فإنه لايحنث . كما جزم به الرافعي ؛ قال : وإن كلمه مجنونا ، ففيه خلاف ، والظاهر تخريجه على الجاهل ونحوه ، وإن كان سكران ،حنث فى الأصح ، إلا إذا انتهى إلى السكر الطافح ؛ هذه عبارته ؛

ولو قرأ حيوان آية سجدة.قال الأسنوى: فكلام الأصحاب مشعر بعدم استحبابه السجود لقراءته ، ولقراءة النائم والساهى أيضا ؛

ومن ذلك : المنادى النكرة ، إن قصد نداء واحد بعينه تعرف ، ووجب بناؤه على الضم ، وإن لم يقصد ، لم يتعرف ، وأعرب بالنصب ؛

ومن ذلك : أن المنادى المنون للضرورة يجوز تنوينه بالنصب والضم ، فإن نون بالضم جاز ضم نعته ونصبه ، أو بالنصب تعين نصبه ، لأنه تابع لمنصوب لفظا ومحلا ، فان نون مقصور نحو « يافتى » بنى النعت على مانوى فى المنادى . فان نوى فيه الضم جاز الأمران ، أو النصب تعين . ذكر هذه المسئلة أبو حيان فى كتابيه : الارتشاف ، وشرح التسهيل .

ومن ذلك : قالوا : ماجاز إعرابه بيانا ، جاز إعرابه بدلا : وقد استشكل : بأن البدل فى نية سقوط الأول ؛ والبيان بخلافه ؛ فكيف تجتمع نية سقوطه وتركها فى تركيب واحد ؟ . فأجاب رضى الدين الشاطبى : بأن المراد أنه مبنى على قصد المتكلم ؛ فان قصد سقوطه وإحلال التابع محله ، أعرب بدلا ؛ وإن لم يقصد ذلك ، أعرب بيانا ؛

ومن ذلك : العلم المنقول من صفة ، إن قصد به لمح الصفة المنقول منها ، أدخل فيه « أل » وإلا فلا .

وفروع ذلك كثيرة ، بل أكثر مسائل علم النحو مبنية على القصد ؛

وتجرى أيضا هذه القاعدة فى العروض ؛ فان الشعر عند أهله : كلام موزون مقصود به ذلك ؛ أما مايقع موزونا اتفاقا ، لاعن قصد من المتكلم ، فانه لايسمى شعرا ؛ وعلى ذلك خرج ماوقع فى كلام الله تعالى ، كقوله تعالى: (لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون) أورسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ كقوله :

« هل أنت إلا إصبع دميت وفى سبيل الله مالقيت »

القاعدة الثانية : اليقين لا يزال بالشك

ودليلها قوله صلى الله عليه وسلم « إذا وجد أحدكم فى بطنه شيئا فأشكل عليه ، أخرج منه شىء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » رواه مسلم من حديث أبى هريرة ؛ وأصله فى الصحيحين عن عبدالله بن زيد ؛ قال «شكى إلى النبى صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل إليه أنه يجد الشىء فى الصلاة ؛ قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتا ، أو يجد ريحا» وفى الباب عن أبى سعيد الخدرى ، وابن عباس ؛ وروى مسلم عن

أبي سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا شك أحدكم فى صلاته ، فلم يدر : كم صلى ، أثلاثا ، أم أربعا ؟ فليطرح الشك ؛ وليبن على ماستيقن» .

وروى الترمذى عن عبدالرحمن بن عوف قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا سها أحدكم فى صلاته ، فلم يدر : راحدة صلى ، أم اثنتين؟فليبن على واحدة فان لم يتيقن : صلى اثنتين ، أم ثلاثا ؟ فليبن على اثنتين . فان لم يدر : أ لاثا صلى ، أم أربعا ؟ فليبن على ثلاث ، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم » .

اعلم أن هذه القاعدة تدخل فى جميع أبواب الفقه : والمسائل المخرجة عليهاتبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر : ولو سردتها هنا لطال الشرح ؛ ولكنى أسوق منها جملة صالحة ؛ فأقول :

يندرج فى هذه القاعدة عدة قواعد :

منها : قولهم : « الأصل بقاء ما كان على ما كان » :

فمن أمثلة ذلك : من تيقن الطهارة ، وشك فى الحدث. فهو متطهر : أو تيقن فى الحدث وشك فى الطهارة : فهو محدث ؛

ومن فروع الشك فى الحدث : أن يشك هل نام أو نعس ؟ أو مارآه رؤيا ، أوحديث نفس ؟ أو لمس محرما أو غيره ؟ أو رجلا أو امرأة ؟ أو بشرا أو شعرا ؟ أو هل نام ممكنا أولا ؟ أو زالت إحدى أليتيه ، وشك : هل كان قبل اليقظة أو بعدها ؟ أو مس الخنثى أحد فرجيه ، ثم مس مرة ثانية ، وشك : هل الممسوس ثانيا : الأول ، أو الآخر؟ :

ومن ذلك : عدم النقض بمس الخنثى ، أو لمسه أو جماعه ؛

ومن ذلك : مسئلة : من تيقن الطهارة والحدث ، وشك فى السابق ؛ والأصح أنه يؤمر بالتذكر فيما قبلهما ، فان كان محدثا فهو الآن متطهر ؛ لأنه تيقن الطهارة بعد ذلك الحدث وشك فى انتقاضها ، لأنه لا يدرى : هل الحدث الثانى قبلها ، أو بعدها؟وإن كان متطهرا فان كان يعتاد التجديد ، فهو الآن محدث ، لأنه تيقن حدثا بعد تلك الطهارة ، وشك فى زواله ، لأنه لايدرى : هل الطهارة الثانية متأخرة عنه ، أم لا ؟ بأن يكون والى بين الطهارتين ؛

ونظير ذلك : مالو علمنا لزيد على عمرو ألفا ، فأقام عمرو بينة بالأداء أو الإبراء ، فأقام زيد بينة أن عمرا أقر له بألف مطلقا ، لم يثبت بهذه البينة شىء ، لا حتمال أن الألف الذى أقر به هو الألف الذى علمنا وجوبه ، وقامت البينة بابرائه ، فلا نشغل ذمته بالاحتمال ؛

وفرع فى البحر على قولنا « يأخذ بالضد » فرعا حسنا : وهو ماإذا قال : عرفت قبل هاتين الحالتين حدثا وطهرا أيضا ، ولا أدرى أيهما السابق ؟ قال : فيعتبر ماكان قبلهما

أيضا ؛ ونأخذ بمثله ، بعكس ماتقدم ؛ وهو فى الحقيقة ضد هذه الحالة . قال فى الخادم: والحاصل أنه فى الأوتار يأخذ بضد ماقبله ، وفى الأشفاع يأخذ بمثله ؛

شك فى الطاهر المغير للماء : هل هو قليل ، أو كثير ؟ فالأصل بقاء الطهورية .

أحرم بالعمرة ، ثم بالحج ؛ وشك : هل كان أحرم بالحج قبل طوافها ، فيكون صحيحا ، أو بعده فيكون باطلا ؟ حكم بصحته ؛

قال الماوردى : لأن الأصل جواز الاحرام بالحج ، حتى يتيقن أنه كان بعده ؛ قال وهو كمن تزوج وأحرم ولم يدر ، هل أحرم قبل تزويجه أو بعده ؟ فان الشافعى نص على صحة نكاحه ، لأن الأصل عدم الاحرام ؛ ونص فيمن وكل فى النكاح ، ثم لم يدر : أكان وقع عقد النكاح بعد ماأحرم ، أو قبله ؟ أنه صحيح أيضا ؛

أحرم بالحج ، ثم شك : هل كان فى أشهر الحج ، أو قبلها ؟ كان حجا ؛ لأنه على يقين من هذا الزمان ، وعلى شك من تقدمه ، ذكره فى شرح المهذب ؛

أكل آخر الليل ، وشك فى طلوع الفجر ؛ صح صومه ؛ لأن الأصل بقاء الليل ؛ وكذا فى الوقوف .

أكل آخر النهار ، بلا اجتهاد ؛ وشك فى الغروب ؛ بطل صومه . لأن الأصل بقاء النهار ؛

نوى ثم شك : هل طلع الفجر ، أم لا ؟ صح صومه ، بلا خلاف .

تعاشر الزوجان مدة مديدة ؛ ثم ادعت عدم الكسوة والنفقة ؛ فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاؤها فى ذمته ، وعدم أدائهما ؛

زوج الأب ابنته ، معتقدا بكارتها ، فشهد أربع نسوة بثيوبتها عند العقد . لم يبطل لجواز إذالتها باصبع أو ظفر ، والأصل البكارة .

اختلف الزوجان فى التمكين ، فقالت : سلمت نفسى إليك من وقت كذا ، وأنكر فالقول قوله ؛ لأن الأصل عدم التمكين ؛

ولدت وطلقها ، فقال : طلقت بعد الولادة ، فلى الرجعة وقالت : قبلها فلا رجعة ولم يعينا وقتا للولادة ولا للطلاق فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء سلطنة النكاح ، فان اتفقا على يوم الولادة ، كيوم الجمعة وقال : طلقت يوم السبت وقالت : الخميس : فالقول قوله ، لأن الأصل بقاء النكاح يوم الخميس ، وعدم الطلاق أو على وقت الطلاق ، واختلفا فى وقت الولادة ، فالقول قولها لأن الأصل عدم الولادة إذ ذاك ؛

أسلم إليه فى لحم ، فجاء به فقال المسلم : هذا لحم ميتة ، أو مذكى مجوسى ، وأنكر المسلم إليه ؛ فالقول قول المسلم القابض : قطع به الزبيرى فى المسكت ، والهروى فى الأشراف والعبادى فى آداب القضاء ؛ قال : لأن الشاة فى حال حياتها محرمة ، فيتمسك بأصل التحريم إلى أن يتحقق زواله ؛

اشترى ماء ، وادعى نجاسته ، ليرده فالقول قول البائع لأن الأصل طهارة الماء ، ادعت الرجعية امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة . صدقت ؛ ولها النفقة ؛ لأن الأصل بقاؤها ؛

وكل شخصا فى شراء جارية ووصفها ؛ فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل ، لم يحل للموكل وطؤها ؛ لاحتمال أنه اشتراها لنفسه . وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات الموكل بها ظاهرا فى الحل . ولكن الأصل التحريم ، ذكره فى الإحياء .

قاعدة : الأصل براءة الذمة

ولذلك لم يقبل فى شغل الذمة شاهد واحد ، مالم يعتضد بآخر ، أو يمين المدعى ، ولذا أيضا كان القول قول المدعى عليه ، لموافقته الأصل ؛

وفى ذلك فروع :

منها : اختلفا فى قيمة المتلف ، حيث تجب قيمته على متلفه ، كالمستعير ، والمستام ، والغاصب ، والمودع المتعدى ؛ فالقول قول الغارم ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد ؛

ومنها : توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل ، لايقضى بمجرد نكوله ، لأن الأصل براءة ذمته ، بل تعرض على المدعى ؛

ومنها : من صيغ القرض : ملكتكه على أن ترد بدله ، فلو اختلفا فى ذكر البدل ، فالقول قول الآخذ ، لأن الأصل براءة ذمته ؛

ومنها : لو قال الجانى : هكذا أوضحت ، وقال المجنى عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما ، صدق الجانى . لأن الأصل براءة ذمته .

لطيفة

قال ابن الصائغ فيما نقلته من خطه : نظير قول الفقهاء « إن الأصل براءة الذمة » فلا يقوى الشاهد على شغلها مالم يعتضد بسبب آخر » قول النحاة « الأصل فى الأسماء الصرف ، يقوى سبب واحد على خروجه عن أصله حتى يعتضد بسبب آخر » .

قاعـــدة

قال الشافعى رضى الله عنه « أصل ماانبنى عليه الإقرار أنى أعمل اليقين وأطرح الشك ولاأستعمل الغلبة » ؛

وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب ، ومرجعها إلى أن الأصل براءة الذمة كقولهم فيما لو أقر أنه وهبه وملكه لم يكن مقرا بالقبض لأنه ربما اعتقد أن الهبة لاتتوقف على القبض ، وأصل الإقرار البناء على اليقين .

فلو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الاقرار على البيع وهو سبب قوى يمنع الرجوع وعلى

الهبة فلا يمنع الرجوع ، فأفتى أبو سعيد الهروى بإثبات الرجوع ، تنزيلا على أقل السببين وأضعف الملكين : وأفتى أبو عاصم العبادى بعدمه لأن الأصل بقاء الملك للمقر له وحكى الرافعى عن الماوردى والقاضى أبى الطيب موافقة أبى سعيد ثم قال : ويمكن أن يتوسط فيقال إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضيان وإن أقر بالملك المطلق ، فالأمر كما قال العبادى : وقال النووى فى فتاويه : الأصح المختار ، قول الهروى وقبول تفسيره بالهبة ورجوعه مطلقا .

ومن الفروع :

أن إقرار الحاكم بالشىء إن كان على جهة الحكم كان حكما ، وإن لم يكن بأن كان فى معرض الحكايات والإخبار عن الأمور المتقدمة لم يكن حكما ، قاله الرافعى فى أواخر الاقرار . قال الأسنوى : وهذا من القواعد المهمة قال : فاذا شككنا فى ذلك لم يكن حكما لأن الأصل بقاؤه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء .

ومنها لو أقر بمال أو مال عظيم أو كثير أو كبير ، قبل تفسيره بما يتمول وإن قل ولو قال له عندى سيف فى غمد أو ثوب فى صندوق ، لايلزمه الظرف أو غمد فيه سيف ، أو صندوق فيه ثوب ، لزمه الظرف وحده أو خاتم فيه فص لم يلزمه الفص ، أو عبد على رأسه عمامة ، لم تلزمه العمامة أو دابة فى حافرها نعل ، أو جارية فى بطنها حمل ، لم يلزمه النعل والحمل :

واو أقر له بألف ثم أقر له بألف فى يوم آخر ، لزمه ألف فقط أو بأكثر دخل الأقل فى الأكثر وفروع القاعدة كثيرة .

(تنبيه) سئل السبكى عن اتفاق الأصحاب على أن من قال له على دراهم ، يلزمه ثلاثة ، ولم يقل بلزوم درهمين مع أن بعض أصحابنا قال : إن أقل الجمع اثنان وإن كان المشهور أنه ثلاثة ، فلم لاقيل بلزوم درهمين ، على كلا القولين ، بجواز أن يكون تجوز وأطلق الجمع على الاثنين فان ذلك مجاز شائع بالاتفاق من القائلين بالمنع ، مع أن الاقرار مبنى على اليقين ؟ .

فأجاب بأن الاقرار إنما يحمل على الحقيقة ، واحتمال المجاز لايقتضى الحمل عليه ، إذ لو فتح هذا الباب لم يتمسك بإقرار : وقد قال الهروى : إن أصل هذا ماقاله الشافعى إنه يلزم فى الاقرار باليقين وظاهر المعلوم ، وهو الظن القوى ولا يلزم بمجرد الظن ، كما لايلزم فى حال الشك ، إذ الأصل براءة الذمة هذه عبارته قال : وهذا الذى قاله الهروى صحيح . واحتمال إرادة المجاز دون الشك لأنه وهم ، فكيف يعمل به ، بل لو قال : أردت بقولى «دراهم» درهمين لم يقبل ، لكن له تحليف غريمه . وكون الاقرار مبنيا على اليقين لايقدح فى هذا ، لأن هذا يقين فانه موضوع اللفظ لغة ، وليس المراد باليقين القطع

واو أريد القطع ، فقد تقدم فى كلام الهروى أنه يأخذ باليقين وبالظن القوى ، وحمل اللفظ على المجاز إنما يكون لقرينة ، أما بغير قرينة فيحمل على الحقيقة قطعا ؛ وهذا هو المراد باليقين انتهى ؛

قاعـــدة

من شك هل فعل شيئا ، أو لا ؟ فالأصل أنه لم يفعله

ويدخل فيها قاعدة أخرى : من تيقن الفعل وشك فى القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه المتيقن ، اللهم إلا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا تبرأ إلا بيقين :

وهذا الاستثناء راجع إلى قاعدة ثالثة ؛ ذكرها الشافعي رضى الله عنه وهى «أن ماثبت بيقين لايرتفع إلا بيقين» :

فمن فروع ذلك :

شك فى ترك مأمور فى الصلاة : سجد للسهو أو ارتكاب فعل منهى فلا يسجد ، لأن الأصل عدم فعلهما :

ومنها : سها وشك : هل سجد للسهو؟ يسجد :

ومنها : شك فى أثناء الوضوء أو الصلاة أو غيرها من العبادات فى ترك ركن ، وجبت إعادته ، فلو علمه وشك فى عينه أخذ بالأسوإ . فإن احتمل أنه النية وجب الاستئناف ، فلو ترك سجدة وشك ، هل هى من الركعة الأخيرة أو غيرها ، لزمه ركعة لاحتمال أن تكون من غيرها ، فتكمل بركعة تليها ويلغو باقيها .

ولو شك فى محل سجدتين أو ثلاث ، وجب ركعتان لاحتمال ترك سجدة من الأولى وسجدة من الثانية ، فيكمل الأولى بالثانية والثالثة بالرابعة ويلغو الباقى ، وكذا لو انضم إلى ذلك ترك سجدة أخرى ، هكذا أطبق عليه الأصحاب .

وأورد على ذلك أن الصواب فى الثلاث : لزوم ركعتين وسجدة ، لأن أسوأ الأحوال أن يكون المتروك السجدة الأولى من الركعة الأولى ، والثانية من الثانية ، وواحدة من الرابعة فيبقى عليه من الركعة الأولى الجلوس بين السجدتين ، والسجدة الثانية فلما قدرنا أنه ترك السجدة الثانية من الركعة الثانية ، لم يمكن أن يكمل لسجدتها الأولى الركعة الأولى لفقد الجلوس بين السجدتين قبلها : نعم بعدها جلوس محسوب ، فيحصل له من الركعتين ركعة إلا سجدة فيكملها بسجدة من الثالثة ويلغو باقيها ، ثم تزك واحدة من الرابعة فيبقى عليه ركعتان وسجدة .

وقد اعتمد الأصفونى هذا الايراد فى مختصر الروضة ، والأسنوى فى تصحيح التنبيه ، وقال فى شرح المنهاج : إنه عمل عقلى واضح لاشك فيه ؛

وأجاب عنه النشائى : بأن هذا خلاف التصوير ، فانهم حصروا المتروك فى ثلاث

سجدات ، وهذا يستدعى ترك فرض آخر ، واتفاقهم على أن المتروك من الأولى واحدة يبطل هذا الخيال ؛

وذكر ابن السبكى فى التوشيح : أن والده وقف على رجز له فى الفقه ، وفيه اعتماد هذا الايراد فكتب على الحاشية : لكنه مع حسنه لا يرد ، إذ الكلام فى الذى لا يفقد إلا السجود فاذا ما انضم له ترك الجلوس ، فليعامل عمله :

وإنما السجدة للجلوس وذاك مثل الواضح المحسوس

ولو شك فى محل أربع سجدات لزمه سجدة وركعتان لاحتمال أن يكون ترك سجدتين من الأولى وسجدة من الثالثة وأخرى من الرابعة ؛

وعلى ما تقدم من الاستدراك يجب سجدتان وركعتان ، لاحتمال ترك الأولى من الأولى والثانية من الثانية وثنتين من الرابعة ، فحصل من الثلاث ركعة ولا سجود فى الرابعة ؛

ولو شك فى محل خمس سجدات ، لزمه ثلاث ركعات لاحتمال ترك سجدتين من الأولى وسجدتين من الثالثة ، وسجدة من الرابعة .

ومنها لو شك ، هل غسل ثنتين أو ثلاثة ؟ بنى على الأقل وأتى بالثالثة ؛ وقال الجوينى لا ؛ لأن ترك سنة أهون من فعل بدعة ، ورد بأنها إنما تكون بدعة مع العلم بأنها زائدة ؛

ومنها شك ، هل أحرم بحج أو عمرة ، نوى القران ثم لا يجزيه إلا الحج فقط لاحتمال أن يكون أحرم به ، فلا يصح إدخال العمرة عليه ؛

ومنها شك ، هل طلق واحدة أو أكثر ، بنى على الأقل ؛

ومنها عليه دين ، وشك فى قدره ، لزمه إخراج القدر المتيقن كما قطع به الإمام ، إلا أن تشتغل ذمته بالأصل ، فلا يبرأ إلا مما تيقن أداءه ، كما لو نسى صلاة من الخمس ، تلزمه الخمس ؛

ولو كان عليه زكاة بقرة وشاة وأخرج أحدهما وشك فيه وجبا ، قاله ابن عبد السلام قياسا على الصلاة ، وصرح به القفال فى فتاويه فقال : لو كانت له أموال من الإبل والبقر والغنم وشك فى أن عليه كلها أو بعضها . لزمه زكاة الكل ؛ لأن الأصل بقاء زكاته ، كما لو شك فى الصيام ، وقال : أنا شاك فى العشر الأول ، هل على صوم كله أو ثلاثة أيام منه وجب قضاء كله . ولو اتخذ إناء من فضة وذهب ، وجهل الأكثر ولم يميزه ، وجب أن يزكى الأكثر ذهبا وفضة .

ولو كانت عليها عدة وشكت ، هل هى عدة طلاق أو وفاة ، لزمها الأكثر ، وإنما وجب الأكثر فى هذه الصورة لأن المكلف ينسب إلى التقصير بخلاف من شك فى الخارج أمنى أم مذى ، حيث يتخير

ولو كان عليه نذر وشك : هل هو صلاة أو صوم أو عتق أو صدقة ؟ قال البغوى

فى فتاويه : يحتمل أن يقال : عليه الإتيان بجميعها ، كمن نسى صلاة من الخمس ويحتمل أن يقال : يجتهد بخلاف الصلاة ، لأنا تيقنا هناك وجوب الكل ، فلا يسقط إلا بيقين. وهنا لم يجب إلا شيء واحد واشتبه ، فيجتهد كالقبلة والأوانى .

ونو حلف وشك : هل حلف بالله تعالى ، أو الطلاق أو العتق ، قال الزركشى فى التبصرة للخمى المالكى : أن كل يمين لم يعتد الحالف بها لاتدخل فى يمينه مع الشك قال : وقياس مذهبنا أن يقال : إذا حنث لايقع الطلاق لأنه لايقع بالشك .

وأما الكفارة فيحتمل أن لاتجب فى الحال لعدم تحقق شغل الذمة ، ويحتمل أن تجب فى الحال ، فاذا أعتق برئ لأنها إن كانت بالله أو الظهار أو العتق ، فالعتق تجزئ فى كلها ولا يضر غدم التعيين بخلاف مالو أطعم أو كسا .

قلت : الاحتمال الأول أرجح .

ونظيره مالو شك فى الحد ، أرجم أو جلد ، فانه لايحد بل يعزر كما قرره ابن المسلم أن التردد بين جنسين من العقوبة إذا لم يكونا قتلا ، يقتضى إسقاطهما والانتقال إلى التعزير وسيأتى فى أحكام الخنثى .

ومنها رجل فاتته صلاة يومين فصلى عشر صلوات ، ثم علم ترك سجدة ، لايدرى من أيها. أفتى القاضى حسين بأنه يلزمه إعادة صلوات يوم وليلة ، وهو قياس قوله فيمن ترك صلوات لايدرى عددها : أنه يجب القضاء إلى أن يتيقن إتيانه بالمتروك ، وقال ابن القطان فى المطارحات : الصحيح الاكتفاء بواحدة ، فبإعادتها يصير شاكا فى وجوب الباقى فلا يلزمه بالشك وجوب إعادة الباقى ، وهو قياس قول القفال فى تلك : يكتفى بقضاء مايشك بعده : فى أنه هل بقى فى ذمته شيء .

قاعدة : الأصل العدم

فيها فروع :

منها : القول قول نافى الوطء غالبا ، لأن الأصل العدم .

ومنها : القول قول عامل القراض فى قوله : لم أربح ، لأن الأصل عدم الربح أو لم أربح إلا كذا ، لأن الأصل عدم الزائد ، وفى قوله : لم تنهنى عن شراء كذا ، لأن الأصل عدم النهى ، ولأنه لو كان كما يزعمه المالك لكان خائنا ، والأصل عدم الخيانة وفى قدر رأس المال لأن الأصل عدم دفع الزيادة ، وفى قوله بعد التلف : أخذت المال قراضا ، وقال المالك قرضا كما قاله البغوى. وابن الصلاح فى فتاويهما ، لأنهما اتفقا على جواز التصرف ، والأصل عدم الضمان .

ولو قال المالك : قراضا ، وقال الآخر قرضا ، وذلك عند بقاء المال وربحه ، فلم أر فيها نقلا ، والظاهر أن القول قول مدعى القرض أيضا لأمور : منها أنه أغلظ عليه ،

لأنه يصدد أن يتلف المال أو يخسر ، ومنها أن اليد له فى المال والربح ، ومنها : أنه قادر على جعل الربح له ، بقوله : اشتريت هذا لى ، فانه يكون القول قوله ، ولواتفقا على أن المال قراض ، فدعواه أن المال قرض يستلزم دعواه أنه اشتراه له ، فيكون ربحه له

ومنها : لو ثبت عليه دين بإقرار أو بينة ، فادعى الأداء والإبراء ، فالقول قول غريمه ، لأن الأصل عدم ذلك :

ومنها : لو اختلفا فى قدم العيب ، فأنكره البائع ، فالقول قوله ، واختلف فى تعليله فقيل : لأن الأصل عدمه فى يد البائع وقيل : لأن الأصل لزوم العقد ، وبهذا التعليل جزم الرافعى والنووى .

قال الماوردى : وينبنى على الخلاف مالو ادعى البائع قدمه والمشترى حدوثه ويتصور ذلك : بأن يبيعه بشرط البراءة ، فيدعى المشترى الحدوث قبل القبض حتى يرد به لأنه لايبرأ منه ، فان عللنا بكون الأصل عدمه فى يد البائع ، صدقنا المشترى ، لأن ذلك المعنى يقتضى الرد هنا ، وإن عللنا بكون الأصل اللزوم صدقنا البائع . قال الأسنوى ومقتضى ذلك تصحيح تصديق البائع :

ومنها : اختلف الجانى والولى فى مضى زمن يمكن فيه الاندمال ، فالمصدق الجانى ، لأن الأصل عدم المضى :

ومنها : أكل طعام غيره ، وقال : كنت أبحته لى ، وأنكر المالك ، صدق المالك . لأن الأصل عدم الاباحة.

ومنها : سئل النووى عن مسلم له ابن مانت أمه ، فاسترضع له يهودية لها ولد يهودى ثم غاب الأب مدة وحضر ، وقد ماتت اليهودية . فلم يعرف ابنه من ابنها وليس لليهودية من يعرف ولدها ، ولا قافة هناك .

فأجاب : يبقى الولدان موقوفين حتى يبين الحال ببينة أو قافة أو يبلغا فينتسبان انتسابا مختلفا وفى الحال يوضعان فى يد المسلم ، فان بلغا ولم توجد بينة ولا قافة ولا انتسبا ، دام الوقف فيما يرجع إلى النسب ، ويتلطف بهما إلى أن يسلما جميعا فان أصرا على الامتناع من الاسلام لم يكرها عليه ولا يطالب واحد منهما بالصلاة ولاغيرها من أحكام الاسلام ، لأن الأصل عدم إلزامهما به ، وشككنا فى الوجوب على كل واحد منهما بعينه ، وهما كرجلين سمع من أحدهما صوت حدث وتنا كراه لايلزم واحدا منهما الوضوء ، بل يحكم بصحة صلاتهما فى الظاهر ، وإن كانت إحداهما باطلة فى نفس الأمر وكما لو قال رجل : إن كان هذا الطائر غرابا فامرأتى طالق : فقال آخر : إن لم يكن فامرأتى طالق ، فطار ولم يعرف فانه يباح لكل واحد منهما فى الظاهر الاستمتاع بزوجته للبقاء على الأصل ، وأما نفقتهما ومؤنتهما فان كان لكل منهما مال كانت فيه وإلا وجبت على أب المسلم نفقة ابن بشرطه

وتجب نفقة آخر ، وهو اليهودى فى بيت المال بشرط كونه ذميا ، وشرطه : أن لا يكون هناك أحد من أصوله ممن تلزمه نفقة القريب : وإن مات من أقارب الكافر أحد ، وقف نصيبه حتى يتبين الحال أو يقع اصطلاح ، وكذا إن مات من أقارب المسلم أحد ، وإن مات الولدان أو أحدهما وقفت ماله أيضا ، وإن مات أحدهما قبل البلوغ غسل وصلى عليه ودفن بين مقابر المسلمين واليهود ، أو بعد البلوغ والامتناع من الإسلام جاز غسله دون الصلاة عليه لأنه يهودى أو مرتد ، ولا يصح نكاح واحد منهما لأنه يحتمل أنه يهودى أو مرتد فلا يصح نكاحه ، كالخنثى المشكل .

قاعـــدة

الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن

ومن فروعها :

رأى فى ثوبه منيا ولم يذكر احتلاما لزمه الغسل على الصحيح ؛ قال فى الأم : وتجب إعادة كل صلاة صلاها من آخر نومة نامها فيه ؛

ومنها : توضأ من بئر أياما وصلى ثم وجد فيها فأرة ، لم يلزمه قضاء إلا ما تيقن أنه صلاه بالنجاسة ؛

ومنها : ضرب بطن حامل فانفصل الولد حيا وبقى زمانا بلا ألم ثم مات ، فلا ضمان لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر ؛

ومنها : فتح قفصا عن طائر فطار فى الحال ضمنه ، وإن وقف ثم طار فلا إحالة على اختيار الطائر ؛

ومنها : ابتاع عبدا ثم ظهر أنه كان مريضا ومات : فلا رجوع له فى الأصح ، لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد ولا يتحقق إضافته إلى السابق ؛

ومنها : تزوج أمة ثم اشتراها وأتت بولد ، يحتمل أن يكون من ملك اليمين ، وأن يكون من ملك النكاح ، صارت أم ولد فى الأصح : وقيل لا ، لاحتمال كونه من النكاح .

وخرج عن ذلك صور :

منها : لو كان المرض مخوفا ، فتبرع ثم قتله إنسان أو سقط من سطح فمات أو غرق حسب تبرعه من الثلث ، كما لو مات بذلك المرض .

ومنها : لو ضرب يده فتورمت وسقطت بعد أيام ، وجب القصاص ؛

قلت : هذه لا تستثنى لأن باب القصاص كله كذلك ، لو ضربه أو جرحه وتألم إلى الموت وجب القصاص ؛

قاعـــــدة

الأصل فى الأشياء الإباحة ، حتى يدل الدليل على التحريم

هذا مذهبنا. وعند أبى حنيفة : الأصل فيها التحريم حتى يدل الدليل على الاباحة ، ويظهر أثر الخلاف فى المسكوت عنه :

ويعضد الأول قوله صلى الله عليه وسلم « ماأحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام وما سكت عنه فهو عفو ، فاقبلوا من الله عافيته فان الله لم يكن لينسى شيئا» أخرجه البزار والطبرانى من حديث أبى الدرداء بسند حسن : وروى الطبرانى أيضا من حديث أبى ثعلبة « إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحد حدودا فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان ، فلا تبحثوا عنها» وفى لفظ « وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها» وروى الترمذى وابن ماجه ، من حديث سلمان : « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الجبن والسمن والفراء فقال : الحلال ماأحل الله فى كتابه ، والحرام ماحرم الله فى كتابه ، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه » وللحديث طرق أخرى :

ويتخرج عن هذه كثير من المسائل المشكل حالها

منها : الحيوان المشكل أمره ، وفيه وجهان : أصحهما الحل كما قال الرافعى :

ومنها : النبات المجهول تسميته : قال المتولى يحرم أكله وخالفه النووى وقال الأقرب الموافق للمحكى عن الشافعى فى التى قبلها ، الحل :

ومنها : إذا لم يعرف حال النهر هل هو مباح أو مملوك هل يجرى عليه حكم الاباحة ، أو الملك ، حكى الماوردى فيه وجهين مبنيين على أن الأصل الإباحة أو الحظر :

ومنها : لو دخل حمام برجه وشك هل هو مباح أو مملوك فهو أولى به وله التصرف فيه ، جزم به فى أصل الروضة لأن الأصل الاباحة :

ومنها : لو شك فى كبر الضبة فالأصل الاباحة ، ذكره فى شرح المهذب :

ومنها : مسألة الزرافة : قال السبكى : المختار حل أكلها : لأن الأصل الاباحة ، وليس لها ناب كاسر ، فلا تشملها أدلة التحريم وأكثر الأصحاب لم يتعرضوا لها أصلا لا بحل ولا بحرمة ، وصرح بحلها فى فتاوى القاضى الحسين والغزالى ، وتتمة القول وفروع ابن القطان وهو المنقول عن نص الامام أحمد وجزم الشيخ فى التنبيه بتحريمها ، ونقل فى شرح المهذب الاتفاق عليه ، وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة ، ولم يذكرها أحد من المالكية والحنفية وقواعدهم تقتضى حلها .

قاعـــدة

الأصل فى الأبضاع التحريم

فاذا تقابل فى المرأة حل وحرمة ، غلبت الحرمة ؛ ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلطت محرمة بنسوة قرية محصورات ، لأنه ليس أصلهن الاباحة ، حتى يتأيد الاجتهاد باستصحابه وإنما جاز النكاح فى صورة غير المحصورات ، رخصة من الله ؛ كما صرح به الخطابى لئلا ينسد باب النكاح عليه ؛

ومن فروع هذه القاعدة :

ماذكره الغزالى فى الاحياء : أنه لووكل شخصا فى شراء جارية ووصفها ، فاشترى الوكيل جارية بالصفة ، ومات قبل أن يسلمها للموكل . لم يحل للموكل وطؤها ؛ لاحتمال أنه اشتراها لنفسه ، وإن كان شراء الوكيل الجارية بالصفات المذكورة ظاهرا فى الحل ؛ ولكن الأصل التحريم ، حتى يتيقن سبب الحل ؛

ومنها : ماذكره الشيخ أبو محمد فى التبصرة : أن وطء السرارى اللائى يجلبن اليوم من الروم والهند والترك حرام ، إلا أن ينتصب فى المغانم من جهة الامام من يحسن قسمتها فيقسمها من غير حيف ولا ظلم ، أو تحصل قسمة من محكم ، أو تزوج بعد العتق باذن القاضى والمعتق ، والاحتياط اجتنابهن مملوكات وحرائر ؛

قال السبكى فى الحلبيات : ولاشك أن الذى قاله الورع . وأما الحكم اللازم : فالجارية إما أن يعلم حالها أو يجهل ، فان جهل فالرجوع فى ظاهر الشرع إلى اليد ، إن كانت صغيرة وإلى اليد وإقرارها ، إن كانت كبيرة ؛ واليد حجة شرعية ، كالإقرار وإن علم فهى أنواع :

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

الثانى : كافرة ممن لهم ذمة وعهد ، فكذلك ؛

الثالث : كافرة من أهل الحرب ، مملوكة لكافر حربى أوغيره ، فباعها فهى حلال لمشتريها ؛

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

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

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

القسم الثانى : أن ينجلى الكفار عنها بغير إيجاب من المسلمين ، أو يموت عنها من لاوارث له من أهل الذمة ، ومأأشبه ذلك ، فهذه فيء يصرف لأهله ؛ فالجارية التى توجد من غنيمة أو فيء ، لاتحل حتى تتملك من كل من يملكها من أهل الغنيمة أو الفيء ، أومن المتولى عليهم ، أو الوكيل عنهم ، أوممن انتقل الملك إليه من جهتهم ، ولو بقى فيها قيراط لاتحل حتى يتملكه ممن هو له ؛

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

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

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

والامام فى موضع حكى هذا وضعفه ؛ وقال : إن المشهور عدم التخميس . وفى موضع ادعى إجماع الأصحاب على أنه يختص به ، ولا يخمس ، وجعل مال الكفار على ثلاثة أقسام : غنيمة ، وفيء ، وغيرهما كالسرقة ، فيتملكه من يأخذه ، قياسا على المباحات ووافقه الغزالى على ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفة ؛ وقال البغوى : إن الواحد إذا أخذ من حربى شيئا على جهة السوم ، نجحده أوهرب به ، اختص به ، وفيما قاله نظر يحتمل أن يقال : يجب رده ، لأنه كان ائتمنه ؛ فان صح ماقاله البغوى ، وافق الغزالى بطريق الأولى ؛ وقال أبو إسحاق : إن المأخوذ على جهة الاختلاس فيء ؛ وقال الماوردى غنيمة ؛ وماقاله الماوردى موافق لكلام الأكثرين ؛ وماقاله أبو إسحاق : إن أرادبالفيء

الغنيمة حصل الوفاق ، وإلافلا : وزعم أنه ينزع من المختلس ، ويعطى جميعه لغيره من المقاتلة وأهل الخمس ، فبعيد :

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

قاعـــدة

الأصل فى الكلام الحقيقة

وفى ذلك فروع :

منها : إذا وقف على أولاده ، أوأوصى لهم ، لايدخل فى ذلك ولدالولد فى الأصح لأن اسم الولد حقيقة فى ولد الصلب : وفى وجه نعم ، حملا له على الحقيقة والمجاز :

ومنها : لوحلف لايبيع ، أولايشترى ، أولا يضرب عبده فوكل فى ذلك ، لم يحنث ، حملا للفظ على حقيقته : وفى قول : إن كان ممن لايتولاه بنفسه ، كالسلطان ، أوكان المحلوف عليه مما لايعتاد الحالف فعله بنفسه ، كالبناء ونحوه ، حنث إذا أمر بفعله :

ومنها : لوقال : وقفت على حفاظ القرآن : لم يدخل فيه من كان حافظا ونسيه ، لأنه لايطلق عليه حافظ إلا مجازا باعتبار ماكان : نقله الأسنوى عن البحر :

ومنها : وقفت على ورثة زيد ، وهو حى ، لم يصح : لأن الحى لاورثة له : قاله فى البحر أيضا : قال الأسنوى : ولو قيل : يصح ، حملا على المجاز : أى ورثته لومات ، لكان محتملا :

ومنها : لوحلف لايبيع أو لايشترى ، أو لايستأجر ، أو نحو ذلك : لم يحنث إلا بالصحيح ، دون الفاسد ، بناء على أن الحقائق الشرعية إنما تتعلق بالصحيح ، دون الفاسد .

ومنها : لوقال : هذه الدار لزيد كان إقرارا له بالملك ، حتى لوقال : أردت أنها مسكنه . لم يسمع :

ومنها : لوحلف لايدخل دار زيد . لم يحنث إلا بدخول مايملكها ، دون مايسكنها باعارة أو إجارة : لأن إضافتها إليه مجاز ، إلا أن يريد مسكنه ، ولو حلف لايدخل مسكنه ، لم يحنث بدخول داره التى هى ملكه ولا يسكنها فى الأصح ، لأنها ليست مسكنه حقيقة :

ومنها : لوحلف لايأكل من هذه الشاة ، حنث بلحمها ، لأنه الحقيقة ، دون لبنها ونتاجها : لأنه مجاز . نعم ، إن هجرت الحقيقة تعين العمل بالمجاز الراجح ، كأن حلف

لايأكل من هذه الشجرة ، فانه يحنث بثمرها ، وإن كان مجازا ؛ دون ورقها وأغصانها وإن كان حقيقة ؛

(تنبيه) قد يشكل على هذا الأصل ؛ مالو حلف لايصلى ، فالأصح فى أصل الروضة أنه يحنث بالتحرم ؛ وفى وجه : لايحنث إلا بالفراغ ، لأنها قد تفسد قبل تمامها ، فلايكون مصليا حقيقة ؛ وهذا هو قياس القاعدة ؛ وفى ثالث : لايحنث حتى يركع ؛ لأنه حينئذ يكون أتى بالمعظم ، فيقوم مقام الجميع . والرافعى حكى الأوجه فى الشرح ، ولم يصحح شيئا .

ذكر تعارض الأصل والظاهر

قال النووى فى شرح المهذب : ذكر جماعة من متأخرى الخراسانيين : أن كل مسئلة تعارض فيها أصل وظاهر ، أو أصلان . ففيها قولان : وهذا الإطلاق ليس على ظاهره فان لنا مسائل يعمل فيها بالظاهر بلا خلاف ، كشهادة عدلين ، فانها تفيد الظن ، ويعمل بها بالاجماع ، ولا ينظر إلى أصل براءة الذمة ، ومسألة بول الظبية وأشباهها ، ومسائل يعمل فيها بالأصل بلا خلاف ، كمن ظن حدثا ، أو طلاقا ، أوعتقا ، أوصلى ثلاثا أم أربعا ؛ فانه يعمل فيها بالأصل بلا خلاف :

قال : والصواب فى الضابط ماحرره ابن الصلاح ؛ فقال : إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر ، وجب النظر فى الترجيح ، كما فى تعارض الدليلين ، فان تردد فى الراجح فهى مسائل القولين ؛ وإن ترجح دليل الظاهر حكم به بلا خلاف ؛ وإن ترجح دليل أصلى حكم به بلا خلاف . انتهى ؛

فالأقسام حينئذ أربعة :

الأول : مايرجح فيه الأصل جزما ، ومن أمثلته جميع ماتقدم من الفروع ؛ وضابطه أن يعارضه احتمال مجرد ؛

الثانى : مايرجح فيه الظاهر جزما ؛ وضابطه : أن يستند إلى سبب منصوب شرعا ؛ كالشهادة تعارض الأصل ، والرواية ، واليد فى الدعوى ، وإخبار الثقة بدخول الوقت أو بنجاسة الماء ، وإخبارها بالحيض ، وانقضاء الأقراء ، أو معروف عادة ، كأرض على شط نهر ؛ الظاهر أنها تغرق وتنهار فى الماء ، فلا يجوز استئجارها ؛ وجوز الرافعى تخريجه على تقابل الأصل والظاهر . ومثل الزركشى لذلك باستعمال السرجين فى أوانى الفخار ، فيحكم بالنجاسة قطعا ؛ ونقله عن الماوردى ؛ وبالماء المارب من الحمام ؛ لاطراد العادة بالبول فيه ، أو يكون معه مايعتضد به ، كمسئلة بول الظبية ؛

ومنه : لو أخذ المحرم بيض دجاجة وأحضنها صيدا ، فلسد بيضه ، ضمنه ، لأن الظاهر أن الفساد نشأ من ضم بيض الدجاج إلى بيضه ، ولم يحك الرافعى فيه خلافا ؛

الثالث : مايرجح فيه الأصل على الأصح . وضابطه : أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف . وأمثلته لاتكاد تحصر :

منها : الشيء الذى لايتيقن نجاسته ، ولكن الغالب فيه النجاسة ، كأوانى وثياب مدمنى الخمر ، والقصابين والكفار المتدينين بها كالمجوس ، ومن ظهر اختلاطه بالنجاسة وعدم احترازه منها ، مسلما كان أو كافرا ، كما فى شرح المهذب عن الامام ، وطين الشارع والمقابر المنبوشة حيث لا تتيقن ، والمعنى بها كما قال الامام وغيره : التى جرى النبش فى أطرافها والغالب على الظن انتشار النجاسة فيها . وفى جميع ذلك قولان ، أصحهما الحكم بالطهارة استصحابا للأصل :

ومن ذلك : مالو أدخل الكلب رأسه فى الإناء ، وأخرجه وفمه رطب ، ولم يعلم ولوغه ، والأصح أنه لايحكم بنجاسة الإناء . فإن أخرجه يابسا ، فطاهر قطعا :

ومن ذلك : لوسقط فى بئر فأرة ، وأخذ دلو قبل أن ينزح إلى الحد المعتبر ، وغلب على الظن أنه لايخلو من شعر ، ولم ير ، ففيه القولان : والأظهر الطهارة :

ومنها : إذا تنحنح الامام ، وظهر منه حرفان ، فهل يلزم المأموم المفارقة ؛ إعمالا لظاهر الغالب المقتضى لبطلان الصلاة ، أولا : لأن الأصل بقاء صلاته ، ولعله معذور فى التنحنح ، فلا يزال الأصل إلا بيقين ؟ قولان . أصحهما : الثانى :

ومنها : لو امتشط المحرم فانفصلت من لحيته شعرات ، ففيه وجهان ، أصحهما : لافدية ، لأن التنف لم يتحقق ، والأصل براءة الذمة . والثانى : يجب . لأن المشط سبب ظاهر ، فيضاف إليه ، كإضافة الاجهاض إلى الضرب .

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

ومنها : لو قذف مجهولا ، وادعى رقه ، فقولان ، أصحهما : أن القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمته ، والثانى : قول المقذوف ؛ لأن الظاهر الحرية ، فإنها الغالب فى الناس :

ومنها : لوجرت خلوة بين الزوجين ، وادعت الاصابة ، فقولان : أصحهما : تصديق المنكر ، لأن الأصل عدمها ، والثانى : تصديق مدعيها ؛ لأن الظاهر من الخلوة الإصابة غالبا :

ومنها : لواختلف الزوجان الوثنيان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معا ، فالنكاح باق ، وأنكرت ، فالقول قوله فى الأظهر ، لأن الأصل بقاء النكاح . والثانى قولها ، لأن التساوى فى الاسلام نادر . فالظاهر خلافه ،

ومنها : دعوى المديون ، لدى مقابلة مال ، الاعسار ، فيه وجهان ، أصحهما : القول قوله ، لأن الأصل العدم ؛ والثانى : لا ، لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئا ؛

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

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

ومنها : لو ادعى المالك أنه كان كاتبا . صدق الغاصب ، لأن الأصل العدم ، وبراءة الذمة مما زاد ، والقول الثانى : المالك ، لأن الغالب أن صفات العبد لا يعرفها إلا السيد ؛

ومنها : لو قال : هذا ولدى من جاريتى هذه ، لحقه عند الإمكان ، وهل يثبت كون الجارية أم ولد ، لأنه الظاهر ، أولا ، لاحتمال أن يكون استولدها بالزوجية ؟ فيه قولان رجح الرافعى الثانى ؛ قال : ولهما خروج على تقابل الأصل والظاهر .

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

ومنها : جاء المتبايعان معا ؛ فقال أحدهما : لم أفارقه ، فلى خيار المجلس . فالقول قوله ، لأن الأصل عدم التفرق . كذا أطلق الأصحاب ؛ قال الرافعى : وهو بين ، إن قصرت المدة ؛ وأما إذا طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر ، فلا يبعد تخريجه على تعارض الأصل والظاهر ؛ وتابعه ابن الرفعة .

ومنها : طرح العصير فى الدن ، وأحكم رأسه . ثم حلف أنه لم يستحل خمرا ، ولم يفتح رأسه إلى مدة ، ولما فتح وجده خلا ، فوجهان ؛ أحدهما لا يحنث . لأن الأصل عدم الاستحالة ، وعدم الحنث ؛ والثانى إن كان ظاهر الحال صيرورته خمرا وقت الحلف حنث . وإلا فلا

ومنها ، جرح المحرم صيدا وغاب ؛ ولم يعلم ، هل برىء أو مات ؟ فالمذهب ، أن

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

ونظيره ، فى مسئلة الظبية : أن لايرى الماء عقب البول ، بل تغيب ثم يجده متغيرا ، فانه لايحكم بأن التغير عن البول :

ونظيره أيضا : لوجرح الصيد وغاب ، ثم وجده ميتا : فانه لايحل فى الأظهر :

ومنها : لورمى حصاة إلى المرمى ، وشك : هل وقعت فيه أولا ؟فقولان : أصحهما لايجزيه ، لأن الأصل عدم الوقوع فيه ، وبقاء الرمى عليه ، والثانى : يجزيه ، لأن الظاهر وقوعها فى المرمى .

الرابع: ماترجح فيه الظاهر على الأصل ، بأن كان سببا قويا منضبطا :وفيه فروع :

منها : من شك بعدالصلاة ، أوغيرها من العبادات ، فى ترك ركن غيرالنية ، فالمشهور أنه لايؤثر ، لأن الظاهر انقضاء العبادة على الصحة : والثانى يقول : الأصل عدم فعله ومثله : ما لوقرأ الفاتحة ، ثم شك بعد الفراغ منها فى حرف أو كلمة ، فلاأثرله . نقله فى شرح المهذب عن الجوينى :

وكذا لو استجمر وشك : هل استعمل حجرين ، أو ثلاثة كما فى فتاوى البغوى . قال الزركشى وقياسه كذلك فيما لوغسل النجس ، وشك بعد ذلك : هل استوعبه ؟.

ومنها : اختلف المتعاقدان فى الصحة والفساد . فالأصح تصديق مدعى الصحة : لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع والثانى لالقول الأصل عدمها :

ومنها : لو جاء من قدام الامام واقتدى ، وشك ، هل تقدم ؟ فالأصح الصحة : وقيل ،لا ، لأن الأصل عدم تأخره :

ومنها : لو وكل بتزويج ابنته ، ثم مات الموكل ، ولم يعلم : هل مات قبل العقد ، أوبعده ؟ فالأصل عدم النكاح. وصححه الرويانى .وقال القاضى حسين :الأصح صحته لأن الظاهر بقاء الحياة :

ومنها : لوادعى الجانى رق المقتول : صدق القريب فى الأصح : لأنه الظاهر الغالب:

ومنها : شهد فى واقعة ، وعدل ، ثم شهد فى أخرى بعدزمان طويل .فالأصح طلب تعديله ثانيا : لأن طول الزمان يغير الأحوال ، والثانى ، لا ، لأن الأصل عدم التغير :

ومنها : إذا جومعت فقضت شهوتها ، ثم اغتسلت ، ثم خرج منها منى الرجل ، فالأصح وجوب إعادة الغسل ، لأن الظاهر خروج منيهامعه ، والثانى ، لا ، لأن الأصل عدم خروجه ،

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

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

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

فصل فى تعارض الأصلين

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

فمن فروع ذلك :

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

ومنها : قالت : سألتك الطلاق بعوض فطلقتنى عليه متصلا فأنا منك بائن ، وقال بل بعد طول الفصل ، فلى الرجعة ، فالمصدق الزوج : قال السبكى : ولم يخرجوه على تقابل الأصلين .

ومنها : قال : بعتك الشجرة بعد التأبير فالثمرة لى ، وعاكسه المشترى ، صدق البائع ، لأن الأصل بقاء ملكه . جزم به فى الروضة .

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

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

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

وخرج ابن أبى الصيف على هذه المسئلة فرعا ، وهو :

قلتان متغيرتان بنجاسة ، ثم غاب عنهما ثم عاد ، ولا تغير ، وشك فى بقاء الكثرة ، فقال : إن قلنا بالطهارة فى الأولى فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، لأن الأصل بقاء الكثرة : ونازعه المحب الطبرى ، فقال : لاوجه للبناء ، ولا للخلاف لأن تلك تعارض فيها أصلان ، فنشأ قولان ، وهنا الأصل بقاء الكثرة بلا معارض .

ومنها : لو شككنا فيما أصاب من دم البراغيث . أقليل ، أم كثير ؟ ففيه احتمالان للامام ، لأن الأصل : اجتناب النجاسة ، والأصل فى هذه النجاسة العفو ، وهذه المسئلة نظير ماقبلها ، وقد رجح فى أصل الروضة : أن له حكم القليل :

ومنها : لوأدرك الإمام ، وهو راكع ، وشك : هل فارق حد الركوع قبل ركوعه فقولان : أحدهما : أنه مدرك ، لأن الأصل بقاء ركوعه ، والثانى : لا ، لأن الأصل عدم الادراك ، وهو الأصح .

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

ومنها : لو أصدقها تعليم قرآن ، ووجدناها تحسنه : فقال : أنا علمتها وقالت : بل غيره ، فقولان ، لأن الأصل بقاء الصداق وبراءة ذمته ، والأصح تصديقها :

ومنها : إذا غاب العبد ، وانقطعت أخباره : ففى قول : تجب فطرته وهو الأصح . لأن

الأصل بقاء حياته ، وفى قول : لا ، لأن الأصل براءة ذمة السيد ورجح الأول بأنه ثبت اشتغال ذمة السيد قبل غيبة العبد بفطرته ، فلا تزال إلا بيقين موته ويجرى القولان فى إجزاء عتقه عن الكفارة ، والأصح أنه لا يجزيه لأن الأصل اشتغال ذمته بالكفارة فلا تبرأ إلا بيقين

ونظيره فى إعمال كل من الأصلين فى حالة ما إذا أدخل رجله الخف وأحدث قبل وصول القدم إلى مستقرها لا يجوز المسح ولو أخرجها إلى الساق ثم أدخلها ، لا يضر ، عملا بالأصل فى الموضعين .

ولو أراد جماعة إنشاء قرية لا للسكن فأقيم بها الجمعة لم يجز ولو كانت قرية وانهدمت وأقام أهلها لبنائها وأقيم بها الجمعة صح عملا بالأصل فى الموضعين .

ولو وجد لحما ملقى ، وشك هل هو ميتة ، أو مذكى ؟ لا يحل أكله ولو لاقى شيئا لم ينجسه ، عملا بالأصل فيهما .

ومنها : أذن المرتهن فى البيع ورجع ، ثم ادعى الرجوع قبل البيع فوجهان ، لأن الأصل عدم البيع ، وعدم الرجوع ، والأصح تصديق المرتهن .

ومنها : لو شك : هل رضع فى الحولين أم بعدهما ، فقولان لأن الأصل الحل وبقاء الحولين ، والأصح لا تحريم .

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

ومنها : باعه عصيرا وأقبضه ووجد خمرا ، فقال البائع تخمر عندك ، وقال المشترى بل عندك ، فالأصل عدم التخمر وعدم قبض الصحيح ، وصحح النووى تصديق البائع ترجيحا لأصل استمرار البيع ، ويجرى القولان فيما لو كان رهنا مشروطا فى بيع .

ومنها : لو قبض المسلم فيه فجاء بمعيب وقال : هذا الذى قبضته ، وأنكر المسلم إليه فالأصح : تصديق المسلم لأن الأصل اشتغال ذمة المسلم إليه ، ولم يتيقن البراءة والثانى يصدق المسلم إليه لأن الأصل السلامة واستقرار العقد ، ولهذا يصدق البائع قطعا فيما لو جاء المشترى بمعيب ، وقال : هذا المبيع ، لأنه لم يعارضه أصل اشتغال الذمة ، وفارق المسلم لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء وتنازعا فى عيب الفسخ والأصل عدمه ، والثمن المعين كالمبيع ، وفى الذمة فيه الوجهان فى السلم .

ومنها : لو رأى المبيع قبل العقد ، ثم قال البائع : هو بحاله ، وقال المشترى : بل تغير : فوجهان ، أحدهما يصدق البائع ، لأن الأصل عدم التغير والأصح المشترى لأن البائع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصفة والمشترى ينكر ذلك

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

الأول بأنه بعد التسليم بقى الأصل : وجوب الأجرة عليه إلى أن يتبين مايسقطها:

ومنها: لو أعطاه ثوبا ليخيطه فخاطه قباء وقال : أمرتنى بقطعه قباء ، فقال : بل قميصا فالأظهر تصديق المالك لأن الأصل عدم الإذن فى ذلك ، والثانى المستأجر ، لأن الأصل براءة ذمته ، والظاهر : أنه لايتجاوز إذنه .

ومنها: قد ملفوفا وزعم موته ، ففى قول يصدق القاد لأن الأصل براءةذمته والأصح يصدق الولى ، لأن الأصل بقاء الحياة :

ومنها: لو زعم الولى سراية والجانى سببا آخر ، فالأصح تصديق الولى لأن الأصل عدم السبب والثانى الجانى ، لأن الأصل براءة الذمة .

ولو عكس بأن قطع يديه ورجليه ، وزعم الولى سببا آخر ، والجانى سراية فالأصح تصديق الولى ، لأن الأصل بقاء الديتين الواجبتين ، والثانى : الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته :

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

ومنها : ادعى أحد الزوجين التفويض والآخر التسمية ، فالأصل عدم التسمية من جانب وعدم التفويض من جانب ، كذا فى أصل الروضة . قال البلقينى : لم يبين فيه الحكم وكأنه أحاله على مإذا اختلفا فى عقدين ، فان كلا يحلف على نفى دعوى الآخر .

ومنها: إذا قال : كان له على كذا ، ففى كونه مقرا به خلاف لأن الأصل الاستمرار والأصل براءة الذمة ، والأصح أنه ليس بإقرار :

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

ومنها : لو شهد عليه بكلمة الكفر فادعى الاكراه ، فليجددالاسلام فان قتله مبادرا قبل التجديد ، ففى الضمان وجهان . قال فى الوسيط : مأخوذان من تقابل الأصلين عدم الاكراه وبراءة الذمة :

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

ومنها : زاد المقتص فى الموضحة وقال : حصلت الزيادة باضطراب الجانى وأنكر

ففي المصدق وجهان في الروضة بلا ترجيح ، لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب .
قال ابن الرفعة : وينبغي القطع بتصديق المشجوج ، يعني وهو المقتص لأنه وجد في حقه أصلان : براءة الذمة وعدم الارتعاش ، ولم يوجد في حق الآخر إلا أصل واحد ، بل والظاهر أيضا أن من مسه آلة القصاص يتحرك بالطبع .

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

تذنيب

لهم أيضا تعارض الظاهرين

ومن أمثلته : إذا أقرت بالنكاح وصدقها المقر له بالزوجية ، فالجديد قبول الاقرار لأن الظاهر صدقهما فيما تصادقا عليه ، والقديم إن كانا بلدين طولبا بالبينة ، لمعارضة هذا الظاهر بظاهر آخر ، وهو أن البلدين يعرف حالها غالبا ، ويسهل عليهما إقامة البينة .

فوائد

نختم بها الكلام على هذه القاعدة

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

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

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

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

الرابعة : بال حيوان في ماء كثير ، ثم وجده متغيرا ولم يدر ، أتغير بالبول أم بغيره فهو نجس .

الخامسة : المستحاضة المتحيرة ، يلزمها الغسل عند كل صلاة ، يشك في انقطاع الدم قبلها .

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

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

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

التاسعة : المستحاضة وسلس البول إذا توضأ ، ثم شك : هل انقطع حدثه أم لا ؟ فصلى بطهارته ، لم تصح صلاته .

العاشرة : تيمم ، ثم رأى شيئا لايدرى : أسراب هو ، أم ماء بطل تيممه ، وإن بان سرابا .

الحادية عشرة ، رمى صيدا فجرحه ، ثم غاب فوجده ميتا ، وشك هل أصابته رميته أخرى من حجر أو غيره لم يحل أكله ، وكذا لو أرسل عليه كلبا .

هذا ماذكره ابن القاص .

وقد نازعه القفال وغيره فى استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك ، وإنما عمل فيها بالأصل الذى لم يتحقق شرط العدول عنه ، لأن الأصل فى الأولى والثانية غسل الرجلين وشرط المسح : بقاء المدة وشككنا فيه ، فعمل بأصل الغسل ، وفى الثالثة والسابعة والثامنة القصر رخصة بشرط ، فاذا لم يتحقق رجع إلى الأصل ، وهو الاتمام ؛ وفى الخامسة الأصل وجوب الصلاة ، فاذا شكت فى الانقطاع فصلت بلا غسل ، لم تتيقن البراءة منها وفى السادسة : الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة ، فلما لم يغسل الجميع فهو شاك فى زوال منعه من الصلاة ، وفى العاشرة : إنما بطل التيمم لأنه توجه الطلب عليه ، وفى الحادية عشرة فى حل الصيد قولان ، فان قلنا لايحل فليس ترك يقين بشك لأن الأصل التحريم ، وقد شككنا فى الاباحة ، وقد نقل النووى ذلك فى شرح المهذب وقال ماقاله القفال فيه نظر .

والصواب فى أكثر هذه المسائل مع ابن القاص .

قال وقد استثنى إمام الحرمين أيضا والغزالى ما إذا شك الناس فى انقضاء وقت الجمعة فانهم لايصلون الجمعة ، وإن كان الأصل بقاء الوقت .

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

ومثله لو سلم من صلاته ، وشك هل صلى ثلاثا أو أربعا ، والأظهر أن صلاته مضت على الصحة .

قال : فان تكلف متكلف ، وقال : المسألتان داخلتان فى القاعدة ، فانه شك هل ترك أو لا ، والأصل عدمه ، فليس بشىء لأن الترك عدم باق على ما كان عليه ، وإنما المشكوك فيه الفعل ، والأصل عدمه ولم يعمل بالأصل .

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

وزاد ابن السبكى فى نظائره صورا أخرى :

منها : إذا جاء من قدام الامام واقتدى به وشك ، هل هو متقدم عليه ، فالصحيح فى التحقيق وشرح المهذب أنه تصح صلاته ؛

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

وفى نظير هذه المسألة لو صلى وشك ، هل تقدم على الإمام بالتكبير أولا ، لاتصح صلاته وفرق بأن الصحة فى التقدم أكثر وقوعا فانها تصح فى صورتين : التأخير والمساواة وتبطل فى التقدم خاصة ، والصحة فى التكبير أقل وقوعا ، فانها تبطل بالمقارنة والتقدم ، وتصح فى صورة واحدة ، وهى التأخر ؛

ومنها : من له كفان عاملتان أو غير عاملتين ، فبأيهما مس انتقض وضوءه مع الشك فى أنها أصلية أو زائدة ، والزائدة لاتنقض ، ولهذا لو كانت إحداهما عاملة فقط انتقض بها وحدها على الصحيح ؛

ومنها : إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب صدق بيمينه على الصحيح ؛ وإلا لتخلد الحبس عليه إذا كان صادقا وعجز عن البينة ، والثانى يصدق المالك ، لأن الأصل البقاء

وزاد الزركشى فى قواعده صورا أخرى :

منها : مسألة الهرة ، فان الأصل نجاسة فمها ، فترك ، لاحتمال ولوغها فى ماء كثير وهو شك ؛

ومنها : من رأى منيا فى ثوبه أو فراشه الذى لاينام فيه غيره ولم يذكر احتلاما ، لزمه الغسل فى الأصح ، مع أن الأصل عدمه .

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

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

الفائدة الثانية

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : الشك على ثلاثة أضرب ، شك طرأ على أصل حرام ، وشك طرأ على أصل مباح ، وشك لايعرف أصله ؛

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

والثانى : أن يجد ماء متغيرا ، واحتمل تغيره بنجاسة ، أو بطول المكث يجوز التطهر به عملا بالغالب عملا بأصل الطهارة .

والثالث : مثل معاملة من أكثر ماله حرام ولم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام فلا تحرم مبايعته لإمكان الحلال وعدم تحقق التحريم ، ولكن يكره خوفا من الوقوع فى الحرام . انتهى

الثالثة

قال النووى : اعلم أن مراد أصحابنا بالشك فى الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق والطلاق وغيرها : هو التردد بين وجود الشىء وعدمه سواء كان الطرفان فى التردد سواء أو أحدهما راجحا فهذا معناه فى استعمال الفقهاء وكتب الفقه .

أما أصحاب الأصول : فانهم فرقوا بين ذلك وقالوا : التردد إن كان على السواء فهو شك ، وإن كان أحدهما راجحا فالراجح ظن والمرجوح وهم .

ووقع للرافعى : أنه فرق بينهما فى الحدث فقال : إنه يرفع بظن الطهر ، لا بالشك فيه وتبعه فى الحاوى الصغير وقيل : إنه غلط معدود من أفراده : قال ابن الرفعة لم أره لغيره

قال فى المهمات : وفى الشامل إنما قلنا بنقض الوضوء بالنوم مضطجعا ، لأن الظاهر خروج الحدث فصدق أن يقال : رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث بخلاف عكسه فكأن الرافعى أراد ماذكره ابن الصباغ فانعكس عليه . ولمجلى احتمال فيما إذا ظن الحدث بأسباب عارضة فى تخريجه على قولى الأصل والغالب .

قال الزركشى : وما زعمه النووى من أنه فى سائر الأبواب لافرق فيه بين المساوى والراجح يرد عليه أنهم فرقوا فى مواضع كثيرة :

منها : فى الإيلاء لو قيد بمستبعد الحصول فى الأربعة ، كنزول عيسى فؤول ، وإن ظن حصوله قبلها فلا ، وإن شك فوجهان .

ومنها : شك فى المذبوح ، هل فيه حياة مستقرة ، حرم للشك فى المبيح . وإن غلب على ظنه بقؤها حل .

ومنها : فى الأكل من مال الغير إذا غاب على ظنه الرضى جاز ، وإن شك فلا .

ومنها : وجوب ركوب البحر فى الحج إذا غلبت السلامة ، وإن شك فلا .

ومنها : المرض إذا غلب على ظنه كونه مخوفا ، نفذ التصرف من الثلث وإن شككنا فى كونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة .

ومنها : قال الرافعى فى كتاب الاعتكاف : قولهم «لا يقع الطلاق بالشك» مسلم ، لكنه يقع بالظن الغالب انتهى .

ويشهد له لو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق ؛ فاذا مضت ثلاثة أقراء من وقت التعليق وقع الطلاق ، مع أن الأقراء لاتفيد إلا الظن ولهذا أيد الإمام احتمالا بعدم الوقوع ؛

الرابعـــة

يعبر عن الأصل فى جميع ماتقدم بالاستصحاب ، وهو استصحاب الماضى فى الحاضر وأما استصحاب الحاضر فى الماضى فهو الاستصحاب المقلوب :

قال الشيخ تقى الدين السبكى : ولم يقل به الأصحاب إلا فى مسألة واحدة وهو ما إذا اشترى شيئا فادعاه مدع وانتزعه منه بحجة مطلقة ، فانهم أطبقوا على ثبوت الرجوع له على البائع : بل لو باع المشترى أو وهب ، وانتزع من المشترى منه أو الموهوب له. كان للمشترى الأول الرجوع أيضا ، فهذا استصحاب الحال فى الماضى فان البينة لاتنشىء الملك ولكن تظهره ، والملك سابق على إقامتها ، لابد من تقدير زمان لطيف له ويحتمل انتقال الملك من المشترى إلى المدعى ولكنهم استصحبوا مقلوبا ، وهو عدم الانتقال عنه فيما مضى

قال ابنه تاج الدين : وقيل به أيضا على وجه ضعيف فيما إذا وجدنا ركازا ، ولم ندر هل هو جاهلى أو إسلامى ، أنه يحكم بأنه جاهلى ولو كان المغصوب باقيا ، وهو أعور مثلا فقال الغاصب : هكذا غصبته : فالقول قول الغاصب : صرح به الشيخ أبو حامد وغيره فهذا استصحاب مقلوب .

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

القاعـــــدة الثالثة

المشقة : تجلب التيسير

الأصل فى هذه القاعدة قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) وقوله صلى الله عليه وسلم «بعثت بالحنيفية السمحة» أخرجه أحمد فى مسنده من حديث جابر بن عبد الله . ومن حديث أبى أمامة والديلمى وفى مسند الفردوس من حديث عائشة رضى الله عنها .

وأخرج أحمد فى مسنده والطبرانى والبزار وغيرهما عن ابن عباس قال «قيل : يارسول الله ، أى الأديان أحب إلى الله ، قال : الحنيفية السمحة» وأخرجه البزار من وجه آخر بلفظ «أى الإسلام» :

وروى الطبرانى فى الأوسط من حديث أبى هريرة رضى الله عنه «إن أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة» :

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