

القواعد الفقهية (٢)

GFIQ5263

كتاب المادة
Master Textbook

المحتويات

- الدرس الأول :** قاعدة "القادر على اليقين، هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟"، وقاعدة "الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام"، وقاعدة "إذا تعذر الأصل يصار إلى البديل
- الدرس الثاني :** قاعدة "الأصل في العقود رضا المتعاقدين"، وقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود"
- الدرس الثالث :** قاعدة "العقود تصح بكل ما دل عليه مقصودها"، وقاعدة "البيع هل هو العقد فقط، أم العقد والتقابض عن تعاوض؟"، وقاعدة "المنع أسهل من الرفع"، وقاعدة "الحقوق خمسة أنواع"
- الدرس الرابع :** قاعدة "الملك أربعة أنواع"، وقاعدة "ما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال"، وقاعدة في الانتفاع، وإحداث ما ينتفع به من الطرق المسلوكة
- الدرس الخامس :** قاعدة "أسباب الضمان ثلاثة"، وقاعدة "لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة"، وقاعدة "ما وجب على الإنسان من الحقوق في حياته يجب على وارثه بعد مماته"، وقاعدة "إذا زاد المانع عاد الممنوع"، وقاعدة "الأصل في البيوع الإباحة"، وقاعدة "الأصل في العقود الصحة وال لزوم"، وقاعدة "كل إتلاف من باب المصلحة فليس بتضييع"، وقاعدة "كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب"، وقاعدة "المعاملة بالمثل"، وقاعدة "من قبض مخصوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مخصوب"
- الدرس السادس :** قاعدة من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه، قاعدة ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان، قاعدة من خير بين شيئين، قاعدة ما إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى
- الدرس السابع :** قاعدة الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً، قاعدة إذا استند إتلاف أموال الأكميين ونفوسهم إلى مباشرة، قاعدة إذا اختلف حال المضمون في حالي الجناية والسراية، قاعدة: يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً.

القواعد الفقهية [٢]

- الدرس الثامن :** قاعدة: الواجب بقتل الحمد. هل هو القود عيناً أو أحد أمرين، وقاعدة: الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدراً بالشرع، وكان بعضها الآخر غير مقدر به، وقاعدة: دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها.
- الدرس التاسع :** قاعدة: المحرمات في الزكاح أربعة أنواع، قاعدة: ما يتنصّف به المهر، قاعدة: إذا تعارض معنا أصلان عمل بالأرجح منهما، قاعدة: إذا تعارض الأصل والظاهر
- الدرس العاشر :** قاعدة: ما تقع فيه القرعة، وقاعدة: العقود لا ترد إلّا على موجود بالفعل أو بالقوة
- الدرس الحادي عشر :** قاعدة: التناسخ في العقود الجائزة، قاعدة: من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه، قاعدة: إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها، قاعدة: فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقه، قاعدة: فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط
- الدرس الثاني عشر :** قاعدة: فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه، قاعدة: الشريكان في عين مال أو منفعة، قاعدة: الحدود تسقط بالشبهات، قاعدة: الشبهة تكفي لإثبات العبادات كما تكفي لدرء العقوبات
- الدرس الثالث عشر :** قواعد في القصاص والحدود، وقواعد في أنواع الحقوق، والخطأ في بيت المال
- الدرس الرابع عشر :** قواعد في العقود، وحكم تأجيل الديون، وحكم إجارة الأرض البيضاء مع الشجر
- الدرس الخامس عشر :** قاعدة: وقف العقود، قاعدة: الإكراه يسقط أثر التصرف فعلاً كان أو قولاً، وجوب الضمان بإتلاف مال الغير
- قائمة المراجع العامة :** ٤٠٦ - ٤٠٣

قاعدة "القادر على اليقين، هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟"،
وقاعدة "الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام"،
وقاعدة "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة "القادر على اليقين، هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟". ٩
- العنصر الثاني : قاعدة "الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام". ٢٠
- العنصر الثالث : قاعدة "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل". ٢٢

قاعدة: القادر على اليقين: هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعد :

فمع قاعدة: "القادر على اليقين: هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟".

١ - الفرق بين هذه القاعدة وقاعدة "اليقين لا يزول بالشك":

هذه القاعدة من القواعد المتلاقية مع قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، وإن كان هناك فرق بين القاعدتين ، وهي :

- قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" طرفاها - وهما اليقين والشك - ينصبّان على محل واحد، فمثلاً: إذا كان الثوب به نجاسة ، ولا يدري مكانها ؛ فإن هذا الثوب يُغسل كله ، وهذا هو الاحتياط ، فالمحل الواجب غسله هنا واحد وهو الثوب.

- قاعدة: "القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟" قد تنصب على محل واحد، كما هو الشأن في مسألة: "الثوب الذي به نجاسة ولا يدري مكانها"، وقد تنصب على محلين أو على أكثر، كمن كان معه إناءان أحدهما نجس لا يعرفه ، ومعه إناء ثالث طاهر بيقين.

- الشك الذي ورد في قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" قد اعترض المكلف، ولم ينشئه المكلف من عند نفسه ، وإنما طرأ عليه ، وهذا بخلاف قاعدة: "القادر على اليقين" ، فإن المكلف هو الذي يجتهد ، ويُفرغ وسعه بأقصى ما يمكنه ليصل إلى الظن.

٢- هل القادر على اليقين يجوز له الاجتهاد والأخذ بالظن؟.

أولاً: بيان بعض المصطلحات:

قبل بيان موقف العلماء من هذه المسألة، فإن المقام يقتضينا أن نلقي الضوء على المصطلحات التي ورد ذكرها في القاعدة، وهذه المصطلحات هي:

أ- معنى اليقين:

- معناه في اللغة:

اليقين في اللغة العربية: هو قرار الشيء، يُقال: يقن الماء في الحوض بمعنى: استقر فيه، واليقين ضد الشك، والشك نقيض اليقين، وهذا هو معنى اليقين في اللغة.

- معناه في الاصطلاح:

اليقين في اصطلاح الفقهاء: الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل، فالظن وغلبة الظن ليسا من اليقين في شيء؛ لأنه لا اعتقاد ولا جزم فيهما، وما ليس مطابقاً للواقع -وهو الجهل- ليس من اليقين أيضاً، وإن كان صاحبه جازماً؛ لأنه غير مطابق للواقع، واعتقاد المقلد -وإن كان صواباً- ليس من اليقين؛ لأنه ليس ناشئاً عن دليل، وما ليس ناشئاً عن دليل فهو عرضة للزوال، فكل ذلك ليس من اليقين في شيء.

وهناك فرق بين "اليقين" و"العلم"؛ وذلك لأن العلم هو اعتقاد الشيء على ما هو به على سبيل الثقة، وأما "اليقين" فهو سكون النفس واطمئنان القلب بما علم؛

ولهذا فلا يجوز أن يُوصف الله تعالى باليقين، والموقن بالشيء هو العالم به بعد حيرة وشك وتردد. ومن ثم فإنهم يقولون: "شك" و"يقين" ولا يقولون: "شك" و"علم" إلا فيما ندر وعلى قلة.

ويتحصل من ذلك: أن اليقين هو الاستقرار والطمأنينة على حقيقة الشيء؛ بحيث لا يبقى معه أدنى تردد أو شك، ولما كانت الأحكام الفقهية إنما هي في الحقيقة تُبنى على الظاهر، فإن تفسير اليقين بالمعنى اللغوي هو المناسب لمراد الفقهاء دون المعنى الاصطلاحي؛ فكثيراً ما يكون الأمر في نظر الشارع الحكيم يقيناً.

في حين أن العقل يميز أن يكون الواقع خلافه، ومثل ذلك الأمر الثابت بالبيئة الشرعية؛ فإنه في نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان، مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد يميز العقل فيها السهو والكذب، وهذا الاحتمال الضعيف لا يُخرج هذا الأمر عن كونه يقيناً؛ لأن الاحتمال الضعيف لقوة ضعفه قد طُرِحَ أمام قوة مقابله، ولم يبقَ اعتبار في نظر الناظر، هذا هو معنى اليقين، وأن اليقين المطلوب في نظر الشرع: إنما هو بالمعنى اللغوي لا بالمعنى الاصطلاحي.

ب- معنى الاجتهاد:

- معناه في اللغة:

الاجتهاد في اللغة: بذل الوسع والطاقة، والبحث، والتحري في طلب شيء.

- معناه في الاصطلاح:

الاجتهاد في اصطلاح الفقهاء: بذل الفقيه وسعه في استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية، وهذا هو تعريف الاجتهاد عند الأصوليين.

وليس هو المراد في القاعدة التي نحن بصدددها، وهي قاعدة: "القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟" وإنما المراد هنا: هو تعريف الاجتهاد في اللغة، وهو البحث وبذل الوسع والطاقة والتحري للوصول إلى المراد، سواء أكان اجتهاداً أصولياً أم كان اجتهاداً بمعناه اللغوي، ومن أجل هذا فقد أحسن صنعا الإمام شهاب الدين القليوبي حينما عرّف الاجتهاد بأنه: بذل المجهود في طلب المقصود، فإن هذا التعريف يقارب التعريف اللغوي، ويتلاقى معه، وهو أعم من تعريف الأصوليين للاجتهاد.

ج- معنى الظن:

الظن هو: إدراك الطرف الراجح فإن ترجح أحد الأمرين على الآخر، ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذي يبني عليه العاقل أموره، ولم يُطرح لاحتمال الآخر فهذا هو الظن، فإن اطمأن القلب إلى الجهة الراجحة؛ بحيث طرح من الجانب الآخر وهو المرجوح، وبحيث لم يبقَ له اعتبار في النظر لشدة ضعفه؛ فهو غلبة الظن، وحكم "الظن الغالب": أنه إنما يكون بمثابة "اليقين" عند الفقهاء، ويجوز بناء الأحكام الفقهية عليه عند عدم وجود "اليقين" الذي قلما يحصل عند النظر والاستدلال.

وبناءً على ما قدمناه: فإن "الظن الغالب" معتبر في الشرع بمنزلة "اليقين" في بناء الأحكام عليه في أكثر المسائل، إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر، ومن ذلك: إذا ما رأى إنسان شيئاً في يد آخر، ورآه يتصرف فيه -أي في هذا الشيء- تصرفاً يظن كل من يشاهده أنه ملكه، وكان مثله يملك مثله، ولم يُخبر الرائي من طريق عدلين: بأنه ملك لغيره، فإنه يجوز له أن يشهد لذي اليد بملكه لهذا الشيء، هذا هو معنى "الظن الغالب" وأنه يكون بمثابة اليقين عند الفقهاء ويأخذ حكمه في سائر الأحكام.

د - معنى الشك :

- معناه في اللغة :

الشك هو التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحد الطرفين على الآخر ، وهو بعبارة أوضح : تردد الفعل بين الوقوع وعدمه ؛ بحيث لا يوجد مرجح لأحد الأمرين على الآخر ، ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين على الآخر ، فإن ترجح أحد الاحتمالين على الآخر بدليل ووصل هذا الترجيح إلى درجة الظهور فهو الظن ، والجهة المرجوحة هي الوهم .

ومراد الفقهاء بالشك هنا : هو الشك الطارئ على الأمر بعد حصول اليقين فيه ، وذلك مثل الشك في الماء ، وفي الحدث ، وفي النجاسة ، والصلاة ، والصوم ، والطلاق ... وغيرها ، وهو التردد بين وجود شيء وعدمه سواء كان الطرفان في التردد سواء ، أو كان أحدهما راجحاً فهذا هو الشك في استعمال الفقهاء .

- معناه في الاصطلاح :

وأما الشك في اصطلاح الأصوليين : فهو تساوي الطرفين ، فإن رجح أحدهما كان الراجح ظناً ، وكان المرجوح وهمماً ، فيكون المراد بالظن هنا : هو الظن الغالب الذي تسكن إليه النفس ، ويطمئن إليه القلب .

فيكون الاجتهاد الذي نعنيه هنا : هو الاجتهاد بمعناه الواسع الذي هو عبارة عن البحث والتحري من المجتهد ومن المقلد العام ؛ فيكون التحري والاجتهاد بمعنى واحد .

قال الإمام النووي : "وأما التحري في الأواني وفي القبلة وأوقات الصلاة والصوم وغيرها فهو طلب الصواب والتفتيش عن المقصود ، فالاجتهاد : هل العمل

بغالب الظن؟ فهل إذا كان مع شخص ثلاثة أثواب؛ أحدهما طاهر بيقين، ويعلم عينه علم اليقين، والثوبان الآخران: أحدهما طاهر، والآخر نجس ولا يعلم عين الطاهر والنجس أو النجس منهما، فهل له أن يجتهد في معرفة الطاهر منهما، ويلبسه بعد أن يظن طهارته مع أنه في حيازته ثوب ثالث طاهر بيقين".

ثانيًا: الحكم في قضية: القادر على اليقين: هل له الاجتهاد والأخذ بالظن أو ليس له ذلك؟:

ومن أجل معرفة الحكم في هذه المسألة - وغيرها من المسائل المشابهة لها - وضع الفقهاء قاعدة تحكم هذه القضايا، وهي قاعدة القادر على اليقين: هل له الاجتهاد والأخذ بالظن أو ليس له ذلك؟

لبيان الحكم في هذه القضية نقول: وقع الخلاف بين الفقهاء على رأيين:

الرأي الأول: أن القادر على اليقين يجوز له الاجتهاد والأخذ بالظن، وهو ما رجحه سلطان العلماء عز الدين بن عبد السلام في كتابه (قواعد الأحكام) فقال: "وإن كان معه إناء طاهر بيقين جاز له أن يجتهد بين الإناءين؛ فإن أداه الاجتهاد إلى اليقين تحيّر في التطهر بأي المائين شاء، وإن أداه الاجتهاد إلى الظن فالأصح أنه يجوز له استعمال الماء؛ لأن الطاهر بالظن كالطاهر باليقين، وهذا هو أحد الرأيين عند الحنابلة، والمالكية، والشافعية".

الرأي الثاني: أن القادر على اليقين لا يجوز له الاجتهاد والأخذ بالظن، بل يجب عليه العلم باليقين؛ لأنه قد تمكن من اليقين، فلا يعدل عنه إلى الظن، وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والظاهرية.

أدلة أصحاب الرأي الأول: مبناها على غالب الأحكام الفقهية، وأنها تقوم على

الظن ، فإننا لو تركنا العمل بالظن لتعطلت مصالح كثيرة ؛ خوفاً من وقوع مفسد قليلة ونادرة.

وفي ذلك يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام : "إنما عُمل بالظنون في موارد الشرع ومصادره ؛ لأن كذب الظنون نادر ، وصدقها غالب ، فلو ترك العمل بها خوفاً من نادر كذبها ؛ لتعطلت مصالح كثيرة غالبية ؛ خوفاً من وقوع مفسد قليلة نادرة ، وذلك على خلاف حكمة الإله الذي شرع الشرائع لأجلها ، ولقد هدى الله أولي الأبواب - وهم أصحاب العقول - إلى مثل هذا قبل تنزيل الكتاب ، فإن معظم تصرف الناس في متاجرهم ومصانعهم وفي إقامتهم وسائر أسفارهم وسائر تقلباتهم مبنيٌّ على أغلب المصالح".

أدلة أصحاب الرأي الثاني : لهم أدلة كثيرة على ذلك من الكتاب والسنة والمعقول :

أولاً : الكتاب : وردت في الكتاب آيات تدل على ترك الظن ، وأن الظن لا يغني من الحق شيئاً ، فإن الله تعالى يقول في كتابه المكنون : ﴿ وَمَا يَنْبَغُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يَعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾ [يونس : ٣٦] ، وهو ﷺ يقول : ﴿ يَتَأَيَّمُوا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَحْتَبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّكُم بِبَعْضِ الظَّنِّ إِتْرُ ﴾ [الحجرات : ١٢] ويقول جلست قدرته : ﴿ إِنَّ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يَعْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا ﴾ [النجم : ٢٨].

ثانياً : السنة : أخرج النسائي عن عبد الله بن مسعود > موقوفاً : أن رسول الله ﷺ قال : ((دع ما يريبك إلى ما لا يريبك)) وهو حديث صحيح ، وأخرج البخاري عن أبي هريرة > أن رسول الله ﷺ قال : ((إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث)) فالظن منهى عنه بمقتضى هذه الأدلة ، ويلزم تركه والبعد عنه ، ولا سيما إذا وجد ما يغني عنه مما لا ريب فيه ، وهو اليقين ، وطالما استطعنا

الوصول إلى "اليقين" فلا يجوز العدول عنه إلى الظن بمقتضى هذه الأدلة.

ثالثاً: المعقول: فإنه ما من شك في أنه إذا تعارض أمران: أحدهما: ظن، والآخر: أقوى، وجب الأخذ بالأقوى وترك ما دونه، مع أن الأقوى ظني أيضاً، فكيف يؤخذ بالظن مع إنكار اليقين الذي هو أقوى من كل الظنون؟ فنحن نطرح الظن لظن أقوى، وهذا أمر معقول، فكيف بنا لا نطرح الظن مع وجود اليقين الذي هو أقوى من كل الظنون.

نقول: إن هذا ليس في كل الأحوال؛ فالظن المنهي عنه هو الظن المبني على الهوى، وعلى التشهي، وليس المقصود منه النهي عن الظن القائم على الاجتهاد والبحث والتحري، فإن الأحكام العملية والفروع الفقهية غالبها قائم على الظن، وهي غير الأحكام الاعتقادية، كالإيمان بالله، واليوم الآخر، وملائكته، وكتبه، ورسله، والجنة، والنار، والبعث، والحشر، والنشور، وهذه إنما تثبت بالأحكام الاعتقادية اليقينية دون الأحكام الظنية.

قال في (قواعد الأحكام): "وإنما ذم الله العمل بالظن في كل موضوع يشترط فيه العلة أو الاعتقاد الجازم، كمعرفة الإله، ومعرفة صفاته؛ فيكون ترك الظن محله إذا كان قد نزل إلى درجة تقارب الشك أو تساويه، وذلك ليس معناه: ترك الظن القائم على الاجتهاد والبحث والتحري، فالعمل به واجب؛ لأن احتمال الخطأ فيه نادر وقليل، وذلك بالإضافة إلى حصول الثواب الذي يترتب على الاجتهاد، ولمن بحث وتحري في الأمر، ولأن الصحابة رضي الله عنهم كان يسأل بعضهم بعضاً ويسمع بعضهم من بعض، مع قدرتهم على المتيقن، وهو السماع من النبي صلى الله عليه وسلم.

وبذلك يكون القادر على اليقين يجوز له الاجتهاد، كما يجوز له الأخذ بالظن متى كان الوصول إلى اليقين فيه مشقة عظيمة، كمن لا يقدر على التمكن من جهة

القبلة، فإنه يتحرى : إما بصعود جبل مرتفع شديد الارتفاع والوعورة - إذا كان يترتب على ذلك صعود جبل فيه وعورة وصعوبة - فإن الأولى له حينئذ أن يعمل بما هو متيسر له، ومناسب لحاله لقوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج : ١٧٨].

أما إذا كان اليقين متيسراً لا متعسراً، ولا مشقة فيه ولا حرج فإن الأولى له أن يعمل باليقين في هذه الحالة، وذلك كمن دخل المسجد، ورأى فيه المحراب الدال على القبلة، فإن الأولى له : ألا يجتهد، بل قال بعض الفقهاء : لا ينفع له اجتهد حينئذ ؛ لأن جهة القبلة معلومة لديه بيقين، فلا يتأتى الاجتهاد".

٣- أهم فروع قاعدة : القادر على اليقين : هل له الاجتهاد والأخذ بالظن ؟ :

فرع اجتهاد الصحابة بحضرة النبي ﷺ :

ليبان ذلك نقول -وبالله التوفيق- : إذا كان في المسألة المعروضة نص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة ؛ فلا يجوز العدول عن هذا النص إلى الاجتهاد، سواء أكان ذلك في عهد النبي ﷺ أم كان بعد وفاته، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، واتفقوا أيضاً على : أنه إذا لم يجد المجتهدون بعد وفاة النبي ﷺ في المسألة المعروضة نصاً ؛ فإنه يُشرع لهم الاجتهاد للوصول إلى الحكم، ولكنهم اختلفوا بعد ذلك في المجتهدين من الصحابة : هل يجوز لهم الاجتهاد في حياة النبي ﷺ ؟ وهل وقع ذلك منهم في حياته ﷺ ؟ فالكلام هنا في مسألتين :

المسألة الأولى : اختلافهم في الجواز العقلي :

قد اختلف فيها العلماء، والأصح : جوازه مطلقاً -أي جواز الاجتهاد- سواء كان النبي ﷺ غائباً عنهم أم كان حاضراً بينهم، فإنه يجوز لهم الاجتهاد في

الأحكام الفقهية، وقد رجح الإمام السيوطي هذا الرأي بقوله: "القادر على اليقين، هل له الاجتهاد والأخذ بالظن؟ فيه خلاف ترجيح مختلف في الفروع، منها: الاجتهاد بحضرة ﷺ وفي زمانه، والأصح جوازه، والله أعلم".

الأدلة على جواز الاجتهاد مطلقاً للصحابة في زمن الرسول ﷺ:

استدل هؤلاء على جواز الاجتهاد مطلقاً: بأنه لا يترتب على فرض وقوعه محال، وكل ما كان كذلك فهو جائز عقلاً.

وبيان ذلك: أنه لا يمتنع عقلاً أن تكون المصلحة في أن يعمل الصحابي باجتهاده إذا لم يسأل النبي ﷺ ولا يمتنع إذا سأل، أن تكون مصلحته أن يُنص له على الحكم، ولا يمتنع كذلك أن تكون مصلحته أن يكله الله إلى اجتهاده، فكل ذلك جائز؛ فكان الاجتهاد من الصحابة جائز عقلاً سواء غاب الصحابي عن النبي ﷺ أم حضر.

وأما من يرى: أنه افتيات على مقام النبوة؛ فلا يجوز الاجتهاد في حضرته، فهذا لا ينتج المنع منه عقلاً؛ لأنه لا يمتنع أن تكون المصلحة في أن يكل الشارع الصحابي إلى اجتهاد نفسه، كما لم يمتنع أن يبين له النص عن سؤاله رسول الله ﷺ ولا يمتنع أن يأذن له الرسول بالاجتهاد، فالكل جائز؛ لأنه لا يترتب عليه محال.

المسألة الثانية: وقوع الاجتهاد من الصحابة في حياة النبي ﷺ:

وفي هذه المسألة خلاف بين الفقهاء؛ والمذهب الأول بالاعتبار والقبول أولى ومنه: المذهب القائل بوقوع الاجتهاد من الصحابة في حضرته ﷺ، بعد الإذن منه وفي غيبته عنه.

أما الغائب : فقد استدل لذلك بجواز الإذن له بقصة معاذ حين أرسله النبي إلى اليمن قاضياً ؛ فقد أذن له ﷺ بالاجتهاد ، إذا لم يجد نصاً من كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ وقال فيما قال ﷺ : ((الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي الله ورسوله)) حينما قال : "أجتهد رأيي لا آلو". أي : لا أقصر ؛ فدل ذلك على جواز الاجتهاد في حال الغيبة ؛ لأن الضرورة تقضي بذلك.

وأما الحاضر فدليله : الإذن لسعد بن معاذ أن يحكم في بني قريظة مع وجود الرسول ﷺ وفي حضرته ، فحكم سعد عليهم بقتل المقاتلة وسبي ذراريهم ، وصوبه رسول الله ﷺ فقال : ((قضيت بحكم الله من سبع سموات)). وهذا يفيد وقوع الاجتهاد من الصحابي في حضرته ﷺ بعد إذنه. وقد ذهب إلى هذا الرأي محب الله بن عبد الشكور صاحب (مسلم الثبوت).

وأما القائلون بأنه لا يقع الاجتهاد من الصحابي في حياة الرسول ﷺ مطلقاً : فقد استدلوا بأن الصحابي في حياة الرسول ﷺ قادر على معرفة الحكم بالنص على وجه يؤمن معه الخطأ ، ومن هذا شأنه لا يصير إلى الاجتهاد الذي لا يؤمن معه الخطأ ، فلا يصح أن يقع هذا الاجتهاد مطلقاً ، وهذا بالإضافة إلى أن الحكم بالاجتهاد في حياته الشريفة افتتات على مقام النبوة فلا يقع.

وقد ثبت بما لا يدع مجالاً للشك : أن الصحابة -رضوان الله عليهم- كانوا يرجعون عند وقوع الحوادث إلى النبي ﷺ ، ولو كان الاجتهاد جائزاً لهم لاجتهدوا ولم يرجعوا إليه ، فدل ذلك كله على أن اجتهاد الصحابة في حياة الرسول ﷺ دون حال الضرورة لم يقع مطلقاً.

لكن الثابت : أن الصحابة وقع منهم الاجتهاد وأقرهم الرسول ﷺ على اجتهداهم ، فلا يدل ذلك على منع الاجتهاد في حضرته وفي غيبته ؛ لأن الاجتهاد

في حضرته يكون بالإذن، وقد يكون للاطمئنان على أن اجتهادهم يسير في الطريق الصحيح الذي تعلموه من النبي ﷺ.

فإذا اجتهد الغائب منهم ثم رجع إلى الرسول ﷺ عرض له ما حصل له واجتهاده فيه؛ فيقره رسول الله ﷺ على اجتهاده إذا أصاب أو يبين له وجه الحق والصواب، وهذا مما يؤيد الاجتهاد ولا يمنعه.

وقول من قال: إن الاجتهاد افتئات على مقام النبوة، فهذا إذا لم يؤذن له، أما إذا اجتهد بعد الإذن فلا يكون افتئاناً؛ لأنه لا افتيات مع الإذن، وأما الغائب فله ضرورته، ولا يوصف بالافتئات فيكون القول بوقوع الاجتهاد من الصحابة في حضرته ﷺ بعد الإذن منه وفي غيبته عنه هو الأولى بالقبول والاعتبار.

قاعدة: الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام

وهذه القاعدة هي نفس قاعدة: "لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بغير إذنه".

وهذه القاعدة أشار إليها الإمام أبو يوسف في كتابه (الخراج) حين قال: "وليس لأحد أن يحدث فرجاً في ملك غيره، ولا يتخذ فيه نهراً ولا بئراً ولا مزرعة إلا بإذن صاحبه، ولصاحبه أن يحدث ذلك كله".

ومعنى هذه القاعدة: أنه لا يحل لأحد، ولا يصح له أن يتصرف تصرفاً فعلياً في ملك الغير، سواء كان خاصاً، أي: كان هذا الملك خاصاً أو كان مشتركاً، فلا يجوز له أن يتصرف في ملك الغير بأي نوع من أنواع التصرفات إلا بإذنه السابق أو بإجازته اللاحقة، وهناك الأدلة التي تقوم على ذلك.

ومن الآيات القرآنية المقيدة لمقتضى هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ

بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿١٨٨﴾ [البقرة: ١٨٨].

قال ابن العربي: "هذه الآية من قواعد المعاملات، وأساس المعاوضات، ينبغي عليها تحريم أكل مال الغير، والخطاب فيها يتضمن جميع أمة محمد ﷺ والمعنى في ذلك: أنه لا يجوز أن يأكل بعضكم مال بعض بغير حق، فيدخل في هذا: القمار، والخداع، والغصب، وجحود الحقوق، وما لا يطيب به نفس مالكة، وما حرمة الشريعة إن طابت به نفس مالكة، أي: ما لم تطب به نفس مالكة".

وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَاءً مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤] فهذه الآية الكريمة علّق الله ﷻ عليها جواز الأكل بطيب النفس، وتعليق الجزاء بشرطه؛ فدل على أنه سبب له، ويقاس على هذا سائر عقود التبرعات وعقود المعاوضات.

وتعليق جواز الأكل بطيب النفس دليل على أنه لا يجوز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه ورضاه، قال الشافعي: "فكان في هذه الآية إباحة أكله إذا طابت به نفس صاحبه، وهي دليل على أنها إذا لم تطب به نفسه لم يحل أكله".

وقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَاءِ اتِّيمُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٩] قال الشافعي: "نزلت هذه الآية في الرجل يكره المرأة ويمنعها كراهية لها حق الله ﷻ في عشرتها بالمعروف، ويجبسها مانعاً حقها ليرثها عن غير طيب نفس منها بإمساكها إياها على المنع".

وفي معناها قوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾ [النساء: ٢٠]. وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فهاتان الآيتان تفيدان: عدم جواز أخذ المال من المرأة بغير رضاها.

قاعدة: إذا تعذر الأصل صار إلى البديل

وهي إحدى القواعد المتفرعة على القاعدة الكلية الكبرى ، وهي قاعدة "المشقة تجلب التيسير".

فمن رحمة الله بعباده أنه شرع لهم المصير إلى أحكام بديلة على سبيل التخفيف والتيسير، إذا تعذر عليهم الإتيان بالحكم الذي شرعه الله ابتداءً. ومن أهم الآيات القرآنية التي تضمنت هذا المبدأ:

قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة: ١٨٤]. ومنها قوله تعالى: ﴿فَإِذَا آمَنْتُمْ فَانْتَمِعُوا بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعًا إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة: ١٩٦]. ومنها قوله تعالى: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ (٣٣٨) ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فِرَاجًا لَا أَوْكَبَانَا فَإِذَا آمَنْتُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٣٨ ، ٢٣٩].

ومن الآيات قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَيَئْتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ﴾ [النساء: ٢٥]. ومنها قوله ﷺ: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لِمَسَمُ الْأُنثَى فَلَمْ يُجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ﴾ [النساء: ٤٣] ومثلها الآية السادسة من سورة المائدة.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠١]. ومن الآيات أيضاً قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَنَّ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣]. ومنها قوله: ﴿فَمَنْ لَمْ

يَجِدُ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴿ [النساء: ٩٢]. ومنها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]. ومنها قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤].

ففي هذه الآيات جميعاً: شرع الباري ﷻ لعباده بدائل يمكنهم الانتقال إليها عند تعذر الحكم الأصلي لحال أو زمان أو مكان أو غير ذلك؛ فشرع قضاء الصيام لمن لم يتمكن من أدائه، كما شرع الإطعام للعاجز عن الصيام، وصيام عشرة أيام لمن لم يجد الهدي، كما شرع قصر الصلاة، وأنها تجزئ بالإشارة بالرأس للراجل والراكب على الخيل أو الإبل في حال الخوف، وشرع نكاح الأمة لمن لم يستطع نكاح الحرة، والتيمم لمن لم يجد الماء، والرهن لمن لم يجد كاتباً، وصيام شهرين للمظاهر، والقاتل في الخطأ إذا لم يستطع أن يعتق رقبة أو لم يستطع صيام ثلاثة أيام لمن حنث في يمينه ولم يقدر على العتق، وإطعام ستين مسكيناً للمظاهر الذي لا يستطيع العتق ولا الصيام.

ومن هذا التشريع الرباني استنتج الفقهاء قاعدة هامة، وهي: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل" وعبر عنها بعضهم بقوله: "البدل يقوم مقام المبدل منه، ويسد مسده ويبني حكمه على حكم مبدله في مواضع كثيرة".

قاعدة "الأصل في العقود رضا المتعاقدين"، وقاعدة "المعاملة بنقيض المقصود"

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة "الأصل في العقود رضا المتعاقدين"،
وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما
بالتعاقد".
- العنصر الثاني : قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود".

قاعدة: الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتماقد

وهذه القاعدة يتداولها الفقهاء في كتبهم بعبارات مختلفة، وهي كلها تنص على اعتبار الرضا في العقود، والمراد بها: أن المعتبر في حال العقد وجوازه ونفوذه ولزومه هو الرضا من الطرفين.

فالشارع الحكيم ﷺ جعل حل العقود مرتبطاً برضا المتعاقدين برغبتهما في إنشاء العقد والالتزام بموجبه ومقتضاه، وفي اعتبار الرضا التفات إلى القصد الباطني؛ فإن القصد الباطني هو المعول عليه، وهو المقصود.

وأصل هذه القاعدة في القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] يقول ابن العربي: "هذه الآية نص على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه، وتنبية على إبطال أفعاله كلها حملاً عليه". هذه هي القاعدة، وهذه هي الأدلة التي تدل على أن الرضا في العقود هو لب هذه العقود، وبغير الرضا؛ فلا يصح عقد منها.

قاعدة: المعاملة بنقيض المقصود

أولاً: معنى القاعدة:

هي قاعدة: المعاملة بنقيض المقصود، أو "المناقضة بنقيض المقصود" أو "المعارضة بنقيض المقصود"، قد عبر عنها ابن رجب في (قواعده) بقوله: "من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم - وكان مما تدعو النفس إليه - ألغى ذلك السبب، وصار وجوده كالمعدوم، ولم يترتب عليه أحكام". ويعبر عنها بعض علماء القواعد بلفظ: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" فهذه القواعد تدل دلالة واحدة.

ومعنى قاعدة "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه": أن من يتوسل بالوسائل غير المشروعة تعجلاً منه للحصول على شيء معين، فإن الشرع يعامله بضد مقصوده، ويوجب حرمانه مما قصد جزاء فعله.

ويمكن أن يستأنس لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ عَيْرٍ مُضْكَرٍ﴾ [النساء: ١٢] وقوله سبحانه: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوسٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٨٢].

قال الجصاص: "الضرار في الوصية على وجوه، منها: أن يقر في وصيته بما له أو بيعه لأجنبي، أو يقر على نفسه بدين لا حقيقة له ذباً للميراث عن الورثة، وعن مستحقه، ومنها: أن يقر لاستيفاء دين له على غيره في مرضه لئلا يصل إلى وارثه، ومنها: أن يبيع ما له من غيره في مرضه، ويقر باستيفاء ثمنه، ومنها: أن يهب ما له في مرضه أو يتصدق بأكثر من ثلثه في مرضه إضراراً بورثته، ومنها: أن يتعدى فيوصي بأكثر مما تجوز له الوصية به وهو الزيادة على الثلث، فهذه الوجوه كلها من المضارة للوصية".

وقد عد العلماء الإضرار في الوصية من الكبائر، واختار أكثرهم عدم نفوذ التصرف الموصي الذي يظهر منه قصد الإضرار بالورثة، وهذا مقتضى قاعدة "المعاملة بنقيض المقصود".

وكل من تعجل شيئاً قبل وقته المقدر له في علم الله تعالى فإنه يعاقب بالحرمان منه بمقتضى هذه القاعدة، حتى لا يلجأ أحد إلى وسائل غير مشروعة -تعجلاً منه- للحصول على ما هو مستحق له قبل أوانه، فإن فعل ذلك استعجالاً لحقه قبل الوقت المحدد له في تقدير علم الله؛ فإن الله يعامله بنقيض مقصوده، فيوجب حرمانه جزاء فعله واستعجاله، ولأن هذا العمل من قبيل التقديم، وعدم التسليم، وهو منهي عنه بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْقُذُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [الحجرات: ١].

كما أنه يعتبر سوء أدب مع الله تعالى ، وقد ذكر الإمام البخاري في سبب نزول الآية الكريمة : أنها نزلت في قوم ذبحوا أضحياتهم قبل أن يصلي رسول الله ﷺ فأمرهم بأن يعيدوا الذبح حيث إنهم استعجلوا الذبح قبل وقته المحدد له شرعاً فكان لغواً ، لأن كل عبادة مؤقتة بمقتات لا يجوز تقديمها ولا تأخيرها عليه .

وقد عبر الإمام السبكي عن هذه القاعدة ، فقال : " ما ربط به الشارع حكماً فعمد المكلف إلى استعجاله لينال الحكم : فهل يفوت عليه معاملة له بنقيض مقصوده أو لا لوجود الأمر الذي علق الشارع الحكم به " . وعبر عنها غيره بقوله : " من استعجل ما أخره الشرع يُجازى برده " .

وقال ابن رجب : " من تعجل حقه أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه " وللفقهاء والأئمة في هذه القاعدة تعبيرات كثيرة ، وهي كلها تنصب في : أن المتعجل لشيء قبل أوانه يعاقب بحرمانه .

ثانياً : بيان مكانة هذه القاعدة :

لهذه القاعدة مكانة عظيمة ؛ لأنها من باب السياسة الشرعية في القمع ، وسد الذرائع ، وهو مبدأ معمول به في الشريعة . قال الله تعالى : ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّبَاعِيكَ غَيْرَ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [النور : ٣١] .

وفي هذا المعنى يقول سبحانه: ﴿وَلَمَّا رَأَى الْمُؤْمِنُونَ الْأَحْزَابَ قَالُوا هَذَا مَا وَعَدَنَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَصَدَقَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَمَا زَادَهُمْ إِلَّا إِيمَانًا وَتَسْلِيمًا﴾ [الأحزاب: ٢٢].

ومن حكمة الله ﷻ أنه إذا حرّم شيئاً - وله طرق ووسائل تفضي إليه - فإنه يجرمها، ويمنع منها؛ خشية أن يُقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم وإغراءً للنفوس به، وحكمته تعالى تأبى ذلك كل الإباء.

فسياسة الملوك في الدنيا تأبى ذلك، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه؛ فإنه يعد متناقضاً ويحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده، وكذلك الأطباء: إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يريدون من إصلاحه، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى الدرجات من الحكمة والمصلحة والكمال؟ فلا شك أنها عملت على سد الذرائع المفضية إلى المحارم، ونهت عنها وحرمتها.

تلك هي الحكمة لهذه القاعدة، وأنها جاءت من أجل سد الذرائع، وسد الذرائع مبدأ أصيل ومعمول به في شريعة الإسلام، ويؤدي إلي صيانة الشرع والمحرمات من أن يقتربها الناس أو يتجرءوا عليها.

ثالثاً: فروع القاعدة:

ذكر الإمام السيوطي لهذه القاعدة فروعاً كثيرة، وهي على النحو التالي:

١ - تحليل الخمر:

قال: السيوطي - رحمه الله تعالى: "إذا خللت الخمرة بطرح شيء فيها لم تطهر، وأما إذا كان التحليل بالنقل من الشمس إلى الظل - مثلاً - فأصح وجهه عند الشافعية: أنها تحل وتطهر، وقال الأوزاعي وأبو حنيفة: تطهر إذا خللت بإلقاء

شيء فيها، وعند مالك ثلاث روايات، أصحها: أن التخليل حرام فلو خللها عصا وطهرت. والراجح من هذه الأقوال أن الخمر لا تطهر بالتخليل، وإنما لم تطهر بالتخليل؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه فعوقب بالحرمان".

فقوله: خللت أي: صارت خللاً بالصنعة، وأما تخللت أي: صارت خللاً بنفسها، وإذا صارت الخمرة خللاً بنفسها طهرت، أما إذا صارت خللاً بالصنعة فلا تطهر، فقد سئل النبي ﷺ: أتتخذ الخمر خللاً قال: ((لا)) وإنما سميت الخمر خمراً؛ لأنها تخامر العقل، أي: تغطيه، ومن ذلك: خمار المرأة التي تستر به رأسها، والخمر تُذكر وتؤنث، وتذكيرها أفصح، وهي نجسة باتفاق العلماء.

والعلة في تحريمها المفسد الكثيرة المترتبة على زوال العقل الذي هو مناط التكليف، فإن الخمر تفتك بالعقل، وهي الغول الذي يجعل الإنسان يهرف بما لا يعرف، والعقل هو زينة الإنسان، فجمال الرجل عقله، والإنسان بلا عقل يكون أشرس من الحيوان المفترس؛ لذلك حرم الله الخمر لأنها تغطي على العقل، وتجعل الإنسان يتصرف تصرفات لا تليق بالإنسان، وتضر بالآخرين، والضرر يزال.

٢- ذبح الحمار:

والحمار هنا هو الحمار الأهلي، قال السيوطي: "ونظيره إذا ذبح الحمار؛ ليأخذ جلده لم يجز له ذلك، كما جزم به في (الروضة) وإذا دبغ جلده، فإن جلده لا يطهر بالدباغ؛ لأنه استعجل موت الحمار، قبل مواعده المحدد له في علم الله وفي تقديره، وهذا بالنسبة للحمار الأهلي دون الحمار الوحشي".

فالشيء الذي استعجله قبل أوانه هو: ذبح الحمار، إذ إنه ذبحه قبل أوانه، وأما

الشيء الذي عوقب بحرمانه فهو عدم طهارة الجلد بالدباغ، وهذا هو الرأي الأول. وهناك رأي آخر يرى جواز الذبح، وأنه إذا ذبح الحمار ودُبغ جلده فإنه يطهر؛ لأن القول بعدم طهارته مخالف لما ورد في حديث ميمونة > أنه ﷺ قال في هذا الحديث: ((دَبَاغُ الْأَدِيمِ طَهُورُهُ)) والأديم هو الجلد، وفي حديث آخر: ((أَيْمًا إِهَابٍ دُبُغٌ فَقَدْ طَهُرَ)) وهو حديث حسن صحيح، والإهاب هو الجلد قبل الدبغ. قال الإمام الشوكاني: "فالحق أن الدباغ مطهر، والأحاديث تدل على عدم اختصاص هذا الحكم بنوع من أنواع الميت؛ فجميع جلود الميتة تطهر بالدباغ، إلا جلد الكلب والخنزير أو المتولد من أحدهما".

وتطهير الجلد بالدباغ يكون ظاهراً وباطناً، ويجوز استعماله في الأشياء اليابسة والمائعة، عند الجمهور. ولأن نجاسة الجلد طارئة، فتزول بالمعالجة، وعلى القول بطهارة الجلد بالدباغ يكون الفرع مستثنى من القاعدة، وهذا ما صرح به القمولي في (جواهره) حيث قال بطهارته استناداً إلى الحديث المتقدم حيث ورد الحديث عاماً.

٣- حرمان القاتل من الإرث:

قال الإمام السيوطي: "ومنها -أي: الفروع المندرجة تحت القاعدة- حرمان القاتل الإرث، فالقاتل لا يرث؛ لأنه استعجل إرثه من المورث قبل أوانه، فيعاقب بالحرمان، فلا يكون وارثاً للمورث لقوله ﷺ: ((لَيْسَ لِلْقَاتِلِ شَيْءٌ)) ولقوله ﷺ: ((مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَإِنَّهُ لَا يَرِثُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ، وَإِنْ كَانَ وَالِدَهُ أَوْ وَلَدَهُ)) فليس لقاتل ميراث.

وقد اختلف الفقهاء في القتل المانع من الإرث؛ فيرى الحنفية أن القتل يمنع من الميراث بشرطين:

الشرط الأول: أن يكون القتل مباشراً.

الشرط الثاني: أن يكون القتل بغير حق. وإلا فلا يمنع من الميراث.

ويُرد عليهم بأن القتل يمنع مطلقاً وقوفاً مع النص سداً للذريعة.

وأما الرأي الثاني فهو رأي المالكية، فيقولون: يمنع القتل من الميراث إذا كان عمداً عدواناً، وأما القتل الخطأ فلا يمنع، وكذلك القتل بحق، ويرى الشافعية أن القتل يمنع من الميراث مطلقاً؛ سداً للذريعة. ولأننا لو جوزنا ذلك لأدى إلى قتل أنفس كثيرة لميراث ما وراءها من المال.

ولحديث الرسول ﷺ: **((لا يرث القاتل شيئاً))** وهو يفيد العموم، وهذا الفرع مرتبط بالقاعدة، وعليه فلو قتل وارث مورثه مستعجلاً الإرث؛ فإنه يحرم من الميراث، سواء كان متهماً، أو غير متهم؛ لأن الدين الإسلامي لو أجاز إرث القاتل؛ لقتل الأبناء الآباء، فكان منع القتل من الميراث سداً للذريعة الفساد، وكان معاملة للقاتل بنقيض مقصوده الفاسد.

وعلى هذا فالقتل بعمومه مانع للميراث عند الشافعية سواء أكان بحق أم بغير حق، حتى لا تتخذ القتل ذريعة للوصول إلى الميراث قبل أوانه، ويترتب على ذلك فساد كبير، ويستشري القتل في الأمة من أجل الوصول إلى الميراث.

٤ - رجل طلق امرأته ثلاثاً بغير رضاها وهو في مرض الموت؛ قاصداً حرمانها من الإرث:

فلو طلق رجل امرأته ثلاثاً بغير رضاها، وهو في مرض الموت، قاصداً بذلك حرمانها من الإرث، ومات في العدة -أي في عدتها- فإنها ترثه، وفي قول: إنها ترث حتى ولو مات بعد انقضاء عدتها، فهو قد طلقها لكي يحرمها من الميراث؛ وبذلك فهو يعامل بنقيض مقصوده.

٥ - الفارُّ من الزكاة :

الفارُّ من الزكاة قبل تمام الحول ؛ بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه ، إذ تجب عليه الزكاة معاملة له بنقيض قصده ؛ فهو إنما ينقص النصاب قبل الحول ، أو قبل تمامه بقليل ، أو يتصرف بأي تصرف بحيث يخرج الملك عنه حتى لا يؤدي الزكاة ، ففي هذه الحالة يعامل بنقيض قصده ؛ فتؤخذ منه الزكاة .

٦ - لو وضع أكثر أمواله في ملك لا زكاة فيه :

لو وضع أكثر أمواله في ملك لا زكاة فيه كالعقار والحلي ، عند من يقول بعدم وجوب الزكاة في الحلي ؛ فهو يُنزل منزلة الفارِّ في أحد الوجهين عند الحنابلة .

ومن الفروع الغال من الغنيمة ؛ فإنه يحرم أسهمه منها على قول . ومنها إذا تزوج امرأة في عدتها من غيره ، حرمت عليه على التأييد على رواية ، ومنها من ثبت عليه الرشوة لغرض ما ؛ فهو يُحرَم منه ؛ عقوبة له ، ومنها السكران بشرب الخمر عمداً ؛ فإنه يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله ؛ تغليظاً عليه ؛ فإذا قتل فإنه يقتل وإذا سرق يقام عليه الحد وهكذا .

رابعاً : من مستثنيات القاعدة :

١ - ما لو قتل صاحب الدين المدين :

لو قتل صاحب الدين المدين فإن الدين يحل في الأصح ؛ لأن الدين يحل بموت المدين ، فإذا مات انقطع الأجل ، وحل الدين ؛ فيكون له في هذه الحالة حق مطالبة الورثة بالدين ؛ لأن ذمة المدين قد خربت بالموت ، وانعدمت ولا يتهم في هذه الحالة بتعجيل الدين ، بقتل المدين ، وهذا في أصح القولين في المذهب الشافعي .

وأما مقابل الأصح فلا يحل الدين بقتل المدين ؛ لأن الأجل من لواحق عقد البيع ، وتأجيل دفع الثمن لأجل الارتفاق بالمدين ، فيبقى مؤجلاً حتى بعد موته ؛ لأجل الارتفاق بالورثة.

ويُرد على هذا بأن الأجل كان للارتفاق ، أي : رده على مقابل الأصح ؛ بأن الدين يحل بقتل الدائن للمدين ، ويكون ذلك مقابلًا للأصح ، ويرد الأصح على هذا الرأي بأن الأجل كان للارتفاق ؛ لوجود ذات قائمة صالحة للالتزام في الذمة ، وقد انعدمت بالموت ؛ فأصبح الدين حالاً ، فحق له مطالبة الورثة ، ومع هذا فإن مقابل الأصح الذي يقول بأن الدين لا يحل بقتل الدائن المدين.

هذا الرأي هو الأقرب إلى روح التشريع الإسلامي ؛ فيكون العمل به أولى ، بل يكون العمل به أوجب ؛ لثلا تضييع الحقوق ، ولثلا تهدر النفوس ، ومن ثم فلا يحل الأجل بل يتمتع الورثة بهذا الأجل ، وينتفعون به ؛ لأنه كان مقررًا للمدين أن ينتفع به ، فهم كذلك ينتفعون به ؛ فإن من استعجل شيئاً قبل أوانه ، عُوقب بحرمانه ؛ فيعامل الدائن المتعجل بنقيض مقصوده في هذه الحالة.

٢ - لو قتل الموصى له الموصي :

لو قتل الموصى له الموصي ؛ فإنه استحق الموصى به في الأصح. وهذا على خلاف مقتضى القاعدة مع أنه قتل الموصي استعجالاً للوصول إلى ما يستحقه بالوصية ؛ فكان مقتضى القاعدة حرمانه من الوصية ؛ لأنها مال مستحق بالموت ؛ فيمنع القتل من ذلك كالميراث ، ومع هذا استحق الموصى له الوصية في الأصح ؛ لقيام الأدلة الشرعية على أن الموصى له يملك الوصية بموت الموصي.

فالموت سببٌ في دخول الوصية في ملك الموصى له ؛ فإذا وُجد السبب ؛ تحقق

المسبب، ولا عبرة بنوع تحقيق السبب؛ فتدخل الوصية في ذمة الموصى له بالموت مطلقاً؛ ولأنها تمليك بعقد؛ فأشبهت الهبة، وخالفت الإرث، إذ إن الإرث ينتقل إلى الوارث دون توقف على عقد، ومن ثم فلا يشترط رضا الوارث، ولا يشترط قبوله، بل يدخل الميراث في ملكه رغماً عنه. هذا هو الأصح، وأما مقابل الأصح؛ فإنه يمنع من ذلك؛ فلا يستحق الموصى له الموصى به إجراءً للوصية مجرى الميراث؛ لأن كل منهما مالٌ يستحق بالموت، فكان القتل مانعاً من الوصية، فلا يستحق شيئاً.

وهذا هو الرأي المعقول الذي يتفق مع مبدأ سد الذرائع، وهو مبدأ معمول به والأخذ به يمنع القتل، والقاعدة تؤيد ذلك؛ فيكون الفرع من القاعدة على الرأي الذي هو مقابل للأصح، يرد الأصح على مقابل الأصح، بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن التمليك بالميراث قهري، أما في الوصية فهو اختياري، وهذا فرق فلا يكون الفرع من القاعدة، وهذا هو الأصح.

ويتفرع على هذا: أن الوصية لمن يقتله، هل تصح في هذه الحالة؟ وصورتها أن يوصي شخصٌ لمن يقتله، فالوصية في هذه الحالة باطلة، ولا تنفذ شرعاً؛ لأنها غير مشروعة؛ ولأن الغرض من الوصية القربى، وتدارك ما فات الإنسان من عمل الطاعات والصالحات، والقتل من الكبائر، ومن الفساد في الأرض، ولا تجتمع الطاعة والمعصية في آن واحد، ولو صحت الوصية للقاتل؛ لكان في ذلك تشجيع على ارتكاب المعاصي، وكان في ذلك إعانة عليها، وذلك لا يتفق مع الوصية؛ لأن من شروطها ألا تكون بمحرم.

وأما الوصية للكافر فهي وصية صحيحة؛ لأنها وصية لإنسان، والكفر لا ينافيها؛ لأن القصد منها إحياء النفس الإنسانية، ولقد قال ﷺ: «(فِي كُلِّ كَيْدٍ

رَطْبَةِ أَجْرٍ)) وفي رواية: ((فِي كُلِّ ذَاتِ كَبِدٍ حَرَاءٍ أَجْرٌ)) ولأنه يجوز التصديق على الكافر بصدقة التطوع، فجازت له الوصية، والله تعالى يقول: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] وفي الوصية لكافر إحياء لنفس إنسانية؛ فجازت الوصية للكافر دون القاتل؛ لأن القتل فيه إفساد في الأرض، وفيه تشجيع على القتل، وذلك يتنافى مع المقاصد العليا لتشريع الوصية.

كذلك تصح الوصية للمرتد، وذلك كما صحت للكافر، وتكون الوصية للمرتد، موقوفة على أنه إذا عاد إلى الإسلام أو لا؛ فإن عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات على رده بطلت، ولا يخالف هذا اشتراط أن لا تكون الوصية محرمة؛ لأن القصد منها في هذه الحالة هو الشخص من حيث هو نفس إنسانية، وقد قال الله تعالى: ﴿مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِّنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾ [المائدة: ٣٢].

٣- إمساك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها:

إمساك زوجته مسيئاً عشرتها لأجل إرثها، فإنها إذا ماتت ورثها في الأصح، أو لأجل الخلع، ثم ماتت أو دفعت؛ فإنه ينفذ الخلع في الأصح، وصورتها أن إنساناً تزوج امرأة غنية، وأساء عشرتها؛ قاصداً موتها، ثم ماتت؛ فمقتضى القاعدة أنه لا يرث منها شيئاً، ولكنه يرثها في الأصح عند الشافعي، وعليه فالفرع خارج ومستثنى من القاعدة، وكذلك الخلع فإنه ينفذ في الأصح.

ومقابل الأصح لا يرث ؛ لأنه يصدق عليه أنه قاتل ، والقاتل لا يرث شيئاً تمثيلاً مع القاعدة ، وكذلك لا ينفذ الخلع ؛ لأنها لم تخالعه اختياراً ، بل إكراهاً وجبراً عنها ، بسبب سوء عشرتها ، وعليه فالفرع داخل مع القاعدة في كلتا الحالتين .

هذا وقد قرر أستاذنا الأستاذ الدكتور جاد الرب رمضان أن هذا الفرع لا يدخل أصلاً تحت القاعدة ، فضلاً عن أن يكون مستثنى منها ؛ فيكون عده من فروعها غير صحيح ؛ لأن سوء العشرة لا يؤدي إلى الموت حتماً ، ولا يقيناً ، ولا ظناً ، بل هو أمر احتمالي ، والاحتمالات لا تُبنى عليها الأحكام ؛ لأن الأحكام تبنى على اليقين ، وعليه فالاستعجال المترتب عليه الحرمان يكون في الأمر الحتمي المتيقن الذي يكون سبباً قوياً في الموت ، وأما إساءة العشرة فليست من هذا القبيل ، بل هي أمر احتمالي قد يكون فيه الموت ، وقد لا يكون .

وما دام الأمر يتخلف وليس على الحقيقة واليقين ، فمن ثم يكون هذا الفرع ليس من القاعدة في شيء فضلاً عن أن يكون قد خرج عنها ، وأخذ حكماً غير حكمها . فالزوجة هنا قد ماتت موتاً طبيعياً وعليه فالزوج لا يُمنع من ميراثها ، كذلك ينفذ الخلع ؛ لأن إساءة العشرة لا تؤدي إلى الخلع ، فيإمكان الزوجة أن تصبر على أذى الزوج وإمكانها مع هذا الصبر ، أن تفوت عليه مقصوده السيئ .

٤ - إذا شربت المرأة دواء فحاضت أو نفست :

إذا شربت المرأة دواء فحاضت لم يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً ، وكذلك لو شربت الدواء فنفست به ، فهي تلزم بقضاء الصلاة والحكم الأصلي أن الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة ، فإذا شربت المرأة الدواء من أجل أن تحيض قبل أوان الحيض ، كي لا تصلي فمقتضى القاعدة أنها تقضي الصلاة معاملة لها

بنقيض مقصودها ؛ لأنها استعجلت نزول الدم قبل أوانه ، ولكن لا يجب عليها قضاء الصلاة قطعاً ، وكذلك لو نفست بهذا الدواء ، كان مقتضى القاعدة أن تعامل بنقيض مقصودها ؛ فكان يلزمها القضاء للصلاة في هذه الحالة ؛ لأنها استعجلت نزول الدم قبل أوانه ومع هذا فإن العلماء قالوا : لا قضاء عليها .

وعليه ؛ فلا يكون الفرع من القاعدة بل هو خارج عنها ؛ لأن عدم القضاء هنا ثابت بالنص اليقيني ، ونزول الدم بالدواء أمر احتمالي ، والاحتمالي لا يقدم على الثابت بالنص ؛ لأنه يقيني ، قالت عائشة > : ((كنا نحيض على عهد رسول الله ﷺ فكان نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة)) هذا هو الحكم الأساسي الذي جاءت به الشريعة .

لكن الأمر هنا قد اختلف من حيث إن المرأة تعاطت الدواء من أجل نزول الدم قبل وقته وأوانه ، ومقتضى القاعدة أنها تعامل بنقيض مقصودها ؛ فيلزمها أن تصلي لكن لا يلزمها الصلاة ، حتى ولو تدخلت ؛ لأن عدم صلاتها ثابت بالنص اليقيني ، ونزول الدم إنما هو بالدواء ، وهو أمر احتمالي ، والثابت بالنص لا يقدم عليه الأمر الاحتمالي .

٥ - إذا رمى إنسان نفسه من شاهق :

إذا رمى إنسان نفسه من شاهق - أي : من مكان مرتفع - ليصلي قاعداً لا يجب القضاء عليه ، وإذا أخذنا بمقتضى القاعدة ؛ فالواجب عليه قضاء الصلاة ؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه ، وهو الصلاة قاعداً ، فيعاقب بالحرمان ، ولكنهم قالوا : لا يجب عليه القضاء ؛ لوجود السبب وهو العجز . وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب . وعليه فيكون هذا الفرع مستثنى من القاعدة ، وهذا هو الأصح .

ومقابل الأصح يجب عليه القضاء ؛ لأنه استعجل صلاته من قعود قبل أوانه ، حيث قد ألقى بنفسه من شاهق مرتفع ليمرض مرضاً يعجزه عن القيام ، فيصلي من قعود ؛ فهو قد استعجل شيئاً قبل أوانه ، ومن استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بالحرمان من الترخص ، وهو : من الصلاة من قعود. لأنه خاص بالمرض الطبيعي الذي يعجز الإنسان عن الصلاة من قيام ، وعليه فيكون الفرع من القاعدة على مقابل الأصح. وهذا غير قوي لأنه عاجز بالفعل عن أداء الصلاة من قيام ؛ لوجود السبب وهو العجز عن أداء الصلاة من قيام ، وذلك بصرف النظر عن السبب في حد ذاته.

٦ - لو طلق إنسان زوجته في مرض موته فراراً من الإرث :

لو طلق إنسان زوجته في مرض موته فراراً من الإرث -أي : لكي لا تترث منه - فإنها ترثه فنفذ ، لا ترثه لثلاثي يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب ، ولكنهم قالوا : لو طلق رجل امرأته طلاقاً بائناً في مرض موته ، فراراً من الإرث ؛ فإنها ترثه معاملة له بنقيض مقصوده. وهذا هو المذهب القديم للإمام الشافعي ، وهو رأي بقية المذاهب الأخرى ، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية.

وعليه فيكون الفرع من القاعدة ؛ فيدخل تحتها ويأخذ حكمها ؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه ؛ فيعاقب بالحرمان ؛ فترث منه الزوجة وتأخذ حقها في الميراث.

وأما المذهب الجديد : فلا ترثه لثلاثي يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب ، وعليه يكون الفرع مستثنى من القاعدة ، وفيه نظر كبير بين الفقهاء ؛ فمنهم من ورثها منه ، حتى ولو انقضت عدتها ، ومنهم من جعل حق الإرث إذا مات وهي في

العدة، ومنهم من قال: بأنها لا تترث مطلقاً. وهذا هو رأي المذاهب في هذه المسألة، وهي أنه لو طلق زوجته في مرض موته فراراً من الإرث؛ فإنه ينفذ ما أَرَادَهُ ولا ترثه لئلا يلزم التوريث بلا سبب ولا نسب. ولكن هذا الرأي يختلف فيه بين المذاهب.

٧- من ملك نصاب الزكاة، وباع المال قبل الحول فراراً من الزكاة:

من ملك نصاب الزكاة، وباع المال قبل الحول فراراً من الزكاة صح جزماً، ولم تجب الزكاة. لئلا يلزم إيجابها في مال لم يدخل عليه الحول، وهو في ملك صاحبه؛ فتختل قاعدة الزكاة، وذلك لأن الحول سبب في وجوب الزكاة في المال الحولي الذي بلغ نصابه؛ فإذا ملك شخص النصاب، ثم حال عليه الحول وهو في ملكه، وجبت الزكاة؛ فإذا باع المال قبل الحول وكان ذلك بقصد الفرار من دفع الزكاة؛ فالبيع صحيح جزماً ولم تجب الزكاة؛ لأن المال لم يحل عليه الحول وهو في ملكه. بل حال عليه وهو في ملك غيره، فانتفى سبب وجوب الزكاة؛ فلا تجب الزكاة، لئلا تختل قاعدة الزكاة.

وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة؛ لأن مقتضى القاعدة وجوب الزكاة عليه، فمن استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بجرمانه، ولكنه لم يعاقب بل سقط عنه وجوب الزكاة، ولما كان قد ارتكب هذا الشخص محرماً حيث باع المال تهرباً من دفع الزكاة، فلم تسقط عنه العقوبة الأخروية؛ فإن قلنا: إنه لا تجب عليه الزكاة، إلا أنه يجب أن يكون معلوماً أنه لا تسقط عنه العقوبة الأخروية؛ لأنه تهرب من دفع الزكاة، والله ﷻ يعلم قصده ويعلم ما أَرَادَهُ فهو معاقب على هذا العمل في الدار الآخرة بسبب ارتكابه هذا التصرف.

وفي مذهب الإمام أحمد: لو باعه بقصد الفرار؛ لم تسقط الزكاة معاملة له بنقيض قصده، وقد عاقب الله - تعالى - الفارين من الصدقة؛ فقال ربنا - تبارك وتعالى - : ﴿ إِنَّا بَلَوْتَهُمْ كَمَا بَلَوْنَا أَصْحَابَ الْجَنَّةِ ... ﴾ [القلم: ١٧] فعاقبهم الله بذلك لفرارهم من الزكاة؛ ولئلا يكون الفرار ذريعة إلى إسقاطها جملة، لما جبلت عليه النفوس من الشح والبخل.

ولهذا قال الإمام مالك: "لا يحل الاحتيال لإسقاط الزكاة، ولا غيرها من حقوق الله ﷻ فقد قرر مذهب الحنابلة: أنه لو باع ذلك المال الذي يملكه وفيه أنه قد بلغ النصاب، وهو قد تصرف فيه فراراً من الزكاة؛ فيعامل بنقيض مقصوده".

٨- لو أن إنساناً شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر:

لو أن إنساناً شرب شيئاً ليمرض قبل الفجر فأصبح مريضاً؛ جاز له الفطر. قاله الروياني، وقد ذكر الإمام السيوطي حكم رجل تناول شراباً أو طعاماً ضاراً قبل الفجر ليمرض؛ فأصبح مريضاً، فله الفطر؛ لأن المرض قد تحقق، وهو سبب شرعي لجواز الفطر، قال تعالى: ﴿ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَنْكَارِهِ أُخَرِ ﴾ [البقرة: ١٨٥] وكان مقتضى القاعدة عدم جواز الفطر؛ لأنه استعجل الفطر بالمرض الناشئ عن الشراب أو عن غيره، ومن استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بجرمانه، ولكنهم قالوا: له الفطر؛ لأن المرض تحقق فعلاً، والفطر ثابت بالنص، بقطع النظر عن السبب الذي أدى إلى هذا المرض فيكون الفرع مستثنى من القاعدة.

والمرض الذي اعتبره الشارع سبباً للفطر هو المرض الذي يخاف معه الضرر، ومرده إلى الطبيب العدل الثقة؛ لأن أهل الخبرة هم الأطباء العدول، وقيل: يُكتفى بالتجربة، أو بموافقة شخص آخر يماثل حاله، والأول هو المعتمد؛ لأنه أضبط وأيسر.

٩- إنسان أفطر بالأكل متعدياً ؛ ليجامع في نهار رمضان :

إنسان أفطر بالأكل متعدياً ؛ ليجامع في نهار رمضان ، فلا كفارة عليه ، ولايضاح هذا الفرع نقول : إن الكفارة لا تجب بالفطر في رمضان عند الشافعية إلا بالجماع . وهو مذهب الحنابلة والظاهرية ، وخالف الحنفية والمالكية فقالوا : إن الكفارة تجب بالأكل عمداً بالجماع في نهار رمضان ، فلو أن إنساناً أكل أو جامع وجبت عليه الكفارة طالما كان الأكل عمداً ، وأما الشافعية فلا كفارة عندهم بالأكل عمداً ، فلو أكل ليجامع في نهار رمضان فلا كفارة عليه ، وكان مقتضى القاعدة وجوبها عليه ؛ لأنه توصل بالأكل إلى الجماع تحايلاً حتى لا تجب عليه الكفارة . فكان الواجب أن يعامل بنقيض مقصوده سداً للذريعة . والله أعلم .

١٠- لو أن امرأة جبت -أي : قطعت - ذكر زوجها :

لو أن امرأة جبت -أي : قطعت - ذكر زوجها أو أن شخصاً هدم الدار المستأجرة ، وكان مستأجراً لها ؛ ثبت لهما حق الخيار في الأصح . وتوضح هذا الفرع أن الزوجة يثبت لها حق الخيار في فسخ النكاح ، إذا كان الزوج محبوباً -أي : مقطوع الذكر - أو كان عنيئاً ، والعنين هو العاجز عن الجماع ، أو كان خصياً ، أو كان به جنون أو برص ، وذلك دفعاً للضرر ، وهذا عند الحنفية ومن وافقهم . فهل يثبت هذا الحق إذا قامت الزوجة بقطع ذكر زوجها ؟

قالوا : لها الحق في فسخ النكاح ، وكان مقتضى القاعدة : عدم ثبوت هذا الحق لها ؛ لأنها استعجلت شيئاً قبل أوانه ، وهو الحب ؛ فتعاقب بالحرمان من طلب الفسخ . ولكنهم قالوا : لها طلب الفسخ فيه ، وعليه فالفرع خارج عن القاعدة ،

ومعنى هذا أنه إذا وجد السبب، وهو الجبُّ ترتب عليه المسبب، وهو الخيار حتى ولو كانت سبباً في حدوث العيب، وهذا هو الأصح عند الشافعية.

وكذلك لو قام المستأجر بهدم الدار المستأجرة؛ فله الخيار في الأصح. وكان مقتضى القاعدة: عدم ثبوت الخيار له؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه وهو الهدم؛ فيُعاقب بالحرمان، وهو الخيار في الفسخ، ولكنه لم يعاقب وثبت له الخيار. هذا هو الأصح عند الشافعية.

وأما مقابل الأصح فلا يثبت له الخيار، بل لا يثبت لأي واحد منهما الخيار تمثيلاً مع القاعدة؛ لأنه هو الذي فعل ذلك، ويُرد على هذا بأنه يثبت لهما. أي: للزوجة والمستأجر الخيار؛ لأننا لو أسقطنا الخيار، لضاع معنى السببية، يوجد السبب ولا يوجد المسبب. والجواب عن ذلك: أن السبب قد يوجد، ويتخلف لوجود مانع خارج عن السبب، وذلك كالبنوة؛ فإنها سبب الإرث، ولكنه لا يحدث الإرث؛ لكون الولد قاتلاً، فالقتل مانع من ترتب المسبب، وهو الإرث؛ لأن السبب لم يوجد بتمامه، ولا مستكماً لشروطه، بل لأنه فقد شرطه؛ لأن فقد شرطه يوجب فقده؛ فكأنه غير موجود.

١١ - لو أن زوجة قتلت نفسها قبل الدخول:

لو أن زوجة قتلت نفسها قبل الدخول، استقر المهر لها في الأصح. وبيان ذلك أن الزوجة إذا قتلت نفسها بعد العقد، وقبل الدخول استقر لها المهر في الأصح؛ لأن الشارع الحكيم قرر أن المهر يستقر كله بالموت أو بالدخول أو بالخلوة الصحيحة، وقبل ذلك لا يستقر؛ بل يتنصف المهر.

فإذا قتلت المرأة نفسها استقرّ المهر كله لها لأن الموت سبب لتقرير المهر، وقد

ماتت وإذا وجد السبب ترتب عليه المسبب، وبذلك يكون الفرع قد خرج عن القاعدة؛ لأن مقتضى القاعدة عدم استقرار شيء لأنها استعجلت شيئاً قبل أوانه؛ فتعاقب بالحرمان، ولكنهم قالوا باستقرار المهر؛ فخرج الفرع عن القاعدة. وهذا في الأصح. وأما مقابل الأصح فلا يستقر؛ لأنها استعجلت شيئاً قبل أوانه بفعل محرم منها، فتعاقب بالحرمان وعليه فالفرع من القاعدة.

وبهذا الفرع نكون قد وفينا القاعدة حقها ببيان الصور الداخلة تحتها، والخارجة عنها، وبالتأمل فيما أوردناه يظهر أن الصور الخارجة عن القاعدة أكثر من الداخلة فيها، بل إذا راعينا الحقيقة؛ فسوف يتضح أنه لم يدخل فيها غير فرع حرمان القاتل من الإرث، وأما تحليل الخمر؛ فليست العلة في الاستعجال في الأصح، بل تنجيس الملاقي للخمر وضممه، ثم عوده عليه بالتنجيس.

وقد نبه الإمام السيوطي على ذلك بما ذكرناه هنا في هذا التأمل، ويمكن لهذه القاعدة ألا تحتاج إلى هذه المستثنيات بما نقله قاضي القضاة الإمام علم الدين عن والده أنه زاد في القاعدة لفظاً، فقال: "من استعجل شيئاً قبل أوانه، ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب مجرماته". فيكون الحرمان مقيداً بعدم المصلحة في الاستعجال، فإذا كان القصد من وراء تحقيق مصلحة معتبرة شرعاً؛ فلا يتأتى الحرمان حينئذ.

وهذا كلام عظيم ونظر دقيق من هذا الإمام، فإذا وجدت المصلحة فثمّ شرع الله؛ لأن الشرع إنما جاء من أجل تحقيق المصالح، ودفع المضار عن الناس.

قاعدة "العقود تصح بكل ما دل عليه مقصودها"، وقاعدة "البيع هل هو العقد فقط، أم العقد والتقابض عن تعاوض؟"، وقاعدة "أمنع أسهل من الرفع"، وقاعدة "الحقوق خمسة أنواع"

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة "العقود تصح بكل ما دل عليه مقصودها". ٤٩
- العنصر الثاني : قاعدة "البيع هل هو العقد فقط، أم العقد والتقابض عن تعاوض؟". ٥٠
- العنصر الثالث : قاعدة "أمنع أسهل من الرفع". ٥٠
- العنصر الرابع : قاعدة "الحقوق خمسة". ٥٢

قاعدة: العقود تصح بكل ما دل عليه مقصودها

العقود تصحّ بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة. وفي لفظ الاعتبار للمعنى دون الألفاظ.

ومعنى هذه القاعدة: أن العقود تصح وتكون نافذة بكل لفظ، أو فعل دل على مقصود العاقلين ورضاهما. ولا يجب أن يختص كل عقد بلفظ لا يجوز غيره بدلالة أن الشرع اكتفى بالتراضي في البيع، وبطيب النفس في التبرع، ولم يشترط لفظاً معيناً ولا فعلاً معيناً يدل على التراضي دون غيره، هذا هو معنى القاعدة. وهي: أن العقود تصحّ بكل الألفاظ والتصرفات التي تدل على مقصود العاقلين، وعلى رضاهما. ومتى تحقق ذلك بأي قول أو بأي فعل تم المراد، وكان العقد صحيحاً.

ومن أمثلة هذه القاعدة: أن النكاح ينعقد بما يدل على ملك العين للحال، كلفظ: البيع والشراء، والهبة والتمليك؛ لأن الحال شاهد على إرادة النكاح. فلو قال: ملكتك هذه الزوجة. ينعقد النكاح بلفظ الملك؛ لأن الشواهد والحال الذي وقع فيه هذا الكلام ينصرف إلى النكاح.

وكذلك إذا قالت المرأة: اخلعني بهذه الألف، أو بهذه السيارة. فقبض الألف، أو ركب السيارة، على الوجه المعتاد؛ فهذا يدل على الرضا منه بالمعاوضة؛ فيقع الخلع، ولكن لا تنعقد الهبة بلفظ البيع بغير ثمن، ولا ينعقد البيع بلفظ النكاح والتزويج؛ لعدم جريان العادة بذلك؛ فيكون هذا الفرع مستثنى من القاعدة.

قاعدة: البيع؛ هل هو العقد فقط، أم العقد والتقابض عن تعاوض؟

والمعنى أن العقد هو: ارتباط الإيجاب بالقبول، فهل يكفي ذلك في إتمام عقد البيع أو لا بد من التقابض أيضاً؟ أي: أن يقبض كلٌّ من البائع والمشتري البذل؛ فيقبض البائع الثمن، ويقبض المشتري المبيع، أو لعل المقصود هو قبض المبيع؛ لأن الثمن يجوز تأجيله بخلاف العين المبيعة؛ فلا تقبل التأجيل. وهل يترتب على هذا الخلاف ثمرة؟ نعم، يترتب على هذا الخلاف ثمرة عند المالكية.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة: أنه إذا وقع الإيجاب والقبول، وهلك المبيع. فإذا قلنا: إن البيع التعاقد؛ فالمبيع يهلك من ضمان المشتري. وإن قلنا: العقد مع التقابض مع تعاوض؛ فيهلك من ضمان البائع. وأما عند غير المالكية؛ فإن المبيع قبل قبضه من ضمان البائع، سواء أكان مكلياً أم غير مكيل، إلا إذا طلب البائع من المشتري أن يتسلمه فأبى استلامه؛ فهلك فهو من ضمان المشتري، وكذلك إذا أتلّفه المشتري قبل تسلمه؛ لأن ذلك كالتقبض تماماً، ويمكن أن يقوم التخلية مع التمييز مقام القبض؛ فتعتبر التخلية تسليمًا في هذه الحالة.

قاعدة: المنع أسهل من الرفع

وهذه القاعدة يتخرج تحتها مسائل وفروع كثيرة، نذكر منها: تخمير الخل ابتداءً بأن يُوضع فيها خلٌّ يمنع تخمير الخمر مشروع، وتخليل الخمر بعد تخليلها ممنوع، ومن ذلك أيضاً: ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه، ويمنع نجاسة جلده، وهو مشروع، ودبغ جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب. ومن الصور: السفر قبل الشروع في الصيام؛ فإن السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر، ولو سافر في أثناء يوم من أيام رمضان ففي استباحة الفطر روايتان، والإتمام فيه أفضل بكل حال.

ونقل ابن منصور عن أحمد > أنه إذا نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أفطر، وإن نوى السفر في النهار وسافر فيه فلا يعجبني أن يفطر فيه، وهذا هو تعبير الإمام أحمد؛ فإنه يقول: يعجبني، ولا يعجبني. ولا يقول: حلال أو حرام؛ خشية أن يقول في شيء رأياً ليس هو الحق؛ فهذا من ورع الإمام.

والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب إذا وجد السفر في النهار؛ فيكون الصيام قبله مراعاة، بخلاف ما إذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار.

ومن الصور المندرجة تحت القاعدة: أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر، والنفل. فإن شرعت فيه بدون إذنه، ففي جواز تحليلها روايتان؛ لأن الدخول في نسك الحج والعمرة، لا يخرج منه الحاج إلا بتمامه، ومن الصور أيضاً: أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة، يمنع الدخول فيها بالتيمم، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء، فهل يبطل الصلاة، أم لا؟ على روايتين، وكذلك الخلاف في القدرة على النكاح بالحرمة بعد نكاح الأمة، هل يبطل نكاحه، على روايتين. ومنع ابتداء وكذلك في القدرة على كفارة الظهار بالعتق بعد شروعه في الصيام، لا يوجب الانتقال على الصحيح، وقبله يوجب.

ومن الصور: أن المرأة تملك منع نفسها، حتى تقبض صداقها من زوجها؛ فإن سلّمت نفسها له ابتداءً قبل قبض الصداق، فهل تملك الامتناع بعد ذلك، حتى تقبض المهر؟ ذلك على وجهين.

وكذلك من الصور: ما اختاره صاحب (المغني) في البيع، أن البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه؛ فإذا تسلمه لم يملك استرجاعه، ومنع المشتري من التصرف فيه، والحجر عليه مستنداً إلى هذا. وهذا بخلاف ما قاله القاضي وأصحابه في مسألة الحجر.

ومن الصور: اختلاف الدين المانع من النكاح. يمنعه ابتداءً ولا يفسخه في الدوام على الأشهر، بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه. ومن الصور: أن الإسلام يمنع ابتداءً الرق، ولا يرفعه بعد حصوله؛ وإنما استرق ولد الأمة المسلمة؛ لأنه جزء منها فهو في معنى استدامة الرق على المسلم، وأما الأسرى إذا أسلموا قبل الاسترقاق؛ فإنما جاز استرقاقهم؛ لانعقاد سببه في الكفر، انعقاداً تاماً؛ فإذا استند إلى سبب موجود في الكفر؛ فإنه يكون كذلك.

قاعدة: الحقوق خمسة

الحقوق خمسة أنواع، وهذا حصر للحقوق، وبدأ يبين هذه الأنواع؛ فذكر النوع الأول من هذه الحقوق:

١ - حق ملك:

وهو ما يتمتع إرثه لمانع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالمُحَرَّم إذا مات مورثه وفي ملكه صيد على أظهر الوجهين.

٢ - حق تملك:

كحق الأب في مال ولده، وكحق العاقد للعقد إذا وجب له، وحق العاقد في عقد يملك فسخه؛ ليعيد ما خرج عنه إلى ملكه، مع أنه في هذا فيه شائبة من حق الملك، وحق الشفيع في الشقص.

وفي هذه المسألة صور مختلف فيها؛ هل يثبت فيها الملك أو حق التملك؟ ومن هذه الصور:

- حق المضارب في الربح بعد ظهور الربح، وقبل القسمة:

وفيه روايتان:

إحدهما: أنه يملكها - أي: يملك الحصة التي له - بظهور الربح.

والثانية: أنه لا يملك حصته بمجرد الظهور، وإنما يملكها إذا تملك هذه الحصة يكون بعد القسمة، وهو حق متأكد، حتى لو مات ورث عنه، ولو أتلف المالك المال غرم بما فعله، وكذلك الأجنبي، ولو أسقط المضارب حقه منه، فإن قلنا: هو ملكه؛ فهو لم يسقط.

وإن قلنا: لم يملكه بعد، ففي التلخيص احتمالان، أحدهما: يسقط كالغنيمة، والثاني: لا يسقط؛ لأن الربح هنا مقصود، وقد تأكد سببه، بخلاف الغنيمة؛ فإن مقصود الجهاد هو إعلاء كلمة الله لا المال؛ فليس القصد من الجهاد هو المال، وإنما القصد هو إعلاء كلمة الله.

- حق الغانم في الغنيمة قبل القسمة:

وفيه وجهان:

الوجه الأول - وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب - : أنه يثبت الملك في الغنيمة بمجرد الاستيلاء على الغنيمة، ولكن، هل يشترط الإحراز أم لا يشترط؟ هذا على وجهين:

الوجه الأول: أنه لا يشترط الإحراز، وتملك الغنيمة بمجرد أن تنقضي الحرب، وهو قول القاضي في المجرد، وقول من تابعه على طريقته.

الوجه الثاني: أنه يشترط أن تملك الغنيمة، وهو قول الخرقى وقول ابن أبي

موسى ، كسائر المباحات. ورجحه صاحب (المغني) فعلى هذا لا يستحق المحارب منها شيئاً ، إلا من شهد الإحراز.

وأما على الأول فاعتبر القاضي والأكثر شهود الإحراز الواقعة ، وقالوا : لا يستحق من لم يشهده ، وفصل في (الأحكام السلطانية) بين الجيش وأهل المدد ، فأما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الواقعة.

فإذا حضروا جزءاً من الواقعة استحقوا نصيبهم من الغنيمة ، إذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر ، كموت الغازي أو موت فرسه ، وأما المدد يعني : من جاء مدداً للجيش ؛ فيعتبر استحقاقهم بشهود انجلاء الحرب.

ونص الإمام أحمد في رواية يعقوب بن بختان فيمن قتل في المعركة ، أعطى ورثته النصيب الذي كان مقدراً لمورثهم. والوجه الثاني : لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك ، بأن يقبل الملك ويختار أن يأخذ من الغنيمة ، وهو اختيار القاضي في خلافه. فعلى هذا إنما ثبت لهم حق التملك كالشفيع ، فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة ؛ فلا حق له ، وهذا ما ذكره صاحب الترغيب ، وظاهر كلام القاضي في خلافه في باب الشفعة : أن الحق ينتقل إلى الورثة بدون القبول والمطالبة.

وإن قالوا : اخترنا القسمة ؛ لزمنا حقوقهم ، ولم تسقط بالإعراض. ذكره صاحب (الترغيب) بخلاف ما إذا أسقطوا حقهم قبل الاختيار ، فإنه يسقط على الوجهين ؛ لضعف الملك ، وعدم استقراره. ويصير هذا الحق فيئاً فإن أسقط البعض دون البعض فالكل لمن لم يسقط حقه.

- حق من وجد ماله بعينه في المغنم قبل القسمة ، مما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه :

فإنه يثبت له حق التملك عند الأصحاب. وخرّجه شيخ الإسلام ابن تيمية على الخلاف في حق الغائبين.

- حق الزوج في نصف الصداق ، إذا طلق قبل الدخول. هل يثبت له فيه الملك قهراً أو يثبت له حق التملك ؛ فلا يملك بدونه فيه :

في هذا وجهان :

الوجه الأول وهو المنصوص ، وعلى الثاني فيكتفى فيه بالمطالبة ، واختيار التملك على ظاهر كلام أبي الخطاب ، كرجوع الأب ، وزعم صاحب (الترغيب) أن هذا مرتب على الخلاف في عفو الذي بيده عقدة النكاح ، هل هو الزوج أو هو الولي ؟ على خلاف بين الفقهاء ، وليس الأمر كذلك.

ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك ؛ فإن العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة مثلاً. وليس في قولنا : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب ، ما يستلزم أن الزوج لم يملك نصف المهر ؛ لأنه إنما يعفو عن النصف المختص بابنته ، فأما النصف الآخر فلا تعرض لذكره بنفي ولا إثبات.

والعجب أنه حكى بعد ذلك في صحة عفو الزوج عن النصف ، إذا قلنا : قد دخل في ملكه وجهين. والصحيح المشهور أنه يصح عفو الشفيع عن الشفعة. ذكره القاضي وابن عقيل.

وإن قلنا : مَلَكَ نصف الصداق. صح بلفظ الهبة ، وصح بلفظ التملك. وهل

يصح بلفظ العفو؟ على وجهين؛ أحد الوجهين: أنه لا يصح، قاله ابن عقيل. والثاني: أنه يصح، قاله القاضي، ورجحه صاحب (المغني) وهو الصحيح؛ لأن الهبة ينعقد عقدها بلفظ يفيد معناها من غير اشتراط إيجاب ولا قبول، ولا اشتراط لفظ معين. وقال القاضي وابن عقيل: يشترطها هنا الإيجاب والقبول، والقبض. وحكى صاحب (الترغيب) في اشتراط القبول وجهين، والصحيح أن القبض لا يشترط في الفسوخ، كالإقالة ونحوها. صرح به القاضي في خلافه، وكذلك يصح رجوع الأب في الهبة من غير قبض، وكذلك في فسخ عقد الرهن، وفي غير ذلك.

- حق الملتقط في اللقطة:

فإذا وجد الإنسان لُقطة؛ فإنه يثبت له في هذه حق بعد الحول وبعد التعريف، وفي هذا وجهان؛ أشهرهما: أنه يثبت له الملك بغير اختياره، واختاره القاضي، وقال: "إنه ظاهر كلام الإمام أحمد، فهو يستحق حقه في التملك في اللقطة بعد التعريف سنة، وإن لم يختَر ذلك؛ فهو يدخل في ملكه من غير اختيار منه". والثاني: أنه لا يدخل حتى يختار، وهو اختيار أبي الخطاب؛ فيكون حقه في اللقطة حق تملك.

- أن الموصى له، هل يملك الوصية بعد موت الموصي؟

فيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت له الملك، وقيل: إنه ظاهر كلام أحمد.

والوجه الثاني: إنما يثبت له حق التملك بالقبول، وهو المشهور عند الأصحاب.

- من نبت في أرضه كلاً، أو نبت شيء مثل الكلاً من المباحات، أو توحد فيها صيد، أو سمك ونحو ذلك، فهل يملكه بذلك؟

في هذه المسألة روايتان معروفتان، وأكثر النصوص عن الإمام أحمد يدل على الملك، وعلى الرواية الأخرى إنما يثبت له حق التملك، وهو مقدم على غيره بذلك، يعني: أنه لا يملك بالفعل، وإنما يكون له حق أن يملك، ويكون حقه في التملك مقدماً على غيره؛ إذ لا يلزمه أن يبذل من الماء والكلاً إلا الفاضل عن حوائجه، ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بحيازته إليه، فقال القاضي والأكثر: "يملكه، وخرج ابن عقيل أنه لا يملكه؛ لأنه سبب، فهو منهي عنه فلا يفيد الملك".

ويشبه هذا الخلاف في: الطائفة التي تغزو بدون إذن الإمام، هل يملكون شيئاً من غنيمتهم أم لا يملكون؟ وقد قرر القاضي في موضع من خلافه أن الأسباب الفعلية تفيد الملك، وإن كانت محظورة؛ فأخذ المسلم أموال أهل الحرب غصباً، وإن دخل إليهم بأمان، بخلاف القولية في موضع آخر، صرح بخلاف ذلك، وأنه لا يملك به المسلم، وهو الصحيح من المذهب.

- متحجرات الموات:

المشهور أنه من يتحجر أرضاً ولا يتمم الإحياء فيها، لا يملكه بذلك، ونقل صالح عن أبيه ما يدل على أنه يملك. وعلى الأول يكون هو أحق بتملكه بالإحياء؛ فإن بادر الغير فأحياءه، ففي ملكه وجهان معروفان. هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقعاً على اختياره، فأما إن ثبت له رغبة في التملك ووعد به، ولم ينعقد السبب كالمستام والخطاب، إذا ركن إليهما؛ فلا يجوز مزاحمتهما أيضاً، ولكن يصح على المنصوص.

وخرج القاضي وجهًا بالبطلان من البيع على بيعه ، والفرق بينهما واضح ؛ لأن الحق في البيع انعقد وأخذ به ، وكذلك ها هنا ؛ ولأن العقد أو المفيد للملك هنا العقد ، والمحرم سابق عليه ، فهو كاستيلاء الأب والشريك يحصل له الملك بالعلوق. كما لو كان المحرم وهو الوطاء سابقاً عليه.

٣- حق الانتفاع:

ويدخل تحت هذا النوع صور كثيرة ، ومن هذه الصور:

- وضع الجار خشبة على جدار جاره إذا لم يضر ذلك بالجدار الذي وضع الخشب عليه ، وذلك للنص الوارد فيه.

- إجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك ، وهذا في إحدى الروايتين ؛ وذلك لقضاء عمر بذلك. قال الشيخ تقي الدين : " وكذلك إذا احتاج أن يجري ماءه في طريق مائه. مثل : أن يجري مياه سطوحه أو يجري مياه غيرها في قناة لجاره ، أو يسوق في قناة عذبة ماء ، ثم يقاسمه جاره ، ولو وضع على النهر عبارة يجري فيها الماء ؛ فخرجها الأصحاب على الروايتين.

ونقل أبو طالب عن أحمد في قوم اقتسموا داراً كانت لها أربعة سطوح يجري الماء عليها ، فلما اقتسموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء للآخر. وقال : هذا قد صار لي وليس بيننا شرط ، فقال أحمد : يُرد الماء إلى ما كان عليه وإن لم يشترط ذلك. ولا يضر ذلك أبداً.

وحمل طائفة من أصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنعه من جريان الماء ، وأنه يحتاج إلى أن ينقض سطحه ، ويستحدث له مثيلاً ، فجعل له أن يجريه على رسمه الأول وعلى ما كان عليه قبل القسمة ولا يمنع غيره بهذه القسمة ؛ لأن الحق قد ثبت له أولاً وأساساً قبل القسمة ، كذلك كما يجري ماءه في أرض غيره للحاجة ، أو يضع خشبة على جداره.

وكذلك ذكر ابن عقيل وغيره ذلك، وحمله بعضهم على أن الدار إذا اقتُسمت كانت مرافقها كلها باقية مشتركة بين الشركاء ولا منفذ للآخر، فإذا لم يكن هناك منفذ للآخر، لم تصح القسمة، وعلى هذا حمله صاحب (شرح الهداية).

وخرج صاحب (المغني) في رواية أبي طالب وجهًا آخر في مسألة الطريق بصحة القسمة، فالطريق المشترك يصح فيه القسمة، ويبقى حق الاستطراق فيه للآخر، وبينهما فرق - أي: بين الطريق وبين الدار المشتركة فرق - فإن الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق، فالاشتراط فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص، بخلاف إجراء الماء على السطح، فإنه لا يمنع صاحب السطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصة بالملك، فبين الطريق وبين السطح فرق واضح وظاهر، من حيث إن الطريق منفعته عامة، وهو موجود من أجل الاستطراق، فيظل الاشتراك في الاستطراق بين الجميع.

- ما لو باع أرضًا فيها زرع يحصده مرة واحدة، ولم يبدُ صلاحه، أو باع أرضًا فيها شجر وهذا الشجر عليه ثمر، لم يبدُ صلاحه، فإن ذلك يبقى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجذاذ بغير أجر، ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع لينتفع بها إلى وقت الجذاذ أو أراد أن يؤجرها، لم يكن له ذلك، كما لا يملك الجار إعاره غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك داره.

- وكذلك لو باع زرعًا فبدى صلاحه في أرض، فإن عليه بقاءه في هذه الأرض، فإن أذن له، فأما إن باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع؟ هذه المسألة على وجهين ذكرهما القاضي، وحكي عن ابن شاقلاً أنه لا يدخل، وإن ظاهر كلام أحمد الدخول، حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها، فإن أصلها يدخل معها، وعلى هذا لو انقلعت فله إعادتها أو إعادة غيرها مكانها، ولا يجوز ذلك كالزراع إذا حُصد، فلا يكون له في الأرض سوى حق الانتفاع.

٤ - حق الاختصاص :

وهو عبارة عما يختص به مستحقه بالانتفاع به ، ولا يملك أحد مزاحمته فيه ، وهذا الحق غير قابل للشمول والمعاوضات ، ويدخل تحت هذا النوع صور كثيرة ، ومنها : الكلب المباح اقتناؤه ، وذلك كالكلب المعلم لمن يصطاد به ، أو كان الكلب جرواً ، والجرو : هو الكلب الصغير الذي يحتاج إلى التعليم ، في هذه المسألة وجهان . ومن الصور :

- الأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره على القول بالجواز ؛ فأما الأدهان التي هي نجسة العين كدهن الميتة ، فالمنصوص أنه لا يجوز الانتفاع به ، ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد ما يدل على جوازه .

- جلد الميتة المدبوغ ، إذا قيل بأنه يجوز الانتفاع به في الياسات ؛ فأما ما لا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال ، فلا يد ثابتة عليه ، وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو في يده ، بخلاف ما فيه نفع مباح ، فإنه يجب رده .

نعم ، لو أنه غصب خمراً ، فتخللت في يد الغاصب وجب ردها ، وهذا ما ذكره القاضي وابن عقيل والأصحاب ؛ لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب ، فكأنها تخللت في يده ، واختلفت عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرد التخمير - أي : تخمير الخمر - فأطلق الأكثرون زوال اليد عنها ، ومنهم القاضي وابن عقيل ، وهو ظاهر كلام بعضهم : أن الملك لم يزل ، ومنهم صاحب (المغني) في كتاب : الحج ، وفي كلام القاضي ما يدل عليه .

وعلى كل فلو عادت خللاً عاد الملك الأول لحقوقه من ثبوت الرهينة وغيرها حتى لو خلف خمراً وديناً ، فتخللت الخمر ، قضى منه دينه ، وهذا ما ذكره القاضي في كتابه (المجرد في الرهن) وذكر هو ابن عقيل أيضاً فيه : لو وهب الخمر وأقبضها أو

أراقها، فجمعها آخرُ، فتخللت في يد الثاني، فهل هي ملك له، أو هي ملك للأول؟ هذا على احتمالين.

وفرقاً بين ذلك وبين الغصب: بأن الأول زالت يده عنها بالإراقة والإقباض، وثبت يد الثاني عليها، بخلاف الغصب، وهذا ما رجحه صاحب (المغني) أن الرهن لا يبطل بتخمير العصير، وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر؛ لإمكان عودها مالاً.

- ومن الصور التي تدخل تحت هذا النوع من الملك مرافق الأملاك: كالطرق، والأفنية، ومسيل المياه، ونحوها، هل هي مملوكة، أو ثبت فيها الاختصاص؟ في هذه المسألة وجهان:

الوجه الأول: ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك، وبه جزم القاضي وابن عقيل في باب: "إحياء الموات وفي الغصب" وهذا هو المنصوص عن أحمد فمن حفر في فناءه بئراً، أنه متعدي بحفره في غير ملك، وطرد القاضي ذلك في حريم البئر، ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها، لم يصح البيع في هذه الحالة؛ لأن الفناء لا يختص به وحده؛ إذ استطرقه عام للجميع، بخلاف ما لو باع بطريقها، وأورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء؛ لأن الحقوق منها كمسيل المياه.

الوجه الثاني: صرح بالملك، وهذا ما قاله الأصحاب في الطرق، وجزم به في الكل صاحب (المغني) وهذا ما أخذه من نص الإمام أحمد < وأخذه من الخرق على ملك حريم البئر.

ومن صور مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها؛ فالسابق إليها أحق بها، ولكن هل ينتهي حقه بانتهاء النهار، أو أن هذا الحق يمتد إلى أن ينقل قماشه عنها؟

في هذه المسألة خلاف على وجهين، وظاهر كلام الإمام أحمد في رواية حرب : الأول، أي: أنه ينتهي بانتهاء النهار؛ لجريان العادة بانتهاء الزيادة عليه، وعلى الثاني، فلو أطل الجلوس فهل يُصرف أم لا؟ هذه المسألة أيضاً على وجهين؛ لأنه يفضي إلى الاختصاص بالحق المشترك.

ومن الصور: الجلوس في المساجد ونحوها؛ لعبادة أو مباح، فيكون الجالس في المسجد أحق بمجلسه إلى أن يقوم باختياره قاطعاً للجلوس، أمّا إن قام لحاجة عارضة، أو لغرض من الأغراض على نية أن يعود إلى مجلسه، فإنه يثبت له حق العود، ويكون هو أحق بمجلسه من غيره، ويُستثنى من ذلك الصبي إذا قام في صف فاضل أو في وسط الصفوف، فإنه يجوز نقله عنه، صرح بهذا القاضي، وهو ظاهر كلام أحمد < وعليه حمل فعل أبي بن كعب بقيس بن عباد.

٥ - حق التعلق لاستيفاء الحق :

وهذا النوع له صور كثيرة، ومن هذه الصور: تعلق حق المرتهن بالرهن، ومعناه: أن جميع أجزاء الرهن تكون محبوسة بكل جزء من الدين حتى يستوفى الدين جميعه.

ومن هذه الصور: تعلق حق الجناية بالجاني، ومعناه: أن حق الجاني انحصر في ماليته وله المطالبة بالاستيفاء منه، ويتعلق الحق بمجموع الرقبة، لا بقدر الأرض على ظاهر كلام الأصحاب، ويباع جميعه في الجناية ويوفى منه الحق، ويرد الفضل على السيد، وهذه الصورة في صورة بيع العبد أيام أن كانت هناك عبدة.

ومن الصور: تعلق حق الغرماء بالتركة، هل هذا تعلق؟ صرح بذلك الأكثرون بأن المتعلق هو الرهن، ويفسر بثلاثة أشياء:

أحدها: أن تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها، فلا ينفك منها شيء حتى يوفى الدين كله، وصرح بذلك القاضي في خلافه إذا كان الوارث واحداً، قال: "وإن كان جماعة انقسم عليهم بالحصص، ويتعلق كل حصة من الدين بنظيرها من التركة وكل جزء منها، فلا ينفك شيء حتى يوفى جميع تلك الحصة، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة، أو كان غير مستغرق لها، وصرح به جماعة؛ منهم: صاحب (الترغيب في التفليس)".

الثاني: أن الدين يكون في الذمة ويتعلق بالتركة، وهل هو في ذمة الميت، أو هو في ذمة الورثة؟ هذا على وجهين.

الثالث: أنه يمنع صحة التصرف في التركة، وفي ذلك وجهان كما سبق ذكره، وهل تعلق حقهم بالمال من حين المرض، أو لا؟ تردد الأصحاب في ذلك، ونقل الميموني عن الإمام أحمد فيمن عليه دين، يحيط بجميع ما ترك؟ يجوز له أن يهب - يعني: الميت - قال: "نعم، قلت: هذا ما ليس له مال؟ قال: أليس ثلثه له؟ قلت: أليس هذا المال له؟ قال: أليس هو الساعة في يده؟ قلت: بلى، ولكنه لغيره، قال: دَعَهَا، فإنها مسألة فيها لبس". والذي كان عنده على ما ناظرته أن هذا جائز.

واستشكل هذه الرواية حين قرأته بخطه، وجعل ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين، وحملها على أحد وجهين؛ إما أن يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة؛ لتعلق حق الجميع بماله، فلا يكون ممنوعاً من التصرف بالثلث مع واحد منهما، أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء.

وقال الشيخ تقي الدين: "هذا يدل على أن الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال إلا بعد الموت؛ لأن حقهم في الحياة في ذمته، والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين، فيبقى الثلث الذي ملّكه الشارع التصرف فيه، لا مانع له فيه من التصرف، فينفذ تصرفه فيه منجزاً، لا معلقاً بالموت، بخلاف الزائد على الثلث إذا لم يكن عليه

دين، فإن حق الورثة يتعلق به في مرضه؛ إذ لا حق لهم في ذمته".

قلتُ: وتردد كلام القاضي وابن عقيل في خلافيهما في المريض: هل لورثته منعه من إنفاق جميع ماله في الشهوات، أم لا؟ جزم بثبوت المنع لهم؛ لتعلق حقوقهم بماله، وأنكر ذلك في مواضع أخرى.

ومن الصور: تعلق حق الموصى له بالمال، هل يتبع الانتقال إلى الورثة؟ جعل طائفة من الأصحاب حكمه كحكم الدين، ومنهم أبو الخطاب في (انتصاره) وأبو الحسين في (فروعه) ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب: أن الموصى به قبل القبول على ملك الورثة، وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله إلى الورثة، مفرقاً بين الدين والوصية، بأن حق الموصى له في عين التركة، ولا يملك الورثة إبدال حقه، بخلاف الدين، فإن حق صاحبه في التركة والذمة، وللورثة التوفية من غيره.

وأخذ ذلك مما رواه ابن منصور، عن الإمام أحمد فيمن أوصى أن يخرج من ماله كذا أو كذا، في كذا أو كذا سنة كذا، قال: لا يُقسَّم المال حتى ينفذوا ما قاله، إلا أن يضمنوا أن يخرجوه، فلهم أن يقسموا البقية، وكذلك قاله في (المجرد والفصول) في: "باب الشَّرْكََة" أن الموصى له إن كان معيناً، فهو شريك في قدر ما وصي له به، وهذا يدل على عدم انتقاله إلى الورثة، وأن المشهور عندنا هو صحة الوصية بالزائد على الثلث، وإن إجازة الورثة لها تنفيذ، وليست هي ابتداء عطية.

ومن الصور التي تدل على حق التعلق لاستيفاء الحق: تعلق الزكاة بالنصاب، وهل الزكاة هي تتعلق تعلق شَرْكََة، أو أنها تتعلق تعلق استيفاء كالجناية؟ في هذه المسألة اطراد الأصحاب في ذلك اطراداً كثيراً، ويحصل منه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه تعلق شركة، وهذا ما صرح به القاضي في موضع من (شرح

المذهب) وظاهر كلام أبي بكر يدل عليه، وقد بينه في موضع آخر.

الوجه الثاني: تعلق استيفاء، فالزكاة تتعلق بتعلق استيفاء، وصرح به غير واحد، منهم القاضي، ثم منهم من يشبهه بتعلق الجنائية، ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة.

الوجه الثالث: أنه تعلق رهن، وينكشف هذا النزاع بتحرير مسأله.

ومن هذه المسائل: أن الحق هل هو متعلق بجميع النصاب، أو أن هذا الحق يمتد بمقدار الزكاة فيه من غير تعيّن؟ وقد نقل ابن عقيل الاتفاق على الثاني.

ومن المسائل: أنه مع التعلق بالمال هل يكون ثابتاً في ذمة المالك، أم لا يكون ثابتاً؟ وظاهر كلام الأكثرين: أنه على القول بالتعلق بالعين، لا يثبت في الذمة منه شيء، إلا أن يتلف المال أو يتصرف فيه المالك بعد الحول، هذا ظاهر كلام أبي الخطاب، وظاهر كلام صاحب (المحرر في شرح الهداية) وهو أننا إذا قلنا: الزكاة في الذمة، فيتعلق بالعين تعلق استيفاء محض، كتعلق الديون بالتركة، وهو اختيار ابن تيمية وهذا حسن.

ومن الصور: منع التصرف، والمذهب: أن لا يُمنع كما لو تعلق المال تعلق استحقاق للاستيفاء منه.

ومن الصور: تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له، وقد ذكر القاضي في (المجرد) أن هذا التعلق: هل يصح أو لا يصح؟ فيه خلاف.

ومن الصور: تعلق حقوق الفقراء بالهَدْي وبالأضاحي المعينة، ويقدمون ما يجب صرفه إليه منها، وعلى الغرماء أنهم يلتزمون بذلك في حياتهم وبعد وفاتهم.

قاعدة "املك أربعة أنواع"، وقاعدة "ما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأملك"، وقاعدة في الانتفاع، وإحداث ما ينتفع به من الطرق المملوكة

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة "املك أربعة أنواع". ٦٩

العنصر الثاني : قاعدة "ما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأملك". ٧٣

العنصر الثالث : قاعدة في الانتفاع، وإحداث ما ينتفع به من الطرق المملوكة

قاعدة: الملك أربعة أنواع

ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة، وقد بينها مجملًا، وننتقل بعد هذا الإجمال إلى التفصيل، فنقول:

النوع الأول: ملك العين والمنفعة:

فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة بالأسباب المقتضية لهذا الملك، فالأعيان المملوكة يملك فيها صاحبها العين والمنفعة بالأسباب التي تقضي بملكية الشخص عن طريقها، من بيع، وهبة، وإرث، وغير ذلك من الأسباب الكثيرة التي هي في الحقيقة تسمى بأسباب الملك.

واعلم، أن ابن عقيل ذكر في (الواضح في أصول الفقه) إجماع الفقهاء على أن العباد لا يملكون، وإنما المالك لهذه الأعيان هو الله ﷻ، فالعباد لا يملكون الأعيان ملكًا حقيقيًا، وإنما مالك الأعيان هو خالقها ﷻ، وأن العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعًا، فمن كان مالكًا لعموم الانتفاع، فهو المالك المطلق، ومن كان مالكًا لنوع منه، فملكه مقيد، ويختص باسم خاص يمتاز به: كالمستأجر، والمستعير، وغير ذلك.

وكذا ذكر ابن الزاغوني في كتاب (غرف البيان) ورَجَّحَ هذا الشيخ تقي الدين < فعلى هذا جميع الأملاك إنما هي ملك الانتفاع.

ولكن التقسيم ها هنا وارد على المشهور، فالمشهور بين الناس: أن المالك - الأشخاص - وأنهم يملكون بأسباب الملك ملكًا حقيقيًا، وهذا هو المشهور بينهم؛ أما الحقيقة فأن الملك كله أو الأعيان كلها مملوكة لله.

النوع الثاني : ملك العين بدون منفعتها :

وقد أثبتته الأصحاب في الوصية بالمنافع لواحد ، وبالرقبة لآخر ، أو تركها للورثة ، وقد قال أحمد في رواية مُهَنَّى فيمن أوصى بظهر دابة تركب ، أو أوصى بدار تسكن ، فقال : "الدار لا بأس بها ، ويكره في الدابة ؛ لأنها تموت".

قال أبو بكر : "الذي أقول به : أن الوصية تصح في ذلك ، أي : تصح في الدار كما تصح في الدابة بمنفعة الدار وبمنفعة الدابة تصح" لأن الدار تخرب أيضاً ، فكما أن الدابة تموت ، فإن الدار تخرب أيضاً ، فالحكم فيهما يكون واحداً ، وحمل القاضي كلام أحمد على الكراهة دون إبطال الوصية ، أي : أنها تكون صحيحة مع الكراهة ولا تكون باطلة.

قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله : "لم يُرد الإمام أحمد بذلك أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه ، فإن هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه ، فضلاً عن أن يكون القائل لهذا هو إمام عظيم كالإمام أحمد < وإنما أراد الإمام أحمد بالدابة : إذا أوصى بمنافعها على التأيد ، فلم يترك للورثة ما ينتفعون به ، فلا يجوز أن يُحسب ذلك عليهم من الميراث ، فإنه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع ؛ لأن الأشياء إنما تُملك من أجل منفعتها ، ويستفاد بها من أجل المنافع.

فإذا كانت العين مملوكة لشخص وهي مجردة عن المنفعة ، فلا قيمة له ، ولا تحسب من الميراث ، بل هذا هو ضرر محض بجواز الوصية الذي يريد بها أن يحرم الورثة من الميراث ، بأن يجعل منفعة ميراثه لغير الورثة ، وقد شَرَطَ الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة ، فالوصية قرينة إلى الله تعالى ، فيشترط فيها عدم المضارة ، لكن إن قصد الموصي إيصال جميع المنافع إلى الموصى له ، فهذه وصية بالرقبة ، فلا يحتسب على الورثة منها شيء ، ولا يصح الإيضاء معها بالرقبة ، وإن قصد مع ذلك إبقاء الرقبة

للورثة أو الإيصاء بها لآخر، بطلت الوصية؛ لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص، والرقبة لآخر، ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين، فيبطلان.

أما إن وصّى في وقت بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره، فهو كما لو وصّى بعين لاثنتين في وقتين، واستدل على أن تملك جميع المنافع تملك للعين بالرقبة والعمرى، فإنها تملك للرقبة، حيث كان تملكاً للمنافع في الحياة، وهذا المعنى منتف في الوصية بسكنى الدار؛ لأن هذا تملك لمنفعة خاصة ينتهي بموت الموصى له، كما ينتهي بخراب الدار، فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة.

النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين:

وهو ثابت بالارتفاق؛ وهو ضربان:

الضرب الأول: ملك مؤبد، ويندرج تحته صور كثيرة؛ ومن هذه الصور: الوصية بالمنافع، ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع - وهو الفرج - فإن في دخولها بالوصية المنع.

ومن الصور في ملك المنفعة بدون العين: الوقف، فإن الوقف منافعه وثمراته مملوكة للموقوف عليه، وأما الوقف نفسه فهو ملك لله على رأي من قال بذلك، وفي ملكه لرقبته وجهان؛ أن الموقوف عليه يملك منفعة الوقف، ويملك ثمراته، أما الرقبة ففيها وجهان معروفان لهما فوائد متعددة.

ومن الصور الأرض الخراجية المفردة في يد من هي في يده بالخراج، فالشخص يملك الأرض، وأما المنافع فتكون مملوكة بأن يدفع الخراج منها للدولة، فيملك منافعها على التأبيد.

ويندرج تحت هذا الضرب هذه الصور: الوصية بالمنافع، والأرض الخراجية، وهو ملك مؤبد.

الضرب الثاني: ملك غير مؤبد، فمن ذلك الإجارة، ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة، ومنه ما هو غير مؤقت، لكنه غير لازم كالعارية على وجه، وإقطاع الاستغلال.

النوع الرابع: ملك الانتفاع المجرد:

له صور كثيرة ومتعددة، ومن هذه الصور:

أ- ملك المستعير: فإن المستعير يملك الانتفاع ولا يملك المنفعة، وقد فرّقنا بين الانتفاع وملك المنفعة، بأن الانتفاع يبيح للشخص أن ينتفع بذاته، ولا يحق له أن يقيم غيره لينتفع بدلاً منه؛ أما ملك المنفعة: فله أن ينتفع بنفسه وله أن ينتفع بغيره، إما بعوض أو بغير عوض، إلا على رواية ابن منصور عن أحمد: أن العارية المؤقتة تلزم، كذا قال الأصحاب، ويمكن أن يقال: لزوم العارية المؤقتة، إنما يدل على وجوب الوفاء ببذل الانتفاع لا على تمليك المنفعة.

ب- المتفع بملك جاره: من وضع خشب وممر في دار ونحوه، وإن كان بعقد صلح فهو إجارة، ومن الصور: إقطاع الأرفاق كمقاعد الأسواق ونحوها، ومن الصور: الطعام في دار الحرب قبل حيازته، يملكه الغانمون، فيملكون الانتفاع به بقدر الحاجة، وقياسه الأكل من الأضحية، ومن الثمر المعلق على الشجر ونحوه.

ج- أكل الضيف لطعام المضيف: فإنه إباحة محضة، لا يحصل به الملك بحال على المشهور، وعن أحمد رواية عنه بإجراء الطعام في الكفارات، وينزل على أحد قولين؛ إما أن الضيف يملك ما قدم إليه وإن كان ملكاً خاصاً بالنسبة إلى الأكل، وإما أن الكفارة لا يشترط فيها تمليك.

د- عقد النكاح: وترددت عبارات الأصحاب في مورده: هل هو ملك، أو هو

استباحة؟ فمن قائل هو ملك، ثم تردد: هل هو ملك منفعة بالبضع، أو هو ملك الانتفاع؟ وقيل: بل هو الحل لا الملك، ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها، وقيل: بل المعقود عليه ازدواج المتعة كالمشاركة، ولهذا فرق الله ﷻ بين الازدواج وملك اليمين، وإليه مآل الشيخ تقي الدين، فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات.

قاعدة: ما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال

أما الأملاك التامة، فقابلية للنقل بالعوض وغيره في الجملة، وأما ملك المنافع فإن كان بعقد لازم، مَلَكَ فيه نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون ما هو أعلى منه، ويملك المعاوضة عليه أيضاً، وهذا ما صرَّح به القاضي في خلافه.

ويندرج تحت هذا من الأملاك صور كثيرة ومتعددة، ومن هذه الصور: إجارة المستأجر، فإنها جائزة على المذهب الصحيح بمثل الأجرة، أو بأكثر، أو بأقل، ومن الصور: إجارة الوقف بالزيادة أو النقصان، أو بالمثل، ومن الصور فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأملاك: إجارة المنافع الموصى بها، وصرح بها القاضي في خلافه، ومنها: إجارة المنافع المستثناة في عقد البيع، وإجارة أرض العنوة الخراجية، والمذهب الصحيح صحتها، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد، ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئجار.

وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنافع، وقد أشار أحمد في رواية حنبل إلى كراهة منعها.

ومن الصور فيما يقبل النقل والمعاوضة: إعارة العارية المؤقتة إذا قيل بلزومها، وكذلك ملك المنفعة فيها فإنه يجوز، ولا تجوز الإجارة؛ لأنها أعلى، وصرح بها

القاضي في خلافه، وأما إجارة إقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته، فلا نقل فيها نعلمه، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع؛ لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد، وهذا منتفٍ في الإقطاع.

وقد قال الشيخ تقي الدين - رحمه الله: "يجوز، وجعل الخلاف فيه مبتدعاً، وقرره بأن الإمام جعله للجند عوضاً عن أعمالهم، فهو كالمملوك بعوض؛ ولأن إذنه في الإيجار عرفي، فجاز كما لو صرح به، ولو تهاياً الشريكان على الأرض، وقلنا: لا يلزم، فهل لأحدهما إجارة حصته؟ الأظهر جواز الإجارة؛ لأن المهايئات إذا فُسخت، عاد الملك مُشاعاً، فيخرج على الخلاف في إجارة المشاع، ويستثنى من ذلك الحقوق الثابتة؛ دفعاً للضرر وضرر الأملاك، فلا يصح النقل فيها بحال، وتصح المعاوضة على إثباتها واستيفائها.

وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك، فهل يصح نقل الحق فيها، أم لا؟ نقول: إن كانت لازمة، جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها بغير عوض، وفي جوازه بعوض خلاف، ويندرج ذلك في مسائل:

ومن هذه المسائل: ما ثبتت عليه يد الاختصاص: كالكلب، والزيت النجس المنتفع به، فإنه تنتقل اليد فيه بالإرث والوصية والإعارة في الكلب، وفي الهبة وجهان، اختار القاضي عدم الصحة، وخالفه صاحب (المغني) وليس بينهما خلاف في الحقيقة؛ لأن نقل اليد في هذه الأعيان بغير عوض جائز كالوصية، ولقد صرح به القاضي في خلافه، وأما إجارة الكلب فالمذهب أنها لا تصح؛ لأنها معاوضة ولا مالية فيه، وحكى أبو الفتح الحلواني فيها وجهين، وكذا درج أبو الخطاب وجهاً للجواز، فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهي عن بيعه، وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد.

ومن الصور التي تدخل فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال: المستعير، لا يملك نقل حقه من الانتفاع، إلا أن يقول بلزوم العارية.

ومن الصور: مرافق الأملاك من الأفنية والأزقة المشتركة تصح إباحتها، والإذن بالانتفاع بها، كالإذن في فتح باب ونحوه، قال في (التلخيص): ويكون إعارة على الأشبه، وتجاوز المعاوضة عن فتح الأبواب ونحوها، وهذا ما ذكره صاحب (المغني) و(التلخيص) وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه، أو فتح الباب في حائطه، أو وضع خشب على جداره، ونحوه، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق.

أما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض، وكذلك ذكر هذا الأصحاب، فقد ذكروا جواز المصالحة على الروشن - وهو الأرض الخارج في الدرب المشترك - وأما على الشجرة ففيها خلاف معروف؛ لكونها لا تدوم على حالة واحدة.

وأما الانتفاع بالأفنية والأملاك والمساجد بغير إذن من الأملاك والإمام، فإن كان فيه ضرر لم يجز، وإلا ففي جوازه روايتان، ذكره القاضي في (الأحكام السلطانية) وتجاوز المصالحة عليه بعوض، وكذلك وضع الخشب على جداره ونحوه، ذكره في (المجرد).

ومن الصور: بتحجر الموات، والتحجير في الموات: هو الشروع في إحياء موات ولم يتم، ومن أقطعه الإمام مواتاً ليحيه، لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب، لكن يثبت له فيه حق التملك، فيجوز نقل الحق إلى غيره بهبة وإعارة، ويتنقل إلى ورثته من بعده، وهل له المعاوضة عنه؟ هذا على وجهين، أصلهما: المعاوضة عن الحقوق، فإن هذا حق تملك، وفارق الشفعة، فإن النقل فيها ممتنع؛ لأنها من حقوق الأملاك، فهي مما استثنى من القاعدة.

قال أحمد > في رواية ابن منصور: "الشفعة لا تباع ولا تُوهب". وحمل القاضي قوله: لا تباع، على أن المشتري ليس له أن يصالح الشفيع عنها بعوض، قال: "لأنه خيار لا يسقط إلى مال، فلم يجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وكخيار المجلس، بخلاف خيار القصاص والعيب؛ لأنه يسقط إلى الدية والأرث".

والأظهر حمل قول أحمد: لا تباع ولا توهب، على أن الشفيع ليس له أن ينقلها إلى غيره بعوض ولا غيره، فأما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار داره ونحوه، وهذا ما ذكره القاضي في: "باب الشفعة" أيضاً، وأن له خيار العيب، وتجاوز فيه المصالحة بعوض، وعُلِّلَ ذلك بأن العيب يمنع لزوم العقد، ومع عدم اللزوم تجوز الزيادة في الثمن كما يجوز النقص منه، فجعل الصلحَ هنا إسقاطاً من الثمن كالأرث، وعلى قياس خيار الشرط بالمجلس؛ لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة فيه ممكن.

ومن الصور التي تدرج تحت ما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية ومن الأملاك: الكلاً والماء في الأرض المملوكة، إذا قلنا: لا يملكان بدون الحياة، فللمالك الإذن في الأخذ وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب، ووقع في (المقنع) و(المحرر) ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة، وإن قلنا بعدم الملك، ولعله من باب المعاوضة عما يُستحق تملكه، فيلتحق بالقاعدة.

ومن الصور: مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها، يصح نقل الحق فيها بغير عوض؛ لأن الحق فيها لازم بالسبق، وكذا أثر بها غيره، فسبق ثالث، فجَلَسَ، فهل يكون هذا الشخص الذي سبق أحق من المؤثر، أم لا؟ هذا على وجهين:

الوجه الأول: قال: نعم؛ لأن الحق القائم زال بانفصاله، فصار الحق ثابتاً بالسبق.

الوجه الثاني: لا ينتقل ؛ لأنه لو قام لحاجة ونحوها ، لم يسقط حقه ، فكذا إذا أثر غيره به ؛ لأنه أقامه مقام نفسه ، وبني بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة الإيثار بالقرب ، فإن المعلوم أنه تكره الإيثار بالقرب ، فأما إن قلنا بكرهيته ، فالسابق أحق به وجهًا واحدًا.

وفرق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ، ومقاعد الأسواق ، فأجاز النقل في المقاعد خاصة ؛ لأنها منافع دنيوية ، فهي كالحقوق المالية.

ومن الصور: الطعام المباح في دار الحرب ، يجوز نقل اليد فيه إلى من هو من أهل الاستحقاق من المغنم أيضًا ؛ لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع في الغنائم ، ولا يكون ذلك تملكًا لانتفاء ملكه بالأخذ ، حتى لو احتاج إلى صاع من بر جيد وعنده صاعان رديئان ، فله أن يبدلهما بصاع ؛ إذ هو مأخوذ على الإباحة دون التملك ، صرح بهذا القاضي ، وابن عقيل.

ومن الصور التي تدرج تحت ما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال: المباح من الطعام ، ومن الزكاة ، والأضاحي ؛ يجوز إطعامه للضيفان ونحوهم ؛ لاستقرار الحق فيه ، بخلاف طعام الضيافة ، ولا يجوز المعاوضة عن شيء من ذلك ، ومنها: منافع الأرض الخراجية ، فيجوز نقلها بغير عوض إلى من يقوم مقامه فيها ، وينتقل إلى الوارث ويقوم مقام مورثه فيها ، وكذلك يجوز أن يجعلها مهرًا ، وهذا ما نص عليه في رواية عبد الله ، ونص في رواية ابن هانئ وغيره على جواز دفعها إلى الزوجة عوضًا عما يستحقه عليه من المهر ، وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة.

فأما البيع فكرهه أحمد < ونهى عنه ، واختلف في قوله في بيع العمارة التي فيها ؛ لئلا يتخذ طريقًا إلى بيع رقبة الأرض التي لا تملأ ، بل هي إما وقف وإما للمسلمين جميعًا ، ونص في رواية المروزي على أنه يبيع آلات عمارته بما يساوي

ذلك، وكره أن يبيع بأكثر من هذا، بهذا المعنى وكذلك نقل عنه ابن هانئ أنه قال: "يقوم دكانه بما فيه وكل شيء يحدث فيه، فيعطى ذلك، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان". ورخص ذلك في رواية عنه في شرائها دون بيعها؛ لأن شراءها استنقاذ لها بعوض مما يتعدى فيها، وهو جائز.

ورخص في رواية المروزي أيضاً في بيع ما يحتاج إليه للنفقة منها، فإن كان فيه فضل عن النفقة تصدق به، وكل هذا بناءً على أن رقبة هذه الأرض هي موقوفة على المسلمين، كما وقفها عمر < ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقاً، ومنهم الحلواني، ومنهم كذلك مَنْ خرَّجها على نص من نصوص الإمام أحمد في صحة وقفها، ولو كانت وقفاً لم يصح وقفها، وكذلك وقع في كلام أبي بكر وغيره، وابن أبي موسى، وفيه ما يقتضي الجواز، وله مأخذان:

المأخذ الأول: أن الأرض ليست وقفاً، وهو ما أخذ به ابن عقيل، وعلى هذا فإن كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها وإن كانت فيئاً لبيت المال، وأكثر كلام أحمد يدل عليه، فهل تصير وقفاً بنفس الانتقال إلى بيت المال، أم لا؟ هذا على وجهين؛ فإن قلنا: لا تصير وقفاً، فللإمام بيعها وصرف ثمنها إلى المصالح العامة، وهل له إقطاعها إقطاع تملك؟ هذا على وجهين، وذكر ذلك القاضي في (الأحكام السلطانية).

المأخذ الثاني: أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقبة، فهل نقلُ المنافع المستحقة بعوض؟ وهذا اختيار الشيخ تقي الدين، ويدل عليه كلام الإمام أحمد أنه أجاز وقفها عوضاً عن المهر، ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة، وإن كان القاضي وابن عقيل والأكثر صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة، والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان:

النوع الأول: منافع الأعيان المملوكة التي لا تقبل المعاوضة مع أعيانها، فهذه قد جَوَّزَ الأصحاب بيعها في مواضع، ومن هذه الصور التي تدخل فيما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأَمْلاك: أن أصل وضع الخِراج على العنوة إذا قيل: هي فيء، فإنه ليس بأجرة، بل هو شبيه بها، ومتردد بينها وبين البيع، ومن الصور: المصالحة بعوض على وضع الأخشاب، وفتح الأبواب، ومرور المياه، ونحوها، وليس ذلك بإجارة محضة؛ لعدم تقدير المدة، وهو شبيه بالبيع.

النوع الثاني: فهو بيع المنافع التي مُلِكت مجردة عن الأعيان، أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة، فهذا محل خلاف، وفيه قاعدة وهي: "الانتفاع وإحداث ما ينتفع من الطرق المملوكة في الأمصار، والقرى، وهوائها، وقرارها" أما الطريق نفسه فإن كان ضيقاً أو أحدث فيه ما يضر بالمارة، فلا يجوز بكل حال.

وأما مع السعة وانتفاء الضرر، فإن كان المحدث فيه متأبداً كالبناء والغراس، فإن كان لمنفعة خاصة بأحد الناس، لم يجز له البناء في الطريق على ما هو معروف في المذهب، وإن كان لمنفعة عامة، ففيه خلاف معروف أيضاً، منهم من يطلقه، ومنهم من يخصه بحالة انتفاء إذن الإمام فيه، فالإقامة أو البناء في الطريق العام إن كان لمنفعة خاصة، فإنه غير جائز، وإن كان لمنفعة عامة، ففيه هذا الخلاف.

وإن كان الذي أحدثه في الطريق غير متأبد ونفعه خاص كالجلوس وإيقاف الدابة، ففيه خلاف أيضاً، وأما القرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص؛ وأما الهواء: فإن كان الانتفاع به خاصاً بدون إذن الإمام المعروف منعه، وإن كان بإذنه ففيه خلاف، ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة.

ومن هذه المسائل: إذا حفر في طريق واسع بئراً، فإن كان لنفع المسلمين، ففيه طريقان:

أحدهما: إن كان بإذن الإمام، جاز، وإن كان بدون إذنه، ففيه روايتان، قاله القاضي، وابن عقيل، وصاحب (المحرر).

الثاني: فيه روايتان على الإطلاق، قاله أبو الخطاب، وصاحب (المغني) إذ البئر مظنة العطب، وإن كان الحفر بنفسه ضَمِنَ بكل حال، وإن كان في فئائه نص عليه، ولا يجوز إذن الإمام فيه عند الأصحاب.

وفي (الأحكام السلطانية) للقاضي: إن له التصرف في فئائه بما يشاء من حفر وغيره إذا لم يضر غيره، وأما في فناء غيره، فإن أضر بأهله لم يجز، وإن لم يضر جاز، وهل يعتبر إذنه أو إذن الإمام في فناء المسجد؟ هذا على وجهين.

ومن الصور والمسائل: إذا بنى مسجداً في الطريق الواسع، لم يضر بالمارّة، قال الأكثر من الأصحاب: إن كان بإذن الإمام جاز، وإلا فروايتان، وقال أحمد في رواية ابن الحكم: "أكره الصلاة في المسجد الذي يؤخذ من الطريق، إلا أن يكون بإذن الإمام". ومنهم من أطلق الروايتين، وكلام أحمد أكثره من غير تقييد، قال في رواية المروزي: "المساجد التي في الطرقات حكمها أن تهدم".

وقال إسماعيل وغيره: "سألت أحمد عن طريق واسع للمسلمين: هل يجوز أن يبنى هناك مسجد؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق، قال: سألت أحمد: هل يبنى على خندق مدينة للمسلمين مسجد للمسلمين عامة؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق، قال الجوزاني: والذي عني أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي ﷺ من السبع الأذرع". كذا قال، ومراده: أنه يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع، والمنصوص عن أحمد أن قول النبي ﷺ: ((إذا اختلفتم في الطريق، فاجعلوه سبعة أذرع)) في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق، وبذلك فسرهُ الأصحاب، وأنكروا جواز تضيق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع.

ومن المسائل والصور التي تدرج تحت ما ينتفع به من الطريق المسلوكة في الأمصار والقرى: بناء غير المساجد في الطرقات، فإن كان البناء للوقوف على المسجد، فهو كبناء المسجد، قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية.

وكذا إن كان لمصلحة عامة كخان مسبل ونحوه، وإن كان لمنفعة تختص بأحد الناس، فالمشهور عدم جوازه؛ لأن الطريق مشترك، فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه، والاختصاص به، ولا يملك الإمام الإذن في ذلك، وقد أفتى بعض الأصحاب بجوازه، وأخذ من نص أحمد في بناء المسجد، والفرق واضح؛ لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باقٍ، غير أنه انتقل من استحقاق المرور إلى استحقاق اللبث للعبادة، وكلام أحمد يدل على المنع.

قال في رواية ابن القاسم: "إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقاً، فليس لأحد أن يأخذ منها شيئاً قليلاً ولا كثيراً". وقال في رواية العباس بن موسى: "إذا نَضَبَ الماء عن جزيرة، لَمْ يَبْنِ فيها لأحد فيها ضرر، وهو أن الماء قد يرجع إلى ما كان". قال القاضي: "معناه: إذا بني في الطريق الذي يسلكه المارة، فضرر بالمارة في ذلك الطريق، فَلَمْ يَجُوزْه، وكرهه في رواية ابن بُخْتَانَ أن يطحن في الغروب، وقال: ربما غرقت السفن".

وقال في رواية المثنى: "إذا كانت في طريق الناس، فلا يعجبني، والغروب كأنها طاحون يصنع في النهر التي تجري فيها السفن". وكره شراء ما يطحن فيها، وذكر ابن عقيل في النهر: إن كان وضعها بإذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه، جاز، وإلا لَمْ يَجُزْ، ولعل الغربة كالسفينة، لا تتأبد بخلاف البناء، وحكم الغراس حكم البناء.

وقد قال أحمد في النخلة في المسجد: "أنها غرست بغير حق، فلا أحبُّ الأكل منها، ولو فعلها الإمام كان أولى". ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة،

وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء ، ونص أحمد في دار السبيل يُغرس فيها كرمٌ - وهو شجر العنب - قال : "إن كان يضر بهم ، فلا ، وظاهره جوازه مع انتفاء الضرر ، ولعل الغرس لجهة السبيل أيضاً".

ومن الصور: اختصاص آحاد الناس في الطريق بانتفاع لا يتأبد ، فمن ذلك الجلوس للبيع وللشراء ، فقال الأكثرون : إن كان الطريق واسعاً ولا يضر في الجلوس بالمارة ، جاز بإذن الإمام ، وبدون إذنه ، وإلا لم يجز ، وللإمام أن يقطع ما شاء ، وذكر القاضي في (الأحكام السلطانية) في جوازه بدون إذن الإمام روايتين ، وحكى في المسألة روايتين بالجواز والمنع ، ثم حملها على اختلاف حالتين : فالجواز إذا لم يضر بالمارة ، والمنع إذا ضر بالمارة ، وجعل الحق في الجلوس كحق الاستطراق ؛ لأنه لا يعطل حق المرور بالكلية كالقيام لحاجة.

وأظن أن ابن بطة حكى قبله روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه ، وكذلك ذكر صاحب (المقنع) في الجلوس في الطريق الواسع : هل يوجب ضمان ما عثر به؟ قال القاضي : لا يضمن بالجلوس ، ومن ذلك لو ربط دابته أو أوقفها في الطريق ، والمنصوص منعه إذا أقام دابته على الطريق ، فهو ضامن لما جنت هذه الدابة ، وليس له في الطريق حق ، ويضمن جنابة الدابة إذا ربطها في الطريق من غير تفريق بين حالة التضييق والسعة.

ومأخذه أن طبع الدابة الجنابة بفمها أو رجلها ، فهما في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه ، وحكى للقاضي رواية أخرى بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع ؛ لقول أحمد : "إذا وقف على نحو ما يقف الناس ، أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفتحت الدابة بيد أو رجل ، فلا شيء عليه". قال القاضي : "ظاهره أنه لا شيء عليه إذا كان واقفاً لحاجة ، وكان الطريق واسعاً".

وأما الآمدي فحمل المنع على حالة ضيق الطريق، وحمل الجواز على حالة سعته، والمذهب عنه الجواز مع السعة، وعدم الإضرار؛ ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع، وصرح صاحب (التلخيص) بجريان الخلاف في صورتي القيام والربط، وخالف بعض المتأخرين وقال: الربط عُذْوَان بكل حال، وربط السفينة وإرساؤها في النهر المسلوك، قال ابن عقيل: "فإن كان بإذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل، جاز، وإلا لَمْ يَجْزْ".

وخالف بعض الأصحاب في اعتبار إذن الإمام في هذا؛ لتكرره، ولو وُضِع في سرير ونحوه، جازت الصلاة عليه من غير استئذان، بخلاف ما إذا بُسِط فيه مصلًى، وقلنا: لا يثبت به السبق، فإنه يرفع ويصلى موضعه، ولا يصلى عليه؛ لأن رفعه لا مشقة فيه.

ومن ذلك: الانتفاع بالطريق بإلقاء الكُنَاسَة والأقذار، فإن كان نجاسة فهو كالتخلي في الطريق، والتخلي: هو التبول والتبرز في الطريق، وهو منهي عنه، لكن: هل هو منهي كراهة أو منهي تحريم؟ كلام الأصحاب مختلف في ذلك، وإن كان ممّا يحصل به الزلق كرش الماء وصبه، وإلقاء قشور البطيخ، أو يحصل به العثور كالحجر، فلا يجوز، والضمان واجب به، وإلا أن يرشه؛ لِيُسَكَّنَ به الغبار، فهو مصلحة عامة، فيصير كحفر البئر السابلة.

ومن الصور: الحفر في الطريق، وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً، أو غطاه وأسقف عليه. قال المروزي: "سألت أبا عبد الله - وهو الإمام أحمد - عن الرجل يحفر في فناء الطريق البئر، أو المخرج المغلق؟ قال: لا، هذا طريق للمسلمين، قلت: إنما هي بئر تُحفر، ويسد رأسها، قال: أليست في طريق المسلمين؟ أكره هذا كله". فَمَنَعَ من التصرف في نهر الطريق أو باطنه بالحفر.

ونُقل عن أحمد -نقل عنه ابن هانئ وغيره- في رجل في داره شجر، فنبتت من عروقها شجرة في دار رجل آخر، لمن هذه الشجرة؟ قال: "ما أدري ما هذا، وربما كان ضرراً على صاحب الأرض". قال القاضي: "وظاهر هذا أنه إذا لم يكن فيها ضرر وهو أن تكون عروقها تحت الأرض، لا يؤاخذ بقلعها؛ لأن الضرر إنما يكون بظهورها على الأرض، وفيه نظر، وصرح ابن عقيل بوجوب إزالة عروق شجرته من أرض غيره".

ومن المسائل والصور في الانتفاع بالطريق: إشراع الأجنحة، والثباقيات، والخشب، والحجارة في الجدار إلى الطريق، فلا يجوز ويضمن به، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد، وقال القاضي والأكثر: "يجوز بإذن الإمام مع انتفاء الضرر به، فإن كان لا يضر بالمارة، جاز، وهل يفتقر إلى إذن الإمام؟ نعم، يفتقر؛ لأنه ملك مشترك بين المسلمين، فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة إلا بإذن الإمام، وقيل: لا يفتقر إلى إذن الإمام؛ لأن منفعة الطريق تكون في المرور، وهو لا يختل بذلك، وأما الميزاب في الطريق ومسيل الماء، فكذلك عند الأصحاب".

قال المروزي: "سُقِفَ لأبي عبد الله سطح، وجُعِلَ مسيل الماء إلى الطريق، وبات تلك الليلة، فلَمَّا أصبح قال: ادع لي النجار يحول الميزاب إلى الدار، فدعوته له، فحوله". وهذا لا يدل على التحريم؛ لأنه اعتقده محرماً أو اعتقده الإمام محرماً لم يفعل ابتداءً، وإنما حوله تورعاً؛ لحصول الشبهة فيه، وفي (المغني) احتمال بجوازه مطلقاً مع انتفاء الضرر، واختاره طائفة من المتأخرين، فقال الشيخ تقي الدين: "إخراج الميزاب إلى الدرب النافذ هو السنة" وذكر حديث العباس في ذلك، وأما المانعون فيقولون: ميزاب العباس وضعه النبي ﷺ بيده، فكان ذلك أبلغ من إذنه فيه، ولا كلام فيما أُذِنَ فيه رسول الله ﷺ.

قاعدة "أسباب الضمان ثلاثة"، وقاعدة "لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة"، وقاعدة "ما وجب على الإنسان من الحقوق في حياته يجب على وارثه بعد مماته"، وقاعدة "إذا زاد المانع عاد الممنوع"، وقاعدة "الأصل في البيوع الإباحة"، وقاعدة "الأصل في العقود الصحة واللزوم"، وقاعدة "كل إتلاف من باب المصلحة فليس بتضييع"، وقاعدة "كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب"، وقاعدة "المعاملة بالمثل"، وقاعدة "من قبض مخصوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مخصوب"

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة "أسباب الضمان ثلاثة"، وقاعدة "لو أُلِف الغاصب المخصوب ضمنه ضمان إتلاف يد". ٨٧
- العنصر الثاني :** قاعدة "لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة"، وقاعدة "ما وجب على الإنسان من الحقوق في حياته يجب على وارثه بعد مماته"، وقاعدة "إذا زاد المانع عاد الممنوع". ٨٩
- العنصر الثالث :** قاعدة "الأصل في البيوع الإباحة". ٩١
- العنصر الرابع :** قاعدة "الأصل في العقود الصحة واللزوم". ٩٢

- العنصر الخامس : قاعدة "كل إتلاف من باب المصلحة فليس بتضييع"، وقاعدة "كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب". ٩٤
- العنصر السادس : قاعدة "المعاملة بالمثل". ٩٥
- العنصر السابع : قاعدة "من قبض مخصوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مخصوب". ٩٨

قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة، وقاعدة: لو أتلّف الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إتلّاف يد

قال ابن رجب: "أسباب الضمان ثلاثة؛ عقد، ويد، وإتلّاف". وقد سبق الكلام عن عقود الضمان، وكذلك سبق الكلام عن ذكر الأيدي الضامنة، ولم يبق إلا الإتلّاف، والمراد بالإتلّاف: أن يباشر الشخص الإتلّاف بسبب يقتضيه، كالقتل والإحراق، وهذا هو الإتلّاف بالمباشرة، أو أن ينصب سبباً عدوانياً، فيحصل به الإتلّاف بأن يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً، أو أن يؤجج ناراً في يوم ريح عاصف، فيتعدى إلى إتلّاف مال الغير، أو كان الماء محتسباً بشيء وعادته الانطلاق، فيزيل احتباسه.

وسواء كان له اختيار في انطلاقه، أو لم يكن، فدخل تحت ذلك ما إذا حلّ وكاء زقٍ مائعٍ فاندفق، أو فتح قفصاً عن طائر فطار، أو حلّ بقرة فهربت، وهذا هو الإتلّاف بالتسبب.

فالإتلّاف إما أن يكون بالمباشرة، وإما أن يكون بالتسبب؛ لأنه بهذه الأفعال تسبب إلى الإتلّاف بما يقتضيه عادةً، ويُستثنى من ذلك ما كان من الطيور يألف البروج ويعتاد العود، فقال ابن عقيل: "لا ضمان في إطلاقه، وإن لم يعد؛ لأن العادة جارية بعوده، وليس في إطلاقه إتلّاف".

وهنا فروع كثيرة، وهي مترددة بين ضمان اليد وبين ضمان الإتلّاف، وهو ما إذا حفر بئراً عدواناً، أو نصب شبكة، أو منجلاً للصيد، ثم مات، ثم عثر بآلة الصيد حيوان مضمون، فإن جعلناه من ضمان اليد، فهل يُجعل كيد المشاهد

بعد الموت ، أو يجعل اليد لمن انتقل الملك إليه ؟

يحتمل وجهين ؛ أصلهما اختلاف الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته ، هل هو تركة لمورثه جعل لها كيده المشاهدة ، أو هو ملك للورثة ؛ لأنها صارت كأيديهم ؟ والذي صرح به القاضي وابن عقيل : أنه تركة موروثه ، فهو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة كما يتولد من التناج الموروث ، وكما يثمر من الشجر.

وأما في العدوان المجرد ، فيُحتمل أن ينقطع حكمه بموته ، ويحتمل أن يكون ضمانه من تركة المعتدي ؛ لانعقاد سببه في حياته ، ويشبه ذلك الخلاف فيمن مَالَ حائطه ، فطُولِبَ بنقضه ، فبَاعَهُ ، ثم سقط ، هل يسقط عنه الضمان ؟ فيه وجهان - كما سبق - أو هل يجب الضمان على من انتقل الملك إليه إذا استدامه أم لا ؟ الأظهر : وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً مائلاً ، فإنه يقوم مقام البائع فيه ، فإذا طُولِبَ بإزالته وَلَمْ يَفْعَلْ ، فإنه يضمن ، ولو أُلْفَ الغاصب المغصوب ، ضَمَنَهُ ضَمَانُ إِتْلَافٍ وَيَدٍ.

ولو أُلْفَ الغاصب المغصوب ضمنه ضمان إِتْلَافٍ يد ، وقد نص الإمام أحمد على أن مَنْ أَمْسَكَ صَيْدًا فِي الْحَرَمِ ، ثُمَّ كَفَّرَ عَنْهُ ، ثُمَّ ذَبَحَهُ فَإِنَّهُ يَجْزِيهِ ، وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد ، وإلا لما جاز تقديم كفارة الإِتْلَافِ عليه ، ويدل أيضاً على جواز تقديم الكفارة ، وإن كان موجبها معصية ، وفيه وجه بالمنع ؛ لأن التقديم رخصة ، فلا تستباح بحرم.

قاعدة: لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة، وقاعدة: ما وجب على الإنسان من الحقوق في حياته يجب على وارثه بعد مماته، وقاعدة: إذا زاد المانع عاد الممنوع

أ- قاعدة: لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة:

قاعدة: لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة، وهي إحدى القواعد المتفرعة عن قاعدة "المشقة تجلب التيسير"، وقد أشار إليها ابن القيم - رحمه الله - عند كلامه على حكم صلاة المنفرد خلف الصف.

ويشهد لهذه القاعدة الآيات التي تدل على سقوط الواجبات للعجز عنها، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ﴾ [النور: ٦١]. وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَحْدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجٌ إِذَا نَصَحُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [التوبة: ٩١]. وقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حُجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]. وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ﴾ [النساء: ١٢٩]. وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَاِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤].

ومن هذه الآيات الدالة على أنه لا حرام مع ضرورة قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣]. وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: ١٤٥]. وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣].

ب- قاعدة: ما وجب على الإنسان من الحقوق في حياته يجب على وارثه بعد مماته:

هذه القاعدة أشار إليها الإمام السيوطي في الوارث يقوم مقام المورث قطعاً في الأعيان والحقوق، وفي بيان الطلاق المبهمة واليمين المتوجه عليه، وأصل هذه القاعدة قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾

[البقرة: ٢٣٣].

ففي هذه الآية الكريمة دليل على أنه يجب على الوارث سواء قيل: إنه وارث الصبي خاصة، أو على كل ذي رحمٍ محرمٍ أو عصبه، أو غير ذلك، ما يجب على والد الصبي في حياته من النفقة والكسوة وتحريم الإضرار.

ج- قاعدة: إذا زاد المانع عاد الممنوع:

هذه القاعدة يعبر عنها بعض الفقهاء بقولهم: كل أمر يأتي في الكتاب والسنة بعد حظرٍ ومنعٍ فمعناها الإباحة لا غير، ومعنى هذه القاعدة: أن ما شرع من الأحكام في الأصل، ثم امتنعت مشروعيتها بمانع عارض، فإذا زال المانع عاد الحكم إلى مشروعيتها وجوازه، وهي قاعدة فقهية وأصولية.

وقد بحثها علماء الأصول عند الكلام في مسائل الأمر تحت عنوان: حكم الأمر بعد الحظر، واختلفوا في ذلك، فمنهم من يرى أن الأمر بعد الحظر كالأمر المطلق يفيد الوجوب، ومنهم من يرى أنه يفيد الإباحة على اعتبار أن الحظر سابق قرينته صرفته عن الوجوب، واختار المحققون منهم أنه يفيد حكمه قبل النهي، فإن كان واجباً فواجب، وإن كان مباحاً فمباح، وإن كان مستحباً فمستحب.

ومقتضى هذه القاعدة ثابت في آيات كثيرة من كتاب الله تعالى ، ومنها قوله تعالى : ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ ﴾ [البقرة: ٢٢٢]. ومنها قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا انسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرُمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ ﴾ [التوبة: ٥]. ومنها قوله تعالى ﴿ وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ﴾ [المائدة: ١]. وقوله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ ﴾ [الجمعة: ١٠].

ففي هذه الآيات يبين الباري ﷻ حل الجماع بعد الطهر ، ووجوب قتال المشركين بعد انتظار الأشهر الحرم ، وإباحة الصيد بعد التحلل من الإحرام ، وإباحة البيع والشراء بعد انقضاء صلاة الجمعة ، وفي هذه الأحكام جميعاً نلاحظ عودة الممنوع بعد زوال المانع.

قاعدة: الأصل في البيوع الإباحة

وفيها يقول الإمام الشافعي : "فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائز الأمر فيما تبايعا ، إلا ما نهي عنه ونهى عنه الشرع ، ومنها ما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ وهو محرم إذ إنه داخل في المعنى المنهي عنه".

ويقول ابن عبد البر: "الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة وعن تراض إلا ما حرم الله ﷻ". ويعبر بعض العلماء عن بعض هذه القاعدة بقوله : الأصل في العقود الإباحة.

يقول شيخ الإسلام : "الأصل في العقود الإباحة ، فلا يحرم منها إلا ما حرمه الله ورسوله". وإذا سألنا عن أصل هذه القاعدة ، فإن أصلها في قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وهذه الآية تعد من قواعد المعاملات.

ويقول القرطبي: "هذا من عموم القرآن، والألف واللام للجنس لا للعهد؛ إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع إليه، ونظيره قوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الْغُرُوبَ﴾ وسائر ظواهر القرآن التي تقتضي العمومات ويدخلها التخصيص، وهذا مذهب أكثر الفقهاء".

ويقول الجصاص: "وأحل البيع عموم في إباحة سائر البيعات؛ لأن البيع موضوع بمعنى معقول في اللغة، وهو تملك المال بما لا يوجب وقبول عن تراضٍ، وهذا هو حقيقة، وهو حقيقة في البيع في مفهوم اللسان العربي، ثم منه جائز ومنه فاسد، إلا أن ذلك غير مانع من اعتبار عموم اللفظ، فعلى هذا كل ما وجد في البيع فيجوز أن يحتج فيه بعموم البيع، والظاهر عموم البيع والربا في كل بيع وفي كل ربا إلا ما خصه الدليل، و"أل" في كل من البيع والربا لتعريف الجنس، فثبت بها حكم أصليين عظيمين في معاملات الناس محتاج إليهما فيها، والظاهر تعريف الجنس أن الله أحل البيع بجنسه، فيشمل التحليل سائر أفراد".

قاعدة: الأصل في العقود الصحة وال لزوم

ويُعبّر عن هذه القاعدة بقولهم: الأصل حمل العقود على الصحة؛ لأن الأصل أن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من العقود به أو العقود عليه ودفع الحاجات؛ فيناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود، وقد صرح عدد من الفقهاء بهذه القاعدة في مواضع شتى في كتبهم.

ومستند هذه القاعدة في جانب الصحة من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ ومن المقرر في الأصول: أن الإباحة الشرعية تقتضي صحة الفعل، والصحة والجواز والانعقاد في باب العقود بمعنى واحد، فكل صحيح منعقد وكل

منعقد صحيح، وهو ما وافق الشرع أو ما أفاد حكمه، وأما مستندها في جانب اللزوم من القرآن الكريم فأيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

يقول الإمام الشافعي: "هذا من سعة اللسان العربي خُوطِبَتْ به فظاهاه عام في كل عقد". ويقول الجصاص: "ومتى اختلفنا في جواز عقد أو فساد، أو في صحة نذر أو لزومه صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾". ويقول الإمام الرازي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] "هذه الآية دالة على أن كل عقد وقع التراضي عليه بين الخصمين فإنه يُعد صحيحاً، ولأن رفعه بعد ثبوته يكون فساداً بعد الإصلاح، والنص يدل على أنه لا يجوز".

وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨] وقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْتُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا﴾ [البقرة: ١٧٧] وقوله تعالى: ﴿بَلَىٰ مَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِ وَاتَّقَىٰ فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١٧٦].

فهذه الآيات دلت على وجوب الوفاء بالعهود والعقود، وتُعد العقود من العهود، ومقتضى الوفاء بها أن تكون لازمة ونافذة، والأمانة والعهد يجمع كل ما يحمله الإنسان من أمر دينه ودنياه قولاً وفعلًا، وهذا يعم معاشره الناس والمواعيد وغير ذلك، وغاية ذلك حفظه والقيام به.

يقول القرطبي: "والأمانة أعم من العهد، وكل عهد فهو أمانة فيما تقدم فيه من قول أو فعل أو من معتقد، فإذا ائتمنوا لم يخونوا، بل يؤدون الأمانة إلى أهلها، وإذا عاهدوا أو عاقدوا أو فوا بذلك، لا كصفات المنافقين".

قاعدة: كل إتلاف من باب المصلحة فليس بتضييع، وقاعدة: كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب

معنى قاعدة: "كل إتلاف من باب المصلحة فليس بتضييع": أن الشارع الحكيم لا يؤاخذ المكلف على ظاهر الفعل، وإن كان ظاهره فيه مفسدة أو تضييع للمال، متى كان لهذا الفعل مصلحة أقوى وأرجح.

وأصل هذه القاعدة من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿فَأَنْظِلْهَا حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْنَاهَا لِنُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾ [الكهف: ١٧١] وفي خرق السفينة دليل على أن للولي أن ينقص مال اليتيم إذا رآه صلاحًا، مثل أن يخاف على رعيه غارمًا فيخرب بعضه، كما يجوز له أن يصانع السلطان ببعض مال اليتيم عن بعض.

قاعدة: "كل ما لا يتوصل إلى المطلوب إلا به فهو مطلوب": من القواعد الفقهية والأصولية، ويُعبّر عنها الأصوليون بقولهم: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ومعناها: أن كل ما يتوقف إيقاع المطلوب عليه مما هو داخل في قدرة المكلف، فهو مطلوب، فإن كان ما يتوقف عليه المطلوب جزء، فلا خلاف في كونه مطلوبًا؛ لأن الأمر بالمأهية المركبة أمر بكل واحد من أجزائها ضمناً، وإن كان ما يتوقف عليه المطلوب خارجاً عنه كالشرط والسبب، فهو مطلوب على المختار من أقوال أهل العلم.

ويمكن أن يستأنس لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] ففي هذه الآية الكريمة دليل على أن الوضوء شرط لصحة الصلاة، وأنه لا تتم الصلاة إلا به؛ ولهذا فإن كل أمر بالصلاة يُعد أمراً بالوضوء إما بدلالة الالتزام أو بدلالة التضمن.

قال الزركشي وهو يحكي أقوال العلماء في المسألة، وهي ما لا يتم الواجب إلا به، فهو واجب، قال: "أحدها أنه واجب مطلقاً، لكن شرطوا أن يكون مقدوراً للمكلف كالطهارة وغيرها من الشروط، فالأمر بالصلاة أمرٌ بها".

قاعدة: المعاملة بالمثل

وهي قاعدة شرعية مهمة، دل عليها القرآن الكريم صراحة، وهذه القاعدة تُعد أصلاً يُرجع إليه في أبواب الجنايات، وضمان المتلفات، والجهاد، وغير ذلك، لكن إعمالها لا يكون إلا على وفق الضوابط والمعايير التي حددها الشارع ونص عليه.

ومع ظهور هذه القاعدة وشيوعها إلا أنه لم يوجد أحد من علماء القواعد فيما اطلعت عليه من ذكرها سواء كقاعدة مستقلة، أو قاعدة متفرعة عن قاعدة أخرى ما عدا الخطابي فإنه أشار إلى هذه القاعدة في ضمان المتلفات، ونصها كما قال الخطابي: "لا واجب على متلف الشيء أكثر من مثله". وابن القيم حيث عقد فصلاً في ضمان المتلفات بالجنس، وذكر فيه أن الضمان يكون بالمثل المساوي للمتلف في الجنس والصفة والمالية والمقصود والانتفاع بحسب الإمكان.

ومن الآيات القرآنية الدالة على مبدأ المعاملة بالمثل قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] قال الجصاص: "يعني إذا استحلوا منكم في الشهر الحرام شيئاً فاستحلوا منهم مثله، وهذا الحكم باقٍ لم يُنسخ عند طائفة من أهل العلم، وبه قال الشافعي، وهو رواية عن الإمام مالك".

وقد أكد الباري ﷻ مبدأ المعاملة بالمثل في هذه الآية الكريمة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ قال ابن العربي: "تعلق علماؤنا بهذه الآية في مسألة من مسائل الخلاف، وهي المماثلة في القصاص، وهو متعلق

صحيحٌ وعمومٌ صريحٌ". ويقول الجصاص: "هذه الآية عموم في أن مَنْ استهلك غيره مالاً كان عليه مثله، وذلك المثل ينقسم إلى وجهين؛ أحدهما: مثله في جنسه، وذلك في المكيل والموزون والمعدود، والآخر مثله في قيمته".

ويُستدل لهذه القاعدة أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَأِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦] وبقوله تعالى: ﴿ذَلِكَ وَمَنْ عَاقَبَ بِمِثْلِ مَا عُوقِبَ بِهِ ثُمَّ بُغِيَ عَلَيْهِ لِيَنْصُرْتَهُ اللَّهُ﴾ [الحج: ٦٠] ففي هاتين الآيتين دليلٌ واضحٌ على أن من حق المظلوم أن يقتص من ظالمه بمثل ما فعل، سواء كانت المظلمة تتعلق بجناية أو مال، وهو اختيار طائفة كبيرة من أهل العلم، وفي هذه الآية الكريمة دليلٌ على جواز التماثل في القصاص، فمن قُتِلَ بمحديقة قُتِلَ بها، ومن قُتِلَ بحجر قُتِلَ به، ولا يتعد القدر الواجب، ويدل ذلك أيضاً على المماثلة في القصاص، وعلى وجوب المثل في المثليات، وعلى القيم العادية في المقاومات.

قال الجصاص: "نزول الآية على سبب لا يمنع عندنا اعتبار عمومها في جميع ما انتظمه الاسم، فوجب استعمالها في جميع ما انطوى تحتها". ثم ضرب أمثلة للمعاملات في الجنايات وضمان المتلفات وغيرها، وجوز المعاقبة بالمثل، وأنها تشمل القتل في الشهر الحرام إذا ابتدأ المشتركون القتال فيه كما دلت عليه الآية الثانية".

وفي قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠] دليل على مثل ما دلت عليه الآيات السابقة، فهي تثبت حق المظلوم في الانتصار من ظالمه، ودليل على أن حكمها عند أكثر العلماء يشتمل على كل أخذ الحق في الجنايات والأموال وغيرها لكونها محكمة ولم تُنسخ.

ومن الآيات قوله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] قال الإمام الشافعي > وهو يشير إلى جهة الاستدلال بهذه الآية

الكرامة على التماثل في القصاص: "ولم أعلم مخالفاً في أن القصاص بين المسلمين في النفس وما دونها من الجراح التي يستطاع فيها القصاص بلا تلف يخاف على المستفاد منه من موزع القود".

وقال الجصاص: "قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ يقتضي أخذ المثل سواء بسواء، ومتى لم يكن له مثل فليس بقصاص، ونقل القرطبي عن أصحاب الشافعي وأبي حنيفة أنهم استدلوا بالآية الكريمة على أن القاتل إذا جرح أو قطع الأذن أو قطع اليد، ثم قتل به فُعلَ به مثل ما فعل، وقالوا: يؤخذ منه ما أخذ ويُفعل به مثل ما فعل".

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلَامِ فَاِجْنَحْ لَهُمْ وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٤٥] ففي هذه الآية الكريمة إشارة إلى مشروعية المعاملة بالمثل، وذلك مع الأعداء؛ إذ معناها: إن مالوا إلى المسالمة والصلح فمل إليها، وحكم هذه الآية باقٍ لم يُنسخ على قول طائفة من أهل العلم، والعمل بها جارٍ في حالة الضعف عند الأكثرين.

وقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَقَمُّوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧] ففي هذه الآية أمر الله المسلمين بالوفاء بعهودهم ما دام المشركون قائمين بالعهد، وهذا هو مبدأ المعاملة بالمثل، وإذا كان القرآن الكريم قرر مبدأ المعاملة بالمثل في الانتصار من المظالم والجنايات وضمان المتلفات وما جرى مجراها، فإنه قد أرشد إلى الزيادة عليه في باب المعروف والإحسان.

ولهذا يقول الباري ﷻ: ﴿وَإِذَا حُيِّمُ بِنَحِيَةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] وهذه الآية وإن كان ظاهرها في رد السلام، فإن حكمها باقٍ عام، وتعد أصلاً يرجع إليه في التعامل مع كل صاحب إحسانٍ أو معروفٍ، ومما يؤكد هذا قول بعض المفسرين بأن المراد بها الهبة والهدية.

قاعدة: من قبض مغبوباً من غاصبه ولم يعلم أنه مغبوب

المشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمه من عين ومنفعة، ثم إن كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب، وإن ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه، ولم يكن حصل له بما ضمنه نفع رجع به على الغاصب، وإن كان حصل له به نفع فهل يستقر ضمانه عليه أم لا يرجع في ذلك على الغاصب؟ في هذه المسألة خلاف في المذهب على روايتين، وهذه الأيدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال تأتي على عشرة أحوال:

الحالة الأولى: اليد الغاصبة التي يتعلق بها الضمان كأصلها، ويستقر عليها مع التلف تحتها، ولا يطالب بما زاد على مدتها.

الحالة الثانية: اليد الآخذة لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جعل، فالمشهور أن للمالك تضمينها، ثم يرجع بما ضمنه على الغاصب بتغيره، وفيه وجهة أخرى باستقرار الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن، وهذا ما صرح به القاضي في المضاربة، ويتخرج على ذلك وجه آخر أنه لا يجوز تضمين اليد بحال، كما هو الحال في المرتهن ونحوه.

وخرج الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الإيداع، فإن الضمان على الأول وحده، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، ومن الأصحاب من منع ظهوره، وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع، ومودع الغاصب، فإن الموجب للضمان في الأول القبض، وهو سبب واحد، فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب، فإن قبضه لصالح تضمينه، حيث إن الضمان كان مستقراً على الغاصب قبله، وبأن الضمان يترتب على القبض، فهو متأخر عنه،

والقبض من يد أمينة ولا عدوان فيه لعدم العلم فاخص الضمان بالمعتدي بخلاف المودع الغاصب لقبضه من يد ضامنة قبل القبض.

واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن من أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باع وقبض الثمن، ثم بان أن المبلغ كان مستحقاً لم يلزمهما شيء، هذا الذي ذكره الأصحاب لا تناقض فيه مع هذه المسألة، كما قد يتوهمه من قصر فهمه؛ لأن مراد الأصحاب بقولهم: لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه؛ لأن حقوق العقد متعلقة بالموكل دون الوكيل، وأما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان، فهذا لم يتعرض له هنا البتة، وهو بمعزل عن مسألتهم بالكلية.

الحالة الثالثة: حالة اليد القابضة لمصلحتها، ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل بجعل والمرتهن، فالمشهور جواز تضمينها أيضاً، وترجع بما ضمنت لدخولها على الأمانة، وذكر القاضي وابن عقيل وصاحب (المغني) في الرهن احتمالين آخرين:

الاحتمال الأول: أنه يستقر الضمان على القابض بتلف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن له في القبض، فهي كالعالة بالحال، وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً.

الاحتمال الثاني: أنه لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمان، وينبغي أن يكون هو المذهب، وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام، فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها، ثم ظهرت الأرض مستحقة لغيره أنه لا يملك المستحق خلع الزرع إلا مع ضمان نقصه، كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك، فجعل المغرور كالمأذون له، فلا يضمن ابتداءً ما لم يلزم ضمانه، وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المغرور

في النكاح أن فداء ولده على مَنْ غَرَّه، ولم يجعل على الزوج مطالبة غيره.
وقريبٌ من ذلك ما نقل عنه مهنى فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال؛ فقال
له: خذ منه ديناراً، فأخذ منه أكثر من الدينار، أن الضمان على المرسل لتغيره
ويرجع هو على الرسول.

وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر: أن الضمان في هذه الأمانات
يستقر على من ضمن منهما، فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

الحالة الرابعة: اليد القابضة لمصلحتها خاصة إما باستيفاء العين كالقرض، أو
باستيفاء المنفعة كالعارية، فهي داخلة في الضمان بالعين دون المنفعة، فإذا ضُمنت
العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة؛ لأن ضمانها كان بتغيره.

وفي المذهب رواية ثانية: أنه لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء، ويستقر
الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجمع لها العوض
والمعوض، ويتأتى ذلك في رجوع المغرور بالمهر على من غره، وإن ضمن
الغاصب المنفعة ابتداءً ففيه طريقان:

الطريق الأول: البناء، فإن قلنا: لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداءً رجع
الغاصب هنا عليه وإلا فلا، وهي طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه، والقاضي،
وطريقة ابن عقيل في موضع.

الطريق الثاني: أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً، وأما العين فلا
يُرجع بضمانها؛ حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الأول في القسم
الذي قبله يستقر ضمان العين والمنفعة سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو بتفويت،
وعلى الاحتمال الآخر، وهو: أنه لا يجوز تضمينها بالكلية، فلا يطالب هذه اليد

بضمان ما لم يلتزم بالضمان ابتداءً، ويستقر الضمان على اليد ما دخلت طالما دخلت على ضمانه، ويتخرج لنا وجه آخر: أنه لا يستقر عليها ضمان شيء.

الحالة الخامسة: اليد القابضة تملكاً بعوض المسمى عن العين بالبيع، فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة، فإذا ضمنت العين والمنفعة لم يرجع صاحب اليد بما ضمنت من قيمة العين كدخولها على ضمانها، ولكن تسترد الثمن من الغاصب؛ لأنه لم يملكه بانتفاء صحة العقد، وسواءً كانت القيمة التي ضمنت المالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الأصحاب ها هنا، وفي البيع الفاسد، وفي ضمان المغرور المهر.

وفي (التلخيص) احتمال، وهو: إن كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب؛ حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى، وقد سبق هذا في قاعدة "ضمان العقول الفاسدة بالمسمى" أو بعوض المثل بما يشبه هذا.

ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب أن له ذلك، كما نص عليه أحمد في الوديعة بغير إذن: أن الربح للمالك، ثم من الأصحاب من يبنيه على الوقف بوقف العقود على الإجازة، وهي طريقة القاضي، ومنهم من يطلق ذلك، وكذا يكون الحكم في المضارب إذا خالف، وهناك رواية أنه يتصدق بالربح؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وهل للمضارب أجره المثل؟ على روايتين.

وهناك رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع، فلا يرجع على المشتري بشيء مما صنعه، وصرح القاضي بمثل ذلك في مسألة رجوع المقرور بالمهر، وهو قياس المذهب، والمنصوص عن أحمد أن البائع إذا دلس العيب، ثم تلف عند المشتري فله الرجوع بالثمن، وكذلك لو نقص أو تعيب المعيب وهو

موجوداً، فإنه يردده بغير شيء، ويأخذ الثمن إلا أن يكون حصل له انتفاع بما نقصه، فإنه يرد عوضه إلحاقاً له بلبن المسراة، مع أنه قد دخل على ضمان العين بالمسمى، ولكن سقط عنه كتدليس البائع العين، وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب، فلأنه لا يستقر الضمان على المشتري من الغاصب مع تدليس الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى.

أما المنافع إذا ضمنها المالك المشتري بناءً على أن المنافع بالعين المغصوبة مضمونة، وهو المذهب، فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض، وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده، وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع لما انتفع به لاستيفائه عوضه، وهذه الرواية اختيار أبي بكر، واختيار ابن أبي موسى، وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع إذا ضمنها رجع بدلها على الغاصب، وكذلك الكسب.

وقد صرح القاضي بذلك في خلافه إلا أن يكون انتفع بشيء من ذلك فيخرج على الروايتين، وقد أشار أحمد إلى هذا في رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت، أو نخلًا لها ثمرة فوجد بها عيب أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيهما شيئاً، أو باع، أو استهلك، فإن كان قد مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء، فأوجب عليه الضمان طالما انتفع من الثمرة والنتاج دون ما أُلِف في يده بغير فعله، ولم يذكر رجوعاً على الغاصب، وظاهر كلامه أن ما أُلِف في يده من النماء فليس للمالك تضمينه ابتداء؛ لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به، وهذا يقوي التخيير المذكور في القسم الذي قبله.

وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى: لا يضمن المشتري إلا ما يستقر عليه ضمانه سواء دخل على ضمانه أو لم يدخل عليه، لكن انتفع به كالخدمة، وأوجب

على الغاصب في متى غرس المشتري غير مقلوع إذا قلعه المالك ، ومراده ما نقص بقلعه ، وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه ؛ لأن ذلك ليس من باب تضمين الغاصب ، بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له ، فإن تفرغ الأرض من الغراس الذي لم يأذن فيه لا بد من تمكينه منه ، ولا ضمان عليه فيه ، حيث لم يأذن فيه ، وإنما الضمان على الغار بتعديده .

كما أن تضمين القابض ما لم يلتزم ضمانه ممتنع ؛ حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه للضمان وتعديده ، فظهر بهذا أن الذي يدل عليه كلام الإمام أحمد أن القابض لا يضمن إلا ما حصل له به نفع فيضمنه ، وهل يرجع به ؟ على روايتين كرجوع المغرور في باب النكاح بالمهر .

ثم أورد تنبيهاً ؛ فقال : ولو أقر المشتري للبائع بالملك ، فلا رجوع له عليه ، ولو أقر بصحة البيع ففي الرجوع احتمالان ، ذكرهما القاضي ، وقد يُخرج كذلك في الإقرار بالملك ، حيث علم أن مستنده اليد وقد بان عدوانها .

الحالة السادسة : اليد القابضة عوضاً مستحقاً بغير عوض البيع كالصداق ، وعوض الخلع والصلح عن دم عمد إذا كان معيناً منه ، أو كان القبض وفاءً كدين المستقر في الذمة من ثمن مبيع أو غيره ، وصداق أو قيمة متلف ونحوه ، فإن تلفت هذه الأعيان في يد مَنْ قبضها ثم استُحقت ، فللمستحق الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة على ما تقرر ، ويتخرج وجه آخر ، وهو : أنه لا مطالبة له عليه ، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق ، والباقي مثله على القول بالتضمن ، فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع بتغيره ، إلا بما انتفع به فإنه مخرج على الروايتين .

وأما قيم الأعيان : فمقتضى ما ذكره القاضي ومَنْ تبعه أنه لا يرجع بها ؛ لأنه

دخل على أنها مضمونة عليه بحقه ، وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو كانت دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ، ثم إن كان القبض وفاءً عن دينٍ ثابتٍ في الذمة ، فهو باقٍ بحاله ، وإن كان عوضاً متعيناً في العقد لم يفسخ العقد ها هنا باستحقاقه فيه ، ولو قلنا : إن النكاح على المقصود لا يصح ؛ لأن القول بانتفاء الصحة مختصٌ بحالة العلم ، وكذلك يرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص ، وهو قول القاضي.

حيث قال : "ويجب مهر المثل ، وأما عوض الخلع والصلح عن دم العمد فيجب الرجوع فيهما بقيمة العوض المستحق ، وهو المنصوص ؛ لأن هذه العقود لا تنفسخ باستحقاق أعواضها ؛ فيجب قيمة العوض".

الحالة السابعة : حالة اليد القابضة بمعاوضة عن المنفعة ، وهي يد المستأجر ؛ فقال القاضي والأكثر : "إذا ضُمِنَتِ المنفعة لم يرجع بها ، ولو زادت أجرة المثل على أجرة المسماة فتزاد قيمة العين لزيادة الثمن ، وإذا ضُمِنَتِ قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغديره". ويتخرج للأصحاب وجهان :

أحدهما : أن المستأجر لا ضمان عليه بحال.

الثاني : الضمان على الغاصب ، والوجه الأول منزل على القول بأن المغرور لا يضمن شيئاً ابتداءً ولا استقراراً ، والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه منزل على الوجه في استقرار الضمان على المرتهن ونحوه بتلف العين تحت يده.

الحالة الثامنة : حالة اليد القابضة للشركة ، وهي المتصرف في المال بما ينميّه بجزءٍ من النماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساقى ، ولهم أجرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يُسلم ، فأما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة والشريك العنان فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال ، فإذا ضمنوا على المشهور

رجعوا بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح، فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل.

وأما المضارب والشريك فلا ينبغي له أن يستقر عليهم ضمان شيء دون القسمة، سواء قلنا: إنهم ملكوا الربح بالظهور، أو قلنا: إنهم لا يملكونه بالظهور، وإنما يملكونه بالقسمة؛ لأن حصتهم إنما هي وقاية لرأس المال وليس لهم الانفراد بالقسم، فلم يتعين لهم شيء مضمون.

وحكى الأصحاب في المضارب بغير إذن وجهاً آخر ألا يرجع بما ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من أ تلف المال بيده، ويتخرج وجه آخر، وهو: ألا يملك الماء، ولا يضمن تضمينهم بحال لدخولهم على الأمانة.

وأما المساقى فإذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل فللعامل أجره المثل لعمله على الغاصب، وأما الثمر فإنه إذا تلف فله حالتان:

الحالة الأولى: أن يتلف بعد القسمة، فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه، وله أن يضمن الكل للغاصب، فإذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه؛ لأنه أخذ العوض، فهو كالمشتري من الغاصب.

وفي (المغني) احتمال، وهو: أنه لا يرجع عليه بتغيره، فأشبهه من قال لغيره: كل هذا فإنه طعامي، ثم بان مستحقاً، وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال، وهل للمالك أن يضمن العامل جميع الثمرة؟ فيه احتمالان:

أحدهما: نعم؛ لأن يده تثبت على الكل مشاهدة بغير حق، ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمر على المشهور، وبالكل على الاحتمال المذكور.

الثاني: لا ؛ لأنه لم يكن قابضاً على الحقيقة ، وإنما كان مراعيًا حافظًا ، ويشهد لهذا ما قاله ابن حامد فيما إذا اختلف المساقى والمالك في قدر المشروط للعامل من الثمر ، وأقام بينتين أنه تقدم بينة العامل ؛ لأنه خارج ، والمالك هو داخل لاتصال الثمر بملكه ، ولو اشترى ثمرة شجر شراءً فاسدًا ، وخل البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمه بذلك لعدم ثبوت يده ، وذكر بعض أصحابنا أنه محل اتفاق ووافق.

الحالة الثانية: أن يتلف الثمر قبل القسمة إما على الشجر أو بعد جذه من على الشجر ، ففي مطالبة العامل بالجميع احتمالان ، وكذلك لو تلف بعض الشجر ، وهو ملتفت إلى أن يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذي عليه أم لا ؟ والأظهر أنه لا ؛ لأن الضمان لا ينتقل في الثمر المعلق على شجره بالتخلية إلا أن يقال : يده هنا على الثمر حصلت تبعاً لثبوت يده على الشجر ، فيقال : في ثبوت يده على الشجر تردد ، حيث لو تلف بعض الشجر ففي تضمينه للعامل أيضاً احتمالان. ولو اشترى شجرة بثمرها فهل يدخل الثمر في ضمانها لتبع لشجره ؟ قال ابن عقيل في (فنونه) : "لا يدخل ، والمذهب دخوله تبعاً لانقطاع غلق البائع عنه من السقي وغيره ، بكل حال يتوجه أن يضمن العامل الثمر التالف بعد جزاره واستحقاقه بخلافه على الشجر".

الحالة التاسعة: اليد القابضة تملكاً بعوض إما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والوصية أو للمنفعة كالموصى له بالمنافع ، فالمشهور أنها لا ترجع بما ضمنه بكل حال ؛ لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء ، فهي مغرورة إلا ما حصل لها نفع ، ففي رجوعها بضمانه أنها لا تضمن ابتداء ما لم يستقر ضمانها عليه ، وفي رواية : أنها لا ترجع بما ضمنته بحال ، وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلف تحت يده ، وإن كان أميناً ، واختلف الأصحاب في الرجوع بما انتفعت فيه على طرق ثلاثة :

الأولى: أن محلها إذا لم يقل الغاصب: هذا ملكي، أو قال ما يدل عليه، فإن قال ذلك فالمدار عليه بغير خلاف لاعترافه باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض، وهي طريقة (المغني).

الثانية: إن ضمّن المالك القابض ابتداء ففي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً، وإن ضمّن الغاصب ابتداء فإن كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض حتى ولو قلنا: إن ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه؛ لأنه بإقراره بالملك معترف بأن المستحق غارم له في التغريم، فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه، وهي طريقة القاضي.

الثالثة: الخلاف في الكل، وهي طريقة أبي الخطاب وغيره.

الحالة العاشرة: حالة اليد المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذابح للحيوان والطابخ له، فلا قرار عليها بحال، وإنما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له، فهو كالمباشر، ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها -أي: على اليد- فيما أتلفته كالمودع إذا تلفت العين المودعة تحت يده، وهذا أولى لمباشرتها للإتلاف، ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان عليها بحال فيمن حفر لرجل في غير ملكه بئراً فوقع فيها إنسان؛ فقال الحافر: ظننت أن الحفر في ملكه، فلا شيء عليه.

وبذلك خرج القاضي وابن عقيل في كتاب الجنایات مع اشتراط الحافر والأمر في التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب، وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال، فكان هذا الحكم هنا من باب أولى لاشتراكهما في ثبوت اليد، ولو أتلفته اليد على وجه محرم شرعاً عامة بتحريمه كالقاتلة للدابة المغصوبة، والمحرقه للمال المغصوب بإذن الغاصب ففي (التلخيص) يستقر عليها الضمان؛ لأنها عامة بتحريمه، فهي كالعامة؛ لأنه مال الغير، ورجح الحارث دخولها في قسم المغرور؛ لأنها غير عامة بالضمان، فتغريز الغاصب لها حاصل.

قاعدة من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه،
قاعدة ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان، قاعدة من
خير بين شيئين، قاعدة ما إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة
على جملة أخرى

عناصر الدرس

- ١١١ **العنصر الأول** : قاعدة من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه
غيره بغير إذنه هل يقع موقعه، وينتفي الضمان
عن الملؤدي.
- ١١٦ **العنصر الثاني** : قاعدة ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من
الأعيان.
- ١١٨ **العنصر الثالث** : قاعدة من خير بين شيئين وأمكنه الإتيان
بنصفيهما معاً.
- ١٢٠ **العنصر الرابع** : قاعدة ما إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على
جملة أخرى.

قاعدة: من وجب عليه أداء عين مال فأداه عنه غيره بغير إذنه، هل يقع موقعه، وينتفي الضمان عن المؤدي

هذا يكون على قسمين :

القسم الأول: أن تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء، وقد تعلق عليه حق الغير، فإذا كان المتصرف له ولاية التصرف وقع هذا التصرف الموقع الصحيح ولا ضمان عليه، ولو كان الواجب ديناً للمؤدي له، وإن كان لم يكن له ولاية التصرف على هذا الأداء، فإن كانت العين متميزة بنفسها، فلا ضمان ويجزئ هذا الأداء، وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن، ولم يجزئ إلا أن يميز المالك التصرف، فنقول بوقف عقود الفضول على الإجازة، ويتفرع على هذا المسائل الآتية :

أن يمتنع المدين من وفاء دينه وله ماله، فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح، وبرأ منه، ولا ضمان على الحاكم.

ومن المسائل : ما إذا امتنع من أداء الزكاة التي عليه لله تعالى، فأخذها الإمام منه قهراً، فإن هذا الأداء يجزئ عنه ظاهراً وباطناً في أصح الوجهين، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي ؛ لأن للإمام ولاية على الممتنع، وهذا حق تدخله النيابة فوق موقعه الصحيح، وبرأت الذمة بهذا التصرف.

ومن المسائل : أن ولي الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة، ويجزئ هذا الإخراج، كما يؤدي عنهما سائر الواجبات المالية من النفقات والغرامات، وغيرها من الالتزامات المالية على الصبي والمجنون.

ومن المسائل : أن المضحي إذا عين أضحية فذبحها غيره بغير إذنه أجزأت عن صاحبها، ولم يضمن الذابح شيئاً ؛ لأنه قام بأداء ذبح الأضحية الواجبة، وهي

متعينة بالذات فوقعت الموقع الصحيح ما لم يبدلها ، وعليه فإن إراقة دمه واجب ، والذابح قد عجل الواجب فوق موقعه ، ولا فرق عند الأكثرين بين أن تكون معينة ابتداء أو عن واجب في الذمة ، وفرق صاحب (التلخيص) بين ما وجب في الذمة وغيره ، وقال : المعينة في الذمة يُشترط لها نية المالك ، فلا يجزئ ذبحها ولا يذبحها إلا هو ، وللأضحية المعينة في الذمة تكون بغير إذن صاحبها لا تصح ، وما دامت الأضحية لم تقع موقعها الصحيح فإنه يضمنها .

ومن المسائل : أن مَنْ أراد الحج والعمرة فأحرم وفي يده صيد فأطلقه ، قال القاضي والأكثر : "لا يضمن ؛ لأنه فعل الواجب عليه كما لو أدى عنه دينه في هذا الحال". وفي (المبهبج) للشيرازي : أنه لا يضمن ؛ لأن ملكه لم يزل عنه ، وإرسال الغير إتلاف يوجب الضمان ، فهو كقتله اللهم إلا أن يكون المرسل حاكماً ، أو كان الذي أرسله ولي الصبي ، فلا ضمان لهذه الولاية ، وهذا كله بناء على قولنا يجب عليه إرساله وإحاقه بالوحش ، وهو المنصوص ، أما إذا قلنا : يجوز له نقل يده إلى غيره بإعارة أو إيداع كما قاله القاضي في المجرد ، وابن عقيل في باب العارية ، فالضمان واجب بغير إشكال .

ومن المسائل : ما لو نذر شخص أن يتصدق بمالٍ معين فتصدق به عنه غيره ، ففيه وجهان :

الوجه الأول : أنه لا ضمان عليه كالأضحية ، وهو اختيار أبي الخطاب في انتصاره ، وسواء قيل بزوال ملكه أو امتناع الأبدال كما لو اختاره ، أو ببقاء الملك ، أو جواز الإبدال ؛ إذ لا فرق بين الدراهم المنذورة وبين الأضحية في ذلك .

الوجه الثاني : أن عليه الضمان ، وهذا هو قول القاضي وابن عقيل ، والفرق بينه وبين الأضحية لا سيما والمنقول لا يتعين بالتعيين في العقود على إحدى الروايتين

بخلاف الحيوان، وقد يقال في الفرق بينهما: إن الأضحية إنما يجوز إبدالها بخير منها، وأما النقود فهي متساوية غالباً، فلا معنى لإبدالها، وقد أشار القاضي إلى الفرق بأن النذر يحتاج إخراجه إلى نية كالزكاة، وهذا ممنوع، بل نقول في نذر الصدقة بالمعين، نقول في الأضحية المعينة.

وأما إذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله، أو أدى نذره الواجب في الذمة، أو أدى كفارته من ماله بغير إذنه، حيث لا ولاية له عليه، فإنه يضمن في المشهور؛ لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المعتبرة منه ومن يقوم مقامه.

وخرج الأصحاب قولاً بنفوذه بالإجازة كتصرف الفضول، وهذا الذي ذكرناه في العبادات فالزكاة والأضحية والنذر، إنما هو إذا نواه المخرج عن المالك، فأما إن نوى في الإخراج عن نفسه وكان عالماً بالحال، وهو غاصب محض، فلا يصح تصرفه من نفسه بأداء الزكاة، ولا بذبح الأضحية والهدي، ولا غيرهما؛ لأنهما وقعا من أصله تعدياً، وذلك ينافي التقرب.

وخرج بعض الأصحاب وجهاً في الزكاة، وهو: أنه إذا التزم ضمان ما أخرجه عن نفسه في ماله أنه شبيه بتصرف الفضول يتوقف على إجازة من له حق الإجازة.

وحكى القاضي في الأضحية روايتين، فإن نوى الذابح بالذبح عن نفسه مع علمه بأنها أضحية للغير لم يجزئ لغصبه واستيلائه على مال الغير وإتلافه له وعدوانه عليه، وإن كان يظن الذابح أنها أضحية لاشتباهاها عليه أجزاء عن المالك، وقد نص الإمام أحمد على ذلك مفرقاً بينهما مصرحاً بالتعليل المذكور، وكذلك قال الخلال فرّق بينهما، وعقد لهما بابين منفردين، فلا يصح التسوية بعد ذلك، ومتى قيل بعدم الإجزاء فعلى الذابح الضمان، لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة؟

في ذلك الحكم تفصيل ، فإذا قلنا بتحريم ذبحه الغاصب فضمن القيمة متعين ، وعلى القول بالحل ، وهو المشهور ، فقد يقال : إن كانت معينة عن واجب في الذمة ، فحكم هذا الذبح حكم عطبها ، وإذا عطبت فهل ترجع إلى ملكه ؟ ذلك على روايتين : فإن قيل برجوعها إلى ملكه ، فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة ، وإن قيل : لا يرجع إلى ملكه ، فالذبح حينئذٍ بمنزلة إتلافها بالكلية ، فيضمن الجميع ويشترى المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ، ويصرف الكل مصرف الأضحية .

وإن كانت معينة ابتداءً أو تطوعاً فقد فوّت على المالك التقرب بها ، وأنها أضحية أو هدي ، لكن على وجه لا يلزمه بدلها ، فيحتمل أن يتصدق باللحم كالعاطب دون محله ، ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به أيضاً ، ويحتمل أن يضمنه قيمتها ، وهو أظهر ؛ لأنه فوّت عليه التقرب بها على وجه لا يعود إليه منها شيء ، فهو كإتلافها .

وأما إذا فرق الأجنبي اللحم ؛ فقال الأصحاب : لا يجزئ ؛ لأن الإمام أحمد < قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقد أنها أضحيته : "فإنهما يتراضيان اللحم" . قالوا : وإن تلف فعليه ضمان قيمته ، وأبدى ابن عقيل في (فنونه) احتمالاً بالإجزاء ؛ لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل ما لو ذبحها فسُرقت ، ويشهد له قول أحمد في رواية المروزي وغيره في رجل اشترى لقوم نُسكاً ، فاشترى لكل واحد شاة ، ثم لم يعرف هذه من هذه .

قال : يتراضيان ويتحلان ، ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل ، فدل على أن التخريج إذا وقع من غير قصد ولا تعمد أنه يجزئ ، ولولا ذلك لم تجز

التضحية بهذه الأضحية المشتبهة ، وقد يكون عن واجب في الذمة ، ويحمل قوله :
يتراضيان اللحم مع بقائه .

وهذا هو القسم الأول من أقسام مَنْ وجب عليه أداء عين مال ، فأداه عنه غيره
بغير إذنه هل يقع موقعه ، وينتفي الضمان عن المؤدي ؟ .

القسم الثاني : أن يكون الواجب أدائه غير مملوكٍ له فأداه الغير إلى مستحقه ،
فإن كان مستحقه معيناً فإنه يجزئ ، ولا ضمان على المؤدي ، وإن لم يكن معيناً
ففي الإجزاء خلاف ، ويندرج تحت هذا القسم مسائل :

منها : أن المغصوب والودائع إذا أداه أجنبي إلى المالك أجزأت ، ولا ضمان على
المؤدي . ومنها : إذا اصطاد المحرم صيداً في إحرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان
عليه ؛ لأن إرساله واجب .

ومنها : ما إذا دفع أجنبي عيناً موصى بها إلى مستحقٍ معينٍ لم يضمن ووقعت
موقعها ، وكذلك كانت الوصية بمالٍ غير معينٍ بل مقدر ، وإن كانت للغير ففي
الضمان وجهان ، ونص الإمام أحمد في رواية حنبل فيمن بيده وديعة وصى بها
لمعين أن المودع يدفعها إلى الموصى له والورثة ، وقيل : له أن يدفعها إلى الموصى له
ويضمن ، وقال : يعطيها القاضي ، قال : لا ، ولكن يدفعه إليهم .

ونص في رواية مهنى على ضمانه باليد إلى الموصى ، وهذا محمولٌ على أنه تثبت
الوصية ظاهراً ، وصرح الأصحاب بأنه لو كان عليه دين فوصى به صاحبه لمعينٍ
كان مخيراً في دفعه إلى الورثة ، أو إلى دفعه إلى الموصى له ؛ لأنه صار حقاً له ، فهو
كالوارث المعين ، وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف إلى مستحقه المعين مع وجود
الناظر فيه .

قاعدة: ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان

ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ، ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المنافع المحتاج إليها ، يجب بذله مجاًناً بغير عوضٍ في الأظهر ، ويندرج تحت هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها : أن الماء الجاري والكلأ يجب بذله في الفاضل منه للمحتاج إلى الشرب ، وإسقاء بهائمهم وزرعه على الصحيح ، أيضاً وسواء قلنا : يملكه مَنْ هو في أرضه أم لا ، والصحيح أن مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا ، لا أنه غير مملوكٍ بملك الأرض ، فإن النصوص متكاثرة عن أحمد بتملكه للمباحة النابتة في الأرض .

ويشهد له أيضاً ما نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في اللقاط : " لا أرى لصاحب الأرض أن يمنع الناس فيه سواء أنه مملوك له بل أدنى شك في ذلك ، ولا يقال زوال ملكه عنه بمصيره مرغوباً عنه ؛ لأن المنع والبيع ينافي ذلك " .

ومن هذه المسائل : وضع الخشب على الجدار إذا لم يضر بحائط الجار ؛ فإنه يجوز ، وكذلك يجوز إجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين . ومنها : إعاره الحلي ، وظاهر كلام أحمد وجماعة من الأصحاب وجوبه ، وصرح به بعض المتأخرين ، واختار بعضهم وجوب بذل الماعون ، وهو ما فضل عن حاجة الإنسان في كل شيء خف قدره وسهل ، كالدلو والفأس والقدر والمنجل ، وإعاره الفحل للضراب ، وهو اختيار الحارث ، وإليه ميل الشيخ تقي الدين .

ومن المسائل : المصحف ، فإنه تجب إعارته لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد مصحفاً غيره ، وهذا ما نقله القاضي في (الجامع الكبير) .

وذكر ابن عقيل في كلامٍ مفردٍ له أن الأصحاب عللوا قولهم : لا يقطع بالسرقة

فإنه له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه، وعلى صاحبه أن يبذله له، وكذلك قال ابن عقيل، وهذا تعليلٌ يقتضي التسوية بين سرقة وسرقة كتب السنة، فإنها مضمنة من الأحكام أمثال ذلك، والحاجة داعية إليها، وبذلها من المحاويج لها من القضاة والحكام وأهل الفتاوى واجبٌ على مالكها.

ومن المسائل: ضيافة المجتازين، والمذهب وجوب هذه الضيافة، وقيل بالاستحباب والندب، وأما إطعام المضطرين إلى الطعام، فهو واجبٌ على مَنْ معهم الطعام، لكن لا يجب بذله مجاناً، بل بالعوض، وأما المنافع المضطر إليها لمنفعة من المنافع كمنفعة الظهر للمنقطعين في الأسفار وإعارة ما يضطر إليه الناس، ففي وجوب بذله مجاناً وجهان، واختار الشيخ تقي الدين أن المضطر إلى الطعام إن كان فقيراً وجب بذله له مجاناً؛ لأن إطعامه فرض كفاية، ولا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف الغني، فإن الواجب معاوضته فقط.

ومن المسائل: رباع مكة، وهي دورها لا يجوز بيعها، ولا يجوز تجارتها، وهذا هو المذهب المنصوص، واختلف في مأخذه، ف قيل: بأن مكة فتحت عنوة فصارت وقفاً أو فيئاً، فلا ملك فيها لأحد، وعلى هذا: ينبنى الخلاف في البيع والتجارة على الخلاف في فتحها: هل فتحت عنوة أو فتحت صلحاً؟

وقيل: بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام، وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد؛ فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحجير، بل الواجب: أن يكون المسجد الحرام وأن تكون مكة للناس جميعاً، وهم شركاء، فالواجب أن يكون الناس فيه شرعاً واحداً لعموم الحاجة إليه.

فمن احتاج إلى ما بيده منه سكنه، وإن استغنى عنه وجب أن يبذله إذا كان فاضلاً عنه للمحتاج إليه، وهذا هو مسلك ابن عقيل في نظرياته، ومسلك القاضي في

خلافه أيضاً، واختاره الشيخ تقي الدين، وتردد كلامه في جواز البيع: فأجازه مرة كبيع أرض العنوة عنده، ويكون نقلاً لليد بعوض، ومنعه في أخرى إذ الأرض وأبعاض البناء من الحرم، وهذا غير مملوك للباني، وإنما له التأليف، وقد رُجِّح به بتقدمه في الانتفاع، كمن بنى في أرض مزيلة للسكنى بناءً من ترابها وأحجارها.

ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد ما يدل على جواز البيع دون الإجارة، وتأوله القاضي، وعلى هذا المأخذ: فقد يختص البيع بالقول بفتحها عنوة؛ لمصير الأرض فيئاً.

وقد نص الإمام أحمد في رواية حنبل على أن علة الكراهة: أن مكة فتحت عنوة فصار المسلمون فيها شركاء، قال عمر: "إنما ترك السواد -وهو سواد العراق- لذلك".

ثم قال الإمام: "ولا يعجبني منازل السواد، ولا يعجبني أرضهم، وهذا نص الكراهة للمنع في سائر أراضي العنوة". وعلى كل حال: فلا يجب الإسكان في دور مكة إلا في الفاضل عن حاجة الساكن، وهذا هو ما نص عليه الإمام أحمد <.

قاعدة: من خير بين شيئين وأمكنه الإتيان بنصفيهما معاً

فهل يجزئه أم لا؟ وفي هذه القاعدة خلاف بين العلماء يتنزل عليه مسائل كثيرة، منها:

- أن من كان عليه كفارة، وأعتق في الكفارة نصفين رقبتين، فهل يصح له ذلك؟

في هذه المسألة خلاف بين العلماء على وجهين؛ وقيل: إن كان باقياً حراً أجزأ هذا

وجهاً واحداً؛ لتكميل الحرية، وخرجوا على الوجهين مسألة أخرى، وهي: أنه لو

أخرج شخص في الزكاة نصفين شاتين، فهذه المسألة مخرجة على مسألة الكفارة في:

أنه قد أعتق نصف رقبتين، وبهذا تخرج وجه في الزكاة بنصف شاتين.

وزاد صاحب (التلخيص) مسألة أخرى وهي: أنه لو أهدى للحرم نصفين شاتين، وفي هذا نظر؛ إذ المقصود من الهدى هو اللحم، ولهذا أجزأ فيه شقص أي نصف من بدنة، وقد روى ذلك أحمد فيما يدل على الإجزاء ها هنا.

- ما لو أخرج الجُبران في زكاة الإبل شاة وعشرة دراهم، فهل يجزئه ذلك؟ على وجهين، منهم: من أجاز ومنهم من منع ذلك.

- ما لو كفر عن يمينه بإطعام خمسة مساكين، وكسوة خمسة فإنه يجزئه على الجمهور، وفيه وجه مذكور في (شرح الهداية) أنه يجزئه في زكاة الفطر.

- لو أخرج في زكاة الفطر صاعاً من جنسين، والمذهب هو الإجزاء، ويتخرج فيها وجه آخر.

- ما لو كفر في محظورات الحج بصيام يوم وإطعام أربعة مساكين؛ فالأظهر المنع، وفي (أحكام القرآن) للقاضي: يحتمل الجواز؛ لأنها على التخيير بخلاف كفارة اليمين، وعلى القياس على هذا: فإنه لو أعطى في كفارة اليمين ثلثي رقبة وأطعم أربعة مساكين، وكسا أربعة أن هذا يجزئه. وفيه بُعد.

- ما لو أخرج عن أربعمئة من الإبل أربع حقاك وخمس بنات لبون أجزأ بغير خلاف، والحقة هي التي لها ثلاث سنين ودخلت في السنة الرابعة، وبنت اللبون أو ابن اللبون هو الذي له سنتان ودخل في السنة الثالثة؛ فيجوز أن يخرج عن أربعمئة من الإبل أربع حقاك أو يخرج خمس بنات لبون بغير خلاف في المذهب؛ لأنه عمل بمقتضى قوله: **((في كل أربعين ابن لبون وفي كل خمسين حقة))** ولأن هذه واجبات متعددة فهي كالكفارات المتعددة، فإن أخرج بنقيض ما لو أخرج عن مائتين حقتين وبنتي لبون ونصفاً؛ فهو كإخراج نصفين شاتين على ما سبق بيانه.

قاعدة: ما إذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى

فهل يتوزع أفراد الجمل الموزعة على أفراد الأخرى؟ أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى؟

ولبيان معناها يجب أن نفرق بين قسمين:

القسم الأول: أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين، فلا خلاف في ذلك ومثاله: ما دلت القرينة عليه فهو على توزيع الجملة الأخرى، فيقابل كل فرد كامل بفرد يقابله إما لجريان العرف أو لدلالة الشرع على ذلك، وإما لاستحالة ما سواه، وذلك كأن يقول رجل لزوجتيه: إن أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقتان، فإذا أكلت كل واحدة منهما رغيفاً طُلِّقت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين.

ومثل أن يقول رجل لزوجتيه: إن كلمتما زيداً أو كلمتما عمراً فأنتما طالقتان، فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيداً وعمراً.

القسم الثاني: ألا يدل دليل على إرادة أحد التوزيعين، فهل يُحمل التوزيع عند هذا الإطلاق على الأول أو يُحمل على الثاني؟ خلاف بين العلماء، والأشهر: أنه يوزع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى إذا أمكن ذلك، وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسألة الظهار من نسائه بكلمة واحدة.

وكذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور، ويجب طرده في سائرهما ما لم يمنع منه مانع، ولذلك أمثلة كثيرة.

ومن هذه المسائل: قوله ﷺ في تعليل مسحه الخفين: ((إني أدخلتهما طاهرتين))

فهل المراد من ذلك أنه أدخل كل واحدة من قدميه الخفين وكل واحدة منهما طاهرة؟ أو أن المراد أنه أدخل كل القدمين الخفين، وكل قدم في حالة إدخالها كانت طاهرة؟

وينبني على ذلك مسألة أخرى، وهي: ما إذا غسل إحدى رجليه ثم أدخلها الخف، ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف، فعلى التوزيع الأول وهو توزيع المفرد على الجملة لا يجزئه المسح؛ لأنه في حال إدخال الرجل الأولى الخف لم يكن الرجلان طاهرتين، وعلى الثاني - وهو توزيع المفرد على المفرد - يصح أن يدخل إحدى رجليه بعد غسلها الخف قبل غسل الأخرى.

وفي المسألة هذه روايتان عن الإمام أحمد، ولكن القائل بأن الحدث الأصغر لا يتبعض، وأنه لا يرتفع الحدث إلا بعد استكمال الطهارة، يمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف، نعم وجدت طهارتهما عند استكمال لبس الخفين، وذلك من باب توزيع الجملة على الجملة.

ومن المسائل المندرجة تحت هذه القاعدة: مسألة "مدّ عجوة" وهي قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها، ومضمونها: أنه إذا باع ربوياً بجنسه، وكان معه من غير جنسه من الطرفين أو من أحدهما كمد عجوة، ودرهم بمد عجوة، ودرهم أو مد عجوة ودرهم بمد عجوة أو بدرهمين، ففيه روايتان أشهرهما: بطلان العقد، وله مأخذان:

المأخذ الأول: وهو مسلك القاضي وأصحابه أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة يُقسّط الثمن قيمتهما، وهذا يؤدي - ها هنا - إما إلى يقين التفاضل، وإما إلى الجهل بالتساوي، وكلاهما مبطل للعقد في أموال الربا.

وبيان ذلك أنه إذا باع مدّاً يساوي درهمين، ودرهماً بمدين يساويان ثلاثة دراهم؛

كان الدرهم في مقابلة ثلثي مد، ويبقى مد في مقابلة مد وثلث، وذلك ربا، وكذلك إذا باع مدًا يساوي درهماً ودرهمين بمدين يساويان ثلاثة في هذا فإنه يتقابل الدرهمان بمد وثلث، ويبقى ثلثا مد في مقابلة مد.

وأما إن فرض التساوي كمد يساوي درهماً ودرهم بمد يساوي درهماً ودرهم؛ فإن التقويم ظن وتخمين؛ فلا يتعين معه المساواة والجهل بالتساوي ها هنا كالعلم بالتفاضل.

فلو فرض أن المدين من شجرة واحدة أو من زرع واحد وأن الدرهمين من نقد واحد ففيه وجهان؛ ذكرهما القاضي في خلافه، وهذا فيه احتمالان: **أحدهما:** الجواز لتحقيق المساواة.

الثاني: المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد فينتقص من قيمته وحده، وصحح أبو الخطاب في انتظاره المنع، قال: لأننا لا نقابل مدًا بمد ودرهم بدرهم، بل نقابل مدًا بنصف مد ونصف درهم، وكذلك لو خرج مستحقًا لاسترد ذلك، وحينئذ فالجهل بالتساوي قائم وضد ما ذكره في تقرير هذه الطريقة، وهذا ضعيف؛ لأن المنقسم هو قيمة الثمن على قيمة المُثْمَن، وليس إجراء أحدهما على قيمة الآخر.

ففي ما إذا باع مدًا يساوي درهمين ودرهماً بمدين يساويان ثلاثة لا نقول: درهم مقابل بثلث مد، بل نقول: ثلث الثمن مقابل بثلث المُثْمَن، فنقابل ثلث المدين بثلث مد وثلث ودرهم، ونقابل ثلثا المدين بثلثي مد وثلثي درهم، فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم مقابل الثلث المُثْمَن فيقابل ثلث المدين ثلث مد وثلث ودرهم، ويقابل ثلثا المدين بثلثي مد وثلثي درهم، فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم.

ولهذا باع شقصاً - أي نصيباً وسيفاً - بمائة درهم وعشرة دنانير لأخذ الشفيع الشخص بصحته من الدراهم والدنانير.

نعم نحتاج إلى معرفة ما يقابل الدرهم أو المدين من الجملة الأخرى إذا ظهر أحدهما مستحقاً أو رد بعيب أو بغيره ليرد مقابله من عوضه حيث كان المردود ها هنا معيناً مفرداً ، وأما مع صحة العقد في الكل واستدامته ، فإننا نوزع أجزاء الثمن على أجزاء الثمن بحسب القيمة ، وحينئذ فالمفاضلة المتيقنة كما ذكره منتفية. وأما أن المساواة غير معلومة : فقد وردت في بعض الصور.

المأخذ الثاني : أن ذلك ممنوع سداً لذريعة الربا ، فإن اتخذ ذلك حيلة على الربا الصريح فهذا واقع أن ذلك ممنوع وليبيع مائة درهم في كيس بمائتين جعل للمائة في مقابلة الكيس - وقد لا يساوي درهماً - فممنوع ذلك وإن كان مقصودين حسماً لهذه المادة ، وفي كلام الإمام أحمد إيماء إلى هذا المخرج.

وأما الرواية الثانية يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوي من غير جنسه من الطرفين أو يكون مع أحدهما ولكن المفرد أكثر من الذي معه غيره ، نص عليها الإمام أحمد في رواية جماعة جعلاً لغير الجنس في مقابلة الجنس وفي مقابلة الزيادة.

ومن المتأخرين من يشترط فيما إذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين : التساوي جعلاً لكل جنس في مقابلة جنسه ، وهو أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره ، لا سيما مع اختلافهما في القيمة.

وعلى هذه الرواية : فإنما يجوز ذلك ما لم يكن حيلة على الربا ، وقد نص الإمام أحمد على هذا الشرط في رواية حرب ولا بد منه.

وعلى هذه الرواية: يكون التوزيع ها هنا للأفراد، لا على الأفراد، وعلى الرواية الأولى من باب توزيع الأفراد على الجمل أو توزيع الجمل على الجمل.

وللأصحاب في هذه المسألة طريقة ثانية، وهي: أنها لا يجوز بيع المحل بجنس حيلته قولاً واحداً، وفي بيعه بنقد آخر روايتان، ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة، وهي طريقة أبي بكر في (التنبية) وهي طريقة ابن أبي موسى والشيرازي وأبي محمد التميمي وأبي عبد الله الحسين الهمداني في كتابه (المبتدى) ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه كأبي بكر في (التنبية) وقال الشيرازي: "الأظهر المنع".

ومنهم من جزم بالجواز في بيعه بغير جنسه، ومنهم من حكى الخلاف، ونقل البرزاني عن أحمد ما يشهد لهذه الطريقة في حُلِّيٍّ صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس: أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس، ولا يجوز بيعه حتى يُخلَصَ الفضة من النحاس ويبيع كل واحد منهما على حدة.

وفي توجيه هذه الطريقة غموض، وحاصله: أن بيع المحل بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينهم وبين حليته يؤدي إلى الربا؛ لأنه بيع ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة؛ لأن ضرب الثمن يقابل العرض، فيبقى الباقي مقابلاً للربوي، ولا تتحقق مساواته.

وأما التمييز الربوي ومع معرفة مقداره: فإنما منعوا منه إذا ظهر فيه وجه الحلية أو كان التفاضل فيه متيقناً، كبيع عشرة دراهم مكسورة بثمانية صحاح وفلسين، أو ألف صحاح بألف مكسورة وثوب، أو ألفاً صحاحاً وديناراً بألف ومائة مكسورة، هكذا ذكره ابن أبي موسى، وأما بيعه بنقد آخر أو ربوي من غير جنسه، ولكن علة الربا فيها واحدة، فالخلاف فيه مبني على الخلاف في بيع

الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزأً، وفي جوازه روايتان.

واختار ابن أبي بكر وابن موسى والقاضي في خلاف المنع، وعللوه: بأنه لو استُحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي إلى الربا من جهة العقد، وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة، وفيه ضعف، فإن المستحق لم يصح العقد فيه وعوضه ثابت في الذمة، فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجهولة.

وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم، وضبط صفاته، وأنه إذا أسلم في جنسين لم يحز حتى يبين قسط كل واحد منهما، فإن السلم والصرف متقاربان، وهذا كله في الجنسين.

فأما بيع نوعي جنس بنوع منه ففيه طريقتان:

الطريق الأول: أن حكم نوع الجنس حكم الجنسين، وهو طريق القاضي وأصحابه نظراً إلى توزيع العوض بالقيمة، فيؤدي ذلك ها هنا إلى تيقن المفاضلة، وليس ها هنا شيء من غير الجنس يُجعل في مقابلة الفاضل.

الطريق الثاني: الجواز ها هنا، وهو طريق أبي بكر ورجحه صاحب (المغني) و(التلخيص) نظراً إلى أن الجودة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع، فكذا في الجنس الواحد، والتقسيم إنما يكونوا في غير أموال الربا أو في غير الجنس، بدليل: ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء فإن المذهب جوازه، ولكن ذكر أبو الخطاب في (انتصاره) فيه احتمال بالمنع، ونقل ابن القاسم عن أحمد: "إن كان نقداً لم يحز، فإن كان ثمراً جاز". والفرق: أن أنواع الثمار تكثر اختلافها، ويشق تمييزها باختلاف أنواع النقود، وهذا كله فيما إذا كان الربوي مقصوداً بالعقد، فإن كان الربوي غير مقصود بالأصالة، وإنما هو تابع لغيره؛ فهذه أنواع:

النوع الأول: ما لا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كتزويق الدراهم ونحوه، فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق.

النوع الثاني: ما لا يقصد وهو تابع لغيره، وهو أصل لمال الربا إذا بيع بما فيه منه، وهو ضربان:

الضرب الأول: أن يمكن أفراد التابع بالبيع، كبيع نخلة عليه رطب برطب، وفيه طريقان:

الطريق الأول: وهو طريق القاضي في (المجرد): المنع بأنه مال مستقل بنفسه، فوجب اعتبار أحكامه بنفسه منفرداً عن حكم الأصل.

الطريق الثاني: الجواز وهي طريقة أبي بكر والخرقي والقاضي، واشترط فيه: أن يكون الرطب غير مقصود، وذلك شرط في بيع النخلة التي عليها تمر لم يبدُ صلاحه: أن يكون التمر غير مقصود، ونص أحمد عليه في رواية إبراهيم بن الحارث والأثرم وتأوله القاضي بغير معين. ومعنى قولنا: غير مقصود بالأصالة، وإنما المقصود الأصل الشجر والثمر مقصود تبع.

الضرب الثاني: ألا يكون التابع مما لا يجوز إفراده بالبيع، كبيع شاة لبون بلبن أو ذات صوف بصوف أو بيع الثمر بالنوى؛ فيجوزها هنا عند القاضي في (المجرد) وابن حامد وابن أبي موسى، ومنع منه أبو بكر والقاضي في خلافه، وقد حكي في المسألة روايتان عن الإمام أحمد، ولعل المنع يتنزل عما إذا كان الربوي مقصوداً، فالجواز على عدم القصد، وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره، ويشهد له تعليل الأصحاب كلهم بالجواز، بأنه تابع غير مقصود. واعلم أن هذه المسألة منقطعة عن مسائل "مد عجوة"، وأن الجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه.

ومن الأصحاب من خرجها أو خرج بعضها على مسألة "مد عجوة" ؛ ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو لا ، وكذلك حكاه أبو الفتح الحلواني رواية في بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط : أن يكون المفرد أكثر مما في الشاة من جنسه. ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالأصالة ، والجواز مع عدم القصد ؛ فيرتفع الخلاف حينئذ ، وإن حُمِلَ على إطلاقه فهو متنزل على أن التبعية ها هنا لا عبرة بها ، وأن الربوي التابع لغيره فهو مستقل بنفسه.

ومن المسائل المندرجة تحت هذه القاعدة: ما إذا رهنه رجلان بمدين أو عيناً لهما صفقة واحدة على دين له على عليهما ، مثل : أن يرهنه داراً لهما على ألف درهم له عليهما ، على أن أحدهما إذا قضى ما عليه ولم يقض الآخر : أن الدار تظل رهناً على ما بقي من الدين ، وهذا ما نص عليه أحمد ، وظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد رهناً بجميع الحق توزيعاً للمفرد على الجملة لا على المفرد ، وبذلك جزم أبو بكر في (التنبية) وهذا بناء على أن عقد الاثنين على الواحد في حكم الصفقة الواحدة.

وأما إذا قلنا بالمذهب الصحيح : أنهما في حكم عقدين ؛ كان نصيب كل واحد مرهون بنصف الدين ، قال : ويجوز أن يكون نصيب كل واحد منهما لما رهن صار كفيلاً عن صاحبه ، فلا ينفك الرهن في نصيبه حتى يؤتى بجميع ما عليه من الدين ، هذا وأوله في موضع آخر على أن كل واحد منهما كان كفيلاً عن صاحبه ، فإذا قضى أحدهما لم ينفك حقه من الرهن ؛ لأنه مطالب بما ضمنه.

قال : وأما إن لم يضمن كل واحد منهما ما على صاحبه فله الرجوع بقدر حصته ، وليس في كلام أحمد ما يدل على الضمان ، وقد نبه على ذلك الشيخ نجم الدين ، وقال : "على هذا يصح الرهن ممن ليس الدين عليه". وعلى الأول لا

يصح ، وتأوله القاضي أيضاً في (المجرد) وابن عقيل وصاحب (المغني).

وكلام أحمد على أن الرهن ينفك في نصيب الموفي للدين ، لكن ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر ، لا بمعنى أن العين يكون كلها رهناً ، وبمثل ما تأول به هذا صاحب (المغني) ما قاله أبو الخطاب وغيره ، فيمن رهن عند رجلين فوفى أحدهما ولم يوف الآخر : أن العين المرهونة تظل رهناً عند الآخر ، وتأوله على المنع من المقاسمة ، وهذا ضعيف لوجهين :

الوجه الأول : أن أحمد < نص على أن الدار رهن على ما بقي.

الوجه الثاني : أن الانفكاك أحد النصيين وقبض صاحبه له لا يتوقف على المقاسمة ؛ فإن الشريك يقبض نصيبه المشترك من غير اقتسام ؛ ويكون قبضاً صحيحاً إذ القبض يتأتى في المشاع.

ونقل ابن منصور عن أحمد في رجل له على قوم حق أنه كتب في كتابهم : أيهم شئت أخذت بحقي منهم ، فإنه يأخذ من أيهم شاء ، ومفهومه أن العلماء لا ضمان بينهم بدون الشرط بكل حال.

ومن المسائل : ما لو وضع المتراهنان الرهن على يدي عدلين ، وكان عينا منفردين أو كان مما يقسم كالملك والموزون : فهل لهم انقسامه وانفراذه كل واحد منهما بحفظ نصيبه أم لا ؟

العلماء مختلفون في هذه المسألة على وجهين :

الوجه الأول : أنه يجوز ذلك ، وهو ما قاله القاضي في (المجرد) توزيعاً للمفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه ، وصرح القاضي بذلك ، وعلى هذا : فلو دفع أحدهما النصف المقسوم الذي بيده إلى الآخر ؛ فتلف في يده : فهل يضمه ؟

هذا على احتمالين، ذكرهما القاضي؛ لأنه انفرد به بعد القسمة، بخلاف ما إذا سلم الكل قبل القسمة، فإنه لا يضمن وبهذا قال القاضي. وقال مرة أخرى: "يضمن نصفه أيضاً".

الوجه الثاني: أنه لا يجوز اقتسامه، بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين، وهو قول القاضي في خلافه، وقول ابن عابدين وصاحب (المغني) و(التلخيص) بأن المتراهنين إنما رضيا بحفظهما جميعاً؛ فلا يجوز لهما الانفرد كالوصيين والوكيل في البيع.

وعلى هذا: يخرج الوديعة لاثنين، كما تخرج الوصية بالنسبة إلى الحفظ خاصة دون التصرف، فإنه لا يستقل أحدهما بشيء منه، وقد روي عن أحمد ما يدل على جواز انفرد كل منهما بنصف التصرف، فنقل عنه حرب في: من قال لرجلين تصدقا عني بألفي درهم من ثلثي؛ فأخذ كل واحد منهما ألفاً فتصدق بها على حدة، فيكون أسهل عليهما فلم ير به بأساً، وهذا قد يختص بالصدقة لحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من التصرفات التي تكون بقصد الحظ والغبطة والكسب.

قال في (التلخيص): "ولو وكل اثنين في المخاصمة -أي: في الدفاع عنه في قضية- لم يكن لواحد الاستبداد بها وحده دون صاحبه؛ كالوصيين ووكيلي التصرف، ويحتمل أن يكون له ذلك؛ لأن العرف في الخصومة يقتضيه بخلاف غير الخصومة". وقال القاضي أيضاً: ولو تعدد المعين فاحتمالان، يعني في تعدد الصفقة واتحادها.

ومن المسائل: مسألة الضمان، فإذا ضمن اثنان دية رجل لغريمه، فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصصة؟

هذه المسألة مختلف فيها على وجهين :

الوجه الأول: أن كل واحد منهما ضامن للجميع ، وهذا ما نص عليه أحمد في رواية في رجل له على رجل ألف درهم ، فكفل بها كفيلاً ، كل واحد منهما كفيل ضامن ، فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه ، وكذلك قال أبو بكر في (التنبية) فيمن قال لرجل : ألق متاعك في البحر على أني وربان السفينة ضمانة ، فألقاه ، ضمنه دونهم إلا أن يتطوعوا بالضمان معه .

وقد يكون مأخذ أبي بكر أن هذا من باب التغيرير ، فإنه إنما ألقاه ظناً منه أن قيمته ترد عليه اعتماداً على قول هذا القائل ، فلذلك ألزمه بالضمان ، وعلى هذا : فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً به .

الوجه الثاني: أن الضمان بالحصّة ، إلا أن يصرحوا بما يقتضي خلافه ، مثل أن يقولوا : ضمنا لك ، وكل واحد منا بالألف التي لك على فلان ، فإن كل واحد يلزمه الألف حينئذ ، وأما مع ضمان الألف منهم بالحصّة ، وهذا هو قول القاضي في (المجرد) والخلاف وقول صاحب (المغني) وذكر ابن عقيل في المسألة احتمالين ، وبناء القاضي على أن الصفقة متعددة بتعدد الضامين فيصير الضمان موزعاً عليهما .

وعلى هذا : فلو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين ، فهل يقال : كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ إذا قلنا بصحة ضمان المبهمة ، يحتمل وجهين ؛ والأول : أشبه بكلام الأصحاب ، وشبهه بهذه المسألة ما إذا كفل كفيل اثنان شخصاً لآخر فسلمه أحدهما إلى المكفول له ، فهل يبرأ الكفيل الآخر أو لا ؟

هذه المسألة فيها خلاف على وجهين :

الوجه الأول: أنه لا يبرأ؛ لأنهما كفالتان والوثيقتان إذا انحلت إحداهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامنين إذا برئ أحدهما لا يبرأ الآخر. وهذا قول القاضي وأصحابه.

الوجه الثاني: يبرأ الآخر إذا برئ الأول؛ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم، فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامنين الدين، وهو احتمال في (الكافي) وقول الأزجي في (نهايته)، وهو ظاهر كلام السامري في (فروقه) وهو يعود إلى أنها كفالة واحدة، والأظهر: أنهما كفيلا ن كفالة الاشتراك.

فإن قال: كفّلنا لك زيدا نسلمه إليك، فإذا سلمه أحدهما برئ الآخر؛ لأن التسليم الملتزم من واحد، فهو كأداء أحد الضامنين للمال، وإن كفلا كفالة بانفراد أو اشتراك بأن قالوا: كل واحد منا كفيل لك بزيد، فكل منهما ملتزم له بإحضاره له، فلا يبرأ بدونه ما دام الحق باقياً على المكفول، فهو كما لو كفّل في عقدين متفرقين، وهذا قياس قول القاضي في ضمان الرجلين للدين.

ثم قال ابن رجب - رحمه الله: "واعلم أن عقود التوثيقات والأمانات إذا اشتملت على جمل، فإنه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو أجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها، أو على أجزاء العين المقابلة لها، فيُقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى، أو على أجزائها فيثبت الاشتراك بالمشاع، ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً، ويمكن أن يثبت حكم التوثيق للأمانة بكماله لكل فرد، فيكون ها هنا عقود متعددة".

فأما عقود التمليكات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث؛ لاستحالة أن يكون الملك ثابتاً في عين واحدة لمالكين على الكمال، وإنما يقع التردد فيها بين الاحتمالين

الأولين، ويستثنى من ذلك صورتان:

الصورة الأولى: أن يوصي بعين لزيد ثم يوصي بها لعمرو، ويقول: ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب، فيكون كل واحد منهما مستحقاً للعين بكمالها، ويقع التزاحم فيشتركان في قسمتها، فلو مات أحدهما قبل الموصي أو ردّ استحقاقها الآخر لكمالها.

الصورة الثانية: أن يقف على قوم معينين أو موصوفين، ثم يقف على آخرين بعدهم، فإن كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف لانفراده، حتى ولو لم يبق من الطبقة سواء لاستحقاق الوقف كله.

وقد نص الإمام أحمد < عليه فيمن وقف ضيعة على ولده وأولاده وأولاد أولادهم أبداً ما تناسلوا، فإن حدث بواحد منهم حدث الموت دُفع ذلك إلى ولد ولده.

يعني: الواقف وولد أولادهم يجري ذلك عليهم ما تناسلوا، وقد ولد هؤلاء الذين وقف عليهم أولاد: هل يدخلون مع آبائهم في القسمة أو يصير هذا الشيء إليهم بعد الموت، أي بعد موت آبائهم ومن مات منهم ولم يخلف ولداً يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا؟.

قال: "يجري ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك، حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقي من إخوته". وظاهر كلامه: أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده، لقوله: "يتوارثون ذلك" وجعل قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه بولده، فقضيتنا بهذه الترتيب ومخصصاً لعموم أول الكلام المقتضي للتشريك.

وقد زعم الشيخ مجد الدين أن كلام القاضي في (المجرد) يدل على خلاف ذلك ، وأنه يكون مشتركاً بين الأولاد وأولاده ، ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته ، وليس في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله .

وأما قوله : "حتى لا يكون للميت ولد فيرد على الباقي من إخوته" فيعني به أن من مات من غير ولد فنصيبه لإخوته ، وهذا قد يدل لما ذكرناه عن الأصحاب : أن من مات من طبقة انتقل نصيبه إلى الباقي من هذه الطبقة بإطلاق الواقع .

وقد يقال : لا دلالة فيه على ذلك ؛ لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبداً بالتشريك ، فلو تركنا هذا لشركنا بين البطون كلها ؛ لكنه استثنى من ذلك : أن من مات ممن ولد فنصيبه لولده ، ففهم منه أن الولد لا يستحق مع والده ، فيبقى ما عداه داخلاً في عموم أول الكلام ، فاستحقاق الإخوة ها هنا متلقى من كلام الواقف ، ومثل هذا لا نزاع فيه .

وإنما النزاع فيما إذا لم يدل كلام الواقف عليه ، ولا يقال : قد دل كلام الواقف عليه ؛ حيث جعله بعد تلك الطبقة بطبقة أخرى ، فلم يجعل للثانية حقاً فيه مع وجود الأولى ، فدل على أن الأولى هي المستحقة ما دامت موجودة ؛ لأنه قد يجاب عنه : بأن نفي استحقاق الثانية مع وجود الأولى لا يدل على أن الأولى هي المستحقة لجميعه ؛ لجواز صرفه مصرف المنقطع ، إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف ، والأظهر من مقصوده ما ذكرنا .

فعلى هذا : يكون عوده على المساكين ؛ فهل يكون بعد موت فلان لأولاده ثم من بعده على المساكين أو تصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتى تنقرض الأولاد جميعاً ثم يُصرف على المساكين ؟

هذه المسألة على وجهين ، وفي المسألة مسلك آخر ، وهو أن يُقال : الوقف تحديث

للمال في وجوه البر، والموقوف عليهم هو المصرف المعين لاستحقاقه، فلا يمنع أن يستحقه كل واحد منهم بانفراده، ويقع التزامهم فيه عند الاجتماع، بخلاف التمليكات المحضة؛ فإنه يستحيل أن يملك كل واحد من المملكين جميع ما وقع فيه التملك، وهذا معناه: أن الموقوف عليه لا يملك عين الوقف على أظهر الأقوال.

ويتعلق على هذا القول من المسائل: التوزيع ما إذا وقف على أولاده، ثم على أولاد أولاده أبداً: فهل يقال: لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده إلا بعد انقراض جميع أولاده أو ينتقل بعد كل ولد إلى ولده؟

المعروف عند الأصحاب هو الأول، وهو الذي ذكره القاضي وأصحابه، ومن تبعهم، وحكى الشيخ تقي الدين - رحمه الله - وجهاً آخر بالثاني ورجحه.

فعلى الأول: يكون من باب توزيع الجملة على الجملة، وعلى الثاني: يكون من باب توزيع المفرد على المفرد، ويشهد لهذا من كلام أحمد ما رواه عنه يوسف بن أبي موسى وغيره في: رجل وقف ضيعة أن لعلي بن إسماعيل: ربع غلتها ما دام حياً وربعاً منها لولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية، وإن مات علي وابن إسماعيل فوزعوا هذين الربعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك، ثم إن بعض ولد علي بن إسماعيل مات وترك ولداً: كيف نصنع بنصيبه؟ يُدفع إلى ولده أو يرد على شركائه، ولم يقل الميت: إن مات علي بن إسماعيل دفع إلى ولد ولده وإنما قال: ولد علي بن إسماعيل.

في هذه القضية قال الإمام أحمد: "يُدفع إلى من جعل لولد علي بن إسماعيل إلى ولده، فإن مات بعض ولد بن إسماعيل دفع إلى ولده أيضاً لأنه قال: بين ولد علي بن إسماعيل، وهذا من ولد علي بن إسماعيل" فدل هذا الكلام على أصليين:

أحدهما: أن ولد الولد داخل في مسمى الولد عند الإطلاق.

الثاني: أنه إنما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه، ويختص به دون طبقة أبيه المشاركين له؛ حيث ذكر أن علي بن إسماعيل توفي عن ولد، وإن بعض ولده توفي عن ولد، ونُقل إلى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشاركين للأب من إخوته.

ووجه هذا: أنه لما رتب بين علي بن إسماعيل وولده، ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد ولده، فكذلك ينبغي أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده، وهذا خلاف ما ذكره الأصحاب من الوجهين في: كيفية استحقاق ولد الولد، إذا قيل بدخوله في مطلق الولد: هل يستحق مع الولد مشرّكاً، أو بعد انقراض الولد كلهم مرتباً ترتيب طبقة على طبقة؟

فإن أحمد جعله مرتباً ترتيب أفراد بين كل والد وولده، وبين بقية طبقاته، وقد يفرق بينهما بأن الوقف ها هنا أولاً كان بين شخص وولده، فروعى هذا الترتيب في استحقاق ولده وولد ولده، وليس في طبقة بعد طبقة.

ومن المسائل التي تندرج تحت هذا: ترتيب الجمل بعضها على بعض، ما إذا علق طلاقاً على صفة متعددة، فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر، فهل يكفي في وقوع الطلاق مع قطع النظر عن الحث بوجود بعض الصفة؟
فإن للأصحاب في الاكتفاء ببعض الصفة في الطلاق طرقاً ثلاثة:

الطريقة الأولى: أنه يكتفى بها كما يُكتفى بذلك في الحث في اليمين، وهي طريقة القاضي، واستثنى في الجامع من ذلك أن تكون الصفة معارضة.

الطريقة الثانية: أنه لا يُكتفى بها وإن اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحث؛ لأن هذا شرط ومشروط وعلة ومعلول، فلا يترتب الأثر إلا على تمام المؤثر، وهي طريقة ابن عقيل، وصاحب (المغني).

الطريقة الثالثة: أنه إذا كانت الصفة تنفي قطعاً أو تبعاً أو تصديقاً أو تكذيباً فهي

كاليمين، وإلا فهي كعلة محضة، فلا بد من وجودها بكمالها، وهي طريقة صاحب (المحرر).

ويتفرع على هذا بعض المسائل، ومنها: ما لو قال لزوجتيه: إن دخلتما هاتين الدارين، أو كلمتما زيدا وعمراً فأنتما طالقتان، فكلمت إحداهما زيدا والأخرى عمراً، أو دخلت كل واحدة منهما داراً وقلنا: لا يكتفى ببعض الصفة، فهل تطلقان أم لا؟

في هذه المسألة وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب، وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع، وإنما ذكر الأخرى تخريجاً، وهو مذهب الحنفية والمالكية: أنه يقع هذا الطلاق، وهو أحد وجهي الشافعية، مع قولهم وقول الحنفية: إن بعض الصفة لا يكفي في الحث، أن هذا ليس مفرعاً على الاكتفاء ببعض الصفة.

ويتخرج على هذا في هذه المسألة: تعليق طلاق زوجتيه على دخولهما هاتين الدارين، فتطلق كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها، ولا يتوقف طلاقها على دخول الأخرى؛ لأن معنى كلامه أن من دخلت منكما داراً من هاتين الدارين فهي طالق.

ويتخرج من هذا القول ها هنا في ما إذا قال لهما: إن حضتما فأنتما طالقتان، ووجهه: أن كل واحدة تطلق بحيضها فقط، وأنه لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة إليهما، بل يكفي ثبوت حيضها في حقها بإقرارها، وكذلك قوله: إن شئتما فأنتما طالقتان، فشاءت إحداهما، أو إن حلفت بطلاقيكما معاً فأنتما طالقتان، ثم حلف بطلاق إحداهما؛ فإنه تطلق وحدها دون الثانية.

ومن العجب: أن القاضي لن يفرع شيئاً من هذه المسائل في (الاكتفاء) بوجود بعض الصفة مطلقاً، سواء اقتضت حثاً أو منعاً أو كانت تعليقاً محضاً، ومقتضى

قوله أن يطلقها هنا معاً بوجود حيض إحداهما ومشية إحداهما، والحلف بطلاق إحداهما في هذه المسائل.

ومن المسائل المندرجة تحت هذه القاعدة: ما إذا قال لزوجاته الأربع: أوقعت بينكن أو عليكن ثلاث تطليقات، فهل تقسم كل طلقة على الأربع أرباعاً، ثم يكمل فيقع بهن الثلاث جميعاً أو يوزع الثلاث على الأربع؛ فيلحق كل واحدة ثلاث أرباع طلقة، ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلقة؟

هذه المسألة فيها خلاف في المذهب على روايتين:

الرواية الأولى: وهي اختيار أبي بكر والقاضي.

الرواية الثانية: وهي اختيار أبي الخطاب وصاحب (المغني) قال: "لأن القسمة للأجزاء إنما تكون في المختلفات كالدور ونحوها، فأما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنها تقسم برءوسها، ويُكْمَل النصيب بكل واحدة كأربعة لهم درهمان صحيحان، يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فذلك الطلقات".

ويمكن الجواب عن هذا: بأن هذه القسمة لا تمنع الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء، ولهذا قيل في قسمة الأموال المشتركة: إنها بيع، ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة، فتوجه وتوزع طلقات الثلاث لكل واحدة، ولو قال: أنتن طوالق ثلاثاً طلق كلهن ثلاثاً ثلاثاً، نص عليه أحمد في رواية، ولم يذكر القاضي فيه خلافاً؛ لأنه أضاف الثلاث إلى الجميع.

ويتوجه تخريج الخلاف فيه أيضاً؛ لأن إضافة الثلاث إليهن لا ينافي أن يوزع الثلاث على مجموعهن، لا على كل واحدة منهن.

ومما يدخل في هذا الباب قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠] فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الأصناف، أو المراد أن كل

فروض أفراد الصدقات على مجموع الأصناف؟ وينبغي على ذلك مسألة وجوب استيعاب الأصناف بكل صدقة؟ وفي ذلك روايتان أشهرهما: أنه غير واجب.

وهل يجب على الإمام إذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعمم الأصناف منها أو لا؟

قال ابن عقيل: "ذلك لتحصيل التوفيق للاستيعاب للأصناف بمجموع الصدقات، كما دلت عليه الآية الكريمة". وقال القاضي: "يستحب ذلك ولا يجب؛ لأن حق بقية الأصناف يسقط بإعطاء الملاك لهم، وأيضاً فليس في الآية الكريمة إيجاب الاستيعاب بصدقات كل عام؛ فيجوز تعويضهم في كل عام آخر".

ومما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٢٣] هل الآية الكريمة اقتضت مقابلة مجموع المظاهرين لمجموع نسائهم؟ واقتضت توزيعه على كل مظاهر على زوجته؟ أو مقابلة كل فرد من المظاهرين بمجموع نسائه المظاهر منهن؟

قرر أبو الخطاب وغيره من أصحابنا القول الثاني، واستدل على أن المظاهر من جميع الزوجات بكلمة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة.

وكذلك في قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] إلى آخر الآية الكريمة: أن المراد حُرِّمَتْ على كل واحد بناته وأخواته وعماته وخالاته، فأما الأمهات فجعلها في مقابلة الأفراد بالأفراد، قال: لأنه لما لم يتصور أن يكون للواحد أمان عليم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحدة. وأما احتمال الجميع في مقابلة الواحدة فإنه عمل حيلة، والأظهر: أن كلاً مما قوبل فيه الواحد بالواحد والجملة بالجملة، وأن المعنى: حُرِّمَتْ على كل واحد أمه وبنته وأخته؛ إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرم على كل واحد أمهات الجميع، وبناتهم، وهو باطل قطعاً.

قاعدة الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً ، قاعدة إذا استند
إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة ، قاعدة إذا اختلف
حال المضمون في حالي الجناية والسراية ، قاعدة: يثبت تبعاً
ما لا يثبت استقلالاً .

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً ،
نوعان . ١٤١
- العنصر الثاني :** قاعدة: إذا استند إتلاف أموال الأدميين
ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان
بالمباشرة دون السبب . ١٤٥
- العنصر الثالث :** قاعدة : إذا اختلف حال المضمون في حالي الجناية
والسراية . ١٥٨
- العنصر الرابع :** قاعدة: يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً . ١٦١

قاعدة: الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان

النوع الأول: وهو ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده لجميع الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع.

النوع الثاني: ما يستحقه كل واحد من الحق بحصة خاصة.

ونفصل الكلام في هذين النوعين:

النوع الأول: يندرج تحته صور كثيرة، ومسائل متعددة، ومن أهم هذه المسائل:

- الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها، فإذا عفا أحدهم عن حقه توفّر على الباقيين.

- غرماء المفلس الذي لا يفي بدين كل واحد على انفراده، وهؤلاء حكمهم حكم الشفعاء؛ في أن كل واحد منهم يستحق الحق كله وحده، فإذا تنازل عن حقه فإنه يرد على الباقيين.

- الأولياء المتساوون في النكاح؛ فإن كل واحد منهم يستحق الحق كله بتمامه.

- العصباء المجتمعون في الميراث، ويتفرع على ذلك: ما لو اجتمع اثنان لنصف كل واحد منهما حر، فهل يستحقان المال كله أم لا؟

هذه المسألة فيها وجهان:

الوجه الأول: أنهما يستحقان جميع المال، وهذا ما رجحه القاضي، والسامري، وطائفة من الأصحاب، وله مأخذان:

أحدهما: جمع الحرية فيها؛ فيملك بها حرية ابن، وهو مأخذ أبي الخطاب، ومأخذ غيره.

الثاني: أن حق كل واحد منهما مع كمال حريته في جميع المال لا في نصفه، وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له، وحينئذ فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال، هذا هو نصف حقه مع كمال حريته، فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية.

الوجه الثاني: لا يستحقان المال كله لثلاثي حال حريتهما الكاملة، وأن المبعوض، وهل يستحقان نصفه تنزيلاً لهما حالين أو ثلاثة أو أربعة تنزيلاً لهما ثلاثة أحوال، على وجهين.

- ذوو الفروض المجتمعون المزدحمون في فرض واحد، كالزوجات والجدات، ويتفرع على هذا ما إذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنها الأب، وقلنا: إنه يحجبها، هل تستحق الأم السدس كله أو نصفه؟ هذا على وجهين:

أحدهما: وهو أصحهما أنه تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه.

الثاني: يستحق نصفه، وله مأخذان:

أحدهما: أن أم الأب تحجبها عن السدس إلى نصفه، فلا أثر لكونها محجوبة، كما يحجب ولد الأم مع انحجابهم بالأب وفيه نظر، إن حجب الأم إنما هو بطريق المزاحمة، ولا مزاحمة هنا، وحجب الإخوة بالأم ليس بالمزاحمة فإنهم لا يشاركونها في فرضها، وإنما وجودهم هو مقتضى لنقيض فرضها.

الثاني: أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس، فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه، لا على الأخرى من الجدات، ورد بأن: ولد الأم يحجبون الأم عن السدس، ثم لا يأخذونه، بل يتوفر على الأب، وقد يجاب عنه: بأن ولد الأم لما كانوا محجوبين توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب، فذلك هنا.

- الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال، فإن حق كل واحد منهم في مجموع وصيته، وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة، فإذا رد بعضهم توفر على الباقي، وإن أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المُجاز له القدر الذي كان يأخذه في حال الإجازة للكل، أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية كله إن أمكن لقيام استحقاقه له، وقد أمكن وصوله إليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره؟

وفي هذا وجهان، صحح صاحب (المحرر) الثاني، ومن رجع الأول قال: القدر المزاحم به كان حقاً للمزاحم، فإذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى.

- استحقاق الغائبين من الغنيمة، متى رد بعضهم توفر على الباقي، فيرد عليهم، وسواء قلنا: ملكوه بالاستيلاء أو لم يملكوه بالاستيلاء.

- الموقف عليهم إذا رد بعضهم توفر على الباقي كما لو مات بعضهم، وهذا ما سبقت الإشارة إليه.

- حد القذف الموروث لجماعة، فإنه يستحق كل واحد بانفراده، فإذا أسقطه بعضهم فللباقين استيفاؤه.

النوع الثاني: ما يستحق كل واحد من الحقوق بمحصة خاصة، فهذا له صور وأمثلة كثيرة، منها:

عقود التمليكات المضافة إلى عدد، فيملك كل منهم بحصته لاستحقاقه أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين، ويتأتى ذلك في حالة أن يكون التملك بغير عوض، مثل: أن يهب شخص لجماعة شيئا أو يملكهم إياه عن زكاة أو كفارة

مشاعاً في الكفارة ، فقياس كلام الأصحاب في التملك بعوض : أنهم يتساوون في ملكه ، وحكا صاحب (المغني) فيما إذا وضع طعاماً في الكفار بين يدي عشرة مساكين ، فقال : هو بينكم بالسوية فقبلوه ؟

وفيه ثلاثة أوجه :

الوجه الأول : وهو الذي جزم به أولاً أنه يجزيه ، لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة ، كما لو دفع دين غرمائه بينهم .

الوجه الثاني : وحكا عن ابن حامد يجزيه ، وإن لم يقل بالسوية ؛ لأن قوله : "خذوها عن كفارتي" يقتضي التسوية بينهم ؛ لأن ذلك هو حكم ذلك .

الوجه الثالث : وهو ما حكاه ابن رجب عن القاضي : أنه إن علم أنه وصل إليه إلى كل واحد كل قدر حقه أجزأ ذلك ، وإلا لم يجزئه ، وهذا ما ذكره ، وأصل ذلك ما قاله القاضي في (المجرد) : "إذا أفرد ستين مداً ، وقال للستين مسكيناً : خذوها ، فأخذوها ، وقال : كلوها ، ولم يقل : بالسوية أو قال : قد ملكتموها بالسوية ، فأخذوها" .

فقال شيخنا أبو عبد الله : "يجزيه ذلك لأن قوله : خذوها عن كفارتي ، يقتضي التسوية ؛ لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية ، فإن عرف أنها وصلت إليهم بالسوية أجزأه ذلك ، وإن علم التفاضل فمن حصل معه التفضيل ، فقد أخذ زيادة ، ومن أخذ أقل كان عليه أن يكمله ، وإن لم يعلم كيف وصل إليهم لم يجزيه ذلك ، وعليه استئنافها ؛ لأنه لم يعلم قدر ما وصل إلى كل واحد" .

قاعدة: إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب:

قاعدة: إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب، وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه، أو كانت غير ملجئة. ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه، لا عدوان فيها بالكلية، استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان.

وهذه القاعدة عبر عنها الإمام السيوطي في كتابه (الأشباه والنظائر) بقوله: "إذا اجتمع السبب والغرور والمباشرة، قُدمت المباشرة".

ومعنى هذه القاعدة أنه: إذا اجتمع في حادثة من الحوادث سبب وغرور ومباشرة قُدمت المباشرة. وإذا اجتمع غرور ومباشرة قُدمت المباشرة؛ لأن المباشرة أقوى؛ ولأن المباشر فاعل، وهو العلة المؤثرة. والأصل في الأحكام أن تُضاف إلى عللها المؤثرة، وإلى أسبابها الموصلة؛ فكانت الأسباب الموصلة أقوى وأقرب، ومعنى هذا أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب في فعل من الأفعال؛ فالمباشر هو الفاعل وهو العلة المؤثرة، والمتسبب هو الموصول إلى وقوع الأثر المترتب على الفعل. فكان الفاعل أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب.

ولهذا قال الرملي: "إذا اجتمع المباشر والمتسبب؛ فالمباشر مُقدم؛ لأنه كالعلة، وعلة العلة، والحكم يُضاف إلى العلة لا إلى علة العلة، ومن ثم فإنه إذا اجتمع المباشر وهو الفاعل للسبب المفضي بوقوع ذلك الشيء، والسبب؛ ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة، إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر؛ فإن الحكم يُضاف إلى الفاعل المباشر دون المتسبب، وبعبارة أوضح: أنه يُقدم المباشر في الضمان على المتسبب".

تعريف السبب :

أولاً: في اللغة :

الأسباب جمع سبب ، والسبب هو كل ما يتوصل به إلى غيره ، يقال : هذا سبب هذا. وهذا مسببٌ عن هذا ؛ فالسبب ما يكون طريقاً إلى الشيء بواسطة ، كالطريق ؛ فإنه سبب للوصول إلى المقصد بواسطة المشي.

ثانياً: في الاصطلاح :

عند الأصوليين : ما يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم لذاته ، كالبنوة ؛ فإنها سبب في الميراث ، وكذلك الأبوة فإذا وجد السبب - أي : البنوة - فإنه يوجد المسبب ، وهو الميراث. وقد يوجد السبب ولا يوجد المسبب لمانع كالقتل مثلاً ؛ فإنه يمنع من الميراث.

وأما السبب عند جمهور الفقهاء ؛ فهو : الأمر الظاهر المضبوط الذي جعله الشارع أمانة على وجود الحكم ، وهو بعبارة أخرى عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به. وبمقتضى هذا التعريف تثبت حقيقتان :

الحقيقة الأولى : أن السبب لا ينعقد سبباً إلا بجعل الشارع له سبباً ؛ لأن الأحكام التكليفية هي تكليف من الله تعالى ، والمكلف هو الله ﷻ. وإذا كان المكلف هو الشارع فهو الذي يجعل الأسباب التي ترتبط بها الأحكام أسباباً.

الحقيقة الثانية : أن هذه الأسباب ليست مؤثرة في وجود الأحكام التكليفية ، بل هي أمانة لظهورها. وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي : "إن السبب غير فاعل بنفسه ، وإنما وقع المُسَبَّب عنده لا به ؛ فإذا تقرر ذلك ، فالمراد بالسبب في القاعدة ما لا يؤثر ولا يحصل".

فإذا عرفنا ذلك فإننا نبين أنواع السبب ، وأما أنواع السبب فهي ثلاثة :

السبب الأول : وهو السبب الشرعي ، وهو ما كان تأثيره من الشارع ، فهو الذي جعله مؤثراً كالبيئة ؛ فإنها مؤثرة لأن الحكم ينبنى على البيئة ؛ فإذا وجدت البيئة وهي شهادة الشهود مثلاً حكم القاضي بمقتضاها ، فالقاضي أسير البيئة ، والبيئة لا تؤثر ولا تحصل ؛ لأن هذا من اختصاص الجلالد .

السبب الثاني : هو السبب الحسي . كمن أمسك بآخر فقتله ثالث ، فالمسك مؤثر ؛ إذ لولاه لأمكن الممسوك الهرب ، ولكنه غير محصل للقتل ؛ لأن القتل حصل من الثالث ، ومثل هذا الإكراه على القتل .

السبب الثالث : هو السبب العادي وأساس اللزوم فيه العرف والعادة ، وذلك مثل الضيافة على طعام مسموم ؛ فإذا قدم صاحب البيت للضيف طعاماً مسموماً فأكله الضيف فمات ، فالأكل من الطعام المسموم مؤثر ؛ لكنه غير محصل ؛ لأنه ليس بالضرورة أن يكون السم هو الذي قتله ؛ فربما مات بسبب آخر .

وعلى هذا فما يحصل عند لا به يسمى سبباً ، والسبب في القاعدة مراد به هنا : ما لا يؤثر ولا يحصل ، ولكن يحصل التلف عنده ، وذلك كالحفر في الطريق العام ، فهو غير مؤثر إذ قد يتفادى الشخص هذه الحفرة ، وهو غير محصل إذ قد يقع في الحفرة ، ولا يحصل الموت .

والغرور بمعنى : الغرر . والغرر في اللغة : الخطر . وعند الفقهاء هو : إبداء ما ظاهره السلامة ثم يتخلف ، كما لو تزوج فتاة على أنها بكر ؛ فثبت أنها ثيب ، ويدخل تحت هذه القاعدة مسائل كثيرة في الفقه الإسلامي .

والمباشرة مأخوذة من : باشر الأمر ، أي : تولاه بنفسه ، وباشر الفعل . أي : فعله من

غير واسطة. والمباشر: هو الذي يحصل التلف من فعله، دون أن يدخل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر، فلو أن رجلاً حفر بئراً في الطريق العام؛ فجاء رجل آخر؛ فألقى حيواناً في هذا البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على الذي حفر البئر؛ لأن حفر البئر في حد ذاته لا يستوجب التلف؛ لو لم ينضم إليه فعل المباشرة، وهو إلقاء الحيوان في البئر؛ فلو لا هذا الإلقاء لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط.

والمباشرة: هي ما تؤثر وتُحصّل. كالذبح بالسكين مثلاً، وفي العادة يكون الضمان على المباشرة، ما لم يرق التغيرير إلى درجة المباشرة؛ فإذا ارتقى التغيرير إلى درجة المباشرة، فيكون الضمان في هذه الحالة على المغرر، وذلك بأن يكون السبب قوياً جداً؛ فإذا كان السبب قوياً فإن السبب يُنزل منزلة المباشرة، ويقدم عليها استثناءً، وهذا ما سوف يظهر في بعض الأمثلة التي سنعرض لها في هذه القاعدة.

ومن الأمثلة:

- لو غَصَبَ إنسان طعاماً، ثم قدمه لمالكه فأكله، وهو جاهل بأن هذا الطعام ملكه، فالأظهر أن الغاصب لا يضمن؛ لأنه إذا اجتمع سبب ومباشرة قُدمت المباشرة. والمباشرة: وجدت من المالك فتقدم على السبب، ومن ثم فلا ضمان على الغاصب. وإن كان فيه تغيرير من الغاصب؛ لأن المالك هو الذي باشر إتلاف ماله باختياره.

هذا هو الأظهر عند الشافعية، ومقابل الأظهر يكون الضمان على الغاصب؛ لأن التغيرير من الغاصب قام مقام الإتلاف والمباشرة أيضاً؛ ولأن التغيرير حامل قوي على الأكل، فالمالك أكل الطعام جاهلاً أنه طعامه، فلا يبرأ الغاصب لجهل المالك به؛ فالعلة أو الضمان جهل المالك به، هذا هو مقابل الأظهر الذي يرى أن الضمان على الغاصب لا على المباشر وهو المالك، ولكن يُرد على مقابل

الأظهر؛ بأن التقصير من المالك فهو مقصر فيتحمل الضمان، إذ إنه كان يمكن أن يتعرف على طعامه ولكنه لم يفعل. وأما إذا أكله وهو عالم بأن هذا الطعام يملكه فلا ضمان على الغاصب قطعاً؛ لأنه إذا علم بذلك قدمت المباشرة قولاً واحداً.

وكذلك لو قدمه الغاصب للمالك على سبيل الضيافة فأكله؛ فإن الغاصب يبرأ قولاً واحداً؛ لأنه لم يتلفه بل الذي أكله وأكله هو صاحبه، والضيافة سبب عادي، والأكل مباشرة، والمباشرة تقدم على السبب، والفرق بين الصورتين؛ أن التغيرير في الثانية ضعيف، وفي الأولى قوي؛ لذا جاء فيها الخلاف كما أن صاحب المال مقصر، وكان عليه أن يتحرى قبل أن يأكل، وعليه فيبرأ الغاصب من الضمان، ويكون الضمان على المباشر، وهو المالك. ولا يضمن الإنسان مال نفسه، المهم أن الغاصب لا يضمن في هذه المسألة.

- ما لو حفر بئراً فرداه فيها آخر، أو أمسكه فقتله الآخر، أو ألقاه من شاهق فتلقاه آخر بسيفه فقضه - أي: قطعه نصفين - فالقصاص على المردى وعلى القاتل، وعلى الذي قضه دون الحافر والممسك والملقي.

ومن ثم فلا ضمان على الحافر للبئر؛ لأنه لا يلزم من حفر البئر القتل أو التلف، وذلك تقديم للمباشرة على السبب، كذلك لا ضمان على الممسك، بل القصاص على القاتل؛ لأنه المباشر للقتل. وكذلك أيضاً لا ضمان على الملقي بل القصاص على الذي قضه بالسيف؛ لأنه المباشر، إذ لا يلزم من الإلقاء الموت.

وهناك صورة مستثناة من القاعدة، وهي تأخذ حكماً مخالفاً لحكم القاعدة، وذلك إذا كانت المباشرة هي التي تقدم على السبب والغرور، فهذا هو الأصل أن يكون السبب المباشر أو المباشرة هي التي يترتب عليها الضمان.

ولكن يستثنى من ذلك صور لا تقدم فيها المباشرة على غيرها، وهي كما قال

السيوطي: "إذا غَصَبَ شخصٌ شاةً، وأمر القصاب -وهو الجزار- بذبحها؛ فذَبَحَهَا الجازر وهو جاهل بغصب الشاة؛ فالضمان على الغاصب قطعاً، وهذا ما قاله في (الروضة)".

ومقتضى القاعدة يكون الضمان على القصاب؛ لأنه المباشر للذبح، ولكنهم قالوا: يضمن القصاب ابتداءً، ثم يرجع على الغاصب؛ لأن القصاب غرر به، والتغير سبب قوي جداً؛ فأصبحت يد المغرور كيد المباشر، فكأن الغاصب هو الذي ذبح الشاة، وعليه فإن الجازر إذا ذبح الشاة جاهلاً فلا ضمان عليه، وهذا قيد لا بد منه لنفي الضمان عن الجازر، وإلا ضمن هو الآخر؛ فيطالب المالك الشاة الجازر ابتداءً. ثم يرجع الجازر على الغاصب؛ لأنه وكيل عنه، فهذه صورة مستثناة أخذت حكماً مخالفاً لحكم القاعدة.

ومن الصور المستثناة:

- أنه إذا استأجر دابة لحمل متاع، فسلمه زائداً على المقدار فحمله المؤجل على الدابة جاهلاً فتلفت، فالذي يضمن في الأصح المستأجر؛ لأنه غرر به وأوهمه أن الحمل هو المتفق عليه في العقد، وهو في الواقع أكثر مما اتفقا عليه، فقد اجتمع تغير ومباشرة، وقدم التغير هنا على المباشرة، وكان مقتضى القاعدة أن تقدم المباشرة على التغير حتى لا يضمن المستأجر صاحب الشيء المحمول، ولكنهم قالوا بأن الضمان على المستأجر. فتكون هذه الصورة مستثناة من القاعدة وهذا في الأصح.

وأما مقابل الأصح فإنه لا يضمن المستأجر؛ لأن المؤجر مقصر بعدم البحث؛ فكان عليه أن يتحرى نظراً لتقصيره؛ فلا ضمان على المستأجر، وعليه يكون الفرع من القاعدة، وعلى مقابل الأصح يكون مستثنى من القاعدة.

- ما إذا أفتاه من هو أهل للفتوى بإتلاف ما استفتاه فيه. ثم تبين خطؤه في الفتوى ؛ فالضمان على المفتي ، فقد اجتمع هنا سبب شرعي ، وهو: الفتوى ، ومباشرة وهي: إتلاف المال ، وقدم السبب على المباشرة ؛ لأن الإفتاء سبب قوي جداً في الإتلاف ، ولولاه ما تلف المال ، وكان مقتضى القاعدة أن المفتي لا يضمن ؛ لأن الذي باشر الإتلاف هو المستفتي.

وعليه فالفرع مستثنى من القاعدة ، وهذا إذا كان المفتي أهلاً للفتوى ، وهو قيد ضروري لا بد منه. أما إذا كان المفتي ليس أهلاً للفتوى ؛ فلا ضمان على المفتي ، وفي هذه الحالة ننظر في حال المستفتي ، هل هو أهل للتمييز بين العلماء ، أو لا ؟ فإن كان يميز العلماء ، فالضمان عليه ؛ لأنه مقصر في سؤال من ليس أهلاً للفتوى ، وإن كان لا يميز فهو مغرور ، ولا ضمان عليه بل الضمان على المفتي.

- إذا قتل الجلاد شخصاً بأمر الحاكم ، وكان هذا القتل ظلماً ، وكان الجلاد يجهل بأن المقتول مظلوم ؛ فهنا اجتمع سبب ومباشرة ، أما مباشرة القتل فهي من الجلاد ، وأما سبب القتل فهو الحكم ظلماً ؛ فيكون الضمان على الحاكم في هذه المسألة ، وعليه فيكون الفرع مستثنى من القاعدة ؛ لأن مقتضى القاعدة أن يضمن الجلاد أنه مباشر ولكن غلب السبب هنا لقوته ؛ ولأن الجلاد كان كالآلة في يد الإمام ، فهو مجرد آلة للتنفيذ وعليه فالفرع خارج عن القاعدة.

أما إذا كان الجلاد يعلم بأن الحكم كان ظلماً ؛ فهنا تفصيل : فإن قلنا : إن موقفه كموقف الحاكم مع المكره ؛ ففيه ثلاثة أقوال :

الأول: أن يكون الضمان على الإمام ؛ لأنه كالمكره والجلاد آلة. وهذا هو المعقول.

الثاني: يكون الضمان على الجلاد ؛ لأنه الفاعل والمباشر للقتل.

الثالث: يكون الضمان عليهما.

وإن قلنا: إن موقفه خلاف ذلك؛ فالضمان والحرمة على الجلاذ، إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

- لو كان له ضيعة - أي: أرض موقوفة على قوم - وصُرفت الضيعة إليهم، ثم خرجت مستحقة لغير الواقف، فالضمان على الواقف؛ لتغريه، فهنا قد اجتمع التغرير من الواقف والمباشرة من الموقوف عليهم، فكان مقتضى القاعدة: أن يكون الضمان الموقوف عليهم، ولكن لقوة التغرير فإنه يقدم التغرير على المباشرة ويضمن الواقف.

يقول ابن رجب معبراً عن هذه القاعدة: "إذا استند إتلاف أموال الأدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب؛ تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب، إلا أن تكون المباشرة مبنية على السبب، وناشئة عنه، سواء كانت ملجئة إليه أو غير ملجئة، ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا عدوان فيها بالكلية، استقل السبب وحده بالضمان، وإن كان فيها عدوان، شاركت السبب في الضمان".

فالأقسام على هذا ثلاثة، وهذه طريقة جديدة في بيان متى يتعلق الضمان بالمباشرة، ومتى يتعلق بسبب، وتفصيل ذلك وبيانه يظهر من بيان هذه الأقسام الثلاثة:

القسم الأول: إذا حفر واحدٌ بئراً عدواناً، ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً، أو مالاً في معصوم؛ فسقط فتلّف؛ فالضمان على الدافع وحده، لا على الحافر؛ لأنه المباشر للتلف في النفس والمال.

والأمر يختلف فيما لو ضرب شخص بطن امرأة، فألقت جنيناً وفيه حياة غير

مستقرة؛ فضربه شخص آخر فمات، فالقاتل هو الأول وعليه الغرة، ويعزر الثاني؛ لأن الضارب ليس بمسبب بل هو مباشر للقتل؛ فلذلك لزمه الضمان.

وكذلك لو رمى صيداً؛ فأصاب مقتله، ثم رماه آخر فمات، فالقاتل هو الأول فيباح بذلك، والثاني جار عليه؛ فيضمن ما خرق من جلده، وظاهر كلام الخرقي: أن الجناية على الصيد بعد رميه، فإذا رماه آخر بعد ضرب الأول؛ فيضمن قيمته كاملة، ويسقط من الصيد قيمة جرح الأول.

القسم الثاني: وهو أن يكون الضمان على المتسبب دون المباشر، كذلك حيث كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه.

ومن الصور التي تندرج تحت هذا القسم: ما إذا قدم شخص لإنسان طعاماً مسموماً علماً به؛ فأكله وهو لا يعلم بالحال، فالقاتل هو المقدم للطعام المسموم، وعليه القصاص أو الدية. ومن الصور: ما لو قتل الحاكم حداً أو قصاصاً بشهادة الشهود، ثم أقر الشهود أنهم تعمدوا الكذب؛ فالضمان والقود عليهم دون الحاكم.

قال أحمد < فيما نقله عن ابن ناصر: "إذا رجم الحاكم بشهادة أربعة شهود، ثم تبين أن المرجوم محبوباً؛ فالضمان على الحاكم، وهو مشكل؛ لأنه قد تبين كذبهم بالعيان، فهو كإقرارهم بتعمد الكذب، وقد يفرق بأن المجبوب لا يخفى أمره غالباً، فالإقدام على رجمه لا يخلو من تفريط؛ ولأن الشهود قد يشبهه عليهم، فلا يتحقق تعمدهم للكذب".

وأما إن تبين أن الشهود فسقة أو تبين أنهم كفار، وقلنا: ينقض الحكم، وكان الحق لآدمي؛ فالضمان على المحكوم له؛ فإن كان لله تعالى فله حالتان:

الحالة الأولى: أن يستند الحاكم في قبول الشهادة إلى تزكية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الضمان على المزكين ؛ لأنهم ألجئوا الحاكم إلى الحكم، والحاكم فعل ما وجب عليه، والشهود لا يعترفون ببطلان شهادتهم ؛ فيتعين إحالة الضمان على المزكين.

الوجه الثاني: أن الضمان على الحاكم وحده ؛ لأنه مفرط بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم، وحكمه يختص بالمحكوم به بخلاف التزكية فإنها لا تختص المحكوم به.

الوجه الثالث: يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم والمزكين، والقرار على المزكين ؛ لإجائهم الحاكم إلى الحكم.

وحكي وجه رابع وهو: أن الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة، ولا يصح حكايته عن أبي الخطاب ؛ لتصريفه بخلافه، وهو غير متوجه ؛ لأنهم لم يعترفوا ببطلان شهادتهم، ولا ظهر كذبهم بخلاف الراجعين عن الشهادة، ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية عن الإمام أحمد أنه لا يُنقض الحكم، ويضمن الشهود، وهذا ضعيف جداً.

ومع ذلك فقد خرج صاحب (المحرر) ضمان الشهود على إحدى الروايتين، فيما إذا شهد أربعة بالزنا، ثم بانوا فساقاً فإنهم يحدون ؛ وإن لم يعترفوا ببطلان قولهم، وهذا أيضاً تخريج ضعيف ؛ لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها، إلا أن يوجد معها كمال النصاب المعتبر، ولم يوجد ذلك هنا، ولذلك يجب عليهم جميعاً حد القذف، سواء استوفى من المشهود عليه الحد أو لا، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه.

فإذا ما إذا كانت الشهادة بالمال ؛ فلا يترتب عليها ضمان ، إلا بعد أن ينشأ عنها غرم يتبين بطلانها ، إما بإقرار الشاهد ، أو بتبين كذب الشهادة بالعيان ، ولم يوجد هنا واحد منهما .

الحالة الثانية : ألا يكون ثمّ تزكية للشهود ، فالضمان على الحاكم وحده ؛ لتفريطه بقبول من لا تجوز شهادتهم من غير إلقاء له إلى القبول .
ومن الصور المندرجة تحت القسم الثاني : المكره على إتلاف مال الغير . وفي الضمان وجهان :

الوجه الأول : يكون الضمان على المكره وحده ، لكن للمستحق مطالبة المتلف ، ويرجع به عن المكره ؛ لأنه معذور في ذلك القتل ، فلم يلزمه الضمان ، بخلاف المكره على القتل ؛ فإنه غير معذور ؛ فلهذا شاركه في الضمان . وبهذا قال القاضي ، وجزم به في كتاب (الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر) .

الوجه الثاني : أن عليهم الضمان كالدية . وصرح به في (التلخيص) وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتمالاً ، وعلل اشتراكهما في الإثم ، وهذا تصريح بأن الإكراه لا يبيح إتلاف المال ، بالنسبة لمال الغير ، وكان فرض الكلام في الوديعة ، وحكى احتمالاً آخر ، وهو أن الضمان على المتلف وحده ، كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله ، وهذا ضعيف جداً ؛ لأن المضطر لم يلجئه إلى الإتلاف ، وأن يُحال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الوديعة إلى غير المالك ، فلا ضمان ؛ لأنه ليس بإتلاف .

والفرق بين هذه الصورة وبين الإكراه على القتل ، بأن القتل لا يعذر فيه بالإكراه ، بخلاف المال . وهذا التعليل يشمل تسليم الوديعة إلى غير المالك ، ويشمل الإتلاف أيضاً ، والمذهب أنه لا يضمن كما لو حلف لا يدخل الدار ؛

فدخلها مكرهاً. وقال ابن عقيل بالضمان مطلقاً ؛ لأنه اشترى بها ضرره. وعن ابن الزاغوني أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد ؛ فعليه الضمان ولا إثم ، وإن له العذاب فلا إثم ولا ضمان.

وأشار صاحب (المحرر) في مسألة الإكراه على الأكل في الصوم ، من (شرح الهداية) إلى الخلاف في أصل جواز تضمين المكروه على إتلاف المال ، وقد ذكر صاحب (المغني) في الأيمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً ؛ فضمانه على المكروه له. وقد نص الإمام أحمد في رواية على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر لم يضمن ، لكن هذا إكراه على السبب دون المباشرة ، وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمن ابتداء من لا يستقر عليه الضمان.

وأما المكروهة على الوطء في الحج ، والصيام. إذا أفسدتا حجها وصيامها ، فهل يجب عليها الكفارة في مالها؟ أو لا يجب عليها شيء؟ أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها؟ في هذه المسألة ثلاث روايات ؛ وتأول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج ، وأما المكروه على حلق رأسه في الإحرام ؛ فتجب الفدية على الخالق في أشهر الوجهين ، والثاني : على المخلوق ، ويرجع بها على الخالق ؛ لأن حلق الشعر كإتلافه. ولهذا يستوي عمده وسهوه على المشهور.

القسم الثالث: وهي ما إذا كانت المباشرة فيها عدوان شاركت السبب في الضمان. ومن الصور المندرجة تحت هذا القسم : المكروه على القتل. والمذهب اشتراك المكروه والمكروه في القود ، والضمان. لأن الإكراه ليس بعذر في القتل ، وذكر القاضي وابن عقيل في باب الرهن أن أبا بكر ذكر أن القود على المكروه المباشر. ولم يذكر على المكروه قوداً ؛ فالقود على المكروه. وهذا هو المذهب كما نص عليه أحمد بالشهود الراجعين عن الشهادة إذا اعترفوا بالعمد.

وقد بين القاضي في خلافه كلام أبي بكر، وأنه قال في الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله: "فعليه القود" وها هنا المكره ليس من أهل الضمان؛ لأنه حربي؛ فلذلك لم يذكر تضمينه، ومن الأصحاب من خرج وجهاً في هذه المسألة، أنه لا قود على واحد منهما، من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد، بل أولى من ذلك؛ لأن السبب هنا غير صالح في كل واحد منهما؛ لأن أحدهما مثبت والآخر ملجأ. وفي صورة الاشتراك هما مباشران مختاران.

ومن الصور المندرجة: المُمسك مع القاتل؛ فإنهما يشتركان في الضمان والقود على إحدى الروايتين، وفي الأخرى يختص المباشر بهما، ويحبس المُمسك حتى يموت. ومن الصور: ما لو حفر بئراً عدواناً في الطريق؛ فوضع آخر حجراً إلى جانبها؛ فهل يختص بالضمان الواضع، وذلك من باب جعله كالمدافع أو يشتركان فيه كالمُسك والقاتل، في هذه المسألة روايتان؛ ولو كان الحافر غير متعد؛ فالضمان على الواضع للحجر وحده. وهي من صور القسم الثاني.

ومن الصور: ما لو دل المودع لصاً على الوديعة فسرقتها؛ فالضمان عليهما كما لو دل المُحرّم مُحرّماً آخر على صيدٍ فقتله. ولو دل حلالاً فالضمان على المحرم وحده. وهي من صور القسم الثاني.

ومن الصور: ما لو أحرّم وفي يده المشاهدة صيداً وتمكن من إرساله فلم يفعل، حتى قتله محرم آخر. ففيه احتمالان:

الاحتمال الأول: أن الضمان على القاتل؛ لأنه مباشر. والأول متسبب غير ملجئ.

الاحتمال الثاني: الضمان عليهما على الأول باليد، وعلى الثاني بالمباشرة، ويتخرج على هذين الوجهين أن كل من أتلف عيناً في يد من هي مضمونة عليه باليد. هل يضمن المتلف وحده للجميع دون صاحب اليد؟ أو يجوز تضمين

صاحب اليد ويرجع على المتلف؟ وقد فرض القاضي في كتاب (التخريج) مسألة الصيد في الحالين: صاد أحدهما في الحرم صيداً فقتله الآخر فيه. وذكر أن عليهما جزاءين كاملين؛ أحدهما: على القاتل بقتله. والآخر على الممسك لتلفه في يده قبل إرساله.

ثم يرجع الذي في يده على القاتل بما غرمه؛ لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالإرسال. وصرح في أثناء المسألة بأن المقصود إذا أتلّفه متلف في يد الغاصب، كان المالك مخيراً في المطالبة لمن شاء منهما.

وخلاصة القول: إنما يجب الضمان على المباشر وحده دون المتسبب، إذا كان السبب لا يعمل في الإتلاف إذا انفرد على المباشرة. كحفر البئر؛ فإنه بانفراده لا يوجب التلف ما لم يوجد الدافع الذي هو المباشرة، وإن كان لولا الحفر لا يتلف بالدفع، أما إذا كان السبب يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن المباشرة، كالسوق مع الركوب؛ فإن المباشر والمتسبب يشتركان حينئذ في ضمان ما أتلّفته الدابة؛ لأن السائق وإن كان متسبباً والراكب وإن كان مباشراً، فإن السبب ها هنا وهو السوق، يعمل في الإتلاف إذا انفرد عن الركوب فيضمنان بالسوية.

قاعدة: إذا اختلف حال المضمون في حالي الجناية والسراية

ويدخل تحت هذه القاعدة أربعة أقسام من الضمان:

القسم الأول: أن يكون مضموناً في الحالين، لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما. فهل المعتبر بحال السراية أو حال الجناية؟ الأمر في ذلك مختلف فيه.

القسم الثاني: أن يكون مهדרًا في الحالين؛ فلا ضمان بحال.

القسم الثالث: أن تكون الجناية مهجرة والسراية في حال الضمان؛ فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق.

القسم الرابع: أن تكون الجناية في حال الضمان ، والسراية في حال الإهدار ، فهل يسقط الضمان أو لا ؟ على وجهين.

القسم الأول: أن يكون مضموناً في الحالين ، ويتفاوت قدر الضمان. ومن الأمثلة لذلك : ما لو جرح ذميًّا فأسلم ثم مات ، فلا قود. وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمي ؟ فذلك على وجهين :

الوجه الأول: وجوب دية ذمي ، اعتباراً بحال الجناية.

الوجه الثاني: وجوب دية مسلم. وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين ؛ لأنه استحق أرش جرحه حيًّا ؛ فملكه ثم أسلم ومات ، فانتقل ما ملكه إلى ورثته المسلمين.

ومن المسائل التي تندرج تحت القاعدة : ما لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني ، فأسلمت ثم ألقت جنينًا ميتًا. فهل يضمّنه ضمان جنين مسلم ، أو ذمي ؟ في هذه المسألة خلاف على وجهين ، ويلتحق بهذه ما إذا جرح ذميًّا خطأ ثم أسلم وسرى الجرح إلى النفس. فقد ذكر صاحب (المغني) و(المحرر) في هذه المسألة ثلاثة أوجه :

الوجه الأول: الدية على عاقلته حال الجرح. وبه جزم في (الكافي) و(المحرر) اعتباراً بحال الجناية.

الوجه الثاني: على عاقلته أرش الجرح ، والزائد بالسراية في ماله ؛ لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلته.

الوجه الثالث: أن الدية كلها في ماله كما لو اختلفت ديته حال الرمي والإصابة على ما ذكره لأن أرش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية...

القسم الثاني: أن يكون مهدرًا في الحالين ؛ فلا ضمان بحال.

القسم الثالث: أن تكون الجناية مهددة، والسراية في حال الضمان؛ فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق. ومن أمثلتها: ما لو جرح حريياً ثم أسلم، ثم مات، فلا ضمان. ومنها أنه لو جرح مرتدّاً ثم أسلم، ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب (الترغيب) أن الضمان هنا مخرج على الضمان فيما إذا طرأ الإسلام على الرمي، وقبل الإصابة.

ومن الصور المندرجة تحت هذا القسم: ما لو جرح صيداً في الحل. ثم دخل الحرم فمات فيه؛ فلا ضمان ويحل أكله؛ لأنه زكاه في الحل، فقد سئل الإمام أحمد عن قول سفيان في صيد ذمي في الحل، فتحامل فدخل الحرم فمات. قال: "ليس عليه كفارة، ويكره أكله؛ لأنه مات في الحرم". وقد علق على ذلك الإمام أحمد بقوله: "ما أحسن ما قال". والقول بالكراهة على أنها كراهة تنزيه.

القسم الرابع: أن تكون الجناية في حال الضمان والسراية في حال الإهدار، فمن أمثلتها: ما لو جرح مسلماً أو قطع يده عمداً؛ فارتد ثم مات، فهل يجب القود في طرفه أو لا؟ على وجهين في المذهب، والمرجح منهما عدم القود؛ لأن جراحته صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي (الترغيب) فصل الوجهين، وهو الخلاف فيما إذا قطع يده عمداً، فسرت إلى نفسه. هل يقتص في الطرف ثم في النفس؟ أو في النفس فقط؟ وعلى وجه ثبوت القود، هل يستوفيه الإمام أو يستوفيه المسلم الولي؟ على وجهين؛ والمحكى عن أبي بكر أنه يستوفيه الولي.

قال في (الترغيب) أصلهما أن ماله، هل هو فيء أو لورثته؟ وهو ظاهر كلام الآدمي، قال في (الترغيب): "وعلى القول بأن الوارث يستوفيه، لو عُفي على مال لم يكن له المال؛ لامتناع إرثه". وفي (المحرر) الوجهان على قولنا: ماله فيء، وأما الضمان ضمان الطرف ففيه وجهان:

الوجه الأول: لا ضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفساً مهددة.

الوجه الثاني: يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف، أو بدية الطرف مطلقاً؟ على وجهين المرجح منهما الأول، فلم يذكر في (المحرر) سواء. ومن الصور: ما لو جرح صيداً في الحرم؛ فخرج إلى الحل فمات؛ لزمه كمال ضمانه، وهذا ما ذكره القاضي، وأبو الخطاب في خلافيهما تغليباً لضمان الصيد، حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر، كالتولد بين مأكول وغيره، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة.

قاعدة: يثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً

ومفادها: أن التابع إنما يثبت ويوجد بثبوت آخره ووجوده، وأن ثبوت حكمه إنما يكون بثبوت في أصله ومتبوعه؛ لأن التابع لغيره في الوجود لا ينفرد بالحكم، بل يكون تبعاً لأصله في حكمه.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة: شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب، ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً.

ومن الصور: شهادة النساء على إسقاط الجنين بالضربة بوجوب الغرّة إن سقط الجنين ميتاً، والدية إن سقط حياً. ومنها: شهادة امرأة على الرضاع، يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح، ومنها لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكملوا العدة ولم يروا الهلال، فهل يفطرون أو لا؟ خلاف بين العلماء على وجهين؛ أشهرهما: لا يفطرون لئلا يؤدي إلى الفطر بقول واحد. والوجه الثاني: يفطرون ويثبت الفطر تبعاً للصوم، ومن الأصحاب من قال: إن كان غيماً أفطروا، وإلا فلا.

ومن الصور: لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر، ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق على هذا؛ لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب، وله مأخذ وهو أن الغروب عليه أمارات تورث ظناً بانفرادها، فإذا انضم إليها قول الثقة قوي، بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر.

ومن الصور: صلاة التراويح ليلة الغيم تبعاً للصيام؛ على أحد الوجهين، وذكر القاضي احتمالاً بثبوت سائر الأحكام المتعلقة بالشهر، ومن وقوع الطلاق المعلق وحلول آجال الديون، وهو ضعيف هنا، نعم إذا شهد واحد برؤية الهلال يثبت به الشهر، وتترتب عليه هذه الأحكام، وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل.

ومن الصور: ما لو حلف بالطلاق على حديث إن كان رسول الله ﷺ ما قاله فرواه واحد، ثبت الحديث به. ووقع الطلاق، وإن كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد، ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسألتين.

ومن الصور: ما لو حلف بالطلاق أنه ما غصب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد ويمين أو برجل وامرأتين، فهل يقع الطلاق؟ فيها خلاف على وجهين في المذهب، حكاهما القاضي في خلافه في كتاب القطع في السرقة، وجزم القاضي وصاحب (المغني) بعدم الوقوع، واختار السامري الوقوع فقال في (الهداية): "وعندي أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق ألا يحكم عليه به، ولو ثبت الغصب برجلين".

ومن الصور: ما لو علّق الطلاق بالولادة؛ فشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادته، هل يقع الطلاق؟ المشهور الوقوع، وبه جزم القاضي، ويشهد له نص الإمام أحمد في رواية حيث قال: "إن حضت فأنت وضرتك طالق،

فشهد النساء بحيضها طُلُقَتا جميعاً". وفيها وجه آخر أنه لا يقع الطلاق، ومنها ما إذا وقف وقفاً معلقاً بموته؛ فإنه يصح على المنصوص، وقال القاضي: "لا يصح، والأول أصح؛ لأنها وصية، والوصايا تقبل التعليق".

ومن الصور: البراءة المعلقة بموت المبرئ تصح أيضاً كدخولها ضمناً في الوصية، وكذلك إبراء المجروح للجاني عن دمه، أو تحليله منه، يكون وصية معلقة بموته، وهل هي وصية لقاتل؟ فيها خلاف على طريقين فعند القاضي هي وصية للقاتل، فيخرج على الخلاف في الوصية، وعند أبي بكر ليس الإبراء والعفو وصية؛ لأنه إسقاط لا تمليك، وقال الآمدي: "هو المذهب". قال: وإنما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال والشفاء من الجرح، فأما بعده فعلى وجهين في المذهب.

ومن الصور: ما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق بألف. فإنه يصح، وهو ما ذكره القاضي، وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته؛ فإنه لا بد من قبولها، وكذلك لو قالت له: إن طلقني فلك عليّ ألف فطلقها بانت ولزمها الألف. قال الشيخ تقي الدين: "ذكر القاضي في خلافه ما يقتضي أنه لا يعلم فيه خلاف". وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت: إن طلقني فأنت بريء من صداقي. فطلقها أنه يبرأ من صداقها، ويقع الطلاق بائناً؛ لأن تعليق الإبراء أقرب إلى الصحة من تعليق التمليك، لا ترده بين الإبراء والإسقاط، والتمليك يقع معلقاً في الجعالة والسبق. فهما هنا كذلك.

ومن الصور: إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة: كُلما أسلمت واحدة منكن فهي طالق، فهل يصح؟ فيها خلاف على وجهين:

الوجه الأول: لا يصح؛ لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط.

الوجه الثاني: يصح ، لأن الطلاق يقبل التعليق ، والاختيار يثبت تبعاً له وضمناً له. ومن الصور: صلاة الحاج عن غيره ركعتي الطواف ، تحصل ضمناً وتبعاً للحج. وإن كانت الصلاة لا تقبل النيابة استقلالاً ، وقد أشار الإمام أحمد إلى هذا في بعض رواياته. ومن الصور: أن الوكيل ووصي اليتيم لهما أن يتبايعا بزائد على ثمن المثل ، بما يتغابن بمثلها عادة ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداءً ، وهذا ما ذكره القاضي وغيره ؛ ولكنه جعل مأخذه أن المحاباة ليست ببذل صريح ، وإنما فيها معنى البذل ، وجعلها من هذه القاعدة أولى.

ومن الصور: لو أنه طلق واحدة معينة من نسائه ، ثم مات ولم يُعلم عيُنُها ، أقرع بينهن. وأخرجت المطلقة بالقرعة ، ولم يجب عليها عدة الوفاة ، فتحسب لها عدة الطلاق من حينه ، وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام الإمام أحمد < لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها ، وقال القاضي: "يَعْتَدُ الكل بأطول الأجلين".

ومن الصور: ما لو قال الخنثى -المُشْكَل: أنا رجل. وقبلنا قوله في ذلك النكاح ، فهل يثبت في حقه سائر الأحكام المتعلقة بالرجال تبعاً للنكاح ، ويزول بذلك إشكاله ، أو يقبل قوله في حقوق الله تعالى في ما عليه من حقوق الآدميين دون ما له منها ، لئلا يلزم قبول قوله في استحقاقه بميراث ذكره؟ وفي هذه المسألة وجهان.

قاعدة: الواجب بقتل العمد . هل هو القود عيناً أو أحد أمرين، وقاعدة: الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدراً بالشرع، وكان بعضها الآخر غير مقدّر به، وقاعدة: دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها .

عناصر الدرس

- العنصر الأول :** قاعدة: الواجب بقتل العمد . هل هو القود عيناً أو أحد أمرين إما القود وإما الدية؟ ١٦٧
- العنصر الثاني :** قاعدة: "الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدراً بالشرع، وكان بعضها الآخر غير مقدّر به". ١٧٣
- العنصر الثالث :** قاعدة: "دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها، ورد ما يخالفها، ويترتب عليها الأحكام مبجردها". ١٧٥

قاعدة: الواجب بقتل العمد، هل هو القود عيناً أو أحد أمرين إما القود وإما الدية؟

وهي واردة في القتل العمد. وهل يكون الواجب في القتل العمد القود بعينه؟ أو يكون الواجب هو أحد أمرين إما القود وإما الدية؟ في هذه المسألة وهي القتل العمد العدوان القصاص، وهو أن يوقع على الجاني مثل ما جنى أن يوقع عليه بمثل ما جناه النفس بالنفس والعين بالعين، والجرح بالجرح.

والقصاص شرع لدفع الضرر ففي قتل القاتل مصلحة عامة؛ لأن مُريد الجريمة إذا علم عقوبته امتنع؛ فبقيت حياته وحياة غيره، فقد قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] وقدّموا: القتل أنفى للقتل؛ فالقصاص مصلحة عامة تحمي المجتمع من الجريمة، وتمنع استباحة القتل الذي يهدم حياة الناس، ويعرضها للأخطار، ويقضي على هذه الظاهرة الخطيرة التي استشرت بهذا العصر؛ بسبب عدم تطبيق عقوبة القصاص في كثير من الدول.

وهنا يتساءل البعض فيقول: الواجب بقتل العمد، هل هو القود بعينه أو يكون الواجب هو أحد أمرين إما القود وإما الدية؟ في ذلك روايتان في المذهب، ويتفرع على هذين الواجبين إما القود عمداً، أو أحد أمرين: إما القود وإما الدية. ثلاث قواعد كاستيفاء القود والعفو عنه، والصلح عنه. وبيان ذلك على النحو التالي:

القاعدة الأولى: في استيفاء القود:

فيتعين حق المستوفي فيه بغير إشكال، ثم إن قلنا: الواجب القود عيناً فلا يكون الاستيفاء تفويئاً للمال، وإن قلنا: أحد أمرين، فهل هو تفويت للمال أم لا؟ على وجهين. ويتفرع عليها مسائل، منها: أنه لو قتل عبدٌ من مال المضاربة عمداً

عدواناً. فإن كان في المال ربح ؛ فهما شريكان لرب المال ، والمضارب ، وليس لأحدهما الانفراد بالقصاص والعفو وهذا ظاهر كلام القاضي وابن عقيل ، فلو اقتصر رب المال بغير اختيار المضارب ، توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح إن قلنا : الواجب بالقتل أحد شيئين.

القاعدة الثانية: في العفو عن القصاص :

وله ثلاثة أحوال :

الحالة الأولى: أن يقع العفو إلى الدية ، وفيه طريقتان ؛ إحداهما : ثبوت الدية على الروايتين ، فإن قلنا : موجه أحد شيئين ، ثبتت الدية ، وإلا لم يثبت شيء بدون تراضٍ منهما ، فيكون القود باقياً بحاله ؛ لأنه لم يرض بإسقاطه إلا بعوض ، ولم يحصل له هذا العوض.

الحالة الثانية: أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالاً ، فإن قلنا : موجه القصاص عيناً ، فلا شيء له من المال ، وإن قلنا : أحد شيئين ، ثبت المال ، وقد خرج ابن عقيل وجهاً آخر على هذه الحالة ، وهو أنه إذا عفا عن القود سقط ولا شيء له بكل حال على كل قول ؛ لأنه - بعفوه عنه - تعين الواجب فيه بتصرفه فيه ، فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ، ثم طلق إحداهن ، فإنه يتعين الاختيار فيها ، وهذا ضعيف ، فإن إسقاط القود ترك له وإعراض عنه ، وعدول إلى غيره ، وليس اختياراً له ، ولهذا يملك العفو عن القود وعن المال جميعاً ، وليس له اختيارهما جميعاً ، بخلاف الزوجات ، فإنه لا يملك طلاق أكثر من أربع منهن على المشهور.

الحالة الثالثة: أن يعفو عن القود - وهو القصاص - إلى غير مال مصرحاً بذلك ، فإن قلنا : الواجب هو القصاص عيناً ، فلا مال له في نفس الأمر ، وقوله هذا

يكون لغواً، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، سَقَطَ القصاص والمال جميعاً.
فإن كان ممن لا تبرع له كالفلس المحجور عليه وكالمريض فيما زاد على الثلث،
والورثة مع استغراق الديون للتركة، فوجهان:

الأول: لا يسقط المال بإسقاطهم، وهذا هو المشهور؛ لأن المال وجب بالعفو عن
القصاص، ولا يمكنهم إسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ.

الثاني: يسقط القصاص، وفي (المحرر): أنه المنصوص عليه، أي: يسقط المال؛
لأن المال لا يتعين بدون اختياره له، أو إسقاط القصاص وحده، وأما إن
أسقطهما في كلام واحد متصل، سقطا جميعاً من غير دخول المال في ملكه،
ويكون ذلك اختياراً منه.

نقول: بترك التملك، فلا يدخل المال في ملكه، إذا تقرر هذا، فهل يكون العفو
تفويلاً للمال؟ إن قلنا: إن الواجب هو القود عيناً، لم يكن العفو تفويلاً للمال،
فلا يوجب ضماناً، وصرح به القاضي وابن عقيل، وكلام أبي الخطاب يدل على
وجوب الضمان، وصرح في (الكافي) بأنه على وجهين كما لو اقتص منه في هذه
الحالة، فإن عنده في الضمان وجهين، وقد سبق القول بأن هذا ضعيف، وهو
مخالف لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل.

وكذلك في (التلخيص): إن في الضمان ها هنا وجهين، وصحح عدمه، ولم
يذكر في الضمان إذا اقتص خلافاً، وفرق بعض الأصحاب بين الضمان
بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو، بأنه إذا اقتص فقد استوفى بدل المال،
فلذلك لزمه الضمان، بخلاف ما إذا عفا، فإنه لم يستوف له بدلاً، بل فات
عليهما جميعاً.

ولهذا، لو أبرأ أحد الشريكين الغريمَ من حقه برئ، ولم يلزمه الضمان لشريكه، بخلاف ما إذا استوفى حقه أو بدله، فإنه يضمن لشريكه نصيبه منه، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فعفا مجاناً، ففي (الكافي): هو كالعفو عن المال، فإن كان محجوراً عليه، لم يصح العفو، وإن كان واهباً، ففيه ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: لا يصح، وهو اختيار صاحب (الكافي)، كما لا يصح عفو المفلس.

الوجه الثاني: يصح العفو، ويؤخذ منه القيمة، وتكون رهناً؛ لأنه أتلّفه بعفوه، وهو قول أبي الخطاب، وبه جزم صاحب (التلخيص).

الوجه الثالث: يصح بالنسبة إلى الراهن دون المرتهن، فتؤخذ القيمة من الجاني، وتكون رهناً مكانه، فإذا زال الرهن رُدّت إلى الجاني، وهذا قول القاضي وابن عقيل.

وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو المفلس والمريض فيما زاد على الثلث والورثة ونحوهم؛ فيتخرّج في الضمان وجهان كالإقتصاص إذا قلنا: الواجب أحد شيئين، ويتخرج على هذا الأصل مسائل.

منها: عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود مجاناً، فالمشهور: إنّنا وإن قلنا: الواجب هو القود عيناً، صح، وإن قلنا: الواجب أحد أمرين، لم يصح العفو عن المال، وعلى الوجه الآخر الذي قيل: إنه المنصوص، يصح، وعلى طريقة من حكى الضمان في المرهون، وإن قلنا: الواجب القود عيناً، يخرجها هنا مثله.

ومن الصور: عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون، وحكمه حكم ذلك، ومنها: عفو المريض عن القصاص، وحكمه فيما زاد استغراق الديون،

وحكمه ذلك، ومنها: عفو المريض، وحكمه فيما زاد على الثلث كذلك، ومنها: العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت في دم العمد إن قلنا: الواجب القود عيناً، فهو صحيح، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فكذلك، وهذا ما صرح به القاضي في خلافه في مسألة "الواقف على الوارث في المرض" ويتوجه فيه وجه آخر: توقفه على إجازة الورثة.

وهنا تنبيهان:

التنبيه الأول: أنه لو أطلق العفو عن الجاني عمداً، فهل يتنزل عفوهُ على القود والدية، أو على القود وحده؟ حكى صاحب (المحرر) في هذه المسألة ثلاثة أوجه: **أحدها:** أنه ينصرف إليها جميعاً، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد - رحمه الله تعالى.

الثاني: ينصرف إلى القود وحده، إلا أن يقر العافي بإرادة الدية مع القود.

الثالث: يكون عفواً عنهما، إلا أن يقول: لم أرد الدية، فيحلف ويُقبل منه، وفي (الترغيب): إن قلنا: الواجب القود وحده، سقط، ولا دية، وإن قلنا: أحد شيئين، انصرف العفو إلى القصاص في أصح الروايتين، والأخرى يسقطان جميعاً.

التنبيه الثاني: أنه لو اختار القصاص، فله ذلك، ولكن: هل له العفو عنه إلى الدية؟ إن قلنا: الواجب هو القصاص عيناً، فله تركه إلى الدية، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فعلى وجهين حكاهما في (الترغيب):

أحدهما: نعم، وهو قول القاضي وابن عقيل؛ ولأن أكثر ما فيه أنه تعين له القصاص، فيجوز له تركه إلى مال، كما إذا قلنا: هو الواجب عيناً.

الثاني: لا ، وهو احتمال ؛ لأنه أسقط حقه من الدية باختياره ، فلم يكن له الرجوع إليها كما لو عفا عنها وعن القصاص ، وفارق ما إذا قلنا : إن القود هو الواجب عيناً ؛ لأن المال لم يسقط بإسقاطه ، ويجب عن هذا : بأن الذي أسقطه هو الدية الواجبة للجناية ، والمأخوذ هنا غيره ، وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة : الصلح عن موجب الجناية :

فإن قلنا : إن الصلح هو عن القود وحده ، فله الصلح عنه بمقدار الدية ، وله الصلح بأقل أو أكثر من الدية ؛ إذ إن الدية غير واجبة بالجناية ، وكذلك إذا اختار القود أولاً ، ثم رجع إلى المال ، وقلنا له ذلك ، فإن الدية سقط وجوبها ، وإن قلنا : أحد شيئين ، فهل يكون الصلح عنها صلحاً عن القود ، أو عن المال ؟ هذا خلاف على وجهين ، ويتفرع عليهما مسائل .

منها : هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أو لا ؟ قال أبو الخطاب في (الانتصار) : " لا يصح ذلك ؛ لأن الدية تجب بالعفو وبالمصالحة ، فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس " . وكذلك قال صاحب (التلخيص) : " يصح على غير جنس الدية ، ولا يصح على جنسها إلا بعد تعيين الجنس " .

فإذا تعين غير الجنس من إبل وبقر أو غنم ، فإنه لا يأخذ زيادة من نفس الجنس ؛ حذراً من ربا النسيسة وربما الفضل ، وأطلق الأكثرون جواز الصلح بأكثر من الدية ، وإن قلنا : الواجب أحد شيئين ، وعلل ذلك بأن القود ثابت ، فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه ، فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات الجائزة ؛ وأما القود فقد يقال : إنما يسقط بعد صحة الصلح وبعد ثبوته ، وأما مجرد

المعاوضة في عقد الصلح، فلا يوجب سقوطه، فإنه إنما يسقطه بعوض، فلا يسقط بدون ثبوت هذا العوض.

ومن المسائل: ما لو صالح عن دم العمد بشقص، هل يؤخذ هذا الشقص بالشفعة، أو لا يؤخذ؟

نقول: إن قلنا: الواجب هو القود عيناً، فالشقص مأخوذ بعوض غير مالي، فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين، وهو قول أبي بكر والقاضي وقول الأكثرين، خلافاً لأبي حامد، وإن قلنا: الواجب أحد شيئين، فهو مأخوذ بعوض مالي؛ إذ هو عوض عن الدية؛ لتعيينها باختيار الصلح، وهذا ما صرح به صاحب (المغني) وصاحب (التلخيص) وكذلك صرح به السامري في (المستوعب) وهو خلاف ما قرره في الفروق، ويتوجه على قول من قال: الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهان الأولان، وهو وقف على إطلاق الأكثرين.

قاعدة: الحقوق الواجبة من جنس إذا كان بعضها مقدراً بالشرع، وكان بعضها الآخر غير مقدربه

هذه الحقوق ثلاثة أنواع:

النوع الأول: أن يكون تقدير الحق خشية سقوط صاحبه، فحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد، كذوي الفروض مع العصابات في الميراث، فها هنا قد يزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر؛ لأنه أقوى منه.

النوع الثاني: أن يكون التقدير لنهاية الاستحقاق، وأن يكون غير المقدر موكولاً إلى الرأي والاجتهاد من غير تقديره بأصل يرجع إليه، فلا يُراد الحق الذي لم

يقدر على المقدرها هنا، وله صور؛ منها: الحدود والتعزير، فلا يبلغ بتعزير الحر أدنى الحدود، إلا فيما كان سببه الوطء، فيجوز أن يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفي، وقيل: لا يبلغ المائة، بل ينقص منه سوطاً، ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان.

ومن الأصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حداً مشروعاً في جنسها، ويجوز أن يزيد على حد من غير جنسها، وهذا ما قاله في (المغني) ويحتمله كلام الإمام أحمد وكلام الخرقي، وعن أحمد: "لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات؛ لخبر أبي بردة".

ومن الصور: السهم من الغنيمة والرضخ، فلا يبلغ بالرضخ لأدمي مقدار سهمه المقدر له، ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر، أي: أن الرضخ لا يبلغ مقدار السهم بحال.

النوع الثالث: أن يكون أحدهما مقدراً شرعاً، والآخر يكون تقديره راجعاً إلى الاجتهاد، ولكنه يرجع إلى أصل يضبط به، فهل هو كالمقدر، أم لا؟ إن كان محلها واحداً، لم يجاوز به المقدر، وفي بلوغه خلاف، وإن كان محلها مختلفاً، فالخلاف في بلوغ المقدر ومجاوزتها، فالأول كالحكومة إذا كانت في محل له مقدر، فلا يجاوز بها المقدر، وكذلك المحل، وفي بلوغه وجهان، والثاني: كدية الحر مع قيمة العبد، فإذا جاوزت قيمة العبد، فهل تجب القيمة بكمالها، أو لا يجوز أن يبلغ بها دية الحر، بل ينقص منها؟ هذا على روايتين، وقد يخرج عليهما جواز بلوغ الحكومة الأرض المقدر مطلقاً.

قاعدة: دلالة الأحوال يختلف بها دلالة الأقوال في قبول دعوى ما يوافقها، ورد ما يخالفها، ويترتب عليها الأحكام بمجرد ما

وهذه القاعدة يتخرج عليها مسائل، منها: كنيات الطلاق في حالة الغضب والخصومة، لا يُقبل دعوى إرادة غير الطلاق بها، ومنها كنيات القذف، وحكمها كذلك على الصحيح، حتى إن ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال كصرائح، ومنها: لو تلفظ الأسير بكلمة الكفر، ثم ادعى أنه كان كرهاً، فالقول قوله؛ لأن الأسر دليل على الإكراه والتقية بكلمة الكفر.

ومنها: لو أتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستهزاء والحكاية، وقال: لم أرد الإسلام مع دلالة الحال على صدقه، فهل يقبل منه؟ هذا على روايتين، حكاها القاضي، ويتخرج عليهما: أنه لو أقر بما في هذه الحال، وأفتى جماعة بلزوم ما أقر به.

ومن الصور: أنه لو أقر المحبوس أو المضروب عدواناً، ثم ادعى الإكراه، قبل قوله، وهذا ما نص عليه الإمام في المذهب، ولو أحضر إلى سلطان فأقر، ثم ادعى أنه دهش، ولم يعقل ما أقر به، لم يقبل قوله، وهذا ما نص عليه الإمام أيضاً، ويتخرج قبوله إذا ظهرت منه أمانة على ذلك من تلجلجه في الكلام، ومن رعدة ونحوها.

ومن الصور: ما لو دخل حربي إلينا ومعه سلاح، فادعى أنه جاء مستأثماً، لم يقبل قوله، وإلا لم يكن معه سلاح، قبل قوله، وهذا ما نص عليه في المذهب، وكذلك لو جاء بعض عسكرينا بحربي، وادعى أنه أسره وقال: بل أمتنني، ففيه روايتان، وثالثها: أن القول قول من يدل الحال على صدقه؛ لضعفه أو قوته.

ومن الصور: ما لو سرق عيناً وادعى أنها ملكه، ففي قطعه روايتان، وثالثها: إن كان معروفاً بالسرقة، قطع، وإن لا فلا، وصححها صاحب (الترغيب).

ومن الصور: ما لو ادعى دفع ثوبه إلى مَنْ يخطئه أو يقصّره، أو ركب سفينة وهو معروف بأخذ الأجرة على ذلك، استحق الأجرة، ومن الصور: الهبة التي يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط، وهذا ما نقل عن الإمام، ما يدل على وجوب إثباته، والمشهور خلاف ذلك، ومن الصور: ما لو وُجد لقيطٌ وبجنبه مال ظاهر أو مدفون دفناً طرياً، فإنه يحكم له به، وكذلك ما يكون بالقرب من الإنسان، أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه.

وهذا ما ذكره ابن عقيل، قال: "وكذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب، يحكم بها للواقف بقربها؛ لأن ذلك شاهد، وأنها ملك لهذا الشخص، فإذا وضعها عند الاستراحة، فكأنها على رأسه، وينبغي تأكيده بمن كان يليق به حملها دون مَنْ لا يحملها مثله".

ومنها: ما لو تنازع الزوجان في متاع البيت، فما صلح للرجل فهو للرجال، وما صلح للنساء فهو للمرأة، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما، أو نازع رب الدار خياطاً فيها في إبرة أو مقص، أو تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع، أو مصراع له شكل منصوب.

ومن هذا الباب: اللوث في القسامة، والقضاء، وإلحاق النسب بالقافة، والقائف: هو الذي يتعرف على النسب بطريق النظر في الأقدام.

ومنها: لو أنه ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها، مثل: أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه ما فيه ثقل، وحملها بيده، لم تسمع دعواه بغير خلاف، وهذا ما ذكره القاضي في خلافه، وإن أطلق الدعوى عليه، ففي سماعها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان؛ لاحتمال أن يكون قد عامله السلطان عن طريق وكيله.

ومن الصور: ما لو اختلف الزوجان في قدر المهر، فالقول هو قول من يدعي مهر المثل على إحدى الروايتين.

قاعدة: المحرمات في النكاح أربعة أنواع، قاعدة: ما يتنصّف به المهر، قاعدة: إذا تعارض معنا أصلان عمل بالأرجح منهما، قاعدة: إذا تعارض الأصل والظاهر

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة: المحرمات في النكاح أربعة أنواع. ١٧٩
- العنصر الثاني : قاعدة: ما يتنصّف به المهر. ١٨٤
- العنصر الثالث : قاعدة: إذا تعارض معنا أصلان عمل بالأرجح منهما. ١٩٠
- العنصر الرابع : قاعدة: إذا تعارض الأصل والظاهر. ١٩٦

قاعدة: المحرمات في النكاح أربعة أنواع

النوع الأول: المحرمات بالنسب:

ضابط ذلك: أنه يحرم على الإنسان أصوله، وفروعه، وفروع أصله الأدنى وإن نزلن، وفروع أصوله البعيدة دون بناتهن، فيدخل في أصوله: أمه، وأم أمه، وأم أبيه وإن علون، ويدخل في فروعه: بنته، وبنت بنته، وبنت ابنه وإن نزلن، ودخل في فروع أصله الأدنى: أخواته من الأبوين، أو من أحدهما، وبناتهن، وبنات الإخوة، وأولادهم وإن نزلن، ودخل في فروع أصوله البعيدة: العمات، والخاللات، وعمات الأبوين، وخالتهما وإن علون، ولم يبق من الأقارب حلالاً سوى أصول فروعه البعيدة، وهن: بنات العم، وبنات العمات، وبنات الخال، وبنات الخالات.

النوع الثاني: المحرمات بالصهر:

وهن أقارب الزوجين، وكلهن حلال إلا أربعة أصناف: حلائل الآباء والأبناء، وأمهات النساء وبنات النساء المدخول بهن، فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر، ويحرم عليه فروعه، فيحرم على الرجل أم امرأته، وأم أبيها وإن علت، ويحرم عليه بنت امرأته وهي الربيبة، وبنت بنتها وإن نزلت، ويحرم بنت الربيبة أيضاً، وهذا ما نُص عليه في رواية، وذكرها الشيخ تقي الدين: أنه لا يُعلم في ذلك خلاف؛ ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وإن علا، وامرأة ابنه وإن نزل.

النوع الثالث: المحرمات بالجمع:

فكل امرأتين بينهما رَحِمٌ مُحَرَّمٌ يَحْرُمُ الجمع بينهما، بحيث لو كانت إحداهما ذكراً والأخرى أنثى، لَمْ يَجْزْ له التزوج بها؛ لأجل النسب دون الصهر، فلا يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وإن علت، ولا بينها وبين خالتها، ولا يجوز الجمع بين الأختين، ولا بين البنت وأمها وإن علت، قال الشعبي: "كان أصحاب محمد ﷺ يقولون: لا يجمع الرجل بين امرأتين، لو كانت إحداهما رجلاً، لَمْ يَصْلَحْ له أن يتزوجها".

وهذا ما ذكره الإمام أحمد في رواية عبد الله ابنه بإسناده، وإنما قلنا: لأجل النسب دون الصهر؛ ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها، فإنه مباح إلى محرمية بينهما يُخْشَى عليهما من القطيعة، لكن يرد على هذا أن من كان بينهما تحريم من الرضاع، فإنه يحرم عليه الجمع بينهما، نَصَّ عليه أحمد في رواية الأثرم، وحرب، وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرمية من الرضاع ظاهراً، فدل على أن التحريم من الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه.

النوع الرابع: المحرمات بالرضاع:

فيحرم به ما يحرم من النسب في الأنواع الثلاثة المتقدمة، وهذا ما اختاره الشيخ تقي الدين، فقال: "إنه لا يثبت به تحريم المصاهرة، فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع، ولا على المرأة نكاح أبي الزوج وابنه من الرضاع، وقال أحمد في حليلة الابن من الرضاع: لا يعجبني أن يتزوجها، يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب". وليس على هذا الضابط إيراد صحيح سوى المرضعة

بلبن الزنا، والمنصوص عن أحمد: أنها محرمة كالبنات من الزنا، فلا إيراد إذا.

قال تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ۚ﴾ (٢٢) حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبنَاتُ الْأَخِ وَبنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ يَكُونَا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِّنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّكَ اللَّهُ كَانَ عَفُورًا رَّحِيمًا ﴿النساء: ٢٢، ٢٣﴾.

هذه الآية وَرَدَ فيها تحريمُ المحرمات من النساء، ففي هذه الآيات بينَ الله ﷻ ما يحرم الزواج بهن من النساء، فبيّن أنه يحرم على الولد أن ينكح زوجة أبيه، وقد كان ذلك في الجاهلية، فجاء الإسلام، فحرمه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ أي: أن الآية جاءت لتحريم نكاح زوجة الأب، وكان ذلك حلالاً في الجاهلية، وإنما حرم الله زواج الابن بامرأة أبيه؛ لأن امرأة الأب في مكانة أمه.

وإذا أُبيح للولد أن يتزوج امرأة أبيه، أصبح الولد بهذا الزواج نَدًّا لأبيه، بل أصبح عدوًّا له، وكثيراً ما يكره الزوج زوجَ امرأته الأول، لذلك فقد وصفه الله تعالى بقوله: ﴿إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ أي: فلا تقربوه، فهو محرم عليكم، إلا ما كان قد سَلَفَ في الجاهلية قبل أن يحرمه الإسلام وينهى عنه، فما كان منه قبل الإسلام، فهو معفوٌّ عنه؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾.

ثم بيّن الله تعالى سائر المحرمات من النساء. قال ابن عباس: "حرم من النسب سبع، ومن الصّهر سبع" وتلا هذه الآية الكريمة: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضْعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا رَّحِيمًا ۝﴾.

وكل هذا من المحكم المتفق عليه، وغير جائز الزواج بواحدة منهن بإجماع، إلا أمهات النساء اللاتي لم يدخل بهن أزواجهن، فإن لم يدخل بهن أزواجهن فإن جمهور السلف ذهبوا إلى أن الأم تحرم بالعقد على ابنتها، ولا تحرم الابنة إلا بالدخول بأمرها.

والقاعدة في هذا: أن العقد على البنات يحرم الأمهات، والدخول بالأمهات يحرم البنات، فلا تحرم البنات بمجرد العقد على الأم، بل إنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم؛ وأما الربيبة - وهي بنت الزوجة من غير زوجها - فإنها تحرم على زوج أمها، سواء تربّت في حجره أو لا؛ لأن قوله تعالى: ﴿اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمْ﴾ ليس معناه أنها لا تحرم إلا إذا كانت في كفّالته أو حجره، بل إن هذا وقع موقع البيان أن هذا هو الغالب، فالكثير والغالب أن الزوج يربي ابنة زوجته، فهو ليس قيداً، وإنما هو للغالب فقط، سواء تربت في حجره أو لم تربّ في حجره، فهي حرام عليه؛ لأنهن غالباً ما يترين في حجور أزواج الأمهات، كأبنائهم وبناتهم، فيكون لهنّ ما للبنات من تحريم.

وقد تكون الحكمة في تحريم: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، ونظائرهن من المحرمات بالرضاع، وأمهات النساء، وبنات الزوجات، أن العلاقة بهن إنما هي علاقة رعاية، وعطف، واحترام، وتوقير؛ ومن شأن النكاح بهن أن يفضي إلى قطع الرحم، وذلك حرام، والمفضي إلى الحرام فهو حرام.

وتختص الأم فوق ذلك بأن احترامها أعظم، وتوقيرها واجب؛ لورود الأمر بمصاحبته ومصاحبة الوالدين عموماً بالمعروف، وخفض الجناح لهما؛ ولورود النهي عن التأفيف لهما، وفي ذلك يقول الله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفٍ وَلَا نَهْرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا﴾ [الإسراء: ٢٣].

وقد أجمعت الشرائع والأديان السماوية على هذا التحريم؛ لأنه يتفق مع الفطرة السليمة السوية التي تليق بالإنسان كإنسان، بل إن بعض الحيوان العالي يأنف أن يتخذ أليفه من عشه؛ والتجارب العلمية أثبتت أن التلاقح بين سلالات مختلفة الأرومة يُنتج نسلًا قويًا، وأما التلاقح بين حيوانات متحدة في الأرومة، قد ينتج نسلًا ضعيفًا، ولهذا قال سيدنا عمر لبني السائب وكانوا يحرسون على الزواج بقريباتهم: "قد ضُويتُم -أي: ضعفتُم- فأنكحوا الغرائب".

وحتى لا يقع الناس في حرج، فقد أباح الإسلام الزواج ببعض القريبات لدواع معقولة، ثم إن في تحريم الزواج بذات القرابة القريبة ما يفسح المجال للزواج بالغريبة، وفي ذلك توطيد للعلاقات بين الأسر، وتعاونها في مواجهة الحياة في كثير من الأحيان.

قاعدة: ما يتنصف به المهر

إن كانت الفرقة من جهة الزوج وحده أو من جهة أجنبي وحده، تنصف بها المهر المسمى، وإن كانت الفرقة قبل الدخول من جهة الزوجة وحدها، سقط بها المهر، وإن كانت الفرقة قبل الدخول من جهة الزوجين معاً، أو من جهة الزوجة مع أجنبي، ففي تنصيف المهر وسقوطه روايتان.

فهذه خمسة أقسام فيما يتعلق بحكم تنصيف المهر، وبيانها كالآتي:

القسم الأول: ما استقل به الزوج، ويدخل تحت هذا القسم: طلاق الزوج سواء كان هذا الطلاق منجزاً أو معلقاً بصفة، وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن، فإن المهر يتنصف؛ لأن السبب كان من الزوج، فوقع الطلاق بسبب منه، وإنما حقيقته لوجود شرطه، والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب.

وقال الشيخ تقي الدين: "إن كانت الصفة من فعلها الذي لها منه بُد، فلا مهر لها، ويمكن تخريج ذلك على إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد، ففعلته، فإن في إرثها روايتين، ويشهد لذلك مسألة التخيير، فإنه لو خيرها قبل الدخول فاخترت نفسها، فهل يسقط مهرها أو يتنصف؟ على روايتين، حكاها ابن أبي موسى، والتخيير توكيل محض، والتعليق بفعلها في معناه.

والمنصوص عن أحمد - رحمه الله - أنه لا مهر للمخيرة، فقد قال: سألت أحمد عن رجل تزوج امرأة، ثم طلبت منه الخيار، فاخترت نفسها، ولم يكن قد دخل بها؟ قال: لها عليه نصف صداقها، ثم قال: في قلبي منها شيء، ثم قال: لا ينبغي أن يكون لها شيء، قلت: إني سألت غير واحد؟ قال: يكون لها عليه نصف الصداق، فقال لي: فإن أسلمت امرأة مجوسية وأبى زوجها أن يسلم،

يكون لها عليه صداقها، قال في هذا: يدخل عليهم".

ومن الصور: أن الخلع يوجب نصف المهر، وعلله القاضي بأن الخلع يستقل به الزوج؛ لأنه يصح مع الأجنبي بدون رضا المرأة، فلذلك نُسب إليه؛ وفي الخلع وجه آخر، وهو أنه يسقط به المهر، فمن الأصحاب من خرّجه على أنه فسخ، فيكون كسائر الفسوخ من الزوج، ومنهم من جعله مما يشترك به الزوجان؛ لأن الخلع إنما يكون بسؤال المرأة، فتكون الفرقة فيه من قبلها، ولذلك يسقط إرثها بالخلع في المرض، وهذا على قولنا لا يصح مع الأجنبي أظهرًا، فأما إن وقع مع الأجنبي وصححناه، فينبغي أن يتنصف به المهر وجهًا واحدًا.

ومن الصور: إسلامه، والزوجة غير كتابية في إحدى الروايتين، وفي الأخرى يسقط المهر؛ لأنه فعل الواجب عليه، وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الإسلام، فلا يكون لها مهر، ومنها: ردة الزوج عن الإسلام فيتنصف به المهر، ومنها: إقراره بالنسب، أو بالرضاع، أو غير ذلك من المفسدات، فيقبل منه في انفساخ النكاح دون سقوط النصف.

ومن الصور: أن يطاء أم زوجها، أو يطاء ابنتها بشبهة أو زنا، فيفسخ نكاح البنت، ويجب لها نصف الصداق، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد في رواية ابن هانئ، ويُستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج؛ لضرر يلحقه: إما لظهور عيب في الزوجة، أو لفوات شرط من الشروط، فيسقط بها المهر؛ لأن حكم الفسوخ في العقود لعيب ظهر في المعقود عليه يزداد العوضين من الجانبين، وقد وُجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه، وإنما استحقت نصف المهر في الصداق وما كان في معناه؛ جبرًا لها، حيث لم يكن له موجب من جهتها، وهنا قد وُجد سبب من جهتها، فصار كالمنسوب إليها.

القسم الثاني: ما استقل به الأجنبي وحده، ومن صور هذا القسم: أن ترضع زوجته الكبرى زوجته الصغرى، فيتنصف به المهر، ومن الصور: أن يكره رجل زوجة أبيه أو زوجة ابنه على الوطء قبل الدخول، فيتنصف المهر بذلك.

القسم الثالث: وهو ما استقلت به الزوجة وحدها، فإن المهر يسقط بفعل من جهتها، ومن الصور التي تدخل تحت هذا القسم: ردة الزوجة، فإنه يسقط المهر بردها، وكذلك يسقط بإسلامها، وفيه رواية أخرى: أن لها نصف المهر؛ لأنها فعلت الواجب عليها، فُنسب الفسخ إلى امتناع الزوج عن الدخول في الإسلام، فيتنصف المهر.

ومن الصور: إرضاع الزوجة من يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج، وكذلك ارتضاعها منها وهي صغيرة، ومن الصور: فسخها النكاح لعيب الزوج، قال الأصحاب: "هو منسوب إليها لا إليه، فَسَقَطَ به المهر أيضاً". وَفَرَّقُوا بينهما: بأن فسخه لعيبها رد للمعقود عليه بعيب، فلا ينسب إلا إلى من دلس العيب، بخلاف فسخها لعيبه، فإن العيب ليس في المعقود عليه، بل في غيره، فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين؛ لضرر دخل، فلذلك نُسب العقل إليها، وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح، وفيه خلاف كما سبق ذكره.

والأظهر في الفرق أن يقال: الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر، إنما شُرعت؛ لإزالة ضرر حاصل، فإذا وقعت قبل الدخول فقد رجع كل من الزوجين على الآخر إلى ما بذله سليماً كما خرج منه، فلا حق له في غيره، بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر، فإنه يحصل به للمرأة انكسار وضرر، فَجَبَرَهُ الشارع بإعطائها نصف المهر عند تسميته للمهر، وبالمتعة عند فقد التسمية.

ونقل مهني عن أحمد < في رجل محبوب - أي: مقطوع الذكر - تزوج امرأة، فلمَّا دخل عليها، لم ترض به؟ قال: "لها ذلك، وعليه نصف الصداق إذا لم ترض به". قال الشيخ تقي الدين: "هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول، فلها نصف صداقها؛ لأن السبب في الفسخ هو العيب من جهته، وهي معذورة في الفسخ". وأما القاضي فقال: "قد وجد الدخول، وإنما يقرر المهر كله للمانع القائم بالزوج، وهو أنه محبوب، والمحبوب لا قدرة له على الوطء، فكأنها لم تدخل، ولم يتحقق الدخول".

ومن الصور: أن تطلب الزوجة فسخ النكاح؛ لإعسار الزوج بالمهر، أو تطلب فسخ النكاح؛ لإعساره بالنفقة، أو لغير ذلك كالفسخ لفوات شرط صحيح، قال القاضي والأكثر: "هو منسوب إليها، فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعيب الزوج".

وقال أبو بكر في (التنبيه): "فسخها لفوات الشرط، فيجب لها به نصف الشرط؛ لأن فوات الشرط من قبل الزوج، فُسب الفسخ به إلى الزوج دونها، فيتصرف المهر، وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها مما هو من فعل الزوج، وهو قادر على إزالته؛ وأما الفسخ لعسره، فهو كالفسخ لعيبه - كما تقدم".

قال الشيخ تقي الدين: "ويلزم من قال: إن خروج البضع متقوم بمهر المثل، وأن الفرقه من جهتها كإتلاف البائع للمبيع قبل القبض، وعليه فيخير الزوج بين مطالبته بمهر المثل وضممان المسمى لها، وبين إسقاط المسمى".

القسم الرابع: ما اشترك فيه الزوجان معاً، ومن الصور: لعانها، وفي مسألة اللعان ذكر أبو بكر: أن الفرقه في اللعان جاءت من جهة الزوجة؛ لأن الفرقه إنما

تقع بلعانها، وقال القاضي: "يُخْرَج على روايتين، أصلهما: إذا لاعنها في مرض موته، فهل ترثه؟ في هذه المسألة خلاف على روايتين".

ومن الصور: أن يخالعه، والمنصوص عن أحمد: أن لها نصف الصداق، وهو قول القاضي وأصحابه، وفيها وجه آخر، وهو: أنه يسقط المهر كله إذا قلنا: هو فسخ، فإنه يكون منسوباً إليهما، فيكون كالتلاعن، بخلاف ما إذا قلنا: إنه طلاق، فإن الطلاق يستقل به الزوج، فهو كما لو قال لها: أنت طالق بألف، فقبلته، ويتخرج وجه آخر، وهو أنه يسقط به المهر، وإن قلنا: هو طلاق بناء على أنه جاء من قبلها بسؤالها، ولهذا كان لنا فيمن خالعت زوجها في مرضه، هل ترثه أو لا؟ فيها روايتان.

وجزَم ابن أبي موسى أنها ترثه؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها، فلا يكون لها شيء من الصداق حينئذٍ، ويؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين عن أحمد، ويتنصف المهر، وهو من الحقوق، فيسقط على هذه الرواية.

القسم الخامس: ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي، وفي تنصف المهر وسقوطه خلاف على روايتين، ويدخل تحت هذا القسم صور ومساائل، ومن ذلك: أن الزوجة إذا مكنت من نفسها من ينفسخ النكاح بوطنه كأبي الزوج أو ابنه، فقال القاضي ومن تبعه: "يسقط مهرها؛ إسناداً للفسخ إليها". وقال الشيخ تقي الدين: "يتخرج على ذلك وجهين؛ لأن الفرقة منها ومن أجنبي".

وبقي هنا قسم سادس وهي: الفرقة بالإصابة، ويدخل تحت هذا القسم صور كثيرة، ومن هذه الصور: أن يُسَلِّم الكافر وتحتة عدد لا يجوز له جمعه في

الإسلام، فينسخ نكاح العدد الزائد، فلا يجب لهن شيء من المهر، وهذا ما ذكره القاضي في (الجامع) والخلاف، معللاً ذلك بأنه ممنوع من إمساكها، فهو كالنكاح الفاسد، وجزم به صاحب (المغني) و(المحرر) ويتخرج لنا وجه آخر: أنه يجب تنصيف المهر من المسألة التي بعدها، وأما الطلاق في النكاح الفاسد، فذكر ابن عقيل وجهاً: أن المهر يتنصف به قبل الدخول، وعلى المشهور فإنما يسقط؛ لأن المهر يجب في النكاح الفاسد بالإصابة لا بالعقد، بخلاف العقد الصحيح.

ومن الصور: ما إذا تزوج أختين في عقدتين، وشكل الأمر، وأمرناه بالطلاق، فطلقها، فقال أبو بكر: "يتوجه في المهر قولان:

أحدهما: يجب نصف المهر، ثم يقترعان، فمن وقعت عليها القرعة حكم لها به؛ لأنه واجب عليه لإحداهما في نفس الأمر، فتعين بالقرعة.

الثاني: لا يجب شيء به؛ لأنه مكره على الطلاق، فكأن الفسخ جاء من جهة المرأة، فلا تستحق شيئاً.

والمنقول عن الإمام أحمد > في هذه المسألة ما نقله عنه مهني أنه قال: "يفرق بينهما". وقيل: يكون نصف المهر لهما جميعاً، وما أخلقه أن يكون كذلك، ولكن لم أسمع فيه شيئاً، وهذا يدل على أنهما يقتسمان نصف المهر، لا يتنازعا عليه، ولو زوّج الوليان امرأة من زوجين، وجُهل السابق منهما، وأمرناهما بالطلاق، فهل يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة، أم لا يجب لها شيء؟ على وجهين، وحكي عن أبي بكر أنه اختار أنه لا شيء لها، وبه أفتى أبو يعلى. قال الشيخ تقي الدين: "ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا ورثت المرأة زوجها، فإن الفرقة ها هنا بفعل الله ﷻ فهو كاشتباه الزوج".

قاعدة: إذا تعارض معنا أصلان، عمل بالأرجح منهما

لاعتضاده بما يرجحه، فإن تساويا خُرجاً في المسألة وجهان غالباً، ومن صور هذه المسألة: ما إذا وقع في الماء نجاسة، وشك في بلوغه القلتين، فهل يحكم بنجاسته أو طهارته؟ هذه المسألة فيها خلاف في المذهب على وجهين:

أحدهما: يحكم بنجاسته، وهو المرجح عند صاحب (المغني) و(المحرر) لأن الأصل عدم بلوغ الماء للقتين.

الثاني: أن هذا الماء طاهر، وهو أظهر؛ لأن الأصل في الماء الطهارة، وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك، كما إذا كان كثيراً، ثم نقص وشك في قدر الماء الباقي منه، ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء، فلا يعدل عنه إلى التيمم إلا بعد تيقن عدمه.

وأيضاً فللأصحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة، هل يكون الأصل فيه أن ينجس إلا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس؛ لمشقة حفظ الكثير من النجاسة، أم الأصل فيه الطهارة إلا أن يكون يسيراً، فينجس؛ لأن اليسير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً؟

فعلى الأول: يجب الحكم بنجاسته، وعلى الثاني: يحكم بطهارة هذا الماء، وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في إثبات نصف القرية الذي روي الشك فيه في ضبط القلتين، وفي إسقاطه، وينبني على ذلك أن القلتين هل هما خمس قرب، أو أربع؟

ومن الصور: ما إذا وقع في الماء اليسير روثه، وشك: هل هي من مأكول، أم من غيره، أو مات فيه حيوان، وشك هل هو ذو نفس سائلة -أي: له دم يسيل- أو لا؟ وفيه وجهان:

أحدهما: أنه نجس ؛ لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة، وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة على خلاف الأصل، ولم يتحقق وجود المرخص ها هنا، فيبقى الحكم على الأصل وهو النجاسة.

الثاني: أنه طاهر، وهو المرجح عند الأكثرين ؛ لأن الأصل في الماء الطهارة، فلا يُزال عنها بالشك، وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد في رواية ابن أبي حرب، في رجل وطئ على روث لا يدري هل هي لحمار أو لبردون؟ فرخص فيه إذا لم يعرفه.

ومن الصور: ما إذا وقع الذباب على نجاسة رطبة، ثم سقط بالقرب على ثوب، وشك في الجفاف بالنسبة لهذه النجاسة، ففي هذه المسألة وجهان ؛ أحدهما: أنه نجس ؛ لأن الأصل طهارة الثوب.

ومن الصور: ما إذا أدرك الإمام في الركوع، فكبر وركع معه، وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه، أو رفع بعده؟ فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة ؛ لأن الأصل هو عدم الإدراك، وهذا الوجه منقول عن ابن عمر ؓ وقال صاحب (التلخيص): "يحتمل وجهين ؛ أحدهما: أنه يُعتد له بتلك الركعة ؛ لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع".

ومن الصور: ما إذا شك هل ترك واجباً في الصلاة، فهل يلزمه السجود؟ هذا فيه خلاف على وجهين:

أحدهما: يلزمه ؛ لأن الأصل عدم الإتيان به.

الثاني: لا يلزمه السجود ؛ لأن الأصل عدم لزوم السجود.

ومن الصور: ما إذا كان ماله غائباً، فإن كان متقطعاً خبره لم يجب إخراج

الزكاة، وإن لم يكن خبره متقطعاً كالمودع ونحوه، ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان، والمنصوص عن الإمام أحمد في رواية: "أنه لا يجب عليه إخراج الزكاة عن هذا المال الغائب". وعلل ذلك بأنه لا يدري لعل المال قد ذهب، وينبني على ذلك قول بعض الأصحاب: أن هذا الخلاف في محل الزكاة، فإن قلنا في العين، لم يجب الإخراج حتى يقبضها، ويتمكن من الإخراج.

وإن قلنا في الذمة وجب الإخراج من غيرها، ويتوجه على هذا أن يتخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناءً على محل التعليق، فإن قلنا: هو العين وجب؛ لأن الأصل بقاؤها، لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض كالدين، وإن قلنا: هو في الذمة، لم يجب عليه أن يخرج الزكاة؛ لأن الأصل هو براءة ذمته، وقد شك في اشتغالها، وأما إن قلنا: لا تجب الزكاة في المال الضال والمال المغصوب، فهذا مثله.

ومن الصور: ما إذا ظهر بالمبيع عيب، واختلفاً: هل حدث عند المشتري، أو عند البائع؟ ففي هذا الفرع روايتان:

إحدهما: القول قول البائع؛ لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفريق.

الثانية: القول قول المشتري؛ لأن الأصل عدم القبض المبرئ، وأطلق أكثر الأصحاب هذا الخلاف، وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة، أو يكون المبيع في الذمة، فإن كان في الذمة فالقول قول القابض وجهاً واحداً؛ لأن الأصل اشتغال ذمة البائع، فلم تثبت براءتها.

ومن الصور: أن من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة، وأنكر المستحق، فهل يقبل قوله في دعوى العيب؛ لأنه غارم، والأصل براءة ذمته؟ أو يقبل قول خصمه في إنكار العيب؛ لأن الأصل عدمه؟ هذا على وجهين.

ومن الصور: ما إذا ضُربَ للعَيْنِ - وهو العاجز عن الجماع - الأجل، واختلف في الإصابة، والمرأة ثيب، فهل القول هو قول الزوجة؛ لأن الأصل عدم الوطء؟ أو هو قول الزوج؛ لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ؟ هذه المسألة فيها خلاف على روايتين، وهناك رواية ثالثة وهي: أنه يُخلى معها، ويؤمر بإخراج مائه، وهذا يرجع إلى ترجيح الظاهر على الأصل.

ومن الصور: ما إذا شك الزوجان بعد الدخول، فقال الزوج: أسلمت في عدتك، فالنكاح باقٍ، فقالت: بل أسلمت بعد انقضاء عدتي، ففي هذه المسألة وجهان:

أحدهما: أن القول قوله؛ لأن الأصل بقاء النكاح.

الثاني: أن القول قولها؛ لأن الأصل عدم إسلامه في العدة.

ومن الصور: ما إذا قال: أسلمت قبلك فلا نفقة لك، وقالت: بل أسلمت قبلك فلي النفقة، ففي هذه المسألة أيضاً وجهان:

أحدهما: القول قولها؛ لأن الأصل وجوب النفقة.

الثاني: القول قوله؛ لأن النفقة أنها تجب بالتمكين من الاستمتاع، والأصل عدم وجوده، وهذا ما ذكره صاحب (الكافي) وعلل القاضي أن النفقة تجب يوماً فيوماً، فالأصل عدم وجوبها، وهذا التعليل منتقض بالاختلاف في النشوز.

ومن الصور: ما إذا علّق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده، فهل يقع الطلاق؟ في هذه الصورة وجهان:

أحدهما: لا يقع، وهو المذهب عند صاحب (المحرر) لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق.

الثاني: يقع الطلاق، ونقل مهني عن أحمد ما يدل عليه فيمن حلف ليأكلن ثمرةً، فاختلطت في تمر كثير إن لم يأكله كله حنث، وبذلك جزم ابن أبي موسى، والشيرازي، ورجحه ابن عقيل؛ لأن الأصل وجود شرط الطلاق وهو العدم.

وهذا بخلاف ما إذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم، ولا على انتفائه، فإن وجد ما يدل على بقاءه يقيناً، وقع الطلاق بغير خلاف، وإن وجد ما يدل على بقاءه ظاهراً، وكان حجة شرعية يجب قبولها، فكذلك، وإن كان أمانة محضة وقع أيضاً على المشهور، وإن وجد ما يدل على انتفاء العدم يقيناً، لم يقع الطلاق لغير خلاف، وإن وجد ما يدل على انتفائه ظاهراً فوجهان على قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوي.

ومن المسائل: ما لو قتل من لا يعرف، ثم ادعى كفره، وأنكر الولي ذلك، فهل يقبل قوله؛ لأن الأصل العصمة في الدماء؟ أو يقبل قول الولي؛ لأن الأصل في القتل إيجاب القصاص إلا أن يمنع مانع، ولم يتحقق وجود المانع؟ هذا على وجهين؛ أشهرهما: الثاني، وهو أن الأصل وجوب القصاص، فيقبل قول الولي، وحكى الوجه الأول أبو بكر.

وهذا الخلاف يجري فيما إذا جنى على عضو، ثم ادعى شلله، فأنكر المجني عليه، لكن المحكي ها هنا أن القول هو قول المنكر، هذا عن أبي بكر، وكذلك الوجهان فيما إذا قد ملفوفاً نصفين، ثم ادعى أنه كان ميتاً، فأنكر الولي؛ لأن الأصل العصمة في الدماء، ولأن الأصل حياة المقدود، وكذلك الوجهان فيما لو جنى على بطن حامل، فألقت ولداً لو قت يعيش المولود في مثله، واختلف في حياته عند الوضع؛ لتعارض أصل الحياة وبراءة الذمة، وكذا يجري الوجهان فيما لو زاد في القصاص من الجرح، وقال: إنما حصلت الزيادة باطراد المقتص منه، وأنكر ذلك؛ لأن الأصل عدم الاطراد، والأصل وجوب الضمان، والأصل براءة ذمته وما يدعيه، فهو محتمل.

ومن الصور: ما لو شهدت بينة بالنكاح وقد ثبت الطلاق، فهل يجب به جميع المهر، أو يجب نصف المهر فقط؟ هذه المسألة فيها خلاف على وجهين:

أحدهما: يجب المهر كله؛ لأنه وجب بالعقد، ولم يثبت له مسقط لا لكاه ولا لبعضه، وهو مقتضى كلام أبي الخطاب، وصاحب (المحرر).

الثاني: يجب نصف المهر؛ لأن النصف الآخر لا يستقل إلا بالدخول، فالقول قوله في نصف المهر، وإلا فالقول قولها في وجوبه كله.

ومن الصور: ما إذا رمى صيداً فجرّحه، ثم غاب عنه ووجده ميتاً، ولا أثر به غير سهمه وغير جرحه جرحاً موحياً - أي: مجهزاً ومهلكاً - ثم سقط في الماء ونحوه، فهل يُباح أكله؟ هذه المسألة فيها خلاف على روايتين؛ لأن الأصل عدم مشاركة سبب آخر في قتله، والأصل تحريم الحيوان حتى يُتيقن سبب إباحته، لكن الأصل الأول معتضد بأن الظاهر أن موته بهذا السبب دون غيره.

ومن الصور: ما إذا جاء بعضُ العسكر بمُشركٍ، فادعى المشرك أن المسلم أمّته، وأنكر المسلم ذلك؟ في هذه المسألة روايتان:

إحدهما: القول قول المسلم في إنكار الأمان؛ لأن الأصل عدم الأمان.

الثانية: القول قول المشرك؛ لأن الأصل في الدماء الحذر إلا بيقين الإباحة، وقد وقع الشك ها هنا فيها، وهناك رواية ثالثة وهي: أن القول قول من يدل الحال على صدقه منهما؛ ترجيحاً لأحد الأصلين بالظاهر الموافق له، وقريب من هذه المسألة: أنه إذا دخل حربي دار الإسلام، وادعى أن بعض المسلمين عقد له عقد أمان، فهل يقبل قوله؟ في هذه المسألة وجهان؛ ذكرهما صاحب (المغني) ونص الإمام أحمد على أنه إذا ادعى الحربي أنه جاء مستأمنًا فكان معه سلاح، لم يقبل منه، وإلا قبل، فيخرج مثله ها هنا.

قاعدة: إذا تعارض الأصل والظاهر

فإن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعاً، كالشهادة والرواية والأخبار، فهو مقدم على الأصل بغير خلاف، وإن لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف والعادة الغالبة، أو كان مستنده القرائن، أو كان لغلبة الظن، ونحو ذلك، فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل، وتارة يخرج في المسألة خلاف، فهذه أربعة أقسام، وبيانها تباعاً كالآتي:

القسم الأول: وهو ما ترك فيه العمل بالأصل، حيث وجدت الحجة الشرعية، والحجة الشرعية: هي قول ممن يقبل قوله عند القاضي، ولهذا القسم صور كثيرة جداً، ومن هذه الصور: شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه، فالأصل الترك وهو عدم شغل ذمته، وأخذ بقول العدلين بشغل ذمته، ومن الصور: شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه، ومنها: إخبار الثقة العدل بأن كلباً ولغ في هذا الإناء، فإنه يؤخذ بقوله.

ومنها: إخبار العدل بدخول وقت الصلاة، ومنها: شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان، فإنه مقبول على ظاهر المذهب، وفيه رواية أخرى وهي: أنه لا بد من شهادة عدلين برؤية هلال رمضان، وذلك كسائر الشهود، وفرق أبو بكر بين أن يراه في مصر فلا يقبل، وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر، فيقبل خبره، ومن الصور: إخبار الثقة بطلوع الفجر في رمضان، فإنه يحرم الطعام والشراب والجماع.

ومن الصور: إخبار الثقة بغروب الشمس في رمضان، فإنه يبيح الفطر، وصرح به الأصحاب، ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب، فإذا ثبت دخول وقت الصلاة بإخبار الثقة، ثبت دخول وقت الإفطار تبعاً له، وقد ثبت تبعاً ما لا يثبت استقلالاً بخلاف الشهادة بهلال رمضان.

الثاني: أن إخبار الثقة هنا يقارنه أمارات تشهد بصدقه؛ لأن وقت الغروب يتميز بنفسه وعليه أمارات تورث غلبة الظن، فإذا انضم إليهما إخبار الثقة، قوي الظن، وربما أفاد العلم، بخلاف هلال الفطر، فإنه لا أماره عليه، وفي (صحيح ابن حبان) من حديث سهل بن سعد: ((كان النبي ﷺ إذا كان صائماً، أمر رجلاً فأوفى على شيء - أي: صعد على شيء عال مرتفع - فإذا قال: قد غابت الشمس، أفطر)) وصح عن ابن عباس: "أنه كان يضع طعامه عند الفطر في رمضان، ويبعث مرتقباً يرقب الشمس، فإذا قال: قد وجبت، قال: كلوا".

ومن الصور: قبول ابن عباس قول الأمانة ونحوهم ممن يقبل قوله في تلف مال، أو ثمن عليه من مال، أو غيره، ومن الصور: قبول قول المعتدة في انقضاء عدتها بالأقراء ولو في شهر في أحد الوجهين، والمنصوص: أنه لا يقبل إلا بالبينة في الشهر، وفرق صاحب (الترغيب) بين من لها عادة منتظمة، فلا يقبل مخالفتها إلا بينة، بخلاف من لا عادة لها، وفي (الفنون) لابن عقيل: لا يقبل مع فساد النساء إلا بنية تشهد أن هذه عادتها، أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار، وتكرر ذلك ثلاثاً.

القسم الثاني: أن يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى القرائن الظاهرة ونحوها، ولهذا القسم صور كثيرة، ومن هذه الصور: ما إذا ادعت الزوجة - بعد طول مقامها مع الزوج - أنها لم تصلها النفقة الواجبة، ولم تصلها الكسوة؛ وفي هذه المسألة قال الأصحاب: القول هو قول الزوجة، فهو قولها مع يمينه؛ لأن الأصل معه، مع أن العادة تبعد ذلك جداً.

واختار الشيخ تقي الدين الرجوع إلى العادة، وخرّجه وجهًا ثالثًا من المسائل المختلف فيها قال: "وإذا وجد معها نظير الصداق، أو نظير الكسوة، ولم يعلم لها سبب من الملك، ذلك بأنه من غير الزوج؛ فينبغي أن يخرج على وجهين، كما إذا أصدقها تعليم سورة، ثم وجدت متعلمة لها بعد مدة، وقالت: لم يعلمني الزوج. وادعى هو أنه علمها إياها. فإن هذه المسألة فيها وجهان".

ومن الصور: ما إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن، وشك في زوالها؛ فإنه يبنى على الأصل إلا أن يتيقن زواله، ولا يكتفى في ذلك بغلبة الظن، ولا بغيره. وكذلك لو تيقن حدثًا، أو تيقن نجاسة، وغلب على ظنه زوالها؛ فإنه يبنى على الأصل، وكذلك في النكاح والطلاق، وغيرهم، يكون الحكم كذلك. ومن الصور: ما إذا زنى من له زوجة وولد، فأنكر أن يكون وطئ زوجته قال أصحابنا: لا يرجم؛ لأن الأصل عدم الوطء، ولحقوق النسب يثبت النسب بمجرد الإمكان، ووجود القرائن، وهذا عمل بالظاهر دون الأصل.

القسم الثالث: وهو ما عمل فيه بالظاهر، ولم يلتفت إلى الأصل، ويدخل تحت هذا القسم صور كثيرة. ومن هذه الصور: ما إذا شك بعد الفراغ من الصلاة، أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها؛ فإنه لا يلتفت إلى الشك، وإن كان الأصل عدم الإتيان به، وعدم براءة الذمة، لكن الظاهر من أفعال المكلفين للعبادات أن تقع العبادة على وجه الكمال؛ فيرجح هذا الظاهر على الأصل، ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن الإمام أحمد.

وفي الوضوء وجه؛ أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ؛ لأن حكمه باقٍ بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيره، ومنها: ما لو صلى، ثم رأى عليه نجاسة، وشك هل لحقته قبل الصلاة، أو لحقته بعد

الصلاة، وأمكن الأمران؛ فالصلاة صحيحة، وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة، وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحته، لكن حكم بالصحة؛ لأن الظاهر صحة أعمال المكلف، وجريانها على الكمال.

وعضد ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة، وترجح المسألة على هذا. وحينئذ إذا تعارض أصليين رجح أحدهما بظاهر عضده، ومن الصور: ما إذا اختلف الجنسان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد، كما إذا ادعى البائع أنه كان صبيًا، أو كان غير مأذون له، أو غير ذلك وأنكر المشتري؛ فالقول قول المشتري على المذهب، وهذا ما نص عليه أحمد < في صورة دعوى الصغير؛ لأن الظاهر وقوع العقد على وجه الصحة دون الفساد، وإن كان الأصل عدم البلوغ، والإذن.

وذكر الأصحاب وجهًا آخر في دعوى الصغر وهو: أنه يقبل؛ لأنه لم يثبت تكليفه، والأصل عدم التكليف بخلاف دعوى عدم الإذن من مكلف، فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح. قال الشيخ تقي الدين: "وهكذا يجيء في الإقرار، ويجيء في سائر التصرفات، إذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ، أو وقعت قبله؟ لأن الأصل في العقود الصحة، فإذا أن يقال هذا عام، وإما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف، كان مشكوكًا فيه غير محكوم ببلوغه، أو لا يتيقن".

فأما مع تيقن الشك، قد تيقنا صدور التصرف مما لم تثبت أهليته، والأصل عدمه، وقد شككنا في شرط الصحة، وذلك مانع من الصحة، وأما في الحالة الأخرى؛ فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية، وفي حال عدمه، والظاهر صدوره وقت الأهلية، والأصل عدمه قبل وقتها؛ فالأهلية -هنا- متيقن وجودها. ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى تعلق به حق مثل: إسلامه بإسلام أبيه، أو ثبوت

الذمة له تبعاً لأبيه، أو بعد تصرف الولي له، أو تزويج ولي أبعد منه لموليته، فهل يقبل منه دعوى البلوغ حينئذ، أو لا يقبل؟

لثبوت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه، وأشار إلى تخريج المسألة على الوجهين؛ فيما إذا ارتجع الرجعية زوجها فقالت: قد انقضت عدتي، شبه ذلك أيضاً، بما إذا ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهراً كاللقيط المقرب بعد البلوغ، فإنه لا تسمع منه على الصحيح، وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهراً كاللقيط، ثم ادعى الرق، ففي قبوله خلاف معروف.

ومن الصور: ما إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة؛ فإنه تصح صلاته، ولا يشترط أن يتيقن دخول الوقت في ظاهر المذهب، وحكي عن ابن حامد أن يعتبر التيقن حتى تصح الصلاة. ومن الصور الفطر في الصيام يجوز بغلبة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب، ومن الأصحاب من قال: لا يجوز الفطر إلا مع تيقن غروب الشمس، وبه جزم صاحب (التلخيص)، والأول أصح، وهو: أنه يجوز الفطر بغلبة ظن غروب الشمس؛ لأن الوقت عليه أمارات تعرف به، فاكففي فيها بالظن الغالب؛ بخلاف ما لا أمانة عليه من إتمام الصلاة، والطهارة، والحدث، ونحوها.

وأيضاً فإن الصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة، وهي عبادة فعلية مطلوبة الوجود، فإذا شك في فعل شيء منها؛ فالأصل عدمه، فلا يخرج من عهده إلا بيقين. والصوم عبادة، وكف عن محذورات خاصة؛ فمتى لم يتيقن وقوع محذوراتها في وقته، لم يحكم ببطلانها؛ وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك؛ لأن الأصل بقاء الصوم، ولم يترجح ظن يعارضه، فإذا ترجح الظن عمل به، ولم يحكم ببطلانه بوقوع محذوراته حينئذ؛ لا سيما وقد فعل شيئاً من محذوراته

مع ترجيح ظن انقضائه ، فهذا مطلوب شرعاً على الأظهر.

ولهذا جاز الأكل ، واستحب مع ظن طلوع الفجر ؛ حتى يتيقن طلوع الفجر ، والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين :

أحدهما: أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب ، وكذلك الصيام يجوز الإمساك فيه بنية الصوم ، مع غلبة ظن طلوع الفجر ، ولا يجب فيهما سواء.

الثاني: أن الصلاة عبادة فعلية ، لا تستغرق مجموع وقته ، بل تفعل في جزء منه. فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى ، والصوم عبادة تستغرق زمنه ، وهي من باب الكف والترك ، لا من باب الأعمال ؛ فيكفي اشتراط الكف عن محذوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه ، ولا يبطل بفعل شيء من محذوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام ؛ إلا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ، ولم يغلب على الظن خروجه ؛ فلا يباح - حينئذ - الإقدام على الإفطار ، ولا تبرأ الذمة بمجرد ذلك.

وهذا كما قلنا: فيمن صلى ، ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء.

ومن الصور أن المستحاضة المعتادة ترجع إلى عادته ، وإن لم تكن لها عادة ، ولا تميز ؛ فإنها ترجع إلى تمييزه ، وإن لم يكن لها عادة ولا تمييز ؛ رجعت إلى غالب عادات النساء ، وهي ست أو سبع على الصحيح ؛ لأن الظاهر مساواتها بهنّ ، وإن كان الأصل عدم فراغ حيضها حينئذ.

ومن الصور ، والمسائل المدرجة تحت هذا القسم ، الذي يعمل فيه بالظاهر دون

الأصل: أن امرأة المفقود تتزوج بعد انتظار أربعة سنين، ويقسم ماله حينئذ؛ لأن الظاهر موته، وإن كان الأصل بقاء حياته، لكن هل يثبت له أحكام المعدوم من حين فقده، أو لا يثبت إلا من حين إباحة زواجه، أو زواج امرأته، وقسمة ماله؟ هذه المسألة فيها وجهان: ينبنى عليها أنه لو مات له في مدة انتظاره؛ معللاً بأنه مات وعليه زكاة. وهذا يدل على أنه لا يحكم له بأحكام الموتى إلا بعد المدة، وهو الأظهر، ويلتحق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة الانتظار تعتد للوفاة، ثم تباح للأزواج، فهل تجب لها النفقة من ماله في مدة العدة، كما في مدة الانتظار، أم لا؟ هذه المسألة فيها وجهان:

أحدهما: أنه لا يجب لها النفقة، وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في (الإقناع)، وقال أبو البركات في (الشرح): "هو قياس المذهب؛ لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار، فصارت معتدة للوفاة".

الثاني: أنه يجب لها النفقة في هذه المدة، وهذا ما قاله القاضي؛ لأن النفقة لا تسقط إلا بيقين الموت، ولم يوجد، وكذا ذكر صاحب (المغني)، وزاد أن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضاً؛ لأنها باقية على نكاحه ما لم تتزوج، أو يفرق الحاكم بينهما.

ومن الصور: أن النوم المثلث ينقض الوضوء؛ لأنه مظنة خروج الحدث، وإن كان الأصل عدم خروجه، وبقاء الطهارة، وفي شرح (الخواهي) وجه آخر وهو: أن النوم نفسه حدث، لكن يعفى عن يسيره كالدم، ونحوه. ومن الصور ما إذا زنى من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين، وادعى الجهل بتحريم الزنا؛ فإن هذا الادعاء لم يقبل، ولا يقبل قوله في هذه المسألة؛ لأن الظاهر يكذبه، وإن كان الأصل عدم علمه بذلك.

ومن الصور: ما إذا زوج الولي امرأة يعتبر إذنهما لصحة العقد، ثم أنكرت الإذن، فإن كان بعد الدخول لم يقبل قولها؛ لأن تمكينها يكذبه، وإن كان قبله. فإن كان إذنهما السكوت، وادعت أن سكوتها كان حياءً لا رضا؛ لم يقبل قوله، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد < في رواية الأثرم؛ لأن السكوت في حكم الشارع إقرار به ورضا، فلا يسمع دعوى خلاف، وإن ادعت أنها ردت، أو كان إذنهما النطق؛ فأنكرت فقال القاضي: "القول قولها؛ لأن الأصل معه، ولم يوجد ظاهر يخالفه".

ومن الصور: ما لو ادعت امرأة على رجل: أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى، وشهد به شاهدان، ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر بمهر مسمى، وشهد به شاهدان، ثم اختلفا فقالت المرأة: هما نكاحان، ولي المهران، وقال الزوج: بل هو نكاح واحد، وتكرر عقده. فالقول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معها.

وكذلك لو شهدت بينة أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بثمان، وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بثمانين، وشهدت بينة أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بثمان، فقال المشتري: هو عقد واحد كررناه. وقال البائع: بل هو عقدان. فالقول قول البائع، لأن الظاهر معه. وقال الشيخ تقي الدين: "ينبغي أن القول قوله؛ لأن الأصل عدم الفرقة بينهما، والأصل براءته من المهر الثاني".

القسم الرابع: وهو ما فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الأصل وبالعكس، ويكون ذلك غالباً عند تقادم الظاهر والأصل، وتساويهما في هذا التعارض، وله صور كثيرة. ومن الصور: ما إذا سخن الماء بنجاسة، وغلب على الظن وصول الدخان إلى الماء؛ ففي كراهته وجهان، أشهرهما: أن هذا الماء المسخن بنجاسة، ووصل الدخان إلى الماء أنه مكروه.

ومن الصور: ما لو أدخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء، وشك هل ولغ فيه الكلب، أو لا؟ وكان فمه رطباً فهل يحكم بنجاسة الماء؛ لأن الظاهر ولوغه، أو يحكم بطهارته؛ لأن الطهارة هي الأصل؟ وهذا على وجهين، ذكرهما الأزجي.

ومن الصور: ما إذا وقع في الماء اليسير ما لا نفس له سائلة - أي: لا دم له يسيل - وشك: هل هو متولد من النجاسة، أو لا؟ وكان هناك بئر وحش، أي: بستان، فإن كان الحش إلى البئر أقرب، أو هو بينهما بالسوية؛ فالماء طاهر، وإن كان إلى الحش أقرب فوجهان:

أحدهما: أن هذا الماء نجس.

الثاني: أنه طاهر ما لم يعاين خروج النجاسة من الحش.

ومن الصور طين الشارع؛ وفيه روايتان:

إحدهما: أن طين الشارع طاهر، ونص عليه أحمد في مواضع كثيرة، وجعله أبو البركات في شرحه (المذهب)؛ ترجيحاً للأصل، وهو الطهارة في الأعيان كله، فطين الشارع طاهر ولو كان نجس بيقين.

الثانية: أنه نجس ترجيحاً للظاهر، وجعله صاحب (التلخيص) المذهب وأنه حكى عن ظاهر كلام الأصحاب: أنه لا يعفى عن يسيره، وأبدى احتمالاً بالعفو عنه؛ لمشقة الاحتراز. وحكى عن ابن عقيل: العفو عن يسيره، إلا ما تحقق نجاسته من الأرض؛ فلا يعفى عنه.

وذكر صاحب (المبهم) عن ابن تيمم أنه قال: "إذا كان الشتاء، ولم يتعين موضع النجاسة؛ ففي نجاسة الأرض روايتان: بالنجاسة وعدمه، فإذا جاء الصيف حكم بطهارته، رواية واحدة؛ وللمسألة أصول تبني عليها:

أحدها: تعارض الأصل والظاهر.

الثاني: طهارة الأرض، وغسالتها بماء المطر، وغيره، إذا لم يبق للنجاسة أثرٌ سواء كانت النجاسة، التي على الأرض أثراً أو عيناً على الصحيح من المذهب. وفي المذهب خلاف ينبني عليه طهارة الطين، إذا بقيت فيه عين النجاسة، ثم استهلكت فيه؛ حتى ذهب أثرها.

الثالث: طهارة الأرض للجفاف والشمس والريح، وقد توقف فيه الإمام أحمد، وذهب كثير من الأصحاب إلى عدم طهارتها بذلك، وخالفه صاحب (المحرر) في (شرح الهداية) فقال بالطهارة؛ وينبني على ذلك طهارة الأرض مع مشاهدة النجاسة فيه، وإن لم يصبها الماء.

ومن الصور: المقبرة المشكوك في نبشه، إذا تقادم عهدها؛ فالمحكم بنجاستها؛ لأن الظاهر نبشه، أو أنه يحكم بطهارتها؛ لأن الأصل عدم نبشه، هذا على وجهين في هذه المسألة؛ ومنها ثياب الكفار وأوانيهم، وفيها ثلاث روايات عن الإمام أحمد <.

إحداها: الإباحة ترجيحاً للأصل، وهو الطهارة.

الثانية: الكراهة؛ لخشية إصابة النجاسة له، إذ هو الظاهر.

الثالثة: إن قوي الظاهر جداً؛ لم يجز استعمالها بدون غسل، ويتفرع على هذه الرواية روايتان:

الأولى: أنه يمتنع من استعمال ما ولي من عوراتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منه.

الثانية: يمتنع من استعمال الأواني، والثياب مطلقة. فمن يحكم بأن ذبيحته ميتة

كالمشركين ، والمجوس دون غيرهم ؛ فإنه لا يأكل من أكلهم ، ولا يشرب من شرابهم ، وقال الخرقي : " لا يجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم الخنزير . وزاد الخرقي : ولا أواني طبيخهم ، دون أوعية الماء ، ونحوها مما يبعد إصابته بالنجاسة ، وزاد غيره المنع من استعمال ثياب من لا تحل ذبيحته كالمجوس مطلقاً ، وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولصق بأبدانهم حتى تغسل " .

ومن الصور : ثياب الصبيان ، ومن لا يتحرز من النجاسة ، وفيها ثلاثة أوجه وهي : الكراهة ، وعدمه ، والمنع حتى تغسل ، وهو المختار ؛ ومنها إذا شك المصلي في عدد الركعات في هذه المسألة ثلاث روايات عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى :

إحداها : أنه يبني على الأقل ، وهو المتيقن ؛ لأن الأصل عدم الزيادة المشكوك فيها .

الثانية : أنه يبني على غالب ظنه ؛ للحديث الوارد في ذلك .

الثالثة : إن قوي الظن بإقرار غيره له عليه ؛ بنى على غالب ظنه ، وهو الإمام إذا أقره المأمومون ، وإن كان منفرداً بنى على اليقين ، وهذه الرواية هي المشهورة في المذهب ، فأما إن سبح له اثنان من المأمومين ؛ فإنه يرجع إليهم ، ما لم يتيقن من صواب نفسه على الروايات كلها .

وقال ابن عقيل : " إنما يرجع إليهما إذا قلنا يبني على غالب ظنه ؛ لأن تنبيههما إنما يفيد غلبة الظن ، والأول أصح ؛ لأن الرجوع إلى قولهما رجوع إلى بينة شرعية ، فيترك الأصل لأجلها كسائر البيئات الشرعية ؛ بخلاف غلبة الظن المجرد ، إذا جوزنا له العمل بالظن الغالب ، فإنه يجوز له ترك العمل باليقين . صرح بهذا القاضي في كتابه (أحكام القرآن) وغيره ، ولو شهد اثنان من المأمومين على الإمام

أنه أحدث في صلاته، وأنكر هو، وبقية المأمومين؛ أعادوا الصلاة كلهم، وهو كما نص عليه الإمام أحمد، واحتج بخبر ذي اليدين".

ومن الصور: ما إذا شك في عدد الطواف، وفيه روايتان:

إحدهما: يرجع إلى الأصل، وهو المتيقن.

الثانية: يرجع إلى غالب ظنه، كالصلاة، فإن أخبره اثنان بما طاف، فهل يرجع إلى قولهما؟ في هذه المسألة وجهان، والمنصوص أنه يرجع إلى قولهم، وكذلك لو أخبر المصلي من ليس معه في الصلاة، هل يرجع إلى قولهم، أو لا؟ في هذه المسألة وجهان أيضاً.

وفي (المغني) يرجع الطائف إلى خبر الثقة الواحد العدل؛ لأنه خبر ديني، فلا يشترط التعدد فيه؛ وإنما اشترطنا العدد في الصلاة لخبر ذي اليدين، فيبقى ما عداها على الأصل.

ومن الصور والمسائل المندرجة تحت هذا القسم: ما لو وُجد في دار الإسلام ميت مجهول الديانة، كأن لم يكن عليه علامة الإسلام والكفر، أو لم يكن هناك تعارض في علامة الإسلام والكفر؛ صلي عليه، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد. فإن كان عليه علامة الكفر خاصة؛ فمن الأصحاب من قال: يصلى عليه، والمنصوص عن الإمام أحمد: أنه لا يُصلى عليه، ويدفن. وهذا يرجع إلى تعارض الأصل والظاهر.

إذ الأصل في دار الإسلام هو الإسلام، والظاهر في هذا الكفر، ولو كان الميت في دار الكفر، فإن كان عليه علامات الإسلام؛ صلي عليه وإلا فلا. نص عليه أحمد، وهذا ترجيح للظاهر على الأصل؛ لأن هذا الأصل قد عارضه أصل

آخر، وهو أن الأصل في كل مولود أنه يولد على الفطرة.

ومن الصور: أنه إذا اختلف الزوجان في قدر المهر، ولا بينة؛ ففيه روايتان:

إحدهما: القول قول الزوج؛ لأنه منكر، وغارم، والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقر به.

الثانية: القول قول مدعي مهر المثل؛ لأن الظاهر معه.

ومن الصور: ما إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج: أسلمنا معاً، فنحن على نكاح، وقالت الزوجة: بل على التعاقد، فلا نكاح بيننا؛ ففي هذه المسألة وجهان:

أحدهما: القول هو قول الزوج؛ لأن الأصل معه.

الثاني: القول قول الزوجة؛ لأن الظاهر معه، إذ وقوع الإسلام معاً في آن واحد نادر، والظاهر خلافه.

ومن الصور: ما إذا خلا بامرأته، وصدقته أنه لم يطأه، وقلنا: لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت، وكان له منها ولد، فهل يتقرر المهر بذلك؟ لأن الغالب أن الولد؛ إنما ينعقد عن الإصابة، أو لا يتقرر المهر لأن الأصل العدم؛ فيكون الأصل عدم الإصابة، ويحتمل أنه سبق الماء إلى فرجه، فانعقد به الولد.

هذه المسألة فيها وجهان ذكرهما القاضي، وفيه نظر؛ فإن سبق الماء إلى الفرج؛ إنما يكون بعد ما تقرر المهر من وطئ دون الفرج، والأظهر في تعليل عدم تقرر المهر أن يقال: الولد يثبت نسبه بمجرد الإمكان، بخلاف استقرار المهر.

ومن الصور: ما لو زوج رجل وليته، ثم ظهرت معيبة، وادعى الولي أنه لم يعلم عيبها؛ ففيه وجهان:

أحدهما: القول قول الولي مع بينته ؛ لأن الأصل عدمه إلا أن يكون العيب جنوناً ، ويكون الولي ذا اطلاع عليه ، فلا يقبل قوله ، وهو اختيار صاحب (المغني).

الثاني: إن كان الولي قريباً كالأب والجد والابن ؛ لم يقبل قوله مطلقاً ، لأن الظاهر يكذبه ، وإن كان بعيداً قبل قوله مع يمينه ، وهو قول القاضي ووافقه ابن عقيل ؛ إلا أنه فصل بين عيوب الفرج ، وغيرها ؛ فسوى بين الأولياء كلهم في عيوب الفرج بخلاف غيرها.

ومن الصور: ما إذا اختلط مال حرام بمال حلال ، وكان الحرام أغلب ، فهل يجوز تناول منه ، أو لا؟ في هذه المسألة خلاف على وجهين ؛ لأن الأصل في الأعيان الإباحة ، والغالب -ها هنا- الحرام.

قال أحمد: "إذا كان أكثر ماله النهب والربا ونحو ذلك ، فكأنه ينبغي له أن يتنزه عنه إلا أن يكون شيئاً يسيراً أو شيئاً لا يعرفه ، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالماء النجس ، وكان الطاهر أكثر ؛ فإن في جواز التحري روايتين". وظاهر كلام أحمد جوازه ، فإن الظاهر إصابة الماء الطاهر لكثرتة.

ومن الصور: ما إذا قذف مجهول النسب ، وادعى رقه ، وأنكر المقذوف ، فهل يحد؟ فيها خلاف على روايتين ؛ لأن الأصل عدم لزوم الحد ، والأغلب على الناس الحرية. وهذا على القول بالحد ، أو يقال: الأصل فيهم الحرية ؛ فيكون هذا من باب تعارض الأصلين. ومن الصور: ما إذا قال لمدخول بها: أنت طالق ، أنت طالق. ولم يقصد بالثانية تأكيداً ولا إيقاعاً ، بل أطلق النية ، فقال الأصحاب: تطلق طلقتين ؛ لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول.

ولهذا يقال: إذا دار الأمر بين التأسيس ، والتأكيد ؛ فالتأسيس أولى ، وهذا يرجع

إلى الحمل على الظاهر مع بقاء الزوجية ، وعدم وقوع الثانية والثالثة إذا كرر ؛ فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الإطلاق لأنه المتيقن ، ويشهد لذلك ما نقله صالح عن أبيه أنه قال : "إذا قال : أنت طالق ، أنت طالق. وقد دخل بها فهو على ما أراد ، إن كان قد أراد إفادتها فهو الذي أراد ، وإن أراد غير ذلك فهو على ما أراد ؛ فلم يوقع الثانية بدون النية".

وقد حكى أبو بكر عبد العزيز فيما إذا قال : أنت طالق ، بل أنت طالق. وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من طلقة واحدة ، فإن نوى بالثانية طلقة أخرى ، فهل يلزمه ، أو لا ؟

على قولين ؛ لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار ، كذلك حكاه القاضي عنه في كتاب (الروايتين) ، ويلزم من ذلك أنه إذا قال : أنت طالق ، وكرره ، وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة. وهنا مسألة حسنة نص عليها أحمد في رواية ؛ فيما إذا قال لامرأته : أنت طالق ، بل أنت طالق. قال : "هي تطليقتان ، وهذا كلام مستقيم". وإن قال : أنت طالق ، لا بل أنت طالق. هي واحدة.

والفرق بينهما أن "بل" من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد ، وهي هنا كذلك ؛ لأن اسم الفاعل من المفردات ، وإن كان محتملاً لضمير ؛ بدليل أنه يعرب ، والجمل لا تعرب ، ولأنه لا يقع صلة ولو كان جملة ؛ لوقع صلة ، وحينئذ فيكون ما بعده معطوفاً على ما قبله ، وقد أوقع قبله واحدة ، ثم عطف عليها أخرى ؛ فتقع اثنتان ، كما لو أتى بواو العطف ، وهذا معنى قول أحمد : "هذا كلام مستقيم". يعني : أنه تُسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو ، وثم ، ونحوهما.

وأما قول النحويين : إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه ، فهو غير مثبت ، ولا منفي ، فهذا فيما يقبل النفي بعد إثباته ، والطلاق ليس كذلك ؛ فتعين إثبات الأول ، وعطف الثاني عليه .

وأما إذا قال : أنت طالق ، لا بل أنت طالق . فقد صرح بنفي الأول : ثم أثبتته بعد نفيه فيكون المثبت هو المنفي بعينه ، وهو الطلقة الأولى ؛ فلا يقع به طلقة ثانية ، وهو قريب من معنى الاستدراك . كأنه نسي أن الطلاق الموقع لا ينفي فاستدرك ، وأثبتته لئلا يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه ، فهذا إعادة للأول ، وليس ذلك من باب استئناف الطلاق . ومن الصور : ما إذا قال : الطلاق يلزمي ، أو أنت الطلاق ، فهل يلزمه واحدة أو يلزمه ثلاث ؟

فيها خلاف على روايتين ؛ لأن الألف واللام قد يراد بها العهد أي : الطلاق المعهود المسنون ، وهو الواحدة ، ويراد بها مطلق الجنس ، ويراد بها استغراق الجنس ، ولكنها في الاستغراق ، والعموم أظهر ، والمتيقن من ذلك الواحدة ، والأصل بقاء النكاح . وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به ما دونها ، فهل يقع به ما نواه خاصة ، أو يقع به الثلاث ؛ ويكون ذلك صريحاً في الثلاث ؟

فيه طريقتان للأصحاب ، ولو قال : الطلاق يلزمي ، وله أكثر من زوجة فإن كان هناك نية أو سبب يقتضي التعميم أو التخصيص ؛ عمل به ، ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الأصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث لذلك على الزوجة الواحدة ؛ لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه ، وتارة في محله .

وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لأفراده أقوى من عمومه لمفعولاته ؛ لأنه يدل على أفراده لذاته عقلاً ونقلًا ، وإنما يدل على مفعولاته بواسطة كلفظ الأكل ، والشرب مثلاً يعم الأنواع منه ، والأعداد أبلغ من عمومه المأكول والمشروب ، إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومه لأفراده عموم أنواع مفعولاته ،

وذكر ذلك كله الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - بمعناه.

وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات ، دون وقوع الزواج بالزوجة الواحدة ، وفرق ؛ لأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم ، بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات ، وقد يقال : إن قوله : الطلاق يلزمي ، وإن كان صيغة عموم ، لكن إذا لم ينو عمومه ؛ كان مخصصاً للشرع عند من يحرم جميع الثلاث ، وهو ظاهر المذهب. فتكون المسألة - حينئذ - من صور التخصيص بالشرع ، فقد ذكرنا ذلك في قواعد أخرى سبقت.

ومن الصور : ما إذا قال : زوجتي طالق ، وله زوجتان ، فالمنصوص أنه يقع الطلاق بالجميع إلا أن ينوي عدداً معيناً ؛ لأن اسم الجنس المضاف يكون للعموم فهو كالجمع المعروف ، وذكر صاحب (المغني) احتمالاً ، ورجحه أنه لا يقع الطلاق مع إطلاق النية إلا بواحدة ؛ لأن اللفظ صالح للواحد والجمع فحملة على الواحد أولى من الجمع ، لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل على الظاهر.

ومن الصور : ما إذا قال : له عندي درهم ودرهم ودرهم ، فهل يلزمه درهمان ، أو ثلاثة ؟ في هذه المسألة وجهان ، ذكرهما أبو بكر في كتابه (الشافي) ، ونزلهما صاحب (التلخيص) على تعارض الأصل والظاهر. فإن الظاهر منه أنه عطف الثالث على الثاني ، ويحتمل إرادة التكرار به ؛ لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الإطلاق لأنه اليقين.

قال : ولو قال : أردت بالثالث تكرار الثاني ؛ قبل منه هذا القول ، وهو على وجهين باحتماله ، وذكر صاحب (المغني) في الطلاق احتمالاً آخر ، وهو أنه لا يقبل منه إرادة التكرار ، والتأكيد مع حرف العطف ؛ لمخالفة الظاهر ؛ لأن العطف ظاهره يقتضي المغايرة.

قاعدة: ما تقع فيه القرعة، وقاعدة: العقود لا ترد إلَّا على
موجود بالفعل أو بالقوة

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة: ما تقع فيه القرعة. ٢١٥

العنصر الثاني : قاعدة: العقود لا ترد إلَّا على موجود بالفعل أو
بالقوة. ٢٤١

قاعدة: ما تقع فيه القرعة

القرعة لغة: النصيب والحظ، وتقارع القوم: ضربوا القرعة، فإن خرجت له استحق النصيب، وفاز به عن طريق القرعة، وتستعمل القرعة في أمور كثيرة؛ فهي تستعمل في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق؛ ابتداءً بمبهم غير معين عند تساوي أهل الاستحقاق. وتستعمل إحدى القرعة في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه، والعجز على الاطلاع عليه. وسواء في ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب.

وفي الأبضاع قول آخر، وهو أنه لا تؤثر القرعة في حلّ المعين منها في الباطن، كما لا تستعمل إجراء القرعة في إلحاق النسب عند الاشتباه على ظاهر المذهب، ويستعمل إجراء القرعة في حقوق الاختصاص، والولايات، ونحوها، ولا تستعمل القرعة في تعيين الواجب المبهم من العبادات، ونحوها ابتداءً. وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز اليمين المنفية.

ومن الصور المندرجة تحت هذه القاعدة: ما إذا اجتمع محدثان حدثًا أكبر أو أصغر، وعندهما ماء يكفي لأحدهما، ولا اختصاص لأحدهما به. ففي هذه المسألة وجهان في المذهب:

أحدهما: أنهما يقترعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه.

الثاني: أن هذا الماء يقسم بينهما ولو كان أحدهما جنبًا، والآخر محدثًا حدثًا أصغر، وكان الماء لا يكفي لكل واحد منهما، ويفضل عنه فضلة لا تكفي الآخر، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المحدث أولى به لأن فضلته تمكن الجنب استعمالها؛ بخلاف فضلة

الجنب فإنها لا ترفع حدث المحدث، ولا شيئاً منه.

الثاني: أن الجنب يكون أولى بالماء الفاضل؛ لغلظ حدثه.

الثالث: أنهما سواء، فيقرع بينهما، أو يعطيه بأذل الماء لمن شاء منهما، وصاحب (التلخيص) قال في هذه المسألة: "أي: فصورها جماعة من أصحابنا في ماء مباح، أو مملوك أراد مالكة أن يبذله لأبيهم، وفيه نظر، فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه لأحد، وبعد وضع الأيدي يكون مملوكاً للجميع، ما داموا قد وضعوا أيديهم عليه، والمالك تكون له ولاية التصرف فيه إلى من شاء.

ثم قال: ويتصور ذلك في الوصية للماء لأولاهم به، ويتصور كذلك في النذر لأولاهم به، ويتصور في الوقف، وفيما إذا طلب المالك معرفة أولاهم؛ ليؤثره به، وفيما إذا وردوا على مباح وازدحموا، وتشاحوا، أي: غالب بعضهم بعضاً في تناول أولاً؛ فإن القرعة تجري بينهم في هذه الصور كلها. ومنها ما إذا تشاحوا في الأذان مع تساويهم، ولا مرجح بينهم؛ فإنه يقرع بينهم".

وهذا ما نص عليه الإمام أحمد، واحتج على ذلك بأن سعداً < أقرع بينهم في الأذان يوم القادسية، ونص -أيضاً- على تقديم القرعة على اختيار الجيران في رواية أخرى، ونص على أن المتعاهد للمسجد بالعمارة، يكون هو الأحق عند الاختلاف، والمنازعة في الأذان.

ومن الصور: ما إذا اجتمع عراة مع واحد منهما ثوب قد صلى فيه؛ استحب له أن يعيره لرفقائه فإن ضاق الوقت، وفيهم من يصلح للإمامة، فإنه يستحب أن يعيره له فيصلّي فيه بالناس إماماً، ويصلّي العراة خلفه، فإن استوا جميعاً، ولم يكن الثوب لواحد منهم؛ أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة فهو أحق به. وهذا ما ذكره صاحب (المغني).

ومن الصور: ما إذا استوى اثنان في الصفات، ولا مرجح بينهما في الإمامة من كل وجه، وتشاحا في الإمامة؛ فإنه يقرع بينهما، كما هو الشأن في الأذان، وكذلك إذا اجتمع اثنان من أولياء الميت واستويا، وتشاحا في الصلاة عليه صلاة الجنازة؛ فإنه يقرع بينهما في هذه الحالة.

ولو ولي إمامة المسجد رجلا ن صح، وكانا في الإمامة سواء، فأيهما سبق إليها؛ كان هو أحق بها، فإن حضرا معاً احتمل أن يقرع بينهما، فيقدم من خرجت له القرعة منهما، واحتمل أن يرجع إلى اختيار أهل المسجد لأحدهما، وقد ذكر ذلك القاضي في (الأحكام السلطانية).

ومن الصور: ما إذا قدم ميتان إلى مكان من مقبرة مسبلة في آن واحد، ولم يكن لأحدهما هناك مزية من أهل مدفونين في هذه المقبرة، أو نحو ذلك؛ فإنه يقرع بينهما، وهذا ما صرح به الأصحاب. وكذلك إذا دفن اثنان في قبر واحد، واستويا في الصفات؛ فإنه يقدم أحدهما إلى القبلة بالقرعة، كما فعل معاذ بن جبل بامرأته.

ومن الصور: ما إذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان، وكان أحد الكفين أجود من الآخر، ولم يعين البازل ما لكل واحد منهما؛ فإنه يقرع بينهما لما ورد في السنة بذلك.

فقد روى الإمام أحمد في المسند من حديث الزبير أنه قال: "لما كان يوم أحد أقبلت صفية، يعني: أمه، فأخرجت ثوبين معها فقالت: هذان ثوبان جئت بهما لأخي حمزة، فكفنوه فيهما. قال: فجئت بالثوبين ليكفن فيه حمزة؛ فإذا بجانبه رجل من الأنصار قد قتل، قد فعل به ما فعل بحمزة قال: فوجدنا غضاضة، ووجدنا حياء أن يكفن حمزة في ثوبين، والأنصاري لا كفن له؛ فقال الزبير:

لحمزة ثوب، وللأنصاري ثوب، فقددناهما؛ فكان أحدهما أكبر من الآخر، فأقرعنا بينهما، فكفنا كل واحد في الذي صار له". وقد ذكره الأثرم للإمام أحمد لما عدّد أحاديث القرعة، فعرفه أحمد، وعده معها، وهذا يشعر بأنه أخذنا بالقرعة، وعملنا بها بمقتضى الأحاديث التي رويت فيها.

ومن الصور: ما لو إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالأماكن المباحة، كالطرق الواسعة، وكرحاب المساجد، ونحوها لمعاش، أو غيره؛ فالمذهب أنه يقدم أحدهما بالقرعة. وفيه وجه آخر، وهو أنه يتقدم أحدهما على الآخر بتقديم السلطان لمن يرى منهما من نوع الترجيح.

وكذلك لو استبقا إلى موضع فيه رباط مسبل، أو خال، أو استبقا فقيهان إلى مدرسة، أو صوفيان إلى خانقاه؛ فإنه يقدم أحدهما بالقرعة، وهذا يتوجه في المدارس، والخوانق المختصة بوصف معين؛ لأنه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر. فأما على الوجه الآخر: وهو توقف الاستحقاق على تنزيله؛ فليس له إلا أن يرجح بنوع معين من الترجيحات. وقد يقال: إنه يرجح بالقرعة مع التساوي.

ومن الصور: ما إذا سبق اثنان إلى معدن مباح، أو غيره من المباحات، وضاق المكان إلا عن أحدهما؛ ففي هذه الصورة وجهان:

أحدهما: أنهما يمتنعان عليه. وهذا ما اختاره صاحب (المغني).

الثاني: قاله القاضي: يكون بتحضير الإمام، وإن كان أحدهما له تجارة هيأ الإمام بينهما باليوم، أو الساعة، فيتناوبان على المكان بحسب ما يرى الإمام؛ لأنه يطول، وإن كان للحاجة فهناك احتمالات كثيرة:

أحدها: أنه يقرع بينهما.

الثاني: ينصب من يأخذ لهما، ثم يقسم.

الثالث: يقدم من يراه أحوج، وأولى.

وأما إن وقعت أيديهما على المباح، فهو بينهما بغير خلاف، وإن كان في كلام بعض الأصحاب ما يوهم خلاف ذلك، فليس هذا بشيء، فلا يلتفت إليه.

ومن الصور: ما إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح، لكل منهما أرض يحتاج إلى السقي منه، وكانا متقابلين، ولم يكن قسمة الماء، أي: لم يكن قسمة الماء بينهما، فإنه يقرع بينهما؛ فيقدم من خرجت له القرعة، فإن كان لا يفضل عن أحدهما سقي؛ فإنه يسقى بالقرعة بقدر حقه من الماء، ثم يتركه للآخر، فإنه يساويه في استحقاق الماء؛ وإنما القرعة في التقديم في استيفاء الحق، لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل، فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى، وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة حقه منه، وهذا ما ذكره صاحب (المغني).

ومن الصور: ما إذا وصف اللقطة شخصان، فهل يقسم بينهما، أو يقرع بينهما؟ فمن خرجت له القرعة فهي له. في هذه المسألة وجهان. ومن الصور: ما إذا التقط اثنان طفلاً وتساويا في الصفات فإنه يقرع بينهما، كما في الحضانة فإن كان الطفل في أيديهما أقرع بينهما؛ فمن خرجت له القرعة أخذه منهما، فإن استويا في عدم اليد، ولم يصفه أحدهما؛ فلا حق لأحدهما فيه، ويعطيه الحاكم لمن يشاء منهما، أو من غيرهما؛ لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق، وبه قال القاضي والأكثر.

وقال صاحب (المغني): "الأولى أن يقرع بينهما؛ لأنهما تنازعا شيئاً في أيديهما، فأشبه ما لو تنازعا وديعة - وفي هذا الرأي نظر - فإن الوديعة لمعين، ولا مدعي لها سواهما بخلاف اللقيط، فإن الحق لمن سبق إليه، ولم يثبت السبق لواحد منهما؛ فصارا كغيرهما، ولو ادعى اثنان لقطة بين أيديهما، وكل منهما يقول: أنا سبقت إليها. أقرع بينهما.

وهو ما ذكره القاضي في خلافه، وهذا في الظاهر يخالف قوله في دعوى التقاط الطفل إلا أن يفرق بينهما؛ بأن اللقطة تثول إلى الملك، فهي كتداعي اثنين ملكية عين بين أيديهما، لا يد عليهما لأحد".

ومن الصور: ما إذا وصى لجاره، وله جاران بهذا الإثم، فهل تبطل الوصية، أو تصح؟ ويميز أحدهما: بالقرعة إذا كان كل واحد منهما اسمه محمد. فيه خلاف. وكذلك من وهب أحد أولاده، وتعذر الوقوف على عينه، أو وقف عليه، واشتبه فيهم؛ فإنه يقرع بينهم، وتعطى الهبة لمن خرجت له القرعة.

ومن الصور: ما إذا مات المتوارثان، وعلم أسبقهما مؤثماً، ثم نُسي، فقال القاضي: "لا يمتنع أن نقول هنا في هذه الصورة بالقرعة؛ لتعيين السابق". والمذهب أن حكم ذلك حكم ما لو جهلوا الحال، أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من أصل ماله، دون ما ورثه منه، ولو ادعى ورثة كل واحد منهما بسبق الآخر، ولا بينة لهما، أو كانت لهما بينة، وتعارضت البيتان؛ ففيه أوجه:

أحدها: لا يعين السابق بالقرعة، وهذا ما اختاره ابن أبي موسى، وضعفه أبو بكر في كتابه الخلاف.

الثاني: أن يتوارثان، كما لو جهل الورثة الحال، وهو قول أبي الخطاب، وقال القاضي، وابن عقيل: "هو قياس المذهب".

الثالث: يحلف ورثة كل واحد لإسقاطه دعوى الآخر، ولا يتوارثان. وهذا ما نص عليه أحمد < واختاره الحرقى؛ لأن ورثة كل واحد قد علم استحقاقه لإرثه، وإرث غيره وهو يدعي عليهم استحقاقاً مشتركاً، وهم ينكرون ذلك؛ فيكون القول هو قول الورثة مع أيمانهم بخلاف مسائل الغرقى. فإن الورثة متفقون فيها على عدم العلم بالسابق، وليس فيهم مدع لاستحقاق انفراده بمال ميتة.

الرابع: وهو اختيار أبي بكر في كتابه (الخلاف) أنه يقسم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين، وعليهما اليمين في ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما. ومن الصور: ما إذا مات عن زوجات، وقد طلق إحداهن طلاقاً يقطع الإرث، أو كان نكاح بعضهن فاسداً، لا توارث فيه، وجهل عين المطلقة، وجهل ذات النكاح الفاسد؛ فإنها تعين بالقرعة، والميراث للبواقي، وهذا ما نص عليه أحمد <. ومن الصور: الأولياء المستوون في النكاح إذا تشاحوا أي: تنازعوا، واختلفوا فيمن يتولى ولاية النكاح، فإنه يقرع بينهم؛ فإن سبق من أخطأته القرعة فزوج المرأة. فهل يصح نكاحها، أو لا يصح؟ في هذه المسألة وجهان.

ومن الصور: ما لو زوج وليان من اثنين، وجهل أسبق العقدين؛ ففي هذه المسألة روايتان، إحداهما: يعين الأسبق منهما بالقرعة، فمن خرجت له القرعة فهي زوجته، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، ولا يحتاج الآخر إلى طلاق، وهذا هو ظاهر كلام الإمام أحمد < في رواية حنبل، ورواية ابن منصور، وقد ذكر هذه الرواية في هذا الوجه القاضي، وابن عقيل، وغيرهما.

وقال أبو الخطاب: "إن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في النكاح الفاسد، وقد

ضعفه، فإن هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف النكاح الفاسد، وأيضاً فمجرد طلاقه بتقدير: أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة للآخر، فبهذا قال طائفة من الأصحاب: يحدد الذي خرجت له القرعة النكاح؛ لتحل له بيقين".

وقد حكى ذلك القاضي في كتابه (الروايتين) عن أبي بكر عن أحمد بن سليمان النجاد، ثم رده بأنه لا يبقى - حينئذ - معنى للقرعة. فإنه إذا أمر أحدهما بالطلاق، وأمر الذي خرجت له القرعة بتجديد النكاح؛ فقد خلت المرأة من زوجيتهما معاً، فلها أن تتزوج من شاءت منهما، أو من غيرهما، ولا فائدة حينئذ للقرعة، وهذا بعينه هو قول من يقول: بفسخ نكاحهما.

وقال الشيخ تقي الدين: "لو كان الأمر كما ذكره؛ لم يبق من الروايتين فرق، ولا للقرعة فائدة؛ وإنما يجب على رواية القرعة أن يقال: هي زوجة القارع؛ بحيث يجب عليه نفقتها، وسكنها ولو مات ورثته، لكن لا يطؤها حتى يحدد العقد، فيكون تجديد العقد من أجل حل الوطء فقط. ولعل هذا هو القياس المذهب.

أو يقال: إنه لا يحكم له بالزوجة إلا بالتجديد، ويكون التجديد واجباً عليه وعليها، كما لو كان الطلاق واجباً على الآخر، قال: وليس في كلام الإمام أحمد تعرض لطلاق، ولا لتجديد الآخر النكاح، فإن القرعة جعلها الشارع حجة وبينه تفيد الحل ظاهراً كالشاهدة، والنقول، ونحوهما.

فما لا يوقف معه على حقيقة الأمر في الباطل والمجهول غير مكلف به العباد؛ بل هو في نظر الشارع كالمعدوم ما دام مجهولاً، ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب أن من طلق واحدة من زوجاته، ثم نسيها؛ فإنها تعين

بالقرعة ، ويحل له وطء البواقي ، فكذلك ها هنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة ، ويفيد حل الوطء .

ولا يقال : هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ، ولم يتيقن وقوع الطلاق عليها ، وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحدة منهما ، فلا يباح الوطء بدون تيقن العقد الصحيح ؛ لأننا نقول : الاستصحاب بطل بيقين وقوع الطلاق المحرم .

ولهذا أبطل أصحابنا الاستصحاب في مسألة اشتباه الماء الطاهر بالنجس ، ومنعوا استعمال أحدهما بالتحري ؛ لأن الاستصحاب زال حكمه بيقين التنجس ، وحينئذ تتيقن ، أو تتفق الصورتان ؛ لأن في أحدهما اشتبهت الزوجة بالمطلقة ثلاثاً ، وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره ، وكون أحدهما له أصل في الحل دون الآخر لا أثر له ، ولهذا يستوي بين اشتباه البول بالماء الطاهر ، واشتباه الماء النجس والطاهر . وروي عن أبي بكر بن سليمان أنه يقرع بين الزوجين ؛ فمن خرجت له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ، ثم جدد الآخر نكاحه .

وحكى أبو الحسن الجوزي قال : " سئل أبو علي النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ، ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال ؛ كل واحد منهم يقول : زوجني أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها مني ، وعدم كل واحد منهم البينة في الحال ، وقالت البنت : أعلم أن واحداً من هؤلاء الثلاثة تزوجني يقيناً ، ولكن لا أعرفه عيناً .

فقال أبو علي : ترفع أمرها إلى الحاكم ، فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طلاقاً واحدة ، ثم يقترع بين الثلاثة على الألف ، فأيهم كانت له القرعة أخذ الألف ، ثم يقال للمرأة : تزوجي أيهم شئت إن أحببت ، فإن كانت هذه الحكاية

مستندها القاضي في الحكاية عن النجاد ؛ فقد وهم في تسميته.

فإن الحكاية عن أبي علي ، ونسبها هو إلى أبي بكر بن سليمان ، وليست المسألة في نكاحين مشتبهيين ، بل في دعوى القرعة فيها ؛ إنما هي للمال لا لمحل البضع ، فلا يصح ما حكاه القاضي عن أبي بكر النجاد بالكلية ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعاً ، ثم تتزوج من شاءت منهما ، أو من غيرهما إذا شاءت. وحكى ابن أبي موسى في المسألة روايتين :

إحداهما : يبطل النكاحان.

الثانية : يقرع بينهما ؛ فمن خرجت له القرعة ، فهي له.

قال : والأول أظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ .

ويشهد له ما نقله ابن منصور عن أحمد في وليين زوجا امرأة ، لا تدري أيهما زوج قبل الآخر قالت : ما أدري لواحد منهما نكاحاً ، ومن الأصحاب من حكى ذلك وجهاً ، وقيده بما إذا أمكن وقوعهما معاً ، وقد جعل القاضي في خلاف المذهب كذلك ، وأما إن علم وقوعهما معاً ؛ فهما جميعاً باطلان من غير تقييد ، وذكر القاضي في خلافه وفي كتاب (الروايتين) : أن حكمه حكم ما لو وقفا مترتبين ، وجهل أسبقهما ففيه روايتان قال أبو البركات : " وهذا الأوجه له ، ولعله خرق الإجماع " .

فأما حكم المهر في هذين النكاحين المشتبهيين ؛ فقد سبق ذكره ، وإن في وجوب نصف المهر على من تخرج القرعة له منهما وجهين ؛ فإن ماتت المرأة قبل الفسخ . ففي (المغني) احتمالان :

أحدهما : يوقف نصف ميراثها ، ويوقف رבעه حتى يصطلحان عليه .

الثاني: يقرع بينهما؛ فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق، وورثها. قال الشيخ تقي الدين: "وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب، أما الأول: فلأننا لا نقف الخصومات قط. وأما الثاني: فكيف يحلف من قال لا أعرف الحال؛ وإنما المذهب على رواية القرعة أيهما قرع؛ فله الميراث بلا يمين".

وأما على قولنا لا يقرع. فإذا قلنا: إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة، فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق أولى، وأما إن قلنا: لا مهر، فهنا قد يقال بالقرعة أيضاً، وإن مات الزوجان جميعاً؛ فلها ربع ميراث أحدهما، فإن اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته، أو مع ورثته أنه السابق؛ فالميراث لها منه من غير إشكال، وإن ادعت أن أحدهما هو السابق، وأنكر هو أو ورثته؛ فالقول قولهم مع أيمانهم، فإن نكلوا قضى عليهم، وإن لم تقر المرأة بسبق أحدهما؛ ففي (المغني) احتمالان:

أحدهما: أن يحلف ورثة كل منهما، ويبرأ.

الثاني: أن يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة؛ فلها ربع ميراثه.

وهذا الوجه الثاني، يتعين فيما إذا أنكر الورثة العلم بالحال، ويشهد لهذا الاحتمال ما نص عليه الإمام أحمد في رواية حنبل، وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل، ثم مات الأب، ثم مات الزوج، ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهما، فأيتهن أصابتها القرعة؛ فهي التي ترثه. وقد ذكر صاحب (المغني) فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنه هو السابق بالعقد، ولم يقر الواحد منهما بذلك، ثم ماتا فإنه يقرع بينهما، ويكون لها ميراث من تقع عليه القرعة، ولم يذكر في هذه المسألة خلاف.

ومن الصور: ما إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة، ثم طلق الجميع ثلاثاً؛

فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهنّ أربعاً بالقرعة، فيكنّ المختارات، وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع؛ بناءً على أن الطلاق اختيار، وأن القرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهمات، فيميزن بالقرعة ويحكم باختيارهن، وينسخ نكاح البواقي بغير طلاق؛ فيباح له نكاحهن بدون زوج، وإصابة بعد انقضاء عدة البواقي.

وقال القاضي في خلافه في كتاب البيع: "يطلق الجميع ثلاثاً؛ لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده، فيلحقن في الطلاق ثلاث، فلا ينكح شيئاً منهن إلا بعد زوج وإصابة. هذا ويرجح إلى أن الطلاق فسخ، وليس باختيار، ولكن يلزم منه أن يكون في الرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات، يتصرف فيهن بخصائص ملك النكاح من الطلاق، وغيره، وهو بعيد، واختيار الشيخ تقي الدين أن الطلاق -هنا- فسخ، ولا يحسب من الطلاق الثلاث، وليس لاختيار، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعة؛ فإنه يقرع بينهما، فيورث أربع منهن بالقرعة. وأما العدة ففيها وجهان:

أحدهما: أن العدة على الجميع؛ فتعتد كل واحدة منهن عدة الوفاة، لأنه مات، والكل محبوسات على نكاحه؛ فكان عليهن عدة الوفاة، وإن إسلامه لم يوجب البيونة في الزوائد على الأربع، بل البيونة تقف على اختياره، فإذا اختار في حياته أربعة؛ فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الإسلام.

الثاني: أن عليهما أطول الأمرين من عدة الوفاة، وعدة الوطء، وعللوا بأن أربعاً منهن زوجات، والبواقي موطوءات بشبهة. فيجب على الجميع أطول العدتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة بيقين، وهذا لا يخرج إلا على القول بأن البيونة ثبتت بالإسلام، وتبين بالاختيار، فإذا اختار أربعاً فعدة البواقي من حين

إسلامه ، وأما إذا قلنا : عدتهن من حين اختياره ؛ فهن زوجات له حتى يختار ، فلا يتوجه أن يجب عليهن سوى عدة الوفاة ؛ إلا أن يقال : إن نكاحهن في حكم الفاسد ؛ لأنه لا يجوز استدامته بحال ، فلا يجوز أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح .

ويلتحق بهذه المسألة ما إذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم نسيها ثم مات قبل القرعة ، فإننا نقرع بينهما ، ونخرج المطلقة بالقرعة ، ويورث البواقي ، وهذا ما نص عليه الإمام أحمد < وأما العدة فذكر القاضي في خلافه : أنه يجب على كل واحدة منهن عدة ، وهي عدة الوفاة إن لم يكن دخل بهن يسقط الفرض بيقين ، وإن كان قد دخل بهن ؛ لزمهن أطول الأمرين من عدة الطلاق من حينه ، وعدة الوفاة من حينها ؛ لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مطلقة كما يحتمل أن تكون زوجة ؛ فلا تبرأ الذمة بدون ذلك .

وهذا يخالف المنصوص عن أحمد < فإنه نص في رواية أبي بكر أنه يقرع بينهما ، فأيتهن أصابتها القرعة لم تورث ولم تعد ، ومراده أنها تعد عدة الوفاة ، وهذا يدل على أن العدة تابعة للميراث ، وهو ظاهر كلام القاضي ، فمن خرجت لها قرعة الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها ، وعلى البواقي عدة الوفاء من حينها ، ويلزم البواقي عدة الوطء من حين الإسلام ، وهذا إذا قلنا : إن عدتهن من حين الإسلام ، وعلى قول القاضي على الجميع أطول الأجلين .

ومن الصور : ما إذا دعاه اثنان إلى وليمة عرس ، واستويا في الصفات المرجحة ؛ فإنه يقرع بينهما .

ومن الصور : ما إذا زفت إليه امرأتان معاً ؛ فإنه يقدم إحداهن على الأخرى بالقرعة الشرعية ، وما إذا أراد السفر بإحدى زوجاته أو البداءة بها لم يحز بدون

القرعة، إلا أن يرضى البواقي بذلك.

ومن الصور: ما لو طلق امرأة من نسائه مبهمة، بأن قال لامرأته: إحداكما طالق ولم ينو واحدة معينة فإنه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب ونص عليه الإمام أحمد < في رواية جماعة.

وفيه رواية ثانية: أن له أن يعينها باختياره، وتوقف الإمام أحمد مرة فيها في رواية ابن الحارث. ومن الصور: ما إذا طلق واحدة معينة من نسائه، ثم نسيها أو جهلها ابتداءً كمن قال: إن كان هذا الطائر غراباً فلانة من نسائه طالق، وإن لم يكن غراباً فلانة طالق، فطار ولم يعرف ما كانوا، فالمشهور أنها تعين بالقرعة، ويحل له البواقي؛ لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة.

والشارع لم يكلف العباد بما في نفس الأمر بل بما ذهب وبدا، وإن كان مخالفاً لما في نفس الأمر، والمجهول كالمعلوم ما دام مجهولاً، فإذا علم ظهر حكمه كالاكتفاء مع النص، والتيمم مع الماء، وقد نص الإمام أحمد على هذا صريحاً في رواية الجماعة وفي رواية قال أحمد: "لا يقرع بل يتوقف حتى يتبين الأمر".

وقد سئل أحمد < عن الرجل يطلق امرأة من نسائه، ولا يعلم أيتها طلق قال: "أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة، قلت: رأيت إن مات هذا، قال: أقول بالقرعة" أي لأجل الميراث بعد الموت، وهذه الرواية هو اختيار صاحب (المغني) والمذهب الأول.

وعليه فلو ذكر أن المطلقة غير من أصابتها القرعة، وأنه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها، وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة، توقف فيها الإمام أحمد مرة، وقال في رواية الميمون: "إن كان تزوجت لم ترجع إليه؛ لأن حق الزوج الثاني تعلق بها فلا يقبل قوله في إسقاط حقه وفسخ نكاحه، وإن لم تتزوج فإن كانت القرعة

بفعل الحاكم لم ترجع إليه أيضاً".

قال ابن أبي موسى: "وهو يرجع إلى أن حكم الحاكم له تأثير في التحريم، وفيما قاله نظر، بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكمه فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم؛ لأن تعليق فعل الحاكم كتعلق حكم الزوج وأولى، وإن لم تكن القرعة من الحاكم رجعت إليه الزوجة، ونص عليه أحمد أيضاً؛ لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها، إلا أن يتضمن إبطال حق غيره، ولم يوجد ذلك". وعن أبي بكر وابن حامد يرجع إليه بأنه متهم في نفي الطلاق عنها، فلا يقبل قوله فيه.

ومن الصور: ما لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق ثلاثاً، ففي هذه المسألة وجهان:

أحدهما: يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه، ولا يحكم عليه الحاكم بالطلاق؛ ولأنه متيقن من حل زوجته شاك في تحريمها، بخلاف ما إذا كانت الزوجتان لرجل واحد، فإنه قد تيقن زوال النكاح في إحدى زوجتيه فلذلك تعينت بالقرعة، وهذا اختيار القاضي، وأبي الخطاب، وكثير من المتأخرين.

الثاني: أنه يقرع بينهما، فمن وقعت القرعة عليها طلقت كما لو كان لرجلين، أو كما كان لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي في (الإيضاح) وفي (الجامع) للقاضي أنه قياس المذهب، وعلى الأول فمن اعتقد خطأ الآخر دونه حل له الوطء، وإن شك وتردد كف عنه وجوباً عند القاضي، وورعاً عند ابن عقيل.

والمنصوص عن أحمد في هذه المسألة ما رواه عنه ابنه عبد الله أنه قال: "يعتزلان نساءهما حتى يتيقن، فيحتمل أن يكون حكماً أو حكماً لوقوع الطلاق على

إحدهما، ولكن لم نخرجه بالقرعة ويحتمل وهو الأظهر أنه منع من الوطء خاصة".

قال الشيخ تقي الدين: "تأملت نصوص أحمد < فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يمين حلف الرجل عليها بالطلاق، وهو لا يدري أهو بارٌّ فيها أو لا، حتى يستيقن أنه بارٌّ، فإن لم يعلم أنه بارٌّ اعتزلها أيضاً، وإن علم أنه بارٌّ في وقت اعتزلها وقت الشك. وحاصله أنه متى علق الطلاق بشرط وأمكن وجود هذا الشرط؛ فإنه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاءه".

نص على فروع هذا الأصل في مواضع منها: إذا قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل.

ومن الصور: ما إذا وكلَّ وكيلًا في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدري ما يفعل، ومنها: ما إذا قال لها أنت طالق ليلة القدر، فإنه يعتزلها إذا دخل العشر الآخر؛ لإمكان أن تكون ليلة القدر في الليلة الأولى في العشر الآخر من رمضان.

ومنها: ما إذا قال لها: أنت طالق قبل موتي بشهر، فإنه يعتزلها مطلقاً، نقله عنه مهني. ومنها مسألة: ما إذا كان طائره غراباً وهي هذه المسألة.

ومن المسائل: ما إذا قال لامرأته: إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكراً وأنثى متعاقبين، وأشكل السابق منهما ففي هذه المسألة وجهان:

أحدهما: أنه يقرع أو يقع على الزوجة طلقة واحدة؛ لأنه المتيقن، والزائد عليه مشكوك فيه؛ فيلغى الزائد، كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين، وهذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب (المغني).

الثاني: يعين الواقع منهما بالقرعة ، قاله القاضي وابن عقيل ؛ لأنه يتقين وقوع أحد المتعلقين ، وشك فميز بالقرعة ، كما لو تيقن وقوع طلاق إحدى الزوجتين ، وشك في عينها ، ومأخذ الخلاف أن القرعة لا مأخذ لها لإلحاق الطلاق لأحد الأعيان المشتبهة ، فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين إحدى الصفتين ، وجعل وقوع الطلاق لازماً لذلك . ومن منعها نظر إلى القصد بها هنا وهو اللازم ، وهو الوقوع ، ولا مدخل للقرعة فيه ، وهذا أظهر .

ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق : ما إذا قال لزوجاته الأربع : أيكن لم أطأها الليلة فصواحباتها طوالق ، ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن ، فالمشهور عند الأصحاب أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً ؛ لأن شرط الطلاق وهو خلو الوقت في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها ، فإذا بقي جزء منها لا يتسع للإيلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة ؛ فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً ؛ لأن لكل واحدة ثلاث صواحبات لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليها .

وحكى أبو بكر في (التنبيه) في المسألة وجهين عن الأصحاب : أحدهما هو هذا ، والوجه الآخر : وهو الذي ذكره أولاً ، وجزم به أن إحداهن تطلق ثلاثاً والبواقي يطلقن اثنتين اثنتين ، وعلمه بأنه كما امتنع عن الأولى طلقت ثلاثاً واحدة واحدة ، فلما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين اثنتين ، فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين ، والثالثة كذلك ، وبانت الرابعة ، فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها ، وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق .

فعلى هذا الوجه : ينبغي أن يقرع بينهن ، فمن خرجت له قرعة الثلاث حرمت بدون زوجة وإصابة وملك رجعة البواقي ، وشرح كلامه أن الامتناع عن وقتهن

كان مرتباً ؛ لأنه لا يمكن إلّا كذلك ، فإذا بقي من الليلة زمن لا يتسع للإيلاج في أربع فقد تعذر وقت الأولى ؛ حينئذ فتطلق الثلاثة البواقي طلقةً طلقةً.

فإن بقي زمن لا يتسع للإيلاج في الثلاث فقد تعذر وقت الثالثة فتطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة ، فيجتمع على الأولى والثانية طلقة ، وعلى الثالثة والرابعة طلقتان ، فإذا بقي زمن لا يتسع للإيلاج في اثنتين فقد تعذر وقت الثالثة ، فتطلق بالأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان ، وعلى الرابعة ثلاث طلقات ؛ فتحرم حينئذٍ وتخرج عن الزوجية ، فلا يبقى الامتناع من وقتها شرطاً لطلاق صواباتها ؛ لأن تقدير الكلام : أيتكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي ، وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة.

وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت أنه يحنث ؛ لأن حنثه إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت ، فيستدعي وجود المحلوف عليه حينئذ ، والمعروف من المذهب أنه يحنث في الحال ، وهذا لتعذر ما لو حلف لبشرٍ بأن هذا الماء هو ماء الكوز اليوم ، فحلف قبل مضي اليوم فإنه يحنث في الحال ، وعلى ما ذكره أبو بكر لا يحنث.

وقال صاحب (المستوعب) : "ويمكن أن يقال : الأولى منهن من كان وقت اليمين حظها من القصد ، والثانية كالتالي تليها".

ومن الصور : ما إذا ادعى لزوجته الرجعة ، وادعت الزوجة انقضاء العدة في آن واحد ، ففي هذه المسألة وجهان :

أحدهما : القول قول المرأة ؛ لأن الزوج مدّعٍ وهي منكرة.

الثاني : يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة ؛ فالقول قوله.

ومن الصور: ما إذا آلى -أي حلف- من واحدة معينة واشتبهت عليه؛ فإنها تميز بالقرعة، وهذا ما ذكره أبو بكر. وإن آلى من واحدة غير معينة ففي (المحرر) وجهان:

أحدهما: يعين بالقرعة.

الثاني: يكون بتعيينه هو، والوجهان مخرجان من الروايتين في مسألة الطلاق، وفي (المغني) يكون وقت الجميع سوى واحدة منهن، فإذا لم يبق سوى واحدة تعين الإيلاء في حقها؛ لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحنث في هذه الحالة، بخلاف ما قبلها فلا يصير موالياً بدون ذلك.

ومن الصور: ما إذا تعذر إثبات النسب بالقافة، إما لعدمها، أو لعدم إلحاقها بالنسب لإشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك. فالمشهور: أنه لا يلحق بالقرعة -أي النسب- قاله أحمد < في رواية علي بن سعد، في حديث علي في ثلاثة وقعوا على امرأة فأقرع بينهم، قال: "لا أعرفه صحيحاً، وأوهنه".

وقال في رواية في حديث عمر في القافة: "أعجب إليّ" يعني من هذا الحديث، وعلى هذا فهل يضيع نسب الولد، أو يترك حتى يبلغ فيتنسب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به؟ هذه المسألة فيها وجهان:

الأول: قول أبي بكر.

الثاني: قول ابن حامد، واختارها صاحب (المحرر) أنه يلحق بالمدعين معاً، كالمدعين لعين ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة، وفي عدمها؛ فإن العين تقسم بينهما.

وكذلك ها هنا يلحق النسب بهما؛ إذ لا يمكن إلحاقه بالقرعة. وقال إسحاق بن

إبراهيم: "سألت أبا عبد الله عن حديث عمر: أن رجلين اختصما إليه في أيهما وقع على امرأة في طهرها، ماذا تقول فيه؟ قال أحمد: إن ولدت خیرت الابن في أيهما شاء اختار ويرثهما جميعاً، ويخير في حياتهما في أيهما شاء من الأبوين اختار".

وقال القاضي: "هذا موافق لقول ابن حامد أنه ينسب إلى من شاء منهما". وقال الحارثي: "إنما دل على أنه ينسب إليهما". كما اختاره صاحب (المحرر)، وأنه ورثه منهما، ولم يوقفه إلى بلوغه وتخييره، إنما هو للحضانة.

والأظهر: أن المراد من قول الإمام أحمد أنه إذا ألحقته القافة بالأبوين معاً؛ ورثتهما، وخير في المقام عند من يختار منهما. وعن أحمد أنه يقرع بينهما فيلحق نسبه بالقرعة، ذكرهما في (المغني) في كتاب الفرائض، وهي مأخوذة مما روى صالح عن أبيه، أنه قال: "القرعة أراها.

فقد أقرع النبي ﷺ في خمسة مواضع، فذكر منها وأقرع في الولد، ثم قال: وأذهب إلى القرعة، قلت: إن بعض الناس لا يميزون القرعة إلّا في الأموال، قال: أليس قد أقرع النبي ﷺ بين نسائه، والقرعة في القرآن".

وظاهر هذا أن الإمام أحمد قد أخذ بالقرعة في النسب، وأما حكم تحريم النكاح: فإن ألحقت القافة الولد بأحد الواطئين وكان بنتاً حلت لأولاد الآخر، ولم تحل لأحد من الواطئين، لكنها ربيبة له وإن لم توجد قافة، فإن قلنا: يضيع النسب حرمت على الواطئين، وأولادهم كما إذا اشتبهت ذات محرم بأجنبي، وإن قلنا يترك الولد أو البنت حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما بميل الطبع، ففي حلها لولد آخر من هذه المرأة احتمالان، ذكرهما صاحب (الترهيب) في الرضاعة.

وأما حكم العدة فقال أكثر الأصحاب : إن ألحقت القافة الولد بأحدهما انقضت به عدتها منه ، ثم اعتدت للآخر ، وإن ألحقته بهما انقضت به عدتها منهما .

وفي (الانتصار) لأبي الخطاب : لا يمتنع على أصلنا أن نقول : تنقضي به عدة أحدهما لا بعينه ، وتعتد للآخر فيما إذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلان بشبهة وجهل السابق منهما ، وأما إن ضاع نسبه فإن لم توجد قافة أو أشكل عليهم في (الإقناع) لابن الزاغوني يضاف إلى أحدهما بالقرعة ، وتنقضي به عدتها منه ، قال : ويحتمل أن تستأنف العدة لهما ؛ لأنه لا يعلم به البراءة من ماء أحدهما ، حيث لم ينسب إلى واحد منهما .

وفي (المجرد) و(الفصول) و(المغني) : يلزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء ؛ لأنه إن كان من الأول ؛ فقد أتت بما عليها من عدة الثاني ، وإن كان من الثاني فعليها تكميل عدة الأول ؛ ليسقط الفرض بيقين . وأما حكم الميراث إذا تعذر إلحاق النسب بواحد منهما ، ومات الولد ففي (المجرد) في العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما ، فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث .

كما قلنا من قبل : إذا طلق إحدى نسائه ومات ، ثم قال : فإن كان للطفل أم لأحد المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولأحدهما ولد ؛ فيجوز أن يقول : للميت أخوان ، ويجوز ألا يكون فيحكم له بالثلث ولا تحجب بالشك . قال الشيخ مجد الدين : " وفي هذا نظر من وجهين :

أحدهما : أن القرعة إنما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين ، وهنا يمكن أن يكون منهما .

الثاني : أن القاضي ذكر في (المجرد) في كتاب الفرائض : أنه يوقف المشكوك فيه حتى يصطلح عليه ، ثم العجب أنه جعل الأمي هنا الثلث حيث يشك هل لها

الثالث أو السدس ، وكان ينبغي أن تعطى بمقتضى القرعة. والحق : أن القرعة هنا أرجح من الإيقاف ؛ لأن فيها فصلاً للأحكام".

وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تعويل عليه ، وإنما التعويل على العادة الغالبة ، وأنه ابن لواحد منهما بيقين ، نعم ، لو عولنا على هذا الاحتمال ؛ لقسمنا إرثه بينهما بالسوية ، وهو متوجه. وأما دخول القرعة فيما تستحقه الأم من الثلث أو السدس فغير ممكن ، كما لا تدخل القرعة فيما يستحقه الخنثى من ميراث ذكر أو أنثى ؛ ولأنه فيما يستحق له حاجب مفقود ونحو ذلك.

وهذا الكلام في إلحاق النسب ابتداءً بالقرعة ، فأما إذا أقر أبو الولد ، إذا أقر بولد مبهم وتعذرت القافة فهل يثبت نسبه بالقرعة؟ في هذا خلاف في المذهب مستنداً إلى الإقرار بالقرعة ، ومنها : ما إذا بلغ سبعة سنين فإنه يخير بين أبيه وأمه في الحضانة ، على ظاهر المذهب : فإن اختار الولد واحداً منهما أو اختارهما جميعاً ؛ أقرع بينهما على المشهور في المذهب.

وفيه وجه آخر : وهو أنه يعطى الولد لأمه ، وأما قبل السبع فإذا استوى استحقاق حضانتهم رجلان كأخوين أو امرأتين كأختين فإنه يعين أحدهما بالقرعة.

ومن الصور : ما إذا استحق القود جماعة ، وتشاحوا في مباشرة الاستيفاء ، ففي هذه المسألة وجهان :

الأول : وهو أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة.

الثاني : يتعين بتعين الإمام ، قال هذا ابن أبي موسى ، وهو فيما إذا كان المقتول واحداً فإن كانوا جماعة ، وطلب ولي كل واحد منهما منهم أن يقتص على الكمال ، ففي هذه المسألة وجهان :

أحدهما: أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أقيد به - أي اقتص ، ووقع عليه القصاص - ويجب للباقيين الدية.

الثاني: يبرأ بالسابق في القتل فيقاد به ، وتتعين الدية للباقيين ، فإن قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ، ولم يذكر صاحب (المغني) سوى هذا الوجه.

وقال أبو الخطاب: "يقتل للجميع ، ويأخذ من ماله بقية ديات الجميع وتقسم بينهم". والمنصوص عن أحمد < أنهم إذا طلبوا القتل فليس لهم غيره ، فيكونون قد أخذوا بعض حقوقهم وسقط بعضها ، وهذا بعيد ؛ لأن القصاص لا يتبعض في الاستيفاء والإسقاط.

ومن الصور: ما إذا أعطينا الأمان لمشارك في حصن ليفتحه لنا ففعل ، ثم اشتبه علينا ، وادعى كل منهم أنه المستأمن ، ففي هذه المسألة وجهان :

أحدهما: وهو المنصوص أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعاً.

الثاني: يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حرّاً ويرق الباقيون ؛ لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه.

ومن الصور: ما لو حلف يمين ، ولم يدر أي الأيمان ما هي طلاق أو غيره قال أحمد < : "لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن ، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الأيمان كلها ؛ لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها". وفي المسألة قولان آخران ؛ أحدهما: أنه يقرع بين الأيمان كلها من الطلاق ومن الظهار واليمين بالله ، فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه ، وهذا بعيد لما يتضمنه من إيقاع الطلاق بالشك ، ولكنه احتمال.

وقياس المذهب أنه يقرع بين الأيمان كلها ، فأبي يمين وقعت عليه القرعة فهي

المحلف عليها، وقيل: لا يقع الطلاق بالشك في وجوده مثل أن يعلم أنه حلف بالطلاق مثلاً ليفعلن شيئاً، ونسي ما حلف عليه، وهنا قد شك في شرط الطلاق، وهو شرط عدمي فلا يلزمه طلاق على المذهب فلا يقع الطلاق بالشك في وجوده.

ومن الصور: ما لو عقدت الإمامة العظمى لاثنتين في عقدين مترتين، وجهل السابق منهما؛ بطل العقد فيهما، وقيل: تستعمل القرعة فمن خرجت له القرعة كانت له الولاية، وهذا مبناه على ما إذا زوج الوليان امرأة، وجهل السابق منهما؛ فإنه في المشهور أنه يفسخ النكاحان.

وقياس هذا: أنه يفسخ العقدان في الولاية العظمى؛ لأنهما يبطلان من غير فسخ. ومن الصور: ما إذا ولي الإمام قاضيين في بلد عملاً واحداً وقلنا بصحة ذلك، فاختلف الخصمان فيمن يحكمان بينهما، فالقول قول المدعي، فإن تساويا في الدعوة اعتبر أقرب الحاكمين إليهما، فإن استويا أقرع بينهما. وقيل: ينعان من التخاصم حتى يتفقا على أحدهما.

ومن الصور: ما إذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة، وتشاحوا في التقدم، وليس فيهم مسافر؛ فإنه يقدم أحدهما بالقرعة، وكذا إذا ادعى الخصمان عنده معاملة أو ادعى الخصمان عنده معاً؛ فإنه يقدم أحدهما بالقرعة.

ومن الصور: القرعة في القسمة إذا عدل القاسم السهام بالجزء، إن تساوت، وبالقيمة إن اختلفت، وبالرد فيما يقتضي الرد، فإنه يقرع بين الشركاء، وهو مخير إن شاء كتب اسم كل واحد منهما في رقعة ثم تخلط الرقاع، ويخرج على كل اسم رقعة منها، وإن شاء كتب اسم كل سهم في رقعة ثم خلطها، وأخرج واحدة واحدة، كل منهما على اسم واحد من الشركاء، فإذا تمت القرعة، لزمتم

القسمة للشركاء.

وفي هذه المسألة وجه آخر: وهو أنه لا يلزمه فيما فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة؛ لأنها بيع إذا دخلها الرد فيشترط لها التراضي.

ومن الصور: ما إذا تداعى اثنان عينا بيد ثالث فأقر بها لأحدهما مبهماً، وقال: لا أعلم عينه، فإنه يقرع بينهما من خرجت له القرعة فهي له، وهل يحلف أنها له؟

فيها وجهان، والمنصوص عن أحمد أن عليه اليمين، وعليه حمل حديث أبي هريرة: "إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه" لكنه قال <: "إذا كره اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهي له بغير يمين" ولا فرق بين أن يكون ودعة أو عارية أو رهناً أو بيعاً مردوداً بعيب أو خيار أو غيرهما، نص عليه أحمد < في المردود.

وإن قال من هي في يده: ليست لي، ولا أعلم لمن هي، ففي هذه المسألة ثلاثة أوجه:

الأول: يقترعان عليها كما لو أقر بها لأحدهما مبهماً.

الثاني: يجعل عند أمين.

الثالث: تقر في يد من هي في يده.

الوجه الأول: هو ظاهر كلام الإمام أحمد، والوجهان الآخران مخرجان من مسألة من هي في يد شيء معترف بأنه ليس له، ولا يعرف مالكة فادعاه شخص معين، فهل يدفع إليه أو لا، وهل تقر بيد من هو في يده أو ينتزعه الحاكم من يده؟ فيه خلاف في المذهب.

ومن الصور: ما إذا تعارضت البيتان، ففي هذه المسألة ثلاث روايات:

إحداهن: يسقطان بالتعارض، ويصيران كمن لا بينة لهما.

الثانية: يستعمل بقسمة العين بينهما بغير يمين.

الثالثة: يرجح أحدهما بالقرعة، فمن خرجت له القرعة حلف، وأخذ العين، وصرح أحمد < بهذا المعنى، فقال: "لو أقام البينة جميعاً أسقط البيتين جميعاً؛ لأن كل واحدة منهما قد أكذبت صاحبتهما ويستهما على اليمين".

وقيل: إنه يوقف الأمر حتى يتبين، أو يصطلحا عليه، واختار أبو بكر بن أبي موسى أنه يرجح بالقرعة، ونص عليه أحمد في رواية في رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البينة أنه اشتراه بمائة، وأقام الآخر البينة أنه اشتراه بمائتين، والبائع يقول: بعته بمائتين، والثوب في يد البائع بعد، قال: "ليس قول البائع بشيء، ويقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو له، والذي ادعى أنه اشتراه به". قلت: فإن كان الثوب في يد أحدهما، ولا يدري أيهما اشتراه أولاً قال: لا ينفعه ما في يده إذا كان مقرراً أنه اشتراه من فلان.

لكن ذكر القاضي عن أحمد: أن أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين، ثم تأوله على أنه كان في يدهما وإنما أجاب أحمد فيه بالقرعة، كما ذكرنا، كما وقع للقاضي أنه نقل عن أحمد أنه إذا كان الثوب في يد البائع فهو بينهما نصفان، وإن كان في يد أحدهما أقرع بينهما.

وذكر الشيخ تقي الدين في هذه المسألة أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البيتان بالعقدين، أو الإقرارين أو الحكميين أن يصدق البيتان بهما إن علم السابق، وإلا كان بمنزلة أن تشهد بينة واحدة بالعقدين، ولا يعلم السابق منهما فهنا إما أن

يقرع بينهما، أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به. فيقر في يد ذي اليد، وتكون الدعوة حينئذ لمن انتقل عنه على صاحب اليد.

قال: وقياس المذهب فيما إذا اشتبه، أسبق عقدي البيع أن يفسخهما إلا إذا تعذر موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه، فإنه يقرع بينهما؛ لأن من أصلنا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك، أو المملك بغير المملك، فإننا نقرع -أي نجري القرعة- في هذه الحالة، فإذا أمكن فسخ العقد، ورد كل حال أو كل مال إلى صاحبه، فهو خير من خطر القرعة.

قاعدة: العقود لا ترد إلّا على موجود بالفعل أو بالقوة

أما الفسوخ فترد على المعدوم حكماً واختياراً على الصحيح، وقد دل عليه حديث المصراة، حيث أوجب الشارع رد صاع من التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه، وهو مما ورد العقد عليه؛ فدل على أنه حكمٌ بفسخ العقد، أو يفسخ العقد فيه، ورد عوضه مع أصله، والرجوع بالثمن كاملاً. فأما لانفساخ الحكم بالتلف، فهذا يجري في مواضع كثيرة نذكرها تباعاً.

ومنها: ما إذا تلف المبيع المبهمة قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفي عوضه، سواء كان ثمنًا أو مئتمناً.

ومن الصور: ما إذا تلفت الثمار المشتراة في رءوس النخل قبل حصادها، وكان التلف بجائحة نزلت عليه من السماء، فإن العقد ينفسخ فيها.

ومن الصور: ما إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الإجارة انفسخ العقد فيما بقي منها، وأما الفسخ الاختياري فهو كثير وكثير.

ومن مسأله: ما إذا تلف المبيع في مدة الخيار فهل يسقط الخيار أو لا يسقط؟

وللبائع الفسخ ، فيرجع بعوضه ويرد الثمن ، في هذه المسألة روايتان.

ونقل أبو طالب أن العين المشتراة إذا تلفت عند المشتري فللبائع الثمن ، أو كان بعيراً شرد ولم يمكن رده فله القيمة. وهنا نجد أنه فرق بين التلف الحسي وبين التلف الحكمي ، و فرق بين التفويت مع بقاء العين ، فأجاز الفسخ مع بقائها لإمكان الرجوع بخلاف التلف ، فتصرفه في المبيع في مدة الخيار جنائية حال بها بين المبيع والبائع ، والرجوع في ماله ؛ فيملك أن يفسخ وأن يضمن القيمة للحيلولة ، وإلى هذا المأخذ أشار أحمد - رحمه الله.

ومن الصور : ما إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع ففي هذه المسألة روايتان :

إحدهما : يتحالفان ويفسخ البيع ويغرم المشتري القيمة.

الثانية : أن القول هو قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن ولا فسخ في البيع.

ومن الصور : ما إذا تلف بعض المبيع المغيب ، وأراد رده ، فهل يجوز رد الموجود مع قيمته ، أو مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن ؟ نقول : إن ظاهر كلام القاضي جوزاه ؛ لأن الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود ، فإذا اشترى شيئاً فبان معيباً قد تعيب عند المشتري ، فإنه يردده ويرد معه أرش العيب الحادث عنده منسوباً إلى قيمته لا من ثمنه ، فرد الفسخ هنا على المفقود تبعاً للموجود فيضمن بالقيمة.

وهذا رجوع إلى أن الفسخ رفع للعقد من أصله ، وهو ضعيف ، ومقتضى هذا أن الأصل ضمانه بجزء من الثمن ، وهو مقتضى ما ذكره القاضي وغيره ؛ لأن كل جزء من المبيع مقابل لجزء من الثمن ، فإذا لم يمكن رد المبيع رد الموجود منه بقسطه من الثمن ، كما في تفريق الصفقة.

وهذا خلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري من البائع فإنه يأخذه منسوباً من الثمن، واختلف الأصحاب فيه فمنهم من يقول: هو فسخ للعقد في مقدار العيب ورجوع بقسطه من الثمن، وعلى هذا فالفسخ ورد على معدوم مستحق للتسليم.

وهذا في العين المشتراة في الذمة كالسلم ظاهراً لأنه كان يستحقه سليماً، فأما في المعين فلم يقع العقد على غير عينه، فلا يمكن أن يكون الأرش فسخاً إلا أن يكون إطلاق العقد على العين يقتضي سلامتها، وكأنها موصوفة السلامة، وقد فاتت.

ومنهم من يقول: بل هو عوض عن الجزء الفائت، وعلى هذا فهل هو عوض عن الجزء نفسه، أو هو عوض عن قيمته؟ ذهب القاضي إلى أنه عوض عن القيمة، وذهب ابن عقيل إلى أنه عوض عن العين عنها بما شاء، وإن قلنا: إنها تضمم بالقيمة لم يجوز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها.

ومنهم من قال: هو إسقاط لجزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذر تسليمه لا على وجه الفسخ؛ لأن الفسخ لا يقابل الفائت من العين، وينبني على ذلك جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته.

فإن قلنا: إن المضمون العين فله المصالحة على سبيل الصحة والسلامة، وإنما يقابل الأجزاء المشاعة، فإذا عقد على عين موصوفة، وفات بعض صفاتها رجع بما قابله من الثمن من غير فسخ، وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضي.

وينبني على الخلاف في أن الأرش فسخ، أو إسقاط لجزء من الثمن، أو معاوضة للثمن أنه إن كان فسخاً أو كان إسقاطاً لم يرجع إلا بقدره من الثمن، ويستحق جزءاً من عين الثمن مع بقاءه بخلاف ما إذا قلنا: هو معاوضة، وأما أن إسقاط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبلة؛ فإنه يجوز على حسب ما يتفقان عليه، وليس ذلك من الأرش في شيء.

ومن الصور: ما إذا تلفت العين المعيبة كلها: فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أو لا؟

الذي عليه الأكثرون أنه لا يملك ذلك ؛ لأن الرد يستدعي مردوداً ولا مردود إلّا مع بقاء العين وظلامته ، فإنها تستدرك بالأرّش ، وهو ضعيف ؛ لأنّ البدل يقوم مقام العين. وخرج القاضي جواز ذلك ، وذكر أنه قياس المذهب.

ومن الصور: ما إذا اشترى ربوياً بجنسه فبان معيّباً ثم تلف قبل رده ، فإنه يملك الفسخ ويرد بدله ، ولا يجوز له أخذ الأرّش على الصحيح ، لمحذور الوقوع في الربا فيتعين الفسخ.

ومن الصور: الإقالة: هل تصح بعد تلف العين؟ قال القاضي مرة: "لا تصح لأنها عقد يقف على الرضا من الجانبين ؛ فهي كالبيع بخلاف الرد بالعين. ثم قال في موضع آخر: هو قياس المذهب أنها تصح بعد التلف إذا قلنا هي فسخ".

وحكى صاحب (التلخيص) فيها وجهين ، بخلاف الرد بالعيب ، وفرّق بأن الرد يستدعي مردوداً بخلاف الفسخ ، وهو ضعيف ، فإن الرد فسخ أيضاً ، والإقالة تستدعي مقالاً فيه ، ولكن البدل يقوم مقام المبدل هنا للضرورة.

ومن الصور: الشركة في البيوع ، وهي نوع ، وحقيقتها أن يشتري رجل شيئاً فيقول الآخر: أشركتك في نصفه أو جزء مشاع منه فيقبل ؛ فيصح ذلك ويكون تمليكاً منجزاً بعوض في الذمة ، وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فالربح بينهما أو يتقصدان بالثمن ، ويصير المشتري شريكاً في الربح فيأخذ حصته منه.

وإن تلف المال ، أو خسر ؛ انفسخت الشركة فيكون الخسران أو التلف على المشتري ، فيقدر انفساخ الشركة حكماً في آخر زمن الملك قبل بيعه بخسارة أو قبل تلفه ، وإنما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران ؛ فيكون هذا العقد مفيداً للشركة في الربح خاصة ، ويكون فسخه معلقاً على شرط ، ويكتفي بذلك من مسمى الشركة من غير حاجة إلى شرط لفظي ، وقد نص أحمد على جواز هذه الشركة.

قاعدة: التفاسخ في العقود الجائزة، قاعدة: من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه، قاعدة: إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها، قاعدة: فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقيه، قاعدة: فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة: التفاسخ في العقود الجائزة. ٢٤٧
- العنصر الثاني : قاعدة: من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه. ٢٥٢
- العنصر الثالث : قاعدة: إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها. ٢٥٣
- العنصر الرابع : قاعدة: فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقيه. ٢٥٨
- العنصر الخامس : قاعدة فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط، وهو نوعان. ٢٦٢

قاعدة: التفاسخ في العقود الجائزة

متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد، لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه؛ فيجوز على ذلك الوجه، ويدخل تحت هذه القاعدة صور ومسائل كثيرة.

ومن ذلك: الموصي له فإن له الرد بعض القبول في حياة الموصي وبعده، وقيد ذلك صاحب (المحرر) بما إذا وجد حاكماً؛ لثلا يضيع إسنادها فيقع الضرر، وأخذها من رواية لأحمد في الوصي يدفع الوصية إلى الحاكم فيبرأ منها، قال: "إن كان حاكماً فنعم".

وفي رواية: أن الموصي له لا يملك الرد بعد الموت بحال، بل ولا قبل الموت إن لما يعلمه بذلك لما فيه من التغير به.

ومن الصور: الوكيل في بيع العين المرهونة إذا عزل الراهن فإنه يصح عزله، وهذا على المنصوص؛ لأن الحاكم يأمره بالبيع ويأمره أن يبيع عليه.

وهناك وجه آخر: أنه لا ينعزل؛ لأن فيه تغريراً للمرتهن. وهناك رأي ثالث في المسألة: وهو أنه يفرق بين ما إذا كان يوجد حاكماً يأمر بالبيع أو لا، فإن وجد الحاكم صح العزل، وإلا فلا يصح.

ومن الصور: أنه يجوز فسخ عقد الجعالة، لكن يستحق العامل أجره المثل لبطلان المسمى بذلك، فإذا عمل به أحد مستنداً إلى ذلك العقد المفسوخ، وهو لا يعمل استحق أجره المثل كما لو سُمي تسمية فاسدة في العقد؛ فإن التسمية الفاسدة تبطل، وتجب له أجره المثل.

ومنها: ما إذا فسخ المالك عقد المساقاة، وقلنا: إن عقد المساقاة عقد جائز، فإن كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت؛ لأنه يملكه بالظهور؛ ولأن حصة المساقى ليست وقاية لرأس المال، بخلاف المضارب فإن نصيبه من الربح في عقد المضاربة إنما هو وقاية لرأس المال، فلا يستقر نصيب العامل من الربح إلّا بالمقاسمة.

وكذلك لو فسخ العامل عقد المساقاة بعد الظهور، وأما إن كان الفسخ قبل الظهور فإن كان من العامل فلا شيء له لإعراضه، وإن كان من المالك فعليه أجره المثل للعامل؛ لأنه منعه من إتمام عقد يفضي إلى حصول المسمى له غالباً؛ فلزمه ضمانه، وأيضاً فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها أثر بالقيام عليها، وفي خدمتها فلا يذهب عمله مجاًناً.

وقد أثر في حصول المقصود، وفي وجه أن العقد ينفسخ بالنسبة إلى المالك دون العامل فيستحق من الثمرة المسمى له.

ومن الصور: ما إذا زارع شخص رجلاً على أرضه ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع أو قبل البذر، وبعد الحرث فليس له شيء، إنما يجب بعد التمام، قاله ابن منصور. فقد قال: "يجب له بعد ما يبلغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ، فأما أن يكون ذهب عمل يديه وما أنفق في الأرض فلا، وذلك أنه إذا أخرج صاحبه أو خرج هو بإذنه، فإذا خرج من ذات نفسه، فليس له شيء".

فحمل ابن منصور قول أحمد: "أنه لا شيء له على ما إذا خرج بنفسه؛ لأنه قد أعرض عما له من استحقاق من الأرض بخلاف ما إذا أخرج المالك، أو خرج بإذنه". وظاهر كلامه أنه تجب له أجره عمله؛ لأنها ليست أعياناً، وهذا لا يدل

على أنه لا حق له فيها بالكلية ، ولهذا نقول في آثار الغاصب : أنه يكون شريكاً بها على أحد القولين.

وقد أفتى الشيخ تقي الدين فيمن زارع رجلاً على مزرعته وعلى بستانه ، ثم أجرها هل تبطل المزارعة ؟ أنه إن زارعه مزارعة لازمة لما تبطل بالإجارة ، وإن لم تكن لازمة أعطى الفلاح أجره عمله. وأفتى في رجل زرع أرضاً وكانت بواراً وحرثها فهل له إذا خرج منها فلاحه ؟ نقول : إن كان له في الأرض فلاحه لم ينتفع بها ؛ فله قيمتها على ما انتفع بها ، فإن كان المالك هو الذي انتفع بها وأخذ عوضاً عنها من المستأجرة ، فضمامها عليه. وإن أخذ الأجرة عن الأرض وحدها فضمام الفلاحه على المستأجر المنتفع بها.

ومن المسائل : المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ، ولو كان المال عرضاً ولكن للمضارب بيعه بعد الفسخ ؛ لتعلق حقه بربحه ، وهو ظاهر كلام أحمد ، فقد قال ابن عقيل في باب الشركة : "أن المضارب لا ينعزل مادام عرضاً ، بل يملك التصرف حتى ينض رأس المال ، وليس للمالك عزله ، وأن هذا ظاهر كلام أحمد".

وقيل : إنه ينعزل بالنسبة إلى الشراء دون البيع ، ومعناه أن المضارب بعد الفسخ يملك تنضيد رأس المال ، وليس للمالك منعه من ذلك ؛ إذا كان فيه ربح ، وفي موضع آخر قال ابن عقيل : "بأن العامل لا يملك الفسخ إلّا بعد أن ينض رأس المال مراعاةً لملكه ، إذا قصد المالك بعزله بالعامل الحيلة لاقتطاع الربح ، مثل أن يشتري متاعاً يرجو به الربح في موسم ، فينفسخ قبله ليقومه بسعر يومه ، ويأخذه حتى يبيعه بثمن أكثر لم ينفسخ في حق المضارب في الربح".

وإذا جاء الموسم أخذ حصته منه ، فجعل العقد باقياً بالنسبة إلى استحقاق نصيبه من الربح الذي أراد المالك إسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب ؛ فهو كالفسخ بعد ظهور الربح ، فالمضاربة كالعجالة لا يملك رب المال أن يفسخها بعد تلبس العامل بالعمل ، وأطلق ذلك ابن عقيل.

وقال في (مفرداته): "إنما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال وبعد أن يعلم رب المال أنه أراد الفسخ ؛ لثلا يتمادى به الزمن فيتعطل عليه الأرباح ، فلا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه ؛ لأنه ذريعة إلى غاية وفيه الإضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح ؛ ولهذا لا يملك فسخها ورأس المال قد صار عروضاً ، لكن إذا باع ونض رأس المال فإن العقد يفسخ عندئذ".

وحاصله : أنه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه ؛ لثلا يتضرر بتعطيل ماله عن الربح ، وهو حسن جارٍ على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع.

ومن الصور : الشركة ، فإنه إذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت ، وإن قال الآخر : عزلتك ، انعزل المعزول وحده ، وينفسخ العقد مع كون المال عروضاً أو ناضاً.

وفي رواية : لا ينعزل حتى ينض رأس المال كالمضارب ، وهذا هو المذهب ، وذكر بعضهم فرقاً بين الشركة والمضاربة بأن الشريك وكيل ، والربح يدخل تبعاً لخلاف حق المضارب ، فإنه أصلي ولا يدخل أو لا يظهر بدون البيع.

ومن الصور : الوكيل ، إذا وكله في فعل شيء ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان ، فهل يضمه الموكل أو لا ؟ فيه وجهان مذكوران فيما إذا وكله

في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم بالعزل، فلا ضمان على الوكيل؛ لأن عفو موكله لا يصح، حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه فهو كما لو عفا بعد الرمي، ولكن هل يلزم الموكل الضمان؟ على قولين:

أحدهما: لا ضمان عليه، ووجهه بأن عفوه لم يصح، وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان.

الثاني: عليه الضمان؛ لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بعصمته فكان الضمان عليه، كما لو أمر بالقتل من لا يعلم تحريمه فقتل فكان الضمان على الأمر. وقيل: إنه يبنى الحكم على انعزال الوكيل قبل العلم، فإن قلنا: لا ينعزل لم يصح العفو؛ فيقع القصاص مستحقاً، ولا ضمان فيه.

وإن قلنا: إنه ينعزل صح العفو وضمن الوكيل، كما لو قتل مرتدّاً، وكان قد أسلم، ولم يعمل بإسلامه. ولكن هل يرجع على الموكل في ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يرجع لتقريره.

الثاني: لا يرجع؛ لأن العفو إحسان منه، لا يقتضي الضمان، وعلى هذا فإن الدية تكون على عاقلة الوكيل. وقيل: إن الدية تكون في ماله؛ لأنه عمد، وهذا بعيد.

وهناك رأي ثالث في المسألة، وهو إن قلنا: لا ينعزل لم يضمن الوكيل ولكن هل يضمن العافي؟

هذا على وجهين بناء على صحة عفوه وتردده بين تقريره وإحسانه، وإن قلنا: ينعزل؛ لزمته الدية، ولكن هل تكون الدية في ماله أو على عاقلته؟ فيها وجهان في المذهب.

قاعدة: من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه

هذه القاعدة مختلف فيها، ويندرج تحتها صور كثيرة، ومن هذه الصور:

ما لو باع شخصٌ ملك أبيه بغير إذنه، ثم تبين أن أباه قد مات ولا وراث له، وفي صحة تصرفه وجهان.

ومنها: لو طلق امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته، ففي وقوع الطلاق روايتان، ومبنى الخلاف على أن الصريح من الطلاق هل يحتاج إلى نية أو لا يحتاج إلى نية؟ ومن الصور: ما لو لقي امرأة في الطريق؛ فقال: تنح يا حرة، فإذا هي أمته، ففيها الخلاف أيضاً، وهذا إنما يكون مع إطلاق القصد. فأما إن قصد به المدح بالعفة ونحوها فليست من المسألة في شيء، ويتنزل الخلاف في هذا على أن الرضا بغير المعلوم، هل هو رضا معتبر؟ والأظهر عدم اعتباره.

ومن الصور: ما لو أبرأه من مائة من الدراهم أو الريالات أو الجنيهات مثلاً، معتقداً أنه لا شيء له عليه، ثم تبين أنه كان له في ذمته هذا المبلغ، ففي هذه المسألة الوجهان المذكوران في المذهب.

ومن الصور: ما لو جرحه جرحاً لا قصاص فيه فعفى عن القصاص وسرايته، ثم سرى هذا الجرح إلى نفسه، فهل يسقط القصاص بهذا العفو؟ في هذه المسألة يخرج فيها الحكم على الوجهين، بناءً على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية؟ لكن جزم القاضي وغيره بأن العفو لا يصح في القصاص هنا على هذا النحو.

ومن الصور: ما لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر، ثم تبين أنه كان ميتاً قبل ذلك بمدة تنقضي فيها العدة، أو أنه كان طلقها ففي صحة النكاح الوجهان،

ورجح صاحب (المغنى) عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح في الابتداء، كما لو تزوجت المرتابة قبل زوال الرتبة.

وقد يتخرج على هذه القاعدة أن يوكل شخصٌ غيره في تطليق زوجته ويشير إلى امرأة معينة، فيطلقها على أنها زوجة موكله، ثم تبين أنها زوجته، ويتخرج عليها أيضاً مسألة: ما إذا نادى امرأة له فأجابته امرأته الأخرى فطلقها وهو ينوي طلاق المناداة، فإنه تطلق المناداة وحدها ولا تطلق المواجهة في الباطل.

وفي الظاهر روايتان في ذلك؛ فعلى هذا لا تطلق الموكل في طلاقها هنا، وقد يفرق بينهما بأن الطلاق هنا قد انصرف إلى جهة مقصودة، فلم يحتج إلى صرفه إلى غير المقصودة، وإن كانت مواجهة به بخلاف ما إذا لم يكن هناك جهة سوى المواجهة؛ فإن الطلاق يصير بصرفه عنها هزلاً لعباً، ولا هزل ولا لعب في الطلاق.

قاعدة: إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهم مع الشك في شرط صحتها

هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أو لا؟ هذه القاعدة مختلف فيها، وهي نوعان:

النوع الأول: ما يشترط فيه النية الجازمة، فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبه، أو وصل إلى غلبة ظنٍ تكفي لمثله في إيقاع العبادات أو العقود، كغلبة الظن بدخول الوقت في الصلاة، وغلبة الظن في طهارة الماء والثوب... ونحو ذلك. ومن أمثلة ذلك: ما إذا صلى وهو يظن أنه محدث، فتبين أنه كان متطهراً، ومن الصور: ما لو شك هل ابتداء مدة المسح على الخفين في السفر، أو الحضر فمسح يوماً آخر بعد انقضاء مدة الحضر، ثم تبين له أنه ابتدأها في السفر، لزمه إعادة الصلاة بالشك، ولكن هل يلزمه إعادة الوضوء؟ فيها وجهان:

أحدهما: أنه لا يلزمه إعادة الوضوء، وبه جزم صاحب (المغني) لأن الوضوء يصح مع الشك في سببه، كمن شك في الحدث فتوضأ ينوي به رفع الحدث، ثم تبين أنه محدث ومحدثٌ بيقين.

الثاني: يلزمه الوضوء؛ لأن المسح رخصة، ولم يتحقق إباحتها فلم يصح، كمن قصر وهو شك في جواز القصر.

ومن الصور: ما لو توضأ من إناء مشتببه في طهارته ثم تبين أن هذا الإناء طاهر، لم تصح طهارة في المشهور، وقيل: تصح الطهارة، وهو يرجع إلى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط.

ومن الصور: ما لو توضأ وهو شاكٌّ في الحدث، أو صلى مع غلبة ظنه بدخول وقت الصلاة، ونوى الفرض إن كان محدثاً أو الوقت قد دخل، وإلا فالتجديد أو التنفل فإنه يجزئه؛ لأن هذا حكمه ولو لم ينوه، فإن نواه لم يضره.

ومن الصور: ما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاة المال، ونوى أنها عن الغائب إن كان سالماً وإلا فهي تطوع، فبان المال سالماً أجزأه ما فعله ذلك، وقيل: إنه لا يجزئه؛ لأنه لا يخلص النية عن الفرض، ولم يتخرج من وجهه في التي قبلها أنه لا يصح؛ لأنه لم يبين أصل مستصحب، ولكنه بني على غلبة ظن بدخول الوقت وهو يكفي في صحة الصلاة.

ومن الصور: ما إذا نوى ليلة الشك إن كان غداً من رمضان فهو فرضي، وإلا فهو نفلٌ فهل يجزئه عن رمضان إذا وافق وكان اليوم هو أول يوم من رمضان؟ ينبي ذلك على أن نية التعيين هل تشترط لرمضان؟ فإن قلنا: النية تشترط، وهو المشهور في المذهب لم يجزئه؛ ذلك لأنه لم يجزم بالتعيين في نيته، ولم يبن على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه، بخلاف مسألة الزكاة.

وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان، فقال: إن كان غداً من رمضان فأنا صائم عنه وإلا فأنا مفطر؛ فإنه يصح صيامه في أصح الوجهين، لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله، وأما ترده في النية فهو غير قادح في صحتها؛ لأنه حكم صومه مع الجزم. والوجه الثاني لا يجزئه مع التردد.

وقيل: يجزئه النية المترددة مع الغيم دون الصحو؛ لأن الصوم مع الغيم لا يخلو من تردد ينافي الجزم، فإذا ترددت النية فقد نوى حكم الصوم، فلا يضره التردد، بخلاف حالة الصحو فإنه لا يحتاج فيها إلى التردد، وهذا هو النوع الذي يحتاج من العبادات والعقود إلى نية جازمة.

النوع الثاني: فهو ما لا يحتاج إلى نية جازمة، والصحيح فيه الصحة، ومن أمثله: ما إذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح، ثم تبين أنه كان جائزاً، وفي ذلك وجهان، ومنها: ما لو كان عند رجل دنانير وديعة فصارفه عليها، وهو يجهل بقاءها ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهي في الذمة، ولا حاضرة فتكون مصارفة على عين.

الثاني: أنه يصح لأن الأصح بقاءها فصار كبيع الحيواني الغائب بالصفة، فإنه يصح مع احتمال تلفه؛ لأن الأصل بقاءه، فإن كانت باقية تقابضاً وصح العقد، وإن كانت تالفة تبين بطلان العقد، وهذا إذا تلفت بغير تفريق، أما إن تلفت تلفاً مضموناً في الذمة؛ فينبني على تعيين النقود بالتعيين، فإن قلنا: يتعين لم يصح العقد، وإلا صح العقد وقامت الدنانير التي في الذمة مقام الوديعة، لا على الوجه الذي يشترط فيه للصرف التعيين فلا يصح على ما في الذمة.

ومن الصور: الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه، وهي رجعة

صحيحة رافعة للشك، وهي المسألة التي أفتى فيها شريك بأنه مطلق ثم يراجع، ومأخذه أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط، ولا يصح تعليقها، فلا يصح تمثيل قوله بمن شك في نجاسة ثوبه، فأمر بتنجيسه، ثم أمر بغسله، وكذلك لم يصب من أدخل قوله في أخبار المغفلين، فإنما مأخذه في ذلك قد خفي عنه.

فأما الرجعة مع الشك في حصول الإباحة كمن طلق وشك، هل تطلق ثلاثاً أو طلق واحدة ثم راجع في العدة؛ فيصح عند أكثر الأصحاب؛ لأن الأصل بقاء النكاح. وقد شك في انقطاعه. والرجعة: استبقاء له، فصح مع الشك في انقطاعه، وعند الحنفي: لا يصح؛ لأنه قد تيقن سبب التحريم وهو الطلاق. فإنه إن كان ثلاثاً فقد حصل التحريم بدون زواج وإصابة، وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد البيونة بدون عقد جديد.

فالرجعة في العدة لا يحصل به الحل إلا هذا التقدير فقط، فلا يزول الشك مطلقاً فلا يصح؛ لأن تيقن سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع يقوم مقام تحقق وجوب الحكم مع الشك في وجود المانع، فيستصحب حكم وجود السبب كما يعمل بالحكم، ويلغى المانع المشكوك فيه، كما يلغى مع تيقن وجود حكمه. وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الحنفي في تعليقه، بأنه تيقن التحريم وشك في التحذير؛ فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة، وليس ذلك بل لازم.

ومن الصور: ما لو حكم حاكم في مسألة مختلف فيها بما يري أن الحق في غيره، فإنه يكون آثماً وعاصياً بهذا الحكم، ولكن لا ينقض حكمه إلا أن يكون هذا الحكم مخالفاً لنص صريح؛ لأن شرط صحة موافقة الاعتقاد؛ ولهذا لو حكم بجهل فإنه ينقض حكمه، مع أنه لا يعتقد بطلان ما حكم به، فإذا اعتقد بطلانه

فهو بالرد أولى. وفي حكم الجاهل والفاسق وجهان :

أحدهما: تنقض جميع أحكام الفاسق والجاهل لفقد الأهلية.

الثاني: تنقض كلها إلّا ما وافق الحق المنصوص المجمع عليه ، وينقض ما وافق الاجتهاد ؛ لأنه ليس من أهله ، وهذا القول يشبه في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية ، فأعطى الحقوق لمستحق معين صح قبضه ولم يضمنه ؛ لأنه يجب عليه إيصاله إليه وقد حصل ، وإن كان قد أعطى المستحق وهو غير معين ، فذلك على وجهين.

ومن الصور : الحكم بالإسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح ، وإن حصل التردد في مستنده ، هل هو الإسلام المستمر على ما يدعيه ؟ أو الإسلام المتجدد على تقدير صحة ما اتهم به ؟ وفي ذلك يقول الخرقي : "ومن شهد عليه بالردة ، فقال : ما كفرت ، فإن شهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، لم يكشف عن شيء من الردة ؛ لأن هذه الشهادة يثبت به إسلام الكافر الأصلي ، فكذلك المرتد ، ولا حاجة في ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة رده".

قال أحمد > فيمن أسلم من أهل الكتاب ثم ارتد ، فشهد قوم عدول على أنه تنصر ، أو شهود وقال هو : لم أفعل أنا مسلم ، فهو قد نفى ما شهدوا عليه به من الكفر ، وقال : أنا لم أفعل ، فأنا مسلم ؛ فإنه يقبل قوله ، ولا يقبل قول من شهد عليه بالكفر ؛ لأن إنكاره قوي ، وهو أقوى من شهادة الشهود ، فإنكاره بالكلية أولى بالقبول.

وأما إن ثبت كفره بإقراره بالكفر ، ثم أنكر فإنه لا يقبل إنكاره ، وإن سلمنا بأن الحد هنا وجب بقوله فيقبل رجوعه عنه ، بخلاف ما ثبت بالبينة كما في حد الزنا.

قاعدة: فيما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقه

وهي نوعان: مملوك تعلق به حق الغير، ومملوك للغير.

وعلى هذا؛ فإن ما يجوز الأكل منه من الأموال بغير إذن مستحقها، نوعان:

النوع الأول: فهو مال الزكاة فيجوز الأكل مما تتوق إليه الأنفس، ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج إليه الإنسان من ذلك، فله أن يطعم الأهل والضيغان، ولا يحتسب ذلك من زكاته، وكذلك يجب على الخارص - وهو العامل الذي يخرص المحصول من الثمار ويقدرها - له أن يدع في خرصه للمالك أو للمزكي الخارص يضع له الثلث أو الربع، بحسب ما يقتضي الحال من كثرة الحاجة وقتها؛ لما دلت عليه السنة، فإن استبقيت ولم تأكل رطبة رجع عليهم بزكاتها، وأما الزروع فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله وليس له الإهداء منها.

النوع الثاني: فينقسم إلى ما له مالك معين، وإلى ما له مالك غير معين. فأما ماله مالك غير معين كالهدي والأضاحي فيجوز لمن هي في يده - وهو المهدي والمضحى - أن يأكل منها، كما يجوز له أن يدخر وأن يهدي كما دلت عليه السنة، ولكن هل يجوز له أن يأكل أكثر من الثلث أو لا؟ في هذه المسألة وجهان، أشهرهما: أنه يجوز.

وهل المستحب أن يقسم الهدية أثلاثاً كالأضاحي، أو المستحب أن يتصدق به كله، أو بما يأكله منه؟ هذا عليه وجهين.

أما ما له مالك معين فنوعان؛ أحدهما: أن يكون عليه ولاية فإن كانت الولاية

عليه لحفظ نفسه، كالرهن فإنه يجوز له الأكل مما بيده، إذا كان داراً والانتفاع بظهره إذا كان مركوباً، لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة، وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الأكل منه بقدر عمله.

ويخرج على ذلك صور كثيرة ومنها: ولي اليتيم فإن ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله، وهل يرد بمقدار ما أخذ إذا أيسر؟

في ذلك روايتان، والمختار منهما أنه يأكل مع الحاجة وعدمها، ولو فرض له الحاكم شيئاً؛ جاز له أن يأخذه مجاناً بغير خلاف في الفقه. ونص عليه الإمام أحمد < في الأم الحاضنة: أنها لا تأكل من مال ولدها إلا لضرورة، إلا أن يفرض له الحاكم في المال حق الحضانة، ووجهه أن من أعطاه غيره فله الأخذ مع الغنى، بخلاف الأخذ بنفسه؛ ولهذا جاز للولي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه، ولم يجز له إذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ.

ولهذا المعنى جاز الأخذ لعامل الزكاة مع الغنى؛ لأن المعطي له هو الإمام؛ فيساوى فيه الفقير والغني؛ ولأنه يأخذ جزاء عمله فهو أجر في نظير العمل، فيستوي فيه الفقير والغني على حد سواء.

ومن الصور: أمين الحاكم، أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم فإنه لا يأكل بخلاف الوصي، فيجوز أن يجعل للوصي جعلاً مع وجود متبرع بالنظر في مال اليتيم، بخلاف أمين الحاكم، فإنه لو وجد متبرعاً بالحفظ لم يجز له أن يجعل لأحد جعلاً عليه. وقد نص الإمام أحمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجراً بقدر شغله، وقال: "هو مثل ولي اليتيم، فله أن يأخذ على القضاء كما أن لولي اليتيم أن يأخذ على رعاية مال اليتيم".

وأما الأب فليس له الأكل لأجل عمله ، ولكن له الأكل منه بجهة التملك ، وضعف ذلك الشيخ تقي الدين .

ومن الصور : ناظر الوقف ، وناظر الصدقات ، فلكل منهما جواز الأكل بالمعروف ، فلو أوصى رجل إلى رجل بأرض أو صدقة للمساكين ، فدخل الوصي الحائط ، أي البستان ، أو دخل الأرض فتناول بطيخة أو قنأ أو نحو ذلك وأكله فلا بأس بذلك ، إذا كان القيم بذلك أكل ؛ فيأكل من الوقف الذي يشرف عليه ، وهذا ظاهر في أنه لا يشترط له الحاجة ؛ لحديث عمر حين وقف فأوصى إلى حفصة .

وقال أحمد في ذلك : " وله يأكل منه بالمعروف إذا اشترط ذلك ، ومفهومه المنع من الأكل بدون الشرط . فأما الوكيل في الصدقة فلا يأكل من مال الصدقة شيئاً " . قال أحمد في رجل في يديه مال للمساكين ، وهو فقير محتاج إليه : " فلا يأكل منه ، إنما أمر أن ينفذ وصية من طلب منه أن يقوم بتفريقه على المساكين ، أو دفع إليه رجل في حياته مالاً ليفرقه صدقة ؛ لم يجز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه ؛ لأنه منفذ وليس بعامل منم لهذا المال ، ومثمر له " .

ومن الصور : الوكيل والأجير ، قد أخذ الأجرة على عمله ، والوصي يأكلان بالمعروف ، إذا كان يصلحان ويقومان بأمره فأكلا بالمعروف ، فلا بأس به ، وظاهر هذا جواز الأكل للوكيل .

وأما النوع الثاني ، وهو ما لا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع ، وأما مع عدمها فيجوز فيما تتوق إليه النفوس ، مع عدم الحفظ والاحتراز عليه ، ويدخل تحت هذا النوع صور كثيرة ، ومنها : الأكل من الأطعمة في دار الحرب ،

وإطعام الدواب المعدة للركوب، فإن كانت للتجارة ففي ذلك خلاف على روايتين، وإن كانت للتصدير ففيها وجهان.

وسواء كان يحتاج إلى الطعام أو لا، فالأشهر أنه لا يجوز إلا للحاجة بقدرها، وفي رد عوضها اختلاف عند الأصحاب، فقد اختلف الأصحاب في محل الجواز، فقيل: محله ما لم يحزره الإمام، فإذا أحزره أو وكل به من يحفظه لم يحز الأكل إلا لضرورة؛ لأن إحراز الإمام منع منه، فلا يتناول منه شيئاً، وأما قبل الإحراز فإن حفظه يشق ويتسامح بمثله عادة.

وقيل: يجوز الأكل من مال الغنيمة في دار الحرب؛ مادام في أرض الحرب وإن أحزره الإمام ما لم يقسم.

ومن الصور: ما إذا مر إنسان بثمر غير محوط ولا عليه ناظر، فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها، ولا يحمل منه شيء على الصحيح المشهور من المذهب، ولا فرق بين المتساقط على الأرض، وما على الشجر كما دلت عليه السنة، وتنزيلاً لتركه بغير حفظ مع العلم بتوقان المارة إليها، منزلة الإذن في الأكل منه، لدلالته عليه عرفاً مع العلم بتسامح غالب النفوس في بذل يسير الأطعمة، بخلاف المحفوظ بناظر، أو حائط بأسلاك ونحوها فإن ذلك بمنزلة المنع منه.

وفي المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المتساقط دون ما على الشجر؛ لأن المساحة في المتساقط أظهر وأيسر لسرعة الفساد إليه.

وفي رواية ثالثة: منع الأكل مطلقاً إلا مع الحاجة؛ فيؤكل حينئذ مجاًناً وبغير عوض، وهل يلحق الزرع ولبن المواشي بالثمار؟ على روايتين؛ فإن الأكل من الزرع وحلب لبن الضرع، إنما يُفعل للحاجة لا للشهوة.

قاعدة: فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط، وهو نوعان

أحدهما: أن يعمل العمل، ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض.

الثاني: أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة، أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة.

أما الأول فيندرج تحتها صور كثيرة، كالملاح: وهو المسافر في البحر، والمكاري: وهو الذي يؤجر الدواب، والحجام، والقصاب: وهو الجزار، والخياط والدلال، ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل عملاً؛ استحق أجره المثل، وإن لم يسم له شيء، وهذا هو الذي يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض.

أما الثاني: وهو الذي يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة، أو يقوم باستنقاذ المال المعصوم من الهلكة؛ فيدخل تحت هذا النوع صور كثيرة، فمن قتل مشركاً في حال الحرب مغرراً بنفسه في قتله؛ فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط في أصح الروايتين.

ومن الصور: العامل على الصدقات؛ فإنه يستحق أجره عمله بالشرع، فيكون للعامل الأجر الذي يراه السلطان، وظاهر هذا: أنه يجب الأجر بالشرع مقدراً أو غير مقدّر، والولي على مال اليتيم يأخذ بنفسه، وقد أمره الله بالاستعفاف عن الأخذ من مال اليتيم مع الغنى، وكذلك الزكاة، فالعامل الذي يجمع الزكاة يستحق الأجر، وهذا هو الأصح؛ لأن حقه ثابت بالنص، فهو كمن جعل لرد الآبق جُعلاً، وأولى من ذلك لورود ذلك في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا

الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبة: ٦٠].

ومن الصور: من أنقذ مال غيره من التلف؛ فتجب له الأجرة في المتاع الذي أنقذه من التلف، وقد نص على ذلك الإمام أحمد؛ فقال فيمن خلص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرهما: "فهو لمالكه الأول، ولا شيء للمخلص، والصحيح أن له الأجر على عمله هذا؛ لأن هذا بخس"، أو قد أدركه من الهلاك ومن التلف، فهو قد حفظه على مالكه من التلف، وذلك بخلاف اللقطة؛ فلا شيء فيها".

وكذلك لو انكسرت السفينة، فخلص قوم الأموال من البحر؛ فإنه يجب لهم الأجرة على الملاك؛ لأن فيه حثاً وترغيباً في إنقاذ الأموال من التهلكة، فإن الغواص إذا علم أنه يستحق الأجرة؛ غرر بنفسه وبادر إلى التخليص للأموال، بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له.

وكلام الإمام أحمد يدل ظاهره على وجوب الأجرة على تخليص المتاع من المهالك دون الآدمي؛ لأن الآدمي أهل - في الجملة - لحفظ نفسه، وفيه نظر، وقد يكون صغيراً أو عاجزاً أو تخليصه أهم وأولى من المتاع؛ وعلى ذلك فإن تخليص الهالك أو التالف من الغرق له عليه أجر.

فأما من عمل في مال غيره على غير ما ذكرناه؛ فالمعروف من المذهب: أنه لا أجرة له، ونقل أبو جعفر الجرجاني عن أحمد، في رجل عمل في قناة رجل بغير إذنه، فقال لهذا الذي عمل: نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة.

ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها، وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً لغيره فيه مصلحة له، وهو محتاج إليه، فله الأجر كحصاد زرعه والاستخراج من معدنه ونحو ذلك، تخريجاً من العمل في القناة؛ فإنهم جعلوه بمنزلة تصرف الفضولي، فللمالك حينئذ أن يرضيه وأن يرد عوضه - وهو أجرة

المثل - وله ألا يمضيه ؛ فيكون العامل شريكاً بالعمل.

وقد قال القاضي في بعض تعليقاته في الأجير: "إذا عمل العين المستأجرة عليها دون شرط عليه ؛ أن المالك مخير، إن شاء رد عمله وأخذ الأجرة وصار الأجير شريكاً بعمله، وإن شاء ؛ قبل العمل ورجع على الأجير بالأرث، وقياس المذهب أنه إذا لم يأت الحائك بالثوب على الصفة المشروطة، إن شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجرة له، وإن شاء ضمنه قيمته منسوجاً وعليه الأجرة، وتكون الأجرة ها هنا بما زاد على قيمة الغزل".

وهذه الرواية محمولة على أن صاحب الثوب اختار تقويمه معمولاً، والتزم قيمة الصنعة التي هي دون التي وافقه عليها، وهذا الذي قاله بعيد جداً، فلو غصب إنسان غزلاً ونسجه ؛ لم يملك المالك التزامه به، ويطالبه بالقيمة ؛ فكيف يملك مطالبة الأجير بذلك؟!

ثم ذكر احتمالاً بالرجوع بالأرث كما هو المنصوص، ومتى كان العمل في مال الغير إنقاداً له من التلف المشرف عليه ؛ كان جائزاً كذلك كذبح الحيوان المأكول، إذا خيف موته إذا لم يذبحه، ويقيد هذا بأنه إذا كان لا يضمن ما نقص بذبحه.

قاعدة: فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه، قاعدة:
الشريكان في عين مال أو منفعة، قاعدة: الحدود تسقط
بالشبهات، قاعدة: الشبهة تكفي لإثبات العبادات كما تكفي
لدرء العقوبات

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قاعدة: فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير
إذنه. ٢٦٧
- العنصر الثاني : قاعدة: الشريكان في عين مال أو منفعة. ٢٧٣
- العنصر الثالث : قاعدة: الحدود تسقط بالشبهات. ٢٧٩
- العنصر الرابع : قاعدة: الشبهة تكفي لإثبات العبادات كما تكفي
لدرء العقوبات. ٢٨٥

قاعدة: فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه

تنقسم هذه القاعدة إلى نوعين :

النوع الأول: من أدى واجباً عن غيره.

والنوع الثاني: من أنفق على ما تعلق به حقه من مال غيره.

النوع الأول: من أدى واجباً عن غيره، يندرج تحته صورٌ كثيرة، ومن هذه الصور والمسائل: ما إذا قضى عنه ديناً واجباً عليه بغير إذنه؛ فإنه يرجع به عليه في أصح الروايتين في المذهب، وبعضهم اشترط أن ينوي الرجوع عند الأداء، وأن يشهد علانيته وقت الأداء، فلو نوى التبرع أو أطلق النية؛ فلا رجوع له، وبعضهم اشترط أيضاً أن يكون المدين ممتنعاً من الأداء، وهذا يعني: أنه ليس له الرجوع إلا عند تعذر إذنه، وخالف في ذلك صاحب (المغني)، وهذا في ديون الأدميين.

فأما ديون الله ﷻ: كالزكاة والكفارة؛ فلا يرجع بها من أداها عمن هي عليه، وعلل القاضي ذلك بأن: أداها بدون إذن من هي عليه؛ لا يصح لتوقفها على نيته، ويلزم على هذا: لو حج رجل عن ميت بدون إذن وليه وقلنا: يصح عنه؛ أن له الرجوع بما أنفق لسقوط اعتبار الإذن، ويكون كأداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع.

ومن الصور والمسائل التي تندرج تحت قاعدة: فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه: أنه لو اشترى أسيراً مسلماً حراً من أهل دار الحرب، ثم أطلقه أو أخرجته إلى دار الإسلام؛ فله الرجوع عليه بما اشتراه به: سواء أذن له أو لم يأذن؛ لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر، فإذا فداه غيره؛

فقد أدى عنه واجباً كان عليه، فيرجع به عليه، ولكن أكثر الأصحاب لم يحكوا في الرجوع هنا خلافاً، وفي رواية أخرى: يتوقف الرجوع على الإذن، وهل يعتبر للرجوع نية، أم يكفي إطلاق النية؟

في هذه المسألة وجهان:

أحدهما: تعتبر نية الرجوع لقضاء الديون، وهو ظاهر كلام القاضي، وهذا هو الوجه الأول في هذه المسألة.

والوجه الثاني: يرجع ما لم ينو التبرع للأثر المروي عن عمر < ولأن افتكاك الأسرى مطلوب شرعاً؛ فيرغب فيه بتوسعة طرف الرجوع لثلاث ثقل الرغبة فيه.

ومن الصور: نفقة اللقطة، سواء كانت اللقطة حيواناً، أو كانت غير حيوان، مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح، فإن كانت بإذن حاكم؛ رجع بها لأن إذن الحاكم قائم مقام إذن الغائب، وإن لم يكن بإذن الحاكم؛ ففيها خلاف:

منهم من قال: الأرجح عدم الرجوع؛ لأن حفظ اللقطة لم يكن متعيناً بل كان مخيراً بينه وبين بيعها وحفظ ثمنها.

ومنهم من قال: إن الملتقط إذا أنفق غير متطوع بالنفقة فله الرجوع بها؛ وإن كان محتسباً ففي الرجوع روايتان.

ومن الصور: نفقة اللقيط؛ لأن له ولاية على الملتقط، فإذا أنفق نفقة على اللقيط؛ فإنه يرجع بما أنفق على بيت المال، وإليه مال صاحب (المغني)، فنفقة الملتقط إنما تكون في بيت المال، واللقيط له ولاية على الملتقط، فينفق عليه ثم يرجع بنفقته إلى بيت المال تشجيعاً لهم على التقاط اللقطاء.

ومن الصور: الحيوان المودع إذا أنفق عليه المستودع ناوياً الرجوع، فإن تعذر

استئذان مالكة ؛ رجع بنفقته عليه ، وإن لم يتعذر استئذان مالكة ؛ فقل : يرجع كقضاء الديون ، وهذا أولى ؛ لأن الحيوان له حرمة في نفسه ، فوجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً.

وقيل : لا يرجع ، ومن اعتبر الرجوع في قضاء الديون بعذر الإذن ؛ فهنا أولى ، وأما من لم يعتبر ذلك في الدين واعتبره هنا ؛ فالفرق أن قضاء الدين فيه إبراء لذمته وتخليص له من الغريم ، وهنا اشتغال لذمته بدين لم تكن فشغله به ، وهذا التفريق ضعيف. ينتقض بنفقة الأقارب ، فإن المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بإلزامه ، فقد خلصه من ذلك ، وعجل براءة ذمته من الدين ما لم تبرأ به ذمته بالكلية ؛ بل هي مشغولة بدين المؤدي عنه ، فإن الإذن في الإنفاق على الحيوان المؤتمن عليه عرفي ، فينزل منزلة اللفظي.

ومنها: نفقة طائر غيره إذا عشن في داره ؛ فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها ، فإن كان قد علف الفراخ ، مدة مقامها في يده متطوعاً ؛ لم يرجع بنفقته ، وإن لم يتطوع ؛ يحتسب بالنفقة ويأخذ من صاحبها ما أنفق على طيوره ، ولم يفرق أحمد بين إمكان الاستئذان وعدمه ، وقيل بعدم الرجوع بكل حال ، كما هو الشأن في المرتهن وغيره.

النوع الثاني: ما يرجع فيه بالإنفاق على مال غيره لتعلق حقه به ، فله صور كثيرة ، منها :

- ما إذا أنفق أحد الشريكين على المال المشترك ، مع غيبة الآخر أو مع حضوره وامتناعه ، كما إذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف مشترك ، فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه ، فالمذهب أنه يجبر على ذلك ، وقيل في رواية : إنه لا يجبر فيه ، فينفرد الطالب بالبناء ويمتنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما

يخص حصته من النفقة، وقد نص عليه أحمد؛ لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعاً كالوصي والحاكم في مال اليتيم.

- مؤنة الرهن من كرى مخزنه وإصلاحه وتشميسه ونحو ذلك، لا يلزم الرهن إذا قام بها المرتهن بدون إذنه مع تعذره؛ فهي جارية مجرى نفقة الحيوان المرهون؛ صرح بذلك الأصحاب؛ لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن، فصار واجباً على الرهن لعلاقة حق المرتهن به.

- لو شريت الدار المرهونة، فعمّرها المرتهن بغير إذن الرهن، فقال صاحب (المغني) وغيره: لا يرجع إلا بأعيان آتته؛ لأن بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزوم به أنه يرجع بالعمارة؛ لأنه من مصلحة الرهن، ويحتمل أنه يرجع مما يتحفظ به أصل مالية الدار لحفظ وثيقته؛ لأنها نفقة لحفظ مالية وثيقة، وذلك غرض صحيح، ولو قيل: إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به؛ لم يرجع لأنه لا حاجة له إلى أماراتها حينئذ، وإن كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيتها للخراب شيئاً فشيئاً حتى تنقص عن مقدار الحق له؛ فله أن يعمر وأن يرجع، لكان ذلك متجهاً.

- عمارة المستأجر في الدار المستأجرة؛ فلا يرجع، وهو ما نص عليه الإمام أحمد < ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن، وحكى صاحب (التلخيص): أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح منكسر وإقامة مائل، فأما تجديد البناء والأخشاب؛ فلا يلزمه لأنه إجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد، وللمستأجر الخيار، وقيل: يحتمل أنه يلزمه التجديد، فعلى القول الأول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما أنفق على التجديد، وعلى الثاني يتوجه الرجوع.

وقد يجتمع النوعان في صورة؛ فيؤدي عن مالك غيره واجباً يتعلق به حقه، فهل يرجع أو لا يرجع؟

في ذلك خلاف: ومن ذلك أن ينفق المرتهن على الرهن إذا كان حيواناً، والمذهب عند الأصحاب الرجوع بالنفقة على الراهن، ونص عليه الإمام أحمد >؛ فإن الظهر يُركب بنفقته والدِر يحلب بنفقته، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة، ولا يعتبر الإذن على الصحيح، أو يكون حسب العرف فيقوم العرف مقام اللفظ، والمرتهن به حاجة لحفظ وثيقته، فصار كبناء أحد الشريكين الحائط المشترك.

ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد > فيمن ارتهن دابة فعلفها بغير إذن صاحبها: فإن العلف على المرتهن، وقد صرح القاضي بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان، فإذا كان الراهن حاضراً وأمكن استئذانه وعلف بدون إذن؛ فإنه لا يرجع، أو يكون بإذن الحاكم؛ فليس لغير الأب في النفقة الاستقراض إلا بإذن الحاكم، حتى ولا للزوجة أن تستدين إلا بإذن الحاكم في حقها وحق ولدها الصغير.

وبعضهم صرح بأن للزوجة أن تأخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع إذا قدرت، على قدر الحاجة هي ولولدها بالمعروف، فإن المذهب: أن تأخذ لنفسها ولولدها من مال الزوج بالمعروف، وبعضهم صرح بأن للزوجة الأخذ من مال زوجها الموسر عند الامتناع إذا قدرت، وذلك على قدر الحاجة تأخذ لنفسها ولولدها.

فإن المذهب: أن تأخذ بالمعروف، ونص على ذلك أحمد في أنها: تقبض الزكاة ولولدها الطفل، وأن من أنفق على أقارب غيره الذين يلزمه نفقتهم؛ فإنه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه، وأن الزوجة إذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع غيبته؛ فإنها ترجع عليه، ولم يعتبر إذن حاكم، مع أنه لم يحك خلافاً في سقوط نفقة الزوجة؛ بناء على أنها لا تسقط بمضي الزمن بدون فرض الحاكم لها.

ومن الصور والمسائل المدرجة تحت قاعدة: من يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان: من هذه المسائل والصور:

- ما إذا هرب الجمال وترك الجمال فأنفق عليها المستأجر بدون إذن الحاكم، ففي الرجوع خلاف، والأكثر قد اعتبروا استئذان الحاكم، واعتبروه أيضاً في المودع وفي اللقطة، وقال صاحب (المغني) بعدم الاعتبار، وإن الإنفاق بدون إذن الحاكم يخرج على الخلاف في قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع، وفي (المغني) وغيره وجه آخر وهو: أنه لا يعتبر، وهو الصحيح.
- ما إذا هرب المساقى قبل تمام العمل؛ استؤجر عليه، مَنْ يَتَمَّهُ؟ والحكم فيه كالجمال، إلا أن للمالك الفسخ، ولو قلنا بلزوم المساقاة؛ لتعذر استيفاء المعقود عليه.
- ما إذا غاب الزوج؛ فاستدانت الزوجة النفقة على نفسها وعلى أولادها الصغار، وكانت النفقة هي نفقة المثل من غير زيادة ولا نقصان؛ فإنها ترجع بذلك، ولم يعتبر إذن الحاكم في الرجوع.
- ما إذا أعاره شيئاً ليرهنه، ثم افتكه المعير بقضاء الدين؛ فإنه يرجع قولاً واحداً على الراهن.
- ما لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة؛ فإنه يرجع بهذا الدين على باقي الورثة، ويأخذ ما دفعه من التركة، ولا خلاف في هذه التي قبلها؛ لأن الإنفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق، فهو كإنفاق الشريك على عمارة الحائط المشترك؛ فإنه يرجع به بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا كان الإنفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق، إلا أن الأصحاب صرحوا باطراد الخلاف في صور المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بعين مال المنفق.

قاعدة: الشريكان في عين مال أو منفعة

إذا كان الشريكان في عين مال أو منفعة محتاجين إلى رفع مضرة أو إبقاء منفعة، فإنه في هذه الحالة يجبر أحد الشريكين على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب، وفي رواية: إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر؛ فعلة، ولم يجبر الآخر معه، لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه؛ فله منعه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة، فإن احتاج إلى تجديد منفعة؛ فلا إجبار.

ويدخل تحت هذه القاعدة صور كثيرة، منها:

- ما إذا انهدم الحائط المشترك؛ فالمذهب: إجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر، فإن الإجبار هنا من جنس المعاوضة في الأموال المشتركة؛ وهي واجبة لدفع الضرر بالانتزاع بالشفعة وبيع ما لا يمكن قسمته.

والمعنى فيه: أن المالك مستحق للانتفاع بملكه، ويجب على شريكه تمكينه منه، فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة فإنه تغلب المعاوضة عليه وأولى؛ لأنه يرجع فيها إلى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل.

وأما الرواية الأخرى بعدم الإجبار فهي مأخوذة من نص الإمام أحمد < : على عدم الإجبار في بناء حيطان السُّفل، إذا كان العلو لآخر وانهدم الكل: أنه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفلى في السفلى، والفرق بينه وبين الأول واضح؛ لأن السفلى ملكه مختص بصاحبه بخلاف الحائط المشترك، ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما باباً، وذكر النص بالإجبار في الحائط، والنص بانتفائه في الصورة الأخرى.

وفي الحائط المشترك يكون للشريك الاستبداد ببنائه من ماله بغير إذن حاكم ؛ لكن صرح القاضي باستئذان الحاكم ؛ بل ويشهد على ذلك ، وله منع شريكه من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق متى أعاده بآلة جديدة من ماله ، أما إن أعاده بآلته الأولى ؛ فذلك فيها وجهان :

أحدهما : أنه ليس له المنع لشريكه ، لأنه عين مالهما المشترك.

والوجه الثاني : أن له المنع لهذا الشريك حتى يأخذ منه نصف قيمة ما أنفقه على الحائط التالف ؛ لأنه متقوم حيث وقع مأذوناً فيه شرعاً ، وإذا أعاده بآلة جديدة واتفق على دفع القيمة ؛ جاز.

ومن الصور : ما إذا انهدم السقف الذي بين سُفل أحدهما وعلو الآخر ، فإنه إذا انكسر خشبه ؛ فبناؤه بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً وظاهره الإجماع ، وإن انهدم السقف والحيطان ؛ لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان لأنها مملوكة لصاحب السفلى ، ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف ، فإن لم يفعل ؛ أشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ، ولكن يجبر صاحب السفلى ببنائه ؛ لأنه سترة له .

وقيل : إن صاحب السفلى لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو ؛ لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان وأن يسقف عليها ، ويمنع صاحب السفلى من الامتناع به ؛ حتى يعطيه ما بنى به السفلى ، ويكون لهما جميعاً ، وهذا يحتمل أنه أراد أن يعطيه ما بنى به الحيطان فيصير البيت كما كان : لأحدهما سفلى ، وللآخر علوه ، فيحتمل أن يعطيه نصف قيمة بناء السفلى ، وتكون الحيطان مشتركة بينهما .

ولذلك حكى الأصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفلى في بناء الحيطان ، وحكى القاضي في خلافه في إجبار صاحب السفلى على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات :

الأولى: إجباره منفرداً بنفقته وفيه نظر؛ لأن في بنائه سترة له، فعلم أن إجباره لحق جاره لا لحق صاحب العلو؛ ولكن قد يقال: إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفلى أشد من تضرر الجار بترك السترة؛ لأن هذا يمنع حقه بالكلية بخلاف ترك السترة، وهذه الرواية هي المذهب.

والرواية الثانية: يجبر على الإنفاق على وجه الاشتراك، فيشتركون في بناء السفلى.

والرواية الثالثة: لا يجبر.

وحاصل هذا يرجع إلى أنه: هل يلزم الإنسان بناء ملكه الخاص به إذا كان لا انتفاع غيره به مستحقاً، كما يلزمه دفع الضرر عنه لبناء السترة التي تستره عن أعين الناس؟ وهل يلزم الشريك في الانتفاع بالبناء مع المالك كالشريك في الملك؟ وعلى هذا يخرج: ما إذا كان له على حائط جاره يحاذيه سابط بحق، فانهدم الحائط، هل يجبر المالك على بنائه؟ كلام القاضي في ظاهره: له إجباره على أن يبنيه منفرداً به بغير خلاف، ولعل هذا فيما إذا كان بحق معاوضة.

ويتفرع على هذه الصورة صورة أخرى وهي: من له حق إجراء مائه على سطح غيره، فعاب السطح ولو بجريان مائه عليه؛ لم يلزم صاحب الماء المشاركة في الإصلاح، وكذا لو كان ماء تلك الدار يجري إلى بئر بحق، فعابت البئر؛ لم يلزم صاحب الماء المشاركة في إصلاحها، وهذا كله يخرج على الخلاف في السفلى الذي علوه للمالك آخر، ويتوجه إلى أن الشركة في الانتفاع هل هي كالشركة في الملك؟

ومن الصور: القناة المشتركة إذا تهدمت؛ فإن الإجماع على العمارة متوجه كما سبق، ولا خلاف في ذلك، وهذا بخلاف الحائط المشترك؛ فقد ورد فيه الخلاف، والفرق أن الحائط يمكنه قسمته بخلاف القناة والبئر، وإن كان القاضي والأكثر

أوردوا الخلاف في البئر والقناة.

وإذا لم نقل بالإيجاب فعمر أحدهما البئر أو القناة ؛ لم يكن له منع الآخر من الماء ؛ لأن الماء باقٍ على ما كان عليه من الملك والإباحة ، وإنما أزال الشريك الذي قام بالعمارة وحده الضرر عن شريكه ، وقال أبو الحسين : له المنع من الانتفاع بالقناة ؛ فلا يكون له الانتفاع بما بذله فيه الشريك فيمنع منه إلا بإذنه ؛ لأن إنفاقه على نفسه وشريكه جائزٌ.

ومن الصور: أن ما يقبل القسمة من الأعيان ، إذا طلب أحد الشريكين قسمته ؛ أجبر الآخر عليها ، وعلى التزام كلفتها ومؤونها لتكميل نفع الشريك ، فأما ما لا يقبل القسمة ؛ فإنه يجبر أحدهما على بيع نصيبه إذا طلب الآخر بيعه ، فقد قال أحمد < : كل قسمة منها ضرر ؛ لا أرى أن يقسم ، مثل : أرض بين رجلين في قسمتها ضرر ، ويقال لصاحبها : إما أن تشتري ، وإما أن تترك نصيبك للشريك ليشتريه ، إذا كان في القسمة ضرر.

وصرح بمثله -أي : إجارة العين - إذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحاً ، ولهذا مأخذان بينهما فيما بعد - إن شاء الله -.

فأما ما لا يقبل القسمة فإنه يُجبر أحدهما على بيع نصيبه إذا طلب الآخر بيعه ، فقد قال أحمد < : كل قسمة منها ضرراً لا أرى أن يقسم ، مثل أرض بين رجلين في قسمتها ضرر ، ويقال لصاحبها : إما أن تشتري وإما أن تترك نصيبك للشريك يشتريه إذا كان في القسمة ضرر ، وصرح بمثله في إجارة العين إذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحاً -أي : اختلفا- ولهذا مأخذان :

أحدهما: أنه إذا تعذر قسمة العين عدل إلى قسمة بدلها ، وهو القيمة ، وهذا مأخذ من قال يباع بمجرد طلبه القسمة.

والثاني: أن حق الشريك في نصف القيمة لا في قيمة النصف، فلو باع نصيبه مفرداً ليتقي أو لينقص حقه، ويدل على أن حقه في نصف القيمة أن الشرع أمره في تعذر القسمة أن تقوم الأرض، ثم يُعطى الشركاء قيمة حصصهم.

وقد نص الأصحاب على أن للولي أن يبيع التركة على الصغار والكبار إذا كان في تبعضها ضرر واحتيج إلى البيع؛ فحينئذ يكون عدم الإيجابار على البيع في حالة أن القسمة ممكنة، وهذا كله في المشاع المشترك.

فأما المتميز كمن في أرضه غرس لغيره أو في ثوبه صبغ لغيره، إذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه ففي إجباره وجهان، أوردهما صاحب (المحرر) في غراس المستعير؛ لأنه يُستدام في الأرض، فلا يتخلص أحدهما من صاحبه بدون البيع بخلاف غرس الغاصب، فإنه يتخلص منه بالقلع.

فأما البيع ففي (المغني) وغيره في بيع الغاصب إن طلب مالك الثوب أن يبيع معه لزمه، وإن كان قد جزم القاضي بالبيع بطلب الغاصب، وأما صبغ الثوب إذا صبغه المشتري، فإذا أفلس وأخذ البائع ثوبه، وطلب أحدهما البيع أجبر الآخر عليه، وهذا لأن الصبغ يُستدام في الثوب، فلا يتخلص من الشركة فيه بدون البيع، وإنما فرّقنا بين طلب الغاصب وغيره على وجه لئلا يتسلط الغاصب بعدوانه على إخراج ملك غيره عنه قهراً.

ومن الصور: قسمة المنافع بالمهاياة، وهل تجب الإجابة إليها أم لا؟ والمشهور عدم الوجوب، وفرّقوا في المذهب بين المهاياة والقسمة، بأن القسمة إفراز أحد الملكين من الآخر، والمهاياة معاوضة؛ حيث كانت استيفاء للمنفعة من مثلها في زمن آخر، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه، فلا يلزم بخلاف قسمة الأعيان.

ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تَلَفَتُ المنافع في مدة الآخر قبل تمكنه من القبض، فقد أفتى الشيخ تقي الدين - رحمه الله - بأنه يرجع على الأول ببذل حصته من تلك المدة التي استوفاهما ما لم يكن قد رضي بمنفعة الزمن المتأخر على أي حال كان جُعلاً للتالف قبل القابض كالتالف في الإجارة، وسواء كانت القسمة إفرازاً أو بيعاً فإن المعادلة معتبرة فيها على قولين؛ ولهذا ثبت فيها خيار العيب والتدليس، لكن الشيخ رجح اللزوم.

وإذا تقاسم الشريكان الدين في ذمم الغرماء، ثم تلف أحدهما قبل القبض، فهل يستحق صاحبه الرجوع على الآخرين فيما قبضه أو لا؟

في ذلك روايتان:

الأولى: له الرجوع، وحملها الأصحاب على أن القسمة لم تصح - أي: أنها غير لازمة - لأن القبض بها مُحَرَّمٌ باطلٌ؛ ولهذا قالوا: لو قبض شيئاً بإذن شريكه لانفرد به على الصحيح، فيكون حينئذٍ له شبه بالمهاياة.

ومن الصور: الزرع والشجر المشترك، إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه؛ لأن السقي من باب حفظ الأصل وإبقائه، فهو كدعامة السقف إذا انكسر بعض خشبه والحائط المائل، بل ذلك أولى بالوجوب من بناء الساقط؛ لأن إعادة الحائط بعد زواله شبيه بإحداث المنفعة، لكن لما كان ردّاً له إلى ما كان عليه ألحق باستيفاء المنفعة.

وألحق الشيخ تقي الدين بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتيج إليه، وذلك مثل: الحارس، والناظر، والدليل على الطريق، والرّشوة التي يحتاج إليها لدفع الظلم عن المال، ومثل ذلك: مَنْ اشترى شجراً وعليه ثمر للبائع أن أحدهما إذا طلب الحاجة للملكه إليه أجبر الآخر على التمكين لدخوله على ذلك، وتكون

الأجرة على الطالب لاختصاصه بالطلب دون صاحبه ، وهذا يشمل ما إذا كان نفع السقي راجعاً إليهما ، فإن النفع إذا كان لهما فالمثونة عليهما كبناء الجدار ، وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر ففي الإجماع على القطع وجهان.

وعلى صاحب (المغني) الإجماع بأن الضرر لاحق للثمن لا محالة مع القطع والتبعية ، والأصل ينحفظ بالقطع فمراعاة أولى ، فلو أوصى بثمر شجر لرجل وبرقبته لآخر ، فإنه لا يُجبر على أحدهما على السقي ؛ لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر بخلاف الثمر المشتري في رءوس النخل ، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر بخلاف ما ثبت في الوصية بالزرع.

قاعدة: "الحدود تسقط بالشبهات"

وفي لفظ : الشبهة إنما تؤثر إذا اقترنت بالسبب الموجب ، وفي لفظ آخر : الشبهة يجب اعتبارها في مواضع التهمة.

وقاعدة "الحدود تسقط بالشبهات" هي قاعدة مشهورة في باب الحدود والجنايات ، وهي قاعدة جلييلة في باب القضاء يتجلى فيها الاحتياط والتوفيق والتدقيق في تنفيذ الحدود والقضاء بها ، فإنه إذا قضي بها يعمل بنص الحديث النبوي الشريف : ((ادروا الحدود بالشبهات)).

وهناك شواهد كثيرة تؤيد هذه القاعدة وتعززها ، وهي واردة في السنة المطهرة ، منها : ما روي عن عمر < قوله : "لأن أخطئ في درء الحدود بالشبهات أحب إليّ من أن أقيمها بالشبهات".

وقد جرى بعض الوقائع والأحداث في عهد النبي ﷺ التي ترمز إلى اعتبار هذه القاعدة ، ومدى خطورتها في باب الحدود ، فقد قال العلامة ابن الهمام في (فتح

القدير): وفي تتبع المروي عن النبي ﷺ والصحابة ما يقطع في المسألة، فقد علمنا أنه - عليه الصلاة والسلام - قال لما عز: ((لعلك قبلت، لعلك لمست، لعلك غمزت)) كل ذلك يلقنه أن يقول: نعم، بعد إقراره بالزنا، وليس لذلك من فائدة إلا كونه إذا قالها ترك، وإلا فلا فائدة، ولم يقل لمن اعترف عنده بدين: لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه.

والحاصل من هذا كله: كون الحد يُحتال في درئه بلا شك، فكان هذا المعنى مقطوعاً بثبوته من جهة الشرع.

إذا عرفنا أهمية هذه القاعدة، ومكانتها في السُّنة، وأنها ثابتة بأدلة قاطعة، فإننا ننتقل إلى بيان معنى القاعدة.

ومعنى القاعدة: أن الشبهة في اللغة معناها: الالتباس، وفي الاصطلاح: ما يشبه الثابت وليس بثابت، أو هو الشيء المجهول تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة.

والشبهة عند الفقهاء أنواع:

الأول: شبهة في الفاعل كمن وطئ امرأة ظنها تحل له.

الثاني: شبهة في المحل، وهي ما يحصل بقيام دليل نافٍ للحرمة ذاتاً، أو بأن يكون للفاعل ملك أو يكون له شبهة ملك كوطء البائع الجارية المبعة قبل تسليمها للمشتري، أو كوطء أمة ابنه أو وطء الأمة المشتركة.

الثالث: شبهة في الطريق بأن يكون حلالاً عند قوم حرام عند آخرين، وذلك كالنكاح بل وليٍّ أو شهود، وكالوطء ببيع أو نكاح فاسد.

الرابع: شبهة في الفعل، وهي ما يثبت بظن غير الدليل، وهي شبهة الاشتباه،

وتتحقق فيمن اشتبه عليه الحل والحرمة، فظن غير الدليل دليلاً، فلا بد من الظن كظن حل وطء المطلقة ثلاثة في العدة، والمختلعة وهي في العدة، وذلك إذا قال: ظننت أنها تحل لي، فلا حد عليه، وأما إذا قال: علمت أنها حرام فيُحد.

ومفاد هذه القاعدة: أن الشبهة إنما يؤثر وجودها في درء الحد أو في وجوب إقامته إذا اقترنت بالسبب الموجب للحد، وهو المراد بموضوع التهمة كتتحقق الوطء، أو تحقق السرقة أو القتل، أو تحقق غير ذلك من موجبات الحدود.

وللشبهة أحكام تُنظر في مطولات كتب الفقه، يقول عز الدين بن عبد السلام: الشبهات دائرة للحد، وهي ثلاثة:

إحداها: في الفاعل، وهو ظن حل الوطء إذا وطأ امرأة يظنها زوجته.

والثانية: شبهة في الموطوءة كوطء الشركاء الجارية المشتركة.

والثالثة: في السبب المبيح للوطء كالنكاح المختلف في صحته.

فأما الشبهة الأولى: فدرأت عن الواطئ الحد؛ لأنه غير آثم، والنسب لاحق به، والعدة واجبة على الموطوءة، والمهر واجب عليه.

وأما الشبهة الثانية: فدرأت الحد لأن ما فيها من ملكه يقتضي الإباحة، وما فيها من ملك غيره يقتضي التحريم، فلا تكون المفسدة فيه كمفسدة الزنا المحض، بل لو أكل الإنسان رغيفاً مشترك بينه وبين غيره لم يأثم بأكل نصيبه مثل إثمه بأكل نصيب شريكه، بل يأثم به إثم الوسائل، وكذلك لو قتل أحد الأولياء الجاني بغير إذن شركائه أثم ولم يُقتص منه، ولا يأثم إثم من قتل من لا شريك له في قتله، وكذلك الوسائل إلى المصالح لا يثاب عليها مثل ثواب المصالح، فإن صلاة من فاتته صلاة من صلاتين لزمه أدائهما، ولا يثاب على الوسيلة منهما مثل

ثواب الواجبة منهما ؛ ولذلك فعلهما بتمام واحدٍ على الأصح.

وأما الشبهة الثالثة : فليس اختلاف العلماء هو الشبهة ؛ ولذلك لم يُلتفت إلى اختلاف عطاء في إباحة الجواز، وإنما الشبهة التعارض بين أدلة التحريم والتحليل، فإن الحلال ما قام دليل تحليله، والحرام ما قام دليل تحريمه، وليس أحدهما أولى من الآخر، كما أن ملك أحد الشريكين يقتضي التحليل وأن ملك الآخر يقتضي التحريم، وإنما غلب درء الحدود مع تحقق الشبهة ؛ لأن المصلحة العظمى في استيفاء الإنسان العبادة لله الواحد الديان، والحدود أسباب مُحظرة فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة وتحقيقها.

والأمثلة لهذه القاعدة: أن مَنْ وطئ امرأة على ظن أنها زوجته، فلا حد عليه، ولكن يُعذر لعدم الثبوت.

ومن الصور والمسائل المندرجة تحتها :

- أنه إذا دخل على امرأة بنكاحٍ فاسدٍ فلا حد عليه لشبهه العقد، ولكن عليه مهر المثل.

- أن مَنْ أُتهم بالسرقة وادّعى أن له حق في المال المسروق دُرئ عنه الحد للشبهة.

- أن مَنْ قتل معصوماً واختلف في قتله عمداً أو خطأ، فلا قصاص عليه ولكن عليه الدية للشبهة.

ومن ألفاظ ورود الفروع في هذه القاعدة: الشبهة كالحقيقة فيما يندرى بالشبهات، ولفظ الشبهات الدائرة للحدود.

هذه ألفاظ مختلفة لهذه القاعدة، وهي بمعنى، ومعنى القاعدتين: أن الشبهة تعمل

عمل الحقيقة في دفع العقوبات التي تدرئ بها، وهي الحدود دون التعازير حيث لا تعمل فيها الشبهة.

ومن الأمثلة لهاتين القاعدتين: أن حد الزنا، والسرقه، والقتل، والقذف، والسكر، هذه الحدود كلها تدرئ بالشبهة إذا وُجِدَتْ عند الفعل، فمن زنا بجارية امرأته، وقال: إنه يظن أنها تحل له، فلا يقام عليه الحد، فظن الحل هنا كحقيقة الحل في عدم إقامة الحد، ولكن هذا لا ينفي أن يُعذر لعدم التثبت قبل الوقوع في الإثم.

ومن الصور:

- أن مَنْ سرق وادّعى أن له حقاً في المسروق دُرئ عنه الحد كذلك لاحتمال صدقه.

- أن قطع الأعضاء الأربعة - وهما اليدان والرجلان - من السارق بتكرار سرقته فيه شبهة الإلتلاف له حكماً؛ ولذلك لا تقطع يده اليسرى ولا رجله اليمنى؛ لأن الحدود زواجز لا متلفات.

ومن الألفاظ الواردة للقاعدة: الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط، وفي لفظ آخر: الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إيجاب الحرمة.

ومعنى هاتين القاعدتين: أن الشبهة تعمل عمل الحقيقة في ثبوت المنع من الفعل في أمرين:

الأول: أن وجود الشبهة فيما مبناه على الاحتياط يمنع من ارتكابه والإقدام عليه.

والأمر الثاني: أن وجود الشبهة تعمل عمل الحقيقة في إثبات التحريم والمنع من الفعل.

ومدلول القاعدة الثانية أخص من الأولى، وما بيّناه مبناه على الاحتياط، وهو: الفروج، والدماء، والعبادات، والربا، والنسب.

ومن الأمثلة لهاتين القاعدتين: بيع الأموال الربوية مجازفة لا يصح للشبهة؛ لأن الأصل في تبادل الأموال الربوية تحقق المماثلة، وفي المجازفة المماثلة مشكوك فيها، والشك في المماثلة هي عين المفاضلة فوجدت شبهة الربا، فكان البيع حراماً.

ومن الصور التي تندرج تحت هذه القاعدة:

- النكاح الفاسد فإنه يثبت به نسب الولد إذا ثبت الدخول؛ لأن الأنساب مبني إثباتها على الاحتياط - مبني الإثبات في الأنساب إنما هو على الاحتياط.
- أنه إذا اشتبهت محرمة برضاع أو نسب بأجنبيات، فلا يجوز له الزواج من إحداهن إذا كنا محصورات.
- أنه إذا وجد شاتان مسلوختان إحداهما ميتة ولا يمكن التفريق بينهما وجب الامتناع عن كليهما للشبهة.
- إذا زنا رجل بامرأة فإنه لا يحل له أن يتزوج بابنتها، ولا أن يتزوج بأمها لشبهة البعضية، والشبهة تعمل عمل الحقيقة، وهذا عند الحنفية، وأما عند الشافعية فيرى الشافعي حل ذلك؛ لأن الحرام لا يحرم الحلال.
- ما إذا ادّعى عليه ألف درهم فأنكرها المودع عليه وصالحه أن باعه بها سلعة، فهو جائز، ولكن ليس له أن يبيع هذه السلعة مرابحة؛ لأن مبني الصلح على الإغماض والتجاوز بدون الخط فيتمكن فيه شبهة الخط، وبيع المرابحة مبني على الاحتياط ويوجد بوجود الشبهة، فإن الخط في بيع المرابحة لا يجوز.

قاعدة: "الشبهة تكفي لإثبات العبادات كما تكفي لدرء العقوبات"

هذه القاعدة لها صلة بالقاعدتين قبلها، ولكنها أخص منهما موضوعاً؛ إذ إن هذه القاعدة تقتصر على إثبات الشبهة وأثرها في العبادات.

ومعنى هذه القاعدة يفيد أن وجود الشبهة في أمرٍ من الأمور التي لها تعلق بالدين والثواب والعقاب يكفي في إثبات عباديته في الدين عموماً لا خصوص الصلاة.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة: النكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ثبت به النسب، ووجب به مهر المثل، وثبت به وجوب العدة، وكل هذه أمور دينية عبادية.

ومن الصور:

- ما إذا استهل المولود حين ولادته صارخاً وثبت استهلاله بشهادة امرأة واحدة، ثم مات المولود بعد ولادته وجبت الصلاة عليه وثبت له النسب والميراث.
- أن الحدود تدرأ بالشبهات؛ لأن الحدود من العبادات، وبذلك فإن هذه القاعدة خاصة بالعبادات دون المعاملات والأموال.

قاعدة: "الشبهة لا تسقط التعزير وتسقط بها الكفارات"

معنى القاعدة: أن الشبهة تعمل في الحدود فتدرؤها، وتعمل في العبادات وفي الأمور الدينية عموماً فتثبتها.

ومعنى هذا: أن الشبهة وإن كانت تعمل في الحدود لكنها لا تعمل في التعزيرات، ولا تسقط التعزيرات بحال من الأحوال، ولكنها قد تعمل في الكفارات وتسقطها، وهذا عند الشافعية، وأما الحنفية فيثبتون الكفارات مع وجود الشبهة إلا كفارة الفطر في رمضان فإنها تسقطها.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة:

- أن من جامع ناسياً في الصوم أو الحج فلا كفارة للشبهة عند الشافعية.
- ما إذا جامع مَنْ كان صائماً على ظن أن الشمس قد غربت أو أن الليل لا زال باقياً، وبأن خلاف ما ظهر له، فإنه لا يفطر ولا كفارة عليه.
- بقي أن نذكر مسألة مهمة ونحن نتحدث عن الحدود التي تدرأ بالشبهات، وهي:
- أن القصاص كالحدود في الدفع بالشبهة، فلا يثبت إلا بما تثبت به الحدود إلا في سبع مسائل:

المسألة الأولى: أن الحدود لا تورث والقصاص يورث.

المسألة الثانية: أن القاضي يجوز له بعلمه في القصاص دون الحدود، كما في (الخلاصة).

المسألة الثالثة: لا يصح العفو في الحدود ولو كان حد القذف بخلاف القصاص.

المسألة الرابعة: التقادم، فإن التقادم لا يمنع من الشهادة بالقتل بخلاف الحدود ما عدا حد القذف.

المسألة الخامسة: يثبت القصاص بالإشارة والكتابة من الأخرس بخلاف الحدود، كما في (الهداية).

المسألة السادسة: لا تجوز الشفاعة في الحدود وتجوز في القصاص.

المسألة السابعة: الحدود سوى حد القذف لا تتوقف على الدعوى، بخلاف القصاص فإنه لا بد فيه من الدعوى.

قواعد في القصاص والحدود، وقواعد في أنواع الحقوق، والخطأ في بيت المال

عناصر الدرس

- العنصر الأول : قواعد في: القصاص والحدود. ٢٨٩
- العنصر الثاني : قواعد في: الحقوق وأنواعها. ٢٩٢
- العنصر الثالث : قواعد في: ما يصح هبته وبيعه، حقوق العباد، الخطأ في بيت المال. ٢٩٩

قاعدة "القصاص يبنى على معرفة المساواة في البدل حقيقة":

معنى هذه القاعدة: أن القصاص يبنى في العقوبة على المماثلة، ويعتمد على معرفة أن البدل والمبدل منه متساويان حقيقة، وهذا خاص في القصاص في الأعضاء لا في النفوس.

فإذا عرفنا معنى هذه القاعدة، وأنها تقوم على المماثلة في العقوبة عند تنفيذ القصاص، فإنه يعتمد على معرفة أن البدل والمبدل منه متساويان تساويًا حقيقيًا، وأن هذا خاص بالقصاص في الأعضاء لا في النفوس، فإننا ننتقل إلى بيان المسائل والأمثلة التي تندرج تحت هذه القاعدة.

ومن الصور: أن مَنْ فَقَأَ عَيْنَ إنسان عمداً وعين المجني عليه فيها نقص، فلا يجب القصاص في هذه الحالة من الجاني، ويجب فيها حكومة، وهي حكومة عدل؛ لأن كمال الأرش باعتبار تفويت البصر الكامل ولم يوجد، فعدم المماثلة بين عين الجاني وعين المجني عليه يمنع القصاص، وينتقل الحكم إلى الحكومة التي يحكم بها العدل.

ومن هذه المسائل والصور التي تندرج تحت هذه القاعدة: أن مَنْ قَطَعَ يَدًا شلًا، فلا قصاص فيها، وإنما فيها حكومة عدلٍ لنقص منفعتها أصلًا.

ومن الصور: أن مَنْ قَطَعَ من يد آخر إصبعًا زائدًا عمداً، فلا قصاص في قطع الأصبع الزائد أيضًا، بل فيها حكومة.

ومن الصور: أن مَنْ قَطَعَ يد إنسان من مفصل المرفق أو الكوع -أي: من عند

الرسغ - عمداً ففيه القصاص لوجود المماثلة حقيقة بخلاف ما لو قطعها من منتصف الساعد أو العضد، فإن القصاص لا يجري ولا يتأتى؛ لأننا لا نستطيع أن نحقق التماثل عند القصاص.

هذه هي قاعدة القصاص، وأنه -أي: القصاص- يبنى على معرفة المساواة في البدل مساواة حقيقية، فإذا تخلف المساواة بين العضوين فإن القصاص ينتفي ويتنقل الحكم إلى تقدير الحكومة التي يحكم بها العدل.

قاعدة: "القصاص عقوبة لا تجري النيابة في إيفائها":

ومعنى هذه القاعدة: أن النيابة لا تجري ولا تجوز في الوفاء بعقوبة القصاص؛ لأنه يكون في هذه الحالة إيقاع عقوبة على بريء غير جانٍ وسلامة الجاني الظالم، وإن كان يجوز أن تجري النيابة في استيفائها، بل قد تجب النيابة في استيفاء القصاص إذا كان الولي لا يُحسن القتل أو القطع، وذلك بخلاف النيابة في أداء الأموال.

ويدخل في هذه القاعدة الحدود كلها، فلا تجوز النيابة في إيفائها، فلا يُقام الحد على غير الزاني أو على غير السارق أو الشارب، وبناء على ذلك لا تجوز الكفالة بكل ما يوجب القصاص أو الحد حتى لا يؤخذ الكفيل بشيءٍ من القصاص أو لا شيء من الأرش أو من الحدود؛ لأن الكفالة إنما تصح بمضمون تجري النيابة في إيفائها، والقصاص والحدود عقوبات لا تجري النيابة في إيفائها، فلا يصح التزامها بالكفالة.

إذا عرفنا معنى هذه القاعدة وأن القصاص عقوبة لا تجري النيابة في إيفائها، فإننا ننتقل إلى بيان معنى القصاص في اللغة، والقصاص في اللغة معناه: المماثلة، وفي

الاصطلاح: أن يوقع على الجاني مثل ما جنى، فإذا وجب القصاص على جانٍ سواء كان قصاصاً في النفس أو في عضو من الأعضاء فيقتص منه لا من غيره.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة: ما إذا وجب القصاص على قاتل وتبرع أحدهم بأن ينوب عنه في إيفاء القصاص، فلا يجوز؛ لأن المتبرع غير جانٍ، وفي النيابة تعطيل لأحكام الله وتشجيع للمجرمين، وليس في قتل النائب شفاء صدور أهل القتل، بل فيه إشعال النار والانتقام، وهذا يتنافى مع الغاية من العقوبة، فإن الغاية من شرع العقوبة ومن إقامتها في شريعة الإسلام هي: القضاء على الجريمة وتطهير المجتمع من الفساد، وذلك أن العقوبة تمنع مَنْ لم يقع في الجريمة من الوقوع فيها، وتزجر الواقع فيها عن العود إليها.

وقد عبّر عن هذا المعنى الكمال بن الهمام بما نقله عن بعض المشايخ بقوله: إنها موانع قبل الفعل زواجر بعده، أي: العلم بشرعيتها يمنع من الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه.

ومن خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية: أنها تحول دون انتشار الجرائم، وتجعل وقوعها قليلاً أو نادراً، وهذا راجعٌ إلى شدته على المجرمين بما يكفي ردعهم وزجر غيرهم، فإن مَنْ أراد السرقة إذا ذكر أن عقوبته هي قطع يده فإنه إذا ذكر ذلك زجر نفسه، ورجع عن الجريمة في الغالب.

خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية:

الشريعة لا تكتفي في محاربة الجريمة بالعقوبة وحدها، ولكن تقدم قبلها وسيلتين عظيمتين:

الوسيلة الأولى: هي التربية الصالحة لأفراد المجتمع.

والوسيلة الثانية: ترتيب الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية الصالحة التي من شأنها أن تحول دون اللجوء إلى الإجرام.

هذه هي خصائص العقوبة في الشريعة الإسلامية، وبهذا نكون قد انتهينا من قاعدة "القصاص وأنه ينبغي على معرفة المساواة في البدلين حقيقة" وبما اشتملت عليه من الفروع.

قواعد في: الحقوق وأنواعها

أولاً: الحقوق الواجبة على الإنسان:

وبيانها: أن الحقوق تارة تتمحض حقاً لله تعالى، وتارة تتمحض حقاً للعباد، وتارة يجتمع عليه كلُّ منهما، وكلُّ منهما ينقسم إلى متفاوتٍ ومتساوٍ ومختلفٍ فيه، فإذا عرفنا ذلك فإننا نتناول هذه الأقسام بالشرح والبيان.

وقد عرّف فريق من العلماء حق الله بأنه: ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاصٍ بأحدٍ، وقد عرّفه القرافي بأنه: أمر الله ونهيه، ورد الشاطبي هذا التعريف، وذهب إلى أن حق الله متعلق أمره ونهيه أي: عبادته، معتمداً على ظاهر قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ [الذاريات: ٥٦] وعلى قوله ﷺ: ((حق الله تعالى على عباده أن يعبدوه)) فحق الله على عباده ما يلزم له على عباده، وهو فعل مكتسبٌ لهم، ولا يصح أن يتعلق كسب العباد، وهو حادثٌ بأمر الله ونهيه، وهما كلامه، وهو صفته القديمة.

والشاطبي -رحمه الله- عرّف حق الله بأنه: عبادته، وهي امتثال أوامره واجتناب نواهيه بإطلاق، وما عرّفه به الحنفية هو التعريف الذي نختاره؛ لأن

المقصود من تعريف حق الله هو تمييزه عن حق العبد، ولأن هذا التمييز هو الذي تترتب عليه الآثار التي يختص بها حق الله، والآثار التي يختص بها حق العبد.

وهذا ما يحققه تعريف الحنفية بخلاف بقية التعريفات الأخرى، فإن تعريف حق الله بأنه عبادته أو امتثال أوامره، يدخل فيه كل الأحكام الشرعية سواء منها ما كان فيه المصلحة العامة أظهر، كإقامة حد الزنا، أو كانت المصلحة الخاصة فيه أظهر كالقصاص أو إيفاء الديون، وبهذا ينتفي التمييز أو يضعف، وإنما نُسِبَ هذا الحق إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء في الإضافة إلي الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ النجم: ٣١ وباعتبار الضرر أو الانتفاع فإنه ﷻ متعالٍ عن الكل.

وحقوق الله تعالى أنواع: منها: ما هو حقٌ خالصٌ لله، وهي ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاصٍ بأحدٍ، ومن أمثلة ذلك: الإيمان، فليس فيه شبهة ولا أدنى شبهة للمؤنة، ولا شبهة العقوبة، وكحد الزنا، وحد السرقة، وحد الشرب، وإنما كانت عقوبات خالصة لله؛ لأنها تجب جزاء لجنايات كاملة ليس فيها معنى الإباحة.

وهناك عقوبة قاصرة، وهي: الحرمان من الميراث، فالحرمان من الميراث عقوبة؛ لأنه وجب غرمًا على القاتل بسبب جنايته؛ إذ إنه حُرِمَ من الميراث مع أن علة الاستحقاق - وهي القرابة - موجودة، وأما أنها عقوبة قاصرة فلأن القاتل لم يلحقه بسبب الحرمان من الميراث ألمٌ في بدنه ولا نقصٌ في ماله.

وهناك حقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات، فهي دائرة بين العباداة والعقوبة، ففيها معنى العباداة؛ لأنها تتأدى بالصوم والصدقة، وهي قربات إلى الله ﷻ وفيها معنى العقوبة؛ لأنها تجب أجزية على أفعال فيها معنى الخطر.

وهناك من حقوق الله عبادة فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر، فهي عبادة لتسميتها صدقة، ولأنها طُهْرَةٌ للصائم مما أَلَمَّ به وهو في صومه، ولاشترط النية في أدائها، وفيها مع ذلك معنى المؤنة بأنها تجب بسبب الغير كالنفقة.

ومن حقوق الله ما فيها مؤنة وفيها معنى العبادة كالعشر، فهو مؤنة لتعلقه بالأرض، فهو سبب بقائها، بمعنى أن نصف العشر إلى الفقراء فينتفعون به، وبسببه يعمرّون الأرض، وفيه معنى العبادة من جهة أنه يتعلق بالخارج من الأرض كما تتعلق زكاة الزروع وزكاة الثمار به، ومن أجل ذلك ففيها معنى العبادة في العشر، أي أنه لم يفرض ابتداءً على الكافر وإنما فرض على المسلم.

ومن حقوق الله ما هي مؤنة فيها شبهة العقوبة، وذلك كالخراج، فهو مؤنة لتعلقه بالأرض، وفي معنى العقوبة؛ لأنه لا يُشترط لوجوبه النماء الفعلي، بل يُكتفى بالنماء التقديري، فيجب بالنماء التقديري، ولو لم تُخرج الأرض شيئاً.

الثاني من الحقوق بعد حق الله تعالى، وهو: حق العبد، وقد عرّفه العلماء بأنه مصالحه، والمراد مصالحه الدنيوية، وأما مصالحه الأخروية فهي من جملة ما يُطلق عليه أنه حق الله.

وحق العبد له أقسام:

القسم الأول: حق العبد الخالص، وهو ما تعلق به مصلحة خاصة للعبد كبذل المتلفات، والأثمان، وحقوق العباد، فإن هذه الحقوق تجل عن الحصر وعن العد، وهذا هو حق العبد الأول.

القسم الثاني: ما اجتمع فيه الحقان - حق الله وحق العبد - وحق الله غالب، ومثّل له الحنفية بحد القذف، ففيه حقٌ لله من جهة أنه شرعٌ للزجر وتطهير المجتمع

من الفساد، وفيه حق للعبد من جهة أنه مشروع لحماية عرض المقدوف، والأحناف يرون أن حق الله غالب على حق العبد في حد القذف.

القسم الثالث: ما اجتمع فيه الحقان، وحق العبد غالب، ومثلوا له بالقصاص، ففيه حق الله من جهة وجوبه زجراً عن القتل، ومنعاً للفساد الذي يقع بالقتل، ولأنه وجب جزاءً للفعل، وهي إنما تجب حقاً لله ﷻ وفيه حق للعبد من جهة أنه حفظ لنفسه التي له فيها حق الاستمتاع، كما أن الله حق استعبادها، ولكن لما كان القصاص واجباً بسبب المماثلة، وفيه معنى الجبر والمقابلة بالمحل غلب حق العبد فيه، وأكثر الأحكام الشرعية يشتمل على حق لله تعالى وحق للعبد معاً، وحق العبد نعني به مصالحه التي تترتب على تلك الأحكام، وذلك كتحرير الربا، والغرر، والأشياء التي تجب لحفظ مال العبد، وتحريم الزنا لحفظ نسبه، وتحريم السكر لحفظ عقله، وتحريم القتل لحفظ نفسه.

فهذه الأحكام كلها ونظائرها حق الله تعالى، فلا تسقط بالإسقاط، ولو برضى العبد؛ لأن الله تعالى حَجَرَ على العبد في ذلك رحمة به، ويوجد في هذه الأحكام مع حق الله حق للعبد لما فيها من جلب المصالح ودرء المفاسد عنه.

وعلى هذا الأساس يقسم الإمام القرافي الحقوق ثلاثة، وهي: حق الله تعالى فقط كالإيمان بالله وتحريم الكفر، وحق العباد فقط كالديون والأثمان، وقسم ثالث مختلف فيه هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد كحد القذف، ولا يعنى من ذلك أن القرافي قال: إن العبد له حق فقط، وأنه لا حق لله فيه، وإنما المقصود به ما يجوز للعبد إسقاطه.

قال في (الفروق): ولا يوجد حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وإنما يُعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبد فيه حق إسقاطه، فهو الذي نعني به حق العبد،

وكل ما ليس له إسقاطه، فهو الذي نعني به حق الله تعالى.

وقال قبل هذا: ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، فحق الله تعالى لا مدخل للصلح فيه كالحدود، والزكوات، والكفارات، ونحوها، وأما حقوق الآدميين، فهي التي تقبل الصلح، والإسقاط، والمعاوضة عليها.

ما يختص بالأحكام التي هي حق الله:

الأحكام التي هي حق الله تعالى: لا تسقط بالعفو، ولا بالصلح، ولا بالإبراء، يجوز أن يطالب بها كل إنسان حسبه الله ﷻ لا يجري فيها التوارث ويجري فيها التداخل، فلو زنا مراراً، أو شرب الخمر مراراً، فعليه حدٌ واحد، تنصف العقوبة بالرق لا يستوي فيها إلا الإمام أو نائبه.

إذا عرفنا ما يختص بالأحكام التي هي حق الله، وهي ما ذكرناها، فإننا ننتقل إلى ما يختص بالأحكام التي هي حق العبد، وهذه الأحكام التي يختص بها حق العبد كثيرة:

الأول: أنها تسقط بالعفو، أو الصلح، أو الإبراء.

والثاني: أنه لا يطالب بها إلى صاحبها.

والثالث: أنه يجري فيها التوارث، فالجني عليه لو مات ورثه أولياؤه في المطالبة بالقصاص.

والرابع: أنه لا يجري فيها التداخل، فلو قُطِعَ عضو من شخصٍ وشج رأسه عوقب بكل واحدة منهما.

الخامس: لا تنصف العقوبة بالرق.

السادس: يفوض الاستيفاء لصاحب الحق.

تلك هي الحقوق التي تتعلق بالعبد أو بحق العبد وما يختص بها من أحكام.

ثانياً: قاعدة: كل من صحت منه مباشرة الشيء صح منه التوكيل فيه لغيره:

وهذه القاعدة وردت في التوكيل في العقد، وقد عبّر عنها في (نتائج الأفكار تتمه فتح القدير شرح الهداية) بلفظ: كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل فيه غيره.

ومعنى هذه القاعدة يفيد: أن أيما عقد يجوز أن يعقده الإنسان بنفسه يجوز له أن يوكل فيه غيره في عقده عنه، حتى وإن كان الأصل قادراً على العقد بنفسه، وذلك من رحمة الله ﷻ بعباده، فإنه لم يوجب على كل إنسان أن يعقد عقده بنفسه، بل إنه ﷻ تيسيراً منه على عباده أجاز وأباح أن يوكل الإنسان غيره في قضاء بعض مصالحه وفي عقد بعض عقودهم، وإن كان قادراً على أن يعقدها بنفسه، وأن يقتضيها بنفسه، فليس التوكيل مقصوراً عند عدم القدرة على الفعل.

ومفهوم المخالف لهذه القاعدة: أن ما لا يجوز أن يعقده الإنسان بنفسه أنه لا يجوز له أن يوكل فيه غيره، فهذا هو مفهوم المخالفة للقاعدة.

ومن الصور التي تندرج تحت هذه القاعدة:

- أن الإنسان الكامل التصرف يجوز له أن يعقد عقد بيع أو إجارة بنفسه، فيجوز له أن يوكل في عقده غيره.

- عقد النكاح، إذا جاز أن يعقده القادر عليه لنفسه جاز له أن يوكل في عقده غيره، ومما دل عليه مفهومها المخالف أن المريض مريض الموت لا يجوز له

التصرف في ماله فيما زاد على الثلث إلا بأمر الورثة، وعلى ذلك لا يجوز له التوكيل فيه بالبيع أو الهبة أو غيرهما.

- أن الذمي يجوز له شراء الخمر وبيعها؛ لأنه مال عنده، ولا يجوز له أن يوكل مسلماً في بيع الخمر وشرائها.

- توكيل الصبي والسفيه المحجور عليهما لا يصح؛ لأنه لا يصح منهما التصرف، فلا يصح توكيل غيرهما في ذلك.

ثالثاً: قاعدة: كل ما جاز بيعه جاز رهنه، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه:

وهذا القاعدة واردة في البيع والرهن، ومعناها يفيد أن البيع والرهن عقدان بينهما اتصال وارتباط، وإن كان عقد البيع لازماً من الطرفين، وعقد الرهن لازم من طرف الراهن وجائز من طرف المرتهن.

ومفاد القاعدة: أن كل شيء يجوز أن يقع عليه البيع يجوز عليه أن يقع عليه الرهن، فيكون مرهون بالثمن، وأن كل شيء لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه.

وقد ذكر صاحب (الاعتناء) قاعدة مقابلة لهذه القاعدة، حيث قال: كل ما جاز رهنه جاز بيعه، ولا عكس، وليس بينهما تقابل حقيقي، بل الثانية تشير إلى أمرٍ مستثنى من القاعدة الأولى.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة والمسائل المدرجة تحتها:

- أن البيت والعقار يجوز أن يكون مبيعاً، فكذا يجوز أن يكون رهناً.

- أن الدواب والسلع يجوز أن تكون مبيعاً، فكذا يجوز أن تكون رهناً.

ومما استثنى من مسائل هاتين القاعدتين: أن المنافع يجوز بيعها بالإجارة؛ لأن عند الشافعي - رحمه الله - أن الإجارة هي بيع المنفعة، وهي كالأعيان عنده،

ولكن هذه المنافع لا يجوز رهنها ؛ لأنه لا يتصور القبض فيها ، ولأنها تتلف بمضي الزمن. هذا عند الشافعي.

ومن الصور المستثناة :

- ما يتسارع إليه الفساد كالنفواكه واللحوم والخضروات ، إذا رهن شيئاً من ذلك بدين مؤجل ، وشرط ألا يباع قبل حلول الأجل ، فهو باطل قطعاً ، ولكن الآن مع وجود المبردات التي تمنع من تسارع الفساد ، ومن شأنها أن تطيل عمر هذه السلع ، فإن الرهن بها يجوز أن يكون صحيحاً إذا كان الأجل المقدر للدين يحل قبل انتهاء مدة الصلاحية.

ومما يصح رهنه ولا يجوز بيعه من القاعدة الثانية : رهن المصحف من الكافر يصح عند الشافعية ويوضع عند عدل مسلم ، ولا يصح بيعه منه ، وكذلك السلاح.

- رهن المبيع من البائع قبل قبضه صحيح ولا يصح بيعه.

قواعد فيما يصح هبته وبيعه ، حقوق العباد ، الخطأ في بيع المال

قاعدة : كل ما صح بيعه صحت هبته ، وما لا يصح بيعه لا يصح هبته

وقد وردت هذه القاعدة في البيع والهبة ، ومعناها يفيد : أن البيع والهبة مرتبطان ، فما يصح في أحدهما يصح في الآخر ، وما لا يصح في أحدهما لا يصح في الآخر ، ولكن لما كان البيع هو الأصل كانت الهبة محمولة عليه ، فما صح وجاز أن يكون مبيعاً صح وجاز أن يكون موهوباً ، وما لا فلا ، وهذه القاعدة هي نفس القاعدة السابقة من حيث المعنى والمدلول والأمثلة.

وهناك مسائل كثيرة تدخل تحت هذه القاعدة ، ومع هذا فقد خرجَ عليها الفقهاء

مسائل صحت فيها الهبة ولم يصح فيها البيع ، إما لأن المحل لا يقبل البيع ؛ لأنه حق من الحقوق ، وإما لعدم جواز بيعه لصفة فيه تمنع من إجراء البيع .

ومن المسائل المستثناة من هذه القاعدة :

- هبة إحدى الضرتين نوبتها للأخرى ، فإن الهبة صحيحة ، ولكن لا يجوز بيعها ؛ لأنها حق من الحقوق .

- أن لحم الأضحية وجلدها وصوفها لا يجوز بيعه ولا يجوز رهنه .

من الصور والمسائل : أن المبيع قبل قبضه لا يجوز بيعه وتصح هبته على وجه .

- أن المخلاة والرخمة والغراب وما شابهها لا يصح بيعها وتصح هبتها ، ومما يجوز بيعه ولا تصح هبته : الدين الذي يجوز قرضه ويصح بيعه اتفاقاً ، ولا تجوز الهبة في مثله .

- مال المريض مرض الموت ، يجوز بيعه للوارث بثمان المثل ، ولا يجوز فيه الهبة له ؛ لأنها تكون وصية ، ولا تجوز الوصية لوارث .

حق الله تعالى يثبت بخبر الواحد العدل :

فقول الواحد العدل مقبول في الديانات .

ومعنى هذه القاعدة : أن الحقوق نوعان : حقوق للعباد بعضهم على بعض ، وحقوق لله تعالى على عباده ، وحق الله تعالى - كما قلنا - هو أمره ونهيه ، وحق العباد مصالحهم ، والتكاليف على ثلاثة أقسام : حق الله تعالى فقط كالإيمان ، وحق للعبد فقط كالديون والأثمان ، وقسم اختلف فيه هل يغلب فيه حق الله

تعالى ، أو يغلب فيه حق العبد ، وذلك كحد القذف.

ومعنى أن هذا حق للعبد المحض : أنه لو أسقطه لسقط ، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى ، وهو أمره تعالى بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه.

فأما حقوق العباد بعضهم على بعض ، فلا يقبل فيها خبر الواحد إلا عند الضرورة كشهادة القابلة وأمثالها ، وأما حقوق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد العدل ، وذلك فيما يتعلق بآبواب الحلال والحرام ، والنجاسة والطهارة ، ولا يُشترط في هذا الواحد إلا العدالة ، واختلفوا في خبر مستور الحال.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة : أنه لو اشترى مسلم لحماً وقبضه فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسي ، فإنه لا يجوز له أن يأكله ، ولا أن يطعم غيره منه ؛ لأن المخبر أخبره بجرمة العين.

ومن المسائل : ما إذا أخبره مسلم ثقة رجلاً كان أو امرأة أن هذا الماء الذي يريد الوضوء منه نجس ، فإنه إذا سقطت فيه نجاسة وأخبره ، فلا يحل له أن يتوضأ منه.

فحقوق العباد إنما تسقط بإذن العباد ، ومعنى هذا : أن الحقوق نوعان : حقوق الله ﷻ فهذه لا تسقط إلا بالأداء كالصلاة والزكاة والصيام والحج ، أو تسقط بتوبة العبد وبغفو الله ﷻ ومغفرته لمن تاب.

وحقوق العباد - وهي مضمون القاعدة - فهذه لا تسقط إلا بإذن من له الحق ، وهو العبد ، وحتى ولو تاب العبد وعليه حقوق للعباد ، فلا تكمل توبته إلا برد الحقوق لأربابها ، أو يكون بإبراء العبد منها ، وذلك لأن حقوق العباد مبناه على المشاحة والمطالبة ، وأما حقوق الله فمبناه على الرفق والمسامحة ؛ لأن الله تعالى غني عن العباد ، وأما العباد فهم فقراء ، فحقوق العباد لا يمكن أن تقبل التوبة ، والعباد يطالبون بحقوقهم ، وخصوصاً الحقوق المالية.

ومعلوم أن الحقوق المالية في الإسلام لا تسقط بالتقادم ولا بمضي الزمن، ولا تسقط بهذه المدد مهما طالت، ولا بد من رد الحقوق إلى أهلها، وفي ذلك ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: ((يغفر للشهيد كل ذنب إلا الدين)) فالشهيد الذي يقتل في سبيل الله تُكفر عنه الشهادة خطاياها، ولكنها لا تُكفر عنه الدين.

وفي الحديث: ((أن رسول الله ﷺ قام فيهم فذكر أن الجهاد في سبيل الله، وأن الإيمان بالله أفضل الأعمال، فقام رجل فقال: يا رسول الله أرأيت إن قتلت في سبيل الله تُكفر عني خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، إن قتلت في سبيل الله وأنت صابرٌ محتسبٌ مقبلٌ غير مدبرٍ، ثم قال رسول الله ﷺ: كيف قلت؟ قال: أرأيت إن قتلت في سبيل الله أتكفر عني خطاياي؟ فقال رسول الله ﷺ: نعم، إن قتلت وأنت صابرٌ محتسبٌ مقبلٌ غير مدبرٍ، إلا الدين، فإن جبرائيل قال لي ذلك)).

فحقوق العباد خطيرة، وهي في غاية الخطورة؛ لأنها مبنية على المشاحة والمطالبة، وحقوق الله مبنية على الرفق والمسامحة؛ لغنى الرب ﷻ وفقر العباد: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ﴾ [فاطر: ١٥] وهذا معناه أن حقوق الله تجري فيها المساهلة، ولا تُحمل على الاستقصاء وكمال الاستيفاء كحقوق الآدميين.

ومن الأمثلة لهذا القاعدة:

- أن حق الشفعة لا يسقط إلا بإسقاط مَنْ له الحق فيه بعد المطالبة.
- أن من اغتصب شيئاً لغيره، فلا تسقط عن الغاصب التبعة إلا برد المغصوب لصاحبه، أو بإبرائه منه ومسامحته.
- أن النفقة حق للزوجة ولمن يعوله الرجل، لا يسقط إلا بإسقاط من له الحق فيه بعد المطالبة.

قاعدة: خطأ القاضي في بيت المال

أي: أن خطأ القاضي غير مضمون عليه، وهذه قاعدة مهمة في القضاء، ومن شأن هذه القاعدة أنها ترفع الحرج عن الحكام والقضاة.

يقول الإمام جمال الدين الحصري في (التحرير): إن القاضي متى أخطأ في قضاؤه لا يجب عليه ضمان ما أخطأ فيه من الأحكام؛ لأنه نائبٌ عن الشرع وعاملٌ لغيره، وليس في وسعه التحرز عن وقوع الخطأ قطعاً، ولأنه لو وجب عليه الضمان مع عجزه عن التحرز لتقاعد الناس عن تقليد القضاء، فيتعطل تنفيذ الأحكام، وتعطل مصالح الناس العامة وإقامة حقوق الشرع، وإذا لم يجب عليه يجب على مَنْ وقع له القضاء، فإنه عاملٌ له ومن أجله كالوكيل يرجع على الموكل، وذلك فيما يلحقه من العهدة، إلا إذا وقع القضاء للعامة فإنه يرجع إلى بيت المال؛ لأنه حقهم.

وفي الحديث المروي عن النبي ﷺ أنه قال: ((إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر)) فالحاكم مأجور على كل حال سواء في حالة الإصابة أو في حالة الخطأ، وفيه دليل أيضاً على أن الحاكم أو القاضي لا يغرم بخطئه.

ونجد الإمام عز الدين - رحمه الله - يبين هذه القاعدة في مواضع عديدة من كتابه (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، فيقول عز الدين: إن الإمام والحاكم إذا أتلفا شيئاً من النفوس أو الأموال في تصرفهما للمصالح فإنه يجب على بيت المال دون الحاكم والإمام؛ لأنهما لما تصرفا صارا كأن المسلمين هم المتلفون، ولأن ذلك يكثر في حقهما فيتضرران به.

ويقول في موضع آخر: وضع اليد بغير إذن المالك مفسدة موجهة للضمان إلا في حق الحكام ونواب الحكام إذا علقوا بذلك في معرض التصرف بالأحكام أو بالنيابة عن الحكام؛ لأن التفرير يكثُر، ويشق عليهم، ويزهدهم في ولاية الأموال.

وفي تفصيل الكلام في خطأ القاضي نقول: إن كان الحكم في العقوبات البدنية المضمونة فيقتصر من القاضي في حالة العمد، حيث يسوغ القصاص، وكالعمد عند البعض التقصير في فحص الشهود عند الإدلاء بالشهادة؛ لأن المسؤولية هنا مسئولية تقصيرية، فهو كشبه العمد، وهذا مذهب إمام الحرمين من الشافعية.

وبالنسبة للضمان المالي، فهو على القاضي في ماله إن كان عمداً، أو كان شبه عمد؛ لأنه يجب أن يتحمل نتيجة عمله في عمده أو خطئه التقصيري، وإلا حمل الدولة تبعات أخطاء هي بالعمد أشبه، فإذا كان الجور في الحكم عن خطأ لا يُنسب إلى تقصير جسيم تحملت عائلة القاضي الضمان المترتب على هذا الخطأ في الحكم. هذا ما قاله إمام الحرمين من فقهاء الشافعية.

وقال البعض: إن الضمان يكون على مَنْ كان سبباً في خطأ القاضي، كما في حال الحكم بالبينة إذا تبين كذبها، وقد خدع الشهود القاضي، حيث إنه لم يدقق في التحري عن الشهود تدقيقاً كافياً، بل اعتمد على الظاهر، وما دام في الأمر خدعة -ولو خفيت- وجب الضمان على مَنْ كان السبب في ذلك، فإذا كان الجور في الحكم يرجع إلى سبب من غير القاضي كخداع الشهود له بأن كانوا غير أهل للشهادة، ولم يقصر القاضي في التحري عنهم، وإنما خُدِعَ بسبب المزكين للشهود، حيث عدّلوهم، والحال أنهم فسقة.

فقد قرر الفقهاء أن الضمان على المزكين، بل عليهم القصاص إن تعمدوا خداع

القاضي كالشاهدين بارتكاب جناية القتل إذا رجعا في شهادة القتل بعد القصاص ، وقالوا : تعمدا الكذب والخداع.

بل زاد البعض من الفقهاء بأن الضمان المالي على المزكين أيضاً ، وإذا كانت الخدعة غير متعمدة فيما دون القصاص فهل على الشهود إن أقروا بتعمد الكذب؟

ذهب الحنفية ومن معهم إلى أن الضمان في حال الخطأ يكون على المحكوم له مطلقاً ، حيث إنهم يسوون بين الجنايات وغيرها في الخطأ.

وهذا يخالف ما عليه الجمهور ؛ لأن التسوية فاسدة من حيث إن الجناية لا تضمن إلا إذا كانت ممنوعة ، وقضاء القاضي قد أخرجها عن دائرة المنع ، اللهم إلا إذا المحكوم له هو الذي تولى القصاص بنفسه في حالة الحكم قصاصاً من قتل مع علمه بطلان الحكم ؛ إذ المباشرة المعتبرة مقدمة على التسبب في المسؤولية الجنائية عند الجميع.

وإذا ادّعى القاضي بعد إصداره الحكم في القضية المنظورة أنه حكم بغير الحق ، أو حكم بالجور عمداً أو خطأ وليس هناك ما يثبت هذه الدعوى - فإن هذا الحكم لا يمكن أن ينقض ، ولا ينقضه قاضي آخر ؛ إذ كيف ينقضه بمجرد الدعوى ، أما القاضي الذي أصدر الحكم فله - بل عليه - حينئذٍ وجوب نقضه ؛ لأنه أدرك بحال نفسه ، وفي هذه الحالة يتحمل القاضي المسؤولية كلها إذا كان الحكم بعقوبة استوفيت ، أي يكون عليه الضمان الشامل جنائياً ومالياً ، فإذا خرج القاضي من منصب القضاء قبل أن ينقض الحكم فإنه يؤخذ بمقتضى إقراره مؤاخذه له بقبول نفسه.

أما المحكوم له فلا تبعة عليه إلا إذا صدّق القاضي ، وتنحصر تبعته حينئذٍ في الأموال ؛ إذ لا تبعة عليه في العقوبة المأذون له في استيفائها ، وإن كان الجور في

الحكم قد تبين بعد تنفيذه فيما ما عدا العقوبات من عقود وفسوخ وأموالٍ، فإنه يعاد الوضع كما كان قبل التنفيذ، فتعود الزوجة إلى زوجها في حالة الحكم بالطلاق، وتعود العين إلى صاحبها في حالة الحكم بالإجارة، ويُنتزع المال ممن دُفِعَ إليه في حالة الحكم باستحقاق غير المستحق كدينٍ تم وفاؤه، أو لم يكن هناك استدانة أصلاً.

وهذا إذا كان المال ما يزال باقياً، فإن تلف فيثبت بدله إن كان مَنْ أخذه يقدر على الأداء، فإن كان معسراً فلرب المال أن يطالب به قاضي فيغرمه القاضي لا من مال نفسه، ولكن من مال الدولة -أي: من بيت مال المسلمين- إذا كان الحكم كان خطأ تقصيري يمكن تداركه، وإلا أتت ضماناته على كل ما يملك، أو كادت أن تقضي على جميع أمواله، فتكون مسؤولية القاضي عن الخطأ في بيت المال، وهذا مبنيٌّ على المبدأ السائد في الفقه الإسلامي من أن القاضي إنما يُعفى من المسؤولية، حيث يمكن التدارك.

ومن هنا كان تعبير بعض الفقهاء في الحكم على مثل هذه الحالة بقوله: خطأ الحاكم في الأموال على الاجتهاد هدر، ومثال ذلك: أن يكون هناك منزلٌ موقوفٌ على المساكين باعه القاضي وفرق ثمنه، ثم رُفِعَ الأمر إلى قاضٍ آخر، فحكم بفسخ البيع، وبرد المنزل حبساً -أي: وقف على الفقراء كما كان- ويدفع الثمن إلى المشتري من غلة الحبس.

وخلاصة القول: أن الخطأ على القاضي في حكم صدر عن جورٍ متعمد، وهذا لا خلاف فيه، وفي شبه العمد يكون الخطأ عليه عند الجمهور، وإلا حمَلَ الدولة تبعات أخطاء هي بالعمد أشبه، هذا بالإضافة إلى وجوب عزله إذا تعمد الجور، واستحقاق العزل في الخطأ على النحو الذي سبق.

قواعد في العقود، وحكم تأجيل الديون، وحكم إجارة الأرض البيضاء مع الشجر

عناصر الدرس

العنصر الأول : قواعد في العقود. ٣٠٩

العنصر الثاني : تأجيل الديون، وحكم إجارة الأرض البيضاء مع الشجر. ٣٢٩

١ - قاعدة: "الشرط إما أن يقتضيه العقد أو لا":

فإن اقتضاه فهو صحيح ، وإن لم يقتضه العقد فإما أن يكون من مصلحته أو لا ، فإن كان من مصلحته فهو صحيح ، وإن لم يكن من مصلحته فإما أن يتعلق به غرض أو لا ، فإن لم يتعلق به غرض فالمختار صحة العقد وإلغاء الشرط ، وإن تعلق غرض لأحدهما وليس من مصلحة العقد بطل الشرط.

وقد وردت هذه القاعدة بألفاظ كثيرة ، فقد وردت بلفظ : الشرط بخلاف موجب العقد باطل ، ووردت بلفظ : الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر ، وفي لفظ : الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبراً ، وفي لفظ : اشتراط ما لا يفيد هل يجب الوفاء به ، وفي لفظ : اشتراط ما يوجب الحكم خلافه ، فالشروط أنواع كثيرة . ومعنى هذه القاعدة يفيد : أن الشروط التي يمكن أن ترد على العقود أنواع ، ولكل نوع حكم يخصه ، وإن اختلف الفقهاء في أحكام بعضها ، ونحن نبين هذه الأنواع فنقول :

النوع الأول: شرط يقتضيه العقد ، ويكون من موجباته ، وهذا الشرط شرط صحيح ، ولا خلاف فيه ، وذلك كشرط الإقباض ، وشرط الرد بالعيب .

النوع الثاني: شرط لا يقتضيه العقد ، ولكنه من مصلحة العقد ، وهو شرط صحيح أيضاً ، كشرط الرهن والكفيل بالثمن ، وكشرط الإشهاد ، وهذا من مصلحة البائع ، ومن مصلحة المشتري مثل اشتراط أن تكون البقرة حلوباً ، أو اشتراط ضمان الدرك .

النوع الثالث: شرط لا يقتضيه العقد، وهو ليس من مصلحته، ولا يتعلق به غرض صحيح لأحد العاقلين، وذلك كشرط ألا يؤكل البقرة إلا الفول أو البرسيم، يشترط عليه هذا الشرط بأن البقرة لا تأكل إلا الفول أو البرسيم مثلاً، فهذا شرط ملغى والعقد صحيح، وهذا هو المختار.

النوع الرابع: شرط لا يقتضيه العقد، وهو ليس من مصلحته، ويتعلق به غرض صحيح لأحد العاقلين، فالشرط ملغى قولاً واحداً، كشرط ألا يقبض ما اشتراه ولا يتصرف فيه.

النوع الخامس: شرط غير مفيد فلا يُعتبر، والشرط المؤثر في العقد هو ما كان مقارناً للعقد لا سابقاً ولا لاحقاً.

ومن أمثلة هذا العقد: أن مَنْ أسلم بشرط أن يرتكب شيئاً من الفواحش كان الشرط باطلاً.

والدليل على ذلك: ما روي أن وفد ثقيف جاءوا إلى رسول الله ﷺ فقالوا: نؤمن بشرط ألا ننحني للركوع والسجود، فإننا نكره أن تعلقنا أستاذنا؛ فقال رسول الله ﷺ: ((لا خير في دين لا صلاة فيه، ولا خير في صلاة لا ركوع فيها ولا سجود)).

ومن الصور: أن من تزوج صغيرة لا تحمل في الحال، وشرط ألا يطأها إلى مدة الاحتمال، فشرط صحيح؛ لأنه يقتضيه العقد. بهذا نكون قد انتهينا من قاعدة الشروط.

٢- قاعدة: "المعاقد حلالها وحرامها":

والأصل في ذلك: أن الله تعالى حرم في كتابه أكل أموالنا بيننا بالباطل، ثم ذم الأحرار والرهبان الذين يأكلون أموال الناس بالباطل، وذم اليهود على أخذهم الربا وقد نهوا عنه، وأكلهم أموال الناس بالباطل، وهذا يعم كل ما يؤكل

بالباطل في المعاوضات والتبرعات، وما يؤخذ بغير رضا المستحق والاستحقاق. وأكل المال بالباطل في المعاوضة نوعان ذكرهما الله في كتابه، وهما: الربا، والميسر، فذكر تحريم الربا الذي هو ضد الصدقة في آخر سورة البقرة، وسورة آل عمران، والروم، والمدثر، ودم اليهود على هذا في سورة النساء، وذكر تحريم الميسر في سورة المائدة، ثم إن رسول الله ﷺ فصل ما جمعه الله في كتابه، فنهى ﷺ عن بيع الغرر، كما رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة > .

والغرر هو: المجهول العاقبة، فإن بيعه من الميسر الذي هو القمار، وذلك أن الفرس أو البعير إذا شرد، فإن صاحبه إذا باعه فإنما يبيعه مخاطرة فيشتريه المشتري بأقل من ثمنه بكثير، فإن حصل له، قال البائع: قمرتني -أي: ظلمتني- وأخذت مالي بثمان قليل، وإن لم يحصل قال المشتري: قمرتني وأخذت الثمن مني بلا عوض، فيفضي هذا البيع أو هذه المعاملة إلى مفسدة الميسر التي هي إيقاع العداوة والبغضاء مع ما فيه من أكل المال بالباطل الذي هو نوعٌ من الظلم.

وفي بيع الظلم ما يترتب عليه الكثير من العداوة والبغضاء، وما نهى عنه النبي ﷺ من بيع حبل الحبلية، والملاقيح، والمضامين، ومن بيع السنين، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه، ومن بيع الملامسة والمنازمة، ونحو ذلك من أنواع المعاملات.

وأما الربا فتحريمه في القرآن الكريم أشد؛ ولهذا قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ > [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩] وذكره -أي: الربا- النبي ﷺ في الكبائر كما أخرجه في الصحيحين عن أبي هريرة > وذكر الله أنه حرم على الذين هادوا طيبات أحلت لهم بظلمهم، وصدّهم عن سبيل الله، وأخذهم الربا، وأكلهم أموال الناس بالباطل.

وأخبر سبحانه أنه يحق الربا كما يربي الصدقات ، وكلاهما أمرٌ مجربٌ عند الناس ، وذلك أن الربا أصله إنما يُعامل به عند ما يكون الإنسان محتاجاً ، وإلا فالموسر لا يأخذ ألفاً حالة بألفٍ ومائتين مؤجلة إذا لم يكن له حاجة لتلك الألف ، وإنما يأخذ المال بمثله وزيادة إلى أجلٍ مَنْ كان محتاجاً إلى هذه المعاملة ، فتقع تلك الزيادة ظلماً للمحتاج بخلاف الميسر ، فإن المظلوم فيه غير معين ، ولا هو محتاج إلى العقد ، وقد تخلو بعض صوره عن الظلم إذا وُجدَ في المستقبل المبيع على نفس الصفة التي ظنها المشتري .

والربا فيه ظلمٌ محققٌ لمحتاجٍ ، ولهذا كان الربا ضد الصدقة ، فإن الله لم يدع الأغنياء حتى أوجب عليهم إعطاء الفقراء ، فإن مصلحة الغني والفقير في الدين والدنيا لا تتم إلا بذلك ، فإذا أربى معه ، فهو بمنزلة مَنْ له على رجلٍ دينٌ فمنعه دينه وظلمه ، وظلمه في هذه الحالة زيادةٌ أخرى ، والغريم محتاجٌ إلى دينه ، فهذا من أشد أنواع الظلم ، ويعظمه لعن النبي ﷺ ؛ فقد لعن آكله ، وآخذه ، وموكله - وهو المحتاج المعطي للزيادة - وشاهديه ، وكاتبه لإعانتهم عليه ، أي أن الله حرم الربا ، ولعن كل مَنْ كان له طرفٌ فيه من قريبٍ أو من بعيدٍ .

ثم إن النبي ﷺ حرم أشياءً مما يخفى فيها الفساد لإخفائها أو لإفضائها إلى الفساد المحقق ، كما حرم قليل الخمر ؛ لأن قليل الخمر يدعو إلى كثيرها ، ويجر إلى شرب الخمر ، وذلك مثل ربا فضل ، فإن الحكمة فيه قد تخفى ؛ إذ العاقل لا يبيع درهماً بدرهمين إلا لاختلاف الصفات ، وذلك مثل كون الدرهم صحيحاً والدرهمين مكسورين ، أو كون الدرهم مسوغاً ، أو من نقدٍ نافقٍ ونحو ذلك ؛ ولذلك خفيت الحكمة في تحريم ربا الفضل ، خفيت حكمة تحريمه على ابن عباس ومعاوية وغيرهما ، فلم يروا به بأساً حتى أخبرهم الصحابة الأكابر كعبادة بن الصامت ،

وأبي سعيد الخدري ، وغيرهما بتحريم النبي ﷺ لربا الفضل.

إذن الربا حرامٌ بنوعيه سواءً أكان ربا النسيئة أو كان من ربا الفضل ، وأن ربا الفضل إنما حُرِّم من أجل أن يسد الشارع الباب إلى الربا سدًّا محكمًا مانعًا حتى لا ينفذ منه أحدٌ ، حرمة في كل صوره وفي كل أشكاله تحريمًا باتًّا وقاطعًا ، سواءً أكان من ربا النسيئة أو كان من ربا الفضل.

وأما الغرر فإنه ثلاثة أنواع : إما المعدوم كجبل الحبله وبيع السنين ، وإما المعجوز عن تسليمه كالبعير الشارد والطير في الهواء ، وإما المجهول المطلق أو المعين المجهول في جنسه أو قدره ، كقوله : بعتك ما في بيتي ، فأما المعين المعلوم للجنس والقدر ، ولكنه مجهول في نوعه أو صفته ، كقوله : بعتك الثوب الذي في كمي ، ونحو ذلك ففيه خلافٌ مشهورٌ ، ولأحمد فيه ثلاثة روايات :

إحداهن : لا يصح بيعه بحالٍ ، وذلك كقول الشافعي في الجديد.

والثانية : يصح وإن لم يوصف ، وللمشتري الخيار إذا رآه ، وهو كقول أبي حنيفة ، وقد روي عن أحمد لا خيار له.

والثالثة : وهي المشهورة في المذهب : أنه لا يصح بالصفة ، ولا يصح بدون الصفة ، كالمطلق الذي في الذمة ، وهذا هو قول مالك.

إذن الإمام أحمد له روايات في المسألة ، وهي ثلاث روايات ، وفي كل رواية من هذه الروايات يوافق فيها مذهباً من المذاهب الإسلامية المعروفة ، وهي المذاهب الأربعة ؛ إذن الإمام أحمد قد استوعب المذاهب في رواياته الثلاث.

ومفسدة الغرر أقل من الربا ؛ فلذلك رخص فيه ما تدعو إليه الحاجة ، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه ضرراً ، وذلك مثل بيع العقار جملة ، وإن لم يعلم ما

بداخل العقار من الحيطان والأثاث، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع، وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن، وإن كان قد نُهي عن بيع الحمل مفرداً، وكذلك اللبن عند الأكثرين، وكذلك بيع الثمرة بعد بدو صلاحها، فإنه يصح مستحق الإبطاء كما دلت عليه السُّنة النبوية الشريفة، وذهب إليه الجمهور من الفقهاء كمالك والشافعي وأحمد، وإن كانت الأجزاء التي يكمل الصلاح بها لم تُخلق بعد.

وقد جَوَّز النبي ﷺ أنه إذا باع نخلاً قد أُبرت أن يشترط المبتاع ثمرتها، فيكون قد اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، لكن على وجه البيع للأصل، فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمناً وتبعاً ما لا يجوز من غيره؛ إذن الغرر أقل من الربا ومن الميسر في الخطورة؛ لذلك فإنه يرخص في الغرر اليسير وفي التعامل به، فظهر أنه يجوز من الغرر اليسير ضمناً وتبعاً ما لا يجوز من غيره.

ولما احتاج الناس إلى العرايا رخص في بيعها بالخرص، والخرص هو التقدير الجزافي، فلم يجوز إلا في المفاضلة المتينة، بل سوغ المساواة بالخرص في القليل الذي تدعو إليه الحاجة، وهو قدر النصاب، والنصاب هو خمس أوسق، أو ما دون النصاب على اختلاف القولين للشافعي وأحمد، وإن كان المشهور عن أحمد ما دون النصاب.

إذا تبين ذلك فأصول مالك < في البيوع أجود من أصول غيره، فإنه أخذ ذلك عن سعيد بن المسيب الذي كان يُقال: هو أفقه الناس في البيوع، كما كان يقال: عطاء أفقه الناس في المناسك، وإبراهيم أفقههم في الصلاة، والحسن أجمع لذلك كله؛ ولهذا وافق أحمد كل واحد من التابعين في أغلب ما فضل فيه لمن استقرأ ذلك في أجوبته؛ ولهذا كان أحمد موافقاً لمالك في الأغلب، فإنهما يحرمان الربا،

ويشددان فيه حق التشدد - كما تقدم - لأنه من شدة تحريمه، وعظم مفسدته، ويمنعان الاحتيال له بكل طريق حتى ينعان الذريعة المفضية إليه وإن لم تكن حيلة، وإن كان مالك يبلغ في سد الذرائع ما لا يختلف قول أحمد فيه أو لا يقوله، لكنه يوافقه بلا خلاف عنه على منع الحيل كلها.

وجماع الحيل نوعان: إما أن يضمن إلى أحد العوضين ما ليس بمقصود، أو يضمن إلى العقد عقداً ليس بمقصود.

فالأول: مسألة مدّ عجوة، وضابطها أن يبيع ربوياً بجنسه ومعهما أو مع أحدهما ما ليس من جنسه، وذلك مثل أن يكون غرضهما بيع فضة بفضة متفاضلاً ونحوها، فيضم إلى الفضة القليلة عوضاً آخر حتى يبيع ألف دينار في منديلٍ بألفي دينار، فمتى كان المقصود هو بيع الربوي بجنسه متفاضلاً حرمت مسألة مدّ عجوة بلا خلاف عند مالك وأحمد وغيرهما، وإنما يسوغ مثل هذا من جواز الحيل من الكوفيين، وإن كان كلاهما مقصوداً كمُدّ عجوة ودرهم بمُدّ عجوة ودرهم، أو مدين أو درهمين، ففيه روايتان عن أحمد، والمنع من ذلك هو قول مالك والشافعي، والجواز هو قول أبي حنيفة، وهي مسألة اجتهدية، والاجتهاد لا يُنقض بالاجتهاد، فلكل ما يراه في اجتهاده، ولا يحتج بمذهب على مذهب.

وأما إن كان المقصود من أحد الطرفين غير الجنس الربوي كبيع شاة ذات صوفٍ ولبنٍ بصوفٍ أو لبنٍ، فأشهر الروايتين عن أحمد هو الجواز في هذه المسألة.

الثاني: أن يضم من العقد المحرم عقداً غير مقصود مثل أن يتواطأ على أن يبيعه الذهب بخزره، ثم يبتاع الخرز منه بأكثر من ذلك الذهب، أو يتواطأ ثالثاً على أن يبيع أحدهما عرضاً ثم يبيعه المبتاع لمعاملة المرابي، ثم يبيعه المرابي لصاحبه، وهي الحيلة المثلثة، أو يقرن بالقرض محاباة في بيع أو إجارة أو مساقاة، ونحو

ذلك، مثل أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين، أو يكره داراً تساوي ثلاثين بخمسة، ونحو ذلك.

فهذا ونحوه من الحيل لا تزول به المفسدة التي حرم الله من أجلها الربا، وقد ثبت عن النبي ﷺ من حديث عبد الله بن عمرو أنه قال: ((لا يحل سلفاً وبيعاً، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)) قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وهو من جنس حيل اليهود، فإنهم استحلوا الربا بالحيل، وقد لعنهم الله على ذلك.

ودلائل تحريم الحيل من الكتاب والسنة والإجماع والاعتبار كثيرة، ومن ذلك: ذرائع مسألة العينة، وهي أن يبيعه سلعة إلى أجل، ثم يبتاع منه هذه السلعة بأقل من ذلك، فهذا مع التواطؤ يبطل البيعتين؛ لأنها حيلة إلى محرم.

وقد روى أحمد وأبو داود بإسنادين جيدين عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ((إذا تبايعتم بالعينة، واتبعتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد في سبيل الله أرسل الله عليكم ذلاً لا يرفعه عنكم حتى تراجعوا دينكم)).

هذا إن كان البائع والمشتري متواطئاً على ذلك، وإن لم يتواطأ فإنهما يبطلان البيع الثاني سداً لذريعة التوصل إلى الربا، ولو كانت عكس المسألة من غير تطواطؤ بأن يبيعه سلعة بثمن حال، ثم يبتاعها منه بثمن أكثر منه مؤجل، فهذه مع التطاطؤ من الربا المحرم، ولو كان مقصود المشتري الدرهم ابتاع السلعة إلى أجل لبيعهها ويأخذ ثمنها، فهذا يُسمى التورق، ففي كراهيته روايتان عن أحمد، وهذا بخلاف المشتري الذي يشتري بغرض التجارة أو بغرض الانتفاع، فهذا يجوز شراؤه إلى أجل بالاتفاق.

وفقهاء الحديث ينعون أنواع الربا منعاً محكماً مراعين لمقصود الشريعة وأصولها،

وقولهم في ذلك هو الذي يؤثر مثله عن الصحابة، وتدل عليه معاني الكتاب والسنة. هذا ما يتعلق في بيع العينة، وأنها حيلة إلى التوصل إلى الربا، وقد فصلنا فيها الكلام، وعرفنا فيها رأي الإمام أحمد، وأن الحيل التي يتوصل بها إلى الربا ممنوعة، ولا ينبغي القول والعمل بها.

وأما الغرر فهو كبيع الحب في سنبله، والجوز في قشره الأخضر، وكذلك اللوز، قال ابن المنذر: جَوَزَ ذلك مالك < وأهل المدينة، وأهل البصرة، وأصحاب الحديث، وأصحاب الرأي، هؤلاء جميعاً جوزوا بيع الحب في سنبله، والجوز في قشره الأخضر، وكذلك اللوز، كما ذكر ذلك ابن المنذر، وقال الشافعي مرة: يجوز، ثم بلغه حديث ابن عمر الذي سبق في بيع العينة فرجع عنه، وذكر بعض أصحابه له قولين، وأن الجواز هو القديم، يعني: في مذهبه القديم، حتى منع من بيع الأعيان الغائبة بصفة وغير صفة متأولاً أن بيع الغائب غرر وإن وصف حتى اشترط فيما في الذمة مثل السلم من الصفات وضبطها ما لم يشترطه غيره؛ ولهذا يتعسر على الناس المعاملة في العين، والدين بمثل هذا القول.

وقاس الشافعي على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات والمعاوضات، فاشترط في أجرة الأجير وفدية الخلع، وصلح أهل الهدنة، وجزية أهل الذمة، ما اشترطه في البيع عيناً وديناً، ولم يجوز ذلك جنساً وقدرًا وصفة إلا ما يجوز مثله في البيع، وإن كانت هذه العقود لا تبطل بفساد أعواضها، أو يشترط لها شروط أخرى. هذا هو قول الشافعي، وأنه يشدد في بيع ما في الذمة ويضع له شروطاً صعبة وتنفيذها يكون غير يسير، تنفيذها بهذه الشروط لا يتحقق.

وأما أبو حنيفة فإنه يجوز بيع الحب في سنبله ونحوه في القشرين، مثل: الجوز واللوز، ويجوز إجارة الأجير بطعامه وكسوته، ويجوز أن تكون جهالة في المهر

كجهالة مهر المثل ، ويجوز بيع الأعيان الغائبة بلا صفة مع الخيار ؛ لأنه يرى وقف العقود ، لكنه يحرم المساقاة ، والمزارعة ونحوهما من المعاملات مطلقاً.

وأبو حنيفة يجوز من الوكالات والشركات ما لا يجوزه الشافعي < حتى أنه جوز -أبو حنيفة- شركة المفاوضة وشركة الوكالة بالمجهول المطلق ، وقال الشافعي في شركة المفاوضة : إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة ، فما أعلم شيئاً باطلاً في الدنيا ! فأصول الشافعي المحرمة أكثر من أصول أبي حنيفة في ذلك.

وأما مالك ، فمذهبه أحسن المذاهب في هذا الباب ، فقد فاق المذاهب الإسلامية إذ جَوَّزَ بيع هذه الأشياء وجوز جميع ما تدعو إليه الحاجة من المعاملات أو الأشياء التي يقل فيها الغرر ، بحيث يحتمل في العقود ، حتى إنه جَوَّزَ بيع المقاتي ، والمقاتي هي كل ما يجز بطناً بعد بطن ، وجوز كذلك بيع المغيرات في الأرض ، كالجزر والفجل ونحو ذلك.

وجوز الإمام أحمد هذه المعاملات ، فهو في باب المعاملات قريب من الإمام مالك ؛ إذ يجوِّز ما تدعو إليه الحاجة من المعاملات ، ويجوز بيع المقاتي وهي كل ما يجز بطناً بعد بطن ، وكذلك يجوز بيع الجزر والفجل ونحو ذلك مما يكون أصله مختبئاً في الأرض ، ويجوز مهر المثل جملاً مطلقاً من جماله ونحو ذلك مما لا يزيد جهالة عن مهر المثل ، والمنصوص عن أحمد < أنه لا يجوز بيع المغيب في الأرض كالجزر ونحوه إلا إذا قلع ، وقال في ذلك : هذا هو الغرر بعينه ؛ شيء لا يراه كيف يشتريه ؟

والمنصوص عن أحمد أيضاً أنه لا يجوز بيع القشاء ، والخيار ، والباذنجان ونحوهما ، إلا أن يقلع ، أو إلا أن تكون لقطة بعد لقطة أي : أنه لا يبيعه إلا بعد جمعه مرة بعد مرة ، ولا يباع عند أحمد من المقاتي والمباطخ ، إلا ما ظهر دون ما

بطن، ولا تباع الرقبة إلا جزء جزء، كقول أبي حنيفة والشافعي.

إذن الإمام أحمد، مع أن مذهبه قريب من مالك إلا أنه يخالفه في بيع المغيات في الأرض، وفي بيع المقاتي إلا أن تجز وتباع مرة بعد مرة، فهو في هذه المسائل يكون قوله كقول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن ذلك عند أحمد < من بيع الغرر، فيكون بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من الغرر الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ثم اختلف أصحابه؛ فأكثرهم أطلقوا ذلك، أي أن أصحاب الإمام أحمد أطلقوا ذلك في كل مغير كالجزر، والفجل، والبصل، ... وما أشبه ذلك، كقول مالك، وكذلك اختلفوا في المقاتي، وهي بيع ما يظهر شيئاً فشيئاً إذا بيعت بأصولها كما جرت العادة غالباً، فقال قوم من المتأخرين: يجوز ذلك؛ لأن بيع أصول الخضروات كبيع الشجر، وإذا باع الشجرة وعليها الثمر لم يبدُ صلاحها؛ جاز، فكذلك هذا. على هذا أكثر أصحاب الإمام أحمد وهذا قولهم.

وقال المتقدمون: لا يجوز بحال، والمنصوص عن أحمد في رواية: بيع الشجر الذي عليه ثمر لم يبدُ صلاحه، أنه إن كان الأصل هو المقصود الأعظم جاز، وأما إن كان مقصوده الثمرة، فاشترى الأصل معها حيلة لم يجز هذا البيع، وكذلك إذا اشترى أرضاً وفيها زرع، أو شجر مثمر لم يبدُ صلاحه، فإن كانت الأرض هي المقصود؛ جاز ودخول الثمر والزرع معها تبعاً، وإن كان المقصود هو الثمر والزرع فاشترى الأرض لذلك؛ لم يجز هذا البيع.

وإذا كان هذا هو قوله أي: قول الإمام في ثمره شجر، فمعلوم أن المقصود من المقاتي، والمباطخ إنما هو الخضروات دون الأصول التي ليس لها إلا قيمة يسيرة بالنسبة إلى الخضر، وقياس أصول مذهب أحمد وقياس مذهب غيره أنه يجوز بيع المغيات مطلقاً كمذهب مالك، إلحاقاً لها بلب الجوز، وأهل الخبرة يستدلون

برؤية ورق هذه المغيرات على حقيقتها، ويعلمون جودة ذلك من خلال رؤيتهم لورق وفروع هذه المغيات، والمرجع في ذلك إلى أهل الخبرة الصالحين، وهم الذين يقررون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرهم مما اتفق المسلمون على جواز بيعه، فيكون هذا من بيع المعدوم وليس من بيع المجهول.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا البيع وهو بيع المغيات أو بيع المقاتي التي تجز مرة بعد مرة- فإن البيع في هذه الأشياء مما تمس حاجة الناس إلى بيعه فإنه إذا لم يبيع حتى يقلع حصل على أصحابه ضرر عظيم، فإنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع، كما يتعذر عليهم الاستنابة فيه، وإن قلعوه جملة فسد بالقلع، فبقاؤه في الأرض كبقاء الجوز واللوز ونحوهما في قشره الأخضر؛ إذن الإمام أحمد يتلاقى ويقول بما يقول به مالك، وأنه يبيع المغيات مطلقاً كمذهب مالك إلحاقاً لها بلب الجوز، ويقول: إن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المغيات على حقيقتها، ومن ثم فإن هذا يكون من بيع المعلوم وليس من بيع المجهول.

٣- بيع العرايا:

الإمام أحمد وغيره من فقهاء الحديث يجوزون بيع العرايا مع ما فيها من المزابنة، والمزابنة هي بيع كل جزاف لا يعلم كيله ولا عدده ولا وزنه، أو المزابنة هي بيع مجهول بمجهول من جنسه، فبيع العرايا يجوز عند الإمام أحمد مع ما فيه من المزابنة، وذلك نظراً لحاجة المشتري إلى أكل الرطب، أو البائع إلى أكل التمر في حاجة البائع هنا، أو أكد بكثير.

وكذلك قياس أصول أحمد وقياس غيره من فقهاء الحديث جواز بيع المقاتي باطنها وظاهرها، وإن اشتمل ذلك على بيع معدوم إذا بدا صلاحها، كما يجوز

بالاتفاق إذا بدا صلاح بعضها أن يباع جميع ثمر النخل والشجر، وإن كان فيها ما لم يصلح بعد؛ لأنه يجب على البائع أن يسقي الثمرة وأن يستحق إبقاءها على الشجر بمطلق العقد، فهو إذا اشترى الثمرة على شجرها، فمن حقه أن يبقها على الشجر حتى يجمعها عندما يأتي وقت حصادها، وهذا أمر معلوم وأنه فيه مصلحة للبائع كذلك.

وأيضاً، اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا بدا الصلاح بحديقة من الحدائق، هل يجوز بيع جميعها، أو لا يباع إلا ما صلح منها؟ وأشهرها عنه أنه لا يباع إلا ما بدا صلاحه، وهذه هي الرواية المشهورة في المذهب، ولكن الرواية الثانية: يكون بدو الصلاح في البعض صلاحاً للجميع، فمتى بدا صلاح بعض الثمر فإنه يكون صلاحاً للجميع ويصح بيع البستان بأكمله إذا بدا صلاح بعض الثمر، وهذه هي الرواية الثانية، وفي هذه الرواية يقول أحمد < : إذا كان في بستان بعضه بالغ وبعضه غير بالغ يباع إذا كان الأغلب عليه البلوغ، فمنهم من فرق بين صلاح القليل والكثير، فقصر الحكم بما إذا غلب الصلاح، ومنهم من سوى بين الصلاح في القليل والكثير وهو قول مالك، والشافعي، والليث، وزاد مالك فقال: يكون صلاحاً لما جاوره، وهي رواية عن أحمد.

ومأخذ هذا من أن من جَوَّز شيئاً من ذلك أن الحاجة تدعو إلى ذلك؛ فإن يباع بعضه دون بعضه؛ فإن ذلك يفضي إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي، وهذه علة من فرق بين البستان الواحد والبستانين، ومن سوى بينهما، يقول: المقصود الأمن من العاهة، وذلك يحصل بشروع الثمر في بدو الصلاح، ومأخذ من منع ذلك أن قول النبي ﷺ: ((حتى يبدو صلاحها)) يقتضي بدو الصلاح في الجميع، فالاختلاف هنا جاء من الروايات التي تبدو في ظاهرها متعارضة، أو أن الكل

بعضهم يفهمها بطريقة، والبعض الآخر يفهمها بطريقة أخرى، واختلاف العلماء رحمة للأمة.

والغرض من هذا أن أصول أحمد تقتضي موافقة مالك في هذه المسائل. فالإمام أحمد يتفق في أصوله مع أصول الإمام مالك في هذه المسائل الشائكة، وهذا الاختلاف في عين المسألة الواحدة، أو في نوعها، ليس فيه تناقض كما يزعم البعض؛ فإن كل مجتهد مصيب، وهذا عند المصوِّبة وأنه ليس لله في الباطن حكم على المجتهد غير ما اعتقده، فالاجتهاد صحيح، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وأما الجمهور الذين يقولون: إن الله حكمًا علمه من علمه وجهله من جهله، وعدم علمه به مع اجتهاده مغفور له مع من يثاب عليه من قصده للحق واجتهاده في طلبه، فالكل ناج ما دام الكل يتقي الله فيما يقوله، وأما أهل الأهواء والخصومات، فهم مذمومون في مناقضتهم؛ لأنهم يتكلمون بغير علم ولا حسن مقصد لما يجب قصدهم، ففرق الإمام أحمد بين الاجتهاد الذي يكون القصد منه الوصول إلى الحق وبين من يختلفون أو يناقضون في الحكم لهوى أو لغرض غير صحيح. وأما من كان له قصد حسن في اجتهاده، فهو مأجور في اجتهاده على أي حال، سواء أصاب أو أخطأ.

وعلى هذا فلازم كون الإنسان نوعان:

النوع الأول: لا يلزم قول الحق، فهذا مما يجب عليه أن يلتزمه، فإن ما لازم الحق حق، ويجوز أن يضاف إليه إذا علم من حاله أنه لا يمتنع من التزامه بعد ظهوره وكثير مما يضيفه الناس إلى مذهب الأئمة من هذا الباب، أي أنه إذا قال الإنسان قول الحق ولزمه والتزم به فإنه يلزم إليه، ويجوز أن يضاف إليه ما دام قد علم من حاله أنه لا يمتنع من التزام الحق بعد ظهوره.

والنوع الثاني: لازم قوله الذي ليس بحق، فهذا لا يجب التزامه إذ كثيراً ما فيه أنه قد يناقض، والتناقض واقع من كل عالم من غير النبيين، ثم إن عرف من حاله أنه يلتزمه بعد ظهوره له فقد يضاف إليه، وإلا فلا يجوز أن يضاف إليه قول لو ظهر له فساد لم يلتزمه لكونه قد قال ما يلزمه وهو لم يشرع بفساد ذلك القول ولا يلزمه.

وسبب الفرق بين أهل العلم وأهل الأهواء مع وجود الاختلاف في قول كل منهما: أن العالم قد فعل ما أمر به من حكم القصد والاجتهاد، وهو مأمور في الظاهر باعتقاد ما قام عنده دليله وإن لم يكن مطابقاً، لكن اعتقاداً ليس بيقين، كما يأمر الحاكم بتصديق الشاهدين ذوي العدل، وإن كانا في الباطن قد أخطأ أو كذبا، وكما يأمر المفتي بتصديق المخبر العدل الضابط، أو باتباع الظاهر، فيعتقد ما دل عليه ذلك وإن لم يكن ذلك الاعتقاد مطابقاً، فالاعتقاد المطلوب هو الذي يغلب على الظن مما يؤمر به العباد، وإن كان قد يكون غير مطابق، وإن لم يكونوا مأمورين في الباطن باعتقاد غير مطابق قط، فإذا اعتقد العالم اعتقادين متناقضين في قضية، أو قضيتين مع قصده للحق واتباعه لما أمر باتباعه من الكتاب والحكمة - والحكمة هي السنة - عذر بما لم يعلمه وهو الخطأ المرفوع عنا، بخلاف أصحاب الأهواء، فإنهم إن يتبعون إلا الظن وما تهوى النفس، ويجزمون بما يقولونه بالظن والهوى جزماً لا يقبل النقيض مع عدم العلم بجزمه، فيعتقدون ما لم يؤمروا باعتقاده لا باطناً ولا ظاهراً، ويقصدون ما لم يؤمروا بقصده، ويجتهدون اجتهاداً لم يؤمروا به، فلم يصدر عنهم من الاجتهاد والقصد ما يقتضي مغفرة ما لم يعلموه، فكانوا ظالمين شبيهاً بالمغضوب عليهم، أو جاهلين شبيهاً بالضالين. هؤلاء هم أهل الأهواء الذين لا يتبعون إلا الظن ويجزمون بما يعتقدون من قول هو ليس بالحق.

أما المجتهد، فإنه باجتهاده يعتقد أنما غلب على ظنه أنه هو الحق؛ ولذلك كان مثاباً على اجتهاده. فالمجتهد الاجتهاد العلمي المحض ليس له غرض سوى الوصول إلى الحق، وقد سلك طريقه، وأما الذي يتبع الهوى المحض، فهو من يعمل الحق ويميل عنه.

وتم قسم آخر وهم غالب الناس، وهذا القسم هو أن يكون له هوى وله في الأمر الذي قصد إليه شبهة، فتجتمع الشهوة والشبهة؛ ولهذا جاء في حديث مرسل عن النبي ﷺ أنه قال: ((إن الله يحب البصر النافذ عند ورود الشبهات، ويجب العقل الكامل عند حلول الشهوات)) فالمجتهد المحض مغفور له ومأجور على اجتهاده وعلى قصده، وصاحب الهوى المحض مستوجب للعذاب، وأما المجتهد المركب على شبهة وهوى، فهو مسيء. وهم في ذلك على درجات بحسب ما يغلب، وبحسب الحسنات الماحية، وهذا القول الذي دلت عليه أصول مالك وأصول أحمد وبعض أصول غيرهما - هو أصح الأقوال وعليه يدل غالب معاملات السلف، ولا يستقيم أمر الناس في معاشهم إلا به، وكل من توسع في تحريم ما يعتقدونه غرراً، فإنه لا بد أن يضطر إلى إجازة ما حرم الله، فإما أن يخرج عن مذهبه الذي يقلده في هذه المسألة وإما أن يحتال.

وقد رأينا الناس ونحن نعلم قطعاً أن مفسدة التحريم لا تزال بالحيلة التي يذكرونها، فمن المحال أن يحرم الشارع علينا أمراً نحن محتاجون إليه، ثم لا يبيحونه إلا بحيلة لا فائدة فيها، وإنما الحيلة من جنس اللعب، وأصحابها لم تزدهم الحيل إلا بلاءً كما جرى لأصحاب السبت من اليهود، قال تعالى: ﴿فِظْلِهِم مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَأَخَذَهُمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلَهُمْ أَمْوَالُ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ﴾ [النساء: ١٦١، ١٦٢]،

والظلم والجهل هنا وصف للإنسان في قوله تعالى: ﴿وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا﴾ [الأحزاب: ٧٢].

٤ - الأصل فيما حرم الله علينا من المحرمات :

أصل التحريم فيما حرم الله علينا من المحرمات من الأعيان ك: الدم، والميتة، ولحم الخنزير، أما ما حرم الله علينا من التصرفات كالميسر والربا وما يدخل فيهما بنوع من الغرر وغيره أنه ﷺ إنما حرمه علينا لما في ذلك من المفسد التي نبه الله عليها ورسوله بقوله سبحانه: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْهَوُونَ﴾ [المائدة: ٩١] فأخبر ﷺ أن الميسر يوقع العداوة والبغضاء، سواء كان ميسراً بالمال أو باللعب، فإن المغالبة بلا فائدة وإن أخذ المال بلا حق يوقع في النفوس هذه العداوة.

وكذلك روى فقيه المدينة من الصحابة زيد بن ثابت < قال: "كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا أجذب الناس وحضر تقاضيههم، قال المبتاع: إنه أصاب الثمر المرض والعاهات، فقال رسول الله ﷺ في ذلك لما كثرت عنده الخصومة: ((فأما فلا تبيعوا حتى يبدو صلاح الثمر)) كالمشورة لهم، يشير بها لكثرة خصومتهم واختلافهم" ولهذا كان زيد < لا يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا، فيتبين الأحمر من الأصفر. رواه البخاري تعليقا.

ورواه أبو داود إلى قوله: خصومتهم، وروى أحمد في (المسند) عنه قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة ونحن نتبايع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، فسمع رسول الله ﷺ خصومة، فقال: ((ما هذا؟)) فقليل له: إن هؤلاء ابتاعوا الثمار، يقولون: أصابنا كذا وكذا، فقال رسول الله ﷺ: ((فلا تبيعوها حتى يبدو صلاحها)).

فقد أخبر أن سبب نهى النبي ﷺ عن ذلك لما أفضت إليه من الخصام، فهكذا يكون بيع الغرر. وقد ثبت نهيه عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، ففي الصحيحين عن أنس أن رسول الله ﷺ: ((نهى عن بيع الثمار حتى تزهو، قيل وما تزهى، قال: حتى تحمر أو تصفر، فقال رسول الله ﷺ أرأيت إن منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه؟!)) وفي رواية: "أن النبي ﷺ منع عن بيع الثمر حتى يزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال تحمر وتصفر أرأيت إن منع الله الثمرة بما تستحل مال أخيك؟!".

قال أبو مسعود الدمشقي: جعل مالك قول أنس: أرأيت إن منع الله الثمر من حديث النبي ﷺ وهو غلط وأياً ما كان الأمر؛ فإن هذا التعليل، سواء كان من كلام النبي ﷺ أو من كلام أنس فيه بيان أن ذلك أكل للمال بالباطل؛ حيث أخذه من أخذه في عقد معاوضة بلا عوض مضمون، فقد منع رسول الله ﷺ من بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وحتى تأمن العاهة، وذلك حتى يقطع الخصومات ويمنع من أكل أموال الناس بالباطل إذا ما أصاب الثمر المرض، أو منع الله من الثمر، فلا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه بغير عوض.

وإذا كانت مفسدة بيع الغرر هي كونه مظنة العداوة والبغضاء، وأن أكل الأموال بالباطل حرام، فمعلوم أن هذه المفسدة إذا عارضتها المصلحة الراجحة؛ قدّمت عليها، كما أن السباق بالخیل وكما أن السهام المسابقة بالإبل، لما كان فيها مصلحة شرعية جاز بالعوض، وإن لم يجز غيره بعوض، وكما أن اللهو الذي يلهو به الرجل إذا لم يكن فيه منفعة فهو باطل، وإن كان فيه منفعة وهو ما ذكره النبي ﷺ بقوله: ((كل لهو يلهو به الرجل فهو باطل، إلا رمية بقوسه، وتأديته فرسه، وملاعبته

امراته ؛ فإنهن من الحق)) فقد صار هذا اللهو حقاً لما فيه من المنفعة.

ومعلوم أن الضرر على الناس بتحريم هذه المعاملات أشد عليهم مما قد يتخوف فيها من تباعض، أو أكل مال بالباطل ؛ لأن الغرر فيها يسير، ولأن الحاجة إليها ماسة، والحاجة الشديدة ينتفي بها الغرر اليسير، والشرعية جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضتها حاجة راجحة ؛ أبيع المحرم، فكيف إذا كانت المفسدة منتفية ؛ لهذا لما كانت الحاجة داعية إلى إبقاء الثمر بعد البيع على الشجر إلى كمال الصلاح أباح الشرع ذلك ؛ ولهذا كان مذهب أهل المدينة وفقهاء الحديث : أنها إذا تلفت بعد البيع بجائحة هلكت من ضمان البائع، كما رواه مسلم في صحيحه عن جابر > قال : قال رسول الله ﷺ : ((لو بعت من أخيك ثمراً فأصبتة جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟!)).

وفي رواية لمسلم عن جابر > قال : ((أمر رسول الله ﷺ بوضع الجوائح)) والشافعي > لما لم يبلغه هذا الحديث، وإنما بلغه حديث لسفيان بن عيينة اضطرب فيه، فأخذ في ذلك بقول الكوفيين، فقال : إنها من ضمان المشتري ؛ لأنه مبيع تلف بعد القبض ؛ لأن التخلية بين المشتري وبينه قد حصلت، ويرده قول النبي ﷺ : ((بِمَ يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق؟!)) فإن المشتري للثمرة، إنما يتمكن من جذاها -أي: من قطعها- عند كمالها ونضجها لا عند العقد، كما أن المستأجر، إنما يتمكن من استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً، فتلف الثمرة قبل التمكن من استيفاء المنفعة في الإجارة يتلف من ضمان المؤجر بالاتفاق، فكذا في البيع.

والمقصود بذلك ذهاب الآفة التي يتكرر وجودها، وهذه إنما تصيب الزرع قبل اشتداد الحب وقبل ظهور النضج في الثمر إذا أمن العاهة، وبعد ذلك، فهي بعد نضجه تكون نادرة بالنسبة إلى ما قبل النضج، ولأنه لو منع من بيع الثمر بعد أمن هذه العاهة لم يكن له وقت يجوز بيعه إلا حين كمال الصلاح، وبيع الثمر على الشجر بعد كمال صلاحه متعذر؛ لأنه لا يكمل جملة واحدة، وإنما شيئاً بعد شيء، وإيجاب قطعه على مالكة بعد العقد مباشرة فيه ضرر وفيه غرر، فتبين أن رسول الله ﷺ قدم مصلحة جواز البيع الذي يحتاج إليه على مفسدة الغرر اليسير كما تقتضيه أصول الشريعة التي بعث بها رسول الله ﷺ.

ومن طرد القياس الذي يكون العقد في نفسه غير ناظر إلى ما يعارض علته من المانع الراجح، فهي تفسد كثيراً من أمر الدين، وفيه تضيق على الإنسان في عقله وفي دينه، هذا ما يقوله الفقهاء بالنسبة لبيع الثمر على الشجر، وأنه يبقى إلى وقت الحصاد والجذاذ ولا يؤمر بقطعه لما في ذلك من الضرر الذي يلحق المشتري، والإسلام إنما يراعي مصالح الناس ويدفع الضرر عنهم حتى لا يحدث بينهم ما يحدث من العداوة والبغضاء.

وفي (صحيح مسلم) عن أبي رافع: ((أن رسول الله ﷺ استلف من رجل بكرة - وهو الصغير من الإبل - فقدمت إبل الصدقة، فأمر أبي رافع أن يقضي الرجل بكرة، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد في إبل الصدقة إلا جملاً خياراً رباعياً - يعني: أكبر من البكر - فقال النبي ﷺ: أعطه إياه)) يعني: أمر بأن يعطي أبو رافع الدائن الذي استلف منه الرسول ﷺ جملاً رباعياً خياراً بدل من البكر الذي هو أقل من الجملة، ثم قال النبي ﷺ ((خيار الناس أحسنهم قضاء)).

تأجيل الديون، وحكم إجارة الأرض البيضاء مع الشجر

١ - تأجيل الديون :

اختلف الفقهاء في تأجيل الديون إلى الحصاد والجذاذ، وفيه روايتان عن أحمد < إحداهما : أن تأجيل الديون إلى الحصاد وإلى وقت الجذاذ يجوز، وهذا كقول مالك، وفي حديث جابر في الصحيحين ما يدل عليه، ودلت عليه آيات الكتاب في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] ودل عليه حديث بروع بنت واشق كما دل عليه إجماع العلماء على جواز عقد النكاح بدون فرض الصداق، وأن الزوجة تستحق مهر المثل إذا دخل بها زوجها بإجماع الفقهاء، وإذا مات الزوج وجب لها مهر المثل أيضاً عند فقهاء الحديث وأهل الكوفة المتبعين لحديث بروع بنت واشق، وهو أحد قولي الشافعي < وهو معلوم أن مهر المثل متقارب لا محدد، فلو كان التحديد معتبراً في المهر ما جاز النكاح بدون المهر، فمضت السنة بجواز النكاح قبل فرض المهر، هذا فيما يتعلق بمهر المثل وأنه ليس محدداً وإنما هو متقارب وهو دين على الزوج في ذمته إذا دخل على الزوجة ولم يسم لها صداقاً.

أما الإجارة، فلا تجوز إلا مع تبين الأجرة كما رواه أحمد في (المسند) عن أبي سعيد الخدري < : ((أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره، ونهى عن بيع اللبس، والنجش، وإلقاء الحجر)) فدل ذلك على الفرق بينهما، أي: بين المهر وبين الإجارة، وبيع اللبس والنجش وإلقاء الحجر، وسبب هذا الفرض أن المعقود عليه في النكاح هو منافع البضع أي: الفرج؛ لأن المهر ليس هو المقصود في عقد النكاح، وإنما المهر هو نحلة تابعة للعقد فأشبه الثمرة التابعة للشجر في البيع قبل بدو صلاحه.

ولذلك فإنه لما قدم وفد هوازن على النبي ﷺ خيرهم بين السبي وبين المال، فاختاروا السبي، فقال لهم: ((إني قائم فخطب الناس، فقال في خطبته: إني قد رددت على هؤلاء سبيهم، ومن شاء فإننا نعطيه عن كل رأس عشر قلائص من أول ما يفيء الله علينا)).

فهذا معاوضة عن الإعتاق في عوض الكتابة بإبل مطلقة في الذمة إلى أجل متقارب غير محدود.

وقد روى البخاري عن ابن عمر في حديث خيبر "أن النبي ﷺ قاتلهم حتى ألجأهم إلى قصرهم، وغلبهم على الأرض، والزرع، والنخل، فصالحوه على أن يجلوا منها ولهم ما حملت ركابهم، ولرسول الله ﷺ الصفراء، والبيضاء، والحلق -وهي السلاح- ويخرجون منها، واشترط عليهم رسول الله ﷺ ألا يكتموا ولا يغيبوا شيئاً؛ فإن فعلوا، فلا ذمة لهم ولا عهد" فهذه مصالح على مال متميز غير معلوم.

وعن ابن عباس قال: "صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة: النصف في صفر، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين، وعارية ثلاثين درعاً، وثلاثين فرساً، وثلاثين بعيراً، وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح، يغزون بها، والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم إن كان باليمن كيد أو غدره"، فهذه مصالح عن ثياب مطلقة معلولة الجنس غير موصوفة بصفات السلم، وكذلك عارية خيل وإبل وأنواع من السلاح مطلقة غير موصوفة عند شرط قد يكون وقد لا يكون.

فظهر بهذه النصوص أن العوض عما ليس بمال السباق، والفدية في الخلع، والصالح عن القصاص، والجزية، والصالح مع أهل الحرب - ليس بواجب أن يعلم كما يعلم الثمن والأجرة.

ما تمس الحاجة إليه من فروع هذه القاعدة:

لا يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر؛ لأن الأموال إما أنها لا تجب في هذه العقود، أو ليست هي المقصود الأعظم منها، وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع، بل يكون إيجاد التحديد في ذلك فيه من العسر والخرج المنفي شرعاً ما يزيد على ضرر ترك تحديده، فالتحديد هنا وفي هذه العقود ليس واجباً؛ لأنه يؤدي إلى الحرج، وكل ما يؤدي إلى الحرج، فهو مرفوع وما تمس الحاجة إليه من فروع هذه القاعدة.

ومن مسائل بيع الثمر قبل بدو صلاحه: ما قد عمت به البلوى في كثير من بلاد الإسلام، أو في أكثرها. وذلك أن الأرض تكون مشتملة على غراس وعلى أرض لتصلح -تصلح للزرع- وربما اشتملت مع ذلك على مسائل، ويريد صاحبها أن يؤجرها لمن يسقيها ولمن يزرعها، أو يسكنها مع ذلك، فهذا إذا كان فيها أرض وغراس.

وقد اختلف الفقهاء في تأجير الأرض التي فيها غراس، أو فيها زرع، أو فيها سكن، اختلفوا في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

وأحد هذه الأقوال: أن ذلك لا يجوز بحال، وهو قول الكوفيين، والشافعي وهو المشهور من مذهب أحمد عند أكثر أصحابه.

والقول الثاني: يجوز إذا كان الشجر قليلاً، وكان البياض الثلثين أو أكثر، وكذلك إذا استكرى -أي: أجر- داراً فيها نخلات قليلة، أو فيها شجرات عنب، أو نحو ذلك. وهذا قول مالك > وعن أحمد كالقولين، فقد قيل لأحمد: الرجل يستأجر الأرض فيها نخلات؟ قال: أخاف أن يكون استأجر

شجراً لم يثمر، وكأنه لم يعجبه، أظنه، فهو < كان لفرط إسلامه ودينه وتحفظه أنه لا يقول في حكم من الأحكام: هو واجب، أو مندوب، أو حرام وإنما يقول: هذا يعجبني أو هذا لا يعجبني، حتى لا يقول بحكم هو ليس من حكم الله، قال: أظنه أراد الشجر، لم أفهم عن أحمد أكثر من هذا -الذي يقول هذه الرواية يقول: لم أفهم عن أحمد أكثر من هذا-.

والذي نقل ذلك عن أحمد هو الكرمانى، ولكن أكثر أصول أحمد على الجواز، كقول مالك، فإنه يقول: إذا ابتاع أرضاً أو شجراً فيها ثمر أو فيها زرع لم يدرك -أي: لم يأت وقت حصاده- يجوز إذا كان مقصوده الأرض والشجر. وهذه المسألة -وإن كانت في البيع- فهي مثل نظيراتها في الإجارة، وحكمهما واحد، فإن ابتاع الأرض بمنزلة اشتريتها، واشترى النخل ودخل الثمر التي لم تأمن العاهة في البيع تبعاً للأصل، فهي بمنزلة دخول الثمرات والعنب في الإجارة تبعاً.

وحجة من قال بالمنع ما ثبت عن النبي ﷺ من نهيه عن بيع السنين ونهيه عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع. وفيهما عن جابر بن عبد الله ؓ قال: "نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى تشقق، قيل: وما تشقق؟ قال: تحمار وتصفر ويؤكل منها". وفي رواية لمسلم أن هذا التفسير من كلام سعيد بن المثنى لمحدث عن جابر.

وفي الصحيحين عن جابر: ((نهى النبي ﷺ عن المحاقلة، والمزابنة، والمعاومة، والمخابرة)) وفي رواية لهما: ((عن بيع السنين)) بدل المعاومة. فهي الأعوام الكثيرة، وفيهما أيضاً عن زيد بن أبي أنيسة، عن عطاء عن جابر < ((أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، وأن يشتري النخلة حتى يُشَقِّه)) والإشقاء: أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء، وأما المحاقلة: فهي أن

يباع النخل بأوساق من التمر، وأما المخابرة: الثلث والربع وأشباه ذلك، قال زيد: قلت لعطاء: أسمعت جابراً يذكر هذا عن النبي ﷺ؟ قال: نعم.

وفي رواية: ((نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه، أو يأكل منه حتى يوزن، فقلت: ما يوزن، فقال رجل عنده: حتى يحرز)) وفي رواية قال: ((لا تبتاعوا الثمر بالتمر)) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع ثمر النخل سنين لا يجوز، قالوا: فإذا أكره -أي: إذا أجره الأرض والشجر- فقد باعه الثمرة قبل أن يخلق، وباعه سنة أو سنتين، وهذا هو الذي نهى عنه النبي ﷺ ثم منع منه مطلقاً. وأما من جوزه فإنه قال: إذا كان قليلاً؛ الضرر اليسير يحتمل في العقود، كما لو ابتاع النخل وعليها ثمر لم يؤبر -أي: لم يلقح- أو أبر ولم يبدُ صلاحه - فإنه يجوز، وإن لم يجز إفراده بالعقد.

وهذا القول قال به الشافعي وأحمد وغيرهما من فقهاء الحديث.

ولكن لا يجوز على رأي أبي حنيفة؛ لأنه لا يجوز بيع الثمر بشرط البقاء، ويجوز ابتاعه قبل بدو صلاحه بشرط القطع في الحال، فإذا ابتاعه مع الأصل، فإنما استحق إبقائه؛ لأن الأصل ملكه.

هذا هو القول الثاني.

وأما القول الثالث: فهو أنه يجوز استئجار الأرض التي فيها شجر، ودخول الشجر في الإجارة لا يمنع من الجواز مطلقاً، وهذا القول كالإجماع عليه من السلف، أي: أن السلف { قد أجمعوا على أنه يجوز استئجار الأرض التي فيها شجر، وأن دخول الشجر في الإجارة لا يمنع من الجواز مطلقاً، وذلك لما روي أن أسيد بن حضير توفي وعليه ستة آلاف درهم، فدعا عمر غرماءه، فقبَّلهم أرضه سنين، وفيها النخل والشجر، هذا هو الدليل لهذا الرأي القائل بالجواز.

وعمر بن الخطاب > ضرب الخراج على أرض السواد وغيرها فأقر الأرض التي فيها النخل والعنب، أي: أبقى هذه الأرض في أيدي أهل الأرض، وجعل على كل جريب من جرب الأرض السواد والبيضاء خراجاً مقدراً، والمشهور عند مالك والشافعي وأحمد أن هذه المخرجة تجري مجرى المؤاجرة، فالخراج يأخذ حكم المؤاجرة، وإنما لم يؤقته لعموم المصلحة. فالخراج ليس مؤقتاً، والخراج هو أجرة الأرض.

فهذا بعينه إجارة الأرض السوداء التي فيها شجر، وهو مما أجمع عليه عمر والمسلمون في زمانه وبعد زمانه، إذا كانت الحاجة داعية إلى إجارة الأرض التي فيها شجر؛ لأن المستأجر لا يتبرع بسقي الشجر، وقد لا يساقي عليها صاحبها، ولهذا فإن مالكا والشافعي - وإن كان القياس عندهما أنه لا تجوز المزارعة، إلا أنه إذا ساقى العامل على شجر فيها بياض - جوزا المزارعة في ذلك البياض تبعاً للمساواة، وكما يجوز بيع الشجر تبعاً للأرض، فكذا يجوز استئجار الأرض السوداء التي فيها شجر تبعاً للمساواة، وما لا يتم الجائز إلا به فهو جائز.

هذا عند الشافعي، وعند مالك، وهو القول بجواز استئجار الأرض التي فيها شجر. فأما أبو حنيفة > فلا يجوزها بحال، والشافعي إنما يجوزها في الجديد في النخل والعنب، فقد اضطروا في هذه المعاملة إلى تسمية الأجرة في مقابلة منفعة الأرض، ويتبرع له إما بإعراء الشجر، وإما بالمحاباة في مساقاتها، ولفرط الحاجة إلى هذه المعاملة جوزوا الحيلة في المساواة، وأما المنصوص عن أحمد، فهو إبطال هذه الحيلة، كمذهب مالك وغيره، والمنع من هذه الحيل هو الصحيح قطعاً، لما روى عبد الله بن عمرو: ((أن النبي ﷺ قال: لا يحق سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)).

ففي هذا الحديث قد نهى ﷺ عن أن يجمع بين سلف وبيع، فإذا جمع بين سلف وإجارة، فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله، وكل تبرع يجمعه إلى البيع والإجارة كذلك، مثل: الهبة، والعارية، والمحابة، والمساقاة، والمزارعة، والمبايعة، وغير ذلك بهذه كلها تشبه القرض، فجماع معنى الحديث: ألا يجمع بين معاوضة وتبرع؛ لأن ذلك التبرع، إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً، فهو تبرع من أجل المعاوضة فيصير جزءاً من العوض، فإذا اتفق على أنه ليس بعوض، فقد جمع بين أمرين متنافيين، فإن من أقرض رجلاً ألف درهم وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف لم يرض بالاطراد إلا بالثمن الزائد للسلعة، والمشتري لم يرض ببذل ذلك الثمن الزائد إلا لأجل الألف التي اطردها؛ فلا هذا باع بيعاً بألف؛ ولا هذا أقرض قرضاً محضاً. بل الحقيقة أنه أعطاه الألف والسلعة بألفين، فهي مسألة: مد عجوة، فإذا كان المقصود هو أخذ الألف بأكثر من ألف؛ حرم بلا تردد.

وهكذا من أجرى الأرض التي تساوي مائة بألف، وأعره الشجر ورضي من ثمرها بجزء من ألف جزء، فمعلوم بالاضطرار أنه إنما تبرع بالثمرة لأجل الألف التي أخذها، وأن المستأجر إنما بذل الألف لأجل الثمرة، فالثمرة هي جل المقصود، والمعقود عليه، أو بعضه فليست الحيلة إلا ضرباً من اللعب، وإلا فالمعقود عليه ظاهر، والذين لا يقولون بالحيلة، إما أن يفعلوا ذلك للحاجة، أو يعتقدوا أنهم فاعلون للمحرم. وإما أن يتركوا ذلك ويتركوا تناول الثمار الداخلة في هذه المعاملة فيدخل عليهم من الضرر والإضرار ما لا يعلمه إلا الله تعالى، وإذا أمكن أن يلتزم ذلك واحد أو اثنان فما يمكن للمسلمين أن يلتزموا ذلك إلا بفساد الأموال التي لا يتأتى أن تأتي به شريعة قط، فضلاً عن شريعة الله التي قال فيها: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨] وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] وقال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ

﴿يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٨] وفي الصحيحين، ((إنما بعثتم ميسرين)) وأيضاً ورد في الصحيحين: ((يسروا ولا تعسروا))، و ((ليعلم اليهود أن في ديننا سعة)) فكل ما لا يتم المعاش إلا به، فتحريمه حرج، وهو منتفٍ شرعاً عن هذه الأمة، فتحريم مثل هذا مما لا يمكن الأمة الالتزام به قط؛ لما فيه من الفساد الذي لا يطاق، فعلم أنه ليس بحرام، بل هو أشد من الأغلال والآصار التي كانت على بني إسرائيل، وقد وضعها الله تعالى عنا على لسان النبي ﷺ.

مبنى الشريعة على التيسير:

من استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَضْطَرَّ فِي مَخْصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣] فكل ما احتاج إليه الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل محرم - لم يحرم عليهم؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد، وإن كان سببه معصية، كالمسافر سفر معصية اضطر فيه إلى الميتة، وكالمنفق للمال في المعاصي حتى لزمته الديون، فإنه يؤمر بالتوبة، ويباح له ما يزيل ضرورته.

فيباح له أن يأكل من الميتة وأن يقضي عنه دينه من الزكاة، وإن لم يتب فهو ظالم لنفسه، حاله كحال الذين قال الله فيهم: ﴿وَسَأَلَهُمْ عَنِ الْقَرْبَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾ [الأعراف: ١٦٣] وكقوله: ﴿فِظْلِهِم مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٥٩] وهذه قاعدة عظيمة، وهي: أن كل ما احتاج إليه الناس في معاشهم

ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل محرم - لم يحرم عليهم ؛ لأنه في معنى المضطر ، والمضطر لا حرج عليه في أن يستبيح ما حرمه الله لإزالة الضرورة. وهذه رحمة من الله ﷻ بهذه الأمة.

وهذا يتفق مع أصول الإمام أحمد ومع بعض أصول الشافعي ، وهو الصحيح ، أي : هذا هو القول الصحيح لوجوه متعددة بعد الأدلة على نفي التحريم شرعاً وعقلاً ، ونبين هذه الوجوه المتعددة التي تدل على الحل :

الوجه الأول : أن عمرًا في قصة أسيد بن حضير قابل الأرض والشجر الذي فيها بالمال الذي كان للغرماء ، ولا يحمل ذلك على أن النخل والشجر كان قليلاً ؛ لأنه من المعلوم أن بساتين المدينة كان الغالب عليها الشجر ، وأسيد بن حضير كان من سادة الأنصار ومياسيرهم ، فبعد كل العبد أن يكون الغالب على حائطه الأرض البيضاء ، ثم إن هذه القصة لا بد أن تشتهر وأن تعلم ، ولم يبلغنا أن أحداً من المسلمين في هذا العصر أنكرها ، فيكون إجماعاً.

وكذلك ما ضربه عمر من الخراج على أرض السواد ؛ فإن تسميته خراجاً يدل على أنه عوض عما ينتفعون به من منفعة الأرض ، والشجر كما يسمي الناس اليوم كراء الأرض لمن يغرسها غراساً إذا كان على كل شجرة شيء معلوم ، ومنه قوله تعالى : ﴿ أَمْ تَسْأَلُهُمْ خَرْجًا فَقَرْجُ رَبِّكَ خَيْرٌ ﴾ [المؤمنون : ٧٢] ، فمن اعتقد أنه - أي : الخراج - أجر وجب عليه أن يعتقد جواز مثل هذا ؛ لأنه ثابت بإجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - أجمعين ، ومن اعتقد أنه ثمن أو عوض مستقل بنفسه ؛ فمعلوم أنه لا يشبه غيره ، وإنما جوزه الصحابة ولا نظير له لأجل الحاجة الداعية إليه ، والحاجة إلى ذلك موجودة في كل أرض فيها شجر ، كالأرض المفتتحة سواء بسواء.

فإن قيل : يمكن المساقاة ، أو المزارعة يعني : إذا اعترض على هذا الدليل فقيل : إنه يمكن المساقاة ، أو المزارعة بدلاً من الإجارة ، قيل : وقد كان يمكن عمر المساقاة والمزارعة كما فعل في أثناء الدولة العباسية ، إما في خلافة المنصور وإما بعده ، فإنهم نقلوا أرض السواد من الخراج إلى المقاسمة التي هي المساقاة والمزارعة ، أي : أن المزارعة والمساقاة جاءت متأخرة بعد عصر عمر الذي كان يمكنه أن يجعلها مساقاة ، وإنما هو قد أخذ الخراج وهو أجره الأرض .

وأيضاً فإننا نعلم قطعاً أن المسلمين ما زالت لهم أرضون فيها شجر ، بل هذا غالب على أموال أهل الأنصار ، ونعلم يقيناً أن السلف لم يكونوا كلهم يعمرّون أرضهم بأنفسهم ، ولا كان غالبهم يفعل ذلك ، ونعلم أن المساقاة والمزارعة قد لا تيسر في كل وقت ؛ لأنها تفتقر إلى عامل أمين ، وما كل أحد يرضى بالمساقاة ، ولا كل من أخذ الأرض يرضى بالمشاركة ، فلا بد أنهم قد كانوا يكرون الأرض السوداء ، وهي الأرض التي فيها الشجر مع الأرض ، ومعلوم أن الاحتيال بالتبرع أمرٌ بارد لم يكن السلف من الصحابة التابعين يفعلونه ، فلم يبقَ إلا أنهم كانوا يفعلون كما فعل عمر بمال أسيد بن حضير ، وكما يفعله غالب المسلمين من تلك الأزمنة وإلى اليوم .

٢ - إجارة الأرض البيضاء مع الشجر :

لعل الذين اختلفوا في كراء الأرض البيضاء أو المزارعة ، لم يختلفوا في كراء الأرض السوداء ولا المساقاة ؛ لأن منفعة الأرض ليس فيها طائل بالنسبة إلى منفعة الشجر .

ثم إن الإمام أحمد < لم يكره إجارة الأرض إذا كانت أرضاً بيضاء ؛ لأن

الإجارة عنده جائزة، وإن كانت الأجرة من جنس الخارج؛ لأن المستأجر يعمل في الأرض بمنفعته وماله فيكون المَعْلُ بكسبه، بخلاف ما إذا كانت الأرض المستأجرة فيها العلوج - والعلوج هم العمال الذين يعالجون العمل - فإنه لا يعمل فيها شيئاً لا بمنفعته ولا بماله؛ بل العلوج يعملون فيها، وهو يؤدي الكفالة ويأخذ بدلها، فهو طالب الربح في مبادلة المال من غير صناعة ولا تجارة، وهذا هو الربا.

ونظير هذا هو اكتراء الحمام واكتراء الطاحون والفنادق، ونحو ذلك مما لا ينتفع المستأجر به، فلا يتجر فيه ولا يصطنع فيه، وإنما يكره ليكرهه فقط وهو ربا.

والحاصل: أن هذه المعاملة - وهي إجارة الأرض السوداء والبيضاء التي بها شجر - لم تكن ربا لأجل النخل ولا لأجل الأرض، إذا كانت بغير جنس ما تظله هذه الأرض، وإنما كانت ربا؛ لأجل العلوج، وهذه الصورة لا حاجة إليها، فإن العلوج يقومون بالعمل فيها؛ ولهذا كرهها أحمد، وإن كانت هذه الأرض بيضاء إذا كان فيها العلوج، فهي مكروهة عند الإمام أحمد ما دامت الأرض فيها علوج يعملون فيها، فإجارتها مكروهة.

وقد استدل على أن الإجارة جائزة بمعاملة النبي ﷺ لأهل خيبر على أرضها، بشرط ما يخرج منها من ثمر وزرع، على أن يعمروها من أموالهم.

وذلك أن هذا في المعنى إكراء للأرض منهم ببعض ما يخرج منها، مع إكراء الشجر بنصف ثمره، فيقاس عليه إكراء الأرض والشجر بشيء مضمون؛ لأن إعطاء الثمر لو كان بمنزلة بيعه؛ لكان إعطاء بعضه بمنزلة بيعه وذلك لا يجوز.

ونخلص من هذا كله إلى: أنه متى كان بين الشجر أرض أو مساكن دعت الحاجة إلى كرائها جميعاً؛ فيجوز لأجل الحاجة وإن كان في ذلك غرر يسير؛ لا سيما إن

كان البستان وقفاً، أو كان ملكاً لیتیم فإن تعطيل منفعته لا يجوز، وإكراء الأرض أو المسكن وحده لا يقع في العادة، ولا يدخل أحد في إجارة ذلك، وإن اكتراه؛ اكتراه بنقص كثير عن قيمته، وما لا يتم المباح إلا به فهو مباح، فكل ما ثبت إباحته بنص أو إجماع وجب إباحة لوازمه إذا لم يكن في تحريمها نص ولا إجماع، وإن قام دليل يقتضي تحريم لوازمه، وما لا يتم اجتناب المحرم إلا باجتنابه؛ فهو حرام.

فهنا وجد تعارض بين الدليلين، وقد ثبت إباحة كراء الأرض بالسنة، واتفق الفقهاء على أن ذلك دخول في كراء الشجر؛ فإن تحريمه مختلف فيه ولا نص فيه. وأيضاً فمتى أكرت الأرض وحدها وبقي الشجر؛ لم يكن المكتري مأموناً على الثمر؛ فيفضي إلى اختلاف الأيدي وسوء المشاركة كما إذا بدا الصلاح في نوع واحد؛ فإنه يخرج على هذا القول، فإذا بدا الصلاح في جنس؛ فإن في بيعه متفرقاً ضرر؛ فيجوز بيع جميع الأجناس، ولأنه إذا أراد أن يبيع الثمر بعد ذلك؛ لم يجد من يشتري الثمرة، إذا كانت الأرض والمساكن لغيره إلا بنقص كثير؛ ولأنه إذا أكرى الأرض فإن شرط عليه سقي الشجر - والسقي من جملة المعقود عليه - صار المعوض عوضاً، وإن لم يشترط عليه السقي إن ساقاه عليها؛ صارت الإجارة لا تصح إلا بمساقاة، وإن لم يساقه؛ لزم تعطيل منفعة المستأجر، فيدور الأمر بين أن تكون الأجرة هي بعض المنفعة، أو لا تصح الإجارة إلا بمساقاة، أو بتفويت منفعة المستأجر، فيرجع الأمر إلى أن الصفقة إذا كان في تفريقها ضرر؛ جاز الجمع بينهما في المعاوضة، وإن لم يجز فإن أفراد كل منهما يجوز؛ لأن حكم الجميع يخالف حكم التفريق.

ولهذا وجب على أحد الشريكين إذا تعذرت القسمة أن يبيع مع شريكه، أو

يؤاجر معه إن كان المشترك منفعة ؛ لأن النبي ﷺ قال : ((من أعتق شريكاً له في عبدٍ، وكان له مال يبلغ ثمن العبد ؛ قوم عليه قيمة عدل، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق)).

فأمر النبي ﷺ بتقويم وإعطاء الشريك حصته من القيمة، ومعلوم أن قيمته حصة مفردة دون حصته من قيمة الجميع ؛ فعلم أن حقهم في نصف النصف، وإذا استحق ذلك بالإعتاق فبسائر أنواع الإتلاف أولى، وإنما يستحق بالإتلاف ما يستحق بالمعاوضة، فعلم أنه يستحق بالمعاوضة نصف القيمة، وإنما يمكن ذلك عند بيع الجميع ؛ فيجب قسمة العين حيث لا ضرر فيها، فإذا كان فيها ضرر؛ قسمت القيمة.

فإذا أوجبنا على الشريك بيع نصيبه ؛ لما في التفريق من نقص قيمة شريكه، فلأن يجوز بيع الأمرين جميعاً إذا كان في تفريقهما ضرر أولى ؛ ولذلك جاز بيع الشاة مع اللبن الذي في ضرعها وإن أمكن تفريقهما بالحلب، وإن كان بيع اللبن وحده لا يجوز.

وبناءً على هذا ؛ فإنه يجوز متى كان مع الشجر منفعة مقصودة لمنفعة أرض للزرع أو بناء للسكن، وأما إن كان المقصود هو الثمر فقط، وأما منفعة الأرض أو المسكن ليست جزءاً من المقصود ؛ وإنما دخلت لمجرد الحيلة، كما قد يفعل ذلك في مسألة مد العجوة ؛ لم يجر هذا الأصل.

وكما يخرج جواز إجارة الأرض التي فيها شجر أو فيها مساكن دعت الحاجة إلى كرائها جميعاً ؛ فإنه يخرج أيضاً على كراء الشجر للاستثمار ؛ فإنه يجري مجرى إكراء الأرض للإزراع واستئجار الظئر للرضاع ؛ وذلك أن الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع، وإن كانت أعياناً، وهي ثمر الشجر، ولبن

الآدميات والبهائم، والصوف، والماء العذب، فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ؛ خلق الله بدله مع بقاء الأصل كالمنافع سواء بسواء.

ولهذا جرت في الوقف والعارية والمعاملة بجزء من النماء مجرى المنفعة؛ فإن الوقف لا يكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء أصله، فإذا جاز وقف الأرض البيضاء، أو جاز وقف الدار لمنفعتها، فكذلك وقف البساتين لثمرتها، وكذلك وقف الماشية لدرها أو لصوفها، أو لوقف الآبار والعيون لمائها، بخلاف ما يذهب بالانتفاع كالطعام ونحوه؛ فإنه لا يوقف.

وأما باب العارية؛ فيسمون إباحة الظهر: إفقاراً، وما أبيح لبنه يسمونه: منيحة، وما أبيح لثمره يسمونه: عارية، وشبهوا ذلك بالقرض الذي ينتفع به؛ فالقرض ينتفع به المقترض ثم يرد مثله، ومنه قول النبي ﷺ: ((منيحة لبن أو منيحة ورق)) وهو القرض.

وقد أخرج أحمد < في (المسند) عن ابن مسعود > أن النبي ﷺ قال: ((أندرون أي الصدقة أفضل؟ قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: المنيحة: أن يمنح أحدكم أخاه الدرهم، أو ظهر الدابة، أو لبن الشاة، أو لبن البقرة)).

فاكتراء الشجر من هذا القبيل؛ لأنه يعمل عليها ويأخذ ثمرها، فهو بمنزلة استئجار الظئر - وهي المرضعة للبنها - وليس في القرآن إجارة منصوبة إلا إجارة الظئر في قوله سبحانه: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوُهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

ولما اعتقد بعض الفقهاء أن الإجارة لا تكون إلا على منفعة ليست عيناً، ورأى جواز إجارة الظئر؛ قال: المعقود عليه هو وضع الطفل في حجرها، وأما اللبن فإنه يدخل ضمناً وتبعاً، كنفع البئر، وهذا مكابرة للعقل والحس، فإننا نعلم بالاضطرار أن المقصود بالعقد بالنسبة للظئر هو اللبن، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ

لَكُمُ ﴿١﴾ وضم الطفل إلى حجرها إن فُعِلَ ؛ فإنما هو وسيلة إلى ذلك.

وإنما العلة ما ذكرته من : أن الفائدة التي تستخلف مع بقاء أصلها تجري مجرى المنفعة ، وليس من البيع الخاص ، فإن الله تعالى لم يسمّ العوض إلا أجراً ، ولم يسمه ثمناً ، وهذا بخلاف ما لو حلب اللبن ؛ فإنه لا يسمى معاوضة عليه حينئذ إلا بيعاً ؛ لأنه لم يستوفِ الفائدة من أصلها كما يستوفي المنفعة من أصلها.

وللفوائد العينية التي يمكنها فصلها عن أصلها حالان :

- حال تشبه فيه المنافع المحضة ، وهي حال اتصالها واستيفاء المنفعة.
 - وحال تشبه فيه الأعيان المحضة ، وهي حال انفصالها وقبضها كقبض الأعيان.
- فإذا كان صاحب الشجر هو الذي يسقيها ، ويعمل على رعايتها حتى تصلح الثمرة ؛ فإنما يبيع ثمرة محضة ، كما لو كان هو الذي يشق الأرض ويبذرهما ويسقيها حتى يصلح الزرع ؛ فإنما يبيع زرعاً محضاً ، وإن كان المشتري هو الذي يزرع ويقطع الشجر ويحصده ، كما لو باعها على الأرض ، وكالمشتري هو الذي ينقل ويحول ؛ ولهذا جمع النبي ﷺ بينهما في النهي عن بيع الحب حتى يشتد ، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ؛ فإن هذا بيع محض للثمرة والزرع.
- وأما إذا كان المالك يدفع الشجرة إلى المكري ؛ وهو الذي أكرى الأرض ، - أي زرعها بالأجرة - فدفع المالك له الشجرة حتى يسقيها ويلقحها ويدفع عنها الأذى ؛ فهو بمنزلة دفعه الأرض إلى من يشقها ويبذرهما ويسقيها.
- ولهذا سوى الرسول ﷺ بينهما في المساقاة والمزارعة ، فكما أن كراء الأرض ليس ببيع لزرعها ؛ فكذلك كراء الأرض ليس ببيع لثمرها ؛ بل نسبة كراء الشجر إلى كراء الأرض كنسبة المساقاة إلى المزارعة ، هذا معاملة بجزء من النماء ، وهذا كراء بعوض معلوم.

فإذا كانت هذه الفوائد قد ساوت المنافع في الوقف لأصلها، وفي التبرعات بها، وفي المشاركة بجزء من ثنائها، وفي المعاوضة عليها بعد صلاحها؛ فكذاك تساويها في المعاوضة على استفادتها وتحصيلها، ولو فرق بينهما بأن الزرع إنما يخرج بالعمل، بخلاف الثمر فإنه يخرج بلا عمل، كان هذا الفرق عديم التأثير بدليل المساقاة والمزارعة، وليس هذا بصحيح.

فإن للعمل تأثيراً في الإثمار كما له تأثير في الإنبات، ومع عدم العمل عليها قد يعدم الثمر وقد ينقص، فإن من الشجر ما لو لم يُسَقَّ؛ لم يثمر، ولو لم يكن للعمل عليه تأثير أصلاً؛ لم يجز دفعه إلى عامل بجزء من ثمره، ولم يجز في مثل هذه الصورة إجارتهم قبل بدو صلاحه؛ فإنه يبيع بيعاً محضاً للثمرة ولا إجارة للشجر، ويكون كمن أكرى أرضه لمن يأخذ منها ما ينبت الله بلا عمل أحد أصلاً قبل وجوده.

فإن قيل: المقصود بالعقد هنا غرر؛ لأنه قد يثمر قليلاً وقد يثمر كثيراً؛ فهنا غرر قد حدث.

فالجواب: أن يقال مثله في كراء الأرض؛ فإن المقصود بالعقد غرر أيضاً على هذا التقدير؛ فإنه قد ينبت قليلاً وقد ينبت كثيراً، وإن قيل: المعقود عليه هناك: التمكن من الاستزراع لا نفس الزرع النابت، قيل في الجواب: المعقود عليه هنا: التمكن من الاستثمار وليس نفس الثمر الخارج، ومعلوم أن المقصود فيهما إنما هو الزرع والثمر، وإنما يجب العوض بالتمكن من تحصيل ذلك، كما أن المقصود باكتراء الدار إنما هو السكنى، وإن وجب العوض بالتمكن من تحصيل ذلك.

فالمقصود باكتراء الأرض في الزرع: إنما هو نفس الأعيان التي تحصد، وليس اكتراءها للسكنى أو البناء؛ فإن المقصود هناك نفس الانتفاع بجعل الأعيان فيها،

وهذا بين عند التأمل ، ولا يزيده البحث عنه إلا وضوحاً ؛ فظهر به أن الذي نهى عنه النبي ﷺ من بيع الثمرة قبل زهوها ، ومن بيع الحب قبل اشتداده ، ليس إكراهاً لمن يحصل ثمرتها أو لمن يحصل زرعها بعمله وسقيه ، ولا هذا داخل في نهيه لفظاً ولا معنى .

ويوضح ذلك أن البائع لثمرتها عليه تمام سقيها ، وعليه العمل عليها حتى يتمكن المشتري من الحصاد ، فإن هذا من تمام التوفية ، ومن مؤنة التوفية على البائع : كالكيل والوزن ، وأما المكري - أي المؤجر لها - لمن يخدمها حتى تثمر ، فهو كالمكري للأرض لمن يخدمها حتى تنبت ، وليس على المكري عمل أصلاً ؛ وإنما عليه التمكين من العمل الذي يحصل به الثمر والزرع .

ولكن يقال : طرد هذا : أن يجوز إكراه البهائم لمن يعلفها ويسقيها ويحلب لبنها . قيل : إذا جوزنا - على إحدى الروايتين - أن تدفع الماشية إلى من يعلفها ويسقيها بجزء من درها ونسلها ؛ جاز دفعها إلى من يعمل عليها لدرها ونسلها بشيء مضمون : أي بقدر محدد من المال في نظير ذلك .

وإن قيل : فهلا جاز إيجارها لاحتلاب لبنها ، كما جاز إجارة الظئر ؟

قيل : إجارة الظئر : أن ترضع الطفل في نظير الأجر ، فإذا كانت هي التي توفي المنفعة ؛ فنظيره أن يكون المؤجر هو الذي يوفي منفعة الإرضاع ، وحينئذ فالقياس جوازه ، ولو كان لرجل غنم ، فاستأجر غنم رجل ليرضعها ، لم يكن هذا ممتنعاً .

وأما إن كان المستأجر هو الذي يحلب اللبن ، أو هو الذي يستوفيه ؛ فهذا مشتري اللبن ، وليس مستوفيه بالمنفعة ، ولا مستوفياً للعين بعمل ، وهو شبيه باشتراء الثمرة واحتلابه كاختطافها ، وهو الذي نهى عنه النبي ﷺ بقوله : ((لا يباع لبن في ضرع)) بخلاف ما لو استأجرها ؛ لأن يقوم عليها وأن يحتلب لبنها ؛ فهذا نظير اكتراء الأرض والشجر

وهو جائز، والعقد عليه صحيح، وليس هناك ما يمنع منه شرعاً.

وهذا إذا أكرى الأرض والشجر أو الشجر وحدها، لأن يخدمها ويأخذ الثمرة بعوض معلوم، فإذا باعه الثمرة فقط وأكره الأرض للسكنى؛ فهنا لا يجيء إلا الأصل الأول وهو: أن الحاجة داعية إلى الجمع بينهما؛ فيجوز في الجمع ما لا يجوز في التفريق.

وهذا إذا كان كل واحد من السكنى والثمر مقصود، وهذه المعاملة هي التي يجري مثلها في حوائط - أي في بساتين - المسلمين، فإن البستان يكتري في المدة الصيفية للسكنى فيها، وأخذ ثمره من غير عمل على الثمرة أصلاً؛ بل العمل على المكري - وهو صاحب البستان - وعلى هذا؛ فيجوز وإن كان الثمر لم يطلع بحال، سواء كان جنساً واحداً أو أجناساً متفرقة.

فأما إن كانت المنفعة ليست مقصودة أصلاً؛ وإنما جاءت لأجل جداد الثمر، مثل أن يكتري عنباً أو بلحاً، ويريد أن يقيم في الحديقة لقطافه؛ فهذا لا يجوز قبل بدو صلاحه؛ لأن المنفعة إنما قصدت هنا لأجل الثمر، فلا يكون الثمر تابعاً لها، ولا يحتاج إلى إجارتها إلا إذا جاز بيع الثمر بخلاف القسم الأول الذي قبله؛ فإن المنفعة إذا كانت مقصودة، واحتاج إلى استئجارها، واحتاج مع ذلك إلى شراء الثمرة، ولا يتم غرضه من الانتفاع إلا بأن يكون له ثمرة يأكلها؛ فإن مقصوده الانتفاع بالسكنى في ذلك المكان، وأما الأكل من الثمر؛ فإنه جاء تبعاً لذلك؛ فتجوز هذه المعاملة.

ولهذا إذا كان المقصود الأعظم هو السكنى والشجر قليل؛ مثل أن يكون في الدار فخلات أو غريس عنب، أو نحو ذلك؛ فالجواز هنا مذهب مالك، وقياس أكثر نصوص أحمد وغيره، وإن كان المقصود مع السكنى التجارة في

الثمر، وهو أكثر من منفعة السكنى؛ فالمنع هنا أوجه، في التي قبلها كما فرق بينهما مالك وأحمد }.

وإن كان المقصود السكنى والأكل؛ فهذا شبيه بما لو قصد السكنى والشرب من البئر، وإن كان ثمن المأكول أكثر؛ فهنا الجواز فيه أظهر من التي قبلها، ودون الأولى على قول من يفرق، فالجمع جائز لأجل الجمع، فإن اشترط مع ذلك أن يحرث له صاحب الأرض، فهو كما لو استأجر أرضاً من رجل للزراعة على أن يحرثها المؤجر؛ فقد استأجر أرضه واستأجر منه عملاً في الذمة، وهو جائز كما لو اكترى منه جملًا أو حماراً على أن يحمل المؤجر للمستأجر عليه متاعه، وهذه إجارة عين، وإجارة على عمل في الذمة، إلا أن يشترط عليه أن يكون هو الذي يعمل العمل؛ فيكون قد استأجر عينين في عقد واحد؛ فلا يجوز، ولو لم تكن السكنى مقصودة، وإنما المقصود ابتياع ثمرة في بستان ذي أجناس والسقي على البائع؛ فهذا يجوز عند الليث <؛ لأن الحاجة إلى الجمع بين الجنسين كالحاجة إلى الجمع بين بيع الثمرة وبين المنفعة، وربما كان هذا أشد، فإنه قد لا يكون في الإمكان بيع كل جنس عند بدو صلاحه، فإنه في كثير من الأوقات لا يحصل ذلك، وفي بعضها إنما يحصل بضرر كثير؛ فجوزوا في الجمع ما لا يجوز عند الانفراد.

وهو قياس ما قرناه من جواز بيع المقاتي جميعها بعد بدو صلاح بعضها؛ فبيع المقاتي جميعها بعد بدو صلاح بعضها جائز؛ لأن تفريق بعضها متعسر أو متعذر، كتعسر تفريق الأجناس في البستان الواحد، وإن كانت المشقة في المقاتي أوكد؛ فهي معاملة جائزة على كل حال بالقياس على بيع المقاتي لظهور بعضها دون البعض الآخر.

فإن قيل : هذه الصورة داخلة في عموم نهى النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، بخلاف ما إذا أكره الأرض والشجر ليعمل عليه ، فإنه ليس بداخل في العموم ؛ لأنه إجارة لمن يعمل وليس بيع لمعين ، وأما هذا فبيع للثمرة ، فيدخل في النهي ، فكيف لنا أن نخالف نهى النبي ﷺ ؟!

قلنا في الجواب : إنه يجوز بالسنة والإجماع ابتياع الشجر مع ثمره الذي لم يبدو صلاحه ، ويجوز ابتياع الأرض مع زرعها الذي لم يشتد حبه ، ويجوز ابتياع المقاتي مع أن بعضها لم يظهر بعد ولم يخلق ، وجواب ذلك بطريقتين :

أحدهما : أن يقال : إن النهي لم يشمل بلفظه هذه الصورة ؛ لأن نهيه ﷺ عن بيع الثمر انصرف إلى البيع المعهود عند المخاطبين وما كان مثله من البيع ؛ لأن اللام هي لام التعريف وهي تنصرف إلى ما يعرفه المخاطبون ، فإن كان هنالك شخص معهود أو نوع معهود ؛ انصرف الكلام إليه كما انصرف اللفظ إلى الرسول المعين في قوله تعالى : ﴿ لَا تَجْعَلُوا دُعَاءَ الرَّسُولِ بَيْنَكُمْ كَدُعَاءِ بَعْضِكُمْ بَعْضًا ﴾ [النور: ٦٣] وفي قوله : ﴿ فَعَصَى فِرْعَوْنُ الرَّسُولَ ﴾ [الزمل: ١٦] ، وإلى النوع المخصوص نهيه عن بيع الثمرة ؛ فإنه لا خلاف بين المسلمين أن المراد بالثمر هنا : الرطب ، دون العنب وغيره ، فالبيع المذكور للثمر هو بيع الثمر الذي يعهدونه .

ونظير هذا ما ذكره أحمد > في نهى النبي ﷺ عن بول الرجل في الماء الدائم ، الذي لا يجري ، ثم يغتسل منه ، فحمله على ما كان معهوداً على عهده من المياه الدائمة الراكدة : كالأبيار والحياض التي بين مكة والمدينة ، وأما المصانع الكبار التي لا يمكن نزحها ، وهي التي إحداثها كان فيما بعد ؛ فإنها لا تدخل في عموم الحديث لوجود الفارق المعنوي وعدم العموم اللفظي .

ويدل على أن النهي لم يشمل المسألة التي معنا ، وهي جواز إجارة الأرض مع

الشجر إذا كانت منفعة الأرض هي المقصودة، ما روي في الصحيحين عن أنس بن مالك > : ((أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى تُزهى، قيل: وما تُزهى؟ قال: تحمر أو تصفر)) ومعلوم أن ذلك هو ثمر النخل؛ لأنه هو الذي يزهر فهو يحمر أو يصفر، وإلا فمن الثمار ما يكون نضجها بالبياض: كالتوت والتفاح والعنب الأبيض، وهذه الثمرة هي الرطب لقوله ﷺ: ((لا تبيعوا الثمار حتى يبدو صلاحها، ولا تبتاعوا الثمر بالتمر)) والتمر الثاني: هو الرطب بلا ريب.

وهذه الأحاديث التي فيها لفظ التمر، وأما غيرها فصريح في النخل: كحديث ابن عباس المتفق عليه: ((نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يؤكل منه)) وفي رواية: ((نهى عن بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة؛ نهى البائع والمشتري)) والمراد بالنخل: ثمره بالاتفاق؛ لأنه ﷺ قد جوز شراء النخل المؤبر مع اشتراط المشتري لثمرته.

فهذه النصوص ليست عامة عموماً لفظياً في كل ثمرة في الأرض؛ وإنما هي عامة لفظاً لكل ما عهده المخاطبون، وعامة معنى لكل ما كان في معناه، وما ذكرنا بعدم تحريمه ليس بمنصوص على تحريمه، ولا في معناه، فلم يتناوله دليل الحرمة؛ فيبقى على أصل الحل.

وهذا وحده دليل على عدم التحريم، وبه يتم ما نبهنا عليه أولاً: من الأدلة النافية للتحريم من الأدلة الشرعية والاستصحابية، وهي تدل على ذلك، لكن بشرط نفي الناقل المغير.

هذا هو الطريق الأول وهو أن يقال: إن النهي لم يشمل بلفظه هذه الصورة؛ لأن نهيه ﷺ عن بيع الثمر انصرف إلى البيع المعهود عند المخاطبين وما كان مثله؛ لأن

لام التعريف تنصرف إلى ما يعرفه المخاطبون... إلى آخر ما قلناه في هذا الطريق.

وأما الطريق الثاني: فهو أن تقول: وإن سلمنا العموم اللفظي؛ لكن ليست هي مراده بل هي مخصصة بما ذكرناه من الأدلة التي تخص مثل هذا العموم؛ فإن هذا العموم مخصص بالسنة والإجماع في الثمر التابع لشجره، حيث قال النبي ﷺ: ((من ابتاع نخلاً لم يُؤَبَّرْ؛ فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)) أخرجاه من حديث ابن عمر.

فالرسول ﷺ جعل الثمرة للمبتاع - وهو المشتري - إذا اشترطها وقد أُبِّرَتْ، فهي بعد التأبير تكون من حق المشتري بالاشتراط، وإلا فهي من حق البائع ما دام هو الذي قد قام بتأبير الشجر قبل البيع.

ومعلوم أنها حينئذ لم يبدُ صلاحها، ولا يجوز بيعها مفردة، والعموم المخصوص بالنص أو الإجماع يجوز أن يخص منه صورة في معناه عند جمهور الفقهاء، ومن سائر الطوائف، ويجوز أيضاً تخصيصه بالإجماع والقياس القوي، ومن المعاني ما يخص مثل هذا لو كان عاماً، أو بلا اشتداد وبلا تغير لون كالجوز واللوز، فبدو صلاح في الثمار متنوع: تارة يكون بالرطوبة بعد اليبس، وتارة باليبس بعد الرطوبة، وتارة بتغير لونه بحمرة أو صفرة أو بياض، وتارة لا يتغير.

وإذا كان النبي ﷺ قد نهى عن بيع الثمر حتى يحمر أو يصفر؛ علم أن هذا اللفظ لم يشمل جميع أصناف الثمار، وإنما يشمل ما تأتى فيه الحمرة والصفرة، وقد جاء مقيداً بأنه النخل.

وأما نهيه ﷺ عن المعاومة، والذي جاء مفسراً في رواية أخرى، بأنه نهى عن بيع السنين، فذلك مثل نهيه عن بيع حبل الحبل، فحبل الحبل منهى عنه في حديث النبي

ﷺ؛ إنما نهى أن يبتاع المشتري الثمرة التي يثمرها رب الشجرة، وأما اكتراء الأرض والشجر حتى يثمرها؛ فلا يدخل هذا في البيع المطلق، وإنما هو نوع من الإجارة.

ونظيره ما ورد من حديث جابر > في الصحيح: ((أنه ﷺ نهى عن كراء الأرض)) و((أنه نهى عن المخابرة)) والمخابرة: هي العمل على الأرض ببعض ما يخرج منها، ويكون البذر من العامل و((أنه نهى عن المزارعة)) وأنه قال: ((لا تكروا الأرض)) فالمراد بذلك: الكراء الذي كانوا يعتادونه، كما جاء مفسراً وهي المخابرة والمزارعة التي كانوا يعتادونها.

فنهاهم عما كانوا يعتادونه من الكراء أو المعاومة: وهي كراء السنين الذي يرجع حاصله إلى بيع الثمرة قبل أن تصلح وقبل أن يبدو صلاحها، وراجع حاصله إلى المزارعة، والمشروط فيها جزء معين، فهو نهى عن نوع خاص وليس نهياً عن الجميع، حيث قد انصرف النهي إلى ما هو معلوم عندهم في هذه الأوقات.

وهذا نهى عما فيه مفسدة راجحة؛ فإنما نهى ﷺ عن هذه المعاملات لأنها تنطوي على مفسدة راجحة، والشرع إنما جاء بدفع المفسد، وجاء بأن المفسد لا تكون في شرع الله أبداً، هذا نهى عن الغرر في جنس البيع، وذاك نهى عن الغرر في جنس الكراء العام، الذي يدخل فيه المساقاة والمزارعة.

وقد بين في كل منهما أن هذه المبايعة وهذه المكاراة كانت تفضي إلى الخصومة، وإلى النزاع والشنآن، وهو ما ذكره الله في حكمة تحريم الميسر بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقَعَ بَيْنَكُمْ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَبْرِ وَالْمَيْسِرِ﴾ [المائدة: ٩١] فالشرع إنما ينهى عن المفسد؛ لإفضائها إلى المنازعة، ونهى عن الغرر لإفضائه إلى المشاحنة والمنازعة أيضاً، كما هو ثابت بنص القرآن الكريم، والله أعلم.

القواعد التي أدخلها فريق من العلماء في الغرر المنهي عنه :

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن المساقاة والمزارعة حرام باطل ؛ بناءً على أنها نوع من الإجارة لأنها عمل بعوض ، والإجارة لا بد أن يكون الأجر فيها معلوماً ؛ لأنها كالثمن في عقد البيع ، وذكر البيع بدون ثمن باطل ، فكذلك الإجارة : ما لم يكن الأجر معلوماً فهي باطلة.

وذلك لما روى أحمد عن أبي سعيد : ((أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره، ونهى عن النجش، واللمس، وإلقاء الحجر)) وأن العوض في المساقاة والمزارعة مجهول ؛ لأنه قد يخرج الزرع والثمر قليلاً وقد يخرج كثيراً، وقد يخرج على صفات ناقصة، وقد لا يخرج على الإطلاق، فإن منع الله الثمر؛ كان استيفاء عمل العامل باطلاً، وهذا قول أبي حنيفة، وهو أشد الناس قولاً بتحريم هذا.

وأما مالك والشافعي فالقياس عندهما ما قال أبو حنيفة ؛ إدخالاً لذلك في الغرر، لكنهما جوزا منه ما تدعو إليه الحاجة ؛ فقد جوز مالك والشافعي في القديم المساقاة مطلقة ؛ لأن كراء الشجر لا يجوز ؛ لأنه بيع للثمر قبل بدو صلاحه، والمالك قد يتعذر عليه سقي شجره وخدمته ؛ فيضطر إلى المساقاة بخلاف المزارعة، فإنه يمكنه كراء الأرض وذلك بالأرض بالأجر المسمى، فيغنيه ذلك عن المزارعة عليه تبعاً.

لكن جوزا من المزارعة ما يدخل في المساقاة تبعاً، فإذا كان بين الشجر بياض قليل ؛ جازت المزارعة عليه تبعاً للمساقاة، ومذهب مالك أن زرع ذلك البياض للعامل بمطلق العقد، فإن شرطاه بينهما ؛ جاز، وهذا إذا لم يتجاوز الثلث، هذا عند الإمام مالك.

وأما الشافعي : فإنه لا يجعله للعامل ؛ ولكنه يقول : إذا لم يمكن سقي الشجر إلا بسقيه ؛ جازت المزارعة عليه ، وهذا إذا جمعهما في صفقة واحدة ، فإن فرق بينهما فلا تجوز بحال ؛ لأنه إنما جاز تبعاً فلا يفرض بعقد ، وفيه وجه بالجواز إذا ساقى ثم زارع ؛ لأنه يحتاج إليه حينئذ .

وأما إذا قدم المزارعة لم يجز وجهاً واحداً ، وهذا إذا كان الجزء المشروط فيهما واحداً كالثلث والرابع ، فإن فاضل بينهما ؛ فالبعض قال بالمنع من إجارتها بالأجرة المسماة وإن كانت دراهم أو دنانير ، فكراء الأرض مختلف فيه ؛ فجماعة لا يرون باكتراثها بالدينار والدرهم بأساً .

وقال الآخرون بالكراهة ؛ لأن ذلك في معنى بيع الغرر ؛ لأن المستأجر يلتزم الأجرة بناءً على ما يحصل له من الزرع ، وقد لا ينبت الزرع ، فيكون بمنزلة اكتراء الشجر لاستثماره .

وفريق من العلماء قال بالجواز في عقد المزارعة ، وقد كان طاوس يزارع ؛ ولأن المزارعة إنما هي أبعد عن الغرر من المؤاجرة ؛ لأن المتعاملين في المزارعة إما أن يغنما جميعاً ، أو يغرما جميعاً ، فتذهب منفعة بدن هذا ، ومنفعة بقره ، ومنفعة أرض هذا ، وذلك أقرب إلى العدل من أن يحصل أحدهما على شيء مضمون ويبقى الآخر تحت الخطر .

هذا المقصود بالعقد هو الزرع ، لا القدرة على حرث الأرض وبذرها وسقيها ، وعذر الفريقين ما بلغهم من الآثار عن النبي ﷺ من نهيه عن المخابرة وعن كراء الأرض ، فعن نافع < : " أن ابن عمر كان يكرى مزارعه على عهد النبي ﷺ وفي إمارة أبي بكر وعمر وعثمان وصدرًا من إمارة معاوية ، ثم حدث عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع ، فذهب ابن عمر إلى رافع فذهبت

معه ، فسأله فقال : ((نهى النبي ﷺ عن كراء المزارع)) فقال ابن عمر : قد علمت إنا كنا نكري مزارعنا بما على الأربعاء وشيء ، والأربعاء : جمع ربيع ، وهو النهر الصغير ، وهذا لفظ البخاري .

ولفظ مسلم : "حتى بلغه في آخر خلافة معاوية أن رافع بن خديج يحدث فيها يقول : ((نهى النبي ﷺ)) فدخل عليه وأنا معه ، فسأله ، فقال : ((كان رسول الله ﷺ ينهى عن كراء المزارع)) فتركها ابن عمر بعد ذلك ، فكان إذا سئل عنها ؛ قال : زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عنها ، قال عبد الله بن عمر : "لقد كنت أعلم في عهد رسول الله ﷺ أن الأرض تكرى ، ثم خشي عبد الله أن يكون رسول الله ﷺ أحدث في ذلك شيئاً لم يعلمه فترك كراء الأرض".

وروى البخاري عن رافع بن خديج عن عمه ظهير بن رافع ، قال ظهير : "لقد نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان بنا رفقا ، فقلت : وما ذاك ؟ قال : دعاني رسول الله ﷺ فقال : ((ما تصنعون بمحاقلكم؟)) فقلت : نؤاجرها - يا رسول الله - على الربع أو على الأوسق من التمر والشعير ، قال : ((فلا تفعلوا ، ازرعوها ، أو زارعوها ، أو أمسكوها)) قال رافع : فقلت : سمعاً وطاعة".

وعن أبي هريرة > قال : قال رسول الله ﷺ : ((من كانت له أرض ؛ فليزرعها أو ليمنحها أخاه ، فإن أبى ؛ فليمسك أرضه)) وفي الصحيح : ((ولا يُكرهها)) وفي رواية في الصحيح : ((نهى عن كراء الأرض)) وفي رواية : ((نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة ، وأن يشتري النخل حتى يُشقه)) والإشقاء : أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء ، والمحاقلة : أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم ، والمزابنة : أن يباع النخل بأوساق من التمر ، والمخابرة : كالثلث والربع وأشباه ذلك .

وهذه الأحاديث يستدل بها على نهى المؤاجرة والمزارعة ؛ لأنه ﷺ نهى عن

كرائها، والكراء يعمها؛ لأنه قال: ((فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن لم يفعل فليمسكها)) فهو ﷺ لم يرخص إلا في أن يزرعها أو أن يمنحها لغيره، ولم يرخص في المعاوضة عنها لا بمؤاجرة ولا بمزارعة، هذا هو قول من يمنع المؤاجرة والمزارعة.

من يرخص في المزارعة دون المؤاجرة:

من يرخص في المزارعة دون المؤاجرة، فإنه يقول: الكراء هو الإجارة أو المزارعة الفاسدة التي كانوا يفعلونها، بخلاف المزارعة الصحيحة التي كان النبي ﷺ يعامل بها أهل خيبر، وعمل بها الخلفاء الراشدون وسائر الصحابة من بعده.

ويؤكد ذلك أن ابن عمر الذي ترك كراء الأرض لما حدثه رافع، كان يرى حديث أهل خيبر رواية ويفتي به؛ ولأن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة، ونهى عن جميع ذلك من أنواع الغرر، والمؤاجرة أظهر في الغرر من المزارعة، وهذا هو رأي من يجوز المزارعة دون المؤاجرة.

ومن يجوز المؤاجرة دون المزارعة يستدل بما رواه مسلم في (صحيحه) عن ثابت بن الضحاك: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة وقال: ((لا بأس بها)). فهذا صريح في النهي عن المزارعة، وصريح في الأمر بالمؤاجرة؛ ولأنه روي في حديث رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه لم ينههم النبي عن كرائها بشيء معلوم مضمون؛ وإنما نهاهم عما كانوا يفعلونه من المزارعة.

وذهب جميع فقهاء الحديث الجامعون لطرقه كلهم، ومنهم الإمام ابن حنبل وأصحابه من المتقدمين والمتأخرين، وأكثر فقهاء الكوفيين، وأهل الظاهر، وأكثر أصحاب أبي حنيفة، هؤلاء جميعاً وغيرهم ذهبوا إلى جواز المزارعة والمؤاجرة

ونحو ذلك ، اتباعاً لسنة رسول الله ﷺ وسنة خلفائه وأصحابه وما عليه السلف ، وعمل جمهور المسلمين ، وبينوا معاني الأحاديث التي يظن اختلافها في هذا الباب.

ومن الأدلة التي تثبت جواز كراء الأرض بشيء معلوم مضمون : معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر هو وخلفاؤه من بعده ، إلى أن أجلاهم عمر < ؛ فإنه ﷺ كان يعامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ، وفي رواية ابن عمر : "أن النبي ﷺ أعطى أهل خيبر على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما خرج منها". وعن أبي جعفر قال : ما بالمدينة دار هجرة إلا ويزرعون على الثلث والرابع ، وأن عمر عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده ؛ فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر ؛ فلهم كذا.

فإذا كان جميع المهاجرين { كانوا يزرعون ، والخلفاء الراشدون ، وأكابر الصحابة والتابعين ، فعلوا ذلك من غير نكير ؛ لم يكن هناك إجماع أعظم من هذا ؛ بل إن كان في الدنيا إجماع فهو هذا ؛ لا سيما وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعوا على عهد رسول الله ﷺ وبعده إلى أن أجلى عمر اليهود إلى تيماء.

الأدلة المبيحة للمساواة والمزارعة ، ونحوهما :

وقد تأول من أبطل المزارعة والمساواة ذلك بتأويلات مردودة :

مثل أن قال : كان اليهود عبيداً للنبي ﷺ وللمسلمين ، فجعلوا ذلك مثل المخارجة بين العبد وسيده. ومعلوم بالنقل المتواتر أن النبي ﷺ صالحهم ، وأنه لم يسترقهم حتى أجلاهم عمر ، ولم يبيعهم ولا مكن أحد من المسلمين من استرقاق أحد منهم.

ومما قالوه في رد هذه الأدلة: هذه معاملة مع الكفار؛ فلا يلزم أن تجوز مع المسلمين. وهذا مردود فإن خير كانت قد صارت دار إسلام، وقد أجمع المسلمون على أن يحرم في دار الإسلام بين المسلمين وأهل العهد ما يحرم بين المسلمين من المعاملات الفاسدة، أضف إلى ذلك أن النبي ﷺ عامل بين المهاجرين والأنصار، وأن معاذ بن جبل عامل على عهده أهل اليمن بعد إسلامهم على ذلك، وأن الصحابة كانوا يعاملون بذلك.

والقياس الصحيح يقتضي جواز ذلك مع عمومات الكتاب والسنة المبيحة أو النافية للحرج، ومع الاستصحاب، ومن هذه الأدلة ما يلي:

الدليل الأول: أن هذه المعاملة مشاركة وليست مثل المؤاجرة المطلقة، فإن النماء الحادث يحصل من منفعة أصلين، وهما: منفعة العين التي لهذا: كبذنه وبقره، ومنفعة العين التي لهذا: كأرضه وشجره، كما تحصل المغنم بمنفعة الأبدان، وهي أبدان الغانمين، وخيلهم وكما يحصل مال الفبيء بمنفعة أبدان المسلمين من قوتهم ونصرهم، بخلاف الإجارة؛ فإن المقصود فيها هو العمل أو المنفعة.

فمن استأجر لبناء أو خياطة أو شق الأرض أو بذرها أو حصادها، فإنه إذا وفاه العمل؛ فقد استوفى المستأجر مقصوده بالعقد، واستحق الأجير أجره، ولذلك يشترط في الإجارة اللازمة: أن يكون العمل مضبوطاً، كما يشترط مثل ذلك في المبيع.

وهنا منفعة بدن العامل ومنفعة بقره ومعداته، وهو مثل منفعة أرض المالك وشجره، وليس مقصود واحد منهما استيفاء منفعة الآخر، وإنما مقصودهما جميعاً ما يتولد من اجتماع المنفعتين، فإن حصل نماء؛ اشتركا فيه، وإن لم يحصل نماء؛ ذهب على كل منهما منفعته، فيشتركان في المغنم والمغرم، كسائر

المشتركين فيما يحدث من نماء الأصول التي لهم، وهذا جنس من التصرفات يخالف في حقيقته ومقصوده وحكمه الإجارة المحضة، وما فيه من شوب المعاوضة من جنس ما في الشركة من شوب المعاوضة.

فإن التصرفات العدلية في الأرض جنسان: معاوضات، ومشاركات، فالمعاوضات: كالبيع والإجارة، والمشاركات: كشركة الأملاك، وشركة العقد، ويدخل في ذلك اشتراك المسلمين في مال بيت المال، واشتراك الناس في المباحات: كمنافع المساجد، والأسواق المباحة، والطرق، وما يحيا من الموات، أو يوجد من المباحات، واشتراك الورثة في الميراث، واشتراك الموصى لهم، والموقف عليهم في الوصية والموقف، واشتراك التجار والصناع في شركة عنان أو أبدان ونحو ذلك.

وهذان الجنسان هما منشأ الظلم كما قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٢٤]، والتصرفات الأخرى هي الفضيلة كالقرض والعارية والهبة والوصية.

وإذا كانت التصرفات المبنية على المعادلة هي معاوضة أو مشاركة، فمعلوم قطعاً أن المساقاة والمزارعة، ونحوهما، من جنس المشاركة وليس من جنس المعاوضة المحضة، والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أكل مال بالباطل، وهنا لا يأكل أحدهما مال الآخر؛ لأنه إن لم ينبت الزرع، فإن رب الأرض يأخذ منفعة الآخر؛ إذ هو لم يستوفها ولا ملكها بالعقد، ولا هي مقصوده؛ بل ذهبت منفعة بدنه، والبدن هي الإبل، كما ذهبت منفعة أرض هذا، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، والآخر لم يأخذ شيئاً.

بخلاف بيوع الغرر، وبخلاف إجارة الغرر؛ فإن أحد المتعاضين يأخذ شيئاً

والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما، كما يفضي إلى خصومتها، وهذا المعنى منتفٍ في هذه المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم ألّبتة، لا في غرر ولا في غير غرر.

ومن تأمل هذا تبين له مأخذ هذه الأصول، وعلم أن جواز هذه أشبه بأصول الشريعة، وأعرف في العقول، وأبعد عن كل محذور من جواز إجارة الأرض؛ بل ومن جواز كثير من البيوع والإجازات المجمع عليها، حيث هي مصلحة محضة للخلق، وليس فيها إفساد؛ وإنما وقع اللبس فيها على من حرمها من الفقهاء، بعدهما عما فهموه من الآثار من جهة، وأنهم اعتقدوا أن هذه الإجارة على عمل مجهول؛ لما فيها من عمل بعوض، وليس كل من عمل ليتنفع بعمله يكون أجيراً: كعمل الشريكين في المال المشترك، وعمل الشريكين في شركة الأبدان، كاشتراك الغانمين في المغنم، ونحو ذلك مما لا يعد ولا يحصى.

نعم، لو كان أحدهما يعمل بمالٍ يضمّنه له الآخر، لا يتولد من عمله؛ كان هذا إجارة.

الدليل الثاني: أنهما من جنس المضاربة، فإنها عين تنمو بالعمل عليها؛ فجاز العمل عليها ببعض نمائها كالدراهم والدنانير، والمضاربة جوزها الفقهاء كلهم اتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة رضي الله عنهم مع أنه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي صلى الله عليه وسلم.

ولقد كان أحمد < يرى أن يقيس المضاربة على المساقاة والمزارعة؛ لأنها ثبتت بالنص، فتجعل أصلاً يقاس عليه، وإن خالف فيها من خالف، وقياس كل منهما على الآخر صحيح، فإن من ثبت عنده جواز أحدهما؛ أمكنه أن يستعمل فيه حكم الآخر؛ لتساويهما.

فإن قيل: الربح في المضاربة ليس من عين الأصل؛ بل الأصل يذهب ويجيء

بدله ، فالمال المقسم بينهما حصل بنفس العمل ، بخلاف الثمر والزرع ؛ فإنه من نفس الأصل .

قيل - في الجواب على هذه الشبهة - : هذا الفرق فرق في الصورة ، وليس له تأثير شرعي ، فإننا نعلم بالاضطرار أن المال المستفاد إنما حصل بمجموع منفعة بدن العامل ومنفعة رأس المال ، ولهذا يرد إلى رب المال مثل رأس ماله ويقتسمان الربح ، كما أن العامل يبقى بنفسه التي هي نظير الدراهم وليست إضافة الربح إلى عمل البدن ؛ فهذا أولى من إضافته إلى منفعة مال هذا .

ولهذا فالمضاربة التي تروونها عن عمر ، إنما حصلت بغير عقد لما أقرض أبو موسى الأشعري لابني عمر من مال بيت المال ، فتحمله إلى أبيهما ، فطلب عمر جميع الربح ؛ لأنه رأى ذلك كالغصب ، حيث أقرضهما ولم يقرض غيرهما من المسلمين ، والمال مشترك ، وأحد الشركاء إذا اتجر في المال المشترك بدون إذن الآخر ؛ فهو كالغاصب في نصيب الشريك ، وقال له ابنه عبد الله : الضمان كان علينا ؛ فيكون الربح لنا ، فأشار عليه بعض الصحابة بأن يجعله مضاربة .

وهذه الأقوال في مثل هذه المسألة موجودة بين الفقهاء ، وهي ثلاثة أقوال :

فذهب أحمد وغيره ، أن يكون الربح من اتجر بمال غيره بغير إذنه مشتركاً بينهما ، كما قضى به عمر ؛ لأن النماء متولد عن الأصلين ، وإذا كان أصل المضاربة الذي اعتمدوا عليه قد راعوا فيه أنه شركة ، فأخذ مثل الدراهم ، وهي تجري مجرى عينها ؛ ولهذا سمى النبي ﷺ والمسلمون بعده القرض سموه : منيحة ، يقال : مَنِحَةٌ وَرِقٌّ ، ويقول الناس : أعرني دراهمك ، يجعلون رد مثل الدراهم مثل رد عين العارية ، والمقترض انتفع بها وردها ، وسموا المضاربة : قراضاً ؛ لأنها في المقابلات نظير القرض في التبرعات .

ويقال أيضاً: لو كان ما ذكره من الفرق مؤثراً؛ لكان اقتضاؤه لتجوز المزارعة أولى من العكس؛ لأن النماء إنما حصل مع بقاء الأصلين، وهذا أولى بالصحة من حصوله مع ذهاب أحدهما، وإن قيل: الزرع نماء الأرض دون البدن، فقد يقال: والربح نماء العامل دون الدرهم أو بالعكس، وكل هذا باطل؛ بل الزرع إنما حصل بمنفعة الأرض المشتملة على التراب والماء والهواء، ومنفعة بدن العامل والبقر والآلات والمعدات اللازمة لذلك.

ثم لو سئل أن بينها وبين المضاربة فرقاً؛ فلا ريب أنها مضاربة أشبه منها بالمؤاجرة؛ لأن المؤاجرة المقصود فيها هو العمل، ويشترط أن يكون معلوماً، وأن الأجرة مضمونة في الذمة أو عين معينة، وهناك ليس المقصود إلا النماء، ولا يشترط معرفة العمل ولا الأجرة ليست عيناً ولا شيئاً في الذمة، وإنما هي بعض مع يحصل من النماء.

ولهذا متى عين فيها شيئاً معيناً؛ فسد العقد كما تفسد المضاربة إذا شرط لأحدهما ربحاً معيناً أو أجرة معلومة في الذمة، وهذا بين في الغاية، فإذا كانت بالمضاربة أشبه منها بالمؤاجرة جداً، والفرق الذي بينها وبين المضاربة ضعيف، والذي بينها وبين المؤاجرة فروق غير مؤثرة في الشرع والعقل، وكان لا بد من إلحاقها بأحد الأصلين؛ وإلحاقها بما هي به أشبه أولى، وهذا أجلى من أن يحتاج فيه إلى إطناب.

الدليل الثالث: أن نقول: لفظ الإجارة فيه عموم وخصوص، فإنها على ثلاث مراتب:

أحدها: أن يقال لكل من بذل نفعاً بعوض، فيدخل في ذلك المهر، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤] وسواء كان

العمل هنا معلوماً أو مجهولاً، وكان الآخر معلوماً أو مجهولاً، لازماً أو غير لازم.

المرتبة الثانية: الإجارة التي هي جعالة، وهو أن يكون النفع غير معلوم؛ لكن العوض مضموناً، فيكون عقداً جائزاً غير لازم، وذلك مثل أن يقول: من رد عليّ ضالتي؛ فله كذا، فقد يردها عليها من كان بعيداً أو قريباً.

المرتبة الثالثة: الإجارة الخاصة وهي: أن يستأجر عيناً أو يستأجره على عمل في الذمة؛ بحيث تكون المنفعة معلومة، فيكون الأجر معلوماً والإجارة لازمة، وهذه الإجارة التي تشبه البيع في عامة أحكامه.

والفقهاء المتأخرون إذا أطلقوا الإجارة؛ أرادوا هذا المعنى، فيقال: المساقاة والمزارعة والمضاربة، ونحو هذه المشاركات، على ناءٍ يحصل، من قال: هي إجارة بالمعنى الأعم أو العام؛ فقد صدق، ومن قال: هي إجارة بالمعنى الخاص فقد أخطأ.

وإذا كانت إجارة بالمعنى العام - التي هي الجعالة - فهناك إن كان العوض شيئاً مضموناً من عين أو دين؛ فلا بد أن يكون معلوماً، وأما إن كان العوض مما يحصل من العمل؛ جاز أن يكون جزءاً شائعاً فيه، كما لو قال الأمير في الغزو: من دلنا على حصن كذا فله منه كذا، فحصول الجعل هنا مشروط بحصول المال، مع أنه جعالة محضة لا شركة، فيه فالشركة أولى وأحرى.

ويسلك في هذا الطريقة الأخرى فيقال: الذي دل عليه قياس الأصول أن الإجارة الخاصة يشترط فيها أن لا يكون العوض غرراً قياساً على الثمن، فأما الإجارة العامة التي لا يشترط فيها العلم بالمنفعة؛ فلا تشبه هذه الإجارة، فلا يجوز إلحاقها بها، فتبقى على الأصل المبيح.

فالمعتقد أنها إجارة؛ يُستفسر عن مراده بالإجارة، فإن أراد الإجارة الخاصة لم يصح، وإن أراد الإجارة العامة فأين الدليل على تحريمها؟! إلا أن يكون بعوض معلوم، فإن ذكر قياساً؛ يُبين له الفرق الذي لا يخفى على غير فقيه فضلاً عن الفقيه، ولن تجد إلى أمر يشمل مثل هذه الإجارة سبيلاً، فإذا انتفت أدلة التحريم؛ ثبت الحل.

ويسلك في هذا طريقة أخرى: وهو قياس العكس: وهو أن يثبت في الفرع مثل نقيض حكم الأصل؛ لانتفاء العلة المقتضية لحكم الأصل، فيقال: المعنى الموجب لكون الأجرة يجب أن تكون معلوماً، منتفٍ في باب المزارعة ونحوها؛ لأن المقتضي لذلك أن المجهول غرر، فيكون في معنى بيع الغرر المقتضي أكل المال بالباطل، وما يذكر من هذا الجنس، وهذه المعاني منتفية في الفرع، فإذا لم يكن للتحريم موجب إلا كذا، وهو منتفٍ؛ فلا تحريم حينئذ، والله أعلم.

الدليل الرابع: عن رافع بن خديج قال: "كان أكثر المدينة مزرعاً، كنا نكري الأرض بالناحية منها تُسمى لسيد الأرض، قال: مما يصاغ ذلك، ونسلم الأرض ومما تصاغ الأرض ونسلم ذلك، فنهينا، فأما الذهب والورق فلم يكن يومئذ". وفي رواية للبخاري قال: "كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكان أحدنا يكري أرضه فيقول: هذه القطعة لي وهذه لك، فرما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنهاهم النبي ﷺ ولم ننه عن الورق" وهي الفضة، فلم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك زُجر الناس عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس -أي: فلا بأس به.

فهذا رافع بن خديج يذكر أنه لم يكن لهم على عهد رسول الله ﷺ كراء إلا بزرع مكان معين من الحقل، فلو اشترط ربح ثوب بعينه لم يجوز، وهذا الغرر في المشاركات هو نظير الغرر في المعاوضات، وذلك لأن الأصل في هذه المعاوضات

هو التعادل من الجانبين ، فإن اشتمل أحدهما على غرر أو ربا دخلها الظلم ؛ فحرّمها الله الذي حرم الظلم على نفسه وجعله محرماً على عباده ، فإذا كان أحد المتبايعين إذا ملك الثمن وبقي الآخر تحت الخطر لم يجز .

ولذلك حرّم النبي ﷺ بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، فكذلك هذا إذا اشترط لأحدهما مكاناً معيناً خرج عن موجب الشركة ، فإن الشركة تقتضي الاشتراك في النماء ، فإذا انفرد أحدهما بالمعين لم يبق للآخر فيه نصيب ، ودخله الخطر ، ودخله القمار ، وهذا ما ذكره رافع بن خديج < في قوله : " فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فيفوز أحدهما ويخيب الآخر " ، وهذا هو معنى القمار .

ويدل على جواز المزارعة : أن ابن عمر < كان يروي حديث معاملة خيبر دائماً ، ويفتي به ، ويفتي بالمزارعة على الأرض البيضاء ، وأهل بيته أيضاً ، فروى حرب الكرماني قال : حدثنا إسحاق بن إبراهيم بن راهويه ، حدثنا معتمر بن سليمان ، قال : سمعت كليب بن وائل ، قال : " أتيت ابن عمر ؛ فقلت : أتاني رجل له أرض وماء وليس له بذر ولا بقر ، فأخذتها بالنصف فبذرت فيها بذري فعملت فيها ببقري مناصفة ، قال : حسن ، فقليل لرافع : فكيف بالدينار والدرهم ؟ فقال : ليس بأس بالدينار والدرهم ، وكان الذي نهى عنه أو نهى من ذلك ما لو نظر فيه ذو الفهم بالحلال والحرام لم يجزه لما فيه من المخاطرة " .

فهؤلاء هم أصحاب النبي ﷺ الذين رووا عنهم النهي قد أخبروا بالصورة التي نهى عنها ، والعلة التي نهى من أجلها ، فإنه كثيراً ما يكون مقيداً بمثل حال المخاطب كما لو قال المريض للطبيب : إن به حرارة ؛ فقال له : لا تأكل الدسم ، فإنه يعلم أن النهي مقيد بتلك الحال ، وذلك أن اللفظ المطلق إذا كان له مسمى معهود أو حال يقتضيه انصرف إليه ، وإن كان نكرة كالمتبايعين إذا قال أحدهما : بعتك بعشرة - أي :

بعشرة دراهم - فإنها مطلقة في اللفظ ، ثم لا ينصرف إلا إلى المعهود من الدراهم ، فإذا كان المخاطبون لا يتعارفون بينهم لفظ "الكراء" إلا كذلك الذي كانوا يفعلونه ، ثم خوطبوا به لم ينصرف إلا إلى ما يعرفونه ، وكان ذلك من باب التخصيص العرفي ، كما في لفظ "الدابة" إذا كان معروفاً بينهم أنه الفرس أو أنه ذات الحافر ؛ فقال : لا تأتيني بدابة ، لم ينصرف هذا المطلق إلا إلى ذلك .

ونهي النبي ﷺ لهم كان مقيداً بالعرف وبالسؤال ، وقد تقدم ما في الصحيحين عن رافع بن خديج ، وعن ظهير بن رافع قال : ((دعاني رسول الله ﷺ فقال : ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت : نؤاجرها بما على الربيع أو الأوسق من التمر والشعير، قال : لا تفعلوا ازرعوها أو زارعوها أو أمسكوها)) فقد صرح ﷺ هذا الحديث بأن النهي وقع عما كانوا يفعلونه .

وأما المزارعة المحضة فلم يتناولها النهي ، ولا ذكرها رافع ولا غيره فيما يجوز من الكراء بأنها عندهم جنس آخر غير الكراء المعتاد ، فإن الكراء اسم لم وجب فيه أجرة معلومة إما عين وإما دين ، فإن كان ديناً في الذمة مضموناً ، فهو جائز ، وكذلك إن كان عيناً من غير الزرع ، وأما إن كان عيناً من الزرع لم يجز .

المزارعة بجزء شائع من جميع الزرع ليس هو الكراء المطلق :

بل هو شركة محضة ؛ إذ ليس جعل العامل مكتتباً للأرض بجزء من الزرع بأولى من جعل المالك مكتتباً للعامل بالجزء الآخر ، وإن كان من الناس من يُسمي هذا كراءً أيضاً ، وإنما هو كراء بالمعنى العام ، فأما الكراء الخاص الذي تكلم به رافع وغيره فلا ؛ ولهذا السبب بين رافع أحد نوعي الكراء الجائز وبين النوع الآخر الذي نهوا عنه ، ولم يتعرض للشركة لأنها جنس آخر .

بقي أن يقال: إن قول النبي ﷺ: ((مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلْيَزْرِعْهَا أَوْ لِيَمْنَحْهَا أَخَاهُ، وَإِلَّا فَلْيَمْسِكْهَا)) هذا أمر منه ﷺ إذا لم يفعل واحداً من الزرع والمنيحة أن يمسكها، وذلك يقتضي المنع من المؤاجرة ومن المزارعة؛ فيقال: الأمر بهذا أمر ندب واستحباب وليس أمر إيجاب، أو كان أمر إيجاب في الابتداء لينزجروا عما اعتادوه من الكراء الفاسد.

وهذا كما أنه ﷺ لما نهاهم عن لحوم الحُمُر الأهلية قال في الآنية التي يطبخونها فيها: ((أَهْرِيقُوا مَا فِيهَا وَاكْسُرُوهَا))، وقال ﷺ في آنية أهل الكتاب حين سألَه عنها أبو ثعلبة الخُشَنِي <: ((إِنْ وَجَدْتُمْ غَيْرَهَا فَلَا تَأْكُلُوهَا فِيهَا، وَإِنْ لَمْ تَجِدُوا غَيْرَهَا فَأَرْحُضُوهَا بِالْمَاءِ)) أي: اغسلوها بالماء.

وذلك لأن النفوس إذا اعتادت المعصية فقد لا تنفطم عنها انقطاعاً جيداً إلا بترك ما يقاربها من المباح، كما قيل: لا يبلغ العبد حقيقة التقوى حتى يجعل بينه وبين الحرام حاجزاً من الحلال، كما أنها أحياناً لا تترك المعصية إلا بتدرج لا بتركها جملة، فهذا يقع تارة، وهذا يقع تارة؛ ولهذا يوجد في سنة النبي ﷺ لمن خشي منه الثفرة عن الطاعة وُجِدَ الرخصة له في أشياء يستغني بها عن المحرم، ووُجِدَ فيها لمن وثق بإيمانه وصبره النهي عن بعض ما يستحب له تركه مبالغة في فعل الأفضل.

ولهذا يستحب لمن وثق بإيمانه وصبره من فعل المستحبات البدنية والمالية كالخروج عن جميع ماله، وذلك مثل أبي بكر الصديق فيستحب له أن يخرج عن ماله، فإن أبا بكر الصديق خرج عن كل ماله، كذلك كالرجل الذي جاءه بيضة من ذهب ليتصدق بها فحذفه ﷺ بها، فلو أصابته لأوجعته، ثم قال ﷺ: ((يَذْهَبُ أَحَدُكُمْ فَيُخْرِجُ مَالَهُ، ثُمَّ يَجْلِسُ كُلًّا عَلَى النَّاسِ)) رواه أبو داود عن جابر بن عبد

الله. وانظر في ذلك (مختصر المنذري)، وفيه: ((أن الرجل قال: أصبت هذه من معدن؛ فخذها يا رسول الله، فهي صدقة فما أملك غيرها))، وفي (مختصر المنذري): ((خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى)).

ويدل على ذلك ما رواه مسلم في صحيحه عن ثابت بن الضحاك: ((أن النبي ﷺ نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة))، وما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه نهاهم أن يكرؤوا بزرع موضع معين، وقال: ((اكرؤوا بالذهب والفضة))، وكذلك فهمته الصحابة، فإن رافع بن خديج قد روى ذلك وأخبر أنه لا بأس بكراء الأرض بالذهب والفضة.

وكذلك فقهاء الصحابة كزيد بن ثابت وابن عباس، ففي الصحيحين عن عمرو بن دينار قال: قلت لطاوس: لو تركت المخابرة فإنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها، قال -أي: عمرو-: إني أعطيهم وأعينهم، وإن أعلم أخبرني -يعني: ابن عباس- أن النبي ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: ((أن يمنح أحدكم أخاه خيره من أن يأخذ عليه خرجاً معلوماً))، وعن ابن عباس > أيضاً: ((أن رسول الله ﷺ لم يحرم المزارعة، ولكن أمر أن يرفق بعضهم ببعض)) رواه مسلم، والترمذي وقال: حديث حسن صحيح.

فقد أخبر طاوس عن ابن عباس أن النبي ﷺ إنما دعاهم إلى الأفضل، وهو التبرع، قال: وأنا أعينهم وأعطيهم، وأمر النبي ﷺ بالرفق الذي منه واجب، وهو ترك الربا والغرر، ومنه ما هو مستحب كالعارية والقرض؛ ولهذا لما كان التبرع بالأرض من باب الإحسان كان المسلم أحق به؛ فقال: ((لأن يمنح أحدكم أخاه أو ليمسكها)) فكان الأخ هو الممنوح، ولما كان أهل الكتاب ليسوا من الإخوان عاملهم النبي ﷺ ولم يمنحهم لا سيما والتبرع إنما يكون عن فضل

غنى ، فمن كان محتاجاً إلى منفعة أرضه لم يُستحب له المنيحة كما كان المسلمون محتاجين إلى منفعة أرض خبير.

وكما كان الأنصار محتاجين في أول الإسلام إلى أرضهم حيث عاملوا عليها المهاجرين ، وقد توجب الشريعة التبرع عند الحاجة ، كما نهاهم النبي ﷺ عن ادّخار لحوم الأضاحي لأجل الدافاة التي دَفَّتْ على المدينة ليطعموا الجياع ؛ لأن إطعامهم واجب ، فلما كان المسلمون محتاجين إلى منفعة الأرض ، وكان أصحابها أغنياء عنها نهاهم النبي ﷺ عن المعاوضة ليجودوا بالتبرع ، ولم يأمرهم بالتبرع عيناً كما نهاهم عن الادّخار ، فإن مَنْ نُهي عن الانتفاع بماله جاد ببذله ؛ إذ لا يُترك بطّالاً ، فقد نهى النبي ﷺ بل نهى الأئمة عن بعض أنواع المباح في بعض الأحوال بنفي ذلك من منفعة المنهى.

وأما ما رواه جابر بنهيهِ ﷺ عن المخابرة ، فهذه هي المخابرة التي نهى عنها ، واللام لتعريف العهد ولم تكن المخابرة عندهم إلا ذلك ، ويبين هذا ما ورد في الصحيح عن ابن عمر قال : "كنا لا نرى بالخُبْرُ بأساً حتى كان عام أول" ، فزعم رافع أن النبي ﷺ نهى عن الخُبْر - أي : المخابرة - فتركناه من أجله ، فأخبر ابن عمر أن رافعاً روى النهي عن الخُبْر.

قال أبو عبيد : الخُبْرُ - بكسر الخاء - بمعنى المخابرة ، والمخابرة هي المزارعة بالنصف أو بالثلث أو بالربع أو بأقل أو بأكثر ، وكان أبو عبيد يقول : لهذا سُمِّي الأكار خبيراً ؛ لأنه يُخابر على الأرض ، والمخابرة هي المؤاجرة.

وقد قال بعضهم : أصل هذا من خبير ؛ لأن رسول الله ﷺ أقر الأرض في أيديهم على النصف ، فقليل : خابرهم - أي : عاملهم - في خبير ، وليس هذا التفسير بشيء ، فإن معاملته بخبير لم ينفه قط ، بل فعلها الصحابة في حياته وبعد موته ،

وإنما روى حديث المخابرة رافع بن خديج وجابر } وقد فسر ما كانوا يفعلونه ، والخبير هو الفلاح ، سُمي بذلك ؛ لأنه يَخْبُرُ الأرض .

وَمَنْ ذهب منهم إلى ذلك من الفقهاء فقد بيّن الفرق بين المخابرة والمزارعة ، فقالوا : المخابرة هي المعاملة على أن يكون البذر من العامل ، والمزارعة على أن يكون البذر من المالك ، قالوا : والنبي ﷺ نهى عن المخابرة لا المزارعة ، وهذا ضعيفٌ ، فإننا قد ذكرنا عن النبي ﷺ ما في الصحيح من أنه ﷺ نهى عن المزارعة كما نهى عن المخابرة ، وكما نهى عن كراء الأرض .

وهذه الألفاظ في أصل اللغة عامة لموضع نهيه وغير موضع نهيه ، وإنما اختُصت بما يفعلونه لأجل التخصيص العرفي لفظاً وفعلاً ، ولأجل القرينة اللفظية ، وهي لام العهد وسؤال السائل ، وإلا فقد نقل أهل اللغة أن المخابرة هي المزارعة ، والاشتقاق يدل على ذلك ، والذين جوزوا المزارعة منهم مَنْ اشترط أن يكون البذر من المالك ، وقالوا : هي هذه هي المزارعة ، فأما إن كان البذر من العامل لم يجز .

وهذا إحدى الروايتين عن الإمام أحمد > فاخترها طائفة من أصحابه ﴿ وأصحاب مالك والشافعي يجوزون المزارعة ، وحجة هؤلاء جميعاً قياسها على المضاربة ؛ ولذلك احتج الإمام أحمد > قال الكرمانى : قيل لأبي عبد الله ابن حنبل : رجلٌ دفع أرضه إلى المستأجر على الثلث أو الربع ، قال : لا بأس بذلك إذا كان البذر من رب الأرض ، وكان البقر والآلة والعمل من المستأجر ، يذهب فيه مذهب المضاربة ، ووجه ذلك أن البذر هو أصل زرع كما أن المال هو أصل الربح ، فلا بد أن يكون البذر ممن له الأصل ليكون من أحدهما العمل ومن الآخر الأصل .

هذه الرواية الأولى التي ذكرها الكرمانى عن إمام أهل السُّنة والجماعة الإمام أحمد، وفيها يذهب هذا المذهب.

والرواية الثانية للإمام أحمد < أنه لا يُشترط ذلك، بل يجوز أن يكون البذر من العامل، وقد نقل عنه جماهير أصحابه - وهم أكثر من عشرين نفساً - أنه يجوز أن يكرى أرضه بالثلث أو الربع، كما عامل النبي ﷺ أهل خيبر.

وقالت طائفة من أصحاب الإمام أحمد < ومنهم القاضي أبو يعلى: إذا دفع أرضه لمن يعمل عليها ببذره بجزءٍ من الزرع للمالك، فإن كان على وجه الإجارة جاز، وإن كان على وجه المزارعة لم يجز، وجعلوا هذا التفريق تقريراً لنصوصه؛ لأنهم رأوا في عامة نصوصه صرائح كثيرة جداً في جواز كراء الأرض بجزءٍ من الخارج منها، ورأوا أن هذا ظاهر مذهب الإمام أحمد، وعندهم أنه لا يجوز في المزارعة أن يكون البذر من المالك كالمضاربة، ففرقوا بين باب المزارعة والمضاربة وباب الإجارة.

وقال آخرون من أصحاب الإمام أحمد < ومنهم أبو الخطاب، قال آخرون: معنى قوله في رواية الجماعة: "يجوز كراء الأرض ببعض الخارج منها" أراد به المزارعة، والعمل من الأكوار، وهو المؤجر لهذه الأرض؛ لذلك طلب أن يعمل في الأرض ويزرعها.

قال أبو الخطاب وَمَنْ تَبِعَهُ: فعلى هذه الرواية إذا كان البذر من العامل، فهو مستأجرٌ للأرض ببعض الخارج منها، وإن كان من صاحب الأرض، فهو مستأجرٌ للعامل بما شرط له، قال: فعلى هذا ما يأخذه صاحب البذر يستحقه ببذره، وما يأخذه من الأجرة يأخذه بالشرط.

وما قاله هؤلاء من أن نصه على المكاري - وهو المستأجر - ببعض الخارج هو

المزارعة على أن يبذر المستأجر، وهو الصحيح، ولا يحتمل الفقه إلا هذا، وأن يكون نصه على جواز المؤاجرة المذكورة يقتضي جواز المزارعة بطريق الأولى، وأن جواز هذه المعاملة تكون جوازاً مطلقاً، وهو الصواب الذي لا يتوجه غيره أثراً ونظراً، وهو ظاهر نصوص أحمد المتواترة عنه، واختيار طائفة من أصحابه، والقول الأول هو قول مَنْ اشترط أن يبذر رب الأرض، وقول مَنْ فَرَّقَ بين الإجارة الخاصة والمزارعة أو أضعف.

أما بيان نص أحمد، فهو أنه إنما جوز المؤاجرة ببعض الزرع استدلالاً بقصة معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر، وبمعاملته لهم إنما كانت مزارعة ولم تكن بلفظ الإجارة، فمن الممتنع أن أحمد لا يجوز ما فعله النبي ﷺ إلا بلفظ الإجارة، ويمتنع فعله باللفظ المشهور.

وأيضاً فقد ثبت في الصحيح أن النبي ﷺ شرط أهل خيبر على أن يعملوها من أموالهم، ولم يدفع إليهم النبي ﷺ بذراً، فإذا كانت المعاملة التي فعلها النبي ﷺ إنما كانوا يبذرون فيها من أموالهم، فكيف يحتج بها أحمد على المزارعة، ثم يقيس عليها إذا كانت بلفظ الإجارة، ثم يمنع الأصل الذي احتج به من المزارعة التي بذر فيها العامل، والنبي ﷺ قد قال لليهود: ((نقركم فيها ما أقركم الله)) لم يشترط عليهم مدة معلومة، ولا وقتاً محدداً حتى يقال: كانت إجارة لازمة.

لكن أحمد < حيث قال في إحدى الروايتين: إنه يشترط أن يكون البذر من المالك، فإنما قاله متابعة لمن أوجبه قياساً على المضاربة، وإذا أفتى العالم بقول الحجة ولها معارض راجح لم يستحضر حينئذ ذلك المعارض الراجح، ثم لما أفتى بجواز المؤاجرة بثلاث الزرع استدلالاً بمزارعة خيبر، فلا بد أن يكون في خيبر كان البذر عنده من العامل، وإلا لم يصح الاستدلال.

فإن فرضنا أن أحمد فرّق بين المؤاجرة بجزء من الخارج وبين المزارعة ببذر العامل كما فرّق بينهما طائفة من أصحابه، فمستند هذا الفرق ليس مأخذاً شرعياً، فإن أحمد < لا يرى اختلاف أحكام العقود باختلاف العبارات، كما يراه طائفة من أصحابه الذين يجوزون هذه المعاملة بلفظ الإجارة ويمنعونها بلفظ المزارعة، وكذلك يجوزون بيع ما في الذمة بيعاً حالاً بلفظ البيع، ويمنعونه بلفظ السلم؛ لأنه يصير سلماً حالاً.

نصوص أحمد وأصوله تأبى هذا عنه في مسألة هي في صيغ العقود، فإن الاعتبار في جميع التصرفات القولية يكون بالمعاني لا في الألفاظ، وإنما يُحمل على الألفاظ كما شهد به أجوبته في الأيمان والنذور والوصايا وغير ذلك من التصرفات، وإن كان هو قد فرّق بينهما كما فرّق طائفة من أصحابه، فيكون هذا التفريق رواية عنه مرجوحة كالرواية المانعة من الأمرين.

وأما الدليل على جواز ذلك فالسنة والإجماع والقياس، أما السنة، فهي فيما ثبت من معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر على أن يعتملوها من أموالهم ولم يدفع إليهم بذراً، ولما عامل أهل المهاجرون والأنصار على أن البذر من عندهم.

قال حرب الكرماني فيما روى يحيى بن سعيد عن إسماعيل بن حكيم: "أن عمر بن الخطاب أجلى أهل نجران، وأجلى أهل فدك وأهل خيبر، واستعمل يعلى بن منية فأعطى العنب والنخل على أن لعمر الثلثين ولهم الثلث، وأعطى البياض - يعني: بياض الأرض - على أن كان البذر والبقر والآلات من عند عمر فلعمر الثلثان، ولهم الثلث، وإن كان منهم فلعمر الشطر - أي: النصف - وله الشطر".

فهذا عمر < ويعلى بن منية عامله صاحباً رسول الله ﷺ وقد عمل في خلافته بتجوز كلا الأمرين: أن يكون البذر من رب الأرض، وأن يكون من العامل، فسواء كان البذر من رب الأرض أو كان البذر من العامل فالحكم سواء، ولا خلاف بين الأمرين.

وقال حرب عن الحارث بن الأزدي عن صخر بن الوليد عن عمرو بن صليح بن محارب قال: "جاء رجلٌ إلى علي بن أبي طالب < فقال: إن فلاناً أخذ أرضاً فعمل فيها وفعل، فدعاه فقال: ما هذه الأرض التي أخذت؟ فقال: أرض أخذتها أكري أنهارها وأعمرها وأزرعها، فما أخرج الله من شيء فلي النصف وله النصف؛ فقال علي <: لا بأس بهذا".

فظاهر هذه الآثار وهذه النصوص أن البذر من عنده ولم ينفه علي < عن ذلك، ويكفي إطلاق سؤاله وإطلاق عليّ الجواب.

وأما القياس فقد رأينا أن هذه المعاملة - التي هي المزارعة والمساقاة على الأرض ببعض ما يخرج منها هذه المعاملة - نوعٌ من الشركة ليست من الإجارة الخاصة، وإن جعلت إجارة، فهي من الإجارة العامة التي لا تدخل فيها الجعالة والسبق والرمي، وعلى التقديرين سواء قلنا: إنها نوعٌ من المشاركة، أو قلنا: إنها نوع من الإجارة العامة فعلى كلا التقديرين، يجوز أن يكون البذر منهما، وذلك أن البذر في المزارعة ليس من الأصول التي ترجع إلى مالكة كالثمن في المضاربة، بل البذر يتلف كما تتلف المنافع، وإنما ترجع الأرض، فلو كان البذر مثل رأس المال لكان الواجب أن يرجع مثله ثم يقتسمان الفضل بينهما، وليس الأمر كذلك، بل إنهما يشتركان في جميع الزرع، فظهر أن الأصول فيها من أحد الجانبين هي الأرض بمائها وهوائها.

وأما عمل العامل والبقر، واكتراء الحرث والبقر فيذهب كما تذهب الأجزاء من الماء والهواء والتراب، فيستحيل أن يتحول زرعاً، والله < هو الذي يخلق الزرع من نفس الحب والتراب والماء والهواء، كما يخلق الحيوان من ماء الأبوين، بل ما يستحيل في الزرع من أجزاء الأرض يكون أكثر مما يستحيل من الحب، والحب يستحيل، فلا يبقى، بل يخلقه الله كما يحيله كما يجعل أجزاء الماء والهواء، وكما

يحيل المني وسائر مخلوقاته من الحيوان والمعادن والنبات .

وكثير من الفقهاء اعتقدوا أن الحب والنوى في الزرع والشجر هو الأصل ،
والباقي تبع حتى قضوا في مواضع بأن يكون الزرع والشجر لرب النوى ، وأن
يكون الحب مع قلة قيمته ، ولرب الأرض أجرة أرضه ، والنبى ﷺ إنما قضى
بضد هذا ؛ حيث قال : ((مَنْ زرع في أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع
شيء وله نفقته)) .

فأخذ الإمام أحمد < وغيره من فقهاء الحديث بهذا النص وبهذا الحديث ،
وبعض مَنْ أخذ به يرى أنه خلاف القياس ، وأنه من صور الاستحسان ، وهذا
لمن عقد في نفسه من القياس ، وهو أن الزرع تبع للبذر ، والشجر تبع للنوى ، وما
جاءت به السنة هو القياس الصحيح الذي تدل عليه الفطرة السليمة ، فإن إلقاء
الحب في الأرض بمنزلة إلقاء المني في الرحم سواء بسواء ؛ ولهذا تبع الولد الآدمي
أمه في الحرية والرق دون أبيه .

ويكون جنين البهيمة لمالك الأم دون مالك الفحل الذي نما عن عسبه ، وذلك
لأن الأجزاء التي استمدها من الأم هي أضعاف الأجزاء التي استمدها من الأب .
وإنما للأب حق الابتداء فقط ، ولا ريب أنه مخلوقٌ منهما جميعاً - أي : من الأب
والأم - وكذلك الحب والنوى فإنه يكون مثل الجنين الآدمي ، فإن الأجزاء التي
خُلِقَ منها الشجر والزرع أكثرها من التراب والماء والهواء ، وقد يؤثر ذلك في
الأرض فتضعف الأرض بالزرع فيها .

لكن لما كانت هذه الأجزاء تستخلف دائماً - أي : تتجدد - فإن الله سبحانه لا
يزال يمد الأرض بالماء والهواء والتراب ، إما مستحيلاً عن غيره وإما بالموجود ،
ولا يؤثر في الأرض نقص الأجزاء الترابية شيئاً ، وإما بالخلف للاستحالة ، وإما
للكثرة ؛ ولهذا صار يظهر أن أجزاء الأرض في معنى المنافع بخلاف الحب والنوى

الملقى فيها فإنه عين ذاهبة - أي : مستهلكة - وغير مستخلفة ولا يعوض عنها، لكن هذا القدر لا يوجب أن يكون البذر هو الأصل فقط، فإن العامل الذي يعمل في الأرض هو وبقره لا بد له من مدة العمل من قوت وعلف يذهب أيضاً، ورب الأرض لا يحتاج إلى مثل هذا.

ولذلك اتفقوا على أن البذر لا يرجع إلى مالكه كما يرجع في القراض المال للمالك، ولو جرى عندهم مجرى الأصول لرجع، فقد تبين أن هذه المعاملة اشتملت على ثلاثة أصول باقية وهي : الأرض، وبدن العامل والبقر، والآلات التي يستخدمها، وهي منافع فانية، وأجزاء فانية أيضاً، وهي : البذر، وبعض أجزاء الأرض، وبعض أجزاء العامل وبقره، فهذه الأجزاء الفانية كالمناافع الفانية سواء فتكون الخيرة إليهما فيمن يبذل هذه الأرض، ويشتركان على أي وجه شاء ما لم يُفَضَّ إلى بعض ما نهى عنه النبي ﷺ من أنواع الغرر أو الربا وأكل أموال الناس بالباطل.

ولهذا جَوَّز الإمام أحمد < سائر أنواع المشاركات التي تشبه المساقاة والمزارعة مثل : أن يدفع دابته، أو سفينته، أو غيرهما إلى مَنْ يعمل عليها والأجرة بينهما، فهذا من قبيل المشاركات، والإمام أحمد < جَوَّز كل أنواع المشاركات التي تشبه المساقاة والمزارعة.

ورضى الله عن أحمد حيث يقول : ينبغي للمتكلم في الفقه أن يجتنب هذين الأصلين : المجل، والقياس، وهي قولة صدق وعدل، وقال < أيضاً : أكثر ما يخطئ الناس من جهة التأويل والقياس، وأن هذا التمسك يُفَضَّى إلى ما لا يمكن اتِّباعه ألبتة، هذا هو رأي أحمد، وأنه يرى صحة المزارعة والمساقاة، ويرى صحة إجارة الأرض على حسب ما تكون فيه مصلحة الطرفين، وهو فقه عظيم جداً.

قاعدة: وقف العقود، قاعدة: الإكراه يُسقط أثر التصرف فعلياً
كان أو قولاً، وجوب الضمان بإتلاف مال الغير

عناصر الدرس

العنصر الأول : قاعدة: وقف العقود، قاعدة: الوقف في الأحكام. ٣٧٩

العنصر الثاني : قاعدة: الإكراه يُسقط أثر التصرف فعلياً كان أو قولاً. ٣٨٢

١ - قاعدة "وقف العقود":

المراد بوقف العقود عدم نفوذها وعدم جواز الانتفاع بالبديلين حتى يجيز صاحب الحق فيها، فالعقد الموقوف عقد صحيح عند أكثر العلماء، ولكن يتوقف نفوذه على الإجازة وموافقة صاحب الحق فيه، والإمام الشافعي < لم يجز في مذهبه الجديد العقد الموقوف، بل العقد الموقوف عنده -أو العقود عنده بصفة عامة- إما صحيح وإما باطل، وقد جعل العقد الموقوف ضمن العقد الباطل، وذلك كييع الفضول، وأما عند غيره من العلماء فالعقد الموقوف عقد صحيح، ويتوقف نفوذه على إجازة المالك، أو المشتري، أو صاحب الحق فيه، ولكن بشرط أن يكون للعقد مجيز في الحال.

ومن الأمثلة التي تندرج تحت هذه القاعدة، وهي قاعدة "وقف العقود": بيع الفضول، وهو أن يبيع إنسان شيئاً وهو ملك لغيره كسيارة، أو أرض، أو متاع لآخر، ويحصل القبول من المشتري، فهذا عقد موقوف إن أجازته المالك بالسيارة نفذ وإلا بطل، وكون العقد موقوفاً إذا تم بكلامين من الفضولي والمشتري أو من العاقد الآخر، ولكن لم يتبع ذلك تصرف فعلي، فهو تصرف قولي، فإذا سلم الفضولي الشيء المباع إلى المشتري فإنه بعد تسلمه يأخذ ذلك العقد حكماً آخر، فحكمه بعد تسلم الشيء المباع إلى المشتري حكم الغصب وليس حكم البيع للموقوف، فالبيع الموقوف التصرف فيه تصرف قولي وليس تصرفاً فعلياً، والتصرف الفعلي يدخل العبد الموقوف في حكم الغصب.

ومن صور العقد الموقوف :

- ما إذا زوج فضولي رجلاً بامرأة، وكان أحدهما، فإذا حضر وعلم، فإن أجاز العقد نفذ وإلا بطل، فهو متوقفٌ على إجازة الرجل الذي زوجه الفضولي بتلك المرأة، هل يقبل أو لا يقبل؟ فإن قبل العقد نفذ، وإن رده بطل.
- ما لو طلق رجل امرأة رجل آخر بغير تفويض، فإن طلقها يتوقف على إجازة الزوج، فإن أجاز الزوج هذا الطلاق الذي صدر من الفضولي نفذ، وإلا لم ينفذ ولم يقع الطلاق.
- ما إذا باع مال أبيه وهو يظن أن أباه حي، وإن البيع إنما هو بيع فضول، فظهر أن الأب كان ميتاً حالة العقد، فالأصح صحة البيع لمصادفته أنه ليس بيع فضول، وإنما هو قد باع ملكه، وهذا يُسمى وقف تبين.

وقد استثني من هذه القاعدة بعض المسائل فأخذت حكماً مخالفاً، منها:

- ما لو غصب أموالاً، ثم باعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى، فكل تصرفاته باطلة في الأصح.
- ما لو باع فضولي مال صبي، فالعقد باطل؛ لأن الصبي لا تصح إجازته، ولا تصح إجازة الوصي، حيث كانت الإجازة فيها ضرر بهذا الصبي.
- تصرف المفلس في شيء من أعيان ماله المحجور عليه فيه بغير إذن الغرماء، فالأصح البطلان؛ لأن المال تعلق به حق الغرماء.

٢- الوقف في الأحكام:

والمراد من الوقف في الأحكام: التوقف فيها وعدم الحكم في المسألة؛ لتعارض الأدلة في نظر المجتهد، فالمجتهد لتعارض الأدلة يتوقف عن الحكم، وهذا عند

الأصوليين كثير، ولكنه عند الفقهاء قليل، حيث أنه لا بد عندهم من البحث عن حكم نصي في المسألة المعروضة، فإن لم يكن عند الفقيه حكم أو لم يجد الفقيه في المسألة نصاً فإنه مطلوب منه أن يجتهد رأيه ولا يتوقف؛ لأن من المسائل ما لا يحتمل التوقف، فيحكم فيها بما يغلب على ظنه أنه الحق والصواب عند الله تعالى، وأن يعمل بغالب ظنه، والعمل بغالب ظن المجتهد صحيح.

ومن الأمثلة لهذه القاعدة:

- أن الماء المستعمل في إزالة الأحداث قد توقف فيه الشافعي - رحمه الله - هل هو باقٍ على طهارته كما هو الراجح عند مالك، أو طاهر في نفسه كما هو عند الحنفية، أو هو غير طهور كما هو رأي الآخرين من الفقهاء؟ وكان التوقف لتعارض الأدلة، والتوقف عند الشافعي - رحمه الله - في هذه المسألة مختلف فيه في المذهب، لكن المتفق عليه في المذهب أن الماء المستعمل في إزالة الأحداث كماء الوضوء والغسل ليس بالطهور، أي: أنه طاهر في نفسه وغير مطهر لغيره، وإن رجح غيره أنه لا زال باقياً على طهوريته.

- ما إذا حج الصبي، فإن حجه إذا دام يكون نفلاً، لكن إذا بلغ الصبي قبل الوقوف بعرفة انقلب إلى فرض وكان حجه فرضاً.

- تعليق الطلاق قبل النكاح، فإن الشافعي - رحمه الله - قد توقف فيه، ثم أزال التوقف وقال بالمنع.

هذه هي قاعدة التوقف الحكمي، وقد بينها عند الفقهاء والأصوليين.

قاعدة: الإكراه يُسقط أثر التصرف فعلاً كان أو قولاً

الإكراه من الأعذار الشرعية التي تسقط بها المؤاخذه في الدنيا والآخرة، ونبدأ أولاً في مستهل حديثنا عن الإكراه بتعريف الإكراه فنقول: الإكراه لغة: حمل الغير على أمرٍ لا يرضاه، يقال: أكرهته على الأمر إكراهًا -أي: حملته عليه قهراً- ومنه قوله تعالى: ﴿طَوْعًا أَوْ كَرْهًا﴾ [التوبة: ٥٣] فالحق -تبارك وتعالى- قابل بين الضدين، والكراهية: الشدة في الحرب.

وأما الإكراه شرعاً، فهو: حمل الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه.

وهذا التعريف شاملاً بالإكراه في الأفعال والأقوال سواء كانت عقوداً أو غيرها، وقد عرّفت (مجلة الأحكام العدلية) الإكراه بما يعم الأقوال والأفعال، فهي تقول: الإكراه هو إجبار أحدٍ على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضا، ويقال له: المكره -بفتح الراء- ويقال لمن أجبره: مُجبر -أي: مكره- ولذلك أكرهه على العمل وعلى الشيء الموجب للخوف، فهو مكرهٌ به.

ويؤخذ من تعريف الإكراه: أنه لا يتحقق إلا بوجود أمرين:

الأمر الأول: حمل الغير وقهره على فعلٍ ما، ومعنى هذا: أنه لو فعل الإنسان تصرفاً لا يرضاه بدون حملٍ عليه لا يُسمى مكرهًا، وإنما يُسمى كارهًا، كما لو تناول المريض الدواء وهو كاره له على أن أمل الشفاء، فإن المريض الذي يتناول الدواء يُسمى في هذه الحالة كارهًا ولا يُسمى مكرهًا؛ لأن تناوله للدواء كان من غير إكراه، وكان باختياره.

الأمر الثاني: انعدام الرضا، وعلى ذلك فلا إكراه مع رضا المكره الفاعل، وهو ما عليه الجمهور من الفقهاء.

إذن الإكراه يتحقق بوجود أمرين:

الأول: حمل الغير، وقهره على فعل ما.

والثاني: انعدام الرضا، والإكراه أيًا كان نوعه يكون مُعدماً لرضا الفاعل بما أقدم عليه وليس مُعدماً لاختياره لصدور الفعل عنه باختياره، حيث إن حقيقة الاختيار هو القصد إلى مقدورٍ متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر، وإذا كانت هذه حقيقة الاختيار فينبني على هذا أن استقلال الفاعل في قصده إلى شيء يجعل هذا الشيء مختاراً واختياره صحيح، وإذا لم يستقل في قصده - كما في حالة الإكراه - يكون هذا الاختيار فاسداً؛ لأنه مبنيٌّ على اختيار الحامل الذي حمّله على الفعل دون رضاه، والمقصود بالرضا هو: الارتياح إلى فعل الشيء والرغبة فيه، والمقصود بالاختيار هو: ترجيح فعل الشيء على تركه أو العكس، والأصح أنه يكفي أن يغلب على ظنه المستكره وقوع ما هُددَ به من ضربٍ أو حبسٍ أو أخذ مال يضره، ولا يُشترط وقوع المهدد به بالفعل، ويثبت حكم الإكراه إذا حصل ممن يقدر على الإيقاع به سلطاناً كان أو غير سلطان.

أنواع الإكراه:

الإكراه نوعان، وهما: إكراه ملجئ - أي: إكراه كامل - وإكراه غير ملجئ - أي: إكراه ناقص.

أما الإكراه الملجئ: فقد عرفه الشافعية بأنه: هو الذي لا يبقى معه قدرة ولا اختياراً كالقاء شخص من شاهق على شخص ليقته، فالشخص الملقى لا قدرة

له على الوقوع لا فعلاً ولا تركاً، ومثل ذلك أيضاً: أن يهدد شخص غيره بما يلحق به ضرراً في نفسه أو في عضوٍ من أعضائه، وهذا هو الإكراه الملجئ كما عرفه الشافعي.

وحكم هذا النوع من الإكراه: أنه يمنع التكليف بالفعل الملجأ إليه وبنقيضه على المعتمد؛ لأن المكره عليه واجب الوقوع وضده ممتنع، والتكليف بالواجب والممتنع محال، وهناك رأي ضعيف يرى جواز تكليف الملجأ بناء على جواز التكليف بما لا يطاق.

ولضعف هذا الرأي قال ابن التلمساني: وهذا القسم لا خلاف فيه، أي: أنه غرض الطرف عن الرأي الضعيف، واعتبر أن هذا الحكم محل اتفاق، وأنه لا خلاف فيه، فالرأي الضعيف يُطرح ويُستغنى عنه ولا يلتفت إليه، ويعتمد على الرأي الذي قال به جماهير العلماء.

وبناءً على ما سبق يكون المكره الملجأ هو مَنْ يدري، ولا مندوحة له عما أُلجئ إليه إلا بالصبر على ما أكره عليه، أو مَنْ حُمِلَ على أمرٍ لا يرضاه ولا تتعلق به قدرته ولا اختياره.

الإكراه غير الملجئ: عرّف الشافعية الإكراه غير الملجئ بأنه الذي لا ينتهي إلى حد الإلجاء، كما لو قيل لشخص: إن لم تفعل وتقتل فلاناً قتلتك، وعلم هذا الشخص أنه إن لم يفعل قتله مَنْ يهدده بالقتل، أو هو التهديد بما لا يضر بالنفس أو العضو، كالتخويف بالحبس، أو التقييد بالقيود، أو الضرب اليسير الذي لا يُخاف منه التلف، أو إتلاف بعض المال.

وحكم هذا النوع من الإكراه: أنه يعدم الرضا بما أقدم عليه الفاعل ولا يفسد اختياره؛ إذ إن الفاعل يتمكن معه من الصبر على ما هُددَ به عادة.

وهناك نوع ثالث من الإكراه غير النوعين السابقين، وهو: الإكراه الأدبي، أو الإكراه المعنوي، وهو الذي يعدم تمام الرضا ولا يعدم الاختيار، كالتهديد بحبس أحد الأصول أو الفروع أو الأخوة أو الأخوات، أو نحوهم إذا لم يفعل شيئاً من الأشياء، فهو إكراه عن طريق الغير.

وحكم هذا النوع: أنه إكراه شرعيٌ استحساناً لا قياساً، وهذا ما قرره الكمال بن الهمام من الحنفية، ويترتب عليه عدم إنفاذ التصرفات المكره عليها، فهو إكراه، وهو عذرٌ من الأعذار، ويترتب عليه عدم إنفاذ التصرفات المكره عليها، ذلك أننا لو نظرنا إليه من وجهة القياس فإنه لا يكون إكراهاً؛ لأن الفاعل لا يلحقه ضرر بحبس هؤلاء، ولو نظرنا إليه من ناحية الاستحسان فإنه يكون إكراهاً؛ لأن حبس أي واحدٍ من هؤلاء يُلحق به من الحزن والهم ما لا يلحقه بحبس نفسه أو أكثر، بل إن الولد إذا كان باراً بآبيه فإنه يسعى جاهداً في تخليص آبيه من السجن وإن كان يعلم أن ذلك سيؤدي إلى حبسه هو، وربما يدخل الابن السجن باختياره ويجلس مكان آبيه ليخرج أباه من السجن.

وبناءً على ما سبق يكون المكره غير الملجئ هو مَنْ حُمِلَ على أمرٍ لا يرضاه ولكن تعلقت به قدرته واختياره، وبهذا يتحقق الإكراه عند الحنفية سواءً كان الفعل المكره عليه واقعاً على الشخص نفسه أو واقعاً على غيره من أحد الأقرباء.

أما الشافعية فإن حقيقة الإكراه عندهم تختلف باختلاف الشيء المكره عليه، فهم يفرّقون بين الإكراه على القتل والإكراه على غير القتل، فإن كان الإكراه إكراهاً على القتل ففي هذه الحالة لا يحصل الإكراه إلا بالتخويف بالقتل، كما إذا قال له: اقتل هذا وإلا قتلتك، أو التخويف بما يخاف منه القتل كالضرب الذي يؤدي إلى ذلك.

أما إذا كان الإكراه على غير القتل كالإكراه على شرب الخمر، أو إتلاف مال المسلم، أو الإكراه على ترك واجب من الواجبات كترك الصلاة، فقد اختلفوا فيما يحصل به الإكراه في هذه الحالة، وذلك على سبعة أوجه:

الوجه الأول: أن الإكراه لا يحصل إلا بالقتل، كأن يهدده على ذلك بالقتل إن لم يفعل ما أكره عليه، وأما إذا كان التهديد بما دون القتل، فلا يعتبر هذا إكراهًا.

والوجه الثاني: أن الإكراه يحصل بالقتل، أو قطع عضو من الأعضاء، أو ضرب يُخاف معه الهلاك.

والوجه الثالث: أن الإكراه يحصل بما يسلب اختيار الشخص ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى الشوك أو النار وهو لا يبالي.

والوجه الرابع: يحصل الإكراه بأن يوقع المكره بالمكره عقوبة بدنية ليتعلق بهما القصاص مثل: قطع اليد، فإن هذا التهديد بقطع اليد يترتب عليه القصاص بمن يقطع اليد، وذلك بقطع يد القاطع، فإذا أكرهه وهدده بإجراء عقوبة عليه من شأنها أن يُقتص من فعلها، فإن ذلك يعتبر إكراهًا.

والوجه الخامس: يحصل الإكراه بأن يوقع المكره بالمكره عقوبة شديدة تتعلق ببدنه كالحبس الطويل إذا امتنع عن تنفيذ ما أكره عليه.

والوجه السادس: أن الإكراه بأخذ مال المكره أو بإتلافه، كما يحصل بالنسبة لذوي المروءات بالاستخفاف بهم وإهانتهم كصفعهم أمام الناس أو تسويد وجوههم، وهذا اختيار جمهور العراقيين، وصححه الرافعي.

والوجه السابع: وهو اختيار الإمام النووي: أن الإكراه يحصل بكل شيء يُفضل العاقل الإقدام عليه خوفًا من أن يقع عليه ما هُدد به، وذلك يختلف باختلاف

الأشخاص والأفعال المكره عليها، وباختلاف الشيء الذي خوف به أو خوف به المكره؛ لأن ما يُعتبر إكراهًا في حق شخص قد لا يعتبر إكراهًا في حق شخص آخر، وقد يعتبر الشيء المخوف به إكراهًا في أمرٍ دون أمرٍ آخر، فالإكراه على الطلاق يحصل بالتخويف بالقتل، ويحصل بقطع العضو والحبس الطويل وبالضرب الكثير، وكذلك الضرب المتوسط بالنسبة لمن لا يحتمله بدنه ولم يتعود على ذلك، وكذلك يحصل بتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملاء وتسويد الوجه ونحوه، وكذا بقتل الوالد وإن علا، والولد وإن نزل على الصحيح، في حين أن التخويف بالحبس وبقتل الولد لا يُعتبر إكراهًا بالنسبة للإكراه على القتل، ويعتبر جميع ما ذُكر إكراهًا بالنسبة للإكراه على إتلاف المال.

وعلى هذا، فنجد أن حصول الإكراه عند الإمام النووي من الأمور التي تختلف بالنسبة للأشخاص، وبالنسبة للمكره عليه، وبالنسبة للأمر المخوف به، كما ظهر لنا من الأمثلة السابقة، ويُفهم مما ذُكر أن الناس ليسوا سواء في تحمل الأذى، بل الشخص الواحد يختلف تأثيره باختلاف أحواله من صحة ومرض وغير ذلك، وعلى هذا فيجب الرجوع عند الظن في كون ما يحصل من التهديد إكراهًا أو أنه غير إكراه، يرجع إلى كونه ملجئًا أو غير ملجئ إلى تقدير الحاكم، إلا إذا كان الإكراه بإتلاف نفسٍ أو عضو فإنه إكراه ملجئ بيقين، والله أعلم.

شروط الإكراه:

نتحدث عن شروط الإكراه فنقول: لا يكون الإكراه متحققًا ومنتجًا لآثار شرعية إلا بالشروط التي ذكرها الفقهاء وهي:

الشرط الأول: أن يكون المكره قادرًا على تحقيق ما هدد به بولاية أو تغلب أو

فرط هجوم ونحو ذلك ، فإذا لم يكن متمكناً من ذلك فلا يتحقق الإكراه.

الشرط الثاني: أن يكون المكره عاجزاً عن دفع المكره بهرب أو استغاثة أو مقاومة ويتيقن أو يغلب على ظنه أنه سيوقع به ما هدد به لا محالة.

الشرط الثالث: أن يكون التهديد بأمر يتضمن إتلاف نفس المكره أو إتلاف عضو من أعضائه أو بما دون ذلك في الحبس والقيد.

الشرط الرابع: أن يكون ما توعد به غير مستحق على المكره ، فلو قال ولي القصاص بالجاني : طلق امرأتك وإلا اقتصصت منك ، لم يكن إكراهاً ؛ لأن القصاص من الفاعل حق له على الجاني إن شاء أخذه وإن شاء عفا عنه على الدية أو بدونها.

الشرط الخامس: أن يكون ما هدد به سينفذه عاجلاً ، فلو كان آجلاً فلا يعتبر إكراهاً كما لو قال له : طلق امرأتك وإلا قتلتك غداً.

الشرط السادس: أن يكون الشخص الواقع عليه الفعل معيناً ، فلو قال : اقتل زيداً أو عمراً فليس بإكراه ؛ لأنه لو قتل أحدهما فلا يكون مكرهاً في هذه الحالة ، كما قال الإمام النووي ؛ لأن قتله لزيد مثلاً دون عمرو يكون بذلك مختاراً لقتل زيد فلا يكون حينئذٍ مكرهاً فيلزمه القصاص ولا شيء على الأمر إلا أنه يكون آثماً ، وهكذا ورد تعليل الإمام النووي ، وهو غير مسلم ؛ لأن القتل حدث تحت تأثير مبدأ الإكراه ، فيكون مكرهاً غير مختار بوقوع القتل على أي منهما ، فهو إنما ينفذ ما أكره عليه ، ولو خلى ونفسه ما أقدم على قتل واحد منهما ؛ فيكون الفاعل في هذه الحالة كالآلة بالنسبة للحامل.

ومن هنا نقل العلامة عميرة في (حاشيته على المنهاج) أن القاضي حسين ، خالف

في ذلك ، فقال : هو إكراه ؛ لأن الفاعل لا يتخلص مما هدد به إلا بقتل أحدهما فهو في هذه الحالة مُلجأً إلى هذا القتل لا يتخلص مما هدد به إلا بقتل أحدهما ، وتبعه في ذلك ابن عبد السلام ، فلم يرَ الإبهام في المكروه عليه مسقطاً لآلة الإكراه وبهذا فلا يكون التعيين في المكروه عليه شرطاً يتوقف عليه وجوب الإكراه بل الإكراه يتحقق ويوجد حتى ولو كان المكروه عليه مبهماً ، وهذا ما نرجحه ونختاره .

الشرط السابع : أن يحصل التخلص من المتوعد به بفعل المكروه عليه فينجو بذلك مما هدد به أو ما هدد له الحامل فلو قال : اقتل نفسك وإلا قتلتك فليس بإكراه ؛ لأنه لو قتل كيف تتحقق مخالفة من توعد به بعد أن ذهبت نفسه : وكذلك لو قال له : اقتل نفسك وإلا قتلت نفسي أو كفرت أو أبطلت صومي أو صلاتي ؛ فلا يعتبر شيء من ذلك إكراهاً .

ويزاد شرط ثامن على الشروط : وهو ما إذا كان الإكراه على كلمة الكفر وهو مطمئن بقلبه على الإيمان ، فلو نطق معتقداً بها كفر والعياذ بالله .

ويتضح مما تقدم أن كلاً من الحنفية والشافعية متفقون على أن الإكراه على القتل أو الزنا مثلاً لا يعتبر إكراهاً إلا إذا كان التهديد على ذلك بالقتل أو بقطع عضو من أعضائه فلا يعتبر إكراهاً عند الطرفين .

وهكذا الأمر بالنسبة لبقية العمومات عند المذهبين ، سواء كانت الحرمة فعلاً أو كانت الحرمة تركاً فهم إن اختلفوا في تقسيم الإكراه إلا أنهم في النهاية متفقون فيما يباح من الحرمة بالإكراه وما لا يباح منها إلا في مسائل طفيفة نذكر منها على سبيل المثال : زنا المرأة تحت تأثير الإكراه الملجئ ، وهو ما كان بالقتل أو ما يؤدي إليه بالضرب المبرح أو بقطع العضو فإن الأحناف يرخصون للمرأة في الزنا في هذه الحالة ، والشافعية يمنعون ذلك .

ومع هذا فإنهم متفقون على عدم وجوب الحد عليها إن هي قد زنت تحت تأثير الإكراه المذكور.

أثر الإكراه على الأحكام الشرعية :

ما يعتبر عذراً شرعياً هو الإكراه الملجئ ؛ لقوله ﷺ : ((إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) ولأن من شروط التكليف أن يكون الفعل مقدوراً عليه للمكلف أن يتأتى له فعله ، كما يتأتى له تركه ، والإكراه الملجئ لا تبقى له قدرة المكلف على الفعل المكروه عليه ؛ لأنه أصبح واجب الصدور عقلاً ، ولا قدرة له على هذه ؛ لأنه ممتنع الوقوع عقلاً ، وكل من الواجب العقلي ، والممتنع العقلي لا يدخل تحت قدرة المكلف.

ولكن هل الإكراه ينافي أهلية المكروه لوجوب الأحكام عليه؟

يرى فقهاء الحنفية : أن الإكراه مطلقاً لا ينافي أهلية المكروه لوجوب الأحكام عليه ، ولا يسقط خطاب الله عنه بحال من الأحوال ؛ وذلك لأن أهلية الوجوب ثابتة بالذمة والعقل والبلوغ ، والإكراه لا يُخلُ بشيء من هذه الأمور ، فلم يكن منافياً لأهلية وجوب الأحكام عليه.

أثر الإكراه على الأحكام الشرعية :

إذا كان الإكراه لا يسقط من المكروه أهلية الوجوب ، ولا يمنع أن يكون مخاطباً بفروع الشريعة وبجميع الأحكام التكليفية ؛ فإن هذا لا ينفي أن الإكراه بنوعيه أثر في تصرفات المكروه بالنسبة لما أكره عليه ، فالشيء المكروه عليه إما قول أو فعل. والقول إما خبر أو إنشاء. والإنشاء إما أن يقبل الفسخ ويبطله الهزل أو لا.

والفعل إما أن يباح ويحل مع الإكراه، أو يحرم أو يرخص فيه. وبيان ذلك على الوجه الآتي :

أولاً: أثر الإكراه للأقوى :

الإكراه على الإقرار للغير بحق، فإن كان الإكراه على قول هو إقرار بحق لغيره عليه مثلاً، كان هذا الإقرار باطلاً لا يؤخذ المقر به، ولا يترتب عليه أثره إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء، وإن لم ينته إلى ذلك، وهو مختار وتكليفه جائز شرعاً وعقلاً، وبهذا قال الشافعية والحنابلة.

ففي حالة الإكراه الملجئ يسقط أثر التصرف رخصة من الله تعالى، وذلك مثل النسيان تماماً بتمام لقوله ﷺ : ((إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) ووجه الدلالة من الحديث أن لفظ "ما" في الحديث يفيد العموم، فيكون كل تصرف أكره عليه الإنسان مرفوعاً.

والإقرار من جملة التصرفات: وهي أن الإقرار جعل حجة حالة الاختيار ترجيحاً لجانب الصدق على جانب الكذب، وعند الإكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق؛ لوجود القرينة الدالة على أن المقر يريد دفع الضرر عن نفسه؛ ولهذا يباح للمستكره أن يتلفظ بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، أو سب النبي ﷺ ظاهراً، أو الصلاة إلى الصليب شكلاً فهذه الأمور ونحوها لا تباح إطلاقاً، وإنما يرخص في فعلها في الظاهر عند الإكراه الملجئ، أو عند الإكراه التام.

والدليل على جواز النطق بالكفر في الظاهر: قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ

وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿النحل: ١٠٦﴾ فقد بينت الآية الكريمة حكم من كفر بالله بعد الإيمان أنه أمر في غاية القبح يستحق فاعله أن يغضب عليه الله وله في الآخرة عذاب عظيم لا يعلم مقداره إلا الله، ولكنها استثنت من ذلك المكره، وهو الذي يجبر على الكفر بالتهديد بالقتل، فقد رخص الله له النطق بكلمة الكفر ما دام قلبه مطمئناً بالإيمان.

وإذا كانت الآية سمحت بالكفر للمكره، وبينت أن الله لا يؤاخذ به فيكون غيره من الأفعال المحرمة أولى لعدم المؤاخذة.

وقد روي أن الرسول ﷺ قال: **((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه))** ومن هنا قرر العلماء أن ذلك الحكم يجري في فروع الشريعة كلها، فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به من أكره وعلماء التفسير يحكون خلافاً بين الفقهاء فيما رخص به في هذه الآية، هل هو مجرد النطق بكلمة الكفر أو أن الرخصة شاملة للقول والفعل كالإكراه على السجود لغير الله مثلاً؟ والآية بإطلاقها شاملة للنوعين.

ومع هذا الاختلاف فقد اتفقوا على أن من صبر على ذلك، واختار القتل كان أعظم أجراً عند الله ممن اختار الرخصة.

ثانياً: الإكراه على قول من التصرفات التي لا تقبل الفسخ:

يرى جمهور العلماء من غير الحنفية أن الإكراه يؤثر في هذه التصرفات فيفسدها فلا يقع طلاق المستكره، ولا يثبت عقد الزواج بالإكراه، ونحو ذلك؛ لأن الله تعالى لما لم يرتب على التلفظ بالكفر حالة الإكراه أثراً في قوله **وَعَلَّكَ: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾** فلا يترتب على أي تصرف قلبي مع الإكراه، أي أثر - من باب أولى - وقد قال ﷺ: **((لا طلاق ولا إعتاق في**

إغلاق)) والإغلاق أمر يعم الإكراه والغضب والجنون، فإن الهازل ينطق بالصيغة وهو راغب في التكلم بها وهو مختار، ثم إنه اختيار صحيح، وإنما يريد الاستهزاء؛ فيجب أن يعاقب على ذلك تغليظاً وتشديداً عليه، وذلك يجعل عبارته صحيحة.

وأما المستكره: فعلى العكس من ذلك، فهو لا يقول ذلك رغبةً ولا اختياراً في النطق بالصيغة، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه فيناسب هذا التخفيف بإلغاء عبارته.

ويرى الحنفية: أنه لا أثر بالإكراه على هذه التصرفات ونحوها، فتعتبر هذه التصرفات عندهم صحيحة ونافذة مع الإكراه؛ لأنها لا تقبل الفسخ فتصبح لازمة، فلو أكره رجل على الطلاق أو على النذر أو اليمين أو الظهار أو النكاح أو الرجعة؛ وقع ذلك صحيحاً عند الحنفية، وترتب عليه أثره.

واستدلوا على ذلك بأن هذه التصرفات يستوي فيها الجد والهزل، والإكراه في معنى الهزل لعدم القصد الصحيح للتصرف فيهما، وهذا يتمشى مع عموم الآية الكريمة: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ويتبين لنا مما تقدم أن الإكراه يعتبر عذراً شرعياً وأثراً في التصرفات التي لا تحتل الفسخ عند جمهور الفقهاء، ولا يعتبر من الأعذار الشرعية عند الحنفية.

ثالثاً: أثر الإكراه على التصرفات التي تقبل الفسخ:

وإن كان الإكراه على التصرفات القولية التي تقبل الفسخ كالبيع والهبة والإجارة ونحوها، فإن أثر الإكراه على هذه التصرفات محل خلاف بين الفقهاء؛ فيرى فقهاء الحنفية: أن الإكراه يفسدها فيكون العقد نافذاً ولكنه فاسد وحينئذٍ يملك المشتري المبيع بالقبض؛ وسبب فساد التصرف هو عدم الرضا الذي هو شرط لصحة هذه

التصرفات ؛ فيكون المستكره له الحق في إجازة التصرف أو فسخه بعد زوال الإكراه. ويرى المالكية، وزُفر من الحنفية: أن هذه التصرفات تعتبر موقوفة ؛ لأن الرضا شرط في صحة العقد لا في انعقاده، فلو أجاز المستكره ما أكره عليه بعد زوال الإكراه ؛ أصبح العقد صحيحاً نافذاً، ولو كان العقد فاسداً لما انقلب جائزاً ؛ لأن الفاسد لا يعتبر نافذاً بمجرد الإجازة فأشبهه بيع الفضولي.

ومذهب الشافعية والحنابلة: أن هذه التصرفات تعتبر مع الإكراه باطلة فهي غير صحيحة، ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات بيع التلجئة أو بيع الأمانة وهو العقد الذي يباشره الإنسان لضرورة تعثره، ويصير كالمدفع إليه، كما في حال الخوف من اعتداء ظالم على بعض ما يملك فيتظاهر هو ببيعه لثالث ؛ فراراً منه ويتم العقد مستوفياً لأركانه وشروطه فهذا العقد لا قيمة له ؛ لأن باطنه خلاف ظاهره، فهو ليس له من البيع إلّا صورته وحكمه.

عند جمهور الفقهاء: أنه باطل، لا أثر له لاشتماله على الهزل ؛ وذلك لأنه في حقيقته أخص من الهزل بأنه لا يكون إلا عند اضطراب الشخص، وعند الشافعية يعتبر هذا العقد صحيحاً ويترتب عليه أثره ؛ لأن العقد تم مستوفياً لجميع أركانه وشروطه.

والراجح هو رأي الجمهور ؛ لعموم الأدلة التي منها قوله ﷺ: ((إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) ويشترك الهزل والإكراه في أن المتكلم بالكلام فيهما قاصد لموجب العقد وحقيقته.

أثر الإكراه في الأفعال :

والإكراه الواقع على الأفعال ثلاثة أنواع :

النوع الأول: هو في ذاته حرام، ولكن حرمة تحتمل السقوط عند الإكراه

الملجئ، فإذا أكرهه الشخص بالقتل أو الضرب المفضي إليه أو أكرهه بقطع العضو فإن الإكراه يوجب إباحة هذا التصرف، وذلك مثل الخمر والميتة ولحم الخنزير، فإن هذه الأمور محرمة بالنص في حالة الاختيار. أما في حالة الاضطرار هي مستثناة من الحرمة؛ لقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

فيكون المستثنى وهو حالة الاضطرار باقياً على حكم الأصل، وهو الإباحة لأن الأصل في الأشياء قبل ورود الشرع هو الإباحة، والإكراه الملجئ نوع من الاضطرار، وإذا كان الأمر كذلك فإن الإباحة في الإكراه الملجئ تكون ثابتة بالأدلة والنص؛ لأن المعنى المبيح لهذه المحرمات في حالة الضرورة هو خوف تلف نفسه أو خوف تلف عضو من أعضائه عند الامتناع عن تناول هذه المحرمات.

هذا المعنى موجب بعينه في حالة الإكراه الملجئ لأنه إكراه بالقتل أو بقطع عضو من أعضائه إن لم يأكل الميتة وإن لم يشرب الخمر.

وإذا كانت هذه المحرمات مباحة في حالة الإكراه الملجئ؛ فإنه إذا امتنع عن الأكل أو الشرب حتى قتل أو قطع عضو من أعضائه كان آثماً إذا كان عالماً بسقوط الحرمة في حقه، أما إذا لم يكن يعلم فلا يكون آثماً؛ لأنه قصد بامتناعه إقامة الشرع في التحرز عن ارتكاب ما يعتبره محرماً في زعمه؛ لأن في انكشاف الحرمة عند الضرورة خفاءً فيعذر بالجهل، وكذلك يكون الحكم لمن أكره على شرب الخمر فشرب؛ فلا حد عليه لأن الحد الشرعي إنما شرع زاجراً عن الجنائية، وشرب الخمر المكروه عليه ليس جنائية بل هو مباح، ولا تنفذ تصرفاته؛ لأن نفاذ تصرفات السكران في حالة اختياره بدون إكراه عند من يقرر نفاذها كان تبليغاً عليه وزجراً له. وهنا لا جنائية فلا تغليظ.

وكذلك يكون الحكم فيما لو أكره على السرقة فلا إثم على السارق المكره وعلى حد عليه ؛ لقوله ﷺ : ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) ولأن الحدود تدرأ بالشبهات والإكراه هنا شبهة تمنع من إقامة الحد ، وهذا إذا كان الإكراه ملجئاً ، فإن كان الإكراه غير ملجئ بأن كان بحبس أو قيد مثلاً من غير أن يمنع عنه الطعام أو الشراب فلا يحل له شيء من هذه المحرمات لعدم الضرورة ، فإذا تناول شيئاً من هذه المحرمات وجب عليه إقامة الحد قياساً ؛ لأنه لا تأثير بالإكراه بالحبس ونحوه في الأفعال فوجود هذا الإكراه يعتبر في حكم العدم ، ومع هذا فلا يجب الحد عليه في حالة الإكراه غير الملزم استحساناً.

ووجه هذا الاستحسان أن الإكراه لو كان ملجئاً ؛ لوجب إباحة الخمر فإذا وجد جزء من هذا الإكراه فإنه يصير شبهة في إسقاط الحد عنه.

النوع الثاني: حرمة لا تحتل السقوط بمعنى أنه لا يحتل متعلقها بحال من الأحوال ، ولكن قد يلخص في فعل من أتلّفها عند الضرورة وسقوط الإثم عنه مع بقاء الحرمة ، وهذه الحرمة تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول: حرمة متعلقة بحق من حقوق الله تعالى ، وهذا النوع من الحرمة يتفرع إلى فرعين :

الفرع الأول: حرمة متعلقة بحق من حقوق الله تعالى لا يحتل السقوط أبداً ، كحرمة النطق بكلمة الكفر ، وهذا الحق غير محتمل للسقوط أبداً ؛ وذلك لأن الكفر حرام صورة ومعنى حرمة مؤبدة. وهذا الحرام هو ترك الإيمان الذي هو حق من حقوق الله ﷻ.

وإذا كانت الأحكام الشرعية تتعلق بالظاهر فإن هذا يقتضي أن يكون النطق بكلمة الكفر حراماً مطلقاً لا تسقط حرمتها بحال من الأحوال ، إلا أن الشارع

الحكيم رخص للمكره أن يتلفظ بكلمة الكفر في الظاهر، وأن يجري هذه الكلمة على لسانه ظاهراً ما دام قلبه مطمئناً بالإيمان؛ وذلك أخذاً من قول الله ﷻ:

﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾

[النحل: ١٠٦] فهذا هو النوع الثاني الذي له حرمة لا تحتمل السقوط؛ بمعنى أنها لا تحتمل متعلقها بحال من الأحوال ولكن قد يرخص في فعلها إذا كان الفعل يترتب عليه الهلاك عند الضرورة فيسقط الإثم عنه مع بقاء الحرمة.

وقد ضربنا مثلاً بذلك بالنطق بكلمة الكفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، فإن هذا حرامٌ، وأن حرمة مؤبدة، ولا تحل بحالٍ من الأحوال إلا أن الشارع رخص للمكره أن يتلفظ بهذه الكلمة في ظاهر الأمر مع اطمئنان قلبه بالإيمان؛ للآية الكريمة التي وردت في ذلك قوله تعالى: ﴿ مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [النحل: ١٠٦] فالكفر حرام قد توعده الله عليه بالعذاب العظيم.

وإنما يرخص في النطق بكلمة الكفر في الظاهر عند الإكراه الملجئ أو عند الإكراه التام، وهذا معناه أن الفعل لا يباح حتى في حالة الضرورة ولكن الضرورة تمنع المؤاخذه فقط. فلا يكون المتلفظ بالكفر مكرهاً مؤاخذاً إذ إنها تنفي عنه مسئولية المؤاخذه والعقاب، بدليل أنه إن امتنع عن فعلها حتى قتل كان مثاباً مأجوراً وصار من الشهداء الأبرار؛ لأنه صبر واحتسب، وصدع بالحق حتى قتل؛ والرسول ﷺ يقول: ((أعظم الشهادة عند الله رجل دخل إلى إمام فأمره ونهاه؛ فقتله)).

إذن الصبر على البلاء وعدم النطق بكلمة الكفر فإن ذلك يعتبر إحياءً للدين ورفعاً لشأنه ، وهذا ما ينبغي أن يفعله المؤمن الصادق الإيمان ، هذا هو الفرع الأول.

الفرع الثاني: الحرمة المتعلقة بحق من حقوق الله ، وهي محتملة للسقوط في الجملة ، وذلك يكون في العبادات كالصلاة ونحوها فإن الإكراه على تركها إكراه على حرام لا يحتمل السقوط ؛ لأن حرمة ترك الصلاة ممن هو أهل للوجوب حرمة مؤبدة لا تسقط بحال ، ولكن لما كانت الصلاة حقاً من حقوق الله تعالى محتملاً للسقوط في الجملة بالأعذار كسقوطها بعذر الحيض ونحوه ؛ فإنه يرخص في تركها بالإكراه الملجئ ، ولو صبر ولم يفعل ما أكره عليه حتى قتل كان شهيداً ، وهذا هو الحكم في سائر العبادات الأخرى كالزكاة والحج ، ما عدا الصوم فإنه ينفرد بحكم آخر إضافة على ما تقدم.

وهذا الحكم يختص به الصائم المسافر فإنه إذا أكره على الفطر فامتنع عن ذلك حتى قتل كان آثماً ؛ لأن الله تعالى أباح له الفطر بقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾ [البقرة: ١٨٤] فعند خوفه على نفسه من الهلاك الذي سينشأ عن الإكراه إن لم يفطر تكون له أيام رمضان في حقه كلياً له فيكون آثماً في الامتناع عن الفطر كالمضطر إذا امتنع عن أكل الميتة حتى هلك ؛ لأن الله تعالى رخص له أن يفطر ، وأن يصوم في أيام آخر فجعل له عذراً في ترك الصيام.

فالإكراه هنا يكون عذراً ، فعليه أن لا يكره نفسه على البقاء حتى يقتل ، أما الصائم المقيم الصحيح فإنه إذا امتنع عن الفطر تحت تأثير الإكراه الملجئ فقتل بسبب امتناعه عن الفطر فإنه يكون مأجوراً ؛ لأن صومه وعدم فطره يكون عزيمة ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ ﴾ [البقرة: ١٨٥] فكان

تمسكه بالعزيمة دليل قاطع على صلابة دينه ، فكان بذلك مستحقاً للأجر والمثوبة .
فهناك فرق بين الصائم المسافر وبين الصائم المقيم . أما الصائم المسافر : فله رخصة في الإفطار بسبب السفر ، فإذا أكره على الفطر فإنه إذا امتنع عن الفطر حتى قتل يكون أثماً بخلاف من كان صائماً في حال الإقامة فإن صومه في هذه الحالة يكون عزيمة ؛ فإنه لو صبر واحتسب كان ذلك أدعى للأجر والثواب ، وكان بذلك مستحقاً للأجر والمثوبة .

القسم الثاني : الحرمة التي لا تسقط ، وهي متعلقة بحقوق العباد ، ومع هذا يرخص فيها بالإكراه الملجئ مع بقاء الحرمة ، وذلك كإتلاف مال المسلم ؛ لأن إتلاف مال المسلم حرمة لا تحتل السقوط ، وهذه الحرمة متعلقة بحق من حقوق العباد فإن مال المسلم معصوم ، ووجوب عدم إتلافه حق من حقوقه ، فيكون إتلافه إهداراً لهذه العصمة وهو حرام ، وهذه الحرمة لا تسقط ، ولكن يرخص في هذا الإتلاف إذا أكره على ذلك ، وكان الإكراه ملجئاً إبقاء حرمة النفس التي ستهلك بسبب هذا الإكراه إذا امتنع عن إتلاف المال للغير .

وكذلك حرمة عضو المكروه فوق حرمة المال ؛ لأن المال مبتذل مهان ، وربما يقدمه مالك فداء لنفس أو لإنسان في ضائقة ؛ إذن الإكراه على إتلاف المال إذا ما وازنا بين المال وبين النفس فإنه إذا كان الإكراه ملجئاً فإن الإنسان لا يضحي بنفسه في سبيل المال ؛ لأن المال كما ذكر العلماء مبتذل مهان وربما يقدم الشخص الذي يملكه فداء لنفس أخيه المسلم .

ومع أن الشارع رخص بإتلاف مال الغير للإكراه إلا أن هذا الإكراه ليس مزيلاً لعصمة المال في حق صاحبه ؛ لأن عصمته ثبتت للحاجة إليه ، وهذه الحاجة ما زالت باقية فيكون إتلافه وإن رخص فيه إلا أنه لا يسقط عنه العصمة ، فإن هذا الإتلاف في حد ذاته من قبيل الظلم ، والظلم حرام حرمة مؤبدة ، إذن المال

المعصوم وهو إذا لم يتلف المال أو أتلّفه إبقاء على نفسه ، فإنه يرخّص له ذلك ، ولكن عليه أن يؤدي المال لصاحبه ؛ ولهذا فإن المكره إذا امتنع عن إتلاف مال الغير حتى قتل كان شهيداً ؛ لأنه بذل مهجة نفسه لدفع الظلم فاستحق لذلك الأجر والثواب ، وبلغ درجة الشهداء عند الله .

ومثله في ذلك كمن امتنع عن ترك العبادات المفروضة كالصلاة ونحوها حتى قتل ، فإنه إذا قتل فإنه يكون شهيداً عند الله - تبارك وتعالى - وهذا القياس فيه كثير من التجاوز الذين يقولون : بأن الإنسان يقتل في سبيل المال أو يقتل في سبيل الصلاة هؤلاء قد تجاوزوا القياس ، وهذا القياس فيه كثير من التجاوز ، فإن الامتناع عن إتلاف مال الغير من قبيل دفع الظلم والامتناع عن ترك العبادات المفروضة من قبيل إعزاز الدين .

ومن هنا قيد الإمام محمد بن الحسن من الحنفية شهادة الممتنع عن إتلاف مال الغير بالاستثناء ، فقال بالنسبة له : هو مأجور إن شاء الله ، وكلمة إن شاء الله معناها : إن هذا لم يكن ينبغي أن يكون ، لكنه قد فعل .

وجوب الضمان بإتلاف مال الغير :

و ضمان المال المتلف مبني على أن مال الغير معصوم وأن عصمته قائمة ولا تسقط بالإكراه ؛ ولهذا فقد اتفق الفقهاء جميعاً على وجوب الضمان ، فالمال معصوم وهو مضمون لصاحبه ، ولكن من يجب عليه الضمان ؟ الذي يترجح في نظرنا هو أن الضمان لهذا المال يكون على المكره الذي أكره غيره ، وحمله على أن يتلف هذا المال ، فالمكره هو الذي يكون ضامناً لهذا المال ؛ لأن الفعل وهو الإتلاف ينسب إليه حقيقة ، ولم يجب على الفاعل مع أنه هو الذي باشر الإتلاف ؛ لأن الفاعل هنا يعتبر كالألة بالنسبة للحامل ، ولا ضمان على الألة اتفاقاً .

النوع الثالث: حرمة لا تسقط بالإكراه ولا تدخلها الرخصة ولا تباح تحت أي ظرف من الظروف ؛ لأنها حرمة مؤبدة ، وهي حرمة دائمة ولا تسقط أبداً مهما كانت الأحوال ، ومعنى هذا أنه لا يحل للمكلف فعل الشيء الذي تعلقت به هذه الحرمة ، وذلك كقتل النفس المعصومة فقتل النفس المعصومة لا تحل بحال من الأحوال ، والإكراه على الزنا كذلك لا يحل بحال من الأحوال ، فإنه لا يحل لشخص أن يفعل الزنا ، ولا أن يقتل النفس تحت تأثير الإكراه ، وتحت أي ظرف من الظروف أو تهديد بالقتل أو قطع عضو من أعضائه.

كما يحل له شرب الخمر وأكل الميتة عند الإكراه على أكل الميتة أو شرب الخمر ، فإن فعل ذلك بأن قتل نفساً معصومة أو زنا بامرأة كان آثماً بإجماع آراء الفقهاء جميعاً ، فهناك فرق بين الإكراه على القتل أو الزنا ، وهناك فرق بين الإكراه على شرب الخمر أو أكل الميتة ، فإنه في الحالة الأولى لا يحل له ذلك أبداً ، ولئن يضحى الإنسان بنفسه خير من أن يقتل نفساً معصومة بريئة ؛ فإن من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ، ومن أحيأها فكأنما أحيأ الناس جميعاً.

إذا القتل لا يباح بحال والزنا كذلك ؛ لأنه مسبة وعار ويعير به بعد أجيال طويلة يعير به الزاني والزانية ويعير به عائلة كل منهما ، وهو جريمة من أبشع الجرائم التي لا تحل في دين من الأديان.

وخلاصة القول: أن الإكراه الملجئ أو التام عذر شرعي من الأعذار التي تبيح تناول المحرمات من الأطعمة ، وتيجز إجراء كلمة الكفر على اللسان مع اطمئنان القلب بالإيمان ولكن الإكراه الملجئ لا يبيح الجرائم التي تضر بالنفس أو العضو ، ولا يبيح الزنا بالمرأة.

والله تعالى أعلى وأعلم وأعز وأكرم ، والحمد لله أولاً وآخراً ، والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

قائمة المراجع العامة

١. (المقاصد الشرعية في القواعد الفقهية)
عبد العزيز عزام، دار البيان الحديثة ١٩٩٩ م.
٢. (شرح القواعد الفقهية)
مصطفى أحمد الزرقا، الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع ٢٠٠١ م.
٣. (الوجيز في إيضاح القواعد الكلية)
محمد صدقي البورنو، مؤسسة الرسالة ١٩٨٣ م.
٤. (الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية)
جلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد تامر، دار السلام، القاهرة ١٩٩٨ م.
٥. (الأشباه والنظائر)
ابن السبكي، تحقيق عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩١ م.
٦. (الأشباه والنظائر)
زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت ١٩٩٨ م.
٧. (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية)
محمد بن أبي بكر بن القيم، اعتناء: صالح الشامي، المكتب الإسلامي، بيروت ٢٠٠٢ م.
٨. (الموافقات في أصول الشريعة)
إبراهيم موسى الشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٤ م.

٩. (غمزيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر)

أحمد الحنفي الحموي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٥ م .

١٠. (القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه)

محمد بكر إسماعيل ، دار المنار ١٩٩٧ م .

١١. (القواعد الفقهية مفهوما ، نشأتها ، تطورها)

علي أحمد الندوي ، دار القلم ١٩٩٨ م .

١٢. (المنشور في القواعد)

محمد بهادر عبد الله الزركشي ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الكويت
١٤٠٥ هـ .

١٣. (موسوعة القواعد الفقهية)

محمد صدقي البورنو ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ٢٠٠٣ م .

