

الفصل الأول

**الضوابط الفقهية المتعلقة بالعرض في
العقود ، والحقوق المترتبة عليها .**

وتحت مبحثان :

○ **المبحث الأول : الضوابط الفقهية المتعلقة بالعرض في العقود .**

وتحت مطلبان :

§ **المطلب الأول : العقد لا يتعدد بتعدد العرض .**

§ **المطلب الثاني : الجهالة في العرض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد .**

○ **المبحث الثاني : الضوابط الفقهية المتعلقة بالعرض في الحقوق**

المترتبة على عقود المعاوضات .

وتحت مطلب :

§ **المطلب : حقوق الأدميين لا تجب إلا عن معاوضة .**

المبحث الأول : الضوابط الفقهية المتعلقة بالعوض في العقود، وتحتة مطلبان :

المطلب الأول : العقد لا يتعدد بتعدد العوض ، وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول : صيغ الضابط .

بالنظر في صيغ هذا الضابط، وجدت أن الحنابلة ذكروه بنصه.
قال ابن قدامة^(١) : (وإن قالت: طلقني وضرتي بألف. أو: على ألف علينا. فطلقها وحدها، طلقت، وعليها قسطها من الألف؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدین، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان، فجاز أن ينقذ أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر. وإن كان العوض منها وحدها، فلا شيء له، في قياس المذهب؛ لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض)^(٢).

وكذلك ذكر ذلك شمس الدين ابن قدامة^(٣) - كما في الشرح -^(٤).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية^(٥).

(1) هو: موفق الدين، أبو محمد، عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر المقدسي الجماعيلي ثم الدمشقي الصالحي، الحنبلي، الفقيه، الأصولي، كان إمام في فنون كثيرة، وبرع في مذهب أحمد. ولد في شعبان سنة: إحدى وأربعين وخمسمائة بجماعيل، وتوفي سنة: عشرين وستمائة بدمشق. من مؤلفاته: " المغني في شرح في مختصر الخراقي"، و" الكافي في فقه الإمام أحمد"، و" المقنع"، و" عمدة الفقه"، و" روضة الناظر وجنة المناظر في أصول فقه الإمام أحمد بن حنبل". انظر في ترجمته: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب (١٣٣-١٤٩).

(2) المغني (٢٩٧/١٠).

(3) هو: شمس الدين، أبو محمد، وأبو الفرج، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي الجماعيلي الصالحي الحنبلي الخطيب الحاكم، قاضي القضاة، ولد في سنة: سبع وتسعين وخمسمائة بدمشق، وتوفي سنة: اثنتين وثمانين وستمائة بسفح قاسيون. من مؤلفاته: " الشرح الكبير على المقنع". انظر في ترجمته: تذكرة الحفاظ (١٤٩٢/٤)، وذيل طبقات الحنابلة (٣٠٤/٢)، وشذرات الذهب (٦٥٧/٧-٦٦١).

(4) انظر كتاب الشرح الكبير (٨٦/٢٢).

(5) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣).

إلا أن الحنفية ذكروا صياغة أخرى للضابط، وهي: (أن العوض ينقسم على المعوض).

قال ابن الهمام ^(١): (والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة وإلا لخلا بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض) ^(٢).

وكذلك الشافعية ذكروا صياغة أخرى له، لكنها بمعنى ما ذكره ابن الهمام، وهي: (أن العوض في مقابلة المعوض فيقسم عليه).

قال الماوردي ^(٣) في سياق حديثه عن مسألة طلب المرأة الطلاق بألف: (الألف جعلت عوضاً على مقابلة ثلاثة أعداد متساوية فقسطت عليها، وكان قسط كل واحد منهما ثلث الألف، فافتضى أن يستحق بكل طلقة منها، ثلث الألف) ^(٤).

وأما المالكية فسيأتي الحديث عن رأيهم عند ذكر دراسة الضابط، وإنما أخرت الحديث عن رأيهم، بسبب ما وجدت من خلاف كبير في داخل مذهبهم.

(١) هو: كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن سمعود السيواسي الإسكندري ثم القاهري، المعروف بابن الهمام الحنفي، شارك في علوم متعددة، و كان فقيهاً أصولياً محققاً، صاحب كتاب فتح القدير، و التحرير في أصول الفقه، و لد سنة ٧٩٠هـ، و توفي ٨٦١هـ. انظر في ترجمته: شذرات الذهب، (٤٣٧/٩)؛ معجم المؤلفين، (٢٦٤/١٠)؛ الأعلام، (٢٥٥/٦).

(٢) شرح فتح القدير (٢٠١/٤).

(٣) هو: علي بن محمد بن حبيب الماوردي، البصري، نسبته إلى بيع ماء الورد، ولد بالبصرة، وانتقل إلى بغداد، إمام في مذهب الشافعي، كان حافظاً له، وهو أول من لقب بـ (أقضى القضاة) في عهد القائم بأمر الله العباسي، وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد، اهتم بالميل إلى الاعتزال، توفي في بغداد.

من مؤلفاته: " الحاوي"، و" الأحكام السلطانية"، و" أدب الدنيا والدين"، و" قانون الوزارة".

انظر في ترجمته: طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي (٢٦٧/٥)، وطبقات الشافعية لابن قاضي شعبة (٢٤٠/١).

(٤) الحاوي الكبير (٤٧/١٠).

والجدير بالذكر أن اختلاف المعنى بين صياغات الأئمة لهذا الضابط عائد إلى مذهب كل منهم، وأما الاختلاف في اللفظ فلا مشاحة في الاصطلاح - كما هو معلوم عند الأصوليين - والله أعلم .



الفرع الثاني: معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط، لا بد من بيان أن الأصل في العوض أنه يثبت كاملاً حسب ما يقدره العاقدان - كما في العقود - أو بحسب ما قدره الشارع الحكيم - كما في الجنایات والملفات - .

ولذلك جاء في كلام ابن قدامة قوله: (فإن قالت: طلقني ثلاثاً ولك ألف، فهي كالتى قبلها، إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له، وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف)^(١).

ومع هذا فإن العوض يمكن أن لا يثبت كاملاً كما في بعض الحالات، وإذا لم يثبت كاملاً بأن أصبح متعدداً، فهل يتعدد العقد بتعدد العوض - وهو ما يسمى بتجزئة العوض - أم يكون عقداً واحداً لا يتعدد بتعددده ؟ في المسألة خلاف بين الفقهاء كما سيأتي بيانه .



(١) المغني (٢٩٧/١٠) .

الفرع الثالث: دليل الضابط .

من المعلوم أن العوض يبذل في مقابل المعوض، بدليل قول الله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾^(١).
وقال: ﴿فهل نجعل لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سداً﴾^(٢).
وقال موسى: ﴿هل أتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً﴾^(٣).
وعليه فإن مذهب الحنابلة استند في أن العقد لا يتعدد بتعدد العوض في مسألة الطلاق بالقياس على مسألة المسابقة؛ لأن المسابق إنما يبذل العوض في مقابلة المعوض، فإن أوجب إليه استحق من أجابه العوض كاملاً، وإن لم يُجب إليه لم يستحق شيئاً، وخالف في ذلك الجمهور، كما سيأتي بيان ذلك في الفرع التالي .



(١) سورة القصص آية ٢٧ .

(٢) سورة الكهف آية ٩٤ .

(٣) سورة الكهف آية ٦٦ .

الفرع الرابع: دراسة الضابط .

استمراراً لما ذكر فيما سبق ، فإنه من المهم عند دراسة هذا الضابط من بيان لتحرير محل النزاع فيه ، فأقول :

تحرير محل النزاع :

اتفق الفقهاء على أن العوض يثبت كاملاً حسب ما يقدره العاقدان - كما في العقود - أو بحسب ما قدره الشارع الحكيم - كما في الجنایات والمثلقات - ^(١)، لكن إذا لم يثبت العوض كاملاً، فهل يصح أن يتعدد عقده بتعددده ؟ وهو ما يسمى بتجزئة العوض، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة، وسأضع مثلاً للخلاف في هذا الضابط على مسألة الطلاق بعوض لتوضيح المراد .

صورة المسألة : ما لو قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً ولك ألف. فطلقها واحدة. فما الحكم ؟

• الأقوال في المسألة :

القول الأول ^(٢) :

أن العقد يتعدد بتعدد عوضه، وأن عوضه يتجزأ على المعوض، وأن الطلاق يقع طلاقاً واحدة، ويستحق به ثلث الألف، وهذا قول أبي حنيفة، وصاحبيه، وبعض المالكية، والشافعي، وأبي الخطاب من الحنابلة، لكن أبا حنيفة وافق الحنابلة في صورة ما لو قالت المرأة في مسألة الطلاق: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة، على أنه لا يستحق شيئاً .

(١) انظر المغني (٢٩٧/١٠)، والمجموع (١٨٢/١٨) وما بعدها .

(٢) انظر شرح فتح القدير (٢٠١/٤)، والمجموع (١٨٣/١٨)، والإنصاف (٨٦/٢٢) .

تحرير القول الأول :

ذهب بعض المالكية - كما سيأتي في تحرير قولهم - والشافعي، وأبي يوسف^(١)، ومحمد إلى القول: بتجزئة العوض، وأن العقد يتعدد بتعدد عوضه.

وأما أبا حنيفة فقد قال: بتجزئة العوض، وأن العقد يتعدد بتعدد عوضه، إلا إنه في صورة ما لو قالت المرأة في مسألة الطلاق: طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة، على أنه لا يستحق شيئاً، موافقاً بذلك الحنابلة، وأنه يخالف في مسألة تعليق الطلاق بهذه الصيغة .

القول الثاني^(٢) :

أن العقد لا يتعدد بتعدد عوضه، وأن العوض لا يتجزأ على المعوض، وأن الطلاق يقع طلقة واحدة، ولا يستحق شيئاً، وهذا مذهب الحنابلة وهو من مفردات المذهب، ومذهب لبعض المالكية .
وذهب بعض المالكية إلى أن الطلاق يقع بائناً، ويستحق الألف على ذلك .

تحرير القول الثاني :

ذهب الحنابلة إلى القول بأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض، وأن العوض لا يتجزأ على معوضه، وأن الطلاق يقع طلقة واحدة، ولا يستحق شيئاً.

(1) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، القاضي، الإمام، من ولد سعد بن حبة الأنصاري صاحب رسول الله ﷺ أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحابه جميعاً، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد، وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زياً خاصاً. وثقة أحمد، وابن معين، وابن المديني . روي عنه أنه قال : ((ما قلت قولاً خالفت فيه أبا حنيفة إلا وهو قول قاله ثم رغب عنه)) . قيل: إنه أول من وضع الكتب في أصول الفقه .

من مؤلفاته : " الخراج " ، و " أدب القاضي " ، و " الجوامع " . انظر في ترجمته : الجواهر المضوية في طبقات الحنفية (٦١١/٣-٦١٣) ، والفوائد البهية في تراجم الحنفية (ص ٢٢٥) .

(2) انظر المغني (٢٩٧/١٠) ، والإنصاف (٨٦/٢٢) ومنح الجليل (١٩٩/٢) .

قال المرداوي ^(١) : (قوله : " وإن قالت : طلقني ثلاثاً بألف . فطلقها واحدة ، لم يستحق شيئاً ، ووقعت رجعية " . هذا الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ، وهو من مفردات المذهب) ^(٢) .

وأما عن رأي المالكية فأقول :

تحرير قول المالكية في المسألة :

اختلفت آراء فقهاء المالكية في هذه المسألة إلى أقوال ثلاثة :

القول الأول: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن العقد يتعدد بتعدد عوضه، وأن عوضه يتجزأ على المعوض، وأن الطلاق يقع طلاقاً واحدة، ويستحق به ثلث الألف.

القول الثاني: وذهب أصحاب هذا القول إلى أن العقد لا يتعدد بتعدد عوضه، وأن عوضه لا يتجزأ على المعوض، وأن الطلاق يقع طلاقاً واحدة، ولا يستحق شيئاً .

القول الثالث: وأما أصحاب هذا القول فذهبوا إلى أن العقد لا يتعدد بتعدد عوضه، وأن عوضه لا يتجزأ على المعوض، وأن الطلاق يقع بائناً، ويستحق الألف عليه .

وقد قال صاحب كتاب منح الجليل تحقيقاً لهذه المسألة: ((أو) قالت: (طلقني ثلاثاً بألف، فطلق) ها طلاقاً (واحدة)، فتلزمها الألف؛ لأن قصدها البينونة، وقد حصلت بالواحدة في مقابلة العوض، وكونها بالثلاث، لا يتعلق به غرض شرعي، ومذهب المدونة أنه لا يلزمها الألف إلا إذا طلقها ثلاثاً ، ولا يلزمها شيء من الألف في نظير الواحدة التي أوقعها . والظاهر أنها بائنة، لوقوعها في مقابلة عوض ، وإن لم يتم . وقيل: يلزمها ثلث الألف، واستشكل مذهبها بأن شرطها الثلاث لا فائدة فيه، لبينونتها بواحدة .

(1) هو: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمد المرداوي السعدي ثم الصالحي الحنبلي، ولد سنة (٨٢٠) تقريباً، محرر المذهب الحنبلي ومنقحه بإطلاق، وانتهت إليه رئاسة المذهب، وتوفي سنة (٨٨٥). صنف كتباً كثيرة في أنواع العلوم أعظمها الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، واختصره في: التنقيح المشيع في تحرير المقنع، التحرير في الأصول. انظر في ترجمته: السحب الوابلة (٧٣٩/٢)، شذرات الذهب (٣٣٩/٧).

(2) الإنصاف (٨٦/٢٢) .

وأجاب أبو الحسن: بأنه قد يكون لها غرض، وهو عدم رجوعها إليه قبل زوج، إن صالحها... ومذهب المدونة أنه لا يلزمها الألف .. إلخ . فيه نظر ، والظن أنه باطل .
وفي إيضاح المسالك: والمذهب: " أنه لا كلام لها ، وصحح غيره التخريج على القاعدة - يعني قاعدة اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به أم لا ؟ - ، واختار بعضهم: أنه يفيد، تُقَيِّمُ غلبة الشفاعة لها في مراجعته على كره منها . أ.هـ . "(١).
وبهذا يتبين لك أن الراجح من مذهب المالكية، وهو القول بأن الطلاق يقع بائناً، وأنها تلزمها الألف، ولذلك فإن العقد عند المالكية لا يتعدد بتعدد العوض، والله أعلم .

أدلة الأقوال والمناقشة

أدلة القول الأول

قال الماوردي: (إذا قالت له طلقني ثلاثاً بألف ، فإن طلقها ثلاثاً ، فله جميع الألف، وإن طلقها واحدة كان له ثلث الألف، لأن الألف جعلت عوضاً على مقابلة ثلاثة أعداد متساوية فقسطت عليها، وكان قسط كل واحد منهما ثلث الألف، فافتضى أن يستحق بكل طلقة منها، ثلث الألف، كما لو أبق منه ثلاثة أعبد فقال: من جاعني بهم فله دينار فجيء بواحد منهم لزمه ثلث الدينار؛ لأن الدينار قابل ثلاثة أعداد متساوية فتقسط عليهم أثلاثاً متساوية) (٢).

وقال ابن قدامة: (قال أبو حنيفة: لا يستحق شيئاً وإن طلقها ثلاثاً؛ لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض) (٣) أي: في صيغة طلقني على ألف .

(1) منح الجليل (١٩٩/٢) .

(2) الحاوي الكبير (٤٧/١٠) .

(3) المغني (٢٩٧/١٠) .

وخلاصة أدلة أصحاب القول الأول :

(١) أن العوض في الطلاق جعل في مقابلة ثلاثة أعداد متساوية فقسطت عليها؛ لأن كل جزء من العوض يكون في مقابلة جزء من أجزاء المعوض فيقسم عليه، وإلا لأدى ذلك إلى خلو بعض المعوض عن العوض، وهذا ينافي ما هو معلوم بالضرورة من أن العوض يبذل في مقابل المعوض .

(٢) القياس على مسألة الأعباء الثلاثة الذين أبقوا، فقال سيدهم: من جاءني بهم فله دينار . فجاء بواحد منهم، لزمه ثلث الدينار؛ لأن الدينار قابل ثلاثة أعداد متساوية فتقسط عليهم أثلاثا متساوية .

(٣) وأما عن رأي أبي حنيفة بعدم استحقاقه شيئا على صيغة ما لو قالت: طلقني ثلاثا على ألف . فطلقها واحدة؛ لأنه يرى أن التعليق بهذه الصيغة لا يقع تعليقا، وإذا لم يتعلق العوض بالمعوض لم يستحق منه شيئا .

أدلة القول الثاني :

(١) أن صاحب العوض أوقع العوض في مقابلة المعوض، فإن أوجب إليه استحق من أجابه العوض كاملا، وإن لم يُجب إليه لم يستحق شيئا .

(٢) القياس على المسابقة، فإن المسابق أيضا إنما بذل العوض في مقابلة المعوض، إن أوجب إليه استحق من أجابه العوض كاملا، وإن لم يُجب إليه لم يستحق شيئا .

قال شمس الدين: (ولنا: أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجيبها إليه، فلم يستحق شيئا، كما لو قال في المسابقة: من سبق إلى خمس إصابات فله ألف، فسبق إلى بعضها، أو قالت: بعني عبدك بألف فقال: بعثك أحدهما بخمسائة)^(١) أي: لم يستحق العوض بذلك.

(1) الشرح الكبير (٨٦/٢٢) .

• المناقشة

أولاً: مناقشة أصحاب القول الأول للقول الثاني

أما عن دليلهم الأول: فقد قال ابن الهمام: (إن الباء تصحب الأعواض باتفاق، والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة، وإلا لحلا بعضه عنه، فيكون بعضه بلا عوض)^(١). ويمكن الإجابة عن ذلك: بأننا لا نسلم لكم أن العوض ينقسم على المعوض بالضرورة، ولا يؤدي إلى ما ذكرتموه من خلو بعض العوض عن المعوض، بدليل: أننا نقول بنقيض ما ذكرتم والله أعلم .

وأما عن الدليل الثاني: وهو القياس على المسابقة، فلم أجد من ناقشه من الأئمة . ويمكن مناقشة قول بعض الملكية عندما ذكروا أنه يقع الطلاق بائناً، ويستحق عليه الألف: بأن ذلك إيقاع ما لم يقع من الزوج فيكون تحكماً، وعليه فتقع الطلقة التي أوقعها، ولا يستحق الألف بذلك .

ثانياً: مناقشة أصحاب القول الثاني للقول الأول

أما عن دليلهم الثالث الذي ذكره أبو حنيفة فيما ذهب إليه: فقد ناقش ابن قدامة ذلك بقوله: (فإن قيل: الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط، فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثاً . قلنا: لا نسلم أن على للشرط، فإنها ليست مذكورة في حروفه، وإنما معناها ومعنى الباء واحد، وقد سوى بينهما فيما إذا قالت: طلقني وضرتي بألف أو على ألف، فمقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين)^(٢).

(١) شرح فتح القدير (٢٠١/٤) .

(٢) المغني (٢٩٧/١٠) .

وقال موفق الدين: (وقوله: لم يعلق الطلاق بالعوض . ممنوع، فإن معنى الكلام: ولك ألف عن طلاقي، فإن قرينة الحال دالة عليه)^(١).

وقال ابن قدامه: (ولنا: أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبهه ما لو قال: رد عبدي ولك ألف فرده)^(٢).

ويمكن مناقشة دليلهم الأول: بأننا لا نسلم لكم ذلك؛ لأنه استدلال بمحل الخلاف، والاستدلال بمحل الخلاف باطل .

ويمكن مناقشة دليلهم الثاني بقولنا:

أننا لا نسلم لكم ذلك أيضاً؛ لأن هذا القياس وقع على محل الخلاف، وبيان ذلك في الصورة التي ذكرتم أننا نقول: إن جاء بواحد منهم لم يستحق شيئاً، وإن أتى بهم جميعاً استحق العوض كاملاً؛ لأنه أتى بما جعله صاحب العوض في مقابله، وعليه فإن الاستدلال باطل؛ لأنه استدلال بمحل الخلاف .

وقال شمس الدين تقريراً لما رجحه: (وإن قالت: طلقني وضررتي بألف أو على ألف علينا، فطلقها وحدها، طلقنا وعليها قسطها من الألف؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمترلة العقدین، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحاً موجباً للعوض دون الآخر، وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب؛ لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض، وكذلك لو اشترى من إنسان عبدين بثمن واحد، كان عقداً واحداً، بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين، فإنه يكون عقدين)^(٣).

(١) الشرح الكبير (٨٧/٢٢) .

(٢) المغني (٢٩٧/١٠-٢٩٨) .

(٣) الشرح الكبير (٨٧/٢٢-٨٨) .

• الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الثاني - وهو أن العقد لا يتعدد بتعدد العوض -؛
لقوة ما استدلوا به، وضعف أدلة القول الأول، وهو مذهب الحنابلة وبعض المالكية، واختيار
ابن قدامة .



الفرع الخامس: التطبيقات على الضابط .

لهذا الضابط تطبيقات ذكرها الفقهاء، تبين ثمرة هذا الخلاف، وهي كما يلي :

(١) في الطلاق: إن قالت المرأة لزوجها: طلقني ثلاثاً ولك ألف :

فالقول الأول: وهو مذهب الحنفية وبعض المالكية والشافعية: إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق وله من العوض بقدر ما بذل من المعوض؛ فإن طلقها واحدة استحق ثلث الألف، وإن طلقها طلقتين استحق ثلث الألف، وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف^(١) .

القول الثاني: وهو مذهب الحنابلة وبعض المالكية: إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له، وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف^(٢) .

وذهب بعض المالكية إلى أنه: إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق بائناً وله الألف، وإن طلقها ثلاثاً استحق الألف^(٣) .

(٢) في بيع العبيد :

فالقول الأول: وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه ومالك والشافعي: إن اشترى عبيدين بثمن واحد كان عقدين لكل عبد عقد بقسطه من ذلك العوض، وإن كان البازل للعوض من أحد الطرفين اثنين، كان عقدين كذلك^(٤) .

القول الثاني: وهو مذهب الحنابلة وبعض المالكية: إن اشترى من إنسان عبيدين بثمن واحد، كان عقداً واحداً، بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين، فإنه يكون عقدين^(٥) .

(1) انظر شرح فتح القدير (٢٠١/٤)، والحاوي الكبير (٤٧/١٠) ومنح الجليل (١٩٩/٢) .

(2) انظر المغني (٢٩٨/١٠) .

(3) انظر منح الجليل (١٩٩/٢) .

(4) انظر شرح فتح القدير (٢٠١/٤)، والحاوي الكبير (٤٧/١٠) .

(5) انظر الشرح الكبير (٨٧/٢٢) .

المطلب الثاني: الجهالة في العوض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد.

وفيه خمسة فروع :

الفرع الأول: صيغ الضابط .

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه.

قال الماوردي في معرض حديثه عن حكم وضع السيد عن مكاتبه من كتابته:

(وأما قولهم: إنه يؤدي إلى جهالة في العوض، فعنه جوابان:

أحدهما: أنه ليس يتعين الإيتاء من مال الكتابة، وللسيد أن يدفعه من أي أمواله شاء، فلم يؤدي إلى الجهالة.

والثاني: أن الجهالة في العوض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد، ولا تمنع من صحته إن طرأت بعد العقد ^(١).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية ^(٢).

إلا إن الحنفية ذكروه بصيغة أخرى، وهي: (أن جهالة العوض في الكتابة تفسد العقد ولا تبطله كما في البيوع).

قال صاحب كتاب العناية: (قوله) (وأثر الجهالة في الفساد) أي: لا في البطلان كما في البيع، فإنها تفسده لا تبطله ^(٣).

وكذلك الحنابلة ذكروا هذا الضابط بصيغة أخرى، وهي: (أن العوض المجهول في عقود المعاوضة مفسد للعقد).

(1) الحاوي الكبير (١٨٨/١٨) .

(2) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

(3) العناية شرح الهداية (٢٣٦/٧) .

فقد ذكر ابن قدامة ذلك بقوله: (إذا كاتبه على عوض محرم أو مجهول فالعقد فاسد) (١).

وقال: (وما لا يصح في السلم فيه، لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة؛ لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة، فلم يجز بعوض مجهول) (٢).



(1) الكافي في فقه الحنابلة (١٩٣/٤) .

(2) المغني (٤٥٤/١٤) .

الفرع الثاني: معنى الضابط .

لبيان معنى هذا الضابط، لا بد من بيان أن الأصل في العوض أنه لا بد أن يكون معلوماً.

جاء في كلام الماوردي قوله: (الكتابة عقد معاوضة، فلم تصح إلا بعوض معلوم وأجل معلوم، كالبيع والإجارة ، فإن كانت على عوض مجهول، أو إلى أجل مجهول، كانت الكتابة باطلة)^(١).

ومع هذا فإن العوض يمكن أن لا يكون معلوماً، وإذا لم يكن معلوماً بأن أصبح مجهولاً، فإما أن تكون الجهالة عند المشتري، أو عند البائع، أو عند كليهما، وإما أن تكون الجهالة فاحشة أو يسيرة، فإذا دخلت الجهالة في شيء مما ذكرنا لم يصح العقد بذلك، وعلى كل فإن القاعدة في ذلك هي كون العوض معلوم لدى الطرفين كليهما.



(1) الحاوي الكبير (١٨/١٤٤-١٤٥) .

الفرع الثالث: دليل الضابط .

بالنظر فيما سبق ذكره في معنى الضابط، يتجلى لك أن هذا الضابط هو:
الذي دلت عليه أصول الشريعة الإسلامية، وذلك أن جهالة العوض تفضي إلى الغرر، وقد
ثبت في الحديث الصحيح: (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر)^(١).

فإذا كان العوض مجهولاً، فإما:

- أن يكون مجهولاً عند البائع ،
 - وإما أن يكون مجهولاً عند المشتري ،
 - أو يكون مجهولاً عندهما ،
- وفي جميع هذه الأحوال الثلاث، لا يجوز البيع، ولا يصح؛ لأنه غرر نهى عنه رسول الله صلى
الله عليه وسلم، واتفق الفقهاء على أن البيع لا يصح بالعوض المجهول .



(1) أخرجه البخاري (٢١٤٣)، ومسلم (٣٨٨١) .

الفرع الرابع: دراسة الضابط .

إن دراسة هذا الضابط ترجع إلى مسألة اشتراط معلومية العوض في البيوع لدى الطرفين، وقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط.

§ فعند الحنفية فيما ذكر في حاشية رد المختار، قال: ((وشرطها: كون البذل) المذكور فيها (معلوما) قدره وجنسه)^(١).

§ وجاء عند المالكية فيما ذكر في منح الجليل، قال: (القسم الثاني: ما يؤول إلى الإخلال بشرط من شروط صحة البيع ، كشرط ما يؤدي إلى جهل وغرر في العقد أو في الثمن أو في المثمن)^(٢) ثم قال: (فهذا يوجب فسخ البيع فانت السلعة أو لم تفت وليس للمتبايعين إمضاؤه)^(٣).

§ وحكى الماوردي عن الشافعية قولهم: (أن الجهالة في العوض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد)^(٤)، ومنع جهالة العوض لصحة العقد دليل على اشتراطه عندهم. § وأما الحنابلة فقد قال شمس الدين: (يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين لأنه أحد العوضين فاشترط العلم به كالأخر)^(٥).

وبذلك يتبين ما ذكرنا من أن الفقهاء مجمعون على اشتراط معلومية العوض لدى الطرفين، وإن وقع ذلك في العقود فهي تمنع صحتها.

• واستثنى بعضهم بعض المسائل، من ذلك :

(١) ذهب الحنفية إلى استثناء مسائل الكتابة، والنكاح، والطلاق، والصلح من هذا الضابط، إذا كانت الجهالة فيه يسيرة.

(1) حاشية الدر المختار (١٣٥/٩) .

(2) منح الجليل (٥٧٣/٢) .

(3) راجع المصدر السابق .

(4) الحاوي الكبير (١٨٨/١٨) .

(5) الشرح الكبير (٣٣/٤) .

قال صاحب كتاب تبين الحقائق : (ولا يبالى بجهالة الوصف كالجودة والرداءة؛ لأنها يسيرة، ولا بجهالة النوع؛ لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد، وإنما لم تمنع الجهالة اليسيرة من صحة هذه العقود؛ لأنه يجري التسامح فيها، فلا تكون مانعة من التسليم والتسلم والفساد باعتباره، ولهذا لو عقد على ملك الغير ولم يجوز صاحبه تجب قيمته ولا يفسخ العقد مع أن القيمة مجهولة بخلاف البيع ^(١) . وقوله :

((قوله: ولا بجهالة النوع) لا بد من معلومية النوع إلا أن يريد منه الصنف فيصح كلام الشارح - رحمه الله -) ^(٢) . (وقال أبو حنيفة: يصح فيها من جهالة العوض ما لا يصح في البيع والإجارة، وهو أن يكاتبه على ثوب لا يصفه فيصح، ويكون له ثوب وسط وعلى عبد غير موصوف فيصح ويكون له عبد وسط) ^(٣) .

(٢) ذهب المالكية إلى استثناء العتق، والخلع .

جاء في شرح المختصر: (وأما الكتابة: فالظاهر فيها مراعاة كونها من باب العتق، وأما الخلع: فينبغي إمضاؤه على مقتضى العلة المتقدمة) ^(٤) .



(١) تبين الحقائق وحاشية الشلي (٩٣/٣) .

(٢) راجع المصدر السابق .

(٣) الحاوي الكبير (١٤٥/١٨) .

(٤) شرح خليل للخراشي (٢٧٤/٢) .

الفرع الخامس: التطبيقات على الضابط.

للحديث عن تطبيقات هذا الضابط، لا بد من بيان أن الفقهاء مع أنهم متفقون على اشتراط معلومية العوض للطرفين، إلا إنهم اختلفوا في بعض المسائل، وليس هذا الاختلاف راجع إلى عدم اشتراط ذلك، بل هو راجع إلى تغليب أمر آخر عليه، كما سبق في دراسة هذا الضابط، من أن الحنفية والمالكية استثنوا بعض الصور، وإليك بعض التطبيقات على هذا الضابط :

• مما اتفق عليه الفقهاء :

لو أن المشتري قال للبائع:

- أشتري منك هذه الدار بمال، ولم يعين ذلك المال،
- أو قال: أشتري منك هذه الدار بذهب، ولم يحدد قدر هذا الذهب،
- أو قال: أشتري منك هذه الدار بفضة، ولم يحدد قدر هذه الفضة،
- أو قال: أشتري منك هذه الأرض بمئات الألوف، ولا يحدد أهى ثلاثمائة ألف، أو أربعمائة ألف، أو خمسمائة ألف .

وقد اتفق الفقهاء على منع صحة هذا العقد، وأن العقد لا يجوز حتى يكون العوض معلوماً؛ لأن الجهالة في العوض تمنع صحة العقد إذا تضمنها العقد^(١) .

• وما اختلفوا فيه مسألة الكتابة بعوض مجهول :

أقوال الفقهاء في المسألة :

القول الأول

أن الكتابة فاسدة . وهو مذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة . وقد سبق لنا بيان قول الحنفية، والمالكية في دراسة الضابط .

(١) انظر كتاب الاختيار لتعليل المختار (١٦/٢)، و منح الجليل (٥٧٣/٢)، والحاوي الكبير (١٨٨/١٨)، الشرح الكبير (٣٣/٤) .

وأما الحنابلة فقد قال المرداوي: (قوله: والكتابة الفاسدة مثل: أن يكاتبه على خمر أو خنزير يغلب فيها حكم الصفة. وكذا لو كان العرض مجهولاً، أو شرط فيها ما ينافيها، وقلنا: تفسد بفساد الشرط في وجه على ما تقدم، يغلب حكم الصفة في كل ذلك في أنه إذا أدى عتق، ولكل واحد منهما الفسخ فهي جائزة من الطرفين . وهذا المذهب في ذلك كله، وعليه أكثر الأصحاب...، قاله في القواعد الأصولية . وقدمه في المغني، والشرح، والفروع، والفائق، وصححه في النظم، وغيره وجزم به في المحرر، والوجيز، والهداية، والمذهب، والخلاصة، والرعاية، والحاوي، وغيرهم)^(١).

دليلهم .

(احتجاجا بأمرين: أحدهما: أن مقصود الكتابة هو العتق ، والعتق يقع بالصفات المجهولة كوقوعه بالصفات المعلومة . والثاني: أنه عقد تبتغي به القرية كالوصايا، ثم جازت الوصية بالمجهول والمعلوم، كذلك الكتابة)^(٢) .

القول الثاني .

أن الكتابة باطلة . وهو مذهب الشافعية وبعض الحنابلة . قال الماوردي: (إن كانت على عوض مجهول أو إلى أجل مجهول كانت الكتابة باطلة)^(٣) . قال ابن قدامة: (وذكر القاضي فيه وجهين: أحدهما: لا يجوز. والآخر: يجوز)^(٤) .

(1) الإنصاف (٤٦٠/٧) .

(2) الحاوي الكبير (١٤٥/١٨) .

(3) راجع المصدر السابق .

(4) المغني (٤٥٤/١٤-٤٥٥) .

دليلهم

((أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الغرر))^(١) .

المراد من إيراد هذه المسألة:

هو بيان سبب اختلاف الفقهاء في مثل هذه المسائل التي استثناها بعضهم. أما أصحاب القول الأول - وهم الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة - فلم يبنوا قولهم على هذا الضابط، وإنما على العتق، والعتق يقع بالصفات المجهولة كوقوعه بالصفات المعلومة، وكذلك أنه عندهم عقد تبتغى به القرية كالوصايا، كما ذكرت عنهم . وأما أصحاب القول الثاني فقد بنوا قولهم في المسألة على هذا الضابط . وعليه فإن مرجع بناء الخلاف ليس واحداً لدى الطرفين، وإلا فإنهم متفقون على معنى هذا الضابط، والله أعلم .



(1) الحاوي الكبير (١٤٥/١٨) ، والحديث سبق تخريجه ص ٤١ .

المبحث الثاني:

الضوابط الفقهية المتعلقة بالعوض في الحقوق المترتبة على عقود المعاوضات.

وتحت مطلب:

المطلب الأول: حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة^(١)، وفيه خمسة فروع:

الفرع الأول : صيغ الضابط .

عند بحثي عن صيغ هذا الضابط، وجدت أن الشافعية ذكروه بنصه.

قال الماوردي في جوابه على المالكية في مسألة الكفارة: (وأما الجواب عن جمع

مالك بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة من بيع، أو إجارة، أو صداق، أو قرض، أو أرش جناية، فأكدت ، وحقوق الله تعالى تجب ابتداء فخففت)^(٢).

وقد اعتمد هذه الصيغة الدكتور علي الندوي في كتابه جمهرة القواعد الفقهية في

المعاملات المالية^(٣).

وقد ذهب الحنفية إلى معنى ما ذهب إليه الشافعية ، فذكروا أن حق الآدمي يملك

الاعتياض عنه .

قال صاحب كتاب الجوهرة النيرة : (لأنه حق آدمي يملك إسقاطه، والاعتياض

عنه)^(١).

(1) لاحظ أن العوض هو الحقوق نفسها ، وقد ذكر ابن القيم إثباتا لذلك في إعلام الموقعين (١/١٠٨) : (وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة عليه) ، وما كان معاوضا عليه فهو العوض، وانظر كتاب الحاوي (٤٩٧/١٠) .

(2) كتاب الحاوي الكبير (٤٩٧/١٠) .

(3) انظر كتاب جمهرة القواعد الفقهية في المعاملات المالية (١٢٥١/٣) .

وقد ذكر المالكية معنى ما جاء في هذا الضابط، فذكروا أن حق الآدمي لا ينتقل الملك فيه إلا برضاهم.

قال القرافي^(٢): (ما هو حق للآدميين بتسويغه وتملكه وتفضله، لا ينقل الملك فيه إلا برضاهم، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم)^(٣)، ومن أنواع الرضى الاعتياض عنه. وقد ذهب الحنابلة إلى معنى ما جاء في هذا الضابط أيضاً، وهو أن حقوق الآدميين تقبل المعاوضة.

قال ابن القيم^(٤): (وأما حقوق الآدميين فهي التي تقبل الصلح والأسقاط والمعاوضة عليها)^(٥).



-
- (1) الجوهرة النيرة (٢٣٥/٢) .
 - (2) القرافي هو: أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المالكي، المشهور بالقرافي، كان بارعاً في الفقه والأصول، له كتب قيمة منها: تنقيح الفصول وشرحه، والفروق، توفي سنة ٦٨٤هـ .
انظر في ترجمته: الديباج المذهب، (٢٣٦/١) .
 - (3) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣٣٢/١).
 - (4) هو: شمس الدين، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الأصل ثم الدمشقي، الحنبلي، الشهير بابن قيم الجوزية، أبو عبدالله، كان صاحب علم وعبادة، صنف كتب كثيرة في الفقه والحديث والتفسير والسير والأخلاق، ولد سنة: إحدى وتسعين وستمائة، وتوفي سنة: إحدى وخمسين وسبعمائة، وهو ابن ستين سنة.
من مؤلفاته: "مدارج السالكين"، و"زاد المعاد في هدي خير العباد"، و"بدائع الفوائد"، و"أحكام أهل الذمة"، و"الجواب الكافي". انظر في ترجمته: ابن القيم حياته وآثاره لبكر أبو زيد .
 - (5) إعلام الموقعين (١٠٨/١) .

الفرع الثاني: معنى الضابط.

عند بيان معنى هذا الضابط ، لا بد من بيان معنى المعاوضة والاعتياض ، ومبنى هذا الضابط .

فأما معناهما :

فراجع إلى أصل واحد وهو عوض ، وقد تبين معنى ذلك في التمهيد لهذا البحث .

وأما مبنى هذا الضابط :

فهو الرضى ، بدليل قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(١) ، والتجارة نوع من المعاوضة .

قال القرافي: (ما هو حق للآدميين بتسويغه وتملكه وتفضله ، لا ينقل الملك فيه إلا برضاهم ، ولا يصح الإبراء منه إلا بإسقاطهم)^(٢) .

وعليه :

- فإن حقوق الآدميين لا تجب ولا تنتقل من ملك صاحبها إلا بمعاوضة ،
 - وهذه المعاوضة لا تكون إلا عن رضى من الطرفين ،
 - والرضى أساس المعاوضة بدليل الآية ،
 - وإلا ففي المعاوضة شروط وأركان لا بد من تواجدها فيه ،
- وعلى كل فإن المعنى كما بينا أن حقوق الآدميين لا تنتقل ولا تحل لمن أراد تملكها إلا عن طريق المعاوضة .



(1) سورة النساء آية ٢٩ .

(2) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣٣٢/١) .

الفرع الثالث: دليل الضابط.

إن المعول في كل ضابط هو دليله الذي يستند عليه، ومستند في هذا الضابط هو: الرضى الذي تقوم عليه المعاوضة كما سبق بيانه.

الدليل على ذلك:

(١) قوله تعالى: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(١).

قال القرطبي^(٢): (اعلم أن كل معاوضة تجارة على أي وجه كان العوض)^(٣).

(٢) قوله عليه الصلاة والسلام: (إنما البيع عن تراض)^(٤)، والرضى إنما يكون من الطرفين، ولذلك قال القرطبي: (قوله تعالى: ﴿ عن تراض منكم ﴾ أي: عن رضى ، إلا أنها جاءت من المفاعلة إذ التجارة من اثنين)^(٥).

(٣) وأختم بما ذكره القراني في بيان مستند هذا الضابط من حيث دليل الاستصحاب، قال: (ولأن القاعدة أن الملك إذا دار زواله بين المرتبة الدنيا والمرتبة العليا حمل على الدنيا

(1) سورة النساء آية ٢٩.

(2) هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، أبو عبد الله، أندلسي من أهل قرطبة، أنصاري، من كبار المفسرين، اشتهر بالصلاح والتعب، رحل إلى المشرق واستقر بمخية ابن الخصيب (شمالي أسبوط - بمصر) وبها توفي سنة: إحدى وسبعين وستمائة.

من مؤلفاته: " الجامع لأحكام القرآن "، و" التذكرة بأمور الآخرة "، و" الأسنى في شرح الأسماء الحسنى".

انظر في ترجمته: شجرة النور الزكية ١/ ١٩٧.

(3) الجامع لأحكام القرآن (٣٣٨/٢).

(4) أخرجه ابن ماجة (٢١٨٥)، والبيهقي (١٧/٦)، وصححه ابن حبان (١١ / ٣٤٠)، وقال الألباني في إرواء الغليل (١٢٥/٥): حديث صحيح.

(5) الجامع لأحكام القرآن (٣٣٨/٢).

استصحاباً بالملك بحسب الإمكان وانتقال الملك بعوض هو أدنى رتب الانتقال وهو أقرب لموافقة الأصل من الانتقال بغير عوض^(١). وبهذا يتبين لنا مستند هذا الضابط .



(١) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣٣٣/١) .

الفرع الرابع: دراسة الضابط .

من خلال بحث صيغ هذا الضابط، والنظر في أدلته التي استدلت بها الفقهاء، تبين لنا أن الفقهاء متفقون على ما جاء في هذا الضابط، وهو أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة، حتى أنك تجدهم أنهم ينصون على معلومية المعوض كما سبق بيانه^(١)، وكذلك تجدهم ينصون على معلومية المعوض أيضاً، وما هذا إلا دليل على اتفاقهم على أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة.

وبالرجوع إلى أصل هذا الضابط نجد أن من ذكره بنصه - وهم الشافعية -، ذكروه في مسألة من مسائل كفارة الظهار، والقتل، وهي: هل يجوز الانتقال من العتق إلى الصيام لواجد الرقبة لكنه محتاج إليها؟.

في المسألة خلاف بين الفقهاء، ولبيان ذلك لا بد من تحرير محل النزاع، فأقول :

تحرير محل النزاع :

الأصل أن العتق في كفارة الظهار، والقتل على الترتيب، فلا يجوز أن يعدل عنه إلى الصيام إلا مع العجز عنه، ويلزمه العتق مع القدرة عليه بعد وجود كفايته، وإذا كان كذلك لم يخل حاله من ثلاثة أقسام :

- القسم الأول:

أن لا يقدر على الرقبة ولا على قيمتها، فيجوز له أن يصوم بنص الكتاب وإجماع الأمة^(٢).

- القسم الثاني:

أن يقدر على الرقبة أو على قيمتها وهو غير محتاج إليها، فعليه العتق، ولا يجزيه الصوم إجماعاً^(١).

(١) انظر المطلب الثاني في المبحث الأول من هذا الفصل .

(٢) انظر المغني (٨٥/١١)، والحاوي الكبير (٤٩٦/١٠) .

- القسم الثالث :

أن يقدر على الرقبة أو على قيمتها وهو محتاج إليها، فقد اختلف الفقهاء في جواز تكفيره بالصيام على قولين :

الأقوال في المسألة :

القول الأول :

أنه لا يجزئه الصوم، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، وعليه العتق وإن كان محتاجاً إليها، وهو مذهب الحنفية والمالكية، إلا أن أبا حنيفة استثنى إن وجد قيمة الرقبة وهو محتاج لها، فقال: لا يلزمه العتق^(٢) .

القول الثاني :

أنه يجوز أن يكفر بالصيام، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، ولا يلزمه العتق إذا كان محتاجاً إليهما، وهو مذهب الشافعية والحنابلة^(٣) .

الأدلة والمناقشة :

أدلة أصحاب القول الأول :

(١) قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾^(٤) .

وجه الاستدلال :

أن هذا واحد للرقبة فلم يجزه الصوم ، قالوا: ولأنه واحد لرقبة تجزئ في الكفارة فلم يجز له الانتقال عنها إلى الصوم ، كما لو وجدها فاضلة عن كفايته^(١) .

(1) انظر المغني (١١/٨٦)، والحاوي الكبير (١٠/٤٩٦) .

(2) انظر المبسوط للسرخسي (٦/٤٢٠) ، أنوار البروق في أنواع الفروق (١/٣٣٣) .

(3) انظر الحاوي الكبير (١٠/٤٩٦) ، المغني (١١/٨٦) .

(4) سورة المجادلة آية ٤ .

(٢) واستدلوا بأن الحقوق ضربان: حق الله تعالى، وحق الآدميين، ثم كانت حقوق الآدميين تستوفي من أصل المال، ولا تقف على الفاضل عن الكفاية، فحق الله تعالى أولى أن يستوفي من أصل المال، ولا يقف على الفاضل عن الكفاية^(٢).

مناقشة أصحاب القول الثاني لأدلة القول الأول :

(١) قال ابن قدامة:

(ولنا: أن ما استغرقت حاجة الإنسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم، وإن كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه إعتاقها؛ لأنه فاضل عن حاجته، بخلاف من لم تجر عاداته بخدمة نفسه، فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه وتضييعا لكثير من حوائجه، وإن كان له خادم يخدم امرأته وهي ممن عليه إعدامها، أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم، أو دار يسكنها، أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته، أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته؛ لم يلزمه العتق، وإن استغنى عن شيء من ذلك، مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه؛ لأنه واجد للرقبة)^(٣).

(٢) وقال الماوردي:

(وأما الجواب عن جمع مالك بين حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، فمن ثلاثة أوجه : أحدها: أن حقوق الآدميين لا تجب إلا عن معاوضة من بيع أو إجارة أو صداق أو قرض أو أرش جنائية فأكدت، وحقوق الله تعالى تجب ابتداء فخففت. والثاني: أن لحق الله تعالى في الكفارة بدلا فكان أخف، وليس لحق الآدمي بدل فكان أغلظ.

والثالث: أن حق الله تعالى أوسع ، ولذلك تعلقت الزكاة بمال دون مال ، وحق الآدمي أضيق، فلذلك تعلق بكل مال)^(٤).

(1) انظر المبسوط (٤٢٠/٦) بتصرف .

(2) انظر الحاوي الكبير (٤٩٦/١٠)، وانظر أنوار البروق في أنواع الفروق (٣٣٣/١) .

(3) المغني (٨٦/١١) .

(4) الحاوي الكبير (٤٩٧/١٠) .

أدلة أصحاب القول الثاني :

قال الماوردي :

(ودليلنا :

(١) قول النبي ﷺ (ابدأ بمن تعول)، فجعل ما تعلق بنفسه وعياله مقدماً على غيره ، فدل على أن صرفه في الكفاية أولى من صرفه في الكفارة .

(٢) ولأن النبي ﷺ دفع إلى الواطئ في شهر رمضان عرقاً من تمر ليطعمه ستين مسكيناً، فقال: يا رسول الله، والذي بعثك بالحق نبياً، ما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا، فقال: خذه فكله. فجعله وعياله أحق به من الكفارة، فدل على تعلقها بالكفاية (١).

• الترجيح :

الراجح - والله أعلم - القول الثاني وهو أنه يجوز أن يكفر بالصيام ، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، ولا يلزمه العتق إذا كان محتاجاً إليهما، وهو مذهب الشافعية والحنابلة؛ لقوة ما استدلوا به، وضعف أدلة المخالفين .



الفرع الخامس: التطبيقات على الضابط.

لهذا الضابط تطبيقات يذكرها الفقهاء ، أذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

(١) قول القرافي :

(أن المكلف إذا اضطر إلى طعام غيره فأكله في المخصصة^(١) جاز وهل يضمن له القيمة أو لا ؟ قولان :

أما القول بوجوب الضمان وهو الأظهر والأشهر ؛

- فلأن إذن الملك لم يوجد وإنما وجد إذن صاحب الشرع، وهو لا يوجب سقوط

الضمان، وإنما ينفي الإثم والمؤاخذه بالعقاب ؛

- ولأن القاعدة أن الملك إذا دار زواله بين المرتبة الدنيا والمرتبة العليا حمل على الدنيا،

استصحاباً بالملك بحسب الإمكان، وانتقال الملك بعوض هو أدنى رتب الانتقال، وهو

أقرب لموافقة الأصل من الانتقال بغير عوض^(١) .

ثم قال: (وأما القول بعدم الضمان؛ فلأن الدفع كان واجباً على الملك، والواجب لا

يؤخذ له عوض^(٢) .

(٢) في مسألة التكفير في الظهار والقتل^(٣) :

من يقدر على التكفير بالرقبة أو على قيمتها، وهو محتاج إليها، فقد اختلف الفقهاء في جواز

تكفيره بالصيام، على قولين :

القول الأول: أنه لا يجزئه الصوم، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، وعليه العتق وإن كان محتاجاً

إليها، وهو مذهب الحنفية والمالكية، إلا أن أبا حنيفة استثنى إن وجد قيمة الرقبة وهو محتاج

لها، فقال: لا يلزمه العتق .

القول الثاني : أنه يجوز أن يكفر بالصيام، سواء وجد الرقبة أو قيمتها، ولا يلزمه العتق إذا

كان محتاجاً إليهما، وهو مذهب الشافعية والحنابلة، وهو الراجح كما تبين .

(1) المخصصة اسم بمعنى المجاعة . انظر المعجم الوسيط (٢٥٦/١) مادة حمص .

(2) أنوار البروق في أنواع الفروق (٣٣٣/١) .

(3) انظر المغني (٨٥/١١)، وانظر الحاوي الكبير (٤٩٦/١٠) .