلي ، وقد زاد الإمام هذه القاعدة بيانا ، فقال : "من أقر صريحا بما  
جاز استناده إلى يقين ثم رجع ، لم يقبل رجوعه ، وكذا إذا لم يتصور استناده إلى  
يقين إذا كان ابتداء من غير خصومة ، وإن كان في أثناء خصومة ؛ ففي مؤاخذته  
خلاف".

واحترزنا بقولنا : "صريحا" عن بائع يدعي -بعد البيع- أن المبيع موقوف  
فالمقصود سماع دعواه وبينته -وهو المحكي في باب الدعاوي من الروضة  
عن حكاية القفال عن العراقيين- وقد نصره الشيخ الإمام في شرح المنهاج قبيل  
باب الشركة ، وقال : ليس الإقدام على العقود كالإقرار الصريح ؛ لأن الإنسان قد  
يعقد بأدنى ظن ، ولا يقر إلا بظن قوي<sup>2</sup> ؛ فليس الفعل في رتبة صريح القول .  
قال : "وقد رأيت -من الحكام وأكابر الفقهاء- من<sup>3</sup> يغلط في ذلك ، ويلزم الناس  
بمقتضى عقود تقع منهم -مع غلبة الظن وصدقهم وعذرهم ولم يقم على ذلك دليل  
من كتاب ولا سنة ولا قياس". انتهى.

قلت : ويؤيده ما قاله الروياني -فيمن باع شيئا ، ثم ادعى أنه لم يكن ملكه : أنه إن  
لم يقل -عند البيع- هو ملكي ؛ بل اقتصر على البيع سمعت دعواه" وعزاه إلى  
النص.

قلت : ورأيت الشيخ أبا حامد نقله عن الشافعي رضي الله عنه في كتاب الغصب  
فقال : "قال الشافعي رضي الله عنه" : إن كان ذكر -حين البيع- أنه ملكه وجرى  
ذلك في عرض كلامه ، لم تسمع بينته ؛ وإلا<sup>4</sup> سمعت لأن مجرد البيع ليس  
تكذيبا لبينته ، لأنه قد يبيع ملكه وملك غيره".

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 سقط في "أ" والمثبت من "ب".

4 في "أ" ولا.

صفحة 339 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

وهنا مسائل :

منها : باع عبدا وأحال بثمنه ، ثم اتفق المتبايعان والمحتال في<sup>1</sup> حرите أو ثبتت  
بينة :

قال البخوي والروياني : "لا يتصور أن يقيم المتبايعان البينة ؛ لأنهما كذباها بعقد  
البيع". واعتمده النووي في باب الحوالة من الروضة وهو يخالف ما ذكره في  
الدعاوى.

ومنها : اثنان على كل منهما خمسة ، ضمن كل منهما الآخر ، ثم أدى أحدهما خمسة ، واختلف هو ورب الدين -هل هي عن الضمان أو الأصالة فالقول قول المؤدي ، ثم قيل ، لا يطالبه بالضمان ؛ لأنه يناقض قوله الأول ، والأصح يطالبه ، ثم له توجيهان.

أحدهما : أن صاحب الدين يقول : بتقدير الصدق عليك خمسة الأصالة ، وبتقدير عدمه خمسة الضمان ، فالخمس ثابتة على التقديرين.  
والثاني : أنه بنى على خيال انكشف له ؛ فلا يبطل حقه كما لو ادعى أن ما اشتراه مغصوب ؛ فقال : هو ملكي وملك من اشتريت منه ، فأقيمت البيينة ؛ فإنه يرجع على البائع بالثمن على الأصح -إن كان قد اعترف له بملكه -لكونه بناه على ظاهر ، وصح -بالبيينة- خلافه.  
ومنها : مسألة الغصب هذه.

ومنها : ادعى على زيد ، وعلى غائب ألفا من ثمن مبيع مقبوض ونحوه ، وأن كلا منهما ضمن ما على الآخر وأقام بيينة ، وأخذ الألف من زيد. نص أنه يرجع على الغائب بنصف الألف ، قال الجمهور : "هذا إذا لم يكن من زيد تكذيب البيينة ، وإلا فلا يرجع" وهذا هو الأصل ، وقال وقال ابن خيران : "يرجع" وقال الإمام : "إن دام على الإنكار فلا".

ومنها : إذا ادعى الضامن الأداء ولم يقم بيينة ، وحلف رب المال أنه لم يؤد ، بقيت مطالبته بحالها ؛ فإن أخذ ، فقيل : لا يرجع ، والأصح أنه يرجع ، وهل يرجع بالمغروم أولا : لأنه مظلوم بالثاني ، أو بالثاني ؛ لأنه المسقط للمطالبة ؟ وجهان ، قال النووي ينبغي أن يرجع بأولهما.

1 في "ب" على.

صفحة 340 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

ومنها : إذا قال : لا بيينة لي حاضرة ولا غائبة ، أو كل بيينة أقمتهما فهي زور ، ثم جاء بيينة ، سمعت في الأصح.

ومنها : إذا قال الضامن للمضمون له أبرأت الأصيل فحلف وغرم الضامن ؛ فله مطالبة الأصيل ، في الأصح وكذا لو قال : كنت أبرأته قبل ضمانني ويجري الوجهان في كل دعوى محتمة يناقضها عقد سابق.

ومنها : غصب 1 العين المستأجرة ، ثم أقر بها المكري للغاصب من المستأجر الآخر ؛ ففي قبول إقراره في الرقبة قولان ، فإن قبلنا ؛ ففي بطلان حق مستأجر أوجه ، يفرق -في الثالث- بين كون المال في يد المكري أو المقر له ، ولا ينزع من هو في يده ، والأظهر -من الخلاف أنه يقبل إقراره في الرقبة دون المنفعة.

ومنها : قال البغوي في الفتاوى : "لو قالت أنا موطوءة أبيك لم يقبل قولها -إن كان بعد التمكين أو زوجت منه بإذنها- فلو خالعتها ثم أراد نكاحها لم يجز ، لأن نكاحها يكون بإذنها ، ولا يجوز لها أن تأذن بعد الإقرار -بأنها موطوءة الأب- انتهى. وهي مسألة حسنة.

ومنها : قال : لا حق لي على فلان ، ثم أقام بينة بحق ؛ ففي قبولها وجهان- حكاها شريح الروياني في أدب القضاء عن جده.

ومنها : قال لا حق لي في هذا العبد ، ثم أقام بينة على الشراء قال العبادي : "لا يقبل حتى يقول : إنه اشتراه منه بعد الإقرار" ، وقال شريح -في أدب القضاء : "وعندي أنها تقبل إذا كان بعد احتمال تلقي الملك منه".

ومنها : إذا اعترف بعد الدافع ، ثم جاء بدافع ، يسمع.

ومنها : إذا قال : اشتريته بمائة ، ثم قال : بل بمائة وعشرة ، ولم يبين -للغلط- وجهها محتملا ، والمسألة مشهورة.

ومنها : إذا طلق امرأته ثانية ؛ فقالت : هي ثالثة ، فكذبها ، أو كذبت هي نفسها وزوجت منه بغير محل ، ثم مات عنها وطلبت ميراثها منه ؛ فبين ابن الرفعة والشيخ الإمام نزاع طويل في المسألة مذكور في فتاوى الشيخ الإمام ، وفيها نص الشافعي رضي الله عنه ، قال الشيخ الإمام : والأقرب ثبوت الزوجية والميراث.

1 في "ب" غصبت.

صفحة 341 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

ومنها : وهو ما تعم به البلوى- يعترف بأنه لا حق له في هذا الوقف ثم يتبين -بعد تأمل شرائط الوقف أو غيره- أنه مستحق ؛ فلا شك عندي في أنه لا يؤخذ باعترافه السابق ، ويشهد له ما تقدم من الفروع ؛ بل هو أوضح منها فإن الشروط ومدلول ألفاظ الواقفين تخفي كثيرا على العلماء ؛ فضلا عن غيرهم وهو كمن يعترف بببوة شخص -مع احتمال السن- فإن تكذيب الحس والشرع سواء في دفع الإقرار ، وجعله لغوا.

ومنها : لو ادعى على شخص أنه منفرد بالقتل ثم على آخر أنه شريك فيه أو منفرد به ، لم تسمع الدعوى الثانية ، غير أن الثاني لو صدقه في دعواه ؛ فالأصح يؤخذ به ، لأن الحق لا يعدوهما.

ومنها : لو ادعى القتل على رجل ، وأقسم عليه ، وأخذ المال ؛ فجاء آخر وقال : إن المأخوذ منه المال مظلوم ؛ فإني أنا القاتل ، فإن لم يصدقه الوارث لم يقبل ، وإن صدقه فعليه رد ما أخذ ، وهل الدعوى على الثاني ؟ لا ، ربما بني الدعوى الأولى على ظن حصل له زال عنه بإقرار الثاني ، وتجدد له يقين أو ظن -أقوى

من الأول- أن الثاني هو القاتل ، أو ليس له الدعوى عليه لأن الدعوى على الأول اعترف ببراءة غيره ؟ في المسألة قولان.

ومنها : إذا تزوجت ثم ادعت [أن] 1 بينها وبين الزوج محرمة ، فإن تزوجت برضاها ، لم يقبل ، لتضمن إذنها حلها ، لكن إن ذكرت عذرا لغلط أو نسيان سمعت دعواها على المذهب.

ومنها : أنكر الودیعة فقامت عليه بينة بها فقال : أودعني ولكن تلفت أو رددتها ؛ فأظهر الوجهين سماع بينته على تلفها.

قال الرافعي : "وينبغي أن نفرق بين أن نبين للغلط وجهها محتملا أو لا - كما قيل في ألفاظ المراجعة" قال ابن الرفعة : "والفرق من وجهين ، أحدهما أن ما ادعاه المودع ثانيا- وإن خالف قوله أولا : ما أودعنتي ، فرب المال يوافق ، والحق لا يعدوهما ؛ فإذا صدقه ، سلمت البينة من تكذيب ؛ فعمل بموجب قولها في الرد والتلف ، ولا كذلك في مسألة المراجعة ؛ فإن القول الثاني المخالف للقول الأول لم يصدقه الخصم عليه ، لو صدقه عليه لألزم بموجبه من غير بينة.

1 سقط من "أ" والمثبت في "ب".

صفحة 342 | 466

## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

والثاني : أن المقر به في المراجعة إثبات بينة إلى محسوس ، بقوى المرتب عليه لبعده خلافه ، وما ذكره في مسألة الودیعة نفي محض- يجوز أن يكون مستندا إلى عدم الأصلي وتكون البينة حاصلة ، ويجوز خلافه فضعف المرتب عليه فلم يؤثر".

ومنها : لو تزوج امرأة ثم اعترف الزوج بفسق الشاهدين ، وأنكرت المرأة فرق بينهما ، وهل الفرقة طلاق أو فسخ ، فيه وجهان.

قال ابن الرفعة : "وينبغي -إذا كان بعد الدخول- أن لا يقبل قوله كما قلنا فيما إذا ادعت المرأة أن بينهما رضاعا محرما بعد التزويج ، وكانت مجبرة ؛ بل مقتضى قولهم ، أنها إذا كانت قد تزوجت بإذنها أن لا يقبل قولها في التحريم بالرضاع ونحوه أن لا يقبل قول الزوج في ذلك إذا كان قد قبل نكاحها بنفسه.

قلت : وفيه نظر ؛ فإن النكاح حق الزوج ، فقبل قوله في إسقاطه ، وإن تبع إسقاطه كون ذلك فسحا -على وجه ، وفارق المرأة لا يقبل.

منها : إذا تقدم منها ما يقتضي الاعتراف ؛ لأنه حق الزوج عليها وقد اعترفت به فلا يقبل منها ما يقتضي سقوطه.

ومنها : قال القفال في فتاويه : "إذا رأينا ضيعة في يد رجل يدعي أنها وقف عليه ، ولا تصير وقفا ، ونقرها في يده ، لحق اليد لا لقوله : هذا وقف ؛ لأنها لا تصير



وقفا بذلك ؛ لأن الإنسان لا يقدر أن يقف على نفسه ، فلو أراد بيعها فله ذلك ، بخلاف ما لو قال وقفها علي فلان فإنه لا يجوز له بيعها.

قلت : وما ذكره من جواز البيع مشكل ، ثم فيه تأييد لفتوى ابن الصلاح فيمن أقر بملك في يده أنه وقف عليه ثم على جهات أنه لا يثبت الوقف بذلك لكن لا يلزم من عدم الثبوت عدم المؤاخذه بالإقرار ؛ فهذا مشكل ، والذي ينبغي أن يؤخذ بمقتضى اعترافه توقيفها ، نعم له فيما بينه وبين الله تعالى -إذا كان يعرف كذب نفسه- أن يقدم على بيعها.

وأما مسألة الوديعة ؛ فقد يقال : لا يمنع من الإقدام على ما اعترف بأنه وديعة ، لإمكان إذن له من المودع ، والقول قول متعاطي العقود كما رأينا عينا في يد شخص يعترف أنها لغيره ، ويدعي أنه وكيل في بيعها ؛ فإنه يجوز شراؤها منه - وإن لم تثبت وكالته- فالأمر في مسألة الوديعة يمكن أن تكون على ما قال القفال ، بخلاف مسألة الوقف ؛ فإن قوله فيها لا يظهر.

صفحة 343 | 466

#### الأشباه والنظائر

#### قواعد باب الإقرار

تنبيه : قد يعبر عن هذه القاعدة بغير هذه العبارة ؛ فيقال : من ذكر لفظا ظاهرا في الدلالة على شيء ثم تأوله ، لم يقبل تأويله في الظاهر.

وهذه عبارة شيخ الإسلام -عز الدين بن عبد السلام- رحمه الله تعالى وقال : إنه يستثنى منها صور يكون أقراره فيها مثبتا.

أصل : ذكره القاضي أبو عاصم "من باشر عقدا أو باشره عنه من له ذلك ، ثم ادعى ما ينقضه ، لم يقبل" كما باع عبدا من إنسان ، ثم قال : لم يكن ملكي أو طلق امرأة ثلاثا بمشهد الحاكم ، ثم أراد بتزوجها بولاية الحاكم فامتنع الحاكم ، لإيقاعه الثلاث بين يديه فقال : المطلق ، لم يكن الطلاق وقفا : لأنها لم تكن زوجتي ؛ لأنه أراد إلغاء عقد وقع بإنشائه- وهو عند التطليق.

قلت : أما من باع عبدا ثم قال : لم يكن ملكي -فهي مسألة التي قدمناها فيمن باع شيئا ، ثم قال : لم يكن ملكي عن الروياني ، وهذه القاعدة نظير القاعدة المتقدمة عن الدبيلي ، وقد أطلنا القول فيها ؛ غير أن تلك فيمن أقر لفظا ، وهذه فيمن أقر فعلا.

وقد قال القاضي أبو عاصم : إن هذه تطرد في جميع المسائل إلا في مسألتين : إحداهما : رهن عبدا ثم ادعى أنه باعه قبل الرهن ، أو أعتقه أو رقفه أو لم يكن مملوكا لي ؛ بل كنت غصبته من زيد ، ففيه قولان :

أحدهما : لا يقبل لمناقضته ؛ فصار كما إذا باع عبدا ثم قال : كنت أعتقته أو وقفته.

والثاني : لا يقبل ، لأن الإقرار لا في ملكه ؛ بخلاف البيع قال : "وإذا أجر عبدا



ثم ادعى فساد الإجارة بهذه المعاني ؛ فهو أيضا- على القولين ، وعلى أن القول قول المالك فهل عليه يمين ؟ فيه قولان"....

قال : "والمسألة الثانية : باع القاضي على الغائب عبده في دينه ، ثم حضر الغائب ، وقال : كنت أعتقته قبل ذلك ، ففي قبول قوله قولان.

أحدهما : لا ؛ لأن العقد صدر من نائبه ؛ فصار كما لو باع وكيله ثم قال : كنت أعتقته قبل البيع.

والثاني : يقبل ، لأن نيابة الوكيل -عنه- اختيارية ، ونيابة القاضي شرعية.

قاعدة : في مسائل التقديم والتأخير ، وهل النظر إلى أول الكلام أو إلى آخره".

منها : إذا قال : أعتقت هذا العبد عن كفارتي بألف عليك ، لم يجزئه ولا فرق بين أن يقدم في الجواب ذكر الكفارة ، بأن يقول : أعتقت هذا العبد عن كفارتي بألف عليك

صفحة 344 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

أو يقدم ذكر العوض ؛ فيقول : أعتقته على أن لي عليك ألفا عن كفارتي.

وعن أبي إسحاق وجه : "إنه إذا قدم ذكر الكفارة أجزاءه وسقط العوض" قال

الرافعي -وقرب هذا الوجه في التتمة بما قيل : "إنه لو سمع المتيمم إنسانا يقول :

عندي ماء أودعني فلان ، بطل تيممه ، ولو قال : أودعني فلان ماء لا يبطل".

قلت : كذا حكاه الرافعي في كتاب الظهار ولم يذكره في باب التيمم ، ويمكن

الفرق بين المسألتين بأنه في التيمم إذا سمع عندي ماء توهمه ، والتيمم يبطل

بمجرد توهم الماء.

ومنها : مسألة التيمم هذه.

ومنها : إذا قال : أزيد أن أقر بما ليس علي لفلان على ألف. أو قال ما طلقت

امرأتي وأريد أن أقر بطلانها قد طلقت امرأتي ثلاثا ؛ قال الشيخ أبو عاصم "لا

يصح إقراره ، ولا شيء عليه" ، وقال صاحب التتمة : "الصحيح أنه تلزمه

كقوله : له علي ألف لا تلزمني".

ومنها : لو قال : له علي ألف من ثمن خمر لزمه الألف -في الأظهر ، ولو قدم

الخمر فقال : من ثمن خمر له علي ألف ، لم يلزمه شيء قطعا ، كذا في الرافعي

والروضة.

ومنها : إذا قال : إذا جاء رأس الشهر فعلى ألف ، لم يلزمه شيء قطعا.

وإن قدم المقر به ؛ فقال : علي ألف إذا جاء رأس الشهر ؛ فالمذهب أنه كذلك.

ومنها : لو قال : علي ألف مؤجل ، قبل على المذهب ، وقيل : يلغي التأجيل.

وهذا إذا كان موصولا ؛ فإن ذكر الأجل مفصولا ، لم يقبل قطعا.

ومنها : لو قال : له علي ألف لا تلزمني ؛ فهو إقرار.

ومنها : لو قال : أنت طالق الطلقة الرابعة ؛ ففي وقوع الطلاق وجهان حكاهما الرافعي في فروع الطلاق.

ومنها : لو قال : هذا العبد لفلان ، ثم ادعى أنه اشتراه منه ، لم يصح للمضادة - وعن ابن سريج أنه يسمع ، ولو قال : هذا العبد لفلان وقد اشتريته منه -متصلا- كان مسموعا ؛ لأن العادة جرت أنه يراد به- كان لفلان ، ذكر ذلك شريح في أدب القضاء.

ومنها : إذا قال : كل امرأة لي طالق غيرك ، قال الشيخ الإمام رحمه الله في باب صفحة 345 | 466

## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

الإقرار من شرح المنهاج : "لا تقل فيها والذي استقر رأيي عليه أنه إن قدم غيرًا فقال : كل امرأة لي غيرك طالق ، لم تطلق ، وإن أقر قال : كل امرأة لي طالق غيرك -ولا امرأة له غيرها- طلقت ، وهكذا أقول في إلا" انتهى.

ونقل -أعني الشيخ الإمام- في فتاويه عن القاضي الحسين أنه قال في فتاويه غير المشهورة ، في كل امرأة لي غيرك طالق ، ولا امرأة له غيرها -أن هذا- على سبيل الشرط لم يقع ؛ لأنه استثناء منها ، فيصير كأنه قال : أنت طالق ، إلا أنت ثم قال : "قلت -أنا- كيف ينبغي أن لا يقع".

قلت : ونقل الرافعي عن فتاوي القفال أنه لو قال : كل امرأة لي طالق إلا عمرة ، ولا امرأة له غيرها ، طلقت ، لأنه مستغرق.

وهذا يؤيد الشيخ الإمام ، وليست هذه المسألة مسألة منهاج النووي وغيره من المختصرات ، وهي : ما إذا خاصمته زوجته فقالت : تزوجت ؛ فقال كل امرأة لي طالق ، وقال : أردت غير المخاصمة -حيث يقبل ذلك منه لأنه لم يدخل امرأته في هذا الكلام حتى يقال : إنه بإخراجها -بعد إدخالها- صار الاستثناء مستغرقا ، بل أطلق لفظا مريدا به من لا يقع عليه ، وساعدته قرينة الحال فصدق.

ومنها : قال : يا زانية ، أنت طالق ثلاثا ، كان له أن يلاعن ، وإن قال أنت طالق ثلاثا يا زانية ، لم يكن له لعان ، وفرق الجرجاني وغيره بأنه في الأولى قذف زوجته ، وفي الثانية قذف أجنبية.

ومنها : لو قال أحد الاثنين : مات أبي كافرا ؛ لأنه كان يشرب الخمر ويأكل لحم الخنزير.

قال الرافعي في باب الردة : فقد حكى -في التهذيب- فيه قولين أحدهما : لا يورث منه ، لإقراره بكفره ، والثاني : يورث لأنه فسره بما يبين خطأ اعتقاده وهذا أظهر.

قلت : وترجيح التوريث مشكل ؛ فإن الأصح ، في ألف من ثمن خمر- لزوم

الألف ، ومؤاخذته -هنا- أولى ؛ لأن بعض الناس قد يعتقد الخمر ثمنا ولا يعتقد أحد أن شرب الخمر وأكل الخنزير يوجب الكفر إلا أن يكون قريب عهد الإسلام. ومنها : لو قال لغريمه : أحللتك من مالي ، وأبرأتك منه في الدنيا دون الآخرة. قال الحناضي -في فتاويه : "يبرأ في الدارين" قال : "والساقط في حكم الدنيا ، لا صفحة 346 | 466

## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

بقاء له في الآخرة" قال : ولا يرد الإبراء بهذا الشرط ؛ لأن السقوط في العقبي يتبع السقوط في الدنيا.

قلت : ولا يبعد أن يقول قائل : إن هذا القيد يبطل الإبراء إلى آخر الكلام. ومنها : لو خالغ بمائة على أن له الرجعة فرجعي بلا مال. وقيل بائن بمهر المثل : ويشبه أن يخرج وجه أنه يلغو ، أو لا يقع شيء من القول في "له علي ألف من ثمن خمر" ؛ فإن شرط الرجعة في الخلع فاسد للمضادة فيفسد ، كما قلنا إن شرط الخيار في النكاح يبطله ، ونحوه...

قاعدة : "من أنكر حقاً لغيره ثم أقربه قبل" إلا في مسائل :

منها : إذا أنكرت المرأة الزوجية ، ثم أقرب فلا يقبل في الأصح.

قاعدة : "من ملك الإنشاء ملك الإقرار ، ومن لا ، فلا".

قاعدتان : ذكرهما الأصحاب -في باب القراض- عن أبي العباس بن سريج رحمه الله تعالى.

القاعدة الأولى : "كل لفظة كانت خالصة لعقد ، حمل إطلاقها عليه ؛ فإن وصل بها ما ينافي مقتضاه ، بطل".

فمن هذه القاعدة : إذا قال قارضتك على أن الربح كله لك فالصحيح أنه قراض فاسد ؛ لأنها لفظة خالصة لعقد القراض الذي مقتضاه الاشتراك في الربح ؛ فإذا وصل بها قوله : على الربح كله لك -فسد لمنافاة ذلك لمقتضاه ، وقيل : قراض صحيح نظراً إلى المعنى.

ومنها : إذا قال : أبضعتك على أن الربح كله لك ، ففيه الوجهان ، لأن معنى

الأبضاع أن يكون الربح كله للمالك ، ولا حق للعامل فيه ، بل هو وكيل متبرع فقولته في هذه الصيغة : على أن الربح كله لك -زيادة تنافي معنى الأبضاع.

ومنها : إذا قال : بعتك بلا ثمن ، وكذا إذا قال : أسلمت إليك هذا الدرهم في هذا الثوب ونظائرهما من مسائل اللفظ والمعنى. لك -هنا- أن تبحث فتقول : لا نسلم

أن نحو -بعتك بلا ثمن- من هذا القبيل ؛ فإن بعتك ليس -بمجرد- خالصاً للعقد ؛ إذ ذكر الثمن ركن في البيع ، والمعنى باللفظة الخالصة ، ما تعمل عملها لولا

انضمام ما انضم إليها.

## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

أن تكون اللفظة يفهم منها عقد خاص ، وأن يوقف وجود أثره على أمر وراءها  
وهب يفهم منها البيع ، وتوقف حصوله على ذكر الثمن لا يمنع من هذا الفهم ،  
كما أن حصوله متوقف -أيضا- على القبول وأشياء آخر.

وإذا تأملت هذا البحث الذي حركته لك -سؤالا وجوابا- ترددت في أن القول  
بالبطلان في قوله : بعتك بلا ثمن -هل منشاه مجرد اللفظة عن ذكر الثمن ، أو  
نفي الثمن عنها ؟ فيحتمل أن يقال بالأول ، والأقرب الثاني ، ويشهد له أن التعليل  
بالوصف الوجودي أولى من العدمي ، وذكر نفي الثمن وجودي ، والتجرد عن  
إثباته عدمي.

وأن من قال بالصحة ، وجعلها هبة -نظرا إلى المعنى- إنما أخذ ذلك من قوله :  
بلا ثمن- لا من التجرد ؛ فدل على أن النزاع في أنها بيع فاسد أو هبة ناشيء عن  
نفي الثمن لا عن التجرد ؛ فدل أن -بعتك- يفهم منها البيع لولا انضمام عدم الثمن  
؛ فكانت من قبيل القاعدة.

فإن قلت : لا فرق بين بعتك بلا ثمن وقارضتك على أن الربح لك ؛ فإن تجرد  
"قارضتك" عن ذكر الربح كتجرد "بعتك" عن ذكر الثمن.

قلت : ليس كذلك ، بل تجرد "بعتك" لا صحة للبيع معه ؛ إذ "البيع بلا ثمن" غير  
معقول ، ولا يعرف الثمن إلا بذكره ، فما لم يذكر لم يكن ، بخلاف القراض ،  
فإنه -وإن أطلق- يمكن أن يقال : أن له مرادا -وهو جعل الربح نصفين- كما هو  
أحد الوجهين فيما إذا قال : هذه الدار لزيد وعمرو حيث يجعلها بينهما نصفين ،  
ولذلك لا يختلف الأصحاب في بطلان البيع المجرد عن الثمن واختلفوا في  
القراض.

### القاعدة الثانية :

قال أبو العباس رضي الله عنه : كل لفظة وضعت لعقدين فأكثر ، لم ينصرف  
إطلاقها إلى شيء ؛ فإن عقبا ببعض ما يصلح 1 لتلك العقود أخلصها له.

واستشكل الشيخ الإمام -رحمه الله- [قوله] 2 "وضعت لعقدين" ، وقال : إن أراد  
الاشتراك اللفظي لم تطابق المسألة التي ذكر فيها هذه القاعدة وهي قول رب  
المال للعامل : تصرف والربح كله لك ؛ فإنه تصرف متواطئ لا مشترك -وإن  
حمل على أنه

1 في "ب" لتلاف.

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

بالتواطؤ أشكل قوله : لم ينصرف إطلاقها إلى شيء ؛ إلا أن يحمل على شيء بعينه ، فيصح.

قلت : إنما أراد التواطؤ ، ومعناه- أنه لا يتعين له واحد من محامله وفي القاعدة مسائل :

منها : المسألة التي ذكر فيها أبو العباس هذه القاعدة ، وهي إذا قال : تصرف والربح كله لك ؛ فهو قرض ؛ لأنه تصرف محتمل ، وقد وصله ببعض ما يصلح للقرض ، فيخلص له.

ومنها : إذا قال : تصرف بالبيع والشراء وجهان حكاهما صاحب البحر في أنه إبطاع أو قراض فاسد.

وتنازع الشيخ الإمام وشيخه ابن الرفعة ؛ فقال الشيخ الإمام : "أرجحهما" الأول ، وقال ابن الرفعة مقتضى القاعدة أن لا ينصرف إلى شيء معين<sup>1</sup> قال الشيخ الإمام "إنما لا ينصرف إلى شيء معين ، أما المعنى المشترك بينهما فمحقق. قاعدة :

ذكر الشيخ أبو علي رحمه الله أن من الأصول المطردة في المسائل "كل ما ضمن كله بالقيمة ، ضمن بعضه ببعضها" إلا في مسألة واحدة ، وهي : إذا عجل زكاة ماله ثم تلف ماله قبل الحول ، وكان ما عجل تالفا ، يغرم المسكين قيمته ، وإن كان معيناً ففي الأرش وجهان.

وحكى الرافعي في هذا الباب التحالف ، عن الشيخ أبي علي عند ذكره أن البيع إذا كان بعد التحالف قائماً ولكن معيباً ، يرد مع الأرش وهو قدر الناقص من القيمة ؛ لأن الكل مضمون على البائع بالثمن ؛ فكذلك البعض وقال : هذه المسألة قدمناها في موضعها وميل الشيخ [الإمام] 2 إلى اطراد الأصل فيها".

قلت : ولكن الصحيح خلافه ، وقد ضم إليها الشيخ الإمام مسألة أخرى ذكرها في باب التحالف -من شرح المذهب- وهي : المستعار إذا تلف كله في يد المستعير في غير الوجه المأذون -ضمنه على المشهور ، وكذا إذا تلف جزؤه على الأصح ؛ فعلى الأوجه الأول. تستثنى هذه المسألة.

1 سقط من "ب".

2 سقط من "ب".

قلت : ومسألة الثالثة - إذا اطلع على عيب المبيع فرده ، وقد تلف الثمن في يد البائع والثمن متقوم ، ضمنه بقيمته وإن لم يتلف ولكن نقصت صفته - كالكسك المشكك ونحوه - فالأصح لا غرم وفي هذه الصورة يتعين الرجوع بالناقص من غير أرش ولا يمكن المالك من طلب البدل.

ومن ثم مسائل آخر - يضمن فيها الكل بالقيمة ولا يضمن البعض ببعضها ؛ ولكن لا يتعين فيها أخذ الناقص ؛ بل يتخير بينه وبين البدل - وقد عدها الشيخ الإمام في كتاب الزكاة من شرح المنهاج ، شيخه ابن الرفعة في التحالف وقال - جميعا - ما حاصله : أنها لا ترد لوقوع التخيير فيها وقصرا القاعدة على ما يتعين الرجوع فيه إلى الناقص ؛ ولكن كلام الإمام في النهاية يقتضي تعميم القاعدة ؛ فمن تلك المسائل :

الصداق إذا تعيب في يد الزوجة ، ثم طلق قبل الدخول ، ل يلزمها الأرش ؛ بل الزوج مخير بين الرجوع في الشطر ناقصا أو الانتقال إلى البدل.

ومنها : اللقطة إذا حضر مالها وقد تعيب ، تخير - على أحد الوجهين - بين أن يقنع [بها] 1 ولا أرش ، وأن يأخذ بدلها.

ومنها : إذا رد المبيع وقد تعيب في يد البائع كذلك.

ومنها : إذا جرى التحالف ، وقد تعيب المبيع ، فتشبت الشيخ أبو علي بخلاف في التخيير بين البدل وبين أن يقع به بلا أرش.

ومنها : القرض إذا تعيب في يد المقرض ، وقال الماوردي : إن كان الواجب المثل تخير المقرض بينه وبين مثله سليما ولا أرش ، وإن كان الواجب القيمة رجع فيه بالأرش.

هذا ما استثناه ابن الرفعة ، ودفع الشيخ [الإمام] 2 هذه الصورة بأن القاعدة في المتقومات لا المثليات - فلا تورد صورة المثلي في القرض ، وأما المتقوم فهي جارية على الأصل.

قال الشيخ الإمام : "ومنها : غريم المفلس إذا وجد العين ناقصة نقصانا غير مضمون ؛ فإن شاء رجع فيها بلا أرش ، وإن شاء ضارب. هذا منتهى الكلام على طرد هذه القاعدة.

1 في "ب" به.

2 سقط في "ب".



قال الإمام : "وهي منعكسة أيضا ؛ فإن المبيع إذا غاب في يد البائع لا يلزم البائع للمشتري أرش العيب ؛ لأن المبيع لو تلف في يده لم تلزمه قيمته ، بل الحكم الانفساح" "قال ابن الرفعة" والعكس لا يخرج منه شيء يعلمه الآن ، نعم : المشتري من الغاصب إذا تلفت العين في يده وغرم قيمتها لا يرجع بها على الغاصب ولو تعيبت في يده وغرم الأرش يرجع بها على الغاصب على قول ، ومع هذا يصح أن يقال : يد ضامنه يستقر عليها ضمان الكل ، ولا يستقر عليها ضمان البعض "قال الشيخ الإمام رحمه الله [يعني]1.

قلت : ثم مسألة أحسن من هذه تخرج من العكس ، وهي وطء الراهن الجارية المرهونة إذا أحبلها ونقص قيمتها بالولادة يلزمه الأرش ، وفي وجوب قيمتها -إذا ماتت في الولادة- وجهان : والكلام حيث ينفذ الاستيلاء.

ضابط : يضبط العين التي يرد عليها عقد الإجارة "كل عين ينتفع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة مملوكة معلومة مقصودة تضمن بالبدل ، وتباح بالإباحة فأيراد عقد الإجارة عليها جائز قطعا ، ومتى انتفى بعض هذه الأمور ؛ فقد يبطل قطعا وقد يجيء خلاف".

واحترزنا بقولنا -يضمن بالبدل- عن الكلب وجد الميثة ، وبقولنا : تباح بالإباحة- عن منفعة البضع ، وبقولنا : مملوكة عن منفعة الكلب ؛ فإنها مباحة -غير مملوكة- على ما قاله الشيخ أبو حامد ، وشبهه بالمستعار ، وفي وجه آخر -أن منفعته مملوكة حكاها الماوردي ، وخرج عليها جواز إجارته للصيد. وقد نظمت شرائط المنفعة في الإجارة في قولي : شرط المنافع في الإجارة أن تكون مباحة معلومة في الحال

ذا قيمة يتمكن استيفاؤها بالعقد واقعة لبازل مال

مقصودة التسليم لا تتضمن اسد تهلاك عين مقصدا بمقال

وقبل شرح هذه الأبيات نقول : قال الجرجاني : منفعة الكلب مباحة غير مملوكة ، ومنفعة [التزوين]2 بالدراهم مملوكة غير مقصودة ، ومنفعة الثوب ونحوه مملوكة مقصودة والثلاثة مباحة ، ومنفعة الغناء والزمر وحمل الخمر -لا للإراقة- محرمة في الأصح في المسألتين ، ثم نقول في شرح الأبيات....

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

الشريعة دليلاً عليه ، والغزالي [رحمه الله] 2 لما حكى في باب الغصب -الوجهين في أن منفعة بدل الحر هل يضمن بالفوات كما يضمن بالتفويت ؟ قال في "الوجيز" وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه حتى يبنني عليه جواز إجارة الحر - عند استئجاره- إن قلنا تثبت اليد ، وأنه بتسليم نفسه [إليه] 3 هل تنقرر أجرته. واعترضه الرافعي "بأن من قال : تضمن بالفوات وجهه بأن منافعه تضمن بالعقد الفاسد ، فأشبهت منافع الأموال "قال" ويحكي هذا -يعني القول بأنها تضمن عن [ابن] 4 أبي هريرة ، وأن من قال : لا تضمن وهو الصحيح ووجهه بأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف الأموال ، من قال : ليس لمستأجره أن يؤجره ولا تقرر أجرته بالتسليم -وهو القفال- [ووجهه] 5 بأن منافعه لا تدخل تحت اليد ، ولا تدخل منافعه في يد المستأجر وضمانه إلا عند وجودها قال : هكذا أورد النقلة توجيه الخلاف في المسائل الثلاث ولم [يجعلوا] 6 دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ؛ ولكن القائلين بجواز إجارة المستأجر وتقرير الأجرة ، كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة ، والغزالي جعله مختلفاً فيه ، وبنى الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد ولم أعر على ذلك لغيره" انتهى ملخصاً.

وقد يؤيده أنه لو كان مبيناً [على] 7 ما ذكر الغزالي لكان الأكثر ، على أن مستأجره لا يؤجره ، وإن أجرته لا تنقرر ؛ لأن الأكثر على أنه لا يدخل تحت اليد أو الكل ، لكن الأكثر على أن له أن يؤجره ، وأن أجرته تنقرر كما نقل الرافعي فيهما.

واعلم أن الشيخين الكبيرين -ابن الرفعة والوالد- رحمهما الله جريا على كلام الرافعي ولم ينازعا ، زاد الشيخ الإمام الوالد بعدما ذكر جزم الأصحاب هنا بأن أحد المتداعيين زوجية امرأة ، لا يدعي على صاحبها بل عليها -"أن الرافعي حكى في كتاب

1 المنثور للزرکشي 2 / 43.

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

4 سقط في "ب".

5 في "ب" وجهها.

6 في "ب" يخطوا.

7 في "ب" كما.

صفحة 352 | 466

النكاح وفي باب الرجعة وجها أن أحد المتداعيين يدعي على الآخر ، وقال ما معناه : لا يقال : إن هذا الوجه يقتضي دخولها تحت يده ؛ إنما الدعوى لكونه حائلا بينه وبينها.

وهذا منه مبالغة في تأييد قول الرافعي : أن الحر لا يدخل تحت اليد وأقول : لا دليل على هذا ، ولم يعلل ابن أبي هريرة ، الذي عزا إليه الرافعي القول بأن منفعه تضمن بالفوات -بما ذكر الرافعي ؛ بل بما يؤيد الغزالي وهذه عبارته في شرح مختصر المزني ، قال : "وقد قال الشافعي [رضي الله عنه]1 في كتاب السير : لو أكره الإمام مشركا على أن يخرج معه... "أجرة مثله من يوم أكرهه على الخروج إلى يوم جاهد".

فمن أصحابنا من قال : "إن الحر تضمن منفعه -أيضا- بالمنع كما تضمن منافع العبد" ومنهم من قال -وهو الصحيح- "أن منفعه لا تضمن إلا بالتناول ؛ فأما بالمنع منها فلا تضمن ، وتأول المسألة على أنه إنما ضمن أجرة المثل من يوم أكرهه ؛ لأنه اتصل يعمل تناوله منه -وهو الجهاد- ولو انفرد ذلك عن العمل لم يحكم له بشيء" انتهى.

وقد تضمن أن ابن أبي هريرة صح ما صححه الرافعي ، فليحمل قول الرافعي ، وحكي عن ابن أبي هريرة<sup>2</sup> أنه يحكي عنه حكاية الوجه لا القول به. غير أن الذي رأيت -في البحر للرويانى ، وفي الشامل لابن الصباغ أن ابن أبي هريرة يختار أنها تضمن -كما هو ظاهر نقل الرافعي ، ولعل هؤلاء اطلعوا على نقل ابن أبي هريرة ؛ غير الذي في تعليقه ، وعلل -في- البحر التضمين بمثل ما علل ابن أبي هريرة ؛ فقال : منفعه تضمن بالإجارة ؛ فتضمن بالغصب كمنفعة العبد".

ولم أجد من اعتل بعلة الرافعي -وهي : أن منفعه تضمن بالعقد الفاسد إلا صاحب التتمة ؛ فقد علل بذلك ، وذكر نص الشافعي في السير ، وأنه يدل لهذا الوجه ، ولعل الرافعي -من صاحب التتمة- أخذ هذه العلة ؛ فإنها ليست في كلام الإمام ، وباقي كلام الرافعي في كلام الإمام ، وإذا وقفت على ما علل به ابن أبي هريرة ، من تشبيهه بالعبد ، ومعه صاحب البحر ، ولعله أيضا في حاوي الماوردي ؛ فإن صاحب البحر كثيرا ما يتبعه -علمت أن ما أشار إليه الغزالي -من دخول الحر تحت اليد على هذا الوجه-

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

صحيح ، وهذا موضع غرضنا من كلام ابن أبي هريرة رحمه الله.  
فنقول : أن فيه تأييدا للغزالي ، وقول الرافعي : "إن الغزالي جعل دخوله تحت  
اليد مختلفا فيه" عليه فيه مناقشة من قبل أن الغزالي لم يجعل ذلك ؛ وإنما قال :  
"وهو تردد في ثبوت يد غيره عليه" وهذا منه بحث لا نقل ، وقد أيدناه بالمنقول ،  
وقوله : "كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة" قلنا هذه العلة غير كافية في  
الحكم ؛ فليس من الحاجات أن مستأجر الحر يؤجره ، ولا تقرر أجرته ، ورب  
مستأجر لا يؤجر ؛ فالأرجح عندي -والعلم عند الله- أن الحر يدخل تحت اليد ،  
ولذلك نقول فيمن حبس رجلا ومنعه الطعام والشراب حتى مات أنه قاتله.  
فإن قلت : فيلزمكم إيجاب أجرته عليه مدة الحبس.

قلت : قد قيل بذلك ، وعلى هذا يسقط السؤال ، وعلى القول بعدم الوجوب -وهو  
الأرجح- فسببه أن فوات المنفعة وقع هنا تابعا ، ومن ثم أجد نفسي تميل إلى  
ترجيح دعوى أحد المتداعيين نكاح امرأة على صاحبه ، كما يدعي عليها ، وإن 1  
لم أجسر على ترجيحه.

ومما يدل على دخول الحر تحت اليد هذا النص الذي حكاه ابن أبي هريرة  
وصاحب التتمة ، وبمقتضاه جزم الأصحاب في كتاب السير ؛ إذ صرحوا بأن  
الإمام إذا أكره أهل الذمة وأخرجهم قهرا ، وحملهم على الجهاد ، وجبت لهم  
أجرة المثل ؛ فكيف يخرج [عنه ولا] 2 موجب.  
وقوله : "أنه أول على أنه اتصل بالعمل" يقال عليه : أليس قد ضمنه الأيام التي  
قبل العمل فيلزم أن من حبس حرا شهرا ، واستعمله في اليوم الآخر منه ، تجب  
عليه أجرة الشهر ، وما أظن القائلين بأن منفعته لا تضمن بالفوات يقولون ذلك ،  
وإن قالوا به كان حجة لنا عليهم في دخوله تحت اليد ، وصاحب التتمة لم يقدم  
على تأويل النص بشيء.

فائدة : كلام ابن أبي هريرة الذي حكاه [لك] 3 سمي فيه ما يسميه الرافعي  
بالفوات منها وما يسميه بالتفويت تناولا ، وهو -لعمرى- حسن ؛ فإن الفوات -  
نفسه- لا يضمن [إلا] 4 أنا نقدر أن الغاصب منعه ، [وكذلك] 5 التفويت يقدر أن  
يتناول تلك

1 سقط في "ب".

2 في "ب" عنهم بلا.

3 سقط في "ب".

4 في "ب" إلا لأنا.

5 في "ب" وذلك.

## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

المنفعة فالتعبير بهذا أحسن مما عبر به الغزالي والرافعي من الفوات ، والتفويت ، وبعض أصحابنا -أظنه الماوردي- عبر بالتفويت عما يعنيه الغزالي والرافعي بالفوات ، وعبر بالاستهلاك عما يعنيه بالتفويت ، هو أيضا حسن ؛ ولكن تعبير ابن أبي هريرة أحسن.

فائدة أخرى : اليد تستعمل لمعان : أحدها : الجارحة كما 1 في قوله تعالى : { أَمْ لَهُمْ أَيْدٍ } 2 { فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ } 3 ، { فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا } 4 ، وهذا المعنى هو الذي يستعمله الفقهاء في باب الوضوء ، وباب صفة الصلاة عند ذكر رفع اليدين ووضعهما ونحو ذلك ، وباب السرقة ، وثانيها : القوة والقدرة ، نحو : { مِمَّا عَمِلْتُمْ أَيْدِينَا } 5 ، { تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ } 6 ، { يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ } 7 ، { أَنْ تَسْجُدَ لِمَا خَلَقْتَ بِيَدِي } 8 ، { أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النَّكَاحِ } 9 وهذا المعنى هو المراد من قولهم : "القبض فيما يتناول باليد تناول" وهو المراد بقولهم : "يد العبد يد سيده" وبنوا عليه أن المرتهن لا يستتبيه في قبض الرهن ، وهو المراد بدخول المضمونات تحت اليد ، ولا يخفى أنه يمكن في الحر ؛ فمن صار حرا تحت قبضته وقهره لم لا يقال : إنه تحت يده ، أما قوله تعالى : { حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ } 10.

فجاز "أن يراد الأول ، حتى لا يعطى إلا بجارحته صغارا له. ومن ثم قال بعض أصحابنا : "إن الذمي لا يوكل في إقباض الجزية" وجاز أن يراد الثاني ، وحسن أن يرادا جميعا- ويحمل اللفظ على حقيقته ومجازه. وثالثها : ابتداء النعمة : نحو "بل يداه مبسوطتان 11 ، وكقولنا لفلان عند فلان يده".

ورابعها : جملة الإنسان ، كقوله تعالى : { ذَلِكَ بِمَا قَدَّمْتَ يَدَاكَ } 12 ، { فَبِمَا كَسَبَتْ أَيْدِيكُمْ } 13 ، { بِمَا قَدَّمْتَ أَيْدِيَهُمْ } 14.

1 في "ب" مما.

2 الأعراف 195.

3 المائدة "7".

4 المائدة "38".

5 يس "71".

6 الملك "1".

7 سورة ص "75".

8 البقرة "237".

9 البقرة "237".

10 التوبة "29".

- 11 المائدة "64".  
12 التوبة "10".  
13 الشورى "30".  
14 البقرة "95".  
صفحة 355 | 466

## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

وإذا علمت موارد اليد - وأنه لا يصح أن يعني منها في باب الغصب ونحوه غير المعنى الثاني ، وأنه لا ينافي الحرية - ظهر لك أن الحر لا يدخل تحت اليد ؛ فإن قلت : أنت فيما تختاره من دخول الحر تحت اليد خارج إما عن الأصحاب كلهم ، كما ذكره الرافعي - وإما عن جماهيرهم - كما اعترفت .

قلت : أما الخروج عن جمهورهم ؛ فلا أستطيع إنكاره ، ولكن حسبنا يص صاحب المذهب 1 - رضي الله عنه - بعدما أفسدنا تأويل من أول نصه .

فإن قلت : فما تقول في الحر ، أيقطع سارقه ؟

قلت : لا ، ولكن لا لكونه لا يدخل تحت اليد بل لكونه غير مال ، وكذلك لو غصب صغيراً أو كبيراً ، لم تجب قيمته ؛ إذ لا قيمة له . فإن قلت : لو كان معه مال ، أو عليه ثياب ، أو في عنقه قلادة .

قلت : حكوا - في باب الغصب - وجهين في صغير عليه ثياب أو حلي هل يدخل تحت يد الغاصب ؟

قال ابن الرفعة : [محلها صبي] 2 لا قدرة له على الحفظ .

ويؤيده من السرقة ما سنحكيه . وقالوا - في السرقة - لو كان مع الصبي مال ، أو في عنقه قلادة تبلغ نصاباً فلا قطع 3 على الأصح لأنه في يد الصبي ، وأطلق الجمهور الوجهين وصورهما الإمام في نائم أو مربوط عند الحمل .

فإن قلنا : بالضمان - فواضح ؛ وإلا فسيببه أن هذه الأمور تابعه غير مقصودة بالغصب والسرقة - كما تدخل ثياب العبد في بيعه - على الخلاف [فيه] 4 وإن لم تكن من مسماه .

والوجه - عندي تخصيص الخلاف بمن 5 قصد بأخذ الصبي "ذاته" أما إذا قصد "ثيابه" ؛ فينبغي أن يكون غاصباً وسارقاً لها قطعاً .  
ولو نام على بعير - على أمتعة - فأخذ السارق بزمامه وأخرجه عن القافلة وجعله في

1 في "ب" المذهب .

2 في "ب" محلها .

3 في "ب" زيادة "على الصبي" .



## الأشباه والنظائر

### قواعد باب الإقرار

مضيعة ؛ فالأصح عندهم أنه إن كان حرا فلا قطع ؛ لأن المتاع والبعير في يده ،  
أو عبدا فالقطع ، لأن العبد -في نفسه- مسروق ، والثاني : القطع مطلقا ، الثالث :  
عدم القطع ، الرابع : التفرقة بين أن يكون الراكب قويا -لا يبالي بالسارق- أو  
ضعيفا- يبالي به- ولعله أرجح ، وهو يؤيد تخصيص ابن الرفعة محل الوجهين  
المتقدمين.

تنبيه : كثيرا ما يسأل عن موت الزوجة في الطلق ، لم لا توجب الدية على  
زوجها ؟ وللناس فيه كلام.

والجواب : عندي أن الوطاء كان مستحقا لمن لا يدخل تحت اليد وهي الحرة ،  
وقولنا : لمن لا يدخل تحت اليد يجري على طريقة الجمهور في ذلك وهو قيد  
يخرج.

قاعدة : "لا يجتمع على عين واحدة عقدان لازمان".

من ثم ضعف قول أبي إسحاق المروزي : "أن مورد الإجارة العين" ولم يمتنع  
بيع العين المستأجرة ، وهو الصحيح ، لاختلاف المورد.  
فإن قلت : أليس -يجوز للسيد إيجار جارحته المزوجة ، ثم لا يجوز للزوج منعها  
من المستأجر ؛ لأن يده يد السيد في الانتفاع ، وهذا الإيجار عقد لازم ورد على  
عقد التزويج اللازم من جهته ؛ فقد اجتمع عقدان لازمان.

قلت : حكى صاحب المحيط -وهو محمد بن يحيى تلميذ الغزالي- خلافا في أن  
المعقود عليه -في النكاح- منافع البضع ، أو ذات المرأة ؟ وبني عليه استقرار  
المهر بالوطء في دبرها.

وعلى القول بأن المعقود عليه منافع البضع ، لم يتوارد عقد الإجارة والتزويج  
على محل واحد ؛ فيشابهه بيع العين المستأجرة ، واستئجار المزوجة للإرضاع  
حيث يجوز بإذن الزوج قطعا ، وبغير إذنه -على وجه- وإنما امتنع بغير إذنه -  
على الأصح- لاستغراق<sup>1</sup> أوقاتها بحقه ، لا لورود عقدين لازمين فإن موردتهما  
مختلف ، ولا حق للزوج في لبنها.

وعلى القول بأن المعقود عليه -في النكاح- ذات المرأة ؛ فالمقصود مختلف ، ولا  
مزاومة بين مقصود العقدين.

1 في "ب" باستغراق.

ولو أجرت نفسها -ولا زوج لها- ثم نكحت في المدة ، صح قطعا ، والإجارة بحالها ، والأصح جواز استئجار الزوج امرأته لإرضاع ولده منها ، كما يستأجرها بعد البيونة ، كما يستأجرها لغير ذلك.

وقد عرف وجه خروج هذه المسائل [من] 1 القاعدة -وهو اختلاف المورد والغرض- فلم يتزاحم العقدان.

والخلاف الذي حكاه محمد بن يحيى [حكى] 2 ابن السمعاني ثلاثة أوجه ، في أصحابنا اختلفوا في المعقود عليه -في النكاح فقيل : "هو الحل" والأصح "أنه عقد على عين لاستيفاء نوع منفعة مخصوصة" انتهى ، وصح الشيخ الإمام في -شرح المنهاج ، في باب الإجارة -أنه حل ، وأن المهر في مقابلة الحل. من مسائل القاعدة : ذكر الشيخ الإمام في -شرح المنهاج- في مسألة إكراء العقب "لو أراد المالك أن يؤجر الدابة لآخر الزمان الذي لا يستحقه الأول "قال" : يحتمل المنع ؛ لأن العين الواحدة لا يرد عليها متجانسان ، والأقرب الجواز ؛ لأن المعقود عليه المنافع ، ومنفعة ذلك الزمان إذا لم تكن مستحقة ، جاز ورود العقد عليها.

ومن مسائل القاعدة : في باب المسابقة -لو مر مرار بجماعة يتناضلون فقال لواحد : إن أصبت بهذا السهم فلك دينار ، نص الشافعي أنه يستحق بالإصابة. قال الإمام : "وهذا يدل على انقطاع هذه المعاملة عن الإجارة إلى أجرة قد يفهم به اجتماع عقدين الذي إليه يستحق الدينار بجعل الجاعل ، ويستحق في المعاملة الأصلية ما كان يستحقه".

ومنها : منع الوالد استئجار العكامية للحج ، وقد ترد عليه المسألة السابقة ؛ إلا أن ينفصل عنها بكلام الإمام.

قاعدة : الصحيح -من القولين 3 أن العارية مضمونة" قال ابن القاص في "التلخيص" إلا واحدة.

1 في "ب" عن.

2 سقط في "ب".

3 من قوله في الاصطلاح إلى قوله الصحيح من القولين سقط من "أ" والمثبت "ب".

وقال الجرجاني في "المعاية" والرويانى في "الفروق" إلا في مسألتين إحداهما :  
إذا أحرم وفي ملكه صيد وقتلنا : زال ملكه بالإحرام ؛ فإذا أعاره لم يضمه  
المستعير ؛ لأنه لا ملك له.

قلت : ولا يصح استثناء هذه ؛ فإنه لا معبر في الحقيقة. والثانية : وهي التي  
اقتصر على ذكرها ابن القاص -إذا استعار عينا ليرهنها فتلفت في يد المرتهن ؛  
فإن المستعير لا يضمها على الأصح ؛ لأن سبيله سبيل الضمان.  
قلت : وفاتهما مسائل :

منها : المستعير من المستأجر ؛ فلا ضمان عليه ، وكذا المستعير من الموصي له  
بالمنفعة.

ومنها : العارية التالفة بالاستعمال : كما إذا انحق الثوب ، فلا ضمان في  
الأصح.

ومنها : لو تلفت بإعارة المالك في شغله كما إذا أرسله في حاجته وأعاره دابة  
ليركبها في هذه الحاجة ، وكذا لو لقيه في الطريق ومع دواب فأركبه دابة  
ليحفظها.

فائدة : الوقف منزلة بين العتق والبيع -شابه العتق من حيث القربة ، ومن ثم كان  
الصحيح أنه ينتقل إلى الله تعالى ، وشابه التملك ، ومن ثم قبل بانتقاله إلى  
الموقوف عليه.

وإذا عرفت أنه منزلة بين المنزلتين عرفت أنه لا سبيل إلى تقديمه على العتق ؛  
فمن ثم ضعف قول ابن الصباغ في تصرفات المفلس. لو وقف وعتق ، أن العتق  
يفسخ قبل الوقف ، وكان الأصح قول صاحب البيان أن [المفسوخ] 1 [أولا] 2-  
الوقف لقوة العتق وسرايته.

على أن هذا القول عن ابن الصباغ لم ينقله إلا صاحب البيان فتبعه النووي ، وزاد  
فعزاه إلى الشامل ، وليس في الشامل إلا جعل العتق والوقف في قرن واحد -نبه  
على ذلك إسماعيل الحضرمي -وذكره الوالد في "شرح المهذب" وبسط الكلام  
عليه ، وبين ما به يعرف أن هذا الكلام لم يقل به ابن الصباغ ولا غيره".  
ومن 3 أيضا -كان لنا قول : أن العتق يقدم في تبرعات الموصي المزدحمة

1 في "ب" الموسوع.

2 في "ب" إنما هو.

3 في "ب" من ثم لنا.

ترردا في مسائل :

منها : البيع بشرط العتق صحيح على الصحيح ، وبشرط الوقف فيه وجهان :  
"قال الرافعي : أصحهما لا".

ومنها : الصحيح -في عتق الراهن- الفرق بين الموسر والمعسر ، وفي وقفه  
طريقان : أحدهما كالعتق ، وأظهرهما : القطع بالمنع.

ومنها : بيع المبيع قبل قبضه باطل ، وعتقه الأصح صحته ، ولو وقفه ففي  
التتمة : "إن قلنا : يفتقر إلى القبول ، فكالبيع ؛ وإلا فكالعتق".

وقال الماوردي : "إنه كالعتق" وكذلك قال في الصدقة ، وخالفه الشيخ الإمام فيها  
-إذا لم تصل بالقبض ، ولم يكن بإذن بائع له حق الحبس ، ولم تتلف في يد  
المتصدق عليه.

ومنها : عتق أحد العبدین صحيح ، وفي وقفه وجهان : أصحهما الصحة.  
فائدة : هل الصدقة مثل الوقف لأنه صدقة ، أو دونه ؟

لا أحفظ فيه ؛ إلا أن الماوردي قال : "لو تصدق بالمبيع -قبل قبضه كان كما لو  
وقفه" ووافقه الشيخ الإمام "إذا اتصلت الصدقة بالقبض وكانت بإذن البائع ، أو  
حيث لم يبق له حق الحبس ، أو تلفت في يد المتصدق عليه. قال : "أما بدون ذلك  
فلا" قال : "وإباحة الطعام للفقراء كالصدقة".

قلت : فأفهم قوله : "للفقراء" أن مسألة الماوردي مختصة بالصدقة على الفقراء ،  
وهو محتمل.

ويحتمل أن يقال : إذا كان من أصلنا الصدقة على الغنى وأنها قوية ؛ فلا فرق ،  
والصدقة على الغنى كالوقف ، فينبغي إباحة الطعام ؛ فإن إطعام الطعام من حيث  
هو -قربة.

أصل : اختلف الأصحاب في أن الوديعة عقد أو إذن مجرد : قال الإمام "ليس له  
فائدة حكمية" وقال ابن الرفعة : "بل له فوائد" ذكر الإمام- نفسه منها فائدتين في  
باب الزيادة في الرهن".

قلت : ونحن نجمع ما يحضرنا منها.

صفحة 360 | 466

---

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

[منها] 1 : في كون ولد الوديعة وديعة وجهان : قال الإمام -في باب الزيادة-  
"ينبغيان على أن الوديعة عقد أم لا" ؟

ومنها : لو أودع وشرط شرطا فاسدا قال الإمام : "فمن جعلها عقدا أفسدها ، ولا  
بد من أئتمان جديد ؛ وإلا كان كما لو طيرت الربح ثوبا إلى داره ، ومن لم يجعلها  
عقدا ألغي الشرط الفاسد ، وأبقى موجب الإيداع.

ومنها : بانعزال المودع بعزلة نفسه في غيبة المودع وجهان :

إن قلنا : "الوديعة عقد" انعزل وتبقى أمانة ، وإن قلنا : "ليست بعقد" فلا ينعزل ؛ لأن ابتداءه بالفعل ، فكذا رفعه .  
ومنها : إذا أكره صاحب المال شخصاً على قبول الوديعة .  
فإن قلنا : "عقد" ، لم يثبت حكم الإيداع ، وإن قلنا : "إذن مجرد ثبت حكمها ، وهو المروي عن ابن أبي هريرة .  
ومنها : لو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد أودعتك هذا .  
قال الرافعي : "فجواب الروياني في -الحلية- قال : "والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة "قال ابن الرفعة" ، ولعله فرعه على أن الوديعة ليست بعقد" -كذا في المطلب ، وقال في "الكفاية" نقلاً عن الروياني- إذا قال : أودعتك هذا -بعد شهر- صح ، صرح به في "البحر" وفي حليته- انتهى .  
وفرق بين العبارتين ، فإن "إذا جاء رأس الشهر ؛ فقد أودعتك" نص في التعليق ، بخلاف "أودعتك بعد شهر" فإنه يشبه تنجيز العقد ، وتعليق التصرف .  
والذي رأيت -في "البحر" للروياني- العبارة التي نقلها الرافعي ، ولم أجد التي نقلها ابن الرفعة .

قاعدة : "كل أمين فالقول قوله في الرد على من ائتمنه" .  
ومن ثم يصدق المودع والوكيل بغير جعل ، وأمثله كثيرة ، وكذا الوكيل بجعل وعامل القراض -على الصحيح فيهما . وقولنا : "على من ائتمنه" يخرج به دعواه الرد على من لم يئتمنه ؛ فلا يقبل ، ومن ثم لو ادعى قيم اليتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ ، أو ادعى الوكيل الرد على رسول المالك ؛ فلا يقبل -على الصحيح- في الكل ،

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب" .

صفحة 361 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

ولا يقبل دعوى من طيرت الربح ثوبا إلى داره ، والملتقط الرد على المالك ، ولا دعوى المودع الرد على وارث المودع .  
ثم يستثنى من القاعدة : المستأجر والمرتهن ؛ فالأصح أنه لا تقبل دعواهما الرد ؛ لأنهما قبضا المنفعة [لمصلحة نفسيهما] 1 ؛ فأشبهها المستعير ولك أن توضح القاعدة بتقسيم فتقول :  
القابض لمجرد المقبوض منه تقبل دعواه الرد قطعا ، وهو أمين ، كالوكيل بلا جعل .

والقابض لمحض مصلحة نفسه لا تقبل دعواه الرد جزما ، وهو ضامن .  
والقابض لمصلحة المقبوض منه ومصلحة نفسه ، فيه خلاف ، والترجيح فيه

بحسب ترجيح ذكره.

قاعدة : "كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ضمنها بالتفريط في الحفظ" إلا الصبي فإنه يضمن بالإتلاف -على الأصح- ولا يضمن بالتفريط -وجها واحدا- لأن عقد الوديعة لا ينعقد معه كذا قال الجرجاني.

قاعدة : "كل إيجاب يفتقر إلى القبول لا يجوز وقوع القبول فيه بعد الموت. قال الجرجاني : "إلا الوصية" قال "وكل من ثبت له القبول بطل بموته إلا الموصى له ؛ فإنه إذا مات قبل القبول قام وارثه مقامه.

قاعدة : قال صاحب التلخيص : "كل ما كان يمتنع من صغار السباع ؛ فليس لواحد أن يتعرض لها" ومن أخذها فهو ضامن حتى يسلمها إلى السلطان ، أو يردها على صاحبها ، إلا واحدة : وهي ضالة الهدي يجدها أيام مني أو قبلها ، يأخذها ويعرفها أيام مني ، فإذا خاف أن يفوته وقت النحر نحر ، قال الشافعي : "واجب إلى بعد تعريفها -أن يرفعها إلى حاكم حتى يؤمر بنحرها" ، وفي المسألة قول آخر : "أنه لا يأخذها بناء على أنه لا يجوز التعرض لكبار البهائم في الصحراء" ، واعترض الرافعي بأن الاستثناء غير منتظم -وإن جوزنا الأخذ- لأن الأخذ الممنوع هو الأخذ للتملك ، وهذا لا يؤخذ للتملك.

فائدة : قال ابن الرفعة في " الكفاية" في باب إحياء الموات : "أسباب الملك

1 سقط في "ب".

صفحة 362 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

ثمانية : الميراث ، والمعاضات ، والهبات ، والوصايا والوقف ، والغنيمة ، والإحياء ، والصدقات".

قلت : بقيت عليه أسباب آخر.

منها : تملك اللقطة بشرطه.

ومنها : دية القتل يملكها أولا : وكذلك يوفي منها دينه.

ومنها : الجنين ، الأصح أنه يملك الغرة.

ومنها : خلط الغاصب المغصوب بماله ، أو بمال آخر -لا يتميز- موجب لملكه

إياه- على الصحيح عند 1 الرافعي والنووي.

ومنها : الصحيح أن الضيف يملك ما يأكله ، وهو يملك بالوضع بين يديه أو في

الفم ، أو بالأخذ ، أو بالازدراء يتبين حصول الملك قبيله ؟ وجوه وقد يجاب

بدخولها في الهبة.

ومنها : ما ذكره الجرجاني في "المعاياة".

والرويانى في "الفروق" من أن السابي إذا وطئ المسبية ، كان متملكا لها" وهو



[غريب]2 عجيب.

ومنها : الوضع بين يدي الزوج المخالع على الإعطاء ؛ فإذا قال : إن أعطيتني ألفا فأنت طالق ، كفى الوضع بين يديه على الصحيح والصحيح أنه يملك به ، وقال الشيخ أبو علي : "يبدل بمهر المثل" وفي كلام الماوردي ما يخرج منه وجه ثالث - "أنه يستحق بالوضع ووقوع الطلاق بتلك الألف. أو ألفا أخرى" ، وقد يجاب عن هذه الصورة بدخولها في المعاوضات.

فصل في حقيقة الذمة :

نتبين به أن ذمة الميت خربت- أي لا ذمة له.

قال علماؤنا : "الذمة معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزام".

وطريق من يقول : "هي معنى في حامل المكلف له -بالشغل والفراغ- دناءة وشرف ؛ فإن نظف -وقد تكدر- نظف ، وإن بقي ألقى على الحيف. وهذا المعنى جعله الشرع مبنيا على أمور :

1 سقط في "ب".

2 في "ب" عجيب غريب.

صفحة 363 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

منها : البلوغ ، فلا ذمة للصغير.

منها : الرشد ؛ فمن بلغ سفيها لا ذمة له.

ومنها : عدم الحجر ؛ فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه ، يقبل إزامه أو روش الجنائيات ، وأجر الإجازات ، وأثمان المعاملات ، ونحو ذلك من التصرفات ، ويقبل التزامه ؛ فإذا التزم شيئا مختارا من قبل نفسه لزمه. وإذا فقد واحدا من هذه الشروط لم يقدر الشرع فيه معنى.

وأما أهلية التصرف : فحقيقتها قبول يقدره صاحب الشرع في المحل وسبب هذا القبول المقدر التكليف والرشد.

قاعدة : "فيما ينتقل من الحقوق إلى الوارث وما لا ينتقل".

كل ما كان متعلقا بالمال ، أو يدفع [به]1 ضررا عن الوارث في عرضه ؛ فإنه ينتقل إلى الوارث ، وما كان متعلقا بنفس الموروث وشهوته وعقله لا ينتقل إلى الوارث. والسر في الفرق : أن الورثة يرثون المال ، فيرثون ما يتعلق به تبعاً له وكذلك العرض بين الوارث والموروث فيهما مناسبة.

وأما عقل الميت وشهوته نفسه فأمر لا تورث ، فلا يورث ما يتعلق بها.

فمن القسم الأول :

خيار الشرط ، وخيار المجلس ، خيار الإقالة ، وخيار التصرية ، والرد بالعيب

وخيار الخلف ، وخيار الشفعة ، وحق القصاص ، وحق الراهن ، وقبول الوصية ، وإذا مات واحد من الغانمين انتقل حقه إلى ورثته [لأنه ثبت له الملك أو حق الملك ، وإذا مات المتحجر انتقل حقه إلى ورثته]2 وحكم الإقالة والتحالف مع الوارث كحكمها مع المورث.

وأما حد القذف ، وقصاص الأطراف والجراح ومنافع الأعضاء فتنتقل -أيضا- إلى الوارث وإن لم تكن مالا ، لأجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه ، أو الجناية عليه.

وأما القصاص النفس ؛ فإن قلنا : "العلة مع المعلول" فهو من هذا القبيل -يورث ، لأنه يثبت للمجني عليه قبل موته ، ثم ينتقل عنه.

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

صفحة 364 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

وإن قلنا : "سابقة" فليس من هذا ؛ لأنه لا يثبت للوارث ابتداء لأن استحقاقه فرع زهوق النفس ، فلا يقع للوارث إلا عقب موت المورث.

ومن القسم الثاني :

وهو ما لا ينتقل للوارث : اللعان ، وقد كان يختلج في الذهن أنه ينبغي ثبوته له دفعا عن النسب الذي اشترك الوارث والموروث فيه ؛ غير أنه لما رجع إلى أمر يعتقده المورث لا يشاركه فيه غيره ، لم ينتقل.

وكذلك : الفيئة بعد الإيلاء لا تورث لتعلقه بشهوته ، والعود بعد الظهر ، واختيار أربع من خمس فصاعدا -أسلم عليهن- ومن ثم لا يجوز التوكيل فيه ، وفي سائر ما يتعلق بالشهوة.

وكذلك لا ينتقل إلى الوارث قضاؤه على متبايعين جعل له الخيار في الإمضاء أو الفسخ.

وكذلك ما بيده من قضاء ومناصب ، كما لا ينتقل اجتهاده وعلمه ودينه لا ينتقل شيء منها إلى الوارث ؛ لأنه لم يرث [سيده]1 وأصله لو قال لزوجتيه : إحدكما طالق ؛ ففي قيام وارثه مقامه -في التعيين- خلاف شهير.

وهنا مسائل :

منها : قال المتولي : لو ذهب لوالده شيئا فمات الواهب ، لا ينتقل حق الرجوع إلى الورثة ؛ لأنهم لا يرثون العين ، فلا يرثون الخيار فيها ، كما لا يرث حق النكاح ، ولا الولاء.

واستدل الحنفية بهذا على عدم إرث خيار المجلس ، وأجاب الغزالي بأنها سلطنة

لا تثبت إلا للأب -على قياس الولايات- لأنه لا يسقط بقوله : "أسقطت" كولاية التزويج ؛ فهو من لوازم الأبوة والخيار يقبل السقوط بالإسقاط قلت .  
فائدة : قال المتولي -في باب الخيار في تعريف ما يورث وما لا يورث : "كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثة المال" واعترضه النووي بخروج حد القذف والقصاص والنجاسات المنتفع بها كالكلب والسرجين .

1 في "ب" مستنده .  
صفحة 365 | 466

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

فائدة : إذا تعدد الوراث ؛ فهل يتعدد الحق المنتقل إليهم عن مورثهم اعتبارا بهم ، أو يتحد اعتبارا به ؟ ثم إما أن يتوزع عليهم وإما أن يسلك سبيل آخر .  
فيه تردد في مسائل :

منها : إذا ورثوا خيار المجلس لم ينقطع خيار بعضهم بمفارقة الآخر -على الأصح- فكل منهم في هذا بمنزلته ، ولو فسخ بعضهم انفسخ العقد في الكل علي الأصح ، ولو فسخ بعضهم في نصيبه ، واختار الآخر في نصيبه قال مجلي : "لم يكن لهم ذلك -وجها واحدا- وفي الحاوي وجه .

ومنها : إذا ورثا العبد المبيع فوجدا به عيبا ؛ فالأصح لا ينفرد أحدهما بالرد ، ولو سلم أحدهما نصف الثمن لم يلزم البائع تسليمه النصف .

ومنها : لو قضى أحد الوارثين حصته من الدين المرهون به رهن ؛ ففي انفكاك نصيبه قولان .

ولو مات المديون فقضى بعض الورثة نصيبه ، قال الإمام : "لا يبعد تخرجه على الرهن" .

ومنها : أقر بعضهم بالدين وأنكر البعض .

ومنها : لو عفا بعضهم عن حد القذف .

فائدة : [قال الجرجاني 1 : يورث بالقراية من الطرفين إلا في أربع مسائل :

ابن الأخ يرث العم ، ولا ترثه العممة 2 .

والعم يرث بنت الأخ - ولا ترثه هي 3

وابن العم يرث بنت العم ، ولا ترثه هي 4 .

والجدة ترث ولد ابنتها ، ولا يرثها هو 5 .

قال الجرجاني : "ويورث النكاح من الطرفين إلا في المبتوتة في المرض ؛ فإنها

ترث المطلق -في قول- ولا يرثها هو" .

1 من قوله قال الجرجاني . إلى قوله ثبت الولاء من الطرفين سقط من "أ"

والمثبت من "ب".

2 مختصر العلائي 1/ 394 ، الأشباه والنظائر "500" ؟

3 المصدران السابقان.

4 المصدران السابقان.

5 المصدران السابقان.

صفحة 366 | 466

---

الأشباه والنظائر

قواعد باب الإقرار

قال : "ويورث بالولاء من طرف واحد- وقد يتفق من طرفين بأن يعتق حربي عبده الحربي ، ثم يقهر سيده على نفسه ؛ فإذا أعتقه ثبت الولاء من الطرفين].

فائدة : قال البندنجي : "الحقوق ثلاثة أضرب :

حق يثبت لجميع الورثة وإذا عفوا إلا واحدا ثبت له ، وهو القذف والشفعة والغنيمة. قلت : والولاية على اللقيط على الصحيح.

وحق يثبت للجماعة - على الاشتراك- والكل حصته أولا : وهو المال.

وحق يثبت على الاشتراك ويسقط بعفو البعض وهو القصاص.

صفحة 367 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

القول في المناكحات :

قلت : القول في ربع المناكحات

قاعدة : "النكاح لا يفسد بفساد الصداق" 1.

وفيه مسائل :

منها : لو وكل في نكاح امرأة وسمى مهرا ؛ فزاد الوكيل ، قال إمام الحرمين قبيل

باب الخلع في المرض : اختيار الشيخ أن النكاح لا ينعقد ، وقال بعض

الأصحاب : ينعقد والرجوع إلى مهر المثل ، والحكم بالانعقاد بعيد في هذا

الطرف". انتهى.

وأظنه يعني بالشيخ -هنا- القفال ؛ ففي كلامه -هنا- ما يشير إليه ، وذكر صاحب

البيان المسألة في باب ما يصح به النكاح ، وقال : قال الصيمري :

"قال شيخ من أصحابنا : يبطل النكاح ، والصحيح أنه يصح ولها مهر مثلها"

انتهى.

وفي الرافعي -قبيل الفصل السادس : فيما يجب على الولي -ولو وكل رجلا بقبول

نكاح امرأة وسمى مهرا ، لم يصح القبول بما زاد عليه.

قاعدة : كل عضو حرم النظر إليه ، حرم مسه بطريق أولى 2 ويستثنى :

الطبيب -إذا اجتاج إلى المس دون النظر ؛ فإنه لا يباح له إلا ما احتاج إليه .  
وفرّج الزوجة -فمسه جائز قطعاً ، وفي نظر الزوج إليه الخلاف المعروف وقد  
استدركه الوالد -رحمه الله- وحمل القاعدة على أن المراد الاجتناب ، والوالد لم  
يذكر الطبيب "فلتحمل القاعدة أيضاً على أن المراد ما عدا الضرورات .  
قاعدة : من حرم نكاحها على التأييد -بسبب مباح لحرمتها- فهي محرم يجوز

1 الأشباه والنظائر للسيوطي "477".

2 السيوطي "475" ، المنثور 3 / 114.

صفحة 367 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

النظر إليها ويختلي بها ولا تنقض الوضوء واحترزنا بالحرمة عن الملاعة .  
ويستثنى أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فليس من المحارم كما دل عليه كلام  
الرافعي في الظهار ، وصرح به غيره .

قاعدة : داعية الطبع تجزئ عن تكليف الشرع "وبعضهم يقول" : الوازع  
الطبيعي مغن عن الإيجاب الشرعي "وعبر الشيخ الإمام" رحمه الله عن القاعدة  
في كتاب النكاح بأن "الإنسان يحال على طبعه ما لم يقم مانع".  
ومن ثم لم يرتب الشارع على شرب البول والدم وأكل العذرة والقيء -حدا اكتفاء  
بنفرة الطباع عنها ، بخلاف الخمر والزنا والسرقه لقيام بواعثها ؛ فلو لا الحد  
لعمت مفاستها .

[وفي] 1 القاعدة مسائل ؛

منها : لا يجب القسم بين النساء .

ومنها : لا يجب على الرجل وطء زوجته ، وشذ القول بوجوب الوطأة الأولى  
لتقرير المهر ، وقضاء الوطأة في القسم فيما إذا دخل في نوبة واحدة ووطنها ،  
أما المولى 2 : فواجبه أحد الأمرين من الوطء أو الطلاق .  
ومنها : إقرار الفاسق -على نفسه- مقبول ؛ لأن الطبع يزعه عن الكذب فيما يضر  
بنفسه أو ماله أو عرضه .

ومنها : عدم اشتراط العدالة في ولاية النكاح على وجه اختاره كثير من أصحابنا  
، منهم الشيخ عز الدين ، محتجا بأن الوازع الطبيعي يزعه عن التقصير في حق  
الولي عليه .

ومنها : عدم وجوب الحد بوطن الميته -وهو الأصح- قالوا : "لأنه مما ينفر عنه  
الطبع ، وما ينفر عنه الطبع لا يحتاج إلى الزجر عنه .

ومنها : ليس النكاح من فروض الكفايات خلافا لبعض الأصحاب ، ومستندا هذا  
الوجه النظر إلى بقاء النسل ، وقد رده الشيخ الإمام بهذه القاعدة ، وقال : "في

النفوس من الشهوة ما يبعثها على ذلك ، فلا حاجة إلى إيجابه3 والإنسان يحال على طبعه ما لم

1 وفي "ب" ومن.

2 في "ب" الولي.

3 في "ب" فلا حاجة إلى إيجابه من القواعد.

صفحة 368 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

يقم مانع "ثم مال الشيخ الإمام إلى قتل أهل قطر رغبوا عن سنة النكاح وإن لم يكن واجبا.

قاعدة : "لا يزوج مسلم كافرة" إلا في مسائل :

منها : كافرة لا ولي لها مناسب ؛ فيزوجها الحاكم بالحكم ؛ لأن الكافرة والمسلمة مستويان في الحكم1.

قاعدة : قال الإمام -في الكلام على تقديم الطعام للضيف في الوليمة - "ليس في الشرع إباحة تقضي إلى اللزوم إلا النكاح ؛ فإننا قد نختار أن المعقود عليه -في النكاح- ليس مملوكا ؛ إنما هو مستباح فيستحق " انتهى.

ذكره ردا على والده في تصحيحه أن الضيف لا يملك ، وأن الوجوه المحكية -في أنه بماذا يملك ؟ وجوه في أن الإباحة هل تلزم حتى لا يكون للمضيف رجوع ؟ قال الإمام : "وهذا لا بأس به" قال : "ولكن الأصح أن الإباحة لا تنتهي إلى اللزوم ما لم يفت المستباح". ثم ذكر هذه القاعدة.

قلت : وقد يضم إلى النكاح الصور التي تلزم فيها العارية ؛ فإنها إباحة تقضي إلى اللزوم ، ثم نبحت عن قوله "تقضي إلى اللزوم".

هل معناه : إلى لزومها -في نفسها- على المبيع ؛ فإن المرأة يلزمها يدل البضع المستباح حق ، والمعير -في الصور المشار إليه- يلزمه أيضا حكم العارية ؟ أو معناه : تقضي إلى اللزوم من جهة المستبيح فإن الزوج تلزمه لوازم النكاح - من المهر وغيره- ولذلك قال البغوي : "حتى يكون الشيء غير واجب ويقتضي واجبا -كالنكاح- يقتضي النفقة والمهر".

ذكره في الكلام على ركعتي الطواف ، وعلى هذا فيضم إلى النكاح إعاره الدلو لاستقاء المحدث الماء ، والسترة للعاري في الصلاة ؛ فإنه يلزمه2 قبولهما على الأصح.

أو معناه اللزوم الطرفين ؛ حتى لا يجوز للمبوح الرجوع ولا للمستبوح الرد ؟ وعلى هذا يضم إلى النكاح إعاره الدلو والرشاء ، وللمعير العوض -كما صرح به



1 انظر الاعتناء القاعدة التاسعة عشرة من كتاب النكاح.

2 في "ب" يلزم.

صفحة 369 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

القاضي الحسين ؛ حيث قال : "يتعين عليه الإعارة ، كما يتعين على المستعير ويجب" ، وعلى هذا لا يتم رد الإمام على والده ؛ فإنه -وإن منع المضيف من الرجوع- فلا سبيل له إلى القول بأن الإنسان المضاف يتعين عليه القبول والأكل. ثم هذا منه -والحالة هذه- قول بأن النكاح من العقود اللازمة من الطرفين ، وهو ما ادعاه النووي ، وقال : "يمكن الزوج من رفعه كتمكن المشتري من إزالة الملك بالبيع" والمعروف -في المذهب- أن النكاح عقد جائز ، وحكى ابن الصباغ -في كتاب الوكالة- وجهين في أنه لازم أو جائز. قاعدة : "إتيان القبل والدبر سواء في الأحكام" 1 : إلا في مسائل :

منها : الحل ومنها : الإحصان 2 ، فإنه فضيلة لا تنال برذيلة. ولا تحصل به فيئة الإيلاء ، ولا ينفي العنة ولا يبطل استنطاق البكر وأما النسب ، فاختلفت فيه عبارة الرافعي. ومنها : حلف لا يطاق زوجته ؛ فوطئها في الدبر قال الإمام : "والذي أراه الحنث" نقله الرافعي في الإيلاء ، وحكى الغزالي في الفتاوى -ورجح عدم الحنث 3.

1 روضة الطالبين 7 / 120-204 ، البيجرمي على الإقناع 3 / 449.

2 وصورته أن يتزوج رجل بامرأة فيطأها في دبرها دون فرجها ثم يطلقها وإذا زنا بامرأة بعد ذلك وجب الجلد دون الرجم.

3 ومنها الدم الخارج من الدبر لا يكون حيضا بخلاف القبل.

ومنها : لا يثبت به نسب وصورته أن يطاق رجل امرأة في دبرها فقط ، ثم أنت بولد لم يثبت به نسب على الصحيح.

ومنها : إذا وطئ البالغ الجارية المبيعة في دبرها لا يكون فسحا.

ومنها : عدم الكفارة في وطء الدبر في أيام رمضان بإفساد الصوم من غير خلاف رجلا كان أو امرأة ذكره ابن الرفعة في مطلبه في كتاب الصيام.

ومنها : إذا وطئها في دبرها بعد طهرها ثم يطلقها لا يكون رجعيا.

ومنها : أنه لا يجب بالوطء في الدبر المسمى للزوجة على وجه الصحيح خلافه.

ومنها : أنه لا يجوز رؤية الدبر بخلاف القبل للزوج وعند النظر إلى فرج الزانيين وعند الشهادة على الولادة.

ومنها : أن مس الدبر لا ينقض الوضوء على القديم بخلاف القبل.

ومنها : أن الزوج يحد بوطء زوجته في دبرها على وجه ويعزر على الصحيح.

=

صفحة 370 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

قاعدة : "فرقة النكاح -قبيل الدخول- [إذا] 1 كانت بسبب من جهة الزوج -كطلاقه وإسلامه وردته- سقط نصف المهر ، وإن كان من جهتها كإسلامها وردتها -سقط جميع المهر".

والناس يستشكلون على هذا الفسخ بالعيب قبل الدخول ؛ فإنه يسقط جميع المهر - سواء فسخ هو بعيبها ، أم فسخت هي بعيبه ؛ لأنها هي المختارة ، قال النووي "في رؤوس المسائل" ، وهذه مشكلة ، وهذا الإشكال قوي فإن الفسخ بالعيب إما أن يغلب فيه جانب الفاسخ ، أو جانب من به العيب ، وعلى التقديرين لا يسقط جميع المهر بكل حال ؛ وإنما يسقط كله في حال وبعضه في حال.

ثم أجاب النووي رحمه الله : بأن مقتضى الفسوخ تراد العوضين من الجانبين ، وقد رد عليها الزوج بضعها بكماله ، فيرد عليه المهر بكماله.

وأما الطلاق -فإنما بقي لها فيه نصف المهر ؛ لأنه ليس فسحا ؛ وإنما [هو] 2 تصرف في الملك.

وأما وجوب النصف بإسلامه وردته ، فلشبهه الطلاق من حيث إيدائها وكسرها بذلك من غير سبب من جهتها ؛ فوجب النصف جبرا لذلك. بخلاف الفسخ ؛ فإنها إن فسخت فهي المختارة ، فلم يحصل لها أذى ، بل حصل لها سرور بتحصيل غرضها وإن فسخ الزوج فهي سببه ؛ فالأذى حصل بسببها. انتهى : وهو مأخوذ من كلام الشيخ -عز الدين ابن عبد السلام : وبقي ما إذا كان الفسخ بسببها جميعا -كردتها معا والخلع الواقع بينهما ، والصحيح فيهما التشطير.

وأما إذا كان لا من جهة واحدة منهما -وهي مسألة ابن الحداد والقفال- ولم

= ومنها : عدم العدة بوطء في الدبر فقط.

ومنها : العنين إذا وطئ زوجته في دبرها فقط لم يسقط خيارها.

ومنها : عدم وجوب غسلها بخروج مني الزوج من دبرها بعد غسلها من الوطء في دبرها.

ومنها : عدم إثبات طهارة بالوطء في الدبر.

ومنها : عدم إفساد الحج بالوطء في الدبر والصحيح التسوية.

ومنها : شرط عدم الوطء في القبل في صلب العقد فإنه يفسره بخلاف الدبر.

1 في "ب" أن.

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

يذكرها الرافعي في باب الصداق عند الكلام في التشطير ، وابن الحداد يقول فيها بالسقوط دائما ، والقفال يقول بالتشطير.

وفيها صور :

منها : إذا أسلم أبو الصغيرة فتبعته فانفسخ النكاح. قال ابن الحداد "يسقط" ، وقال القفال : "يتشطر". كذلك نص عليه في شرح الفروع ، ونقله الشيخ أبو علي الإمام عن بعض الأصحاب ، ولم يصرحا بذكر القفال وهو عجيب. وكذلك حكى ابن الرفعة الخلاف في باب الصداق من "الكفاية" غير مذكور فيه القفال.

ومقتضى كلام الرافعي الجزم بقول ابن الحداد في هذه ؛ إذ قال في باب المتعة فيما إذا وقع إسلامها تبعا ؛ فإنه لا متعة جعل ذلك فرقة كائنة من جهتها ، ولكن [رجح] 1 فيما إذا ورث زوجته أو بعضها - عدم سقوط المهر ، وصرح بمخالفة ابن الحداد فيه وهو يقتضي إيجابه الشطر ؛ كذا قاله في كتاب النكاح قبل فصل الدوريات ، وقد تكلمت على المسألة ونظائرها - مبسوطا - في الطبقات في ترجمة ابن الحداد ، فلنلخص هنا إن شاء الله.

قاعدة : قال الرافعي في باب نكاح المشركات : "ذكر الأصحاب عبارة جامعة ؛ فقالوا : الرق والحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر ؛ فإن بقي من العدد المعلق بكل واحد - من الزائل والطارئ - شيء ، أثر الطارئ وكان الثابت العدد المعلق به - زائدا كان أو ناقصا - وإن لم يبق منهما جميعا ، لم يؤثر الطارئ ، ولم يغير حكما. ذكر ذلك فيما إذا كان تحت الكافر إماء ؛ فأسلم معه اثنان ثم عتق ثم أسلم الباقيات ؛ فإنه ليس له إلا اختيار اثنتين ، وإن أسلمت واحدة عتق ثم أسلم 2 الباقيات ؛ فله اختيار أربع.

والفرق : أنه إذا لم يسلم معه [إلا] 3 واحدة ، لم يكمل عدد العبيد ؛ فإذا عتق فله استيفاء ما للآخر ، بخلاف ما إذا أسلمت اثنتان. قال : وشبهوا الصورتين بما إذا طلق العبد امرأته طلقته ثم عتق. لم يملك بالعتق

1 في "ب" راجح.

2 في "ب" أسلمت.

3 سقط في "ب".

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

طلقة ثالثة ، بخلاف ما لو طلقة [واحدة] 1 ثم عتق. ربما إذا أعتقت الأمة في عدة الطلاق -قبل [استكمال] 2 قرءين ؛ فإنهما تكمل ثلاثة أقرأء.  
"وإن [أعتقت] 3 -بعد تمامها- لم يلزمها شيء".

كذا قال الرافعي ، والصحيح -عنده وعند غيره- أن الطلاق إن كان بائنا ، لم تكمل ثلاثة أقرأء ؛ بل تكفي بقرءين.

وعلى هذا الأصل قال ابن الحداد : لو طلق الذمي زوجته طلقنتين ثم التحق بدار الحرب ناقضا للعهد فسبي واسترق ونكح تلك المرأة بإذن مالكه ، يملك عليها طلقة ؛ لأنه بقي من العدد الزائل شيء ولم يبق من العدد الطارئ شيء فلم يؤثر الطارئ.

ولو كان قد طلقها طلقة ؛ فإذا نكحها ، لا يملك عليها [إلا] 4 طلقة ؛ لأنه [قد] 5 بقي من العدد الزائل طلقتان ، ومن العدد الطارئ طلقة ، فكان الثابت حكم الطارئ -وهو الرق هنا- والصحيح عند الأصحاب.

غير أن الشيخ أبا علي استدرك على ابن الحداد اشتراطه لحاق الذمي بدار الحرب ؛ لأن استرقاقه ليس موقوفا على ذلك ؛ فإنه 6 قد يفعل ما ينقض العهد ويسترق -وإن لم يلحق بدار الحرب- أو لعله يرى أن من نقض عهده بغير قتال يرد إلى مأمنه ، وهو أحد القولين.

والاعتراض سهل ؛ فإن ابن الحداد لم يذكر اللحوق بدار الحرب على سبيل التقييد للمسألة ؛ بل لكونه الغالب في الوقوع. إذا عرفت هذا ، فهذه القاعدة يستثنى منها مسائل :

منها : العبد إذا زنى فأقيم عليه بعض الحد وبقيت عليه عشرة ، ثم عتق ؛ فإنه لا يقام عليه تمام حد الأحرار ، بل تمام الخمسين فقط.

ومنها : الذمي إذا زنى ، فأقيم عليه أربعون أيضا ، ثم التحق بدار الحرب [ثم استرق] 7 فإنه لا يكمل عليه حد الأحرار ، بل حد العبيد وقياس القاعدة تكميل حد الأحرار.

قلت : [كذا] 8 نص القاضي الحسين ، ونقل ابن الرفعة عنه ذلك نقل الموافق

1 سقط في "ب".

2 في "ب" كمال.

3 في "ب" عتقت.

4 سقط في "ب".

5 سقط في "ب".

6 في "ب" لأنه.

7 سقط في "ب".

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

له ، ولا يتجه هذا الثاني إلا على القول بأن الذمي إذا زنى ثم أسلم يحد ، وهو رأي أبي ثور والذي نص عليه الشافعي - كما نقل النووي عن ابن المنذر أنه يسقط عند الحد بالإسلام ، ورأيت الدارمي حكى في "الاستذكار" في المسألة وجهين في باب حد الذميين "إذا كان يسقط بتمامه ؛ فالذي يظهر أن سقوط ما بقي منه أولى ، وأخرى".

ومنها : إذا نكح أمة وقلنا : إن لها نصف ما للحررة من الثلاث أو السبع في حق الزفاف - فعتقت بعدما بات عندها ليلتين ؛ فإنه لا يكمل لها ما للحررة - ذكره الرافعي في باب عشرة النساء.

ومنها : لو عتقت الأمة المطلقة في عدة الطلاق البائن ، تكمل عدة أمة ، لا عدة حررة - على الجديد الصحيح.

فائدة : "كل من وطئ أمة بغير ملك يمين - عالما بأنها أمة - فولده منها رقيق إلا في مسألة واحدة : وهي : العربي إذا تزوج أمة - على القول بأن العرب لا يسترقون.

فائدة : كل امرأة تدعي عنه زوجها ، تسمع دعواها إلا الأمة إذا كان زوجها حراً ؛ لأنها لو سمعت لبطل خوف العنت ، فيبطل النكاح ؛ فكان سماع الدعوى فيه مؤدياً إلى سقوط النكاح المؤدي إلى سقوطها ، فأثبتنا النكاح وأسقطنا الدعوى. فائدة : كل امرأة علق زوجها طلاقها على صفة ؛ فلها أن تحاكمه في وجود تلك الصفة ووقع الطلاق بها "إلا الصورة المتقدمة - وهي الأمة المزوجة بحر علق طلاقها على كونه عنيماً ؛ فليس لها أن تحاكمه ؛ إذ لو حققت دعواها ، خرجت من الزوجية ؛ فلا يصح يمينه بطلاقها ، ولا دعواها - ذكره الجرجاني في المعايير والروايات في الفروق.

قاعدة : قال صاحب البيان : "كل موضع حكمنا فيه بالفرقة بين الزوجين ؛ فذاك فسخ لا طلاق". وينتقض بما إذا توافق الزوجان على أن العاقد والشهود فسقة ؛ فإن الفرقة تحصل بينهما ، والأصح أنها فرقة طلاق.

قاعدة : "كل زوجة جمعها من زوجها - في الشرك - الإسلام ، وهي بحيث يحل ابتداء نكاحها ، أقرت ، وإن كان بحيث لا يحل له ابتدائه ، لا تقر".

قاعدة : قال الغزالي "كل من بها عذر طبعي أو شرعي لا تستحق القسم" واستثنى الرتقاء ، فلها عذر طبعي وهي تستحقه.

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

قاعدة : قال الأصحاب في باب الصداق : الزيادة المتصلة تتبع الأصل إلا في الصداق. ومعنى ذلك : أنه إذا ثبت الرجوع في عين فزيدت زيادة متصلة - كالسمن وتعلم القرآن والحرفة- لم تمنع تلك الزيادة الاستقلال بالرجوع ، كما إذا أفلس المشتري بالثمن ؛ فإن البائع يرجع في المبيع بزيادته المتصلة ، وكذا الواهب في الموهوب والمشتري إذا رد المبيع بعيب ، يرجع في العوض مع الزيادة المتصلة [ولا] 1 كذلك الصداق ؛ فإن الزيادة المتصلة فيه تمنع استقلال الزوج بالرجوع حيث ثبت له الرجوع في نصف الصداق ، ويثبت لها الخيار ؛ فإن أبت تجبر ، ويعدل الزوج إلى نصف القيمة من غير تلك الزيادة ، وإن سمحت أجبر على القول على الصحيح ؛ فصار الصداق مستثنى من قولهم : "إن الزيادة المتصلة تتبع الأصل".

قلت : ويستثنى أيضا -على وجه- الهبة المطلقة إذا قلنا : تقتضى الثواب فلم يثبت ، وكان للواهب الرجوع بدون الزيادة المنفصلة وكذا المتصلة -على وجه- فيبذل الموهوب له القيمة ، ويمسك الموهوب ، والأصح خلافه جريا على القاعدة. ويستثنى أيضا -على ما ذكر الدارمي في الاستذكار -اللقطة بعد التملك ، إذا جاء صاحبها وقد زادت زيادة غير متميزة ؛ فإنه ذكر أن له الخيار بين إعطائها زائدة أو القيمة.

لكن هذا غريب ، والمجزوم به -في كتب الرافعي والنووي وابن الرفعة والشيخ الإمام رحمهم الله تعالى- أن الزيادة المتصلة تتبع اللقطة. قاعدة : "الوطء لا يخلو عن عقر أو عقوبة".

واستثنى الروياني في "الفروق" ثلاث مسائل :

إحداها : إذا زوج عبده [بأمة 2 بعد إذن وليه] 3.

والثانية : إذا فرضت المرأة بضعها في دار الحرب ثم أسلما ، فدخل بها وهما يعتقدان أن [لا] 4 مهر.

والثالثة : المحجور بالسفه إذا تزوج بغير إذن وليه ووطئ 5 ؛ فلا شيء عليه بالوطء على الأصح ، كما لو اشترى سلعة من عالم بحاله.

وفي القديم : لها مهر مثلها بعد فك الحجر عنه ، جعله كالجنانية.

1 سقط في "ب".

2 في "ب" بأتمته.

3 سقط في "ب".

4 في "ب" إلا.

5 في "ب" ونظر.



الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

قلت : [وقد] 1 قيد النووي -في فتاويه- المسألة بما إذا تزوج رشيدة ، أما إذا تزوج سفيهة ، قال : "فيجب" ولم أر هذا القيد في غير فتاويه ، وقد أهمل الروياني مسائل :

منها : وطء النبي صلى الله عليه وسلم فمن خصائصه عليه أفضل الصلاة والسلام أنه لا يجب عليه المهر -وإن كان العقد بلفظ الهبة.

ومنها : إذا أعتق المريض أمته -وهي ثلثه- وتزوج بها ، ومات ، وطالبت بالمهر ؛ فيجب لها منه بسقط ما عتق ، ويبطل النكاح بخروجها عن كونها الثلث ؛ فإن الاعتبار بالثلث بعد وفاء الدين.

وإذا لم تخرج من الثلث [رق] 2 بعضها ، وحينئذ لا يصح تزويجها للحر فأما إذا أعتقت عن المهر ، فيصح النكاح.

ومنها : إذا استرق الكافر مسلماً وجعله صدق امرأته وأقبضها إياه ثم أسلماً ، فإن الحر ينتزع من قهرها ، وجنح الرافعي -في بحثه إلى أنه لا يجب مهر [مثل] 3.

ومنها : إذا وطئ المسلم حربية بشبهة ؛ فلا عقوبة ؛ إذ لا إثم ولا عقر.

ومنها : إذا وطئ ميتة بشبهة ؛ فلا عقوبة للشبهة ولا مهر.

قاعدة : كل حيض يحرم الطلاق. ويستثنى مسائل :

منها : حيض الحامل -على القول- أنها تحيض وهو الأصح فإن طلقها فيه لا

يحرم ، لعدم التأدية إلى طول العدة.

قال الرافعي : عن إسحاق "أنها كانت ترى الدم -وجعلناه حيضًا- فقال لها : أنت

طالق للسنة ، لا يقع عليها الطلاق حتى تطهر".

قال : وعلى هذا فللحامل حال بدعة كما للحائل.

قلت : [وإذا] 4 تم هذا كان طلاق الحائض الحاصل بدعياً عند أبي إسحاق ، وبه

صرح صاحب المهذب وغيره من النقلة عن أبي إسحاق ، وتبعهم في الروضة ؛

فإن كان الحامل له تصريح صاحب المهذب فحسن -لكنه خروج عن نظم

الرافعي- فإنه لم يصرح بهذا ؛ وإنما قاله فيمن قال أنت طالق للسنة" : "ولعل

ذلك لأن لفظ السنة محمول -عند الإطلاق- على المتعارف في الشرع -وهو غير

حائض- وحيض الحامل

1 سقط في "ب".

2 في "ب" ردت.

3 سقط في "ب".

4 في "ب" زاد.

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

صورة نادرة لا يشملها الإطلاق 1 ، ولا يكون مراده منه ؛ فلست 2 على ثقة 3 بأن 4 أبا إسحاق رحمه الله يحرم الطلاق في حيض الحامل من هذا النظم الذي نظمه الرافعي ؛ إنما يحمل لفظ السنة على ما وراء 5 الحيض. وإذا عرفت هذا ؛ فقول الرافعي : "حال بدعة" لا يتجه ، إلا أن يكون 6 أبو إسحاق يحرم طلاق 7 ، الحامل ، ولم ينقل عنه ما يقتضي ذلك ، لما ذكرت. ومنها : إذا قال : أنت طالق في آخر حيضك فالأصح أنه سني -مع وقوعه في الحيض".

فائدة : قال الرافعي -في [باب] 8 القسم والنشوز - "اجتماع الحرة والأمة إنما يتصور بأن ينكح حرة على أمة" ، وكذلك السبب الثاني في تجدد النكاح ؛ حيث : قال لا يتصور إلا في العبد ؛ فإن له أن يدخل الأمة على الحرة" وتبعه النووي. والحصر غير مسلم ، فالأصح الجواز فيمن تحته حرة لا تعفه -كالرتقاء [والقرناء] 9.

قاعدة : من باب التعليق بالشروط -لا تختص بالطلاق ؛ غير أن الطلاق أمس بذكرها ، لكثرة التعليق فيه -الطلاق لا يقبل الإيقاع 10 بالشرط وإن قبل الوقوع الشرط. أي التعليق على شرط.

وهو عكس البيع ونحوه -فإنه يقبل الإيقاع بالشرط ، ولا يقبل التعليق على شرط -بدليل أنه لو قال : بعتك على أنه كذب صح ، ولو قال : إن كان كاتباً فقد بعته فهو باطل -على ما جزم به ابن أبي الدم- وخرج فيه ابن الرفعة وجهين من الوجهين في "إن كانت المولودة لي بنتاً فقد زوجتكها" ، وهذه القاعدة أشار إليها الغزالي -في كتاب الخلع- حيث قال : "الطلاق لا يقبل الشرط قال ابن الرفعة" : معناه -لا يقبل الشرط في الوقوع وإن قبله في الإيقاع- والفرق بينهما يتضح بالمثال ؛ فإنه لو قال : أنت طالق بشرط أن لا تدخل الدار أو على أن لا تدخل الدار ، وقع في الحال -وإن لم يوجد ذلك ، ولو

- 1 في "ب" الطلاق.
- 2 في "ب" فليست.
- 3 في "ب" يقين.
- 4 في "ب" فإن.
- 5 في "ب" ورد.
- 6 في "ب" كان.
- 7 في "ب" زيادة "الحائض".
- 8 سقط في ب.

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

قال : أنت طالق إن دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل "انتهى".  
والغزالي - رحمه الله- توصل بذلك إلى قوله : "في قول الزوج : أنت طالق على أن لي عليك كذا - أنه يكون رجعيًا" قال : "لأن الشرط في الطلاق - يلغو إذا لم يكن من قضاياه ، كما إذا قال : أنت طالق على أن لا أتزوج بعدك ؛ فإما ذهابه إلى كونه رجعيًا فالصحيح خلافه.

وأما معنى قوله : "الشرط في الطلاق يلغو" فما ذكرناه عن ابن الرفعة ، والحاصل : أن الطلاق - بعد وقوفه- لا يقف على شرط ؛ لأن وقوفه عن الوقوع مع وقوعه محال ، وهذا بخلاف ما لو نجز الوكالة وعلق التصرف على شرط فهو توكيل صحيح ، وهو إيقاع عقد بشرط ؛ فمثل هذا لا يكون في الطلاق ؛ فإن المرأة لا تكون مطلقة ثم يكون طلاقها الواقع واقعا على شرط.

تنبيه : ما ذكرناه -من توجيه قول الغزالي : "الطلاق [لا يقبل] 1 الشرط في الإيقاع لكن في الوقوع والبيع عكسه" - وهو أقصى ما ذكر المفسرون لكلامه ، ومنهم الوالد رحمه الله ؛ غير أنه قال : "لا يلزم من هذا ما قصده الغزالي من جعل -طلقتك على أن لي عليك ألفا- رجعيًا ؛ فإنه إذا أوقع الطلاق [مع] 2 هذا الشرط -لم يوقعه مطلقا ، فلا يقع رجعيًا ؛ بل يقع كما أوقعه -على جهة المعاوضة- وهذه الصيغة صالحة لأن تستعمل في المعاوضة بخلاف ما إذا ذكرها شرطا مجردا -من غير معاوضة".

قلت : وهذا حق ، ويدل على أنه لو قال : بعثك على أن تعطيني عشرة ، صح البيع -كما صرح به الرافعي في الباب الثاني من كتاب الصداق- فنزل قوله : "على أن تعطيني" منزلة باء العوضية ؛ فكذلك ينبغي أن ينزل هنا ذلك ، وعبارة الغزالي -في باب الخلع أوائل الباب الثالث- "والطلاق لا يقبل الشرط" انتهى ، وفي حواشيه- وأظنه من كلام ابن الصلاح الشرط على قسمين : شرط تعليلي ، وشرط إلزامي ، فالطلاق يقبل التعليق والعوض ، ولا يقبل الشرط الإلزامي ، بخلاف البيع ؛ فإنه لا يقبل التعليق ، ويقبل الشرط الإلزامي ، كقوله : بعثك هذا العبد بشرط أنه كاتب". انتهى.

1 سقط في "ب".

2 في "ب" "من".

الأشباه والنظائر  
القول في المناكحات  
فائدة تتعلق بهذا :

قال شيخ الإسلام -عز الدين عبد السلام- في مجموع له ما نصه : مسألة  
الأفعال على قسمين :

منها : ما يقبل الشرط والتعليق عليه كالصوم على رأي الإمام الشافعي رضي الله  
عنه ؛ فإنه يقبل الشرط ، بأن يشرع في الصوم ويقول : إن أبطلته بطل -والتعليق  
عليه- بأن يقول : إن فعلت كذا فعلي صوم. ومنها ما لا يقبل التعليق ويقبل الشرط  
وهو البيع فيبيع ويقول لي الخيار ثلاثاً ولا يقبل "إن جاء فلان فقد بعثك" ؛ لأن  
هذا الشرط أثبته الله تعالى في أصل البيع فحصل باشتراطه.  
والطلاق عكس هذا -يقبل التعليق ولا يقبل الشرط- كما لو قال أنت طالق على أن  
عليك ألفا ؛ فإنه لا يلزمها شيء.

ومنها : ما لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه.  
أما الشرط : فإذا تزوجها على أن لا نفقة لها ؛ فإن الشرط يسقط. وأما التعليق :  
فإن يقول : إذا جاء فلان فقد تزوجتك.

قاعدة : ذكرها ابن القاص في تلخيصه ، فتبعه عليها الشيخ أبو حامد في  
"الرونق" والمحاملي في "اللباب" والرويانى في "الفروق" ، والجرجاني في  
"المعاياة" وأكثر من صنف في هذا النوع كل من علق طلاقه بصفة ، لم يقع  
طلاقه -ذاك المعلق- من غير وجود الصفة إلا في أربع مسائل :

إحداها : أن يقول -لحامل أو صغيرة أو آيسة أنت طالق للسنة أو للبدعة فيلزمه  
[من ساعته] 1 لأن لا سنة لهن ولا بدعة ، قال ابن القاص : "هذا نص قوله"  
قلت : يعني حكم المسألة ؛ إلا أن الشافعي رضي الله عنه نص -هنا- على أن  
الطلاق معلق وأنه وقع بدون الصفة ؛ فإن ذلك لم يتقدم أحد به ابن القاص فيما  
أحسب ، وستعرف ما فيه.

فائدة : "كل رجعية يجوز رجعتها في عدتها" قال الجرجاني : "إلا واحدة ، وهي  
رجعية وطئها المطلق في عدتها -وقد بقي عليها قرء واحد- فإنه يجب عليها  
استئناف العدة ثلاثة أقراء ، ويجوز مراجعتها في القرء الأول ، لأنه بقية عدة  
الطلاق ، ولا يجوز مراجعتها في القرءين الأخيرين ، لأنها عدة الوطء -بالشبهة-  
لا عدة الطلاق".

1 سقط في "ب".

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

قلت : ولا يصح هذا الاستثناء ؛ لأنها في القرءين الأخيرين غير رجعية ، إذ قد حصلت البينونة بانقضاء القرء الثالث ، ولكن تصوير "رجعية لا يجوز رجعتها في عدتها" بقي الرجعية الحامل من مطلقها ، إذا وطئت بشبهة فإن الزوج ليس له رجعتها في مدة اجتماع الوطء بها -كذا قال الروياني فيما نقله الرافعي عنه- قال : "لأنها حينئذ خارجة عن عدة الأول ، وفراش لغيره ؛ فلا تصح الرجعة في تلك الحالة ، واستدركه على إطلاق الأصحاب "أن للزوج رجعتها قبل الوضع". قاعدة : "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام"1.

وهذا رواه جابر الجعفي "حديثاً" -وجابر ضعيف- عن الشعبي عن ابن مسعود ، وهو منقطع -قاله البيهقي- والأمر كما قال : وعورض -أيضاً- بما رواه ابن ماجه والدارقطني من حديث ابن عمر "لا يحرم الحرام الحلال".

وليس بمعارض ؛ لأن المحكوم به -في الأول- إعطاء الحلال حكم الحرام تغايباً واحتياطاً ، ولا صيرورته -في نفسه- حراماً ، ومن ثم لو اشتبهت منكوحته بأجنبيات محظورات لم تحل ، وإذا أكل الكلب المعلم من الصيد -في موضعه- فالصحيح يحرم ، لحديث عدي بن حاتم<sup>2</sup> ، ورجح الجمهور التحريم فيما إذا أصاب صيدا وغاب ثم وجده ميتاً -وليس فيه أثر غير سهمه ورجح النووي الحل. وشذ عن القاعدة مسائل :

منها : إذا رمى سهماً إلى طائر فجرحه ووقع ثم وجد ميتاً ؛ فإنه يحل.

ومنها : إذا كان الثوب منسوجاً من حرير وكتان وكانا على السواء ؛ فإنه حلال في الأصح.

ومنها : إذا اختلط ملكه بملك غيره وعسر التمييز ، كما إذا اختلطت حمامة واحدة

---

1 تقدمت هذه القاعدة برمتها قبل قاعدة سد الذرائع.

2 إنه قال : قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك المعلم فاذا ذكر اسم الله تعالى فإن أمسك عليك فأدركته حياً فاذبحه وإن أدركته قد قتله ولم يأكل منه فكله وإن أكل فلا تأكل وإنما أمسك على نفسه ، وإن وجدت مع كلبك كلباً غيره وقد قتل فلا تأكل ؛ فإنك لا تدري أيهما قتله ، وإذا رميت بسهمك فاذا ذكر اسم الله فإن غاب عنك يوماً فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل.

البخاري 1/ 279 في الوضوء حديث "175" وفي 9/ 609 في الذبائح والصيد حديث "5483" وفي 9/ 610 "5484" "5486" ومسلم 3/ 1531 في الصيد والذبائح "6/ 1929".

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بحماماته ؛ فله أن يأكل -بالاجتهاد- واحدة واحدة حتى تبقى واحدة كما لو اختلطت ثمرة الغير بثمره.

والذي حكاه الروياني "أنه ليس له أن يأكل واحدة منها حتى يصلح ذلك الغير أو يقاسمه" هذا لفظ الروضة ، والذي اعتقده

أن اختلاط ثم الغير بثمره يطرقه الخلاف في الحمام.

قاعدة : "من جهل حرمة شيء مما يجب فيه الحد أو العقوبة ، وفعله ، لم يحد

وإن علم الحرمة وجهل الحد والعقوبة ، حد ، أو عوقب" ، ومن ثم وجب الحد

على من شرب الخمر عالماً بتحريمها جاهلاً وجوب الحد دون من شربها يظنها

خلاً أو يعرفها خمراً ولكن يحسبها حلالاً -إذا كان مثله ممن يجهل ذلك.

وظهر ضعف سؤال من قال : "كيف لا يخرج الشافعية -في وجوب القصاص في

المتقل- وجهين ، إقامة لخلاف أبي حنيفة "رحمه الله" فيه مقام الشبهات الدارئة

للحدود" كما أن لهم وجهاً أن وطء المرتهن الجارية المرهونة بإذن الراهن لا

يوجب الحد -وإن علم التحريم- لما روي عن عطاء بن أبي رباح من تجويز

إعارة الجوارى والوطء بالإذن".

قال هذا السائل : "فاعتبار خلاف أبي حنيفة أولى من اعتبار خلاف عطاء".

وهذا سؤال : ساقط ، يظهر ضعفه بتأمل لفظ القاعدة ؛ فإن هذا الوجه -على

ضعفه- إنما قال : "خلاف عطاء شبهة ، لقوله "بالحل لا بالحرمة -مع سقوط

الحد ، وهو حق [وإليه أشار أبو سعد الهروي بقوله في غوامض الحكومات

الصحيح من مذهبنا أن الشبهة العاملة في درء الحد ، تنشأ عن قوة تقابل الأدلة ،

لا عن مجرد اختلاف أهل العلم" انتهى]1.

وأبو حنيفة لم يقل بحل القتل بالمتقل ، ولا يقول بذلك أحد ؛ وإنما قال بسقوط

القصاص ، فكان القائل بالمتقل عالماً بالحرمة جاهلاً بالعقوبة ؛ فلا ينفعه جهله

بها ، بخلاف الجاهل بالحرمة -من أصلها- ولو أثر الجهل بالحرمة حتى في

الضمانات التي أصلها على أن لا يفرق الحال فيها بين العلم والجهل -فلم يؤثر

التعزير فيها- مع العلم بالتحريم.

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

قال الأصحاب -في غاصب أمر غيره بإتلاف المغصوب أو إحراقه ونحوهما ؛

ففعله جاهلاً بأنه غاصب- "أن المذهب القطع باستقرار الضمان على المتلف وأنه



لا يخرج على القولين في الأكل من الغاصب ؛ لأن ما فعل هذا حرام ، بخلاف الأكل ، ولا أثر للتعزيز مع التحريم".

وشذ عن القاعدة مسائل :

منها : إذا قتل من يعتقد عدم مكافأته ، كحر يقتل عبدا ، أو مسلم يقتل ذميا ثم تقوم البينة بأنه كان قد أعتق ، أو أسلم ؛ فلا قصاص عليه - على قول.

ومنها : وطئ جارية ظنها مشتركة بينه وبين غيره ؛ فإذا هي غير مشتركة وقلنا بالصحيح - وهو أنه لا يجب الحد بوطن المشتركة - فهل يجب الحد هنا ؟ تردد فيه الإمام ، ورجح النووي وجوبه ؛ لأنه علم التحريم فكان من حقه الامتناع.

ومنها : إذا وطأ الجارية مشتريها بشراء فاسد - لكون الثمن خمرا أو لاشتمال العقد على شرط فاسد - فلا حد ؛ لاختلاف العلماء في حصول الملك بالبيع الفاسد ؛ مع أنه لم يبيح أحد الوطن فيه ومن ثم استشكل الإمام عدم الحد.

ومنها : لو باد أحد ابني المقتول وقتل الجاني بغير الإذن الآخر ، قبل عفوه ؛

فالأظهر لا يجب القصاص للشبهة ، والأصح أن الشبهة كونه صاحب حق في

المستوفي. وقيل : قول بعض علماء المدينة : "أن انفراد كل من الورثة جائز" ،

والقول الثاني : إنه يجب القصاص ؛ فعلى هذا يقع الاستثناء ، فإن بعض علماء

المدينة قال : بالحل كما عرفت ، ثم لم يعتبر خلافه.

ضابط مسائل الخلع :

فإن منها ما يقع الطلاق فيه بالمسمى.

ومنها : ما يقع بمهر المثل.

ومنها : ما يقع رجعيًا.

ومنها : ما لا يقع أصلاً.

قال الشيخ الإمام الوالد رحمه الله : "فالذي يقع الطلاق فيه بالمسمى أن يكون

الصيغة والعوض صحيحين". والذي يقع بمهر المثل : أن تكون الصيغة صحيحة

والفساد في العوض ، والذي يقع رجعيًا : هو الذي يكون الفساد فيه من جهة

الصيغة ويكون الطلاق فيه من جهة الزوج منجزًا.

صفحة 382 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

والذي لا يقع : هو الذي يكون الطلاق فيه معلقًا ولم يوجد شرطه.

قاعدتان : عزاهما الرافعي - في كتاب الظهار - إلى الأئمة فذكر أنهم قالوا : "ما

يقبل التعليق - من التصرفات - يصح إضافته إلى بعض محل التصرف" وأخصر

من ذلك قول الغزالي في "الوجيز" : "ما يقبل التعليق يكمل مبعضه قالوا : وما لا

يقبله لا يصح إضافته إلى بعض المحل".

فمن مسائل القاعدة الأولى :

## الطلاق والعنق :

ومنها : الحج فإن تعليقه بحاضر يصح ؛ كقوله : أحرمت كإحرام زيد ، وكذا بمستقبل بأن يقول : إذا أحرمت فأنا محرم ، أو إذا طلقت الشمس -على وجه مال الرافعي إلى ترجيحه ؛ حيث قال : "وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير ، تجويزه" ؛ ولكن نازعه الشيخ الإمام ، وقال : قوله "أنا محرم كإحرام زيد لا تعليق فيه بحاضر ولا مستقبل ، بل جازم بإحرام بصفة إنما التعليق بالحاضر أن يقول : إن كان محرما فقد أحرمت ، وهو لا يصح".

قلت : وهو حسن ، وبتمامه لا تدخل المسألة فيما نحن فيه ، إذا لم يكن لنا حج معلق ؛ غير أن الأصحاب يلقبون مسألة -الإحرام بإحرام زيد- مسألة تعليق الإحرام ، وكأنهم يعنون أن المعلق خصوص الإحرام ، لا عمومه فلذلك صح العموم ، والذي نقله الشيخ الإمام رحمه الله عمومه لا خصوصه ؛ فلذلك قال : "لو كان تعليقا لما صح" ، وبيان ذلك أن إذا قال : أحرمت بإحرام زيد ؛ فهو كما قال الشيخ الإمام- جازم بأصل الإحرام لكنه -كما قال الأصحاب- معلق ، لخصوص كونه بإحرام زيد ، وهو كما فصل علي "كرم الله وجهه" ، ولذلك يقول الأصحاب -فيما إذا لم يكن ذلك الغير محرما أنه ينعقد أصل الإحرام ، وما ذاك إلا لأنه لا تعليق فيه ، وبهذا صرح القاضي أبو الطيب ، في "التعليقة" ؛ حيث حكى وجهين فيما إذا علق الإحرام بطلوع الشمس ثم قال : "ويفارق قوله : إحراما كإحرام زيد ؛ لأن أصل الإحرام انعقد في الحال ؛ وإنما علق صفة على شرط يوجد في ثاني الحال ، فلم يضره" انتهى.

وإذا تجلى لك ذلك علمت أنه لا إحرام معلق كما حاوله الشيخ الإمام ، بل صفة فيه -كما قررناه- لكن كلام الرافعي صريح في تسميته تعليقا وسبقه جماعة -منهم

صفحة 383 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

صاحب البحر ؛ فسوى بين أنا محرم غداً أو أحرمت كإحرام زيد ، ثم قال صاحب البحر : "وعلى هذا قال أصحابنا : لو قال أحرمت يوماً أو يومين ، صح وانعقد مطلقا كالطلاق ، ولو قال : أحرمت بنصف نسك انعقد كامل كما لو قال : أنت طالق بنصف طلقة".

ونقل النووي هذا في "شرح المذهب" ، وقال : "إن فيه نظراً ، وأنه ينبغي ألا ينعقد ؛ لأن الحج من باب العبادات ، والنية الجازمة من شرطها ، بخلاف الطلاق ، لبنائه على الغلبة والسراية وقبول [الأخطار] 1 والتعليق". فإن قلت -معتزلاً على النووي- لو كان كما ادعيت من أنه لا بد فيه من نية جازمة ، لما قبل التعليق ، وقد قال الأصحاب : بأنه يقبله ، وأنت من جملتهم إذا صححت قول المرء : "أحرمت كإحرام زيد" ، وسميته تعليق الإحرام ، وبذلك صرح صاحب التتمة ؛

حيث قال : "إذا صح تعليقه بإحرام الغير صح تعليقه بالشرط كالإطلاق"2. قلت : لا مخلص عن هذا الاعتراض إلا بما قال الشيخ الإمام من أنه لا تعليق في قولنا : أحرمت كإحرام زيد وقضية هذا [أن]3 لا يصح قوله : أحرمت بنصف نسك- وإليه أشار النووي ، وقول الروياني -إنه يصح- جاز على أصله من أن - أحرمت كإحرام زيد- تعليق ، والقاعدة أن ما قبل التعليق بصح إضافته إلى بعض محله.

قال الأصحاب : ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا مسألة واحدة ، وهي : الإيلاء يقبل التعليق -مع كونه لا يصح إضافته إلى بعض ذلك المحل إلا الفرج4. قال القاضي شرف الدين البارزي5 : والوصية يصح تعليقها ولا يصح أن تضاف إلى المحل.

قلت : وثالثة : وهي التدبير يصح تعليقه ؛ بل لا يكون إلا كذلك ، ولو قال : دبرت يدك أو رجلك لم يصح -على أحد الوجهين. وأما القاعدة الثانية : وهي أن ما لا يقبل التعليق لا تصح إضافته إلى بعض ذلك المحل كالنكاح والرجعة ؛ فيستثنى منها مسائل : منها : الكفالة لا يصح تعليقها ويصح إضافتها إلى بعض المحل على الأصح فيهما [وينعكس على وجه]6 فيما لو اتحد العامل.

1 في "ب" الاحتكار.

2 في "ب" الإطلاق.

3 سقط في "ب".

4 في ب "الفرج".

5 في ب زيادة "وثانية وهي".

6 سقط في "ب".

صفحة 384 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

ومنها : القذف لا يعلق ؛ فلو قال : [إذا] دخلت الدار فأنت زان لم يكن قاذفا ، ولو قال : زنا قبلك أو دبرك كان قاذفا.

ومنها : تعليق الفسخ غير جائز -ذكروه في نكاح المشرك ، ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا وقلنا : لا يفرد المعيب بالرد فرده كان ردا لهما على أحد الوجهين.

ومنها : لا يصح تعليق الرجوع ، في التدبير -إن قلنا : يرجع القول كما جزم به الرافعي ، ولو قال : أرجعت في رأسك ففي كونه رجوعاً في جميعه وجهان في الحاوي.

قاعدة : قال القفال رحمه الله : كل كفارة سببها معصية ؛ فهي على الفور وهذا وإن أطلقه القفال إطلاقاً -ففيه خلاف سيحكيه هو نفسه ؛ فإننا سنحكي عنه وجهين :

نقول : إنهما جاريان في كل كفارة وجبت بعدوان ، بل ليس هو جارياً على الصحيح ، في كل الصور ؛ إذ صريح كلام الرافعي -في موضع من الظهار أن كفارة الظهار على التراخي والظهار معصية. وقد يدفع هذا بأن السبب هو العود أو مجموعهما -على الخلاف في ذلك والعود ليس بحرام غير أن هذا إن اعتذر به عن كفارة الظهار ، فما الاعتذار عن بقية الكفارات ؟

وظاهر كلام الرافعي أن الكل على التراخي ؛ إذ قال في الموسر لا يجد الرقبة : "ليس له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان ، بل يصبر" قال : "لأن الكفارة على التراخي" قال "وفي كفارة الظهار وجهان : لتضرره بفوات الاستمتاع" وللشيخ الإمام الوالد رحمه الله بحث نفيس ذكره في تفسير سورة 2 المجادلة عند ذكر هذه القاعدة.

ومن فروع القاعدة ما قرره الرافعي في كتاب الصداق من أنه "لا يجوز لولي الصبي أن يعتق عن من ماله في كفارة القتل" ؛ فإن ذلك قد يوجه بأنه لا معصية من الصبي ، فلا فوروية ؛ فلا يعتق الولي ، ويؤيده قول الرافعي -أيضاً- في الحج فيما إذا وجبت الفدية على الصبي ، أنه ليس للولي أن يكفر عنه بالمال ؛ لأنه غير متعين -على القول بجواز افتدائه بالصوم- لكن الذي صرح به القاضي الحسين في [كتاب] 3 الوصية والبندنجي في الأيمان ، واقتضته عبارة الإمام واقتصر عليه الرافعي والنووي في

1 في "ب" إن.

2 سقط في "أ" المثبت من "ب".

3 سقط من "ب".

صفحة 385 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

باب كفارة القتل أن الولي يعتق عنهما وبذلك يحصل في جواز تكفير الولي من [مال] 1 الصبي بالعتق خلاف ، قال ابن الرفعة : "قد يجري في المجنون ، وقد يقال : لا ؛ بل يقطع بالجواز إذا كان جنونه مطبقاً ؛ لأنه ليس له غاية تنتظر بخلاف الصبي" قال : "والأشبه إن كان القتل منها في صورة الخطأ منع الإخراج في الحال ، لعدم الفورية ، وإن كان في صورة العمد -وقلنا أنه كان لخطأ- فكذلك ، وإن قلنا : كالعمد فيخرج منه خلاف على أن ذلك يجب على الفور أم لا ؟ كما

هو مذكور في كتاب الحج".

قلت : حاصل كلام ابن الرفعة أنه إذا كانت الكفارة على التراخي تمنع الولي من الكفارة في العتق ، وهذا فيه نظر [إذ]2 لا يلزم من عدمه الفورية وجوب التأخير ؛ بل المبادرة -حينئذ- قد يقال : أنها أولى كما في كل واجب على التراخي ، وكما يجوز له أن يوفي دينه ، وإن لم يطالب صاحب الدين بالوفاء ، وقلنا : والحالة هذه -أنه لا يجب إلا بالطلب طلبا لبراءة ذمته ؛ فالذي أراه جواز إعتاق الولي من مال الصبي في الحال -وإن كان في صورة الخطأ.

ومنها : لو أفسد الحج ووجب القضاء ؛ فالأصح أنه على الفور ، قال القفال : "والوجهان جاريان في كل كفارة وجبت بعدوان" قال : والكفارة بلا عدوان على التراخي قطعاً....

قاعدة : "لا يجوز للمسلم أن يدفع مالا إلى الكفار المحاربين".

قال الشيخ أبو حامد : "إلا في ثلاث صور".

قلت : وهي أكثر.

منها3 : إذا أحاط العدو بالمسلمين ، وفيهم ضعف عن مقاومتهم.

ومنها : إذا كان في يد الكفار أسرى من المسلمين ؛ فيجوز افتدائهم منهم بالمال ، قال الروياني : وفي وجوبه وجهان : أصلهما المضطر إلى الميتة. هل يجوز له الأكل ، أو يجب ؟

قلت : إن كان محل الوجهين في الأحاد فهو غريب ، والمجزوم به -في الرافعي والروضة وغيرهما- أن فداء الأسير مستحب ، وإن كان الإمام فأغرب وأغرب بل الوجه الجزم بالوجوب ، والتخريج على أكل الميتة ضعيف ؛ فإن فوات نفس المضطر -

1 في "أ" مسائل.

2 في "ب" فإن.

3 في "ب" فمنها.

صفحة 386 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

على الإيمان -أسهل في نظر الشرع من بقاء المؤمن تحت ذل الأسر في أيدي الكفار ؛ ولا سيما من يخشى عليه فتنة الدين.

ومنها : لو قال الأسير للكافر : أطلقني على كذا ففعل ، أو قال الكافر افتد نفسك بكذا ففعل ، لزمه ما التزم.

ومنها : إذا جاءت امرأة -من الكفار- مسلمة في زمن الهدنة وكانت مزوجة فيهم ؛ فإن الإمام يغرم مهرها -على قول ضعيف- والصحيح خلافه.



ومنها : مسألة العلج 1 ؛ فإن قال كافر للإمام : أدلك على قلعة كذا على أن تعطيني منها كذا ؛ فعاقده على ذلك جاز.

قاعدة : ذكرها القاضي الحسين ، وتبعه كثير من الخراسانيين منهم الغزالي في كتاب الكفارات ، والرافعي في باب الردة ما يصير المسلم به كافرا إذا جده - يصير الكافر به مسلما إذا اعتقده.

قال القاضي : "إلا في مسألة وهي : اليهودي إذا قال : عيسى رسول الله صلى الله عليه وسلم [فإننا لا نحكم] 2 بإسلامه ؛ لأن قوماً من الكفار - وهم النصارى - يقولون به ، والمسلم إذا جحد نبوة عيسى ، كفر.

قلت : وفي مسألة اليهودي قول أنه إذا أقر برسالة عيسى عليه السلام يجبر على الإسلام ؛ لأن المسلم لو جحد رسالته كفر -حكاه الرافعي عن نقل البغوي ، وقد جزم البغوي -قبله- بأن اليهودي لا يحكم بإسلامه -وإن قال : لا إله إلا الله- حتى يقر بأن محمداً رسول الله ، ونقله عنه الرافعي.

واعلم أن قول النصراني -الذي يعتقد أن رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم خاصة : محمد رسول الله كقول اليهودي : لا إله إلا الله.

فائدة : من ملك العفو عن القصاص في النفس ، ملك العفو عن المال إلا أن يثبت القصاص دون المال ؛ وذلك في مسائل ، ولك أن تقول : لا يثبت قصاص يمتنع الانتقال عنه إلى المال إلا في مسائل حصرها الجرجاني في أربع [مسائل] 3. منها : إذا قطع يدي رجل فاقتص منه فيهما ثم سرى القطع إلى النفس ؛ فليس له بعد ذلك إلا القتل ، ولا دية له.

1 في "ب" الصلح.

2 في "ب" فإنه لا يحكم.

3 سقط في "ب".

صفحة 387 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

ومنها : إذا كان لرجل عبدان فقتل أحدهما الآخر ، فليس له أن يقتله ، وليس له العفو على مال ؛ إذ لا يثبت له عليه [مال] 1 إلا في الكتابة.

ومنها : قطع يهودي يدي مسلم فاقتص منه فيهما ثم سرت إلى نفس المسلم ؛ فلوليه أن يقتص من اليهودي ، وليس له أن يعفو على مال -على الأصح- لأنه قد أخذ يدي اليهودي بإزاء يديه ؛ فلم يبق له شيء من الدية وكالمسألة الأولى وفي الوجه الآخر له ثلثا الدية ؛ لأنه يثبت له دية المسلم ، وقد أخذ يدي يهودي ، فقيمتها ثلث الدية ، فيبقى الثلثان.

قلت : هذا الوجه هو الذي صححه الرافعي والنووي.



ومنها : أن تقطع امرأة يدي رجل فيقتص منها فيهما ثم يسري القطع إلى نفسه ، فلوليه أن يقتص منها ، وليس له أن يعفو على مال في الأصح عند الجرجاني "وصحح الرافعي والنووي أن له نصف الدية".

هذا ما استثناه الجرجاني ولا يخفى أنه في الصورة الأولى يثبت له أن يعفو على الدية ؛ ولكنه اختار القصاص ، فسقطت الدية ، ولم يعد لما صارت الجنابة نفساً. ويمكن أن يصور 2 قصاص ثبت ولا دية معه بالكلية فيما إذا قطع يدي شخص ثم حز رقبتة ؛ فحز الرقبة موجب القصاص دون الدية ؛ لأنها تثبتت بقطع اليدين ، فلما صارت الجنابة نفساً سقطت.

ثم اعلم أن وراء ما ذكر الجرجاني صوراً.

منها : إذا قتل المرتد مرتدًا فإن القصاص واجب -على الأصح- وفي الدية وجهان : أرجحهما -على ما اقتضاه إيراد الرافعي عدم الوجوب. ومنها : إذا قتل ذمي مرتدًا ؛ فالأظهر القصاص وعلى القول بوجوبه فلا دية على الأصح.

ومنها : العبد المرهون إذا جنى على طرف سيده ، فليسده القصاص ، والصحيح أنه ليس له العفو على مال ؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مال ، وقال ابن سريج : "له العفو على المال ويتوصل به إلى فك الرهن".

وهنا سؤال حسن نتوصل إلى ذكره بذكر مسألة ترشد إليه فنقول : إذا باع أحد

1 سقط في "ب".

2 في "ب" زيادة "قصاص".

صفحة 388 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

الشركاء نصيبه من العقار لأحدهم -كما إذا كان العقار بين ثلاثة أنفس أثلاث- فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكه فلآخر أخذ السدس فقط كما لو كان المشتري أجنبيًا هذا هو الصحيح ، وقال ابن سريج : "له أخذ جميع الثلث ، لأنا لو جعلنا للمشتري أن يأخذ بالشفعة كان 1 له أن يأخذ من نفسه ملك نفسه.

فإن قلت : كيف قال الأصحاب -هنا- بأن له أن يأخذ من نفسه وقالوا في الرهن : لا يثبت له دين على عبده ، وكيف عكس ابن سريج ؟ قلت : لم يقل الأصحاب -هنا- "إن له أن يأخذ من نفسه" ؛ وإنما له دفع الشريك عن الأخذ عن نفسه ؛ لأن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر ، ولو أخذه الشريك لتضرر ، ودفعه الضرر عن نفسه فالأخذ ممكن وهناك يلزم ثبوت المال له على ملكه ، وهو مستحيل ، وابن سريج عكس ، وهو على طريقه واضح لأنه يقول -في الشفعة : أنه يلزم منه أن يأخذ من نفسه -[على] 2 [تصويره] 3 هو فلذلك منع وأما في الجنابة ؛ فلأنه لو لم

يثبت له ذلك الأذى إلى حصول المحذور وهو فوات حق الجناية بالكلية ، ويقدم المرتهن.

قاعدة : قال الإمام في كتاب الصداق في الكلام على التفويض "ومن الأقيسة الجلية الكلية في قواعد الشرع أن من تملك إسقاط العوض بعد ثبوته له ، إذا سقط على إتلاف المعوض كان تسليطه عليه متضمنا إسقاط العوض".

ولذلك نقول : إذا قال مالك العبد لإنسان : اقتله ، فقتله ، لم يلزم القاتل للمالك - الأذن- عوضًا ، وكذلك إذا قال للجاني اقطع يدي ، فإذا قطعها ، لم يلزم عوضًا. ذكرها توجيهها لقول القاضي : إن المفوضة إذا قالت لزوجها : طأني ولا مهر عليك ، أنه لا يمتنع أن نقول : إذا وطئها لا يجب المهر "قال : وخرج القاضي - هذا- على قول الشافعي فيما إذا قال [الراهن للمرتهن] 4 أدنت لك في جماع هذه الجارية المرهونة ، فواقعها طأنا الحل ، فلا مهر".

قلت : وليقع النظر -هنا- في مسائل.

منها : ذهب الإمام فيما إذا خفر الغاصب بئراً ومنعه المالك من طمها أن منعه ليس رضا بها ، وخالفه المتولي. وهي قضية هذه القاعدة.

1 في ب "الكان".

2 في ب زيادة "على ما".

3 في "ب" يصوره.

4 في ب "تقديم وتأخير".

صفحة 389 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

ومنها : لو أذن أحد الشريكين للآخر في وطء الجارية المشتركة ، لم يمتنع المهر- مع أنه سلطه على إتلاف المعوض.

قلت : هذه تستثنى من القاعدة -مع ما فيها من أن المأذون فيه ليس محض حق الإذن.

قاعدة :

"الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم".

خلافًا لمالك رحمه الله وبعض أصحابنا -كما تدل عليه فروعهم ، وجزم الوالد رحمه الله- في كتاب كشف الغمة بالأول ، وقال : [لا] 1 يثبت لنا قط في مسألة من المسائل -أن اعتقادهم يؤثر في حل ولا حرمة ولا ملك ولا عدم ملك "قال" : وقد نص الشافعي والأصحاب [رضي الله عنهم] 2- على الكتابي لو ذبح حيوانًا يرى تحريمه -كالإبل- ونحن نرى حله ، جاز لنا أكله ؛ خلافًا لمالك : "قال" : وهذا مما يدل على أنه لا اعتبار باعتقاده أصلاً قال : وتردد العلماء في أن ذلك

يكون حراما عليهم -لا بشرعهم- بل يكونهم لم يؤمنوا ، أو لا يكون [حراما] 3 عليهم ؛ لأنه قد نسخ قال : وكلام الشافعي [رضي الله عنه] 4 يقتضي الثاني ، وأطال الشيخ الإمام في تقرير القاعدة. وعلى القاعدة يتخرج مسائل :  
منها : إذا أتانا الذمي بما نتيقن أنه من ثمن خمر عن الجزية ، قال مالك رحمه الله : يؤخذ ، وقال أصحابنا : لا يؤخذ ، وحكوا وجهين فيما إذا كان لمسلم على ذمي دين ؛ فباع الذمي خمرًا بحضرته ، وقبض ثمنها ودفعه إلى المسلم عن دينه ، هل يجبر على قبوله ؟ أصحابهما عند المشايخ الثلاثة -الرافعي والنووي والوالد "رحمهم الله" - أنه لا يجبر ؛ بل لا يجوز له القبول ، [قال الوالد رحمه الله ورأيته منصوصًا في "الأم" 5] قال : وقطع به الغزالي وجعل محل الوجهين إذا قال : إنها من ثمن خمر ؛ لأنه قد يكذب "قال الشيخ الإمام والصواب إثبات الوجهين" ، ثم جعل الشيخ الإمام الوجهين خلافًا في أنه هل تملك تلك الدراهم ، وقال : "الأصح أن ثمن خمر لا يملك ولا يجوز قبوله ، وينبغي إجراء الوجهين في الذمي يحضر ثمن الخمر عن الجزية".  
ومنها : إذا ذبح الكافر حيوانًا وفتش كبده [فوجدته] 6 ممنوا ، أي ملصوق الكبد

1 في ب "لم".

2 سقط في "ب".

3 في ب "محرمًا".

4 سقط في "ب".

5 سقط في ب.

6 في ب "فوجد".

صفحة 390 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بالأضلاع. قال مالك : يحرم لكونه حراما عندهم ، وقال أصحابنا : لا يحرم. ومنها : لو غصب ذمي ذمية واتخذها زوجة -وهم يعتقدون غصبها نكاحًا- لم يقر ؛ لأن على الإمام دفع قهر بعضهم بعضا ، بخلاف الحربي والمستأمن ، فإن الصحيح التقرير ؛ إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول ، بأشبهه سائر وجوه الفساد.

وقال القفال : "لا يقر ؛ إذ لا عقد" وقول القفال -هذا- أقرب إلى هذه القاعدة.

ومنها : لا فرق عندنا -في حل ذبائح أهل الكتاب- بين ما اعتقدوا إباحته كالبقرة والغنم أو تحريمه كالإبل ، خلافًا لمالك رحمه الله.

وقد قدمنا للمسألة ولا بين من يعتقد من اليهود أن عزيزًا ابن الله ومن النصارى أن المسيح ابن الله أو لا كما قال الأكثرون من أصحابنا فيما نقل الماوردي ،

وحكى وجهًا آخر - أنه لا تحل ذبائهم قال : "وهو الأظهر عندي ، وبه أقول ؛ لأن هؤلاء كالمرتدين فيما بين اليهود والنصارى وليس هذا من أصل دينهم الحق".

ويستثنى من القاعدة مسائل :

منها : نكح مشرقة مفوضة ، وهم يعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال ثم أسلما فلا مهر - وإن كان إسلامها قبل الدخول ؛ لأنه استحق وطأ بلا مهر.  
قاعدة :

المماثلة في القصاص مرعية بمعنى أن من قتل بفعل من الأفعال ؛ فولي الدم بالخيار بين أن يستوفي بالسيف أو بمثل فعله وهذه قاعدة بالغ أصحابنا في المحافظة عليها ؛ بحيث انتهوا إلى أن قالوا إنا إذا قلنا يستوفي القصاص في الجائفة ؛ فلو قال أجيفة ثم أعفو عنه إن لم يمت لم يمكن ؛ وإنما يمكن إذا قال أجفته ثم أحز رقبتة ، وهذا مشهور في المذهب رأيت الشافعي رضي الله عنه عليه في الأم ففيها قبل ولادة القصاص ما نصه قال الشافعي : رضي الله عنه ، ولو كانت المسألة بحالها فجرحه جائفة مع قطع يديه ورجليه ؛ فمات فقال ورثته فجرحه جائفة ولا نقتله لم يتركوا ؛ وذلك أنهم إنما يتركون إذا قالوا نقتله بما يقاد منه في [الجناية]1. أما ما لا يقاد فلا يتركون وإياه انتهى.  
وكذلك هو في مختصر المزني قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أجافه أو قطع ذراعه فمات كان لوليه أن يفعل مثل ذلك على أن يقتله. وأما على أن لا يقتله فلا يترك وإياه انتهى وأنت إذا وقفت

1 سقط في "ب".

صفحة 391 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

على هذين النصين وتصفح كتب الأصحاب وتعاليق المشايخ ، ثم رأيت الرافعي قد اقتصر على عزو المسألة إلى تهذيب البغوي قضيت العجب من ذلك. وإذا عرفت هذا فيستثنى من القاعدة مسائل ضابطها أن تؤدي المماثلة إلى محذور شرعي.

منها : القتل باللواط الأصح يستوفي بالسيف لا بخشبة [تشبهه]1 الذكر.  
ومنها : الخمر كذلك.

ومنها : السحر.

ومنها : البول.

ومنها : إذا قتل بسيف مسموم بقيت ويمنع من الغسل والدفن ؛ ففي القصاص بمثله احتمال وجهين للماوردي.

ومنها : إذا شهد أربعة على محصن بالزنا فرجم ، ثم رجعوا أو واحد منهم ؛ فهل يرجم الراجع أو يتعين السيف أو رجمه فيه وجهان ؛ حكاهما القاضي الحسين في باب حد الزنا.

ومنها : إذا ذبح كالبهائم فهل يفعل به مثل ذلك ذكرت في كتابي التوشيح أن الماوردي في الحاوي وغيره اقتضى إطلاقهم عدم ذلك لما فيه من هتك الحرمة ، وأنه محمول [عندي] 2 على ما إذا لم يكن الجاني قد فعل ذلك. أما إذا فعله فالمماثلة جائزة ، وأقول الآن يحتمل تخريج وجهين في ذلك فيما إذا قتله بمسموم ويمنع من الغسل والدفن لمعارضة حق الله تعالى ؛ فإن هتك الحرمة حق الله وقد نهى الشرع عن المثلة لذلك.  
قاعدة :

من لا مدخل له في الجناية لا [مطالب] 3 بجناية جانيها إلا في فرعين لا أحفظ لهما ثالثاً.

أحدهما : العاقلة في ضمان الدية ؛ غير أن الدعوى بالدية الواجبة عليهم تكون على الجاني لا عليهم ثم هم مطالبون بعد ثبوتها على الجاني كذا رأيت مصرحاً به في كتاب أدب القضاء لابن القاص في باب صفة اليمين على البت وهو مقتضى قول الرافعي في أثناء النظر الثاني في القسامة من باب دعوى الدم ؛ حيث قال : وإذا أقسم السيد فإن كانت الدعوى على حر أخذ الدية من ماله في الحال إن ادعى العمد المحض وإن ادعى الخطأ

1 سقط في "ب".

2 في "ب" عندي محمول.

3 في "ب" يطالب.

صفحة 392 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

أو شبه العمد أخذها من عاقلته في ثلاث سنين. انتهى.

فجعل الدعوى على الجاني والمطالبة مختلفة ؛ فإن قلت : قد قال الرافعي بعد ذلك بنحو ورقتين مطلق القتل لا يفيد مطالبة القاتل ؛ بل لا بد من ثبوت العمدية ولا مطالبة العاقلة بل لا بد من ثبوت كونه خطأ أو شبه عمد.

قلت : كلامه هذا في المطالبة بالواجب ليستوفي منه وهناك في المدعى عليه

ويشبه أن يخرج مسألة الدعوى على أن الدية تجب على الجاني ابتداء ثم تحملها العاقلة أو على العاقلة ابتداء وفي ذلك وجهان.

قال الرافعي : ويقال قولان.

قلت : وإنما جعلهما الرافعي وجهين لما حكاه عن الإمام من قوله ليس تردد القول

مأخوذاً من نص صاحب المذهب ؛ ولكنه مستقي من تصاريف كلامه في التفريعات ، قال الإمام في النهاية ونظيره كثير ؛ فإن النقل تارة لفظاً وتارة من جهة المعنى والاستنباط انتهى.

وقال ابن الرفعة : بل هما منصوصان في الأم ثم قال الإمام ، وقد قدمنا مثل هذا التردد في زكاة الفطر إذا أداها الغير عن الغير وأشرنا إلى قريب منه في كفارة الوقاع في نهار رمضان تفريعاً على أجد القولين.

قلت : وفي تفاريع حلق الحلال رأس المحرم تردد في مثل ذلك الفرع الثاني على قول هو الحلال أو الحرام يحلق رأس المحرم والمحلوق نائم أو مغمي عليه أو مكره ؛ فأصح القولين أن الفدية على الحالق والثاني على المحلوق ؛ لأنه المرتفق به وعلى هذا فقد طُلب بجناية ما لا مدخل له فيها.

أما الصبي المحرم بإذن الولي إذا قتل صيدا فإن الضمان على الولي في الأصح ؛ ولكن ذلك لأن الولي مدخلا حيث أذن ولو صح إيراد هذه الصورة لكان أولى منها السيد بأمره عبده [الأعجمي] 1 بقتل شخص والعبد يجني في يد سيده حيث يطالب سيده

1 في "ب" الأعمى.

صفحة 393 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بأحد الأمرين من الفداء أو تسليمه في الجناية والمكره يكره إنساناً على القتل ومسائل المتسبب مع المباشر كلها.

قاعدة :

قال الجرجاني كل قتل مضمون بأخذ ديته مضمون بالكفارة وكل قتل غير مضمون لا [يؤخذ] 1.

قاعدة :

ذكرها الرافعي في الجراح في مسألة المبادرة ، وفي باب حد الزنا أيضاً : كل جهة صححها بعض العلماء وحكم بحل الوطء بها ؛ فالظاهر أنه لا حد على الواطيء بتلك الجهة ، وإن كان لا يعتقد الحل.

وهذه القاعدة ذكرها الإمام أيضاً في النهاية في فصل جمع فيه تفاصيل المذهب في الشبهات المؤثرة في دفع الحدود ؛ فقال ما نصه : القاعدة المعتمدة في المذهب أن كل جهة صار إلى تصحيحها والحكم بإفوائها إلى الإباحة صائر من أئمة الشريعة ؛ فإذا حصل الوطء بها فالمذهب انتفاء الحد وإن كان المقدم عليها لا يرى استحلال الوطء بتلك الجهة انتهى.

وقد أورد الرافعي في باب الزنا أن المذهب وجوب الحد على المرتهن إذا وطئ



الجارية المرهونة بإذن الراهن [وقد]2 يعتقد التحريم والمحكي عن عطاء في هذه الصورة الإباحة.

قال الرافعي فقياس هذه القاعدة أن يجعل خلافه شبهة دارئة للحد [وكانهم يصحوا]3 النقل عنه ، وإن قيل انعقد الإجماع بعده ؛ فهذا قد ذكر مثله في نكاح المتعة فيلزم أن يحكم بوجوب الحد انتهى ملخصاً.

وقد ذكر ابن الرفعة في الكفاية والشيخ الإمام في باب الرهن من شرح المهذب أن النقل لم يصرح عن عطاء زاد الشيخ الإمام ، ولو صح فليس بشبهة لضعفه ، قال : والحد لا يدرأ بالمذهب ؛ وإنما يدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة وليس لعطاء متمسك انتهى.

قلت : وهو حق وإن كان ظاهره يخدش في القاعدة ؛ إذ يقال ليس كل جهة حلها بعض العلماء بشبهة بل كل جهة كان لمستند القائل بحلها بعض القوة ، وهذا هو

1 في "ب" يوجد.

2 في "ب" وهو.

3 في "ب" لم يصحوا.

صفحة 394 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

الصواب فالأخذ الضعيف لا يلتفت إليه ، وقد سبق الإمام رحمه الله في النهاية الشيخ الإمام إلى هذا ؛ فقال بعد أن ذكر ما نقلناه عنه في هذه القاعدة وبعد أن حكى قولاً للشافعي أن الوطء في المتعة ممن لا يستحلّه يوجب الحد.

وقال : إنه قريب من [القديم]1 في الأملاك المقترنة بالأساليب المحرمة ما نصه والتثريب عندنا أن كل عقد ليس فساده من المظنونات ، وإن عزي إلى بعض الأئمة ؛ فيجري هذا القول فيه ونكاح المتعة منه ؛ فإن الذي استمر عليه مذاهب علماء الأمة أن نكاح المتعة أبيض ، ثم نسخ ، وقد قيل رجع ابن عباس عما ينسب إليه من إباحته وكل عقد لا يمكن القطع بفساده ويلحق الكلام فيه بالمظنونات ؛ فهو شبهة لدرء الحد كمذهب أبي حنيفة في نكاح بلا ولي ، ومذهب مالك في انعقاده بغير شهود ولا يجري القول الذي ذكرناه في هذا الصنف انتهى.

وحاصله أن المخالف في أمر مظنون يعتبر مخالفته والمخالف في أمر مقطوع أو مقارب للقطع لا يعتبر خلافه ، وينبغي أن يكون الضابط ما ينقض فيه قضاء القاضي ؛ فكل ما لا ينقض يكون عذراً ، وكل ما ينقض لا يكون عذراً ، وأما قول الرافعي إنه قيل : انعقد الإجماع بعد عطاء ؛ فقد قيل مثله في نكاح المتعة بن ابن عباس ؛ فأنى يستويان وعطاء لم يثبت النقل عنه وابن عباس ثبت عنه ؛ ولكن قيل رجع والأصل عدم رجوعه فاعتبار خلافه مستمر على الأصل.

وأما عطاء فالأخذ بقوله أخذ بما لم يثبت ، ودل الاتفاق بعده على عدمه فتأمل ذلك ، فيه يندفع كلام الرافعي ، وأيضًا فتمسك ابن عباس على الجملة أقوى من تمسك عطاء أو أقل ضعفًا ؛ فلا يلزم من عدم اعتبار الأضعف عدم اعتبار الضعيف ، وهذا مستمد من قول الشيخ الإمام الحد لا يدرأ بالمذاهب إلى آخره. ومن مسائل القاعدة.

إذا نكح مجوسية أو وثنية قال البغوي : وجب الحد ، وقال الروياني في جمع الجوامع : [ومودع البدائع] 2 لا حد فإن في نكاحها خلاف. قال الرافعي : وهذا هو القياس إذا تحقق الخلاف قال ابن الرفعة : وكأنه فهم أن ما أشار إليه الروياني من الخلاف بين الأئمة لا بين أصحابنا ، وليس الأمر كذلك ؛ لأن بعض أصحابنا جوز نكاح المجوسية.

1 في "ب" المنقول القديم.

2 سقط في "ب".

صفحة 395 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

قلت : ما أدري من أين له أن الرافعي فهم أن الخلاف بين الأئمة [لا بين أصحابنا] 1 ، وليس في الكلام ما يرشد إليه ، وكأن ابن الرفعة استبعد أن يكون الرافعي فهم أن الخلاف بين أصحابنا ، ثم يقال معه بوجوب الحد ؛ فإن الخلاف المذهبي أقوى من الخلاف غير المذهبي ، وهذا غير لازم ؛ بل قد يكون خلاف مذهبي في غاية السقوط والأقوال الشاذة ، قد تكون في المذهب كما قد تكون خارجة ، وممن ذهب إلى أن للحاكم أن يزوج الحرة المجوسية من أصحابنا القدماء الإمام أبو بكر الفارسي صاحب عيون المسائل ؛ نقله أو عاصم العبادي في الطبقات.

قاعدة :

من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر ، كذا قال صاحب التنبيه وتبعه الرافعي والنووي وغيرهما ، ولم يشترط الماوردي والغزالي ابتغاء الكفارة وتبعهما صاحب التعجيز.

وقد اشتملت هذه القاعدة على ثلاث دعاوى ؛ إحداها تعزير ذي المعصية التي لا حد فيها ولا كفارة ، ويستثنى من ذلك مسائل :

منها : ما لا يفيد فيه إلا الضرب المبرح على ما حكاه الإمام عن المحققين ؛ قال : لأن الضرب بالمبرح مهلك فلا سبيل إليه وغيره لا يفيد ؛ فلا يفعل وجرى في الروضة على هذا ، وحذف بحثا للرافعي صحيحًا أرى أنه عمدة المذهب ، وهو أنه يشبه أن يضرب ضربًا غير مبرح إقامة لضرورة الواجب وإن لم يفد.

قلت : ويشابه قول المحققين ما نقله الرافعي عن الإمام فيمن قتل نحيفًا بضربات تقتل مثله غالبًا وتيقنًا أو ظنا ظنًا مؤكدًا أن الجاني في جسمه وقوته لا يهلك بتلك الضربات أن الوجه القطع بأنه لا يضرب تلك الضربات ؛ لأنها لا تقتله وإنما يراعي المماثلة إذا توقعنا حصول الاقتصاص بذلك الطريق فيعدل إلى السيف هنا ابتداء ، وكذلك يشابهه ما قال صاحب التتمة من أن موضع الخلاف في أنا هل ابتداء استعمال خشبة فيمن قتل باللواط فيما إذا كان موته متوقعًا من المقابلة بمثل ما فعل. أما إذا لم نتوقع وكان موت المجني عليه لطفولية ونحوها فلا معنى للمقابلة.

ومنها : قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام : إن الأولياء لا يعزرون على الصغائر بل تقال عثراتهم وتستر زلاتهم.

1 سقط في "أ" والمثبت من "ب".

صفحة 396 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

ومنها : وهو يشهد لما قاله ابن عبد السلام ما رأيت في الشامل لابن الصباغ في باب جامع السير فيما إذا كتب بعض المسلمين إلى المشركين بخبر الإمام أن الشافعي رضي الله عنه ، قال : إن كان فاعل هذا من ذوي الهيئات عذر ولم يعزر لحديث حاطب بن أبي بلتعة.

منها : حكى ابن الرفعة وجهًا أن قاذف ولده لا يعزر.

ومنها : من وطئ امرأته في دبرها ؛ فإنه لا يعزر في أول مرة ؛ فإن عاد عزر نص عليه الشافعي رضي الله عنه وذكره صاحب التهذيب والرويانى.

ومنها : قال القاضي أبو حامد المروزي فيمن دخل من أهل القوة الحمى الذي حماه الإمام ؛ فرعى ما شئته أنه لا يعزر مع كونه عاصيًا.

ومنها : على وجه إذا وطئ السيد المكاتبه لا يعزر وإن علم التحريم.

ومنها : ما أطلقوا أن الزكاة يجب دفعها إلى الإمام الجائر بعد طلبه بلا خلاف ، وإنه إذا غلبها من الجائر لم يعزر ؛

فيجمع من الإطلاقين أنه يعزر على هذه المعصية ؛ لكن الوالد رحمه الله يقول : إن أوجبنا الدفع بعد الطلب فغلبها ينبغي أن يعزر.

الدعوى الثانية : أن متى كان في المعصية حد أو كفارة ينتفي التعزير ، وهذه تستثنى منها مسائل :

منها : من أتى بهيمة في رمضان ؛ فإنه يجب عليه مع القضاء العقوبة والكفارة ؛ ذكره صاحب التهذيب والعقوبة هي التعزير ؛ لأن الصحيح أنه لا حد على واطئ البهيمة.

ومنها : الجماع في نهار رمضان ؛ فإن فيه مع الكفارة التعزير ، قال ابن يونس في شرح التعجيز وعبارته يعزر المفطر ولو المفكر. انتهى. وأرى أنه أخذ مما حكيناه عن صاحب التهذيب.

ومنها : اليمين الغموس يجب فيها التعزير في الكفارة ؛ قاله شيخ الإسلام : عز الدين ابن عبد السلام في القواعد ، والشيخ تقي الدين ابن الصلاح في فتاويه ، قال ابن عبد السلام : لجرأته على ربه والكفارة لمخالفة موجب اليمين ، وإن كان مباحًا أو مندوبًا.

قلت : فالاستثناء حاصل بكل حال.

منها : قال ابن عبد السلام أيضا من زنا بأمة في جوف الكعبة وهو صائم معتكف

صفحة 397 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

محرم أثم 1 ، ولزمه العتق والبدنة والحد للزنا والتعزير لقطع الرحم وانتهاك حرمة الكعبة.

ومنها : قال ابن الصباغ في أوائل الجراح كل مكان قلنا لا يجب فيه القصاص ؛ فإن القائل يعزر ويلزمه البذل والكفارة.

ومنها : قال الفوراني بقطع يد السارق ويعزر أيضًا قال مجلي في الذخائر ؛ فإن أراد بالتعزير تعليق يده في عنقه فحسن أو غيره فمفرد به.

قلت : وإن أراد تعليق اليد فقد يقال هو تنمة الحد لا تعزير كما هو وجه في حسم اليد المقطوعة بالزيت المغلي.

ومنها : قال ابن داود في شرح المختصر إذا قتل الرجل من زنا يأهله في الحالة التي هو فيها زان لم يعزر ، وإن اقتات على الإمام بل يعزر لأن الغيظ والحمية حمله عليه.

قلت : ونقل الخطابي في معالم السنن أن الشافعي رضي الله عنه نص على أنه يحل له قتله والحالة هذه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن كان يقاد به في الحكم ؛ فعلى هذا استثناء [غير الأول] 2.

ومنها : [غير ما تقدم] 3 والكلام فيه كالكلام في هذه الصورة إذا استوفى ولي الدم القصاص بغير إذن الإمام لم يعزر على وجه قال ابن الرفعة لعل مأخذه تجويز الاستبداد.

قلت : وقد ثبت في التوشيح أن الأمر كذلك فلا استثناء.

ومنها : الزيادة على أربعين في الخمر إلى ثمانين تعزير على الصحيح والأربعون حد فاجتماعا.

ومنها : نص الشافعي رضي الله عنه كما حكاه ابن الرفعة في حواشي الكفاية أن الأب يجب عليه بقتل ابنه الدية والكفارة والعقوبة.

قلت : وإليه أشار ابن الصباغ بقوله الذي حكيناه عنه إن كل مكان لا يجب فيه القصاص يعزر القاتل ويلزمه البدل والكفارة.  
تنبيه : عرفناك أن الماوردي والغزالي لم يذكر الكفارة وعبارة الماوردي التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود وقريب منها عبارة الغزالي في البسيط فلا يرد

1 في "أ" "ب" أثم سنة وستة أيام.

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

صفحة 398 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

عليهما ما أوردناه على غيرهما من الصور التي اجتمع فيها التعزير والكفارة ثم من ذكر الكفارة لا أدري هل يقتصر القول عليها أو يعمم كل غرم ؛ فيقول لا تعزير مع الغرم كفارة كان أو غيرها.

هذا هو الأظهر فيما أفهمه ويرد حينئذ أيضاً مع ما قدمناه من أظفر عاصياً في رمضان بغير الجماع ؛ فإن عليه مع القضاء والتعزير الفدية على أصح الوجهين ؛ كذا قال البغوي في التهذيب قال : لأنها لما وجبت على المرضعة مع كونها معذورة فإنه يجب على غير المعذور أولى انتهى.

والصحيح عند الرافعي والنووي والوالد رحمهم الله أن الفدية لا تجب ؛ فلا إيراد إلا على ما صحيح البغوي ؛ فإنه جمع بين الفدية والتعزير ولكن الفدية غير الكفارة.

قاعدة :

قال بعض أصحابنا من يحد [بقذف] 1 الغير يقتل بقتله ومن لا فلا.

قاعدة :

فيما جمع من فتاوى الفقهاء وغيره أن سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان إلا في مسألتين.

إحداهما : إذا أقام القاذف بينة على زنا المقذوفة وأقامت هي بينة أنها عذراء.  
والثانية إذا أقام شاهدين على إقرار المقذوف بالزنا ، وقلنا الإقرار بالزنا لا يثبت بشاهدين ؛ ففي سقوط الحد عن القاذف [وجهين] 2 والظاهر سقوطه قال الرافعي : وكان المراد ما سوى صورة التلاعن ؛ فإن الزوجين إذا تلاعنا اندفع الحدان.

ولو أقام البينة على إقرار المقذوف بالزنا سقط عنه الحد ؛ فلو رجع المقذوف عن الإقرار سقط عنه حد الزنا ولا يقبل رجوعه في حق القاذف ، ولا يلزم وهذه

مسألة أخرى اجتمع فيها سقوط حد القذف عن القاذف وعدم الحد على المقذوف. قال النووي مراد القفال لا يسقط حد القذف. [عن القاذف وعدم الحد على المقذوف] 3 مع أنه لا يحكم بوجود حد الزنا إلا في المسألتين ؛ فلا يراد عليه الأخيرتان ؛ لأنه وجب فيهما حد الزنا ثم سقط بلعانهما أو بالرجوع ، ولهذا قال وعدم حد الزنا على المقذوف ولم يقل وسقوط حد الزنا ، كما قال وسقوط حد القذف ؛ فالحاصل أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع حد الزنا إلا في مسألتين ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع.

1 في "ب" تقتل.

2 في "ب" وجهان.

3 سقط في "ب".

صفحة 399 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

والمراد السقوط يحكم الشرع لا بعفوه ونحوه قلت : وقد دقق النووي في جوابه إلا أن لمعترض أن يقول الصورة الأولى من صورتني القفال وجب فيها حد الزنا ثم سقط ؛ فهي وزان صورتني الرافي ثم بتقدير أن مراده ما ذكره النووي ؛ فرد ما إذا قذفه وطالبه المقذوف بالحد فادعى أن المقذوف زنا وطلب يمينه ، وقلنا بالصحيح أن يحلف فنكل فحلف القاذف ؛ فإنه يسقط حد القذف ولا يجب حد الزنا على المقذوف ، ولذا لو قذف من لا وارث له على قول. ولك أن تقول للرافي لم اقتصرت على ما ذكرت من الصورتين مع وجدان ما ذكر فيما إذا شهد عليه أربعة بالزنا ؛ ولكنهم فسقه بفسق مجتهد فيه وكذا المقطوع به على الأصح عند صاحب العدة ، وكذا لو ارتد المقذوف أو سرق بعد القذف على خلاف فيهما وغير ذلك.

قاعدة :

قال بعض أصحابنا كل وطء يعصي الله تعالى به يبطل الحصانة وما لا فلا وحكاه القاضي الحسين طريقة في المذهب ؛ ولكنه منقوض بصور.

منها : لو كان المقذوف مفعولاً به في دبره لم تبطل حصانته على ما حكاه

الرافي عن التهذيب ؛ ولكن ذكر أنه أعني صاحب التهذيب رأى أنه يبطل به

لوجوب الحد عليه. قلت : وقد حكى القاضي الحسين في باب الشهادة على الحدود وجهين في ذلك.

قاعدة :

من وجب عليه القصاص في النفس إذا فات لموت وله تركة انتقل جميع الدية إلى تركته.



قال الجرجاني : إلا في مسألتين. لا يجب في إحداهما شيء ، ويجب في الأخرى نصف الدية ؛ فأما الأولى فهي إذا قطع يدي رجل فسرى إلى النفس فقطعه [ولي المقتول ولم يمت فإن] 1 له قتله ، وإن مات فلا شيء في تركته ؛ لأنه لما مات فإن المحل ثبت له دية واحدة ، وقد أخذ يدين بقيمتها .  
والثانية إذا قطع يد رجل ؛ فاقتص منه فسرى القطع إلى نفس المقطوع أولاً ، ثم سرى إلى نفس الجاني ؛ فإنه لو كان باقياً لكان يقتص منه وقد ثبت في [تركته] 2 نصف الدية ؛ لأنه قد استوفى منه يدا بقيمة نصف الدية .  
فائدة :

كل ولي القصاص إذا عفا وثبت له المال كان المال له دون غيره .

1 سقط في "ب" .

2 في "أ" يده .

صفحة 400 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

قال الجرجاني إلا في مسألة واحدة .

وهي أن يجني رجل على عبد ويعتق العبد بعد الجناية ، ثم تسري إلى نفسه وأرش الجناية مثل دية حر أو أكثر ؛ فإن ولي العبد بالخيار بين أن يقتص أو يعفو وإذا اختار المال كان لسيدته دونه ؛ لأن الجناية وجدت في ملكه ووجب الأرش حال الجناية ، ثم لما سرت إلى النفس ، وكان له من الأرش مثل دية النفس لم يجب على القاتل أكثر من دية واحدة ؛ فكان ذلك للسيد .  
فائدة :

كسر العظم موجب الحكومة قال الجرجاني في المعاياة والرويانى في الفروق إلا في ثلاث مسائل ؛ فإنه يجب فيها أرش [مقدار] 1 مقدر .

أحدها : كسر الترقوة أو الضلع ؛ فإنه يجب فيه جمل على قول .

والثانية كسر ظاهر السن دون سنخة ففيه خمس من الإبل والثالثة من هشم ولم يوضح ؛ فعليه عشر من الإبل على أحد الوجهين ؛ لأن دية الهاشمة إنما زيدت على دية الموضحة للهشم ، وقد وجد فيه مثل هذين الوجهين والذي أعتقد أن لفظ عشر من الإبل وفي الوجه الثاني تجب الحكومة .

قلت : وجه الحكومة معروف ووجه عشر من الإبل . [لا أعرفه والصحيح المنصوص أن في الهاشمة بلا إيضاح خمسا من الإبل] 2 ؛ وإنما القول فيما 3 إذا نقل العظم من غير إيضاح ؛ فالواجب الحكومة أو عشر من الإبل في كتاب المعاياة والفروق غلط من الناسخ صوابه خمس والكلام يستقيم معه .

فائدة :

لا يجب قذف الزوجة إلا في مسألة واحدة إذا ولدت ولدا اعتقده من الزنا.  
قاعدة :

فيما ينقض فيه قضاء القاضي وما لا ينقض ، وقد تكلم فيها الأصوليون والفقهاء بما لا نطيل شرحه وحلول الإمام في النهاية ضبطه بضابط غير معروف تفاصيله في غاية العسر ؛ فقال : كل مسألة يتعلق القول فيها بالقطع ؛ فمن حاد عن مدرك الصواب نقض عليه حكمه ، وكل مسألة لا مستند لها من قاطع ؛ فإذا جرى حكم الحاكم فيها بمذهب وهو في محل التحري ومساق الظن ؛ فلا نقض قال : ثم حقيقة القول في هذا يستدعي الإحاطة بمدارك القطع ولا مطمع في الخوض فيها إلا على قدر الحاجة. وذكر ما لا

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 في "ب" وإنما القول بالعشر.

صفحة 401 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

تطيل به ونقتصر على كلام نفيس تلقفناه من أنفاس ذلك الحبر العالم الشيخ الإمام رضي الله عن وأرضاه ، وجمعنا في الجنة وإياه على موائد فضله بمحضر من نبيه صلى الله عليه وسلم ومرأى ومسمع ، وقد ذكرناه 1 في شرح المنهاج البيضاوي ؛ وحاصله أن العلم بعد الحكم بمقارنة ما يقطع بتقديمه على مستند الحكم موجب لنقضه والعلم بمقارنة ما يظن تقديمه فيه وجهان : ومقارنة ما يمنع الحكم بالشيء ومقابلة يوجب التوقف فيه للشيخ الإمام رحمه الله فيه احتمالان ، وبيان هذا القول أن الحاكم إذا حكم ، ثم انقذ له ما لو كان مقارنا لمنع الحكم ؛ فهو على أقسام أحدها أن يكون أمرًا متجددًا لم يكن حالة الحكم مثاله أن يباع مال يتيم بقيمته لحاجة ويحكم بصحة البيع ، ثم تغلوا فترتفع قيمته فلا اعتبار لهذا ؛ لأن الشرط البيع بالقيمة ذلك الوقت لا بعده. قلت : فما قولكم فيمن أجر على يتيم أو آخر وقفًا بمقتضى قيمته في الحالة الراهنة وحكم بها الحاكم ، ثم ارتفعت في أثناء المدة هل ينقض وينفسخ ، وإن قلتم بذلك فقد نقضتم بأمر متجدد ؛ وذلك هو مقتضى فتيا ابن الصلاح فيمن استأجر شابًا بأجره مثله ، ثم تغيرت الأحوال وطرأت أسباب توجب زيادة أجره المثل أنه يتبين بطلان العقد.

قلت : الصواب أنه لا ينقض ، وقد أفتى النووي بخلاف ما أفتى به ابن الصلاح وكلامه في المنهاج صريح في ذلك ؛ حيث قال : وإذا أجر الناظر فزادت الأجرة في المدة وأظهر طالب الزيادة لم يفسخ العقد في الأصح. فإن قلت : قد استدل ابن الصلاح بأن الشاهد لم يصب في شهادته ؛ لأن تقويم

المنافع في مدة ممتدة إنما يصح إذا استمرت الحال الموجودة حالة التقويم. أما إذا لم يستمر فيتبين أن المقوم لها لم يطابق تقويمه المقوم قال وليس هذا التقويم السلع الحاضرة.

قلت التحقيق أن القيمة إن لم تتغير ولكن ظهر طالب بالزيادة ؛ فلم يتبين بطلان شهادة الشاهد والقول بانفساخ العقد ضعيف لا وجه له إلا قول من يقول : إن القيمة ما تنتهي إليه الرغبات وهو شيء حكاه ابن أبي الدم وجهًا ليس في كلام ابن الصلاح في هذه الحالة وإن تغيرت ، وفيها تكلم ابن الصلاح فالإجارة صحيحة إلى وقت التغير ، وكذا بعد التغير فيما أعتقده ، ويحتمل على بعد أن يقال طرآن الارتفاع كأمر حادث في العين

1 في "ب" ذكر.

صفحة 402 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

المستأجرة ؛ فوجب الفسخ أو الانفساخ ، ثم في انعطافه على ما مضى ما في الفسخ بعروض خلل في المعقود عليه ، وبتقدير أن يعتقد ما قاله ابن الصلاح ؛ فليس هذا أمرًا متجددًا ؛ بل عنده أنه يتبين خطأ الشهود. الثاني أن يحكم باجتهاده لدليل أو أمانة ثم يظهر له دليل وأمانة أرجح من الأول ، ولا ينتهي ظهوره إلى ظهور النص فلا اعتبار به أيضًا وإن كان لو قارن لوجب الحكم به لأن الحكم بالراجح وإن كان واجبًا لكن الرجحان حاصل الآن ، ولا ندري لو حصل ذلك الاحتمال عنده حالة الحكم هل كان يكون عنده راجحًا أو مرجوحًا ، والاعتبار إنما هو بالرجحان حال الحكم ولا يلزم من الرجحان في وقت الرجحان في غيره لتفاوت الظنون بحسب الأوقات وأما اعتقاد الرجحان ؛ فقد يكون في وقت قطع رجحان أمر عنده في الماضي وهو من الأمور الوجدانية ليس مما نحن فيه نعم سيأتي قسم منه.

الثالث أن يظهر دليل أو أمانة تساوي الأول فبطريق [الأولى] 1 لا اعتبار به ، وإن كان لو قارن لمنع الحكم.

الرابع أن يظهر أمر لو قارن لمنع ظنًا لا قطعًا كبيبة الداخل ؛ فإن في تقديمها على بيبة الخارج خلافًا ؛ فهو أمر مظنون مجتهد فيه ولكن الحاكم الذي يراه اجتهادًا أو تقليدًا قاطع بظنه ووجوب العمل به ؛ فلو قارن لوجب الحكم به وهو يعلم من نفسه أنه ؛ إنما يحكم به فإذا حكم للخارج معتقدا أنه لا بيبة للداخل ، ثم حلت البيبة ؛ فقد ظهر أمر لو قارن لمنع ظنًا والظن السابق معلوم الآن ، وهذا هو اعتقاد الصواب الذي أشرنا إليه من من قبل ، وقد اختلف أصحابنا ها هنا في النقض على أوجه أصحها عند الرافعي والنووي والوالد رحمهم الله النقض ؛ لأن

هذا الحاكم الذي عنده أن بينة الداخل مقدمة لما حكم للخارج لعدم علمه ببينة الداخل كان كالحاكم بالاجتهاد مع وجود النص فكما ينقض بظهور النص ينقض بذلك ؛ لأنه عالم بظنه وبأنه إنما حكم معتقداً عدم بينة الخارج ؛ فهو قاطع بما كان يمنعه من الحكم لو قارن ووجه عدم النقض أن تقديم بينة ذي اليد ليس مقطوعاً به كالنص ؛ وإنما هو أمر اجتهادي فالنقض به كنقض الاجتهاد بالاجتهاد وهذا هو الذي قال القاضي الحسين إنه الذي استقر عليه رأيه بعدما أشكلت عليه المسألة وتردد فيها نيفاً وعشرين سنة.

والوجه الثالث في المسألة التفصيل بين ما قبل التسليم وبعده لتأكد الحكم

1 في "ب" الأول.

صفحة 403 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بالتسليم وصورة المسألة كما بيناه إذا علم أنه إنما حكم للخارج بناء على عدم بينة الداخل ؛ فإن احتمل أنه حكم بها بناء على تقديم بينة الخارج ، وكان من أهل الترجيح ، أو أشكل الحال فالأصح لا ينقض.

الخامس أن يظهر معارض محض من غير مرجح كما إذا حكم للخارج ببينة ، ثم جاءت بينة لخارج آخر فهذه البينة لو قارنت لمنعت الحكم للتعارض ؛ فإذا ظهرت بعد الحكم فلو الذي رحمه الله احتمالان :

أحدهما : أن يقال إنه لظهور الأمانة المساوية فلا ينقض به قطعاً ومال إلى ترجيحه قال كما لا يحكم إلا بمستند ؛ [فلا] 1 ينقض إلا بمستند.

والثاني : وذكرت في شرح المنهاج أنه الأرجح عندي أنها ليست كالأمانة المساوية لأن مساواة تلك مظنونة ، ويجوز أن تضعف في وقت آخر ويستمر رجحان الأمانة المحكوم بها لعدم الوثوق بالظن ، ويجوز أنها لو ظهرت له وقت الحكم لكانت مرجوحة غير مساوية.

وأما البينة إذا عارضت أخرى بمساواتها معلومة مأنوس منها من الترجيح ؛ فلا يبقى لاحتمال استمرار ذلك الحكم أو غيره فيرد الأمر إلى ما كان عليه قبل ظهور الحكم ، ونقف لقطعنا [بإستواء] الجانبين بخلاف الأمارات التي لا يوثق بحال الظنون فيها فإنه لو لم يمض الحكم فيها [أدى] 3 إلى عدم استمرار الأحكام وأن لا يحكم بشيء قلت : وقد وجدت هذين الاحتمالين قولين من مخرجات ابن سريج ؛ إذ نقل الرافعي في أواخر باب الدعاوى والبيئات فيما إذا قال السيد لعبده إن قتلت فأنت حر وتنازع [بعده] 4 العبد والوارث هل مات مقتولاً أو حتف أنفه وأقام العبد بينة أنه قتل في رمضان فحكم القاضي بها ، ثم شهد شهود أنه مات في شوال عن ابن سريج تخريج قولين في نقض الحكم وتنزيله منزلة ما لو شهدت

البيانات معًا ، وشبه ذلك ما إذا بان فسق الشهود وقد يرى هذا التشبيه إلى ترجيح النقض ويصير الأمر على ما كان عليه قبل الحكم واقتضى ظاهر كلامه أن المسألة فيها نزاع بين ابن الصلاح والوالد رحمهما الله وهي ملك ، واحتيج إلى بيعه على يتيم فقامت بينة بأن قيمته مائة وخمسون فبيع بها وحكم بصحة البيع ثم قامت بينة أخرى أن قيمته حينئذ مائتان [فقال] 5 ابن الصلاح بعد التمهّل أياما إنه ينقض

1 في "ب" لا.

2 في "ب" غير واضحة.

3 في "ب" وأتى.

4 سقط في "ب".

5 في "ب" قال.

صفحة 404 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

الحكم ويشبهه بما قطع به صاحب المذهب من أنه لو حكم للخارج على صاحب اليد ببينة.

فإن الحكم ينقض ، وقال الوالد رحمه الله لا ينقض وصنف في المسألة كتابًا سماه المعارضة في البينة المتعارضة ، وذكر أن هذا ليس كمسألة صاحب المذهب ؛ فإن النقض هناك لمعارضة بينة راجحة ولا يلزم من النقض بالأرجح النقض بالمثل وبينه ذي اليد فيها احتمال أن يكون النقض بها لترجحها باليد أو باليد لترجحها بها أو بمجموعها ، وعلى كل من التقادير الثلاثة لا تكون العلة موجودة في المسألة التي قاسها ابن الصلاح فقياسها عليها غير صحيح لعدم الاشتراك في العلة على هذه التقدير الثلاثة وهذا فرق صحيح ، وقد قدمنا في ومسألة صاحب المذهب ثلاثة أوجه :

ولا شك فيما ذكره الشيخ الإمام ؛ غير أنني أعجب من عدم إمامه بهذين القولين اللذين خرجهما ابن سريج وهما عين مسألته ، ومسألة ابن الصلاح وأعجب من ابن الصلاح أيضًا في ذلك وهما نص مسألته ؛ فليعجب من حبرين كبيرين بين وفاتهما فوق المائة سنة ترددت بينهما مسألة وأدراها في دوريتهما وتمهلا فيها أيامًا وهي مسطورة في الرافعي لم يقنع فيها بوجهين ؛ بل بقولين خرجهما شيخ المذهب فلهما دائران في الوجود بقريب من خمسمائة سنة الأمر السادس أن يظهر نص أو إجماع أو قياس بخلافه فينقض الحكم ؛ لأن ذلك مقطوع به فلم ينقضه بظن ؛ وإنما نقضه بالدليل القاطع على تقديم النص والإجماع والقياس الجلي على الاجتهاد ؛ فهو أمر لو قارن العلم به لوجب تقديمه قطعًا فلذلك نقض



به وما ذكرناه من النقض عند مخالفة القياس الجلي ذكره الفقهاء وعزاه الغزالي في المستصفي إليهم ، ثم قال : فإن أرادوا به ما هو في معنى الأصل مما يقطع به ؛ فهو صحيح وإن أرادوا به قياساً مظنوناً مع كونه جلياً فلا وجه له ؛ إذ لا فرق بين ظن وظن وهذا في تبين خطأ سنذكرها. قلت : وجزم الشيخ الإمام في مخالف ليس على الإطلاق بل لا بد أن يكون الظن المستند إليه ظناً محكماً كذا صرح به الرافعي ، ولعله أشار بالظن المحكم إلى ما قاله الإمام في النهاية أنه إذا خالف خبراً صحيحاً نقله الأحاد أو قياساً جلياً ؛ فقد يفضي الأمر إلى النقض وذكر ما حاصله فيما فهمته عنه أن خبر الواحد إن لم يقبل التأويل أو كان تأويله في مقام التأويلات البعيدة التي لا مبالاة بها ؛ فالحاكم بخلافه ينقض حكمه ومثل ذلك مخالف حديث زكاة الجنين زكاة أمه وخيار المجلس والمصرأة والعرايا. قلت : والذي أقوله أن مخالف خبر الواحد إن

صفحة 405 | 466

#### الأشباه والنظائر

#### القول في المناكحات

كان ممن يرى تقديمه على القياس فالنقض عليه ظاهر ؛ وإلا فينبغي أن ينظر في القياس الذي حكم به فإن كان بحيث لا يقدم هو عليه خبر الواحد فلا وجه للنقض ، وقد يجمع هذا كله قول الشيخ الإمام النص ، ويقال : لا نص إلا فيما لا يقبل التأويل ولا يعارضه قياس يكون مقدماً عليه عند من حكم به ، وأما مخالف القياس الجلي ؛ فإن كان ممن يعتقد حجة ، وكان الظن المستتار منه أقوى مما حكم به ؛ فلا شك في النقض ولعل هذه الصورة هي مراد من ينقض في القياس الجلي ، ولذلك شرط الرافعي أن يكون الظن المستتار منه محكماً ، وإن كان ممن ينكر القياس رأساً فأتكلم عليه في فصل يخصه.

فائدة :

كان الشيخ الإمام رحمه الله يقول وذكره في كتاب المعارضة إنما ينقض لتبين خطأ به والحاكم منصوب ؛ لأن يحكم بحكم الشرع وأحكام الشرع منوطة بأسباب تتعلق بوجودها ووجودها يثبت عند الحاكم بطريق شرعي والخطأ لا يعدو هذه المواطن الثلاثة :

أحدها : أن يكون في الحكم الشرعي بأن يكون حكم بخلاف النص أو الإجماع أو القياس الجلي فينقض لتحقق الخلل في الحكم ، وليس معنى النقض الحل بعد العقد بل الحكم ببطلان الحكم المتقدم وبيان أنه لم يقع صحيحاً ؛ لأنه ليس بحكم الشرع والحاكم ثابت الشرع ؛ فلا يصح منه الحكم بغير حكمه ولفظة نقض الحكم هنا متمكنة ؛ لأن المقصود إبطال ذات الحكم الذي وقع.

الثاني : أن يحصل الحكم على سبب غير موجود ، ويظن القاضي وجوده بينة زور ونحوها ؛ فإذا انكشف ذلك ينقض في بعض المواضع بالإجماع وفي بعضها



وفي بعضها بخلاف فيه والخطأ هنا في السبب ووضع الحكم في غير متمكنة ؛  
فإننا لم ننقض الحكم في ذاته لخطأ به ؛ وإنما نقضناه عن ذلك المحل وأخرجنا  
المحل عنه فالخطأ في السبب لا في الحكم والمخطئ هنا هو الشاهد لا الحاكم ،  
وللحاكم نوع من الخطأ وهو ظنه وجود السبب الحاصل بالبيئة .  
الثالث : أن يكون الخلل في الطريق كما إذا حكم بشهادة كافرين ؛ فإذا تبين ذلك  
ينقض سواء كان المشهود به صحيحاً أم لا ؛ لأن المعتبر من الحكم ما كان  
بطريقه الشرعي ؛ فإذا كان بغير طريقه فقد حصل الخطأ في الطريق فينقضه  
والخطأ هنا من القاضي في اعتقاد عدالة الشهود ، وقد يكون ذلك مرتباً على بيئة  
التزكية ، وقد يكون على ظنه إذا عدلهم بعلمه ولفظة النقض هنا [كهي] 1 قبله  
وإن كان الفقهاء أطلقوا النقض على الجميع وهو الصحيح ولو حكم

1 سقط في "ب".  
صفحة 406 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بشهادة فاسقين اعتقد عدالتهما نقض على الصحيح كالكافرين ، وقيل : لأنه إنما  
يتبين بطريق ظني فيصير كنقض الاجتهاد بالاجتهاد وقريب منه ما ذكرناه في  
النقض ببيئة الداخل ، ولو بان دليل ظني معارض لدليل حكمه ؛ فلا التفات إليه  
قطعاً ؛ لأنه اجتهاد غير مستقر بل يجوز أن يصير الراجح مرجوحاً والمرجوح  
راجحاً ، ولو بان تعارض بينتين من غير ترجيح فيحتمل أن يقال هو معارض  
الدليلين ، ويحتمل أن يقال تعارضهما مستقر عند من لا يرى الترجيح في البيئات  
وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه فيقطع بالاستواء المانع من ابتداء الحكم ، وقد  
تلخص أنه متى بان الخطأ قطعاً نقض قطعاً أو ظناً ؛ ففي بيئة الداخل مع الخارج  
ينقض في الأصح وفي الدليلين لا ينقض والفرق أن الظن في اليد مقطوع به فهو  
اعتقاد رجحان ، وفي الدليلين رجحان اعتقاد وليس مقطوعاً به ولو لم يتبين  
الخطأ ؛ بل التعارض المجرد عن القطع والظن كقيام بيئة بعد الحكم بخلاف البيئة  
التي ترتب عليها الحكم ؛ فقد تقدم أن الراجح عند الشيخ الإمام من احتمالين  
وجدناهما قولين عدم النقض لعدم تبين الخطأ قال : وكيف ينقض حكم محتمل  
الصواب وحين صدر كان عن مستند .

تنبيه : كل هذا إذا قضى بمستند ثم ظهر له الخلل إما في المستند أو في المقضي  
به أو الطريق أما إذا قضى على جهل ؛ فالخلل هنا في الحاكم لا في الحكم . قال  
الشيخ الإمام رضي الله عنه : فمن حكم بغير علم نقض حكمه وإن صادف الحق  
وهو أحد القاضيين اللذين في النار بشهادة الحديث ؛ كذا ذكره في شرح المنهاج  
قبيل باب ما يحرم من النكاح عند الكلام فيما إذا أعتق أمته في مرض موته ثم

تزوجها واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم ورجل حكم للناس على جهل ، وذكره أيضاً في كتاب المعارضة ، وقال لفظه النقض هنا متمكنة أيضاً كما هي فيما إذا ظهر الخلل في نفس الحكم ؛ لأن المقصود إبطال فعل الحاكم وتبقيّة الأمر في الحكم على ما كان عليه حتى يصدر ذلك الحكم من أهله كما يبطل تصرف من ليس بوكيل. قلت : بل أبلغ فإن تصرف من ليس بوكيل ربما جاء فيه قولي الفضولي ؛ [فهذا]1 لا يطرقه خلاف الفضولي ؛ فإنه إنما حكم على أنه ثابت الشرع ولسانه لسان الشرع فإذا لم يكن كذلك لم يكن من الشرع في شيء فلا نفاذ له ، وقد قال في التنبيه وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء تنقض أحكامه كلها أصاب فيها أو أخطأ. فإن قلت فقد اختلف الأصحاب فيمن اشتبه عليه ماء طاهر بنجس فتوضأ

1 في "ب" وهذا.  
صفحة 407 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بأحدهما من غير اجتهاد ، ثم بان أن ما توضأ به هو الطاهر فاختيار الشيخ أبي إسحاق وجماعة منهم النووي أنه لا يصح وضوءه لتلاعبه ، وهذا يوافق ما ذكرتم من النقض وإن صادف الحق لكن اختيار ابن الصباغ والغزالي أنه يصح ، كما لو أدى دينه بما يشك فيه ثم تبين أنه ملكه وهذا يחדش في النقض. قلت : كلا فإن حكم الحاكم لا يناسب تصرف الإنسان في نفسه ؛ لأن ذلك يسنده إلى الشرع وهذا كاذب مخطئ حيث أقدم على جهل فما كل من حكم بحق محققاً ؛ بل إنما يكون محققاً إذا كان قد حكم عن علم كما شهد به الحديث ، ومن ثم ينقض قضاء من لا يصلح ، وإن صادف الحق والصور ثلاث تصرف الشخص على غيره ، وينبغي أن يكون عن علم وأحق الناس بذلك الحكام ، ثم الأولياء على درجاتهم وسيأتي من كلام الغزالي فيمن زوج بناء ؛ على أنه حاكم فبان أنه أب أنه لا يصح والصورة الثانية تصرفه على نفسه في مكان يضر فيه الشك وهو الأول ومن ثم أنه على هذين الوجهين اللذين حكينا فيهما خلاف الشيخ أبي إسحاق وابن الصباغ لو صلى قبل البيان ، ثم تبين بعد الصلاة لم تصح الصلاة للشك. والثالثة تصرفه على نفسه لا في مكان يضر فيه الشك كمن باع مال أبيه على ظن أنه حي ؛ فإذا هو ميت فلا يضر ومن الخلل في الحاكم أيضاً ما لو وليت القضاء امرأة ففي قضائها وجهان حكاهما الروياني في البحر عن حكاية جده ، وأن الإصطخري ذهب إلى النقض.

فائدة :

كل ما ذكرناه فيما إذا بان له بعد الحكم ما لو كان مقارناً لمنع وأوقف عن الحكم

بما حكم أو أوجب 1 الحكم بـضد ما حكم ؛ فإن بان له دليل آخر موافق للدليل الأول [لفقدانه النص ثم وجد النص كما حكم به ، وإما أن لا يكون كذلك كما إذا بان له بعد الحكم بقياس صحيح ؛ بحيث لو كان موجوداً عنده عن الحكم بالأول لاستند إليه لا إلى ذلك الدليل ، وهذا كما إذا حكم بقياس صحيح] 2 ؛ فينبغي أن يقال إنه لم يظهر معه خطأ الأول ؛ فإما أنه يكون الثاني قياس آخر فإن كان الأول فهي المسألة التي وقعت بمدينة أصبهان في حدود السبعين وأربعمائة حكم حاكم في حادثة باجتهاده ولم يعلم بالنص فيها ، ثم ألقاه كما حكم به فاستفتى شيخ الشافعية بأصبهان في ذلك الزمان وهو أبو بكر محمد بن ثابت الخجندي فأفتى بأن الحكم نافذ واستفتى أبا نصر بن الصباغ فأفتى بأنه ينفذ من حين وجود النص كذا نقل ولد أخيه أبو منصور في الفتاوي التي جمعها من كلام عمه المعروفة بفتاوي صاحب الشامل ابن الصباغ وهي مسألة غريبة لم أجدها في

1 في "ب" إذا وجب.

2 سقط في "ب".

صفحة 408 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

غير هذه الفتاوي والذي يترجح عندي ما قاله الخجندي ؛ فإنه لما أعياه النص جاز له العمل باجتهاده ؛ فإذا صادف الصواب كان نافذاً وكان وجود النص سعادة وتوفيقاً ، ويحتمل أن يقال لا ينفذ أصلاً [لأنه يتبين] 1 أن القياس فاسد الاعتبار ؛ إذ لا قياس مع النص لكن هذا ضعيف ؛ فإن فساد اعتبار القياس إنما يكون لو كان على خلاف النص ، أما إذا كان على وفاته ، وكان ارتكابه لفقدان النص وقت الاحتياج إليه فلا محذور فيه ولا يظهر في هذه المسألة غير هذين الاحتمالين قول الخجندي وهو الأرجح وهذا الاحتمال ، وأما قول ابن الصباغ ينفذ من حين وجود النص ؛ فإن أراد أن الحاكم إذا وجد النص جدد الحكم بمقتضاه ليكون مستندا إليه ؛ فهو قريب وإن أراد أنه ينفذ من غير حكم متجدد ويكون قبله فاسداً فلا وجه له ، والذي أراه في مثل هذا ما قاله الخجندي ، وأن الحاكم يجدد حكماً بمثل الحكم الأول ولا ينقض الأول وسيأتي من كلام الوالد رحمه الله ما يؤيد هذا ، وإن كان الثاني ؛ فهذا لا ضرر فيه وسواء كان القياس الذي ظهر له ثانياً أجلى وأوضح من الأول أم لم يكن ؛ فإنه لا يزيد الحال إلا تأكيداً والفرق بين هذا وما قبله أن هناك ظهر ما لو علمه وقت الحكم لما استند إليه ، وأما هنا وإن كان أجلى فليس بلازم أن يكون استناده إليه ولا هو بمتيقن أنه يكون أجلى وقت الحكم ؛ لأن الجلاء قد يختلف باختلاف الأوقات هذا كله إذا لم يظهر خطأ الأول وإن ظهر أن الأول خطأ فهذه الحادثة وقعت في زمان الشيخ الإمام الوالد رحمه الله ، وسأذكر

كلامه فيها بعد ما أقول قد يقال إن هذا لم يقض على جهل ؛ لأنه إنما قضى حين قضى به بما ظنه مستنداً ، ولم يقض بباطل لأن هذا الذي ظهر له نفي عنده اعتقاد أن الحق كما قضى به وإن لم يكن بالدليل الذي قضى به ورأيت لابن الرفعة تردداً في ذلك قال لأنه ليس من باب العقود التي يعتمد الظنون وإن بان الأمر بخلافه قال وهذا بخلاف ما إذا أذنت لحاكم في تزويجها بناء على أنه لا ولي لها إلا الحاكم فبان أنها ابنته لصلبه ؛ فإنه يصح لوجوده من أهله من ظن الصحة هذا كلام ابن الرفعة وأقول الأرجح النقض ؛ لأن هذا المستند إذا لم يكن عند الحكم حاضراً وقد بان بطلان ذلك المستند فما كان أقدم إلا بغير مستند وكأنه أقدم على جهل أو بغير علم وبهذا صرح الشيخ الإمام رحمه الله في كتاب النكاح من شرح المنهاج عند الكلام على مسألة ابن الحداد في الأمة المعتقدة في المرض هل لوليها تزويجها بعد تردد كان منه في ذلك ذكره في المسألة المعروفة بوقف الطيفاء وهي حادثة من حوادث باب الوقف استفتى فيها قديماً وأطال

1 في "ب" لأتبيين.

صفحة 409 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

عليها الكلام وكان فيها حاكم حنبلي حكم مستندا إلى ما ظنه مستندا في مذهبه فبين الشيخ الإمام أنه أخطأ على مذهبه ، وأنه لا مستند فيما ذكره ثم تبين له مستنداً غير ما ذكره يصح التمسك به قال بعد فراغ التقرير منه ما نصه بقي نظر آخر وهو أن الحاكم الحنبلي إذا لم يستند إلى ذلك ؛ ولكن استند إلى ما ذكره أصحابه وقد ذكرنا أنه لا دليل فيه هل يكون موافقة حكمه لما ذكرناه من الدليل مانعاً من نقضه أو لا هذا محتمل والأقرب أنه لا يصلح أن يكون مانعاً ؛ فإن من شرط صحة الحكم الاستناد إلى دليل صحيح فإن وجدنا أسجال الحاكم مطلقاً غير مستند إلى سبب ووجدنا دليلاً صحيحاً لم يكن لنا نقضه ويحسن الظن به ، ونعتقد أنه استند إلى ما ظهر لنا من الدليل أو إلى دليل مثله وإن بين المستند ورأيناه غير صالح ولا تشهد [قواعد] 1 الشريعة [بصحته] 2 ؛ فينبغي أن ينقض ويحكم حكماً مستندا إلى دليل صحيح لكن أرى من باب المصلحة أن لا ينقض ، وينفذ لئلا يجسر الناس على نقض أحكام الحكام ويجعل التنفيذ كأنه حكم منشئ مستقل ولو حكم الحاكم المنفذ بحكم مبتدأ موافق لحكم الأول وبقي الأول على حاله كان أولى وأجمع للمصالح والله أعلم. انتهى.

نقلته من خطه.

وأما من ظهر ابنه الحاكم ؛ فقد قال الغزالي في الفتاوى الأظهر فيها البطلان ؛ لأن الرضا معتبر في هذه التصرفات والألفاظ تراد للدلالة على الرضا ولا يدل

اللفظ على الرضا في هذه الصورة. انتهى.

ولك أن تمنع كون اللفظ يدل على الرضا في هذه الصورة ؛ فإن الجهل بها لا ينافي الرضا بمطلق النكاح من هذا الزوج بهذا العاقد وما ذكره شبيهه بقوله فيما إذا قال الغاصب لمالك العبد المغصوب اعتقه ؛ فاعتقه جاهلاً وما ذكره فيما إذا قال لامرأته أنت طالق وهو يجهل أنها امرأته ؛ فإن له بحثاً في أن الطلاق لا يقع بنزع إلى هذا المأخذ والأصح فيهما النفوذ ويقرب من المسائل ما لو خطب زيد إلى قوم وعمرو إلى آخرين ، ثم جاء زيد إلى الآخرين وعمرو إلى الأولين وزوج كل فريق من جاءه ، وقد قال ابن القطان فيما نقله الرافعي : أن المسألة وقعت في أيام ابن الشايب ببغداد فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين ؛ فإن قلت : فليكن الأرجح في [مسألة] 3 الغزالي صحة النكاح لما ذكرتم من المسائل. قلت : قد خطر لي هذا ثم توقفت لأن العاقد في مسألة الغزالي القاضي وهو مطلوب بالاحتياط فوق ما يطلب في سائر الأولياء. [مأمور أن لا يقدم على

1 سقط في "ب".

2 في "ب" لصحته.

3 سقط في "ب".

صفحة 410 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

عقد إلا عن بصيرة بينة ، وكذلك لا يعقد بمستورين بخلاف سائر الأولياء] 1 على كلام في ذلك ؛ فيقول ينبغي البطلان فيه ، كما قاله الغزالي ؛ لأن لسانه لسان الشرع بخلاف سائر الأولياء.

تنبيه : قدمنا أنه لا نقض في المسائل الاجتهادية المختلف فيها ؛ فهل يلحق بها ما يقع للناس من حوادث ليس فيها خلاف للمتقدمين ؛ وإنما فيها آراء تتجاذب قد كان يقع في الذهن أنها مثل الأول فلا ينقض [فيه] 2 ؛ ولكن قال الشيخ الإمام رضي الله عنه ومن خطه نقلت في المسألة التي أشرت إليها ؛ إنما يطلق المختلف فيه على ما فيه خلاف لمن تقدم ، وأما ما يقع لنا من صور المسائل وتتجاذب الآراء فيها فلا يقال : إنها من المختلف فيه ؛ بل ينبغي أن ينظر فيها فإن اتضح دليل عليها اتبع ؛ وإلا فلا وإن حكم حاكم منها بحكم ولم يكن عليه دليل ينبغي جواز بعضه ، وإن كان عليه دليل لم ينقض. انتهى.

ومن خطه نقلت وقد تستغرب هذا ولا غرابة فيه ؛ بل الأمر إن شاء الله كما قال ، وعليه تحمل أفضية صدرت من شريح وغيره نقضها علي وغيره في مسائل لم يكن يقدم فيها خلاف ولا عليها دلالة قاطعة.

فائدة :



إذا استثنيت ما به ينقض الحكم قييادر إلى تدارك ما كان من حقوق الله تعالى ،  
وأما حقوق الأدميين فهل عليه تعريف الخصمين ليعترفوا إليه فينقض الحكم عن  
ابن سريج : لا وعن سائر الأصحاب الوجوب قلت : ويشبه أن يقال إن بان الخطأ  
في الحكم نفسه وجب رفعا للبد العادية ، ولا يكون فيه خلاف وإن بان في الطريق  
؛ فهو موضع النزاع وهذا كله إذا بان ما يوقف عن الحكم أو يوجب الحكم بالصد  
؛ فإن بان خطأ دليل الأول مع ظهور دليل يوافقته ونفي اعتقاد إلى محكوم 3 ؛  
حتى وإن بان بطلان الطريق فلا ينبغي أن يجب الإعلام لعدم فائدته ، ولو ترك  
الخلاف على هذه الأحوال لم يكن به بأس.  
تنبيه : الصور التي اختلف فيها الأصحاب في النقض فيها قيل إنها تقرب من  
ستين صورة ونحن نعد ما حصرنا منها.  
فمنها : لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجها قال الرافعي : فالأشهر وهو  
ظاهر النص أنه ينقض [والثاني المنع] 4 ، قال القاضي الروياني وهو الصحيح  
[وقرب] 5 من

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 في "ب" محكوم به.

4 سقط في "ب".

5 في "ب" قريب.

صفحة 411 | 466

الأشبه والنظائر

القول في المناكحات

هذا الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر  
الكلمات الخمس أو سقوط الحد عن نكح أمة ووطنها. قلت : وقرب من هذا  
الخلاف يعني الروياني ، وقد وقفت على كلامه في البحر ، وعزا ذلك إلى القفال  
؛ فقال : قال القفال : عد أصحابنا مسائل ينقض الحكم فيها.  
منها : حكم من قال أكثر اللعان يقوم مقام الكل وإن زوج الأمة لا يلاعن لنفي  
الولد ، وأن لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف ، وأن من تزوج بأمة  
ووطنها مع العلم بتحريمها لا بحد ، وأن النكاح بغير ولي جائز والحكم شهادة  
الفاسق والحكم بجواز بيع أم الولد والحكم بأن لا تقبل شهادة القاذف [العاصي] 1  
بعد التوبة ؛ لأن الخطأ ظاهر في هذه المسائل بدليل قاطع ونص الشافعي رضي  
الله عنه على نقض الحكم في مسألة واحدة ، وهي الحكم بصحة نكاح المفقود ومن  
أصحابنا من قال لا ينفذ حكمه في شيء من هذه المسائل ؛ لأن الخطأ فيها ظهر  
بقياس الشبه ، وهذا هو الصحيح والنص في مسألة المفقود غريب ، ولعله ذكره



تعليقا للقول فيه لا اعتقاداً. انتهى.

كلام البحر ملخصاً قال الرافعي :

ومنها : قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتنفيذ الذي يجوزه ، وفي ذكاة الجنين قيل : إنه منقوض لظهور الأخبار وبعدها عن التأويلات التي يدعونها ، وكذلك في القتل بالمتقل ؛ لأنه على خلاف القياس الجلي في عصمة النفوس ، وهذا ما أورده الإمام الغزالي وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولي وفي بيع أم الولد. وثبتت حرمة الرضاع بعد الحولين وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان ونكاح الشغار ونكاح المتعة ، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف وبحرمان التوارث بين المسلم والكافر وترد الزوائد مع الأصل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى ومن الأصحاب من منع [البعض] 2 ، وقال : هي مسائل اجتهادية والأدلة فيها متقاربة ، قال القاضي الروياني وهو الصحيح ، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد. انتهى كلام الرافعي [ملخصاً].

وفي الروضة نظيره وأنت تراه لم يجزم بغير النقض بالحكم لنقض بالاستحسان الفاسد[3] ، ولا أدري ماذا يعني به فإن كل

1 سقط في "ب".

2 في "ب" النقض.

3 سقط في "ب".

صفحة 412 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

استحسان عندنا فاسد وليس كل استحسان ينقض فيه القضاء ؛ فيحتاج هذا إلى [تحرير] 1 ، ولعله يشير إلى مبالغاتهم في الاستحسان ، وليس للرافعي تصريح بتصحيح النقض أو عدمه ولا للنووي ولا للشيخ الإمام في شيء من هذه المسائل ؛ غير أن الشيخ الإمام صحح في مسألة النكاح بلا ولي النقض ، وقال أنا أستحي أن يدفع إلى نكاح صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إبطاله ، ثم أقره على الصحة وهذا يتعدى إلى ما كانت الأخبار واردة فيه وورودها في النكاح بلا ولي ، وقال الرافعي في القصاص في قتل المسلم بالذمي أن الوجه عدم النقض ، وقد رأيت المسائل التي ذكرها الرافعي وعزا إلى الروياني فصحح عدم النقض فيها ولس في كلام الروياني منها إلا ما حكيت له لك ، ولا يلزم من النقض في بعض النقض في بعض آخر ؛ بل لا بد من النظر في كل فرع بخصوصه ومن المسائل المختلف في البعض فيها [أيضا] 2 ، لو قضى القاضي بأن يقاد الولد بولده قال

ابن كج ينقض حكمه ؛ قال الرافعي : وليكن هذا في الموضوع الذي يساعد فيه ذلك ، قال ابن الرفعة يعني لأنه خلاف الإجماع قال ولو كان كذلك لم يحتج ابن كج إلى التنبيه عليه. قلت : كيف لا يحتاج إلى التنبيه عليه وقد عمم ابن كج وعزاه ، ثم ليس انتفاء خلاف مال موجباً لثبوت الإجماع ؛ ففي ذهني أن من العلماء من يقتل الوالد بالولد مطلقاً فليحزر ذلك ويحتمل أنه ينقض من قضى به ، وعندني أن ابن كج إنما أراد القضاء بالموضوع الذي يحالف فيه مالك ؛ فإنه ذكر قبله مسألة أبي حنيفة في قتل الحر بالعبد ، وذكر أنه لا ينقض ثم ذكر أن القضاء بقتل الوالد بالولد ينقض فما أرى إلا أنه رأى قوة خلاف أبي حنيفة وضعف خلاف مالك في هاتين المسألتين فلم ينقض في تلك ونقض في هذه وفي هذا وأعود إلى ما قاله ابن الرفعة والأرجح عندي عدم النقض فيهما ، وإليه أشار الرافعي بل لم يبق عندي إلى الآن دليل على النقض في شيء من صور الخلاف القوي الجائزة وغاية الأمر أنها خالفت صريح 3 الأحاد ؛ بل وفيها ما خالف مستفيض الأخبار وإنما قلت الخلاف القوي الجائر لأحترز عن الضعف الذي لا يجوز الإقدام عليه ؛ فإنه لا اعتبار به ولا مقابلة وذلك مثل من قضى بأن الطلاق الثلاث لا يقع كما هو محكي عن الشيعة أو بعضهم ؛ فإن هذا الحكم ينقض على الصحيح عند أصحابنا كما ذكره الروياني في البحر في أوائل كتاب الطلاق ، وحكى أن بعض أصحابنا [كما ذكره الروياني في البحر] 4 قال لا ينقض وهذا ضعيف لأن

---

1 في "ب" التحرير.

2 سقط في "ب".

3 في "ب" صريح أخبار.

4 سقط في "ب".

صفحة 413 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

المسألة إجماع ولا اعتبار بالخلاف الحادث قال الروياني وعلى النقيض ؛ فإذا وطئها لزمه الحد ولم يثبت نسب ولا عدة وهو اختيار الإمام والذي انتهى كلام الروياني وما اختاره والده هو الحق ، وحكى الروياني في كتاب القصاص عن حكاية والده وجهين فيما لو وليت القضاء امرأة هل تنقض أحكامها ، وأن الإصطخري قال بالنقض وهذا خلل في القاضي لا في المقضي به فإن قلت فلم قلت بنقض حكم من حكم بخلاف خبر الواحد. قلت : الذي أعتقده وعليه دل كلام الغزالي في الأصول أن ذلك مخصوص بمن لم يطلع عليه وقضى بقياس لا يقوى على معارضته ، وأما من اطلع على خبر الواحد وزعم له معارضاً ولو قياساً وزعم أن القياس مقدم على خبر الواحد كما هو شهير في الأصول ؛ فكيف ينقض

قضاؤه وإن كنا لا نضوبه ابتداء لكن تخطئنا له [ليست] 1 إلا بالاجتهاد والقول  
بنقض الحكم بخلاف خبر الواحد ؛ [إنما هو في خبر الواحد] 2 المثير ظناً محكماً  
[فالمنقوض في أخبار الأحاد ما خالف ظناً محكماً] 3 ناشئاً عنها لا ما خالفها  
مطلقاً ؛ كذا اقتضاه كلام الرافعي وهو الظاهر ، ويلزم من نقض فيما ذكرناه من  
الصور أن ينقض الحكم ببطلان الأوقاف لشهرة صحتها بين الصحابة والعصر  
الأول وإن نقض الحكم ببطلان بيع المدبر لمخالفته الحديث الصحيح في بيع النبي  
صلى الله عليه وسلم مدبراً في دين كان على صاحبه ؛ فلينقض في هذه الصورة  
وبيع الخمر من الذمي لمناذته الأحاديث الصحيحة في النهي عن بيع الخمر ،  
وإن قال النهي يوجب الصحة أو لا يقتضي الفساد ؛ فلم لا صححه من مسلم وإن  
حاول فرقاً فهو على ضعفه زاد بصحيح الحديث ، ومن ثم قال الربا لا يجري في  
دار الحرب بين مسلمين لم يهاجرا ولا في الحفنة والحفنتين من الطعام وأدلة  
الكتاب والسنة تردهما ، وأن النبيذ يحل منه ما لا يسكر وإن البائع ليس أحق  
بسئلته عند الفس وبيع المصراة ومنع الفسخ بعيوب النكاح وإسقاط الحد في  
إباحة الجوارى ، وأن الجماع من غير إنزال لا يوجب الغسل ، وأن الحامل  
المتوفي عنها زوجها لا تنقض عدتها بوضع الحمل ، وأن ربا الفضل مع القبض  
[في التصرف] 4 جائز ، وأن الوقف يباع إذا تخرب وأنه يناقل به وإن كان عامراً  
إلى غير ذلك من مسائل عن أبي حنيفة أكثرها والبقية عن غيره

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

4 من قوله في التصرف جائز إلى قوله فإن قوله فإن قلنا لا يحل ولم يجز

الطلب : سقط في ب.

صفحة 414 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

من العلماء لا أقول بالنقض فيها ؛ وإنما أقول تلزم من نقض في تلك أن ينقض  
فيها ولعله يلتزمه فإني لم أجد عنه خلافة كما لم أجد وفاقه.

فائدة : إنما ذكر القفال وغيره من أصحابنا هذه المسائل التي قيل بالنقض فيها  
عندما بلغهم أن الحنفية قالوا ينقض قضاء الشافعي في الحكم بشاهد ويمين  
وبالقرعة بين العبيد في العتق وبحل متروك التسمية عمداً وبالبدائية في القسامة  
بيمين المدعي ؛ فقال أصحابنا قلتم فيما حكى عنكم لا ينقض حكم مخالف نص  
الكتاب والسنة والقياس الحق إذا لم يكن مجمعاً عليه ، ثم نقضتم موافق السنن  
الصريحة والأقيسة الصحيحة ؛ فمن عد بربا ممن ينقض الحم بشاهد ويمين

والقرعة بين العبيد ونحوهما مع صفة الحديث فيه ، ثم يحكم بالنكاح بلا ولي ونحوه منابذة لصريح نطق النبي صلى الله عليه وسلم ؛ فمن العجائب إنكار ما وردت به السنة من القرعة من إثبات حل الوطء بشاهدي زور يعلم الزوج الثاني أنهما شاهدا زور.

ومنها : قول الخصوم إذا منع الذمي ديناراً من الجزية انتقض عهده ، ولو جاهر بسب الله أو بسب رسول الله صلى الله عليه وسلم ودينه أو حرق المصاحف وخرب المساجد أنه لا ينتقض.

ومنها قولهم يباح القرآن بالعجمية ولا يروى الحديث بالمعنى على ما ذكر بعضهم.

ومنها : إسقاطهم الحد عن من استأجر امرأة لرضاع ولده فزنا بها أو استأجرها ليزني بها وإيجابهم الحد على من وطئ امرأة في الظلمة يظنها امرأته فظهرت أجنبية.

ومنها : منعهم السنة الثابتة في إلحاق النسب بالعتاقة مع إلحاقهم نسب ولد امرأة تزوجها وهي بالمشرق ممن هو بأقصى المغرب وبينهما من المسافة ما لا يقطعها النسر ، وقال : تزوجت فلانة وهي طالق ثلاثاً عقب القبول ، ثم جاءت بولد فقالت هو منه.

ومنها : إلحاقهم الولد في هذه الصورة مع قولهم ما ذكرناه فائدة قولنا ينقض القضاء المخالف للظن المحكم من خبر الواحد وحمل قياس ونحوهما يشمل كل ما كانت بشبهة الحاكم فيه ضعيفة ، وفيه مسائل لم يصرح بها الأصحاب فنذكرها. منها : جزم الشيخ في باب الإجازة من شرح المنهاج بنقض حكم من حكم ببيع الموقوف إذا انهدم ، كما هو قول الحنابلة أو عوده إلى ورثة الواقف كما هو قول محمد بن الحسن بها.

صفحة 415 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

تنبيه : ما لا ينقض هل يمضي وينفذ أم يعرض عنه فيه خلاف حكاه المحاملي وجماعة قولين وطائفة آخرون منهم الرافعي وجهين ، والعمل على التنفيذ وهو ما رجحه الرافعي ، وكان الشيخ الإمام يتوقف فيه ثم استقر رأيه على ما حكيناه عنه في كتاب ترشيح التوشيح.

خاتمة : ما لا ينقض قضاء القاضي فيه إذا حكم به لمن لا يعتقدده هل يحل باطناً

وجهان حكاها الأصحاب فيما إذا قضى الحنفي بشفعة الإمام رحمهم الله فيها تصريح بتصحيح في كتبهم المشهورة ، وقد ذكرها الرافعي في كتاب الشفعة وفي كتاب القضاء وفي باب دعاوى ، وفي باب دعوى الدم والقسامة وفي كتاب موجبات الضمان ، وعزا الشيخ الإمام في باب الشفعة من شرح المنهاج تصحيح

الحل إلى القفال وأبي عاصم والبغوي وأكثر الفقهاء وتصحيح التحريم إلى الأستاذ أبي إسحاق والإمام الغزالي والأصوليين ؛ قلت : والرافعي لم ينسب صريحا إلى الأكثر شيئا ؛ حتى يقال : إنه عليه بل نسب الحل إلى جماعة والتحريم إلى ما ذكرنا وقال في باب القسامة ميل الأئمة إلى ثبوت الحل باطنا ، وكذلك قال في أثناء كتاب الدعوي ميل الأكثرين إلى الحل باطنا وغاية ما يؤخذ من ذلك ميل الرافعي إلى الحل ، وقد يؤخذ منق قوله من باب موجبات الضمان ميله إلى التحريم ؛ فإنه قال وصرحوا بأن خلاف جار في كل ما اتصل بحكم من المسائل الاجتهادية ؛ فإن قلنا لا يحل لم يجز الطلب] ؛ وإلا فلا بأس بالتخيير بين البيع عليه وإجباره على البيع وهو حينئذ إكراه بحق ، وقد سكت الشيخ الإمام في كتاب البيع على قول القاضي أبي الطيب وغيره إن شاء القاضي باع وإن شاء عزر وحبس إلى أن يبيع وذهب ابن الرفعة إلى أنه إذا لم يثبت عند القاضي ملك [المفلس]1 للأعيان بالبينة ؛ وإلا اكتفينا باليد فيظهر أن يجبره على البيع بنفسه أو بوكيله لتعيينه طريقا إلى إيصال الحقوق [إلى أربابها]2 ورده الشيخ الإمام بأنه [إن]3 لم يجز للقاضي البيع ؛ فكيف يجوز له الإيجاب والإيجاب حكم صريح بخلاف الفعل ، وليس المفلس مطلق التصرف حتى نقول نجبره على وفاء الدين من حيث الجملة وهو يبيع بل هو محجور.

فائدة :

ذكرها الإمام في باب التفليس حاصلها أنه ليس كل ما يجوز للشاهد أن يشهد به يجوز للحاكم أن يحكم به ؛ فإن الشاهد قد بني على ظن لا يبني على مثله

1 في "ب" الفلس.

2 في "ب" لأربابها.

3 في "ب" إذا.

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

الحاكم صونا لمنصبه عن التهمة ، ولأن الحكم لما فيه من الإلزام وإنهاء الأمر أشد الشهادة ؛ هذا أقوله تفقها من عندي ، والذي ذكره الإمام رحمه الله في الشهادة بالإعسار والأملاك والتعديل وحصر الميراث أنها أمور لا يمكن استنادها إلى اليقين ؛ فإن في الإعسار [هنا]1 لا سبيل معه إلى العلم اليقيني وغاية التعديل [هي]2 الأسباب الخارجة والأملاك بناء الأمر على ظواهر يضعها العلماء من اليد والتصرف ، ثم قال فكأننا نشترط استناد الشهادة إلى اليقين فيما يمكن اليقين [منه]3 كالأقوال والأفعال التي تتعلق بها الحواس ، ثم قال ومن لطيف الكلام في ذلك أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين لو علمه القاضي بنفسه اختلف القول



في جواز قضائه بعلمه ، ولو انتهى القاضي فيما [أعلم]4 فيه إلى منتهى يشهد فيه كالأصول التي ذكرناها ؛ فلا يحل له القضاء ، وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به وظهر عنده فليتأمل الناظر هذا ؛ فإنه من أسرار القضاء انتهى وتكلم عليه الشيخ الإمام رحمه الله في شرح المهذب كلامًا طويلاً حاصله بعد ما استشكله ، وقال لم لا يحكم القاضي في الإعسار والملك والميراث بعلمه كما يحكم بالتعديل ، وأجاب بأن التعديل حكم بأن المعدل مقبول القول على كل أحد فأشبهه الرواية : أما [الإعسار والميراث]5 والملك فأحكام على أشخاص معينين بما لا ينتهي إلى اليقين ؛ فقويت التهمة فيه فلو فرضنا انتهاءه إلى اليقين خرج على القضاء بالعلم ، ولا أظن الإمام يخالف في ذلك ؛ وإنما كلامه فيما لا ينتهي إلى اليقين قلت : بل بذلك صرح حيث قال : هذه أمور لا يمكن استنادها إلى اليقين ؛ وإنما الشيخ الإمام ينازعه في امتناع استنادها إلى اليقين ، ويقول قد يتفق ذلك قال : والصواب ما ذكره الإمام من عدم تخريج الإعسار ونحوه على القضاء بالعلم ؛ فإن ذلك [في]6 العلم المقطوع ، ولا يلزم أن يطرق الظن واستدل عليه بعكسه قال ؛ فإنهم قالوا إذا منعنا القضاء بالعلم ؛ فكان سبب العلم تواترًا جاز على أحد الوجهين لعدم التهمة ، ثم قال في آخر كلامه بعد ما ذكر أن قضية كلام الرافعي تخريج القضاء بالعلم في الإعسار والملك والميراث على الخلاف أنه المختار عنده ، وقد يقال بين تصويب الشيخ الإمام كلام الإمام7 واختياره كلام الرافعي ثانياً [مباينة]8 فالجواب أنه لا يمنع طروق الخلاف ؛ وإنما عند أن الخلاف في القضاء

1 في "ب" سقط.

2 في "ب" ففي.

3 في "ب" فيه.

4 في "ب" لا علم.

5 في "ب" الميراث والإعسار.

6 في "ب" من.

7 في "ب" الإمام أولاً.

8 في "ب" مناقاة.

صفحة 417 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

باليقين أقوى من الخلاف في القضاء بالإعسار فليتأمل كلامه.

تنبيه : فيما حكيناه من كلام الإمام إشارة إلى أن المعنى بالعلم في قول الأصحاب هل يقتضي1 بعلمه اليقين لا الظن المؤكد ؛ وذلك يرد على الرافعي ؛ حيث قال



إن الأئمة مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محل القولين مما إذا ادعى عليه مالا ، وقد رآه أقرضه أو سمعه أقر بمال ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت الحكم ؛ فيدل على أن ليس المراد بالعلم اليقين بل الظن المؤكد ، وقد رد الشيخ الإمام رحمه الله<sup>2</sup> على الرافعي ، وقال : ليس كذلك بل المراد باليقين يقين السبب الذي به الحكم وهو الإقراض أو الإقرار ، ولو ظنهما ظنا مؤكدا لم يحكم بلا خلاف. وأما استصحاب حكم السبب إلى وقت القضاء [قضى]3 في جميع الحجج ، ولا يقال فيه ظن ، وإن كان ظنا في الحقيقة بالمحكوم به وقت القضاء ؛ إلا أن الفقهاء لا يريدون ذلك.

قلت : ولذلك يقولون في اليقين لا [يرتفع]4 بالشك ومعلوم أنه لا شك مع اليقين القاطع ؛ فلو عنوا باليقين القاطع لم صح أن يعتقدوا مجامعته للشك قال الشيخ الإمام ومتى أخذنا بعموم كلام الرافعي في الاكتفاء بالظن المؤكد ورد عليه قول الإمام : إنه لا يحكم بذلك في الإعسار والميراث والملك والصواب ما قاله الإمام ؛ فإنه لا يلزم من اختلاف القول في القضاء بالعلم المقطوع أن يختلف في الظن لأنه ينضم إلى التهمة ضعف المدرك وقد ذكروا في عكسه إذا قلنا يمتنع القضاء بالعلم ؛ فكان سبب العلم تواترا يجوز على أحد الوجهين لعدم التهمة وما ذاك إلا ؛ لأنه إذا قوي المدرك وانتشر ضعفت التهمة وعكسه إذا ضعف المدرك قويت التهمة ؛ فلا يحكم به ثم ذكر قضاء القاضي في التقويم ببصره [في]5 نفسه وميل الرافعي إلى جريان الخلاف فيه ، وإن الإمام قال فيه بالمنع على خلاف ما ظن به الرافعي ، ثم قال [انتظم]6 كلام الإمام على قاعدة واحدة يعني في منع القضاء بالظن في الإعسار والميراث والملك والتقويم [ثم]7 قال : والرافعي رجح في التقويم الحكم بالعلم ولم يتعرض للإعسار ، ويلزمه أن يقول بذلك فيه وإذا قال به فيه ؛ ففي الملك وحصر الورثة أولى. أما الملك فلاعماده أسبابا ظاهرة ولهذا لا يشترط

1 في "ب" يقضي القاضي.

2 سقط في "ب".

3 في "ب" فصحيح.

4 في "ب" يرفع.

5 سقط في "ب".

6 في "ب" انتظر.

7 سقط في "ب".

فيه الخبرة الباطنة. وأما حصر الورثة لأن الحكم للوارث المعين لا ظن فيه وبقي غيره معتزدا بالأصل فعضد ذلك ما عند الحاكم ، وقد صرح الماوردي في الملك بأنه يجوز للقاضي وتردد في الشاهد وفرق بأن الشاهد ؛ إنما يعتمد العلم والقاضي يبني على الحجة وهذا مخالف لكلام الإمام ومساعد [لكلام] 1 الرافعي ، وقد ينحل من ذلك صوراً أحدها [الحكم] 2 بالعلم اليقيني المحسوس الحاصل وقت القضاء.

والثانية : علم سبب متقدم كإقراض وسماع إقرار لم يعلم ارتفاعه وهاتان فيهما القولان.

الصورة الثالثة : الحكم بالعلم الحاصل بالتواتر قيل على القولين وقيل يقطع بالجواز.

والرابعة : الحكم بالتعديل المذهب الجواز ، وقيل على الخلاف. والخامسة :

الإعسار ، قال الإمام : لا يحكم بالعلم فيه وقياس قول الرافعي وهو المختار.

السادسة : الملك وحصر الورثة كلام الإمام يقتضي أنه كالإعسار قال الشيخ

الإمام ، وينبغي أن يكون أولى منه بإجراء القولين.

السابعة : التقويم الأشبه عند الرافعي أنه على القولين ، والذي يظهر من اختيار

الإمام أنه كالإعسار.

الثامنة : يعتمد العلم 3 فيه [به] 4 ، وليس من القضاء بالعلم في شيء التاسعة

الجرح يعتمد العلم فيه قطعاً. انتهى كلام الشيخ مختصراً.

وأقول : إذا كان سياق الرافعي يقتضي أن الإعسار على الخلاف ، وهو الذي

صرح [به] 5 الشيخ الإمام باختياره أخيراً ؛ فقد [انضم] 6 كلامه على قاعدة واحدة

غير أن المعنى بالعلم عند الإمام اليقين ؛ فمن ثم منع الإعسار والتقويم والميراث

والملك وعند الرافعي غلبة الظن ؛ فمن ثم جوزها والشيخ الإمام وافق الإمام في

أن المعنى بالعلم اليقين ونازعه في كون هذه الأمور لا تفضي إليه ، وقال [وإن]

أفضت إليه فهي من مسائل القضاء بالعلم هذا كلامه أولاً ثم مال آخر إلى

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 في "ب" اللون يعتمد.

4 سقط في "ب".

5 سقط في "ب".

6 في "ب" انتظم.

7 في "ب" إن.

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

ترجيح الحكم فيها بالعلم فلا يتبين [في] 1 جريان كلامه على قاعدة واحدة فليتأمل ذلك.

قاعدة :

الأموال الضائعة يقبضها القاضي حفظاً لها على أربابها قال الأصحاب ، ثم إما أن يبيعها ، وأما أن يبيعهها ويحفظ ثمنها وله حفظها معزولة عن أمثالها في بيت المال ، [وله] 2 أن يخلطها بمثلها فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال ، وهذه القاعدة هي مأخذ الأصحاب في إيجابهم على القاضي قبول اللقطة إذا دفعها إليه الملتقط وإن كان قد اختار التملك ثم بدا له ، وقد يورد على هذه القاعدة ما رواه البخاري تعليقاً ومسلم متصلًا من حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بتمرّة في الطريق مطروحة ؛ فقال : لولا أني أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها.

فسمعت الشيخ الإمام رحمه الله يقول سمعت شيخنا الدميّاطي يقول : سمعت قاضي القضاة تاج الدين ابن بنت الأعز يقول كيف يقولون الإمام يأخذ المال الضائع للحفظ ، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يأخذهما وأجاب بعض الناس بأنه إنما نفي في الحديث الأكل ، وقد يكون أخذها قال الشيخ الإمام. وأنا أقول : إنما يأخذ الإمام المال الضائع الذي صاحبه متطلع له أما ما يعرض عنه فيترك لكل من يريد أخذه فاندفع السؤال. قلت : ومن ثم لم يجب في اللقطة تعريف ما انتهى [إليه] 3 في القلة إلى حد يسقط تموله كحبة حنطة وحاول الرافعي تخريج وجه فيه ونازعه ابن الرفعة والشيخ الإمام ، وقد عرفت أن هذه المسألة التي نبه عليها الشيخ الإمام في الحديث مستثناة من القاعدة ؛ فإن قلت فقد أوجبوا على الملتقط تعريف القليل وبالغ الشيخ الإمام ؛ فأوجب تعريفه سنة ولم يكتف بزمان يظن أن فاقده يعرض عنه غالبًا ، وذكر أن اكتفاء الرافعي والنووي به مخالف لمشهور المذهب ؛ فكيف استثنى من القاعدة ما لا يوافق أصله. قلت : الحقير الذي أوجب الشيخ الإمام تعريفه سنة والرافعي والنووي زمنًا يظن إعراض صاحبه عنه هو ما لم ينته في القلة إلى حد يسقط تموله كما عرفناك ليس في المنتهى إلى ذلك إلا محاولة الرافعي لتخريج وجه فيه لم يوافق عليه لا ابن الرفعة ولا الشيخ الإمام ، وانظر إلى قول الرافعي والنووي يظن إعراض صاحبه ؛ فإن فيه إشارة إلى أن ما كان الظن حاصلًا فيه قبل التعريف لا فائدة في تعريفه ولا يعرف ؛ فقد ظهر استثناء الحقير الذي يغلب على الظن إعراض صاحبه عنه من

1 في "ب" لي.

2 سقط في "ب".

### الأشباه والنظائر

#### القول في المناكحات

القاعدة فلا يأخذه القاضي للحفظ ولا يعرفه الملتقط إذا التقطه ؛ بل لو أخذه للاستبداد به ، ثم تردد الشيخ في أنه [هل] 1 يملك بمجرد الأخذ كالاختطاب أو بقصد [التمليك] 2 ، قال والظاهر الثاني وفي أنه إذا لم يقصده هل يخرج عن ملك مالكة ، قال : والظاهر بقاؤه حينئذ يدخل في معنى اللقطة ؛ لكنها لا تعرف ، قلت : وبقيت مسائل أخر تستثنى من 3 القاعدة.

منها : إذا أقر لمنكر فأصح الأوجه أنه يترك في يد المقر كما كان ، ثم اختلف في وجهه ؛ فقيل : لأن يده تشعر بالملك ظاهراً وقد عارض الإقرار الظاهري إنكار المنكر فسقط ، وقيل : لأننا لا نعرف مالكة ، ونراه في يد المقر فهو أولى الناس بحفظه وجمع الرافي في الشرح بين العلتين والأظهر منهما العلة الثانية ويخرج عليهما أن يد المقر بعد ذلك عليه هل هي يد ملك أو يد استحفاظ [والأول] 4 قضية كلام صاحب المهذب ، قال ابن الرفعة : والأشبه الثاني لأن المقر ادعاه لنفسه لم يقبل عند الإمام والغزالي فعدم الحكم له [به] 5 عند عدم الدعوى أولى قلت : نحن لم نقل أنه يحكم له به ؛ وإنما قلنا يبقى في يده يد ملك وفرق بين ذلك والحكم به فتأمله ، ثم على وجه الاستحفاظ يكون مستثنى من القاعدة ؛ فإنه مال لم يعرف مالكة ولم يقبضه القاضي بل تركه في يد المقر وفي المسألة تنمة نذكرها قريباً في آخر الفرع عقبيها.

ومنها : على وجه قال الشيخ أبو محمد موضع الخلاف فيمن أقر لمنكر ما إذا قال صاحب اليد هذا لفلان وكذبه ، أما إذا قال صاحب اليد للقاضي في يدي مال لا أعرف مالكة ؛ فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه هنا أيضاً كذا نقل الرافي هنا وقال في باب دعوى الدم فيمن في يده مال حكم له به ؛ فقال إنه مغصوب إن عين صاحبه انتزع منه ، وإن لم يعين فهو مال ضائع وفي مثله خلاف مشهور ، وقال في باب دعاوي أن من في يده مال لو قال هو لرجل لا أعرفه ولا أسميه أن الأصح أنه لا ينتزع من يده ، وقال في باب الكتابة فيما إذا أتى المكاتب بالنجوم ؛ فقال السيد هذا حرام وحلف المكاتب أجبرنا السيد [القول] 6 إنه إن لم يكن عين مالكة 7 لم

1 سقط في "ب".

2 في "ب" التملك.

3 في "ب" من هذه القاعدة.

4 في "ب" والأولى.

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

ينتزع من يده على الصحيح ؛ فانظر هذه المواضع وتلقف منها ما يستثنى من هذه القاعدة والجمع بين ما قيل في الأبواب الثلاثة وما حكى عن الشيخ [أبي] 1 محمد في الإقرار أن المقر في الأبواب الثلاثة محكوم عليه ؛ فأقراره بمجهول على خلاف الحكم مع تهمته فيه لا يسمع بخلاف مسألة الشيخ أبي محمد ؛ فإنه ليس متهما هناك.

ومنها : إذا كان المال الضائع في ذمة إنسان بأن جاء إلى القاضي ، وقال في ذمتي مال لا أعرف مالكة فقياس المذهب أنه لا ينزع ولا ينقل من الذمة إلى الضمان نعم يجيء على طريقة الشيخ الإمام التي نقلها عن النص وصحتها وهي أن للأحاد انتزاع المغصوب أنه ينزع ، والحالة هذه والذي أراه في المغصوب ومن في يده مال ضائع أنه إن خشي من بقائه في يده أو ذمته هلاكه انتزع ، ولا يضر انقلابه من الضمان إلى الأمانة لهذا الغرض وإلا فلا ويبقى على الحكم الضمان ؛ فليجتهد الحاكم فيما هذا شأنه وأقول هذا أيضاً فيما إذا أقر لمنكر ، وقلنا يبقى في يد المقر استحفاظاً ؛ فأقول إنما يبقى في يد المأمون على مثله والمشهور في مسألة [الإنذار] 2 للمنكر أن محل الخلاف إذا كان المقر به عيناً ، أما إذا كان ديناً ؛ فلا يؤخذ بلا خلاف وذكر ابن يونس في شرح التنبيه أنه لا فرق بين العين والدين ، وقد تحرر ما ذكرناه مسألة مستثناة من القاعدة على المذهب وهي الدين وعلى وجه ، وهي مسألة الشيخ أبي محمد وهو الوجه الذي أشار إليه الرافعي 3 وأبعد بعضهم ، وعلى الأرجح وهي العين المقر بها لمنكر إذا قلنا يترك في يده الاستحفاظ ، وقد ذكرنا أن طريقة الاستحفاظ هي الأرجح ؛ فإن قلت : رجحان طريقة الاستحفاظ على رأي الإمام والغزالي واضح ؛ فإنهما يقولان لو رجح المقر له عن الإنكار وصدق المقر قبل وسلم المال إليه ؛ ولكن الأصح عند الرافعي والنووي عدم تسليمه إليه ، وأنه إنما يسلم إليه على الوجه البعيد القائل بأنه يجبر المقر له على القبول ، وعلى هذا فكيف يرجح قول الاستحفاظ قلت : أما قول الرافعي والنووي أنه إنما يسلم إليه على الوجه البعيد ؛ فقال الشيخ الإمام فيه نظر ؛ إذ لا حاجة إلى الرجوع حينئذ قال ، وينبغي أن يقال : إن قلنا يترك في يده ملكاً ؛ فهو إبطال الإقرار فلا يسلم إليه ، وإن قلنا استحفاظاً فلا يمتنع تسليمه للمقر له إذا رجح ، ولا يختص ذلك بالتفريع على الوجه البعيد ، قال : والصحيح أن الخلاف في قبول رجوع المقر له مطلق من غير بناء ، والأظهر منه عند



- 1 في "ب" أبو.
  - 2 في "ب" الإقرار.
  - 3 في "ب" الرافعي بقوله.
- صفحة 422 | 466

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

هذا ملخص كلام الشيخ الإمام وهو حق ، وليس [له] 1 فيه كما ترى موافقة الرافعي على تصحيح عدم القبول ولا تصريح بمخالفة ، وأقول إذا كان الأرجح التبقية استحفاظاً ؛ فالذي يظهر ترجيح القبول لا سيما إذا ادعى أنه كان غالطاً وبين للغلط وجهًا محتملاً ولا يؤخذ بتكذيبه السابق ، كما أنه يقبل رجوع المقر نفسه على الأصح إذا قال كنت غالطاً كما في الوسيط والمحزر والمنهاج ؛ بل وإن لم يقل كنت غالطاً كما في الشرح الكبير والشرح الصغير [ورجح] 2 الشيخ الإمام ، وقال : ينبغي إسقاط قيد الغلط من المحزر والمنهاج أو يقال : إنه لا مفهوم له ؛ فقد ظهر أن الأرجح على قول الاستحفاظ القبول هذا إذا صدق المقر له بعد ما كذب. أما عكسه إذا كذب بعد ما صدق ؛ فلم أجده مسطوراً ، وقد يقال فيه إن تكذيبه بعد انفصال الخصومة غير معتبر لكنه بمنزلة الإقرار بما في يده لمجهول ؛ فيأخذه القاضي على ما [قال] 3 الشيخ أبو محمد أو تبقيته في يده هذا إن أنكر كونه لنفسه ، ولم يقر بأنه لمعين ؛ فإن أقر به للذي أقر له فهو إقرار لمنكر فيبقى في يده على الأصح ، وقد يقال لا يبقى في يده هنا قطعاً سواء أقر به لمن أقر له أولاً أو لمجهول ؛ لأننا عرفنا سبب وضع يده وقد زال بإقراره ؛ فأما أن يعيده إلى من أقر أولاً أو [ينزعه] 4 القاضي قطعاً ، وأقول الذي يظهر هنا أن القاضي [ينزعه] 5 قطعاً ولا يبقيه في يده لما ذكرت من أنه عرف سبب وضع يده ، وهو إقرار الأول له مع تصديقه وقد زال تصديقه ولا يعيده إلى الأول ؛ لأننا إنما نبقيه في يده عند الإنكار أما بعد الاعتراف ورفع يده ؛ فلا نعيده إليه لأن في الإعادة إليه حكماً بثبوت يده ، ولا وجه للحكم بذلك مع كونه مقرراً للغير ، وهذا بخلاف التبقية عنده ابتداء ؛ فإنها ليست بحكم له ، وإن قلنا اليد يد ملك كما بيناه آنفاً ورددنا به [كلام] 6 ابن الرفعة فتأمل ، وكل هذا إذا لم أجده مسطوراً أو أخص منه ما وقع عندي في المحاكمات شخص أقر بعقار لآخر ملكاً ، وصدقه المقر له ، ثم مات فعاد المقر يدعي على وارثه بذلك العقار ، ويقول : إنما أقررت به لمورثك مكرها ، ولم يثبت الإكراه لكن كان من جواب الوارث أنه وقف ؛ فقلت : إن كان المورث قد أحدث الوقفية بعدما ثبت له [المالكية] 7 فذاك ؛ وإلا فهل هذا من الوارث تكذيب للمقر لأنه يقول هي



- 1 سقط في "ب".
  - 2 في "ب" ورجحه.
  - 3 في "ب" قاله.
  - 4 في "ب" ينتزعه.
  - 5 في "ب" ينتزعه.
  - 6 في "ب" بحث.
  - 7 في "ب" الملكية.
- صفحة 423 | 466

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

ملك مورثك ، [ونقول] 1 بل وقف وكلام الوارث منزلة منزلة 2 المورث ؛ فيصير مكذباً بعد التصديق فيعود المقر ، ويقول قد أكذبتني في إقرارى لك بالمليكة فلتبق يدي على ما أقررت به ، ولا تنزع كمن كذب المقر ابتداء [وليس] 3 بتكذيب ؛ لأن المورث قد صدقه وانفصلت الخصومة ؛ فلا يعود [يدعى] 4 الوارث الوقفية هذا موضع نظر واحتمال 5 قاعدة ليس كلما لا [معه] 6 الحالكم إذا وقع يجيب إليه أو بإذن فيه إذا طلب ، ومن ثم فروع منها الأصح أنه لا يجيب الشركاء إذا طلبوا قسمة ما لا تبطل منفعته بالكلية إذا كسر فروع منها الأصح أنه لا يجيب الشركاء إذا طلبوا قسمة ما لا تبطل منفعته بالكلية إذا كسر كالسيف ؛ ولكن إذا اقتسموا بأنفسهم لم يمنعهم بخلاف ما تبطل منفعته بالكلية كالجوهرة النفسية.

ومنها : قال الشيخ الإمام الوالد [رحمه الله لا] 7 يجوز للحاكم الإجابة إلى بناء ما استهدم من الكنائس ولا الإذن فيه ، وكاد يدعى الإجماع على ذلك وإن كان لا يمنع عند إعادة ما استهدم من كنيسة قديمة على الخلاف فيه.

ومنها : على القول بأن المشرك إذا انتقل إلى دين يقر أهله عليه لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي كان عليه قال الأصحاب لا يقال له : أسلم أو عد إلى ما كنت 8 ؛ بل يقال : له أسلم ؛ فإن عاد إلى غيره تركناه أصل يرد إليه قاعدة الكفارات من العبادات جابر [وزاجر] 9 والمعنى بالجابر ما يجبر مصلحة فانت ويستدركها ؛ فهو داخل في جلب المصالح والمعنى بالزاجر ما يمنع من ارتكاب مفسدة. أما محرمة أو مكرهة أو مصورة 10 بصورة المحرم ؛ فإنه رب مفسدة انتفى التكليف فيها لعدم العلم ونحوه ولم يخرجها انتفاء التكليف عن كونها مفسدة كما إن قتل غير المستحق دمه مفسدة ، وإن جاء من قبل [الخاطيء] الذي لا تكليف عليه ؛ فإذا الزواجر من [قبيل] 12 درء المفسد فيكون الزاجر أعم من الجابر ؛ لأن درء [الفساد] 13 أعم من جلب المصالح كما ذكرنا في

- 1 في "ب" وهو يقول.
  - 2 في "ب" منزل منزلة كلام المورث.
  - 3 في "ب" أو ليس.
  - 4 في "ب" بدعوى.
  - 5 في "ب" واحتمال منها.
  - 6 في "ب" يمنعه.
  - 7 سقط في "ب".
  - 8 في "ب" ما كنت عليه.
  - 9 في "ب" وزادوا.
  - 10 في "ب" مقصورة.
  - 11 في "ب" الحناطي.
  - 12 في "ب" قبل.
  - 13 في "ب" المفسد.
- صفحة 424 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

أول الكتاب ؛ غير أنا إذا قابلنا درء [الفاسد] 1 بجلب المصالح أو الرواجر بالجوابر ؛ فإنما يعني به ما هو من الزواجر مقصور على درء المفسدة ، وليس بجالب للمصلحة إذا عرفت هذا ؛ فقد اختلف في الكفارات أهي من الجوابر أو الزواجر ؛ فقال كثيرون : إنها جوابر لما فات من حق الله [تعالى بدليل] 2 وجوبها على حافر البئر والنائم ونحوهما ، ولأنها عبادات للنية فيها مدخل ؛ فلا تشبه الحدود والتعزيرات التي هي زواجر محضة وقال آخرون بل هي زواجر عن الفعل التي وضعت بإزائه ، أما لفاعله أن يقع في مثله أو لغيره أن يفعل [مثل] 3 فعله ، وإذا جريت على هذا الأصل وصح لك أن إيجاب الكفارة في قتل العمدة واليمين الغموس أحق منه في إيجابها في قتل الخطأ وغير الغموس ؛ سواء قلنا الكفارات زواجر أم جوابر ؛ لأن [الزجر والجبر] 4 فيهما أولى منه في غيرهما غير أن الخصوم يتعلقون بشيئين أحدهما : أن المعصية ربما ترقى على حد التكفير لغلظها في نفسها ، ولو استدل لهم مستدل بقوله تعالى : قاعدة [كل ما] 5 شرط في الراوي والشاهد ؛ فهو معتبر عند الأداء لا عند التحمل إلا في مسائل : منها : الشهادة في النكاح ؛ فإن الشروط معتبرة عند التحمل أيضاً لتوقف انعقاد العقد على حضور عدلين فإن قلت أليس يكفي حضور مستورين على الأصح. قلت : لأن [ظاهرهما] 6 العدالة ولو تبين خلافها فالنكاح باطل على المذهب. ومنها : على قول ضعيف الصبي إذا تحمل الرواية فبلغ ؛ فأدى لا يقبل وهذا في الرواية ، أما لو تحمل الشهادة فبلغ ؛ فأدى فلا نعرف خلافاً في قبول شهادته بل

لو أداها في الصبا فرد ، ثم أعادها بعد البلوغ قبلت قطعاً.  
ومنها : إذا وكله في البيع واشترط عليه الإشهاد.  
ومنها : إذا وكله في قضاء دين فقضاه في غيبة الموكل ، وجب عليه الإشهاد ؛  
ولكن الأصح الاكتفاء بشاهدين ظاهرهما العدالة أو بشاهد واحد فالاستثناء على  
وجه. وكذا إذا وكله في الإيداع. فأودع ولم يشهد لم يضمن على الصحيح.  
ومنها....  
قاعدة :

مستند الشاهد إن كان إخفاؤه يورث ريبة تعين ذكره ، فلا تقبل الشهادة إلا

1 في "ب" المفسد.

2 سقط في "ب".

3 في "ب" مثله.

4 تقديم وتأخير.

5 في "ب" كلما.

6 في "ب" ظاهرها.

صفحة 425 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

بذكره ، وإن كان ذكره يورث ريبة تعين إخفاؤه فتردد الشهادة عند ذكره. وإن لم  
يتعلق ريبة [لا] 1 يذكره ولا بإخفائه لم يضر واحد منهما ، وإن تردد النظر في  
أنه هل يورث ريبة ؟ اختلف فيه ، وقد تطلب قرينة تدفع الريبة من موافقة مذاهب  
الشاهد للحاكم وفقهه ونحو ذلك.

فما يورث إخفاؤه ريبة ؛ الجرح فلا يخفي اختلاف المجتهدين في أسبابه ، ثم اشتباه  
كثير منها على كثير من الناس ، فمن ثم لم يقبل إلا مفسراً 2.  
ومنها : إذا أخبره ثقة بنجاسة الماء أو شهد به شاهدان لم يقبل ما لم يتبين السبب ؛  
إلا إذا كان المخبر أو الشاهد فقيها موافقاً في المذهب.  
ومنها : الشهادة باستحقاق الشفعة لا بد فيها من بيان السبب.  
ومنها : الشهادة بأنه وارثه.

ومنها : الشهادة بالردة على ما صححه الشيخ الإمام الوالد وهو الصحيح الذي  
اقتضى بصحته كلام الرافعي والنووي - وإن كانا رجحاً الاكتفاء لإطلاق  
تصحيحه في باب الردة.

ومنها : الشهادة بانتقال الملك أصح الأوجه لا بد من بيان سبب الانتقال.  
والثالث : الفرق بين الفقيهين الموافقين وغيرهما.  
ومنها : لو شهد أن بينهما رضاعاً محرماً.

ضابط الاستفاضة :

اقتضى كلام أقوام أنها خبر جمع يمتنع توأطوهم على الكذب. و عليه دل كلام الرافعي في بعض المواضع ؛ فعلى هذا هل هي التواتر بعينه. واقتضى كلام قوم أنها دونه ، مع القطع بأنها فوق الظن المجرد ، وهذا ما اقتضاه كلام الرافعي في كتاب الشهادات في مستند علم الشاهد ؛ إذ حكى فيها أوجها أصحها "أنه خبر جمع كثير مع العلم أو الظن القوي بقولهم ويؤمن

1 سقط في "ب".

2 وأجاز أهل العلم التخريج صونا للشرعية ودفعا عنها.

3 قال الله تعالى : {إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا}.

صفحة 426 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

توأطوهم على الكذب ؛ غير أن لك أن تقول : إنما يؤمن التوأطو على الكذب عند اليقين ، وهذا نحو كلامه في كتاب القضاء ؛ إذ جعل فيه المستفيض دون المعلوم. والذي يظهر أن المستفيض قد يكون معلوماً وقد يكون مظنوناً قوياً ؛ غير أنه إذا انتهى إلى العلم كان متواتراً ، فإذا هو أعم من التواتر ، وإذا لم ينته إلى العلم فقد يعمل به وقد لا يعمل به ؛ لأننا نتطلب في بعض الأماكن مستفيضاً انتهى إلى درجة العلم ، وسيظهر لك ذلك.

وإذا عرفت هذا فنقول : قال أصحابنا : لا تقبل الشهادة بالاستفاضة إلا في مسائل الموت والنسب. ولو من الأم ، على الأصح ، والوقف والنكاح والولاء وولاية الوالي وعزلة الرضاع ، وتضرر الزوجة ، والصدقات والإسلام والكفر والرشد والسفه ، والحمل ، والولادة والوصايا ، والحرية ، وشراب قديم معروف بقوم ، واللوث وكذا الغصب -ذكره الماوردي في الأحكام السلطانية وهو ظاهر ، والدين وهو على وجه حكاة الهروي في الأشراف. ومنها : التعديل والجرح.

وهنا فوائد : أحدها : نقل الرافعي عن العدة أنه لو استفاض فسق الشاهد بين الناس ؛ فلا حاجة إلى البحث والسؤال وينزل المستفيض منزلة المعلوم. وسكت على هذا في الفصل الرابع في التزكية في كتاب القضاء ، ثم بعد ورقتين -ذكر أنه إذا استفاض الفسق وانتشر جاز الجرح به ، فيما حكى ابن الصباغ وصاحب التهذيب وغيرهما.

قلت : وليست هذه مسألة العدة ؛ فتلك في أن الاستفاضة بفسقه تدفع بها شهادته ، أما إنشاء الحكم به : فهو مسألة ابن الصباغ وصاحب التهذيب وليتنبه فيها لأمرين.

أحدهما : أنهما وغيرهما لم يجوزوا -ولا واحد منهم- الجرح بمجرد الشيع والانتشار ؛ بل لا بد -معهما- من حصول العلم ، وبذلك صرح الماوردي والبندنجي ، وإليه أشار -أيضا- ابن الصباغ وصاحب التهذيب .  
أما إذا لم يفد العلم اليقين ؛ فلا يجوز اعتماده وهتك أعراض الناس به ، قال ابن الرفعة : وبهذا صرح الغزالي تبعًا للإمام في مكان آخر قال : وهو الحق ، لأنه مما يمكن .

صفحة 427 | 466

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

الوقوف عليه ، وليس من شأنه -إذا وقع- أن تتناوله الألسن على مرور الزمان ؛ فلا يقنع فيه بما لا يحصل العلم من الاستفاضة ، قال : ولهذا حكى عن الشيخ أبي حامد أنه قال : السماع من الواحد والعشرة لا يجوز الشهادة به ؛ لأنه لا يصير به علما ، وإن كان من مذهبه الاكتفاء في الاستفاضة بالسماع من عدلين .

قلت : وكذلك قال صاحب البحر : وإنما لم يقيد الرافعي بالعلم ؛ لأنه ذكر عقبيه أنه لا يجوز الجرح بناء على خبر الواحد والعدد اليسير ، ولمعوم أنه لو اكتفى بالظن لاكتفى بالواحد ، أو بالظن القوي لاكتفى بالعدد اليسير .

وفي المذهب أنا اكتفينا بقول أصحاب المسائل جاز للواحد منهم أن يعتمد فيما يشهد عند القاضي من الجرح والتعديل على قول واحد إذا سكنت نفسه إليه .

وهو مأخوذ من الماوردي ؛ لكنه مفروض في أصحاب المسائل ، ثم هو غير موافق عليه وما ذكره الشيخ أبو حامد وغيره في غير أصحاب المسائل ؛ فهذا أحد الأمرين .

والثاني : أنه مخصوص بالشاهد إذا استفاض عنه فسقه .

أما الحاكم لو استفاض فسقه ؛ فهل للشاهد أن يشهد به ؛ فهذا لم أره مسطورًا ، والذي أعتقده أنه لا يجوز ؛ لأن الكلام بالبهتان في أرباب الولايات كثير ،

وتقضي العادة بأنه لا يستفاد منه علم ؛ بل ولا ظن قوي .

الفائدة الثانية :

هذا كله في استفاضة لها أصل ؛ لأن هذا في معنى المتسفيض ، ونعني بما له أصل ما ينتهي الحال فيه إلى عدول معينين يخبرون عن مشاهدة أدنى عددهم - كما علمت- أحد عشر ، ولا يكتفي بمجرد شيع لا يعرف أصله ، وإليه الإشارة بقول الرافعي : لا يجوز الجرح بناء على خبر الواحد والعدد اليسير ، نعم له أن يشهد على شهادته بشرط الشهادة على الشهادة . انتهى .

وهو صحيح ، ذكره أكثر الأصحاب ؛ غير أن الرافعي لم يعين مقدار العدد

اليسير ، وقد قدمنا عن الشيخ أبي حامد وصاحب البحر أنهما قالوا : لا تكفي العشرة ؛ فحينئذ [أقل ما يكفي] 1 أقل جموع الكثرة وهو أحد عشر فليتنبه لذلك ؛

فمن زعم استفاضة بدون هذا العدد فهو جاهل.  
الثالثة : الاستفاضة - على ما فهمت عن الأصحاب- غير السماع ، والسماع هو

1 سقط من "أ" والمثبت من "ب".

صفحة 428 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

الذي وقع في لفظ الشافعي رضي الله عنه ، والمراد به التواتر.  
الرابعة : شرط العمل بالاستفاضة أن لا تعارض باستفاضة مثلها ؛ فإن عورض بطل حكمه لأننا إن شرطنا العلم في الاستفاضة فالمعارضة تدل على أنه لا استفاضة من الجانبين ؛ لأن القاطعين لا يتعارضان.  
وإن قلنا : يكتفي فيها بالظن الغالب ؛ فعند المعارضة ليس الظن المستفاد من إحدى الاستفاضتين بأولى من مقابهما ، وهذا مما لا يتصور فيه خلاف.  
قاعدة :

[من قبلت روايته أو شهادة في شيء]1 ؛ فهل يكتفي بإطلاقه القول في ذلك أو يكلف بيان السبب ؟

التحقيق أنه لا يكلف [بيان السبب]2 فيما لا تشتهه طرقه ، ويختلف فيه المجتهدون3 ، وهل يكلف فيما اشتهت طرقه واختلف المجتهدون فيها طلباً للاحتياط ودرءاً لاحتمال يخالف اجتهاد الشاهد والمشهود عنده واحتمال بناء الشاهد شهادته على ظن ليس هو عند المشهود عنده كما هو عنده أو لا يكلف اكتفاء بأن الجاهل بما هذا شأنه لا يقبل خبره ، ولا شهادته في ذلك ؟  
وإذا كان عالماً فهو يدري أين يضع قوله أو يكلف عدم ذكره لنلا يورث ذكره إياه ريبة.

هذه احتمالات ثلاثة ، والتحقيق فيها الاختلاف باختلاف الصور.

فمنها : الشهادة بالجرح والتعديل ، والصحيح لا بد من بيان سبب الجرح دون التعديل.

ومنها : ما إذا أخبره ثقة بنجاسة الماء أو شهد به شاهدان لم يقبل ما لم يبين السبب ؛ إلا إذا كان المخبر أو الشاهد فقيها موافقاً في المذهب.  
ومنها : لو شهد باستحقاقه الشفعة فلا بد من بيان السبب.  
[ومنها لو شهد بأنه وارثه لا بد من بيان السبب]4.

ومنها : لو شهد بالردة. رجح الرافعي والنووي القبول مع الإطلاق ، واقتضى كلامهما -في مواضع- أنه لا بد من بيان السبب ، وهو الصحيح عند الشيخ الإمام وإياه يصح ويستشكل ما وراءه.



- 1 تقديم وتأخير.
  - 2 سقط في "ب".
  - 3 في "أ" ويختلف فيه المجتهدين والمثبت من "ب".
  - 4 سقط في "أ" والمثبت من "ب".
- صفحة 429 | 466

## الأشبه والنظائر القول في المناكحات

ومنها : لو شهد بالموضحة الأصح القبول ، وقال القاضي الحسين : " لا بد من التعرض لإيضاح العظم " ، وتردد فيما إذا كان الشاهد فقيهاً وعلم القاضي أنه لا يطلق لفظ الموضحة إلا على ما يوضح العظم.

ومنها : إذا شهدا بانتقال الملك إلى زيد ولم يبيننا سبب الانتقال ؛ فأصح الأوجه عدم القبول ، والثالث : إن كانا فقيهين موافقين فلا حاجة إلى بيان السبب.

ومنها : إذا شهدا أن حاكماً حكم بكذا ولم يعيناه فالأصح القبول.

ومنها : إذا شهدا أن بينهما رضاعاً محرماً ؛ ففي الاحتياج إلى السبب وجهان : الأكثر لا يحتاج ، وتوسط الرافي....

قاعدة :

الشيء الذي لا ينضبط أسباب الاطلاع عليه إذا أثارت أسباب معرفته لبعض العارفين بها ظناً يسوغ له الشهادة بمقتضى ذلك الظن -لم يجر أن يصرح به في شهادته ؛ لأن ذكرى إياه بين يدي الحاكم قد يورث الحاكم ريبة ؛ إذ من الجائز أن لا يتبين عند الحاكم الظن الذي أثاره عند الشاهد ، لا سيما وقد يقوم عند الشاهد إشارات تقصر عنها العبارات ، ومن ثم قالوا فيما يشهد فيه بالاستفاضة : أن الشاهد [لو] 1 صرح بأن مستندة الاستفاضة لم يقبل ؛ لأنه أضعف قوله بذكر مستنده.

وفي القاعدة مسائل :

منها : ما ذكرناه من أن الشاهد فيما يشه به فيه بالاستفاضة لا يذكر مستنده.

قاعدة :

ذكر بعضهم أن أصل قاعدة مذهبنا " أن اللهو واللعب أصلهما على الإباحة خلافاً لمالك".

وهذه العبارة لا أعرف أحداً -من الأصحاب- قالها ؛ ولكنها قضية أن أصول الأشياء على عدم التحريم.

فائدة : قال الجرجاني في "المعایاة" والرويانى في "الفروق" : ليس أم ولد يمتنع السيد من وطئها من غير تعلق حق زوج بها إلا في مسألتين.

إحداهما : أن يشتري أخته من الرضاع ويطأها جاهلاً بالتحريم ويحبها ؛ فإنها تصير أم ولد ، ويمنع من وطئها للتحريم القائم بينهما بالرضاع.

قلت : ولا حاجة إلى تقييد التصوير بأخوة الرضاع ؛ بل لو اشترى أخته من النسب

1 في "ب" إذا.  
صفحة 430 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

ووطنها بشبهة صارت أم ولد ، وحرمة الوطاء قائمة بل ووطنها لا بشبهة صارت أم ولد أيضاً ، وصار الولد حرّاً نسيباً ، وإن وجب التعزير على الأظهر والحد على قول ، وصيرورتها أم ولد وولدها نسيباً على كل من القولين.

كذا جزم به الرافعي في [عتق] 1 أمهات الأولاد ؛ ولكنه في باب حد الزنا- جعل ذلك طريقة مرجوحة ؛ فقال : فإن قلنا : لا حد ثبت النسب والمصاهرة ؛ وإلا فلا ، وقيل يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد بلا خلاف. انتهى.

قالا : والثانية : أن يكون لكافر أم ولد فتسلم ؛ فإنه يمنع من وطنها إلى أن يسلم. قلت : وبقيت الثالثة : إذا وطئ الأب أم ولد ابنه بشبهة حرمت على الابن على التأييد ولم تحل للأب بحال.

فائدة :

ليس من لا يضمن شخصاً ؛ ولكن يضمن طرفه إلا السيد مع مكاتبه إن قتله لم يضمنه ، وإن قطع طرفه ضمنه....

قاعدة :

قال صاحب التنبيه : "لا يصح الدعوى بمجهول إلا في الوصية".

وهذه القاعدة صحيحة ، وقد طردها القاضي الحسين ، ومنع الدعوى بالمجهول في الوصية أيضاً ؛ ولكن الصحيح خلافه ، لئلا يضيع حقه ؛ إذ لا طريق له غيرها وقول القاضي : يعين قدرًا ويدعي أن الموصي أراده -كيف يستقيم... والغرض أنه أوصى بمجهول.

وقد تورد -أيضا- الشفعة ؛ فإن الشيخ الإمام رجح الدعوى بحقها ، وإن لم يعين للثمن قدرًا ولا ادعى المشتري به علما ، وذكر أن قضية كلامهم تأباه.

قلت : وصرح بمنعه القاضي أبو سعد في "الأشراف" ، وبتقدير جوازه -على [مثال] 2 الشيخ الإمام- فالمدعي به ليس بمجهول لأنه حق الشفعة ؛ إنما المجهول شرطه وهو الوقوع بثمن معين.

وكذلك قد يورد ما إذا ادعى رب المال في المساقاة -على العامل- خيانة لا لقصد

تغريمه بل لرفع يده ؛ ففي سماعها مجهولة وجهان في "الحاوي" قال الشيخ

الإمام -في باب المساقاة : "أصحهما سماعها" قال : "وليس ذلك من مواضع

المستثناة في سماع الدعوى بالمجهول ؛ لأن هذا إنما هو دعوى خيانة ، [وهو] 3

1 في "ب" غير.

2 في "ب" على ما قال.

3 في "ب" وهي.

صفحة 431 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

عليه ، أو تقام به البينة. وإن شارك الدعوى بالمجهول في الصورة. وضم بعضهم -إلى الوصية- الإقرار ؛ فإن الدعوى -بالإقرار بمجهول- صحيحة على الصحيح.

ولك أن تقول : المجهول في الإقرار ليس مجهولاً من كل وجه ، ومن ثم يقول : "التحرير" في هذا الضابط "إن المجهول من الحقوق- ضربان" ؛ ضرب لا يكون ثابتاً ؛ وإنما يطلب ثبوته ، وبعبارة أخرى نقول : يكون ثبوته موقوفاً على تعيينه ، والمطلوب من الحاكم [تعيينه] 1 وبعبارة ثالثة : نقول : يطلب من الحاكم إنشاء تقديره فتسمع الدعوى به -مع الجهالة- بلا خلاف. وليس مما نحن فيه ؛ وذلك كالمتمتع والحكومة والمفروض للزوجة.

وضرب يكون [ناشئاً] 2 -لا يحتاج إلى إنشاء الحاكم إثباته ولا في تعيينه وهو ثلاثة :

الأول : المجهول في نفس الأمر وهو المبهم كالوصية بمجهول.

الثاني : المجهول عند المدعي ؛ ولكنه [معلوم] 3 في نفس الأمر. وهو الإقرار بالمجهول والصحيح التحاقه بالأول.

الثالث : أن يكون معلوماً عند المدعي ؛ غير أنه يجهله على الحاكم ولا يبينه له ؛ فهذا هو الذي لا تصح الدعوى به ، ولا يستثنى منه شيء. قاعدة :

"لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف"...

قاعدة : "قال الشيخ أبو علي رضي الله عنه : "كل ما صحت إقامة البينة به صحت الدعوى به".

ونقضها ابن أبي الدم بصور تكلم عليها الشيخ الإمام في باب الإقرار من شرح المنهاج.

قاعدة :

"كل دعوى يشترط فيها أن يكون متعلقة بشخص معين".

وفي وجه يستثنى الدم فإذا قال : قتله أحدهم -وهم جمع يمكن اجتماعهم على قتله- حلفهم الحاكم. وصححه الغزالي في الوجيز.

والأصح -في المنهاج والروضة المعزو في الشرح الكبير إلى تصحيح صاحب

1 سقط في "ب".

2 في "أ" ناشئاً والمثبت من "ب".

3 سقط في "ب".

صفحة 432 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

التهذيب -أن القاضي لا يجيبه. قال الرافعي : ولم يورد جماعة من الأصحاب غيره.

وحاول ابن الرفعة موافقة الغزالي على تصحيح الأول ؛ فقال في "المطلب" :  
ومأخذ الخلاف يشبه الخلاف في الدعوى المردودة للحاجة كما إذا دفع ثوباً قيمته  
خمسة لبييعه بعشرة ، ولم يدر هل باعه [أو تلف] 1 أو هو باق ، وقد نقل الغزالي  
عن القاضي أن القضاة اصطلموا على قبول هذه الدعوى ، وقضية التشبيه أن  
يكون الأمر هنا كذلك فلا جزم. قال في الوجيز : "إنه الصحيح" ، وهو يوافق  
قول ابن الحداد إذا أبهم الإيلاء بين امرأتين وحضرتا طالبتين للفيئة أو الطلاق  
تسمع منهما -مع إبهام المستحقة -ويعضده اتفاق الأصحاب- على سماع الدعوى-  
مجهولة- بالوصية ؛ لأنه لو لم تصح الدعوى مع الجهالة لأدى ذلك -في الغالب-  
إلى ضياع حقه ؛ وذلك موجود في القتل.

قلت : ولا يخفى على ابن الرفعة أن الإبهام فيما ذكره من الصور ليس هو في  
المدعى عليه حتى يشابه ما نحن فيه ؛ وإنما هو في مسألة الثوب في المدعى به  
وكذلك في مسألة الوصية -الدعوى بمجهول لا على مجهول ، وفي مسألة الإيلاء  
الإبهام في المدعى نفسه ؛ فإن الدعوى -في الحقيقة- من أحدهما وهو مبهمة- لا  
منهما ولا من معينة.

ولكن كأنه يشير إلى أنه لا فرق بين الجهل بالمدعى -كالمرأتين- والمدعى به  
كالثوب ، والمجهول الموصى به والفيئة أو [الطلاق] 2 -اللتين يطلب في الإيلاء  
إحداهما -والمدعى عليه كمسألة الدم.

وكان أوضح من استشهاد ابن الرفعة -التصحيح مع الإبهام بما ذكره- أن يستشهد  
بقول الرافعي في طرق اللوث : "لو قال : القاتل أحدهم -ولا أعرفه- لم يمكن  
الولي من القسامة ، وله أن يحلفهم ؛ فإن نكلوا بأجمعهم فأراد أن يحلف واحد  
منهم....

المسألة.

فإن جزمه بأن له تحليفهم يقتضي صحة الدعوى ؛ لأن التحليف فرعها ومن هذا  
يؤخذ أن الرافعي -في مسألتنا هذه ؛ إما أن يكون موافقاً للغزالي على ما صححه

، أو لا تصحيح له في المسألة.  
وإن في إطلاق النووي التصحيح -في أصل الروضة- نظر [ولم يحمل] 3

1 في "ب" باعه وتلف.

2 في "ب" الإطلاق.

3 في "ب" أو لم يحمل.

صفحة 433 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

النووي على ذلك إلا قول الرافعي : "إنه لم يورد جماعة من الأصحاب غيره" ، عزوا تصحيحه إلى صاحب التهذيب.

في هذه المسألة نتيهات :

أحدها : أن الغزالي جعل -في الوسيط- محل الوجهين في أنه هل تسمع الدعوى على واحد منهم -من أحد العشر مثلاً؟

وجعل الإمام رحمه الله محلها في التحليف ؛ إذ قال : "ولو أشار إلى جمع محصورين ، وقال : أعلم أن قاتل أبي فيكم وأحلفكم واحداً [واحد] 1 ، هل له ذلك على وجهين مشهورين.

أحدهما : ليس له ذلك ؛ فإن اليمين [مرتب] 2 على الدعوى ، وإذا لم تتعلق الدعوى -الجارية- بالتحليف ، لم ينتظم تحليفه.

والثاني : يحلفهم ؛ لأنه يتطرق به إلى إظهار غرضه. قال ابن الرفعة.

وهذا الإيراد قد يفهم أن الدعوى لا تسمع جزماً ؛ وإنما الخلاف في طلب اليمين ؛ وذلك أمر لا يعقل ؛ فلذلك نصب الغزالي الخلاف في الدعوى.

قلت : وإيراد الرافعي ومن بعده -إلى منهاج النووي- جار على قضية ما أورده الإمام ؛ فليتأمل.

وهذه عبارة المنهاج : فلو قال : قتله أحدهم لم يحلفهم القاضي في الأصح ، وقول

ابن الرفعة : إن اليمين من غير دعوى لا يعقل ، يعني في الخصومات ؛ وإلا

فالشافعي يحلف رب المال إذا اتهمه في الزكاة ، ومسائل كثيرة يقع التحليف فيها

من غير دعوى ؛ ولكن ابن الرفعة إنما أراد التحليف في الخصومة عند الحكام ،

ولا يرد عليه ما قدمناه فيما إذا قال : "القاتل أحدهم" ، ولا أعرفه حيث ذكرنا أن

له التحليف ؛ فإن ذلك التحليف ليس إلا بعد الدعوى.

نعم لو كان الرافعي صرح أن الدعوى غير مسموعة ، ثم قال : إن له التحليف

لأورد على ابن الرفعة لو أشكل على الرافعي ، والحق أنه لا يورد [اليمين] 3 ،

وأن اليمين من غير دعوى في الخصومة غير معقولة -كما ذكر ابن الرفعة.

لكن ذلك أن تقول : سلمنا أن التحليف من غير دعوى غير معقول ؛ لكن الدعوى

من غير تحليف معقولة ، كالدعوى على قيم اليتيم ، وسائر المسائل التي يقبل قول المرء

1 في "ب" واحدًا فواحدًا.

2 في "ب" تترتب.

3 سقط في "ب".

صفحة 434 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

من غير يمين ؛ فإن يدعي عليه ، ثم لا تؤول تلك الدعوى إلى يمين ، فما مستند الغزالي في وضعه الوجهين في سماع الدعوى.

الثاني : قال الغزالي -في الوسيط- لكنهم لو نكلوا جميعًا أشكل اليمين المردودة على الدعوى المبهمة. انتهى.

ولم يذكره الرافعي في "الشرح" ولم يبين ابن الرفعة في "المطلب" حال هذا الكلام ، وكان ذلك لوضوحه عنده.

وحاصله : أن النكول يقتضي اليمين المردودة ، ولا سبيل إليها هنا ؛ لأنه لم يعرف عين القاتل ليحلف أنه هو ؛ فأورد الغزالي هذا الإشكال على ما يصحح سماع الدعوى المبهمة -ولعله- من أجله- لم يفصح في "الوسيط" بتصحيحها ، وإن كان في "الوجيز" صححها.

وأنا أقول : هذا الإشكال مندفع.

أما إن قلنا : بأن النكول في القسامة لا يقتضي رد اليمين -وهو وجه مفرغ على القول باقتضاء القسامة في القصاص [فواضح] 1 ؛ إذ ليس كل نكول -والحالة هذه- مقتضياً لرد اليمين.

وإما إن قلنا بالرد -وهو الصحيح- فأقول : لا رد هنا ولا إشكال ؛ فرب ناكل لا ترتد اليمين -بعد نكوله- على المدعي ؛ ألا ترى أن ولي الصبي إذا ادعى له بشيء ، وطلب يمين المدعي به ونكل ؛ فإن الولي لا يحلف.

فإن قلت : لأننا ننتظر بلوغ الصبي فنحلفه ، ولا كذلك فيما نحن فيه.

قلت : بل ننتظر أيضاً أنه يعين القاتل ثم يحلف ، ونقول له : عين من اتهمت واحلف.

فإن قلت : لو عينه [كان] 2 مجدداً دعوى غير تلك الدعوى ، والتحليف -حينئذ- فيها لا في تلك.

قلت : بل يحلف في تلك الدعوى بعينهما ، ولا يكلف دعوى مجددة ؛ لأن التعيين لا ينافي الإبهام ، كما أن الإطلاق لا ينافي التفصيل.

والصحيح المنصوص أنه إذا أطلق الدعوى يستفصله القاضي ولا يعرض عنه



1 في "ب" واضح.

2 في "ب" لكان.

صفحة 435 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

يقول : أعمدًا قتلته أم خطأ ؟ أمفردًا أم يشاركًا لغيره ؛ فدل أنه لا منافاة ، ولو نافي التعيين والتفصيل الإبهام والإطلاق. لم يسمعها لمناقضة الدعوى الثانية للأولى.

الثالث : الخلاف في الدعوى المبهمة يجري في دعوى -الغصب والإتلاف والسرقة وأخذ الضالة- على أحد الرجلين أو الثلاثة ، ولا يجري في دعوى القرض والبيع وسائر المعاملات ، وقيل : يجري فيها أيضًا ، وقيل : بل هو مقصور على دعوى الدم ؛ [فهي] 1 ثلاث طرق.

قاعدة : ذكرها الإمام في "النهاية" في باب القسامة : كل يمين لا يمين بعدها في مراتب الخصومات فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل ؟

فيه خلاف ، ومن ثم إذا ردت اليمين على المدعي فامتنع ؛ فيسأله القاضي عن سبب امتناعه ؛ فإن لم يتعلل بشيء ، أو قال : لا أريد أن أحلف فهذا النكول يسقط حقه في اليمين ، وهل يتمكن من استئناف الدعوى وتحليفه في مجلس آخر حتى إذا نكل حلف المدعي أو لا يتمكن من ذلك ولا ينفعه إلا البينة ؟ فيه وجهان : قال العراقيون والهروي أبو سعد والرويانى بالأول ، وقال الإمام والغزالي والبعوي بالثاني ؛ قال الرافعي : وهو أحسن وأصح لئلا تتكرر الدعوى في القضية الواحدة. قاعدة : ذكرها الإمام في باب الدعوى والقسامة قال الأصحاب : الأصل أن من نكل عن يمين في خصومته لا يحلف تلك اليمين -بعينها- في ذلك المقام من تلك الخصومة.

وهل يحلف في مقام آخر من تلك الخصومة مع اتحاد المقصود ؟ فيه خلاف ، ومن ثم لو علل المدعي امتناعه عن اليمين بعذر ، ثم عاد بعد مدة ليحلف ، مكن منه وإن [تعلل] 2 أو صرح بالنكول ؛ فقال الغزالي والبعوي : يبطل حقه من الحلف. وليس له العود واستمر العراقيون على أن له العود. فلو أقام شاهدًا واحدًا في دعوى مال ولم يحلف معه ؛ فحلفنا المدعي عليه فنكل ؛ فهل ترد اليمين على المدعي وقد امتنع عن اليمين مع الشاهد ؟ فيه قولان : وكذلك إذا لم يكن -في دعوى المال- شاهد فرددنا اليمين على المدعي بعد نكول المدعي عليه فنكل عن يمين الرد ، ثم أقام شاهدًا وأراد أن يحلف مع شاهد فهل له ذلك ؟ فيه قولان :

الأشباه والنظائر  
القول في المناكحات  
قاعدة :

ذكرها الإمام [في النهاية] 1 في باب دعوى الدم ، وقال : إنها ضابط تمس الحاجة إلى ذكره "كل نكول يتعلق به حق حلف حالف بعد النكول إذا طهر فلا عود من الناكل".

ومن ثم إذا أراد المدعي عليه -بعد الامتناع- أن يعود فيحلف ؛ فإن كان بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل أو قال المدعي : احلف لم يكن له الحلف ، وإن أقبل عليه ليحلفه ولم يقل له -بعد- احلف ، فوجهان.

وإن لم يكن "شيء من ذلك ؛ فله الحلف ؛ حتى لو هرب المدعي عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل وقبل عرض اليمين على المدعي ، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة ، وكان للمدعي عليه أن يحلف إذا عاد.  
قاعدة :

لا يقضي بالنكول واستثنى مسائل :

منها : الصبي يستأسر ويوجد قد أنبت ويدعي الاستعجال بالدواء ، ونقول الإنبات علامة البلوغ ؛ فيحلف ، فإن نكل جاز قتله.

منها : الذمي يسلم ويدعي أن إسلامه قبل السنة فلا جزية فيحلف فإن نكل أخذت منه ومن مات من غير وارث فادعى له الإمام بدين فنكل المديون ، لزمه الدين. ومنها : إذا ادعى رب المال أنه لا زكاة عليه ونكل ، لزمته.

ومنها : إذا ادعى ولد المرتزق البلوغ لينزل في الديوان وحلف فنكل لم ينزل. واعلم أنه لا يصح استثناء شيء من هذه الصور ، وقد عد الجرجاني -في المعايمة- سبع مسائل وقال في أولها : "يحكم على الناكل بأصل الوجوب لا بالنكول ؛ فأشار إلى أنه لم يقع بنكول. وهو الصواب.  
قاعدة :

قال الرافعي رحمه الله في باب الدعوى والبيانات : "الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة".

وقل قيل : من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به ؛ فإذا أنكر حلف عليه وقبل منه ، ولا بد من استثناء صور عن هذا الضابط. انتهى.

والعبارة الثانية -وهي قوله : "وقد قيل" إلى آخره- يحتمل شرحا للعبارة الأولى ؛ لأن الدعوى الصحيحة هي التي لو أقر بمطلوبها ألزم به ، وهذا ما فهمه الوالد

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

أحدها : قوله "وقد" ؛ فإنها ليست العبارة المألوفة في ذكر الخلاف.

والثاني : قوله : "عن هذا الضابط" وما قال الضبطين.

والثالث : اقتصاره -في "المحرر" قلتك وكذلك في الشرح الصغير- على العبارة

الثانية ؛ فلو كانت عنده ضعيفة لما اقتصر عليها.

ويحتمل أن يكون خلافا ، وهذا ما فهمه النووي -إن كان في المنهاج اتبع المحرر

، ويدل على أنه فهم ذلك قوله -في الروضة- وقيل : "كل من توجهت" إلى آخره

؛ فحذف لفظ "قد" تصريحًا بالخلاف ، ويؤيده أن الإمام ذكر -عن القاضي

الحسين ضابطًا فيما يجري فيه التحليف ، وحاصله أنه حكى وجهين :

أحدهما : أن حده أن يدعي حقا.

والثاني : أن ينفي دعوى ما لو أقر به ليقع إذا كان لا يؤدي إلى فساد احترازًا عن

منع تحليف الشاهد والقاضي.

فلعل قول الرافعي : "وقد قيل" -إشارة إلى هذا الوجه الثاني.

ثم يستثنى مسائل لا تحليف فيها مع صحة الدعوى وكونها لو أقر بمطلوبها

الزم....

قاعدة :

قال الرافعي : "كل مكلف حنث في يمينه لزمته الكفارة حرًا كان أو عبدا". قال

ابن الرفعة -في المطلب- وكذا قاله الغزالي قلت : والرافعي أيضًا.

قال ابن الرفعة : ويطرقة سؤال ؛ فإنه يقتضي اعتبار التكليف -حالة الحنث- في

إيجاب الكفارة ، ولا نعلم خلافًا فيمن خلف على عبده لا يدخل الدار فجن الحالف

ثم دخل العبد ، أنه يحنث ، كما لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق فجن

ثم دخلت ، ثم لو كان ذلك معتبرًا لكان مخالفًا لقوله -أول الباب- "إن سبب وجوب

الكفارة اليمين" ؛ فإن السبب إذا وجد في حالة التكليف لا يقدر في العمل به وجود

شرطه حال عدم التكليف.

والأصحاب حكوا قولين أو وجهين في أن الاعتبار في تعليق الطلاق والعق

بحالة التعليق -كما هو الصحيح- أو بحالة وجود الصفة ، ولم يختلفوا فيما لو قال

لعبد : إن دخلت الدار فأنت حر في حال جنون السيد ، أنه يعتق -كما ستعرفه في

التدبير ، وما نحن فيه مثله.

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

نعم [يتجه]1 ذلك على قول أبي حنيفة -الذي حكيناها وجهًا لبعض الأصحاب أن السبب الحنث" ؛ فإذا وجد حال الجنون أمكن أن لا يؤثر ، وكذلك إذا قلنا السبب اليمين والحنث.

والذي يظهر -أنا وإن قلنا وبذلك- فلا أثر له أيضًا ؛ لأن إيجاب الكفارة- على هذا -من باب الوضع والإجبار كغرامة المتلفات وأروش الجنایات". انتهى.  
قاعدة : "من حلف على فعل نفسه حلف من البت ، وإن حلف على فعل غيره فإن كان على إثبات فكذلك ، وإن كان على نفي حلف على نفي العلم.  
قال الرافعي : وقد يختصر فيقال : اليمين على البت إلا أن يحلف على نفي فعل غيره.

ويستثنى مسائل ليس منها شيء -عند التأمل- يستثنى ؛ وإنما ذكرناها لما يقع في الذهن من كونها مستثناة.

منها : لو ادعى على رجل أن عبدك جنى علي بما يوجب كذا ؛ فأنكر فالأصح يحلف على البت ؛ لأن عبده ماله ، وفعله كفعله.  
ولو ادعى أن بهيمتك أتلفت لي زرعًا أو غيره -حيث يجب الضمان- فأنكر حلف على البت ؛ لأنه لا ذمة لها والمالك لا يضمن بفعل البهيمة ؛ بل بتقصيره في فعلها ، وهو أمر يتعلق بفعل الحالف.

ومنها : لو نصب البائع وكيلاً ليقبض الثمن ويسلم المبيع فقال له المشتري : إن موكلك أذن لي في تسليم المبيع ، وترك حق الحبس -وأنت تعلم- فأحد القولين : إنه يحلف على البت ، واختاره أبو زيد ؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

وأقواهما -عند النووي- أنه يحلف على نفي العلم جرياً على القاعدة.  
ومنها : لو مات عن ابن -في الظاهر- فقال آخر : أنا أخوك والميراث بيننا ؛ فأنكر حلف على البت ؛ لأن الأخوة رابطة بينهما ؛ فهو حلف [لنفسه]2.  
ولو طالب البائع بتسليم المبيع -فادعى حدوث عجز عنه وقال- للمشتري : أنت أعلم به ؛ فأنكر ، حلف على البت ؛ لأنه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه.  
هكذا ذكر الصورتين ابن القاص ونازعه آخرون وقالوا : يحلف على نفي العلم وصححه النووي.

1 في "ب" يتحدد.

2 في "ب" في نفسه.

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

ومنها : ادعى - على الوارث- دينا على الميت ؛ فأنكر الوارث العلم به ، فأوجه أصحابها : يحلف على نفي العلم جرياً على القاعدة.  
والثاني : على البت ؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه.  
والثالث : الفرق بين تعهده حاضر أو غائباً.  
ومنها : إذا علق طلاقها على كون الطائر غراباً ؛ فادعت أنه كان غراباً ، وأنها طلقت ؛ فعليه أن يحلف على البت ، أنه لم يكن غراباً ، ولا يكفي أن يقول : لا أعلم كونه غراباً أو نسيت الحال.

قال الرافعي : "ذكره الإمام ، وفرق بينه وبين ما إذا علق طلاقها على دخولها ودخول غيرها ، وأنكر حصوله ؛ حيث يكون الحلف على نفي العلم بالدخول بأن الدخول -هناك- فعل الغير [والحلف على نفي الغير] 1 يكون على [نفي] 2 العلم ، ونفي الغرابية ليس كذلك بل هو نفي صفة في الغير ، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الاطلاع ، وإذا كان الشيء مما يطلع عليه -في الجملة- [لم] 3 تغير القاعدة بأن يفرض بعذر أو عسر.

ولم يحك الغزالي -في الوسيط- وجه الفرق بل ذكر الحلف -على البت- في مسألة الغراب ، وعلى نفي العلم في مسألة الدخول ثم قال : "هكذا قال إمامي وليس يتبين لي فرق بينهما أصلاً ؛ بل ينبغي أن يقال -عليه- يمين جازمة ، أو نكول في المسألتين جميعاً.

ولم يحك الرافعي كلام الغزالي هذا كأنه اكتفى بما ذكره من الفرق.  
وتكلم ابن أبي الدم -في كتاب أدب القضاء- على كلام الغزالي ، وقال : من العجب توجه بالعجز عن الفرق بين المسألتين ، وعندني الفرق بينهما ظاهراً جداً ، وذكر ما حاصله أن الدخول فعل الغير ؛ فيحلف نافية على نفي العلم ، وكون الطائر غراباً ليس فعل الغير ، بل هو تعليق على كون هذا الطائر المشاهد موصوفاً بصفة كونه غراباً وإذا لم يكن تعليقا على فعل الغير ، بل تحقق حقيقة كونه غراباً حلف على من نفي تلك الصفة الحقيقية على البت بأن هذه الصفة لم توجد قال : "ونظير قوله : إن كان هذا الطائر غراباً بعد مشاهدته والجهل بحقيقته تحقق دخول أحد.

---

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

3 سقط في "ب".

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

رجلين إلى الدار والجهل بعينه ؛ فيقول : إن كان هذا الرجل الكائن في الدار زيذا فأنت طالق ، فنافى كونه زيذاً -بخصوصه- يحلف على البت كنظيره في مسألة الغراب ، ونظير مسألة الدخول من الغراب أن يعرف كون الواقف غراباً ، ثم يفقده ويجهل هل طار أو مات ، وكان قد حلف على طيرانه ؛ فالنافي لطيرانه هنا يحلف على نفي العلم "انتهى ملخصاً ، [وهو حاصل ما ذكره الرافعي]1.

واعلم أن هذا الإمام الغزالي أجل قدرًا من أن يخفي عليه مثل هذا الفرق والإمام أبو المعالي أرفع مقدار من أن يفرق حيث لا فرق ، والتمهل في النظر بين كلام هذين الحبرين أولى من المبادرة ، وأرى أن....2.

قاعدة : قال ابن القاص تجب اليمين في كل حق لابن آدم إلا في أربعة مواضع. قلت : ومراده أن من قبل قوله في شيء كان عليه اليمين إذا طلبت منه إلا في مسائل ، ولعل تعبيره -بحق لابن آدم- أصح لما سنبينه.

ولنفتتح بالأربع التي ذكرها ابن القاص.

منها : القاضي إذا ادعى عليه -بعد العزل- الحكم بباطل ، وادعى عليه بقيمة المتلف ؛ فأنكر ؛ فلا يمين عليه ، قاله الشافعي رضي الله عنه أيضاً.

والشاهد إذا ادعى عليه أنه شهيداً زوراً. وادعى عليه قيمة المتلف ؛ قاله ابن القاص تخريجاً.

ولو ادعى رجلان زوجية امرأة فأقرت لأحدهما ولم تحلف للآخر.

ولو ادعى عليه بشيء فقال : هو لولدي الصغير.

هذه الأربع التي ذكرها ابن القاص ، وحكى في الثالثة والرابعة قولاً قديماً.

ومنها : لو قال : له شيء ، ثم فسره بما لا يتمول -كقشر فسنتة ؛ فالصحيح يقبل قوله ؛ ولكن بيمينه على القاعدة ، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه هنا وصرح به الشيخ الإمام ، وحاول ابن الرفعة إثبات وجهين ، ولم يتعرض الرافعي لذكر اليمين رأساً.

ومنها : لو اختلف البائع والمشتري في عيب لا يمكن القول بقدمه كجراحة طرية ، وقد جرى البيع والقبض من سنة ؛ فالقول قول البائع في أنه حدث عنه عند المشتري بلا يمين.

1 سقط في "أ" والمثبت من "ب".

2 بياض الأصل في أ ، ب.



ولو كان مما لا يمكن حدوثه - كأصبع زائدة وقد جرى البيع أمس - فالقول قول المشتري في قدمه. كذا أطلقوه ، وينبغي أن يكون بلا يمين على قياس الجراحة الطرية.

قلت : وكان عدم اليمين هنا ؛ لأن التكليف بها عبث للعلم بمضمون الحال فكأنه لا حق للمدعي فيما ادعاه لا ظاهراً ولا احتمالاً ، ومن هنا استحسّن قول ابن القاص : "يجب اليمين في كل حق لابن آدم" ؛ فلا ينبغي أن يستثنى إلا [ما هو] 1 خارج من حق ، ولو في الظاهر"....  
قاعدة :

كل يمين قصد بها الدفع لا يستفاد بها الجلب ، "وقد يقال" : كل يمين كانت لدفع شيء [لا تكون] 2 لإثبات غيره. وفي القاعدة مسائل :  
منها : إذا ادعى العنين أو المولى الوطاء ، وأنكرت المرأة فهو المصدق بيمينه ؛ فإذا طلقها - بعد ذلك - وقال : هذا طلاق بعد المسيس ؛ فإنكم صدقتموني أي وطئتها ، وأراد الرجعة وهي على إنكار الوطاء ، قال ابن الحداد وأكثر الأصحاب. لا يمكن من الرجعة والقول قولها فإن يمينه في الوطاء كانت لدفع الفسخ فلا يستجلب به الرجعة.

ومنها : إذا ادعى المودع تلف الوديعة عنده ، وأنكر المودع التلف فصدقنا المودع المودع ، وقال : قد صدقتموني في التلف عندي وهو الذي أوقعني في هذا الغرم ؛ فإننا لا نمكنه من الرجوع ، بل إذا حلف المودع على أن الوديعة لم تتلف عنده وهو خائن يستقر الضمان على المودع ، ولا يلزم من تصديقه لدفع الضمان عن نفسه تصديقه لإثبات الغرم على غيره.

ومنها : لو وجدنا داراً في يد اثنين ادعى أحدهما أنها له ، والآخر أنها بينهما نصفين وصدقنا الثاني بيمينه ؛ لأن اليد تشهد له ، ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث ؛ فإن أراد الآخر أخذ بالشفعة وأنكر المشتري ملكه ؛ فإنه يحتاج إلى البينة ، ويمينه ، في الخصومة مع الشريك ، أفادت دفع ما يدعيه الشريك لا إثبات الملك له.

قد جمع الرافي هذه النظائر في باب الإيلاء ، وذكرها الشيخ أبو علي في شرح الفروع في باب الوكالة وزاد نظائر أخرى ، ونحن نوردها فنقول :  
ومنها : وكل رجلاً في البيع وقبض الثمن ؛ فادعى الوكيل الإقباض وأنكره الموكل صدق الموكل بيمينه.

1 سقط في "ب".

2 سقط في "ب".

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

ولو خرج المبيع بعد ذلك مستحقاً ورجع الوكيل على المشتري بالثمن لم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل بنظير الثمن بناء على مالك الثمن ؛ لأن يمينه - تلك - كانت لدفع الغرم عنه ؛ فلا تصلح لشغل ذمة الموكل ، بل القول -الآن- قول الموكل في عدم القبض مع يمينه.

وهذا الفرع من مولدات ابن الحداد ، وقد فرع عليه ما - نذكره عقيبهِ .  
ومنها : إذا قال المشتري : العيب قديم وقال البائع : حادث ؛ فصدقنا البائع بيمينه ثم جرى بعده الفسخ بتحالف وأخذ البائع يطالب المشتري بأرشف العيب الذي أثبت حدوثه بيمينه ، لم يكن له ؛ لأن يمينه صلحت للدفع فلا تصلح لشغل ذمة الغير ؛ بل للمشتري الحلف بأنه ليس بحادث الآن لدفع الأرش .  
هذا تمام ما ذكره الشيخ الإمام أبو علي ، وهذان الفرعان ذكرهما ابن الحداد ، وكذلك الفرع الأول .

ومنها : قذف رجلاً فطالبه بحد القذف فطلب [القاذف] 1 يمينه على نفي كونه زانياً فنكل ورد اليمين على القاذف ؛ فحلف القاذف أنه زنى اندفع عند حد القذف ولم يجب على المقذوف حد الزنا سواء قلنا : يمين الرد كالإقرار أو كالبينة ؛ لأن اليمين كانت لدفع حد القذف عنه لا لإثبات الزنا على المقذوف .  
ومنها : ما في الرافعي عن فتاوى البغوي من أنه لو تزوجها بشرط البكارة فوجدها ثيباً ثم اختلفا فقالت : كنت بكرًا فاقترضني وقال : بل كنت ثيباً ؛ فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ وقوله لدفع كمال المهر .  
ومنها : في مسألة الخياط الذي دفع إليه ثوباً ليخيطه فخاطه قباء وقال للمالك ؛ كذا أمرتني ، وقال المالك : بل أمرتك بقميص .  
إذا فرعنا أن القول قول الخياط فحلف فلا أرشف عليه قطعاً ولا أجره له على الأصح ، وفي الوجه الآخر له الأجره إتماماً لتصديقه .  
فإن قلت : لكن قالوا -تفريعاً على المذهب وهو أن القول قول المالك " أنه إذا حلف لا تلزمه الأجره ويلزم الخياط أرشف النقص على المذهب وقضية ما ذكرتموه أن لا يلزم الخياط أرشف النقص .

1 زيادة يتم بها الكلام.

صفحة 443 | 466

## الأشباه والنظائر القول في المناكحات

قلت : فرق الأصحاب بأن القطع يوجب الضمان ما لم يكن بإذن وهو غير موجب للأجره إلا بإذن .

قاعدة :

"كل ما جاز للإنسان أن يشهد به جاز له أن يحلف عليه ولا ينعكس".  
قاله الجرجاني والرويانى ، واستدلأ بأن [باب] 1 اليمين أوسع إذ يحلف الفاسق  
والعبد ومن لا تقبل شهادته ثم لا يشهدون.  
وفيه مسائل :

منها : إذا أخبره صادقان أن فلانًا قتل أباه أو غصب ماله جاز له أن يحلف ولا  
يشهد.

ومنها : لو رأى بخطه أن له دينًا على رجل أو أنه قضاء حقه ؛ فله الحلف إذا  
قوي عنده ولا يشهد.

قاعدة :

"كل حر يقبل خبره تقبل شهادته".

قال الجرجاني : "إلا واحدا ، وهو من أخرج القذف مخرج الشهادة ولم يتم العدد  
؛ فإنه ترد شهادته ويقبل خبره" وتبعه الرويانى فى كتاب الفروق وهو غريب لم  
أجده فى غير كلامهما.

وقضية رد شهادته أنه يرد خبره أيضًا إلا أن يتوب. نعم المذهب أنه لا يشترط  
مدة الاستبراء ثم قولهما : "كل حر" إلى آخره لا ينتقض بالصبي ؛ فإن الأصح  
أنه لا يقبل خبره كما لا تقبل شهادته.

فصل :

من الكلمات الدائرة -فى الفقه والأصول- أن الجرح مقدم على التعديل.  
لم يستثن أكثر الأصحاب من هذا إلا إذا قال المعدل : عرفت السبب الذى ذكره  
الجرح ؛ لكنه تاب منه وحسنت حالته. قالوا : فتقدم بينة التعديل لأن معها زيادة  
علم ؛ لكنهم ، وإن لم يصرحوا باستثناء عين هذه الصورة ؛ فقد صرحوا بمأخذ  
المسألة [التي] 2 يدور معه حكم تقديم الجرح على التعديل ، والتعديل على الجرح  
فإنهم قالوا -على اختلاف طبقاتهم : إن الجرح إنما قدم لما عنده من الزيادة على  
ما خفى على المعدل ؛ وذلك لأن المعدل بينى على ما هو الأصل الظاهر من حال  
المسلم ، والجرح اطلع على ما نسخ ذلك الأصل ونقل عنه.

1 سقط فى "أ" والمثبت من "ب".

2 فى "ب" الذى.

صفحة 444 | 466

الأشبه والنظائر

القول فى المناكحات

وشبه ذلك جماعات -من متقدميهم القاضى الحسين ومن متأخريهم الرافعى- بما  
لو قامت بينة على الحق وبينة على الإبراء تقدم بينة الإبراء.

واستثنى القاضي الروياني -في البحر- من تقديم الجرح مسألة زعم أنه لا يستثنى سواها [وهي] 1 إذا جرحه اثنان في بلد ، ثم انتقل إلى بلد آخر وزكاة اثنان ، أو جرحه اثنان في سنة ، ثم زكاه آخر في سنة فيقدم التعديل لزيادة العلم. وهذه الصورة إن ضمنتها إلى المسألة السابقة وجريت على ظواهر الفقه دون دقائقه بادرت إلى القول بأن الجرح مقدم إلا في مسألتين. ثم لمانع أن يمنع كون الانتقال إلى بلد آخر يزيد علما ؛ بل إن حصلت زيادة فهي بالمدة التي تخلت بين بلدي الجرح والتعديل فيحتمل صلاح حاله بعدها. ولم يكن غرضنا من ذكر هذه [الصور] 2 إلا تعريفك أن المأخذ هو الذي عليه المعول ، وكذلك اعتقاد الروياني ، ولا بد أن يكون له قدوة في هذه المسألة أن مع التعديل في هذه المسألة زيادة علم قدم التعديل ؛ فدل على أن الحكم دائر مع زيادة العلم.

وعند هذا نسمح بذكر ما اقتضاه النظر من تدقيق الفقه ؛ فإن هذه المسألة مهمة كثيرة الوقوع -أعني تعارض الجرح والتعديل.

فأقول : فهما عن الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم واعتقاد أنه الصواب ، وأسأل الله أن يحميني من الغلط فيه والوهم عليهم : لا يقدم إلا ما فيه زيادة علم فكل ما تضمن زيادة علم قدم -سواء الجرح والتعديل غير أنه لما كان الغالب على الجرح أنه ناقل وعلى التعديل أنه استصحاب أطلق القول بتقديم الجرح لذلك ، ثم لم يطلق إطلاقا بل أشير فيه إلى العلة التي يدور معهما الحكم كما عرفت. وصح باستثناء الصورتين اللتين نقلناهما. وليس الأمر مقصورا عليهما ، ولا قول المعدل : "عرفت السبب الذي ذكره الجارح ؛ لكنه تاب منه" بشرط ؛ بل يكفي المعدل أن يخصم قول الجارح بعد اطلاعه عليه بأن يقول : هو عدل ولا يفدح فيه قول هذا الجارح ، ويقبل هذا منه ويندفع به الجرح إذا كان ممن يعلم أن الجرح - عند الإطلاق- يقدم على التعديل ويحمل على واحد من أمور التوبة بما جرح به أو عداوة الجارح له

1 في "ب" قال وهي.

2 سقط في "ب".

صفحة 445 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

المانعة من قبول قول عليه ، أو اعتقاد أن الجارح واهم عليه أو كاذب وغير ذلك من الاحتمالات وهي كثيرة جدا.

والحاصل : أنه متى عرفنا أن المعدل لم يبين على الأصل بل على غيره قدمناه ، فالدوران على الناقل وليس لخصوصية الجرح ، ولا يستطيع أحد أن يقول -فيمن

بجرح زيد لكونه سكر في اليوم الفلاني بدمشق و عارضهما شاهدان بأنه في اليوم المذكور كان بمصر : أن بينة الجرح تقدم ، وهذا أوضح من أن يخفى. وهنا ثلاث مسائل يضطر الناس إليها :

أحدها : لو شهد شاهدان أن هذا الجرح شهد زورا وكاذب فيما شهد به من الجرح ، فالظاهر -عندي- أنه يكتفي بهذا ويندفع به الجرح ، ولكن لا يتجرح به الجرح ، وهذا توسط بين كلامين مطلقين لطائفتين من الأصحاب. فإن قلت : فقد ذكر الرافعي -في جوامع أدب القضاء- أن شهادة الزور إنما تثبت بإقرار الشاهد ، أو بيقين القاضي ، بأن شهد أنه زنى بيوم كذا بالكوفة والقاضي رآه ذلك اليوم ببغداد ، ولا يغني قيام البينة على أنه شهد زورا ، فقد تكون هذه البينة بينة زور.

قلت : هذا موافق لما قلت من أنه لا ينجرح به الجرح ، ولم يقل الرافعي ولا أحد -فيما علمت- أن الجرح يستمر ، ولا يلتفت إلى الشاهد بأن الجرح شاهد زور ، بل نص الشافعي رضي الله عنه يدل على أنه تثبت شهادة الزور بالبينة ، إذ قال رضي الله عنه : "وإذا علم من رجل -بإقراره أو بينة- أنه شهد عنده بزور عزره" و عليه جرى جماهير المتقدمين من الأصحاب ، وهي الطائفة التي أشرنا إلى أن إطلاقها يقتضي الاكتفاء بقوله : هذا شاهد زور ويجرح به الجرح ، وتبعهم صاحب البيان.

لكن قال القاضي الحسين [في تعليقه] 1 في باب ما على القاضي في الخصوم والشهود "ولو شهد بأن ذينك الرجلين شهدا بالزور فالقاضي لا يسمع شهادتهما إلا أن يقولوا يشهد أنهما أقرأ أنهما شهدا بالزور".

وهذا القاضي رأس الطائفة التي قلنا : إن إطلاقها يقتضي رد هذا الكلام ولعل الرافعي جرى مع هذه الفرقة لكنهم لم يصرحوا بأن حكم الجرح يثبت معها وإنما أرادوا أن الشهادة لا تسمع لإثبات كون الشاهدين شهدا بالزور ، ولعلها تحمل النص على ما إذا

1 سقط في "أ" والمثبت من "ب".

## الأشباه والنظائر

### القول في المناكحات

شهدت البينة على إقراره بالتزوير كما ذكره القاضي الحسين. أو على بينة كشفت الحال كشفًا ، ولم تطلق القول إطلاقًا ، وأما أنها لا تدرأ عن الشهود عليه ما شهد عليه به -ولا ينبغي أن يرتاب في ذلك.

الثانية : وهي مما يؤيد التوسط الذي قلناه -قول الأصحاب : "الجرح لا يقبل إلا مفسرًا" يعنون لا يقبل لإثباته ؛ وإلا فإذا أطلق الجرح جرحه ، ولم يبين السبب



توقفنا لأجله ولم نحكم بمقابله.

صرح به النووي في شرح مسلم وغيره ، وهو دليل على قولنا فيمن شهد أنه شاهد زور أنه يتوقف في شهادته لأجلها ولم نحكم بأنه شاهد زور. ورأيت في الإشراف -للقاضي أبي سعد الهروي : "أن الشاهد إذا قال أنا مجروح قبل قوله ، وإن لم يفسر " ؛ فهذه تستثنى من قولهم : "لا يقبل الجرح إلا مفسراً ، وفيها -عندي- وقفة".

الثالثة : ليس كل عدل يقبل قوله في الجرح ، وإن فسره بل ينبغي التفحص في أمره والكشف عما لعله بينه وبين المشهود عليه من عداوة أو منافسة تحمل إما على شهادة الزور أو على الظن بمجرد السماع -مع حب أذى المشهود عليه- أو غير ذلك من الأغراض التي كثرت في هذا الزمان.

وقد تكلمنا في كتابات الطبقات الكبرى في الطبقة الثانية في ترجمة أحمد بن صالح المصري 1 -على هذا كلاماً حسناً.

والحاصل : أن كلام النظير في النظير أو من يقاربه ، وكذا من ينتمي إلى النظير يجب التوقف فيه جداً إلى أن يتضح غاية الاتضاح. وقد قال شيخ الإسلام تقي الدين

---

1 أحمد بن صالح المصري أبو جعفر الحافظ المعروف بابن الطبري ، كان أبوه من أهل طبرستان ، وروى عن عبد الله بن وهب وعنبسة بن خالد وابن عيينة وعبد الرزاق وغيرهم ، روى عنه البخاري وأبو داود والترمذي بواسطة ، قال أبو نعيم : ما قدم علينا أحد أعلم بحديث أهل الحجاز منه ، وقال أبو زرعة : سألتني أحمد بن خلفت بمصر ، قلت أحمد بن صالح فسر بذكره وكان جامعاً يعرف الفقه والحديث والنحو ، وقال : العجلي ثقة صاحب سنة ، وقال أبو سعيد بن يونس ذكر النسائي فرماه وأساء الثناء عليه ، وقال الخطيب احتج بأحمد جميع الأئمة إلا النسائي ، ويقال : كان آفة أحمد الكبر ونال النسائي منه حفاء في مجلسه ؛ فذلك السبب الذي أفسد الحال بينهما ، قال أبو سعيد بن يونس : ولد بمصر سنة 175 ، وقال البخاري توفي في ذي القعدة سنة 248.

انظر : تهذيب التهذيب 1 / 39-40 ابن السبكي 2 / 6 وما بعدها.

صفحة 447 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

ابن دقيق العيد 1 أعراض الناس حفرة من حفر النار وقف عليها طائفتان من الناس -المحدثون والحكام".

واشترط الوالد رحمه الله في العدل أن يكون بريئاً عن الأغراض بحيث لا يحمله الهوى. ومن أهم ما يتعين الاعتناء به أمور العقائد ؛ فلقد حملت كثيراً من الناس



على الوقیعة فی كثير منهم ؛ فإن اختلافها أوجب العداوة بین أهلها ، لتعصب أرباب كل عقیة لها ، وفي أرباب الأهواء من یرى الكذب لنصر مذهبه ؛ فلیتق الله حاكم نصبه الله بین المسلمین فی طائفة هذه عقیدتها.

وقد شهد حاكم -من كبار من یخالف عقائد الأشعریة- على أشعري بقضية یضحك السفهاء منها ویكذبها من یسمعها ، وسئل الحاكم -سراً- أتعقد صحة هذا ؟ فقال : لا ؛ ولكنه أشعري -[بتعصب على طائفتنا]2- أردت أن أریح المسلمین منه.

وهذا الحاكم -بین تلك الطائفة- موصوف بالدیانة ، ومعنى الدیانة -عندهم- التصلب فی معتقدهم والتعصب له بأي طریق فرض من حق وباطل ، وكل ما آل إلى نصره فهو حق عندهم ، ولا مبالاة بسفك دماء المخالفین فضلاً عن أغراضهم وأموالهم.

والحاكم الغر إذا رأى أن المبتدع إذا لم یكفره تقبل شهادته على الأصح بین أن تقبل مطلقاً أو ترد مطلقاً على الخلاف .  
وأنا أقول : محل التردد فی شهادته على [أن]3 لا یتوسم فیہ أن له علیه غرضاً ، وذلك یختلف باختلاف المشهود به وعليه ؛ فلیس المجسم أو الرافضي -مثلاً- إذا شهدا

---

1 محمد بن علي بن وهب بن مطیع بن أبي الطاعة القشیري الشیخ الإمام شیخ الإسلام تقي الدین أبو الفتح ابن الشیخ القدوة العالم مجد الدین المنفلوطي المصري ابن دقیق العید ، ولد فی شعبان سنة خمس وعشرين وستمائة تفقه على والده بقوص ثم على سلطان العلماء العز بن عبد السلام ، قال الذهبي فی معجمه ، وقال قاضي القضاة بالديار المصرية وشيخها وعالمها الإمام العلامة الحافظ القدوة الورع شیخ العصر ، كان علامة فی المذهبین "الشافعي والمالكي" عارفاً بالحديث وفنوه سارت بمصنفاته الركبان ، وقال السبكي : لم ندرك أحداً من مشايخنا یختلف فی أن ابن دقیق العید هو العالم المبعوث على رأس السبعمائة ، وأنه أستاذ زمانه علماً وديناً ، توفي فی صغر سنة اثنتين وسبعمائة. ابن قاضي شهبة 2/ 229 - مرآة الجنان 4/ 236 - النجوم الزاهرة 8/ 206 - البدر الطالع 2/ 229 - شذرات الذهب 6/ 5 - الطالع السعيد 333.

2 سقط فی "ب".

3 فی "ب" من بدل أن.

صفحة 448 | 466

---

الأشباه والنظائر

القول فی المناکحات

بدرهم فی ذمة بقال من عرض الخلق بمنزلتهما إذا شهدا على كبير من العلماء

معروف بالرد على هاتين الطائفتين مثلاً... أنه شرب أو قذف 1 ؛ إذ لا يستريب  
مجرب في أن هذه الشهادة -منهما- مردودة.  
فإن كانت الشهادة -في مثل هذا- لم تقبل جزماً ، وليس هذا من تحري العدالة ؛ بل  
هو رد لشهادة تحصل بمثلها الريبة.

ومن المهم أن أكثر المبتدعة لا يفحصون ببدعتهم ولا يتظاهرون ، ولو واجههم  
الإنسان أكذوبه وعاداهم ، ولكن الحاكم البصير لا يخفي عليه أهل العقائد فإن  
سيماهم في وجوههم.

فلا تحسب أنني -إذا رددت شهادة المخالف في العقيدة على مخالفة بما يشبهه-  
أتوقف على أن يثبت عندي عقيدة الشاهد فهذا عسر جداً ؛ بل اكتفى بغلبة الظن  
التي أجدها من نفسي ، ثم الله يطلع على ضميري إذ ذاك ، وهو المسؤول في  
التوفيق والهداية.

ومتى شهد -مثلاً حنبلي المذهب على شافعي معروف بنصرة مذهب الأشعري  
بأمر يشتهه في دينه ، وأخذ الحاكم يتعلل ويقول من أي لي اختلافهما في العقيدة ،  
وبتقديره من أين لي أنه تحمل عليه في الشهادة ، وبتقديره فكيف -إذا رددته- أقبله  
في مكان آخر " ؛ فهو آخر بعيد عن شريعة الإسلام لا يصلح أن يكون حاكماً بين  
اثنين -بمجرد كونه حنبلياً يغلب على الظن مخالفته لعقيدة الأشاعرة- لكثرة ذلك  
في الحنابلة. ومجرد ذلك -مع ما يعهد من بعضهم- يغلب على الظن تحمله.  
ولا يلزم -من ردنا قوله من ظننا تحمله عليه- أنا نخرجه بالكلية ونرده مطلقاً ؛ بل  
ندفعه حيث نتهمه كما ندفع الشاهد بالتهمة.

قاعدة في تحقيق العدالة :

اعلم أن بين التقوى والعدالة عموماً وخصوصاً.

والتقوى : أن يطاع الله ولا يعصى.

وحقيقتها : التحرز بطاعة الله من عقوبته.

وأصلها : اتقاء الشرك ثم اتقاء المعاصي ثم اتقاء الشبهات ثم اتقاء الفضلات.

1 في "ب" زيادة مثلاً.

صفحة 449 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

وقد يكون الصبي متقياً إذا وفقه الله ؛ فليس من شرط التحرز عن العقوبة أن يكون  
الشخص بحيث يقع فيها ، وقد يتحرز الأمن. ثم قد يكون المتقي عدلاً وقد لا  
يكون.

قال الشيخ الإمام : "لأن اتقاء المعاصي -كبيرها وصغيرها- هو التقوى ؛ فإذا  
اتقى الكبائر -وكان عدلاً- لم يقدر فيه إتيان الصغيرة ؛ ولكنها تقدر في تقواه ؛

فهذا عدل غير متق. وقد يتقي ولا يكون عدلاً إذا لم يكن ذا هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة.

قال الشيخ الإمام رحمه الله : "وكل من العدالة والتقوى قد تكون للصبي - وإن لم نقبل شهادته ؛ فالبلوغ شرط في قبول قوله لا في عدالته".

فإن قلت : ما المرضي في حد العدالة ؟ فإنكم عقدتم القاعدة له.

قلت : قد قبل : إنها هيئة راسخة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة.

ونقضه الشيخ الإمام بأن "إن أريد -بالتقوى- تقوى المعاصي دخلت الصغائر وخرج مرتكبتها -وإن لم يصر على العدالة. وإن أريد مطلق التقوى دخل من اتقى الشرك وارتكب الكبائر في العدالة وكلاهما غير صحيح".

قال : إلا أن يقال : إن الصغائر لا تقدر في إطلاق اسم التقوى لعسر التحرز عنها وكون المؤمن لا يسلم من الذنب الفينة بعد الفينة.

ثم قال الشيخ الإمام : لا بد عندي في العدالة من وصف آخر لم يتعرضوا إليه ، وهو الاعتدال عند انبعاث الأغراض حتى يملك نفسه عن اتباع هواه.

قال : فإن المتقي للكبائر والصغائر الملازم لطاعة الله وللمروءة قد يستمر على ذلك ما دام سالمًا من الهوى ؛ فإذا غلبه هواه خرج عن الاعتدال وانحل عصام التقوى ؛ فقال ما يهواه ، وإبقاء هذا الوصف هو المقصود من العدل ، -كما يشير إليه قوله تعالى : { وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى } 1 ، وقوله تعالى : { وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ } 2 ؛ فكم من صالح لا شك في صلاحه من عصمته أن لا يحد ، وفي نفسه أن لا يعصي ؛ فإذا جرت عليه المقادير وغلب هواه قامت نفسه فانبعث منها ما لا يبقى مع الصلاح.

1 سورة الأنعام "152".

2 سورة البقرة "143".

صفحة 450 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

فلا بد أن يمتحن الصالح حتى يعرف حاله في الرضا والغضب وعند الأغراض ؛ فإذا استوى كلامه فهو العدل ، وإلا ؛ فليس بعدل وإن كان صالحًا قبل حصول ما يغيره.

فالعدالة : هيئة راسخة في النفس تحمل على الصدق في القول في الرضا والغضب ، ويعرف ذلك باجتئاب الكبائر ، وعدم الإصرار على الصغائر ، وملازمة المروءة والاعتدال عند انبعاث الأغراض حتى يملك نفسه عن اتباع هواه.

فقد رأيت من لا يقدم على ذنب فيما يعتقد ، ثم يستتر هواه على عقله أعاذنا الله من ذلك".

انتهى كلام الشيخ الإمام بنصه.

وأقول : يشترط -مع ذلك- أن لا يكون متلبساً -حال الشهادة- بمعصية ، وإن كانت صغيرة تغتفر إذا لم يكن متلبساً بها حال الشهادة.

وهذا لأن المعاصي -من حيث هي- منافية للعدالة ؛ إلا أننا اغتفرنا الصغائر لقلّة الصون عنها ، ولا يقبل ذلك عند أداء الشهادة فلمنصب الشهادة أهبة تنافي المعاصي عنده.

وكان هذا للمحافظة على هذا المنصب ؛ فإن من يتلبس بالمعصية حالة الشهادة كأنه لا مروءة له. وهذا الشرط قاله بعض أصحابنا بدليل.

مسائل :

منها : لو ادعى واحد على اثنين أنهما رهنا عنده عبدهما فزعم كل أنه لم يرهن نصيبه وأن شريكه رهن وشهد عليه ؛ ففي قبول شهادته وجهان في الرافي في باب الاختلاف في الرهن.

قال الشيخ أبو حامد : لا تقبل لأن المدعي يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم في الجحود وطعن المشهود في الشاهد مانع من قبول شهادته ، وقال الأكثرون تقبل لأنهما ربما نسيا وإن تعمدتا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق كذا علله الرافي واحتمال النسيان معنى صحيح ، وأما قوله : لأن الكذبة الواحدة لا توجب الفسق فيقال له : هب أنها لا توجب فسقا لكنها توجب رد الشهادة لكونها معصية وقت الشهادة كما عرفت على أن صاحب البحر جزم في باب من تجوز شهادته ، ومن لا تجوز بأنه لو كذب عن قصد ردت شهادته وإن لم يكن فيها بقوله ضرر. قيل : أو بهتان.

صفحة 451 | 466

الأشباه والنظائر

القول في المناكحات

قال : لأن الكذب حرام بكل حال كان.

وقال القفال : إلا أن يقول ذلك على مذهب الكتاب والشعراء في المبالغة في الكلام.

ومنها قال : القاضي الحسين في كتاب الطهارة في الأواني إذا جلس شهود النكاح على حرير لم ينعقد النكاح بهم فقليل ؛ لأنهم فسقة واعترض بأنهم لا يفسقون به لأنه ليس بكبيرة والأشبه أن يعلل بأنهم حال الشهادة ظهر منهم ما يضعف الوثوق بهم ، وعلى هذا لا تقبل شهادة برشد لابس الحرير ؛ إذ حاله يقتضي أنه ليس برشيد فليتجنب عن ذلك كله.

تنبيه : إذا تم هذا الشرط وهو عدم التلبس بالمعصية حال أداء الشهادة ؛ فقد يقال

إنه داخل في عدم المروءة وليس بشرط جديد.  
تنبيه : قد يستأنس بهذا الشرط بقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن " فجعل لحالة الزنى رفعاً ليس لها عند الانفصال وأوضح. هذا في حديث آخر فقال صلى الله عليه وسلم...1 الحديث.  
فصل :

إذا عرفت هذا علمت أن المعصية حال وقوعها من الفحش والوقوع ما ليس لها عند الانفصال عنها ومن ثم يجيء الشرط الذي ذكرناه ولأجله أيضاً مسائل.  
منها : أن الكافر إذا صال يجب دفعه ، ولا يجوز الاستسلام له ولو كان ذمياً.  
قال الإمام : في الذمي الوجه القطع بذلك ؛ لأنه بصياله ناقد لعهد. فإن قلت :  
أليس من الأصحاب من يقول الذمة لا تنتقض بالقتل قلنا : ذاك وجه ضعيف ، ثم لا حرمة بالذمة القتال والصال. انتهى.  
ففي قوله : لا حرمة للذمة حالة القتال ما ينبىء عن شدة رفع المعصية حال وقوعها.

ومنها : لو وجد رجلاً يزني بامرأته جاز له التعجيل بقتله ، وقد قدمنا المسألة القواعد المطلقة عن الخاوي والبحر و غرضنا منها أن صاحبي الخاوي والبحر قالوا يحوز التغليظ حال وقوع المعصية.  
انتهى الجزء الأول ويليه الجزء الثاني وأوله :  
أصول كلامية ينبني عليها فروع فقهية

1 بياض في الأصل "ب".

صفحة 452 | 466

الأشباه والنظائر

فهرس الموضوعات الجزء الأول

فهرس الموضوعات

الجزء الأول

أ مقدمة التحقيق

ب منهج المؤلف في كتابه

ج ترجمة المؤلف

3 مقدمة المصنف

10 الكلام في القواعد الفقهية والمدارك الشرعية والمآخذ الأصولية

11 تعريف القاعدة والفرق بينها وبين المدرك والضابط

12 القواعد الخمس

13 القاعدة الأولى : اليقين لا يرفع الشك

14 الحكم في تعارض الأصل والظاهر

14	فصل في المواطن التي يرجح فيها الأصل جرماً
16	فصل : في المواطن التي يرجح فيها الأصل على الأصح
19	فصل : في المواطن التي يرجح فيها الظاهر جزماً
19	فصل : في المواطن التي يرجح فيها الظاهر على الصحيح
21	فصل : ما يثبت في الشيء على خلاف الظاهر
29	فصل : في المستثنى من قاعدة اليقين لا يرفع بالشك
32	فصل : فيما لو تعارض أصلان
36	فصل : فيما إذا اعتضد أحد الأصلين بظاهر
37	القول في أصلين تعارضاً وجرماً بأحدهما
38	فصل : في تعارض الظاهرين
38	فائدة : فيما إذا اختلف الزوجان في الإصابة
39	فصل : في الاستصحاب المقلوب
41	القاعدة الثانية : الضر يزال
45	ما يستثنى من القاعدة
45	القواعد المنبثقة من قاعدة الضرر
46	مسائل مستثناة
47	فصل : في حكم من تقلب بين محظورين
48	القاعدة الثالثة : المشقة تجلب التيسير
50	القاعدة الرابعة : الرجوع إلى العادة
صفحة 453   466	

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

51	فصل : فيما يرجع فيه إلى العرف
52	فصل في عادات الحيض
53	فصل : فيما تثبت به العادة
54	القاعدة الخامسة : الأمور بمقاصدها
56	فصل : في تعلق اللفظ بالنية
57	فصل : في خصائص النية
58	فصل : في مقارنة النية لأول العمل
58	المقارن المقوي للنية
58	المقارن المضعف للنية
59	فصل : في منع تعلق النية بأكثر من فرض
59	فصل : فيما لا يحتاج إلى نية
60	مباحثات تتعلق بالنية



- 60 المباحثة الأولى : في اشتراط قدرة الناوي على المنوي  
62 المباحثة الثانية : في اشتراط قابلية المحل للمنوي  
62 المباحثة في الثالثة : في اشتراط الجزم بمتعلق النية  
64 المباحثة الرابعة : في حكم ما لو عين نوعاً من المتعلقات النية  
65 المباحثة الخامسة : في اعتراض النية لصراع الألفاظ  
وتحتها فروع  
67 الفرع الأول : فيما إذا طلق ثم قال : أردت إن دخلت الدار  
68 الفرع الثاني : فيما إذا قال أردت طلاقاً لا يقع عليك  
69 الفرع الثالث : في تخصيص العام  
70 الفرع الرابع : في تقييد المطلق  
72 الفرع الخامس : فيما لو قال أردت طلاقاً عن وثاق  
72 الفرع السادس : فيما لو طلق ثلاثاً للسنة ثم قال نويت تفريقها على الإقراء  
74 الفرع السابع : فيما لو قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق  
76 الفرع الثامن : فيما لو كان له امرأة اسمها عمرة ثم قال عمرة طالق ثم قال  
أردت الأجنبية المسماة بهذا الاسم  
76 الفرع التاسع : فيما إذا كان اسم امرأته طالقاً واسم عبده حرّاً وناداهما  
باسمهما  
76 الفرع العاشر : فيما إذا لو تلفظ بالطلاق ثم ادعى أنه لم يقصده  
76 الفرع الحادي عشر : لو قال أنت طالق ثم قال أردت غيرها وسبق لساني  
إليها  
76 الفرع الثاني عشر : فيما لو قال يا زينب فأجابته حفصة فقال أنت طالق  
78 المباحثة السادسة : في موارد النية في العقود والفسوخ وفيها فصول  
81 فصل : في معنى الصريح  
82 فصل : في قرائن تخرج الصريح عن الصراحة  
83 فصل : في حاجة الكتابة إلى النية  
صفحة 454 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 85 الإشارة : ومنزلها من الصريح والكناية  
85 مباحث تتعلق بالكناية  
85 المبحث الأول : في موضع الكناية من العقود وأشباهاها  
88 المبحث الثاني : في معنى الكناية  
88 المبحث الثالث : في الكناية  
92 المبحث الرابع : هي يكون للكناية كناية

- 93 فصل : في بيان أنواع العبادات من حيث تعلقها بالنية  
93 مضمون كتاب تاج الدين  
94 "القول في القواعد العامة"  
94 قاعدة : ما أوجب أعظم الأمرين  
95 تنبيه : ما تنقض به القاعدة  
95 فصل : فيما إذا اجتمع أمران من جنس واحد  
96 فصل : إذا بطل الخصوص بقي العموم  
97 قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده  
99 فصل : في الفعل المعلق على وقوعه أمر آخر  
100 فصل : فيما عرف تطرق البطلان إليه  
102 فصل : ما لا قرار لوجوبه إذا حضر سبب وجوده  
103 القول في أنه هل الاعتبار بالحال أو المآل  
104 ما جزم فيه بأن الاعتبار بالحال  
104 ما جزم فيه بأن الاعتبار بالمآل  
104 القول فيما اختلف فيه  
105 قاعدة : درء المفسد أولى من جلب المصالح  
105 قاعدة : ما لا يقبل التبويض يكون اختياره بعضه كاختيار كله  
106 فصل : فيما خرج عن القاعدة  
107 فصل : في بيان حقيقة اختيار بعض ما لا يتجزأ  
107 تنبيه : في نماذج مختلفة من ورد العجز على الصدر  
109 فصل : في الحكم على بعض ما لا يتجزأ بنفي أو إثبات  
110 قاعدة : الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود  
111 تنبيه : في كون الخروج من الخلاف أولى وأفضل  
113 تنبيه : في قوة المدرك وضعفه  
114 فصل : في بيان متى يستحب الخروج من الخلاف  
116 فصل : في بيان متى يكون الوقوع في الخلاف مكروها  
117 فصل : في ما إذا اجتمع الحلال والحرام  
118 "القول فيما شذ عن هذا الأصل"  
119 قاعدة : اشتهر عن المالكية سد الذرائع  
123 قاعدة : كل إنشاء سد تصرف الشرع فهو باطل  
123 قاعدة : من ارتكب محرماً يمكن تداركه بعد ارتكابه وجب عليه  
124 قاعدة : ما تعتبر فيه فالتدخل القاطع لها مضر  
127 قاعدة : الدفع أسهل من الرفع  
127 "القول في المشرف على الزوال"

الأشباه والنظائر

فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 129 قاعدة : القادر على اليقين لا يعمل بالظن  
131 قاعدة : الموجود المقترن بالمانع الحسي أو الشرعي كالعدم  
135 قاعدة : الرخص لا تناط بالشك  
135 فائدة : الرخص لا تناط بالشك  
136 أصل مستنبط : إذا قوبل مجموع أمرين فصاعدا بشيء  
140 فصل : فيما إذا تعقب شيء جملة مركبة من أشياء  
143 فصل : فيما إذا تعقب أموراً هو غني عن مجموعها  
148 فصل : فيما إذا تولد الشيء بين مضمون وغير مضمون  
149 قاعدة : ما ثبت بالشرع أولى مما يثبت بالشرط  
150 قاعدة : الإكراه يسقط أثر التصرف  
151 قاعدة : ما يسقط بالتوبة يسقط حكمه بالإكراه  
151 قاعدة : الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود  
152 قاعدة : الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه  
152 قاعدة : لا يجوز أن يستنبط من النص معنى يعود عليه بالإبطال  
153 فصل : في جواز استنباط معنى يعم  
154 فصل : في جواز استنباط معنى يخص  
155 قاعدة : الميسور لا يسقط بالمعسور  
ويستثنى من القاعدة مسائل 158  
159 قاعدة : إذا تضمن الشيء الخروج من أمر فلا يتضمن الدخول في مثله  
162 قاعدة : النظر إلى الظاهر أو إلى ما في نفس الأمر  
166 قاعدة : فيمن أخطأ الطريق وأصاب المطروق  
167 قاعدة : الظن ملغي إلا ما قام الدليل على إعماله  
168 قاعدة : ما ربط به الشارع حكماً فعمد المكلف إلى استعجاله  
171 قاعدة : إعمال الكلام أولى من إهماله  
174 فصل : إذا تعذر إعمال لفظ دار الأمر فيه بين إعمال وإغائه  
185 قاعدة : الفرض أفضل من النفل  
186 فصل : الفرض أفضل من أصل مطرد  
192 فصل : في تحديد ماهية الفرض الذي يفضل النفل  
193 خاتمة : ما لا بد منه لا يترك إلا بما لا بد منه  
197 معيار نافع : في مسائل تردد النظر في مأخذها بين الأئمة

- 198 فائدة : في عد مسائل أمهات شك في تصورها  
200 الكلام في القواعد الخاصة  
200 القول في ربع العبادات  
200 كتاب الطهارة إلى الزكاة  
200 قاعدة : كل ميتة نجسة إلا السمك  
201 قاعدة : لا يعرف ماء طاهر في إناء نجس  
202 قاعدة : لا يجوز تنكيس الوضوء عمدا إلا في مسألة واحدة  
صفحة 456 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 205 قاعدة : لا تنقض الطهارة إلا في مسألة واحدة  
205 قاعدة : لا يجب المسح على الخف إلا في مسألة واحدة  
206 قاعدة : لا عبرة برؤية المتيم المسافر الماء  
206 قاعدة : فاقد الطهورين يعيد الصلاة  
206 قاعدة : فاقد الطهورين يعيد الصلاة  
207 قاعدة : إذا انقطع دم الحيض ارتفع تحريم الصوم والطلاق وكذا عبور

### المسجد

- 207 قاعدة : لا تؤخر المستحاضة الاشتغال بأسباب الصلاة بعد الطهارة  
207 قاعدة : تكره الصلاة في قارعة الطريق  
207 قاعدة : صلاة الرجل في الثوب الحريري محرمة  
207 قاعدة : استقبال القبلة شرط في صحة الصلاة  
207 قاعدة : لا يتعين استقبال عين القبلة إلا في مسألة  
208 قاعدة : كل صلاة تفوت في زمن الحيض لا تقضى  
208 قاعدة : كل جنب يمنع من القرآن ولبث المسجد إلا واحداً  
208 فائدة : لا وضوء يببىح النقل دون الفرض إلى في واحدة  
209 أصل مستتب : هل الأولى تعجيل العبادة وإن وقع فيها خلل أو نقص ؟  
210 قاعدة : لا يعذر مكلف في تأخير الصلاة عن وقتها  
211 قاعدة : لا تجوز الصلاة من النجاسة إلا في مسائل  
211 قاعدة : يستثنى من قول الأصحاب : يسن للصباح والظهر طوال المفصل صورتان  
212 فائدة : في بيان من لا يسن في حقه سجود التلاوة  
213 قاعدة : من نوى في أثناء العبادة أبطالها أو الخروج منها بطلت  
213 قاعدة : النقل لا يقتضي واجبا  
214 قاعدة : المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على

فضيلة تتعلق بمكان العبادة

- 216 قاعدة : ما لا يدخل الشيء ركنًا لا يدخله جبرائلاً  
216 قاعدة : كل عبادة واجبة إذا تركها الإنسان لزمه القضاء والكفارة إلا واحدة  
218 قاعدة : كل ما حرم في الإحرام ففيه الكفارة  
218 قاعدة : الأصل براءة الذمة  
218 قاعدة : الأصل في الميتات النجاسة  
218 قاعدة : الأصل في الحيوانات الطهارة  
218 قاعدة : الجمادات طاهرة إلا المستحيل إلى نتن أو إسكار  
218 قاعدة : ما اقتضى عمده البطلان اقتضى سهوه السجود إذا لم يبطل  
220 قاعدة : إذا سهى الإمام في صلاته لحق سهوه المأموم  
صفحة 457 | 466

الأشباه والنظائر

فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 222 قاعدة : كل حق مالي وجب بسببين يختصان به فإنه جائز تعجيله بعد وجود أحدهما  
223 القول في ذي السببين أو السبب والشرط  
223 القول في ذي الأسباب  
224 القول في ذي السبب الواحد  
224 قاعدة : المبادلة توجب استئناف الحول في الوكأة إلا في أربع مسائل  
225 قاعدة : لا يجب في عين واحدة زكاتان  
225 قاعدة : يعتبر الحول في الزكاة إلا في مسائل  
226 فائدة : تكون الأرض خراجية في صورتين  
226 قاعدة : من وجبت عليه فطرته وجبت عليه فطرة كل من تلزمه نفقته إذا كانوا مسلمين ووجد ما يؤدي عنهم  
227 قاعدة : من وجبت نفقته على غيره وجبت عليه فطرته وإلا فلا  
227 قاعدة : لا تؤخذ القيمة في الزكاة إلا في أربع مسائل  
228 قاعدة : الحقوق المالية الواجبة لله تعالى ثلاثة أضرب  
232 فائدة : من أتى بأفعال العمرة سقطت عنه عمرة الإسلام  
232 قاعدة : كل دم يتعلق بالإحرام يجب إراقته في الحرم  
232 قاعدة : كل جملة مضمونة بالمثل يكون النقص الداخل عليها بالجناية مضموناً بالأرض من القيمة دون المثل  
232 "القول في قواعد ربع البيع"  
233 فصل : في بيان ألفاظ معينة يكثر ورودها في البيوع  
234 فائدة : الإيجاب والقبول هل هما أصلان في العقد

- 235 قاعدة : مستنبطة : كل قبول جائز أن يكون بلفظ قبلت  
236 القول في شرائط المبيع  
236 فصل : لا يلزم من حصول الشرط حصول المشروط  
237 فصل : قد يجوز البيع ولكن من شخص دون شخص  
237 فصل : في وقف العقود  
242 فصل : في بيان وقف التبين  
245 فصل : في الإقدام على العقود الفاسدة  
245 قاعدة : كل عين ثبت لمن هي تحت يده  
246 أصل مستنبط : إذا تعلق بشيء واحد حتى اثنين فصاعدًا  
248 قاعدة : كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية مع النية  
249 قاعدة : كل ما كان صريحاً في بابه ووجد نفاذاً في موضوعه لا يكون كناية  
في غيره  
صفحة 458 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 252 قاعدة : إذا انعقد البيع لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب  
253 قاعدة : القول قول مدعي صحة العقد دون فساده  
257 قاعدة : كل دين ثابت في الذمة ليس بمثلث يجوز الاعتياض عنه أن كان  
ثمنًا في الأصح وإن لم يكن ثمنًا قطعاً  
258 تنبيه : الثمن يجوز الاعتياض عنه  
259 قاعدة : كل عقد تقاعد عنه مقصوده بطل من أصله  
259 قاعدة : الفعل والفاعل والمفعول أشياء متباينة لا يمكن اتحادها ، وكذلك  
الخطاب والمخاطب والمخاطب  
259 قاعدة : لا يتحد القابض والمقبوض  
259 التنبيه الأول : فيما يستثنى من القاعدة  
260 التنبيه الثاني : في المانع من اتحاد القابض والمقبوض ونظائره  
265 قاعدة : الاستثناء الشرعي قد يلحق بالاستثناء اللفظي والحسي وقد لا يلحق  
267 قاعدتان : الأجل لا يلحق ولا يسقط  
269 فصل : وأما قولهم : ولا يسقط فإشارة إلى القاعدة الثانية وهي أن المؤجل لا  
يصير حالاً  
270 قاعدة : الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر  
272 فصل : في الشرط الذي لا يقتضيه العقد  
274 فائدة : الكلام على شرط مقتضى العرض  
274 تنبيه : في حكم ما يتردد فيه مقتضى العقد



- 274 قاعدة : الاعتقاد في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم خلافا لمالك
- 274 قاعدة : حمل اللفظ إلى ما يتبادر إلى الذهن أولى
- 275 قاعدة : اللفظ موضوع عندي لأنهم من الصحيح والفاقد
- 275 قاعدة : اللفظ إذا أطلق اسماً على شيئين وجود أحدهما يعقب وجود الآخر ؛ فإنه يحمل على الأول
- 275 قاعدة : لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده
- 276 قاعدة : الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد
- 277 قاعدة : لا فرق في ضمان المتلف بين العلم والجهل
- 278 قاعدة : كل ما لا يعلم إلا من وجهة الشخص يقبل قوله فيه
- 279 قاعدة : لا يقتص من نفسه لغيره إلا في مسألتين
- 280 قاعدة : كل ما أنقص العين أن القيمة نقصا يفوت به فرض صحيح ويغلب في أمثاله عدمه ؛ فهو عيب يرد به المبيع
- 282 قاعدة : كل عيب يوجب الرد على البائع يمنع الرد إذا حدث عند المشتري
- 282 قاعدة : الحمل يندرج في كم عقد معاوضة صدر بالاختبار
- صفحة 459 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 282 قاعدة : ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح
- 283 قاعدة : كل خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فهو على الفور
- 284 قاعدة : من علم شيئاً يثبت الخيار فأخفاه أو سعى في تدليس فيه فقد فعل محرماً
- 286 قاعدة : من كان القول قوله في شيء كان القول قوله في صفته
- 289 قاعدة : كل عقد فيه عوض علق بصفة لا يقتضي إطلاق العقد تلك الصفة فسد بالتعليق ؛ إلا في مسألة واحدة
- 289 قاعدة : لا احتكام للسادة على ذمم العبيد
- 290 قاعدة : لا يدخل عبد مسلم في ملك كافر أبداً
- 294 قاعدة : كل ما صح الرهن به صح ضمانه وما لا فلا
- 294 قاعدة : من لم يجن لا يطالب بجناية من جنى
- 294 قاعدة : كل تصرف يقع من المشتري شراء فاسداً ؛ فهو كتصرف الغاصب والعين في يده كالعين في يد الغاصب
- قاعدة : ما يفيد الاستحقاق إذا وقع لا على وجه التعدي
- 297 هل يفيد إذا وقع على وجه التعدي ؟
- 298 قاعدة : من اشترى شيئاً شراء صحيحاً لزمه الثمن إلا في مسألة واحدة
- 300 قاعدة : لا يتوالى ضمان عقدين في شيء واحد

- 303 قاعدة : المثلي مضمون بمثله والمتقوم بالقيمة  
305 فصل : فيما يستثنى من المتقوم  
305 قاعدة : كل ما جاز بيعه فعلى متلفه القيمة  
305 فصل : وما لا يجوز بيعه لا قيمة على متلفه  
306 قاعدة : الرهن أمانة في يد المرتهن غير مضمون  
307 قاعدة : فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه  
308 قاعدة : المفلس لا يلزم بتحصيل ما ليس بحاصل  
308 قاعدة : كل موضع أزال ملكه باختياره على سبيل العوض تبع الطلع وكل  
موضع أزال ملكه بغير اختياره ؛ فهل يتبع ؟  
308 فائدة : كل دين ثابت في الذمة تجوز الحوالة عليه إلا الإبل الثابتة في الذمة  
بالجناية  
308 قاعدة : أصح القولين أن حجر المفلس حجر مرض لا سفه ولا رهن  
309 قاعدة : كل ما لو صرح به أبطل ؛ فإذا أضره كره  
309 تنبيه : ينبغي أن لا تؤخذ القاعدة على إطلاقها  
310 قاعدة : كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه  
صفحة 460 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 310 قاعدة : كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة  
311 قاعدة : ما لا يستحق بالشيء لا يستحق به ذلك الشيء  
311 قاعدة : كل ما لا يؤخذ في مقابلة الدين إلا معاوضة ؛ فلا تجوز الحوالة  
عليه  
312 قاعدة : كل ما لو قارن لمنح فإذا طرأ فعلى قولين  
312 فصل : فيما تنقض به القاعدة وما يندرج فيها  
318 قاعدة : كل من وجب عليه الحبس بدين فقال صاحب الدين لا يحبس وأنا  
ألازمه كانت الملازمة أحق  
320 قاعدة : كل من غصب شيئاً لزمه رده أو رد قيمته إلا في مسألة واحدة  
322 قاعدة : كل يد ترتب على يد الغاصب فهي يد ضمان  
322 تنبيهات على هذه القاعدة  
323 قاعدة : من أثبت رده على يد الغاصب جاهلاً فإن دخل على أن يضمه لم  
يرجع  
323 قاعدة : من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه  
324 مأخذ : هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف ؟  
324 فائدة : لا يفارق الصلح البيع إلا في مسائل

- 325 فائدة : ما تبدل العوض بسببه أن كان مالا فهو البيع وإلا فالافتداء..
- 325 قاعدة : من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته
- 325 فصل : استثناءات الوكالة
- 326 أصل مستنبط : ما لا تدخله النيابة من التصرفات هل يكون التوكيل فيه فعلاً لم يؤخذ به الموكل
- 326 فصل : القادر على رفع الشيء هل يكون جحوده إياه رفعاً له ؟
- 327 قاعدة : هل الاعتبار بحال التوكيل أو بحال إنشاء التصرف ؟
- 327 قاعدة : ما لا يستحق بالشفعة لا تستحق به الشفعة
- 328 قاعدة : ما يبذله له الشفيع من الثمن للمشتري مقابل لما يبذله المشتري
- 329 قاعدة : كل يد كانت يد ضمان وجب على صاحبها مؤنة الرد ، وإن كانت يد أمانة فلا
- قواعد باب الإقرار
- 330 قاعدة : كل سكران يص إقراره إلا اثنين
- 334 قاعدة : ما لا يدخل في البيع لا يدخل في الإقرار وما يدخل في البيع يدخل في الإقرار
- 334 قاعدة : ضمنى كل إقرار مثل صريحه
- صفحة 461 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 338 قاعدة : كل قول في عقد إيجاب أو إقرار
- 338 قاعدة : إذا أقر بالشيء صريحاً ثم أنكر ما صرح به
- 344 أصل : من باشر عقداً أو باشره عنه من له ذلك ثم ادعى ما ينقضه لم يقبل
- 344 قاعدة : هل النظر إلى أول الكلام أو إلى آخره
- 347 قاعدة : من أنكر حقاً لغيره ثم أقر به قبل
- 347 قاعدة : من ملك الإنشاء ملك الإقرار ومن لا فلا
- 347 قاعدة : كل لفظة كانت خالصة لعقد حمل إطلاقها عليه ؛ فإن وصل بها ما ينافي مقتضاه بطل
- 348 قاعدة : كل لفظة وضعت لعقدين فأكثر لم تتصرف بإطلاقها إلى شيء
- قاعدة : كل ما ضمن كله
- 349 بالقيمة ضمن بعضه ببعضها إلا في مسألة واحدة
- 351 ضابط يضبط العين التي يرد عليها عقد الإجارة
- 352 قاعدة : الحر لا يدخل تحت اليد
- 354 فائدة : تسمية الفوات منعاً والتفويت تناولاً
- 355 فائدة : اليد تستعمل لمعان

- 357 قاعدة : لا يجتمع على عين واحدة عقدان لآزمان  
358 قاعدة : الصحيح من القولين أن العارية مضمونة  
359 فائدة : الوقف منزلة بين العتق والبيع  
360 فائدة : هل الصدقة مثل الوقف لأنه صدقة أو دونه ؟  
360 أصل : اختلف الأصحاب في أن الوديعة عقد أو إذن مجرد  
361 في الرد على من ائتمنه  
362 قاعدة : كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ضمنها بالتفريط في الحفظ  
362 قاعدة : كل إيجاب يفتقر إلى القبول لا يجوز وقوع القبول فيه بعد الموت  
362 قاعدة : كل ما كان ينتمي من صغار السباع ؛ فليس لواحد أن يتعرض لها  
362 فائدة : في أسباب الملك  
363 فصل : في حقيقة الذمة  
364 قاعدة : فيما ينتقل من الحقوق إلى الوارث وما لا ينتقل  
365 فائدة : كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثة المال  
366 فائدة : إذا تعدد الوارث ؛ فهل يتعدد الحق المنتقل عن مورثهم  
366 فائدة : يورث بالقرابة من الطرفين إلا في أربع مسائل  
367 فائدة : الحقوق ثلاثة أضرب  
صفحة 462 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

#### 367 القول في المناكحات

#### 367 قاعدة : النكاح يفسد بفساد الصداق

#### 367 قاعدة : كل عضو حرم النظر إليه حرم مسه بطريق أولى

#### 367 قاعدة : من حرم نكاحها على التأييد بسبب مباح لحرمتها ؛ فهي محرم

#### يجوز النظر إليها ويختلي بها ولا تنقض الوضوء

#### 368 قاعدة : داعية الطبع تجزئ عن تكليف الشرع

#### 369 قاعدة : لا يزوج مسلم كافرة إلا في مسائل

#### 369 قاعدة : ليس في الشرع إباحة تقضي إلى اللزوم إلا في النكاح

#### 370 قاعدة : إتيان القبل والدبر سواء في الأحكام

#### 371 قاعدة : في فرقة النكاح قبل الدخول

#### 372 قاعدة : في الرق والحرية إذا تبدل أحدهما بالآخر

#### 374 فائدة : كل من وطأ أمة بغير ملك يمين عالمًا بأنها أمة فولده منها رقيق

#### 374 فائدة : كل امرأة تدعي عنة زوجها تسمع دعواها إلا الأمة إذا كان زوجها

#### حرًا

#### 374 فائدة : كل امرأة علق زوجها طلاقها بصفة ؛ فلها أن تحاكمه في وجود تلك

## الصفة ووقوع الطلاق بها

- 374 قاعدة : كل موضع حكمنا فيه بالفرقة بين الزوجين فذاك فسخ لا طلاق
- 374 قاعدة : كل زوجة جمعها مع زوجها في الشرك الإسلام
- 374 قاعدة : كل من بها عذر طبيعي أو شرعي لا تستحق القسم
- 375 قاعدة : الزيادة المتصلة تتبع الأصل إلا في الصداق
- 375 قاعدة : الوطاء لا يخلو من عقر أو عقوبة
- 376 قاعدة : كل حيض يحرم الطلاق
- 377 فائدة : في اجتماع الحرة والأمة
- 377 قاعدة : في الطلاق لا يقبل الإيقاع بالشرط
- 379 فائدة : تتعلق بتقسيم الأفعال
- 379 قاعدة : في حكم تعليق الطلاق بالصفة
- 379 فائدة : كل رجعية يجوز رجعتها في عدتها
- 380 قاعدة : ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام
- 381 قاعدة : من جهل حرمة شيء مما يجب فيه الحد أو العقوبة وفعله لم يحد
- 382 ضابط مسائل الخلع
- 383 قاعدتان : ما يقبل التعليق من التصرفات يصح إضافته إلى بعض محل التصرف وما لا يقبله لا يصح إضافته إلى بعض المحل
- 385 قاعدة : كل كفارة سببها معصية فهي على الفور
- صفحة 463 | 466

## الأشباه والنظائر

### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 386 قاعدة : لا يجوز للمسلم أن يدفع مألًا إلى الكفار المحاربين
- 387 قاعدة : ما يصير المسلم به كافرًا إذا جرده يصير الكافر به مسلمًا إذا اعتقده
- 387 فائدة : من ملك العفو عن القصاص في النفس ملك العفو عن المال ؛ إلا أن يثبت القصاص دون المال
- 389 قاعدة : في من تملك إسقاط العوض سلط على إتلاف المعوض
- 390 قاعدة : الاعتبار في تصرفات الكفار باعتقادنا لا باعتقادهم
- 391 قاعدة : المماثلة في القصاص مرعية
- 392 قاعدة : من لا مدخل له في الجناية لا يطالب بجناية جانيها إلا في فرعين
- 394 قاعدة : كل جهة صححها بعض العلماء وحكم بحل الوطاء ؛ فالظاهر أنه لا حد على الواطئ بتلك الجهة
- 396 قاعدة : من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عذر
- 398 تنبيه : في تعريف التعذير
- 399 قاعدة : من يحد يقذف الغير يقتل بقتله ومن لا فلا

399 قاعدة : أن سقوط حد القذف عن القاذف وعد حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان

400 قاعدة : كل وطء يعصي الله تعالى به يبطل الحصانة وما لا فلا

400 قاعدة : من وجب القصاص عليه في النفس إذا فات بموت وله تركه انتقلت جميع الدية إلى التركة

400 فائدة : كل ولي في القصاص إذا عفي وثبت له المال كان المال له دون غيره

401 فائدة : كسر العظم يوجب الحكومة

401 فائدة : لا يجب قذف الزوجة إلا في مسألة واحدة

401 قاعدة : فيما ينقض فيه قضاء القاضي وما لا ينقض

406 فائدة : أسباب نقض الحكم

411 تنبيه : في الصور التي اختلف الأصحاب في النقض فيها

416 فائدة : في حكم قضاء القاضي بما كانت شبهة الحاكم فيه ضعيفة

416 تنبيه : ما لا ينقض هل يمضي وينفذ أم يعرض عنه

416 تنبيه : ما لا ينقض قضاء القاضي في إذا حكم به لمن لا يعتقد هل يحل باطنا

416 فائدة : ليس كل ما يجوز للشاهد أن يشهد به

420 قاعدة : الأموال الضائعة يقبضها القاضي حفظاً لها على أربابها

425 قاعدة : في مستند الشاهد

426 ضابط الاستفاضة

427 المواطن التي تقبل الشهادة فيها بالاستفاضة

صفحة 464 | 466

## الأشباه والنظائر

فهرس الموضوعات الجزء الأول

427 حكم ما لو استفاض فسق الشاهدين

427 الجرح بمجرد الشيع والانتشار

428 حكم ما لو استفاض فسق الحاكم

428 حكم الاستفاضة التي لا أصل لها

428 الفرق بين الاستفاضة والسماع

429 شرط العمل بالاستفاضة

429 قاعدة : من قبلت روايته أو شهادته في شيء فهل يكتفي بإطلاقه القول في ذلك أو يكلف بين السبب

430 قاعدة : في الشيء الذي لا ينضبط أسباب الاطلاع عليه

430 قاعدة : اللهو واللعب أصلهما على الإباحة عندنا خلافاً لمالك



- 430 فائدة : ليس أم ولد يمتنع السيد من وطنها من غير تعلق حق الزوج بها إلا في مسألتين
- 431 فائدة : ليس من لا يضمن شخصًا ؛ ولكن يضمن طرفه إلا السيد مع مكاتبه
- 432 قاعدة : لا تصح الدعوى بمجهول ولا في الوصية
- 432 قاعدة : لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف
- 432 قاعدة : كل ما صحت إقامة البينة به صحت إقامة الدعوى به
- 432 قاعدة : كل دعوى يشترط فيها أن تكون متعلقة بشخص معين
- 436 قاعدة : كل يمين لا يمين بعدها في مراتب الخصومات ؛ فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل ؟
- 436 قاعدة : الأصل أن من نكل عن يمين في خصومة لا يحلف تلك اليمين بعينها في ذلك المقام من تلك الخصومة
- 437 قاعدة : كل نكول يتعلق به حق حلف حالف بعد النكول ؛ فذلك النكول إذا ظهر فلا عود من الناكل
- 437 قاعدة : الحالف كل من توجهت عليه دعوى صحيحة
- 438 قاعدة : كل مكلف حنث في يمينه لزمته الكفارة حرًا كان أو عبدًا
- 439 قاعدة : كل حلف على فعل نفسه حلف على البت
- 441 قاعدة : تجب اليمين في كل حق لابن آدم إلا في أربعة مواضع
- 442 قاعدة : كل يمين قصد بها الدفع لا يستفاد بها الجلب
- صفحة 465 | 466

---

#### الأشباه والنظائر

#### فهرس الموضوعات الجزء الأول

- 444 قاعدة : كل ما جاز للإنسان أن يشهد به جاز له أن يحلف عليه ، ولا ينعكس
- 444 قاعدة : كل حر يقبل خبره تقبل شهادته
- 444 فصل : في حكم تقديم الجرح على التعديل
- 450 قاعدة : في تحقيق العدالة وبيان الفرق بينها وبين التقوى
- صفحة 466 | 466
-