

أهدى هذه نسخة من
رسالتى للمكتبة المركزية
بجامعة الإسلام سائلاً بالولى
جلت قدرته أن ينفع بها طلاب
العلم .

المؤلف

١٤٠٦/٣/٥



المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
كلية الشريعة والدراسات الإسلامية
مكة المكرمة
قسم الدراسات العليا الشرعية
فرع الفقه والأصول
شعبة الفقه

تقرير الخصال في الفقه الإسلامي

رسالة مقدمة
الى قسم الدراسات العليا الشرعية لنيل
درجة الدكتوراة في الفقه الاسلامى

الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
عمادة شؤون المكتبات - قسم المخطوطات
رقم التسجيل العام ٥١٧
التاريخ / / ١٤

اعداد:

محمد بن عبد الله بن محمد الاحمد

اشراف:

فضيلة الاستاذ الدكتور أحمد فرهى أبوسنة

١٤٠٥ هـ ١٩٨٥ م

فهرس محتويات الرسالة

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
١	* المقدمة
١٣	* تمهيد عن الأهلية وعوارضها
١٤	- المبحث الأول : في بيان معنى الأهلية ...
١٥	- المبحث الثاني : في أقسام الأهلية ...
١٧	- المبحث الثالث : في عوارض الأهلية اجمالاً ...
١٩	* الباب الأول : في الخطأ باعتباره عارضا من عوارض الأهلية
٢٠	= الفصل الأول : في بيان معنى الخطأ
	= الفصل الثاني : في بيان الفرق بين الخطأ وبين الجهل
٢٦	والغلط والنسيان
٢٧	- المبحث الأول : في الكلام عن الغلط
٢٩	- المبحث الثاني : في الكلام عن الجهل
٣١	- المبحث الثالث : في الكلام عن النسيان
٣٤	= الفصل الثالث : في بيان أقسام الخطأ
٤٥	= الفصل الرابع : في الكلام على تكليف المخطئ' ...
٦٥	* الباب الثاني : في بيان أثر الخطأ في أحكام العبادات .
٦٦	= الفصل الأول : في الخطأ في أحكام الصلاة
٦٧	- المبحث الأول : في الخطأ في القبلة
٧٨	- المبحث الثاني : في الخطأ في الطهارة
٨٢	- المبحث الثالث : في الخطأ في التيمم
٨٥	- المبحث الرابع : في الخطأ في سبب صلاة الخوف .

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
٨٨	- المبحث الخامس : فى الكلام فى الصلاة خطأ
٩٢	- المبحث السادس : فى الخطأ فى تعيين الامام والميت .
٩٤	- المبحث السابع : فى الخطأ فى شروط صحة الامامة .
١٠١	- المبحث الثامن : فى اللحن فى القراءة خطأ . . .
١٠٤	= الفصل الثانى : فى الخطأ فى أحكام الزكاة
١٠٥	- المبحث الأول : فى الخطأ فى مصرف الزكاة . . .
١١٢	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى تعجيل الزكاة . . .
١١٤	= الفصل الثالث : فى الخطأ فى أحكام الصيام
١١٥	- المبحث الأول : فى الخطأ فى وقت الصيام
١٢١	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى مفسدات الصيام . . .
١٢٩	= الفصل الرابع : فى الخطأ فى أحكام الحج
١٣٠	- المبحث الأول : فى الخطأ فى النيابة فى الحج . . .
١٣٢	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى محظورات الاحرام . . .
١٣٨	- المبحث الثالث : فى الخطأ فى الوقوف بعرفة . . .
١٤٢	= الفصل الخامس : فى قواعد وضوابط الخطأ فى العبادات
١٥٢	* الباب الثالث : فى بيان أشر الخطأ فى العقود
١٥٣	.. تمهيد فى تعريف العقد وبيان أركانه
١٥٦	= الفصل الأول : فى الخطأ فى محل العقد
١٥٧	- المبحث الأول : فى الخطأ فى محل البيع
١٥٨	، المسألة الأولى : فى الخطأ فى المبيع
١٦١	، المسألة الثانية : فى الخطأ فى الثمن
١٦٨	، المسألة الثالثة : فى الخطأ فى مقدار المبيع
١٧٠	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى محل النكاح والطلاق . . .

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
١٧١	، المسألة الأولى : فى الخطأ فى محل النكاح . . .
١٧٣	، المسألة الثانية : فى الخطأ فى محل الطلاق . . .
١٧٥	= الفصل الثانى : فى الخطأ فى صيغة العقد . . .
١٧٦	- المبحث الأول : فى الخطأ فى صيغة البيع . . .
١٧٩	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى صيغة الطلاق . . .
١٨٢	- المبحث الثالث : فى الخطأ فى صيغة اليمين . . .
١٨٥	- المبحث الرابع : فى يمين اللغو
١٩١	= الفصل الثالث : فى الخطأ فى العاقد أو صفته . . .
	- المبحث الأول : فى الخطأ فى صفة العاقد فى
١٩٢	الوكالة
١٩٤	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى صفة العاقد فى الحوالة
١٩٦	- المبحث الثالث : فى الخطأ فى العاقد فى الاجارة .
١٩٨	= الفصل الرابع : فى الخطأ فى الشرط والحكم . . .
١٩٨	- المبحث الأول : فى الخطأ فى الشرط أو صفته . . .
١٩٩	، المسألة الأولى : فى الخطأ فى الشرط
٢٠٢	، المسألة الثانية : فى الخطأ فى صفة الشرط
٢٠٤	- المبحث الثانى : فى الخطأ فى الحكم
	، المسألة الأولى : فى تسليم الملتقط اللقطة الى غير
٢٠٥	المالك خطأ
	، المسألة الثانية : فى خطأ العامل فى المضاربة باقراره
٢٠٧	بالربح
	، المسألة الثالثة : فى الخطأ فى استيفاء حق من حقوق
٢٠٩	العقد

الصفحة	الموضوع
٢١١	= الفصل الخامس: في قواعد وضوابط الخطأ في العقود
	✧ الباب الرابع : في بيان أثر الخطأ في أسباب العقوبة
٢١٩	والضمان
٢٢٠	= الفصل الأول : في بيان معنى الجريمة والجنائية وتقسيمها .
٢٢١	- المبحث الأول : في معنى الجنائية
٢٢٣	- المبحث الثاني : في معنى الجريمة
٢٢٥	- المبحث الثالث : في أقسام الجنائيات
	= الفصل الثاني : في كون الخطأ في القصد نوعاً من أنواع
٢٢٧	الشبهات
٢٢٨	- المبحث الأول : في تعريف الشبهة والدليل عليها .
	- المبحث الثاني : في بيان كلام العلماء حول القسول
٢٣٠	بدرء الحدود بالشبهات
٢٣٢	- المبحث الثالث : في أقسام الشبهات عند القائلين بها
	- المبحث الرابع : في تأثير الخطأ في الجنائية في كل
٢٣٦	قسم من أقسام الشبهة
٢٣٨	، المثال الأول : وطى الرجل غير زوجته خطأ
٢٤٢	، المثال الثاني : الخطأ في السرقة
٢٤٤	، المثال الثالث : الخطأ في شرب المسكر
٢٤٦	، المثال الرابع : الخطأ في الردة
٢٤٨	= الفصل الثالث : في الخطأ في القتل
٢٤٩	- المبحث الأول : في أقسام القتل وموقع الخطأ منها .
٢٥٥	- المبحث الثاني : في موجبات القتل عمداً
٢٦٠	- المبحث الثالث : في موجبات القتل شبه العمداً
٢٦٤	- المبحث الرابع : في موجبات القتل خطأ

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
٢٧٥	- المبحث الخامس: في الخطأ في دار الحرب.
٢٨٠	- المبحث السادس: في حكم خطأ الصبي والمجنون .
٢٨٣	- المبحث السابع: في حكم شريك المخطي* والصبي والمجنون
٢٨٤	، المسألة الأولى: في حكم مشارك المخطي*
٢٨٦	، المسألة الثانية: في حكم مشارك الصبي والمجنون
٢٨٨	= الفصل الرابع: في القتل بالسبب
	- المبحث الأول: في بيان معنى القتل بالسبب وبيان
٢٨٩	أقسامه
٢٩٤	- المبحث الثاني: في الكلام على المباشرة والسبب.
٣٠٠	- المبحث الثالث: في اجتماع الأسباب
٣٠٣	= الفصل الخامس: في الضمان في جناية الانسان خطأ
٣٠٤	- المبحث الأول: في تعريف الضمان وبيان أركانه وأسبابه:
٣٠٧	- المبحث الثاني: في ضمان العقد:
	، المسألة الأولى: في بيان معنى ضمان العقد وتقسيم
٣٠٨	العقود باعتبار ضمان العقد
٣١٠	، المسألة الثانية: في بيان أثر الخطأ في ضمان العقد .
٣١١	، المسألة الثالثة: في ضمان الأجير
٣١٧	، المسألة الرابعة: في ضمان الطبيب ونحوه
٣٢٠	- المبحث الثالث: في ضمان اليد
٣٢٣	- المبحث الرابع: في ضمان الاتلاف
	- المبحث الخامس: في الفرق بين ضمان العقد وضمان
٣٣٠	اليد وضمان الاتلاف
٣٣٣	- المبحث السادس: في الضمان بالحيلولة

<u>الموضوع</u>	<u>الصفحة</u>
- المبحث السابع : فى الضمان بالغرور	٣٣٦
= الفصل السادس : فى الضمان فى جناية الحيوان ونحوه خطأ .	٣٣٨
- المبحث الأول : فى سبب الضمان فى جناية الحيوان .	٣٣٩
- المبحث الثانى : فى ضمان الراكب ونحوه ما جناه الحيوان ونحوه	٣٤٣
- المبحث الثالث : فى حكم وقوف الدابة ونحوها .	٣٥٠
- المبحث الرابع : فى حكم جموح الدابة وما فى حكمة	٣٥٣
- المبحث الخامس : فى حكم ما حدث بسبب ما صدر عن	
الدابة من فضلات وغيرها	٣٥٨
- المبحث السادس : فى حكم احمال الدابة اذا وقعت	
على شىء فأتلفته	٣٦١
- المبحث السابع : فى حكم ضمان قائد القطار	٣٦٤
= الفصل السابع : فى أحكام الاصطدام	٣٦٦
- المبحث الأول : فى حكم اصطدام الفرسان والمشاه	
ونحوهما	٣٦٧
- المبحث الثانى : فى حكم اصطدام السفن	٣٧٣
- المبحث الثالث : فى حكم اصطدام السيارات ونحوها .	٣٧٦
= الفصل الثامن : فى قواعد وضوابط الخطأ فى أسباب	
العقوبة والضمان	٣٨٠
* الباب الخامس : فى بيان أثر الخطأ فى القضاء والتنفيذ	
والاجتهاد	٣٩٥
= الفصل الأول : فى الخطأ فى القضاء :	٣٩٦
- المبحث الأول : فى الخطأ فى الحكم :	٣٩٧

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
٣٩٨	، المسألة الأولى : فى بيان نقض الحكم اذا خالف الدليل القاطع
٤٠٣	، المسألة الثانية : فى بيان أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد
٤٠٥	، المسألة الثالثة : فى بيان خطأ الحاكم المقلد فى الحكم .
٤٠٨	، المسألة الرابعة : فى بيان حكم الذى لا يصلح للقضاء .
٤١٠	- المبحث الثانى : فى خطأ الحاكم فى سبب الحكم .
٤١٣	- المبحث الثالث : فى خطأ القاضى اذا تصرف قبل علمه بالعزل
٤١٥	- المبحث الرابع : فى بيان من الذى يتحمل خطأ الامام والحاكم
٤١٨	= الفصل الثانى : فى الخطأ فى تنفيذ الأحكام :
٤١٩	- المبحث الأول : فى الخطأ فى تنفيذ الحدود
٤٢٠	. . . تمهيد : فى بيان من الذى يقوم بتنفيذ الحدود .
٤٢١	، المسألة الأولى : فى الزيادة فى الجلد خطأ
٤٢٣	، المسألة الثانية : فى الخطأ فى جلد الزانى المحصن وعدم رجعه
٤٢٤	، المسألة الثالثة : فى الخطأ فى قطع يد السارق اليسرى بدل يمناه
٤٢٩	- المبحث الثانى : فى خطأ المنفذ فى النفس
٤٣٠	، المسألة الأولى : فى خطأ ولى الدم فى القصاص
٤٣٣	، المسألة الثانية : فى خطأ وكيل ولى الدم فى القصاص .
٤٣٥	، المسألة الثالثة : فى دعوى المنفذ لخطأ فى كيفية القتل .
٤٣٧	، المسألة الرابعة : فى الخطأ فى قتل من يعتقد أنه قاتل أبيه .
٤٣٨	- المبحث الثالث : فى خطأ المنفذ فيما دون النفس .

<u>الصفحة</u>	<u>الموضوع</u>
٤٣٩	، المسألة الأولى : فى الخطأ فى قطع اليد قصاصا ، ، المسألة الثانية : فى الخطأ فى القصاص من الأطراف
٤٤٢	والجراح
٤٤٤	= الفصل الثالث : فى خطأ المجتهد والمفتى
	- المبحث الأول : فى بيان أن المصيب من المجتهدين
٤٤٥	فى الفروع واحد وماعداه مخطئ
	.. تمهيد : فى الخطأ فى المسائل العقدية والمسائل
٤٤٦	الفرعية الفقهية
	، المسألة الأولى : فى بيان أن الحق عند الله فى
٤٤٨	المسألة المستقلة واحد
	، المسألة الثانية : فى بيان أن المصيب من المجتهدين
٤٥٠	فى الفروع واحد
٤٥٤	- المبحث الثانى : فى بيان الفرق بين المفتى والحاكم
٤٥٧	- المبحث الثالث : فى خطأ المفتى فى فتواه لنفسه
٤٥٩	- المبحث الرابع : فى خطأ المفتى فى فتواه لغيره
٤٦٢	- المبحث الخامس : فى حكم ضمان المفتى اذا أخطأ
	= الفصل الرابع : فى قواعد وضوابط الخطأ فى القضاء
٤٦٥	والتنفيذ والاجتهاد
٤٦٩	* الخاتمة :
	- المبحث الأول : فى بيان مكانة الخطأ من أفعال
٤٧٠	المكلفين
	- المبحث الثانى : فى بيان محاولة فقهاء الشافعية وضع
٤٧٣	قاعدة للخطأ فى الفقه الإسلامى
	- المبحث الثالث : فى بيان محاولة المؤلف وضع قاعدة
٤٧٧	للخطأ فى الفقه الإسلامى
٤٨٨	- المبحث الرابع : فى الكلام على دعوى الخطأ
٤٩٢	* المصادر والمراجع

" المقدمة "

الحمد لله القائل " وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ " الآية (١) والصلاة والسلام على القائل " اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، واذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر " (٢) أما بعد :

فان العالم الاسلامى اليوم يشهد بداية نهضة تتمثل فى الالتفات الجاد الى الفقه الاسلامى لاحيائه ورفع الركام عنه وعرضه بصورة مشرقة تتناسب مع مكانة هذا الفقه وأهميته .

ان فقهاء الاسلام الأوائل قد بذلوا قصارى جهدهم فى إبراز جوانب الشريعة الاسلامية ، وكان لهم فى ذلك منهجهم الخاص وطريقتهم الخاصة فى الكتابة والتنظيم فجاءت كتاباتهم من السعة والشمول بحيث تناولت كل جزئية على حدة ، ونظرا لاعتنائهم بالجزئيات التى تتضح من خلال أمثلتهم واسباغ الأحكام الشرعية على كل مثال من الأمثلة التى وجدت فى زمانهم أو التى اتسعت لها مخيلاتهم فربما يعتقد البعض من أنصاف المثقفين أن أحكام الشريعة الاسلامية لا تتسع بحيث تشمل ما استجد فى عصرنا هذا ، فلا تتناول بالحكم ما يحدث فى الجوع عند ركوب الطائرة وسقوطها ، ولا تتناول بالحكم ما يحدث على الأرض عند ركوب السيارة وانقلابها ، ولا تتناول بالحكم ما يحدث بسبب الآلات والمعدات المختلفة وهكذا .

ولا ريب أن مثل هذا القول فيه اتهام شديد للشريعة الاسلامية .

(١) آية (٥) من سورة الاحزاب .

(٢) صحيح البخارى : ١٩٤ / ٩ .

بالقصور ، لا يجدى نفعا أن يقول أنصار الشريعة الاسلامية وعلماءها :
 أن هذا زعم باطل ، فحسب بل عليهم أن يثبتوا ذلك عملا ، وذلك
 بابراز أصول الشريعة الاسلامية وكلياتها وعرضها واضحة جلية تبين الحق
 وتزيل الشك من قلب كل مشكك ، وتجعل كل من ينتمى الى الاسلام
 ويتخذه دينا وشريعة يفخر باستقلال شريعته فى أصولها ومبادئها .
 إن ما قد ينسبه البعض الى شريعتنا من قصور ليس مردء الى
 الاسلام فى الحقيقة وإنما مردء الى علماء الاسلام فى عصرنا الحاضر ، وهم
 مطالبون اليوم باعادة صياغة الفقه الاسلامى صياغة تتفق ومقتضيات
 العصر ، تتفق ومنهج التفكير الذى نشأ عليه الجيل الحاضر .
 لا أدعوا الى تغيير الأحكام - معاذ الله - وإنما أدعوا الى اعادتها
 بأسلوب يتفق وطريقة الحياة المعاصرة من حيث الاعتناء بالكليات والنظريات
 والانتقال منها الى الجزئيات من حيث وضع نظريات مستقلة لكل ما يجمعه
 أصل واحد من حيث طريقة التفكير وأسلوب الكتابة .
 وهذا البحث الذى بين أيدينا ما هو الا اسهام متواضع فى هذا
 المجال لعلمنا نستفيد منه فى بناء مجتمع قوى أمين .

قال ابن العربي المالكي رحمه الله :

ولا ينبغي لحصيف أن يتصدى الى تصنيف أن يعدل عن
 غرضين اما أن يخترع معنى واما أن يبتدع وضعاً ومبنى وما سوى هذين
 الوجهين فهو تسويد الورق والتحلى بحلية السرقة (١)
 وهذا البحث أرجو أن يكون صاحبه من الذى ابتدع وضعاً ومبنى
 ولم يضع وقته الثمين فى تسويد الأوراق والتحلى بحلية السراق .

وقد آثرت الكتابة فى " نظرية الخطأ فى الفقه الاسلامى " للسبب

(١) قواعد الزركشى : ٧٢/١ .

المقدم ولأن نظرة الاسلام للخطأ تبين وجهها من وجوه عدالة الاسلام ولما للخطأ من اهتمام في حياة الناس العملية .
 إن الشريعة الاسلامية لا تؤاخذ جميع المخطئين ولا تغفوعن جميع المخطئين بل تؤاخذ المخطئ المقصر ، وتغفوعن المخطئ غير المقصر ، والسبب في سلوك الشرع هذا المسلك هو مسيرته لقانون العدل في الخلق والرفق بهم واعفائهم من التكليف بالمشاق والتكليف بما لا يطاق .

والخطأ واقع لا محالة في حياة الناس فتصرفات الناس لا تغلوا إما أن تكون صواباً أو خطأ فما حكم الخطأ ؟ ما حكم الخطأ في العبادات كالصلاة والزكاة والصيام والحج وهذه أمور تهم المسلم ؟ وما حكم الخطأ في العقود كالبيع والاجارة كالبيع والاجارة والزواج والطلاق وهذه أمور تهم المسلم كذلك ؟ وما حكم الخطأ في الجنايات وللخطأ في الجنايات أهمية خاصة في عصرنا هذا نظراً لكثرة وقوعها نتيجة لكثرة وسائلها التي ساهم تطور الحياة بكافة جوانبها في ارتفاع عددها بسبب كثرة المخترعات من الآلات والمعدات ولتنوع وسائل النقل وتراحم السكان وتتركزهم في أماكن معينة الى غير ذلك ، الأمر الذي زاد في نسبة هذه الجرائم زيادة جعلت خطرها على الحياة العامة لا يقل بحال عن خطر الجرائم العمدية .

وما حكم خطأ المفتي والقاضي والشاهد والمنفذ للحدود والقصاص وهذه أمور تهم المجتمع ؟ ..

وإذا كانت مسائل الخطأ بهذه الأهمية فليس من السهل وضعها تحت نظرية تكم شتاتها وترشد الى مثيلاتها لما يكتنف ذلك من الصعوبات ومن أهم هذه الصعوبات :

أولا :

ان مسائل الخطأ متناثرة في أغلب أبواب الفقه وجمعها يحتاج الى جهد جهيد ، وأكاد أقول : انى نظرت في جميع أبواب الأحكام من عبادات ومعاملات وجنایات وسائر الأحكام الأخرى . ولم يكن هدفي إحصاء جميع صور الخطأ لأن هذا شبه مستحيل على شخص مثلي ، فقد قال القرطبي رحمه الله " ووجه الخطأ كثيرة لا تحصى " (١) . ولم يكن هدفي أيضا النظر في الفروع مجردة فقط بل أحاول مع ذلك أن أضع قاعدة أو ضابطا يجمع شمل المسائل ويرشد الى ما يشاكلها من الوقائع .

ثانيا :

ان مسائل الخطأ فوق أنها سبعة يتنازعها عاملان متعارضان ، وهما: هل ينظر لصورة فعل المخطئ عند اصدار الأحكام أو يعول على ارادته الحقيقية أو ينظر لهما معا ؟ واحسب أن هذا ليس بالأمر الهين فهو يحتاج الى سعة اطلاع ومعرفة بالأدلة وسير صور الخطأ .

علما بأن هناك تشابها كبيرا بين صور النسيان وصور الجهل وصور الخطأ ، وحتى تعرف أن هذه الصورة أو تلك من صور الخطأ أو لا لابد من كد الذهن والتفكير العميق لأن مناط المسائل دقيق ومدركها عزيز .

ثالثا :

جدة الموضوع حيث لم يسبق أن اطلعت على من كتب فيه كتابة مستقلة مستكاملة لأصول البحث العلمي لا من المتقدمين ولا من المتأخرين . والكتابة في الموضوع البكر ليست سهلة المنال لما يكتنفها من الغموض وما تحتاجه من جمع لصور الخطأ ومعرفة مناطها حتى يمكن وضع

(١) الجامع لأحكام القرآن : ٣١٣/٥ .

معالم نظرية الخطأ في الفقه الاسلامي .
هذا بعض ما عانيت في كتابة هذا البحث أحببت تنبيه القارئ
الكريم الى بعضه ليقدر هذه المحاولة ويتلمس الأعذار لما يجده من
هفوات فالمؤمن يقبل العثرات .
وليعلم الناظر في هذا البحثاني بذلت في كتابته جهدا أرجو من الله
وحده المثوبة عليه وأن ينفع به إنه سميع مجيب .

هذا وقد سلكت في بحثي المنهج التالي :

ا - رجعت ما أمكن في كل مذهب من الكتب المعتمدة فيه ، وحرصت على
تخريج الأحاديث والآثار والكلام على سندها خاصة اذا كان الكلام
على السند يعين على الترجيح بين الأقوال .

ب - أذكر الخلاف بين الفقهاء في جزئيات هذه الرسالة اذا كان لذكره
فائدة ، وحين أذكر الخلاف أسوق الأدلة وأورد المناقشات ثم أرجح
ما يقويه الدليل ويحقق مقاصد الشرع الاسلامي .

ج - اعتبرت جميع كتب الفقه الاسلامي المعتمدة كتابا واحدا فما يغفله
كتاب يذكره آخر ، وما يجمله مؤلف يفصله غيره ، ولهذا اقتصر
في بعض مباحث هذه الرسالة على مذهب أو مذهبين لأن غير هذا المذهب
أو هذين المذهبين لم ينص على هذه المسألة أو تلك .

د - لم يكن هدفي احصاء جميع صور الأخطاء لأن هذا شبه مستحيل
على شخص مثلي ، كما لم يكن هدفي الوحيد النظر في الفروع مجردة
بل أحاول مع ذلك معرفة مناط المسائل حتى أضع معالم نظرية الخطأ
في الفقه الاسلامي .

هـ - قد حرصت خلال بحثي على ابراز عظمة تشريعنا الاسلامي وسعة

الاجتهادات الفرعية التي تناولت هذا الموضوع بمنتهى الدقة
والشمول .

هذا وقد اقتضت خطة البحث أن تكون في خمسة أبواب مع
المقدمة والخاتمة ، أما المقدمة فقد تكلمت فيها عن أسباب اختيار
البحث ومنهجه وخطته .

وقبل الباب الأول ذكرت لمحة عن الأهلية وعوارضها ممهدا بذلك
للدخول على الباب الأول ، وقد وقع هذا التمهيد في ثلاثة مباحث ،
أما المبحث الأول فقد بينت فيه معنى الأهلية ، وأما المبحث الثانى
فقد تكلمت فيه عن أقسام الأهلية ، وأما المبحث الثالث فقد استعرضت
فيه عوارض الأهلية اجمالا . .

وأما الباب الأول فقد تكلمت فيه عن الخطأ باعتباره عارضا من عوارض
الأهلية . وقد وقع هذا الباب في أربعة فصول ، تكلمت في الفصل
الأول عن معنى الخطأ لغة وشروعا ، وفى الفصل الثانى بينت الفرق
بين الخطأ وبين الجهل والغلط والنسيان ، وفى الفصل الثالث
تكلمت عن أقسام الخطأ باعتبار عديدة ، وفى الفصل الرابع بينت خلاف
العلماء فى تكليف المخطئ .

وأما الباب الثانى فقد تكلمت فيه عن أثر الخطأ فى أحكام العبادات
وقد وقع ذلك فى خمسة فصول ، تكلمت فى الفصل الأول عن الخطأ فى
أحكام الصلاة ، وقد جعلت الكلام عن هذا الفصل فى ثمانية مباحث
تكلمت فى المبحث الأول عن الخطأ فى القبلة ، وفى المبحث الثانى
عن الخطأ فى الطهارة ، وفى المبحث الثالث عن الخطأ فى التيمم
وفى المبحث الرابع عن الخطأ فى سبب صلاة الخوف ، وفى المبحث
الخامس عن الكلام فى الصلاة خطأ ، وفى المبحث السادس عن الخطأ
فى تعيين الامام أو الميت ، وفى المبحث السابع عن الخطأ فى شروط

صحة الإمامة ، وفي المبحث الثامن عن اللحن في القراءة خطأ .

وأما الفصل الثاني فقد تكلمت فيه عن الخطأ في أحكام الزكاة وكان ذلك في مبحثين ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في مصرف - الزكاة ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في تعجيل الزكاة .

وأما الفصل الثالث فقد تكلمت فيه عن الخطأ في أحكام الصيام ، وكان ذلك في مبحثين ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في وقت الصيام ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في مفسدات الصيام .

وأما الفصل الرابع فقد تكلمت فيه عن الخطأ في أحكام الحج وكان ذلك في ثلاثة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في النيابة في الحج ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في محظورات الاحرام وفي المبحث الثالث عن الخطأ في الوقوف بعرفة .
وأما الفصل الخامس فقد ذكرت فيه قواعد وضوابط الخطأ في العبادات .

وأما الباب الثالث فقد تكلمت فيه عن أشر الخطأ في العقود ، وقد وقع ذلك في خمسة فصول ، وقبل الكلام عن أشر الخطأ في العقود ذكرت تمهيداً تكلمت فيه عن تعريف العقد لغة واصطلاحاً وبينت أركان العقد .

ثم تكلمت في الفصل الأول عن الخطأ في محل العقد ، وقد كان ذلك في مبحثين ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في محل البيع ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في محل النكاح والطلاق .

وأما الفصل الثاني فقد تكلمت فيه عن الخطأ في صيغة العقد ، وقد

كان ذلك في أربعة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في صيغة البيع ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في صيغة الطلاق ، وفي المبحث الثالث عن الخطأ في صيغة اليمين ، وفي المبحث الرابع فصلت الكلام في يمين اللغو .

وأما الفصل الثالث فقد تكلمت فيه عن الخطأ في العاقد أو صفته وقد كان ذلك في ثلاثة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في صفة العاقد في الوكالة ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في صفة العاقد في الحوالة ، وفي المبحث الثالث عن الخطأ في العاقد في الاجارة .

وأما الفصل الرابع فقد تكلمت فيه عن الخطأ في الشرط والحكم ، وقد كان ذلك في مبحثين ٥ تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في الشرط ، وفي المبحث الثاني عن الخطأ في الحكم .
وأما الفصل الخامس فقد ذكرت فيه قواعد وضوابط الخطأ في العقود .

وأما الباب الرابع فقد تكلمت فيه عن أشد الخطأ في أسباب العقوبة والضمان ، وقد وقع ذلك في ثمانية فصول ، أما الفصل الأول فقد بينت فيه معنى الجنابة والجريمة وتقسيمها ، وقد كان ذلك في ثلاثة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن معنى الجنابة لغة وشرعا ، وفي المبحث الثاني عن معنى الجريمة لغة وشرعا ، وفي المبحث الثالث عن أقسام الجنابات .

وأما الفصل الثاني فقد تكلمت فيه عن كون الخطأ في القصد نوعا من أنواع الشبهات ، وقد كان ذلك في أربعة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن تعريف الشبهة وذكرت الدليل عليها ، وفي المبحث الثاني بينت

كلام العلماء حول القول بدره الحدود بالشبهات ، وفي المبحث الثالث بينت أقسام الشبهات عند القائلين بها ، وفي المبحث الرابع أوضحت تأثير الخطأ في الجناية في كل قسم من أقسام الشبهة .

وأما الفصل الثالث فقد تكلمت فيه عن الخطأ في القتل ، وقد كان ذلك في سبعة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن أقسام القتل وموقع الخطأ منها ، وفي المبحث الثاني عن موجبات القتل عمدا ، وفي المبحث الثالث عن موجبات القتل شبه العمد وفي المبحث الرابع عن موجبات القتل خطأ ، وفي المبحث الخامس عن الخطأ في دار الحرب وفي المبحث السادس عن حكم خطأ المصبي والمجنون ، وفي المبحث السابع عن حكم شريك المخطئ والمصبي والمجنون .

وأما الفصل الرابع فقد تكلمت فيه عن القتل بالسبب ، وقد كان ذلك في ثلاثة مباحث ، بينت في المبحث الأول معنى القتل بالسبب ثم أوضحت أقسامه ، وفي المبحث الثاني تكلمت عن المباشرة والتسبب ، وفي المبحث الثالث تكلمت عن اجتماع الأسباب .

وأما الفصل الخامس فقد تكلمت فيه عن الضمان في جنابة الانسان خطأ وقد كان ذلك في سبعة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن الضمان فعرفته وبينت أركانه وأقسامه ، وفي المبحث الثاني تكلمت عن ضمان العقد وفي المبحث الثالث عن ضمان اليد ، وفي المبحث الرابع عن ضمان الاتلاف وفي المبحث الخامس أوضحت الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الاتلاف ، وفي المبحث السادس تكلمت عن الضمان بالحيلولة ، وفي المبحث السابع عن الضمان بالفسرور .

وأما الفصل السادس فقد تكلمت فيه عن الضمان في جنابة الحيوان ونحوه خطأ ، وقد كان ذلك في سبعة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن سبب الضمان في جنابة الحيوان ، وفي المبحث الثاني عن ضمان الراكب

ونحوه ما جناه الحيوان ونحوه ، وفي المبحث الثالث عن حكم وقوف الدابة ونحوها ، وفي المبحث الرابع عن حكم جموح الدابة وما في حكمه ، وفي المبحث الخامس عن حكم ما حدث بسبب ما صدر عن الدابة من فضلات وغيرها ، وفي المبحث السادس عن حكم أحمال الدابة اذا وقعت على شيء فأتلفته ، وفي المبحث السابع عن حكم ضمان قائد القطار .

وأما الفصل السابع فقد تكلمت فيه عن أحكام الاصطدام ، وقد كان ذلك في ثلاثة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن حكم اصطدام الفرسان والمشاة ونحوهما ، وفي المبحث الثاني عن حكم اصطدام السفن ، وفي المبحث الثالث عن حكم اصطدام السيارات ونحوها .

وأما الفصل الثامن فقد استعرضت فيه قواعد وضوابط الخطأ في أسباب العقوبة والضمان .

وأما الباب الخامس فقد تكلمت فيه عن أثر الخطأ في القضاء والتنفيذ والاجتهاد ، وقد كان ذلك في أربعة فصول ، أما الفصل الأول فقد تكلمت فيه عن الخطأ في القضاء ، وقد كان ذلك في أربعة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن خطأ الحاكم في الحكم ، وفي المبحث الثاني عن خطأ الحاكم في سبب الحكم ، وفي المبحث الثالث عن خطأ القاضي الناشئ من تصرفه قبل علمه بالعزل ، وفي المبحث الرابع عن الذي يتحمل خطأ الامام والحاكم .

أما الفصل الثاني فقد تكلمت فيه عن الخطأ في تنفيذ الأحكام ، وقد كان ذلك في ثلاثة مباحث ، تكلمت في المبحث الأول عن الخطأ في تنفيذ الحدود ، وفي المبحث الثاني عن خطأ المنفذ في النفس ، وفي المبحث الثالث عن خطأ المنفذ فيما دون النفس .

أما فى الفصل الثالث فقد تكلمت فيه عن خطأ المجتهد والمفتى ، وقد كان ذلك فى خمسة مباحث ، بينت فى المبحث الأول أن العصيب من المجتهدين فى الفروع واحد وما عداه مخطئ ، وفى المبحث الثانى بينت الفرق بين المفتى والحاكم ، وفى المبحث الثالث تكلمت عن خطأ المفتى فى فتواه لنفسه ، وفى المبحث الرابع تكلمت عن خطأ المفتى فى فتواه لغيره ، وفى المبحث الخامس تكلمت عن حكم ضمان المفتى اذا أخطأ .

وأما الفصل الرابع فقد استعرضت فيه قواعد وضوابط الخطأ فى القضاء والتنفيذ والاجتهاد .

وأما الخاتمة فقد بينت فيها مكانة الخطأ من أفعال المكلف ، ثم ذكرت محاولة فقهاء الشافعية لوضع قاعدة للخطأ فى الفقه الإسلامى ثم حاولت وضع قاعدة عامة للخطأ فى الفقه الإسلامى تندرج تحتها جميع قواعد وضوابط الخطأ السالفة ، ثم تكلمت عن دعوى الخطأ وهل تقبل مجردة أو لابد أن ينظم اليها ما يؤيدها من الأدلة والقرائن .

وقد حرصت أن تكون الخاتمة خلاصة موجزة لجميع أبواب وفصول ومباحث هذه الرسالة بحيث يمكن للقارىء أن يكتفى بها لمعرفة نظرية الخطأ فى الفقه الإسلامى .

هذا واعترافاً بالفضل لأهله أتقدم بخالص الشكر لأستاذى الجليل فضيلة الدكتور : أحمد فهمى أبو سنة الذى تولى الاشراف على هذه الرسالة ، فقد كان لخبرته الطويلة فى هذا المجال وعلمه الغزير أكبر الأثر فى انجاز هذا البحث واخراجيه الى حيز الوجود فقد فتح لى صدره الرحب وجاد على بتوجيهاته السديدة وأعطانى من وقته الكثير فجزاه الله عنى أحسن الجزاء .

كما أتقدم بخالص الشكر لجامعة أم القرى ممثلة في القائمين على كلية الشريعة وقسم الدراسات العليا فقد قاموا بما يجب عليهم نحو طلابهم خير قيام وحرصوا على تقديم كل ما يعينهم على أداء مهنتهم .

وإن كان لي بقية كلام فهي الشكر الخالص للجامعة الإسلامية التي أتحت لي مواصلة دراستي العليا في جامعة أم القرى .

اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا علما ومملا صالحا يا أكرم الأكرمين ، اللهم لا سهل الا ما سهلته فاجعل الحزن سهلا يا أرحم الراحمين .
اللهم صلى وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

تمهيد

نذكر في المحطة عن الأهلية وعوارضها
والكلام عن الأهلية وعوارضها يمكن تقسيمه
الى ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول: في بيان معنى الأهلية .
- والمبحث الثاني: في أقسام الأهلية .
- والمبحث الثالث: في عوارض الأهلية اجمالاً .

(المبحث الثانى)

فى أقسام الأهلية

يستفاد من التعريف الذى ذكرته للأهلية أنها قسمان : أهلية
وجوب ، وأهلية أداء .

فأما أهلية الوجوب :

فهى صلاحية الانسان لأن تثبت له حقوق وتلزمه واجبات ،
أى : تشغل ذمته بها .

ومناط أهلية الوجوب هو الانسانية فالأهلية تثبت للانسان بوصف
كونه انسانا لا فرق بين مميز وغير مميز ، ولا بين ذكر وانثى ولا بين رشيد
وغير رشيد .

قال الغزالى :

وأما أهلية ثبوت الأحكام فى الذمة فمستفاد من الانسانية
التي بها يستعد لقبول قوة العقل الذى به فهم التكليف فى ثانى
الحال حتى أن البهيمة لما لم تكن لها أهلية فهم الخطاب بالفعل
ولا بالقوة لم تنهيا لاضافة الحكم الى ذمتها . . . (١)

ومحل أهلية الوجوب الذى تتعلق به الحقوق والواجبات هو الذمة

إذ المقصود بالوجوب هو شغل الذمة ،

قال فى تيسير التحرير : الذمة وصف ثابت باعتبار الشرع تثبت به الأهلية

لوجوب ماله وما عليه من الحقوق المشروعة . . . (٢)

(١) المستفى : ٨٤/١ ، وانظر روضة الناظر : ٢٦ ، الاحكام للامدى :

١٥٠/١

(٢) تيسير التحرير : ٢٤٩/٢ ، وانظر كشف الاسرار : ٢٣٧/٤ ،

فصول البدائع : ٢٨٣/١ .

وأما أهلية الأداة :

فهى صلاحية الانسان لأن تصدر عنه أقوال وأفعال معتبرة شرعا ولتكليف الشارع له بالأفعال .

وذلك بحيث اذا صدر منه عقد أو تصرف كان معتبرا شرعا وترتبت عليه أحكامه ، واذا جنى على غيره فى نفس أو مال أخذ بجنايته وعوقب عليها واذا صلى أو صام أو حج كانت عبادته معتبرة شرعا ومسقطه عنه الواجب واذا كلفه الشارع بفعل كان مطالبا به .

ومناط أهلية الأداة هو الفعل مع التمييز أو البلوغ فاذا وجد العقل وجدت الأهلية واذا انتفى انتفت ، ولما كان العقل أمرا خفيا لا يمكن الاطلاع عليه لم يصلح أن يكون ضابطا لهذه الأهلية وكانت مظنة العقل - وهى البلوغ - قرينة على تمام العقل وكمال التمييز .
وأهلية الأداة نوعان :

ا : أهلية أداة ناقصة ، وثبت لمن توافر لديه التمييز كالصبي الذى بلغ سبع سنين ومن فى حكمه .

وهذه الأهلية لا تجعل الصبي ومن فى حكمه أهلا لخطاب العقوبات ولا لخطاب الالتزام بالعبادات بل تجعله أهلا لصحة العبادات واجراء بعض التصرفات كقبول الهبة .

ب : أهلية أداة كاملة، وثبت للشخص بالعقل والبلوغ . وهذه الأهلية تجعل الشخص صالحا لخطاب التكليف بجميع أنواعه فالبالغ العاقل صالح للخطاب بجميع التكليف كالعبادات والعقوبات والديون . (١)

(١) انظر تيسير التحرير : ٢٤٩/٢ - ٢٥٧ ، كشف الأسرار : ٢٣٧/٤ -

٢٥٧ ، فواتح الرحموت : ١٥٦/١ - ١٦٠ ، فتح الغفار : ٧٦/٣ -

٨٤ ، شرح المنار : ٩٣٦ - ٩٤٣ .

(المبحث الثالث)

فى عوارض الأهلية اجمالا .

تقدم بيان أن انماط أهلية الوجوب هو الانسانية فهى تثبت للانسان بوصف كونه انسانا . وهذه الأهلية لا يعرض لها ما يزيلها أو ينقصها مادام الانسان حيا فلا يؤثر فى هذه الأهلية الا الموت الذى تنتهى به حياة الانسان .

وأما أهلية الأداء فمناطها العقل مع التمييز أو البلوغ ، ولذلك يؤثر فيها كل عارض يزيل العقل ويعدم التمييز أو ينقص العقل أو يستره يمنع من عمله مدة مؤقتة أو يغير الأحكام .

فعوارض الأهلية هى الأمور التى تعرض للانسان فتؤثر فى أهليته . وقد استوعب الكلام فيها من كتب فى أصول الفقه من الحنفية وقسموها الى قسمين :

القسم الأول : العوارض السماوية

وهى التى تثبت من قبل صاحب الشرع وليس للعبد فيها اختيار ولا اكتساب وقد ذكر الأصوليون أن هذه العوارض احد عشر : الجنون والصغر ، والعتة ، والنسيان ، والنوم ، والاعماء ، والرق ، والمرض ، والحيض ، والنفاس ، والموت .

القسم الثانى : العوارض المكتسبة

وهى التى يكون لكسب العبد مدخل فيها مباشرة الا أسباب كالسكر وبالتقاعد عن المزيل كالجهل ، وسواء أكانت من نفسه كالسكر أو من غيره كالاكراه .

وقد عد الأصوليون هذه العوارض سبعة : الجهل ، والسكر

والهزل ، والسفه ، والخطأ ، والاكراه ، والسفر .

وفائدة هذا التقسيم بيان أن العوارض الساموية أظهر في
العارضية من العوارض المكتسبة لخروجها عن اختيار العبد ، وأشد
تأثيراً في تغيير الأحكام من العوارض المكتسبة . (١)

والذي يهمنى من هذه العوارض هو الخطأ والجهل والنسيان
أما الخطأ فلأنه موضوع رسالتي ، وأما الجهل والنسيان فلما بينهما
وبين الخطأ من التشابه والتداخل في الحقيقة والأحكام ، ولذلك
فسوف يأتي لهما مزيد بيان في الفصول القادمة ان شاء الله تعالى .

(١) انظر: تيسير التحرير: ٢٥٨/٢ ، فتح الغفار : ٣-٨٤-١٠٢
كشف الأ سرار : ٤-٢٦٢-٢٦٣ ، فصول البدائع : ١-٢٩٢
فوائح الرحموت : ١-١٦٠ .

الخط للذوق

- في الخطأ باعتباره عارضا من عوارض
الأهلية وتحت فصول :
- الفصل الأول : في بيان معنى الخطأ .
- الفصل الثاني : في بيان الفرق بين الخطأ وبين
الجهل والغلط والنسيان .
- الفصل الثالث : في بيان أقسام الخطأ .
- الفصل الرابع : في الكلام على تكليف الخطيئ .

الفصل الأول فى بيان معنى الخطأ

معناه عند أهل اللغة :

المتبع لاستعمالات الخطأ فى اللغة العربية يجد أنه يطلق

على ثلاثة معان :

- ١ - فيذكر ويراد به : ضد الصواب سواء قصده أو لم يقصده ، تقول : أَخْطَأَ الطريق : عدل عنه ، وأَخْطَأَ الرامى الغرض : لم يصبه ، وَالْخِطَاءُ : أرض يُخْطِئُهَا المطر ويصيبُ أُخْرَى قُرْبَهَا وهكذا .
- قال فى الصحاح : قال الأُمويُّ : المُخْطِئُ : من أراد الصواب فصار إلى غيره ، والخاطيُّ : من تعمَّدَ لما لا ينبغي * (١)
- ٢ - ويذكر ويراد به : ضد العمد ، تقول : أَخْطَأَ الرجلُ : إذا لم يتعمد الجناية ، ومنه قوله تعالى " وما كانَ لمؤمنٍ أن يَقتلَ مُؤمِنًا إِلَّا أَخْطِئًا " الآية (٢)
- قال فى المصباح المنير : قال أبو عبيدة : خطئُ خطأً من باب علم وأخطأ : بمعنى واحد لمن يذنب على غير عمد * (٣)
- ٣ - ويذكر ويراد به : الاثم ، تقول : خَطِئْتُ خَطِيئَةً : إذا أثمت ومنه قوله تعالى فى قصة يوسف عليه السلام " قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ أَثَرْنَاكَ وَعَلَيْنَا إِذَا كُنَّا لَخِطِئِينَ " (٤)

(١) الصحاح للجوهري : ٤٧/١ .

(٢) آية - ٩٢ - من سورة النساء .

(٣) آية - ٩١ - من سورة يوسف .

(٤) المصباح المنير : ١٨٧/١ .

ومعنى=لخاطئين = أى : لمذنبين آثمين فى أمرك . (١)

معنى الخطأ عند أهل الشرع :

اختلفت عبارات الأصوليين فى تعريف الخطأ وأقرب هذه التعاريف الى الصواب ما ذكره صاحب كشف الأسرار بقوله : وقيل : الخطأ فعل أو قول يصدر عن الانسان بغير قصد بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواء (٢)

شرح التعريف واخراج المحتزات :

قوله = فعل = المراد به الخطأ فى الفعل وهو أن يقوم الشخص بفعل فيصدر منه فعل آخر كأن يرمى الشخص صيدا فيصيب آدميا معصوم الدم فيقتله . (٣)

قوله = أو قول = المراد بهذا الغلط ومحلّه اللسان مثل ما اذا جرى البيع على لسان المرأ خطأ بأن أراد أن يقول - مثلا - سبحان الله فجرى على لسانه : بعته هذا القمح بكذا . (٤)

قوله = يصدر عن الانسان = خرج الحيوان ونحوه من كل ما عدم فيه سبب التكليف وهو العقل . والمراد بالانسان المميز فيخرج به غير المميز فانه ليس أهلا للقصد فما يصدر عنه لا يوصف بالخطأ . (٥)

-
- (١) انظر معنى الخطأ لغة ، مادة = اخطأ = فى لسان العرب المحيط :
 ١ / ٨٥٤ ، معجم مقاييس اللغة : ٢ / ١٩٨ ، الصباح المنير :
 ١ / ١٨٧ ، القاموس المحيط : ١ / ١٣ ، المفردات فى غريب القرآن : ١٥١
 الصباح : ١ / ٤٧ .
 (٢) كشف الأسرار : ٤ / ٣٨٠ .
 (٣) انظر كشف القناع : ٥ / ٥١٣ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٢٣٤ ، معنى المحتاج
 ٤ / ٤ .
 (٤) انظر حاشية ابن عابدين : ٤ / ٥٠٧ ، نهاية المحتاج : ٣ / ٣٨٤ .
 (٥) انظر المستصفى : ١ / ٨٣ ، الأحكام للأمدى : ١ / ١٥٢ ، روضة الناظر : ٢٧
 نهاية السؤل : ١ / ١٣٦ .

قوله = بغير قصد = خرج العمد فالمتعمد له بحث مستقل وأحكام خاصة . ويطلق على المتعمد في اللغة لفظ = الخطأ = فمن أراد غير ما يحسن ارادته ففعله فهو مخطى لأنه فعل غير الصواب وهذا هو الخطأ التام المأخوذ به الانسان . (١)

قوله = بسبب ترك التثبت = خرج النسيان لأن سببه فقد الذاكرة (٢)
 وخرج الجهل البسيط لأن سببه عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالماً (٣)
 وأما الجهل المركب الذي هو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع، فهو داخل في الخطأ لأن سببه ترك التثبت وذلك كمن وجد على فراشه امرأة ظنها زوجته فوطئها ثم تبين له بعد ذلك انها غير زوجته ، فهذا خطأ سببه الجهل بالواقع ولو احتاط ذلك المتسرع وتثبت لما وقع منه ما وقع . (٤)

قوله = عند مباشرة أمر مقصود سواء = وذلك كمن أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء ، فقال : أنت طالق ، ومن أراد أن يصيد غزالاً فقتل انساناً ، فالعالم وصيد الغزال مطلوبان مقصودان ، والطلاق وقتل الانسان غير مقصودين ولكنهما هما اللذان وقعوا من الانسان بمباشرتهم لهما .

.....

-
- (١) انظر : الكليات لأبي البقاء : ١٧٥ ، كشف اصطلاحات الفنون : ١٧٣/٢ .
 (٢) انظر كشف الأسرار : ٢٧٦/٤ ، تيسير التحرير : ٢٦٣/٢ .
 (٣) انظر الكليات لأبي البقاء : ١٤٤ ، تاج العروس : ٢٦٨/٧ .
 (٤) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣١٣/٤ ، المهذب : ٢٦٩/٢ .
 الانصاف : ١٨١/١٠ .

(نقد التعريف)

(١) التعريف لم يتطرق لخطأ القصد فلا بد من زيادة قيد في التعريف حتى يكون جامعاً لأقسام الخطأ وهذا القيد هو = أونية = فينتظم التعريف هكذا = فعل أو قول أو نية يصدر عن الانسان . . الخ .

والمراد بالخطأ في النية هو الخطأ في القصد وهو أن يقصد بفعله شيئاً فيصادف فعله غير ما قصد مع اتحاد المحل ، مثاله من يرمى شخصاً معتقداً أنه حربي فيقتله ثم يتبين أنه مسلم معصوم الدم . (١)

(٢) ومن الخطأ في القصد ، الخطأ في الشخص وهو أن تريد ما لا يحسن فعله ويصدر منك خلافه ، كمن أراد قتل مسلم فقتل حربياً فقتل الحربي عند جمهور العلماء يعتبر خطأ لأنه لم يتعمده وإن كان صواباً في الواقع فهو مذموم بقصدته غير مثاب على فعله . (٢)

وبهذا يكون الخطأ في القصد قسمين خطأ مضمناً وخطأ غير مضمناً وإذا أردنا تعريف الخطأ المضمناً نزيد قيد = مجاف للصواب = فينتظم التعرف هكذا = فعل أو قول أو نية مجاف للصواب يصدر عن الانسان . . . الخ

(٣) قوله في التعريف = عند مباشرة أمر مقصود سواء = يخرج النائم الذي انقلب على طفل فقتله ، فهذا مخطئ في الفعل ولا قصد عنده أصلاً لأنه لم يقصد غير هذا الفعل ففريق من العلماء لا يعتبر هذا خطأً فالتعريف على مذهبهم لا اعتراض عليه ، ويذهب فريق آخر من العلماء إلى

(١) انظر تبين الحقائق : ١٠١/٦ ، كشف القناع : ٥١٣/٥ ، مغنسي المحتاج : ٤/٤ .

(٢) انظر المغنسي : ٢٧٢/٨ ، مواهب الجليل : ٢٤٠/٦ ، أسنى المطالب ٣/٤ ، حاشية ابن عابدين ٥٣٠/٦ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٤٢/٤ ، بدائع الصنائع : ٢٣٤/٧ .

أن هذا يعتبر خطأ^(١) فعلى هذا المذهب التعريف غير شامل لأنه أخرج بعض صور الخطأ فيلزم زيادة قيد = غالبا = في التعريف فينتظم التعريف هكذا " فعل أو قول أو نية مجاف للصواب يصدر عن الانسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواء غالبا "

وبهذ ايكون التعريف جامعا مانعا لا اعتراض عليه والله أعلم .

هذا وهناك تعريفات أخرى أوردها ليتبين بها آراء الفقهاء في تعريف

الخطأ

فقد عرفه ابن الهمام بقوله " أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجناية"^(٢) وذلك كمن يرمى ما يظنه صيدا أو هدفا فيصيب آدميا لم يقصده فان محل الجناية هو الآدمي ولكن الرامي لم يقصد اصابته بل قصد غيره وهو الصيد أو الهدف .

وهذا التعريف غير جامع لأنه لا يشمل جميع أقسام الخطأ فهو ينطبق على الخطأ في القصد دون غيره من الأقسام .

ونقل صاحب كشف الأسرار تعريفا عن بعض العلماء وهو الخطأ : أن يكون عامدا الى الفعل لا الى المفعول " ^(٣) وذلك كأن يرمى الشخص صيدا فيصيب انسانا معصوم الدم فيقتله . فهو قاصد الى رمي الصيد لا الى رمي الانسان وهذا التعريف غير جامع أيضا لأنه ينطبق على الخطأ في الفعل دون غيره من أقسام الخطأ .

وعرف صاحب فصول البدائع الخطأ بقوله : وُعَرِّفَ : بالفعل عن قصد صحيح

(١) انظر بدائع الصنائع : ٢٧١/٧ ، مغنى المحتاج : ٤/٤ .

(٢) تيسير التحرير : ٣٠٥/٢ .

(٣) كشف الأسرار : ٣٨٠/٤ .

غير تام * (١) والمراد بهذا التعريف هو : أن يفعل الانسان فعلا من غير أن يقصده قصدا تاما ، وذلك أن تمام قصد الفعل بقصد محله أو بقصد ما آل اليه ، وفي الخطأ يوجد قصد الفعل دون قصد المحل وذلك كأن يرمى الشخص صيدا فيصيب انسانا معصوم الدم فيقتله فان الرامي قد قصد الفعل وهو رمى الصيد ولم يقصد قتل المسلم ، ولذلك فالقصد غير تام .

وهذا التعريف غير جامع أيضا لأنه ينطبق على الخطأ في الفعل دون غيره من أقسام الخطأ .

وعرف ابن الملك في شرحه للمنازل الخطأ بقوله * وقوع الشيء على خلاف ما أريد * (٢)

وهذا التعريف شامل للخطأ في القصد والخطأ في الفعل وهما أهم أقسام الخطأ ، فكل من المخطى في الفعل والمخطى في القصد وقع منه خلاف ما أراد

وهذا التعريف مع أنه شامل لأهم أقسام الخطأ الا أنه غير مانع قيد خسل فيه الناسى والجاهل ، وذلك ان من حلف لا يأكل طعام كذا وكذا فنسيه ثم أكله وهو ذاكر ليمينه ثم ذكر أن هذا هو الذى حلف عليه ، لم يقصد بفعله المخالفة ولكن المخالفة وقعت منه فقد وقع منه خلاف ما أراد .

وهكذا حديث العهد بالاسلام اذا شرب الخمر معتقدا أنها حلال ثم تبين له بعد ذلك أنها حرام فان الشارب الجاهل للحكم لم يقصد بشربه المخالفة ولكن وقعت المخالفة منه وحينئذ فقد وقع منه خلاف ما أراد .

(١) فصول البدائع : ٣٢١/١ .

(٢) شرح المنار : ٩٩١ .

الفصل الثاني

في بيان الفرق بين الخطأ وبين الجهل والغلط
والنسيان. ولما كان بين الخطأ الذي هو موضوعي
والجهل والغلط والنسيان تشابه أردت أن أُبين
معانيها والفرق بينها وبين الخطأ.
والكلام في هذا الفصل يمكن تقسيمه الى ثلاثة
مباحث:

- المبحث الأول: في الكلام عن الغلط.
- والمبحث الثاني: في الكلام عن الجهل.
- والمبحث الثالث: في الكلام عن النسيان.

د - وقال الدردير : الزنا شرعا : وطء مكلف مسلم فرج آدمى لا ملك له
فيه بلا شبهة تعمدا - خرج بالتعمد الغالط

قال الدسوقي : الغالط : هو من قصد زوجته فوقع على غيرها غلطا . . (١)

هذا واذا كان الفقهاء يستعملون لفظ الغلط بمعنى الخطأ الا أن
بعضهم يذهب الى أن متعلق الخطأ الجنان ومتعلق الغلط اللسان ،

قال الدردير : وحنث بفعل المحلوف عليه ناسيا . . ومثل النسيان ،
الخطأ ، والغلط فمن حلف لا يفعل كذا ففعله معتقدا أنه غيره أو حلف
لا أذكر فلانا فأراد ذكر غيره فجرى ذكره على لسانه غلطا حنث فمتعلق
الخطأ الجنان ومتعلق الغلط اللسان . . . (٢)

وسياتى للغلط مزيد بيان عند الكلام عن الخطأ فى العقود ان شاء
الله .

.....

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣١٣/٤ - ٣١٤ .
(٢) الشرح الكبير : ١٤٢/٢ ، وانظر حاشية ابن عابدين : ٢٦/٣ ،
مواهب الجليل : ٢٩١/٣ ، ٤٦٦/٤ .

(المبحث الثانى)

فى الكلام عن الجهل

تعريفه لغة :

الجهل : ضد العلم ، قال فى تاج العروس : قال الحرالى : الجهل
التقدم فى الأمور المهمة بغير علم " (١)
معناه عند أهل الشرع :

قد قسم العلماء الجهل الى قسمين :

الأول : جهل بسيط : وهو عدم العلم عما من شأنه أن يكون عالما ،
وذلك كجهل حديث العهد بالاسلام حرمة الزنا والخمر ونحوهما ..

الثانى : جهل مركَّب : وهو عبارة عن اعتقاد جازم غير مطابق للواقع سواء
كان مستندا الى شبهة أو تقليد .

وانماسمى هذا الجهل جهلا مركبا ، لأن المعتقد يعتقد الشئ على خلاف
ماهو عليه ، فهذا جهل بذلك الشئ ، ويعتقد أنه يعتقد على ما هو عليه
فهذا جهل آخر قد تركبا معا .

وذلك كمن وطئ أجنبية يظن أنها زوجته فهو يجهل أنها أجنبية ويجهل
أنه يجهل ذلك . والجهل البسيط فطرى وليس بعيب لشموله وانما العيب
التقصير فى ازالته وطريق ازالته التعلم .

وأما الجهل المركب فسببه العجلة والعجب وطريق ازالته التوقف

والتثبت . (٢)

(١) تاج العروس : ٢٦٨/٧ ، وانظر معجم مقاييس اللغة ٤٨٩/١ ، القاموس

المحيط : ٣٦٤/٣ ، المصباح المنير : ١٢٣/١ .

(٢) انظر تيسير التحرير : ٢١١/٤ ، كشف الأسرار : ٣٣٠/٤ ، الكليات

لأبى البقاء : ١٤٤ ، الحدود فى الأصول للباجى : ٢٩ ، كشف

اصطلاحات الفنون : ٣٦٢/١ ، المفردات فى غريب القرآن : ١٠٢ .

والجهل المركب العلاقة بينه وبين الخطأ واضحة جدا لأن كلا منهما غير مدرك للواقع وكلا منهما لا يعلم أنه غير مدرك وكلا منهما تارك للتثبت ، لهذا أطلق العلماء لفظ الخطأ على الجهل المركب ولفظ الجهل على الخطأ ، واليك بعض نصوص العلماء في هذا .

١ - قال في تيسير التحرير : الحنفية قسموا الخطأ وهو الجهل المركب الى ثلاثة من الأقسام ... (١)

ب - وقال في كشف الأسرار : الجهل يذكر ويراد به عدم الشعور ويذكر ويراد به الشعور بالشيء على خلاف ما هو به ... والقسم الثاني هو الغلط^٢ ونستنتج من بحث الغلط وبحث الجهل أن ألفاظ الغلط والجهل المركب والخطأ معانيها متفقة ولهذا يمكن أن تطلق لفظ الغلط ولفظ الجهل المركب ، وتعنى بهما الخطأ ولا حرج في ذلك .

ونستنتج من ذلك أيضا أن جميع أحكام الغلط وأحكام الجهل المركب التي ذكرها العلماء تنطبق على الخطأ لأن الغلط والجهل المركب المقصود بهما هو الخطأ فالمعاني واحدة وإن اختلفت العبارة ... والله أعلم واحكم .

.....

(١) تيسير التحرير : ٢١١/٤ ، وانظر فواتح الرحموت : ٣٨٧/٢ ، الاحكام لابن حزم : ٧١٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٣٣/٤ .
 (٢) كشف الأسرار : ٣٣٠/٤ ، وانظر المغتني : ٤٣٥/٣ ، كشف القناع : ١١٧/٤ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣١٣/٤ .

(المبحث الثالث)

فى الكلام عن النسيان

تعريفه لغة :

النسيان فى اللغة : ضد الذكر والحفظ . (١)

معناه عند أهل الشرع :

عرفه صاحب تيسير التحرير بقوله " النسيان : هو عدم الاستحضار
للشيء فى وقت الحاجة الى استحضاره " (٢)

ومع أن حقيقة النسيان غير حقيقة الخطأ إلا أن العلماء أحياناً يطلقون
عبارة الخطأ على النسيان ، قال النووى رحمه الله : قال الشافعى والأصحاب
العامد والمخطئ - وهو الناسى والجاهل - فى ضمان الصيد - -
فيضمنه كل واحد منهم بالجزء " " (٣)

فأنت ترى فى هذا النص أن الشافعية أطلقوا عبارة الخطأ على النسيان ،
وليسوا وحدهم فى هذا الميدان بل ابن حزم ينهج هذا المنهج فهو يقول:
الخطأ يكون على ضربين :

١ - فعل لم يقصده الانسان أصلاً ، وذلك كرجل رمى فرساً فأصاب انساناً
لم يقصده

ب - فعلى قصد الانسان عمله إلا أنه لم ينبو بذلك طاعة ولا معصية ولا نوى
بذلك ما حدث من فعله ولا قصد الى بعض ما أمر به ولا الى خلاف ما أمر
به كمن نسى أنه على طهارة فقصد الى مس ذكره غير قاصد بذلك نقض
وضوئه " (٤)

(١) تاج العروس : ٣٦٦/١٠ ، وانظر معجم مقاييس اللغة : ٤٢١/٥ ،

مختار الصحاح : ٦٥٨ .

(٢) تيسير التحرير : ٢٦٣/٢ ، وانظر كشف الأسرار : ٢٧٦/٤ .

(٣) المجموع : ٣٠٢/٧ .

(٤) الأحكام لابن حزم : ٧١٧ .

ولعل عذر من نهج هذا المنهج بعض وجوه الشبه بين النسيان والخطأ:

١ - ذلك أن الشارع الحكيم سوى بين المخطئ والناسي في عدم المؤاخظة لأن المخطئ والناسي لم يقصدا المخالفة فالفعل المصاحب لهما خال عن القصد ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان " (١) الحديث وسيأتي تخريجه قريباً .

ب - ثم فرط الشبه بين أحكام النسيان وأحكام الخطأ لذلك تجد كثيراً من العلماء يقيسون أحكام المخطئ على أحكام الناسي ،

قال الشاطبي : عدة مذهب مالك بل عدة مذهب الصحابة اعتبار الجهل في العبادات اعتبار النسيان على الجملة . . . (٢)

وقال الزركشي الشافعي : ويلحق بالناسي الغالط اذا أتى بالمبطل مع اعتقاده أنه ليس بمبطل . . . (٣)

وقال الشيرازي الشافعي : وان سبق لسانه من غير قصد الى الكلام أو غلبه الضحك ولم يطل لم تبطل صلاته لأنه غير مفرط فهو كالناسي . . . (٤)

هذا وبين الخطأ والنسيان فروق أوجبت على العلماء بحث أحكام كل منهما على حدة فمن هذه الفروق :

الأول : أن النسيان سببه الغيبة عن الذاكرة بينما الخطأ سببه ترك التثبت .

(١) انظر الأحكام لابن حزم : ٧١٧ ، اعلام الموقعين : ٥٢ / ٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٨٨ .

(٢) الموافقات : ٣٤٦ / ٢ ، وانظر قواعد الزركشي : ٢٧٥ / ٣ ، بدائع الصنائع : ٣٤٥ / ١ .

(٣) قواعد الزركشي : ٢٧٥ / ٣ ، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٨٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٠٣ .

(٤) المهدب : ٩٤ / ١ .

الثانى : أن النسيان يصاحبه نوع قصد عند الاتيان بالمنسى بخلاف الخطأ فلا قصد فيه .

وهنا يتجه سؤال أيهما أولى بالعدر المخطىء أم الناسى ؟

يفترق العلماء فى هذه المسألة الى فريقين :

١ - ففريق من العلماء يتجه الى أن الناسى أولى بالعدر من المخطىء ،

قال ابن المقرئ فى قواعدہ : الناسى أعذر من المخطىء على الأصح لأن

التفريط مع المخطىء أكثر منه مع الناسى . . . (١)

ب - ويذهب فريق آخر من العلماء الى أن المخطىء أولى بالعدر من الناسى

قال ابن القيم : فلو حلف لا يسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم

ولم يعلم فان لم نحنث الناسى فهذا أولى بعدم الحنث لأنه لم يقصدہ والناسى

قد قصد التسليم عليه . . . (٢)

والذى أميل اليه : أن الناسى أولى بالعدر من المخطىء، ذلك أن

النسيان سببه الغيبة عن الذاكرة ، وما كان كذلك فليس للعبد حيلة فى دفعه

غالباً فهو يهجم على العبد قهراً .

أما الخطأ فسببه ترك التثبت وما كان هكذا فللعبد حيلة فى دفعه قبل

وقوعه وذلك بالتريث وأخذ الحيطة . والله أعلم وأحكم .

.....

(١) قواعد ابن المقرئ : لوحة (٥٣) ، وانظر شرح فتح القدير : ٣ / ٣٢٩ ،
اعلام الموقعين : ٢ / ٥٢ ، الفرق للكرابيسى : ٢ / ٢٥ ، الفرق للقرافى

: ١٤٩ / ٢ .

(٢) اعلام الموقعين : ٤ / ٨٧ ، وانظر مغنى المحتاج : ١ / ١٩٥ .

الفصل الثالث في بيان أقسام الخطأ

المتبع لصور الخطأ وأحكامه في الفقه الاسلامي يجد أنه يمكن تقسيمه
الى أقسام باعتبارات عديدة :

(الأول) : فباعتبار تعدد الفعل واتحاده وقصده وعدم قصده

ينقسم الخطأ الى أربعة أقسام :

١ - خطأ في الفعل

وهو أن يقوم الشخص بفعل فيصدر منه فعل آخر ، وذلك كأن يرمى صيدا
فيصيب انسانا معصوم الدم فيقتله .
وسواء كان الفعل مأذونا فيه كالمثال المتقدم أو غير مأذون فيه كمن أراد قتل
مسلم فقتل مسلما آخر .

ويستوى في ذلك الخطأ في الفعل كما تقدم مثاله والخطأ في القول كمن
أراد أن يقول لزوجته : اسقني ماء ، فجرى على لسانه : أنت طالق ،
ذلك أن فعل المكلف عند الفقهاء يصدق على قوله وفعله اذ القول فعل
اللسان .

ب - خطأ في القصد

وهو أن يقصد بفعله شيئا فيصادف فعله غير ما قصده مع اتحاد المحل
وذلك كأن يرمى شخصا يظنه مباح الدم فيتبين أنه معصوم الدم .

ومن الخطأ في القصد خطأ المجتهد في القبلة كمن كان في سفر واعتقد
أن القبلة الى جهة الجنوب ثم تبين أنها الى جهة الغرب .

ومنه خطأ المجتهد في الحكم كمن حكم في قضية ثم تبين له بعد ذلك
كفر الشهود .

ومنه خطأ الطبيب كأن يتعرف الداء ثم يصف الدواء ثم يتبين من بعد أن الداء غير ما وصف ، وأن الدواء في غير موضعه .

والفرق بين الخطأ في الفعل والخطأ في القصد أن الجاني في الخطأ في الفعل لم يرد القتل وإنما أراد فعلاً آخر وهو الصيد ، فأصاب رجلاً بخلاف الخطأ في القصد فإن الجاني قد أراد نفس الفعل وهو قتل الشخص ولكنه اعتقد أنه حربى فتبين أنه مسلم معصوم الدم .
ج - خطأ في الفعل وفي القصد :

وذلك كمن يرمى آدمياً يعتقد أنه صيدا فيصيب غيره من الناس ، فالرامي يعتقد الآدمي صيدا فهذا خطأ في القصد ؛ ثم انه لم يصب ما أراد أصابته بل أصاب غيره فهذا خطأ في الفعل .

قال الزيلعي : وإنما صار الخطأ نوعين لأن الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيجتمعا في كل واحد منهما الخطأ على الانفراد أو على الاجتماع بأن رمى آدمياً يظنه صيدا فأصاب غيره من الناس . . . (١)

وواضح من كلامه أن ما صدر عن القلب هو القصد وما صدر عن الجوارح هو الفعل .

د - خطأ لا في القصد ولا في الفعل :

وذلك كالنائم يتقلب على شخص فيقتله ، أو يسقط انسان من علو على آخر فيقتله ، فإن النائم ونحوه لم يقصد الى شيء حتى يصير مخطئا لمقصوده لكن فعله قد وجد حقيقة فوجب عليه ما أتلفه ولا شك أنه غير متعمد لذلك فلم يبيح الا أنه مخطئ .

قال الشربيني الشافعي : المعتبر في الخطأ أحد أمرين : أن لا يقصد

(١) تبين الحقائق : ١٠١/٦ .

أصل الفعل أو يقصده دين الشخص . . . (١)
 وواضح من عبارته أن الخطأ يكون في الفعل وفي القصد ويكون لا في
 القصد ولا في الفعل .

هذا والأقسام الثلاثة الأول والثاني والثالث لا خلاف بين العلماء أنها
 تعتبر خطأ أما القسم الأخير فهو الذي وقع فيه خلاف بين العلماء في كونه
 خطأ أو ملحقاً بالخطأ ؟

١ - فقد ذهب جمهور العلماء الى اعتبار فعل النائم ونحوه من الخطأ ، وذلك
 لأنهم لا يعتبرون القصد ركناً من أركان الخطأ ، وفعل النائم ونحوه لا قصد
 فيه في الجملة فيدخلونه في الخطأ ، ولهذا قسموا القتل الى ثلاثة أقسام
 عمد وشبه عمد وخطأ وهذا مسلك الشافعية والحنابلة وقسم المالكية
 القتل الى قسمين عمد وخطأ ، وفعل النائم لا يمكن أن يكون عمداً ولا شبه
 عمد فلم يبق الا أنه خطأ .

ب - وذهب الحنفية وجماعة من الشافعية والحنابلة الى أن هذا لا يعتبر
 خطأ بل هو ملحق به لأنهم يعتبرون القصد ركناً من أركان الخطأ
 والنائم ونحوه لم يقصد الى شيء حتى يصير مخطئاً لمقصوده . (٢)

والسبب في لجوء هذا الفريق الى القول بهذا التقسيم ، انما يرجع
 الى تعريفهم المحدود للخطأ والذي لا يتسع لكافة صور الخطأ فعندما

(١) مغنى المحتاج : ٤ / ٤ .

(٢) انظر كشف القناع : ٥١٣ / ٥ ، الفروع : ٦٣٥ / ٥ ، مغنى المحتاج : ٤ / ٤
 اسنى المطالب : ٣ / ٤ ، روضة الطالبين : ١٢٣ / ٩ ، تبين الحقائق :
 ١٠١ / ٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣١ - ٥٣٠ / ٥ ، الشرح الكبير للدردير
 ٢٤٢ / ٤ ، المنتقى : ١١١ / ٧ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٣ - ٢٢ / ٢٠ ،
 الاعتناء في الفروق والاستثناء للبكرى : لوحة (١٩٩) ، الاحكام لابن حزم
 ٧١٧ ، بدائع الصنائع : ٢٣٤ / ٧ ، ٢٧١ ، نهاية المحتاج : ٢٤٩ / ٧ .

يعرفون الخطأ بأنه " ما أصبت مما كنت تعدت غيره " يدخلون قصد الجاني للفعل باعتباره ركناً في الخطأ ولكنهم عندما يشاهدون في الحياة العملية أن هناك جرائم يحدثها سلوك الانسان غير المحتاط ، وان هذه الجرائم تحدث بفعل يصدر عن مرتكبها ولم يكن ذلك الفعل الذي أحدث الجريمة مقصودا لدى الجاني ، وذلك كالتائب ينقلب على صغير فيقتله .

وعندما يجدون أن مثل هذه الجرائم تستحق العقاب لمن أحدثها ولكنها لا تدخل تحت تعريفهم الذي جعلوا قصد الفعل ركناً أساسياً فيه ، أخذوا يبحثون لها عن حل آخر ، فما كان منهم الا أن الحقوها بالخطأ في الحكم وسموها " ماجرى مجرى الخطأ " . ولو أنهم أخذوا بتعريف اصطلاحى واسع للخطأ بحيث يشمل جميع الصور التي يمكن أن ينسب للانسان فيها خطأ لما أحوجهم ذلك الى القول بأن هناك خطأ محض وخطأ غير محض .

وهذا ما تلافيته في هذا البحث حيث اجتهدت في وضع تعريف عام للخطأ يدخل فيه جميع صور الخطأ .

وما دام أن ما يسمونه " ماجرى مجرى الخطأ " يستوى مع الخطأ المحض في الأحكام ويصلح أساساً للمسئولية فانه ليس ثمة فائدة عماية من هذا التقسيم . ورغم ذلك فهو تقسيم فقهي يدل على دقة الفقهاء وتقصيصهم لكل صور الخطأ .

.....

(الثاني) : وباعتبار مباشرة المخطئ للخطأ وتسببه فيه

ينقسم الخطأ الى قسمين :

١ - خطأ مباشرة

والمباشر هو من حصل الخطأ بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والخطأ فعل ، فمن أطلق عيارا ناريا يريد قتل زيد الكافر الذي لا عهد له ولا أمان فأصاب بكرا المسلم المعصوم الدم وقتله فلاشك أنه مباشر للجريمة التي تم تنفيذها خطأ إذ لا واسطة بين فعله ونتيجة فعله .

ومثل هذا من اشترى فصا يعتقد ياقوتا فاذا هو زجاج ، أو جرى البيع على لسان المرأ خطأ بأن أراد أن يقول - مثلا - سبحان الله ، فجرى على لسانه : بعت هذا القمح بكذا ، وقال الآخر قبلت ، أو أراد الزوج أن يقول لزوجته : اسقني ماء ، فسبق لسانه فقال : أنت طالق ، أو أراد المكلف أن يتكلم بكلام غير الحلف ، فجرى على لسانه اليمين بالله تعالى وهكذا ففي هذه الأمثلة وما شاكلها المخطئ قد باشر الخطأ إذ لا واسطة بين فعله ونتيجة فعله .

ب - خطأ تسبب .

والتسبب هو الذي أفضى فعله الى الخطأ وتخلل بين فعله والخطأ فعل ، فاذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله فقتل بشهادتهما ثم ثبت خطأهما في شهادتهما فعليهما الدية ، ففي هذا المثال ، الذي باشر القتل هو قضاء الحاكم ومن أمره الحاكم بالتنفيذ ، أما الشاهدان فقد تسببا في القتل ، وذلك لأنهما ظنا أنه يستحق القتل فاذا به لا يستحق ذلك وهذا من باب الخطأ في القصد ، وقد تخلل بين شهادتهما بما يوجب القتل وقتل المشهود عليه ظلما - فعل وذلك هو قضاء الحاكم ومن أمره الحاكم بالتنفيذ .

ومثل ذلك ما لو حفر رجل بئرا في طريق العامة وسقط فيها أحد المارة ومات ، فإن الحافر لم يباشر القتل لكنه قد تسبب فيه لأنه حفر لاستنباط الماء فترتب عليه التلف وهذا من باب الخطأ في الفعل ، ذلك أن أثر الحفر وهو سقوط المقتول بثقله واصطدامه بقاع البئر هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات فالتلف إذاً لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر .

وهل القتل بالتسبب

إذا لم يكن القتل مقصوداً خطأ أو ملحق به أو هو لا ذا ولا ذاك ؟

١ - يذهب كثير من الحنابلة وهو ظاهر كلام المالكية والشافعية إلى أنه خطأ وذلك لأن الحافر - مثلاً - لم يقصد قتل الواقع في الحفرة بل قصد السبب وهو الحفر فقط .

ب - ويذهب جماعة من الحنابلة إلى أنه ملحق بالخطأ وليس بخطأ ، وذلك لعدم القصد فيه في الجملة .

قال البيهوتي في كشف القناع : وإن قتل بسبب كالذي يحفر بئرا أو ينصب حجراً أو سكيناً ونحوه تعدى ولم يقصد جنائياً فيؤزل إلى اتلاف الأنسان فسببه سبيل الخطأ . . . هذا كلام الموفق ومن تابعه وعند الأكثر هو من الخطأ وهو مقتضى كلام المصنف أولاً حيث جعل القتل ثلاثة أقسام (١)

ج - والحنفية لا يعتبرون القتل بالسبب قتلاً خطأ ولا ملحقاً به بل هم لا يعتبرون القتل بالسبب قتلاً حقيقة ولو تعدد السبب لأن القتل حقيقة

(١) كشف القناع : ٥١٣/٥ ، وانظر الفروع : ٦٣٥/٥ ، مغنى المحتاج : ٨٣، ٦/٤ ، أسنى المطالب : ٤/٤ ، شرح الخرشي : ٨/٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٤-٢٤٢/٤ ، قواعد الزركشى : ١٣٣/١-١٣٥ ، قواعد ابن المقرئ : لوحة (١٦٦) .

لا يكون الا بفعل القاتل وفعل المتسبب غير متصل بالقتل لذلك فالمتسبب لا يطلق عليه قاتل بمعنى أن القتل وقع منه صورة ومعنى بل يطلق عليه بمعنى أن القتل وقع منه معنى فقط .

وإذا كان القتل بالسبب ليس قتلاً حقيقة فلا يتصور القتل العمد والقتل شبه العمد والقتل الخطأ فيه لأن هذه أقسام القتل حقيقة والقتل بالسبب قسيم له لا قسم منه وعلى هذا الأصل لم يمنع الحنفية القاتل بالسبب من الميراث ولم يوجبوا عليه الكفارة . . .

قال الكاساني في بدائع الصنائع : وأما القتل الذي هو في معنى القتل خطأ فنوعان :

- ١ - نوع هو في معناه من كل وجه وهو أن يكون على طريق المباشرة .
 - ٢ - ونوع هو في معناه من وجه وهو أن يكون من طريق التسبب .
- أما الأول فنحو النائم ينقلب على انسان فيقتله . . . وأما الثاني فنحو جنابة الحافر ومن في معناه * (١)

وسياتى للمسألة مزيد بيان مع بيان حكمها . والله أعلم وأحكم .

.....

(١) بدائع الصنائع : ٢٧١/٧ - ٢٧٤ ، المبسوط : ٦/٢٧ ، الهداية مع نتائج الأفكار : ٢١٤/١٠ ، بدائع الصنائع : ٢٣٩/٧ .

(الثالث) : وباعتبار الضمان وعدمه ينقسم الخطأ الى قسمين :

١ - خطأ مضمَّن

وذلك كأن يرمى من يعتقد مباح الدم فيقتله ثم يتبين أنه معصوم الدم ، فإن المقتول خطأ في هذا المثال مضمون ، وذلك بمطالبة القاتل بدفع ديتة لوليه .

ومثل هذا من أخذ مالا يعتقد مباح له ثم تبين له بعد ذلك أن المال لغيره وأنه مخطئ في اعتقاده ، فإن المال المأخوذ خطأ في هذه الصورة مضمون ، وذلك بمطالبة الآخذ برد المال لصاحبه ان كان باقيا وضمانه ان تلف .

ب - خطأ غير مضمَّن

وذلك كمن أراد صيد غزال فصاد أرنباً ، فالصياد في هذا المثال مخطئ في الفعل ، لأنه أراد صيد غزال وهذا هو الفعل المقصود الا أنه صاد أرنباً وهذا هو الفعل الواقع . ومع هذا فخطؤه غير مضمون لأن الأرنب غير مضمون فهو مباح غير مملوك لأحد والصيد لمن صاده .

ومثل هذا من أراد قتل مسلم معصوم الدم فقتل حربياً مباح الدم ، فإن قتل الحربى خطأ لأن القاتل لم يتعمده وان كان صواباً في الواقع فهو مذموم بقصده غير مثاب على فعله .

ومع هذا فخطأه غير مضمون لأن الحربى مباح الدم اذ لا عهد له ولا أمان . (١)

والله أعلم وأحكم .

(١) انظر كشف القناع : ٥١٣/٥ ، ٥/٦ ، المغنى : ٢٧٢/٨ - ٤٠١ ،
مغنى المحتاج : ٤/٤ - ٥٧ ، روضة الطالبين : ١٠ / ١٢٠ - ١٤٨ ،
أسنى المطالب : ٤ / ١٤١ - ١٥٢ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٢٣٤ - ٢٥٢
الدر المختار مع حاشية ابن عابدين : ٦ / ٥٣٠ - ٥٧٤ .

(الرابع) : وباعتبار علم أن ما فعل كان خطأ أو ظنه

ينقسم الخطأ الى قسمين :

١ - الخطأ المعلوم :

هذا الخطأ أقوى تأثيراً من الخطأ المظنون فالعلم ينقض الظن لأنه الأصل وإنما جاز الظن عند تعذر العلم فإذا وجد الظن على خلاف العلم بطل .

فقد اتفق العلماء على أن حكم الحاكم ينقض إذا خالف القاطع من الكتاب أو السنة أو الاجماع لأن خطأ الحاكم في هذه الحالة مقطوع به ولا عبرة بالظن البين خطؤه وما لا عبرة به شرعاً لا يكون عذراً .

ونص الشافعية على أن العارف بأدلة القبلة إذا بذل جهده في معرفتها وصلى ثم ظهر له خطأ اجتهاده - أنه يعيد الصلاة إذا تيقن الخطأ، قياساً على الحاكم .

ب - الخطأ المظنون :

وهذا الخطأ أقل تأثيراً من الخطأ المعلوم ، إذا الخطأ المظنون لا يفيد إلا الظن ولا فرق بين ظن وظن لأن الظن يختلق بالاضافة وما يختلق بها فلا سبيل الى تتبعه . فقد اتفق العلماء على أن حكم الحاكم لا ينقض إذا كان حكمه في مجال الاجتهادات أو الأدلة الظنية على تفصيل سوف يأتي بيانه .

فاذا ظهر للحاكم خطأ اجتهاده الأول وصواب اجتهاده الثاني فعليه أن يعمل بهذا الاجتهاد الأخير في ما يستقبل من قضايا ، أما ما مضى منها فلا ينقضه ، لأنه ليس بخطأ بيقين ، ذلك أن اجتهاده الأول يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأ ، واجتهاده الثاني يحتمل الخطأ وان كان -

الظاهر عنده الصواب ، فليس واحد منهما خطأ بيقين .

ونص الشافعية على أن العارف بأدلة القبلة اذا بذل جهده في معرفتها صلى ثم ظهر له خطأ اجتهاده - انه لا يعيد الصلاة اذا ظن الخطأ ولم يتيقنه لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد -

قال في معنى المحتاج : ومن صلى بالاجتهاد فتيقن الخطأ أعاد كالحاكم يحكم باجتهاده ثم يجد النص بخلافه . . . وان تغير اجتهاده ثانيا فظهر له الصواب في جهة غير الجهة الأولى عمل بالثاني ولا قضاء لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " (١)

قال ابن المقرئ في قواعده : (٢) اختلف المالكية في المطلوب بالاجتهاد أهو الحكم والاصابة أم استفراغ الوسع المستلزم لهما غالبا ، فاذا اجتهد في جهة فأخطأ فقليل : تلزمه الاعادة ، كالشافعي ، وقيل : لا كالنعمان الا أنها تستحب في الوقت للخلاف .

وأقول : المطلوب الاصابة ، ثم أفزق في الاعادة بين الرجوع الى العلم أو الظن " . (٣)

.....

-
- (١) معنى المحتاج : ١٤٧/١ .
 (٢) قواعد ابن المقرئ : لوحة (٢٥ - ٢٦) .
 (٣) أنظر في الخطأ المعلوم والمظنون : تحفة المحتاج : ٥٠٣/١ - ٥٠٤ .
 نهاية المحتاج : ٤٤٦/١ - ٤٤٧ ، شرح الجلال المحلي على المنهاج ١٣٨/١ ، أسنى المطالب : ١٣٩/١ ، المغنى : ٥٠/١٠ ، كشف القناع ٣٢٦/٦ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٥٣/٤ ، شرح الخرشى مع حاشية العدوى ١٦٣/٧ ، شرح فتح القدير : ٣٠٠/٧ ، فواتح الرحموت ٣٩٥/٢ ، الاشباه والنظائر للسيوطي : ١٠١ ، ١٥٧ ، الاشباه والنظائر لابن نجيم : ١٠٥ ، ١٦١ ، القواعد للزركشى : ٣٥٣ ، ٩٣/٢ .

(الخامس) : وينقسم الخطأ باعتبار العمل الاختياري

والاضطراري الى قسمين :

ا : خطأ حقيقي :

وذلك كما لو وقع التصادم بين الباخرات أو الطائرات أو السيارات بسبب الظلمة أو الضباب أو الغبار أو نحو ذلك .

ب - خطأ حكيم :

والمراد به : الامتناع عن العمل ، كما لو أراد صاحب السيارة أن ينحرف بها خوف الاصطدام من الخلف فحصل الاصطدام بالسيارة التي أمامه ، وكما لو قدر ملاح الباخرة على صرف الباخرة الى ناحية أخرى بحيث لا يحدث الاصطدام ولكنه لم يفعل أما لخوفه من الفرق أو لخوفه من الوقوع في شباك قطاع الطرق فحصل الاصطدام بسفينة أخرى .

وقد نص العدوي المالكي على هذا التقسيم في حاشيته على شرح الخرشي حيث قال : والحاصل أن الخطأ قسمان : خطأ حقيقة ، وخطأ حكما وهذا عام وإنما عد خطأ مع القصد لأنهم متأولون " (١)

.....

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي : ١٢/٨ ، وانظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٧/٤ ، المنتقى : ١١٠/٧ ، مجمع الضمانات :

٤٨ ، مغنى المحتاج : ٩٢/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٦٥/٧ ،
كشاف القناع : ٣٠/٤ ، مطالب أولى النهى : ٩٢-٩٤ ،
مواهب الجليل مع التاج والاكلیل : ٢٤٣/٦ - ٢٤٤ .

الفصل الرابع

فى الكلام على تكليف المخطئ

الأحكام على نوعين :

النوع الأول : " أحكام تكليفية "

وقد عرف صاحب مسلم الثبوت الحكم التكليفى بقوله " خطاب الله المتعلق بفعل المكلف اقتضاء أو تخييرا " . (١)

والاقتضاء شامل للوجوب والندب والتحرير والكراهة ، وذلك أن الاقتضاء لا يخلو من حالين :

الحال الأولى : أن يراد به طلب الفعل ، الحال الثانية : أن يراد به طلب الكف . والطلب فى الحالين اما أن يراد به الجزم أو غير الجزم ، فان كان الطلب للفعل جازما فذاك ما يعبر عنه الأصوليون بالايجاب أو الوجوب وان كان غير جازم فهو الندب . وان كان الطلب للكف جازما فهو التحريم أو الحرمة وان كان غير جازم فهو الكراهة .

وأما التخيير بين الفعل والترك فهو ما يعبر عنه الأصوليون بالاباحة ، فتلك

أحكام التكليف الخمسة

وقد أطلق الأصوليون التكليف على المباح من باب التغليب كما طلاق لفظ العمرين على أبى بكر وعمر رضى الله عنهما .

النوع الثانى : " أحكام وضعية "

وفيه من كلام العلماء عنه أن الحكم الوضعى هو " جعل الشارع

الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو علة أو صحيحا أو فاسدا "

فاذا لم يرد خطاب الشارع بشئ من هذه الصيغ الخمسة المتقدمة وورد

(١) مسلم الثبوت مع شرحه فواتح الرحموت وقد طبعا مع المستصفى : ٥٤ / ١ .

بنحو صحة أو فساد أو نصب الشيء سببا أو مانعا أو شرطا فهو حكم
وضعي . (١)

والفرق بين الخطاب الوضعي والخطاب التكليفي من وجهين :

الوجه الأول :

أن الحكم في خطاب الوضع هو قضاء الشارع على الوصف بكونه
سببا أو شرطا أو مانعا ، وخطاب التكليف هو طلب الشارع أداء
ما تقرر بالأسباب والشروط والموانع أو تخييره فيه .

الوجه الثاني :

أن خطاب التكليف يشترط فيه علمُ المكلف وقدرته على الفعل وكونه
من كسبه كالصلاة والصوم ، وأما خطاب الوضع فلا يشترط فيه شيء
من ذلك .

أما عدم اشتراط العلم فكالنائم ينقلب على طفل فيقتله فإنه يضمن وإن لم يعلم
وأما عدم اشتراط الكسب فكالداية تتلف شيئا فيضمنه صاحب الدابة وإن لم يكن
الاتلاف مكتسبا له . (٢)

إذا علم هذا فإن الحكم المختلف في تعلقه بالمخطئ إنما هو الحكم
التكليفي ، أما الحكم الوضعي فلا خلاف في وجوب ما ثبت به على المخطئ
لعدم اشتراط العلم والقصد بالخطاب فيه . وقد اختلف العلماء في حكم
تكليف المخطئ على قولين :

(١) انظر تيسير التحرير : ١٢٨/٢ ، روضة الناظر : ٣٠ ، شرح تنقيح الفصول :

٧٠ ، فواتح الرحموت مطبوعا مع المستصفي : ٦١/١ .

(٢) انظر شرح الكواكب : ٤٣٥-٤٣٨ ، تيسير التحرير : ١٢٨/٢ ، ٢٤٣ ،

شرح تنقيح الفصول : ٧٨-٨٠ ، حاشية العطار مع جمع الجوامع : ٦٦/١

- ٧٥ ، مواهب الجليل : ٢٣٢/٦ .

الأول :

المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية أن المخطئ

غير مكلف ، واليك بعض نصوصهم في هذا :

قال الشاطبي : العمل اذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية

وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها " (١)

وقال الآمدي : وأما الخاطئ فغير مكلف اجماعا فيما هو مخطئ فيه " (٢)

وقال ابن القيم : فعل الناسي والمخطئ بمنزلة فعل النائم في عدم

التكليف به " (٣)

وقال ابن حزم : الخطأ . . . مرفوع لا ينقض عملا ولا ايمانا ولا يوجب اثما

ولا حكما الا حيث جاء النص بأنه يوجب حكما . . . كالنص الوارد في ايجاب

الدية على العاقلة " (٤)

وقد استدل جماعة من هؤلاء بالقرآن والسنة ،

أما القرآن فقوله تعالى " وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَّا

تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا " آية (٥) سورة الأحزاب .

(١) الموافقات : ٣ / ٣٢٤ ، وانظر الفروق : ١ / ١٦٢ ، شرح تنقيح

الفصول + ٤٥٦ ، أحكام القرآن لابن العربي : ١ / ٤٧٤ ، قواعد ابن

المقري : لوحة (١١٨) .

(٢) الإحكام للآمدي : ١ / ١٥٤ ، وانظر مغنى المحتاج : ٤ / ٣ ، التمهيد

في تخرير الفروع على الأصول : ٤٩ .

(٣) اعلام الموقعين : ٤ / ٨٥ ، وانظر كشاف القناع : ٢ / ٣٢٠ ، المغنى

٥١٤ / ٨ .

(٤) الإحكام لابن حزم : ٧١٧ ، وانظر المحلى : ١ / ٦٨ .

وجه الدلالة :

أن الآية وردت في سياق النهي عن التنبس حيث كان الناس ينسبون الابن لغير أبيه فنهاهم الشارع عن ذلك وأمرهم بالحاق الابن بأبيه . ولكن الآية مع ذلك عامة لأن " الجناح " نكره في سياق النفس فيعم ، والمراد بـ " الجناح " التبعة ، وكذلك " ما " في قوله تعالى " فيما أخطأتم به " عامة في التنبس وغيره .

وعليه فالآية تفيد أنه لا تبعة على المخطئ وإنما التبعة على المعتمد فالآية إذاً تدل على أن المخطئ غير مكلف لعدم المؤاخذة .

قال القرطبي : وقد قيل : ان قول الله تبارك وتعالى " وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به " مجمل - يريد أنه عام بدليل التمثيل - أي : وليس

عليكم جناح في شيء أخطأتم به ، وكانت فتيا عطاء وكثير من العلماء على هذا إذا حلف رجل ألا يفارق غريمه حتى يستوفى منه حقه ، فأخذ منه ما يرى أنه جيد من دنائير فوجدها زيوفاً أنه لا شيء عليه ، وكذلك عنده إذا حلف ألا يسلم على فلان فسلم عليه وهو لا يعرفه أنه لا يحنت لأنه لم يتعمد ذلك (١)

ومن القرآن قول الله تبارك وتعالى " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا " الآية

- ٢٨٦ - سورة البقرة -

وقد ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال

الله عز وجل : قد فعلت " (٢)

(١) الجامع لاحكام القرآن : ١٤ / ١٢٠ ، وانظر أضواء البيان : ١ / ٢٣٢ ،

تفسير الطبري : ٢١ / ١٢١ ، تفسير الشوكاني : ٤ / ٢٦١ ، تفسير

القاسمي : ١٣ / ٤٨٢٧ ، أحكام القرآن للجصاص : ٥ / ٢٢٢ ،

المفردات في غريب القرآن : ١٠٠ .

(٢) صحيح مسلم : ١ / ١١٦ .

وجه الدلالة :

ان الله سبحانه وتعالى سُئِلَ رفع المؤاخذة عن المخطئ^١ فاستجاب لذلك ، وهذا يدل على عدم تكليف المخطئ^٢ فيما أخطأ فيه .

ونوقش الاستدلال بهذه الآية والتي قبلها بأن الآيتين تفيدان رفع الاثم عن المخطئ^٣ فقط ، ذلك أن المراد " بالمجنح " في الآية الأولى " عدم المؤاخذة " في الآية الثانية هو رفع الاثم وهذا امجمع عليه ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في حكم فعل المخطئ^٤ والآيتان لم يتطرقا لذلك فالمخطئ^٥ محاسب على أفعاله الاترى وجوب الدية والكفارة على القاتل خطأ . (١)

وأما السنة فمنها الحديث المشهور حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم " ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وفي رواية " ان الله تجاوز لى " وفي رواية " رفع " والحديث أخرجه ابن ماجة في سننه وابن حبان في صحيحه والحكم نسي المستدرك والطبراني في معجمه وأبو نعيم في الحلية وابن عدى في الكامل والبيهقى في سننه . وقد صحح الحديث الحاكم والذهبي وابن حبان والبوصيرى وحسن سنده النووى والمنارى والشوكانى ، وأعل الحديث الامام أحمد بن حنبل وابن أبى حاتم .

قال الشوكانى : وفي أسانيد هذا الحديث مقال ولكنها يقوى بعضها

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص : ٢٢٨/٢ ، ٢٢٢/٥ ، الجامع لأحكام القرآن : ٤٣١/٣ ، ١٢٠/١٤ ، أحكام القرآن لابن العربي : ٢٦٤/١ تفسير الشوكانى : ٣٠٨/١ .

بعضاً فلا تقصر عن مرتبة الحسن لغيره " (١)

هذا وخلاف العلماء انما هو في اسناد الحديث أما متنه فمتفق على صحته عندهم ، وقد تلقاه العلماء بالقبول وله شواهد ثابتة في القرآن والسنة تقدم بعضها .

وجه الدلالة :

يفيد هذا الحديث أن الله وضع أو رفع الخطأ عن هذه الأمة وما كان موضوعاً أو مرفوعاً فلا تكليف فيه ، ذلك أن المراد من الحديث رفع حكم الخطأ لأنه لما أضاف الرفع إلى ما لا ترتفع ذاته وهو الخطأ اقتضى رفع ما يتعلق به وهو الحكم ليكون وجود الفعل من المخطئ وعدمه واحداً . ولفظ " حكم " عام في أصل الوضع يشمل الحكم الدنيوي من حيث الصحة شرعاً ، كما يشمل الحكم الأخرى وهو المؤاخظة بالعقاب .

قال النووي : والمختار أنه عام فيعمل بعمومه إلا فيما دل دليل على تخصيصه كفرامة المتلفات " (٢)

ونوقش هذا : بأن التقدير في هذا المقام انما هو للضرورة ومعلوم أن الضرورة انما تقدر بقدرها فيحمل الحديث على نفي الاثم لأنه مجمع على رفعه ولا حاجة إلى اثبات صفة العموم ما دام الكلام أفاد بدونه . (٣)

(١) تفسير الشوكاني : ٣٠٩/١ ، وانظر سنن ابن ماجة : ٦٥٩/١ ، سنن البيهقي : ٣٥٦/٧ ، المستدرک : ١٩٨/٢ ، التيسير بشرح الجامع الصغير : ٣٤/٢ ، روضة الطالبين : ١٩٣/٨ ، نصب الراية : ٦٤/٢ - ٦٦ ، تلخيص الحبير : ٢٨١/١ - ٢٨٣ ، الدراية : ١٧٥/١ .
 (٢) روضة الطالبين : ١٩٣/٨ ، وانظر الموافقات : ٣٤٧/٢ ، روضة الناظر : ٩٥ ، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني : ٢٨٥ .
 (٣) انظر فواتح الرحموت مطبوعاً مع المستصفي : ٣٨/٢ ، تيسير التحرير : ٢٤٢/١ ، الاحكام للآمدي : ٢٤٩/٢ .

هذا والكلام في هذا الحديث له صلة وثيقة في كلام الأصوليين حول المقتضى وهل هو عام أم لا ؟ فلا بد من كلمة توضح ذلك .
المقتضى : هو ما لزم تقديره لصدق الكلام أو صحته العقلية أو الشرعية ،
وخصه الحنفية بما لزم تقديره لصدق الكلام أو صحته الشرعية .

وقد أجمع العلماء على أنه إذا دل الدليل على تعيين أحد الأمور الصالحة للتقدير فانه يتعين سواء كان عاما أو خاصا . ولكنهم اختلفوا فيما لو كان المقام يحتمل عدة تقديرات يستقيم الكلام بواحد منها ، أيقدر ما يعم تلك الأفراد أو يقدر واحد منها ؟

١ : ذهب أكثر الحنابلة والمالكية الى أنه يقدر ما يعم تلك الأفراد وجعلوا للمقتضى عموما ، وذلك لأن المقتضى بمنزلة المنصوص في ثبوت الحكم به فكما أن هذا يعم فكذلك ذلك .

٢ : وذهب أكثر الشافعية والحنفية الى أنه يقدر واحد منها فنسبوا فالمقتضى لا عموم له لأن التقدير في هذا المقام انما هو للضرورة ومعلوم أن الضرورة انما تقدر بقدرها ولا حاجة الى اثبات صفة العموم ما دام الكلام أفاد بدونه .

فمن استدل بهذا الحديث على عدم تكليف المخطئ ، يقول بعموم المقتضى لأن ضرورة صدق الكلام تشمل كل الأفراد التي تنطوي تحت لفظ " حكم " وهذا أقرب مجاز ملائم .

ومن منع الاستدلال بهذا الحديث لا يقول بعموم المقتضى فقد رأوا أن ضرورة التقدير تندفع بأحد نوعي الحكم المقدر وما دام وضع الحكم الأخرى وهو المؤاخذة بالعقاب متفقا عليه فقد أكتفى

بتقديره . (١)

ومن السنة أيضا ما أخرجه البخارى - بسنده - الى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يقول " انما الأعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى " الحديث (٢)

وجه الدلالة : يفيد الحديثان مدار الأعمال على النيات والمخطئ لم يكن قاصدا ما وقع منه إذ لا قصد له فيه ولا نية ولهذا فهو غير مكلف فيما وقع منه على سبيل الخطأ ، ذلك أن التكليف يستلزم ايقاع الفعل المكلف بنسبه أو اجتنابه على وجه التقرب الى الله تعالى به والقصد الى التقرب بفعل بعينه أو اجتنابه متضمن للعلم به حتى يصح القصد اليه دون غيره . ووقوع الشئ من المخطئ مع عدم العلم والقصد لا يصح التكليف به لأن التكليف يقتضى التقرب لله بما كلف به وهذا يستلزم القصد لذلك والقصد يستلزم العلم وغير العالم غير مكلف لما فى ذلك من الحرج والشريعة منزهة عن ذلك . (٣)

القول الثانى :

وذهب الحنفية الى أن المخطئ مكلف معذور . . قال فى

تيسير التحرير : المؤاخظة بالخطأ جائزة . . . غير أنه تعالى جعله

(١) انظر كشف الأسرار : ٢٣٥/٢ - ٢٣٨ ، تيسير التحرير : ٢٤١/١ - ٢٤٧
المستصفى : ٦١/٢ ، الاحكام للأمدى : ٢٤٩/٢ ، شرح الاسنوى : ٧٤/٢
جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٢١/٢ ، روضة الناظر : ٩٥ ، شرح الكوكب
٢٠٢ - ١٩٧/٣ ، التاج والاكليل مطبوعا مع مواهب الجليل : ٣٥٨/١ .

(٢) صحيح البخارى : ٢/١ .

(٣) انظر المستصفى : ٣٥٤ ، ٨٣/١ ، الاحكام للآمدى : ١٥٠/١ ، روضة الناظر : ٩٥ ، ٢٦ ، شرح الكوكب : ٤٩٠/١ ، الموافقات : ٣٤٢/٢ ، جمع الجوامع مع حاشية العطار : ٩٦/١ - ٩٩ ، تخرىج الفروع على الأصول

عذرا في اسقاط حقه تعالى " (١)

واستدوا بالقرآن والمعنى ،

أما القرآن فقد استدلوا بقول الله تعالى " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ . . . " الى قوله تعالى " فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا " آية - ٩٢ - سورة النساء .

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه (وجنب) على القاتل خطأ كفارة والكفارة عتق رقبة مؤمنة فمن لم يجد صام شهرين متتابعين ووجوب الكفارة على المخطئ دليل واضح أنه مكلف لأن الغالب في الكفارة معنى العقوبة ولا عقوبة من غير جنابة وجنابة المخطئ هي ترك التثبت والاحتياط وإذا ثبت أن الجنابة تقع من المخطئ فهذا دليل على أنه مكلف . وهذا ما يشعر به قول الله تعالى " توبة من الله " إذ لا توبة من غير جنابة ولا جنابة من غير تكليف (٢)

ومن القرآن أيضا قول الله تعالى " رَبَّنَا لَا تَوَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا "

الآية - ٢٨٦ - من سورة البقرة .

وجه الدلالة : أن سؤال المؤمنين الله أن لا يواخذهم على الخطأ دليل على أن المخطئ مكلف ، ذلك أن المواخذة لا تكون الا على معصية ولا معصية بدون تكليف اذ لا يقال : ربنا لا تواخذ المجنون ، وقد ثبت أن الله استجاب دعاءهم ورفع الاثم عنهم أما حكم الخطأ فغير مرفوع بدليل وجوب الكفارة على

(١) تيسير التحرير : ٣٠٥ / ٢ - ٣٠٦ ، وانظر كشف الأسرار : ٣٨١ / ٤ ، فواتح الرحموت : ١٦٥ / ١ .

(٢) انظر تفسير الفخر الرازي : ٢٣٦ / ١٠ ، قواعد ابن المقري : لوحة (٥٢) تيسير التحرير : ٣٠٦ / ٢ ، فواتح الرحموت : ١٦٥ / ١ ، كشف الأسرار : ٣٨١ / ٤ ، تبين الحقائق : ١٠١ / ٦ .

القاتل خطأ . (١)

وأما المعنى :

فان الخطأ مسبب عن فعل اختياري ، ذلك أنه يجب على المكلف عند القيام بالعمل التثبت والاحتياط حتى لا يقع في الخطأ ولكن المخطئ قد قصر حيث لم يتثبت فوق منه الخطأ وعدم الاحتياط والتثبت جنابة فما تولد عنهما - وهو الخطأ - يعتبر جنابة فتجوز المؤاخذة به . ومع أن المخطئ مكلف الا أنه معذور ذلك أن الخطأ فيه شبهة عدم الجنابة ولهذا رفع عنه الاثم الذي يقع على المتعمد فلا يؤخذ المخطئ بحمد ولا قصاص لأنهما يسقطان بالشبهات . ومع أن المخطئ غير آثم المتعمد الا أنه آثم ترك التحرز والاحتياط فهو آثم أقل من آثم .

قال الزيلعي : وهذا النوع من القتل - أي القتل الخطأ - لا يأثم آثم القتل - أي العمد - وانما يأثم آثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لأن الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها الا بشرط أن لا يؤدي أحدا فاذا أدى أحدا فقد تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لأنها ستارة ولا ستر بد من آثم " (٢)

هل يمكن الترجيح بين المذهبين ؟

قبل الجواب عن هذا السؤال لا بد من التنبيه على أمور :

الأول :

أن العلماء متفقون على أن المخطئ غير المقصر غير آثم ، وقد دل على هذا القرآن والسنة كما تقدمت الاشارة اليه . قال في تيسير التحرير : فلولا الاجماع على أن الأخرى - وهو رفع الاثم -

(١) انظر كشف الأسرار : ٣٨١ / ٤ ، تيسير التحرير : ٣٠٥ / ٢ ، فواتح الرحموت

٠ ١٦٥ / ١

(٢) تبين الحقائق : ١٠١ / ٦ ، وانظر تيسير التحرير : ٣٠٦ - ٣٠٥ / ٢ ، فواتح

الرحموت : ١٦٥ / ١ .

مراد ، توقف عن العمل بحديث " ان الله وضع عن أمتي الخطأ لا جماله . (١)

الثانى :

انتخبت أربعين مسألة من مسائل هذه الرسالة بعد أن فصلت القول فيها كما سيأتى فى الفصول القادمة ، وهذه المسائل شاملة لجميع أبواب الفقه ففيها من العبادات والمعاملات والعقوبات والقضاء وغير ذلك .
وقد تبين لى بعد انعام النظر فيها أن مناهج العلماء فى الخطأ وأثره فى الأحكام الشرعية ثلاثة .

والسبب فى تنوع المناهج أن المخطئ لم يقصد مخالفة الشارع بل قصد بعمله موافقته والعمل وإن كان مخالفا إلا أن الأعمال بالنيات ونية هذا العامل على الموافقة ومن لا يقصد مخالفة الشارع علنا لا يجرى مجرى المخالف بالقصد والعمل معا هذا نظر .

والنظر الآخر أن عمل المخطئ مخالف لما قصد الشارع فان قصد الشارع بالأمر والنهى الامتثال فاذا لم يمثل فقد خولف قصده ولا يعارض المخالفة موافقة القصد لأنه لم يحصل قصد الشارع فى ذلك العمل الذى صدر من المخطئ فلم يطابق القصد العمل وحينئذ فالامتثال غير حاصل .

فهل ننظر الى قصد المخطئ أو ننظر الى أنعمه وقع مخالفا لما قصده الشارع أو نعمل النظرين على الجملة ؟

قال الامام الشاطبى : ومن هنا صار فريق من المجتهدين الى تغليب جانب القصد فتلافوا من العبادات ما يجب تلافيه صححوا المعاملات ، ومال فريق الى الفساد باطلاق وأبطلوا كل عبادة أو معاملة خالفت الشارع مىلا منهم الى أن العمل متى كان مخالفا بطل ولو كان القصد موافقا ، وتوسط

فريق فأعملوا الطرفين على الجملة لكن على أن يعمل مقتضى القصد فى وجهه
ويعمل مقتضى الفعل فى وجهه " (١)

والنتيجة التى توصل إليها الشاطبى هى بعينها النتيجة التى عرفتہا بعد
بحث طويل واليك اياها مفصلة :

١ : يذهب الامام ابن حزم الى تغليب جانب القصد فعنده أن الخطأ لا
ينقض عملا ولا يوجب حكما الا حيث نص الشارع بأنه يوجب حكما .
واترك الكلمة له ليقرر مذهبه فهو يقول (٢) الخطأ يكون على ضربين :

(١) فعل لم يقصده الانسان أصلا وذلك كرجل رمى غرضا فأصاب انسانا
لم يقصده ، وكانسان جر نفسه فاستجر ذباها فدخل حلقه وهو
صائم أو أراد حك فخذة فمس ذكره - فهذا وجه وهو الذى يسميه
أهل الكلام " التولد " لأنه تولد عن فعله ولم يقصد هو فعله .
(ب) فعل قصد الانسان عمله الا أنه لم ينو بذلك طاعة ولا معصية ولا
نوى بذلك ما حدث من فعله ولا قصد الى بعض ما أمر به ولا الى
خلاف ما أمر به . . . كمن نسى أنه على طهارة فقصد الى مس ذكره
غير قاصد بذلك نقض وضوئه أو وطى امرأة لقيها فى فراشه عامدا
لوطئها وهو يظنها امرأته فاذا بها أجنبية أدخلت عليه ، أو قرأ
آية قاصدا الى الألفاظ التى قرأ يظنها من القرآن وهى بخلاف
ذلك فى القرآن . . . فهذا وجه ثان .

وكلاهما مرفوع لا ينقض شىء من ذلك عملا ولا ايمانا ولا يوجب اثما ولا حكما
الا حيث جاء النص بأنه يوجب حكما مما ذكرنا فيوقف عنده ويكون مستثنى من
الجملة التى ذكرنا منها طرفا كالنص الوارد فى ايجاب الدية على العاقلة .

(١) الموافقات : ٢ / ٣٤٤ - ٣٤٥ .

(٢) الأحكام لابن حزم : ٧١٧ - ٧١٨ .

وقد نهج هذا المنهج الامامان ابن تيمية وابن القيم ، فقد ذهبا الى أن من أصبح مفطرا يعتقد أن ذلك اليوم من شعبان ثم تبين خطأ اعتقاده بأن قامت البينة برؤية الهلال في أثناء النهار أنه لا قضاء عليه بل عليه نيئة الصيام ساعة صح الخبر والامسك بقية يومه عن المفطرات .
 وذهبا الى أن من أكل أو شرب أو جامع وهو يعتقد أنه ليل ثم تبين خطأ اعتقاده وأنه فعل ذلك في النهار ، فصومه صحيح ولا قضاء عليه .
 وذهبا الى أن من فعل المحلوف عليه مخطئا لا يحنث ،
قال ابن القيم : وعليه تدل الأدلة الشرعية الفاظها وأقيستها واعتبارها وهو مقتضى قواعد الشريعة . . . يوضحه أن الله تعالى قد رفع المؤاخظة عن المخطئ والناسي والمكروه فالزامه بالحنث أعظم مؤاخظة لما تجاوز الله عن المؤاخظة به " (١)

ب : وَعَلَبَ الْحَنْفِيَّةُ صورة الفعل على قصد المخطئ فذهبوا الى أن الخطأ ينقض الأعمال ولا يرفع الأحكام الا حيث جاء النص بأنه لا يوجب حكما .

وهذا هو منطق معتقد هم فهم يعتقدون أن المخطئ مكلف ، فعندهم بيع المخطئ ينعقد وذلك كمن أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه بعت هذا منك بألف .

وعندهم طلاق المخطئ يقع وذلك كمن أراد أن يقول لزوجته : اسقني ماء ، فجرى على لسانه : أنت طالق . (٢)

وعندهم تجب إعادة الصلاة على من صلى في ثياب نجسة ولو كان مخطئا إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه .

(١) أعلام الموقعين : ٨٤ / ٤ ، وانظر مجموع فتاوى ابن تيمية : ١١٠ / ٢٥ ، ٢٢٨ ، ٢٦٤ ، أعلام الموقعين : ٥٢ / ٢ .
 (٢) انظر كشف الأسرار : ٣٨١ / ٤ - ٣٨٢ ، فوائح الرحيموت : ١٦٥ / ١ ، تيسير التحرير : ٣٠٦ / ٢ - ٣٠٧ .

وعندهم تجب إعادة الصلاة على المخطئ* في سبب صلاة الخوف ، وذلك كما لو شاهد المقاتلون سواداً إبلاً فظنوه عدواً فصلوا صلاة شدة الخوف ثم تبين بعد ذلك خطأ ظنهم (١)

ومما لم يعملوا به لورود النص ما اذا أعطى المذكي زكاته لغير المستحق خطأ فعندهم من فعل ذلك لا يطالب بدفع زكاة أخرى بل يجزئه ما دفعه ، وذلك لحديث " لك مانهت يا زيد ولك ما أخذت يا معن " (٢) والحديث أخرجه البخاري وسيأتي مفصلاً في فصل الخطأ في أحكام الزكاة . وهكذا فالأمثلة كثيرة وسيأتي لها مزيد بيان مع مثيلات لها ان شاء الله تعالى .

وقريب من منهج الحنفية منهج الشافعية فهم غالباً ينظرون لصورة الفعل لا الى قصد المخطئ* ، وهذا منطبق مذهبهم إذ هم يعتقدون بل أكثرهم يعتقد أن العتضي لا عموم له فالمراد بحديث " إن الله وضع عن أمتي الخطأ " أي : إثم الخطأ . أما انهم يذهبون الى أن المخطئ* غير مكلف فسيأتي إيضاح هذه العبارة قريباً إن شاء الله .

واليك بعض الأمثلة على مذهبهم : فهم يذهبون الى أن من تيقن الخطأ في القبلة فعليه إعادة الصلاة ، ومن أخطأ في سبب صلاة الخوف فعليه إعادة الصلاة ، ومن أخطأ في مصرف الزكاة فعليه أن يدفعها مرة أخرى الى أهلها ولا يكفي بما سبق لخطئه ، ومن قتل شخصاً يعتقد أنه مرتد أو ذمياً أو قاتل أبيه ثم ابين خطأ اعتقاده فالقصاص

(١) انظر شرح فتح القدير : ٢٧٣/١ ، ٢٠٢٦/٢ ، البحر الرائق : ٣٠٤/١ ، بدائع الصنائع : ٦٣١/٢ .
 (٢) صحيح البخاري : ٢٢٥-٢٢٦ ، وانظر شرح فتح القدير : ٢٧٥/١ ، بدائع الصنائع : ٩١٧/٢ .

واجب عليه نظرا لما في نفس الأمر ولا عبرة بالظن البين خطؤه وما لا عبرة به شرعا لا يكون عذرا . (١)

وهكذا فالأمثلة كثيرة وسيأتى لها مزيد بيان مع مثيلات لها ان شاء الله .

ج : وينهج غالب المالكية والحنابلة منهاجا وسطا بين الفريقين فهم

يغلبون قصد المخطئ تارة ، وتارة يغلبون صورة الفعل .

وهذا هو منطق مذهبهم إذ هم يعتقدون أن المخطئ غير مكلف ، ويقولون بعموم المقتضى فالمراد عندهم بحديث " ان الله وضع عن أمتى الخطأ " أى :

حكم الخطأ والحكم عام .

فمن المسائل التى غلبوا فيها قصد المخطئ على صورة الفعل ، الخطأ فى معرفة القبلة فهذا لا تجب عليه إعادة الصلاة . والخطأ فى شرب الخمر فمن شرب ما يعتقد أنه لبنا فبان خمرا فلا حد عليه .

والخطأ فى صيغة اليمين فمن أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فيمينه غير منعقدة ولا كفارة عليه اذا حنث . (٢)

ومن المسائل التى غلبوا فيها صورة الفعل ، خطأ القصار كما اذا دفع الثوب لغير مالكه خطأ فعليه ضمانه لصاحبه ولا عبرة بظنه قال الرسول صلى الله عليه وسلم " على اليد ما أخذت حتى تؤدى " (٣)

(١) انظر روضة الطالبين : ١ / ٢١٩ ، ٢ / ٣٣٨ ، ٩ / ١٤٧ ، مغنى المحتاج :

١ / ٣٠٦ ، ٤ / ١٤ ، تحفة المحتاج : ١ / ٥٠٣ ، نهاية المحتاج :

٢ / ٣٧٢ ، اسنى المطالب : ١ / ٤٠٤ .

(٢) انظر كشف القناع : ٦ / ١١٨ ، ٢٢٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ / ١٢٧

٤ / ٣٥٢ ، شرح الزرقانى : ١ / ١٩٠ ، ٣ / ٥١ ، الفروع : ١ / ٣٨٨ ،

المدونة : ١ / ٩٢-٩٣ ، المحرر : ١ / ٥٢ ، المغنى : ٩ / ١٦٢ ، شرح

الخرشى : ٨ / ١٠٨ ، شرح منبهى الايرادات : ٣ / ٤٢٤ .

(٣) سنن الترمذى : ٣ / ٥٥٧ ، وانظر المدونة : ٤ / ٣٨٩ ، المغنى

ويذهب المالكية الى أن من نطق بكلمة الكفر خطأ فهو مرتد ولا عبرة بدعواه الخطأ (١) ، ويذهب الحنابلة الى أن المخطئ في صيغة الطلاق يقع طلاقه قضاء ولا عبرة بدعواه الخطأ . (٢)

وهكذا فالأمثلة كثيرة جداً وسيأتى لها مزيد بيان مع مثيلات لها ان شاء الله تعالى .

هذا وما توصلت اليه في هذا التنبيه فهو نتيجة عرفتها بعد انعام النظر في فروع الفقهاء ويشهد لهذه الحقيقة كلام الامام الشاطبي السابق . فان يكن ذلك صواباً فبتوفيق الله سبحانه وان يكن خطأ فالمخطئ غير آثم باجماع العلماء رحمهم الله تعالى .

(الثالث) :

تكاد تتفق المذاهب على حقيقة وهي أن المخطئ المقصر لا يعذر أما المخطئ غير المقصر فهو معذور ، ولهذا فالعلماء كثيراً ما يعللون سبب مؤاخذة المخطئ بأنه لم يتثبت ولم يحتط للأمر فهو مقصر والمقصر لا عذره .

واليك بعض نصوصهم في هذا :

١ - يذهب الحنفية الى من أكل أو شرب ناسياً لصومه فصومه صحيح أما اذا وقع ذلك منه على سبيل الخطأ فعليه القضاء .

وقد بين ابن الهمام الفرق بين الناسي والمخطئ بقوله :

لأن الوصول الى الجوف مع التذكر في الخطأ ليس الا لتقصيره في الاحتراز فيناسب الفساد إذ فيه نوع اضافة اليه بخلاف النسيان فانه برمته مندفع اليه

(١) انظر الشرح الكبير : ٣١٠ / ٤ ، شرح الخرشي : ٧١ / ٨ .

(٢) انظر المغني : ٣٨٦ / ٧ ، كشف القناع : ٢٤٦ / ٥ .

من قبل من الامساك حقه تعالى وتقدس فكان صاحب الحق هو المفوت لما يستحقه على الخلوص" (١)

ب- ويذهب المالكية الى أن البائع اذا أخطأ في محل البيع بأن اعتقد أنه يبيع حجرا ثم تبين بعد ذلك أنه ياقوت ، فحينئذ لا وجه لخطئه والذي يفوز بالياقوتة هو المشتري . أما اذا غلط البائع بأن قصد أن يخرج للمشتري ثوبا يساوي دينارا فأخرج له ثوبا يساوي أربعة دنانير ، فللبائع حينئذ أن يسترد الثوب الذي دفعه غلطا للمشتري اذا أتى بدليل على صدقه من رسم أكثر مما باع به أو شهادة قوم قاسموه البضاعة .

وقد بين الحطاب الفرق بين المسألتين بقوله " ووجه تفرقة مالك بين السذي يبيع الياقوتة جاهلا ، وبين من قصد اخراج ثوب بدينار فأخرج ثوبا بأربعة أن الأول جهل وقصر اذ لم يسأل من يعلم من هو ، والثاني غلط والغلط لا يمكن التوقي منه فيكون له أن يحلف ويأخذ ثوبه اذا أتى بدليل على صدقه" (٢)

ج- ويذهب الشافعية الى أن من اعتقد امامه مسلما أو عاقلا فبان كافرا أو مجنونا ، فصلاته غير صحيحة وعليه إعادة الصلاة . أما اذا اعتقد طهارة امامه من الحدث ثم تبين أنه محدث ، فصلاته صحيحة ولا إعادة عليه .

وقد بين زكريا الأُصارى الفرق بين المسألتين بقوله :
ويقتضى ان بان امامه امرأة أو خنثى أو مجنونا . . . لتقصيره بترك البحث عنهم لأنهم لا يخفون غالبا / ما لو بان محدثا لم يقض صلاته لانتفاء تقصيره " (٣)

(١) شرح فتح القدير : ٣٢٩/٢ .

(٢) مواهب الجليل : ٤٦٦/٤ - ٤٦٧ .

(٣) اسنى المطالب : ٢١٨/١ .

د - ويذهب الحنابلة الى أن المصلى اذا خفى عليه وقت الصلاة فتحرى وصلى ثم تبين أنه صلى قبل دخول الوقت ، فصلاته غير صحيحة وعليه إعادة الصلاة ، أما لو خفيت عليه القبلة في السفر فاجتهد في معرفتها وصلى ثم تبين أنه صلى لغير القبلة ، فصلاته صحيحة ولا إعادة عليه .

وقد بين الزبيراني الفرق بين المسألتين بقوله " والفرق أن الوقت يمكن معرفته يقيناً بأن يؤخر الصلاة بحيث تقع بعد الوقت قضاءً فإذا لم يؤخر فقد فرط فلم يجزئه ، بخلاف القبلة فإن فرض المصلى عند اشتباه القبلة الاجتهاد لا الاصابة بحيث لو اجتهد فأخطأ صحت صلاته ولو لم يجتهد فأصاب لم تصح فلم يجسب عليه غير الاجتهاد " (١)

هـ - بين الله سبحانه حكمه في قتل الخطأ ثم قال " توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً " آية - ٩٢ - سورة النساء .

قال الفخر الرازي : فان قيل : قتل الخطأ لا يكون معصية ، فما معنى قوله " توبة من الله " ؟ قلنا : فيه نوع من التقصير فان الظاهر أنه لو بالغ في الاحتياط لم يصدر منه ذلك الفعل ، ألا ترى أن من قتل مسلماً على ظن أنه كافر حرى فلو أنه بالغ في الاحتياط والاستكشاف فالظاهر أنه لا يقع فيه ، ومن رمى الى صيد فأخطأ وأصاب انساناً فلو احتاط فلا يرمى الا في موضع يقطع بأنه ليس هناك انسان فانه لا يقع في تلك الواقعة فقوله " توبة " تنبيه على أنه كان مقصراً في ترك الاحتياط " (٢)

هذا وأخلص من هذا العرض الى الحقائق التالية :

الأولى : أن العلماء متفقون على أن المخطئ غير آثم .

الثانية : أن العلماء متفقون على أن المخطئ المقصر أقل عذراً من المخطئ

(١) ايضاح الدلائل في الفرق بين المسائل : لوحة (٧) .

(٢) التفسير الكبير : ٢٣٦/١٠ - ٢٣٧ .

غير المقصر .

الثالثة : أن ابن حزم ومن وافقه يميلون الى تغليب قصد المخطئ على صورة فعله ، بينما الحنفية والشافعية يغلّبون صورة الفعل على قصد المخطئ ، وتوسط المالكية والحنابلة فعولوا على هذا تارة وذاك تارة أخرى .

إذا علم هذا فيمكن بيان وجهة نظري حولي هذا الموضوع على هذا النحو:

أولاً :

الخلافاً بين الحنفية والشافعية يكاد يكون في نظري نزاع في العبارة لأن الشافعية في غالب أحكامهم على المخطئ يعولون على صورة الفعل لا على قصد المخطئ ، ويكاد يكون هذا بعينه منهج الحنفية .
وحيث أن معنى قول الشافعية أن المخطئ غير مكلف وقول الحنفية المخطئ مكلف معذور ؟ .

الحق أنه يمكن الجمع بين القولين فيحمل قول الشافعية على أنه لا اثم على المخطئ في تلك الحال في فعل أو ترك ، وأن الخطاب لم يتوجه اليه حال ارتكابه الخطأ ، وما ثبت له من الأحكام المتعلقة به فبدليل خارج .
ويحمل قول الحنفية على أن الخطاب توجه الى المخطئ وتناوله وثبت حكم الفعل فيه لثبوت تقصيره حيث لم يتثبت حين وقع منه الفعل ، وامتنع تأثيمه لعدم قصده لما وقع منه . (١)

ثانياً :

الخلافاً بين الحنفية والشافعية وبين جمهور العلماء خلاف حقيقي ، ذلك أن فروع الفريقين ناطقة بذلك .

(١) انظر القواعد للبعلي : ٣٠ - ٣١ ، أحكام القرآن للجصاص :
٢٧٨/٢ ، التمهيد للأسنوي : ٤٩ .

والحق أن الترجيح في هذه المسألة - وهي مسألة عامة - فيه من الصعوبة الشئ الكثير ، ذلك أن اطلاق القول بالتكليف أو عدمه من غير تفصيل خلاف الأولى ، لأن الخطأ يدخل في أبواب من الفقه كثيرة فينبغي القول في كل مسألة بما ورد فيها فما ثبت فيه النقل أخذنا به ، وما لم يرد فيه شئ من ذلك أرجع الى القواعد العامة في الفقه الاسلامي شأن الأمور المستجدة التي لم ينص على حكمها .

مع العلم أن غالب أدلة الفريقين مشتركة فما يستدل به فريق على أن المخطئ مكلف يستدل به الآخر على أن المخطئ غير مكلف .

ولهذا قال ابن رجب :

" والأظهر والله أعلم أن الناسي والمخطئ إنما عفي عنهما بمعنى رفع الأثم عنهما لأن الأثم مرتب على المقاصد والنيات والناسي والمخطئ لا قصد لهما فلا اثم عليهما ، وأما رفع الأحكام عنهما فليس مراداً من هذه النصوص فيحتاج في ثبوتها ونفيها الى دليل آخر " (١)

.....

الكتاب الثاني

في بيان أثر الخطأ في أحكام العبادات.
وتحت فصول :

الفصل الأول : في الخطأ في أحكام الصلاة .

الفصل الثاني : في الخطأ في أحكام الزكاة .

الفصل الثالث : في الخطأ في أحكام الصيام .

الفصل الرابع : في الخطأ في أحكام الحج .

الفصل الخامس : في قواعد وضوابط الخطأ في
العبادات .

الفصل الأول

في الخطأ في أحكام الصلاة.
وتحت مباحث:

- المبحث الأول: في الخطأ في القبلة.
- المبحث الثاني: في الخطأ في الطهارة.
- المبحث الثالث: في الخطأ في التيمم.
- المبحث الرابع: في الخطأ في سبب صلاة الخوف.
- المبحث الخامس: في الكلام في الصلاة خطأ.
- المبحث السادس: في الخطأ في تعيين الإمام أو الميتم.
- المبحث السابع: في الخطأ في شروط صحة الإمامة.
- المبحث الثامن: في اللحن في القراءة خطأ.

المبحث الأول في الخطأ في القبلة .

أجمع العلماء على أن استقبال القبلة شرط في صحة الصلاة الا في أشدة
الخوف وفي النافلة في السفر وفي حالة العجز على تفصيل ذلك ، قال الله
سبحانه " وَحَيْثُ مَا كُنْتُمْ فَوَلُّوا وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُ " الآية (١)
وأخرج مسلم - بسنده - الى البراء بن عازب قال : صلينا مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم نحو بيت المقدس ستة عشر شهراً أو سبعة عشر شهراً ثم
صرفنا نحو الكعبة " (٢)

والمشاهد للكعبة يجب عليه أن يستقبل عينها والذي لا يستطيع مشاهدتها
يجب عليه أن يستقبل جهتها لأن هذا هو المقدر عليه .
ويمكن من أراد الصلاة معرفة جهة الكعبة بسؤال الثقات العارفين بها فان لم
يمكنه ذلك استدل بالمحاريب الاسلامية الصحيحة فان لم يمكنه ذلك استدل
بعلامات القبلة كالنجوم والشمس والقمر . . . وكذلك بيت الابرّة - البوصلّة -
والذي لا يحسن ذلك يقلد من يحسنه .

فاذا بذل العارف بأدلة القبلة جهده في معرفتها وصلى ثم ظهر له خطأ
اجتهاده فله حالان :

الحال الأولى :

أن يعلم خطأ اجتهاده وهو في الصلاة فهل ينحرف الى جهة القبلة ويبني
على ما سبق أو تبطل صلاته ويستأنف ؟
خلاف بين العلماء رحمهم الله تعالى :

(١) آية (١٥٠) من سورة البقرة .

(٢) صحيح مسلم : ٣٧٤ / ١ .

١ : ذهب ابراهيم النخعي وابن شهاب الزهري الى أن من كانت حاله كذلك فعليه أن يتحول ويبني على ما سبق .
وهذا هو المذهب عند الحنفية والحنابلة والظاهرية وهو الصحيح عند الشافعية إذا كان الخطأ مظنوناً ، وإلى هذا ذهب المالكية إذا كان المصلي أعمى والانحراف يسيراً . (١)

الأدلة :

استدل من ذهب هذا المذهب بقياسين :

الأول :

قياسه على ما حدث من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أخرج البخارى ومسلم - بسندهما - الى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال : بينا الناس بقباء فى صلاة الصبح إذ جاءهم آت فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل عليه الليلة قرآن وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها وكانت وجوههم الى الشام فاستداروا الى الكعبة * (٢)
فالدليل هو القياس على هذه الحادثة فكما أن أهل قباء صلوا فى أول تلك الصلاة الى القبلة المنسوخة جاهلين بوجوب التحول عنها وأجزأت عنهم مع ذلك ولم يؤمروا بالاعادة فكذلك حكم المخطئ لأن تبدل الرأى فى معنى انتساخ النص . (٣)

-
- (١) انظر المبسوط : ٢١٦ / ١ ، شرح فتح القدير : ٢٧٣ / ١ ، المغنى : ٣٢٦ / ١ ، كشف القناع : ٣١٠ - ٣١٢ / ١ ، مغنى المحتاج : ١٤٧ / ١ ، تحفة المتاج : ٥٠٣ - ٥٠٤ / ١ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى : ٢٢٧ / ١ ، المدونة : ٩٢ - ٩٣ / ١ ، المحلى : ٢٢٨ / ٣ - ٢٣٠ ، مصنف ابن أبى شيبة : ٣٣٥ / ١ - ٣٣٦ ، تبين الحقائق : ١٠١ / ١ - ١٠٢ ، البحر الرائق : ٣٠٤ - ٣٠٥ / ١ ، الانصاف : ١٨ / ٢ ، المبدع : ٤١٣ / ١ ، نهاية المحتاج : ٤٤٦ - ٤٤٧ / ١ ، شرح الزرقانى : ١٩٠ / ١ ، الفروع : ٣٨٨ / ١ ، بدائع الصنائع : ٣٤٤ / ١ .
(٢) صحيح البخارى : ١٧٨ - ١٧٩ ، صحيح مسلم : ٣٧٥ / ١ .
(٣) انظر فتح البارى : ٥٠٧ / ١ ، بدائع الصنائع : ٣٤٤ / ١ ، تبين الحقائق : ١٠٢ / ١ ، المغنى : ٣٢٥ / ١ .

ونوقش هذا الاستدلال بأن هناك فرقا بينهما فأهل قباء قد افتتحوا الصلاة الى ما شرع لهم من القبلة فلما علموا بالنسخ - وهم فى الصلاة - لم يجزؤا فسأد ما تقدم من الصلاة على الصحة إذ لا يمكن نسبة التقصير اليهم مع تمسكهم بالنص بخلاف المجتهد المخطئ فقد يكون قصر . (١)

ورد هذا بأن المجتهد المخطئ افتتح الصلاة الى ما شرع له أيضا لأن فرضه ما أده اليه اجتهاده فالقبلة حال الاشتباه هى جهة التحرى . (٢)

الثانى :

لا خلاف بين العلماء أن من بذل جهده فى معرفة القبلة ولم يبين له الخطأ أن صلاته صحيحة فذلك من بان له الخطأ - وهو فى الصلاة - بجامع أن ما مضى من صلاته كان صحيحا فجاز البناء عليه . (٣)

هذا دليل حكم المسألة اذا تيقن الخطأ وهو فى الصلاة بدليل من أدلة معرفة القبلة ، أما اذا تغير اجتهاده وهو فيها باجتهاد آخر فالحكم كذلك بدليل القياس ، ذلك أنه لا خلاف بين العلماء أن الحاكم اذا حكم فى قضية باجتهاده ثم تغير اجتهاده انه لا ينقض ما حكم به بالا جتهاد الثانى لعدم تناهيه فذلك اذا تغير اجتهاده وهو فى الصلاة يبني على ما سبق بجامع تغير الاجتهاد باجتهاد آخر . (٤)

ب : وذهب الأوزاعى الى أن من كانت حاله كذلك فعليه أن يستأنف الصلاة

-
- (١) انظر المنتقى : ٣٣٩/١ ، حاشية عميرة على شرح الجلال المحلى :
 ١٣٨/١ ، المجموع : ٢٢٥/٣ .
 (٢) أنظر أحكام القرآن للجصاص : ٨٠/١ .
 (٣) انظر المغنى : ٣٢٦/١ ، المهذب : ٧٥/١ .
 (٤) انظر المهذب : ٧٥/١ ، المبدع : ٤١٣/١ ، المبسوط : ٢١٦/١ .

واليه ذهب المالكية غير أنهم خصوه بالانحراف الكثير من المجتهد البصير،
والمذهب عند الشافعية وجوب استئناف الصلاة على من تيقن الخطأ في القبلة
وهو في الصلاة . (١)

واستدل بعض هؤلاء على مذهبهم بالقياس ، ذلك أن القاضي إذا ظهر له
الخطأ في الدليل قبل بت الحكم فلا يجوز له الحكم وإذا حكم كان حكمه باطلا
فذلك المصلي إذا بان له الخطأ وهو في الصلاة يجب عليه استئناف الصلاة
والا فصلاته باطلة ، بجامع ظهور الخطأ قبل الكمال (٢)

هذا إذا تيقن الخطأ وكذلك الحكم إذا ظنه بدليل القياس أيضا ، ذلك
أن الحاكم لا يجوز له أن يحكم في قضية واحدة باجتهدين فكذلك المخطئ في
الصلاة لا يجوز له أن يصلي صلاة واحدة باجتهدين ، بجامع أن كليهما مجتهد
قد أخطأ . (٣)

ونوقش هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق ، ذلك أن الصلاة تتسع لاجتهادين
لطولها بخلاف حكم الحاكم ، فالواقع أن في الصلاة حكمن حكما على ما مضى
بناء على ما رآه المصلي من الدليل وحكما على ما يأتي بناء على تغير رأيه في
الدليل الأول بخلاف القضاء فان فيه حكما واحدا بناء على دليل واحد تفسير
رأيه فيه ، والذي يبين هذا الفرق قصة تحول الصحابة بناء على الخبر الذي روى
لهم فان الوحى صح ما مضى وما يأتي بناء على الدليلين فكذلك ههنا نصح

(١) انظر فقه الأوزاعي : ١٥٧/١ ، اسنى المطالب : ١٣٩/١ ، نهاية المحتاج

: ٤٤٦-٤٤٧ ، شرح الجلال المحلي على المنهاج : ١٣٨-١٣٩

شرح الخرشي : ٢٦٠/١ ، مواهب الجليل : ٥١٠/١ ، الشرح الكبير

للدردير : ٢٢٧/١ .

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٢٧/١ .

(٣) انظر المذهب : ٧٥/١ .

ما مضى وما يأتى بناءً على الاجتهادين (١).

الترجيح :

والذى أميل اليه هو المذهب الأول الذاهب الى أن المجتهد اذا بذل جهده فى معرفة القبلة صلى ثم علم خطأ اجتهاده وهو فى الصلاة ، فعليه أن يتحول الى القبلة ويبنى على ما سبق من صلاته ، وذلك للأسباب الآتية :

الأول : استدلال الفريق الثانى على مذهبه بقياس المجتهد المخطئ فى صلاته على الحاكم اذا ظهر له الخطأ فى الدليل قبل بت الحكم فكما أن هذا لا يجوز فذاك كذلك ، أقول ان هذا القياس مع الفارق لأن المجتهد قد شرع فى الصلاة والحاكم لم يشرع فى الحكم .
الثانى : الصلاة المؤداة الى الجهة التى أداء اجتهاده اليها مؤداة الى القبلة ، لأنها هى القبلة حال الاشتباه فلا يمكن ابطال ما تقدم من صلاته مع أنه صحيح .

الثالث : هذا المذهب هو الذى يساير سماحة الاسلام ويسره .
فما جعل الله سبحانه على المسلمين من حرج فى دينهم .

.....

(١) انظر المدع : ٤١٣/١ .

الحال الثانية :

أن يعلم المجتهد في معرفة القبلة خطأ اجتهاده بعد الصلاة وقد اختلف العلماء في هذه الحالة واختلفوا الى ثلاثة أقوال :

١ : ذهب عطاء و ابراهيم النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وحماد وسفيان الثوري وابن المبارك واسحاق والمزني ، الى أن من كانت حاله كذلك فصلاته صحيحة ولا اعادة عليه .

وهذا هو المذهب عند الحنفية والحنابلة والظاهرية ، وهو المذهب عند الشافعية اذا كان الخطأ مذنوباً . (١)

واستدل هؤلاء بالسنة والقياس ،

أما السنة فقد أخرج الطبراني في الأوسط بسنده الى معاذ بن جبل قال " صلينا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في يوم غيم في سفر الى غير القبلة فلما قضى الصلاة وسلم تجلت الشمس ، فقلنا : يا رسول الله صلينا الى غير القبلة ، فقال " قد رفعت صلاتكم بحقها الى الله عز وجل " .

قال الهيثمي : وفيه أبو عبيدة والد ابراهيم ذكره ابن حبان في الثقات واسمه شمر بن يقظان " (٢)

وأخرج أبو داود الطيالسي والدارقطني والترمذي - واللفظ له - وابن ماجه والبيهقي - باسنادهم الى عامر بن ربيعة قال : كنا مع النبي صلى الله

(١) انظر مصنف ابن أبي شيبة : ١ / ٣٣٥-٣٣٦ ، الجامع لأحكام القرآن : ٢ / ٨٠ ، أحكام القرآن للجصاص : ١ / ٧٧ ، سنن الترمذي : ٢ / ١٧٧ ، سنن البيهقي : ٢ / ١٣ ، المبسوط : ١ / ٢١٦ ، البحر الرائق : ١ / ٣٠٤-٣٠٥ ، شرح فتح القدير : ١ / ٢٧٢ ، كشف القناع : ١ / ٣١٠-٣١٢ ، المحرر : ١ / ٥٢ ، الفروع : ١ / ٣٨٨ ، المحلى : ٣ / ٢٢٨-٢٣٠ ، مغنى المحتاج : ١ / ١٤٧ ، روضة الطالبين : ١ / ٢١٩ ، المجموع : ٣ / ٢٢٥ .

(٢) مجمع الزوائد : ٢ / ١٥ .

تعالى عليه وسلم فى سفر فى ليلة مظلمة ، فلم ندر أين القبلة ، فصلى كل رجل
متأ على حياله ، فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فنزل
" فَأَيْنَمَا تُولُوهُ فَثُمَّ وَجْهَ اللَّهِ " (١) (٢)

وأخرج الدارقطنى - واللفظ له - والحاكم والبيهقى - باسانيدهم - السى
جابر بن عبد الله قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى مسير
أو سفر فأصابنا غيم فتحيرنا فاختلفنا فى القبلة ، فصلى كل رجل منا على حده
وجعل أحدهنا يخط بين يديه لنعلم أمكنتنا ، فذكرنا ذلك للنبي صلى الله
عليه وسلم ، فلم يأمرنا بالاعادة وقال : قد أجزأت صلاتكم " (٣)

وجه الدلالة :

تفيد هذه الأحاديث أن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم كانوا مع
النبي صلى الله عليه وسلم فى سفر ولم يتمكنوا من معرفة القبلة اما لغيم أوظلمة
فاجتهدوا وتحروا وصلوا ثم تبين لهم بعد ذلك أنهم صلوا لغير القبلة ، ولما
سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك بين لهم أن صلاتهم قد أجزأت .
وهذا يدل على أن كل من بذل جهده فى معرفة القبلة وصلى ثم تبين
له بعد ذلك خطأ اجتهاده أن صلاته صحيحة ولا اعادة عليه . (٤)

مناقشة هذه الأحاديث ، قال الترمذى عن حديث عامر بن ربيعة : هذا
الحديث اسناده ليس بذاك " وأما حديث جابر بن عبد الله فقد ضعف اسناده

(١) آية (١١٥) من سورة البقرة .

(٢) سنن الترمذى : ١٧٦ / ٢ ، منحة المعبود : ٨٥ / ١ - ٨٦ ، سنن الدارقطنى :

٢٧٢ / ١ ، سنن ابن ماجة : ٣٢٦ / ١ ، سنن البيهقى : ١١ / ٢ .

(٣) سنن الدارقطنى : ٢٧١ / ١ ، المستدرک للحاكم : ٢٠٦ / ١ ، سنن

البيهقى : ١٠ / ٢ .

(٤) انظر الهداية مع شرح فتح القدير : ٢٧١ / ١ .

الدارقطنى والذهبي فى تعليقه على المستدرك للحاكم ، وقال البيهقى :
 ولم نعلم لهذا الحديث اسنادا صحيحا قويا * (١)
 لهذا فالذى يوجب من العلماء الاعادة على المجتهد المخطئ فى القبلة يقول
 ان هذه الأحاديث ضعيفة فكيف يحتج بها . (٢)

ورد جماعة من العلماء هذه المناقشة بقولهم : ان حديث عامر بن ربيعة
 وحديث جابر بن عبد الله وان كان فيهما مقال للمحدثين الا أنهما شواهد
 كحديث معاذ بن جبل فيقوى بعضها بعضا فتصلح للاحتجاج بها . (٣)

وأما القياس :

فان الخائف له أن يصلى الى غير القبلة اذا لم يتمكن من استقبالها
 ولا تجب عليه اعادة الصلاة بالاتفاق ، فكذلك المخطئ فى استقبال القبلة
 لا تجب عليه اعادة الصلاة بجامع أن كليهما عاجز عن الاستقبال الصحيح فهو
 معذور . (٤)

ب : وذهب الزهري والحسن وربيعة وابن أبى سلمة الى أن من كانت حاله
 كذلك فعليه اعادة الصلاة ما لم يخرج وقتها . (٥)
 والمذهب عند المالكية أن البصير المنحرف كثيرا عن القبلة يعيد فى الوقت

الذي مضى .

(١) سنن الترمذى : ١٧٦ / ٢ ، سنن الدارقطنى : ٢٧١ / ١ ، المستدرك للحاكم :

٢٠٦ / ١ ، سنن البيهقى : ١٢ / ٢ ، نصب الراية : ٣٠٤ / ١ - ٣٠٥ ، الدراية

١٢٥ / ١

(٢) انظر بداية المجتهد : ١١٢ / ١ ، المحلى : ٢٣١ / ٣ ، المجموع : ٢٢٥ / ٣

٢٢٦ -

(٣) انظر تفسير ابن كثير : ١٥٩ / ١ ، سبل السلام : ١٣٤ / ١ ، نيل الأوطار

: ١٨٥ - ١٨٦ ، شرح أحمد شاكر على سنن الترمذى : ١٧٧ / ٢ ،

ارواء الغليل : ٣٢٤ / ١

(٤) انظر المغنى : ٣٢٥ / ١ ، أحكام القرآن للجصاص : ٧٩ / ١

(٥) انظر مصنف ابن أبى شيبة : ٣٣٦ / ١ ، فتح البارى : ٥٠٥ / ١ ، أحكام القرآن

للجصاص : ٧٧ / ١ ، حاشية الرهونى : ٣٥٧ - ٣٥٨ ، سبل السلام : ١٣٤ / ١

استحباباً . (١)

وقد استدل من قال بوجوب الاعادة فى الوقت بحديث عامر بن ربيعة المتقدم سياقه قريباً .

وجه الدلالة :

ان حديث عامر بن ربيعة يدل على أن جماعة من الصحابة خفيت عليهم القبلة وهم فى سفر فتحروا وصلوا ثم تبين لهم بعد ذلك أنهم صلوا الى غير القبلة وأخبروا النبى صلى الله عليه وسلم بعد خروج وقت الصلاة ولم يأمرهم بالاعادة .

فدل ذلك على أن المخطئ فى القبلة لا تجب عليه اعادة الصلاة اذا خرج وقتها ، أما والوقت باق فعليه اعادة الصلاة لتوجه الخطاب مع بقاء الوقت . (٢)

هذا دليل من قال بوجوب الاعادة فى الوقت ، أما من قال باستحباب الاعادة فيه فقد ذهب هذا المذهب لأن المخطئ قد يكون قصر فى تحريره فيعيد نظراً لادراك فضلية الوقت ولمراعاة خلاف العلماء . (٣)

جـ - وذهب حميد بن عبد الرحمن وطاوس والمغيرة الى أن من كانت حاله كذلك فعليه اعادة الصلاة فى الوقت وبعده ولم يفرق هؤلاء بين تيقن الخطأ أو ظنه . (٤)

-
- (١) انظر الشرح الكبير للدردير : ٢٢٧/١ ، المدونة : ٩٢/١-٩٣ ، شرح الزرقانى : ١٩٠/١ ، شرح الخرشى : ٢٦٠/١ ، مواهب الجليل والتاج والاكليل : ٥١٠/١ ، حاشية الرهونى : ٣٥٦/١-٣٥٨ .
- (٢) انظر سبل السلام : ١٣٤/١ .
- (٣) انظر حاشية الرهونى : ٣٥٨/١ ، المنتقى : ٣٣٩/١ .
- (٤) انظر مصنف ابن أبى شيبة : ٣٣٦/١ ، الجامع لأحكام القرآن : ٨٠/٢ ، حاشية الرهونى : ٣٥٦/١-٣٥٨ .

والمذهب عند الشافعية أن من تيقن الخطأ فعليه الاعادة مطلقا . (١)

وقد استدل هؤلاء بالقياس ذلك أن الحاكم اذا حكم بالاجتهاد فى قضية ثم وجد النص بخلاف ذلك الحكم ، عليه أن لا يعتد بحكمه ويجب عليه الرجوع الى الحكم بالنص الذى يأمن معه وقوع الخطأ فى الحكم مرة أخرى .
فكذلك المخطئ فى القبلة عليه أن لا يعتد بصلاته الأولى ويجب عليه القضاء الذى يأمن معه وقوع الخطأ مرة أخرى ، وعلة القياس ظهور الخطأ فى الحالين .^(٢)

ورد عن هذا القياس بأنه -قياس مع الفارق ذلك أن من أراد الصلاة وخفيبت عليه القبلة له الاجتهاد فى معرفتها مع علمه أن لله نوا فى وجوب استقبال القبلة والحاكم ليس له الاجتهاد فى حادثة مع علمه أن لله نوا فيها . (٣)

الترجيح :

والذى أصيل اليه هو القول الأول الذاهب الى أن المخطئ فى القبلة لا يعيد الصلاة وذلك لأمر :

الأول : حديث عامر بن ربيعة حجة فهو حسن لغيره لشواهدة وتعدد طرقه
وإذا كان كذلك فهو صريح فى المسألة ولا مجال للقياس مع وجود النص .

الثانى : حديث معاذ بن جبل فيه التصريح بأن ذلك كان بعد الفراغ من الصلاة قبل انقضاء الوقت ومع ذلك لم يأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم

(١) انظر روضة الطالبين : ٢١٩/١ - ٢٢٠ ، اسنى المطالب : ١٣٩/١ ،

شرح الجلال المحلى : ١٣٨/١ - ١٣٩ ، مغنى المحتاج : ١٤٧/١

تحفة المحتاج : ٥٠٣/١ - ٥٠٤ ، نهاية المحتاج : ٤٤٦/١ - ٤٤٧

(٢) انظر المهذب : ٧٥/١ ، مغنى المحتاج : ١٤٧/١ .

(٣) انظر أحكام القرآن للجصاص : ٨٠/١ .

عليه وسلم باعادة الصلاة ، فدل ذلك على أنه لا فرق في عدم
وجوب الاعادة بين بقاء الوقت وعدمه .

الثالث : أن هذا هو الذي يساير سماحة الاسلام ويسره ، فالمجتهد في
معرفة القبلة قد بذل جهده في ذلك وايجاب الاعادة عليه
مع ذلك فيه حرج وهو منتف شرعا .

.....

المبحث الثانى الخطأ فى الطهارة

الطهارة ضربان ، طهارة عن حدث ، وطهارة عن نجس ، والطهارة عن الحدث شرط فى صحة الصلاة بلا خلاف بين العلماء .
أخرج البخارى بسنده الى ابن عباس قال : مرّ النبي صلى الله عليه وسلم بقبرين ، فقال : إنهما ليُعذبان وما يعذبان فى كبير ، أما أحدهما فكان لا يستتر من البول الحديث . (١)

وأخرج مسلم بسنده الى أبى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تُقبلُ صلاةٌ أحدكم إذا أحدث حتى يتوضأ " . (٢)

وذهب جمهور العلماء من السلف والخلف الى أن الطهارة عن النجس شرط فى صحة الصلاة أيضا قال الله سبحانه " وَثِيَابَكَ فَطَهِّرْ " . (٣)
فاذا كان ذلك كذلك فساذكر فى هذا المبحث مسألتين :

المسألة الأولى : فى الخطأ فى طهارة الثياب .

إذا اشتبه ثوب طاهر بثياب نجسة فهل يلزم من أراد الصلاة التحرى ويصلى فى الذى يؤدي اجتهاده الى طهارته أم يمنع من التحرى ويكرر الصلاة بعدد الثياب النجسة ويزيد صلاة ؟

ذهب الامام أحمد وجماعة من العلماء الى أنه يصلى فى كل ثوب بعدد الثياب النجسة ويزيد صلاة ، وذهب جمهور العلماء الى أن من كانت حاله كذلك فعليه أن يتحرى ويصلى فى الذى يؤدي اجتهاده الى طهارته .
واستدل الجمهور بالقياس ، ذلك أنه لا خلاف بين العلماء فى جواز التحرى

(١) صحيح البخارى : ١٠٨ / ١ .

(٢) صحيح مسلم : ٢٠٤ / ١ .

(٣) آية (٤) من سورة المدثر .

لمعرفة القبلة فكذلك يجوز التحرى فى الثياب لمعرفة الطاهر من النجس ،
وعلة القياس أن الطهارة عن النجس واستقبال القبلة شرطان من شروط الصلاة
مشتببه فى تحصيله فيمكن التوصل اليهما عن طريق الاجتهاد . (١)
هذا واذا مشينا على مذهب الجمهور وصلى المجتهد بذلك الثوب الذى
ظنه طاهراً ثم تبين بعد ذلك خطأ اجتهاده وأن الذى صلى به هو الثوب
النجس فهل يعيد الصلاة ؟

ا : المذهب عند الحنفية والشافعية أنه يعيد الصلاة أبداً ، لأن العبرة
بما فى نفس الأمر لا لما ظنه المكلف إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه
ومالا عبرة به شرعا لا يكون عذرا . (٢)

ب : والمشهور عند المالكية أن الاعادة لا تجب عليه لكن يستحب له اعادة
الصلاة ما لم يخرج وقتها حتى يدرك فضيلة الوقت . (٣)
ومالك سار فى هذه المسألة على قاعدته التى يقررها الباجى بقوله : " وذلك
ان ما تردد الأمر فيه عنده بين الجواز والفساد أمره بالتعام لثلا يبطل عملا
يختلف فيه ثم يعيده ليؤدى العبادة بيقين " (٤)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو المذهب القائل بوجوب الاعادة أبداً ، وذلك لما

-
- (١) انظر المجموع : ١٥١/٣ ، المغنى : ٤٧/١ ، البحر الرائق : ٣٠٥/١
مواهب الجليل : ١٦٠/١ ،
(٢) انظر المجموع : ١٥٤/٣ ، تحفة المحتاج : ١٢٠/٢ - ١٢١ ، نهاية
المحتاج : ١٨-١٧/٢ ، مغنى المحتاج : ١٨٩/١ ، البحر الرائق : ١/
٣٠٥-٣٠٤ ، فتح القدير : ٢٧٣/١ ، تبين الحقائق : ١٠٢/١ ، بدائع
الصنائع : ٣٤٤/١ - ٣٤٥ .
(٣) انظر مواهب الجليل : ١٦١/١ ، شرح الخرشي : ١١٤/١ ، شرح
الزرقانى : ٤٨-٤٩ ،
(٤) المنتقى : ٣٣٩/١ .

ذكره ، ولأن هناك فرقاً بين المخطئ في القبلة والمخطئ في الثياب فمن تلك الفرق أن الاشتباه بين الثياب الطاهرة والثياب النجسة انما حصل بتفريط المجتهد إذ كان بإمكانه تعليم النجس أو غسله وبذلك يزول الاشكال بخلاف المخطئ في القبلة حيث ذهبت الى أنه لا يعيد الصلاة وذلك لعدم تفريطه فقد لا يتمكن من معرفة القبلة لا اعتبارات خارجة عن ارادته كالغييم والظلمة .

ومن تلك الفرق أن القبلة تقبل الانتقال من جهة الى جهة كما في حالة الخوف فذلك في حال الاشتباه فلا يعيد بخلاف طهارة الثياب فانها لا تقبل الانتقال فيعيد . (١)

المسألة الثانية : في الخطأ في طهارة الماء .

إذا اشتبهت المياه الطاهرة بالمياه النجسة فهل لمن أراد الصلاة أن يجتهد ويتطهر بما يغلب على ظنه طهارته أم لا ؟
المذهب عند الحنابلة أنه لا يجوز التحرى فيها بحال بل يتيم ، لأنه إذا اجتهد قد يقع في النجس ولا صلاة في وضوءه بما نجس . (٢)

والمذهب عند المالكية ان من كانت حاله كذلك فعليه أن يصلى صلوات بعدد النجس وزيادة اثناء كل صلاة بوضوء، وذلك لأنه لا يمكنه أداء فرضه بيقين الا على هذه الصورة فلزمته . (٣)

والمذهب عند الحنفية والشافعية ان من كانت حاله كذلك فعليه أن يجتهد ويتطهر بما يغلب على ظنه طهارته واشترط الحنفية أن يكون عدد الطاهر أكثر من عدد النجس والا فلا يجوز التحرى .

(١) انظر تبیین الحقائق : ١٠٢ / ١ .

(٢) انظر المغنى : ٤٤ / ١ - ٤٥ ، كشاف القناع : ٤٧ / ١ - ٤٨ ، المبدع : ٦١ / ١ .

٠ ٦٢ -

(٣) انظر المنتقى : ٦٠ / ١ ، مواهب الجليل : ١٧٠ / ١ ، الشرح الكبير للردير

٠ ٨٣ / ١

وعلة التحرى فى هذه المسألة القياس على جوازه فى مسألة القبلة وقد سبق بيان وجه القياس فى مسألة الخطأ فى الثياب فليرجع اليه من شاء . (١)

هذا فاذا مشينا على مذهب من أجاز الاجتهاد صلى مريد الصلاة بالماء الذى ظنه طاهرا ثم علم نجاسته وخطأ اعتقاده فهل يعيد الصلاة ؟

المذهب عند الحنفية والشافعية هو وجوب غسل ما أصابه من ذلك الماء النجس وإعادة الصلاة ، ودليل هذه المسألة القياس ، ذلك أن الحاكم إذا حكم فى قضية ثم وجد النص بخلاف حكمه فعليه أن يرجع الى الحكم بالنص الذى يأمن معه وقوع الخطأ فى الحكم مرة أخرى ، فكذلك المخطئ فى المياهد عليه أن لا يعتد بصلاته الأولى ويجب عليه إعادة الصلاة حتى يأمن وقوع الخطأ مرة أخرى ، وعلة القياس هى تيقن الخطأ فى الحالين والأمن من الخطأ فى حالة الاعادة . (٢)

فان قيل : فما الفرق بين الخطأ فى طهارة الماء حيث يعيد الصلاة ، والخطأ فى معرفة القبلة حيث لا يعيد الصلاة ؟

يجيب على هذا السؤال بدر الدين البكرى الشافعى حيث يقول : الفرق أن القبلة يجوز العدول عنها فى حالة العذر واذا أخطأ فى اجتهاده فهذا عذر فجاز أن يعدل عنها وليس كذلك الماء النجس فانه لا يجوز استعماله فى حال العذر بحال فلذلك لا نجعل خطأه فيه عذرا فدل على الفرق بينهما . (٣)

-
- (١) انظر المجموع : ٢٣٦/١ ، مغنى المحتاج : ٢٦/١-٢٨ ، نهاية المحتاج : ٩٦ ، ٨٨/١ ، البحر الرائق : ٣٠٥/١ ، حاشية ابن عابدين : ٣٤٧/٦ .
 (٢) انظر المجموع : ٢٤٢/١ ، نهاية المحتاج : ٩٦-٨٨/١ ، مغنى المحتاج : ٢٨-٢٦/١ ، البحر الرائق : ٣٠٤/١-٣٠٥ ، تبين الحقائق : ١٠٢/١ .
 شرح فتح القدير : ٢٧٣/١ .
 (٣) الاعتناء فى الفروق والاستثناء : لوحة (٣٠) .

المبحث الثالث

فى الخطأ فى التيمم

التيمم جائز بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقد قال الله سبحانه
 " وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَسْتُمْ مِنَ النِّسَاءِ
 فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا " الآية . (١)

وأما السنة فقد أخرج البخارى - بسنده - الى عمران بن حصين الخزاعى
 أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً معتزلاً لم يصل فى القوم ، فقال
 يا فلان ما منعك أن تصلى فى القوم . فقال : يا رسول الله أصابتني جنابة
 ولا ماء . قال : عليك بالصعيد فإنه يكفيك . (٢)

وأما الاجماع فقد اجتمعت الأئمة على جواز التيمم فى الجملة .
 وإذا كان ذلك كذلك فإن الذى يتعلق بموضوعنا فى باب التيمم صور كثيرة لعل
 من أهمها المسألتين الآتيتين :

المسألة الأولى :

إذا تيمم العادم للماء ثم طلع عليه ركب يظن أن معهم ماء ثم بان خطأ
 ظنه فهل يبطل تيممه أم لا ؟
 ١ : المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة أن تيممه قد بطل وعليه إعادة
 التيمم ، وذلك لأن التيمم العادم للماء لما طلع عليه هذا الركب توجه
 عليه طلب الماء وإذا توجه عليه طلبه بطل التيمم لأن الطلب شرط فى صحة
 التيمم . (٣)

- (١) آية (٦) من سورة المائدة .
 (٢) صحيح البخارى : ١٥٦ / ١ .
 (٣) انظر مواهب الجليل : ٣٥٧ / ١ ، شرح الزرقانى : ١٢٤ / ١ ، حاشية
 العدوى على الخرشى : ١٩٦ / ١ ، المجموع : ٢٨٤ / ٢ ، المغنى : ١٩٩ / ١
 المبدع : ٢٢٦ / ١ ، شرح منتهى الايرادات : ٨٩ / ١ .

وقد ناقش ابن قدامة استدلال الجمهور بقوله : وجوب الطلب ليس بمبطل للتيمم لأن كونه مبطلا إنما يثبت بدليل شرعي وليس في هذا نص ولا معنى نص فينتفى الدليل* (١)

ب : وذهب أبو حنيفة وهو احتمال/الحنابلة إلى أن تيممه صحيح ، واستدلوا بالقياس ، ذلك أن المتطهر بالماء إذا شك في الحدث فلا أثر لهذا الشك على طهارته لأن اليقين لا يزول بالشك فكذلك من تيمم بالتراب ، بجامع أن الطهارة المتيقنة لا تبطل بالشك . (٢)

هذا وسبب الخلاف هل الطلب للماء عند عدمه من شروط صحة التيمم أم لا ؟ فالجمهور يذهبون إلى أنه من شروط صحة التيمم ، وأبو حنيفة يذهب إلى أنه ليس بشرط لصحة التيمم إلا إذا كان بحضرة أحد يخبره بقرب الماء أو غلب على ظنه قرب الماء ، فمن قال الطلب من شروط الصحة أبطل تيممه ومن لم يعتبره من شروط الصحة لم يبطله .

الترجيح : والذي أميل إليه هو قول أبي حنيفة ومن وافقه لأن المرخص للتيمم هو فقد الماء وفقد الماء بعد ظن وجوده باق فبقى المرخص .

المسألة الثانية :

إذا وضع المسافر ونحوه الماء في رحله ثم طلبه فلم يجده وصلّى بالتيمم ظنا منه أن الماء قد فقد ثم بان خطأ ظنه ووجد الماء فهل يعيد الصلاة أم لا ؟

١ : المذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن من كانت حاله كذلك فعليه

(١) المغنى : ١/١٩٩ .

(٢) انظر المغنى : ١/١٩٩ ، حاشية ابن عابدين : ١/٢٥١ ، الهداية مع

فتح القدير : ١/١٤١ ، البحر الرائق : ١/١٧٠ .

اعادة الصلاة ، ذلك أنه قد قصر في البحث عن الماء فكيف يصح تيممه وتصح صلاته مع أن الماء موجود ؟ وظنه لا عبرة به لأن هذا الظن قد بان خطؤه وما لاعبرة به شرعا لا يكون عذرا" . (١)

ب : والمذهب عند المالكية أن من كانت حاله كذلك فتستحب له الاعادة ففى الوقت فقط ، وقد استدلوا بالحديث المشهور حيث قال رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم " ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وقد تقدم تخريجه .

وجه الدلالة :

ان هذا الحديث يفيد أن الله سبحانه قد عفى عن المخطئ فيما يصدر منه حال خطئه والذي وضع الماء في رحله ثم طلبه فلم يجده وظن عدم وجوده فتيمم صلى ثم تبين خطأ ظنه لا اعادة عليه لأن الله قد تجاوز عن خطئه . ولكن مع هذا فان هذا النص قد يعارض نصا آخر والنص الآخر هو آية التيمم فان الله انما أباح التيمم عند فقد الماء وهذا واجد للماء ، لذلك قلنا : يعيد الصلاة فى الوقت على سبيل الاستحباب فجعل له بهذا حكما بين حكيمين (٢) ونوقش هذا الحديث بأنه عام قد خص منه غرامات المتلفات وغيرها فلتخص منه هذه المسألة كذلك والتخصيص بالقياس جائز بجامع أن كلا من غرامات المتلفات والوضوء عند وجود الماء مطلوب شرعا . (٣)

الترجيح : والذي أميل اليه هو مذهب الجمهور فمن وضع الماء في رحله ثم طلبه فلم يجده وتيمم صلى ثم بان خطأ ظنه فعليه اعادة الصلاة لأنه قد قصر في بحثه عن الماء حتى أضله والخطأ المبني على تقصير لا يعتد به .

(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٢٥٠ / ١ ، شرح فتح القدير : ١٤٠ / ١ ، تبين الحقائق : ٤٣ / ١ ، البحر الرائق : ١٦٧ / ١ ، كشف القناع : ١٦٩ / ١ ، شرح منتهى الايرادات : ٩٠ / ١ ، الفروع : ٢١٦ / ١ ، المجموع : ٢٩١ / ٢ ، نهاية المحتاج : ٢٧٥ / ١ ، مغنى المحتاج : ٩١ / ١ .
 (٢) انظر مواهب الحليل مع التاج والاكليل : ٣٥٨ / ١ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٥٩ / ١ ، شرح الخرشي : ١٩٦ / ١ ، شرح الزرقانى : ١٢٥ / ١ .
 (٣) انظر المجموع : ٢٩٢ / ٢ - ٢٩٣ ، نهاية المحتاج : ٢٧٥ / ١ .

المبحث الرابع
في الخطأ في سبب صلاة الخوف

صلاة الخوف ثابتة بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقد قال الله سبحانه
 " وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَلْيَأْخُذْ وَأَسْلِحَتْهُمْ"
 الآية . (١)
 وأما السنة فقد أخرج مسلم - بسنده - إلى ابن عمر رضي الله عنهما قال : صَلَّى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف " الحديث . (٢)
 وجمهور العلماء متفقون على أن حكمها باق بعد النبي صلى الله تعالى عليه
 وسلم .

هذا وإذا شاهد المقاتلون سواداً إبلاً أو شجراً أو نحوهما فظنوا عدواً فصلوا
 صلاة شدة الخوف فتبين بعد ذلك خطأ ظنهم ، فهل عليهم إعادة الصلاة ؟
 ا : ذهب جمهور العلماء وهو المذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة
 إلى أن من كانت حاله كذلك فعليه إعادة الصلاة .
 وقد استدلوا بالقياس ، ذلك أن المحدث لو اعتقد أنه متطهر ف صلى ثم تبين
 خطأ اعتقاده فعليه إعادة الصلاة فكذلك من اعتقد وجود سبب صلاة الخوف
 ف صلى صلاة الخوف ثم تبين خطأ اعتقاده فعليه إعادة الصلاة ، وعلّة القياس
 أن كليهما ترك بعض شروط الصلاة ظناً فنه سقوطها فلزمته الإعادة . (٣)

(١) آية (١٠٢) من سورة النساء .

(٢) صحيح مسلم : ٥٧٤ / ١ .

(٣) انظر شرح فتح القدير : ٩٦ / ٢ ، بدائع الصنائع : ٦٣١ / ٢ ، البحر الرائق

١٨٣ / ٢ ، تبين الحقائق : ٢٣٣ / ١ ، المجموع : ٣٢١ / ٤ - ٣٢٢ ، مغنى

المحتاج : ٣٠٦ / ١ ، نهاية المحتاج : ٣٧٢ / ٢ ، المغنى : ٣١١ / ٢ ،

الانصاف : ٣٦٢ / ٢ ، كشاف القناع : ٢٠ / ٢ ، المبدع : ١٣٨ / ٢ .

ب : والمذهب عند المالكية ان من كانت حاله كذلك فلا إعادة عليه ، واستدلوا بالقياس ذلك أن المجتهد في معرفة القبلة اذا تبين خطؤه لا تجب عليه إعادة الصلاة فكذلك من صلى صلاة الخوف معتقدا وجود السبب المبيح لها وهو الخوف ثم تبين خطأ اعتقاده ، وعلّة القياس أن كليهما عمل على اجتهاده (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الجمهور الذاهب الى أن من كانت حاله كذلك فعليه إعادة الصلاة ، وذلك للمبررات التالية :

الأول : ان الخوف - وهو المبيح لصلاة الخوف - وان كان موجودا حال الصلاة في ظاهر الأمر الا أنه بعد تبين الخطأ أصبح غير موجود في نفس الأمر ، واذا كان ذلك كذلك فلا اعتبار لاعتقاد من اعتقد وجود سبب صلاة الخوف اذ لا عبرة بالظن اليقيني .

فان قيل : ان قاعدة " لا عبرة بالظن اليقيني خطؤه " يمكن تصورها فيما يؤدي لتعطيل حكم وليس بحثنا في هذا انما بحثنا عن اختلاف كيفية صلاة الخوف عن كيفية الصلاة العادية وهل هذا الاختلاف يؤدي الى إعادة الصلاة أم لا ؟ ولا مدخل للقاعدة في هذا (٢) قلت : لا أتكلم أنا عن كيفية الصلاة هل هي حكم أم لا ؟ انما كلامي فيما ترتب عليها وهو هل الصلاة على هذه الكيفية في هذه الحالة مجزئة وتبرأ بها الذمة أم لا ؟ وهذا حكم والظاهر عدم اجزائها للقاعدة السابقة .

(١) انظر أحكام القرآن لابن العربي : ٤٩٥/١ ، شرح الخرشى : ٩٧/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٩٤/١ ، شرح الزرقاني : ٧١/٢ ، التاج

والاكلیل مطبوعا بها مشواهب الجليل : ١٨٨/٢ .

(٢) انظر شرح الخرشى : ٩٧/٢ ، شرح الزرقاني : ٧١/٢ .

الثانى : قياس هذه المسألة على المخطئ في القبلة غير مسلم لأن المالكية أنفسهم يقولون بوجوب الاعادة على المخطئ في القبلة اذا علم بذلك وهو في الصلاة وكان الانحراف كثيراً والمجتهد بصيرا ، أما اذا علم ذلك بعد الصلاة فتستحب له الاعادة ، فاذا كان هذا هو مذهبهم في مسألة الخطأ في القبلة فكيف تقاس مسألتنا هذه عليها ؟ .

الثالث : انه لا عبرة بهذا الخطأ للتقصير فيه في التعرف على حقيقة الحال ، ذلك أن العقاتلين كان بإمكانهم التحقق من هذا السواد الذى ظنوه عدوا ، والخطأ اذا صاحبه تقصير لا عبرة به وما لا عبرة به شرعا لا يكون عذرا .

.....

المبحث الخامس

الكلام فى الصلاة خطأ

ذهب جمهور العلماء ومنهم أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد الى أن من تكلم فى الصلاة خطأ فصلاته باطلة اذا كان كلامه كثيرا . أما اذا كان كلامه قليلا فقد افترقوا فريقين :

١ : فذهب كثير من العلماء وهو المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة الى أن صلاته صحيحة . (١)
واستدل بعضهم على هذا المذهب بالسنة والقياس :
أما السنة فحديث " ان الله وضع عن أمى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وقد سبق تخريجه .

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث يبين أن الله سبحانه قد وضع عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم الخطأ والخطأ لا يوضع وإنما المراد حكم الخطأ والحكم عام شامل لحكمى الدنيا والآخرة فيكون رفع افساد الصلاة مرادا فمن تكلم فى صلاته مخطئا ولم يطل ذلك فصلاته صحيحة لأن الله وضع عن المسلمين حكم الخطأ .

ونوقش هذا الحديث بأن سنده ضعيف وعلى فرض صحته فالمراد وضع الاثم لا الحكم لأن الحديث من باب المقتضى والتقدير رفع عن أمى حكم الخطأ والقاعدة أن اللفظ المقتضى اذا كان محتملا لفردين يقدر أحدهما لأن التقدير بقدر الضرورة وههنا الحكم المقدر يحتل حكم الدنيا وحكم الآخرة فالمراد حكم

(١) انظر الشرح الكبير للدردير : ٢٨٩ / ١ ، شرح الخرشى : ٣٣٠ / ١ ، شرح الزرقانى : ٢٥١ / ١ - ٢٥٢ ، المجموع : ٨ / ٤ - ١١ ، مغنى المحتاج : ١٩٥ / ١ ، اسنى المطالب : ١٨٠ / ١ ، نهاية المحتاج : ٣٧ / ٢ ، المغنى : ٣٧ / ٢ - ٣٨ ، المبدع : ٥١٤ / ١ ، كشف القناع : ٤٠١ / ١ ، الانصاف : ١٣٧ / ٢ ، المحلى

الآخرة لأنه مجمع عليه ولا يراد حكم الدنيا كإفساد الصلاة ويؤيد ذلك ثبوت الحكم الدنيوي في القتل الخطأ والاتلاف الخطأ بالاجماع . (١)

وأما القياس : فان العمل القليل من المخطىء في الصلاة لا يبطلها فكذلك الكلام القليل بجامع أن كليهما تصرف من المصلى . (٢)

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن العمل حركة والحركة من طبع الحي فعنى عن القليل منه لما يترتب على ذلك من الحرج والكلام ليس كذلك . (٣)

ب : وذهب جماعة من العلماء وهو المذهب عند الحنفية الى أن من تكلم في الصلاة خطأ فصلاؤه باطل . (٤)

واستدلوا بالسنة والقياس ،

أما السنة فقد أخرج البخارى بسنده الى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : كنا نسلم على النبي صلى الله عليه وسلم وهو فى الصلاة فيرد علينا فلما رجعنا من عند النجاشى سلعنا عليه فلم يرد علينا ، وقال : ان فى الصلاة شفلا . (٥)

وأخرج مسلم بسنده الى زيد بن أرقم قال : كنا نتكلم فى الصلاة ويكلم الرجل صاحبه وهو الى جنبه فى الصلاة حتى نزلت " وقوموا لله قنتين " (٦) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام " (٧)

(١) انظر نيل الأوطار : ٣٥٥ / ٢ شرح فتح القدير : ٣٩٥ / ١ - ٣٩٦ ، تبين الحقائق ١٥٥ / ١ .

(٢) انظر المجموع : ٨ / ٤ ، المغنى : ٣٧ / ٢ - ٣٨ .

(٣) انظر شرح فتح القدير : ٣٩٦ / ١ تبين الحقائق : ١٥٥ / ١ فتح البارى : ٣ / ٧٥

(٤) انظر شرح فتح القدير : ٣٩٥ / ١ ، البحر الرائق : ٢ / ٢ - ٣ ، حاشية

ابن عابد بن : ٦١٤ - ٦١٥ ، تبين الحقائق : ١٥٤ / ١ ، سبل السلام

١ / ٢٠٣ ، أحكام القرآن للجصاص : ١٥٧ / ٢ .

(٥) صحيح البخارى : ٢ / ١٣٩ .

(٤) آية (٢٣٨) من سورة البقرة .

(٧) صحيح مسلم : ١ / ٣٨٣ .

وجه الدلالة :

ان كلا من الحديثين عام فيشمل عمد الكلام وخطأه ، ويهيد ذلك أن عمد الكلام مبطل بالاجماع فيقاس عليه خطؤه لأن كلا منهما لا يتفق وحال الصلاة المذكورة .

وقد ناقش الجمهور هذين الحديثين وما جاء في معناهما من الأحاديث بأنها عامة قد خص منها من تكلم في الصلاة خطأ للاخبار الواردة في ذلك كحديث " ان الله وضع عن أمتي الخطأ " وبذلك تجتمع الأدلة من غير ابطال لشيء منها . (١)

وأما القياس فان الأكل والشرب في الصلاة يفسد ها سواء أكان المصلى عامداً أو مخطئاً فكذلك الكلام ، وعلة القياس أن في كليهما مباشرة لما لا يصلح في الصلاة . (٢)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو مذهب الجمهور القائل بأن من تكلم في صلاته خطأ فصلاته صحيحة اذا لم يطل كلامه ، والذي دعاني لذلك أمور :
الأول : قد أخرج البخارى بسنده الى أبي هريرة قال : صلى بنا النبي صلى الله عليه وسلم الظهر أو العصر فسلم ، فقال له ذو اليمين : الصلاة يا رسول الله انقضت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه : أحق ما يقول . قالوا : نعم ، فصلّى ركعتين أخريين ثم سجد سجدتين " (٣)

فالرسول في هذا الحديث قد تكلم يعتقد تمام الصلاة ثم تبين له بعد ذلك أن الصلاة ناقصة فالكلام لم يقع منه الا على سبيل الخطأ لأنه لم

(١) انظر سبل السلام ٢٠٣/١ ، المغنى : ٣٨/٢ .

(٢) انظر تبين الحقائق : ١٥٥/١ .

(٣) صحيح البخارى : ١٥٠/٢ .

يقصد الكلام فى الصلاة وانما تكلم يعتقد تمامها ومع ذلك لم يبطل صلاته بل
أتمها فدل ذلك على أن كلام المخطئ لا يفسد الصلاة وهذا الحديث
يعتبر مخصصاً للأحاديث الدالة على النهى عن الكلام بعنونه .

الثانى : قياس الكلام على الأكل والشرب غير سليم لأن المقيس عليه
محل خلاف بين العلماء فعذهب مالك والشافعى وأحمد
أن من أكل أو شرب فى الصلاة غير متعمد فصلاته صحيحة
إذا لم يكتر من ذلك . (١)

الثالث : ان هذا هو الذى يوافق مقاصد الشارع من رفع الحرج وسائر
سماحة الشريعة وسرها .

.....

(١) انظر الشرح الكبير للدردير : ٢٨٩ / ١ ، المجموع : ٢٣ / ٤ ، المغنى
: ٤٧ / ٢ .

المبحث السادس
فى الخطأ فى تعيين الامام والميت

النية شرط لصحة صلاة الجنائز وكذلك نية الاقتداء من شروط صحة الامامة وذلك لأن الأمور بمقاصدها ، أخرج البخارى - بسنده - الى عمر بن الخطاب - رض الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " (١)

فينبغى على المأموم أن ينوى الاقتداء بمن فى المحراب أو بهذا الحاضر ونحو ذلك مما يجعله مقتدياً بشخصه ، وكذلك ينبغى لمن يصلى على الجنائز أن ينوى الصلاة على من حضر ولا يجب عليه أن يعين شخصاً .

فاذا اقتدى بالحاضر أو صلى عليه وظن أنه زيد فبان عمراً لم يضر ذلك صلاته بل هى صحيحة لأن الخطأ لم يقع فى الشخص لعدم تأتية فيه لأنه جزم بامامه الحاضر والصلاة على الحاضر لكنه أخطأ فى الظن ومثل هذا الخطأ لا يضر كالخطأ فى التسمية .

هذا وإذا اقتدى بشخص عينه أو صلى على شخص عينه كمن نوى الاقتداء بزید فبان عمراً أو الصلاة على زيد فبان عمراً فصلاته غير صحيحة وتجب عليه اعادتها أما مسألة الامام فلأن المأموم نوى الاقتداء بشخص غير موجود ونية الاقتداء بمن شروط صحة الامامة ، وأما مسألة الميت فلأن المصلى نوى الصلاة على غير الميت والنية شرط لصحة صلاة الجنائز .

نص على هذا المبحث الحنفية (٢) والمالكية (٣)

- (١) صحيح البخارى ٢ / ١ .
(٢) انظر شرح فتح القدير : ٢٦٩ / ١ ، بدائع الصنائع : ٣٦٥ / ١ ، تبين الحقائق ١٠٠ / ١ ، البحر الرائق ٢٩٨ / ١ .
(٣) انظر شرح الزرقانى : ٨٨ - ٨٩ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤١١ / ١ حاشية العدوى على شرح الخرشي : ١١٨ / ٢ ، تعليق عليش على حاشية الدسوقي : ٣٣٧ / ١ .

والشافعية (١) والحنابلة (٢) .

.....

-
- (١) أنظر المجموع: ٤/٩٩، ٥/١٨٥-١٨٦، مغنى المحتاج: ١/٢٥٣، ٣٤١
نهاية المحتاج: ٢/٤٦٩٦٢١١ .
- (٢) كشف القناع: ١/٣١٩، الفروع: ١/٤٠٠، الانصاف: ٢/٥٢٦ شرح
منتهى الايرادات: ١/١٦٩ .

المبحث السابع
في الخطأ في شروط صحة الامامة

يشترط للامامة شروط ، منها أن يكون الامام مسلماً فلا تصح امامة الكافر
ومنها أن يكون الامام ذكراً فلا تصح امامة النساء اذا كان المأموم رجلاً
ومنها أن يكون الامام عاقلاً فلا تصح امامة المجنون اذا كان لا يفهم من
جنونه ، ومنها أن يكون الامام قارئاً اذا كان المأموم قارئاً فلا تصح امامة
أمية لقارئ ، الى غير ذلك من الشروط .

فاذا اعتقد المأموم المسلم أن امامه مسلماً فبان كافراً ، أو اعتقد العاقل أن
امامه عاقلاً فبان مجنوناً ، أو اعتقد الرجل أن امامه رجل فبان امرأة ، أو
اعتقد القارئ أن امامه قارئ فبان أمياً .
فهل صلاة من اعتقد ذلك وظهر خطأ اعتقاده صحيحة أم تجب عليه اعادتها ؟
المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه ان علم بذلك في أثناء
الصلاة فعليه استئنافها ، وان علم بذلك بعد الصلاة أعادها وجوباً ، لأنه أخل
بشروط من شروط الامامة ، ولا يعذر بخطئه لأنه قد قصر بترك البحث عن
حقيقتهم ولا عبرة بالظن البين خطؤه . (١)

(١) انظر فتح القدير : ١ / ٣٥٠-٣٦٦ ، حاشية ابن عابدين : ١ / ٥٧٦-٥٩٢
البحر الرائق : ١ / ٣٨٠-٣٨٢ ، تبين الحقائق : ١ / ١٤٤ ، مواهب
الجليل : ٢ / ٩٢-٩٨ ، شرح الخرشي : ٢ / ٢٢-٢٥ ، الشرح الكبير
للدردير : ١ / ٣٢٥-٣٢٨ ، شرح الزرقاني : ٢ / ٩-١١ ، كشاف
القناع : ١ / ٤٧٥-٤٧٩ ، شرح منتهى الايرادات : ١ / ٢٥٨-٢٦١ ،
مغنى المحتاج : ١ / ٢٤١-٢٤٢ ، نهاية المحتاج : ٢ / ١٧٥-١٧٩ ،
أسنى المطالب : ١ / ٢١٨ ، الانصاف : ٢ / ٢٥٨-٢٦٨ ، المبدع :
٢ / ٦٨-٧٦ . المجموع : ٤ / ١٦٠ .

وجه الدلالة :

أن الظاهر من هذا الخبر أن الصحابة قد دخلوا في الصلاة مع النبي صلى الله عليه وسلم وهم يعتقدون طهارته من الحدث ثم تبين لهم خطأ اعتقادهم لأن صلى الله عليه وسلم استوقفهم إلى أن اغتسل من الجنابة وجاء فأتت الصلاة بهم ، وهذا يدل على أن ما مضى من صلاتهم صحيح فيجوز البناء عليه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطله بل بنى عليه وأتم الصلاة بهم . وإذا صح هذا في الطهارة من الحدث فكذلك الطهارة من النجاسة لأنها في معناه .

وقد رد الاستدلال بالحديث بأنه لا يقتضى أن ما حدث من الرسول صلى الله عليه وسلم كان بعد شروعهم في الصلاة بل كان ذلك قبل الشروع فيها والمراد بقوله في الحديث " دخل في صلاة الفجر " أى : دخل في مكانها يدل على ذلك ما أخرجه مسلم - بسنده - إلى أبي هريرة قال : أقيمت الصلاة فقمنا فعدلنا الصفوف قبل أن يخرج إلينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا قام في مصلاته قبل أن يكبر ذكر فانصرف . الحديث . (١)

وإذا تم ذلك فلا وجه للاستدلال بالحديث . (٢)

ورد هذا بأن الحديثين صحيحان وظاهرهما التعارض فيجب العمل بهما إذا أمكن الجمع بينهما وقد أمكن بحملهما على حادثتين والعمل بجميع الأدلة أولى من اطراح بعضها . (٣)

ودفع هذا الرد بأن الظاهر من الأحاديث أن الحادثة واحدة وعلى فرض أنها حادثتان فإن حديث أبي داود لا يقتضى أن ذلك كان بعد شروعهم لجواز كون التذكر كان عقيب تكبير الرسول صلى الله عليه وسلم بلا مهلة قبل تكبيرهم .

-
- (١) صحيح مسلم : ٤٢٢/١ - ٤٢٣ .
 (٢) انظر شرح فتح القدير : ٣٧٤/١ .
 (٣) انظر المجموع : ١٦٠/٤ .

وإذا تطرق الاحتمال الى الدليل ضعف به الاستدلال . (١)

الترجيح : والذي أميل اليه هو المذهب الأول القائل باستثناء الصلاة لأن رواية مسلم للحديث - وهي أصح - تفيد أن ما حدث كان قبل الشروع في الصلاة فهي نص في الباب بخلاف رواية أبي داود فهي وإن كانت نصا في دخول الرسول صلى الله عليه وسلم في الصلاة إلا أنها تحتل أن انصراف النبي صلى الله عليه وسلم كان بعد دخول المؤمنين في الصلاة أو قبله وما تطرق اليه الاحتمال ضعف به الاستدلال .

الحالة الثانية :

أن يعلم المأموم بذلك بعد الفراغ من الصلاة ، وحينئذ فهل صلاته صحيحة أم عليه الاعادة ؟

١ : ذهب الحسن وسعيد بن جبير والأوزاعي والنخعي وسليمان بن حرب وأبو ثور وداود وابن حزم الى أن من صلى خلف الامام معتقدا طهارته من الحدث والجنابة ثم بعد الصلاة تبين له عدم طهارته من الحدث أو الجنابة أن صلاته صحيحة ولا اعادة عليه . (٢)

وهذا هو المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة غير أنهم جعلوا الطهارة من النجاسة كالطهارة من الحدث لأنها في معناه إلا أن الشافعية خصوصاً النجاسة بالخفية دون الظاهرة ، ومع ذلك اشترط المالكية والحنابلة كون الامام غير متعمد الصلاة بغير طهارة ، واشترط الشافعية والحنابلة أيضا كون الصلاة غير

(١) انظر شرح فتح القدير : ٣٧٤/١ ، الدراية : ١٧٤/١ .

(٢) انظر المغنى : ٧٣/٢ ، المحلى : ٢١٤-٢١٧/٤ ، المجموع : ١٥٩/٤

مصنف عبد الرزاق : ٣٤٨/٢ - ٣٤٩ .

جمعة الا اذا تم العدد بغير الامام . (١)

وقد استدل هؤلاء بالسنة والاجماع ،

أما السنة فقد أخرج البخارى - بسنده - الى أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " يصلون لكم فان أصابوا لكم وان أخطأوا فلكم وعليهم " . (٢)

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث يفيد أن الاقتداء بالامام أداء على سبيل الموافقة لا التضمن فبطلان صلاة الامام لا يستلزم بطلان صلاة المأموم ، ذلك أنه حكم بصحة صلاة المأموم مطلقاً أصاب الامام أو أخطأ ، وهذا يدل بعمومه على صحة صلاة المأموم الذى اعتقد طهارة امامه ثم تبين له بعد الفراغ من الصلاة خطأ اعتقاده .

أما الاجماع فقد صح هذا القول عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله رضى الله عنهما ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة فكان اجماعاً . (٣)

ب : وذهب ابن سيرين والشعبى وحماد بن أبى سليمان الى أن من كانت حاله كذلك فعليه العادة الصلاة . (٤)

(١) انظر بلغة السالك : ١٥٦ / ١ ، شرح الخرشى : ٢٣ / ٢ ، شرح الزرقانى

١٠ / ٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٢٧ / ١ ، مواهب الجليل : ٩٢ / ٢ - ٩٨

مغنى المحتاج : ٢٤١ / ١ ، نهاية المحتاج : ١٧٦ / ٢ ، أسنى المطالب :

٢١٨ / ١ ، المجموع : ١٥٨ / ٤ ، المغنى : ٧٣ / ٢ - ٧٤ ، كشف القناع :

٤٨٠ / ١ ، شرح منتهى الايرادات : ٢٦٠ / ١ ، الانصاف : ٢٦٧ / ٢ -

٢٦٨ ، المبدع : ٧٤ / ٢ - ٧٥ .

(٢) صحيح البخارى : ٢٨١ / ١ .

(٣) انظر المغنى : ٧٣ / ٢ - ٧٤ ، المبدع : ٧٥ / ٢ ، المحلى : ٢١٧ / ٤ ،

مصنف عبد الرزاق : ٣٤٧ / ٢ - ٣٤٨ ، السنن الكبرى : ٣٩٩ / ٢ - ٤٠٠ .

(٤) انظر المجموع : ١٥٩ / ٤ ، مصنف عبد الرزاق : ٣٥٠ / ٢ ، السنن

الكبرى : ٤٠١ / ٢ ، المغنى : ٧٣ / ٢ .

وهذا هو المذهب عند الحنفية ولا فرق عندهم بين الطهارة من الحدث والطهارة من النجس . (١)

وقد استدلوا بالسنة والأثر ،

أما السنة فقد أخرج الامام أحمد - بسند صحيح - الى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الامام ضامن والمؤذن مؤتمن فأرشد الله الائمة ووفر للمؤذنين * (٢)
وجه الاستدلال :

يفيد قول النبي صلى الله عليه وسلم " الامام ضامن " ان صلاة الامام متضمنة لصلاة المأموم فاذا صحت صلاة الامام صحت صلاة المقتدى واذا فسدت صلاته فسدت صلاة المأموم ، ذلك أنه متى فسد الشيء فسد ما في ضمنه .
واذا كان ذلك كذلك فان صلاة من اعتقد طهارة الامام ثم ظهر خطأ اعتقاده فاسدة وعليه اعادتها .

وأما الأثر فقد أخرج عبد الرزاق بسنده الى علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه صلى بالناس جنباً ، ثم أمر ابن النّباح فنادى : من كان صلى مع أمير المؤمنين الصبح فليعد صلاته فإنه صلى بالناس وهو جنب * (٣)
وقد نوقش هذا الأثر بأنه لا يصح لأن في سنده عمرو بن خالد رماه الحفاظ بالكذب . (٤)

(١) انظر شرح فتح القدير : ٣٧٣/١ - ٣٧٤ ، تبیین الحقائق : ١٤٤/١ ،
حاشية ابن عابدين : ٥٩١/١ ، البحر الرائق : ٣٨٨/١ .
(٢) مسند أحمد : ٤١٩/٢ ، وانظر شرح فتح القدير : ٣٧٤/١ ، نصب الرأية : ٥٩/٢ .
(٣) صنف عبد الرزاق : ٣٥٠/٢ .
(٤) انظر المجموع : ١٦١/٤ ، السنن الكبرى : ٤٠١/٢ ، المغنى : ٧٤/٢ .

قال ابن رشد الحفيد : وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام أم ليست مرتبطة ؟ فمن لم يرها مرتبطة قال : صلاتهم جائزة ، ومن رآها مرتبطة قال : صلاتهم فاسدة " . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الجمهور القائل بصحة صلاة من اعتقد طهارة امامه ثم تبين له بعد الصلاة خطأ اعتقاده ، وذلك لسببين :
الأول : أن حديث " الامام ضامن " ليس معناه ما ذهبوا اليه بل المراد بالضمان ههنا الحفظ والرعاية بأن يحفظ صلاته من تعمد ما يبطلها ويرعى المأمومين بتسوية الصفوف ونحوها .

قال ابن الأثير : أراد بالضمان ههنا الحفظ والرعاية لا ضمان الغرامة لأنه يحفظ على القوم صلاتهم ، وقيل : ان صلاة المقتدين به فى عهده وصحتها مقرونة بصحة صلاته فهو كالمتكفل لهم صحة صلاتهم " (٢)
فالعلماء مختلفون فى تفسير هذا الحديث وما تطرق اليه الاحتمال ضعف به الاستلال .

الثانى : أن وجوب الاعادة على المأمومين يشق عليهم لفرقتهم بخلاف ما اذا ظهر لهم الخطأ فى أثناء الصلاة ، وهذا هو ما يساير سماحة الاسلام ويسره ويحقق مقاصد الشارع من رفع الحرج عن هذه الأمة .

(١) بداية المجتهد : ١٥٦/١ ، وانظر تخرىج الفروع على الأصول للزنجانى :

١٠٢ .

(٢) النهاية فى غريب الحديث والأثر : ١٠٢/٣ ، وانظر تحفة الأحوذى : ١/١ .

٦١٣ ، نيل الأوطار : ٣٩/٢ .

المبحث الثامن اللحن في القراءة خطأ

اللحن في القراءة اما أن يخلل بالمعنى أو لا يخلل ، ثم هو مع ذلك اما أن يكون في سورة الفاتحة واما أن يكون في السور الأخرى من القرآن الكريم .

فمثال اخلال اللحن بالمعنى في الفاتحة فتح الهمزة في " أَهْدِنَا " لأنه يصير بمعنى طلب الهدية لا الهداية .

ومثال اخلاله في غير الفاتحة قراءة قوله تعالى " إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ " ان الله عزيز غفور " (١) بضم " هاء " لفظ الجلالة وفتح " همزة " العلماء .

ومثال عدم اخلال اللحن بالمعنى في سورة الفاتحة ، فتح دال " نَعْبُدُ " ونون " نَسْتَعِينُ " . ومثال عدم اخلاله في غير الفاتحة قراءة قوله تعالى " وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا " (٢) بكسر قواما " مكان فتحها .

فاذا كان ذلك كذلك فهل الصلاة مع هذا اللحن صحيحة أو فاسدة مطلقا أو في ذلك تفصيل ؟

١ : المعتمد عند المالكية وهو قول متأخرى الحنفية أن اللحن اذا وقع على وجه الخطأ لا يبطل الصلاة مطلقا غير المعنى أو لم يغيره وقع ذلك في سورة الفاتحة أو في غيرها من السور الأخرى ، وذلك لأن هذا اللحن لا يخرج المقرء عن كونه قرآنا ثم ان القارىء لا يقصد ما يقتضيه اللحن بل يعتقد بقراءته ما يعتقد بها من لا يلحن فيها . (٣)

(١) آية (٢٨) من سورة فاطر .

(٢) آية (٦٧) من سورة الفرقان .

(٣) انظر مواهب الجليل : ٢ / ٩٩ - ١٠٣ ، شرح الخرشي مع حاشية العدوى : ٢ /

٢٥ - ٢٦ ، الشرح الكبير للدردير : ١ / ٣٢٩ ، شرح الزرقاني : ٢ / ١١ - ١٢ ،

بلغت السالك : ١ / ١٥٧ ، حاشية ابن عابدين : ١ / ٦٣١ الفتاوى الهندية :

والمذهب عند الشافعية والحنابلة لا يختلف عن هذا القول الا أنهم يشترطون لصحة الصلاة اعادة القراءة بحيث تقع صحيحة اذا كان اللحن فى سورة الفاتحة وغير المعنى .

وقد استدل الحنابلة لما ذهبوا اليه بالحديث الشهير " ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وقد تقدم تخريجه وبيان وجه الدلالة منه أكثر من مرة . (١)

ب : وذهب متقدمو الحنفية الى أن اللحن اذا غير المعنى أفسد الصلاة مطلقاً أما اذا لم يخل بالمعنى فالصلاة صحيحة ولو وقع اللحن فى سورة الفاتحة ذلك أن اللحن المغير للمعنى اذا دخل القراءة أخرجها عن كونها قرآناً وحينئذ فالقرآن الملحون حكمه حكم غيره من الكلام .

وقد تقدم ^{أن} مذهب الحنفية فساد الصلاة بالكلام فيها ولو وقع على وجه الخطأ . (٢)
قال المازرى المالكي :

وسبب الخلاف فى هذه المسألة : هل يخرج اللحن الكلمة الملحون فيها عن كونها قرآناً ويلحقها بكلام البشر أو لا يخرجها عن كونها قرآناً ؟ (٣)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الجمهور القائل بصحة القراءة اذا وقع اللحن على وجه الخطأ لكن يجب على القارئ اعادة القراءة اذا كان اللحن مخالفاً

-
- (١) انظر المجموع : ٣ / ٣٥٩ - ٣٦٠ ، مغنى المحتاج : ١ / ٢٣٩ - ٢٤٠ ، أسنى المطالب : ١ / ١٥١ ، نهاية المحتاج : ٢ / ١٧١ - ١٧٣ ، المغنى : ٢ / ١٤٦ ، كشف القناع : ١ / ٤٨١ ، شرح منتهى الايرادات : ١ / ٢٦١ ، المبدع : ٢ / ٧٦ - ٧٧ ، الانصاف : ٢ / ٢٧٠ - ٢٧٢ .
- (٢) انظر حاشية ابن عابدين : ١ / ٦٣١ ، الفتاوى الهندية : ١ / ٨١ .
- (٣) مواهب الجليل : ٢ / ١٠٢ .

بالمعنى وقد وقع فى سورة الفاتحة وفتن اليه وذلك للأسباب الآتية :
الأول : اللحن فى القراءة لا يخرجها عن أن تكون قرآنا وان غيـر
المعنى لأن نهاية أمره أن يكون قرآنا أخطأ فيه والميسور لا
يسقط بالميسور ولهذا قلت تجب إعادة القراءة حتى يستقيم
المعنى .

الثانى : سلّمنا أنه ليس بقرآن فالراجح من أقوال العلماء أن الكلام فهى
الصلاة لا يفسدها اذا كان على وجه الخطأ ولم يكثر .
الثالث : ان هذا هو الذى يساير سماحة الاسلام ويسره فأكثر الناس
لا يميزون بين وجوه الاعراب ، ولا يميزون غالبا بين ما يفسد
المعنى وما لا يفسد المعنى .

والله أعلم وأحكم .

.....

المبحث الأول
فى الخطأ فى مصرف الزكاة

مصارف الزكاة ثمانية أصناف ، حصرها الله سبحانه فى قوله " إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغُرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ " (١)

فلا يجوز صرف الزكاة للكفار ، لحديث " تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم " (٢) والمراد بهم أغنياء المسلمين وفقرائهم دون غيرهم .
ولا يجوز صرف الزكاة للأغنياء لحديث " لا حظ فيها لغنى " (٣) ، ولا يجوز صرف الزكاة الى الآباء والأمهات والأبناء والبنات لاجماع علماء المسلمين ولأنه يجب على المزكى أن ينفق عليهم ان كانوا فقراء فهم أغنياء بغناه فاذا دفع الزكاة اليهم فقد جلب لنفسه نفعا بمنع وجوب النفقة عليه .
ولا يجوز دفع الزكاة أيضا لأصناف آخرين غير هؤلاء لا يتسع المجال لذكرهم .

فاذا كان ذلك كذلك وأخطأ المزكى وأعطى زكاته من ليس مصرفا صحيحا دون علمه ثم تبين له خطأه فهل يجزئه ذلك وتسقط عنه الزكاة أو أن الزكاة لا تزال ديننا فى ذمته حتى يضعها موضعها ؟ واذا دفع رب المال الزكاة الى الامام وأخطأ الامام مصرف الزكاة فهل الحكم كذلك ؟

١ : ذهب الحسن وأبو عبيدة وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن الى أن من دفع زكاته لمن يعتقد أنه مصرف للزكاة ثم تبين خطأ اعتقاده وأنه غنى أو كافر

(١) آية (٦٠) من سورة التوبة .

(٢) صحيح البخارى : ٢ / ٢١٥ .

(٣) سنن النسائى : ١٠٠ / ٥ ، سنن أبى داود : ٢ / ٢٨٥ .

أو قريب للمزكى لا يجوز الدفع اليه ونحو ذلك ، فمن وقع منه ذلك يجزئه ما دفعه ولا يطالب بدفع زكاة أخرى . (١)

وقد استدلوا بالسنة والقياس ،

أما السنة فقد أخرج البخارى بسنده الى أبى هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : قال رجل لأتصدقنَّ بصدقة فخرج بصدقة فوضعها في يد سارق فأصبحوا يتحدثون تُصدق على سارق ، فقال : اللهم لك الحمد لأتصدقنَّ بصدقة فخرج بصدقة فوضعها في يد زانية فأصبحوا يتحدثون تُصدق الليلة على زانية . فقال : اللهم لك الحمد على زانية لأتصدقنَّ بصدقة فخرج بصدقة فوضعها في يد غني فأصبحوا يتحدثون تُصدق على غني . فقال : اللهم لك الحمد على سارق وعلى زانية وعلى غني . فأتى فقيل له : أما صدقتك على سارق فلعله أن يستعف عن سرقة ، وأما الزانية فلعلها أن تستعف عن زناها ، وأما الغني فلعله أن يعتبر فينفق مما أعطاه الله " (٢)

وأخرج البخارى أيضا بسنده الى معن بن يزيد قال : - وذكر الحديث - وفيه : كان أبى يزيد أخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل في المسجد فحجبت فأخذتها فأتيتها بها ، فقال : والله ما إياك أردت فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لك مانويت يا يزيدُ ولك ما أخذت يا معن " (٣)

وجه الدلالة :

يفيد حديث أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قص هذه

(١) انظر شرح فتح القدير : ٢٧٥-٢٧٦ ، بدائع الصنائع : ٢/٩١٧-٩١٨

البحر الرائق : ٢/٢٦٦-٢٦٨ ، حاشية ابن عابدين : ٢/٣٥٢-٣٥٣ ،

تبيين الحقائق : ١/٣٠٤-٣٠٥ ، المغنى : ٢/٤٩٨ .

(٢) صحيح البخارى : ٢/٢٢٥-٢٢٦ .

(٣) صحيح البخارى : ٢/٢٢٥-٢٢٦ .

القصة عن قبلنا وفيها أن المتصدق أعطى للغني خطأ والرسول عليه الصلاة والسلام لم يبين أن هذا كان باطلا بل سكت على هذه القصة وفيها ما يدل على صحة الاعطاء له حيث قال في القصة " وأما الغني فلعله أن يعتبر . . . الخ وهذا في شرع من قبلنا وشرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله أو رسوله من غير

انكار ولم يردناسخ وهذا في الراجح من أقوال العلماء . (١)

أما حديث معن فان قول النبي صلى الله عليه وسلم " لك مانويت يا يزيد " فيفيد جواز الصدقة ولو لم تقع الموقع الذي أراد، يزيد ، والصدقة تصدق على الفريضة والنافلة ، لأن " ما " في قوله " لك مانويت " عامة وذلك يدل على أن الحال لا تختلف في كل ما تصدق به في غير مصرفه خطأ . (٢)

وأما القياس فان من أراد الصلاة واشتبهت عليه القبلة واجتهد وصلى لما يعتقد أنه القبلة ثم تبين له بعد ذلك أنه صلى لغير القبلة فلا إعادة عليه فكذلك من أخطأ مصرف الزكاة لا زكاة عليه أخرى لأن الوقوف على هذه الأشياء إنما هو بالاجتهاد لا القطع فيبني الأمر على ما يقع عنده . (٣)

ب : وذهب الثوري والحسن بن صالح وأبو يوسف وابن المنذر وابن حزم إلى أنه لا يجزئه دفع الزكاة إلى من لا يستحقها إذا تبين له خطؤه وأن عليه أن يدفعها مرة أخرى إلى أهلها . (٤)

والمذهب عند المالكية والشافعية كذلك إذا كان الدافع رب المال ، أما إذا دفع رب المال الزكاة إلى الامام ودفعها الامام خطأ لغير مستحق فالفرض

(١) انظر تيسير التحرير : ١٣١/٣ ، فتح الباري : ٢٩١/٣ ، نيل الأوطار :

٠ ١٧٤/٤

(٢) انظر شرح فتح القدير مع العناية : ٢٧٥/٢ - ٢٧٦ .

(٣) انظر شرح فتح القدير : ٢٧٥/٢ - ٢٧٦ .

(٤) انظر المغنى : ٤٩٨/٢ ، شرح فتح القدير : ٢٧٥/٢ ، بدائع الصنائع :

٩١٧/٢ - ٩١٨ ، تبين الحقائق : ٣٠٤/١ - ٣٠٥ ، المحلى : ١٤٤/٦

٠ ١٤٨ -

يسقط عن المالك بالدفع الى الامام . (١)

وقد استدل الجمهور على ما ذهب اليه بالقياس ، ذلك أنه لا خلاف أن من كان عليه دين لآدمي وأعطاه غير مستحقه خطأ أن ذمته لا تبرأ بل لا بد من دفع الدين لمستحقه مرة أخرى فذلك المخطيء في مصرف الزكاة لا تزال الزكاة ديناً في ذمته حتى يضعها موضعها ، وذلك لأن كليهما واجب دفعه الى غير مستحقه فلم يخرج من عهده . (٢)

عَلَّلَ الشافعية مذهبهم بسقوط الفرض عن المالك اذا دفع الزكاة للامام ولو أخطأ الامام مصرف الزكاة ، بأن الامام نائب المستحقين ومن دفع الزكاة لنائبهم فقد دفعها اليهم .

واذا كان ذلك كذلك فعلى الامام أن يستردها من الآخذ ، فان كانت قد تلفت أغرمه اياها وصرف الغرم للمستحقين ، فان تعذر الاسترجاع من القابض فلا ضمان على الامام لأنه قد بذل جهده فهو أمين غير مفرط كالوكيل اذا تلف بيده المال من غير تفريط فلا ضمان عليه . (٣)

هذا واذا كان الدافع رب المال فهل يسترد ما دفع؟ ذهب أبو يوسف الى أنه لا يسترد ما أداه لأن فساد جهة الزكاة لا ينقض الأداء .

قال ابن الهمام : وهل يطيب للقابض اذا ظهر الحال ؟ لا رواية فيه واختلف فيه ، وعلى القول بأنه لا يطيب يتصدق به ، وقيل : يردّه على المعطي على وجه التملك منه ليعيد الأداء . (٤)

-
- (١) انظر الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١ / ١ - ٥٠١ - ٥٠٢ ، شرح الخرشي مع حاشية العدوي : ٢ / ٢٢٤ ، التاج والاكليد مع مواهب الجليل : ٢ / ٣٥٩ المنتقى : ٤ / ١٥١ ، المجموع : ٦ / ٢٤٨ - ٢٥٠ ، روضة الطالبين : ٢ / ٣٣٨ اسنى المطالب : ١ / ٤٠٤ - ٤٠٥ .
- (٢) انظر المغنى : ٢ / ٤٩٨ ، تبیین الحقائق : ١ / ٣٠٤ .
- (٣) انظر المجموع : ٦ / ٢٤٨ - ٢٥٠ ، المنتقى : ٢ / ١٥١ .
- (٤) شرح فتح القدير : ٢ / ٢٧٥ - ٢٧٦ .

ونص المالكية على أن لرب المال استرجاع الزكاة من أخذها أو أخذ عوضها منه إذا فاتت بغير سبب سماوى كالأكل والبيع ، أما إذا هلك بسبب سماوى فليس له استرجاعها إلا إذا غره بأن أظهر له مثلا الفقر وهو غنى . (١)

ونص الشافعية على أن لرب المال استرداد الزكاة ان كانت باقية أو بدلها ان كانت تالفة ، هذا اذا بين المذكي للمدفع له أن المدفوع زكاة ولا فليس له ذلك . . . (٢)

هذا واذا تعذر الا استرجاع فهل يجب الضمان والاخراج ثانيا على المالك؟ الراجح عند المالكية والشافعية وهو ظاهر كلام الجمهور أن ذلك واجب على المالك ، لأنه قد فرط فقد كان بإمكانه دفع الزكاة الى نائب المستحقين وهو الامام وبذلك يسقط الفرض عنه بيقين ولكنه فرق بنفسه وأخطأ فليتحمل تبعات عمله . (٣)

ج : والمذهب عند الحنابلة التفصيل في ذلك فان بان أن الآخذ غنى فيجزئه ما دفعه ولا يطالب بدفع الزكاة مرة أخرى ، أما اذا ظهر أن الآخذ كافر أو قريب لدافع الزكاة أو نحوهما فلا يجزئه ذلك بل لا بد من دفع الزكاة مرة أخرى^(٤)

أخرج النسائي وأبو داود السجستاني بسند صحيح الى عبيد الله بن عدى بن الخييار ، قال : أخبرني رجلان أنهما أتيا النبي صلى الله عليه وسلم فسئلا حجة الوداع وهو يقسم الصدقة ، فسألاه منها ، فرفع فينا البصر وخفضه ، فرآنا جلدَيْن ، فقال : ان شئما أعطيتكما ولا حظَّ فيها لغنى ولا لقبيسوي

(١) انظر الشرح الكبير : ١/١ - ٥٠١ - ٥٠٢ .

(٢) انظر المجموع : ٦/٢٤٨ - ٢٥٠ .

(٣) انظر المجموع : ٦/٢٤٨ - ٢٥٠ ، الشرح الكبير للدردير : ١/١ - ٥٠١ - ٥٠٢ ، المحلى : ٦/١٤٤ - ١٤٨ .

(٤) انظر المغنى : ٢/٤٩٨ ، المحرر : ١/٢٢٥ ، المبدع : ٢/٤٣٦ - ٤٣٧ ،

الانصاف : ٣/٢٦٣ - ٢٦٥ ، كشاف القناع : ٢/٢٩٤ - ٢٩٥ .

مكتسب (١)

وجه الدلالة:

يفيد هذا الحديث أن الفقر والغنى من الأمور الخفية التي يعسر الوقوف على حقيقتها ، فمن أعطى الذي ظاهره الفقر ثم بان غنيا فزكاته تجزئه ولا إعادة عليه ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أعطى من الزكاة الرجلين اللذان سألاه وسؤلها بمنزلة دعوى الفقر ولم يعلم أنه استرد الزكاة منهما بل قلدهما الأمانة فيما بطن من أمرهما ولو اعتبر حقيقة الغنى لما اكتفى بقولهما .

أما لماذا فرق الحنابلة بين الغنى وغيره من موانع الزكاة؟

فقد أجاب عن ذلك ابن قدامة بقوله : ان بان الآخذ كافرا . . . أو قرابة للمعطي ممن لا يجوز الدفع اليه ، لم يُجزئه . . . لأنه ليس بمستحق ولا تخفى حاله غالبا فلم يجز الدفع اليه . . . وفارق من بان غنيا ، بأن الغنى والفقر مما يعسر الاطلاع عليه ، والمعرفة بحقيقته ، قال الله تعالى " يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيئاتهم " (٢) فاكفى بظهور الفقر ودعواه بخلاف غيره " (٣)

هذا وقد نص الحنابلة على أنه اذا كان الدافع الامام أو نائبه ولم يتمكن من استرجاعها فعليهما الضمان لأنهما قد فرطا . أما اذا كان الدافع ربالمال فله أن يسترجع المذكاة من القابض فان لم يجدها عنده ضمنه اياها لأن القابض لا يملك الزكاة بهذا القبض الباطل . (٤)

(١) سنن النسائي : ٩٩/٥ ، سنن أبي داود : ٢٨٥/٢ ، الدراية : ٢٦٧/١ ،

سبل السلام : ١٤٦/٢ ، نصب الراية : ٤٠١/٢ .

(٢) آية (٢٧٣) من سورة البقرة .

(٣) المغنى : ٤٩٨/٢ .

(٤) انظر شرح منتهى الايرادات : ٤٣٥-٤٣٦ ، كشف القناع : ٢٩٤/٢ -

٢٩٥ ، الانصاف : ٢٦٣-٢٦٥ ، الفروع : ٥٨٤-٥٨٥ .

الترجيح :

الذى أميل اليه هو مذهب الحنابلة فمن أعطى زكاته لمن يعتقد أنه فقيرا فبان غنيا فزكاته صحيحة ولا إعادة عليه لأن الغنى والفقر من الأمور الخفية التي يعسر الاطلاع عليها وهذا هو الذى يهده حديثنا أبى هريرة وعبيد الله بن عدى بن الخيار وقد سبق بيانها .

أما اذا بان المعطى كافرا أو قريبا للمزكى ونحوهما فان الزكاة لا تجوز ولا بد من اخراجها مرة أخرى كديون الأدميين سواء بسواء .

وأما حديث معن بن يزيد فهو واقعة حال لا يمكن الاستدلال به على أن الصدقة التي أخذها معن زكاة اذ يحتمل أن تكون نفلا وما تطرق اليه الاحتمال ضعف به الاستدلال .

وأما قياس الخطأ فى مصرف الزكاة على الخطأ فى القبلة فبعيد لأن الزكاة من حقوق العباد وهى مبنية على المشاحة ، والصلاة من حقوق الله وهى مبنية على المسامحة .

هذا ويجب على من أخذ الزكاة وهو ليس من أهلها أن يردّها أو يرد عوضها ان كان قد استهلكها ولا يأكل أموال الناس بالباطل .

وإذا لم يمكن استرجاع الزكاة من الآخذ فعلى رب المال اخراج الزكاة مرة أخرى لأنه مأثور بدفع الزكاة لمستحقيها ولم يفعل ذلك وخطوه ليس بعذر .

أما اذا دفعها الامام ولم يتمكن من استرجاعها فلا زكاة على رب المال ولا ضمان على الامام ، لأن رب المال قد دفعها الى نائب المستحقين فخرج من العهدة بيقين ، والامام قد بذل جهده وأخطأ وما على المحسنين من سبيل .

.....

المبحث الثاني
في الخطأ في تعجيل الزكاة

افترق العلماء الى فريقين في جواز تعجيل الزكاة ، فذهب جمهور العلماء الى جواز تعجيلها مستدلين بحديث علي بن ابي طالب رضى الله عنه أن العباس بن عبد المطلب سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تعجيل صدقته قبل أن تحل فرخص له في ذلك ، صحح سند هذا الحديث الحاكم ووافقه الذهبي والحق أن سنده حسن لتعدد طرقه وشواهدة . (١)

وذهب ربيعة الرأي ومالك وداود الى منع ذلك لأن الحول أحد شرطى الزكاة فلا يجوز تقديم الزكاة عليه كالنصاب .

فاذا كان ذلك كذلك ودفع رب المال زكاته المعجلة لمستحقها معتقدا بقائه مستحقا الى تمام الحول ثم تبين خطأ اعتقاده بأن استغنى الفقير قبل تمامه ، فهل هذه الزكاة صحيحة وقد وقعت موقعها أم أنه لا بد من اخراج زكاة أخرى ؟

١ : المذهب عند الحنفية والحنابلة وهو قول عند المالكية أن من دفع زكاته المعجلة لمن يعتقده فقيرا ثم استغنى قبل تمام الحول ، أن زكاته صحيحة ولا يلزمه اخراج زكاة أخرى .

ذلك أنه لا خلاف أنه اذا استغنى الآخذ للزكاة بهذه الزكاة أما لتوالدها أو للتجارة فيها أو لغير ذلك ، أن الزكاة صحيحة ، فكذلك اذا استغنى بغيرها بجامع أن المزكى قد أدى الزكاة المعجلة الى مستحقها في الحالين بعدم وجود السبب وهو - ملك النصاب - فلم يمنع الاجزاء تغير حاله . (٢)

(١) المستدرک للحاکم : ٣ / ٣٣٢ ، سنن البيهقي : ٤ / ١١١ ، مسند أحمد : ١ / ١٠٤

سنن أبي داود : ٢ / ٢٧٦ ، سنن ابن ماجه : ١ / ٥٧٢ ، تلخيص الحبير

٢ / ١٦٢ ، أرواه الغليل : ٣ / ٣٤٩٦٣٤٦ .

(٢) انظر المغنى : ٢ / ٤٧٥ ، كشف القناع : ٢ / ٢٦٨ ، الانصاف : ٣ / ٢١٣ - ٢١٥

مواهب الجليل : ٢ / ٣٦٣ ، الفتاوى الهندية : ١ / ١٧٦ ، حاشية ابن عابدين

٢ / ٢٩٣ - ٢٩٤ ، البحر الرائق : ٢ / ٢٤٢ ، بدائع الصنائع : ٢ / ٩٢٢ .

ب : والمذهب عند الشافعية وهو قول عند المالكية التفصيل في ذلك ، فان كان الغنى بسبب الزكاة جاز ذلك ، لأن المقصود من دفع الزكاة للفقير هو غناه فلا يكون المقصود منها مانعاً منها .

أما اذا كان الغنى بسبب آخر غير الزكاة فلا تصح هذه الزكاة المعجلة بل لا بد من اخراج زكاة أخرى لأن كون المعجل زكاة انما يثبت عند تمام الحول والفقير ليس محلاً للصرف في ذلك الوقت لغناه .

هذا ونص الشافعية على أن المعجل اذا لم يقع زكاة فان الدافع لا يسترد الزكاة المعجلة الا اذا قال عند دفع الزكاة : هذه زكاتي المعجلة ، أو علم القابض أنها معجلة ، ومتى ثبت الاسترداد والمعجل تالف وجب ضمانه والا صح أن رب المال لا يسترد الزكاة المنفصلة كالولد لأنها حدثت في ملك الآخذ . (١)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو المذهب الأول الذاهب الى أن الزكاة المعجلة صحيحة ولو استغنى المستحق قبل تمام الحول ، وذلك لأن المعترف في الزكاة المعجلة وقت القبض لا وقت تمام الحول والا امتنع التعجيل ، وامتناعه يؤدي الى منع ما أجزأه وهو التعجيل وهذا عين التناقض .
والله أعلم وأحكم .

.....

(١) انظر مغني المحتاج : ٤١٦/١ - ٤١٨ ، نهاية المحتاج : ٣ / ١٤٠ - ١٤٥ المجموع : ١٥١/٦ ، أسنى المطالب : ٣٦٢/١ - ٣٦٥ ، مواهب الجليل : ٣٦٣/٢ ، قواعد الأحكام : ٥٥/٢ .

المبحث الأول
في الخطأ في وقت الصيام

المقصود بالصيام في الفقه الاسلامي هو الامساك عن المفطرات من طلوع
الفجر الى غروب الشمس مع النية ، قال الله تعالى " وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ
لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتَمُوا الصَّيَامَ إِلَى النَّيْلِ " ^١
الآية . (١)

ويثبت شهر رمضان برؤية الهلال أو باكمالِ عِدَّةِ شعبان ثلاثين يوماً ، فقد
أخرج البخارى - بسنده الى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال : الشهرُ تسع وعشرون ليلة فلا تصوموا حتى تروه فان غمَّ
عليكم فأكملوا العِدَّةَ ثلاثين " . (٢)

فاذا كان ذلك كذلك فسأتطرق في هذا المبحث الى مسألتين :
المسألة الأولى : في الكلام على من أصبح مفطرا يعتقد أنه من شعبان ثم تبين
خطأ اعتقاده بأن قامت البينة برؤية هلال رمضان في أثناء
النهار .

من كانت هذه حاله وهو من أهل وجوب الصيام فهل يلزمه امساك بقية اليوم
وقضاء صومه ؟ أم يكفي نية الصيام ساعة صح الخبر والامساك عن المفطرات
ولا قضاء عليه ؟

١ : ذهب جمهور العلماء وهو المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية و
الحنابلة الى القول الأول فمن كانت هذه حاله فعليه أن يمك بقية
يومه ويقضى يوماً مكانه ، على أن الحنفية يجيزون النية الى ما

(١) آية (١٨٤) من سورة البقرة .

(٢) صحيح البخارى : ٦٣ / ٣ .

قبل الضحوة الكبرى . (١)

أما أنه يلزمه امساك بقية يومه فلحديث البخارى فقد أخرج بسنده الى أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال - وذكر الحديث - وفيه : وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " (٢)

وجه الدلالة :

يفيد هذا الحديث أن التكليف بقدر الوسع فمن علم برؤية هلال رمضان نهارا أمسك بقية اليوم لتعذر امساك جميع اليوم .

وأما أنه يلزمه قضاء يوم مكانه فلما أخرجه أحمد والنسائى وابن ماجه وأبو داود والترمذى واللفظ لهما عن حفصة رضى الله عنها : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مَنْ لَمْ يُجْمَعِ الصَّيَامُ قَبْلَ الْفَجْرِ فَلَا صِيَامَ لَهُ " وقد صحح سند الحديث ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وابن حزم . (٣)

وجه الدلالة :

يفيد هذا الحديث أن كل من لم يعزم نية الصيام قبل الفجر فلا صحة لصيامه سواء أكان متعمدا أم مخطئا لأن " من " فى الحديث أداة شرط وأدوات الشرط من أفاظ العموم ، كما أن قوله " لا صيام " نكرة فى سياق النفي والنكرة

(١) انظر شرح فتح القدير : ٢ / ٣٦٣ ، حاشية ابن عابدين : ٢ / ٤٠٧ ، حاشية الشلبى على تبين الحقائق : ١ / ٣٣٩ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١ / ٥١٣ ، شرح الخرشي مع حاشية العدوى : ٢ / ٢٣٨ ، المنتقى : ٢ / ٤٠ مواهب الجليل : ٢ / ٣٩٢ ، المجموع : ٦ / ٢٩٧-٢٩٨ ، مغنى المحتاج : ١ / ٤٣٧-٤٣٨ ، نهاية المحتاج : ٢ / ١٨٧-١٨٨ ، المغنى : ٣ / ١٤٥ ، كشف القناع : ٢ / ٣٠٨-٣٠٩ ، الانصاف : ٣ / ٢٨١-٢٨٢ .

(٢) صحيح البخارى : ٩ / ١٧٠ .

(٣) سنن أبى داود : ٢ / ٨٢٣ ، مسند أحمد : ٦ / ٢٨٧ ، سنن الترمذى : ٣ / ٩٩ ، سنن النسائى : ٤ / ١٩٦ ، سنن ابن ماجه : ١ / ٥٤٢ ، تلخيص الحبير : ٢ / ١٨٨ ، بلوغ العرام : ١٣١ ، نصب الرأية : ٢ / ٤٣٣ ، الدرية : ١ / ٢٧٥ ، المحلى : ٦ / ١٦٢ .

فى سياق النفى من أفاظ العموم : نهاراً
فاذا كان ذلك كذلك فان من علم بالرؤية/ولم يعزم النية من الليل فلا صيام له
واذا كان لا صيام له فعليه قضاء ذلك اليوم .

ب : روى عن عمر بن عبد العزيز أن من كانت حاله كذلك فعليه نية الصيام
ساعة صح الخبر والاساك بقية يومه عن المفطرات ولا قضاء عليه .
والى هذا ذهب ابن حزم وابن تيمية ، وذهب الى عدم القضاء داود -
الظاهرى وأصحابه . (١)

وقد استدلوا بالكتاب والسنة ،

أما الكتاب فقد قال الله تعالى " وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَّا
تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ " (٢)

وجه الدلالة :

أن الآية عامة ، ذلك أن " الجناح " المراد به التبعة وهو نكرة فى
سياق النفى فيعم ، و" ما " فى قوله " ما أخطأتم " عامة فى التبنى وغيره فالآية
تفيد أن لا تبعة على المخطى ، فيما أخطأ به وعليه فالمخطى ، فى الصيام
لا يقضى .

وأما السنة فمنها الحديث الشهير " ان الله وضع عن أمتى الخطأ

والنسيان وما استكروها عليه " وقد تقدم تخريجه .

وجه الدلالة منه :

أن الحديث يفيد أن الله سبحانه قد وضع الخطأ عن هذه الأمة ورفع
الخطأ محال بعد الوقوع فيصير الكلام لغوا والشرع منزّه عن ذلك ، فقدّر ضرورة

(١) انظر المحلى : ١٦٤ / ٦ - ١٧٠ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٥ / ١١٠ ، الانصاف

٢٨١ / ٣ - ٢٨٢ ، المبدع : ٣ / ١٢ ، الجامع لأحكام القرآن : ١٤ / ١٢٠ ، زاد

المعاد : ٢ / ٦٩ - ٧٤ .

(٢) آية (٥) من سورة الأحزاب .

صدق الكلام لفظ " حكم " وهو عام في أصل الوضع يشمل الحكم الدينوى وهو البطلان كما يشمل الحكم الأخرى وهو المؤاخذة بالعقاب .
 فاذا كان ذلك كذلك فان من لم يعلم بالخبر الا نهار أول يوم من رمضان فعليه أن يمسك بقية يومه ولا قضاء عليه لأن الله سبحانه قد وضع حكم الخطأ عن هذه الأمة وهذا مخطىء لأنه اعتقد اليوم من شعبان فبان من رمضان .

ومن السنة ما أخرجه البخارى بسنده الى سلمة بن الأكوع رضى الله عنه قال :
 أمر النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من أسلم أن أذن في الناس أن من كان أكل فليصم بقية يومه ومن لم يكن أكل فليصم فإن اليوم يوم عاشوراء . (١)
 وجه الدلالة منه :

أن هذا الحديث يفيد أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر من أكل ومن لم يأكل بصيام يوم عاشوراء ولم يأمر أحدا منهما بالقضاء .
 وعلى هذا اذا قامت البينة بالرهية فى أثناء النهار اجزا صوم رمضان بنية مقارنة للعلم بالوجوب ولا قضاء ، أصل ذلك صيام يوم عاشوراء فقد نسخ وجوبه وبقيّة الأحكام لم تنسخ . (٢)

ونوقش هذا الاستدلال بأن صوم عاشوراء قد نسخ والنسخ يشمل الحكم والشرائط ، وعلى تقدير أن حكمه باقى فالامر بالامسك لا يستلزم الاجزاء فيحتمل أن يكون أمر بالامسك لحرمة الوقت كما يؤمر من قدم من سفر فى رمضان نهارة وكل ذلك لا ينافى أمرهم بالقضاء . (٣)

الترجيح :

الذى أميل اليه هو قول ابن حزم ومن وافقه الذهاب الى أن من أصبح

-
- (١) صحيح البخارى : ٩٦/٣ - ٩٧ .
 - (٢) انظر زاد المعاد : ٧٤/٢ .
 - (٣) انظر فتح البارى : ١٤٢/٤ .

مفطرا يعتقد هـ من شعبان فبان من رمضان ، أن عليه نية الصيام ساعة صحح
الخبر والامساك عما يمسك عنه الصائم ولا قضاء عليه ، لأن هذا المخطئ لم يقصر
وحقق الله تعالى مبنية على السامحة ولأن الواجب تابع للعلم ووجوب الصوم
ذلك اليوم انما علم بالنهار وحينئذ فلم يكن التبييت ممكنا فالنية وجبت وقت تجدد
الوجوب والعلم به ، ذلك أن سلوك هذا المسلك يوافق روح الشريعة ويسرها
والا كان تكليفا بما لا يطاق وهو ممتنع . والله أعلم وأحكم . .

المسألة الثانية : في قضاء رمضان

فيما اذا صام أهل مصر رمضان على غير رؤية بل باكمال شعبان ثمانية
وعشرين يوما ثم رأوا هلال شوال ، فهل يلزمهم قضاء يوم فقط أم في ذلك تفصيل ؟
١ : المذهب عند الشافعية والحنابلة أن من كان حاله كذلك فعليه قضاء
يوم فقط . (١) وقد استدلوا بالسنة والأثر ، أما السنة فقد أخرج البخاري
بسنده الى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال : الشهر تسع وعشرون ليلة فلا تصوموا حتى تروه فان غم عليكم فأكملوا العدة
ثلاثين " (٢)

وجه الدلالة :

يفيد هذا الحديث أن الشهر يكون تسعا وعشرين ليلة كحد أدنى
ولا ينقص عنها ، وهؤلاء قد صاموا ثمانية وعشرين يوما فلا بد لهم من قضاء
يوم لاكمال عدة الشهر .

وأما الأثر فقد أخرج البيهقي بسنده الى الوليد قال : صمنا على عهد
على رضى الله عنه ثمانية وعشرين يوما فأمرنا بقضاء يوم " . (٣)

(١) انظر مغنى المحتاج : ٤٢٣/١ ، نهاية المحتاج : ١٥٧/٣ ، كشاف القناع :

٣٠٥/٢ ، الأنصاف : ٢٧٧/٣ ، المبدع : ٩/٢ .

(٢) صحيح البخارى : ٦٣/٣ .

(٣) سنن البيهقي : ٢٥١/٤ .

ب : والمذهب عند الحنفية والمالكية التفصيل في ذلك ، فان كانوا أكملوا عدة شعبان عن رؤية هلاله قضاوا يوماً واحداً ، لأن شعبان والحال هذه ناقص غير أنه اتفق أنهم لم يروا هلال رمضان ليلة الثلاثين .
وان أكملوا عدة شعبان عن غير رؤية قضاوا يومين احتياطاً ، لاحتمال نقصان شعبان ورجب ، فانهم اذا لم يشاهدوا هلال شعبان كانوا بالضرورة مكملين رجب . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو القول الأول : لما ذكروه ، ولأن الخطأ في يومين نادر والنادر لا حكم له .
والله أعلم وأحكم .

.....

(١) انظر شرح فتح القدير : ٣٢٤/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٥٠٩/١
مواهب الجليل : ٣٨٣/٢ ، المنتقى : ٣٨/٢ .

المبحث الثاني
في الخطأ في مفسدات الصيام

للصيام ركنان تتركب منهما حقيقته :

- ١ : الامساك عن المفطرات كالأكل والشرب والجماع .
- ٢ : النية والمراد بها : العزم على الصيام .

وسأطرق في هذا المبحث الى مسألتين :

المسألة الأولى : في الخطأ في الفعل .

نص عامة الفقهاء على أن من سبق الى حلقه ذباب أو غبار أو دخان ونحو ذلك فإنه لا يفطر بذلك لما في ذلك من المشقة الشديدة والله لم يكلفنا الا بما نطيع . (١)

أما اذا سبق ماء الوضوء أو الغسل الى حلقه فللعلماء في ذلك آراء :

أ : ذهب عطاء بن أبي رباح وقتادة والحسن البصرى وإسحاق بن راهوية وأبو ثور وابن حزم وهو المذهب عند الحنابلة ، الى أن من كانت حاله كذلك فصومه صحيح ولا قضاء عليه . (٢)

واستدل الحنابلة لهذا بالقياس ، ذلك أنه لا خلاف أن غبار الطريق لا يفطر وكذا غبار الدقيق لمن نخله ، فكذلك من سبق الماء الى حلقه ، بجامع أن كليهما غير قاصد الفعل .

ب : والمذهب عند الحنفية والمالكية وبه قال المزني من الشافعية أن من فعل

(١) انظر الهداية مع شرح فتح القدير : ٣٣٢ / ٢ ، تبين الحقائق : ٣٢٢ / ١ ،
الشرح الكبير للدردير : ٥٣٣ / ١ ، شرح الخرشى : ٢٥٨ / ٢ ، مغنى
المحتاج : ٤٢٩ / ١ ، نهاية المحتاج : ١٦٨ - ١٧١ / ٣ ، كشاف القناع
٣٢٠ / ٢ ، الأنصاف : ٣٠٤ - ٣٠٦ / ٣ ، المحلى : ٢١٧ / ٦ .
(٢) انظر فتح البارى : ١٥٥ / ٤ ، نيل الأوطار : ٢٣٥ / ٤ ، المجموع : ٣٧١ / ٦ ،
المغنى : ١٢٣ / ٣ ، المحلى : ٢١٥ / ٦ ، كشاف القناع : ٣٢١ - ٣٢٢ / ٢ ،
الأنصاف : ٣٠٨ - ٣٠٩ / ٣ .

ذلك فقد فسد صومه وعليه قضاء ذلك اليوم . (١)
وقد استدل بعضهم لهذا المذهب بالقياس ، ذلك أنه لا خلاف أن من
شرب الماء عامداً أن صومه قد فسد ، فكذلك من سبق الماء الى جوفه ، بجامع
أن كليهما قد أوصل الماء الى جوفه ذاكراً لصومه ثم أنه قد قصر في الاحتراز .
فعوقب بفساد صومه ، ألا ترى أن الخطأ عذر نادر والنادر لا حكم له .

ج : والمذهب عند الشافعية أنه إذا سبق ماء المضمضة أو الاستنشاق
الى جوفه أو دماغه ففي ذلك تفصيل : فان بالغ فقد فسد صومه وهكذا حكم
سبق ماء غير المشروع كالغسل للتبريد ونحوه ، وان لم يبالغ فصومه صحيح (٢)
برهان ذلك ما أخرجه النسائي وأبو داود وابن ماجه والترمذى واللفظ لهم -
عن لقيط بن صبرة قال : قلت : يا رسول الله أخبرنى عن الوضوء ؟ قال : أسبغ
الوضوء واخلل بين الأصابع وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً " قال
الترمذى : حسن صحيح . (٣)

وجه الدلالة :

أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى فى هذا الحديث الصائم عن المبالغة
فى الاستنشاق ، وهذا يدل على أن وصول الماء فى المبالغة يبطل الصوم
ولو لم يكن الأمر كذلك لم يكن للنهى عن المبالغة معنى والرسول عليه الصلاة -
والسلام منزله كلامه عن اللغو ، وإذا كان هذا نص فى الاستنشاق فالمضمضة كذلك

(١) انظر المجموع : ٣٧١ / ٦ ، المغنى : ١٢٣ / ٣ ، بدائع الصنائع : ١٠٠٩ / ٢ ،

حاشية ابن عابدين : ٤٠١ / ٢ ، شرح فتح القدير : ٣٢٧ / ٢ ، الشرح الكبير

للدردير : ٥٢٥ / ١ ، المنتقى : ٥٣ / ٢ ، شرح الخرشى : ٢٥٠ / ٢ .

(٢) أنظر المجموع : ٣٧٢ - ٣٧٠ / ٦ ، مغنى المحتاج : ٤٢٩ / ١ ، نهاية المحتاج

١٦٨ / ٣ - ١٧١ .

(٣) سنن الترمذى : ١٤٦ / ٣ ، وانظر سنن أبى داود : ٧٦٩ / ٢ ، سنن

النسائي : كتاب الطهارة ، باب المبالغة فى الاستنشاق ، حديث " ٨٧ " سنن

ابن ماجه : كتاب الطهارة ، باب المبالغة فى الاستنشاق بحديث " ٤٠٧ " .

لأنها في معناه ، وإذا كان ذلك كذلك فحكم سبق ماء غير المشروع حكم المبالغة في المشروع ، فهو يفسد الصيام لأنه متولد من سبب غير مأثور به مع ما في ذلك من التقصير وعدم الاحتياط .
 أما إذا لم يبالغ في المشروع فإن صومه صحيح لأن الماء وصل إلى جوفه بغير اختياره أشبه بغبار الطريق ونخل الدقيق .

الترجيح :

والذي أميل إليه هو مذهب الشافعية القائل بالتفصيل في ذلك ،
 للحديث الذي ذكره فإن المبالغ إذا سبق الماء إلى حلقه كان هذا ناشئاً من تقصيره فلا يعذر بالخطأ بخلاف من لم يبالغ فإنه لا يفطر قياساً على ما لو دخل الغبار أو الذباب في حلق الصائم .
 وقياس المخطيء على العامد بعيد جداً لأن المتعمد قاصد والمخطيء غير قاصد .

والله أعلم وأحكم

السؤال الثانية : الخطأ في القصد .

لو أكل أو شرب أو جامع الصائم وهو يعتقد أنه ليل ثم تبين خطأ اعتقاده وأنه فعل ذلك في النهار، فهل صومه صحيح أم فاسد ؟
اختلف العلماء في ذلك :

١ : فذهب جماعة من السلف واسحاق بن راهوية وداود الظاهري وأصحابه وابن حزم وابن تيمية وغيرهم ، الى أن من كانت حاله كذلك فصومه صحيح ولا قضاء عليه . (١)

وقد استدلو بالكتاب والسنة والأثر ،

أما الكتاب فقد قال الله تعالى : " وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ " (٢)

وجه الدلالة :

أن هذه الآية تفيد أن من أراد الصيام مأمور بالأكل والشرب ونحوهما الى أن يظهر الفجر فهو مع الشك في طلوعه مأمور بالأكل ونحوه ، ومن فعل ما أمر به فكيف ينسب الى التفريط ويؤمر بالقضاء ؟ وإذا ثبت هذا في الأكل فالجماع كذلك لأنه في معناه .

وأما السنة فقد أخرج البخاري بسنده الى أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت : أفطرنا على عهد النبي صلى الله عليه وسلم يوم غيمٍ ثم طلعت الشمس . (٣)

وجه الدلالة :

تفيد هذه السنة أنه لا يستحب مع الغيم التأخير الى أن يتيقن الصائم

(١) انظر المجموع : ٣٤٨ / ٦ ، المغنى : ١٤٧ / ٣ ، المحلى : ٢٢٢ / ٦ - ٢٢٤ ،

فتح الباري : ٢٠٠ / ٤ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٢٨ / ٥ ، ٢٦٤ .

(٢) آية (١٨٧) من سورة البقرة .

(٣) صحيح البخاري : ٨٢ / ٣ .

الغروب والا لفعل ذلك الصحابة ، بل لم يأمرهم الرسول صلى الله عليه وسلم بالقضاء ولو أمرهم لشاع ونقل ، فلما لم ينقل ذلك دل على أنه لم يأمرهم به . وإذا كان ذلك كذلك فان من أكل أو شرب أو جامع معتقدا الوقت ليلا فبان نهارا فلاشى عليه لما يفيد هذا الخبر فهو نص فى الأكل والشرب وأما الجماع فيقاس عليهما لعدم الفارق .

ونوقش هذا الخبر بأن خبر أسامة لا ينفى القضاء ولا يثبتته ، مع العلم أن البخارى أخرج بسنده الى أبى أسامة قال : قيل لهشام بن عروة - وهو أحد رواة خبر أسامة - فأمروا بالقضاء ؟ قال : بُدُّ من قضاءٍ " أى : لا بد من القضاء .

وهذا يفيد أن من أفطر قضاءً والا فكيف يجزم هشام بذلك ؟ (١)

ورد هذا بأن هشام قال ذلك برأيه ، ويدل على أنه لم يكن عنده بذلك علم أن معمرأ روى عنه قال : سمعت هشاما قال : لا أدري أقضوا أم لا ، ذكر هذا البخارى فى صحيحه . (٢)

وأما الأثر فقد أخرج عبد الرزاق فى مصنفه بسنده الى زيد بن وهب قال : أفطر الناس فى زمان عمر ، قال : فرأيت عساسةً أخرجت من بيت حفصة فشربوا فى رمضان ثم طلعت الشمس من سحاب ، فكان ذلك شقاً على الناس وقالوا : نقضى هذا اليوم ، فقال عمر : ولم ؟ فوالله ماتجانفنا لإثم " (٣)

ونوقش هذا بأن عبد الرزاق قد أخرج أيضا بسنده عن زيد بن أسلم عن أبيه قال : أفطر الناس فى شهر رمضان فى يوم مُغِيْمٍ ، ثم نظر ناظر فاذا الشمس ، فقال عمر بن الخطاب : الخطب يسير وقد اجتهدنا ، نقضى يوما " (٤)

(١) انظر فتح الباب : ٢٠٠ / ٤ .

(٢) انظر مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٣١ / ٢٥ ، المحلى : ٢٢٤ / ٦ .

(٣) مصنف عبد الرزاق : ١٧٩ / ٤ ، وانظر مصنف ابن أبى شيبة : ٢٤ / ٣ .

(٤) مصنف عبد الرزاق : ٤٧٨ / ٤ .

وليس ذاك أولى من هذا بل ان قول عمر بالقضاء أولى لكثرة من رواه ، ولهذا قال البيهقي :

وفي تظاهر هذه الروايات عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه في القضاء دليل على خطأ رواية زيد بن وهب في ترك القضاء * (١)

ب : وذهب جمهور العلماء وهو المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الى أن من كانت حاله كذلك فعليه قضاء ذلك اليوم ولا كفارة عليه غير أن الحنابلة نصوا على أن من جامع في نهار رمضان فعليه الكفارة ولو كان مخطئا . (٢)

وقد استدلو بالكتاب والسنة والأثر والقياس ،

أما الكتاب فقد استدلو بالآية التي استدل بها المخالف ولكن من وجه آخر ذلك أن الله سبحانه أمرنا بالصيام من طلوع الفجر الى الليل ، قاله قد جعل للصيام وقتا وهو النهار ، ويفهم من هذا أن من أفطر في النهار فقد أفسد صومه وعليه قضاء ذلك اليوم ، وهذا الحكم عام لا تفصيل فيه فيشمل العامس والمخطئ بل ان المخطئ قد فرط حيث لم يتثبت وفرط حيث أفطر وهو ذاكر لصومه فما أشبهه بالمتعمد .

وأما السنة فقد استدلو بخبر أسماء الذي استدل به المخالف ، ذلك أن هشام - وهو احد رواة الحديث - سئل هل أمرو بالقضاء ؟ فقال : لا بد من القضاء . وهشام لا يقول ذلك من عنده بل لا بد أنه استند على دليل في قوله ولهذا جزم بحكاية الحكم .

(١) سنن البيهقي : ٢١٧ / ٤ .

(٢) انظر شرح فتح القدير : ٣٧٢ / ٢ ، بدائع الصنائع : ١٠٣٠ / ٢ ، تبیین الحقائق : ٣٢٧ / ١ ، ٣٤٢ ، حاشية ابن عابدين : ٤٠٧ / ٢ ، ٤١٠ ، مواهب الجليل : ٤٢٧ / ٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٥٢٦ / ١ ، شرح الخرشي : ٢٥٠ / ٢ ، حاشية الرهوني : ٣٦٤ / ٢ ، بداية المجتهد : ٣٠٣ / ١ ، المجموع : ٣٤٤ / ٦ ، ٣٤٥ ، مغنى المحتاج : ٤٤٣ / ١ ، ٤٤٤ ، نهاية المحتاج : ٢٠١ ، ١٧٤ / ٣ ، كشف القناع : ٣٢٣ / ٢ ، ٣٢٥ ، الانصاف : ٣١١ / ٣ ، ٣١٣ ، المغنى : ١٤٧ ، ١٤٠ / ٣ .

وأما الأثر فقد استدلوا بأثر عمر الذي استدل به المخالف ، ذلك أن الرواية عن عمر - ما عدا زيد بن وهب - كلهم أجمعوا على أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أمر بقضاء ذلك اليوم .

وأخرج البيهقي بسنده الى شعيب بن عمرو بن سليم الأنصارى قال : أفطرننا مع صهيب الحبر أنا وأبى فى رمضان فى يوم غيم وطش فبينما نحن نتعشى اذ طلعت الشمس فقال صهيب : طعمة الله أتموا صيامكم الى الليل واقضوا يوماً مكانه* (١)

وأما القياس فلأنه لا خلاف أنه لو غمَّ هلال رمضان فاصبحوا مفطرين ثم تبين أن ذلك اليوم من رمضان ، أن القضاء واجب فكذلك هذا ، بجامع أن كليهما أكل مختاراً ذاكراً للصوم . (٢)

هذا واستدل الحنابلة على مذهبهم بوجوب الكفارة على من أفطر بالجماع مخطئاً^{لها} أخرجه البخارى عن أبى هريرة قال : بينما نحن عند النبى صلى الله عليه وسلم إذ جاء رجلٌ فقال : يا رسولَ الله هلَكْتُ . قال : مالك ؟ قال : وقعتُ على امرأتى وأنا صائم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل تجد رقبَةً تُعْتِقُهَا * الحديث . (٣)

وجه الدلالة :

يفيد هذا الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر من جامع فى نهار رمضان بالكفارة من غير تفريق ولا تفصيل ، فلم يسأله هل هو مخطئٌ أو متعمد ؟ وترك الاستفصال فى الفعل ينزل منزلة العموم فى القول كما اشتهر . وإذا كان ذلك كذلك فعلى من جامع فى نهار رمضان الكفارة ولو كان مخطئاً لأن الحديث عام .

(١) سنن البيهقى : ٢١٨ / ٤ .

(٢) انظر فتح البارى : ٢٠٠ / ٤ ، المعنى : ١٤٧ / ٣ .

(٣) صحيح البخارى : ٧٣ / ٣ .

ونوقش هذا بأن قول ذلك الرجل في الحديث " هلكت " يدل على أنه كان متعمدا عارفا بالتحريم ، لأن الهلاك مجاز عن العصيان المؤدى الى ذلك فكأنه جعل المتوقع كالواقع وبالغ فعبر عنه بلفظ العاصي . وإذا تقرر ذلك فليس فيه حجة على وجوب الكفارة على المخطئ* . (١)

الترجيح :

الأدلة التي ساقها كلا الفريقين مشتركة فالآية والخبر والأثر استدل بها الفريق الأول كما استدل بها الفريق الآخر ولكل وجهة ، ومع هذا فالذى أميل إليه هو قول الجمهور ، للأسباب الآتية :

الأول : أن الآية ظاهرها شمول حالتى العمد والخطأ ولا وجه لقصرها على حالة العمد .

الثانى : أن القول بعدم القضاء فى حديث أسماء مبنى على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يأمر بالقضاء والموجود فى الحديث هو السكوت والسكوت ضعيف الدلالة على عدم الأمر بالقضاء ، ويؤيد ذلك كلام هشام وهو واحد رواية الحديث .

الثالث : أن خبر عمر قد اختلفوا عنه فى القضاء وعدمه وقد رجح المحدث البيهقى رواية القضاء كما سبق نقل ذلك عنه .

والله أعلم وأحكم . . .

.....

(١) انظر فتح البارى : ١٦٤/٤ ، نيل الأوطار : ٢٤١/٤ .

الفصل الرابع

في الخطأ في أحكام الحج .

وتحت هذا الفصل ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : في الخطأ في النيابة في الحج .
- المبحث الثاني : في الخطأ في محظورات الأحرام .
- المبحث الثالث : في الخطأ في الوقوف بعرفة .

الحنابلة لهذا بالقياس ذلك أنه لا خلاف أن المنيب إذا لم يبرأ من مرضه يقع عنه حج النائب ولا يجب عليه حج آخر ، فكذلك إذا أحمج عن نفسه ثم عوفى من مرضه لم يجب عليه حج آجر ، بجامع أن كليهما أتى بما أمر به فخرج عن العهدة .

هذا وظاهر عبارة الكاسانى فى بدائع الصنائع وابن الهمام فى شرح فتح القدير وهكذا متون الحنفية القول بمذهب الشافعية لكن نص ابن نجيم فى البحر الرائق وابن عابدين فى الحاشية على أن مذهبهم كمذهب الحنابلة^(١) .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب المجيز وذلك لسببين :

الأول : أن المنيب أدى حجة الاسلام الواجبة فكيف تلزمه بحج أخسر والله لم يوجب عليه الا حجة واحدة .

الثانى : أن دليل النيابة انما دل على جواز النيابة عند العجز وليس فيه ما يدل على اشتراط بقاء العجز حتى الموت .

والله أعلم وأحكم .

.....

(١) انظر شرح فتح القدير : ١٤٥ / ٣ ، بدائع الصنائع : ١٢٩٠ / ٣ ، حاشية ابن عابدين : ٥٩٩ / ٢ ، البحر الرائق : ٦٥ / ٣ ، تبیین الحقائق : ٨٥ / ٢ .

المبحث الثانى
فى الخطأ فى محظورات الاحرام

حرم الشارع على المحرم أشياء وحظرها عليه كالجماع ودواعيه ، ولبس
المخيط كالقميص ، وتقليم الأظافر ، وإزالة الشعر ، واستعمال الطيب ، والتعرض
لصيد البر وأكله ، الى غير ذلك من المحظورات .
وهذه المحظورات محرمة على الرجل وأما المرأة فتشاركه الحرمة فى
بعضها كالجماع ، والصيد ، وتستقل عنه فى اباحة بعضها كلبس المخيط .

وإذا كان ذلك كذلك وارتكب المحرم بعض هذه المحظورات خطأ فهل
تلتزمه الفدية ؟ افترق العلماء فى ذلك الى ثلاثة مذاهب :
١ : روى عن الامام أحمد أنه لا شىء على المحرم فى ذلك اذا ارتكب أحد
هذه المحظورات عن طريق الخطأ ، وهذا هو مذهب الظاهرية وجماعة من
العلماء فى الجملة . (١)

واستدل هؤلاء بالكتاب والسنة ،

أما الكتاب فمن وجهين :

الوجه الأول :

قول الله تعالى " **وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ
قُلُوبُكُمْ** " الآية (٢)

وجه الدلالة :

تفيد هذه الآية أنه لا تبعة علينا فى كل شىء ارتكبناه خطأ وانما

(١) انظر المغنى : ٤٢٩/٣ ، ٤٣٥ ، ٤٣٩ ، الانصاف : ٥٢٧/٣ - ٥٢٩ ،

حاشية سليمان آل الشيخ على المقنع : ٤١٦/١ - ٤١٧ ، المحلى : ٧/

١٨٩ ، ٢٠٨ ، ٢٥٥ ، ٢٥٨ ، المجموع : ٣٢٦/٧ ، ٣٤٩ .

(٢) آية (٥) من سورة الأحزاب .

التبعية على متعمد انتهاك المحرم ، ذلك أن قوله تعالى " جناح " نكرة في سياق النفي فتعم كل اثم صغراً وكبير ، ثم ان " ما " في قوله " ما أخطأتم " ، عامة أيضاً في التبنى - الذي وردت الآية في سياقه - وغيره .
 وإذا كانت الآية عامة في رفع التبعية عن المخطئ ، فانها تشمل المخطئ ، ففى محظورات الاحرام فلا تبعة عليه .

الوجه الثانى :

قول الله تعالى " يَلْبِغُهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ " الآية (١) .

وجه الدلالة :

أن منطق هذه الآية يفيد أن من قتل الصيد - وهو محرم - قتلاً متعمداً فان عليه جزاء هذا القتل المتعمد والجزاء قد نصت عليه الآية .
 وإذا كان منطق الآية يفيد هذا فان مفهومها يفيد أنه لا جزاء على المخطئ ، ذلك أن الأصل براءة ذمته فلا نشغلها الا بدليل .

ونوقشت هذه الآية بأن قوله " متعمداً " خرج مخرج الغالب والشرط فى

اعتبار مفهوم المخالفة ألا يخرج الوصف مخرج الغالب كما فى قوله تعالى " وَرَبِّكُمْ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ " (٢) الآية ، فان قوله " الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ " وصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له . (٢)

وأما السنة فقد استدلو بالحديث المشهور " ان الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكروها عليه " وقد تقدم تخريجه وبيان وجه الدلالة منه .

(١) آية (٩٥) من سورة المائدة .

(٢) آية (٢٣) من سورة النساء .

(٣) انظر أحكام القرآن لابن العربي : ٢ / ٦٦٨ ، الجامع لأحكام القرآن : ٦ /

٣٠٧ ، تفسير فتح القدير : ٢ / ٧٧ .

ب : والمذهب عند الحنفية وهو ظاهر كلام المالكية أن المتعمد والمخطئ سواء في وجوب الجزاء عليهما ، فمن ارتكب أحد محظورات الاحرام وجبت عليه الفدية مطلقا . (١)

وقد استدلوا لمذهبيهم بالسنة والقياس ، أما السنة فمن وجهين :

ما أخرجه البخارى - بسنده - عن كَعْبِ بْنِ عَجْرَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عَنْ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ : لَعَلَّكَ آذَاكَ هَوَّأَمُّكَ قَالَ : نَعَمْ يَا رَسُولَ اللهِ ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : اخْلُقْ رَأْسَكَ وَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ أَوْ أَطْعِمِ سِتَّةَ مَسَاكِينَ أَوْ انْسُكْ بِشَاةٍ " (٢)

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث يفيد أن قتل رأس كعب ابن عجرة قد آذاه فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بحلق شعره والتكفير عن ذلك مع أنه معذور ، فكذلك من ارتكب محظورات الاحرام خطأ لأن كليهما معذور . وظاهر هذا التوجيه القول بالقياس فى الكفارات ، والمعروف أن الحنفية لا يقولون بذلك فكيف جاز لهم ذلك ؟

يرد على هذا السؤال الجصاص بقوله : لما ثبت استواء حال المعذور وغير المعذور فى سائر جنائيات الاحرام ، كان مفهوما من ظاهر النهى تساوى

(١) أنظر شرح فتح القدير : ٣ / ٧١-٧٢ ، حاشية ابن عابدين : ٢ / ٥٤٣ ، الفتاوى الهندية : ١ / ٢٤٠-٢٥٣ ، تبیین الحقائق : ٢ / ٥٧ ، بدائع الصنائع : ٣ / ١٣٥ ١٢٩٩٦-١٣٠٣ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢ / ٦١-٧٤ ، مواهب الجليل : ٣ / ١٧٤ ، شرح الخرشي : ٢ / ٣٥٨ ، بلغة السالك : ١ / ٢٩٠-٢٩١ المنتقى : ٣ / ٧٣ ، ٢٥٣ ، المدونة : ١ / ٤٣٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، شرح الأبي على مسلم : ٣ / ٢٩٥-٢٩٦ ، أحكام القرآن للجصاص : ٤ / ١٣٣ ، بداية المجتهد : ٣٦٦ / ١ .

(٢) صحيح البخارى : ٣ / ٣٠ .

حال العامد والمخطى ، وليس ذلك عندنا قياسا كما أن حكمتنا في غير بريرة بما حكم النبي صلى الله عليه وسلم في بريرة ليس بقياس " (١)
يعنى أنه من باب دلالة النص المعروفة عند غير الحنفية بمفهوم الموافقة .

الوجه الثانى :

ما أخرجه أبوداود السجستانى والحاكم والبيهقى بسندهم الى جابر ابن عبد الله رضى الله عنه قال : سألت رسول الله عن الضبع فقال : هو صيد ويجعل فيه كبش اذا صاده المحرم " وقد صحح اسناد هذا الحديث البخارى وابن حبان والحاكم والذهبى وعبد الحق . (٢)

وجه الدلالة :

أن الرسول صلى الله عليه وسلم بين فى هذا الحديث أن الضبع صيد يلزم من صاده كبش ، والرسول صلى الله عليه وسلم حينما بين ذلك لم يفصل فى الحكم بل ظاهره التعميم ، وهذا يدل على أن المتعمد والمخطى فى محظور الصيد سواء .
وإذا ثبت هذا فى الصيد فليقس عليه غيره من المحظورات الأخرى لأن العلة واحدة .

وأما القياس فان القائلين به يتفقون معنا فى وجوب الفدية على من حلق شعره أو قلم ظفره ونحوهما ولو كان الفاعل مخطئا فكذلك يقاس عليهما لبس المخيط واستعمال الطيب ونحوهما ، بجامع أن كليهما هتكاً لحرمة الاحرام فاستوى عمدتهما وخطئهما .

(١) أحكام القرآن للجصاص : ١٣٣/٤ .

(٢) سنن أبى داود : ١٥٨-١٥٩/٤ ، المستدرک : ٤٥٣/١ ، سنن البيهقى

١٨٣/٥ ، نصب الرأية : ١٣٤/٣ ، تلخيص الحبير : ٢٧٨/٢ .

ج : والمذهب عند الشافعية والحنابلة التفصيل في ذلك ، فان كان المحذور اتلافا كقتل الصيد وحلق الشعر وتقليم الظفر فهم يقولون بوجوب الفدية مطلقا ولو كان الفاعل مخطئا ، وان كان المحذور استمتعا محضنا كاستعمال الطيب وليس المخيط فهم يقولون بعدم وجوب الفدية على المخطئ .

واختلف الحنابلة والشافعية في الجماع هل يلحق بالنوع الأول والثاني ؟ وسبب اختلافهم هل الجماع استمتاع أو استهلاك ؟ فالشافعية اعتبروه استمتعا فألحقوه بالطيب ونحوه ، والحنابلة اعتبروه استهلاكا فألحقوه بالصيد ونحوه (١)

وقد استدل هؤلاء لمذهبهم بالسنة والقياس ،

أما السنة فقد أخرج مسلم بسنده الى صفوان بن يعلى بن أمية عن أبيه رضى الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم وهو بالجعرانة . قد أهل بالعمرة ، وهو مصفر لحيته ورأسه وعليه جبة ، فقال : يا رسول الله إنني أحرمت بعُمْرَةٍ . وأنا كما ترى ، فقال : انزع عنك الجبة واغسل عنك الصفرة ، وما كنت صانعا في ححك فاصنع في عمرتك " (٢)

وجه الدلالة :

ان هذا الحديث يفيد أن الرجل الذي سأل الرسول صلى الله عليه وسلم عن حكم لبس المخيط واستعمال الطيب كان جاهلا بحكهما ولهبذا استعملهما وهو محرم ، ومع ذلك أمره الرسول صلى الله عليه وسلم بغسل الطيب ونزع المخيط ولم يأمره بالفدية ولو لزمته لبينها الرسول صلى الله عليه وسلم لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز . وهذا جهل مركب وهو نوع من الخطأ لأن كلا منهما أتى بالفعل وهو غير قاصد .

(١) انظر المجموع : ٢ / ٧ ، ٣٠٢ ، ٣٢٦ ، ٣٢٨ ، ٣٤٦ ، ٣٤٩ ، روضة الطالبين : ٣ / ١٢٧ ، ١٥٣ - اسنى المطالب : ١ / ٥٠٨ - ٥٠٩ ، مغنى المحتاج : ١ / ٥٢٠ ، نهاية المحتاج : ٣ / ٣٣٥ ، المغنى : ٣ / ٤٢٩ ، ٤٣٥ ، ٤٣٦ ، ٤٣٨ ، كشف القناع : ٢ / ٤٥٨ - ٤٥٩ ، الانصاف : ٣ / ٥٢٧ - ٥٢٩ ، شرح منتهى الايرادات : ٢ / ٣٨ ، فتح الباري : ٤ / ٦٣ .

(٢) صحيح مسلم : ٢ / ٨٢٧ - ٨٢٨ .

وإذا ثبت هذا في المخيط والطيب فليقس عليهما نحوهما من الاستمتاع
كتغطية الرأس .

وأما القياس فإنه لا خلاف أن الضمان يجب في اتلاف مال الآدمي ولو كان
الفاعل مخطئا ، فليقس عليه محظورات الاحرام التي من باب الاتلاف كالصيد
والحلق والتقليم ، بجامع أن في كليهما ضمان اتلاف استوى عمده وخطؤه .

الترجيح :

والذي أميل اليه هو قول الشافعية والحنابلة الذاهب الى التفريق
بين ما كان من المحظورات استهلاكا وبين ما كان منها استمتعا وذلك للأسباب
الآتية :

الأول : ان عموم أدلة الظاهرية ومن وافقهم مخصص بالاجماع على ضمان
المتلفات فلتخصص أيضا بالمحظورات التي من باب الإلتلاف كالصيد
والحلق لأن الكل اتلاف .

الثاني : ان استدلال الحنفية ومن وافقهم بحديث كعب بن عجرة وحديث
صيد الضبع استدلال مشترك إذ الشافعية والحنابلة يقولون بذلك
فالصيد والحلق عندهم تجب فيهما الفدية ولو كان الفاعل مخطئا
لكنه عند الشافعية والحنابلة خاص بما كان من باب الاتلاف .

الثالث : ان قياس الطيب ونحوه على الصيد ونحوه قياس مع الفارق إذ الصيد
اتلاف والطيب استمتاع بل قد ورد بالطيب نص ولا قياس مع
وجود النص .

والله أعلم وأحكم . .

.....

المبحث الثالث
في الخطأ في الوقوف بعرفة

أجمع العلماء على أن الوقوف بعرفة هو ركن الحج الأعظم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " الحجُّ الحجُّ يومُ عرفة ، من جاء قبل الصبح من ليلة جمع فقد تمَّ حجُّه " الحديث .
أخرجه أبو داود - واللفظ له - والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارقطني والحاكم والبيهقي وصححه سننه ابن حبان والحاكم والذهبي . (١)

ويرى جمهور العلماء أن وقت الوقوف يبتدىء من زوال اليوم التاسع إلى طلوع فجر اليوم العاشر ، وقد أشار الحديث المتقدم إلى نهاية وقت الوقوف ؟ (٢) هذا وإذا غمَّ هلال ذى الحجة على الناس فأكملوا عدة ذى القعدة ثلاثين يوماً ، ثم وقفوا في اليوم التاسع حسب اعتقادهم وتبين لهم بعد ذلك خطأ اعتقادهم وأن وقوفهم وقع في اليوم العاشر لأنه تبين أن الهلال أهل ليلة الثلاثين فما الحكم ؟ .

أجمع العلماء على صحة وقوفهم ، ومستند هذا الإجماع السنة فقد قال أبو داود السجستاني في سننه " باب إذا أخطأ القوم الهلال " وساق بسنده إلى أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " فطركم يوم تظفرون وأضحاكم يوم تضحون وكل عرفة موقف " الحديث .

(١) سنن أبي داود : ٤٨٦/٢ ، سنن البيهقي : ١٧٣/٥ ، سنن الترمذي : ٢٢٨/٣ ، المستدرک للحاكم : ٤٦٤/١ ، سنن النسائي ، كتاب الحج ، باب فيمن لم يدرك صلاة الصبح مع الامام بالمزدلفة ، حديث (٣٠٤٧) ، سنن ابن ماجه ، كتاب الحج ، باب من أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع ، حديث (٣٠١٥) ، تلخيص الحبير : ٢٥٥/٢ .
(٢) انظر المجموع : ١١٨/٨ ، شرح فتح القدير : ٥٠٨/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٧/٢ ، الانصاف : ٢٩/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٩٩/٣ .

وساق البيهقي الحديث في سننه تحت باب " خطأ الناس يوم عرفة " . وقد حسن سند هذا الحديث الترمذى في سننه . (١)
وأورد البيهقي في سننه بسنده الى عبد العزيز بن خالد بن أسيد قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " يوم عرفة اليوم الذى يُعَرَّفُ الناس فيه " وقال
البيهقى : هذا مرسل جيد أخرجه أبو داود فى المراسيل " (٢)
وجه الدلالة :

يفيد حديث أبى هريرة أن وقت عيد الأضحى عند الله تعالى هو اليوم الذى
يعتقد الناس أنه عيد الأضحى ، وإذا كان ذلك كذلك فان وقت الوقوف بعرفة
عند الله تعالى هو اليوم الذى يقف فيه الناس معتقدين أنه يوم عرفة ، ذلك أن
وقت عيد الأضحى متفرع عن وقت يوم عرفة وما صح فى الفرع فمن باب أولى أن
يصح فى الأصل بل ان الحديث المرسل قد بين هذا صراحة حيث قال " يوم
عرفة اليوم الذى يعرف الناس فيه " ، وإذا ثبت هذا فانه اذا وقف الناس فى
عرفة اليوم العاشر خطأ لظن أنه التاسع فان وقوفهم صحيح لما تقدم .
هذا وإذا شهد شاهدان برؤية هلال ذى الحجة ليلة الثلاثين من
ذى القعدة ووقوف الناس حسب هذه الشهادة فى اليوم التاسع ثم تبين أنهم
وقفوا فى اليوم الثامن لأن الشاهدين قد ظهر أنهما كافران أو فاسقان
وأن شهر ذى القعدة كامل غير ناقص .
إذا كان ذلك كذلك فهل وقوفهم صحيح أم فاسد ؟ .

١ : ذهب جمهور العلماء الى أن وقوفهم غير صحيح ، واستدلوا بالقياس ،
ذلك أن الصلاة والصيام اذا وقعا قبل وقتها لا يصحان ولو صدر ذلك
نتيجة الخطأ ، فكذلك وقت الوقوف بعرفة لا يصح قبل وقته لأن الجميع

(١) سنن أبى داود : ٧٤٣ / ٢ - ٧٤٤ ، سنن البيهقى : ١٧٥ / ٥ - ١٧٦ ،
سنن الترمذى : ٧١ / ٣ ، تلخيص الحبير : ٢٥٦ / ٢ .
(٢) سنن البيهقى : ١٧٥ / ٥ - ١٧٦ .

عبادة . وعلى مذهب الجمهور فان من وقف فى اليوم الثامن خطأ فقد فاته الحج وعليه أن يتحلل بعمره ويلزمه القضاء من قابل كما يلزمه الهدى خلافا للحنفية . (١)

ب : والمذهب عند الحنابلة وهو قول عند الشافعية وبه قال من المالكية ابن القاسم وسحنون وابن العربي ، ذهب هؤلاء الى صحة الوقوف خطأ اليوم الثامن ، قياسا على صحة وقوف الناس خطأ اليوم العاشر . (٢)

وقد ناقش الجمهور هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الغلط بالتقديم يمكن الاحتراز عنه فانه انما يقع للغلط فى الحساب وللخلل فى الشهود الذين شهدوا بتقديم الهلال ، والغلط بالتأخير قد يكون بالغيم المانع من الرخصة ومثل هذا لا يمكن الاحتراز عنه .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الحنابلة ومن واقفهم وذلك لسببين :
الأول : أن الأحاديث فى هذا عامة لم تفرق بين اليوم العاشر واليوم الثامن .
الثانى : أن مذهب الجمهور فيه حرج شديد ومشقة على الناس لحاجتهم جميع الحجيج الى العودة العام القابل والله سبحانه قد رفع الحرج عن هذه الأمة .

(١) انظر شرح فتح القدير : ١٦٩/٣ - ١٧٠ ، حاشية ابن عابدين : ٢ / ٦١٨ - ٦١٩ ، تبين الحقائق : ٩٢/٢ ، مغنى المحتاج : ٤٩٨/١ ، ٤٩٩ - نهاية المحتاج : ٢٩٩/٣ - ٣٠٠ ، المجموع : ٢٣٧/٨ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٧/٢ - ٣٨ ، شرح الخرشي : ٣٢١/٢ ، مواهب الجليل : ٩٥/٣ ، حاشية الرهونى : ٤٤٢/٢ ، المحلى : ١٩١/٧ .

(٢) انظر المغنى : ٤٥٦/٣ - ٤٥٧ ، كشف القناع : ٥٢٥/٢ ، الانصاف : ٦٦/٤ - ٦٧ ، وهكذا مراجع الشافعية والمالكية السابقة .

هذا واذا وقع الخطأ من بعض الحجاج فوقفوا في اليوم الثامن أو العاشر فقد نص العلماء على أن حجهم غير صحيح فيتحللون بعمره ويلزمهم القضاء من قابل كما يلزمهم الهدى خلافا للحنفية . (١)

أخرج مالك بسند صحيح الى هَبَّارِ بْنِ الْأَسْوَدِ أَنَّهُ جَاءَ يَوْمَ النَّحْرِ ، وَعَمَرَ ابْنَ الْخَطَّابِ يَنْحَرُ وَهَدْيُهُ فَقَالَ : يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ أَخْطَانَا الْعِدَّةَ كُنَّا نُرَى أَنَّ هَذَا الْيَوْمَ يَوْمُ عَرَفَةَ . فَقَالَ عَمْرٌ : أَذْهَبَ إِلَى مَكَّةَ فَطَفَّ أَنْتَ وَمَنْ مَعَكَ وَانْحَرُوا هَدْيًا إِنْ كَانَ مَعَكُمْ ، ثُمَّ احْلَقُوا أَوْ قَصَرُوا وَارْجِعُوا فَإِذَا كَانَ عَامٌ قَابِلٌ فَحُجُّوا وَأَهْدُوا ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعَ . (٢)

ذلك واذا وقف الناس كلهم أو بعضهم في غير عرفة خطأ فحجهم غير صحيح نص على ذلك العلماء لأن الخطأ في مثل هذا بعيد إذ موقع عرفة أوضح من أن يقع فيه خطأ . (٣)

والله أعلم وأحكم . .

-
- (١) انظر مغنى المحتاج : ٤٩٨/١ - ٤٩٩ ، كشف القناع : ٥٢٥/٢ ،
حاشية ابن عابدين : ٦١٨/٢ ، مواهب الجليل : ٩٦/٣ .
- (٢) الموطأ : ٢٥٠ ، وانظر سنن البيهقي : ١٧٤/٥ ، سنن الترمذى :
٢٢٨/٣ - ٢٢٩ ، تلخيص الحبير : ٢٩٢/٢ ، الدراية : ٤٦/٢ ،
نصب الرأية : ١٤٦/٣ ، ارواء الغليل : ٢٦٠/٤ .
- (٣) انظر مغنى المحتاج : ٤٩٩/١ ، تبين الحقائق : ٩٢/٢ ، الشرح
الكبير للدردير : ٣٨/٢ .

الفصل الخامس
في قواعد وضوابط الخطأ في العبادات

القاعدة الأولى :

وضع العلماء قاعدة للخطأ في تعيين النية فقد قال السيوطي :
ملا يشترط التعرض له جملة وتفصيلا اذا عينه وأخطأ لم يضر . . . وما يشترط
فيه التعيين فالخطأ فيه مبطل . . . أما لو وقع الخطأ في الاعتقاد دون التعيين
فانه لا يضر " (١)

واليك تفصيل الكلام على هذه القاعدة :

أولا : الخطأ فيما لا يشترط التعيين له لا يضر ، واليك بعض الأمثلة على
هذا .

ا : اذا غلط في نية الوضوء فنوى رفع حدث النوم وكان حدثه غيره ارتفع حدثه
وصح وضوءه . (٢)

ب : اذا عين مكان الصلاة وأخطأ في ذلك فصلاته صحيحة .

ج : لو صلى في الغيم بنية الأداء ظانا أن الوقت باق فبان أن الصلاة وقعت
بعد خروج الوقت ، فصلاته صحيحة وتقع قضاء ، وكذلك لو نواها قضاء

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٥ ، وانظر قواعد الزركشي : ٣٠٣/٣ ،
الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٤ ، مغنى المحتاج : ١٤٩/١ ، حاشية
ابن عابدين : ٤٢٠/١ .
(٢) أنظر المجموع : ٣٨٥/١ ، كشف القناع : ٩٠/١ ، حاشية ابن عابدين :
٢٤٨/١ ، شرح منتهى الايرادات : ٥٠/١ ، مواهب الجليل : ٢٣٦/١ ،
قواعد الزركشي : ٣٠٣/٣ .

وهكذا اذا نوى الصائم عند الامساك الصلاة فصومه غير صحيح والعكس كذلك فاذا نوى عند الاحرام فى الصلاة الصيام فصلاته غير صحيحة . (١)

ج : من صلى على موتى واعتقد هم عشرة فبانوا أكثر أعاد الصلاة على الجميع لأن فيهم من لم يصل عليه وهو غير معين . (٢)

د : اذا عين زكاة ماله الغائب معتقدا بقاءه فكان تالفه لم يجزئه عن الحاضر ذهب لهذا الشافعية والحنابلة ، والمذهب عند الحنفية أنها تقع عن الحاضر اذا اتحد جنسه مع التالف والا فلا . (٣)

هـ : ذهب الشافعية الى أن من نوى ليلة الاثنين صوم الثلاثاء أو نوى فى سنة أربع صوم رمضان سنة ثلاث فصومه غير صحيح وعليه القضاء . (٤)

ثالثا : اذا وقع الخطأ فى الاعتقاد دون التعيين فانه لا يضر ، واليك بعض الأمثلة على هذا :

١ : تقدم أنه ينبغى على المأموم أن ينوى الاقتداء بمن فى المحراب أو بهذا الحاضر ونحو ذلك مما يجعله مقتديا بشخصه ، وكذلك ينبغى لمن يصلى على الجنازة أن ينوى الصلاة على من حضر ولا يعين شخصا . فاذا

(١) انظر بالأشباه والنظائر للسيوطى : ١٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٤ ، مغنى المحتاج : ١٤٩ / ١ ، قواعد الزركشى : ٣ / ٣٠٣ ، كشف القناع : ١ /

٣١٣ ، الشرح الكبير للدردير : ١ / ٥٢٠ ، حاشية ابن عابدين : ١ / ٤١٨ .
(٢) انظر : الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٦ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٥ ، حاشية ابن عابدين : ١ / ٤٢٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١ / ٤١١ .

(٣) انظر : المجموع : ١٨٢ / ٦ ، أسنى المطالب : ١ / ٣٥٩ ، الفتاوى الهندية : ١ / ١٧٦ ، البحر الرائق : ٢ / ٢٤٢ ، كشف القناع : ٢ / ٢٦٠ ، المغنى : ٢ / ٤٧٧ .

(٤) انظر : المجموع : ٣٢٨ / ٦ ، مغنى المحتاج : ١ / ٤٢٥ ، نهاية المحتاج : ١٦٠ / ٣ .

اقتدى المأموم بمن في المحراب وهو يعتقد زيدا فبان عمرا أو صلى على الجنازة الحاضرة معتقدا أن الميت بكر فاذا هو عمرو ، فذلك لا يضر في صلاته لأنه جزم بامامة الحاضر والصلاة على الحاضر وانما أخطأ نسي الاعتقاد والخطأ فيه لا يضر . (١)

ب : لو غلط في الأذان فظن أنه يؤذن للظهر وكانت العصر فينبغي أن يصح لأن المقصود الاعلام ممن هو أهله وقد حصل . (٢)

ج : اذا نوى ليلة الاثنين صوم غد وهو يعتقد الثلاثاء ، أو نوى صوم غد من شهر رمضان هذه السنة وهو يعتقد ها سنة ثلاث فكانت سنة أربع فصومه صحيح ، لأن الخطأ في الاعتقاد لا يضر . (٣)

ومما يلحق بهذه القاعدة ، أن ما تكفى فيه النية القلبية دون اللفظ فالخطأ في اللفظ لا يقدح في صحته ، وهذا مأخوذ من كلام ابن المنذر حيث يقول : الواجب في الحج والعمرة النية وعليها الاعتماد واللفظ لا عبرة به فلم يؤثر كمالا يؤثر اختلاف النية فيما يعتبر له اللفظ دون النية " (٤)
واليك بعض الأمثلة على هذا :

ا : اذا أراد المسلم أن يقول : نويت الوضوء ، فقال : نويت الصوم ، صح ما نواه دون ما لفظ به ، لأن محل النية القلب إذ هي من عمله فلا يضر سبق لسانه بخلاف قصده . (٥)

-
- (١) انظر : حاشية ابن عابدين : ٤٢٣ / ١ ، نهاية المحتاج : ٢ / ٢١١ ، ٤٦٩ ،
كشاف القناع : ٣١٩ / ١ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١ / ٤١١٦٣٣٧ .
(٢) انظر : المجموع : ٣٨٧ / ١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٢ .
(٣) انظر : المجموع : ٣٨٦ / ١ ، المغنى : ٣ / ١١٣ ، مواهب الجليل : ٢ / ٤٢٩ ،
الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٤ .
(٤) المغنى : ٣ / ٢٦٥ .
(٥) انظر : المغنى : ١ / ٨٣ ، كشاف القناع : ١ / ٨٦ ، شرح منتهى اليرادات :
٤٩ / ١ .

ب : اذا نوى المحرم العمرة فسبق لسانه الى الحج أو بالعكس انعقد ما نواه دون ما لفظ به لأن الواجب النية وعليها الاعتماد واللفظ لا عبرة به فلم يؤثر . (١)

القاعدة الثانية :

الخطأ عذر في المنهيات دون المأمورات . واليك بعض نصوص العلماء على هذه القاعدة .

قال ابن المقرئ في قواعده : قاعدة : الخطأ لا يكون عذراً في إسقاط المأمورات (٢) . وقال العلائي في قواعده : اذا تعلق الخطأ بالمأمورات التي وجودها شرط في صحة العبادة كالوضوء اذا اجتهد ثم تبين خطؤه فالساقط عنه في ذلك الاثم والعقوبة وتجب إعادة الصلاة أما اذا تعلق^{ذلك} بالمنهيات العنافية للعبادة في حال فعلها كالكلام في الصلاة فلا تبطل على هذا الوجه لأنه لم يقصد افسادها . (٣)

وقال ابن نجيم في الأشباه والنظائر : وأما الحكم الدنيوي فان وقع في ترك ما أمر لم يسقط بل يجب تداركه ولا يحصل الثواب المترتب عليه (٤)
ذكر ابن نجيم في معرض كلامه على النسيان والخطأ كالنسيان في الأحكام كما تقدم الإشارة لهذا في الباب الأول ، على أن ابن نجيم قد أورد بعض صور

(١) انظر: المغنى : ٢٦٥/٣ ، كشاف القناع : ٤٠٨/٢ ، مغنى المحتاج :

٤٧٨/١ ، نهاية المحتاج : ٢٦٨/٣ ، شرح فتح القدير : ٤٣٨/٢ ،

شرح الخرشي : ٣٠٦/٢ .

(٢) قواعد ابن المقرئ : لوحة (٢٦) وانظر لوحة (٥٣) .

(٣) قواعد العلائي : لوحة (١٣٦ - ١٣٧) .

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٠٣ .

الخطأ تحت كلامه هذا . وابن نجيم ترك الحكم فى المنهيات ويبدوا من تتبع فروع الحنفية أنه لا أثر للخطأ فى أكثر المنهيات كمحظورات الاحرام وقتل الخطأ ومبطلات الصلاة والصيام .

وقد ذكر العلماء سبب كون الخطأ عذرا فى المنهيات دون المأمورات، والسبب يتضح اذا ذكرنا أهم الفرق التى بين المنهيات وبين المأمورات ، وأهم هذه الفرق ما يأتى :

الفرق الأول : أن المقصود من المأمورات اقامة مصالحها وذلك لا يحصل الا بفعلها ، والمنهيات مزجور عنها بسبب مفسادها امتحانا للمكلف بالانكفاف عنها وذلك انما يكون بالتعمد لارتكابها ومع الخطأ لم يقصد المكلف ارتكاب المنهية فعذر بالخطأ فيه .

الفرق الثانى : أن تارك المأمور يمكنه تلافيه بايجاد الفعل فلزمه ولم يعذر فيه بخلاف المنهية اذا ارتكبه فانه لا يمكنه تلافيه إذ ليس فى قدرته نفي فعل حصل فى الوجود فعذر فيه المخطئ .

الفرق الثالث : أن القصد من الأمر رجاء الثواب فاذا لم يأتى لم يرج له ثوابه بخلاف النهى فان سببه خوف العقاب لأنه لهتك الحرمة والمخطئ لا يقتضى فعله هتك حرمة فلم يخش عليه العقاب . (١)

(١) انظر: قواعد الزركشى : ١٩ / ٢ - ٢٠ ، ٢٧٢ / ٣ ، قواعد ابن المقرئ : لوحة (٥٣ ، ٢٦) ، قواعد الحصنى : لوحة (٦٣ - ٦٤) المجموع المذهب فى قواعد المذهب للعلائي : لوحة (١٣٦ - ١٣٧) ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٨٨ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٠٣ .

فاذا كان ذلك كذلك فاليك بعض الأمثلة على هذه القاعدة :

ا : ذهب الحنفية والشافعية الى أن من أخطأ في طهارة الثياب أو طهارة الماء فعليه إعادة الصلاة لأنه مأمور بالصلاة بثوب طاهر وماء طاهر وسبق تفصيل هذه المسألة . (١)

ب : المذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن من صلى بالتيمم معتقداً عدم وجود الماء في رحله ثم وجده فعليه إعادة الصلاة ، لأنه مأمور بطلب الماء قبل الصلاة ولا عبرة بالظن البين خطؤه . وقد سبق بيان هذه المسألة . (٢)

ج : تقدم أن مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وجوب إعادة الصلاة على من أخطأ في سبب صلاة الخوف ، وذلك لأنه مأمور بالتحقق من سببها والاحتياط في ذلك . (٣)

د : وتقدم أن المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة صحة صلاة من تكلم في الصلاة خطأ اذا كان ذلك الكلام قليلاً ، وذلك لأن الكلام في الصلاة من المنهيات . (٤)

-
- (١) أنظر : شرح فتح القدير : ٢٧٣ / ١ ، تبين الحقائق : ١٠٢ / ١ ، المجموع : ١٥٤ / ٣ ، نهاية المحتاج : ٨٨ / ١ - ٩٦ .
- (٢) أنظر : شرح فتح القدير : ١٤٠ / ١ ، كشاف القناع : ١٦٩ / ١ ، مغنى المحتاج : ٩١ / ١ .
- (٣) أنظر : بدائع الصنائع : ٦٣١ / ٢ ، نهاية المحتاج : ٣٧٢ / ٢ ، المغنى : ٣١١ / ٢ .
- (٤) أنظر : الشرح الكبير للدردير : ٢٨٩ / ١ ، أسنى المطالب : ١ / ١٨٠ ، كشاف القناع : ٤٠١ / ١ .

ه : المذهب عن المالكية والشافعية وهو قول ابن حزم وأبى يوسف وجوب دفع الزكاة مرة أخرى على من دفع الزكاة لمن يعتقده فقيراً ثم تبين خطؤه فى ذلك وأنه غنى لأنه مأمور بدفع الزكاة الى الفقير ونحوه ولاحظ فى الزكاة لغنى ، وقد سبق بيان هذه المسألة . (١)

و : وتقدم أن مذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية عدم وجوب الفدية على المحرم اذا تطيب أو لبس المخيط ونحوهما على سبيل الخطأ لأن هذه من المنهيات . (٢)

ز : نص العلماء على أن المحرم لا يجزئه الرمي الا اذا وقع الحصى فى العرمى فان وقع دونه لم يجزئه ولو كان على سبيل الخطأ لأنه مأمور بالرمي ولم يرم . (٣)

هذا وبعض هذه المسائل فيه خلاف سبق بيانه ، وماخذ الخلاف أن هذه الأشياء هل هى من قبل الأمور التي هى شروط كالطهارة عن النجاسة فلا يكون الخطأ عذراً فى تركها لغوات الصلحة منها ، أو أنها من قبيل المناهى كالكلام فى الصلاة فيكون الخطأ فيها عذراً . ٢ .

-
- (١) انظر: المحلى : ١٤٤/٦ ، شرح فتح القدير : ٢٧٥/٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٥٠١/١ ، روضة الطالبين : ٣٣٨/٢ .
 (٢) انظر: المحلى : ١٨٩/٧ - ٢٥٨ ، أسنى المطالب : ٥٠٨/١ - ٥٠٩ ، كشف القناع ٤٥٨/٢ - ٤٥٩ .
 (٣) انظر: الكشاف : ٥٠٠/٢ ، شرح فتح القدير : ٤٨٧/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٥٠/٢ ، المجموع : ١٤٦/٨ ، المغنى : ٣٨٢/٣ ، مغنى المحتاج : ٥٠٨/١ ، الانصاف : ٣٣/٤ .

القاعدة الثالثة :

إذا أمكن في العبادات التحرز من الخطأ في القضاء فالخطأ ليس عذراً
في اسقاط القضاء وما لا فلا " قال الزركشى في قواعد :

" والخطأ في العبادات مرفوع غير موجب للقضاء ان لم يؤمن وقوع مثله في المفعول
ثانياً . . . أما إذا أمكن التحرز منه فلا يكون الخطأ عذراً في اسقاط
القضاء " (١)

واليك بعض الأمثلة التي توضح هذه القاعدة :

- ا : نص العلماء على أن المسلم إذا اجتهد في وقت الصلاة وغلب على ظنه
دخول الوقت فصلى ثم تبين خطأ ظنه وأنه صلى قبل الوقت ، فعليه
إعادة الصلاة ، لأن الخطأ في الوقت يؤمن مثله في المفعول ثانياً . (٢)
- ب : تقدم أن المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وجوب قضاء
الصيام على من أكل أو شرب أو جامع وهو يعتقد أنه ليل ثم تبين أنه نهار
لأن الخطأ في مثل هذا يؤمن مثله في القضاء . (٣)

(١) قواعد الزركشى : ١٢٢/٢ - ١٢٣ ، وانظر : المجموع المذهب في قواعد
المذهب للعلائي : لوحة (١٣٥) ، قواعد ابن المقرئ : لوحة (٦) ،
تبيين الحقائق : ٤/٦ ، حاشية القليوبي على الجلال : ١٣٨/١ ،
مغنى المحتاج : ١٤٧/١ .

(٢) انظر : المجموع : ٧٧/٣ ، المغنى : ٢٨٠/١ ، كشف القناع : ٢٥٧/١ -
٢٥٩ ، مغنى المحتاج : ١٢٧/١ ، شرح الجلال المحلى على المنهاج :
١١٧/١ - ١١٨ ، حاشية ابن عابدين : ٣٧٠/١ ، تبيين الحقائق :
١٠٢/١ .

(٣) انظر شرح فتح القدير : ٣٧٢/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٥٢٦/١ ،
المجموع : ٣٤٤/٦ - ٣٤٥ ، كشف القناع : ٣٢٣/٢ - ٣٢٥ .

ج : نص العلماء على أن الحجاج اذا وقفوا في غير عرفة فعليهم القضاء سواء كانوا جمعا كثيرا أو قليلا ، لأن الخطأ في الموقف يؤمن مثله في القضاء . (١)

د : أجمع العلماء على أن الحجاج اذا وقفوا في عرفة اليوم العاشر معتقدين أنه التاسع من ذى الحجة فوقفهم صحيح ، لأن الخطأ في مثل هذا لا يؤمن في السنين المستقبلية . (٢)

هـ : ونص الحنفية على ما اذا شهدوا أنه يوم العيد عند الامام فصلوا ثم ضحّوا ثم بان أنه يوم عرفة ، فالصلاة والأضحية تقعان موقعهما ولا إعادة لأنه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ . (٣)

.....

-
- (١) انظر: تبين الحقائق : ٩٢/٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٨/٢ ،
مغنى المحتاج : ٤٩٩/١ ، شرح الجلال المحلى على المنهاج : ١١٦/٢
- (٢) انظر: شرح فتح القدير : ١٦٩/٣ ، مغنى المحتاج : ٤٩٨/١ - ٤٩٩ ،
الشرح الكبير للدردير : ٣٧/٢ - ٣٨ ، المحلى : ١٩١/٧ ، كشف
القناع : ٥٢٥/٢ .
- (٣) انظر: حاشية ابن عابدين : ٣١٩/٦ - ٣٢٠ ، تبين الحقائق : ٤/٦ ،
حاشية عميرة على شرح الجلال المحلى : ٢٥٢/٤ .

الكتاب الثالث

في بيان أثر الخطأ في العقود.

وتحت تمهيد وفصول :

- الفصل الأول : في الخطأ في محل العقد.
- الفصل الثاني : في الخطأ في صيغة العقد.
- الفصل الثالث : في الخطأ في العاقد أو صفت.
- الفصل الرابع : في الخطأ في الشرط والحكم.
- الفصل الخامس : في قواعد وضوابط الخطأ في العقود.

تعريف العقد اصطلاحاً :

افترق العلماء في تعريف العقد الى فريقين :

ا : فذهب فريق من الفقهاء الى أن العقد هو : الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعى .^(١) ويؤخذ من التعريف أن العقد لا يطلق الا على التصرف الذى يتم بايجاب وقبول كالبيع فالشخص الواحد لا يستطيع أن يبرم بالايجاب وحده عقداً على هذا الاصطلاح فالنذر والطلاق والعتق ونحوها لا يصدق عليها مسمى العقد حسب هذا التعريف وانما يطلق عليها التزام فقط .

ب : ويذهب جمهور الفقهاء الى أن العقد : كل التزام ينشأ عنه حكم شرعى ، سواء كان هذا الالتزام صادراً من شخصين كما فى البيع ونحوه أو من شخص واحد كالطلاق ونحوه .

قال الزركشى فى قواعد : ينقسم العقد باعتبار الاستقلال به وعدمه الى ضربين ، عقد ينفرد به العاقد وعقد لا بد فيه من متعاقدين فالأول كالنذر واليمين والثانى كالبيع والمضاربة^(٢)

وهذا التعريف الأخير أعم من الأول وباعتبار هذا التعريف فالالتزام يعتبر مرادفاً للعقد فالبيع والطلاق يطلق عليهما كلمة عقد مع أن الأول يشترك فى انشائه

(١) انظر : مختصر أحكام المعاملات الشرعية : ٦٦ ، العناية على الهداية مطبوعة بهامش شرح فتح القدير : ٢٤٨/٦ ، مجلة الأحكام العدلية : مادة (١٠٣) ، مرشد الحيران : مادة (٢٦٢) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى : ٥/٣ .

(٢) قواعد الزركشى : ٣٩٧/٢ ، وانظر : قواعد ابن رجب : ٧٦-٧٤ ، أحكام القرآن للجصاص : ٢٨٥/٣ ، الجامع لأحكام القرآن : ٣٢/٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ٢٧٨ ، الفرق للقرافى : ١٣/٤ .

الايجاب والقبول بينما الأخير بنفرد بإنشائه الايجاب وحده فقط .

وهذا التعريف الأخير أنسب من التعريف الأول لشموله وموافقته عموم اللغة وصريح القرآن وهو الذى سأسير فى هذا البحث على منواله .

أركان العقد :

أركان العقد ثلاثة ، الصيغة ، والعاقد ، والمحل ، فمن قال أن العقد لا يكون إلا من عاقدين يرى أن الصيغة لا بد من ايجاب وقبول ، وأن من صدر منه العقد ينبغى أن يكون اثنين ، ومن يرى أن العقد عام يطلق على هذا وذاك يرى أنه لا فرق بين أن تكون الصيغة هى الايجاب والقبول أو الايجاب فقط فى التصرف الذى يتم بالايجاب ، ويرى أن العقد قد لا يتم إلا بعاقدين ، وقد يتم بعاقد واحد كما فى الاقرار والنذر . (١)

.....

(١) انظر المغنى : ٤٨٠ / ٣ - ٤٨٢ - ٧٧ / ٧ ، ٧٨ - كشف القناع : ١٤٦ / ٣
الشرح الكبير للدردير : ٢ / ٣ ، شرح الزرقانى : ٣ / ٥ ، شرح فتح
القدير : ٢٤٨ / ٦ ، مغنى المحتاج : ٣ / ٢ .

الفصل الأول في الخطأ في محل العقد.

وتحت هذا الفصل مبحثان :

المبحث الأول : في الخطأ في محل البيع .
المبحث الثاني : في الخطأ في محل النكاح
والطلاق .

المسألة الأولى : فى الخطأ فى المبيع .

س س

تقوم المعاملات الشرعية على الوضوح والبعد عن المنازعات فلا غرر ولا جهالة وكل معاملة بين المسلمين تؤدى الى النزاع فهى ممنوعة ولهذا قال الله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبِطْلِ وَلَا أَنْ تَكُونَ تَجَارَةً عَنِ تِرَاضٍ مِّنْكُمْ " (١)

فالآية جعلت أساس العقود التراضى بين المتعاقدين ، والغلط أو الخطأ فى المعاملات الشرعية يعتبر أحد عيوب الرضى .

والغلط أو الخطأ فى المعاملات الشرعية فوق أن مسأله مبعثرة يحتاج جمعها الى جهد جهيد يتنازعه عاملان متعارضان : استقرار التعامل واحترام الارادة الحقيقية ، ومن ثم اختلف نظر الفقهاء فى مسأله اختلافا كبيرا .

هذا والخطأ فى المبيع قد يكون فى الجنس وقد يكون فى الوصف ، وللعلماء فى ذلك قولان :

١ : المذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة أن الخطأ اذا كان فى الجنس فالبيع باطل وذلك كما لو اشترى فصا يعتقد ه ياقوتا فاذا هو زجاج ، أو قال البائع للمشتري : بعته هذه البغلة فاذا هى حمار ونحو ذلك ، وعلة ذلك أن البيع وقع على معدوم وبيع المعدوم باطل .

أما اذا كان الخطأ فى وصف المبيع كمن اشترى هذه الياقوتة الحمراء فاذا هى صفراء فالبيع صحيح ولكنه غير لازم ، أما أنه صحيح فلأن الغلط فى المبيع لم يغير من جنسه ولا من وجوده ، وأما أنه غير لازم فلأن المشتري اشترى المبيع بوصف مرغوب فيه ، فقوات هذا الوصف عليه يجعل له الخيار ، فان رضى به

(١) آية (٢٩) من سورة النساء .

فذاك وان رده يفسخ العقد ويأخذ مادفعه اليه .

واليك بعض نصوص العلماء التي تدل على هذا ،

قال السبكي الشافعي في تكملة المجموع : اذا قال بعتك هذه البغلة فخرجت حمارا . . . أو اشترى فصا على أنه ياقوت فخرج زجاجا . . . فالبيع باطل على المذهب ، . . . أما لو وقع الاختلاف مع اتحاد الجنس فلا يبطل كما اذا اشترى دنانير على أنها مغربية فخرجت مشرقية أو على أنها ذهب أحمر فخرجت أصفر . . . " (١)

وقال ابن الهمام الحنفي : من اشترى فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ، ولو اشتراه على أنه أحمر فاذا هو أخضر ينعقد لاتحاده ، والشأن في التخريج على هذا الأصل . . . " (٢)

وقال ابن قدامة الحنبلي : اذا تبايعا ذهبا بفضة مع التعيين فيهما ثم تقابضا ، فوجد أحدهما بما قبضه عيبا لم يخل من قسمين : (١) أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع مثل أن يجد الدراهم رصاصا أو نحاسا فالصرف باطل نص عليه أحمد . . . (٢) أن يكون العيب من جنسه مثل كون الفضة سوداء خشة تتفطر عند الضرب فالعقد صحيح والمشترى مخير . . . " (٣)

(١) تكملة المجموع للسبكي : ١١٩/١٠ - ١٢٠ ، وانظر : المجموع : ٣٨٧/١ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ٣١٥ ، أسنى المطالب : ٧٦/٢ ، روضة

الطالبين : ٤٩٥/٣ .

(٢) شرح فتح القدير : ٣٦٠/٣ ، وانظر : شرح فتح القدير : ٤٣٠-٤٣١ ، تبين الحقائق : ٥٢-٥٣/٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣/٥ - ٥٤ الأشباه

والنظائر لابن نجيم : ٣٤٤ - ٣٤٥ .

(٣) المغنى : ٣٣/٤ ، وانظر كشف القناع : ١٦٥/٣ ، الانصاف : ٢٩٦/٤ .

ب : والمذهب عند المالكية وهو وجه عند الشافعية ورواية عند الحنابلة ،
 أن البيع صحيح سواء أكان الخطأ في الجنس أو في الوصف لكن للمشتري
 الخيار بين الاساك أو الرد .
 أما أن البيع صحيح فلأن العقد قد ورد على عين المحل فلا يتجاوزها إلى
 غيره ، وأما أن الخيار ثابت له فلأنه اشتراه لوصف مرغوب فيه وفوات هذا
 الوصف يثبت له الخيار .

قال الخطاب : وأما إذا سمي أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول :
 أبيعك هذه الياقوتة ، فيجدها غير ياقوتة ، أو يقول المشتري : بع مني هذه
 الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري
 والبيع لا يلزم البائع . . . (١)

الترجيح :

مما تقدم يتضح أنه لا خلاف بين العلماء في النظر للخطأ في
 الوصف وإنما الخلاف بينهم بالنسبة للخطأ في الجنس فمن أبطل البيع نظر
 لإرادة المشتري الحقيقية ، ومن صححه نظر لاستقرار التعامل . والذي أميل
 إليه هو قول الجمهور لما ذكره . والله أعلم . .

.....

(١) مواهب الجليل : ٦٦/٤ ، وانظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي :
 ١٣٩/٣ - ١٤٠ ، شرح الخرشي : ١٥٢/٥ ، المغنى : ٣٣/٤ ، تكملة
 المجموع للسبكي : ١١٩/١٠ .

لا يحط الزيادة وقسطها من الربح بل للمشتري الخيار ان شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى وان شاء رده على البائع .
 أما ان البائع لا يحط الزيادة وقدرها من الربح ، فلأن الاعتبار للتسمية لأن الثمن يجب أن يكون معلوما ليصح العقد ولا يعلم الا بالتسمية واذا كان الاعتبار لها تعلق العقد بها .
 وأما الخيار ثابت للمشتري فذلك لغوات السلامة من الخطأ في الثمن كما يثبت الخيار لغوات السلامة من العيب في المبيع .

وقريب من هذا مذهب المالكية غير أنهم يقولون : اذا حط البائع الزائد وقدره من الربح فالبيع لا زم ولا خيار للمشتري .

ب : والمذهب عند الشافعية والحنابلة وهو قول أبي يوسف أن للمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال وقدره من الربح ولا خيار للمشتري بعد ذلك ولا للبائع في ذلك .
 أما ان المشتري يرجع ، فلأن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة فاذا ظهر الخطأ في الثمن تبين أن التسمية غير صحيحة فتلغو ويبقى العقد لازماً بالثمن الصادق وقسطه من الربح .
 وأما أنه لا خيار للمشتري ، فلأنه رضيه بالمسمى فاذا حصل له بالثمن الأصلي - وهو أقل - فقد زاده خيراً فلم يكن له الخيار .
 وأما البائع لا خيار له ، فلأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك . (١)

(١) انظر في هذه الفقرة : بدائع الصنائع : ٢٢٦/٥ ، شرح فتح القدير : ٥٠٠/٦ ، الشرح الكبير للدردير : ١٦٨/٣ ، مواهب الجليل : ٤٩٥/٤ ، روضة الطالبين : ٥٣٣/٣ ، مغنى المحتاج : ٧٩/٢ ، المغنى : ١٣٦/٤ ، كشف القناع : ٢٣١/٣ .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الجمهور ، القائل بحط الزيادة وقدرها من الربح ولا خيار للبائع مع ذلك ولا للمشتري ، وذلك لما يأتى :

- ا : أما ان البائع يحط الزائد وقدره من الربح فذلك لما ذكره الجمهور .
 ب : وأما انه لا خيار للمشتري فذلك لأن الخيار انما يثبت لنقص وضرر وهذا زيادة ونفع .
 ج : وأما قول المالكية بأن البائع لا يُلزم بحط الزائد وقدره من الربح فهذا بعيد ، لأن المشتري دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فيلزم البائع بما التزمه وهو البيع برأس المال الحقيقى .
 د : وأما قياس الحنفية الخطأ فى المراجعة على العيب فى المبيع وثبوت الخيار للمشتري لذلك فبعيد أيضا ، لأن الثمن فى السلعة المعيبة هو المسمى فى العقد ، والثمن فى المراجعة هو رأس المال وقدره من الربح فالقياس مع الفارق .

.....

الثانى : خطأ النقص فى الثمن .

إذا قال البائع للمشتري فى المراجعة : رأس مالى فى المبيع مائة وأربع عشرة ، ثم عاد فقال : غلظت رأس مالى فيه مائة وعشرة . فهل العقد صحيح أم باطل ؟

ا : عند الشافعية قول نصره كثير منهم ، أن البيع باطل لتعذر امضاءه مزيدا فيه العشرة المتبوعة بربحها لأن العقد لا يحتمل الزيادة .

ب : وجمهور العلماء يذهب الى أن العقد صحيح ، قياسا على غلط المشتري بالزيادة فى الثمن بجامع أن فى كليهما غلطا فى الثمن .

والراجح قول الجمهور لأن حمل عقود الناس على السلامة أولى من إهمالها .

وإذا كان الراجح قول الجمهور فهل القول قول البائع فيما ادعاه؟ وهل يثبت للمشتري الخيار؟ للفقهاء في ذلك بعض التفصيل :

١ : قياس قول أبي حنيفة في المسألة السابقة أن المشتري لا يؤخذ بزيادة بل يخير البائع إن شاء رد الثمن المسمى وأخذ المبيع وإن شاء سلم المبيع وأخذ الثمن المسمى لا يزداد عليه ، وتقدم بيان دليبه .

وعند أبي يوسف لا تقبل بينة البائع على ما ادعاه من رأس المال إذا كذبه المشتري ، لأن البائع كذب بالاقرار السابق بينته فلم تقبل .

وإن صدق المشتري البائع في ذلك خير المشتري بين الأخذ بالثمن المسمى مع الزيادة أو رد المبيع وأخذ ما دفعه لأن المشتري دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . (١)

ب : والمذهب عند المالكية أن المشتري إذا صدق البائع بما قاله أو لم يصدقه وأثبت البائع ما قاله بالبينة أو ظهر من القرائن ما يدل على صدق البائع وحلف مع القرينة ، فإذا حصل أحد هذه الثلاث الخصال فالمشتري بالخيار إن شاء رد المبيع وأخذ ثمنه وإن شاء أخذ المبيع ودفع ما تبين أنه ثمن صحيح وربحه . (٢)

ج : والصحيح من المذهب عند الشافعية أن المشتري إذا صدق البائع بما ادعاه فالعقد صحيح بدون الزيادة وللبيع الخيار كما تقدم في قول أبي حنيفة .

(١) أنظر: الفتاوى الهندية: ١٦٤/٣ ، حاشية ابن عابدين: ٣١٩/٤ .
 (٢) أنظر: الشرح الكبير للدردير: ١٦٨/٣ ، مواهب الجليل: ٤٩٤/٤ ،
 بلغة السالك: ٨٠/٢ ، شرح الزرقاني: ١٨٠/٥ .

وان كذب المشتري البائع ولم يبين البائع للخطأ وجهاً محتملاً لم يقبل قوله ، لأن قوله رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي فلم يقبل كما لو اقر له بدين ، ولا تقبل بينة لاثبات ما ادعاه لما تقدم في قول أبي يوسف .
وللبائع تحليف المشتري أنه لا يعرف ذلك ، لأن المشتري قد يقر عند عرض اليمين عليه ، فان حلف المشتري أمضى العقد على ما حلف عليه ، وان نكل ردت اليمين على البائع فيحلف على القطع أن ثمنه كما ذكر ، فان حلف صح البيع بدون الزيادة وللبائع الخيار .

وان بين البائع للخطأ وجهاً محتملاً كقوله : جاءني على لسان وكيلي بأنه اشتراه بكذا فبان كذبا عليه ، أو تبين لي بمراجعة مفكرتي أنني غلطت ممن ثمن متاع الي غيره أو نحو ذلك ، فاذا كان ذلك كذلك فللبائع التحليف كما سبق ، وتسمع بينته على أن الثمن ما ذكره ، لأن الاقرار السابق لا يكذبه فيما ادعاه لوجود القرائن التي تؤيده . (١)

د : والمذهب عند الحنابلة : أن قول البائع في الخطأ لا يقبل الا بينة تشهد بما ادعاه سواء صدقه المشتري بدعواه ذلك أم كذبه ، وذلك لأنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات . أما قوله بلا بينة فلا يقبل لأن قوله رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي فلا يقبل .
واذا أثبت البائع ما ادعاه بالبينة فظاهر كلام الحنابلة أن المشتري بالخيار بين الأخذ بالمسمى مع الزيادة أو رد المبيع وأخذ مادفع .
فان لم تكن للبائع بينة فادعى البائع أن المشتري يعلم غلظه فانكسر المشتري فالقول قوله ، وان طلب البائع يمينه فلا يمين عليه ، لأن البائع

(١) انظر : مغنى المحتاج : ٢ / ٧٩ - ٨٠ ، روضة الطالبين : ٣ / ٥٣٤ -

٥٣٥ ، المهذب : ١ / ٢٩٧ .

قد أقر للمشتري فيستغنى بالاقرار عن اليمين . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب المالكية القائل بأن المشتري مخير بين الأخذ بالمسمى مع الزيادة وقدرها من الربح أو الرد اذا أثبت البائع ما ادعاه بالبينة أو بالقرائن أو بتصديق المشتري ، وذلك للأسباب الآتية :

ا : لأن الثمن فى المراجعة هو رأس المال وقدر الربح ، وقد أثبت البائع ما ادعاه فتثبت الزيادة أو تلغو التسمية .

ب : وأما أنه لا خيار للبائع مع اثبات الزيادة فلأن المشتري اذا اختار المبيع مع دفع الزيادة فقد زاد البائع خيرا فلم يكن له الخيار كبائع المعيب اذا رضيه المشتري ، وان رد المشتري السلعة فلا خيار للبائع أيضا لأنه قد بذل السلعة بالثمن الذى وقع عليه العقد وتراضيا به فلا وجه لخياره .

ج : وأما أن الخيار ثابت للمشتري مع اثبات الزيادة فلأنه دخل على أن الثمن هو المسمى وقدره من الربح فقط ، فاذا بان أكثر كان عليه ضرر فى التزامه فلم يلزمه .

د : وأما أن البينة تقبل وان كذبها المشتري فلأنها بينة عادلة شهدت بما يؤيد البائع فيما ادعاه فتقبل كغيرها من البينات . ولا يقال انه أقر بخلافها ، لأن البائع حالة اخباره بثن السلعة المبعة لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقرار .

(١) انظر: المبدع : ١٠٤/٤ ، المغنى : ١٤٢/٤ - ١٤٣ ، كشف القناع : ٢٣١/٢ - ٢٣٢ .

هـ : ثم انى لست أفهم لقيام البينة معنى مع تصديق المشتري ، فاذا صدق المشتري البائع بما ادعاه فقد ارتفع النزاع والبينة انما تقام عند النزاع .

و : واذا كانت البينة تثبت ما ادعاه البائع فينبغى أن تكون القرائن وشواهد الحال كذلك ، لأن المقصود بالبينة هو بيان الحق والقرائن تقوم بهذا الهدف خير قيام فلا وجه لقصر البينة على الشهادة فقط .

والله أعلم وأحكم ...

.....

فى الثوب والأرض لا يقابله شىء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن . (١)

الترجيح :

والذى أميل إليه هو قول الجمهور الذى ذهب إلى صحة البيع فى حال الزيادة والنقص لكن على ما نص عليه الشافعية والحنابلة وهو أن الخيار ثابت للمشتري فى حال النقص كما هو ثابت للبائع فى حال الزيادة ، وذلك للأسباب الآتية :

أ : لأن تصحيح العقود أولى من إبطالها لما فى ذلك من استقرار التعامل بين الناس ورفع المنازعات .

ب : ولظهور العدالة فى المعاملة فإذا كان هناك نقص يكون الخيار للمشتري حتى لا يدفع مالا بلا مقابل ، وإذا كان هناك زيادة يكون الخيار للبائع حتى لا يسلم بعض السلعة بلا مقابل .

ج : ولأن الحنفية يذهبون إلى أن من باع صبرة طعام وهو يعتقد أنها مائة صاع بمائة درهم فوجدها أكثر ، أن الزيادة للبائع فكذلك سألتنا هذه ، ووجه القياس أن الخطأ فى كليهما وقع فى المقدار ، وأى فرق بين التقدير بالصاع والتقدير بالذراع . وقولهم : أن الزيادة فى المذروع وصفه يقابله شىء من الثمن بخلاف المكيل فإنه قدر ، غير مسلم . والله أعلم وأحكم . .

(١) انظر : شرح فتح القدير : ٢٧١/٦ - ٢٧٣ ، تبين الحقائق : ٦/٤ ، روضة الطالبين : ٤٠٧/٣ ، أسنى المطالب : ٣٦/٢ ، المغنى : ١٠٠/٤ ، الانصاف : ٣٦٠/٤ - ٣٦١ ، كشف القناع : ١٩٧/٣ .

المبحث الثاني في الخطأ في محل النكاح والطلاق.

وتحت هذا المبحث مسألتان :
المسألة الأولى : في الخطأ في محل النكاح .
المسألة الثانية : في الخطأ في محل الطلاق .

وقال الشريبي الشافعي : وان قال : زوجتك بنتى . . . وأشار اليها صح التزويج . . . ولو سمي البنت المذكورة بغير اسمها . . . أو قال : زوجتك هذا الغلام ، وأشار الى البنت التي يريد تزويجها . صح التزويج تعميلا عليها " (١)

وقال البهوتي الحنبلي : فلو سماها بغير اسمها وأشار اليها بأن قال : زوجتك بنتى فاطمة هذه ، وأشار الى خديجة . صح العقد على خديجة لأن الاشارة أقوى . . . ومن له بنات فاطمة وعائشة فقال الولي : زوجتك بنتى عائشة فقبل الزوج ونوبا في الباطن فاطمة . فلا يصح النكاح ، لأن المرأة لم تذكر بما تتعين به " . (٢)

.....

-
- (١) مغنى المحتاج : ١٤٣/٣ ، وانظر : روضة الطالبين : ٤٣/٧ - ٤٤ ،
 الأشباه والنظائر للسيوطي : ٣١٤ ، أسنى المطالب : ٧٦/٢ .
 (٢) كشف القناع : ٤١/٥ ، وانظر : مطالب أولى النهي : ٥١/٥ .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الحنابلة الذاهب الى أن التلى تطلق
هى المناداة فقط ، لأنها المقصودة بالطلاق والأمر بمقاصدها ، ولأن قرينة
القصد قائمة وهى مناداتها .
وأما المجيبة فلا تطلق لأنه لم يقصد بها بالطلاق ووجودها عند الخطاب لا أثر
له حتى يقع الطلاق عليها .
وسياتى ترجيح أن المخطىء فى صيغة الطلاق لا يقع طلاقه اذا أيدته
القرائن ، وهذه فى معناه لأن النداء يدل على أنه يقصد بالطلاق
المناداة لا المخاطبة به . والله أعلم .

.....

الفصل الثاني

في الخطأ في صيغة العقد.

سبق الكلام على أركان العقد وأنها ثلاثة :
محل ، وعاقدة ، وصيغة ، وسبق الكلام على
الركن الأول وهو المحل ، والمقصود بالكلام
الآن هو الخطأ في الصيغة .

ويقع الكلام عن هذا الفصل في أربعة مباحث :
المبحث الأول : في الخطأ في صيغة البيع .
المبحث الثاني : في الخطأ في صيغة الطلاق .
المبحث الثالث : في الخطأ في صيغة اليمين .
المبحث الرابع : في يمين اللغو .

المبحث الأول
في الخطأ في صيغة البيع

قال الله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَالَّا أَنْ تَكُونَ تَجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ . . . " الآية . (١)
وأخرج ابن ماجة بسند صحيح الى أبي سعيد الخدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " انما البيع عن تراض " (٢)
وهذان النصان يفيدان أن من أهم شروط انعقاد العقد هو التراضى بين الباعين والمعبر عن الرضى فى العقود هو الصيغة من الجانبين .
وإذا كان ذلك كذلك فهل الخطأ ينافى التراضى أم لا ؟

١ : لم ينص متقدموا الحنفية على حكم البيع خطأ وإنما بحث هذه المسألة منهم المتأخرون ، فإذا جرى البيع على لسان العرء خطأ بأن أراد أن يقول - مثلا - : أحضرت هذا القمح . فجرى على لسانه : بعته هذا القمح بكذا . وقال الآخر : قبلت . وصدق المشتري البائع بأن البيع وقع منه على سبيل الخطأ ، فالبيع ينعقد انعقاد بيع المكروه ، وبيع المكروه ينعقد فاسداً ولا يرتفع الفساد الا اذا أجازة المكروه بعد زوال إكراهه ، وعلى ذلك فالبيع خطأ لا يلزم الا اذا أجازة المخطئ .
وحجة القائلين بهذا القول ، أن الخطأ بعدم الرضا لا الاختيار ، والرضا شرط للصحة لا للانعقاد فيقع تصرف البائع المخطئ منعهذا الا أنه فاسد .

(١) آية (٢٩) من سورة النساء .

(٢) سنن ابن ماجة : ٧٣٧ / ٢ ، وأنظر : سنن البيهقى : ١٧ / ٦ .

قال في كشف الأسرار : وإذا جرى البيع على لسان المرء خطأ . . . وقال الآخر : قبلت ، وصدق عليه . . . لا رواية فيه عن أصحابنا ولكنه يجب أن ينعقد انعقاد بيع المكروه فاسدا . . . فينعقد البيع لوجود أصل الاختيار ويفسد لفوات الرضا * (١)

ب : ونص الشافعية على أن البائع إذا وقع منه البيع على سبيل الخطأ فبيعه باطل ولا قيمة لعبارة .

وحجتهم في ذلك أن الرضا - والمراد بالرضا مجموع الرضا والاختيار عند هم - من شروط صحة البيع وإذا فقد شرط الصحة عند الشافعية بطل البيع وما بطل لا يعود صحيحا بزوال المبطل بخلاف قول الحنفية بالفساد فان الفاسد يعود صحيحا بزوال المفسد .

هذا وعلى مذهب الشافعية فالمخطئ غير قاصد بعبارة البيع وإذا انعدم القصد انعدم الرضا ، وإذا تخلف الرضا بطل العقد .

قال في معنى المحتاج : ولا بد أن يقصد بلفظ البيع معنى البيع . . . فلولا يقصده أصلا كمن سبق لسانه إليه . . . لم ينعقد * (٢)

الترجيح :

والذي أميل إليه هو قول الشافعية ، لأن الحنفية يحكمون بعدم صحة بيع الهازل مع أن الهازل يأتي بعبارة البيع مختارا قاصدا ، والمخطئ في البيع يأتي بعبارة غير قاصد لمعناها فكيف يبطل بيع الهازل وينعقد بيع المخطئ ؟

(١) كشف الأسرار : ٣٨٢/٤ ، وأنظر : تيسير التحرير : ٣٠٧/٢ ، شرح المنار :

٩٩٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥٠٧/٤ ، بدائع الصنائع : ١٧٦/٥ .

(٢) معنى المحتاج : ٧/٢ ، وأنظر : نهاية المحتاج : ٣٨٤/٣ - ٣٨٥ .

ولهذا قال في تيسير التحرير: والوجه أن المخطي* فوق الهازل فيمسا
يقتضى عدم لزوم العقد اذ لا قصد للمخطي* في خصوص اللفظ ولا في حكمه
والهازل مختار راض بخصوص اللفظ غير راض بحكمه ، فأقل الأمر أن يكون كالهازل
فلا يملك المبيع بالقبض* . (١)
فصاحب التيسير ينظره بالهازل لا بالمكره بخلاف ما تقدم في كشف الأسرار .

.....

والحديث .

وأما اذا لم يُثبت ذلك بالبينة فان طلاقه يقع لأن لفظه ظاهر في الطلاق فكانت دعواه مخالفة للظاهر فلا تقبل .

قال في الشرح الكبير : ولزم الطلاق ولو هزل . . . لا ان سبق لسانه بأن قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقا ان ثبت سبق لسانه وان لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء * (١)

وقال ابن حزم : ومن طلق وهو غير قاصد الى الطلاق لكن أخطأ لسانه فان قامت عليه بينة قضى عليه بالطلاق وان لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق * (٢)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الشافعية القائل بأن طلاق المخطيء لا يقع

اذا أيدته القرائن القوية . وذلك للأسباب الآتية :

ا : لأن قياس المخطيء على الهازل بعيد إذ الهازل قصد اللفظ والمخطيء لم يقصده .

ب : ولأن القرائن تقوم مقام البينات في توضيح الحق بل هي نوع منها .

ج : أما اذا لم تكن هناك قرينة فطلاقه يقع لأن دعواه الخطأ - والحالة هذه - تخالف ما يقتضيه اللفظ عرفا فلا قيمة لها . والله أعلم .

(١) الشرح الكبير للدردير : ٣٦٦/٢ ، وأنظر : مواهب الجليل : ٤٤/٤ ، شرح

الزرقاني : ٨٥/٤ ، حاشية الرهوني : ٧٩/٤ .

(٢) المحلى : ٢٠٠/١٠ .

المبحث الثالث فى الخطأ فى صيغة اليمين

من أراد أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين بالله تعالى ،
فهل تنعقد يمينه ؟ وإذا حنت فهل تلزمه الكفارة ؟
١ : المذهب عند الحنفية أن المخطئ فى صيغة اليمين يمينه منعقدة فإذا
حنت لزمته الكفارة ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم " ثلاث جد هن جد
وهزلهن جد : النكاح والطلاق واليمين " .
وجه الدلالة :

أن الحديث يفيد أن الهازل فى اليمين كالجاد فيها لا فرق بينهما
وإذا ثبت هذا فى الهازل فالمخطئ فى صيغة اليمين كذلك فيمينه منعقدة
بجامع أن كليهما غير مريد ايقاع الحكم .

قال الكاسانى فى البدائع: تصح اليمين من الخاطئ والهازل عندنا . . . (١)
هذا وقد ناقش ابن الهمام استدلال الحنفية بهذا الحديث بقوله : هكذا ذكره
المصنف . . . والمحفوظ حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه
وسلم " ثلاث جد هن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة
واعلم أنه لو ثبت^{حديث} اليمين لم يكن فيه دليل لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين
جدا ، والهازل قاصد لليمين غير راضى بحكمه . . . والمخطئ لم يقصد
قط التلفظ به بل بشئ آخر فلا يكون الوارد فى الهازل واردا فى المخطئ
الذى لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت فى حقه نسا ولا قياسا . . . (٢)

(١) بدائع الصنائع : ١١ / ٣ .

(٢) شرح فتح القدير : ٦٤ / ٥ ، وأنظر نصب الرأية : ٢٩٣ / ٣ - ٢٩٤ .

وهو من كبار المفسرين - يفيد بمفهومه أن غير القاصد لا كفارة عليه وبالتالي
 فيمينه غير منعقدة من باب أولى بل أن المخطئ في صيغة اليمين كلامه لغو
 لا قيمة له سواء قصد النطق بكلام فسبق لسانه الى اليمين أو لم يقصد أصلاً .

هذا ولا بد من كلمة عن اليمين اللغوحتى يمكن فهم أقوال العلماء في هذه
 المسألة وبيان وجه رجحان الراجح منها . وهو ما سوف أتناوله في البحث
 التالي ...

.....

المبحث الرابع
فى الكلام عن يمين اللغو

قال الله تعالى " لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِى أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ " الآية . (١)

وقال تعالى " لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِى أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّرَتْهُ " الآية . (٢)

تفيد هاتان الآيتان أن الله سبحانه لا يعاقبنا بالساقط الذى لا يعتد به من أيماننا ولكن يعاقبنا بما اقترفته قلوبنا بالقصد اليه فالمؤاخذة خاصة باليمين المتعمدة ولغو اليمين لا مؤاخذة فيها . ولكن ما هى لغو اليمين ؟

١ : ذهب جماعة من العلماء وهو المذهب عند الحنابلة والظاهرية الى أن لغو اليمين يصدق على أمرين :

الأول : اليمين التى تجرى على لسان المرء فى عرض حديثه من غير قصد الى التلغظ بها كقوله : لا والله أو بلى والله ونحو ذلك ، ولا فرق بين أن يكون ذلك على شىء فى الماضى أو الحال أو المستقبل .

الثانى : اليمين على شىء يظنه ثم يبين له خطأ ظنه بمعنى أنه لم يقصد الكذب وقد نص الحنابلة على أن هذا لا يكون الا فى الزمن الماضى ، أما المستقبل فلا ، بل هو من اليمين المنعقدة ، وذهب ابن تيمية الى أبعد من هذا فقال : وكذا لو عقدها فى زمن مستقبل ، وهو ظاهر كلام الظاهرية . . (٣)

(١) آية (٢٢٥) من سورة البقرة .

(٢) آية (٨٩) من سورة المائدة .

(٣) أنظر : المحلى : ٣٤ / ٨ ، المغنى : ٤٩٦ / ٩ - ٤٩٨ ، كشف القناع :

٢٣٦ / ٦ - ٢٣٧ ، الأنصاف : ١١ / ١٨ - ٢١ ، فتح البارى : ١١ /

وقد استدل هؤلاء بالقرآن والسنة ،
أما القرآن فالدليل الآيتان المتقدمتان .
 وجه الدلالة :

أن الأصل في اللغو : ما لا يعتد به من الكلام ، والمراد به في
 الأيمان : ما يورد عن غير قصد ، فاليمين التي تجرى على لسان المرء في
 عرض حديثه من غير قصد اليها لغو ، لأنه لم يقصد التلفظ بها ، ومن حلف
 على شيء يظنه كما حلف فلم يكن فلا شيء عليه لأن يمينه لغو إذ هو لم يقصد
 الكذب فيها . وإذا كان ذلك فلا كفارة في يمين اللغو ، لأن الله
 تعالى جعل الكفارة لليمين التي يؤخذ بها ، ونفى المؤاخظة باللغو فيلزم
 انتفاء الكفارة .

ومن القرآن أيضا قوله تعالى " وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ
قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا " (١)
 وجه الدلالة :

ان الآية تفيد أنه لا تبعة على المخطيء والخطأ شامل للخطأ في
 القصد ومنه الحلف على شيء يظنه فيتبين خطأ ظنه .

وأما السنة فقد أخرج أبو داود بسنده إلى إبراهيم الصائغ عن عطاء في اللغو
 في اليمين ، قال : قالت عائشة : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : هو
 كلام الرجل في بيته ، كلاً والله ، وبلى والله " (٢)
 وقد صحح هذا الحديث ابن حبان . (٣)

(١) آية (٥) من سورة الأحزاب .

(٢) سنن أبي داود السجستاني : ٥٧١/٣ - ٥٧٢ .

(٣) انظر نيل الأوطار : ٢٦٥/٨ .

وجه الدلالة :

ان هذا الحديث يفيد أن ما جرى على لسان المرء في عرض حديثه من غير قصد من اللغو ، وإذا تم هذا فيمكن قياس من حلف على شيء يظنه كما حلف فلم يكن على من جرى الحلف على لسانه من غير قصد بجامع عدم القصد في كل .

ب : وذهب جماعة من العلماء وهو المذهب عند الشافعية ورواية عن أحمد الى أن المراد بلغو اليمين ، اليمين التي تجرى على لسان المرء في عرض حديثه من غير قصد اليها وسواء أكان ذلك في الزمن الماضي أو المستقبل .

واستدلوا بالآيتين المتقدمتين والحديث ،

أما الآيتان فقد نصتا على أن الكفارة في اليمين المقصودة وما يجري على لسان المرء من غير قصد اليه لا كفارة فيه لعدم القصد ، ولهذا قال الشافعية : لو حلف على شيء فسبق لسانه الى غيره كان من لغو اليمين .

وأما الحديث فقد فسر الرسول صلى الله عليه وسلم لغو اليمين باليمين التي تجرى على لسان المرء من غير قصد اليها والرسول صلى الله عليه وسلم أعلم الناس بالتنزيل فيجب الاقتصار على ما فسره ولا يزداد عليه . (١)

ج : وذهب جماعة من العلماء وهو المذهب عند الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد الى أن المراد بلغو اليمين ، أن يحلف على الشيء يظنه ثم يظهر

(١) أنظر: فتح الباري : ٥٤٧/١١ ، المغنى : ٤٩٧/٩ ، الانصاف : ١١ /

١٨ - ١٩ ، مغنى المحتاج : ٣٢٤/٤ - ٣٢٥ ، نهاية المحتاج : ٨ /

١٧٩ ، أسنى المطالب : ٢٤١/٤ ، روضة الطالبين : ٣/١١ .

خلافه . . . ونص الحنفية والمالكية على أن هذا لا يكون الا فى الزمن الماضى أو الحال ، أما المستقبل فلا بل هو من اليمين المعقودة .
 وروى عن أبى حنيفة أن ما يجرى على لسان المرء من غير قصد اليه يعتبر من لغو اليمين لكن لا يكون ذلك الا فى الزمن الماضى أو الحال فقط ، وظاهر المذهب عند الحنفية قصر اللغو على الخطأ فى الظن .

وقد استدلوا بالآيتين المتقدمتين ، ذلك أن اللغو فى اللغة اسم للشئ الذى لا حقيقة له ، وذلك يصدق على ما قلناه وهو الحلف بما لا حقيقة له بل على ظن من الحالف أن الأمر كما حلف عليه والحقيقة بخلافه ، وكذا ما روى أبى حنيفة أن ما يجرى على لسان المرء من غير قصد اليه يعتبر من لغو اليمين لكن فى الماضى أو الحال إذ هذا مما لا حقيقة له فكان لغوا .
 وإذا ثبت هذا فان الله تعالى قابل يمين اللغو باليمين المعقودة وفرق بينهما فى المؤاخذة ونفيها فيجب أن تكون يمين اللغو غير اليمين المعقودة تحقيقا للمقابلة ، واليمين فى المستقبل يمين معقودة سواء وجد القصد أولا ، لأن الآية عامة لم تفرق بين القاصد لليمين وغيره . (١)

هذا وإذا كانت مذاهب العلماء فى لغو اليمين ما سبق بيانه ، فهل محلل لغو اليمين ، اليمين بالله فقط أو تشمل هذا والحلف بالطلاق ونحوه ؟

(١) أنظر: بدائع الصنائع: ٤/٣ ، شرح فتح القدير: ٦٣/٥ - ٦٤ ، تبيين الحقائق: ١٠٧/٣ - ١٠٨ ، الشرح الكبير للدردير: ١٢٧/٢ - ١٢٩ ، شرح الزرقانى: ٥١/٣ - ٥٤ ، مواهب الجليل: ٢٦٧/٣ ، نيل الأوطار: ٢٦٦/٨ ، أحكام القرآن للجصاص: ١١١/٤ ، الجامع لأحكام القرآن: ٦/٦٥ - ٢٦٦ ، المغنى: ٤٩٦/٩ - ٤٩٧ ، المنتقى: ٢٤٣/٣ .

الأول : أن الآية نصت على أن يمين اللغو - وهي غير المقصودة - لا كفارة فيها ، كما نصت على أن اليمين المعقودة - وهي المقصودة - فيها الكفارة ، وهذا يفيد أن من شروط المؤاخذة والكفارة القصد لليمين وما يجرى على لسان المرء في عرض حديثه لم يقصده وكذا من يحلف على شيء يظنه كما حلف وأخطأ في ظنه لم يقصد الكذب .
ثم الآية عامة لم تفرق بين ما حدث في الزمن العاضى أو المستقبل فتبقى على عمومها لعدم المخصص .

الثانى : ولأن الحديث كذلك عام لم يفرق من حيث الزمان ، وظاهره أن اليمين غير المتعمدة لغو فلا كفارة فيها سواء أكان عدم القصد فى اليمين أو الحنث .

الثالث : ولأن اللغو الذى لم يؤخذ الله به هو اللغو فى الأيمان واليمين فى الشرع هو الحلف بالله أو صفة من صفاته لا بالطلاق وغيره .
والله أعلم وأحكم . .

.....

الفصل الثالث

في الخطأ في العاقد أو صفته.

سبق الكلام عن أركان العقد وهي ثلاثة:
محل، وعاقد، وصيغة، وسبق الكلام عن الخطأ
في محل العقد، والخطأ في صيغة العقد، وبقي
الكلام عن الخطأ في العاقد أو صفته وهو المقصود
بهذا الفصل.

والكلام في هذا الفصل يقع في ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: في الخطأ في صفة العاقد في الوكالة.
المبحث الثاني: في الخطأ في صفة العاقد في الحوالة.
المبحث الثالث: في الخطأ في العاقد في الإجارة.

ما يمكن ضمانه لأنه معزول ، وما تلف بغير تعد منه ولا تفريط فلا ضمان عليه
لأن يده يد أمانة . (١)

الترجيح :

والذي أميل إليه هو المذهب الأول لأن خطأ اعتقاده لم يصاحبه
تفريط والخطأ إذا لم يصاحبه تفريط يعذر به ، وعليه فتصرفاته المأذون له
فيها سليمة ولا غبار عليها لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل .

والله أعلم وأحكم

.....

(١) أنظر: نتائج الأفكار: ١٣٧/٨، حاشية ابن عابدين: ٥٣٦/٥، تبیین
الحقائق: ٢٨٧/٤، بدائع الصنائع: ٣٨/٦، المحلى: ٢٤٦/٨،
الشرح الكبير للدردير: ٣٩٦/٣، مواهب الجليل: ٢١٤/٥، شرح
الخرشي: ٨٦/٦، أسنى المطالب: ٢٧٨/٢، مغنى المحتاج: ٣٣/٢،
نهاية المحتاج: ٥٢/٥ - ٥٥، المغنى: ٨٨/٥، القواعد للبعلى:
٨٨، قواعد الأحكام: ٥٦/٢، كشف القناع: ٤٧١/٣، الأنصاف:
٣٧٣/٥ - ٣٧٤.

المبحث الثاني
في الخطأ في صفة العاقد في الحوالة

أجمع العلماء على جواز الحوالة ، ومستند هذا الاجماع السنة فقد أخرج البخارى بسنده الى أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال " مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ وَمَنْ أَتْبَعَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ " . (١)

والحوالة تنقل المال المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . . .
فاذا رضى المحيل والمحتال بالحوالة وهما يظنان يسار المحال عليه ثم تبين خطأ اعتقادهما وأن المحال عليه مفلس ، فهل يرجع المحتال على المحيّل بالمال المحال به أم لا ؟

ا : المذهب عند الشافعية والحنابلة وهو ظاهر كلام المالكية وقول الليث وأبى عبيد وابن المنذر ، أنه لا رجوع للمحتال على المحيل ، لأن المقصود بالحوالة براءة المحيل من الدين بلا شرط كبراءة الدائن للمدين من الدين .

ب : وذهب ابن حزم وشريح والشعبي والنخعي وهرواية عند الحنابلة ، الى أن المحال يرجع على المحيل اذا بان فليس المحال عليه .

وقال أبو حنيفة وصاحبه : لا يرجع الا اذا مات المحال عليه مفلسا ، وهكذا اذا فلسه الحاكم عند أبى يوسف ومحمد بن الحسن ، وذلك أن المقصود بالحوالة التوصل الى الاستيفاء من المحال عليه على الوجه الأحسن فالبراءة فى الحوالة ما ثبتت مطلقة بل بعوض فاذا لم يسلمَّ العوض عاد حق المحال على المحيّل ، أصله مالو اعتاض عن دينه بثوب يعطيه له المدين فلم يسلم اليه يعود الدين .

(١) صحيح البخارى : ١٩٢ / ٣ .

ونوقش هذا القياس بأنه غير مُسَلَّم لأن المعاوضة بالثوب تفارق الحوالة ، ففي الأول قبض للعبوض يتوقف تمام البراءة عليه ، ولا قبض في الحوالة لأن المحال لا يقبض دينه بل الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين وهو لا يجوز. (١)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو القول الثاني لأن المحال انما قبل الحوالة لاختيار الوجه الذي يتيسر فيه الوفاء بدينه فاذا تبين افلاس المحال عليه يرجع الى الدين الأصلي ليأخذ دينه منه .
والله أعلم .

.....

(١) أنظر في هذا البحث: فتح الباري: ٤/٤٦٦، مصنف عبد الرازق : ٨/٢٧، المغنى : ٤/٣٩٣، المبدع : ٤/٢٧٠، كشف القناع : ٣/٣٨٣، الانصاف : ٥/٢٢٨ - ٢٢٩، مغنى المحتاج : ٢/١٩٦، أسنى المطالب : ٢/٢٣٢، مواهب الجليل : ٥/٩٥، الشرح الكبير للدردير : ٣/٣٢٨، المحلى : ٨/١٠٨ - ١٠٩، قواعد البعلى : ٨٩، شرح فتح القدين : ٧/٢٤٣ - ٢٤٤، تبين الحقائق : ٤/١٧٢، حاشية ابن عابدين : ٥/٣٤٤ - ٣٤٦ .

هذا ويمكن الاستدلال لهم بما أخرجه الترمذى بسنده الى سمرة أن النبى
صلى الله عليه وسلم قال : على اليد ما أخذت حتى تؤدى" وقال : حسن
صحيح . (١)

وجه الدلالة :

ان الحديث يدل على أنه يجب على الانسان رد ما أخذته يده من مال
غيره الى مالكه ، واذا كان الحديث يدل على وجوب الرد فهو يدل على التضمين
لأن المأخوذ اذا كان على اليد الآخذة حتى ترده فالمراد أنه فى ضمانها
كما يشعر لفظ " على " من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ . (٢)

.....

(٢) سنن الترمذى : ٥٥٧/٣ .
(٢) نيل الأوطار : ٣٣٦/٥ .

الفصل الرابع في الخطأ في الشرط والحكم. وتحت مبحثان :

- المبحث الأول : في الخطأ في الشرط أو صفتها .
- المبحث الثاني : في الخطأ في الحكم .

المبحث الأول

في الخطأ في الشرط أو صفتها .
وتحت مبحثان :

- المسألة الأولى : في الخطأ في الشرط .
- المسألة الثانية : في الخطأ في صفة الشرط .

وقد استدلو بالقرآن فقد قال الله تعالى " لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فَرَسِيٍّ
أَيْمَنِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَرْتُمْ... الآية . (١)

وجه الدلالة :

أن الآية بينت أن موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه
اليمين ، ولم تفرق بين قاصد للحنث وغير قاصد ، فالآية بعمومها تفيد أنه لا
فرق بين العامد والمخطئ في الحنث لأن السبب لوجوب الكفارة هو الحنث
وهذا لا ينعدم بالخطأ . . . (٢)

ج : والمذهب عند الحنابلة أن المخطئ بفعل المحلوف عليه لا يحنث
إلا في الطلاق والعتاق . وقد استدلو بالقياس ، ذلك أن من
أتلف مال آدمي يضمنه ولو كان مخطئاً فكذلك من حلف بعتق أو طلاق
الآء يفعل شيئاً ففعله مخطئاً يحنث ، لأن كليهما يتعلق به حق آدمي
فتعلق الحكم به مع الخطأ . (٣)

الترجيح :

والذي أميل إليه هو مذهب الشافعية القائل بأن يمين المخطئ بفعل
المحلوف عليه باقية ولا حنث عليه ، ولا فرق في ذلك بين اليمين بالله والحلف
بالطلاق ونحوه ، وذلك للأسباب الآتية :

-
- (١) آية (٨٩) من سورة العائدة .
(٢) أنظر: شرح فتح القدير: ٦٥/٥ ، تبين الحقائق: ١٠٩/٣ ، حاشية ابن
عابدين: ٧٠٨/٣ - ٧٠٩ ، الشرح الكبير للدردير: ١٤٢/٢ ، مواهب
الجليل: ٢٩١/٣ ، المغنى: ٤٩٤/٩ - ٤٩٥ ، بداية المجتهد: ٤١٥/١ ،
أعلام الموقعين: ٨٦/٤ .
(٣) أنظر: المغنى: ٥٣١/٩ ، ٤٩٤ ، كشف القناع: ٢٣٧/٦ ، الانصاف: ١١
١٩/ - ٢٥ ، القواعد للبعلى: ٨٦ ، أعلام الموقعين: ٨٦/٤ .

ب : والمذهب عند الشافعية والحنابلة أن العقد صحيح لا ينقض ، لأن
الشرط العدالة ظاهرا لا باطنا وهو أن لا يكون الشاهد ظاهراً
الفسق وقد تحقق ذلك . (١)

الترجيح :

والذى أميل إليه هو المذهب الأخير الذاهب الى أن العقد
صحيح ولو بان فسق الشاهدين ، لأن المقصود بالشهادة اعلان النكاح
وقد تم ذلك ، ولأن المعتبر في الشاهدين العدالة ظاهرا اذ لم يرد عن
السلف البحث عن عدالة شاهدي النكاح .

.....

(١) أنظر: مواهب الجليل : ٤١٩/٣ ، الشرح الكبير للدردير : ٢٢٠/٢ ،
شرح فتح القدير : ٢٠١/٣ ، تبیین الحقائق : ٩٨/٢ ، مغنی المحتاج :
١٤٤/٣ ، نهاية المحتاج : ٢١٧/٦ - ٢٢٠ ، كشف القناع : ٦٥/٥ -
٦٦ ، الانصاف : ١٠٢/٨ - ١٠٣ ، المغنی : ٨/٧ - ١٠ ، بدايئة
المجتهد : ١٧/٢ .

المبحث الثاني في الخطأ في الحكم.

وتحت ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: في تسليم الملتقط اللقطة الى
غير المالك خطأ.

المسألة الثانية: في خطأ العامل في المضاربة
باقراره بالربح.

المسألة الثالثة: في الخطأ في استيفاء حو من
مقود العقد.

وقال الحنفية : بل يرجع ولو أقر له بالملك لأنه لما قُضِيَ بالملك لصاحب
البينة فقد صار مُكذَّباً شرعاً بتكذيب القاضى فبطل اقراره/كأنه دفع بلا تصديق ثم
ظهر خطأ اعتقاده .

والمذهب عند المالكية والحنابلة وهو قول ابن حزم ، أن الملتقط لا يضمن
لأنه أمين غير مفرط ولا مقصر وقد فعل ما أمره به الشارع فلا يضمن كما لو
دفعها بأمر الحاكم . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو المذهب الأخير الذاهب الى أن الذى يضمن هو
الواصف فقط ، لأنه متعدد ، أما الملتقط فلا يضمن لأنه قد فعل ما أذن فيه
الشرع والإذن ينافى الضمان ، ثم انه لم يقصر فى اجتهاده فخطؤه مرفوع وما
على المحسنين من سبيل .
والله أعلم وأحكم .

(١) أنظر فى هذه المسألة : شرح فتح القدير : ١٣٠ / ٦ - ١٣١ ، تبیین
الحقائق : ٣٠٦ / ٣ - ٣٠٧ ، الشرح الكبير للدردير : ١١٨ / ٤ - ١١٩ ،
شرح الخرشي : ١٢٢ / ٧ ، المحلى : ٢٥٧ / ٨ ، مغنى المحتاج : ٤١٦ / ٢ -
٤١٧ ، نهاية المحتاج : ٤٤٥ / ٥ ، أسنى المطالب : ٤٩٤ / ٢ ، المغنى :
٨٦ / ٦ ، كشف القناع : ٢٢٢ / ٤ ، الأنصاف : ٤٢٤ / ٦ ، قواعد ابن رجب :
٢٣٥ .

المسألة الثانية

في خطأ العامل في المضاربة باقراره بالربح .

.....

المضاربة هي أحد أنواع الشركات المشروعة ، والمقصود بها : أن يدفع رجل لآخر ماله ليتجره والربح بينهما حسب ما يشترطانه . وقد اتفق الفقهاء على جواز هذا النوع من الشركات .
 هذا ولو أقر العامل في المضاربة بأن الربح - مثلا - ألف درهم ، ثم ادعى غلطا في مقدار الربح ، وقال : بل الربح خمسمائة درهم . . . فهل تقبل دعواه الغلط ؟

١ : مذهب جمهور العلماء عدم قبول دعواه الغلط بل يلزمه ما أقربه أولا ، لأنه أقرب بحق لغيره فلم يقبل رجوعه عنه كالدين .

قال في مجمع الضمانات : لو أقر المضارب بربح ألف درهم فبى المال ثم قال : غلطت انها خمسمائة . لم يصدق وهو ضامن لمالكه " . (١)

وقال في روضة الطالبين : ولو قال العامل : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت في الحساب انما الربح كذا . . . لم يقبل قوله . . . " (٢) وهل للعامل تحليف المالك ؟ الأصح عند الشافعية نعم .

وقال في المغنى : وان قال العامل في المضاربة : ربحت ألفا . ثم قال : . . . غلطت ، لم يقبل قوله . . . " (٣)

(١) مجمع الضمانات : ٣١٢ ، وأنظر : حاشية ابن عابدين : ٣١٩ / ٤ .
 (٢) روضة الطالبين : ١٤٥ / ٥ ، وأنظر : أسنى المطالب : ٣٩١ / ٢ .
 (٣) المغنى : ٥٦ / ٥ ، وأنظر : كشاف القناع : ٥٢٤ / ٣ .

- ب : وعند الحنفية والحنابلة قول أن القول قول العامل فيما ادعاه اذا حلف مع ذلك ، لأنه أمين والأمين يقبل قوله . (١)
- ج : وعند الحنابلة قول أنه لا يقبل قوله الا اذا أثبت ذلك بالبينة ، فاذا أثبت ذلك بالبينة قبل قوله كسائر البينات ، بجامع أنها عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل . (٢)

الترجيح :

والذى أميل اليه أنه لا يؤخذ باقراره الا اذا أثبت ذلك بالبينة العادلة فانها تقبل كسائر البينات ، أما اقراره المجرد فهو نتيجة الخطأ فلا قيمة له . والله أعلم .

.....

(١) أنظر: حاشية ابن عابدين : ٣١٩ / ٤ ، شرح المفردات : ١٨٦ ، الأنصاف : ٤٥٢ / ٥ .

(٢) أنظر: الفروع : ٣٩٠ / ٤ ، الأنصاف : ٤٥٨ / ٥ .

المسألة الثالثة

في الخطأ في استيفاء حق من حقوق العقد .

.....

أجمع العلماء في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها
فاذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً وكانت حاملاً فلها النفقة باجماع
أهل العلم لقول الله تعالى " وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ
حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ " الآية (٦) من سورة الطلاق .
ولو أنفق على المطلقة البائن يظنها حاملاً ثم تبين أنها غير حامل
فهل يرجع بالنفقة أم لا ؟

١ : المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة ، أنه يرجع بما أنفق ، واستدلوا
بالقياس ، ذلك أنها لو ادعت عليه ديناً وأخذته منه ثم تبين كذبها فلا
خلاف أنه يرجع عليها بما أخذته منه ، فكذلك هذه المسألة بجامع
أنها أخذت منه مالا لا تستحقه .

ب : وظاهر كلام الحنفية وهو رواية عن أحمد وقول عند المالكية ، أنه لا يرجع
عليها بما أنفقه عليها ، لأنها حبست نفسها تظن أنها معتدة
وهو أثر من آثار الزواج لمصلحة الزوج فنفتها عليه فلا ترجع بما
أنفقت .

قال في المغنى : وهذا كله إذا لم يقل القوابل أنها حاملاً أو ظهرت براءتها
ليست
من الحمل بالحيز وغيره (١)

(١) المغنى : ٢١١ / ٨ ، وأنظر في هذه المسألة : حاشية ابن عابدين : ٣ / ٦١٠ ،
البحر الرائق : ٤ / ٢١٦ ، كشف القناع : ٥ / ٤٦٥ ، الأنصاف : ٩ / ٣٦٢ ،
مغنى المحتاج : ٣ / ٤٤١ ، أسنى المطالب : ٣ / ٤٣٧ ، الشرح الكبير على
حاشية الدسوقي : ٢ / ٥١٥ ، مواهب الجليل : ٤ / ١٩٠ ، شرح الخرشي :

الترجيح :

والذى أميل اليه هو المذهب الأخير ، لأن قياس النفقة على
الدين مع الفارق ، ذلك لأنها حبست نفسها لمصلحة الزوج .
والله أعلم وأحكم .

.....

الفصل الخامس
في قواعد وضوابط الخطأ في العقود

القاعدة الأولى :

الخطأ ليس عذرا في حقوق العباد . قال الزركشى في قواعد
: حقوق الآدميين العامد والمخطئ " فيها سواء " (١) واليك بعض الأمثلة
على هذا .

المثال الأول : لو ظن أن عليه ديناً فدفعه لصاحبه ثم تبين أنه لا دين
عليه فإنه يسترده ممن أخذه منه ولا يحق لمن أخذه الامتناع عن رد المال
لصاحبه ، لأن هذا من حقوق العباد والخطأ ليس عذرا فيها ، وقد نص على هذه
المسألة كثير من العلماء . (٢)

المثال الثاني : لو أنفق على المطلقة البائن يظنها حاملا ثم تبين أنها غير
حامل ، فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة الى أن للمنفق الرجوع بنتاً أنفق على
المطلقة وليس للمطلقة الامتناع عن رد المال لصاحبه لأن الخطأ ليس عذرا
في حقوق العباد . وقد مر بيان الخلاف والترجيح (٣) في هذه المسألة .
المثال الثالث : اذا أقر العامل في المضاربة بأن الربح الف دينار ثم ادعى
غلطا في مقدار الربح وقال : بل الربح خمسمائة دينار ، فدعواه لا تقبل

-
- (١) قواعد الزركشى : ١٢٢/٢ ، وأنظر : بدائع الصنائع : ٢١١/٤ ، كشاف
القناع : ١١٧/٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥/٤ .
(٢) أنظر : حاشية الدسوقي : ٢٤٠/٣ ، المغنى : ٢١١/٨ ، قواعد الأحكام :
٥٥/٢ ، العقود الدرية : ٣١٤/١ .
(٣) أنظر : كشاف القناع : ٤٦٥/٥ ، مواهب الجليل : ١٩٠/٤ ، أسنى المطالب
: ٤٣٧/٣ .

وعليه جميع ما أقر به ، لأن الخطأ ليس عذرا في حقوق العباد . نص على هذه المسألة الحنفية والشافعية والحنابلة . (١)

المثال الرابع : ذهب الحنابلة الى أن المخطئ بفعل المحلوف عليه لا يحنث الا في الطلاق والعتاق ، وذلك لأن الطلاق والعتاق من حقوق العباد والخطأ ليس عذرا فيها . وقد مر الخلاف والترجيح في هذه المسألة . (٢)

المثال الخامس : نص الحنفية على أن من دفع الوصية لغير أهلها خطأ أو الدين لغير مستحقه خطأ فذلك غير جائز وعليه ضمانه لأن هذا من حقوق العباد والخطأ ليس عذرا فيها . (٣)

القاعدة الثانية :

الخطأ ليس عذرا مع التقصير . وهذه القاعدة مأخوذة من كلام الفقهاء عن الخطأ في العقود (٤) ، واليك بعض الأمثلة التي تدل على هذه القاعدة .

المثال الأول : نص الحنفية والمالكية والحنابلة على أن الغسال والخياط ونحوهما اذا دفعا الثوب الى غير مالكة خطأ ، فعليهما ضمانه ، لأن المخطئ مع التقصير غير معذور . (٥)

-
- (١) أنظر : حاشية ابن عابد بن : ٣١٩ / ٤ ، روضة الطالبين : ١٤٥ / ٥ ، كشاف القناع : ٥٢٤ / ٣ .
- (٢) أنظر : كشاف القناع : ٢٣٧ / ٦ ، الانصاف : ١٩ / ١١ - ٢٥ ، القواعد للبعلي : ٨٦ .
- (٣) أنظر : البحر الرائق : ٢٦٧ / ٢ ، المغنى : ٤٩٨ / ٢ ، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي : ٣٠٤ / ١ .
- (٤) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٢٩ / ٢ ، مواهب الجليل : ٤٦٦ / ٤ ، أسنى المطالب : ٢١٨ / ١ ، ايضاح الدلائل في الفرق بين المسائل : لوحة (٧) .
- (٥) أنظر : الفتاوى الهندية : ٥٠٧ / ٤ ، المدونة : ٣٨٩ / ٤ ، المغنى : ٣٩٥ / ٥ .

المثال الثاني : ذهب الحنفية والمالكية وابن حزم الى أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه بعزل الموكل له ، لأن الوكيل في هذه الحالة غير مقصر (١) . وقد مر بيان الخلاف في هذه المسألة مع بيان الراجح .

المثال الثالث : المذهب عند الشافعية والحنابلة وهو ظاهر كلام المالكية أن المحتال لا يرجع على المحيل اذا تبين أن المحال عليه مفلس ، لأن خطأ المحتال مبنى على تقصير منه وعدم سبر لأحوال المحال عليه ، والخطأ اذا صاحبه تقصير لا يعذره (٢) . وقد مر بيان الخلاف في هذه المسألة والترجيح .

المثال الرابع : المذهب عند المالكية والحنابلة وهو قول ابن حزم ، أن الملتقط لا يضمن اذا دفع اللقطة لمن وصفها ثم أقام آخر بينة أنها له ، وذلك لأن الملتقط لم يقصر في ذلك إذ فعل ما أذن به الشارع والإذن ينافي الضمان (٣) . وقد مر بيان الخلاف في هذه المسألة والترجيح .

المثال الخامس : المذهب عند المالكية وهو ظاهر كلام الحنفية ، أن من فعل المحلوف عليه خطأ فعليه الكفارة ، وذلك لأنه عندهم مقصر ولو احتاط للأمر لما وقع فيما وقع فيه (٤) . وقد مر الخلاف في هذه المسألة وبيان الترجيح .

القاعدة الثالثة :

إذا تعارضت النية مع العبارة فهل يعول على النية أو العبارة . قال

(١) أنظر : تبين الحقائق : ٢٨٧/٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٩٦/٣ ، المحلى :

(٢) أنظر : المبدع : ٢٧٠/٤ ، مغنى المحتاج : ١٩٦/٢ ، مواهب الجليل :

٩٥/٥

(٣) أنظر : شرح الخرشى : ١٢٢/٧ ، الانصاف : ٤٢٤/٦ ، المحلى : ٨/

٢٥٧

(٤) أنظر : شرح فتح القدير : ٦٥/٥ ، الشرح الكبير للدردير :

١٤٢/٢

ابن المقرئ في قواعده : قاعدة النظر الى المقصود أو الموجود وفيها قولان . . . (١)

واليك بعض الأمثلة التي تدل على اختلاف العلماء في هذه القاعدة ،
المثال الأول : اذا أراد الشخص أن يهب هذا القمح فقال : بعث هذا القمح
بكذا . وقال الآخر : قبلت . فقد نص الحنفية الى أن بيعه ينعقد انعقاد
بيع المكره فاذا أجازته المخطيء انعقد ، فالحنفية نظروا في هذه المسألة الى
العبرة بينما الشافعية نظروا الى النية فقالوا : البيع باطل ولا قيمة لعبارة
المخطيء . (٢)

المثال الثاني : اذا أراد الزوج أن يقول لزوجته : أنت طاهر . فسبق لسانه
فقال : أنت طالق ، فقد نص الحنفية والحنابلة على أن طلاقه يقع نظرا للعبارة
بينما ^{ذهب} الشافعية والمالكية وابن حزم الى أن طلاقه لا يقع اذا أيد دعواه بالبينة
تعويلا على النية . (٣)

المثال الثالث : اذا أراد الشخص أن يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه
اليمين بالله تعالى فقد نص الحنفية على أن يمينه منعقدة واذا حث
لزمته الكفارة وعولوا في هذا على العبارة ، بينما نص المالكية والشافعية والحنابلة
على أن يمينه غير منعقدة تعويلا على النية فلا كفارة عليه اذا حث . (٤)

المثال الرابع : اذا نادى الزوج زوجته حفصة يريد طلاقها فأجابته عمرة فقال :
أنت طالق ، يظنها المناداة ، فقد ذهب الشافعية الى أن التي تطلق هي

-
- (١) قواعد ابن المقرئ : لوحة (٨٤) .
(٢) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٥٠٧/٤ ، مغني المحتاج : ٧/٢ .
(٣) أنظر : البحر الرائق : ٢٦٣/٣ ، المغني : ٣٨٦/٧ ، روضة الطالبين :
٥٣/٨ ، المحلى : ٢٠٠/١٠ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٦٦/٢ .
(٤) أنظر : شرح فتح القدير : ٦٤/٥ ، شرح الزرقاني : ٥١/٣ ، نهاية المحتاج
: ١٧٩/٨ ، كشف القناع : ٢٢٩/٦ .

في هذه الحالة على المسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم لا يجوز .
ولو قال : أبيعك هذا الياقوت الأحمر فاذا هو أخضر انعقد العقد تعويلا
على الإشارة إذ الجنس في هذا المثال متحد والمشار اليه موجود والوصف
يتبع الذات . (١)

المثال الثاني : لو كانت المرأة حاضرة فقال الأب : زوجتك بنتي فاطمة هذه
وأشار الى عائشة ، وظل في اسمها ، فقال الزوج : قبلت ، جاز العقد تعويلا
على الإشارة ، وذلك لاتحاد الجنس .

ومقتضاه أنه لو قال : زوجتك هذه العربية فكانت أممية ، أو هذه العجوز فكانت
شابة ، أو هذه البيضاء فكانت سوداء أو عكسه ، الصحة تعويلا على الإشارة . (٢)
المثال الثالث : اذا تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها
مهر مثلها عند أبي حنيفة . وقال : أبو يوسف ومحمد لها مثل وزنه خلا ،
قال أبو حنيفة : الخل والخمر جنس واحد فالعبرة للإشارة فيهما والمشار
اليه غير صالح فوجب مهر المثل . وقالا : الخل والخمر جنسان مختلفان في
حق الصداق لأن أحدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم حينئذ
بالمسمى والمسمى غير موجود وإنما الموجود هو الخمر والخمر لا يمكن تسليمه
فعلى الزوج أن يسلم للمرأة مثل وزن الخمر خلا . (٣)

المثال الرابع : لو قال الزوج لامرأته : يا زينب أنت طالق ، وأشار الى عمرة
وقع الطلاق على عمرة دون زينب ، تعويلا على الإشارة لأنهما من جنس واحد (٤)

ب : ويذهب الشافعية الى أن الإشارة والعبارة اذا اجتمعتا وأختلستا

-
- (١) أنظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٤٥ .
(٢) أنظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٣٤٥ - ٣٤٦ .
(٣) أنظر : شرح فتح القدير : ٣ / ٣٥٨ .
(٤) أنظر : الفرق للكرابيسي : ٢ / ٨٩ .

موجبهما خلبت الاشارة ويحمل ذكر العبارة على الغلط . (١) واليك بعض الأمثلة التي تدل على تطبيق الشافعية لهذه القاعدة :

المثال الأول : لو قال : زوّجتك فلانة هذه وسماها بغير اسمها ، أو قال : زوجتك هذا الغلام ، وأشار الى بنته ، صح النكاح تعويلا على الاشارة .
المثال الثاني : ولو قال : زوّجتك هيذه العربية ، فكانت عجمية ، أو هذه العجوز فكانت شابة ، أو هذه البيضاء فكانت سوداء أو عكسه ، فالأصح الصحة تعويلا على الاشارة .

المثال الثالث : لو قال : بعتك دارى هذه وحددّها وغلط في حدودها ، صح البيع . بخلاف ما لو قال : بعتك الدار التي في المحلة الفلانية وحددّها وغلط ، فالبيع غير صحيح لأن التعويل هناك على الاشارة .
المثال الرابع : ولو قال : لا آكل من هذه البقرة ، وأشار الى شاة حنت بأكل لحمها تعويلا على الاشارة .

وأستشهد الشافعية من هذه القاعدة صورا ، منها :

١ - لو قال : بعتك هذا الفرس فكان بغلا أو عكسه ، فالأصح البطلان تغليبا لاختلاف الغرض .

٢ - وإذا قال : خالعتها على هذا الثوب الكتان فبان قطنا أو بالعكس ، فإن الأصح فساد الخلع وتبين بمهر المثل لاختلاف الغرض . (٢)

(١) أنظر: قواعد الزركشى : ١٦٧/١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ٣١٤ .
(٢) أنظر: الأشباه والنظائر للسيوطى : ٣١٤ - ٣١٦ ، قواعد الزركشى :

الكتاب الرابع

في بيان أثر الخطأ في أسباب العقوبة والضمان.
وتحت فصول:

الفصل الأول: في بيان معنى الجنابة والجريمة وتقسيمها.
الفصل الثاني: في كون الخطأ في المقصد نوعاً من أنواع
الشبهات.

الفصل الثالث: في الخطأ في القتل.

الفصل الرابع: في القتل بالسبب.

الفصل الخامس: في الضمان في جنابة الإنسان خطأ.

الفصل السادس: في الضمان في جنابة الحيوان ونحوه خطأ.

الفصل السابع: في أحكام الاصطدام.

الفصل الثامن: في قواعد وضوابط الخطأ في أسباب
العقوبة والضمان.

وجرائم التعزير . (١)

وقد تعارف الفقهاء على اطلاق الجنايات على جرائم القصاص والديات فقط ولكنهم مع ذلك قد يطلقون لفظ : " الجناية " على أسباب الحدود والتعزير كما سبق الاشارة الى ذلك . وهذا اصطلاح درجوا عليه ولا مشاحة فيه .

هذا وسأنهج في بحثي هذا المنهج الأول الذي يطلق الجناية على جميع أسباب العقوبة .

.....

(١) أنظر : بداية المجتهد : ٣٩٤/٢ ، تبين الحقائق : ٩٧/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٧/٦ ، أسنى المطالب : ٢/٤ ، روضة الطالبين : ١٢٢/٩ ، نتائج الأفكار : ٢٠٣/١٠ ، البحر الرائق : ٣٢٧/٨ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي : ٢/٨ - ٣ ، المغنى : ٢٥٩/٨ ، كشف القناع : ٥٠٣/٥ .

المبحث الثاني

في معنى الجريمة لغة وشروعا .

—————

هل يمكن أن نسعمل لفظ " جريمة " بمعنى " جناية " ؟ الذي يظهر لى أنه لا مانع من ذلك اذا أنعمنا النظر فى الجريمة لغة وشروعا .
معناها لغة :

الجُرْمُ التعدى ، والجُرْمُ : الذنب وهو الجريمة ، وقد جَرَمَ يَجْرِمُ جَرْمًا
وَأَجْرَمَ وَأَجْرَمَ فَهُوَ مَجْرِمٌ ، والمعجم : المذنب ، والجارم : الجانى . وَجَرَمَ
إِلَيْهِمْ وَعَلَيْهِمْ جَرِيمَةً وَأَجْرَمَ : جَنَى جِنَايَةً . . . الى آخر ما ذكره أهل
اللغة . (١)

ويستفاد من كلام أهل اللغة أن الجريمة تنتهى فى معناها الى أنها
فعل الأمر الذى لا يستحسن ، وأن المجرم هو الذى يقع فى أمر
مستهجن .

معناها شروعا :

عرف الماوردى الشافعى وأبو يعلى الحنبلى الجرائم بقولهم :
محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير " (٢)
وهذا التعريف يستفاد منه أنه لا يمكن اطلاق اسم الجريمة على فعل الا اذا
توفر فيه ثلاث صفات :

(١) لسان العرب المحيط : ٤٤٥ / ١ ، المصباح الفير : ١٠٦ / ١ ، معجم
مقاييس اللغة : ٤٤٦ / ١ ، مختار الصحاح : ١٠٠ ، القاموس المحيط :

٠ ٩٠ / ٤

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى : ٢١٩ ، الأحكام السلطانية لأبى
يعلى : ٢٥٢ .

الأول : أن يكون هذا الفعل محظورا والحظر هو اتيان فعل منهي عنه أو ترك فعل مأمور به .

الثاني : أن يكون مصدر هذا الحظر هو الشارع الحكيم .

الثالث : أن يقرر الشارع على منتهك هذا الحظر عقوبة .

والعقوبة هي التعزير والحد ، والحد يطلقه الفقهاء على الحدود كحد الزنا وحد السرقة وحد الخمر وحد القذف وحد الحرابة ، وقد يطلقه بعضهم على القصاص والديات باعتبارها مقدرة من لدن الشارع الحكيم .

والجرائم في الشرع قد تكون عقوبتها أخروية فقط ، ذلك أن كل جريمة لها في الشرع جزاء أما عاجل في الدنيا وأما آجل في الآخرة ، لكن الفقهاء ينظرون إلى المعاصي من ناحية سلطان القضاء عليها وما قرره الشارع من عقوبات دنيوية ، فلذلك خصصوا اسم الجرائم بالجنايات التي لها عقوبة دنيوية ينفذها القضاء ، ومن المعلوم أن الماوردي وأبا يعلى قد كتبا عن السياسة الدنيوية التي فيها زجر للجناة .

وإذا كان ذلك كذلك فإن لفظ " جريمة " يعتبر في عرف الشارع مرادفاً للفظ " جناية " فلا مانع من استعمال أحد اللفظين وإطلاقه على أسباب العقوبة .

.....

المبحث الثالث فى أقسام الجنائيات

أكثر الفقهاء يطلق على جرائم القتل والجراح لفظ " جنائيات " وبعضهم يطلق عليها لفظ " جراح " ناظراً الى أن الجراحة هى أكثر طرق القتل والاعتداء على النفس والأطراف ، وبعضهم يؤثر لفظ " الدماء " ناظراً الى أن أحكام هذه الجرائم وضعت لحماية الدماء .

أما أسباب الحدود والتعزير فلم يطلقوا عليها لفظاً خاصاً بل عنونوا بكتاب الحدود وباب التعزير وأرادوا بالحدود : العقوبات المقدرة على أسبابها . وبالتعزير : العقوبات غير المقدرة على أسبابها .

هذا ما تعارف عليه الفقهاء رحمهم الله لكنهم مع ذلك يطلقون لفظ " جنائيات " على جميع أسباب العقوبة ، واليك بعض نصوصهم فى هذا :

قال ابن قدامة : التعزير هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها . . . (١)

وقال ابن رشد : والجنائيات التى لها حدود مشروعة أربع : جنائيات على الأبدان والنفوس والأعضاء و هو المسمى قتلًا وجرحًا ، وجنائيات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحًا ، وجنائيات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذًا بحرب سمي حراية إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بغيا ، وما كان مأخوذًا على وجه الخفية من حرز يسمى سرقة ، وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا وجنائيات على الأعراض وهو المسمى قذفا ، وجنائيات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط . . . (٢)

(١) المغنى : ١٧٦/٩ .

(٢) بداية المجتهد : ٣٩٤/٢ .

فأنت ترى الفقهاء في هذه النصوص قد أطلقوا الجناية على جميع أسباب العقوبة فابن قدامة أطلقها على جرائم التعزير وابن رشد أطلقها على جرائم القصاص والديات والحدود . (١)
هذا التوسع في استعمال الفقهاء للفظ الجناية فيه متسع لاطلاقها على جميع أسباب العقوبة وهذا ما فعلته في هذا الفصل .

.....

(١) أنظر في هذا : الشرح الكبير للدردير : ٢٣٧/٤ ، مواهب الجليل :
٢٣٠/٦ ، شرح الخرشي : ٢/٨ ، كشف القناع : ٥٠٣/٥ ، ٧٧/٦ ،
شرح منتهى الإيرادات : ٢٦٧/٣ ، الانصاف : ١٥٠/١٠ ، بدائع
الصنائع : ٢٣٣/٧ ، شرح فتح القدير : ٢١٢/٥ ، البحر الرائق :
٣٢٧/٨ ، مغنى المحتاج : ٢/٤ ، المهذب : ٢٦٦/٢ .

المسألة الثانية : فى الدليل على اعتبار الشبهة دائرة للحد .

أخرج الترمذى بسند ضعيف الى عائشة رضى الله عنها قالت :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الإمام أن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة "

وقال الترمذى : وقد روى نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنهم قالوا مثل ذلك " (١)

وأخرج ابن حزم فى كتاب الايصال بسند صحيح أن عمر بن الخطاب قال : لان أعطل الحدود بالشبهات أحبُّ الى من أن أقيمها فى الشبهات " (٢)

وأخرج البيهقى بسند حسن أن عبد الله بن مسعود قال : ادروا الجسد والقتل عن المسلمين ما استطعتم " (٣)

هذا الحديث وان كان سنده ضعيفا فقد شد من عضده ما ذكرته عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فيصلح بعد ذلك للاحتجاج به على مشروعية درء الحدود بالشبهات القوية لا مطلق شبهة . (٤)
والله أعلم وأحكم . .

(١) سنن الترمذى : ٣٣/٤ .

(٢) المقاصد الحسنة : ٣٠ ، كشف الخفاء : ٧٣/١ .

(٣) سنن البيهقى : ٢٣٨/٨ ، أرواء الغليل : ٢٦/٨ ، تلخيص الحبير :

٥٦/٤ .

(٤) أنظر : نيل الأوطار : ١١٨/٧ ، سبل السلام : ١٥/٤ .

المبحث الثاني

فى بيان كلام العلماء حول القول بدرء الحدود بالشبهات.

اختلف العلماء حول القول بدرء الحدود بالشبهات الى قولين :

١ : فذهب فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الى القول بشروعية
درء الحدود بالشبهات . مستدلين بحديث " ادروا الحدود بالشبهات"
أخرجه أبو حنيفة فى مسنده وابن عساكر فى تاريخ دمشق والسمعاني فى
الذيل .

والحديث وان كان سنده ضعيفا الا أن معناه متفق عليه بين العلماء وقد تلقته
الأمة بالقبول وشهرته تغنى عن سنده . (١)

واستدل الجمهور أيضا بأثر عمر بن الخطاب وأثر عبد الله بن مسعود السابقين
وذلك كما يقول ابن الهمام " أن الموقوف فى هذا له حكم المرفوع لأن اسقاط
الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أنه بعد تحقق
الشبوت لا يرتفع بشبهة ، فحيث ذكره صحابى حمل على الرفع " (٢)

ب : ويذهب الظاهرية الى عدم مشروعية هذه القاعدة ، فلو قبل بها لأدى هذا
الى ابطال الحدود جملة على كل حال ، لأن كل أحد يستطيع على
أن يدرأ كل حد يأتیه بشتى الطرق والوسائل وهذا خلاف مقصود الشارع
من مشروعية الحدود ، وهذه الأخبار التى يستدل بها المخالف لا تقوم
بها حجة لأنها مرسلة ، وعلى فرض صحتها لا سبيل لأحد الى استعمالها

(١) أرواء الغليل : ٣٤٣/٧ ، المقاصد الحسنة : ٣٠ ، شرح فتح القدير :

٠ ٢٤٩/٥

(٢) أنظر : شرح فتح القدير : ٢٤٩/٥ ، المغنى مع الشرح الكبير : ١٥٥/١٠

، مغنى المحتاج : ١٤٤/٤ ، الشرح الكبير للدردير : ٣١٣/٤ .

لأن لفظ الشبهات جاء عاماً لم يحدد فيه ما هي هذه الشبهات التي يمكن
درء الحدود بها (١)

مناقشة كلام الظاهرية : الارسال لا يقدر، ذلك أن مذهب جمهور العلماء
العمل بالمراسيل (٢)، وما روى عن عمر بن الخطاب صحيح غير مرسل وقد
أخرجه بسند صحيح ابن حزم الظاهري في كتابه الايصال، وإذا صح فإن الموقوف
في هذا له حكم المعروف كما يقول ابن الهمام .
الترجيح :

والذي أميل إليه هو قول الجمهور لوجاهة أدلتهم ولأن سيرة
الرسول صلى الله عليه وسلم تدل على هذا وتعيده . فقد أخرج البخاري بسنده
الى ابن عباس قال : لما أتى معاذ بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم قال له :
لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت . قال : لا يارسول الله . قال : إنكُتُها ، لا
يكنى . قال : فعند ذلك أمر برجمه " . (٣)
فالرسول صلى الله عليه وسلم قد لقن معاذ - بعد اقراره بالزنا - أن يقول قبلت
أو نظرت أو نحو ذلك ، وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قال ذلك ترك الرسول
صلى الله عليه وسلم رجمه ولم يقم عليه الحد . فهذا الاستفسار من الرسول
صلى الله عليه وسلم ما هو الا من باب درء الحدود بالشبهات .

ثم ان الحدود لا تدرأ بكل شبهة كما يوهمه كلام ابن حزم رحمه الله بل ان المراد
هو الشبهة القوية المبنية على تأويل أو ظن أو خلاف .
والله أعلم وأحكم . .

(١) المحلى : ١٥٤/١١ .

(٢) أنظر: شرح فتح القدير: ٢٤٨/٥، توضيح الأفكار: ٢٨٩/١، نيل
الأوطار: ٢٦/٧، روضة الناظر: ٦٤، شرح تنقيح الفصول: ٣٧٩ .

(٣) صحيح البخاري: ٢٩٨/٨ .

المبحث الثالث

في أقسام الشبهات عند القائلين بها .

سبق بيان أن مذهب جمهور العلماء هو القول بدرء الحدود بالشبهات إلا أنهم لا يتفقون على كل الشبهات ، فهناك ما يراه البعض شبهة صالحة للدرء ، بينما لا يراه البعض الآخر شبهة .

وقد قسم بعض الحنفية الشبهة الى قسمين ، والبعض الآخر منهم قسمها الى ثلاثة أقسام :

الأولى : الشبهة في الفعل :

ويسمونها أيضا شبهة اشتباه ، وشبهة مشابهة ، وهي شبهة تقسم بنفس الشخص فيظن الحرام حلالا دون دليل من الشارع أو خبر من النسب اعتبر الشارع الأخذ به جائزا . فمدار هذه الشبهة على الجهل بالتحريم حيث يظن الحرام حلالا ، ولهذا سميت شبهة فعل لأنها صاحبت نفس الفعل ولم تقم بالمحل ، ولهذا لا بد في هذه الشبهة من ظن الشخص الحرام حلالا في موضع يمكن التباسه عليه ، فحيث لا تكون هناك مظنة للالتباس لا يلتفت الى دعوى الاشتباه .

مثال هذه الشبهة : أن يظن زوجته المطلقة ثلاثا وهي في العدة ظانا أنها تحل له فلا حد عليه لأن ظنه أنها حلال له شبهة تدرأ عنه الحد وذلك لاستناد هذا الظن الى شبهة قوية وهي تعلق بعض الأحكام الزوجية بالمطلقة ثلاثا مثل وجوب النفقة وثبوت النسب .

الثانية : الشبهة في المحل :

وتسمى شبهة حكمية ، وشبهة ملك . وتكون هذه الشبهة حيث يوجد

دليلان : قوى يفيد التحريم وضعيف يحتمل التحليل ولا يقوى على معارضة

مثال هذه الشبهة : أن يطأ امرأة زفت اليه على أنها زوجته ثم يتبين أنها أجنبية عنه فلا يحد بهذا الوطء ، لأن ظنه حل هذا الوطء شبهة يدفع الحد عنه .

الثانية : الشبهة في المحل :

وتسمى أيضا شبهة ملك ، وأساس هذه الشبهة ليس اعتقاد الفاعل وظنه بل أساسها محل الفعل وتسلط الفاعل شرعا عليه ، وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل حل الفعل أو حرمة .

مثال هذه الشبهة : وطء الزوج زوجته وهي حائض فلا يحد بهذا الوطء لأن الوطء وإن كان حراما في هذه الحالة إلا أن ملكيته شرعا للمحل تنهض شبهة تدرأ عنه الحد .

الثالثة : الشبهة في الجهة :

وتسمى شبهة الطريق ، وأساس هذه الشبهة الاختلاف بين الفقهاء على حكم الفعل ، فكل ما اختلفوا على جوازه يقوم الاختلاف فيه شبهة ويـد رأ فيه الحد .

مثال هذه الشبهة : النكاح بلا ولي أو بلا شهود ، فلا يحد الواطئ في هذين النكاحين لأن الخلاف يقوم شبهة تدفع الحد إذ قد أجاز النكاح بلا ولي أبو حنيفة ، وأجازه بغير شهود مالك . (١)

(١) أنظر: مغنى المحتاج : ٤ / ١٤٤ ، ١٦٢ ، أسنى المطالب : ٤ / ١٢٦ ،

روضة الطالبين : ١٠ / ٩٢ - ٩٣ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٤٢٤ - ٤٢٥ ،

الذخيرة للقرافي : ج ٥ لوحة (١٩) ، قواعد الزركشى : ٢ / ٢٢٥ ،

قواعد العزبن عبد السلام : ٢ / ١٣٧ ، كشاف القناع : ٦ / ٩٦ - ٩٨ ،

الفروع : ٦ / ٧٣ - ٧٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤ / ٣١٣ -

المبحث الرابع

في تأثير الخطأ في الجناية في كل قسم من أقسام الشبهة .

بعد عرض تقسيم الفقهاء للشبهة يتضح أن الخطأ يدخل تحت بعض هذه الأقسام ولا يدخل تحت البعض الآخر ، ذلك أن الخطأ لا يدخل تحت شبهة العقد لأن حكم هذه الشبهة لا يختلف بالعمد والخطأ فلو عقد رجل على محرم له على التأبيد كأخته من الرضاع - وكان العاقدان كاملَي الأهلية - ثم دخل بها عالماً بالتحريم ، فلا حد عليه عند أبي حنيفة وزفر لأن صورة العقد هذه أوجدت شبهة والحدود تدرأ بالشبهات لكنه مع ذلك يعزز . (١)

أما الشبهة في الفعل أو الفاعل فدخول الخطأ فيها واضح لأن مبنى هذه الشبهة على الجهل والجهل المركب أحد أنواع الخطأ . أما الشبهة في المحل فلا مدخل للخطأ فيها ، لأن أساس هذه الشبهة محل الفعل وتسلط الفاعل شرعاً عليه . لا اعتقاد الفاعل ، فمن وطئ أمته المزوجة لأحد عليه لأن ملك المحل للواطيء وحقه عليه يورث شبهة وقيام هذه الشبهة يقتضى درء الحد سواء اعتقد الفاعل حل الفعل أو حرمة . لكن مع هذا قد يدخل الخطأ في بعض صورها كما سيأتي . (٢)

ولا مدخل للخطأ في شبهة الجهة لأن الحكم في هذه الشبهة لا يختلف سواء اعتقد الفاعل حرمة الفعل أو حله ، ذلك أن الاعتقاد في ذاته ليس له أثر ما دام العلماء مختلفين على الحل والحرمة . لكن مع هذا

(١) أنظر : شرح فتح القدير : ٢٥٩/٥ ، تبين الحقائق : ١٢٩/٣ .

(٢) أنظر : مغنى المحتاج : ١٤٤/٤ ، أسنى المطالب : ١٢٦/٤ .

قد يدخل الخطأ في بعض صورها كما تقدم .

هذا كله بالنظر الى العقوبة المترتبة على الجناية ، أما بالنظر الى الضمان فلها مزيد بيان عند عرض الأمثلة الآتية :

.....

المثال الأول : وطىء الرجل غير زوجته خطأ .

إذا وطىء الرجل غير زوجته خطأ كمن زفت اليه غير زوجته أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته أو دعا زوجته فجاءته غيرها فظنها المدعو فوطئها ، اشتبه عليه ذلك لعماه أو لظلمة أو لنحو ذلك .
إذا كان ذلك كذلك :

١ : فالمذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا حد على الواطئء لأنه وطء اعتقد اباحته بما يعذر مثله فيه إذ الظاهر أنه لا يزوج اليه غير زوجته ولا ينام على فراشه غير امرأته ولا يجيبه إذا دعا زوجته إلا هي فكان ظنه مستنداً الى دليل ظاهر فيوجب درء الحد عنه .

وقد نص كثير من العلماء على أن هذه الصورة من شبهة الفاعل نظراً الى اعتقاده ، وبعضهم اعتبرها من شبهة المحل نظراً الى الدليل الظاهر . (١)

وإذا كان الحد يدراً عن الواطئء فان المهر يجب عليه للموطوءة إذا كانت جاهلة بالحال أو بالتحريم والاحداث ولا صداق لها .
أخرج أحمد بسند صحيح الى عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم - وذكرت الحديث - وفيه " فان أصابها فلها مهرها بما أصاب منها " . (٢)

(١) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣١٣/٤ ، شرح الخرشي :

٧٧/٨ ، مغنى المحتاج : ١٤٤/٤ ، المهذب : ٢٦٩/٢ ، المغنى :

٥٧/٩ ، كشف القناع : ٩٦/٦ .

(٢) مسند أحمد : ٤٧/٦ ، أرواء الغليل : ٢٤٣/٦ .

والحديث ظاهر في أن المهر يستقر بالاصابة ولو كان الواطى مخطئاً
لكن اذا كانت المرأة عالمة بالحال أو بالتحريم فلا مهر لها لأنها زانية . (١)

وإذا أتت الموطوءة بولد لحق الواطى إذا أمكن كونه منه كما اذا وطى امرأة
لا زوج لها ، لأنه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء فى نكاح
فاسد . (٢)

والموطوءة خطأ تجب عليها العدة لأن هذا الوطء كالوطء فى النكاح الصحيح
فى شغل الرحم ولحق النسب فكان مثله فيما تحصل به البراءة ، فلا بد من
العدة لتوهم شغل الرحم . (٣)

ووطى الخطأ لا يصير الواطى به محصناً لأن الاحصان لا يثبت الا بالنكاح
الصحيح وهذا غير صحيح . (٤)

ب : والمذهب عند الحنفية أن المخطى فى الوطء لا يدرأ عنه الحسد
الا اذا استند ظنه الى دليل كقول النساء : هذه زوجتك . لمن
بعثت اليه امرأة ، أو دعا الأعمى زوجته فأجابته أجنبية وقالت : أنا
زوجتك . فواقعها فى هذه الحال لا حد عليه لأن الإخبار دليل
شرعى مبيح للوطء ، ذلك أن قول الواحد مقبول فى المعاملات . لكن اذا
قام الدليل وكان غير صحيح فى الواقع فانه يوجب الشبهة التى يدرأ بها
الحد وثبت معها المهر والنسب والعدة .

-
- (١) أنظر: الشرح الكبير للدردير : ٣١٧/٢ ، أسنى المطالب : ٢١٠/٣ ،
كشاف القناع : ١٦١/٥ .
- (٢) أنظر: الشرح الكبير للدردير : ٤٥٧/٢ ، روضة الطالبين : ٣٣٥/٨ ،
كشاف القناع : ٤٠٧/٥ ، المدونة : ٢٠٢/٦ ، المغنى : ٨٢/٨ ، المهذب
: ١٤٥/٢ .
- (٣) أنظر: الشرح الكبير للدردير : ٤٧١/٢ ، مغنى المحتاج : ٣٨٤/٣ ،
كشاف القناع : ٤٢٥/٥ .
- (٤) أنظر: شرح الخرشى : ٨٢/٨ ، أسنى المطالب : ١٢٨/٤ ، شرح منتهى
الايرادات : ٣٤٣/٣ .

أخرج ابن أبي شيبة بسنده الى خلاس : تزوج أخوان أختين فأدخلت امرأة هذا على هذا وامرأة هذا على هذا ، فرفع ذلك الى عليّ فرد كل واحدة منهما الى صاحبها ، وأمر زوجها أن لا يقربها حتى تنقضى عدتها وجعل لكل واحدة منهما الصداق على الذى وطئها لغشيانه أيها وجعل جهزها والغرم على الذى زوجها * (١)
ومراده بقوله " زوجها " أى : أدخلها . وظاهر كتب الحنفية أنه لا يرجع بالمهر .

أما اذا كان المخطئ لم يستند فى اعتقاده الى دليل وطن غير الدليل دليلاً فلا عذر له وعليه الحد لأن وجود المرأة على الفراش لا يدل على أنها امرأته لجواز أن ينام على فراشه غيرها ، كما أن الأعمى يمكنه التمييز بالجس والنفس والزائحة والحركات والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها .

وإذا أقيم الحد على الواطئ فلا مهر يجب ولا نسب يلحق ولا عدة تلزم لأن الواطئ زان وهذه لا تثبت مع الزنا .

هذا واعتبر جماعة من الحنفية وطء المزفوفة لغير زوجها من باب شبهة الفعل نظراً لاعتقاد الفاعل ، ورد هذا بأن المخطئ إذا اعتمد على دليل صحيح فى وطئه فان الولد يلحق به والواطئ فى شبهة الفعل يعتبر زانياً فلا يلحق به نسب فالأوجه أن هذه الشبهة من باب شبهة المحل فدليل التحريم - وهو أنها ليست امرأته - دليل قوى . ولكن دليل التحليل وهو اخباره بأنها امرأته ، أفاد شبهة فى المحل مقتضاها أن المحل حلال

(١) مصنف ابن أبي شيبة : ٣٧٤/٤ - ٣٧٥ ، وأنظر : مصنف عبيد

الرزاق : ٢٥٢/٦ ، سنن البيهقي : ٢١٩/٧ .

وليس بحرام . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الحنفية الذاهب الى أن المخطئ لا يعذر الا اذا اعتمد على دليل معقول فتبين أنه غير صحيح .
أما المخطئ المقصر بظنه غير الدليل دليلاً فلا يُعذر بل يعاقب لاهماله
ثم إن في هذا سداً للذريعة فلو اعتبرنا هذا الظن في اسقاط الحد
لم يُقم حد الزنا في موضع ما إذ الزانى لا يعجز عن هذا القدر فيؤدي هذا
الى سد باب الحد وهذا خلاف مقصود الشارع من شرع الحد .

هذا كله اذا كان المخطئ حسن النية أما اذا دعا الرجل امرأة محرمة
عليه فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة ، فعليه الحد باتفاق العلماء
لأن الخطأ في الوطء المحرم لا يعتبر عذراً فلا يعفى من العقوبة أشبه بالسو
قتل رجلاً يعتقد أنه ابنه فبان أجنبياً فإنه يقتل بكل حال . نص على هذه الحنابلة
وهو ظاهر كلام غيرهم .

واذا دعا الرجل امرأة محرمة عليه فأجابته زوجته فوطئها يظنها الأجنبية التى
دعاها فلا حد عليه لانقضاء حرمة الفرج لعينه وان اثم اثم الزنا
باعتبار ظنه .

ومعنى أنه يَأْثَمُ اثم الزنا أى : يفسق بذلك وتسقط شهادته وتسلب الولاية
عنه نص على هذه الشافعية وهو ظاهر كلام غيرهم . (٢)

-
- (١) أنظر: شرح فتح القدير: ٢٥٨/٥ - ٢٥٩، بدائع الصنائع: ٣٧/٧ ،
تبيين الحقائق: ١٧٩/٣ ، حاشية ابن عابدين: ١٠١/٣ ، ٢٦/٤ ، ٥٠٣ ،
البحر الرائق: ١٥/٥ - ١٦ ، الاختيار: ١٧٣/٣ .
(٢) أنظر: المغنى: ٥٧/٩ - ٥٨ ، كشف القناع: ٩٦/٦ - ٩٧ ، الانصاف: ١٠/
١٨١ - ١٨٢ ، نهاية المحتاج مع حواشيه: ٤٢٤/٧ ، تحفة المحتاج مع
حواشيه: ١٠٤/٩ ، شرح الزرقانى: ٨٧/٨ ، الشرح الكبير للدردير: ٤/
٣١٦ ، شرح فتح القدير: ٢٥٨/٥ - ٢٥٩ ، بدائع الصنائع: ٣٧/٧ .

المثال الثاني : الخطأ في السرقة .

إذا قصد السارق سرقة شيء تافه في اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب فهل يقام عليه حد السرقة اعتباراً بما في نفس الأمر أو يدرأ عنه الحد اعتباراً بما في ظنه ؟
 مثال ذلك : أن يسرق ثوباً لا يساوي نصاباً فيجد في جيبه نقوداً تبلغ نصاباً وهو حين سرقة الثوب لم يكن يقصد إلا سرقة ولم يكن يعلم بما فيه من نقود .

١ : المذهب عند الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول عند الشافعية - أن السارق لا يقطع إذا قصد سرقة الثوب فقط ولم يكن عالماً بما فيه ، لأنه قصد سرقة الثوب وهو لا يساوي نصاباً ، أما النقود التي في الثوب فهو لم يقصد سرقتها لأنه يجهلها وعدم قصد سرقتها شبهة والحد يدرأ بالشبهة حسب الاستطاعة . وهذه الشبهة من باب شبهة الفاعل أو الفعل ، لأنها ترجع إلى اعتقاد الفاعل وظنه .

ونص الحنفية والمالكية وهو ظاهر المذهب عند غيرهم بأن هذا كله إذا لم تكذب القرائن السارق فإن كذبه فلا تسمع دعواه ولا أثر لخطئه بل يقام عليه الحد وذلك كمن سرق حافظة وادّعى أنه يظنها فارغة فانه يقطع لأن الظاهر أنه قصد بالسرقة المظروف لا الظرف . (١)

(١) أنظر: شرح فتح القدير: ٣٦٩/٥، الفتاوى الهندية: ١٧٨/٢، حاشية ابن عابدين: ٨٢-٨٤/٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ٣٣٥/٤، شرح الخرشي: ٩٥/٨، كشف القناع: ١٣٠/٦ - ١٣١، مطالب أولي النهى: ٢٢٨/٦، شرح منتهى الإيرادات: ٣٦٣/٣، مغنى المحتاج: ١٥٩/٤ .

ب : والمذهب عند الشافعية وهو قول عند الحنفية أن السارق يقطع بكل حال ولا أثر لخطئه نظراً لما في نفس الأمر ، ذلك أنه أخرج نصاباً من حرزه بقصد السرقة والخطأ بجنس المسروق وقدره لا يؤثر كالخطأ بصفته^(١).

الترجيح :

والذي أميل إليه هو مذهب الجمهور فإذا صدقت القرائن الجبانية في دعواه الخطأ فالحد يدرأ عنه للشبهة ، والشافعية يذهبون إلى أن من سرق من دار وهو يظنها له والمال ملكه فبان الأمر خلاف ذلك أنه لا حد عليه لأن ظن الملك شبهة والحد يدرأ بها . أقول : لا فرق بين هذه وتلك لأن كليهما سرق نصاباً غير أن هذا يدرأ عنه الحد لشبهة المحل وذلك يدرأ عنه لشبهة الفاعل فكلاهما درى عنه الحد للشبهة والحد يدرأ بها فلا وجه للتفريق بينهما .

وهناك فرق واضح بين الخطأ في جنس المسروق وقدره وبين الخطأ في صفته والفرق واضح لا يحتاج إلى بيان .

هذا ولا أثر للخطأ في ضمان المال فيجب على السارق ضمان المال المسروق بلا خلاف بين العلماء في هذه المسألة ، فيلزم السارق رد العين المسروقة على مالكيها إذا كانت باقية ، وإن كانت تالفة رد بدلها ، وذلك لعموم حديث " عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ " (٢)

صححه الترمذى والحاكم . . .

(١) أنظر: بدائع الصنائع: ٧/٧٩-٨٠، مغنى المحتاج: ٤/١٥٩، نهاية المحتاج: ٧/٤٤١، أسنى المطالب: ٤/١٣٧-١٣٨ .
(٢) سنن الترمذى: ٣/٥٥٧، المستدرک للحاكم: ٢/٤٧، وأنظر: المغنى: ٩/١٢٩، أسنى المطالب: ٤/١٥٢، بدائع الصنائع: ٧/٨٤، شرح الزرقانى: ٨/١٠٧ .

المثال الثالث : الخطأ في شرب المسكو .

ينبغي للإنسان ألا يقدم على شرب شيء حتى يعرف ما هو ،
فإن شرب ما يعتقد أنه لبن أو ماء أو عسلا ثم تبين أنه خمر ، فهل يقام عليه
الحد ؟

ا : المذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة أن الحد لا يقام
عليه لأنه مخطيء لم يقصد ارتكاب المعصية بشرب ما شرب
فهو معذور وخطؤه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .
وهذه المسألة من باب شبهة الفاعل أو الفعل لأنها ترجع إلى اعتقاد
الفاعل وظنه . (١)

ب : ونص جماعة من الحنفية على أن المخطيء في شرب الخمر لا يعذر إلا
إذا اعتقدها نبيذاً لأن النبيذ بعد الغليان والشدة يشارك الخمر
في الذوق والرائحة فهو معذور حينئذ في دعواه الخطأ وخطؤه
شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .
أما ظن الخمر ماءً أو لبناً أو نحوهما فإنه لا يعذر لأنه يمكن معرفة هذه
بالرائحة والذوق من غير ابتلاع فلا وجه لدعوى الخطأ ولا عذر
لمدعيه بل يقام عليه الحد .

وهذا إذا ثبت بالشهادة أما إذا ثبت بالاقرار ورجع المقر عن اقراره فلا يقام

(١) أنظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي : ٣٥٢/٤ ، شرح
الخرشي : ١٠٨/٨ ، مغني المحتاج : ١٨٧/٤ ، نهاية المحتاج : ١٣/٨ ،
أسنى المطالب : ١٥٩/٤ ، المغني : ١٦٢/٩ ، كشف القناع : ١١٨/٦ ،
الانصاف : ٢٢٩/١٠ - ٢٣٤ .

عليه الحد لأن حد المسكر خالص حق الله فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود ، ذلك أن المقر يحتمل أن يكون صادقا في دعواه الخطأ ورجوعه من اقراره - وهذه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الجمهور لما ذكروه ، لكن ينبغي أن يكون مدعى الخطأ فى شرب المسكر مأمونا غير متهم حتى تقبل دعواه ويعذر أما اذا كان متهما كأن يكون معروفا بالتهاون فى ارتكاب المعصية فينبغى أن يقام عليه الحد سَدًّا للذريعة .
والله أعلم .

.....

(١) أنظر: البحر الرائق : ٢٨/٥ - ٣٠ ، الفتاوى الهندية : ١٥٩/٢ .

المثال الرابع: الخطأ في الردة .

ما تقدم من الأمثلة من باب الخطأ في القصد ، ومن الخطأ في الفعل خطأ اللسان وتدرج تحته مسألة الخطأ في الردة فمن نطق بكلمة الكفر خطأ كمن أراد أن يقول : اللهم أنت ربي وأنا عبدك . فسبق لسانه السي قول : اللهم أنت عبدى وأنا ربك . فهل يعتبر مرتدا تنطبق عليه أحكام المرتد أم لا ؟ .

ا : المذهب عند المالكية أنه يعتبر مرتدا ولا يعذر بدعواه الخطأ لأنه نطق بكلمة الكفر وهو مكلف مختار . (١)

ب : والمذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة - أن من سبق لسانه السي كلمة الكفر لا يعتبر مرتدا ، لأنه لم يقصد النطق بكلمة الكفر والأمر بمقاصدها .

أخرج مسلم بسنده الى أنس بن مالك قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لله أشد فرحاً بتوبة عبده حين يتوب اليه من أحدكم كان على راحلته بأرض فلاة ، فانفلتت منه . وهليها طعامه وشرابه . فأيس منها . فأتى شجرة . فأضطجع في ظلها . قد أيس من راحلته . فبينما هو كذلك اذا هو بها ، قائمة عنده فأخذ بخطامها . ثم قال : من شدة الفرح : اللهم أنت عبدى وأنا ربك . أخطأ من شدة الفرح " (٢)

(١) أنظر: الشرح الكبير للرددير: ٣١٠/٤، شرح الخرشى: ٧١/٨، مواهب الجليل مع التاج والاكلييل: ٢٨٧/٦ .
 (٢) صحيح مسلم: ٢١٠٤/٤، وأنظر: البحر الرائق: ١٣٤/٥، مغنى المحتاج: ١٣٤/٤، نهاية المحتاج: ٤١٤/٧، أسنى المطالب: ١١٧/٤ ، كشف القناع: ١٦٩/٦، مطالب أولى النهى: ٢٨٠/٦ .

وجه الدلالة :

يستفاد من هذا الحديث عدم مؤاخظة المخطئ في النطق بالعبارة المكفّرة وعدم معاقبته لأن صاحب الراحلة أراد شكر الله الذي رد عليه راحلته بعد بأسه منها وهو على تلك الحال ، فأخطأ حيث سبق لسانه الى النطق بكلمة الكفر . ومع ذلك لم يذكر الرسول صلى الله عليه وسلم أنه ارتد بل ذكر أنه أخطأ من شدة الفرح والمخطئ معذور لأنه لم يقصد الى المعصية بالنطق بكلمة الكفر بل سبق لسانه لذلك .

الترجيح :

والذي أميل اليه هو قول الجمهور لما ذكروه .

والله أعلم ...

.....

الفصل الثالث في الخطأ في القتل.

- ويقع في سبعة مباحث:
- المبحث الأول : في أقسام القتل وموقع الخطأ منها .
 - المبحث الثاني : في موجبات القتل عمداً .
 - المبحث الثالث : في موجبات القتل شبه العمد .
 - المبحث الرابع : في موجبات القتل خطأ .
 - المبحث الخامس : في الخطأ في دار الحرب .
 - المبحث السادس : في حكم خطأ الصبي والمجنون .
 - المبحث السابع : في حكم شريك الخطيء والصبي والمجنون .

المجنى عليه . والخطأ هو ما عدا ذلك . (١)

ب : وذهب جمهور العلماء الى أن القتل ينقسم الى ثلاثة أقسام : عمد
وخطأ وشبه عمد ، واستدلوا بالسنة والاجماع والمعقول .

أما السنة فقد أخرج أبو داود في سننه بسند صحيح الى عبد الله بن عمرو
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : وساق الحديث وفيه : ألا ان دية
الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل : منها أربعون
في بطونها وأولادها * (٢)

وجه الدلالة :

أن الحديث أثبت القتل شبه العمد ^{أن} وبين الواجب فيه دية مغلظة
وأن القود لا يجب به ، فكان القتل شبه العمد قسيما للقتل الخطأ
والقتل العمد لا قسيما من القتل العمد ، ذلك أن موجه مفاير لموجب
العمد والخطأ .

وأما الاجماع فقد روى القتل بشبه العمد عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان
وعلى بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وآخرين من الصحابة
رضى الله عنهم ، ولا يعرف لهؤلاء مخالف من الصحابة فيكون اجماعا سكوتيا
متكررا (٣) .

وأما المعقول فان صورة القتل العمد تخالف صورة القتل شبه العمد ، ذلك
أن القاتل في العمد قصد الفعل وقصد القتل ، بينما القاتل في شبه العمد
قصد الفعل ولم يقصد القتل ، فكيف يجعل شبه العمد قسيما من العمد لا قسيما
له والشارع أمر بالحيفة في أمور الدماء ، فلا بد من اثباته وبيان الأحكام

(١) أنظر : شرح الخرشى : ٧ / ٨ ، مواهب الجليل : ٢٤٠ / ٦ ، الشرح الكبير مع
حاشية الدسوقي : ٢٤٢ / ٤ - ٢٤٦ .

(٢) سنن أبي داود : ٦٨٢ / ٤ ، تلخيص الحبير : ١٥ / ٤ ، أرواء الغليل : ٧ /
٢٥٦ .

(٣) مصنف عبد الرزاق : ٢٨٣ / ٩ - ٢٨٥ ، سنن البيهقي : ٦٩ / ٨ ، الدراية :

٢٧١ / ٢ .

التي تخصه دون غيره .

والخلاصة : أن الخطأ والعمد ثبتا بالقرآن وشبه العمد ثبت بالسنة وقول بعض المالكية : لا يجتمع القصد وعدمه . محله إذا اتحد محلها وفي شبه العمد القصد محله الضرب وعدمه محله القتل . (١)

وعلى هذا الأساس فالعمد عند جمهور العلماء هو : أن يقصد المكلف العدوان على آدمي معصوم بشيء يغلب على الظن موت المجنى عليه به فيموت من ذلك ، وذلك كالسيف والحجر العظيم .

وشبه العمد هو : أن يقصد المكلف العدوان على آدمي معصوم بشيء يغلب على الظن عدم موت المجنى عليه به فيموت من ذلك ، وذلك كالعصا والسوط الخفيفين .

وزاد الحنابلة قيوداً : بأن لا يجرحه بذلك الشيء فان جرحه به فعمد . (٢)

وعرف ابن قدامة الخطأ في القتل بقوله " الخطأ أن يفعل فعلاً لا يريد به إصابة المقتول فيصيبه ويقتله " (٣)

-
- (١) أنظر: أحكام القرآن للجصاص: ٢٠٢/٣ ، بداية المجتهد : ٣٩٧/٢ ،
مغني المحتاج : ٤/٤ ، المهذب : ١٧٤/٢ ، نتائج الأفكار : ٢١٠/١٠ ،
حاشية ابن عابدين : ٥٢٩/٦ ، المغني : ٢٩٠/٨ ، كشف القناع : ٥ /
٥٠٤ ، تبين الحقائق : ٩٧/٦ .
- (٢) أنظر : المهذب : ١٧٤/٢ ، مغني المحتاج : ٤-٣/٤ ، أسنى المطالب :
٣-٢/٤ ، نتائج الأفكار : ٢٠٥/١٠ - ٢١٠ ، حاشية ابن عابدين : ٦ /
٥٢٧ - ٥٢٩ ، تبين الحقائق : ٩٧/٦ - ١٠٠ ، الانصاف : ٤٤٥/٩ ،
كشف القناع : ٥٠٥/٦ - ٥١٢ ، شرح منتهى الإيرادات : ٢٦٧/٣ - ٢٧١ .
- (٣) المغني : ٢٧٢/٨ .

وقال في شرح الطحاوي : وأما القتل الخطأ فهو أن يقصد مباحا فيصيب
محظورا " (١)

شرح تعريف العمد وشبهه :

قوله في التعريفين " القصد " يخرج قتل الخطأ فلا يجب به
قصاص لأنه غير مقصود .

قوله في التعريفين " أن يقصد مسكف " يخرج قصد الصبي والمجنون فلا
يعتبر قتلها عمدا ولا شبه عمد ولو تعمدا ذلك بل هو ملحق بالخطأ وفيه
خلاف للشافعية سيأتي بيانه .

قوله في في التعريفين " على آدمي " يخرج الجناية على غير الآدمي كالبهيمة
فلا يجب بذلك قصاص بل ضمان .

قوله في التعريفين " معصوم " يخرج غير المعصوم كالحرابي فلا يجب بقتله
قصاص ولا دية .

قوله في التعريفين " بشي " يغلب على الظن موت المجنى عليه به " و " بشي " يغلب
على الظن عدم موت المجنى عليه به " فالأول ينطبق على القتل العمد ، والثاني
يصدق على القتل شبه العمد فقط ، ذلك أن القتل شبه العمد لا يجب به
قصاص عند القائلين به .

قوله في التعريفين " فيموت من ذلك " يخرج اذا مات بسبب غير ذلك فلا
يجب به القصاص بل القصاص على من قتله .
أو يخرج اذا لم يموت من ذلك وهو العمد فيما دون النفس والكلام المراد به

(١) حاشية الشلبي على تبين الحقائق : ١٠١/٦ .

الآن العمد في النفس . (١)

ج : وذهب جماعة من الحنابلة الى أن القتل ينقسم الى أربعة أقسام هي :
العمد ، وشبه العمد ، والخطأ ، وما أجرى مجزى الخطأ كالنائم
ينقلب على شخص فيقتله ، وكعمد الصبي والمجنون فإنه ملحق بالخطأ ،
ذلك أن النائم لم يصدر منه فعل مقصود فليس هو من باب الخطأ في
القصد ولا هو من باب الخطأ في الفعل . وأما غير المكلف فليس
من أهل القصد الصحيح لذلك ألحق العلماء عمده بالخطأ وأعطوه
حكمه .

قال في الانصاف : الذي نظر الى الأحكام المترتبة على القتل جعل
الأقسام ثلاثة ، والذي نظر الى الصور فهي أربعة بلا شك ، وأما
الأحكام فمتفق عليها * (٢)

د : والذي سار عليه متأخروا الحنفية في كتبهم أن القتل ينقسم
الى خمسة أقسام هي : العمد ، وشبه العمد ، والخطأ ،
وما أجرى مجزى الخطأ ، والقتل بسبب كحافر البئر وواضع
الحجر في غير ملكه .

والذي جعل الحنفية ينهجون هذا المنهج هو أن القتل إما أن يكون
بمباشرة وإما بغير مباشرة ، فإن كان الأول فهو العمد وشبهه والخطأ
وشبهه وإن كان الثاني فهو القتل بسبب ، ثم إن القتل بسبب له أحكام
تخصه عند الحنفية فلا قصاص فيه ولا كفارة كما سيأتي ، لذلك جعلوه قسماً
خامساً بينما الجمهور لم يفردوه بالذكر بل جعلوه داخل تحت الأقسام التي ذكروها

(١) أنظر : أسنى المطالب : ٢ / ٤ ، روضة الطالبين : ١٢٢ / ٩ .
(٢) الانصاف : ٤٣٣ / ٩ - ٤٣٤ ، وأنظر : المغنى : ٢٩٠ / ٨ ، كشف القناع
: ٥٠٤ / ٥ - ٥٠٥ .

لأنه يمكن أن يكون عندهم عمدا أو شبه عمدا أو خطأ . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو القول بشبه العمد كما هو مذهب الجمهور لأن السنة الثابتة قد وردت بذلك وأيدها أقوال كثير من الصحابة والأحكام كما تثبت بالقرآن تثبت بالسنة فلا وجه لمن أنكره .

ومن قسّم القتل الى أربعة أقسام فلا ثمره لتقسيمه من حيث الأحكام وإنما الذى أراه لذلك منطق التنظيم وهذا اصطلاح ولا مشاحة فيه .

وأما خلاف الحنفية للجمهور فى تقسيم القتل فسيأتى له مزيد بيان عند بسط الأحكام .

والله أعلم وأحكم ..

.....

(١) أنظر: تبين الحقائق : ٩٧/٦ ، البحر الرائق : ٣٢٧/٨ ، نتائج الأفكار : ٢٠٣/١٠ .

المبحث الثاني
في موجبات القتل العمد

سبق بيان تعريف العمد ، وحتى يمكن بيان أثر الخطأ فسي
الجنايات لا بد من الكلام عن موجبات القتل العمد على سبيل الايجاز لمعرفة
الفرق بينها وبين موجبات القتل الخطأ . وموجبات القتل العمد هي :

الأول : الاثم :

فقد اتفق الفقهاء على تأثيم القاتل عمد لقول الله تعالى " وَمَنْ
يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مَّتَعَمَدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ
وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا " . (١)

وأخرج البخارى بسنده الى عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم " لن يزال المؤمن في فسحة من دينه ما لم يصب دما حراما " (٢)

الثاني : القصاص :

فلولى الدم القصاص من الجاني عند جميع العلماء لقول الله
تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ " الآية . (٣)
وكذلك لولى الدم العدل عن القصاص الى الدية عند جمهور العلماء ، وخالف
في ذلك الحنفية والمالكية حيث اشترطوا رضا الجاني بها والا فليس لولى الدم
الا القصاص أو العفو مطلقا .

-
- (١) آية (٩٣) من سورة النساء .
(٢) صحيح البخارى : ٢ / ٩ ، وأنظر التاج والاكلیل مطبوعا بهامش مواهب
الجليل : ٢٣٠ / ٦ ، المغنى : ٢٥٩ / ٨ ، المهذب : ١٧٣ / ٢ ، نتائج
الأفكار : ٢٠٥ / ١٠ ، المحلى : ٣٤٢ / ١٠ .
(٣) آية (١٧٨) من سورة البقرة .

والراجح قول الجمهور لما أخرجه البخارى بسنده الى أبى هريرة - وساق الحديث - وفيه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ إِمَّا أَنْ يُؤَدَّى وَإِمَّا يُفَادُ " الحديث . (١)
والمراد به : أما أن يعطى القاتل أو ولياؤه لأولياء المقتول الدية أو يقتل به . (٢)

الثالث : التغليظ فى الدية .

والتغليظ فى دية العمد من ثلاثة وجوه :

أ : أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب فى مال القاتل ولا تحملها العاقلة ، وذلك لما أخرجه الامام أحمد بسند صحيح الى عمرو بن الأحوص قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا يجنى جان الا على نفسه " الحديث (٣)

ثم إن هذا يتفق مع القاعدة المشهورة وهى : أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية يجب على الجانى .

ب : يذهب جمهور العلماء خلافا للحنفية الى أن دية العمد تجب حالة على الجانى كالقصاص بجامع أن كليهما يجب بالعمد المحض فكان حالا . ثم ان ابدال المتلفات تجب حالة فكذلك دية العمد ولا فرق .

ج : يذهب جمهور العلماء الى أن دية العمد اذا كانت من الابل تجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض - وهى التى لها سنة من الابل وطعنت فى

(١) صحيح البخارى : ٨ / ٨ ، وأنظر : المغنى : ٣٦١ / ٨ ، شرح منتهى الايرادات

: ٢٨٨ / ٣ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٦٣ / ٤ ، شرح الخرشي :

٥ / ٨ ، المهدب : ١٨٩ / ٢ ، مغنى المحتاج : ٤٨ / ٤ ، نتائج الأفكار : ١٠ /

٢٠٦ ، البحر الرائق : ٣٣٠ / ٨ ، المحلى : ٣٦٠ / ١٠ .

(٢) فتح البارى : ٤٠٨ / ١٢ .

(٣) مسند أحمد : ٤٩٩ / ٣ ، أرواء الغليل : ٣٣٤ / ٧ .

الثانية - وخمس وعشرون بنت لبون - وهي التي لها سنتان من الابل وطعننت في الثالثة - وخمس وعشرون حقة - وهي التي لها ثلاث سنين من الابل وطعننت في الرابعة - وخمس وعشرون جذعة - وهي التي لها أربع سنين من الابل وطعننت في الخامسة - .

وذهب الشافعية وهو قول عند الحنفية والحنابلة الى أن دية العمد تجسب أثلاثا ، ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خَلْفَةً في بطونها أولادها . وهذا القول/الراجح لما أخرجه الترمذى بسند حسن الى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا دَفَعْنَا^{الذي} أَوْلِيَاءَهُ الْمَقْتُولِ فَمَنْ شَاءَ قَتَلُوا وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ وَهِيَ ثَلَاثُونَ حَقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَأَرْبَعُونَ خَلْفَةً * الحديث . (١)

الرابع :

إذا عفى أولياء الدم عن القاتل عمدا ولم يطالبوا بقتله قصاصا فهل هناك حق عام لا بد من استيفائه من القاتل عمدا ؟ ذهب مالك والليث بن سعد والأوزاعي الى أنه يجب على القاتل عمدا اذا عفى عنه حق عام وهو ضرب مائة سوط وسجن سنة كاملة .

وذهب الجمهور الى عدم وجوب هذا . وقولهم هو الراجح لقول الله تعالى (٢) * فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنْ أَعَدَّىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَسَاوَجٌ

(١) سنن الترمذى : ١١ / ٤ - ١٢ ، وأنظر : المغنى : ٣٧٣ / ٨ - ٣٧٤ ، كشف القناع : ١٩٠ ، ٥ / ٦ ، الانصاف : ٥٩ / ١٠ - ٦٠ ، شرح الخرشي : ٣٠ / ٨ - ٣١ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٦٦ / ٤ - ٢٦٧ ، نتائج الأفكار : ٢٧٢ / ١٠ ، بدائع الصنائع : ٢٥٤ / ٧ ، مغنى المحتاج : ٥٣ / ٤ ، المهذب

: ١٩٦ / ٢ .

(٢) آية (١٧٨) من سورة البقرة .

الْيَسْمُ .

فأله سبحانه جعل كل الواجب عند العفو هو الاتباع بالمعروف فلــــم
يوجب شيئا آخر على القاتل المعفوعه . (١)

الخامس :

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من العقتــــول
شيئا ، فقد أخرج البيهقي بسنده الى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ليس للقاتل من الميراث شيء " والحديث
صحيح لغيره إذ له شواهد كثيرة تقويه . (٢)

ومذهب الحنفية أن القاتل لا يمنع من الميراث الا بثلاثة شروط وهي : أن يكون
القتل مباشرة عدوانا من بالغ عاقل . فاذا تخلف أحد هذه الشروط فالقتل
لا يمنع من الميراث . (٣)

والمذهب عند المالكية والحنابلة أن القتل العمد العدوان يمنع من الميراث
مطلقا سواء كان بمباشرة أو بسبب ، وسواء كان القاتل مكلفا أو غير مكلف لعدم
الخبر . (٤)

(١) أنظر : المنتقى : ١٢٤/٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٨٧/٤ ،

المحلى : ٤٦٢/١٠ ، المغنى : ٣٥٥/٨ ، مغنى المحتاج : ٤٨/٤ ،

المهذب : ١٨٩/٢ ، حاشية ابن عابدين : ٥٢٨/٦ ، نتائج الأفكار : ١٠/

٢٠٥ .

(٢) سنن البيهقي : ٢٢٠/٦ ، وأنظر : ارواء الغليل : ١١٨/٦ ، تلخيص الحبير :

٨٤/٣ .

(٣) أنظر : معين الحكام : ٤٣٣ ، البحر الرائق : ٣٣٤/٨ ، ٣٨٨ ، تبيين

الحقائق : ١٠٢/٦ .

(٤) أنظر : كشف القناع : ٤٩٢/٤ ، مواهب الجليل مع التاج والاكليل : ٤٢٢/٦ ،

الشرح الكبير للدردير : ٤٨٦/٤ .

والمذهب عند الشافعية أن القاتل يمنع من الميراث مطلقا ولو كان بحسب
لأن الخسر عام ولا مخصص له . (١)

السادس :

يذهب جمهور العلماء الى أن القاتل المتعمد لا كفارة عليه لقوله تعالى
" وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ - الى قوله - وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا
فَجَزَاءُ جَهَنَّمَ " الآية (٢)

فالله تعالى نص على الكفارة في قتل الخطأ ولم ينص عليها في القتل العمد
فلا يجوز تعدية حكم أحدهما الى الأخرى الا بنص يوجب ذلك والنص غير
موجود فلا يجوز ايجاب الكفارة على قاتل العمد .

والمذهب عند الشافعية وهو قول عند الحنابلة أن الكفارة تجب على العامد
فاذا وجبت على المخطى وهو غير آثم فمن باب أولى وجوبها على العامد
لأنه آثم في فعله . (٣)

والله أعلم ...

-
- (١) أنظر: مغنى المحتاج : ٢٥/٣ ، المهذب : ٢٥/٢ .
(٢) الآيتان (٩٢ - ٩٣) من سورة النساء .
(٣) أنظر: المغنى : ٥١٥/٨ - ٥١٦ ، الانصاف : ١٣٦/١٠ ، الشرح الكبير
للدردير : ٢٨٦/٤ ، شرح الخرشي : ٤٩/٨ ، نتائج الأفكار : ٢٠٩/١٠ .
تبيين الحقائق : ٩٩/٦ ، مغنى المحتاج : ١٠٧/٤ .

المبحث الثالث

في موجبات القتل شبه العمد .

سبق بيان القتل شبه العمد وهو : أن يقصد المكلف العدوان على آدمى معصوم بشيء يغلب على الظن عدم موت المجنى عليه به فيموت من ذلك .

وموجبات القتل شبه العمد هي :

الأول : الأثم :

وذلك لأنه ارتكب محرماً في دينه قاصداً له . (١)

الثاني : الدية والتفليظ فيها .

لا قصاص على الجاني في قتل شبه العمد ، لأنه لم يتعمد القتل وإنما تعمد الضرب لذلك غلظت عليه الدية ، وشبه العمد فيه شبه من العمد وشبه من الخطأ إذ الجاني في شبه العمد تعمد الضرب فهو من هذه الحثية يشبه العمد ، لذلك غلظت عليه الدية من حيث العدد والجاني في شبه العمد لم يقصد القتل فهو من هذه الحثية يشبه الخطأ ، لذلك خففت عليه الدية من حيث التأجيل وكونها على العاقلة .

١ : هذا ويذهب جمهور الفقهاء - وهو المذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة - إلى أن الدية في القتل شبه العمد تجب على العاقلة وذلك لما أخرجه البخاري بسنده إلى أبي هريرة رضي الله عنه قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت أحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها

(١) أنظر: نتائج الأفكار: ٢١٢/١٠، تبين الحقائق: ١٠١/٦، البحر الرائق: ٣٣٣/٨ .

" ألا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل
منها أربعون في بطونها أولادها " وقد تقدم تخريجه .

وجه الدلالة :

أن الحديث يثبت أن دية القتل شبه العمد أثلاثاً منها أربعون
في بطونها أولادها ، وهذا نص في محل النزاع بل قد روى هذا ^{عن} عمر وعلى (١)
رضى الله عنهما وقولهما أولى من قول ابن مسعود رضى الله عنه خاصة أن
قولهما موافق لقول الرسول صلى الله عليه وسلم فهو أولى بالاتباع . (٢)
هذا ولا تغليظ في غير الابل من أصول الديات كالذهب والفضة .

الثالث : الكفارة .

والمذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة وجوب الكفارة في
القتل شبه العمد ، لأنه قد أجرى مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمس
العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة
بل ان القتل شبه العمد فيه نوع خطأ وذلك أن الجاني - حسب الظاهر -
لم يقصد القتل . وإذا كان ذلك كذلك فالكفارة تجب به بنفس النص
الذي يوجب الكفارة في قتل الخطأ والكفارة في قتل الخطأ مجتمعة
عليها كما سيأتى بيانه . . .

(١) سنن البيهقي : ٦٩/٨ .
(٢) أنظر في الدية والتغليظ فيها : المغنى : ٣٧٥/٨ ، كشف القناع :
١٩٠٦/٦ ، الانصاف : ٥٩/١٠ - ٦٠ ، نتائج الأفكار : ٢١٢/١٠ ،
٢٧٢ ، تبين الحقائق : ١٠٠/٦ ، البحر الرائق : ٣٣٣/٨ ،
مغنى المحتاج : ٥٥/٤ ، أسنى المطالب : ٤٧/٤ ، نهائية
المحتاج : ٣١٧/٧ ، بداية المجتهد : ٤٠٩/٢ ، المنتقى : ١٠٦/٧ .

المبحث الرابع
في موجبات القتل الخطأ

موجبات القتل الخطأ هي :

الأول : الدية :

لقول الله تعالى " وما كان لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتَلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً
وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ سَلَمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ " الآية (١)

ودية الخطأ مخففة من ثلاثة وجوه :

١ : التخمين في العدد ، والمذهب عند الحنفية والحنابلة أن دية القتل

الخطأ إذا كانت من الأبل تؤخذ أخماسا ، عشرون بنت مخاض وعشرون

ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون عقة وعشرون جذعا .

وذلك لما أخرجه الأربعة بسندهم الى عبد الله بن مسعود قال : قال رسول

الله صلى الله عليه وسلم : في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون

بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنتي مخاض ذكر (٢)

والمذهب عند المالكية والشافعية وهو قول ابن حزم أنها تؤخذ كذلك أخماسا

الا أنها جعلوا مكان ابن المخاض ابن اللبون .

وذلك لما أخرجه الدارقطني بسنده الى عبد الله بن مسعود قال : قضى

رسول الله صلى الله عليه وسلم في دية الخطأ أخماسا خمسا جذاع وخمسا

حقاق وخمسا بنات لبون وخمسا بنات مخاض وخمسا بنتي لبون ذكر (٣)

قال البيهقي : الصحيح أنه موقوف على عبد الله بن مسعود والصحيح عن

(١) آية (٩٢) من سورة النساء .

(٢) سنن أبي داود : ٤ / ٦٨٠ ، سنن الترمذي : ٤ / ١٠ ، سنن ابن ماجة :

٠٨٧٩ / ٢

(٣) سنن الدارقطني : ٣ / ١٧٥ .

عبد الله - أى من مذهبه - أنه جعل أحد أخصاسها بنى المخاض . . . لا كما توهم شيخنا أبو الحسن الدارقطني رحمتنا الله وإياه " (١)

والذى أميل أميل إليه هو قول الحنفية والحنابلة لأن كلا من الحديثين موقوف على ابن مسعود وقد صحح البيهقي أن مذهبه موافق للحديث الأول وهذا يقوى سنده .

ب : حمل العاقلة الدية : ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وهو قول ابن حزم - إلى أن دية الخطأ تحملها العاقلة ولا خلاف بين العلماء فى ذلك ، وذلك لحديث الهذليتين حيث قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها . تقدم تخريجه .

وأخرج أبو داود فى سننه بسنده إلى أبى هريرة رضى الله عنه - فى هذه القصة - قال : ثم ان المرأة التى قضى عليها بالغرة توفيت ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن ميراثها لبنيتها وأن العقل على عصبتها " (٢) وهذا كله فى القتل شبه العمد فالقتل الخطأ كذلك من باب أولى لأنسه أحق بالتخفيف .

هذا ومذهب جمهور العلماء أن القاتل خطأ لا يحمل مع عاقلته شيئاً لأن الشرع ألزم العاقلة بتحمل دية القتل الخطأ عن الجانى ابتداءً ، فهم ملزمون بها

(١) سنن البيهقي : ٧٦ / ٨ ، وأنظر فى هذه الفقرة : المحلى : ٣٨٨ / ١٠ ، تبين الحقائق : ١٢٦ / ٦ ، البحر الرائق : ٣٧٣ / ٨ ، بدائع الصنائع : ٢٥٤ / ٧ ، مغنى المحتاج : ٥٤ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٣١٦ / ٧ ، أسنى المطالب : ٤٧ / ٤ ، كشف القناع : ١٩ / ٦ ، الانصاف : ٦١ / ١٠ ، المغنى : ٣٧٧ / ٨ - ٣٧٨ ، شرح الخرشي : ٣٠ / ٨ ، الشرح الكبير مع حاشيته الدسوقي : ٢٦٦ / ٤ ، مواهب الجليل مع التاج والاكلیل : ٢٥٦ / ٦ .

(٢) سنن أبى داود : ٧٠٤ / ٤ .

وحدهم والجاني معذور في ارتكاب القتل الخطأ فلا دليل على أنه يكون أولى منهم بالضمان .

والمذهب عند الحنفية والمالكية أن الجاني يعقل عن نفسه مع عاقلة ، فقد روى ابن حزم بسنده إلى سلمة بن نعيم أنه قال : قتلت يوم اليمامة رجلاً ظننته كافراً فقال : اللهم اني مسلم بريء مما جاء به مسيلمة ، قال : فأخبرت بذلك عمر بن الخطاب فقال : الدية عليك وعلى قومك " .
وجه الدلالة :

وجه الدلالة من هذا الأثر ظاهرة ، ثم أن الأصل في ذلك أن كل إنسان يتحمل تبعات نفسه فإذا حملت العاقلة عن الجاني تبعة القتل خطأ فلا أقل من أن يكون الجاني كواحد منهم .

وقول الراوي في الحديث الذي استدل به الجمهور " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن العقل على عصبتها " لا يدل على ما ذهبوا إليه ، ذلك أن القاتل امرأة وهي لا تشارك العاقلة في الدية . (١)

الترجيح :

والذي أميل إليه هو القول الثاني وهو قول عمر بن الخطاب ، وقول عمر قول صحابي مما لا مجال للرأي فيه ، ومثل هذا له حكم المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم .

وقوله : أن الشرع أوجبها على العاقلة ابتداءً . مسلم ولكن الحكم معلل بكون العاقلة هم أهل نصرته والجاني هو أول من ينصر نفسه فيجب

(١) أنظر في هذه الفقرة : المحلى : ٥٥/١١ ، البحر الرائق : ٤٥٦/٨ ، تبیین الحقائق : ١٧٨/٦ ، شرح الخرشى : ٤٥/٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٨٢/٤ ، أسنى المطالب : ٨٣/٤ ، مغنى المحتاج : ٩٥/٤ ، المغنى : ٣٧٩/٨ ، كشف القناع : ٦١/٦ .

عليه أن يتحمل قسطه من الدية وهو شىء يسير لا يجحف به ولا يضره .

هذا وذهب جمهور العلماء الى أن العاقلة تحمل ثلث الدية فما فوق وما
نقص عن ثلث الدية فان العاقلة لا تحمله ، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وله
حكم المرفوع الى النبی صلى الله عليه وسلم لأنه فى التقديرات التى لا مجال
للرأى فيها .

ثم أن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجانى لأنه موجب جنايته وبدل متلفه
فكان عليه كسائر المتلفات والجنايات وانما خولف هذا الأصل فى الثلث فصاعدا
تخفيفا على الجانى لكون الثلث كثيراً فيجحف بالجانى ، أما ما دون الثلث فليس
بكثير فيبقى على قضية الأصل ومقتضى الدليل . (١)

والمذهب عند الحنفية أن العاقلة تحمل نصف فحشر الدية فما فوق وما نقص عن
ذلك لا تحمله ، واستدلوا بحديث الهذليتين حيث جعل الرسول صلى الله
عليه وسلم الغرة التى فى الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية فينبغى
أن يكون الحد الأدنى لما تحمله العاقلة من الدية .

ثم ان ماتحمله العاقلة انما كان من أجل التحرز عن الاجحاف بالجانى ولا
اجحاف فيما قل عن نصف عشر الدية لأنه شىء قليل فلا يجب على العاقلة . (٢)
والمذهب عند الشافعية أن العاقلة تحمل الكثير والقليل من الدية ، فكما أن
العاقلة تحمل الكثير فكذلك القليل لأن الجانى فى الحالتين معذور
لخطئه . (٣)

(١) أنظر: المغنى : ٣٨٤/٨ ، كشف القناع : ٦٢/٦ ، شرح الخرشي : ٤٥/٨ ،

الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٨٢/٤ ، المحلى : ٥١/١١ .

(٢) أنظر: حاشية ابن عابدين : ٦٤٣/٦ ، نتائج الأفكار مع الهدايات :

٤٠٦/١٠ .

(٣) أنظر : المهذب : ٢١٢/٢ .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الجمهور ، لأن قولهم هو المأثور عن عمر فان كان قول عمر عن اجتهاد فهو اجتهاد صحابى فقيه ، وان كان عن توقيف فلا كلام لأحد فى ذلك .

وكون الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بدية الجنين على العاقلة لا يدل على أنه قضى بنصف عشر الدية على العاقلة بل قضى بدية آدمى كاملة على العاقلة الا أنه صنف خاص منه .

هذا ومذهب جماهير العلماء وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن العاقلة لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الانسان على نفسه بقتل خطأ فتجب الدية عليه ولا تحمّلها العاقلة الا اذا صدّقه ، لأن الدية لو وجبت عليهم لوجب باقرار غيرهم ولا يقبل اقرار شخصى على غيره مع أن المقرر منهم فى اقراره ، أما اذا صدّقه فان الدية تلزمهم لأن التصديق اقرار منهم فتلزمهم باقرارهم لأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال . (١)

وأخرج البيهقى بسند حسن الى ابن عباس قال : لا تحمل العاقلة عبدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا " (٢)

ج : تأجيل الدية . المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الدية تؤخذ من العاقلة مؤجلة ، فاذا كانت الدية كاملة أجلت فى ثلاث سنين وان كانت نصفاً أو ثلثين أجلت فى سنتين وان كانت ثلثاً أجلت فى

(١) أنظر: المغنى : ٣٨٤/٨ ، مغنى المحتاج : ٩٥/٤ ، كشاف القناع : ٦٢/٦ ، تبين الحقائق : ١٧٩/٦ ، نتائج الأفكار مع الهداية : ٤٠٧/١٠ ، شرح الخرشي : ٤٤/٨ ، المحلى : ٤٩/١١ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي :

• ٢٨٢/٤

(٢) سنن البيهقى : ١٠٤/٨ .

سنة واحدة .

أخرج البيهقي وعبد الرزاق بسندهما الى الشعبي قال : جعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه الدية فى ثلاث سنين وثلثى الدية فى سنتين ونصف الدية فى سنتين وثلث الدية فى سنة * (١)

وأخرج البيهقي بسنده الى يزيد بن أبى حبيب أن على بن أبى طالب رضى الله عنه : قضى بالعقل فى القتل الخطأ فى ثلاث سنين * (٢)

هذان الأثران يدلان على ما ذهب اليه العلماء ولا يعرف لعمر وعلى رضى الله عنهما مخالف من الصحابة فى هذا فيكون اجماعا سكوتيا متكررا . (٣)

الثانى : الكفارة .

قال الله تعالى * وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطْئًا وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا * (٤)

تدل هذه الآية على أن المسلم اذا قتل معصوما بغير حق فعليه كفارة والكفارة هى اعتاق رقبة مؤمنة فان لم يستطع القاتل ذلك صام شهرين متتابعين .

- (١) سنن البيهقي : ١٠٩ / ٨ ، مصنف عبد الرزاق : ٤٢٠ / ٩ .
 (٢) سنن البيهقي : ١١٠ / ٨ ، تلخيص الحبير : ٣٢ / ٤ .
 (٣) أنظر : المغنى : ٣٧٨ / ٨ - ٣٧٩ ، كشاف القناع : ٦٤ / ٦ ، الانصاف : ١٠ / ١٣١ ، مغنى المحتاج : ٩٧ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٣١٦ / ٧ ، أسنى المطالب : ٨٧ / ٤ ، تبين الحقائق : ١٧٧ / ٦ ، البحر الرائق : ٣٣٤ / ٨ ، بدائع الصنائع : ٢٥٦ / ٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٨٥ / ٤ ، شرح الخرشي : ٤٧ / ٨ ، نيل الأوطار : ٩٦ / ٧ .
 (٤) آية (٩٢) من سورة النساء .

ولا خلاف بين العلماء في هذا ، ولكن الحنفية اشترطوا شرطين : أن يكون القتل مباشرة وأن يكون القاتل مكلفا ، فلا كفارة على الصغير والمجنون ولا على من قتل بسبب .

أما أن الكفارة لا تجب على الصغير والمجنون فلأن الكفارة مبنية على خطاب الشارع وهما ليسا من أهل الخطاب فلا مسئولية عليهما فلا كفارة . ثم ان الكفارة فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهما عبادة ولا عقوبة بل ان سبب الكفارة يكون دائرا بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلها لا يوصف بالحظر ولا بالجناية لعدم القصد الصحيح .

وأما أن الكفارة لا تجب على المتسبب في القتل فلأن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به ، وانما الحق به في حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى في حق غيره على الأصل .

ومذهب الجمهور أن الكفارة تجب على القاتل مطلقا سواء كان مكلفا أم غير مكلف وسواء كان القتل مباشرة أم تسببا .

أما الكفارة تجب على غير المكلف فذلك قياسا على الدية بجامع أن كليهما حق مالي يتعلق بالقتل .

وأما الكفارة تجب على المتسبب فلأن السبب كالمباشرة في ايجاب الضمان فكان كالمباشرة في ايجاب الكفارة . (١)

(١) أنظر في هذه الفقرة : كشاف القناع : ٦٥ / ٦ - ٦٦ ، الانصاف : ١٣٥ / ١٠ - ١٣٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٨٦ / ٤ - ٢٨٧ ، شرح الخرشى : ٤٩ / ٨ - ٥٠ ، التاج والاكليل مع مواهب الجليل : ٢٦٨ / ٦ ، المهذب : ٢١٨ / ٢ ، مغنى المحتاج : ١٠٨ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٣٨٤ / ٧ - ٣٨٦ ، أسنى المطالب : ٩٥ / ٤ ، تبیین الحقائق : ١٠٢ / ٦ ، البحر الرائق : ٣٣٤ / ٨ ، ٣٨٨ ، الهداية مع نتائج الأفكار : ٢١٤ / ١٠ ، ٢٩٨ ، بدائع الصنائع : ٢٣٤ / ٧ - ٢٣٩ ، المغنى : ٥١٢ / ٨ - ٥١٤ .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الجمهور :

لأن القتل بالسب بمنزلة القتل حقيقة إذ السب المفضى الى المؤثر بمنزلة المؤثر فى الحكم .

ولأن فعل الصبى أو المجنون متحقق قد أوجب الضمان عليهما فكذلك الكفارة لأنها حق مالى يتعلق بالقتل ولا وجه للتفريق بينهما .
والله أعلم .

الثالث : الحرمان من الميراث .

إذا قتل شخص مورثه خطأ فهل يعتبر القتل مانعاً من الارث

أم لا ؟

ا : ذهب جماعة من العلماء الى أن القتل الخطأ لا يمنع من الارث ، وذلك لعموم آيات الميراث فانها تتناول القاتل المخطئ وغيره ولا مخصص لهذا العموم . (١)

ب : وذهب جماعة آخرون من العلماء الى أن القاتل خطأ يرث من المال دين الدية . وهذا هو مذهب الأوزاعى واسحاق وأبى ثور وهو المذهب عند المالكية .

واستدلوا بالقرآن والسنة ،

أما القرآن فقد قال تعالى " وَدِيَةٌ مَّسَلَّةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ " (٢) ولو كان يرثها لم يسلمها .

وأما السنة فقد أخرج البيهقى بسنده الى عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يوم فتح مكة فقال - وساق الحديث - وفيه : وان قتل

(١) أنظر: المغنى: ٣٦٤/٦، المنتقى: ١٠٨/٧، الجامع لأحكام القرآن: ٥/

(٢) آية (٩٢) من سورة النساء .
٥٩

صاحبه خطأ ورث من ماله ولم يرث من ديتيه " وأخرج البيهقي أيضا بسنده الى سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا يرث قاتل من دية من قتل " .
والحديث مرسل فقد أخرجه أبو داود في المراسيل . (١)
وجه الدلالة :

أن الحديث نص على أنه يرث من المال ولا يرث من الدية ، والحديث الثاني نص على أنه لا يرث من الدية ودل بمفهومه على أنه يرث من المال ، ذلك أن قاتل الخطأ يرث من المال الذي تركه المقتول لعدم اتهامه مع ثبوت الخطأ دون الدية لأنها بسببه . (٢)

ج : وذهب جمهور العلماء وهو المذهب عند الحنفية والشافعية والحنابلة الى أن القاتل خطأ يمنع من الميراث مطلقا ، وذلك لعدم حديث ليس للقاتل من الميراث شيء " .
وجه الدلالة :

أن الحديث نفى أن يكون للقاتل من الميراث شيء ولم يفرق بين قاتل عمد وقاتل خطأ ، ولفظ " شيء " في الحديث نكرة في سياق النفي فتفيد العموم وذلك بأن لا يرث القاتل من مورثه أي شيء سواء أكان المورث دية أم غيرها .

ويشترط الحنفية أن يكون القاتل مكلفا والقتل مباشرة ، والا فلا يمنع المخطئ من الميراث وتقدم بيان دليلهم في الفقرة السابقة .

(١) سنن البيهقي : ٢١٩ / ٦ - ٢٢١ .
(٢) أنظر المصادر السابقة والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤٨٦ / ٤ ،
شرح الخرشى : ٢٢٢ / ٨ ، الفواكه الدواني : ٢ / ٢٧١ - ٢٧٢ .

والمذهب عند الشافعية أن القتل يمنع من الارث مطلقا سواء أكان القتل مضمونا أم لا بمباشرة أم لا قصد مصلحة كضرب الأب والزوج والمعلم أم لا وذلك لأن الحديث عام ولا مخصص له .
ثم ان القاتل لو قلنا أنه يرث لم يؤمن أن يستعجل الارث بالقتل فاقترضت المصلحة حرمانه من الميراث مطلقا سدا للذريعة .

والمذهب عند الحنابلة أن القتل المانع من الارث هو القتل بغير حق وهو المضمون بدية أو كفارة ، وما ليس بمضمون بالدية أو الكفارة لم يمنع من الميراث . . فمن قصد مصلحة بماله فعله من سقى دواء أو ببط جراحة فمات يرثه . ومثله من أدب ولده أو زوجته أو صبيه في التعليم ولم يسرف فانه لا يضمه بدية ولا كفارة فلا يكون ذلك مانعا من ارثه ، وذلك لأنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأفضى الى تلفه . (١)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو مذهب المالكية ومن وافقهم فالمخطىء في القتل

يرث من المال دون الدية :

لأن حديث الجمهور عام وحديث المالكية خاص فينبغي حمل العام على الخاص خاصة وأن الحديثين ثابتان فحديث الجمهور صحيح لغيره وحديث المالكية أثبتته البيهقي في سننه .

أما الذي يقول بأن المخطىء في القتل يرث مطلقا فلا وجه لقوله الا عموم آيات

(١) أنظر في هذه الفقرة : المغني : ٣٦٥/٦ - ٣٦٦ ، كشف القناع : ٤٩٢/٤ ، الانصاف : ٣٦٨/٧ ، نصب الرأية : ٤٢٨/٤ ، تلخيص الحبير : ٨٤/٣ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤٨٦/٤ ، شرح الخرشي : ٢٢٢/٨ ، المنتقى : ١٠٨/٧ ، مغني المحتاج : ٢٥/٣ ، نهاية المحتاج : ٢٨/٦ ، أسنى المطالب : ١٧/٣ ، تبين الحقائق : ١٠٢/٦ ، البحر الرائق : ٨/٣٣٤ ، بدائع الصنائع : ٢٥٢/٧ .

الميراث لكن عمومها مخصوص بالحديث ، ثم لا قول لأحد مع وجود النص .

واشترط الحنفية سبق الرد عليه في الفقرة السابقة فليرجع اليه من شاء .

وتعميم الشافعية للحكم بحيث يشمل القتل المضمون وغير المضمون يؤيده عموم الحديث لكن مذهب الحنابلة له حظ من النظر فان الفعل اذا كان مأذونا فيه ولم يقصر المنفذ في التنفيذ بل اتخذ كامل الحيطة ومع ذلك وقسع منه الخطأ . ينبغي أن لا يؤاخذ مثل هذا ولا يمنع من الميراث بل يرث من المال والديانة .

ثم لأن الحكمة من منع القاتل من الميراث هو اتهامه باستعجال الميراث ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه ومن يفعل الفعل المأذون فيه شرعا ولم يقصر في تنفيذه لا يتصور منه استعجال الميراث فكيف يعاقب بحرمانه؟.

فالظاهر أن الحديث من العام الذي أريد به الخصوص من أول الأمر .

والله أعلم وأحكم ...

.....

المبحث الخامس
فى الخطأ فى دار الحرب .

دار الاسلام هى الدار التى تكون السيادة والغلبة فيها لأحكام الاسلام ، ودار الكفر هى الدار التى تكون السيادة والغلبة فيها لأحكام الكفر .

قال ابن القيم : قال الجمهور : دار الاسلام هى التى نزلها المسلمون وجرت عليها أحكام الاسلام ، ومالم تجر عليه أحكام الاسلام لم يكن دار اسلام وان لاصقها * (١)

هذا واذا قتل المسلم فى دار الحرب شخصا يظنه حربيا فيتبين مسلما أو رمى الى صف أهل الحرب فأصاب مسلما لم يقصده . اذا حدث هذا فلا خلاف بين الفقهاء فى أن هذا خطأ لا يوجب قصاصا لأنه لم يقصد مسلما فأشبهه بالوظنه صيدا فبان آديما .

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء فى وجوب الكفارة على قاتله لقوله تعالى : فَإِن كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ الآية . (٢)

وهل تجب الدية بهذا القتل ؟

١ : ذهب جمهور العلماء الى أن الدية لا تجب بهذا القتل ، واستدلوا بالقرآن والسنة .

(١) أحكام أهل الذمة : ٣٦٦/١ .

(٢) آية (٩٢) من سورة النساء .

أما القرآن فقد قال الله تعالى " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وِدْيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلِمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ " الآية . (١)

وجه الدلالة :

أن الله سبحانه قال في الآية " فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة " فذكر الكفارة ولم يذكر دية وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة .

وأما السنة فقد أخرج مسلم بسنده الى أسامة بن زيد بن حارثة يحدث قال : بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الحُرَقَةِ - موضع ببلاد جهينة فصبحنا القوم فهزمناهم . ولحقتُ أنا ورجل من الأنصار رجلا منهم فلمسا غشيناه قال : لا اله الا الله . فكفَّ عنه الأنصارى وطعنته برمحي حتى قتلتُه قال : فلما قدمنا . بلغ النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي : يا أسامةُ أقتلته بعد ما قال لا اله الا الله ؟ قال : قلتُ يا رسول الله انما كان متعوزا قال فقال : أقتلته بعد ما قال لا اله الا الله ؟ قال : فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل ذلك اليوم " (٢)

وجه الدلالة :

قتل أسامة بن زيد ذلك الرجل معتقدا أنه غير مسلم وانما نطق بالشهادة هروبا من القتل وبين الرسول صلى الله عليه وسلم لأسامة أن الرجل مؤمن لأنه نطق بالشهادة ومع ذلك لم يوجب على أسامة دية القتل ، فدل هذا على أنها غير واجبة .

(١) آية (٩٢) من سورة النساء .

(٢) صحيح مسلم : ٩٧ / ١ .

ب : وظاهر كلام المالكية وهو قول عند الشافعية والحنابلة أن الدية واجبة على من قتل مسلماً معتقداً أنه غير مسلم . واستدلوا بالقرآن والسنة والقياس .

أما القرآن فقوله تعالى " ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله " الآية .
وجه الدلالة :

أن الآية تفيده بعمومها أن كل من قتل مؤمناً خطأ فعليه دية مسلمة إلى أهل القتل ، والذي قتل المسلم معتقداً أنه كافر حكمه كذلك لأنه قتل مؤمناً خطأ .

وينقش هذا بأن الله سبحانه أفرد من قتل خطأ على اعتقاد أنه حربى فإذا هو مسلم بالذكر والحكم ولو تناوله صدر الآية الشريفة لعرف حكمه به فكان ذكره الثانى تذكراً والقرآن منزّه عن ذلك فالأولى حمل صدر الآية على المؤمن المطلق وهو المستأمن دينا ودارا وحمل الآية الثانية على المستأمن دينا لا دارا وبذلك يمكن العمل بجميع الآية .

وأما السنة فقد أخرج الحاكم فى مستدركه بسنده إلى محمود بن لبيد قال : لما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أحد وقع اليمان ابن جابر أب حذيفة وثابت بن قيس فى الأطام مع النساء والصبيان فقال أحدهما لصاحبه - وهما شيخان كبيران - لا أبا لك ما ننتظر فوالله ما بقى لواحد منا من عمره ضمأ حمارانما نحن هامة القوم الا نأخذ أسيافنا ثم نلحق برسول الله صلى الله عليه وسلم فدخلا فى المسلمين ولا يعلمون بهما فأما ثابت بن قيس فقتله المشركون وأما أب حذيفة فاختلف عليه أسياف المسلمين فقتلوه ولا يعرفونه . فقال حذيفة : أبى أبى . فقالوا : والله ما عرفناه وصدقوا . فقال حذيفة : يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين . فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يديه

فتصدق به حذيفة على المسلمين فزاده ذلك عند رسول الله صلى الله عليه وسلم .

قال الحاكم : هذا الحديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وسكت عنه الذهبي . (١) وقال الحافظ بن حجر سنده حسن . (٢)
وقال الحافظ في فتح الباري : وقد أخرج أبو اسحاق الفزاري في السنن عن الأوزاعي عن الزهري قال : أخطأ المسلمون بأبي حذيفة يوم أحد حتى قتلوه فقال حذيفة : يفر الله لكم وهو أرحم الراحمين فبلغت النبي صلى الله عليه وسلم فزاده عنده خيرا ووداه من عنده . (٣)

وجه الدلالة :

أن جماعة من المسلمين قتلوا أب حذيفة معتقدين أنه من المحاربين فتبين بعد ذلك أنه مسلم ووداه النبي صلى الله عليه وسلم أو أراد أن يديه لولا عفو حذيفة عن ذلك . وهذا يدل على أن الدية تجب بمثل هذا القتل .

وأما القياس : فان الدية تجب بقتل المسلم خطأ بدار الاسلام فكذلك في دار الحرب لأن القتل في كليهما قد قتل خطأ وهو

-
- (١) المستدرک للحاکم : ٢٠٢/٣ .
 (٢) الدراية : ٢٦٦/٢ .
 (٣) فتح الباري : ٢١٢/١٢ .

بذلك . (١)

الترجيح :

والذي أميل إليه هو مذهب الجمهور . وقياس دارا لحرب على دار الاسلام غير مسلم لأن الظاهر من حال من هوفى دار الاسلام العصمة بخلاف دار الحرب فالظاهر من حال من هوفىها عدم العصمة . وحديث أبي حذيفة لا يدل على وجوب الدية بهذا القتل لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أراد دفع دية من عنده ولم يوجبها على عاقلة المخطئين فى القتل ودية المخطئ على عاقلة كما هو معروف فكان الرسول صلى الله عليه وسلم أراد دفع الدية على سبيل الصلح ليس الا . بل الظاهر من الرواية أنهم قتلوا بعد أن لحقا بدار الاسلام فحكما حكم غيرهما من المسلمين .

والله أعلم وأحكم . . .

(١) أنظر فى هذا المبحث: المغنى ٢٧٢/٨، كشف القناع: ٥١٣/٥، الانصاف: ٤٤٦/٩، مغنى المحتاج: ١٣/٤، نهاية المحتاج: ٢٦٤/٧، الهداية مع نتائج الأفكار: ٢٣١/١٠، حاشية ابن عابدين: ٥٣٧/٦، البحر الرائق: ٣٧٣/٨، شرح الزرقانى: ٨/٨، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقى: ٢٤٢/٤، بدائع الصنائع: ٢٥٢/٧، نصب الرأية: ٣٤٦/٤، أحكام القرآن للجصاص: ٢١٦/٣ - ٢٢٠، أحكام القرآن لابن العربى: ٤٧٦/١، الجامع لأحكام القرآن: ٣٢٣/٥، شرح فتح القدير: ٤٤٧/٥، روضة الطالبين: ١٤٦/٩ .

المبحث السادس
في حكم خطأ الصبي والمجنون

اتفق العلماء على أن المسؤولية الجنائية لا تثبت على الصغير حتى يبلغ ولا على المجنون حتى يفيق ، فإذا أتى الصغير أو المجنون ما يوجب الحد أو القصاص لا يقام عليه ذلك ، لحديث " رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل " حسن هذا الحديث الترمذي وصححه الحاكم وقد تلقته الأمة بالقبول (١)

هذا الحديث يفيد أن المجنون والصغير ليسا أهلا للعقوبة ذلك أن الأهلية شرط أساسي في التكليف ومناط الأهلية العقل والمجنون لا عقل له والصغير لا عقل له أو ناقص العقل .
وإذا كان ذلك فلا عقوبة عليهما لأن القلم مرفوع عنهما . وإذا كان القصاص والحد لا يقام على الصبي المميز والمجنون الذي يجن ويفيق فلا يعنى هذا أنهما لا يعزران بل لا مانع من التعزير تأديبا ، وإنما الممنوع معاقبتهما على ما ارتكباها فقط .

وإذا كانت العقوبة بالحد والقصاص لا تقام عليهما لأنها من خطاب التكليف وهما ليسا من أهله ، فإن الدية وضمان المال يلزمان بدفعهما لأن هذه من جبر الحقوق المعصومة وهذه من باب خطاب الوضع وهما من أهله إذ خطاب الوضع هو الخطاب بكثير الأسباب والشروط والموانع . ولا يشترط فيها علم المكلف ولا قدرته ولا كونه من كسبه .

(١) سنن الترمذي : ٣٢ / ٤ ، المستدرک للحاكم : ٣٨٩ / ٤ ، أرواه الغليل :

١ : وبناءً على هذا ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى أن عمد الصبي والمجنون خطأ لأن القصد مفقود في المجنون وناقص في الصبي العاقل ذلك أن تحقق العمدية مترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي عديم العقل واقصره ، لذلك فكمال القصد لا يتحقق منهما .

وإذا كان ذلك فلا يقام عليهما القصاص وتحمل عاقلتهما الدية إذا بلغت الثلث فما فوق عند المالكية والحنابلة ، وإذا بلغت نصف عشر الدية فما فوق عند الحنفية . وما نقص عن ذلك فإنه يكون من مال الصبي والمجنون يدفعه عنهما وليهما .

ب : ومذهب الشافعية أن عمد الصبي والمجنون عمد إذا كان لهما نوع تمييز ولكنهم مع هذا لا يقولون بالقصاص من الصغير والمجنون لأن القصاص عقوبة ولا عقوبة عليهما . بل يقولون : ان الدية تجب في مال الصغير والمجنون ولا تحملها العاقلة عنهما ، قياساً على العامد البالغ بجامع أن كليهما يجوز تأديبهما على ماتعمداه . (١)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو القول الأول لأن مذهب الشافعية أن الدية في القتل شبه العمد تحملها العاقلة مع أن القاتل في شبه

(١) أنظر في هذا المبحث : المهذب : ١٧٤/٢ - ١٧٥ ، مغنى المحتاج : ١٩٢، ١٠/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٥٩/٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٣٧/٤ ، شرح الخرشي : ٣/٨ ، مواهب الجليل : ٢٣٢/٦ ، الهداية مع تكملة فتح القدير : ٢٩٨/١٠ - ٢٩٩ ، الفتاوى الهندية : ٤ - ٣/٦ ، المغنى : ٢٨٤/٨ ، ٣٨٣ ، كشف القناع : ٥١٤/٥ ، ٦٥/٦ ، الانصاف : ٤٤٨/٩ ، ١٣٣/١٠ ، المحرر : ١٢٤/٢ .

العمد مكلف فالمجنون والصغير أولى بهذا لأنهما غير مكلفين بل كما
تحمل العاقلة دية شبه العمد فكذلك دية عمد الصغير والمجنون بجامع
عدم تحقق كمال القصد منهم وهذا ^{من} أصح القياس إذ الحاقه بشبهه
العمد أولى من الحاقه بالعمد على رأيهم .

والله أعلم وأحكم . .

.....

المبحث السابع

في حكم شريك للمخطئ، والصبي والمجنون.
وتحت هذا البحث مسألتان :

- المسألة الأولى : في حكم مشارك المخطئ .
- المسألة الثانية : في حكم مشارك الصبي والمجنون .

المسألة الأولى : في حكم مشارك المخطئ .

إذا اشترك مكلفان في قتل شخص أحدهما متعمد والآخر مخطئ فقد أجمع العلماء على أنه لا قصاص على المخطئ لأنه غير آثم في فعله فلم يلزمه قصاص .

أما المتعمد فالمذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه لا قصاص عليه أيضاً لأن الزهوق حصل بفعلين أحدهما يوجب القصاص وهو العمد والآخر بنفيه وهو الخطأ فغلب المسقط ، ذلك أن القصاص إنما يجب إذا وجد مقتضيه وهو القتل العمد العداوان وهنا لم يتمحض القتل عمداً لأنه وجد بفعلين أحدهما خطأ فلم يوجب القصاص كالقتل شبه العمد .

وإذا كان لا قصاص عليهما فعلى العامد نصف الدية في ماله حالة وعلى عاقلة المخطئ نصفها مؤجلة .

وروى عن أحمد أن علي شريك المخطئ القصاص قياساً على شريك العامد ، بجامع أنه شارك في القتل عمداً وأنا فوجب عليه القصاص . (١)

والسدى أميل إليه هو المذهب الأول ، لما ذكره ، وقياس شريك المخطئ على شريك العامد مبنى على أن الإنسان إنما

(١) أنظر في هذه المسألة : المغنى : ٢٩٧/٨ ، كشف القناع : ٥ / ٥٢ ، الانصاف : ٤٥٨/٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣٥/٦ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٧/٤ ، شرح الخرشي : ١١/٨ ، مغنى المحتاج : ٢٠/٤ ، المهذب : ١٧٥/٢ .

يؤخذ بفعله لا بفعل غيره ، فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفردا
فمتى تمحض عمدا عدوانا وجب القصاص والا فلا . وهذه دعوى غير
صحيحة لأن القتل حصل بفعلين لا بفعل واحد فعلى
القصاص غير موجودة .

.....

المسألة الثانية : في حكم مشارك الصبي والمجنون .

وإذا اشترك المكلف مع الصغير أو المجنون في قتل شخص وكان القتل عمدا فهل يقام القصاص على المكلف ؟

ا : المذهب عند الشافعية أن القصاص يقام على المكلف إذا تعدد القتل بما يقتل غالبا ولو شاركه فيه من لا قصاص عليه لمعنى في فعله كالصغير .

وقد بنى الشافعية مذهبهم هذا على قولهم أن عمد الصغير والمجنون عمد لأن الصغير والمجنون يفعلان فعل قاصد القتل ، وإنما سقط القصاص عنهما لمعنى فيهما وهو عدم التكليف وهذا لا يقتضى سقوط القصاص عن شريكهما لوجود مقتضيه وهو القتل المقصود العدوان .

وقد روى هذا المذهب عن قتادة والزهرى وحمام وهو رواية عند الحنابلة ، لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره فمتى تمحض فعل المكلف عمدا وأنا وكان المقتول مكافئا له وجب عليه القصاص . فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفردا بل ولو لم يكن منفردا فالقصاص يقام عليه قياسا على شريك الأجنبي المكلف المتعدد فان شريك الأجنبي يقام عليه القصاص ، فكذلك شريك الصغير والمجنون بجامع أنه شارك في القتل عمدا وأنا .

ب : والمذهب عند الحنفية والحنابلة أنه لا قصاص على مشارك الصغير والمجنون . وهذا هو القول الآخر عند الشافعية وبه قال الحسن والأوزاعي وإسحاق .

وذلك قياسا على شريك المخطئ ، فكما أن شريك المخطئ لا قصاص عليه

بالاتفاق فذلك شريك الصغير والمجنون بجامع أن المكلف شارك من لا مأم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص .

ويذهب المالكية الى هذا القول اذا لم يكن بين الصغير وشريكه تعال على تنفيذ القتل عمدا ، أما اذا تعالا على قتله عمدا فان القصاص يقام على المكلف شريك الصبي فقط .

واذا كان القصاص لا يقام على شريك الصبي والمجنون فان نصيبه في الدية يجب عليه في ماله حالا ، لأن فعله عمد والعاقلة لا تحمل عمدا . وما يلزم الصبي والمجنون فعلى عاقلتهما لأن عمدهما خطأ والعاقلة تحمل جنابة الخطأ اذا بلغت ثلث الدية فما فوق أو نصف عشر الدية فما فوق على خلاف بين العلماء في هذا ، وتكون مؤجلة لأن ما وجب على العاقلة فهو مؤجل كما سبق الاشارة الى هذا . (١)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو مذهب الجمهور الذاهب الى أن القصاص لا يقام على شريك الصغير والمجنون لأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح فكان حكم فعلهما حكم الخطأ وسبق أن متعمد القتل مشارك المخطئ ، لا قصاص عليه بل ان القتل حصل بفعل كل من الشريك والصبي والمجنون فلم تتم علة القصاص .

والله أعلم وأحكم . .

(١) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٦/٤ ، شرح الخرشي : ٨ / ١١ ، التاج والاكلیل - هاشم مواهب الجليل : ٢٤٢/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٥٣٥/٦ ، المغنى : ٢٩٥/٨ ، مغنى المحتاج : ١٠/٤ ، المهذب : ١٢٥/٢ .

الفصل الرابع في القتل بالسبب.

- وتحت هذا الفصل ثلاثة مباحث :
- المبحث الأول : في بيان معنى القتل بالسبب وبيان
أقسامه .
- المبحث الثاني : في الكلام على المباشرة والسبب .
- المبحث الثالث : في اجتماع الأسباب .

فبفعل فاعل . والقصود بهذا أن يتخلل بين فعل الجاني وبين النتيجة فعل ارادى آخر ، بمعنى أن يجتمع على تحصيل النتيجة أكثر من ارادة ، وتكون احدهما أقرب الى المجنى عليه من الأخرى ، ويسمى الأقرب منهما السبب النتيجة مباشرة والأبعد متسبباً .

وذلك كما لو وضع انسان حجراً فى الطريق فعثرت به دابة فوقعت على الطريق فماتت فان وضع الحجر فى الطريق سبب ارتطام الدابة بالحجر وسقوطها على الأرض علة وهى التى أثرت فى الموت ، وبما أنها ليست فعل فاعل مختار فالذى يضمن هو واضع الحجر فيضمن قيمة الدابة .

ومثله أيضاً ما اذا دل انسان سارقاً على متاع فسرقه فان الدلالة سبب السرقة علة ولما كانت فعل فاعل مختار ضمن السارق العال لا من دله . (١)

هذا وكما أن القتل بالمباشرة يكون عمداً وشبه عمداً وخطأً فكذلك القتل بالسبب يكون :

١ : عند الشافعية والحنابلة عمداً وشبه عمداً وخطأً حسب ظروف الجاني والجنائية والمجنى عليه . . .

قال المجد فى المحرر : والقتل بالسبب كحفر البئر ونصب السكين تعدى ونحوه ملحق بالخطأ اذا لم يقصد به الجنائية فان قصدها فهو شبه عمداً وقد يقوى فيلحق بالعمد كما فى الاكراه والشهادة " (٢)
ومذهب الشافعية والحنابلة أنه اذا شهد رجلان/رجل بما يوجب قتله فقتل

(١) أنظر : مغنى المحتاج : ٦ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣ / ٧ ، غمز عيون

البصائر : ١٩٦ / ١ ، حاشية ابن عابد بن : ٥٩٧ / ٦ ، المغنى : ٣٦٥ / ٨ ،

كشاف القناع : ٥١٠ / ٥ ، شرح الخرشي : ١٠ / ٨ ، تبصرة الحكام : ٢٣١ / ٢ ،

قواعد ابن المقرئ : لوحة (١٦٦) .

(٢) المحرر : ١٢٤ / ٢ .

بشهادتهما ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلما وكذبهما في شهادتهما فعليهما القصاص ، وان قالوا أخطأنا فعليهما الدية مخففة .

قال البخارى : قال مطرف عن الشعبي في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه على ثم جاءه بآخر وقال : أخطأنا . فأبطل شهادتهما وأخذاً بدية الأول . وقال : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتهما * (١)

قال الحافظ في الفتح : وصله الشافعى عن سفيان بن عيينة عن مطرف بن طريف عن الشعبي * . (٢)

هذا الأثر يفيد أن متعمد الكذب في الشهادة التي أدت الى القطع عليه القصاص ، وأما المخطئ فعليه دية العضو المقطوع واذا ثبت هذا في القطع فالقتل من باب أولى .

كما يذهب الشافعية والحنابلة الى أنه اذا أكره مكلف مكلفا على قتل معين فقتله فالقصاص عليهما لأن المكروه تسبب الى قتله بما يفضى اليه غالبا أشبهه الشهادة ، والمكروه قتله ظلما لا ستبقا* نفسه أشبهه ما لو قتله في المجاعة لأكله . (٣)

ب : والمالكية لا يقولون بالقتل شبه العمد في القتل بالسبب بل ^{هو} عند هم اما عمد او خطأ كالمباشرة . وقد سبق الإشارة الى هذا والرد عليه .

قال الخرشي : من حفر بئرا في موضع لا يجوز له حفرها فيه كطريق المسلمين أو حفرها في موضع يجوز له حفرها فيه كبئته وقصد بذلك الضرر

(١) صحيح البخارى : ١٤ / ٩ .

(٢) فتح البارى : ٢٢٧ / ١٢ .

(٣) انظر في هذه الفقرة : المغنى : ٢٦٧ / ٨ ، كشاف القناع : ٥١١ / ٥ ، ٥١٢ ، الانصاف : ٤٥٣ / ٩ ، مغنى المحتاج : ٤ / ٦ - ١١ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣ / ٧ ، ٢٦١ - أسنى المطالب : ٤ / ٤ - ٥ ، المبدع : ٢٥٢ / ٨ ، مطالب أولى النهى : ١٦ / ٦ ، شرح منتهى البرادات : ٢٧٢ / ٣ .

كهلاك شخص معين وهلك فيها ذلك المعين فانه يقتل به ، فان هلك فيها
غير المعين فعليه ديته ان كان حراً * (١)

ج : والحنفية لا يعتبرون القتل بالسبب قتلاً حقيقة ولو تعدد السبب لأن
القتل حقيقة لا يكون الا بفعل القاتل وفعل المتسبب غير متصل بالقتل
لذلك فالمتسبب لا يطلق عليه قاتل بمعنى أن القتل وقع منه صورة ومعنى
بل يطلق عليه بمعنى أن القتل وقع منه معنى فقط .

وأيضاً فلو وجب على القاتل بالسبب قصاص لكان في ذلك حيف عليه لأن القتل
بالسبب قتل في المعنى فقط والقتل قصاصاً قتل في المعنى والصورة معاً
والقصاص يعتمد المساواة في سببه وأذ لا مساواة فلا قصاص .
وإذا كان القتل بالسبب قتلاً حقيقة فلا يتصور القتل العمد والقتل شبه
العمد والقتل الخطأ فيه لأن هذه أقسام القتل حقيقة والقتل بالسبب
قسيم له لا قسم منه . قال في المبسوط : القتل لا يكون الا بفعل
القاتل والقتل نوعان عمد وخطأ ففي كل ما يتصور العمد في جنسه يتصور
الخطأ أيضاً والقتل العمد بهذا الطريق - أي : القتل بالسبب - لا يتحقق
فكذلك الخطأ * (٢)

وعلى هذا فالقتل بالسبب عند الحنفية نوع آخر من أنواع القتل فليس هو
عمد ولا شبه عمد ولا خطأ بل هو قتل بالسبب فقط .

(١) شرح الخرشي : ٨ / ٨ ، وأنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤ /

٢٤٣ - ٢٤٤ ، مواهب الجليل مع التاج والاكلیل : ٦ / ٢٤٠ - ٢٤١ .

(٢) المبسوط : ٦ / ٢٧ ، وأنظر : بدائع الصنائع : ٢٣٩ / ٧ ، الهداية مع

نتائج الأفكار : ٢١٤ / ١٠ .

وعلى هذا الأصل لا يمنع الحنفية القاتل بالسبب من الميراث ولم يوجبوا عليه الكفارة لأن هذين من موجبات القتل حقيقة والمتسبب ليس قاتلاً بهذا المعنى . والجمهور يعتبرون القتل بالسبب كالمباشرة ينقسم الى الأقسام التي ينقسم اليها القتل مباشرة فان كان القتل بالسبب عمداً فموجبات القتل المباشر المتعمد تنطبق عليه ولا فرق وهكذا شبه العمد والخطأ .
الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الجمهور ، لأن القتل بالسبب وان لم يكن حقيقة فهو كالقتل الحقيقى فى ازهاق الروح وان كان أحدهما مباشرة والآخر تسبباً فيأخذ حكمه فى العمدية وشبهها والخطأ .

ولأن القصاص بالسبب يودى الى الحكمة المقصودة من ايجاب القصاص وهى تحقيق الأحياء ، واذا علم الجانى أنه اذا قتل المجنى عليه بغير المباشرة لا يقتص منه ولا يحرم من الميراث ولا تجب عليه كفارة فانه سيعمد الى قتل من يريد ^{بطريق} قتله مباشرة كحفر البئر ووضع السم فى الطعام وبذلك يتخلص من القصاص ونحوه .

وهذا مصادم لمقاصد الشارع وفيه من المفسد ما لا يخفى فسداً للذريعة يجب معاملة القاتل بالسبب كالقاتل بالمباشرة ولا فرق .

والله أعلم وأحكم . .

.....

المبحث الثانى

فى الكلام على المباشرة والسبب .

اذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان ولو كان المباشر غير متَّعد فى مباشرته ، وذلك كمن أكل طعام غيره مضطرا اليه فانه يضمن مع أنه غير متعد .

أما المتسبب فانه لا يُلزم بالضمان الا اذا كان متعديا ، والمقصود بالعدوان أن يتصرف المتسبب فيما لا يجوز له التصرف فيه شرعا ويترتب على هذا التصرف ضرر بالغير ، وذلك كأن يتصرف فى ملك خاص بغير اذن المالك أو يتصرف فى ملك عام بغير اذن الامام أو نائبه ، مع العلم أن الامام أو نائبه لا يجوز له أن يأذن بما يترتب عليه ضرر للغير .

واذا اجتمع المباشر مع المتسبب فالحكم يضاف الى المباشر . هذا هو الأصل عند الفقهاء فى اجتماع المباشرة والتسبب ، فاذا حفر رجل بئرا تعديا بأن كان الحفر فى طريق عام بدون ترخيص ادارى من السلطة الحاكمة ثم جاء رجل آخر فدفع غيره فى البئر ضمن الدافع لأنه مباشر للتلف بالذات والحافر متسبب فقط .

ومثله اذا شهد اثنان فأكثر على شخص بقتل عمد فقتل بشهادتهما ثم أقر الشاهدان والمنفذ جميعا بالكذب والتعمد بقتله فعلى الولى المباشر للقتل القصاص وحده لأنه باشر القتل عمدا عدوانا والمباشرة تبطل حكم التسبب .

قال القرافي : اذا اجتمع منها - أى : أسباب الضمان - سببان كالمباشرة والتسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب كمن حفر بئرا لا نسان ليقع فيه فجاءه آخر فألقاه فيه فهذا مباشر والأول متسبب فالضمان على الثانى

ولو أن بالغنا أمر صبيا بقتل رجل فقتله فالقصاص على الأمر لأن المباشرة غير مسئولة جنائيا لكونه غير مكلف والأمر أهل لوجوب القصاص فيقام عليه لكونه متعديا في تسببه ، هذا مذهب الجمهور والحنفية يوجبون الدية على الأمر فقط لأنه ليس بقاتل حقيقة في رأيهم . (١)

الثاني :

يضمن المتسبب مع المباشر إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه كما يقول ابن رجب ، وعبر عن ذلك الحنفية بما إذا كان السبب في معنى العلة بأن يكون مؤثرا في العلة التي هي المباشرة ، وذلك كمن نخس دابة فوطئت انسانا وعليها راكب قد أذن له ، فيشتركان وان لم يكن عليها راكب ضمن الناخس لأنه سبب في معنى العلة .

قال ابن رجب : إذا استند اتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه سواء أكانت ملجئة إليه أو غير ملجئة ثم ان كانت المباشرة والحالة هذه لا عد وان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان وان كان فيها عد وان شاركت السبب في الضمان فالأقسام ثلاثة" (٢)

(١) أنظر : المغنى : ٣٦٥/٨ ، الانصاف : ٤٥٣/٩ ، مجمع الضمانات : ١٥٧ ، مغنى المحتاج : ٤٠/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٥٩/٧ ، كشف القناع : ٥١٧/٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٦/٤ ، شرح منتهى الإيرادات : ٢٧٤/٣ .

(٢) قواعد ابن رجب : ٣٠٧ ، وأنظر : تبين الحقائق : ١٥٠/٦ ، تيسير التحرير : ٥٦/٤ ، قواعد ابن المقرئ : لوحة (١٦٦) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٦/٤ ، شرح الخرشي : ١٠/٨ ، مواهب الجليل مع التاج والاكليل : ٢٤٢/٦ ، أسنى المطالب : ٦/٤ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣/٧ .

هذا والمذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا أكره مكلف مكلفاً على قتل معين فقتله فالقصاص عليهما لأن المكره تسبب إلى قتله بما يفضى إليه غالباً أشبه ماله وأنه شه حية ، والمكره قتله ظلماً لاستيقاء نفسه أشبه ماله قتله في المجاعة لأكله . (١)

وذكر محمد بن الحسن في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس الأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما . ومن المعلوم أن الراكب مباشر لأنه قتله بثقله وهو أمرٌ ، والناخس متسبب لأنه عمل على نفور الدابة بنخسه ، ويشتركان في الضمان لتعديهما . (٢)

هذا وإذا انتفى العدوان من المتسبب والمباشر معا فلا ضمان كأن يحفر رجل بئراً في ملكه ثم يدخل عليه رجل فيصول عليه فيدفعه عنه في البئر فيموت ، فلا ضمان عليه بصفته متسبباً لأنه غير متعد في حفر البئر في ملكه ولا ضمان عليه بصفته مباشراً لأنه دفعا لصياله وهذا مأذون فيه والجواز الشرعي ينافي الضمان .

لكـ إذا كان المباشر مخطئاً والمتسبب متعدياً ضمن المتسبب دون المباشر لأن المباشر المخطئ غير متعد فهو معذور فلا يقطع فعل السبب كما لو أكره مكلف مكلفاً على رمي شاخص علم المكره أنه رجل وظنه المكره صيداً أو حجراً فرماه فقتله فالقصاص حينئذ يجب على المكره لأنه قتله قاصداً للقتل

(١) أنظر : كشف القناع : ٥١٧/٥ ، مغنى المحتاج : ٩/٤ - ١١ ، نهاية المحتاج : ٢٥٨/٧ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٦/٤ .
(٢) أنظر : تبين الحقائق : ١٥٠/٤ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٨/٦ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٩/٨ .

بما يقتلُ غالباً دون المكره فانه مخطيء وجاهل بالحال فكان كالألوة للمكره . (١)

ومثل هذا اذا شهد اثنان فأكثر على شخص بقتل عمد فقتل بشهادتهم ثم رجعوا واعترفوا بتعمد القتل فعليهم القصاص لأنهم معتدون ولا شىء على القاضى والولى لأنهم مخطئون . (٢)

ومثله أيضاً لو أمر السلطان رجلاً بقتل آخر والقاتل لا يعلم أنه لا يستحق قتله فالقصاص على الآمر دون المأمور لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الامام والظاهر أنه لا يأمر الا بالحق . (٣)

قال ابن تيمية : هذا بناء على وجوب طاعة السلطان فى القتل المجهول ، وفيه نظر بل لا يطاع حتى يعلم جواز قتله وحينئذ فتكون الطاعة له معصية لا سيما اذا كان معروفاً بالظلم وهنا الجهل بعدم الحسب كالعلم بالحرمة " . (٤)

هذا واذا كان المباشر مخطئاً والمتسبب غير متعمد فالضمان على المباشر لأنه أقوى العاملين إذ هو قاطع لأثر التسبب والمتسبب غير متعمد فيضمنه كما لو انفرد بالجناية وذلك كما لو قرب انسان صغيراً من هدف رام لم يعلم

-
- (١) أنظر: أسنى المطالب: ٧/٤، مغنى المحتاج: ١٠/٤، تحفة المحتاج: ٣٩٠/٨، نهاية المحتاج: ٢٥٩/٧، كشف القناع: ٥١٨/٥ .
(٢) أنظر: كشف القناع: ٥١٠/٥، الانصاف: ٤٤١/٩ - ٤٤٤، الشرح الكبير للرددير: ٢٠٧/٤ - ٢١٠، شرح الخرشى: ٢٢٠/٧ - ٢٢٢ .
(٣) أنظر: المغنى: ٣٦٦/٨، الانصاف: ٤٥٤/٩، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: ٢١٠/٤، حاشية العدوى على شرح الخرشى: ٢٢٢/٧ .
(٤) كشف القناع: ٥١٨/٥ .

به ولم يعلم المتسبب بأن الرماة يطلقون النار على هذا الهدف ومات الصغير بسبب ذلك فان ضمانه على المباشر لأنه مخطئ، والمتسبب غير متعد .

قال ابن قدامة : وان قدّم انسانا الى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد فضمنه على عاقلة الذي قدمه لأن الرامي كالحافر والذي قدمه كالدافع فكان الضمان على عاقلته ، وان تعمد الرامي رميه فالضمان عليه لأنه مباشر وذاك متسبب فأشبهه الممسك والقاتل ، وان لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي وتحمله عاقلته ان كان خطأ لأنه قتله " . (١)
والله أعلم وأحكم . .

.....

(١) المغنى : ٤٣١ / ٨ ، وانظر: تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني : ٨ /

المبحث الثالث
في اجتماع الأسباب .

الأسباب اذا اجتمعت في قتل شخص فلا تخلوا ما أن تكون متساوية
أو متفاوتة ،

فان كانت متساوية فالضمان على جميع المتسببين بالسوية كما لو اشترك
جماعة في حفر بئر في الطريق بغير اذن الامام ، وكذلك اذا حفر شخص بئرا
قريبة العمق فعمقها غيره فضمن من تردى فيها عليهما بالسوية لاشتراكهما في
الجنائية وهي الحفر فيشتركان في الضمان .

نص على هذا الشافعية والحنابلة وهو ما يقتضيه الاستحسان عند الحنفية
وأخذ به الكرخي منهم ولكن المذهب عندهم أن الذي يضمن هو الأول وهو ما
يقتضيه القياس لأن سبب الوقوع حصل من الأول وهو الحفر بإزالة المُسَكَّة
والحفر من الثاني بمنزلة وضع الحجر في قعر البئر فكان الأول كالدافع
فكان الضمان عليه .

لكن الحنفية مع هذا يقولون : ولو حفر رجل بئرا فجاء انسان ووسع
رأسها فوقع فيها انسان فالضمان عليهما نصفان . (١)

وان كانت الأسباب متفاوتة فالسبب الأقوى هو الذي يضمن دون غيره كما
لو حفر انسان بئرا ووضع آخر حجرا عندها فجاء انسان وتعثر بالحجر
وسقط في البئر ومات فيها فالضمان على واضع الحجر دون الحافر لأن واضع

(١) أنظر: مغنى المحتاج : ٨٧/٤ - ٨٨ ، نهاية المحتاج : ٣٦٠/٧ ، كشف
القناع : ٧/٦ ، مطالب أولى النهى : ٧٩/٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٥/٧ ،
المبسوط : ١٦/٢٧ - ١٧ ، البحر الرائق : ٣٩٧/٨ ، الفتاوى
الهندية : ٤٥/٦ .

والمقصود بالضمان هنا أن الدية على العاقلة بقيودها المعروفة والعاقلة
انما تحمل النفس دون العال فلو هلك بسببه بهيمة ففي ماله .
قال الكاساني : ثم ما كان من الجناية في بني آدم تتحملها العاقلة اذا
بلغت القدر الذي تتحمل العاقلة وهو نصف عشر الدية وما لم يبلغ ذلك القدر
أو كان منها في غير بنى آدم يكون في ماله * (١)

.....

(١) بدائع الصنائع : ٢٧٨/٧، وأنظر: شرح الخرشى : ٨/٨ - ٩، الهداية
مع تكملة فتح القدير : ١١٤/١٠، الشرح الكبير للدردير : ٢٤٣/٤
- ٢٤٤، مغنى المحتاج : ٨٢/٤، نهاية المحتاج : ٣٥٢/٧، كشف
القناع : ٧/٦، الانصاف : ٣٣/١٠ .

الفصل الخامس

في الضمان في جناية الإنسان خطأً

وتحت هذا الفصل سبعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الضمان وبيان أركانه وأجبايه .

المبحث الثاني : في ضمان العقد .

المبحث الثالث : في ضمان اليد .

المبحث الرابع : في ضمان الاتلاف .

المبحث الخامس : في الفروء بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الاتلاف .

المبحث السادس : في الضمان بالحيولة .

المبحث السابع : في الضمان بالفروء .

قال البناني : الضمان عند الفقهاء له اطلاقان أحص وهو شغل ذمة أخرى بالحق ، وأعم وهو موجب الغرم مطلقا . . . " (١)
وقد يلاحظ على هذه العبارة أنها تشمل أنواع الضمان كما في رد العين المعصوبة فإنه لا يسمى غرما .
ويفهم من كلام الغزالي في الوجيز أن الضمان هو : وجوب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة . (٢)

المسألة الثانية : في بيان أركان الضمان وأسبابه .
وتحت هذه المسألة مطلبان :
المطلب الأول : في أركان الضمان - أركان كل شيء أجزاء التي يقوم بها ويتركب منها فأركان الشيء أجزاء ماهيته وقد ذكر جماعة من الفقهاء أركان الضمان وحصروها في ثلاثة .
الأول : الموجب للضمان ، والمقصود بهذا أسباب الضمان .
الثاني : المضمون ، والمقصود به محل الضمان .
الثالث : المضمون به ، والمقصود به ما يكون به الضمان من مثل أوقية أو غير ذلك .
والظاهر أن الموجب للشيء خارج عن حقيقته فيكون للضمان ركنان فقط . (٣)

(١) حاشية البناني على شرح الزرقاني : ٥ / ٩٩٠ .
(٢) أنظر : شرح فتح العزيز مطبوعا مع المجموع للنووي : ١١ / ٢٤١ ،
غمزعيون البصائر : ٢ / ٢١٠ ، مجلة الأحكام العدلية : مادة (٤١٥) .
(٣) أنظر : بداية المجتهد : ٢ / ٣١٦ ، تهذيب الفرق : ٢ / ٢٠٣ .

المطلب الثانى : فى أسباب الضمان . يفهم من مجموع كلام الفقهاء أن أسباب الضمان خمسة لا سادس لها وهى : العقد ، ووضع اليد ، والاتلاف ، والحيلولة ، والغرور . ولكن عند بحث الفقهاء عن أسباب الضمان لم يتفقوا فى تحديد هافنجد كل واحد يذكر الأسباب التى يراها . فالقرافى وابن العقرى والشربينى يعتبرون أسباب الضمان اثنان وهما : الاتلاف ووضع اليد . وابن رجب والكاسانى يعتبران أسباب الضمان ثلاثة وهى : الاتلاف ووضع اليد والعقد . والزركشى والسيوطى يعتبران أسباب الضمان أربعة وهى : العقد ، ووضع اليد والاتلاف والحيلولة . ولكن مع هذا تجد الفقهاء يبنون حكما على بعض التصرفات باعتبارها أسبابا للضمان مثل : الغرور . ولهذا فينبغى أن تكون الأسباب خمسة كما تقدم . (١)

.....

(١) أنظر : الفروق : ٢٠٦/٢ - ٢٠٨ ، قواعد ابن العقرى : لوحة (٨٠) ، معنى المحتاج : ٩/٤ ، قواعد ابن رجب : ٢١٨ - ٢٣٣ ، بدائع الصنائع : ١٤٢/٦ ، قواعد الزركشى : ٣٢٢/٢ - ٣٢٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٤٥ ، ٢٧٨ ، قواعد الأحكام : ١٣١/٢ ، بداية المجتهد : ٣١٦/٢ ، بدائع الصنائع : ١٦٤/٧ - ١٦٨ .

المبحث الثاني في ضمان العقد.

وتحت هذا المبحث أربع مسائل:

المسألة الأولى: في بيان معنى ضمان العقد وتقسيم العقود باعتبار ضمان العقد.

المسألة الثانية: في بيان أثر الخطأ في ضمان العقد.

المسألة الثالثة: في ضمان الأجير.

المسألة الرابعة: في ضمان الطبيب ومخوه.

هذا والعقود بالنظر الى الضمان وعدمه تصنف ثلاثة أصناف :

أ : عقود ضمان : وهي العقود التي يعتبر فيها القابض للمال بعد

انشائها مسئولاً عن ضمانه اذا تلف مطلقاً سواء وجد منه تعدد أو تقصير أم لا ، وذلك كعقد البيع .

ب : عقود أمانة : وهي العقود التي يعتبر فيها الطرف القابض للمال

بعد تنفيذها غير مسئول عن ضمان ذلك المال الا في حال الاعتداء عليه أو التقصير في حفظه وذلك كعقد الوديعة .

ج : عقود مُزْدَوِجَة الأثر : أي : تفيد الضمان من جهة والأمانة من جهة

أخرى فلا ينشأ عنها ضمان الا في بعض الحالات والأوجه ، وذلك كعقد الاجارة . (١)

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده ، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده . (٢)

.....

(١) أنظر : قواعد ابن رجب : ٥٦ ، القوانين : ٣٦٤ ، الأشباه والنظائر

للسيوطي : ٢٧٧ - ٢٧٨ ، مغنى المحتاج : ٢ / ٦٥ ، ٨١ ، ٣٥١ ، كشف

القناع : ٣ / ٣٥١ ، ٤٦٩ ، ٤٠٤ ، ٣٣ / ٤٦ ، بدائع الصنائع : ٦ / ٣٤ ، ١٤٢ ،

تبيين الحقائق : ٥ / ١٣٣ - ١٣٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي :

٣ / ٢٥٤ ، ٤١٩ ، القوانين : ٢٧٢ ، ٣٠٥ .

(٢) أنظر : قواعد ابن رجب : ٦٧ ، كشف القناع : ٣ / ٥٠ ، بدائع الصنائع

: ٥ / ٣٠٤ ، مغنى المحتاج : ٢ / ١٣٧ ، حاشية الدسوقي : ٢ / ٢٩٤ .

المسألة الثانية في أثر الخطأ في ضمان العقد .

ضمان العقد العمد والخطأ فيه سواء لأنه من خطاب الوضع ، فمقتضى عقد البيع مثلا تسليم المبيع والتمن وسلامة العوضين من العيب وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه ، فاذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تبين وجود عيب في المبيع أو كان الثمن أو المبيع مستحقا لغير من سلّمه كانت المسئولية عقديّة مستوجبة للضمان .

فلو دفع المشتري الثمن لغير البائع معتقدا أنه البائع ضمن الثمن للبائع مع أنه مخطئ ، لأن هذا من حقوق العباد وحقوق العباد يستوى فيها العامد والمخطئ ، ألا ترى أن النائم إذا أتلّف شيئا يضمن مع عدم القصد . (١)

وإذا باع شخص أرضا معتقدا أنها ملكه ودفع المشتري ثمنها وبني عليها أو غرس ثم اتضح أن الأرض مستحقة فان المشتري يرجع على البائع المخطئ ، بجميع ما غرمه من ثمن أرض وقيمة بناء وغرس ونحوهما ، وبذلك يضمن البائع مع أنه مخطئ ، لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء . (٢)

هذا وسأفرد بعض المسائل المتعلقة بضمان العقد لما لها من الاهتمام .

(١) أنظر : البحر الرائق : ٢ / ٢٦٧ ، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي : ١ / ٣٠٤ ، المغني : ٢ / ٤٩٨ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٢٤٠ .
(٢) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٥ / ١٤٤ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢١٤ ، منار السبيل : ١ / ٤٣٦ ، مغني المحتاج : ٢ / ٢٣١ ، كشف القناع : ٣ / ٥٣٩ ، أسنى المطالب : ٢ / ٤٠٠ .

المسألة الثالثة فى ضمان الأجير

الأجراء صنفان : مشترك وخاص ، فالمشترك هو الذى يعقد الاجارة على العمل ، وهذا من شأنه أن يعقد الاجارة مع آخرين .
وأما الخاص فهو الذى يعقد الاجارة على المدة كأن يعمل شهرا أو يوما ، وهذا لا يستطيع أن يعقد الاجارة فى هذه المدة مع غير المستأجر .

فالأجير الخاص

ذهب جمهور العلماء الى أنه لا يضمن ما تلف بسبب فعله اذا كان ذلك نتيجة خطئه العبنى على عدم التفريط ، وذلك قياسا على الوكيل بجامع أن كليهما نائب عن المالك فى صرف منفعه الى ما أمر به فلا يضمن ما تلف بعمله من غير تعدد .

وذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة الى أنه يضمن ولو كان ذلك منه على سبيل الخطأ . فقد أخرج البيهقى بسنده الى خلاص ، أن عليا كان يضمن الأجير " . وهذا يدل على أن عليا رضى الله عنه يضمن كل الأجراء المشترك والخاص منهم فى ذلك سواء .

ونوقش الحديث بأن سنده ضعيف لأن أهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاص عن على . (١)

واستدلوا أيضا بالقياس على المستعير فانه يضمن بتلف المال فى يده فكذلك الأجير الخاص بجامع أن كليهما قبض المال لمنفعة نفسه وتلف باستعماله .

(١) أنظر : سنن البيهقى : ١٢٢/٦ ، تلخيص الحبير : ٦١/٣ ، أرواؤ الغليل : ٣١٩/٥ .

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الأصل مختلف في حكمه فان جمهور الفقهاء لا يضمنون المستعير ما لم يتعد . (١)

الترجيح : والذي أميل اليه هو المذهب الأول لأن الأجير الخاص أمين ولا ضمان على مؤتمن اذا لم يتعمد أو يفرط .

وأما الأجير المشترك

فقد اختلف العلماء في تضمينه على أقوال :

القول الأول : المذهب عند الحنفية والحنابلة وهو قول عند الشافعية ، أن الأجير المشترك يضمن ما تلف بسبب فعله ولو كان ذلك منه على سبيل الخطأ .

وروى ذلك عن عمر وعلى وعبد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم وغيرهم . وقد استدل بعض من ذهب هذا المذهب بالسنة والقياس .

أما السنة فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم " على اليد ما أخذت حتى تؤدي " .

قال الترمذى - بعد سياقه للحديث - حسن صحيح . (٢) وقال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخارى . (٣)

وجه الدلالة :

ان الحديث يدل بعمومه على أنه يجب على الانسان رد ما أخذته يده من مال غيره الى مالكه ، واذا كان الحديث يدل على هذا فهو يدل على

(١) أنظر في هذه الفقرة : المغنى : ٣٩٠ / ٥ ، كشاف القناع : ٣٢ / ٤ - ٣٤

، الانصاف : ٧٠ / ٦ - ٧١ ، مغنى المحتاج : ٣٥١ / ٢ ، تبين الحقائق

: ١٣٣ / ٥ - ١٣٨ ، حاشية ابن عابدين : ٦٤ / ٦ - ٧١ ، الشرح الكبير

للدردير : ٢٨ / ٤ ، شرح الخرشي : ٢٦ / ٧ - ٢٨ ، المحلى : ٢٠١ / ٨ .

(٢) سنن الترمذى : ٥٥٧ / ٣ .

(٣) المستدرک : ٤٧ / ٢ .

والى هذا ذهب زفر من الحنفية وهو قول عند الحنابلة وظاهر كلام الظاهرية روى ذلك عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والشعبي وعطاء وطاؤس وأبسى ثور واسحاق وغيرهم .

وقد استدل بعض من ذهب لهذا المذهب بالسنة والقياس ،
أما السنة فحديث " لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه " والحديث صحيح لغيره لكثرة شواهد . (١)

وجه الدلالة :

أن الحديث يفيد أن مال المسلم ملك له لا يحل لأحد أخذه منه بغير سبب شرعى الا ما طابت به نفسه ، وتضمن الأجير المشترك ما وقع منه على سبيل الخطأ يعتبر أخذاً لماله بغير رضاه . وهذا لا ينبغى للحديث ، ذلك أن الأصل ألا يجب الضمان الا على المتعدى والمخطى * غير متعدى فلا ضمان .

وأما القياس فان الأجير الخاص لا ضمان عليه اذا لم يتعمد أو يفرط فكذلك الأجير المشترك بجامع أن الخطأ حصل بسبب عمل الأجير وعمله ما ذون فيه فلا ضمان .

ونوقش هذا القياس بأنه مع الفارق ^{قياس} ، ذلك أن الأجير الخاص يستحق العوض بعضى المدة ولو لم يعمل بينما الأجير المشترك لا يستحق العوض الا بالعمل .

(١) أنظر : سنن البيهقى : ١٠٠ / ٦ ، مسند أحمد : ٧٢ / ٥ ،
مجمع الزوائد : ١٧١ / ٤ .

القول الثالث : ذهب القاضي من الحنابلة وهو قول عند الشافعية ، الى أن الأجير المشترك يضمن اذا انفرد باليد وحصل التلف بفعل يده سواء حصل التلف عن طريق العمد أو الخطأ ، أما اذا كان التلف بحضور المستأجر أو كان العمل في بيته فان الأجير لا يضمن ما وقع منه على سبيل الخطأ ولم يحصل منه تفريط ، ذلك أن يد صاحب المال عليه فلم يضمنه الأجير من غير جناية .

القول الرابع : ذهب المالكية الى أن الأجير المشترك لا يضمن الا الأكرياء على حمل طعام تسرع اليه الأيدي كالسمن والعسل ، وكذلك الصناعات الأكرياء والصناعات اذا انفردوا باليد وحصل التلف بسببهم ضمنوا ولو كان ذلك عن طريق الخطأ لكن اذا كان في المصنوع مخاطرة كتقرب اللؤلؤ ونقش الفصوص فانه لا يضمن .

وعلة تضمين الصناعات والأكرياء التهمة ، أما ما عداها فانهم مؤتمنون فلا يضمنون حتى يثبت المستأجر تعديهم أو تفريطهم .

قال الدسوقي : قولهم : العمد والخطأ في أموال الناس سواء مقيد بما اذا لم يكن المخطئ أميناً وهو هنا - أي : المستأجر على الحمل اذا عثر أو عثرت دابته فتلف المحمول - أمين ألا ترى أن من أذن له في تقليب شيء فسقط من يده فلا ضمان عليه وان سقط على غيره فانكسر ضمن ما سقط عليه لا ما سقط " (١)

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥ / ٤ . وانظر في هذه المسألة :
المغنى : ٣٨٨ / ٥ - ٣٩٠ ، كشف القناع : ٣٢ / ٤ - ٣٤ ، الانصاف : ٧٠ / ٦ -
٧٢ ، مغنى المحتاج : ٣٥١ / ٢ - ٣٥٢ ، نهاية المحتاج : ٣١٠ / ٥ - ٣١١ ،
المهذب : ٤١٥ / ١ ، الشرح الكبير للدردير : ٢٥ / ٤ - ٢٨ ، مواهب الجليل :
٤٣٠ / ٥ - ٤٣٢ ، شرح الخرشى : ٢٦ / ٧ - ٢٨ ، القوانين : ٣٦٤ - ٣٦٥ ،
المنتقى : ٧٠ / ٦ - ٧٣ ، تبين الحقائق : ١٣٣ / ٥ - ١٣٨ ، حاشية ابن عابدين
: ٦٤ / ٦ - ٧١ ، بدائع الصنائع : ٢٦٤٧ / ٦ - ٢٦٤٨ ، نتائج الأفكار : ١٢٠ / ٩ -
١٢٦ ، مصنف عبد الرزاق : ٢١٦ / ٨ - ٢٢١ ، المحلى : ٢٠١ / ٨ - ٢٠٣ ،
سبل السلام : ٦٧ / ٣ - ٦٨ .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول الحنفية والحنابلة ومن وافقهم وذلك للمبررات

التالية :

الأول : استثناء المالكية للمصنوع المخاطر غير مستقيم لأن الأصل أن الأجير الصانع لا يقدم على الصناعة الا وهو يتقنها .

الثانى : الاستدلال بحديث " لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه " منقوض بالمتعمد والمفطر فهو ضامن مع أن نفسه لا تطيب بذلك فكذلك غيره لأنها حقوق الناس .

الثالث : قياس الأجير المشترك على الأجير الخاص فى عدم الضمان بجامع أنه مأذون له بالعمل ، هذا القياس غير مسلم لأن المأذون فيه هو العمل المصلح لا المفسد .

قال الزبيراتى فى الفروق : والفرق أن الأجير الخاص يراد منه عمل فى مدة فيقع ذلك على السليم والمعيب فاذا قصّر ثوبا فخرقه فالدق المخرق داخل تحت العقد فيشتمل عليه الاذن فلذلك لم يلزمه ضمان بخلاف المشترك فانه مستأجر لعمل فى الذمة فلا يقع الا على السليم فيكون العمل المفسد واقعا بغير اذن فيوجب الضمان * (١)

لكن مع ذلك يبقى لمذهب القاضى أبى يعلى ومن وافقه حظ من النظر ، فاذا كان عمل الأجير المشترك فى منزل المستأجر أو كان المستأجر حاضرا فلا ضمان عليه لأن التهمة - فى هذه الحالة - منتفیه ولا ضمان على أمين . أما اذا غاب الأجير على المصنوع ونحوه فانه يضمن ، وذلك لرقعة ديانة الاجراء واضطرار الناس اليهم فتضمنهم - والحالة هذه - من المصالح العامة التى تجب مراعاتها .

والله أعلم وأحكم ..

(١) ايضاح الدلائل فى الفرق بين المسائل : لوحة (٣٧) .

المسألة الرابعة

في ضمان الطبيب ونحوه .

للطبيب شأن عظيم عند الشعوب والشريعة الاسلامية نظرت الى الطب نظرة شاملة فجعلت تعليمه فرضا كفاثيا على الجماعة في مجموعها بأثم كل فرد من أفرادها فيما لو ترك هذا الواجب دون القيام به . ويصبح التطبيب فرضا عينيا على من يحسن القيام به متى كان ذلك منحصرًا في شخصه . وانطلاقًا من هذه النظرة الشاملة لمصالح الجماعة والتي اقتضت وجوب تعلم الطب ووجوب ممارسته لمن يحسنه فانه اذا نتج عن ممارسة التطبيب بعض النتائج الضارة فلا مسئولية على الطبيب . هذه هي النتيجة المنطقية للقول بأن مداواة المرض واجبة على من يحسنها .

ولكن عند انعام النظر في حقيقة ما يقوم به الطبيب وما يفعله مع مريضه نجده يتمتع بكامل الحرية في اختيار الطريقة التي يعالج بها مريضه ، وبإمكانه أن يصرف له من الدواء ما شاء ، والمريض تحت وطأة المرض يسلم أمره الى طبيبه ويمنحه ثقته ، الأمر الذي أثار التساؤل عن امكانية مساءلة الطبيب متى ما أساء هذه الحرية الممنوحة له أو أخطأ في اختيار الطريقة العلاجية الصحيحة أو في اختيار العقار الناجع الذي وصفه لمريضه فترتب على ذلك احدى النتائج الضارة .

ولقد اهتم الفقهاء رحمهم الله في أخطاء الطبيب لما له من اهتمام في حياة الناس ووضعوا له ضوابط نجعلها فيما يلي :

الأول : أن يكون الطبيب ونحوه عالما في فنه ذا حذق في صنعته ، فاذا عمل عملية جراحية مثلا وهو بهذه الصفة وتلف المريض بلا تعد منه ولا تقصير فلا ضمان عليه لأنه فعل فعلا مباحا ومأذونا في فعله شرعا .

أما إذا كان الطبيب ونحوه جاهلا بعلمه فانه يضمن ما تلف بفعله ، لحديث " من تطبَّ ولا يُعلم منه طب فهو ضامن " أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم وصححه وأقره عليه الذهبي (١) ويعرف حذق الطبيب وعده بقول طبيبين عدلين غير عدوين له ولا خصمين ولا مجاملين لقراءة قريبة . فان قال طبيبان : أنه ليس بأهل وهذا من خرق فعله . وقال آخران : هو أهل فلا ضمان . وان كان في جانب الطبيب واحد وفي جانب الآخر اثنان ضمن الطبيب .

الثانى :

أن لا يتجاوز الطبيب ونحوه ما ينبغى أن يعمل ، فان أخطأ فى الفعل كمن تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم فى الطب عند أهل المعرفة فقطع عضوا غير العضو المراد قطعه أو سقى عيلا دواء غير مناسب للداء معتقدا أنه يناسبه وقد أخطأ فى اعتقاده وترتب على هذا تلف المريض أو عضو من أعضائه فان الطبيب ونحوه يضمن ولو كان عالما ماهرا فى مهنته لأن هذا اتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ .

الثالث :

أن يأذن فى اجراء العلاج مكلف رشيد ، فان كان المريض سفيا أو صغيرا وجب اذن وليه ، فان لم يوجد الاذن وترتب على العلاج تلف فان الطبيب ونحوه يضمن لأنه فعل فعلا غير مأذون فيه فيضمن . هذا ما نص عليه جمهور العلماء ، وذهب ابن القيم الى أنه لا يضمن

(١) سنن أبي داود : ٤ / ٧١٠ ، سنن النسائي : ٨ / ٥٢ - ٥٣ ، سنن ابن ماجة : ٢ / ١١٤٨ ، المستدرک للحاکم : ٤ / ٢١٢ .

مع عدم الاذن لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل . (١)
والراجح اشتراط الاذن الا عند ضرورة تدعو الى عمل الطبيب بأن كان
يترتب على ترك المريض هلاكه أو تلف عضو منه .
وهل يملك الطبيب الأجرة ولو أخطأ في تطبيقه ؟ نص الحنابلة على أنه يملكها
ونص الحنفية وهو ظاهر كلام الشافعية على أنه لا يملك الأجرة لأنه ما أوفى بالمنفعة
بل بالمضرة ذلك أن ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون الفساد (٢)

.....

(١) أنظر في هذه الضوابط : المعنى : ٣٩٨/٥ ، كشف القناع : ٣٤/٤ -
٣٥ ، الانصاف : ٧٤/٦ - ٧٥ ، نتائج الأفكار : ١٢٨/٩ ، حاشية ابن
عابدين : ٦٨/٦ ، حاشية الرملى على أسنى المطالب : ٤٢٧/٢ ، حاشية
الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٨/٤ ، ٣٥٥ ، حاشية الصاوى على الشرح
الصغير : ٢٧٩/٢ ، شرح الخرشى : ١١٠/٨ - ١١١ ، التاج والاكليد
مطبوعا بهامش مواهب الجليل : ٣٢١/٦ ، بداية المجتهد : ٤١٨/٢ ،
العقود الدرية فى الفتاوى الحامدية : ٢٥٧/٢ .
(٢) أنظر : بدائع الصنائع : ٣١٢/٤ ، حاشية ابن عابدين : ٦٦/٦ ، كشف
القناع : ١٤/٤ ، حاشية قليوبى على شرح الجلال المحلى : ٢١٨/٢ .

المبحث الثالث

في ضمان اليد

يفهم من كلام ابن الهمام أن كل ما أخذ باذن الشرع أو اذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة فهو أمانة كاللقطة والوديعة ، وما قبض على وجه اعطاء البذل كالمقبوض على سوم الشراء ، أو قبض للتوثق كالرهن فهو مضمون .
وفهم من كلام جمهور الفقهاء أن يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة ، أما إذا كانت لمصلحة صاحبها خاصة كيد البائع على المبيع إذا حبسه لاستيفاء ثمنه فان اليد تكون في مثل هذا يد ضمان . (١)
 وبناءً على كلام الفقهاء فاليد قد تكون مؤتمنة وقد تكون غير مؤتمنة ، واليد غير المؤتمنة قد تكون عادية حازت المال بغير اذن المالك كيد السارق والغاصب ، وقد تكون غير عادية حازت المال باذن مالكه كيد البائع على المبيع بيعاً صحيحاً فانه من ضمان البائع قبل القبض ، وهكذا المقبوض على وجه السوم ونحو ذلك .

ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل بالقبض ويد الوديعة في الودائع ويد الملتقط إذا التقط عازماً على تعريف اللقطة وكذلك أهدى الأوصياء على أموال اليتامى والحكام على ذلك وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم .
 وقد اعتبر الشارع واضح اليد على الأمانة أميناً ، والأمين يصدق فيما يدعيه فسي الأمانة التي تحت يده من تلف ونحوه ولا ضمان عليه لأن يده يد أمانة إلا إذا تعدى عليها أو قصر في حفظها ، ذلك أن المتعدى متلف لمال غيره بدون وجه حق فيضمنه والمقصر متسبب لانتلاف مال الغير وذلك بتسرك ما وجب عليه من حفظه فيضمن كذلك .

(١) أنظر: مغنى المحتاج : ٦٥ / ٢ - ٦٩ ، ٢٦٧ ، ٤١١ ، كشف القناع : ٣ / ٣٧٠ ، ٤٠٥ ، ٤٦ / ٢٢١ ، القوانين : ٣٦٤ - ٣٦٦ ، شرح فتح القدير : ١١٨ / ٦ - ١٨٥ .

هذا حكم يد الأمانة وأما حكم يد الضمان فالواجب شرعا تضمين صاحبها
إذا تلف المال تحتها مهما كان سبب التلف . (١)

هذا وحكم الأمانات أن واضع اليد عليها لا يضمنها إذا هلكت إلا إذا حصل
منه تعد أو تقصير . والخطأ في الأمانات إذا كان نتيجة تقصير فان الأمين
يضمن لتقصيره .

قال البهوتي : وان سلم المستودع الوديعة الى من يظنه صاحبها فتبين خطؤه
ضمنها لأنه فوتها على ربها * (٢)

أما إذا لم يصاحب الخطأ نوع تقصير فلا ضمان على المخطئ ، فلو دفع الملتقط
اللقطة لو اصفها وصفا يطابق ما هي عليه معتقدا أنه صاحبها ثم بان خطؤه بأن
جاءه آخر وأقام البينة على أن اللقطة له ، فان اللقطة - والحالة هذه - تكون لصاحب
البينة لأن البينة أقوى من الوصف المجرد ، ويرد لها الآخذ لمن أقام البينة فان
كانت اللقطة قد هلكت عند الواصف ضمنها الواصف ولا ضمان على الملتقط لأنه
أمين غير مفرط ولا مقصر وقد فعل ما أمره به الشارع .

هذا مذهب المالكية والحنابلة وقول ابن حزم . والمذهب عند الحنفية والشافعية
أن لعقيم البينة تضمين الملتقط إذا دفع اللقطة للواصف بغير أمر الحاكم فان ضمن
الملتقط رجوع على الواصف ، فهم في الحقيقة يلتقون مع مذهب المالكية ومن وافقهم
في أن الضمان يستقر على الواصف في نهاية المطاف .

(١) أنظر : كشف القناع : ٣ / ٣٣٢ ، ٣٧٠ ، ٤٦٩ ، ٥٢٢ ، ٤٦ / ٤٦ ، ١٨١ ،
٢١٣ ، ٢٢١ .

مغنى المحتاج : ٢ / ٦٥ - ٦٩ ، ٨١ - ٩١ ، ٢٦٧ - ٢٧٦ ، ٢٧٦ - ٣٥١ ، ٣٥٣ .

بدائع الصنائع : ٤ / ٢١٠ ، ٥ / ٢٣٨ ، ٦ / ٣٤ ، ١٤٢ ، ١٤٣ ، ٢١٠ ، ٢١٧ .

شرح فتح القدير : ٧ / ١٩٨ - ١٩٩ ، ٢١٩ .

الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ / ٢٥٤ ، ٤١٩ - ٤٢٠ ، ٤٣٦ ، ٥٣٦ .

الفرق : ٢ / ٢٠٦ - ٢٠٨ . قواعد ابن رجب : ٥٦ - ٦٦ ، ٢٢٠ - ٢٢٢ .

(٢) كشف القناع : ٤ / ١٨١ ، وأنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ / ٤٢٣ .

الفتاوى الهندية : ٤ / ٥٠٦ ، قواعد ابن رجب : ٢٣٥ ، تبصرة الحكام : ٢ / ٣٤٤ .

وهذا هو الحق لأن الملتقط قد فعل ما أذن فيه الشرع ولم يقصر في اجتهاده
فخطؤه مرفوع وكما هو معروف الجواز الشرعي ينافي الضمان . (١)

هذا وحكم يد الضمان ، أن واضع اليد على الشيء يضمنه إذا تلف مهما كان
سبب التلف ، يستوى في ذلك العامد والمخطئ ، فلو استولى شخص على مال
غيره معتقداً أنه ماله ثم ظهر مالك المال الحقيقي فعلى المخطئ ضمان المال
لصاحبه لأنه يتصرف في مال غيره بلا إذن مالكة ومن كانت هذه حاله يضمن
بكل حال لأن الخطأ كالعمد في أموال الناس . (٢)

.....

-
- (١) أنظر: شرح فتح القدير: ١٣٠ / ٦ ، تبين الحقائق: ٣ / ٣٠٦ ، الشرح
الكبير للدردير: ١١٨ / ٤ ، شرح الخرشى: ١٢٢ / ٧ ، المحلى ٢٥٧ / ٨ ،
مغنى المحتاج: ٤١٦ / ٢ ، نهاية المحتاج: ٤٤٥ / ٥ ، أسنى المطالب:
٤٩٤ / ٢ ، المغنى: ٨٦ / ٦ ، كشف القناع: ٢٢٢ / ٤ ، الانصاف: ٤٢٤ / ٦ ،
قواعد ابن رجب: ٢٣٥ .
- (٢) أنظر: بدائع الصنائع: ١٦٨ / ٧ ، المغنى: ٤٧٥ / ٢ ، قواعد الاحكام: ٥٥ / ٢ ،
قواعد ابن رجب: ٢٣٤ ، مجمع الضمانات: ٢١٤ ، حاشية الدسوقي على
الشرح الكبير: ٢٤٠ / ٣ ، الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٥٧ .

المبحث الرابع فى ضمان الاتلاف

عرف الكاسانى الاتلاف بقوله " هو اخراج الشئ من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة " (١) والاتلاف سبب لوجوب الضمان لأنه اعتداء واضرار .

وهو عند الفقهاء نوعان : اتلاف بالمباشرة واتلاف بالتسبب،

فالاتلاف بالمباشرة : هو ما أضر فى التلف وحصله بنفسه . ويسمى بالعلة وذلك مثل الاحراق والاغراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وتمزيق الثياب ، وقطع الشجر وكسر الأواني ونحو ذلك .

ويقال لمن فعل ذلك فاعل مباشر ، وحدث المباشر : أن يحصل التلف بفعله من غير أن يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار .

والاتلاف بالتسبب : هو الذى أفضى الى التلف ولم يحصله بل الذى حصله هو المباشر .

والمتسبب : هو الذى أفضى فعله الى التلف وتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل غير مختار .

وذلك بأن يحفر بئرا فى غير ملكه عد وانا أو يوجب نارا فى يوم ربيع عاصف فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو يرمى ما يزلق به فى الطرقات فيعطب بسبب ذلك حيوان ونحوه وكوضع الحجر فى الطريق اذا ارتطم به انسان فعات .

والذى يميز المباشرة عن التسبب أن المباشرة تتحقق بأن يتصل فعل الشخص بالشئ ويحدث منه التلف كما لو ضرب انسان دابة فقتلها .

(١) بدائع الصنائع : ١٦٤/٧ .

والتسبب يتحقق بأن يتصل السبب بشيء مؤثر في التلف فيحدث التلف ، كما في عملية الحفر والتردي فان أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن تردى فيها فمات لأن التلف لم يحدث بنفس الفعل وهو الحفر، إذ الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في الحفرة .

وقد اتفق الفقهاء على وجوب الضمان بالاتلاف مباشرة كما اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على وجوب الضمان بالتسبب في الجملة .

قال القرافي : وللسبب الموجب للضمان نظائر كثيرة منها متفق عليه ومنها مختلف فيه لكن حصل الاتفاق من حيث الجملة على أن التسبب موجب للضمان " (١)

هذا هو المشهور عند الفقهاء أن من باشر اتلاف مال بأي طريق كانت فهو ضامن سواء أكان عامدا أم مخطئاً لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء والضمان فيهما من خطاب الوضع فلا يشترط فيه التكليف ولا فرق فيه بين الصغير والكبير والعامد والمخطئ إلا أن ابن المقرئ المالكي ذكر في قواعده أن غير المميز لا يضمن المال على الأصح من قولى المالكية . (٢)

فمن يسير في الطريق وزلقت رجله فوقع على شيء لغيره فأتلفه أو كان يصيد حماما فطاش سهمه وأصاب شاة لغيره أو أتلف مالا على ظن أنه ملكه ثم تبين أنه لغيره أو انقلب نائم على متاع لغيره وكسره فانه يضمنه ، ففي هذه المسائل وما شاكلها

(١) الفرق : ٢ / ٢٠٧ ، وأنظر : معنى المحتاج : ٢ / ٢٧٨ ، ٤ / ٨٣ ، كشف القناع : ٤ / ١١٦ - ١١٩ ، القوانين : ٣٦٠ ، غمز عين البصائر : ١ / ١٩٦ ، قواعد ابن رجب : ٢١٨ ، قواعد الزركشى : ٢ / ٣٢٤ ، قواعد الأحكام : ٢ / ١٣١ - ١٣٣ ، مجمع الضمانات : ١٤٦ ، بدائع الصنائع : ٧ / ١٦٥ ، بداية المجتهد : ٢ / ٣١٦ .

(٢) قواعد ابن المقرئ : لوحة (١٦٦) .

لم يكن الاتلاف متعمد مقصودا ومع ذلك كان موجبا للضمان ، مما يدل على أن القصد ليس ضروريا في وجوب الضمان مادام الاتلاف واقعا مباشرة لأن المباشرة علة والعلة مقارنة للحكم .

وقد نص الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء ، . واليك بعض نصوصهم في هذا :

قال الكاساني الحنفى : الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤخذ المخطىء ، والناسي بالضمان * (١)

وقال ابن المقرئ في قواعد : العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء إذا كان المتلف مميزا بالفعل * (٢)

وقال العزبن عبد السلام الشافعى : الاتلاف يقع بالظنون والأيدى والأقوال والأفعال ويجرى الضمان في عمدها وخطئها * (٣)

وقال البيهوتى الحنبلى : من أتلف من مكلف وغيره ولو كان الاتلاف خطأ أو سهوا مالا محترما لغيره بغير اذن المالك ضمن المتلف ما أتلفه لأنه فوتسه عليه * (٤)

هذا وإذا تصرف انسان في ملك غيره بالأخذ أو الاستهلاك أو بالاعطاء لغيره أو بالحفر في أرضه ونحو ذلك دون اذن من المالك أو ولاية فيعتبر تصرفه هذا تعديا وهو في حكم الغاصب ضامن للضرر لأنه لا يجوز لأحد

-
- (١) بدائع الصنائع : ٢١١ / ٤ .
 (٢) قواعد ابن المقرئ : لوحة (٦٠) وأنظر : الشرح الكبير للدردير : ٢٠٧ / ٤ .
 (٣) قواعد الأحكام : ١٣٣ / ٢ .
 (٤) كشف القناع : ١١٦ / ٤ .

أن يتصرف في ملك غيره بلا اذنه .
 أما إذا أذن صاحب المال في اتلافه فلا ضمان على المتلف لتسليطه من مالك
 المال وانتفاء الضرر بهذا التسليط لحصول رضاه به لأن عصمة الأموال تثبت
 حقاً للمالك وهي محتتملة للسقوط بالإباحة والاذن ، إذ الاذن بالاتلاف يعمل
 في الأموال لأنها تباح بالإباحة واتلاف مال مأذون فيه لا يوجب ضماناً ، ذلك
 أنه لا جدوى من تضمين المتلف لأنه إذا ضمن كان له أن يرجع على المالك به
 لاذنه له فلا يفيد شيئاً .

وبناءً على هذا فلو أخذ شخص قارورة باذن صاحبها وسقطت من يده وتلفت
 أو دخل دار صديقه وجلس على سرير أو كرسي باذنه فانكسر فلا ضمان عليه
 في ذلك لصدور الاذن من صاحب المال لكن الاذن ينحصر في الشيء المأذون
 فيه ولا يتعداه الى غيره فلو أتى شخص لصاحب فخار أو زجاج فأخذ اناء باذنه
 لينظر فيه فسقط من يده وانكسر فلا ضمان عليه فيه لأنه أخذه باذنه ، ولو سقط
 ذلك الاناء على آنية أخرى فانكسرت تلك الآنية أيضاً فانه يضمن قيمتها لأنها
 تلفت بفعله من غير اذن صاحبها .

قال الدسوقي المالكي : قولهم العمد والخطأ في أموال الناس سواء مفيد بما
 إذا لم يكن المخطئ أميناً . . . ألا ترى أن من أذن في تقليب شيء فسقط
 من يده فلا ضمان عليه وان سقط على غيره فانكسر ضمن ما سقط عليه لا ما سقط
 لأنه مأذون في رفعه * (١)

هذا وإذا كان الاتلاف عن طريق التسبب فيشترط أن يقع الفعل الذي
 أدى الى التلف تعدياً ، فلو حفر أحد بئراً في غير ملكه وبلا اذن صاحب الأرض

(١) حاشية الدسوقي : ٢٥/٤ ، وأنظر : تبصرة الحكام مطبوعاً بهامش فتاوى عيش
 : ٣٤٢/٢ ، شرح علي حيدر على المجلة : مادة (٩٦ ، ٩١) ، بدائع
 الصنائع : ١٦٨/٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٤٢ ، مجمع الضمانات : ١٤٦
 كشف القناع : ٧١/٤ ، منار السبيل : ٤٣٢/١ .

فوق فيها حيوان وتلف ضمن لتعدي به في الحفر الذي أدى الى تلف الحيوان ،
 أما اذا كان الحفر في أرضه - ولم يقصد ضررا عند المالكية - أو باذن صاحب
 الأرض فلا ضمان عليه لعدم التعدي .
 ولو طرح قمامة بطريق فتلف بذلك شئ ، فعليه ضمانه لأنه متعدي أما لو طرح
 القمامة في ملكه أو في موات فلا يضمن ما تلف به لعدم تعدي به .
 ولو أجمج نارا في يوم شديد الريح فأحرقت شيئا ضمن ما تلف به لأنه متعدي ،
 أما لو أوقد النار في وقت لا ربح فيه فأصابها الريح بغتة فرفعها الى شئ ،
 حتى تلف فلا ضمان على المتسبب لأنه غير متعدي .
 واشتراط التعدي لضمان المتسبب صرح به الحنفية وهو المفهوم من عبارة غيرهم ،
قال السرخسي الحنفى : في الاتلاف : المتسبب اذا كان متعديا يجعل
 كالمباشر في حكم الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق " (١)

ومن ينعم النظر في كلام فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة حول
 الضمان بالسبب ينتهي الى قاعدة مهمة وهى " أن كل من تسبب في اتلاف شئ ،
 يجب عليه ضمانه نفسا كان أو غير نفسا اذا كان في تسببه نوع تعد " (٢)
 والمتعدي في تسببه يعتبر في الحقيقة متعمدا فضلا لو حفر أحد بئرا في ملكك
 غيره بغير اذنه فسقط فيه حيوان لآخر وتلف كان ضامنا لأن ذلك الشخص ليس

(١) المبسوط : ٥٤ / ١١ ، وأنظر : تبين الحقائق : ١٤٧ / ٥ ، مغنى المحتاج :
 ٨٥ / ٤ - ٨٧ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٥٥ / ٤ - ٣٥٧ ، كشاف القناع :
 ٧ / ٦ ، ١١٧ / ٤ .
 (٢) أنظر : مجمع الضمانات : ١٦٥ ، بدائع الصنائع : ٢٧٤ / ٧ ، المنتقى : ٧ /
 ١٠٩ ، مغنى المحتاج : ٨٢ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٣٥٢ / ٧ ، كشاف
 القناع : ٦ / ٦ ، الانصاف : ٣٢ / ١٠ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٥٥ / ٤ .

له حق في التصرف في ملك غيره بغير اذنه وحفر بئر فيها ، فكما أن في الحفر المذكور تعديا فيعد تعددا أيضا .
 أما لو حفر^{أحد} بئرا في ملكه أو في مكان له حق الحفر فيه وسقط فيها حيوان لآخر وتلف لا يضمن لأنه لما كان لكل أن يتصرف في ملكه كما يشاء فيكون الحفر المذكور بحق واستعمال الحق اجازة الشرع والجواز الشرعي ينافي الضمان .
 وحكم خطأ المتسبب راجع لحكم السبب فان كان السبب مباحا فلا ضمان على المخطئ لعدم تقصيره ، وان كان السبب غير مباح فالضمان واجب على المتسبب لتعديه ، فلو جفلت دابة من شخص وفرت فضاقت لا يلزم الضمان ، وأما اذا أجفلها قصدا فيضمن ، وكذا اذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصدا للصيد فوقع وتلفت فلا يلزم الضمان ، وأما اذا كان الصياد قد أطلق البندقية بقصد أجفاله فيضمن . (١)

وقد يكون السبب مباحا ومع ذلك يضمن لتقصيره وعدم احترازه فاذا كان لحداد كان بجانب طريق العامة فطارت شرارة من دكانه حين ضربه الحديد المَحْمَاة وأحرقت ثياب أحد المارة في الطريق فانه يضمن ذلك مع أن السبب مباح وهو لم يقصد ايذاء المارة في الطريق الا أنه كان بإمكانه التحرز من هذا بأن يحتال في منع الشرر من الخروج الى الطريق .
 أما لو لم يدق الحداد واحتملت الريح بعض النار عن كبره الى الطريق العام فأتلفت شيئا فلا ضمان عليه لأنه لم يقصِّرْ إذ هذا مما لا يمكن التحرز منه . (٢)

(١) أنظر: قواعد الزركشى : ٢ / ٣٢٧ ، شرح المجلة لعلی حيدر : ٢ / ٥٤٧ ،
 شرح المجلة لسليم رستم : ٥١٤ ، فتاوى قاضيخان : ٣ / ٢٤٩ ، كشاف
 القناع : ٤ / ١١٩ ، مغنى المحتاج : ٢ / ٨٧ .
 (٢) أنظر مجمع الضمانات : ١٦١ - ١٦٢ ، شرح المجلة لعلی حيدر : ٢ / ٥٥٢ .

ونخلص من هذا الى أن المخطئ في السبب لا يضمن اذا كان السبب مباحا ولم يوجد تقصير والا فالمتسبب ضامن .

وقد تكلمت سابقا عن اجتماع السبب والمباشرة وعن تعدد الأسباب فلا أعيد به بل أورد ملخصا له :

وهو أن المباشرة والسبب اذا اجتمعا فالمباشر هو الضامن . هذا هو الأصل ولكن قد يضمن المتسبب فقط اذا كان المباشر معذورا والمتسبب متعديا وقد يضمن المباشر والمتسبب معا اذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه واتصف كليهما بالعدوان .

وينبغي أن يعلم بأن المباشر اذا كان مخطئا والمتسبب متعديا فالضمان على المتسبب دون المباشر لأن المباشر المخطئ غير متعد فهو معذور فلا يقطع فعل السبب لكن لو كان المتسبب غير متعد والمباشر مخطئ فالضمان على المباشر لأنه أقوى العاملين فهو قاطع لأثر السبب والمتسبب غير متعد فيضمنه المباشر كما لو انفرد بالجناية ، ومن المعلوم أن المباشر اذا انفرد يضمن ولو كان غير متعد كما سبق الإشارة اليه .

والأسباب اذا اجتمعت في جناية فلا تخلو : اما أن تكون متساوية أو متفاوتة فان كانت متساوية فالضمان على جميع المتسببين بالسوية ، وان كانت متفاوتة فالسبب الأقوى هو الذي يضمن دون غيره .

وهذا كله اذا اتصف كل منهما بالتعدى ، أما اذا كان أحدهما متعديا والآخر معذورا فالضمان على المتعدى وحده ، وان لم يتصف المتسببان بالتعدى فلا ضمان عليهما .

والله أعلم وأحكم

.....

المبحث الخامس

فى الفرق بين ضمان العقد و ضمان اليد و ضمان الاتلاف .

هناك فرق بين ضمان العقد من جهة و ضمان اليد و الاتلاف من جهة

أخرى ، فمن تلك الفروق :

الأول : الأهلية :

فيشترط ل ضمان العقد عند الحنفية أهلية الأداء الناقصة " التمييز "

وعند جمهور الفقهاء البلوغ مع العقل ، وأما ضمان اليد و الاتلاف فيكفى للالتزام به أهلية الوجوب الكاملة " توفر الصفة الانسانية بعد الولادة " فسواء أكان الصبي مميزا أم غير مميز فإنه يلتزم ب ضمان المتلفات كما قرر علماء الفقه وأصوله و تقدم أن الأصح عند المالكية أن غير المميز لا يضمن المال . (١)

الثانى : سبب الضمان :

ضمان العقد سببه مخالفة العقد أو مخالفة الشرط المقترن به ، أما ضمان اليد و الاتلاف فسببه مخالفة دليل من أدلة الشرع الموجبة أو المحرمة . (٢)

الثالث : كيفية التقدير :

يقدر التعويض فى ضمان العقد حسب الاتفاق و التراضى الذى تم فى العقد لأن المقصود بالعقد الربح ، وأما ضمان اليد و الاتلاف فيراعى فيه مبدأ المماثلة بقدر الامكان لأن المقصود من ضمان المتلفات هو تغطيتها

(١) أنظر : كشف الأسرار : ٢٧٤ / ٤ ، التقرير والتحبير : ١٧٢ / ٢ ، التلويح على

التوضيح : ١٦٨ / ٢ ، تيسير التحرير : ٢٦٣ / ٢ ، المستصفى : ٨٣ / ١ ،

الشرح الكبير للدريز : ٢٩٦ ، ٦ / ٣ ، قواعد ابن العقرى : لوحة (١٦٦) ،

بدائع الصنائع : ١٧١ / ٧ ، مغنى المحتاج : ١٧١ / ٢ ، الأشباه والنظائر

للسيوطى : ٢٢١ .

(٢) أنظر : المبسوط : ٨٠ / ١١ ، النظرية العامة للمعاملات فى الشريعة

الاسلامية لأبى سنه : ٨٨ .

الضرر الواقع فعلا .

قال السيوطي : والفرق بين ضمان العقد واليد أن ضمان العقد مردء ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله ، وضمان اليد مردء المثل أو القيمة . . . " (١)

الرابع : وقت تملك المضمون :

المضمون ضمان عقد لا يملكه مستحقه الا بالقبض ، أما في ضمان اليد

فان مستحقه يملكه من وقت حدوث سبب الاستحقاق .

مثال ذلك : الصداق المعين في يد الزوج ، اختلف فيه هل هو مضمون ضمان عقد أم ضمان يد ؟ فعلى أنه مضمون ضمان عقد لا تملكه الزوجة الا بالقبض ، وعلى أنه مضمون ضمان يد تملكه الزوجة بمجرد عقد الزواج ويحق لها التصرف فيه بالبيع ونحوه . (٢)

هذه بعض الفروق بين ضمان العقد من جهة وضمان اليد والاتلاف من جهة أخرى . ولكن ما هو الفرق بين ضمان اليد وضمان الاتلاف ؟

يقول السيوطي : ويفارق - أي : ضمان الاتلاف - ضمان اليد في أنه يتعلق الحكم فيه بالباشرة دون السبب و ضمان اليد يتعلق بهما " (٣)

وكلامه فيه نظر لأن الفقهاء قرروا أن المتسبب في الاتلاف اذا كان متعديا يعتبر كالمباشر فيضمن .

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٢٧٧ ، المبسوط : ١١ / ٨٠ ، قواعد الزركشى :

٣٣٢ / ٢ - ٣٣٣ .

(٢) أنظر : الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٧٣ ، قواعد ابن رجب : ٧٤ - ٨٦ ، حاشية

الدسوقي على الشرح الكبير : ٢ / ٢٩٤ ، بدائع الصنائع : ٤ / ٢١٠ - ٢١٢ ،

مجمع الضمانات : ٣٤٧ ، روضة الطالبين : ٣ / ٥٠٩ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي : ٢٧٨ ، وأنظر : قواعد الزركشى : ٢ / ٣٢٤ .

ولكن يمكن بيان الفرق بينهما من ناحية أن ضمان الاتلاف إنما يكون أثراً للاتلاف ويضمن به المتلف قيمة ما أتلّفه أو مثله وقت تعديه سواء أكان العال المتلف فسى يده أم لا . وضمان اليد هو الضمان بتلف العال فى يد ضمان لا يد أمانة ، وذلك بسبب لا يد لصاحب اليد فيه والا لكان اتلافاً . (١)

.....

(١) أنظر: الضمان فى الفقه الاسلامى : ١٨ .

المبحث السادس
في الضمان بالحيلولة .

عرض بعض الفقهاء للحيلولة بين المال ومالكه على اعتبار أنها سبب من أسباب الضمان يلزم به من أحدثها فيتعلق بذمته ضمان ذلك المال ، وقد جاء ذكرها بهذا الاعتبار في كتب الشافعية والحنابلة عند ذكرهم لأسباب الضمان في بعض المسائل .

كما عرض فقهاء من الحنفية والمالكية في تعليلهم التضمن في بعض المسائل للحيلولة ، فقد ذكروا أن التضمن فيها سببه الحيلولة بين المال ومالكه وان لم يصب ذلك المال تلف بناءً على أن الحيلولة بالنسبة إلى المالك في حكم التلف لما يترتب عليها من عدم انتفاع المالك بماله الذي حيل بينه وبينه فلم ينتفع به الانتفاع الذي يخوله له ملكه فكان مثله مثل المال التالف لا ينتفع به .

قال الشربيني الشافعي : والحيلولة توجب الضمان كالاتلاف * . (١)

والضمان بالحيلولة يتصور فيه العمد والخطأ فمن حبس شيئاً عن ربه حتى أخذه لص أو ظالم فهو ضامن لأنه حال بين المال وربه وهذا تعمد كما هو ظاهر .
و ضد العمد الخطأ كما لو أغلق باب داره على سيارة يعتقد أنها سيارته ثم عاد بعد شهر ، فقد عطل منافعها على مالكها بالحيلولة بينه وبين استعمالها خطأ

(٢) مغنى المحتاج : ٢٥٧/٢ ، وأنظر : المهذب : ٣٥٢/٢ ، المغنى : ١١٩/٥ ؛
كشاف القناع : ٤٧٥/٦ ، الفتاوى الهندية : ١٩٥/٤ ، المبسوط :
١٩١/٩ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤١٠/٣ ، ٤٤٣ ، شرح
الخرشي : ٩٨/٦ ، الضمان في الفقه الاسلامي : ١٩٥ .

فيضمن له منافعتها هذه المدة عند الجمهور القائلين بضمان المنافع خلافا للحنفية .

قال الزركشي الشافعي : الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان : قولية وفعليه ، فالفعلية توجب الضمان قطعاً وفي القولية قولان لأصحابهم نعم (١) .

فمن القولية : لو قال شخص : هذه الدار التي في يدي لزيد لا بل لعمر ، أقربها عن طريق الخطأ لزيد ثم بان له الصواب وأقربها لعمر ، فإذا حدث منه ذلك نزع من يده وسلمت لزيد لأن من أقرب لآدمي لا يقبل رجوعه عنه ، ويؤمر المقر بعد تسليمها لزيد أن يغرم قيمتها لعممر بالاقرار لأنه حال بينه وبين ملكه باقراره الأول والحيلولة توجب الضمان كالاتلاف والعمد والخطأ في أموال الناس سواء .
نص على هذه المسألة فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة . (٢)

ومن الفعلية : إذا تمت المساقات بين صاحب الشجر والعامل ثم بان الشجر مستحقاً فلرببه أخذه مع الثمرة لأنه عين ماله . ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيه بغير إذن مالكه لكن للعامل أجر مثله على من تعاقد معه وهو مدعى ملك الشجر لأنه فوت منافعه بعوض فاسد فيرجع عليه ببدلها .

نص على هذه جمهور الفقهاء ونص الشافعية والحنابلة أيضاً على أن الثمرة إذا

(١) قواعد الزركشي : ٨٩ / ٢ .

(٢) أنظر: مغنى المحتاج : ٢٥٧ / ٢ ، المهذب : ٣٥١ / ٢ ، المغنى : ٥ /

١١٩ ، كشاف القناع : ٤٧٥ / ٦ ، الانصاف : ١٩٧ / ١٢ ، الفتاوى الهندية

: ٤ / ١٩٥ ، المبسوط : ١٩١ / ٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٤١٠ / ٣ ،

شرح الخرشي : ٩٨ / ٦ .

استُحقت بعد اقتسامها وأكلها فعلى مدعى ملك الشجر والعامل ضمان ما استقر في حوزتهما لأنهما حالا بينه وبين ثمرة ملكه والحيلولة توجب الضمان كالاتلاف والعمد والخطأ في أموال الناس سواء . (١)

هذا وقد يشتهر بعض صور الغصب بالحيلولة ولكن الفرق بينهما أن الغصب يتحقق بالاستيلاء والحيلولة تتحقق به أو بعمل يحول بين العال وصاحبه على سبيل الخطأ كالمثال السابق .

والله أعلم وأحكم . . .

.....

(١) أنظر: المغنى : ٣٠٧/٥ - ٣٠٨ ، كشف القناع : ٥٣٩/٣ ، مغنى المحتاج : ٣٣١/٢ ، أسنى المطالب : ٤٠٠/٢ ، المهذب : ٤٠٠/١ ، حاشية ابن عابدين : ٢٨٦/٦ ، نتائج الأفكار : ٤٨١/٩ . . .

المبحث السابع في الضمان بالغرور .

يستعمل الفقهاء الغرور في حمل الشخص وتوجيهه بطريقة غير صحيحة لقبول ما لا مصلحة له فيه مع ترغيبه أن فيه منفعة ولو علم حقيقته ما قبل به .
وقد اتفق الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الغرور سبب من أسباب الضمان وإن اختلفوا في بعض صورته .

ووسيلة الغار لتحقيق قصده قد تكون قولاً ، كأن يصف وصفاً كاذباً ليحمل شخصاً على فعل ، وذلك مثل الاعلان الكاذب عن مزايا سلعة ليشتريها المغرور .

وقد تكون فعلاً كما في طلاء الأشياء لاخفاء عيوبها وإيهام الناس أنها من نوع جيد ليقبل الناس على شرائها ونحو ذلك .
والغرور يكون في العقود فيقبل الشخص بسببه على انشاء عقد يظن أنه في مصلحته وأنه خال من العيوب ثم يتبين أنه خدع فيه وأنه على خلاف ما ظن .

ويكون الغرور كذلك في الأفعال كحمل شخص على سلوك طريق باعتبار أنه آمن فيأخذ اللصوص أمواله ، أو يحمله على مباشرة فعل باعتبار أنه غير محظور بحيث لا يترتب عليه تلف ثم يتبين أنه على خلاف ذلك فيتسبب عنه تلف .

هذا والغرور الفعلي يجب به الضمان عند الجمهور ، أما الغرور بالقول ففيه كلام طويل للفقهاء واستعراض كلامهم فيه يخرج بنا عن الموضوع .

ولكن الخلاصة أن الغرور لا يتحقق إلا بترغيب الغار وحمله المغرور

بالطرق غير الصحيحة التي تظهر له الأمر على خلاف حقيقته ، وهذا لا يكون
الابناء على قصد الغار وسوء نيته ، لهذا فلا مدخل للخطأ
فيه لأن الغرور والخطأ نقيضان لا يجتمعان كما هو واضح . (١)

.....

(١) أنظر في هذا البحث : المهذب : ٤١٦ / ١ ، الأشباه والنظائر
للسيوطي : ١٦٢ ، مواهب الجليل : ٤٣٧ / ٤ ، الشرح الكبير مع
حاشية الدسوقي : ١١٥ / ٣ - ١١٦ ، ٤٤٤ ، حاشية ابن عابدين : ٥ /
١٤٤ ، الاختيار : ٥٤ / ٢ ، المحلى : ١١ / ١١ ، قواعد ابن رجب : ٢٢٤
- ٢٢٥ ، منار السبيل : ٤٣٦ / ١ - ٤٣٧ ، كشف القناع : ١٠٠ / ٥ ،
الأشباه والنظائر لابن نجيم : ٢١٤ - ٢١٥ .

الفصل السادس في الضمان في جنابة الحيوان ونحوه خطأً.

وتحت هذا الفصل سبعة مباحث:

المبحث الأول: في سبب الضمان في جنابة الحيوان.
المبحث الثاني: في ضمان الراكب ونحوه ما جهناه
الحيوان ونحوه.

المبحث الثالث: في حكم وقوف الدابة ونحوها.
المبحث الرابع: في حكم جموع الدابة وما في حكمه.
المبحث الخامس: في حكم ما حدث بسبب ما صدر عن
الدابة من فضلات وغيرها.
المبحث السادس: في حكم أعمال الدابة اذا وقعت على
شيء فأتلفته.

المبحث السابع: في حكم ضمان قائد القطار.

فان صاحبه يجب أن توجه اليه المسئولية لأن الضرر حصل بتعديه ، والمتعدي يلزمه الضمان . فان لم يثبت ذلك فلا مسئولية ، كما تنتفى المسئولية أيضاً اذا لم يكن للحيوان مالك .

والفهاء مع هذا اختلفوا فى مسئولية صاحب الحيوان عما يحدثه من ضرر ، ومنشأ ذلك اختلاف أنظارهم فى الأخذ بالنصوص الواردة فى فعل الحيوان . فقد أخرج البخارى بسنده الى أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال " العَجْمَاءُ عَقْلُهَا جَبَارٌ " الحديث . (١)
وأخرج مسلم بسنده الى أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " العَجْمَاءُ جَرَحُهَا جَبَارٌ " الحديث . (٢)

والمراد بـ " العجماء " : البهيمة ، سميت بذلك لأنها لا تتكلم . و"الجرح" معروف ، وليس ذكر الجرح قيداً وإنما المراد به اتلافها بأى وجه كان سواء كان بجرح أو غيره .

والمراد بـ "العقل" : الدية . أى : لا دية فيما تلفه . و" الجبار " :

الهِدْرَ الَّذِى لَا شَيْءَ فِيهِ .
فيكون معنى الحديث : أن اتلاف البهيمة لا ضمان فيه . (٣)

وأخرج أبو داود فى سننه بسنده الى أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه عليه وسلم أنه قال " الرجل جبار " (٤)

والحديث ضعيف لأنه من رواية سفيان بن حسين عن الزهرى وسفيان ثقة الا فى روايته عن الزهرى ذلك أن الحفاظ فى هذا الحديث قد خالفوه فى روايتهم

(١) صحيح البخارى : ٢٢/٩ .

(٢) صحيح مسلم : ١٣٣٤/٣ .

(٣) أنظر: فتح البارى : ٢٥٧/١٢ ، شرح النووى على مسلم : ٢٢٥/١١ ، شرح

الزرقانى على العوطاً : ١٦٩/٥ .

(٤) سنن أبى داود : ٧١٤/٤ ، سنن البيهقى : ٣٤٣/٨ .

عن الزهري فروايتهم هي " العجماء جبار " ولم يذكروا الرجل . (١)

وأخرج أبو داود في سننه بسنده الى البراء بن عازب قال : كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه ، فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ، فقضى بأن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها وأن حفظ العاشية بالليل على أهلها وأن على أهل العاشية ما أصابت ماشيتهم بالليل " (٢) وسند الحديث صحيح . (٣)

وأخرج البيهقي بسنده الى نعمان بن بشير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أوفى أ سواقهم فأوطئت بيد أو رجل فهو ضامن " (٤)

والحديث ضعيف لأن في سننه نصر بن طريف والسري بن اسماعيل وهما ضعيفان بل متروكان وقد نبه على هذا البيهقي وغيره . (٥)

هذا وظاهر حديث " العجماء جرحها جبار " أن جناية البهائم غير مضمونة لأن الحديث مطلق وقد استدل بهذا الاطلاق من قال : لا ضمان فيما أتلفته البهائم سواء كانت منفردة أو معها أحد ، وسواء كان راكبا أو سائقا أو قائدا ، وسواء كان اتلافها بيدها أو رجلها . وبهذا قال الظاهرية إلا أنهم استثنوا من عدم الضمان ما اذا كان الفعل منسوبا اليه ، وذلك بأن يحملها الذي معها على الاتلاف أو يقصده كان يكون راكبا فيلوى عنانها فتتلف

(١) أنظر: نصب الرأية : ٣٨٧/٤ ، الدراية : ٢٨٣/٢ ، تقريب التهذيب :

٣١٠/١ ، نيل الأوطار : ٣٦٥/٥ .

(٢) سنن أبي داود : ٨٢٩/٣ ، وانظر سنن ابن ماجه : ٧٨١/٢ .

(٣) أنظر: تلخيص الحبير: ٨٦/٤ ، آراء الغليل : ٣٦٢/٥ .

(٤) سنن البيهقي : ٣٤٤/٨ .

(٥) أنظر : آراء الغليل : ٣٦١/٥ .

شيئا برجلها مثلا أو يبطعنها أو يزجرها حتى يسوقها أو يقودها فتتلف ما مرت عليه فتكون حينئذ كآلة عنده فيضمن . وأما ما لا ينسب إليه فلا ضمان فيه . (١)

وقال جمهور العلماء : ان الحديث محمول على ما اذا أتلفت شيئا بنفسها بالنهار أو انفلتت بالليل من غير تفريط من صاحبها ولم يكن معها أحد في كل ذلك ولم تكن عقورا ولا فرط صاحبها في حفظها حيث يجب عليه الحفظ فهذا غير مضمون وهو مراد الحديث .
ويدل لهذا حديث البراء بن عازب فإنه يفيد الضمان اذا قصر صاحبها في حفظها حيث يجب الحفظ وذلك بالليل ، وعدم الضمان اذا لم يكن هناك تقصير .

إذاً فحديث " العجما " جرحها جبار " عام مخصوص بحديث البراء بن عازب ، ولهذا قال الامام الشافعي :

" العجما " جرحها جبار " جملة من الكلام العام المخرج الذي يراد به الخاص فلما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " العجما " جرحها جبار " وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أنسدت العجما بشيء في حال ذون حال : دل ذلك على أن ما أصابت العجما من جرح وغيره في حال جبار وفي حال غير جبار ، وفي هذا دليل على أنه اذا كان على أهل العجما حفظها ضمنوا ما أصابت ، فاذا لم يكن عليهم حفظها لم يضمنوا شيئا مما أصابت . . . " (٢)

هذا مجمل كلام العلماء وقد اختلفوا في التفاصيل اختلافا كبيرا وسنشير الى بعضه في المباحث الآتية ان شاء الله تعالى .

(١) أنظر: المحلى : ٥ / ١١ - ٨ ، فتح الباري : ٢٥٧ / ١٢ .
(٢) اختلاف الحديث للشافعي - مطبوع مع الأم له : ٥٦٧ / ٨ ، وأنظر: شرح النووى على مسلم : ٢٢٥ / ١١ ، نيل الأوطار : ٣٦٦ / ٥ ، فتح الباري : ١٢ / ٢٥٨ ، أحكام القرآن لابن العربي : ١٢٦٨ / ٣ ، المغنى : ١٨٨ / ٩ -

المبحث الثاني

في ضمان الراكب ونحوه ما جناه الحيوان ونحوه .

الأصل في السير بالدابة في طريق المسلمين أنه مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشى ، لأن الطريق حق مشترك بين الناس ، فلكل فرد حق المرور فيه ، وما يكون حقا مشتركا للجماعة يباح لكل فرد منهم استيفاؤه بشرط السلامة ، وذلك أن حق الفرد في المرور يمكنه من الاستيفاء ، ودفع الضرر عن غيره واجب عليه فيقيد بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين . وهذا القيد انما يشترط فيما يمكن التحرز عنه دون غيره مما لا يمكن فيه التحرز لأن السير في الطريق حق للمرء وما يستحق شرعا يعتبر فيه الوسع ، إذ لو شرط عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه لامتنع عن السير بالدابة مخافة أن يبطل بما لا يمكن التحرز عنه فيتعذر عليه استيفاء حقه وفي ذلك ضرر عليه ، فقد لا يقدر على المشى على رجله فيستعين بالسير على الدابة ومعلوم أن السير على الدابة في الطريق مباح لأن الطريق معد لذلك ونحوه ، ثم انه لا يضر بغيره وهو في حاجة اليه . واذا لم يكن نفس السير جنائية فلا يلزمه ضمان ما لا يستطيع التحرز منه .

فاذا شرط عليه صفة السلامة مما يستطيع التحرز عنه فانه لا يمتنع عليه استيفاء حقه من جراء ذلك وانما يلزمه به نوع احتياط في الاستيفاء . وبهذا تظهر الحكمة في أن المرور في الطريق لم يقيد بالسلامة مطلقا ، إذ لو تم هذا لأدى ذلك الى الضرر والتضييق في انتفاع الناس بالطريق والتقييد انما هو لمنع الضرر لا لاجاده . (١)

(١) أنظر: الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٢٦/١٠ ، بدائع الصنائع : ٢٧٢/٧ ، المبسوط : ١٨٨/٢٦ .

هذا وإذا كان مع الدابة راكب أو قائد أو سائق فأصابت شيئاً فأتلفتها ففى ذلك كلام للفقهاء ، فلو وطئت دابة عليها راكب أو نحوه رجلاً أو مالا بيدها أو برجلها فلا خلاف بين العلماء أن على الراكب ونحوه ضمان ذلك . واحتجوا فى ذلك بقضاء عمر على الذى أجرى فرسه فوطىء آخر بالدية ، فالذى أجرى فرسه لم يقصد أن تطأ أحداً ومع ذلك ضمَّنه عمر فالراكب ونحوه أولى منه بالضمان لأن مجرى الفرس إذا أجزاها لا يستطيع غالباً منعها بخلاف الراكب ونحوه . (١)

واحتجوا بأن جنابة الحيوان على ما تطأ عليه هو مقتضى السوق والقود فليتحمل السائق والقائد ونحوهما من كل متصرف فى الدابة نتيجة تصرفه .

وقد اختلف الفقهاء فيما عدا ذلك من جنابة الحيوان فلو ضربت الدابة بيدها أو رجلها أو رأسها أو ذيلها أو عضت بفمها انساناً أو مالا فتلف بسبب ذلك فهل يُضمن أم لا ؟

١ : ذهب ابن حزم الى أنه لا ضمان على الراكب ونحوه إذا حدث التلف بسبب ذلك لأن هذا ليس من فعل الراكب ونحوه فهو أمر خارج عن ارادته ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " العجماء جرحها جبار " . فالنبي صلى الله عليه وسلم حكم فى هذا الحديث بأن فعل البهائم هدر لا ضمان فيه ، والحديث عام فوجب العمل بعمومه وعمومه ينفى الضمان عن الراكب ونحوه إذا حدث التلف بسبب ذلك لأن هذا من فعل الدابة وليس من فعل المتصرف فيها وفعل الدابة لا ضمان فى جنايته بل جنايته هَدْرُ كما هو نص الحديث (٢)

(١) أنظر : بداية المجتهد : ٢ / ٤١٧ ، المنتقى : ٧ / ١٠٩ ، بدائع المنن : ٢ /

٢٦ ، الموطأ مع شرح الزرقانى : ٥ / ١٢٠ .

(٢) أنظر : المحلى : ١١ / ٤ - ٩ ، فتح البارى : ١٢ / ٢٥٧ .

ونوقش هذا بأن الحديث محمول على الدابة المنفردة التي ليس معها أحد أما إذا أصابت الدابة وعليها راكب أو لها سائق أو قائد فانهم ضامنون لما أصابت لأن فعلها منسوب اليهم إذ هم قادرون على ضبطها وامساكها وهي كالآلة عندهم فلم تستقل بالفعل حتى يكون جباراً فلا يدخل في الحديث. (١)

ب : والمذهب عند الشافعية أن المتصرف في الدابة كالراكب ونحوه يضمن ما أتلفته مطلقاً ولو كان ذلك بسبب ضربها برجلها أو ذنبها .

واستدلوا بحديث البراء حيث قضاء النبي صلى الله عليه وسلم : أن حفظ الماشية بالليل على أهلها وأن على أهل الماشية ما أصابت ماشيتهم بالليل " فهذا الحديث يفيد الضمان إذا قصر صاحب الماشية في حفظها حيث يجب الحفظ وذلك بالليل ، وعدم الضمان إذا لم يكن هناك تقصير .

والراكب ونحوه من كل متصرف في الدابة عليه تعهد الدابة وحفظها لأنها تحت يده فإذا أتلفت الدابة شيئاً بأي وجه من الوجوه فعليه ضمانه لأن فعل الدابة لا ينسب اليها إذا كان معها أحد بل ينسب الى المتصرف فيها لأنها كالآلة في يده فيجب عليه الضمان لتقصيره في تعهد الدابة وحفظها .

قال الأصطخري الشافعي : لولا حديث البراء ما ضمنا راكبا ولا سائقا الا أن يتعمد لأن حديث " العجماء جبار " ظاهر لولا ما بين في حديث ناقة البراء " (٢)

(١) أنظر : الجامع لأحكام القرآن : ٣١٨ / ١١ ، بداية المجتهد : ٢ /

٤١٧ ، شرح الزرقاني على الموطأ : ١٧٠ / ٥ .

(٢) حاشية الشبرايملسي على نهاية المحتاج : ٣٨ / ٨ ، وأنظر : أسنى

المطالب : ١٧١ / ٤ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤ / ٤ .

ج : والمذهب عند الحنفية والحنابلة : أن الراكب ونحوه من كل متصرف في الدابة يضمن ما جنته بيدها أو رأسها ونحوهما ولا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها .

واستدلوا بحديث " الرجل جبار " فقد نص على أنه لا ضمان في جناية الرجل فيبقى غيرها على الأصل وهو الضمان ، ويقاس الذنب عليها بجامع عدم امكان الاحتراز .

ونوقش الحديث بأنه ضعيف لأنه من رواية سفيان بن حسين عن الزهري وسفيان ثقة الا في روايته عن الزهري ، ذلك أن الحفاظ في هذا الحديث قد خالفوه في روايتهم عن الزهري فروايتهم هي " العجماء جبار " ولم يذكروا الرجل .

كما استدلو بالقاعدة العامة التي تقول : ما يمكن الاحتراز عنه يضمن ومالا فلا بناء على أن الضمان بالتسبب ، وجناية الدابة بالنفخ بالرجل أو الذنب مما لا يمكن الاحتراز منه ومالا يمكن التحفظ منه لا ضمان فيه .

قال ابن سيرين : كانوا لا يُضمّنون من النَّفْحَةِ ويضمنون من رد العنان " والمعنى : أن الدابة اذا كانت مركوبة فلفت الراكب عنانها فأصابت برجلها شيئاً ضمنه الراكب ، واذا ضربت برجلها من غير أن يكون له في ذلك تسبب لم يضمن . (١)

ونص الحنابلة وهو المفهوم من تعليل الحنفية ، على أنه اذا كانت جناية الدابة بفعل الراكب ونحوه مثل أن يجذبها اليه باللجام زيادة على العادة أو يضربها في وجهها ونحو ذلك فإنه يضمن جناية رجلها . لأنه قد تسبب في جنايتها فكان ضمانها عليه (٢)

(١) صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى : ٢٥٦ / ١٢ .
 (٢) أنظر : المغنى : ١٨٩ / ٩ - ١٩٠ ، كشف القناع : ١٢٦ / ٤ ، شرح منتهى الايرادات : ٤٢٩ / ٢ ، المبسوط : ١٩٢ / ٢٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٢ / ٧ ، تبين الحقائق : ١٤٩ / ٦ .

د : والمذهب عند المالكية أن الراكب ونحوه من كل متصرف في الدابة لا يضمن ما جنته الدابة برأسها أو يدها أو رجلها أو ذنبها إلا إذا تسبب الراكب ونحوه في ذلك ، فإذا كانت الجناية بسبب شيء فعله من يده عليها فالضمان واجب على من فعل ذلك ، وإذا لم يكن للجناية سبب واضح فلا شيء على الراكب ونحوه .

أما أنه لا ضمان على الراكب ونحوه إذا لم يتسبب في الجناية فللحديث الصحيح " جرح العجماء جبار " .

وأما أنه يضمن إذا تسبب في ذلك فلأن سير الدابة منسوب إلى الراكب ونحوه فلم تستقل الدابة بالفعل حتى يكون جباراً فلا يدخل في الحديث . (١)

هذا ومن ينعم النظر في هذه المذاهب يجد أنها تكاد تتفق على قاعدة هامة وهي " أن كل متصرف في الدابة يضمن جنايتها متى أمكن نسبة هذه الجناية لتقصيره "

فتجد ابن حزم رحمه الله حينما لا يضمن الراكب ونحوه في جناية الدابة بيدها مثلاً يقول : ليس من فعله فلا ضمان عليه " (٢)

ومعنى هذا التعليل أن ما كان من فعله فهو ضامن له وذلك كما لو حمل الدابة على تصرف أدى إلى اتلاف شيء فإنه يضمنه لتسببه في ذلك . ولهذا قال ابن حزم : وأما السائق فإن حملها بضرب أو نخس أو زجر على شيء ما فإن عمداً فالقود والضمان وإن لم يعمد فهو قاتل خطأ ، فإن لم يحملها على شيء فلا ضمان عليه لأنه لم يباشِر " (٢)

(١) أنظر : شرح الزرقاني على الموطأ : ١٧٠ / ٥ ، المنتقى : ١٠٩ / ٧ ،

حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٧ / ٤ - ٣٥٨ .

(٢) المحلي : ٨ / ١١ .

والشافية حينما أطلقوا الحكم وقالوا بضمان الراكب ونحوه جناية الدابة مطلقا عللوا ذلك بقولهم : لأنها في يده وعليه تعهدا وحفظها " (١)
فهم قد ضمنوا الراكب ونحوه لأنه قد قصر في حفظ الدابة أما إذا لم يقصر في حفظها فلا ضمان عليه ، ولهذا قالوا : لوركب الدابة فنخسها انسان بغير اذنه فرمحت وأتلفت شيئا فالضمان على الناخس " (١)

والحنفية بنوا مذهبهم على قاعدة هامة وهي : أن كل ما أمكن الاحتراز منه فالراكب ونحوه ضامن ما نتج عنه وما لا يمكن الاحتراز عنه فالراكب ونحوه لا يضمن ما نتج عنه ، ذلك أن ما يمكن الاحتراز عنه كضرب الدابة بيدها وعضها بضمها يعتبر من تقصير الراكب حيث لم يمنع الدابة من هذا لهذا فهو ضامن ، أما ما لا يمكن الاحتراز عنه كضرب الدابة بذنبها فلا ضمان على الراكب بسببه لأنه لم يقصر إذ هذا خارج عن ارادته .

ومذهب الحنابلة يسير على القاعدة التي ذكرها الحنفية .
ومذهب المالكية تضمين الراكب ونحوه متى كان السبب في الجناية لتقصيره ، أما إذا لم تكن الجناية من فعله فلا ضمان عليه لعدم تقصيره .
وهكذا تتفق المذاهب على هذه القاعدة الهامة وانما الخلاف في اعتبار بعض الأفعال أسبابا أو ليست بأسباب .

هذا والذي جعلني أتوسع في جناية الراكب ونحوه هذا التوسع أمران :

الأول :

انها نوع من الخطأ وهو موضوع بحثي .

قال الكاساني : وكذلك الراكب اذا كان يسير في الطريق فوطئت دابته رجلا بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ في هذا القتل " (١)
وقال ابن رشد الحفيد : ومن أنواع الخطأ المختلف^{فيه}، اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد . . . " (٢)
وبما أن جناية الراكب ونحوه من أنواع الخطأ فهي تأخذ حكم الخطأ فضمن المال في مال الراكب ونحوه وضمن النفس على عاقله الراكب ونحوه . وقد نص على هذا العلماء . (٣)

الثاني :

ان هذا الموضوع وثيق الصلة بوسائل النقل الحديثة كالسيارة والطائرة والباخرة ، وأمر وثيق الصلة بهذه الوسائل الهامة يجب أن ينال منا كـل عناية إذ لا غنى للناس عن استعمال وسائل النقل والمواصلات بل صارت من ضرورات الحياة ، ولذا كثر استعمال الناس لها في تحقيق مصالحهم وقضاء حاجاتهم ونشأ عن ذلك كثير من الحوادث

وإذا كان ذلك كذلك فيمكن تطبيق القاعدة التي وصلنا إليها في هذا البحث على حوادث السيارات ونحوها فنقول : كل متصرف في السيارة أو الطائرة ونحوهما يضمن جنايتها متى أمكن نسبة هذه الجناية لتقصيره " ولكن معرفة المقصر في هذه الحوادث من الدقة بمكان فلا بد من الاستعانة برأى الخبراء في هذا الشأن لمعرفة المقصر وعدمه .

-
- (١) بدائع الصنائع : ٢٧١/٧ .
(٢) بداية المجتهد : ٤١٧/٢ .
(٣) أنظر: حاشية الدسوقي على شرح الكبير : ٣٥٧/٤ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ ، كشف القناع : ١٢٦/٤ .

وكلها ترجع الى أصل ذكره الامام الباجي رحمه الله في المنتقى حيث قال :
وأصل ذلك ان ما كان على الوجه المباح فلا ضمان فيه وما كان غير مباح يُضمن
ما تلف به " (١)

واليك بعض الأمثلة التي توضح هذا الأصل :

قال الكاساني : لو أوقف دابته في موضع أذن الامام بالوقوف فيه كما فسى
سوق الخيل والبغال فلا ضمان عليه فيما أصابت في وقوفها لأن للامام أن يفعل
ذلك اذا لم يتضرر الناس به فلم يكن متعديا في الوقوف فأشبه الوقوف في ملك
نفسه " (٢)

وقال الشربيني : نعم ان ربطها في المتسع بأمر الامام لم يضمن كما لو
حفر بئرا في الطريق لمصلحة نفسه " (٣)

وقال القاضي أبو يعلى : وظاهر كلام أحمد أنه لا يضمن اذا كان واقفا
لحاجته والطريق واسع " (٤)

وقال الباجي : اذا نزل عنها لحاجته فأوقفها في الطريق بباب مسجد أو حمام
أو باب أمير أو سوق أو ما أشبه ذلك فلا يضمن " (٥)

وإذا كان الحكم كذلك في الدواب فكذلك الحال في السفن ، فقد تكلم ابن عقيل
عن ربط السفينة وارسائها في النهر السلوك ثم قال : ان كان باذن الامام

-
- (١) المنتقى : ١١١ / ٧ .
(٢) بدائع الصنائع : ٢٧٢ / ٧ ، وأنظر : تبين الحقائق : ١٤٩ / ٦ .
(٣) مغنى المحتاج : ٢٠٦ / ٤ ، وأنظر : نهاية المحتاج : ٤٠ / ٨ .
(٤) الانصاف : ٢٢١ / ٦ ، وأنظر : القواعد لابن رجب : ٢١٦ .
(٥) المنتقى : ١١١ / ٧ ، وأنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٤٤ / ٤ .
المدونة : ٤٤٥ / ٦ ، شرح الخرشى : ٨ / ٨ ، مواهب الجليل : ٢٤١ / ٦ .

والطريق واسع والجريان معتدل جاز والال لم يجز " (١) . وقد ذكر نحو هذا الكلام الرملي الشافعي في كتابه نهاية المحتاج . (٢)

ومعنى هذا الكلام أنه متى كان الوقوف جائزا فلا ضمان لعدم التعدي والال فالضمان واجب لوجود التعدي ، والعلة في هذا أن جنابة الدابة أو السفينة وهى واقفة من باب الجنابة بالسبب والمتسبب لا يضمن الا اذا كان متعديا كما تقدم بسطه .

واذا كان اذن الامام ينفي الضمان لأن القاعدة تقول " الجواز ينفي الضمان " الا أنه ينبغي أن يُعلم بأن اذن الامام مقتصر على الوقوف ، أما السير في مكان الوقوف فالمتسبب بالسير يضمن ما ترتب على سيره لأن السير موجود قبل اذن الامام واذن الامام في هذا وعدمه سواء .

قال الكاساني : ولو كان سائرا في هذه المواضع التى اذن الامام فيها بالوقوف للناس أو سائقا أو قائدا فهو ضامن لأن أثر الاذن فى سقوط ضمان الواقف لا فى غيره " (٣) أى : سقوط ضمان صاحب الدابة الواقعة .

هذا واذا صح هذا فى الدواب والسفن فالسيارات ونحوها كذلك لوجود العلة فمتى كان موقف السيارة سليما فلا ضمان على ما ترتب على هذا الوقوف ومتى كان وقوفها غير سليم فالضمان واجب للتعدي .

.....

(١) قواعد ابن رجب : ٢١٦ .
 (٢) أنظر : نهاية المحتاج : ٣٦٦/٧ .
 (٣) بدائع الصنائع : ٢٧٢/٧ .

المبحث الرابع
فى حكم جموح الدابة وما فى حكمه

اذا تقرر أن الراكب ضامن لما أتلفته الدابة فما الحكم اذا استعصت الدابة على راكبها حتى غلبته وقطعت العنان أو اللجام وأتلفت شيئاً ؟
ا : المذهب عند الحنفية والحنابلة وهو قول ابن حزم وقول عند الشافعية - أن الدابة اذا غلبت راكبها ولم يملك ردها وثبت عجزه عن منعها - وأتلفت شيئاً فلا ضمان عليه ، لأن ذلك ليس من قبل تفريط ولا اهمال وانما هو من جهتها وقد انقطع تسييره لها عند الغلبة فلا يضاف سببها اليه .

ب : والمذهب عند المالكية والشافعية وهو قول ابراهيم النخعى - أن الدابة اذا استعصت على راكبها وقطعت العنان وأتلفت شيئاً فضمن ذلك على الراكب ، لأن قطع العنان أو اللجام فيه تقصير فى الجملة ينسب الى الراكب ، إذ قطع الدابة له دليل على عدم احكامه .
وابراهيم النخعى : قاس المسألة على الذى روى بسهمه طائراً فأصاب رجلاً فقتله .

وفرق المالكية وبعض الشافعية فقالوا : بالضمنان فى حالة قطع العنان ونحوه وبعد ضمان فى حالة الفزع ، ذلك أن الدابة اذا غلبته بفزع من شىء مربوه فى الطريق من غير سبب من الراكب فلا ضمان على الراكب والحالة هذه لأن التقصير لا يمكن أن ينسب الى الراكب فأشبهه مالو هاجت ربح بعد احكام ملاح السفينة آلتها وفرقت فانه لا ضمان على الملاح لانتفاء تقصيره . (١)

(١) أنظر فى هذه المسألة : حاشية ابن عابد بن : ٦ / ٦٠٨ ، مجمع الضمانات : ١٨٩ ، شرح على حيدر على المجلة : ٥٧٢ / ٢ ، كشف القناع : ٩ / ٦ ، مطالب أولى النهى : ٨٢ / ٦ ، شرح منتهى الايرادات : ٣ / ٣٠١ ، المدونة : ٤٤٧ / ٦ ، مواهب الجليل مع التاج والاكليل : ٢٤٣ / ٦ - ٢٤٤ ، حاشية العدوى على الخرشى : ١٢ / ٨ ، تبصرة الحكام : ٣٥٤ / ٢ ، أسنى المطالب : ١٧٢ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٣٩ / ٨ ، مغنى المحتاج : ٤ / ٢٠٤ - ٢٠٥ ، المحلى : ١١ /

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب المالكية ومن وافقهم فاذا كانت الغلبة من جهة قطع العنان ونحوه فينبغى أن يضمن الراكب ، ذلك أن الواجب على الراكب أن يضبط مركوبه أو لا يركب ما لا يضبطه .

أما اذا كانت الغلبة بفرع مربة فى الطريق من غير سبب راكمه فينبغى عدم الضمان لخروج الأمر عن اختيار الراكب وبهذا يعتدل النظر من الجانبين .

وأفاد الحنفية بأنه اذا اختلفا فى عدم القدرة على رد الدابة فالقول للخصم والبينة على مدعى العجز لأن انكاره لأصل الضمان فى ضمن الدعوى لا يفيد بعد تحقق سببه .

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن من سار على دابة فى الطريق فضربها انسان أو طعنها بعود أو غيره فضربت برجلها أو بيدها أو نفرت فأتلفت شيئا فى فورها ، فضمن ذلك على الضارب والطاعن ولا ضمان على الراكب ، روى هذا عن ابن مسعود وكان ذلك منه بمحضر من الصحابة ولم يعرف الانكار من أحد فيكون اجماعا . (١)

ولأن الراكب ودابته مدفوعان بسبب الضارب أو الطاعن فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده لتعديه فى تسببه ، ذلك أن ضربه أو طعنه جنائية فما تولد منه كان ضمانه عليه (٢)

(١) أخرج الأثر: عبد الرزاق فى مصنفه وابن أبى شيبة فى مصنفه . أنظر:

نصب الرأية : ٣٨٨/٤ ، الدراية : ٢٨٣/٢ .

(٢) أنظر: بدائع الصنائع: ٢٨١/٧ ، أسنى المطالب: ١٧٢/٤ ، تبصرة

الحكام: ٣٥٥/٢ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي: ١٢/٨ ، مواهب

الجليل: ٢٤٤/٦ ، المدونة: ٤٤٧/٦ ، كشف القناع: ١٢٦/٤ ، شرح

منتهى الايرادات: ٤٢٩/٢ ، مطالب أولى النهى: ٨٨/٤ ، الانصاف:

٢٣٨/٦ ، المغنى: ١٩٠/٩ .

وأفاد الحنفية والشافعية أن الحكم كذلك ولو كان الضارب أو الطاعن صغيرا غير مميز لأن ما كان من خطاب الوضع لا يختلف فيه الحال بين المميز وغيره . (١)

كما أفاد الحنفية والحنابلة أن البهيمه لو جنت على من ضربها أو طعنها فدمه هدر لأنه السبب في الجناية على نفسه . (٢)

ونبيه الحنفية على مسألتين :

الأولى :

لو أوقف الراكب دابته في الطريق فضربها أحد أو طعنها فان ضمان ما ينشأ عن هذا الطعن أو الضرب يكون على الراكب والطاعن نصفين لأن الراكب متعدد في الايقاف أيضا .
أما اذا لم يتعد في الايقاف كما لو حرنت الدابة ووقفت فضربها أو طعنها هو أو غيره لتسيير فلا شيء عليهما لعدم التعدى .
هذا كلامهم والظاهر الفرق بينما اذا سارت سيرا معتادا وما اذا جمحت بسبب الضرب .

الثانية :

اذا ألت الدابة المضروبة أو المطعونه راكبها فقتلته فديته على عاقله الضارب أو الطاعن لأنه متعدد في تسببه والدية في هذه الحالة على العاقله . (٣)

(١) أنظر : حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج : ٣٩ / ٨ ، حاشية ابن

عابدين : ٦٠٩ / ٦ .

(٢) أنظر : الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٣٥ / ١٠ ، كشاف القناع :

١٢٦ / ٤ .

(٣) أنظر : الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٣٥ / ١٠ ، حاشية ابن عابدين : ٦ /

٦٠٩ .

هذا كله اذا كان الطعن أو الضرب بغير اذن الراكب فان اذن الراكب ففى ذلك فالمذهب عند الشافعية أن الضمان على الراكب فقط لأن الضرب أو الطعن باذن الراكب يعتبر بمنزلة فعله ، ومن ثم فلا ضمان على الضارب أو الطاعن فى اتلاف الدابة لأن الراكب أمرهما بما يملكه اذ الطعن أو الضرب فى معنى السوق فصح أمره به وانتقل أثره اليه لمعنى الأمر . (١)
والمذهب عند الحنفية أن الضمان على الراكب والطاعن أو الراكب لأنهما اشتركا فى سبب الاتلاف ، ذلك أن سير الدابة فى تلك الحال مضاف اليهما فصار الطاعن مع الراكب كالسائق مع الراكب فالضمان عليهما نصفين . (٢)

والذى أميل اليه هو مذهب الشافعية لأن طعن الآخر انما كان باذن الراكب لتسير الدابة والاذن ينافى الضمان كما هو معلوم .

هذا وينبغى أن يعلم أن ضمان النفس فى هذا الباب على عاقلة الراكب أو الطاعن ونحوهما ، لأن جنايتهما من باب الخطأ ، فالطاعن مثلا قصده تنفير الدابة ولم يقصد ما ترتب على هذا التنفير وهو الاتلاف لذلك فجنايته من باب الخطأ والعاقلة تحمل دية القتل اذا كان القتل خطأ .
أما ضمان المال فى مال المتلف طاعنا كان أو ضاربا لأن العاقلة لا تتحمل هذا . (٣)

-
- (١) أنظر : أسنى المطالب : ١٧٢/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٩/٨ ،
مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ .
(٢) أنظر : بدائع الصنائع : ٢٨٢/٧ ، الهداية مع نتائج الأفكار :
٣٣٥/١٠ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٩/٦ .
(٣) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٦٠٩/٦ .

وقد ذكر الحنفية ما لو نخس الدابة شي* منصوب في الطريق فنفرت وأتلفت شيئا في فورها ، أن الضمان على من نصبه لأنه متعدد يشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله . (١)

هذا ويفهم من هذا العرض الموجز أن راكب السيارة ونحوها اذا فقد السيطرة على مركوبه وترتب على هذا تلف نفس أو مال أنه لا يضمن الا اذا أمكن نسبة هذا التلف لتقصيره .

أما اذا كان الأمر خارجا عن إرادته فلا ضمان عليه لعدم تقصيره ، ومن عدم تقصيره ما اذا فاجأته سيارة أو دابة في الطريق ولم يستطع السيطرة على سيارته أو دفعته سيارة من خلفه فضرب من أمامه وأحدث فيه تلف ونحو ذلك .

.....

(١) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٦٠٩ / ٦ ، الهداية مع نتائج الأفكار :
٠٣٣٧ / ١٠

المبحث الخامس

في حكم ما حدث بسبب ما صدر عن الدابة من فضلات وغيرها .

إذا بالت الدابة أو راثت بطريق فتلف بذلك نفس أو مال فهل يجب على راکب الدابة ضمان ذلك أم لا ؟
 ا : ذهب جمهور الشافعية الى أن الراكب يضمن ما تلف بسبب ذلك لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة .
 وهذا إذا لم يقصد المار فلو مشى قصدا على موضع البول أو الروث فتلف به فلا ضمان .

ب: وذهب الحنفية وجماعة من الشافعية الى أن الراكب لا يضمن ما تلف بسبب ذلك لأن الطريق لا يخلوا عن ذلك والمنع من الطريق لا سبيل اليه .
وقال الحنفية : ان حصل منها ذلك وهي واقفة والحال أن الراكب متعدد في وقوفه فالراكب ضامن ما تلف بسبب ذلك لأنه متعدد في هذا الايقاف إذ الايقاف ليس من ضرورات السير .
 أما إذا كان الراكب غير متعدد في الايقاف فلا ضمان عليه وذلك كما لو وقف في مكان أذن الامام في الوقوف فيه أو وقف الدابة بسبب الازدحام أو لضرورة أخرى ولم يتمكن من العود أو التخلص من ذلك فلا ضمان عليه لعدم التعدى .^(١)

وإذا قسنا على هذه المسألة ما تخلفه السيارات ونحوها من شحوم وزيوت ونحوهما ، فاننا نقول بقول جمهور الشافعية وهو الضمان ، لأن قائد السيارة

(١) أنظر: مغنى المحتاج : ٢٠٥/٤ ، نهاية المحتاج : ٤١/٨ ، أسنى المطالب : ١٧٢/٤ ، الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٢٧/١٠ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٣/٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٣/٧ .

هو المقصر حيث لم يمنع تسرب الزيوت والشحوم فتسبب عن ذلك التلف ولو احتاط للأمر لما حدث ما حدث .

هذا وإذا أصابت الدابة بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا فتسبب ذلك في تلف انسان أو عضو منه أو مال فهل يضمن الراكب أم لا ؟

ا : ذهب جمهور الشافعية والمالكية الى أن الراكب يضمن ما تسبب عن ذلك لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة .

ونص المالكية أن الحكم لا يختلف مع الانذار وعدمه فلو أنذر الراكب العارين فسي الطريق وحصل تلف بسبب أثر سير الدابة فالضمان على الراكب ولا بد لأن التنحى لا يلزم العار إذ من سبق لمباح كطريق لا يلزمه التنحى لغيره .

ب : وذهب جماعة من الشافعية وبعض المالكية الى أن الراكب لا يضمن الا اذا قصر ، ومن التقصير الركض الشديد في الوحل وفي مجتمع الناس .
أما المشي المعتاد في الطريق فلا يضمن ما يحدث منه فلو ركضها كالعادة وطارت حصاة لعين انسان فقأتها لم يضمن الراكب لعدم تقصيره . (١)

وأحسب أن مذهب الحنفية قريب من هذا المذهب فقد قالوا : وان أصابت الدابة بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقا عين انسان أو فسد ثوبه لم يضمن ، لأن هذا مما لا يمكن الراكب الاحتراز عنه إذ سير الدواب لا ينفك عنه .

(١) أنظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٨ / ٤ ، تبصرة الحكام : ٣٥٣ / ٢ ، مغنى المحتاج : ٢٠٥ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٤١ / ٨ ، أسنى المطالب : ١٧٢ / ٤ .

أما لو كان الحجر كبيرا فان الراكب يضمن ، لأن هذا مما يمكن الاحتراز عنه في السير عادة وانما حدث ذلك بتعنيف الراكب .

قال ابن عابدين : محل ذلك اذا لم ينخسها ولم ينفرها أما لو نخسها أو نفرها فأثارت غبارا أو حصاة فأتلقت شيئا ضمنه " (١)

هذا واذا قسنا على هذا ما يمكن أن تشبه السيارة في سيرها من أحجار أو غبار أو وحل ونحوها فينبغي أن نرجح القول الأخير ، فمتى كان سير قائد السيارة معتادا فلا يضمن ما ترتب عليه ، أما اذا كان سيره غير معتاد فالضمان واجب وبهذا يعتدل النظر من الجانبين .

.....

(١) حاشية ابن عابدين : ٦٠٥ / ٦ ، وأنظر: بدائع الصنائع : ٢٧٢ / ٧ ، الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٢٦ / ١٠٠ .

المبحث السادس

في حكم أحمال الدابة اذا وقعت على شيء، فأتلفته .

نص الحنفية والمالكية على أن من ساق دابة فوق سرُّجها أو لجامها على رجل فقتله أو مال فأتلفه فالضمان واجب على المتصرف في الدابة ، لأنه متعدد في هذا التسبب فقد قصّر حيث ترك شد ما عليها ولم يحكمه فوق ما وقع . (١)

وقد اتفق الفقهاء على أن المتصرف في الدابة المحملة بالخطب أو الحديد ونحوهما إذا أذّر من كان واقفاً في الطريق أو سائراً فيه وسمع صوته وأمكنه التنحي ولم يتنح حتى أصابه الخطب أو الحديد فأتلف ثوبه أو جرحه فلا ضمان على الراكب ونحوه لأن عدم التنحي مع التمكن منه تقصير من صاحب الثوب .

أما إذا لم ينذره أو أذّره ولم يسمع صوته أو سمع ولم يتيسر له التنحي لضيق المدة أو لضيق الطريق أو لوجود زحام لا يُمكنه من التنحي فالراكب ونحوه ضامن لأنه لا تقصير من صاحب الثوب في هذه الحالة . (٢)

وبه الحنفية والشافعية إلى أن صاحب الدابة إنما يضمن بعدم الانذار، إذا امتدت الدابة إلى جانب صاحب الثوب ، أما إذا مشى صاحب الثوب إلى الدابة المحملة

(١) أنظر: المنتقى : ١١٠ / ٧ ، الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٣٠ / ١٠ ، بدائع الصنائع : ٢٧١ / ٧ ، حاشية ابن عابد بن : ٦ / ٦٠٦ .

(٢) أنظر: مغنى المحتاج : ٢٠٥ / ٤ - ٢٠٦ ، أسنى المطالب : ١٧٢ / ٤ ، كشف القناع : ١٢٩ / ٤ ، الانصاف : ٢٤٢ / ٦ ، مطالب أولى النهى : ٩١ / ٤ - ٩٢ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٤٥١ / ٣ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي : ١٤٠ / ٦ ، مجمع الضمانات : ١٩٠ ، الفتاوى البرازية مطبوعاً بهامش الفتاوى الهندية : ٤٠٢ / ٣ .

وهو يراها ولم يتباعد عنها مع وجود فرصة لذلك فلا ضمان على السائق ونحوه لأن التقصير من صاحب الثوب . (١)

ونص الشافعية على أن الراكب لا يضمن ما أتلفته الدابة من مال إذا قصر صاحب المال في حفظه كما لو وضعه بطريق ولو واسعاً وان أذن الامام كما اقتضاه اطلاقهم إذ الغرض هنا تعريضه متاعه للتلف وهو موجود . (٢)

قال الشيرازي : ومنه ما جرت به العادة الآن من احداث مساطب أمام الحوانيت بالشوارع ووضع أصحابها عليها بضائع للبيع كالخضرية مثلا ، فلا ضمان على من أتلفت دابته شيئا منها بأكل أو غيره لتقصير صاحب البضاعة (٣)
والحكم عند الحنفية كذلك اذا لم يقصر صاحب الدابة ، أما لو قصر فالضمان عليه ولا بد . قال في مجمع الضمانات : من أقام حمارا على الطريق وعليه ثياب فجاء راكب وخرق الثياب ، ان كان الراكب يبصر الحمار والثياب يضمن ، وان لم يبصر ينبغي أن لا يضمن (٤)

هذا ولو اختلف راكب الدابة وصاحب الثوب في التنبيه وعدمه فالظاهر تصديق صاحب الثوب لأنه وجد ما حصل به التلف المقتضى للضمان والأصل عدم التنبيه .

(١) أنظر : نهاية المحتاج : ٤٢/٨ ، الفتاوى البزازية مطبوعا بهامش الفتاوى الهندية : ٤٠٢/٣ .

(٢) أنظر : نهاية المحتاج : ٤٢/٨ ، مغنى المحتاج : ٢٠٦/٤ .

(٣) حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج : ٤٢/٨ .

(٤) مجمع الضمانات : ١٩٠ ، وأنظر : الفتاوى البزازية : ٤٠٢/٣ .

(٥) أنظر حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج : ٤٢-٤١/٨ .

هذا واذا تقر ما تقدم بالنسبة لراكب الدابة فينبغي أن يقاس عليه قائد السيارة ونحوها لوجود العلة ، فمتى قصر قائد الشاحنة في شد أعمالها أو قصر قائد السيارة في تنبيه المارة في الطريق ونتج عن هذا التقصير تلف نفس أو مال فالضمان واجب على الراكب والدية على عاقلته وضمان المال في ماله . أما اذا لم يقصر قائد السيارة أو الشاحنة في شد أعمالها أو في تنبيه المارة بل الذي قصر هو المار في الطريق حيث لم يتنح مع تمكنه من ذلك أو قصر بوضع ماله في طريق السيارة مما حدث عنه تلف نفس أو مال فلا ضمان على قائد السيارة لعدم تقصيره .

وينبغي أن ينظر الى أهلية السائقين للسياسة في هذه الأيام ، لأن الكثير منهم لا يحسن السياسة وكثير من الذين يحسنونها يكونون في حالة لا يمكنهم ضبط السيارة لسكر أو نوم أو غيرهما .

.....

المبحث السابع

فى حكم ضممان قائد القطار .

القطار : هو عدد من الابل تقطر على نسق واحد وهو فعال بمعنى مفعول . . . فمن قاد قطارا فهو ضامن لما وطئه أى بعير من القطار سواء كان فى اوله أو وسطه أو آخره ، لأن القائد عليه حفظ القطار وهذا ممكن إذ القطار بيده يسير بقوده ويقف بايقافه فيضاف اليه ما حدث منه .
ولأن القائد متسبب فى جناية القطار والمتسبب يضمن اذا كان متعديا والقائد متعد لأنه قصر فى حفظ القطار فيلزمه ما نتج عن ذلك .
وهذا هو المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة . (١)

هذا واذا تقرر ما تقدم فينبغى أن نقيس عليه ما يعرف فى زماننا " بقطار سكة الحديد " ونحوه ، وقطار سكة الحديد عبارة عن مجموعة عربات مقطور بعضها الى بعض تجرها القاطرة على القضبان الحديدية والمتصرف فى هذه القاطرة هو قائد القطار فاذا حدث تلف نفس أو مال بسبب أحد هذه العربات المقطورة فالمسئول عن ذلك هو القائد لأنه قصر فى حفظ وصيانة القاطرة والعربات والمتسبب اذا كان متعديا يضمن ، ومن التقصير ما اذا أوقف القاطرة فجأة فحدث تلف نفس أو مال .

أما اذا كان الأمر خارجا عن ارادته كما لو قصر المسئول عن صيانة سكة الحديد فى صيانتها وحصل تلف بعض أجزائها أو نسف بعض أجزائها قطاع الطريق

(١) أنظر : نهاية المحتاج : ٣٨ / ٨ ، روضة الطالبين : ١٠ / ١٩٧ ، كشاف القناع : ١٢٧ / ٤ ، الانصاف : ٢٣٩ / ٦ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣٥٧ / ٤ ، المنتقى : ١١٠ / ٧ ، تبصرة الحكام : ٣٥٤ / ٢ ، بدائع الصنائع : ٢٨٠ / ٧ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٦ / ٦ ، الهداية مع نتائج الأفكار : ٣٣٠ / ١٠ .

ونحوهم وترتب على ذلك تلف نفس أو مال ، فالمسئول عن ذلك هو المسئول
عن صيانة سكة الحديد أو الناسف لها من قاطع طريق ونحوه ، لأن
القائد غير متعمد ولا يمكن نسبة التقصير اليه في هذه الحالة .
هذا وان كان القطار الحديدى يختلف عن قطار الابل فى تكوينه
وفى مسئولية القائمين عليه .

.....

الفصل السابع في أحكام الاصطدام.

وتحت هذا الفصل ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : في حكم اصطدام الفرسان
والمشاة وخوهمما.

المبحث الثاني : في حكم اصطدام السفن .

المبحث الثالث : في حكم اصطدام السيارات
وخوها .

على الوجه فدمهما هدر لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه
 إذ لو مات من فعل صاحبه لخر على قفاه فلما سقط على وجهه علم أنه سقط
 بفعل نفسه فلا ضمان على أحد .
 في
 وقاس هؤلاء المقيدون هذه المسألة على ما ذكره الحنفية/المتجازين بحبل
 فلو تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا على القفا هدر دمهما لموت
 كل بقوة نفسه فان وقعا على الوجه وجبت دية كل واحد منهما على عاقلة
 الآخر لموته بقوة صاحبه (١)

ويمكن مناقشة هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الموت في التجاذب يمكن
 معرفة سببه بخلاف الموت في التصادم .

ج : والمذهب عند الشافعية - وهو قول زفر من الحنفية وقول عند الحنابلة -
 أن على عاقلة كل منهما نصف الدية ، ويجب على كل واحد منهما في ماله
 نصف قيمة دابة صاحبه وهكذا حكم المال التالف مع الدابة .

وذلك لأن التلف حصل بفعلها فكان الضمان منقسما عليهما كما لو جرح انسان
 نفسه وجرحه غيره فمات منهما فيهدر فعل كل منهما في حق نفسه . (٢)

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن المقيس عليه : الفعلان فيه
 محظوران ، بينما المرور في الطريق في حق المتصادمين مباح والمباح لا يصلح
 مستندا للاضافة في حق الضمان بالنسبة للطاركالشائر اذا لم يعلم بالبيئـ

(١) أنظر تبين الحقائق : ١٥٠ / ٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٣ / ٧ ، مجمع
 الأنهر : ٦٦١ / ٢ ، مجمع الضمانات : ١٨٩ ، الهداية مع نتائج الأفكار :
 ٣٢٩ / ١٠ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٥ / ٦ - ٦٠٦ .
 (٢) أنظر : مغنى المحتاج : ٨٩ / ٤ - ٩٠ ، نهاية المحتاج : ٣٦٢ / ٧ .

المحفورة في الطريق ووقع فيها فمات لا يهدر شىء من دمه لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره فكل منهما صدر منه فعل هو جنابة وقعت خطأ فيؤاخذ بها .

ونبه الشافعية بأن الحكم كذلك اذا كانت الدابتان لهما فان كانتا لغيرهما كالمعارتين والمستأجرتين لم يهدر منهما شىء لأن المعار ونحوه مضمون وكذا المستأجر ونحوه اذا أتلفه ذواليد .

هذا واذا كان أحد الراكبين يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فمات السابق أو ماتت دابته فقد نص الحنفية والحنابلة على أن دية السابق على عاقلة اللاحق ، وقيمة دابة السابق في مال اللاحق لأن فعل اللاحق هو السبب في التلف فيضمن ما نتج عن فعله .
وان تلف اللاحق أو مركوبه بسبب ذلك فدمه وماله هدر لأنه لم يجن عليه أحد .

وظاهر مذهب الشافعية أن حكم السابق واللاحق كحكم المتقابلين ، لأنه لا عبرة بقوة مشى أحدهما وقلة حركة الآخر لعدم انضباطه فسقط اعتباره . (١)
والراجع مذهب الحنفية والحنابلة لأن التفريط غالباً ما يكون في جانب السابق .

هذا واذا كان أحد الراكبين يسير والآخر واقفا فتصادما وما تا وتلفت دابتهما فقد نص الحنابلة وهو ظاهر عبارة الشافعية أن على عاقلة السائر

(١) أنظر: نهاية المحتاج : ٤٢ / ٨ ، حاشية ابن عابد بن : ٦ / ٦٠٥ ، المغنى : ١٩١ / ٩ ، كشف القناع : ٦ / ١٠ - ١١ ، مجمع الضمانات : ١٨٩ .

ضمان الواقف لأنه قتل خطأ . وعلى السائر في ماله ضمان دابة الواقف لأن السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه . ودم الصادم ودابته هدر لا يضمنان لأنه لم يجن عليه أحد بل هو الجاني على نفسه ودابته .

وإذا انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لأن التلف حصل من فعلهما .

قال الحنابلة : هذا كله إذا وقف في طريق واسع فإن كان الواقف في طريق ضيق غير مملوك له حال كونه واقفا فدمه ودم السائر هدر وكذا قيمة دابتيهما أما الواقف فلأنه متعدد بوقوفه . وأما السائر فلأنه لم يجن عليه أحد . (١) هذا هو المذهب عند الحنابلة ، وفيه قول عندهم أن الذي يضمن هو الواقف إذا كان متعديا بالوقوف ولا ضمان على السائر ، وذلك لأن التلف حصل بتعدى الواقف فكان الضمان عليه كما لو وضع حجرا في الطريق .

هذا وإذا فقد الراكب السيطرة على مركوبه سواء أكان المركوب فيلا أو حصانا أو بغلا أو جملا أو حمارا أو نحو ذلك . فالمذهب عند الحنفية والحنابلة أنه لا ضمان على الراكب إذا لم يوجد منه تفريط لأنه - والحالة هذه - ليس بمسير لها فلا يضاف سيرها إليه .

والمذهب عند المالكية والشافعية أن الراكب يضمن ولو فقد السيطرة على مركوبه لأن يده لا تزال عليه ثم هو قد قصر فحدث ما حدث فعليه أن يتحمل نتيجة فعله . (٢)

(١) أنظر: المغنى : ١٩١/٩ ، كشف القناع : ١٠/٦ - ١١ ، الانصاف : ١٠ / ٣٦ - ٣٧ ، مغنى المحتاج : ٨٩/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٦١/٧ .
 (٢) أنظر: مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ - ٢٠٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٤٧/٤ ، كشف القناع : ٩/٦ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٨/٦ .

والراجح مذهب الحنفية والحنابلة لكن اثبات التفريط وعدمه يحتاج الى نظر دقيق من أهل الخبرة .

هذا كله اذا كان الراكب مكلفا فان كان صغيرا فحكمه كالبالغ اذا ركب بصنعه . وان أركبه وليه وهو يصلح للركوب ومكنه منه وكانت الدابة غير جموح فلا ضمان على الولي فيما يحدثه الراكب الصغير بل عاقلة الصغير تدفع دية الآخر وعلى الصغير في ماله قيمة دابة الآخر .

فان قصّر الولي بأن أركبه وهو لا يستمسك على الراحلة أو أركبه راحلة جموحا ونحو ذلك وحصل تلف بسبب ذلك فضمن النفس على عاقلة الولي وضمن المال في ماله لأنه متعدد بذلك .

وحكم اركاب الأجنبي للصغير حكم اركاب الولي المقصر فلو أركب أجنبي صغيرا ولو لمصلحته وحصل تلف بسبب ذلك فعلى الذي أركبه ضمان النفس والمال لتعديده .

هذا مانص عليه الشافعية والحنابلة . وقال الشافعية : ضمان النفس على عاقلة الأجنبي لا في ماله . (١)

وظاهر كلام الحنفية عدم التفريق بين الولي وغيره فمتى كان الصبي يستمسك على الدابة فالضمان على عاقلة الصبي وما لا فلا . (٢)

وقال المالكية : الدية على عواقل الصبيان مطلقا حصل التصادم منهما قصدا أو لا ركبا بأنفسهما أو أركبهما أولياؤهما ، وذلك لأن فعل الصبيان عمد حكمه حكم الخطأ . (٣)

(١) أنظر : معنى المحتاج : ٤ / ٩٠ - ٩١ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٣٦٣ - ٣٦٤ ، مطالب أولى النهي : ٦ / ٨٣ ، كشف القناع : ٦ / ١١ ، الانصاف : ١٠ / ٣٨ -

(٢) أنظر : الهداية مع نتائج الأفكار : ١٠ / ٣٣٦ .

(٣) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤ / ٢٤٧ - ٢٤٩ ، تبصرة الحكام

وقد نص الشافعية على أنه لا عبرة في الاصطدام بين أن يكون أحد المركوبين قوياً كالفيل والآخر ضعيفاً كالحمار . لكن محل ذلك إذا لم تكن إحدى الدابتين ضعيفة يقطع بأنه لا أثر لحركتها مع قوة الأخرى . فان كانت كذلك لم يتعلق بحركتها حكم كغرز الابرة في جلد العقب مع الجراحات العظيمة .
أقول : وكلامهم فيه نظر حتى بعد الاستثناء إذ لا مساواة بين فيل قوياً وحمار ضعيف .

وقال الشافعية أيضاً : لا عبرة بقوة سير أحد المركوبين كالحصان وقلة حركة الآخر كالحمار لأن هذا لا يمكن انضباطه فسقط اعتباره . (١)

.....

(١) أنظر: نهاية المحتاج : ٣٦٢/٧ ، ٤٢/٨ ، مغنى المحتاج : ٩٠/٤ ، أسنى المطالب : ٧٦/٤ .

المبحث الثاني
في حكم اصطدام السفن

وفي حكم الراكبين الملاحان اذا اصطدمت سفينتيهما ففرقتا أو انكسرتا وتلف ما بهما من نفس ومال ، لأن الملاح كالراكب والسفينة كالداية في أنهما كآلة لراكبهما الحاكم عليهما ، وغلبة الرياح كغلبة الداية ، والخلاف بين الفقهاء ههنا هو كخلاف في اصطدام الراكبين . وقد سبق بيانه .

فاذا حصل الاصطدام بسبب هبوب الرياح أو العواصف ولم يكن في الامكان صرف احدى السفينتين عن صدم الأخرى بوجه من الوجوه ولا حال من الأحوال فلا ضمان على أحد . وان كان التفريط من الجانبين فالضمان عليهما .

أما اذا وقع الاصطدام بسبب تفريط من جانب ملاح احدى السفينتين فالضمان عليه وحده ، ويعتبر الملاح مفرطاً اذا كان قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل . أو أمكنه أن يصرفها الى ناحية أخرى فلم يفعل ، أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال والمراسي والأخشاب ونحو ذلك مما يحتاج اليه في حفظ السفن . (١)

وعلى هذا اذا كانت احدى السفينتين منحدره والأخرى صاعدة فالضمان على ملاح السفينة المنحدرة ان كان مفرطاً لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك

(١) أنظر: مغنى المحتاج : ٩٢/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٦٥/٧ - ٣٦٦ ، كشف القناع : ٣٠/٤ ، مطالب أولى النهى : ٩٢/٤ - ٩٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٤٧/٤ - ٢٤٩ ، المنتقى : ١١٠/٧ ، شرح الخرشي : ٨/١١ - ١٣ ، مواهب الجليل مع التاج والاكلیل : ٢٤٣/٦ - ٢٤٤ ، مجمع

سببا لفرقها فيكون هو المفرط ، وان كان التفريط من المصعد بأن أمكنه
العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فالضمان على المصعد . (١)

وكذلك ان كانت احدي السفينتين واقفة وكانت الأخرى سائرة واصطدمتا
فغرقتا ، فالضمان على ملاح السفينة السائرة ان فرط كأن أمكنه ردها ولم يفعل
لأن التلف حصل بتقصيره أشبه ما لو نام وتركها سائرة بنفسها حتى صدمتها .
وملاح السفينة الواقفة لا ضمان عليه لأنه لم يوجد منه تعد ولا تفريط ، أما
لو كان ملاح السفينة الواقفة مفرطاً أو متعدياً في وقوفه بسفينته فيضمن كغيره
وذلك كما لو وقف بسفينته في نهر ضيق . (٢)

وكذلك اذا كانت احدي السفينتين تسير بين يدي الأخرى فأدركتها
الثانية فصدمتها وحدث بسبب ذلك تلف نفس أو مال فالضمان على ملاح
السفينة اللاحقة لأنه هو المفرط فقد كان بإمكانه العدول بسفينته
الى ناحية أخرى ولكنه لم يفعل . (٣)

هذا ويفهم من كلامنا السابق أن الخطأ في السفن قسمان : خطأ
حقيقة وخطأ حكماً ، فالأول كما لو وقع التصادم بين السفن بسبب
الظلمة أو الضباب أو الغبار أو نحو ذلك .
والخطأ حكماً المراد به الخطأ السلبي وهو امتناع عن العمل ، وذلك كما لو
قدر الملاح على صرف السفينة الى ناحية أخرى بحيث لا يحدث الاصطدام ولكنه
لم يفعل أما لخوفه من الغرق أو لخوفه من الوقوع في شباك قطاع الطرق أو لغير
ذلك .

(١) أنظر : كشاف القناع : ٤ / ١٣١ - ١٣٢ ، المغنى : ٩ / ١٩٣ ، شرح منتهى
الايرادات : ٢ / ٤٣١ .
(٢) أنظر : شرح منتهى الايرادات : ٢ / ٤٣١ ، المغنى : ٩ / ١٩٤ ، كشاف القناع :
٤ / ١٣١ ، مغنى المحتاج : ٤ / ٩٢ ، نهاية المحتاج : ٢ / ٣٦٦ ، مجمع
الضمانات : ١٥٠ .
(٣) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٦ / ٦٠٥ .

وحكم الخطأين واحد كما سبق بيانه .
قال العدوى في حاشيته على شرح الخرشي :
والحاصل أن الخطأ قسمان : خطأ حقيقة ، وخطأ حكماً وهذا عام
وانما عد خطأ مع القصد لأنهم متأولون ... " (١)

.....

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشي : ١٢/٨ .

المبحث الثالث

فى حكم اصطدام السيارات ونحوها .

ما تقدم يتبين أحكام حوادث آلات النقل والمواصلات فى نظر فقهاء الاسلام السابقين بالنسبة لما كان مستعملا منها فى زمنهم كالسفن والدواب مع اختلاف وجهة نظرهم فى بعض المسائل . ولا يزال البعض من هذه الآلات والوسائل قائما ، وجَدَّ الى جانبها وسائل أخرى للنقل والمواصلات كالسيارات والطائرات والدراجات ، ولا غنى للناس عن استعمالها بل كثر استعمال الناس لها فى تحقيق مصالحهم ونشأ عن ذلك كثير من الحوادث فوجب على علماء هذا العصر أن يتبينوا حكمها وذلك بتخريج حوادث الوسائل الجديدة على نظائرها من حوادث الوسائل القديمة ليعرف الحكم فيها بتحقيق المناط وتطبيق القواعد الشرعية عليها .

وإذا كان هذا هو كلام الفقهاء فى أحكام الاصطدام بين المشاة والفرسان والسفن ، فليس معنى هذا أن كلامهم مقصور على راكب الحيوان ، وملاح السفينة الشرعية بل أن كلامهم فى هذا ينبىء الى قواعد وضوابط تطبق على كل ما أحدثه الانسان للركوب من سيارات ونحوها .

وإذا كانت هذه الضوابط تطبق على راكب الحصان البسيط فمن باب أولى أن تطبق على سائق السيارة الفارهة وملاح الطائرة الضخمة لأن السائق والملاح يتحكمان بمركوبيهما أكثر من تحكم الراكب بحصانه ، ذلك أن السيارة والطائرة عبارة عن آلة فى يد المتحكم فيها فما ينشأ عنهما من ضرر يكون من قبيل المباشرة غالبا . أما الحيوان فيتحرك بغير ارادة صاحبه ولهذا فان الضرر الذى يحدث عنه يكون من قبيل التسبب غالبا بالنظر لراكبه .

وهكذا فيما يطبق على ملاح السفينة البسيطة يجب أن يطبق على ملاح

الباخرة ونحوها لأن ملاح الباخرة يستطيع التحكم فيها أكثر من تحكم ملاح السفينة الشراعية بسفينته بل لا مقارنة بينهما فيجب أن يكون الضمان على قدر المسئولية .

وليس هذا الكلام من بنات أفكارى بل فى كلام الفقهاء ما يشير اليه فقد تكلم فقهاء المالكية عن تصادم الفارسين كلاما ذكرنا مضمونه ثم قالوا :
خص الفرس بالذكر مع أن مثلها كل ما تلف بسبب التصادم لأن التصادم غالبا يكون فى ركوب الخيل * (١)

والتصادم غالبا يكون فى ركوب الخيل ، هذا الكلام يصدق على زمان من قالوا ذلك الكلام ، أما فى زماننا فالتصادم نادرا يكون فى ركوب الخيل .
والذى يهمنى من كلام هؤلاء الفقهاء هو قولهم " مثل الفرس كل ما تلف بسبب التصادم " فهذه الجملة من الكلام يمكن أن تكون ضابطا يطبق على جميع حوادث الاصطدام مهما اختلف الزمان والمكان .

هذا ومع ذلك فنحن نعيش زمن التقدم العجيب والتخصص الرائع فيجب أن نعرف رأى أهل الخبرة قبل تطبيق تلك الضوابط ، ذلك أن اثبات التفريط وعدمه فى حوادث الاصطدام يحتاج الى نظر دقيق من أهل الخبرة .

وفى كلام فقهاء الحنفية عن حوادث التصادم ما يشير الى هذا فقد قالوا ما معناه : لو وقع كل واحد من المتصادمين على وجوههما فماتا فلا ضمان فيه أصلا لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لو مات من فعل صاحبه لوقع على قفاه فلما سقط على وجهه علم أنه سقط بفعل نفسه .

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤ / ٢٤٩ ، وأنظر : شرح الخرشى : ٨ /

وان وقعنا على قفاهما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لأنه لما خر على قفاه علم أنه مات من فعل صاحبه . (١)
فكلام هؤلاء الفقهاء وترتيبهم الحكم على كيفية الوقوع يدل دلالة واضحة على أن الأحكام لا تصدر باعتبارها بل تكون مبنية على كلام أهل الخبرة وتقديراتهم الدقيقة ، وهذا ما يجب عمله في حوادث التصادم في زماننا المعقد .

وبين يدي بحث أعدته اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية عن حوادث السيارات أقتطف منه بعض ما يشير الى ما هدفت اليه في هذا البحث .
فقد قالوا :

- ا : اذا صدمت سيارة سائرة سيارة واقفة في ملك صاحبها أو خارج طريق السيارات أو على جانب طريق واسع ضمن سائق السيارة السائرة ما تلف في الواقعة من نفس ومال بصدمة لأنه المتعدى . . . وان كانت واقفة في طريق ضيق غير ملوك لصاحبها فالضمان على صاحب الواقعة لتعديده بوقوفه .
- ب : ان أدركت سيارة سيارة أمامها فصدمتها ضمن سائق اللاحقة ما تلف من النفوس والأموال في سيارته والسيارة المصدومة لأنه متعدي بصدمة لما أمامه والأمامية بمنزلة الواقعة بطريق واسع . الا اذا حصل من سائق الأمامية فعل يعتبر سببا أيضا في الحادث كأن يوقف سيارته فجأة أو يرجع^{بها} الى الخلف أو ينحرف بها الى ممر اللاحقة ليعترض طريقها فالضمان بينهما على ما تقدم من الخلاف .
- ج : ان صدمت سيارة نازلة من عتبة مثلا سيارة صاعدة فالضمان على سائق المنحدرة الا اذا كان مغلوبا على أمره فلا ضمان عليه أو كان سائق الصاعدة يمكنه العدول عن طريق النازلة فلم يفعل فالضمان بينهما .

(١) أنظر: حاشية ابن عابد بن : ٦٠٥ / ٦ ، مجمع الأنهر : ٦٦١ / ٢ ، مجمع

د : اذا وقف سائق سيارة بسيارته أمام اشارة المرور مثلا ينتظر فتح الطريق فصدت سيارة مؤخرة سيارته صدمة دفعتها الى الامام فصدت بعض المشاة مثلا فمات أو أصيب بكسور ضمن من صدت سيارته مؤخر السيارة الأخرى كل ما تلف من نفس ومال لأنه متعبد بصدمه والسيارة الأمامية بمنزلة الآلة بالنسبة للخلفية فلا ضمان على سائقها لعدم تعديه . (١)

والله أعلم وأحكم . .

.....

الفصل الثامن

في قواعد وضوابط الخطأ في أسباب العقوبة والضمان .

قاعدة :

الخطأ في الجرائم يعتبر شبهة من الشبهات التي يدرأ بها الحد والقصاص . (١)

ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة منها :

١ : إذا وطئ الرجل غير زوجته خطأ كمن زفت اليه غير زوجته أو وجد على فراشه امرأة ظننها زوجته أو دعا زوجته فجاءته غيرها فظننها المدعوة فوطئها ، اشتبه عليه ذلك لعماه أو لظلمة أو لنحو ذلك .

فمن كانت هذه حاله فلا حد عليه عند المالكية والشافعية والحنابلة لأن ظنه هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات .

ونص الحنفية أن المخطئ في الوطء لا يدرأ عنه الحد إلا إذا استند ظنه إلى شبهة قوية كقول النساء : هذه زوجتك . لمن زفت إليه امرأة وهكذا . (٢)

ب : : إذا قصد السارق سرقة شيء تافه في اعتقاده فتبين أنه يزيد على نصاب كمن سرق ثوباً لا يساوي نصاباً فوجد في جيبه نقوداً تبلغ نصاباً . فالمذهب عند الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول عند الشافعية أن السارق لا يقطع في هذه الحالة لأن ظنه شبهة والحدود تدرأ بها .

وهذا إذا كانت الشبهة قوية بأن لم تكذب القرائن السارق والا فلا تسمع

(١) أنظر: فواتح الرحموت: ١/١٦١، تيسير التحرير: ٤/٢٢٣، كشف الأسرار:
٤/٣٤٣، الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٢٣، شرح الكوكب المنير: ١/٤٣٥ -
٤٣٨، الفرق للقرافي: ١/١٦١ - ١٦٢ .
(٢) أنظر: شرح الخرشي: ٨/٧٧، مغني المحتاج: ٤/١٤٤، كشف القناع: ٦:
٩٦، شرح فتح القدير: ٥/٢٥٨ .

دعواه . (١)

ج : من شرب ما يعتقده لبناً ثم تبين أنه خمر ، فالمذهب عند المالكية والشافعية والحنابلة أن الحد لا يقام عليه إذ خطؤه هنا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات . (٢)

وينبغي أن يكون مدعى الخطأ فى شرب المسكر مأمونا غير متهم حتى تقبل دعواه .
قال السيوطى : شرط الشبهة أن تكون قوية والا فلا أثر لها . (٣)

د : اذا قتل ولى الدم الجانى بعد عفو غيره من أولياء الدم معتقدا عدم العفو لجهله به أو علم بعفو غيره لكنه اعتقد بقاء حقه فى القصاص وان وجد عفو غيره فهل يقتص منه أو لا ؟
المذهب عند الحنفية والحنابلة أنه لا قصاص على ولى الدم اذا فعل ذلك لأن ظنه فى هذه الحالة شبهة والشبهة يدرأ بها القصاص . (٤)

ضابط :

اذا اجتمع العمد والخطأ فى جناية غلب جانب الخطأ فى الحكم .
وهذا الضابط مستفاد من كلام الفقهاء عن موجبات القتل العمد والقتل شبه العمد والقتل الخطأ ، ومستفاد أيضا من كلامهم عن الاشتراك فى الجريمة .
ولهذا الضابط أمثلة كثيرة نذكر بعضها فمن ذلك :

-
- (١) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٦٩/٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٣٥/٤ ، مطالب أولى النهى : ٢٢٨/٦ ، مغنى المحتاج : ١٥٩/٤ .
(٢) أنظر : شرح الخرشي : ١٠٨/٨ ، مغنى المحتاج : ١٨٧/٤ ، كشف القناع : ١١٨/٦ .
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٢٤ ، وأنظر : قواعد ابن المقرئ : لوحة (١٨٢) .
(٤) أنظر : بدائع الصنائع : ٢٤٧/٧ - ٢٤٨ ، كشف القناع : ٥٣٥/٥ .

قاعدة :

كل من تسبب في اضرار في " يجب عليه ضمانه نفسا كان أو غير نفسا
إذا كان في تسببه متعديا .

قال في مجمع الضمانات : المتسبب لا يضمن الا أن يتعد . (١)

ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة نذكر منها :

١ : إذا حفر بئرا في ملك غيره بغير اذنه أو في ملك مشترك بغير اذن
شريكه أو في طريق عام ولم يستأذن الامام أو نائبه وترتب على حفره
تضييق الطريق بحيث يضر بالناس ونحو ذلك من الصور ، فان المتسبب
يضمن ما سقط في البئر من انسان أو حيوان لأنه متعد في تصرفه
لكنه لا يضمن الانسان اذا قصد السقوط فيها لأنه حينئذ مباشر
قتل نفسه والمباشرة تقطع عمل السبب .

وإذا حفر الشخص في ملكه بئرا أو في ملك غيره باذنه أو في طريق عام لمصلحة
المسلمين واستأذن من الامام أو نائبه ونحو ذلك من الصور ، فان المتسبب
- أي الحافر - لا يضمن لأنه غير متعد . لكن عليه أن يعلم العارة بمكان
الحفر ولهذا لو دخل رجل ملك غيره باذنه ولم يعلم بالبئر لعمى أو ظلمة
أو لكون البئر مستورة فان الحافر يضمن الساقط فيها لأنه مقصر في عدم
اعلامه .

أما لو كان التعدى من جانب الساقط في البئر فلا ضمان بل دمه هدر ، وذلك
كمن دخل ملك غيره بغير اذنه فسقط في البئر أو دخل باذن صاحب الملك
لكنه تعمد السقوط في البئر .

(١) مجمع الضمانات : ١٦٥ ، مجلة الأحكام العدلية : مادة (٩٣) ، المنتقى : ٧ /
١٠٩ - ١١٠ ، مغنى المحتاج : ٤ / ٨٢ - ٨٧ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٣٥٢ - ٣٥٥ ،
الشرح الكبير للدردير : ٤ / ٣٥٥ - ٣٥٧ ، كشاف القناع : ٦ / ٦ - ٨ ، ٤ / ١١٧ ،
الانصاف : ١ / ٣٢ - ٣٤ ، بدائع الصنائع : ٧ / ٢٧٤ ، المبسوط : ١١ / ٥٤ ، تبیین
الحقائق : ٥ / ١٤٧ .

هذا واشترط الحنفية والشافعية للضمان عدم الاذن والتعدى بالحفر فلو حفر باذن الامام ولكن حفره ضرر بالعمامة بأن كانت الطريق ضيقة مثلا فانه يضمن .
والمالكية والحنابلة لم يشترطوا الا التعدى وحصول الضرر وجد اذن أو لم يوجد ، فمتى حصل الضرر بالعمامة ضمن المتعدى . (١)

ب : إذا بنى في ملكه حائطا مائلا الى الطريق أو الى ملك غيره فتلغ به شئ أو سقط على شئ فأتلفه ضمن المتسبب لأنه متعد في ذلك إذ ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك .

وان بناء في ملكه مستويا ثم مال الى هواء الطريق أو الى ملك انسان وطولب صاحبه بنقضه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه فيها حتى سقط فانه يضمن ما تلغ به من انسان أو حيوان لأنه متعد في هذا .

نص على هذا الحنفية والمالكية واختاره جمع من الحنابلة . والمذهب عند الشافعية والحنابلة أن الحائط المستقيم اذا مال فلا ضمان بسببه لأن صاحبه تصرف في ملكه والميل لم يحصل بفعله (٢)

هذا ويلاحظ أن الفقهاء لم يتعرضوا هنا وفي هذه المسألة بالذات الا عن مسئولية المالك ، ولعل السبب في ذلك هو كون البناء لم يسقط الا لطول انشائه

(١) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٥٣١/٦ - ٥٣٢ ، ٥٩٤ ، بدائع الصنائع : ٢٧٢/٧ - ٢٧٨ ، الشرح الكبير للدردير : ٢٤٣/٤ - ٢٤٤ ، شرح الخرشي : ٨/٨ - ٩ ، مغنى المحتاج : ٨٢/٤ - ٨٤ ، نهاية المحتاج : ٣٥٢/٧ - ٣٥٥ ، كشف : ٦/٦ ، الانصاف : ٣٢/١٠ .

(٢) أنظر : شرح العناية على الهداية : ٣٢١/١٠ - ٣٢٤ ، بدائع الصنائع : ٢٨٣/٧ - ٢٨٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥٩٨/٦ - ٦٠١ ، الشرح الكبير للدردير : ٣٥٦/٤ ، شرح الخرشي : ١١١/٨ ، كشف القناع : ١٢٤/٤ ، مغنى المحتاج : ٨٦/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٥٨/٧ .

لا لخلل في تصميم بنائه اللهم الا ما ذكروه عن البناء العائل منذ انشائه ولكن الآن وفي عصرنا الحاضر والذي من مميزاته التخصص في العمل ، فلم يعد بالامكان في عصرنا الحاضر أن يقوم الشخص بتصميم ما يشيد من بناء والبناء في آن واحد بل ان هناك من امتهن هندسة البناء وتكون مهمته وضع التصاميم والخرائط ومقدار ما تتحملة قواعد البناء من ثقل وما الى ذلك ، وهذا من صميم عمل المهندس .

أما البناء نفسه فله رجاله المختصون وهم العقاولون حيث يعتمدون في بنائهم على ما رسم لهم من خرائط ، وقد يخطئ المهندس في التصميم كما قد يخطئ العقاول في البناء كأنقاص كمية الاسمنت والحديد .

والحكم فيما لو حدث مثل هذا الخطأ وتسبب عن ذلك وفيات أو اصابات أن تستقر المسؤولية عن صدر عنه الخطأ سواء أكان هو العصم أو هو البانسي ، ولا مسؤولية على المالك .

ج : من أجاج ناراً في ملكه في يوم شديد الريح فأحرقت شيئاً ضمن ما تلف به من انسان أو مال لأنه متعدد في هذا .

أما لو أوقد النار في وقت لا ربح فيه فأصابها الريح بغتة فرفعها الى شيء حتى تلف فلا ضمان على المتسبب لأنه غير متعدد .
نص على هذه المسألة المالكية والحنابلة . (١)

د : من وضع حجراً أو خشبة في الطريق ضمن ما تلف بها لأنه متعدد . أما لو وضع الحجر أو الخشبة على ماء أو طين ليعبر الناس عليهما فلا ضمان لعدم التعدي .

نص على هذه المسألة الحنابلة وهو ظاهر كلام الحنفية . (٢)

(١) أنظر: الشرح الكبير للدريز: ٤ / ٣٥٥-٣٥٧ ، شرح الخرشي: ٨ / ١١١ ، كشف

القناع: ٤ / ١٢٠-١٢١ .

(٢) أنظر: كشف القناع: ٦ / ٧ ، حاشية ابن عابد بن: ٦ / ٥٣١ .

هـ : من سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها بغير إذن الراكب فنفتحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدته فقتلته ، فإن ضمان ذلك على الناخس أو الضارب دون الراكب ، لأن الناخس أو الضارب متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدى .
نص على هذه المسألة الحنفية والشافعية وهي ظاهر كلام المالكية . (١)

و : نص الشافعية - وهو ظاهر كلام الحنفية والحنابلة - على أنه لو طرح قمامات في الطريق فتلف بذلك شيء فهو مضمون سواء أطرحة في متن الطريق أم طرفه لأن الارتفاق بالطريق مشروط بسلامة العاقبة .
أما لو طرحها في المزابل المعدة لذلك أو طرحها في ملكه أو في موات فلا ضمان عليه لعدم التعدى . (٢)

ز : نص الشافعية وهو ظاهر كلام الحنفية والحنابلة على أنه لو طرح ترابا بالطريق ليطين به سطحه فولق به انسان ضمنه لأن هذا من أسباب الارتفاق بالشارع فجوازه مشروط بسلامة العاقبة . (٣)

فائدة :

الأصل عند الحنفية أن جميع ما فعل في طريق العامة ان كان باذن الامام

-
- (١) أنظر: نتائج الأفكار : ٣٣٤/١٠ ، بدائع الصنائع : ٢٨١/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٨/٦ ، المنتقى : ١١٠/٧ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٩/٨ .
(٢) أنظر: نتائج الأفكار : ٣١٢/١٠ ، مغنى المحتاج : ٨٧/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٥٩/٧ ، كشف القناع : ٧/٦ ، الانصاف : ٣٣/١٠ .
(٣) أنظر: نتائج الأفكار : ٣١٢/١٠ ، الانصاف : ٢٢١/٦ ، مغنى المحتاج : ٨٥/٤ .

فلا ضمان لأنه غير متعدد حيث فعل ما فعل باذن من له الولاية فى حقوق العامة نقل ابن عابدين عن الدر المنقى : أن الاذن انما يجوز اذا لم يضر العامة . وان كان ما فعل فى طريق العامة بغير اذن الامام أو نائبه ففاعله ضامن لأنسه متعدد اما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة ، وذلك مثل اخراج العيزاب وبناء الدكان وحفر البئر وقرس الشجر والجلوس للبيع ونحو ذلك . (١)

والأصل عند الشافعية أن للامام الولاية على الشارع لا هواه الشارع فحافر البئر لا يضمن اذا أذن له الامام ولم يترتب على اذنه ضرر .
 أما الهواء فلا ولاية له عليه فلم يؤثر اذنه فى عدم الضمان وان لم يضر بالعامّة فالجناح - وهو البارز عن سمت الجدار من خشب أو غيره - والميزاب العالية التالف بهما مضمون سواء أكان يضر أم لا أذن الامام أم لا ، لأن هذا من باب الارتفاق بالشارع فهو مشروط بسلامة العاقبة .
 ولهذا الأصل قال الشافعية : اذا رش الماء فى الطريق لمصلحة المسلمين كدفع الغبار عن المارة لم يضمن اذا استأذن الامام ولم يقصر والا ضمن كما لو رشه لنفسه . (٢)

قاعدة :

المباشرة مقدمة على السبب . هذا هو الأصل . وقد يضمن المتسبب وحده اذا كان متعديا وتعذر تضمين المباشر لكونه مخطئا أو غير مكلف ، وقد يضمن المباشر والمتسبب معا اذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه . (٣)

-
- (١) أنظر : حاشية ابن عابدين : ٥٩٤ / ٦ ، بدائع الصنائع : ٢٧٨ / ٧ ، شرح العناية على الهداية : ٣١٢ / ١٠ - ٣١٣ .
 (٢) أنظر : مغنى المحتاج : ٨٥ / ٤ - ٨٧ ، نهاية المحتاج : ٣٥٦ / ٧ - ٣٥٩ .
 (٣) أنظر : قواعد ابن رجب : ٣٠٧ ، تبين الحقائق : ١٥٠ / ٦ ، نهاية المحتاج : ٢٥٣ / ٧ ، قواعد ابن المقرئ : لوحة (١٦٦) .

فمن الأول ما لو قرب انسان صغيرا من هدف رام لم يعلم به ولم يعلم المتسبب بأن الرماة يطلقون النار على هذا الهدف ومات الصغير بسبب ذلك فان ضمانه على المباشر ولا شىء على المتسبب لأنه غير متعدد . (١)

ومن الثانى ما لو أكره مكلف مكلفا على رمى شاخص علم المكروه انه رجل ووطنه المكروه صيدا فرماه فقتله فالقصاص يجب على المكروه لأنه قتله قاصدا للقتل بما يقتل غالباً دون المكروه فانه مخطىء وجاهل بالحال فكان كآلة للمكروه . (٢)

ومن الثالث ما اذا أمر الراكب انسانا فنخس الأمور الدابة ووطئت انسانا فالضمان عليهما ، أما الراكب فلأنه مباشر للقتل فقد قتله بثقله مع أمره للناخس بنخس الدابة ، وأما الناخس فلأنه تسبب فى نفور الدابة بنخسه ، وقيل : الضمان على الراكب لأنه مباشر والمباشرة تقطع السببية . (٣)

قاعدة :

لا فرق فى الحكم بين العمد والخطأ فى أموال الناس . قال الكاسانى :
الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤخذ المخطىء والناسى بالضمان .^(٤)

وقال ابن جزى : كل من قصد أن يفعل الجائز فأخطأ ففعل غيره أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه عن الحد فتولد منه تلف يضمنه وكل ما خرج عن هذا الأصل فهو مردود اليه . (٥)

واليك بعض الأمثلة التى تدل على هذه القاعدة .

(١) أنظر : المغنى : ٤٣١ / ٨ ، تحفة المحتاج مع حاشية الشروانى : ٣٨٧ / ٨ .

(٢) أنظر : مغنى المحتاج : ١٠ / ٤ ، تحفة المحتاج : ٣٩٠ / ٨ ، كشف القناع :

٥١٨ / ٥ .

(٣) أنظر : تبين الحقائق : ١٥٠ / ٦ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤ / ٤ .

(٤) بدائع الصنائع : ٢١١ / ٤ ، وأنظر : بداية المجتهد : ٣١٦ / ٢ ، قواعد

الأحكام : ١٣٣ / ٢ .

(٥) القوانين : ٣٦٦ ، وأنظر : كشف القناع : ١١٦ ، ٣٣ / ٤ ، حاشية ابن عابدين :

٦٦ / ٦ .

ا : اذا دفع المشتري الثمن لغير البائع خطأ ضمن الثمن للبائع لأن هذا من حقوق العباد وحقوق العباد يستوى فيها العامد والمخطئ، ألا ترى أن النائم اذا أتلّف شيئاً يضمن مع عدم القصد . (١)

ب : لو استولى شخص على مال غيره خطأ وذلك بأن اعتقد أنه ماله ثم ظهر مالك المال الحقيقي فعلى المخطئ ضمان المال لصاحبه لأن الخطأ كالعمد في أموال الناس . (٢)

ج : من يسير في الطريق وزلقت رجله فوقع على شيء لغيره فأتلفه أو كان يصيد حماماً فطاش سهمه وأصاب شاة^{لغيره} أو انقلب نائم على متاع لغيره وكسره فانه يضمنه لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء . (٣)

د : لو أمر رجل رجلاً ليصغ ثوبه بالزعفران فصبغه بصبغ من جنس آخر كسان لرب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض لما تقدم . (٤)

هـ : اذا أقر على نفسه بحد من حد ود الله ثم رجع عن اقراره سقط الحد . ولو أقر بحق من حقوق الآدميين ثم رجع لم ينفعه رجوعه ولم يسقط عنه بالرجوع ما ثبت بالاقرار . والفرق أن مبنى حقوق الآدميين على نسوع من المضايقة والمشاحة ، ومبنى حقوق الله تعالى على الضد من ذلك (٥) .

(١) أنظر: البحر الرائق: ٢/٢٦٧، المغنى: ٢/٤٩٨، الشرح الكبير مع

حاشية الدسوقي: ٣/٢٤٠ .

(٢) أنظر: قواعد ابن رجب: ٢٣٤، بدائع الصنائع: ٧/١٦٨، الشرح الكبير

للدردير: ٣/٢٤٠ .

(٣) أنظر: شرح المجلة لسليم رستم: ٥٠٨-٥١٠ .

(٤) أنظر: لسان الحكام: ٢٩٢، تبصرة الحكام: ٢/٣٤٤، المدونة: ٤/٣٨٩ .

(٥) أنظر: الفروق للجويني: لوحة (٢٧٥) .

قاعدة :

الأمين لا يضمن ما لم يُقَصَّر .

قال الدسوقي : قولهم : العمد والخطأ في أموال الناس سواء . . . مقيد

بما اذا لم يكن المخطيء آمينا . (١)

ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة منها :

ا : ذهب جمهور العلماء الي أن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف بسبب فعله

إذا كان ^{ذلك} بسبب خطئه المبني على عدم التفريط لأنه أمين . (٢)

ب : إذا سلم المودع الوديعة الي من يظنه صاحبها فتبين خطؤه ضمنها لأنه

مقصر في الحفظ . (٣)

ج : لو دخل رجل حماما ، وقال للحمامي : أين أضع ثيابي ؟ فأشار الحمامي

الي موضع ، فوضع ثمة ، ودخل الحمام ثم خرج رجل ورفع الثياب ولم

يمنعه الحمامي لما أنه ظنه صاحب الثياب فحينئذ يضمن الحمامي لأنه

استحفظ وقد قصر في الحفظ . (٤)

قاعدة :

الإذن ينافي الضمان . قال ابن جزى : كل من فعل ما يجوز له فعله

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥ / ٤ .

(٢) أنظر : المغنى : ٣٩٠ / ٥ ، مغنى المحتاج : ٣٥١ / ٢ ، تبين الحقائق :

١٣٣ / ٥ - ١٣٨ ، شرح الخرشى : ٢٦ / ٧ - ٢٨ .

(٣) أنظر : كشف القناع : ١٨١ / ٤ ، الفتاوى الهندية : ٥٠٦ / ٤ ، الشرح الكبير

مع حاشية الدسوقي : ٤٢٣ / ٣ .

(٤) أنظر : لسان الحكام : ٢٩٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٦ / ٤ .

فتولد منه تلف لم يضمن . (١)

ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة منها :

- أ : لو دفع الملتقط اللقطة لواصلها معتقدا أنه صاحبها ثم بان خطؤه بأن جاءه آخر وأقام البينة على أن اللقطة له فان اللقطة لصاحب البينة ويضمنها الواصل ان هلكت ولا ضمان على الملتقط عند المالكية والحنابلة والظاهرية لأنه قد فعل ما أذن فيه الشرع والأذن ينافي الضمان . (٢)
- ب : لو أتى شخص لصاحب فخار أو زجاج فأخذ اناء باذنه لينظر فيه فسقط من يده وأنكسر فلا ضمان عليه فيه لأنه أخذه باذنه فكان أمينا . ولو سقط ذلك الأناء على آنية أخرى فانكسرت تلك الآنية فانه يضمن قيمتها لأنها تلفت بفعله من غير إذن صاحبها . (٣)

- ج : ذهب المالكية والحنابلة الى أن الوالد اذا أدب ولده أو الزوج اذا أدب زوجته في النشوز أو المعلم اذا أدب الصبيان ولم يسرف الأب أو الزوج أو المعلم فأفضى التأديب الى تلف المؤدب لم يضمن المؤدب لأن الأدب مأذون فيه شرعا فلم يضمن ما تلف به .
- وان أسرف في التأديب بأن زاد فوق المعتاد أو زاد على ما يحصل به المقصود ضمن لأن الأدب في هذه الحالة غير مأذون فيه شرعا فيضمن

(١) القوانين : ٣٦٦ ، وأنظر : بدائع الصنائع : ٢١٠ / ٤ ، مغنى المحتاج :

٠٢٦٧ ، ٦٩ / ٢

(٢) أنظر : شرح الخرشى : ١٢٢ / ٧ ، المحلى : ٢٥٧ / ٨ ، كشف القناع :

٠٢٢٢ / ٤

(٣) أنظر : حاشية الدسوقي : ٢٥ / ٤ ، شرح على حيدر على المجلة : مادة

٩٦ ، ٩١ ، الأشباه والنظائر للسيوطى : ١٤٢ ، كشف القناع :

٠٧١ / ٤

ما تلف به . (١)

د : ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة الى أن الامام اذا أدب أحدا ممن رعيته التأديب المشروع وتولد عن ذلك تلف المؤدب فلا ضمان على الامام لأن الامام مأمور بالتأديب وما ذنوب له في ذلك والاذن ينافي الضمان (٢)

ضابط :

كل متصرف في الدابة أو السيارة ونحوهما يضمن جنايتها متى أمكن نسبة هذه الجناية لتقصيره . (٣)
ولهذا الضابط أمثلة كثيرة نذكر منها :

١ : يذهب الحنفية والحنابلة الى أن الراكب ونحوه من كل متصرف في الدابة ونحوها يضمن ما جنته بيدها أو رأسها ونحوهما ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لأن نفع الذنب والرجل مما لا يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن التحفظ منه لا ضمان فيه لعدم التقصير . (٤)

ب : ذهب جمهور العلماء الى من أوقف دابته ونحوها في طريق المسلمين فعليه ضمان ما تولد عن هذا الوقوف من تلف نفس أو مال لأن الانتفاع بطريق المسلمين مشروط بسلامة العاقبة فيضمن لتقصيره .

(١) أنظر : كشاف القناع : ١٦ / ٦ ، الانصاف : ٥٣ / ١٠ ، الشرح الكبير مع

حاشية الدسوقي : ٣٥٤ - ٣٥٥ ، تبصرة الحكام : ٢٣٤ / ٢ ، ٣٤٩ .

(٢) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٥٢ / ٥ ، كشاف القناع : ١٦ / ٦ ، شرح الخرشي :

١١٠ / ٨

(٣) أنظر : المحلى : ٨ / ١١ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤ / ٤ ، كشاف القناع : ١٢٦ / ٤

، بدائع الصنائع : ٢٧٢ / ٧ ، المنتقى : ٢٠٩ / ٧ .

(٤) أنظر : المغنى : ١٨٩ / ٩ ، تبیین الحقائق : ١٤٩ / ٦ .

أما إذا عين الامام مكانا للوقوف فلا ضمان على من أوقف دابته في ذلك المكان لعدم التعدي . (١)

ج : يذهب المالكية وبعض الشافعية الى أن الدابة إذا استعصت على ركبها وقطعت العنان وأتلفت شيئا فإلزام ذلك على الراكب لأن قطع العنان دليل على عدم احكامه . أما لو غلبته بفزع من شيء مرّ به في الطريق فلا ضمان على الراكب في هذه الحالة لعدم تقصيره .
ومثله ما لو هاجت ريح بعد احكام ملاح السفينة آلتها وغرقت فانه لا ضمان على الملاح لانتفاء تقصيره . (٢)

د : نص الحنفية والمالكية على أن من ساق دابة فوق سرجها أو لجأها أو ما تحمله على رجل فقتله أو مال فأتلفه ، فالضمان واجب على المتصرف في الدابة لأنه متعد في هذا التسبب فقد قصر حيث ترك شد تلك ولم يحكمها فوق ما وقع . (٣)

هـ : نص الحنفية والحنابلة على أنه إذا كان أحد الراكبين يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فمات السابق أو ماتت دابته ، فدية السابق على عاقلة اللاحق وقيمة دابة السابق في مال اللاحق لأن فعل اللاحق هو السبب في التلف فيضمن ما تولد عن فعله ، وإن تلف اللاحق أو مركوبه

(١) أنظر : بدائع الصنائع : ٢٧٢/٧ ، مغنى المحتاج : ٢٠٦/٤ ، قواعد ابن رجب : ٢١٦ .
(٢) أنظر : مواهب الجليل : ٢٤٣/٦ - ٢٤٤ ، تبصرة الحكام : ٣٥٤/٢ ، أسنى المطالب : ١٧٢/٤ ، مغنى المحتاج : ٢٠٤/٤ ، المدونة : ٤٤٧/٦ .
(٣) أنظر : المنتقى : ١١٠/٧ ، بدائع الصنائع : ٢٧١/٧ ، حاشية ابن عابدين : ٦٠٦/٦ .

بسبب ذلك فدمه وماله هدر لعدم تقصير السابق . (١)

و : نص العلماء على أنه إذا حصل الاصطدام بين السفن بسبب هبوب الرياح
والعواصف ولم يكن في الامكان صرف احدى السفينتين عن صدم الأخرى
بوجه من الوجوه فلا ضمان على أحد .
أما إذا وقع الاصطدام بسبب تفريط من جانب ملاح احدى السفينتين
فالضمان عليه وحده وان كان التفريط من الجانبين فالضمان عليهما (٢)

.....

-
- (١) أنظر : كشف القناع : ١٠ / ٦ - ١١ ، حاشية ابن عابدين : ٦ / ٦٠٥ .
(٢) أنظر : مغنى المحتاج : ٩٢ / ٤ ، كشف القناع : ٣٠ / ٤ ، مجمع الضمانات :
٤٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٤ / ٢٤٧ - ٢٤٩ .

الباب الخامس

في بيان اشر الخطأ في القضاء
والتنفيذ والاجتهاد.

وتحت هذا الباب أربعة فصول:

- الفصل الأول : في الخطأ في القضاء .
- الفصل الثاني : في الخطأ في تنفيذ الأحكام .
- الفصل الثالث : في الخطأ في الاجتهاد والفتيا .
- الفصل الرابع : في قواعد وضوابط الخطأ
في القضاء والتنفيذ والاجتهاد .

المبحث الأول في الخطأ في الحكم.

وتحت هذا المبحث أربع مسائل:

المسألة الأولى : في بيان نقض الحكم إذا خالف
الدليل القاطع .

المسألة الثانية : في بيان أن الاجتهاد
لا ينقض بالاجتهاد .

المسألة الثالثة : في بيان خطأ الحاكم المقلد
في الحكم .

المسألة الرابعة : في بيان حكم الذي لا يصح
للقضاء .

المسألة الأولى

في بيان نقض الحكم اذا خالف الدليل القاطع .

اتفق العلماء على أن حكم الحاكم ينقض اذا خالف القاطع من الكتاب أو السنة أو الاجماع ، وذلك لأنه ظهر لنا خطأ الحاكم في حكمه وخطؤه هنا لا يفتقر فقد فرط حيث اجتهد في غير محل الاجتهاد ، ذلك أن الاجتهاد لا يصح الا عند انعدام الدليل القطعي الجلي ، فاذا وجد دليل قطعي واضح الدلالة تحتم الأخذ به وحرمت مخالفته .

والمراد بالنقض هنا : أن الحكم لم يصح من أصله لأن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص فاذا ظهر أن النص موجود فلا قيمة للاجتهاد . هذا ما عليه أجمع العلماء وقد حكى عن أبي ثور وداود أن الحاكم ينقض جميع ما بان له خطؤه من الأحكام سواء خالف الحاكم في حكمه الدليل القاطع أو غيره . (١)

وقد أُسْتَدِلَّ لهم بالأثر والقياس ،

أما الأثر فهو كتاب عمر بن الخطاب الى أبي موسى حيث قال له فيه " لا يمنعك قضاء قضيتَه بالأمر راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن تراجع الحق فان الحق قديم ومراجعة الحق خير من التماذى فى الباطل . . . " والأثر صحيح أخرجه الدارقطنى والبيهقى . (٢)

وأما القياس فكما أن ما خالف الاجماع ينقض لتبين خطئه فكذلك كل ما بان للحاكم خطؤه ينقضه بجامع تبين الخطأ فى كليهما فيجب الرجوع عن ذلك الحكم الذى بان خطؤه ولو لم يخالف القاطع من النص أو الاجماع .

(١) أنظر : المغنى : ١٠ / ٥٠ .
(٢) سنن الدارقطنى : ٤ / ٢٠٦ ، سنن البيهقى : ١٠ / ١٢٠ ، وأنظر : تلخيص الحبير : ٤ / ١٩٦ ، ارواء الغليل : ٨ / ٢٤١ .

والراجح

مذهب الجمهور لاجماع الصحابة على أن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد والأثر محمول على الحكم الذى يخالف النص أو لاجماع بدليل أنه قد روى عن عمر أنه لم ينقض اجتهاده الأول باجتهاده الثانى كما فى مسألة المشركه وستأتى . والقياس فاسد الاعتبار لمصادمته لاجماع الصحابة المتقدم ، وما كان هكذا فلا يعول عليه .

قال ابن قدامة : فان قيل : أليس اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم بان له الخطأ لم يُعد ؟ قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة وجوه : الأول : أن استقبال القبلة يسقط حال العذر فى حال اشتداد المعركة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم بجهة القبلة . ولا يجوز ترك الحق الى غيره مع العلم بحال . الثانى : أن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة . الثالث : أن القبلة يتكرر فيها الاشتباه فيشق القضاء ، وما هنا اذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك * (١)

هذا ومثال مخالفة نص القرآن قول الله تعالى * وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ الآية . (٢) فاذا حكم القاضى معتمداً فى حكمه على شهادة الكافر على المسلم توصل الى ذلك بالاجتهاد ، فلا شك فى بطلان حكمه لأن الكافر ليس بذى عدل ولا هو منا ولا ممن نرضاه ، وعليه فخطؤه بين ولا عبرة بالظن البين خطؤه وما لا عبرة به شرعاً لا يكون عذراً .

(١) المغنى : ٥١ / ١٠ .

(٢) آية (٢) من سورة الطلاق .

ومثال مخالفة السنة حديث " البينة على المدعى واليمين على من أنكر "
أخرجه البيهقي بسند حسن . (١)
فاذا حكم الحاكم بانيا حكمه على أن اليمين على المدعى اجتهادا منه ، فلا
شك في بطلان حكمه لمصادمته للنص الذي يعتبر قاعدة فقهية ولا عبرة بالظن
البين خطؤه .

ومثال مخالفة الاجماع حكم الحاكم بأن الميراث كله للأخ دون الجد اجتهادا
منه ، فلا شك في بطلان حكمه لأن الأمة كلها على قولين اختصاص الجد بالميراث
أو مقاسمة الأخ له ولم يقل أحد باختصاص الأخ بالميراث وحرمان الجد ، فهذا
من الخطأ الواضح فلا عبرة به .

ذلك موطن الاتفاق في المسألة وهناك أسباب أخرى للنقض مختلفة باختلاف
المذاهب ،

ف عند الحنفية المراد بالكتاب هو المجمع على معناه أو الذي لم يدخل معناه
التأويل والنسخ ، كما أن السنة عندهم لا تقتصر على المتواترة بل كذلك المشهورة
ذلك أن من أخبار الاحاد ما يسمى عند الحنفية بالمشهور لأنه عندهم
يفيد شيئا أقوى من الظن يسمونه علم الطمانينة ويلحقونه بالمتواتر المفيد للعلم
اليقيني .

فالمراد بالكتاب القاطع/ما تقدم والمراد بالسنة القاطعة هو ما سلف . وعند
الحنفية ينقض الحكم اذا خالف الاجماع المنعقد بعد خلاف مستقر . (٢)

(١) السنن الكبرى : ٢٥٢/١٠ ، وأنظر: فتح الباري : ٢٨٣/٥ ، شرح
النووي على مسلم : ٣/١٢ .
(٢) أنظر: شرح فتح القدير : ٣٠٠/٧ - ٣٠١ ، فواتح الرحموت : ٣٩٥/٢ ،
تيسير التحرير : ٢٣٤/٤ ، بدائع الفصول : ٤٢/١ .

وعند المالكية ينقض الحكم اذا خالف القواعد الشرعية كأن يحكم ببينة نافية دون المثبتة فان القواعد الشرعية تفيد أن البينة المثبتة تقدم على البينة النافية .

ونص بعضهم بأن حكم الحاكم ينقض اذا خالف قاطعا من عمل أهل المدينة كالحكم بخيار المجلس وهذا اذا كان الحاكم مالكي .

وعند المالكية والشافعية ينقض الحكم اذا خالف القياس الجلي - وهو ما قطع فيه بنفى الفارق أو ضعفه - كرد شهادة الكافر فان الحكم بشهادته مخالف للقياس الجلي - وهو قياس الكافر على الفاسق - فالحكم بشهادة الفاسق لا يجوز والكافر أشد فسقا فمقتضى القياس لا يجيز الحكم بشهادته .

فأما القياس غير الجلي فلا ينقض الحكم به لأن الحاكم قد حكم بما يعتقد صحته ، والقياس غير الجلي لا يفيد الا الظن ولا فرق بين ظن وطن لأن الظن يختلف بالاضافة وما يختلف بها فلا سبيل الى تتبعه .

وعند المالكية والشافعية والحنابلة ينقض الحكم اذا خالف السنة ولو كانت أحادا لأن خير الواحد من الظن لكنه واضح الدلالة ، وهذا فيما لو كان الحكم مبنيا على الرأي والقياس وقد أشار الى ذلك الامام أحمد رحمه الله تعالى .

ونص الحنابلة على أن المراد بالاجماع عندهم هو الاجماع القطعي ، أما الاجماع الظني فلا ينقض الحكم اذا خالفه إذ لا فرق بين ظن وطن ولو نقض الحكم بالظن لما استقر حكم . والله أعلم . (١)

(١) أنظر: كشاف القناع: ٣٢٦/٦، الانصاف: ١١/٢٢٣-٢٢٥، شرح الكوكب المنير: ٤٠٤/٣، المستصفي: ٢/٣٨٢-٣٨٣، الأحكام للأمدى: ٢٠٣/٤، مغنى المحتاج: ٣٩٦/٤، أسنى المطالب: ٣٠٣/٤-٣٠٤، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: ١٥٣/٤، شرح الخرشي مع حاشية العدوى: ١٦٣/٧، شرح تنقيح الفصول: ٤٤١، الفرق للقراني: ٤٠/٤، تبصرة الحكام: ٧٠/١.

وإذا كان الحكم ينقض إذا خالف قاطعا فهل ينقضه من حكم به أو لغيره نقضه ؟
الحق أنه ينقضه الحاكم الذى حكم به وينقضه غيره ولكن لا بد من بيان سبب
النقض حتى لا ينسب الناقض للجور والهوى وتهتز ثقة الناس فى أحكامه .

وهل نقض هذا الحكم يتوقف على طلب رب الحق أم لا ؟
خلاف بين العلماء والصحيح أنه لا يتوقف على ذلك لأن نقضه حق لله تعالى
وتنفيذ حق الله لا يتوقف على الطلب . (١)

.....

(١) أنظر مع المراجع السابقة : نهاية المحتاج : ٢٥٨ / ٨ ، شرح فتح القدير :
٣٠٠ / ٧ ، بدائع الفصول : ٤٢٨ ، المغنى : ١٠ / ٥٢ - ٥٣ .

المسألة الثانية
 أن بيان الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

الحاكم اذا قضى فى واقعة معينة باجتهاد ثم تغير اجتهاده فى واقعة مماثلة فانه لا ينقضه الا اذا خالف دليلا قويا والدليل القوي قد اختلف العلماء فى بيانه على النحو السابق . وقد حكى الاتفاق على ^{هنا} اكثر من عالم وقد مر حكاية خلاف فى هذه المسألة ولكنه شاذ لا يعول عليه .

يدل على مذهب العلماء ههنا الأثر ومقصود الشارع ،
أما الأثر فقد أخرج البيهقي فى سننه بسنده الى الحكم بن مسعود الثقفى قال : شهدت عمر بن الخطاب رضى الله عنه أشرك الأخوة من الأب والأم مع الأخوة من الأم فى الثلث ، فقال له رجل : قضيت فى هذا عام أول بغير هذا قال : كيف قضيت ؟ قال : جعلته للأخوة من الأم ولم تجعل للأخوة من الأب والأم شيئا . قال : تلك على ما قضينا وهذا على ما قضينا * (١)
 وجه الدلالة :

وجه الدلالة من الأثر واضحة ذلك أن عمر بن الخطاب لم ينقض اجتهاده الأول باجتهاده الثانى مع أن الواقعتين متماثلتان .

وأما مقصود الشارع ، فذلك أن نقض الحكم فى مجال الاجتهادات يؤدى الى اضطراب الأحكام الشرعية وعدم استقرارها وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهذا مخالف للمصلحة التى نصب الحاكم لها وهى فصل المنازعات ، فلو أجزنا نقض حكم الحاكم لما استقرت للأحكام قاعدة ولبقيت الخصومات على حالها بعد الحكم وذلك يوجب

(١) سنن البيهقى : ٢٥٥ / ٦ . وأنظر : المغنى : ٥١ / ١٠ ، فتاوى ابن حجر الهيتمى : ٢١١ / ٢ .

دوام التشاجر والتنازع وانتشار الفساد ودوام العناد وهو مناف للحكمة التسي لأجلها نصب الحكام .

وعليه فالحاكم لا ينقض ما حكم به بناءً على تغيير اجتهاده فاذا ظهر له خطأ اجتهاده الأول وصواب اجتهاده الثاني فعليه أن يعمل بهذا الاجتهاد الأخير في ما يستقبل من قضايا ، أما ما مضى منها فلا ينقضه لأنه ليس بخطأ بيّين ذلك أن اجتهاده الأول يحتمل الصواب وان كان الظاهر عنده خطأه ، واجتهاده الثاني يحتمل الخطأ وان كان الظاهر عنده الصواب فليس واحد منهما خطأً بيّين . وقد صاغ الفقهاء قاعدة مهمة في هذا المجال حيث قالوا : الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

وإذا كان الحاكم لا ينقض حكم نفسه في مجال الاجتهادات فكذلك ليس لغيره نقضه فاذا تقدم رجل الى قاض وقال : حكم على فلان القاضى بكذا وكذا . نفذه ولم ينقضه وان كان اجتهاده يخالفه لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد . (١)

.....

(١) أنظر في هذه المسألة : روضة الناظر : ٢٠٤ ، شرح فتح القدير : ٣٠٠ / ٧ - ٣٠٤ ، حاشية ابن عابدين : ٣٩٤ / ٥ ، المستصفى : ٣٨٢ / ٢ ، الأحكام للآمدى : ٢٠٣ / ٤ ، فواتح الرحموت : ٣٩٥ / ٢ ، تيسير التحرير : ٢٣٤ / ٤ ، شرح الكوكب المنير : ٤٠٤ / ٣ ، كشف القناع : ٣٢٦ / ٦ ، الانصاف : ٢٢٣ / ١١ ، الفتاوى الكبرى الفقهية للهيتمي : ٢١١ / ٢ ، الافصاح لابن هبيرة : ٤٨٥ / ٢ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٥٦ / ٤ ، شرح الخرشي مع حاشية العدوى : ١٦٦ / ٧ .

المسألة الثالثة

فى بيان خطأ الحاكم المقلد فى الحكم .

الأصل أن الذى يتولى القضاء هو العالم المجتهد ، فإذا لم يوجد
المجتهد فينبغى أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه بأحوال الناس وقدرة على
الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه .
وينبغى أن يعلم أن تولية المقلدين إنما دعت إليها الضرورة بسبب ندرة المجتهدين
بمعنى أننا لو شرطنا توفر شرط الاجتهاد فى القاضى لما وجدنا قضاة يقيمون
العدل بين الناس أو قضاة فيهم الكفاية لهذا الغرض .
ومعلوم أن الضرورة فى الشرع الاسلامى تعتبر مسوغة للاقدام على المحظور ما دامت
موجودة ولا يحل البقاء على حالة الضرورة لمن أمكنه التخلص منها .
وعليه فإذا حكم المقلد فى قضية معتقداً أن ذلك القول الذى حكم به هو المعتمد
فى مذهبه ثم تبين خطأه فى اعتقاده وأن ذلك القول لم يقل به امامه بل قال به
امام آخر . فهل ينقض حكمه فى هذه الحالة ؟
للعلماء فى هذه المسألة قولان . ومنشأ اختلافهم أنه هل يجوز للمقلد تقليد
غير امامه ؟ من قال من العلماء له ذلك لم ينقض حكمه ومن منعه قال بالنقض . (١)
قال ابن نجيم : والحق فى هذه المسألة أن القاضى اذا حكم على خلاف
مذهبه فان كان متوهماً أنه على وفقه فانه باطل يجب نقضه وان وافق مجتهداً فيه
وان كان معتمداً مذهب غيره فانه لا ينقض . وهذا التفصيل متعين فى حكام زماننا
فانهم لا يعتمدون فى أحكامهم على الاجتهاد لا مطلقاً ولا مقيداً لكونهم مقلدين
فإذا جرى منهم الحكم بخلاف مذهبهم فهو مقطوع بكونه منه خطأً فينقض . وقولهم :

(١) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٠٤ / ٧ - ٣٠٦ ، المستصفي : ٣٨٤ / ٢ ، الأحكام
للأمدي : ٢٠٣ / ٤ ، شرح الكوكب المنير : ٤٠٥ / ٣ ، أسنى المطالب : ٤ /
٣٠٤ ، مغنى المحتاج : ٣٩٦ / ٤ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٣٠٣ / ٢٧ ،
شرح الخرشي مع حاشية العدوى : ١٦٦ / ٧ .

لا ينقض الحكم في المجتهدات ، معلل بأن الاجتهاد لا ينقض بمثله لا مطلقاً
فاذا كان القاضي متوهماً أنه مذهب فإخفاً فيه لم يكن مجتهداً فيه " (١)

وقال الدسوقي : والقول بأنه يلزمه الحكم بقول امامه ليس متفقاً عليه حتى قيل :
ليس مقلده رسولا أرسل اليه بل حكوا خلافاً اذا اشترط السلطان عليه ألا يحكم
الا بمذهب امامه فقيل : لا يلزمه الشرط . وقيل : بل ذلك يفسد التولية .
وقيل : يمضى الشرط لمصلحة " (٢)

وقال ابن حجر الهيتمي : قال الشيخان وغيرهما نقلاً عن الغزالي : ولو
استتضى مقلد للضرورة فحكم بمذهب غير من قلده لم ينقض حكمه بناءً على أن
للمقلد تقليد من شاء وهو الأصح . . . فان قلت : هذا لا يتأتى في قضاة
زماننا لأن مولاهم يشرط على كل منهم أن يحكم بمذهب مقلده دون غيره ؟
قلت : انما يتأتى ذلك ان قلنا بصحة التولية ولزوم الشرط . . . والذي عليه
الأكثر بطلان الشرط والتولية " (٣)

وقال ابن القيم : (٤) ولم يوجب أحد من الأئمة نقض حكم حاكم ولا ابطال فتوى
المفتي بكونه خلاف قول زيد أو عمرو ولا يعلم أحد سوغ النقض بذلك من الأئمة
والمتقدمين من أتباعهم وانما قالوا : ينقض من حكم الحاكم ما خالف نص كتاب
أو سنة أو اجماع الأمة ولم يجعل الله تعالى ولا رسوله صلى الله
عليه وسلم ولا أحد من الأئمة قول فقيه من الأئمة بمنزلة نص الله ورسوله بحيث
يجب اتباعه ويحرم خلافه "

(١) البحر الرائق : ١٠ / ٧ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ١٣٠ / ٤ .

(٣) فتاوى ابن حجر الهيتمي : ٢ / ٢١٢ .

(٤) أعلام الموقعين : ٤ / ٢٢٤ .

هذا وقد أكثر من هذه النقول لما للموضوع من أهمية في حياة الناس فأغلب قضاة زماننا مقلدون . ومع ذلك فينبغي مراعاة ما قدمناه من أن حكم الحاكم يجب أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس الجلي أو القواعد الفقهية على النحو الذي بسطناه سابقا .

وإذا كان ذلك كذلك فالذي أميل إليه أنه ينبغي النظر في دليل الحكم الذي حكم به المقلد فان كان دليله قويا فينبغي نفاذ الحكم والا فلا ، ذلك أن نقض الحكم مع قوة دليله لا فائدة منه الا بلبلة الناس واشغال الحاكم بما لا طائل منه وهذا منافع لمقصود الشارع .

والله أعلم وأحكم . .

.....

المسألة الرابعة

فى بيان حكم الذى لا يصلح للقضاء .

الحاكم الذى لا يصلح للقضاء لفسقه أو لجهله أو لغير ذلك ، هل تنفذ جميع أحكامه أو ترد جميعها أو ينفذ ما كان منها صوابا وينقض ما كان خطأ . ؟

ا : المذهب عند الشافعية والحنابلة - وهو قول عند المالكية - أن جميع أحكام من لم يصلح للقضاء تنقض ولو كانت صوابا ، لأن حكمه غير صحيح وقضائه بمنزلة العدم لفقد شرط القضاء فيه وهو العلم بالحكم من طريق الاجتهاد أو التقليد .

ب : والمذهب عند المالكية وهو قول كثير من محققى الحنابلة أن أحكامه لا تنقض كلها بل ينظر فيها لأن القضاء صناعة دقيقة لا يهتدى اليها كل الناس فاذا نظر فيها نقض ما كان خطأ لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه وما لا عبرة به شرعا لا يكون عذرا ، أما ما كان صوابا فلا ينقض لعدم الفائدة من نقضه إذ الحق وصل الى مستحقه .

وقال جماعة من محققى الشافعية : لو ولى من لم يصلح للقضاء ذوشوكة فلا ينقض من أحكامه ما كان صوابا لأن هذه الأحكام صدرت ممن ينفذ حكمه للضرورة . (١)

(١) أنظر فى هذه المسألة : مغنى المحتاج : ٣٩٧/٤ ، أسنى المطالب : ٣٠٤/٤ ، كشف القناع : ٣٢٧/٦ ، الانصاف : ٢٢٥/١١ - ٢٢٦ ، فتاوى ابن حجر الهيتمى : ٢١٢/٢ ، الاختيارات الفقهية : ٣٣٧ - ٣٣٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٥٢/٤ ، شرح الخرشي مع حاشية العدوى : ١٦٢/٧ - ١٦٣ ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوى : ٣٤٢/٢ - ٣٤٤ ، المغنى : ٥٣/١٠ .

المبحث الثانى

فى خطأ الحاكم فى سبب الحكم .

إذا ظهر خطأ القاضى فى طريق الحكم بأن حكم بشهود فبانوا مرد ودين فى شهادتهم لكفر أورق أو فسق على مذهب الجمهور أو غير ذلك .
والخطأ اما أن يكون فى حق الله أو فى حق العبد ،
والخطأ فى حق العبد اما أن يمكن فيه التدارك والرد أو لا .

فان أمكن بأن قضى بمال أو صدقة أو طلاق أو عتاق ثم ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو غير ذلك فالحكم ينقض بمعنى أنه تبين بطلانه ويرد العبد رقيقاً والمرأة الى زوجها والمال الى من أخذ منه .
فالمال يرد على المقضى عليه ان كان قائماً لأن قضاء الحاكم وقع باطلا ورد عين المقضى به ممكن فيلزمه رده .

وان كان هالكا فالضمان على المقضى له لأن القاضى عمل له فكان خطؤه عليه بل اذا عمل القاضى له فكأنه هو الذى عمل بنفسه .

وان لم يمكن الرد بأن قضى بالقصاص وأقتص فلا قصاص على الحاكم لأنه مخطئ ولا على المقضى له لأن صورة القضاء شبهة مانعة من القصاص .
وذهب الحنفية والحنابلة الى أن دية المقتول خطأ تجب فى مال المقضى له لتعذر الرجوع بالقود عليه فيتعين بدله .

وذهب الشافعية - وهو ظاهر كلام المالكية - الى أن الذى يضمن هو الحاكم فلا ضمان على المدعى لأنه يقول استوفيت حقى وهذا من خطأ الحاكم فيضمنه .

وفرق الشافعية بين ضمان المدعى المال اذا تلف وعدم ضمانه للدية اذا تلف المدعى عليه بالقصاص ، بأن الاتلاف بالقصاص انما يضمن اذا وقع على وجه التعدى وحكم القاضى أخرجه عن التعدى . وأما المال فاذا حصل بيبس

انسان بغير حق كان مضمونا وان لم يوجد منه تعدد .
وأما الخطأ في حق الله تعالى فاذا كان الحكم لله تعالى باتلاف حسي
 قتل لردة أو رجم لزنا أو قطع لسرقة ، أو كان الحكم بما سرى الى الاتلاف
 بأن حكم عليه بحد شرب أو تعزير فسرى الى نفسه أو عضو منها ثم ظهر أن
 الشهود عبيد أو كفار أو غير ذلك من موانع الشهادة .
 فقد نص العلماء على أن الشهود لا يضمنون لأنهم ثابتون على شهادة تهم
 زاعمون صدقهم ، وإذا كان الشهود لا يضمنون فمن الذي يضمن ؟
 المذهب عند الحنابلة - وهو قول جماعة من الشافعية - ان الذي يضمن هم
 المزكون ان كانوا ، لأن المحكوم به قد تعذر رده ، وشهود التزكية الجأوا
 الحاكم الى الحكم فلزمهم الضمان لتفريطهم ولأنه ثبت عند القاضي أن الأمر
 على خلاف قول المزكين ولم يثبت أنه خلاف قول الشهود .
 فان لم يكن مزكون فعلى الحاكم الضمان لأن التلف حصل بفعله أو بأمره
 فلزمه الضمان لتفريطه بترك البحث التام عن حال الشهود .
 ومذهب الحنفية والشافعية وهو ظاهر كلام المالكية أن ضمان ذلك على القاضي
 وسيأتي مذهب الحنفية والحنابلة ان ما ترتب على خطأ الحاكم في القضاء يجب
 على بيت المال ، ومذهب المالكية والشافعية أن ما ترتب على خطئه فسي
 القضاء يجب على عاقلته .
 فلا ضمان عندهم على المزكين اذا لم يتعمدوا ذلك لأن الحكم غير مبني على
 شهادتهم مع أنهم تبع للشهود والذي يضمن هو القاضي على الوجه السابق
 لتفريطه بترك البحث التام عن

المبحث الثالث

في خطأ القاضي اذا تصرف قبل علمه بالعزل .

اذا تصرف القاضي معتقدا بقاءه على قضائه ثم تبين خطأ اعتقاده وأن الامام قد عزله ، فهل تصرفه من حين العزل الى حين بلوغه الخبر صحيح أم باطل ؟

- ا : المذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة - وهو قول ابن حزم أن القاضي لا ينعزل قبل علمه بنعزل الامام له ، لما في هذا من استقرار المعاملات ورفع المنازعات فان في ابطال ما عقده القاضي من العقود ورد ما فسخه من الفسوخ ضررا عظيما على المسلمين والضرر ممنوع شرعا .
- ب : وعند الشافعية والحنابلة قول يفيد أن القاضي ينعزل بمجرد عزل الامام له ولو لم يبلغه الخبر ، قياسا على الوكيل فان مذهب الشافعية والحنابلة أن الوكيل ينعزل بمجرد العزل ولو لم يبلغه الخبر ، ووجه القياس أن كليهما نائب فالوكيل نائب الموكل والقاضي نائب الامام .

ورد الحنابلة والشافعية هذا القياس بأن ضرر نقض أفضية القاضي بعد عزله وقبل بلوغه الخبر أعظم من ابطال تصرفات الوكيل بعد عزله وقبل بلوغه الخبر ، ثم أن أكثر ما في الوكيل ثبوت الضمان وذلك لا ينافي الخطأ بخلاف الحكم فان فيه الاثم وذلك ينافي الخطأ . (١)

(١) أنظر في هذه الفقرة : تبصرة الحكام : ٧٨ / ١ ، قواعد البعلبي : ٨٩ ، كشف القناع : ٢٩٣ / ٦ ، الانصاف : ١٧٤ / ١١ ، المحلى : ٢٤٦ / ٨ ، مغنى المحتاج : ٣٨٢ / ٤ ، نهاية المحتاج : ٢٤٥ / ٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٣٤ / ٤ ، حاشية العدوى على شرح الخرشي : ١٤٣ / ٧ ، البحر الرائق : ٥٠ / ٧ ، حاشية ابن عابدين : ٤٥٨ / ٥ ، بدائع الصنائع : ٣٨ / ٦ .

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الجمهور لأن ابطال تصرفات القاضى يترتب عليه ضرر عظيم ، ولأن خطأ اعتقاده لم يصاحبه تفريط ، والخطأ اذا لم يصاحبه تفريط يعذر به ، ولذلك فتصرفات القاضى المأذون له فيها سليمة ولا غبار عليها حتى يبلغه خبر العزل لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل .

والله أعلم وأحكم

.....

المبحث الرابع

فى بيان من الذى يتحمل خطأ الامام والحاكم

اختلف العلماء فىمن يجب عليه ضمان التالف الناشئ عن خطأ الامام
أو نائبه فى القضاء ؟

١ : المذهب عند المالكية والشافعية أن ذلك واجب على عاقلة الحاكم
وقد استدلوا بالأثر والقياس .

أما الأثر فقد أخرج عبد الرزاق فى مصنفه والبيهقى فى سننه بسندهما
الى الحسن قال : أرسل عمر بن الخطاب الى امرأة مُغَيَّبَةٍ كان يُدخل عليها ،
فأنكر ذلك ، فأرسل اليها ، فقبل لها : أجيبى عمر . فقالت : يا ويلها مالها
ولعمر ! قال : فبينما هى فى الطريق فزعت ، فضربها الطلق ، فدخلت دارا
فألقت ولدها فصاح الصبى صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى
الله عليه وسلم فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شئ ، إنما أنت وال ومؤدب . قال
: وَصَمَنَ عَلِيٌّ ، فأقبل عليه . فقال : ما تقول ؟ قال : ان كانوا قالوا برأيهم
فقد أخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، أرى أن ديتسه
عليك فانك أنت أفزعتها وألقت ولدها فى سببك . قال : فأمر علياً أن يقسم
عقله على قريش ، يعنى يأخذ عقله من قريش لأنه خطأ * (١)
وجه الدلالة :

يفيد الحديث أن عمر لما أشير عليه بأنه لا شئ عليه لأنه مؤدب أقـر
ذلك فصار فعله قضاءً ثم لما أفتى على بأن القضاء خطأ وأن الدية على عاقلة
عمر تغير رأى عمر وحكم بالدية على عاقلته .

(١) مصنف عبد الرزاق : ٤٥٨/٩ ، سنن البيهقى : ١٠٧/٨ .

ونوقش هذا الأثر بأنه لا يصح لأنه منقطع بين الحسن وعمر فقد ولد الحسن قبل مقتل عمر بسنتين فكيف يروى هذا عن عمر ؟ (١)

وأما القياس ، فإنه لا خلاف أن خطأ الحاكم في غير الحكم يجب على عاقلته فكذلك خطؤه في الحكم بجامع أن كلا الخطئين نتجا عن فعل الحاكم .

ونوقش هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الحاكم بحكم عمله لعامة المسلمين يجب أن يكون ضمان خطئه عليهم لأنه بحكمه عمل لهم والقاعدة تقول : الغنم بالغنم .

وأما خطؤه في غير الحكم فيما لم يكم موكولا إليه فلا مصلحة للمسلمين من قيامه به فوجب أن يتحمل الحاكم أو عاقلته تبعه ذلك .

ب : والمذهب عند الحنفية والحنابلة - وهو قول الأوزاعي والثوري وإسحاق أن ما ترتب على خطأ الحاكم في القضاء فإنه يجب على بيت المال . وذلك لأن خطأ الحاكم يتكرر بكثرة الأحكام التي تصدر عنه وإيجاب الضمان عليه أو على عاقلته يلحق بهم ضررا كثيرا قد لا يقدر على تحمله . ولأن القاضي نائب عن عامة المسلمين والمصلحة المترتبة على ما يفعله تعود عليهم فكان الضمان واجبا في بيت المال كما هو الشأن في كل أمر لا تعود مصلحته إلى فرد معين .

ولأن إيجاب الضمان على عاقلة الحاكم يفضي إلى امتناع الناس عن تولي القضاء تلافيا لما قد يترتب على ذلك مما يؤدي إلى تعطيل كثير من المصالح

(١) تلخيص الحبير : ٣٦ / ٤ - ٣٧ .

وهذا مصادم لمقصود الشارع . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو قول المالكية والشافعية للأثر ، وكونه منقطع
يرد عليه : بأنه مرسل ثقة وهو الحسن ، والمرسل حجة عند الحنفية
والمالكية والحنابلة . (٢)
والله أعلم وأحكم ..

.....

(١) أنظر فى هذا المبحث : المغنى : ٣٨٧/٨ ، ٢٢٨/١٠ ، الانصاف :
٤٨٧/٩ ، ١٢١-١٢٢/١٠ ، كشاف القناع : ٦٠/٦ ، المهذب : ٢١٣/٢ ،
مغنى المحتاج : ٢٠١/٤ ، أسنى المطالب : ١٦٥/٤ ، شرح فتح القدير :
٢٩٠/٥ ، بدائع الصنائع : ١٦/٧ ، الشرح الكبير للدردير : ١٥٥/٤ ،
المدونة : ٢٣٩/٦ .
(٢) أنظر : التقرير والتحبير : ٢٨٨/٢ .

الفصل الثاني في الخطأ في تنفيذ الأحكام.

وتحت هذا الفصل ثلاثة مباحث :

- المبحث الأول : في الخطأ في تنفيذ الحدود.
- المبحث الثاني : في خطأ المنفذ في النفس.
- المبحث الثالث : في خطأ المنفذ فيما دون النفس.

المسألة الأولى : فى الزيادة فى الجلد خطأ .

اتفق الفقهاء على أن المحدود إذا مات من أثر الحد من غير تعدد فان دمه غير مضمون ، أما إذا تجاوز المنفذ الحد المشروع وترتب على ذلك تلف المحدود فانه مضمون .

قال ابن قدامة : ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فى سائر الحدود أنه إذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لا يضمن من تلف بها . . . وان زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه ^(١)

هذا وإذا زاد الجلد فى ضرب من ارتكب جريمة توجب الحد وحكم عليه بذلك فالأمر لا يخلو من حالين :

الأولى :

أن يأمره الامام بالزيادة على الحد مع اعتقاده بوجوب طاعة الامام وجهله بهذه الزيادة على الحد إذ هو لا يعلم هل هذه الزيادة من الحد أو زادها الامام عمدا أو خطأ ؟

فاذا ضرب الجلد أكثر من الحد كضرب شارب الخمر تسعين جلدة وترتب على هذا تلف المحدود فان الضمان يجب على الامام ولا شىء على الجلد فالامام والحالة هذه كالمباشر والجلاد كآلة فى يده ، ولو ضمنا الجلد لسم يتولى الجلد أحد والجلاد لا بد منه فى السياسة .

الثانية :

أن يأمره الامام بالزيادة على الحد مع علم الجلد بأن الامام قد تعدد هذه الزيادة أو زادها خطأ ونفذ الجلد ذلك وترتب عليه تلف المحدود فالضمان والحالة هذه على الجلد لتعديده إذ كان من حقه لما علم الحال أن

(١) المغنبي : ١٦٤/٩

يُمتنع ، ذلك أنه لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

وهكذا إذا زاد الجلاذ من عند نفسه بغير أمر الامام فيضمن ما ترتب على ذلك سواء أ زاد ذلك عمداً أو خطأ لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد . وما يجب على الجلاذ إذا أخطأ فهو على عاقلته ، وما يجب على الامام إذا أخطأ في حكمه فهو على بيت المال أو على عاقلته على خلاف بين العلماء في ذلك .

نص على هذه المسألة الشافعية والحنابلة وهو المفهوم من كلام الحنفية والمالكية ... (١)

.....

(١) أنظر: المغنى: ١٦٥/٩، كشف القناع: ٨٣/٦-٨٤، الانصاف: ١٦٠/١٠ - ١٦١، أسنى المطالب: ١٦٣/٤، روضة الطالبين: ١٧٧/١٠-١٧٨، نهاية المحتاج: ٣٥/٨، مغنى المحتاج: ٢٠٢/٤، شرح فتح القدير: ٢٩١/٥، الشرح الكبير للدردير: ٢١٠/٤، بدائع الصنائع: ١٦/٧ .

المسألة الثانية : في الخطأ في جلد الزاني المحصن وعدم رجمه .

مذهب جمهور العلماء أن الزاني المحصن يرجم ولا يجلد مع الرجم لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم من زنى وهو محصن ولم يجلد ه .
 ومذهب جماعة من العلماء إلى أن الزاني المحصن يجلد ويرجم لعموم آية الجلد .

وبناء على هذا إذا جُلد الزاني على أنه بكر ثم ظهر خطأ هذا الاعتقاد بحيث ثبت أنه محصن فإنه يرجم .
 أخرج أبو داود - بسنده - إلى جابر : أن رجلاً زنى بامرأة فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم أخبر أنه محصن فأمر به فرجم^(١) .
 ولأنه إن وجب الجمع بينهما على مذهب الأقل فقد أتى ببعض الواجب فيجب إتمامه وإن لم يجب الجمع بينهما على مذهب الأكثر فقد تبين أنه لم يأت بالحد الواجب فيجب أن يأتي به

نص على هذه المسألة الحنابلة وهو ظاهر كلام غيرهم (٢) .

والله أعلم . .

(٢) أنظر المغني : ٤٢/٩ ، كشف القناع : ٩١/٦ .
 (١) سنن أبي داود : ٥٨٦/٤ - ٥٨٧ .

المسألة الثالثة : في الخطأ في قطع يد السارق اليسرى بدل يمينه .

إذا أخطأ منفذ حد السرقة وذلك بأن قطع يد السارق اليسرى بدلا من يده اليمنى ، فهل يجزىء هذا القطع عن الحد ؟ وهل يضمن المنفذ ما ترتب على هذا الخطأ أم لا ؟

يحسن قبل بيان حكم هذه المسألة أن نقول : المراد بالخطأ هنا هو الخطأ في الاجتهاد ،

ومعناه : أن يقطع المنفذ يد السارق اليسرى عن اجتهاد في أن قطعها يجزىء عن حد السرقة نظراً الى اطلاق النص وهو قوله تعالى " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا " الآية (١)

وأما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال فهل هو كالخطأ في الاجتهاد أم لا ؟

جمهور العلماء على أن حكمه كالخطأ في الاجتهاد ، والصحيح عند الحنفية أن هذا الخطأ لا يعتد به فلا يجعل عذراً لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه .

وإذا كان ذلك كذلك وحدث الخطأ من المنفذ فالمذهب عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أن المنفذ اذا قطع يسار السارق بدلا عن يمينه فان هذا القطع يسقط قطع اليمين عن المحدود وذلك لأن قطع يمين السارق يفضي الى تفويت منفعة الجنس وقطع يده بسرقة واحدة فلا يشرع ، واذا انتفى قطع يمينه حصل قطع يساره مجزئاً عن القطع الواجب .

(١) آية (٣٨) من سورة المائدة .

واذا سقط قطع يبنى المحدود فهل يضمن المنفذ قطع يد السارق اليسرى؟
 ا : المذهب عند الحنفية والمالكية أنه لا يضمن دية يد السارق . قال
 الحنفية : لأنه أخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فانها لا تقطع بعد
 قطع اليسرى واليمينى خير لأن قوة البطش بها أتم .
 ب : والمذهب عند الشافعية والحنابلة - وهو قول زفر من الحنفية - أن على
 المنفذ دية يد السارق اليسرى ، لأنه قطع يدا معصومة والخطأ فى حـق
 العباد غير موضوع فيضمنها (١)
 الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الشافعية والحنابلة وهو القائل بالضمن لأن
 هذا القطع ان كان عن اجتهاد فهو اجتهاد مصادم للسنة المشهورة والاجماع
 فيكون حكمه حكم القضاء ، أى : أنه لا اعتبار بهذا الاجتهاد . والله أعلم .

هذا وما ذكرته عن الشافعية هو احدى طريقتين ذكرهما الشافعية ورجح
 ما ذكرته جمع منهم ، والطريقة الأخرى التى رجحها أيضا جمع منهم تقول :
 ان قال السارق حين اخراجه ليد ، ظننتها اليمين أو أنها تجزى اجزائه
 والا فلا لأن العبرة فى الأداء بقصد الدافع ، ولا شىء على المنفذ فى
 الحالين . وقد اعتمدوا هذه الطريقة فى الخطأ فى قطع اليد قصاصا كما
 سيأتى بسطه .

(١) أنظر فى هذه المسألة : شرح فتح القدير : ٣٩٨/٥ - ٤٠٠ ، بدائع
 الصنائع : ٨٧/٧ - ٨٨ ، البحر الرائق : ٦٧/٥ ، تبيين الحقائق : ٢٢٦/٣
 كشف القناع : ١٤٨/٦ - ١٤٩ ، الانصاف : ٢٨٨/١٠ ، المغنى : ١٢٤/٩ ،
 مغنى المحتاج : ١٧٩/٤ - ١٨٠ ، نهاية المحتاج : ٤٦٨/٧ ، أسنى
 المطالب : ١٥٣/٤ - ١٥٤ ، روضة الطالبين : ١٥١/١٠ ، المدونة : ٢٨٨/٦
 الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٣٣/٤ ، شرح الخرشى : ٩٣/٨ .

وفي نهاية هذه المسألة لابد من التنبيه على أمور :

الأول :

إذا قطع المنفذ رجل السارق اليمنى بدل من يده اليمنى فهل الحكم

كما تقدم ؟

أ : المذهب عند الحنفية أن يد السارق لا تقطع بل يكفي بقطع رجله لكن على المنفذ ضمان ما قطعه ، لأنه - وان امتنع بقطع رجله قطع يده - لكن المنفذ لم يعرض السارق من جنس ما أتلفه عليه من المنفعة لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي* . (١)

ب : والمذهب عند المالكية أن على المنفذ دفع دية الرجل وتقطع يد السارق لأن الخطأ لم يحصل بين عضوين متساويين بل بين عضوين مختلفين فتقطع يد السارق اليمنى لأن ما وجب قطعه لم يقطع ، وعلى المنفذ دفع دية الرجل لأنه قطع رجلا معصومة والخطأ في حقوق العباد غير موضوع فيضمنها . (٢)

وعلى هذا فالحنفية والمالكية متفقون على أن المنفذ ملزم بدفع الدية لما ذكروه ، ويبقى الخلاف بينهم في لزوم قطع يد السارق اليمنى فالحنفية منعوا ذلك والمالكية أوجبوه والراجح مذهب المالكية لما ذكروه ولأن ما وجب قطعه لم يقطع .

الثاني :

إذا كان المخطئ في التنفيذ أجنبيا غير مسموح له بذلك ، فهل حكمه

(١) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٩٩/٥ ، حاشية ابن عابدين : ١٠٦/٤ .
(٢) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٣٣/٤ ، شرح الخرشي :

كالمنفذ الشرعى أم لا ؟

ا : الصحيح عند الحنفية أنه لو قطع يسار السارق غير الذى يقيم الحد بعد حكم القاضى يقطع يمينه فحكم خطئه كحكم خطأ المنفذ الشرعى ، وعليه فيكتفى بقطعه ولا تقطع يد المارق اليمنى ولا ضمان على الأجنبى فى قطعه لأن امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مأمور الحاكم أو أجنبيا غير مأمور . (١)

ب : والمالكية ذهبوا الى أن قطع الأجنبى لا يجزئ بل تقطع يد السارق اليمنى ويؤدى القاطع دية يد السارق اليسرى ، فتقطع يد السارق اليمنى لأن ما وجب قطعه لم يقطع ، ويدفع القاطع دية اليد لأنه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العباد غير موضوع .

ولم أجد للمالكية دليلا فى تفريقهم بين خطأ المنفذ الشرعى وخطأ الأجنبى ويمكن أن يعلل لهم بأن يقال : بأن المنفذ الشرعى معذور فى خطئه لأنه مجتهد وما ذنب له فى التنفيذ ، أما الأجنبى فغير معذور لانتهاكه القوانين المرعية واستخفافه بالنظام لهذا لم يعتدوا بقطعه وألزموه بدفع الدية . (٢)

الترجيح : —————

والذى أميل اليه هو مذهب المالكية مع بعض الاستثناء ، فالقاطع يضمن ما قطعه لأنه قطع يدا معصومة وليس اليه القطع . وينبغى أن يؤدب القاطع حتى يكون عبرة لغيره فلا يقلده فى صنيعه أحد .

لكن مع هذا ينبغى أن يكتفى بقطع يد اليسرى عن قطع يد اليمنى لما ذكره العلماء فى أول هذه المسألة .

(١) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٩٩/٥ ، حاشية ابن عابد بن : ١٠٦/٤ .
(٢) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٣٣/٤ ، شرح الخرشي : ٨/

الثالث :

ضمان المال المسروق . الذى يظهر من كلام العلماء بل كلام جمهور العلماء أنهم اعتبروا قطع يد السارق اليسرى بدل قطع يده اليمنى قد وقع حدا .

والعلماء مع ذلك متفقون على وجوب رد العين المفصولة على مالكها اذا كانت باقية ، فأما ان كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها ان كانت مثلية ، هذا مذهب الجمهور لأن الغرم والقطع عندهم يجتمعان . والحنفية افترقوا فى هذا الأمر فريقين ، فبعضهم اعتبر القطع وقع حدا ولم يضمن السارق وبعضهم لم يعتبر ذلك فألزم السارق بالضمان . والسَّرفى هذا الخلاف أن مذهب الحنفية يعتمد فى هذه المسألة على قاعدة مسلَّمة عند الحنفية وهى أن الغرم والقطع حداً لا يجتمعان .

قال الكاسانى : ثم على قول أبى حنيفة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسرى قطعاً من السرقة حتى اذا هلك المال فى يد السارق أو استهلكه لا يضمن ، أو لا يكون من السرقة حتى يضمن ؟ اختلف المشايخ فيه قال : بعضهم يكون ، وقال بعضهم : لا يكون " (١)

.....

(١) بدائع الصنائع : ٨٧/٧ ، وأنظر : شرح فتح القدير : ٤٠٠/٥ ، تبين الحقائق : ٢٢٧/٣ ، المغنى : ١٣٠/٩ .

المبحث الثاني في خطأ المنفذ في النفس.

وتحت هذا المبحث أربع مسائل :

- المسألة الأولى : في خطأ ولي الدم في القصاص.
- المسألة الثانية : في خطأ وكيل ولي الدم في القصاص.
- المسألة الثالثة : في دعوى المنفذ المخطأ في كيفية القتل .
- المسألة الرابعة : في المخطأ في قتل من يعتقده قاتل أبيه .

المسألة الأولى : فى خطأ ولى الدم فى القصاص .

الأصل فى الشريعة أن إقامة الحدود واستيفاء القصاص ونحوه للحكام لأن من وظيفة الحكام تطهير الأرض من الفساد ورفع الظلم فولى الأمر هو الذى يتولى إقامة القصاص ولا يمكن الإنسان من استيفاء حقه بنفسه الا بموافقة الحاكم ، فمن المتفق عليه أن لولى الدم أن يستوفى القصاص بنفسه فى القتل إذا كان قادرا على الاستيفاء ومحسنا له وأذن الحاكم له فى ذلك . أما القصاص فيما دون النفس فمختلف فيه بين العلماء :

فالمذهب عند المالكية والشافعية أن المجنى عليه أو وليه ليس له أن يستوفى القصاص فيما دون النفس بأى حال سواء كان يحسن القصاص أو لا يحسنه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى أن يحيف على الجانى أو يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ولذلك فالذى يستوفيه ولى الأمر وينصب لذلك من يحسنه .

قال الامام مالك : وأحب اللى أن يولى الامام على الجرح رجلين عدلين ينظران ذلك ويقيسانه فان لم يجد الا واحدا فأرى ذلك مجزيا ان كان عدلا " (١)

والمذهب عند الحنفية والحنابلة أن للمجنى عليه أن يستوفى القصاص بنفسه فيما دون النفس لأنه حقه فله استيفاؤه بنفسه كسائر الحقوق ما دام يحسنه ، فان لم يكن يحسنه فله أن يوكل عنه خبيرا بالقصاص .

ولا يرى الحنابلة مانعا من تعيين رجل خبير بالقصاص بأجر من بيت المال تكون مهمته أن يستوفى القصاص نيابة عمّن لا يحسنون استيفائه . (٢)

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٢٥٩ / ٤ ، وأنظر : مواهب الجليل :

٢٥٤ / ٦ ، المهذب : ١٨٦ / ٢ .

(٢) أنظر : المغنى : ٣٠٦ / ٨ - ٣٠٧ ، كشف القناع : ٥٣٧ / ٥ ، بدائع

الصنائع : ٢٤٦ / ٧ .

هذا وفي الوقت الذي منحت فيه الشريعة الاسلامية ولى الدم حق القصاص فانها منحتة حقا آخر هو حق العفو عن القصاص فاذا عفا امتنع القصاص . ويرى جمهور الفقهاء أن عفو بعض الأولياء وكلهم يسقط القصاص لأن القصاص لا يتجزأ فاذا عفا أحد هم فقد ^{عفا} عن بعض القصاص ولا يمكن احياء بعض الشخص وقتل بعضه .

وعلى هذا اذا قتل من لم يعف من الأولياء الجاني وهو عالم بعفو غيره وسقوط القصاص بذلك العفو فقد ارتكب جريمة قتل عقوبتها القصاص ، وقد نص على هذه المسألة الحنفية والشافعية والحنابلة لأنه قد قتل معصوما مكافئا له عمدا يعلم أنه لا حق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم .

وان قتل ولى الدم الجانى بعد عفو غيره من أولياء الدم معتقدا عدم العفو لجهله به أو علم بعفو غيره لكنه اعتقد بقاء حقه فى القصاص وان وجد عفو غيره فهل يقتص منه أو لا ؟

١ : المذهب عند الشافعية - وهو قول زفر من الحنفية - أن أحد المستحقين اذا تسرع فقتل الجانى بعد عفو غيره من المستحقين وهو لا يعلم بذلك العفو أو علم به لكنه لم يعلم بالحرمة - فعليه القصاص ، لأنه قتل نفسا بغير حق ذلك أن عصمة الجانى عادت بالعفو ألا ترى أنه حرم قتل الجانى بعد عفو بعض المستحقين فكانت نفس الجانى مضمونة بالقصاص كما لو قتله قبل وجود القتل منه .

والقصاص انما يسقط بالشبهة ولا شبهة هنا لأن مطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال : ظننت أنه قاتل أبى .

ب : والمذهب عند الحنفية والحنابلة أنه لا قصاص على ولى الدم اذا فعل ذلك ، لأنه قتله على ظن أن قتله مباح له وهذا الظن مبنى على نوع دليل

ذلك أن القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الأولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فالعفو من أحد المستحقين ينبغي أن لا يؤثر في حق الآخرين إلا أنه امتنع هذا الدليل عن العمل لما روى عن عمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عباس أنهم قضاوا بأن القصاص يسقط بعفو واحد من مستحقه ولم يعرف لهم في عهدهم مخالف .

وقيام الظن المبني على نوع دليل يورث شبهة عدم العصمة والشبهة - كما يقول الكاساني - في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فتمنع وجوب القصاص . (١)
الترجيح :

وهكذا يتضح أن منشأ الخلاف هو اعتقاد ولي الدم اباحة دم الجاني وهل يعتبر هذا الاعتقاد شبهة تدرأ عنه القصاص ؟ فمن اعتبر هذا الاعتقاد شبهة تدرأ القصاص عن ولي الدم ومن لا فلا .

والذي أميل إليه هو قول الحنفية والحنابلة الذهاب إلى أنه لا قصاص على ولي الدم المتسرع نظرا لاعتقاده اباحة دم الجاني واعتقاده شبهة وهو داخل في شبهة المحل لأنه مبني على نوع دليل وهو حقه المشروع في استيفاء القصاص ، وإذا ثبت أن اعتقاده شبهة فالقصاص يدرأ بها كالحذود ولا فرق بل يمكن أن تكون هذه المسألة من باب شبهة الخلاف والشافعية من أول القائلين بها فقد ذهب بعض العلماء إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء .
وحسب المذهب الراجح فمتى حكمتنا على الولي المتسرع بوجوب الدية أما لكونه معذورا وأما للعفو عن القصاص فإنه يسقط عنه من الدية ما قابل حقه على القاتل قصاصا ويجب عليه الباقي .

(١) أنظر في هذه المسألة : بدائع الصنائع : ٢٤٧/٧ - ٢٤٨ ، مغني المحتاج

: ٤١/٤ ، أسنى المطالب : ٣٦/٤ ، كشف القناع : ٥٣٥/٥ ، المغني : ٨/

٣٥٢ - ٣٥٤ ، حاشية ابن عابد بن : ٥٤١/٦ .

المسألة الثانية : في خطأ وكيل ولي الدم في القصاص .

قد يقع الخطأ من الوكيل في القصاص ، ذلك أن لولى القتل استيفاء القصاص بنفسه وله أن يوكل غيره في استيفائه اذا كان غيره يحسنه وتقدمت الإشارة الى هذا .

وقد نص فقهاء الحنفية على أنه لا يجوز للوكيل استيفاء القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال أن الغائب قد عفا ، ولأن في حضرة الموكل رجاء العفو منه عند معاينة حلول العقوبة بالقاتل وقد رغب الشرع في ذلك وبين أن العفو أقرب للتقوى (١) وظاهر عبارة الشافعية والحنابلة أن للوكيل استيفاء القصاص ولو لم يحضر الموكل وعليه فاذا وكل الولي غيره في استيفاء القصاص ثم عفا عن القصاص ، فاقص الوكيل فالحال لا يخلو :

اما أن يعلم الوكيل بهذا العفو وحينئذ عليه القود لأنه قتل المعفوع عنه ظلما فيقتص منه كما لو قتله ابتداء .

وأما أن لا يعلم الوكيل بهذا العفو بل قتل الجاني معتقدا جواز قتله وأن الموكل لم يسقط حقه في القصاص ، فالمذهب عند الشافعية والحنابلة أنه لا قصاص عليه بذلك لأنه قتل من يعتقد اباحة قتله بسبب هو معذور فيه ، فأشبهه بالوقتيل في دار الحرب من يعتقد حربه فبان مسلما فلا خلاف بين العلماء أنه لا قصاص عليه وقد تقدم بحثه .

وإذا كان لا قصاص عليه فهل يضمن الوكيل دية القتل ؟

١ : المذهب عند الحنابلة أنه لا ضمان عليه لعدم تفریطه ، ذلك أن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا ولى الدم بعد قتل الوكيل للجاني ، وإذا كان الوكيل لا ضمان عليه فكذلك

(١) أنظر : بدائع الصنائع : ٢٤٣ / ٧ ، حاشية ابن عابدين ٥٤٠ / ٦ .

الموكل لأن عفوه غير صحيح لحصوله في حال لا يمكن الوكيل استدراك الفعل فوق القتل مستحقا للموكل فلم يلزمه ضمان ثم أن العفو احسان فلا يقتضى وجوب الضمان . (١)

ب : المذهب عند الشافعية أن الدية تلزم الوكيل لأنه قد ظهر خطأ اعتقاده وأنه قتل معصوما بغير حق ، وكان المفروض اقامة القصاص عليه الا أنه سقط عنه لشبهة الاذن ، واذا سقط عنه القصاص لتلك الشبهة وجب عليه الدم لما تقدم .

ولا يرجع الوكيل بالدية على الموكل أمكن الموكل اعلام الوكيل بالعفو أم لا لأن العفو احسان من الموكل فلا يقتضى الرجوع عليه . (٢)

والذي أميل اليه هو مذهب الشافعية لأن هذا قتل خطأ ذلك أنه ظن خطأ أنه لم يعف فاذا به قد عفا فهو قتل الخطأ ابتداء .

.....

(١) انظر : المغنى : ٣٥٥/٨ - ٣٥٧ ، كشاف القناع : ٥٤٥/٥ - ٥٤٦ ،

الانصاف : ١٠ - ٩/١٠ .

(٢) انظر : مغنى المحتاج : ٥٢/٤ ، نهاية المحتاج : ٣١٤/٧ .

السؤال الثالثة : في دعوى المنفذ الخطأ في كيفية القتل .

إذا أذن الامام أو نائبه لمن هو أهل لتنفيذ القصاص فأخطأ في التنفيذ وذلك بأن أراد ضرب الرقبة فأصاب غيرها فان المنفذ لا يخلو من حالين :
الأولى :

أن تكون الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب فحينئذ تقبل دعواه الخطأ لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ولكن لا بد من اليمين .

الثانية :

أن تكون الضربة في موضع بعيد من العنق كالوسط والرجلين فحينئذ لا يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه بل هذا يلحق بالعمد فيعزور .
وإذا أراد العود لتنفيذ القصاص فهل يمكن ؟
الظاهر من كلام الشافعية والحنابلة أنه متى كان الخطأ يشعر بعجز المستوفى فانه يمنع من العود ، ومتى كان الخطأ لا يشعر بذلك فينبغي أن يمكن والعبرة بشهود الحال . (١)

.....

(١) أنظر: المغنى : ٣٠٧/٨ ، كشف القناع : ٥٣٧/٥ - ٥٣٨ ، مغنى المحتاج : ٤٢/٤ ، نهاية المحتاج : ٣٠٢/٧ ، أسنى المطالب : ٣٨/٤ .

المسألة الرابعة : فى الخطأ فى قتل من يعتقد قاتل أبيه .

إذا قتل من يعتقد مرتداً أو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباهاً به فى الصورة ، ثم تبين خطأ اعتقاده وأن من اعتقده مرتداً قد أسلم ، ومن ظنه قاتل أبيه تبين أنه غيره ، فهل يلزمه القصاص فى هذه الحالة اعتباراً بما فى نفس الأمر فقد قتل من يكافئه عمداً محصناً بغير حق أشبه ما لو علم بحاله ، أو لا قصاص عليه بل تلزمه الدية اعتباراً بما فى ظن المكلف وهذا الظن شبهة تـسـقـط القصاص عنه ؟

المذهب عند الشافعية والحنابلة هو وجوب القصاص أخذاً بما فى نفس الأمر وذهب بعض الشافعية والحنابلة إلى القول بوجوب الدية فقط نظراً لظن المكلف . (١)

الترجيح :

والذى أميل إليه هو المذهب القائل بوجوب القصاص لأن المخطئ قد قصّر فى اجتهاده ، إذ كان من الواجب عليه أن يتثبت قبل الإقدام على القتل والا فالظن المجرد لا يبيح القتل بأي حال من الأحوال .

والله أعلم وأحكم . . .

(١) أنظر : كشف القناع : ٥ / ٥٢٧ ، قواعد ابن رجب : ٢٣٥ ، مطالب أولى النهى : ٢٧ / ٦ ، مغنى المحتاج : ٤ / ١٤ ، نهاية المحتاج : ٢٦٥ / ٧ - ٢٦٦ ، قواعد البعلى : ٨٥ ، روضة الطالبين : ١٤٧ / ٩ .

المبحث الثالث في خطأ المنفذ فيما دون النفس.

وتحت هذا المبحث مسألتان :

المسألة الأولى : في الخطأ في قطع اليد قصاصاً.

المسألة الثانية : في الخطأ في القصاص

من الاطراف والجراح.

وان قال المخرج بعد قطعها : جعلتها حالة الاخراج عن اليمين وظننت اجزاءها عنها فالأصح عند الشافعية أنه لا قصاص في اليسار أيضا سواء كان القاطع عامدا أو مخطئا وذلك لشبهة بذلها لأننا أقمنا ذلك مقام اذنه في القطع وهو لو قال لغيره : اقطع يدي ، فقطعها لا قصاص عليه لكن مع هذا على القاطع دية ما قطع لأن صاحبها لم يبذلها مجانا .

وان قال المخرج : دَهَشْتُ - من الدهشة وهي الحيرة - فظننت اليسار هي اليمين ، أو قال : ظننت المنفذ قال : أخرج يسارك ، وقال القاطع المستحق : ظننتها اليمين أو أنها تجزى عن اليمين فلا قصاص وعليه دفع الدية لما تقدم .

أما إذا قال القاطع : ظننته أباحها أو دهشت أو علمت أنها لا تجزى عنها فلا بد حينئذ من قطع يد القاطع اليسرى قصاصا .
أما ظنه الاباحة فهو كمن قتل رجلا وقال : ظننت أنه أذن في قتله . وأما الدهشة فلأنها لا تليق بحال القاطع وبالتالي فليست بعذر . وأما علمه بأنها لا تجزى فلأنه لم يوجد من المخرج تسليط حتى يكون شبهة فيسقط القصاص .

هذا ومع هذا كله فلا يسقط قطع يمين الجاني قصاصا الا اذا مات المجنى عليه أو قال القاطع لليسار : ظننتها تجزى عن اليمين أو علمت أنها لا تجزى عنها لكن جعلتها عوضا عنها فحينئذ تجب دية اليمين ، وانما سقط قصاص اليمين في الأولى لتعذره بالموت وفي الثانية لرضا المقتص بسقوطه اكتفاء باليسار . (١)

(١) أنظر : مغنى المحتاج : ٤٧/٤ - ٤٨ ، نهاية المحتاج : ٣٠٧/٧ - ٣٠٨ ، أسنى المطالب : ٤١/٤ - ٤٢ ، روضة الطالبين : ٢٣٤/٩ - ٢٣٨ .

وفرق الشافعية بين الخطأ فى القصاص والخطأ فى الحد حيث اكتفوا بقطع يد السارق اليسرى عن يمينه ولم يكتفوا بقطع يد الجانى اليسرى عن يمينه قصاصا فقالوا :
والفرق أن المقصود بالحد التنكيل وتعطيل الآلة الباطشة وقد حصل ، والقصاص مبنى على المماثلة فلا تجزى .

هذا وفى كلام الشافعية شىء من الغرابة فكيف يجوز للانسان أن يأذن لآخر فى قتله أو قطع عضو منه ؟ وهل هذا الاذن شبهة تسقط القصاص لا أعتقد هذا .

والله أعلم وأحكم ..

.....

المسألة الثانية : فى الخطأ فى القصاص من الأطراف والجراح .

إذا زاد مستوفى القصاص فيما دون النفس على حقه ، وذلك يكون فى الأطراف مثل من استحق قطع أصبع فقطع اثنين . ويكون فى الجراح وذلك كمن زاد على المساحة المطلوبة .
وحكم المستوفى فى هذا حكم القاطع والجراح ابتداءً ، فإن كان فعله عمداً وجب القصاص فيما يمكن فى مثله القصاص لا نتفاء الشبهة . وإن كان فعله خطأً فعليه الضمان . (١)
ومحل الضمان فى الخطأ ما إذا لم تكن الزيادة بسبب من الجانى كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شىء على المقتص لأنه لم يجن عليه بل المقتص منه هو الذى جنى على نفسه

ويصدق المقتص بيمينه ان قال : أخطأت بالزيادة . وقال المقتص منه : بل تعدت ، لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه والمقتص أعلم بقصده .

ولو قال المقتص : حصل هذا باضطرابك ، وقال المقتص منه : بل بجنايتك ، ففى المصدق منهما قولان للعلماء :

ا : المذهب عند الحنابلة - وهو قول للشافعية رجحه بعضهم - أن القول قول المقتص مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته .
ب : وذهب بعض الشافعية وبعض الحنابلة الى أن القول قول المقتص منه ،

(١) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٢٥٢/٤ ، شرح الخرشي مع حاشية العدوى : ١٥/٨ - ١٦ ، التاج والاكلیل : ٢٤٦/٦ ، مغنى المحتاج : ٤٨ ، ٣٢/٤ ، كشف القناع : ٥٣٩/٥ - ٥٤٠ .

لأن الزيادة في الاستيفاء مقتضية للضمان والمقتص يدعى اسقاط
الضمان بفعل المقتص منه والأصل عدمه . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو القول الأول لأن الظاهر أن من مسته آلة
القصاص يتحرك با لطبع اللهم الا اذا قيد بما يمنعه من الحركة فحينئذ
يكون القول قول المقتص منه .

والله أعلم وأحكم

.....

(١) أنظر: مغنى المحتاج : ٤ / ٣٢ ، ٤٨ ، أسنى المطالبع حاشية الرملى :
٤ / ٢٧ ، ٤٢ ، روضة الطالبين : ٩ / ٢٣٨ ، نهاية المحتاج : ٧ / ٢٨٩ -
٢٩٠ ، كشف القناع : ٥ / ٥٣٩ - ٥٤٠ ، المغنى : ٨ / ٣٠٥ - ٣٠٦ .

الفصل الثالث في خطأ المجتهد والمفتي.

وتحت هذا الفصل خمسة مباحث :

- المبحث الأول : في بيان أن المصيب من المجتهدين
في الفروع واحد وما عداه محطى .
- المبحث الثاني : في بيان الفرق بين المفتي والمحكم .
- المبحث الثالث : في خطأ المفتي في فتواه لنفسه .
- المبحث الرابع : في خطأ المفتي في فتواه لغيره .
- المبحث الخامس : في حكم ضمان المفتي
إذا أخطأ .

وقال العضد في شرحه على مختصر ابن الحاجب : وأما التي فيها قاطع فان
قصر في طلبه كان آثما وان لم يقصر فغير آثم وهل هو مخطئ ؟ فيه خلاف
والمختار أنه مخطئ * * (١)

هذا وأما المسائل التي لا قاطع فيها فقد اختلف العلماء فيها : هل كل
مجتهد مصيب أو أن المصيب واحد ؟
وخلافهم هذا مبنى على خلافهم في مسألة أخرى وهي : كون الحكم عند الله
في تلك المسألة واحد أو متعدد فلا بد من بحث هذه المسألة قبل الشروع
في المسألة الأولى .

.....

(١) شرح العضد : ٢٩٥ / ٢ ، وانظر : الأحكام للأمدى : ١٨٤ / ٤ .

المسألة الأولى

فى بيان أن الحكم عند الله فى المسألة المستقلة واحد .

للعلماء فى هذه المسألة قولان فقد ذهب كثير من المعتزلة وجماعة من العلماء الى أنه ليس لله فى المسائل الظنية حكم معين قبل الاجتهاد وانما الحكم فيها تابع لظن المجتهد .

وذهب جمهور العلماء ومنهم أبو حنيفة ومالك والشافعى وأحمد الى أن الحكم عند الله واحد ، وله فى كل مسألة اجتهادية ظنية حكم معين قبل اجتهاد المجتهدين والمختار قول الجمهور لما سنذكره عند بحث مسألة : هل كل مجتهد مصيب أو المصيب واحد والباقي مخطئون ، وذلك لما بين المسألتين من التلازم فلا داعى للتكرار .

هذا ومذهب عامة الفقهاء أن على ذلك الحكم المعين دليلا ظنيا لأن أكثر الأدلة ظنية ثم المطلوب فى مسائل الاجتهاد غالبا هو الظن بها ويكفى لذلك الدليل الظنى .

وهل المجتهد مكلف باصابة الحكم المعين ودليله أو هو مكلف بالاجتهاد فقط؟ ذهب أبو حنيفة والشافعى وجمهور الفقهاء الى أن المجتهد لم يكلف باصابة الحكم المعين ودليله لخفاؤه وغموضه بل هو مكلف بالاجتهاد فان أصاب فله أجران أجر على اصابته الحق وأجر على اجتهاده ، وان أخطأ فله أجر واحد وذلك لاجتهاده وبذله الوسع فى طلب الحق .

ونقل عن أحمد وجماعة من العلماء أن المجتهد مكلف باصابة الحكم المعين ودليله وذلك لأن هذا ممكن غير مستحيل .

هذا وما نقل عن أحمد فى هذه المسألة مستبعد أن يقوله فقد قال ابن تيمية:

الصحيح ما قاله أحمد وغيره أن عليه أن يجتهد فالواجب عليه الاجتهاد ولا يجب عليه اصابتة في الباطن اذا لم يكن قادرا عليه . . . (١)

الترجيح :

الذي أميل اليه هو المذهب الأول لتعذر المذهب الثاني في بعض المسائل بل يظهر أن الخلاف بين العماء في هذه المسألة لا ثمرة له لأن الجميع متفقون على وجوب عمل المجتهد بالحكم الذي توصل اليه نتيجة اجتهاده سواء أصاب الحكم المعين مع دليله أم لم يصبه كما أن الجميع متفقون على أن المجتهد يخرج عن العهدة بمجرد الاجتهاد وبذل الوسع في طلب الحكم فلا اثم عليه أصاب أم أخطأ اذا اجتهد .

.....

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية : ٢٠ / ٢٧ ، وأنظر : الأحكام لابن حزم : ٦٤٧-٦٥٥ شرح تنقيح الفصول : ٤٣٨-٤٤٠ ، فتاوى عليش : ١ / ٨٥ ، نهاية السؤل : ٢٠٥ / ٣-٢٠٦ ، شرح الكوكب المنير : ٤٠١ ، روضة الناظر : ١٩٣ - ٢٠٠ ، السوداء : ٤٩٧-٥٠٣ ، المستصفي : ٢ / ٣٥٨-٣٦٤ ، فواتح الرحموت : ٢ / ٣٧٦-٣٨١ ، تيسير التحرير : ٤ / ١٩٧-٢٠٢ ، بدائع الفصول : ٤١٧-٤٢٤ ، كشف الأسرار : ٤ / ١٨ .

المسألة الثانية

في بيان أن المصيب من المجتهدين في الفروع واحد .

هل كل مجتهد مصيب؟ أو المصيب واحد والباقي من المجتهدين مخطئون؟ للعلماء في هذه المسألة قولان؟
ذهب فريق من العلماء الى أن كل مجتهد مصيب لحكم الله في كل مسألة اجتهد فيها وأداء اجتهاده الى حكم في تلك المسألة .
وهذا مذهب القائلين بتعدد الحقوق وعدم تعيين الحكم قبل الاجتهاد ويسمون العصوية .

وذهب جمهور العلماء ومنهم أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد الى أنه ليس كل مجتهد مصيباً بل المصيب واحد والباقي مخطئون للحكم المعين عند الله مصيبون في اجتهادهم .
وهذا مذهب القائلين بوحدة الحكم وتعيينه قبل الاجتهاد ويسمون المخطئة (١) .

وقد استدل جمهور العلماء على مذهبهم بالكتاب والسنة والاجماع ،
أما الكتاب فقد قال تعالى " وَنَاوَدُ وَسَلِيمَانَ إِذْ يَخْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَمُّ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ - فَفَهَّمْنَاهَا سَلِيمَانَ وَكَلَّاهُمَا حُكْمًا وَعِلْمًا " . (٢) .

(١) أنظر: الأحكام للأمدى: ٤/١٨٣-١٨٤، تنقيح الفصول مع شرحه: ٤٣٨-٤٤١، شرح البدخشي: ٣/٢٠٣، فواتح الرحموت: ٢/٣٨١، تيسير التحرير: ٤/١٩٧، بدائع الفصول: ٤٢٢، روضة الناظر: ١٩٣، المسودة: ٥٠٣-٥٠٢، شرح الكوكب المنير: ٤٠١، مجموع فتاوى ابن تيمية: ١٩/
٢١٦-٢١٧، ٣٣/٤٠-٤١، أدب القاضي للماوردي: ١/٥٢٦-٥٢٧ .
(٢) الآيتان (٧٨-٧٩) من سورة الأنبياء .

وجه الدلالة :

أن قوله تعالى " ففهمناها سليمان " يفهم منه أن الله تعالى خص سليمان بفهم الصواب في الواقعة ، وذلك يدل على خطأ داود في اجتهاده ولا بد من فهم الآية هكذا والا لما كان لتخصيص سليمان بالفهم فائدة . وهذا دليل وحدة حكم الله تعالى في الواقعة وأن المجتهد قد يصيبه وقد يخطئه . (١)

وأما السنة فقد استدلوا بها من وجهين :

الوجه الأول : أخرج البخارى بسنده الى عمرو بن العاص أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر * (٢)

وجه الدلالة :

أن هذا الحديث قد صرح في تقسيم المجتهدين الى مصيب ومخطئ* ، وهذا يدل على أن المجتهد قد يكون مخطئاً وقد يكون مصيباً فليس كل مجتهد مصيب بل المصيب واحد من المجتهدين والباقي منهم مخطئون . كما يستلزم هذا أن في الواقعة حكماً معيناً قبل اجتهاد المجتهدين ولهذا نص على أن بعض المجتهدين مخطئ* وبعضهم مصيب ولو كان الحكم متعدداً بتعدد الاجتهاد المؤدى اليه لم يكن لتقسيم المجتهدين في هذا الحديث الى مصيب ومخطئ* فائدة . (٣)

(١) أنظر : الأحكام للأمدى : ٤ / ١٨٤ ، بدائع الفصول : ٤١٧ ، كشف الأسرار

: ٤ / ٢١ ، روضة الناظر : ١٩٥ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٣٣ / ٤٠ - ٤١ .

(٢) صحيح البخارى : ٩ / ١٩٣ - ١٩٤ .

(٣) أنظر : الأحكام لابن حزم : ١١٥٩ ، شرح البدخشى : ٣ / ٢٠٤ ، فتح

البارى : ١٣ / ٣٢٠ ، الأحكام للأمدى : ٤ / ١٨٦ ، كشف الأسرار : ٤ / ٢٢ ،

مجموع فتاوى ابن تيمية : ٣٣ / ٤٠ - ٤١ .

الوجه الثاني : أخرج مسلم في صحيحه - بسنده - الى سليمان بن بريدة عن أبيه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً - وساق الحديث - وفيه : واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله ولكن أنزلهم على حُكْمِكَ فانك لا تدري أتصيب حكْم الله فيهم أم لا " (١)

وجه الدلالة :

أن الحديث صريح في أن حكم الله في مسائل الاجتهاد معين وأن المجتهد قد يصيبه وقد يخطئه ، وهذا يدل على أن الحق في قول واحد من المجتهدين وما عداه مخطئ ولا بد من خطأ واحد من المتناقضين . (٢)

وأما الاجماع فقد أخرج البيهقي في سننه بسنده الى الشعبي قال : سُئِلَ أبو بكر رضي الله عنه عن الكلالة فقال : انى سأقول فيها برأى فان بك صواباً فمن الله وان بك خطأ فمنى ومن الشيطان ، أراه ما خلا الولد والوالد " (٣)

وأخرج أبو داود في سننه بسنده الى عبد الله بن عتبة بن مسعود : أن عبد الله بن مسعود أتى في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق . قال : فاختلفوا اليه شهراً . قال : فانى أقول فيها ، إن لها صداقاً كصداق نساءها لا وكس ولا شطط وأن لها الميراث ، وعليها العدة فان بك صواباً فمن الله وان بك خطأ فمنى ومن الشيطان والله ورسوله بريئان . . الأثر . (٤)

(١) صحيح مسلم : ١٣٥٨ / ٣ .
 (٢) أنظر : كشف الأسرار : ٢٢ / ٤ ، روضة الناظر : ١٩٦ ، شرح النووي على صحيح مسلم : ٤٠ / ١٢ ، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٤٠ / ٣٣ - ٤١ .
 (٣) سنن البيهقي : ٢٢٣ / ٦ .
 (٤) سنن أبي داود : ٥٨٨ / ٢ - ٥٩٠ .

وأخرج البيهقي بسند صحيح عن مسروق قال : كتب كاتب عمر : هذا ما أرى
الله أمير المؤمنين عمر ، فانتهره وقال : لا بل اكتب هذا رأى عمر فان كان
صوابا فمن الله وان كان خطأ فمن عمر " (١)

وروى عن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهم
أنهم خطؤوا ابن عباس في ترك القول بالقول (٢)

فهذه الآثار تدل على أن جماعة من الصحابة قد أطلقوا الخطأ على بعض
مجتهداتهم ، وتدلل على تخطئة بعضهم بعضا في مسائل الاجتهاد ولم ينكر
أحد منهم على الآخر في التخطئة فكان ذلك منهم اجماعا على أن الحق
من أقاويلهم ليس الا واحدا وأن المصيب بعضهم دون البعض الآخر .

إذا تبين هذا فالمجتهد ان أصاب أو أخطأ وجب عليه أن يعمل بما أداه
اليه اجتهاده ما لم يظهر له خلافه .

وأما من ناحية الأجر فكل من المصيب والمخطئ " مأجور على اجتهاده وما أداه
اليه اجتهاده فان كان صوابا فله أجر الاصابة وان كان خطأ فلا أجر له لحدِيث
عمر والمتقدم . (٣)

والله أعلم وأحكم . .

(١) تلخيص الحبير : ١٩٥ / ٤ .

(٢) سنن البيهقي : ٢٥٣ / ٦ ، مستدرک الحاكم : ٣٤٠ / ٤ .

(٣) أنظر : التبصرة في أصول الفقه : ٥٠٠ - ٥٠١ ، كشف الأسرار : ٤ /

٢٢ ، روضة الناظر : ١٩٦ ، الأحكام للأمدى : ٤ / ١٨٦ - ١٨٨ ، أدب

القاضي للماوردي : ٥٢٩ / ١ .

المبحث الثاني

فى بيان الفرق بين المفتى والحاكم .

الافتاء فرض كفاية يجب على القادرين من الأمة القيام به ، لأن أحكام الله واجبة الاتباع ولا يمكن اتباعها الا بعد معرفتها ، وتعرف الأحكام من أدلتها يصعب على كثير من الناس ، لهذا كان لا بد من وجود طائفة متفهمة فى الدين تبلغ ما شرع الله للناس من أحكام ووضعه من تكاليف . ولخطورة هذا المنصب وأهميته كان لا يتولاه الا مجتهد ، فالأصل فى المفتى أن يكون مجتهدا غير أنه لما تفشى التقليد وقل المجتهدون فى العصور المتأخرة احتاج الناس الى استفتاء غير المجتهدين وتصدر للافتاء أناس لم يبلغوا درجة الاجتهاد المطلق فاختلف العلماء فى جواز الافتاء لغير المجتهد الى عدة أقوال وكان اختلافهم فى الافتاء فى المسائل تخريجا على مذهب أحد المجتهدين وليس فى نقل المذاهب وحكايتها فان نقل المذهب مع الحاجة اليه جائز ومقبول اتفاقا اذا توفرت شروط قبول الرواية من العدالة والضبط وفهم ما ينقل وغيرها . ومن فعل ذلك فهو فى الواقع ناقل عن المجتهد ولهذا فلا يشترط فيه الا شروط الرواية (١)

إذا كان ذلك كذلك فالفتوى : اخبار عن حكم الله عز وجل ، والمخبر فيها : هو المفتى ، والمخبر : هو المستفتى العامى .
والقضاء : هو الحكم بين المتقاضين ، والفصل فى الخصومات بينهم على وجه يلزم كل منهما بما عليه نحو الآخر .

(١) أنظر : تيسير التحرير : ٤ / ٢٤٨ - ٢٤٩ ، فواتح الرحموت : ٢ / ٤٠٣ -

وهناك فروق بين المفتى والقاضى نذكر منها :

الأول :

الفتوى محض اخبار عن الله تعالى بحكم الله من وجوب أو حرمة أو اباحة أو غيرها . والمفتى لا يلزم بفتواه وانما يخبر بها من استفتاه فان شاء قبل قوله وان شاء تركه وعمل بفتوى غيره .
والحكم : اخبار على وجه الالتزام فلا بد فيه من التنفيذ . فالقاضى يلزم بقوله ، فيشترك هو والمفتى فى الاخبار عن الحكم ويتميز القاضى بالالتزام والأمر بالتنفيذ . (١)

الثانى :

مسائل الفتوى أعم من مسائل القضاء ذلك أن القضاء يكون فيما له ارتباط بمصالح الدنيا كالعقود ، والفتوى تكون فيما له ارتباط بمصالح الدنيا والآخرة كالعقود والعبادات فالعبادات لا تدخلها الا الفتيا إذ ليس للحاكم أن يحكم بأن هذه الصلاة صحيحة أو باطلة . (٢)

الثالث :

أن القاضى أقرب الى السلامة من المفتى لأن المفتى من شأنه اصـدار ما يرد عليه من ساعته بما حضره من القول ذلك أن عمدته فى فتواه النظر فى الكتاب والسنة وعدم الاستقصاء فى معرفة الحادثة .
أما القاضى فشأنه الأناة والتثبت ومن تأنى وتثبت حصل له من الصواب ما لا يتهيأ لصاحب البديهة وعمدته فى قضاء الحجج من البينة والاقـرار ونحوهما . (٣)

(١) أنظر: كشاف القناع: ٢٩٩/٦، أعلام الموقعين: ٣٦/١، الفروق للقرافى :

٤٨/٤-٥٤، مجموع فتاوى ابن تيمية : ٣٠٣/٢٧ .

(٢) أنظر: الفروق للقرافى : ٤٨/٤-٥٤، تهذيب الفروق : ٩٠-٩١ .

(٣) أنظر: أعلام الموقعين: ٣٦/١، الأحكام للقرافى : ٣١/٣٠ .

الرابع:

أن حكم الحاكم في الأمور الاجتهادية لا ينقض باجتهاد مثله بخلاف الفتوى فلمفت آخر أن ينظر فيما أفتى فيه غيره ويفتى بها أو بخلافها .

هذا ونقض الحكم اذا خالف الدليل القاطع لا يتأتى من المفتى وانما هو خاص بالحاكم لأن انشاء الحكم في مواقع الخلاف انما هو للحاكم فكذلك النقض والمفتى ليس له انشاء الحكم فليس له نقضه فمن لا يملك العقد لا يملك الحل (١).

والله أعلم وأحكم . .

.....

(١) أنظر : الأحكام للقرافى : ١٢٦ .

الثالث : وذهب جمهور العلماء الى أن المجتهد اذا تغير اجتهاده قبل حكم الحاكم بصحة النكاح فيجب عليه مفارقة زوجته لأنه يظن الآن أن اجتهاده الأول خطأ والعمل بالظن واجب .

وان تغير اجتهاده بعد حكم الحاكم بصحة النكاح وهو مقتضى الاجتهاد الأول فلا يفرق بين الزوجين ولا ينقض الاجتهاد الأول ، وذلك لمصلحة الحكم فانه لو نقض الاجتهاد بالاجتهاد لنقض النقض أيضا الى غير نهاية فاضطربت الأحكام ولم يوثق بها وهذا مناف لمقصود الشارع . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو مذهب الجمهور ، فيلزم المجتهد مفارقة زوجته اذا تغير اجتهاده ولم يحكم بصحة النكاح حاكم لأن المجتهد يعتقد بعد تغير رأيه انما كان يزعمه صحيحا صار فاسدا ومسوغ الابتداء اذا تغير لا يصلح مسوغا للبقاء .

ولا يلزم المجتهد مفارقة زوجته اذا تغير اجتهاده وحكم بصحة النكاح/ لأن القضاء فى المحل المختلف فيه يرفع حكم الخلاف من جواز الأخذ بكل واحد من الأقوال فيصير المقضى به واجب العمل بعينه وهذا متفق عليه .

وهذا بالنسبة للعقد الذى يقتضى الاستمرار كالنكاح ، أما العقد الذى لا يقتضى الاستمرار كالبيع فالعمل بالاجتهاد الجديد كما ذهب اليه عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى مسألة الشركة .
والله أعلم وأحكم .

(١) أنظر: شرح الكوكب المنير: ٤٠٥ ، جمع الجوامع: ٢ / ٣٩١ ، كشف القناع: ٢٢٦ / ٦ ، أسنى المطالب: ٤ / ٣٠٤ ، فواتح الرحموت: ٢ / ٣٩٦ ، تيسير التحرير: ٤ / ٢٣٤ - ٢٣٦ ، المستصفي: ٢ / ٣٨٢ ، الأحكام للأمدى: ٤ / ٢٠٣ ، روضة الناظر: ٢٠٥ ، شرح تنقيح الفصول: ٤٤١ ، أعلام الموقعين: ٤ / ٢٢٢ - ٢٢٥ ، نهاية السؤل: ٣ / ٢٠٩ - ٢١٠ ، مغنى المحتاج: ٤ / ٣٩٧ .

المبحث الرابع

فى خطأ المفتى فى فتواه لغيره .

المقلد اذا أفتاه أحد المجتهدين بحكم ثم تبين للمفتى خطأ ما ذهب إليه ورجع عن رأيه الى رأى آخر مغاير ولكن هذا حدث بعد أن عمل المقلد بالفتوى السابقة . فهل له الاستمرار على ما عمل به بمقتضى اجتهاد المجتهد الأول ؟ أو يلزمه الرجوع عما عمل به والعمل بمقتضى اجتهاد المجتهد الثانى ؟ للعلماء فى هذه المسألة ثلاثة مذاهب :

الأول : ذهب فريق منهم الى أن المقلد يلزمه الرجوع عما عمل به اذا تغير اجتهاد مقلده حكم بصحة النكاح حاكم أم لا فيلزمه مفارقة زوجته . وذلك قياساً على تغير اجتهاد المجتهد فى القبلة فان المجتهد اذا تغير اجتهاده فينبغى القبلة أثناء الصلاة وجب عليه أن يتحول الى الجهة الأخرى التى غلب على ظنه أنها هى القبلة وعلّة القياس أن كلا منهما حكم شرعى تغير الاجتهاد فيهما وحكم الأصل - وهو استقبال القبلة - مجمع عليه .

وإذا وجب على المجتهد ذلك فمقلده كذلك ، وإذا ثبت هذا فى القبلة فليقس عليها تغير اجتهاد المجتهد فى الحكم فيلزم المقلد العمل بمقتضى اجتهاده مقلده الأخير لأنه تبع له .

وثالث هذا القياس بأنه حجة على من احتج به ، ذلك أنه لا يبطل ما فعله المأموم بالاجتهاد الأول ويلزمه التحول ثانياً لأنه مأوم بمتابعة الامام بل نظير مسألتنا ما لو تغير اجتهاده بعد الفراغ من الصلاة فأنه لا تلزمه الاعادة ويصلى الثانية بالاجتهاد الثانى .

الثانى : وذهب فريق آخر من العلماء الى أن للمقلد أن يستمر على

الاجتهاد الأول فلا يلزمه مفارقة زوجته مطلقاً حكم بصحة النكاح حاكم أم لا ، لأن المستفتى قد دخل بامرأته دخولا صحيحا سائفا ولم يفهم ما يوجب مفارقتها لها من نص ولا اجماع فلا يجب عليه مفارقتها بمجرد تغير اجتهاد المجتهد .

وقد رجع عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن القول بالتشريك وأفتى بخلافه ولم يأخذ المال من الذين شَرَك بينهم أولا .

ولأنه ليس للمقلد معتقداً ما كان العلم على حسب فتوى امامه فاذا رجوع الامام فله أن يبقى على القول المرجوع عنه لأن المرجوع عنه والمرجوع اليه بالنظر اليه سواء بل يجعل امامه بعد التغير بمنزلة مجتهد آخر .

الثالث : وذهب فريق آخر منهم الى أنه يلزمه ترك العمل بالرأى الأول مالم يحكم بصحته حاكم ، ففي الفرع المذكور يلزمه مفارقة زوجته مالم يحكم بصحة النكاح حاكم . وقد تقدم في المبحث السابق الاستدلال لهذا المذهب فلا نعيده . (١)

الترجيح :

والذى أميل اليه هو المذهب الثانى فللمقلد أن يستمر على الاجتهاد الأول فلا يلزمه مفارقة زوجته مطلقاً حكم بصحة النكاح حاكم أولاً ، وذلك لما ذكروه .

ثم محل هذا فى المسائل الاجتهاديه أما اذا بان للمجتهد المقلد أنه خالف القاطع من الكتاب أو السنة أو الاجماع وأخبر مستفتيه بذلك فعليه أن يرجع .

(١) أنظر : اعلام الموقعين : ٤ / ٢٢٣ ، كشف القناع : ٦ / ٣٢٦ ، أسنى المطالب : ٤ / ٣٠٤ ، فواتح الرحموت : ٢ / ٣٩٦ ، تيسير التحرير : ٤ / ٢٣٤ - ٢٣٦ ، المستصطفى : ٢ / ٣٨٢ ، روضة الناظر : ٥ / ٢٠٥ ، شرح تنقيح الفصول : ٤٤١ ، نهاية السؤل : ٣ / ٢٠٩ - ٢١٠ .

هذا وقد اختلف العلماء في أن المفتي اذا تغير رأيه هل عليه اعلام
المستفتي ؟

أجاب عن هذا ابن القيم رحمه الله حيث قال : اختلف في ذلك ،
ف قيل : لا يلزمه اعلامه فانه عمل أولا بما يسوغ له فاذا لم يعلم بطلانه لم يكن
آثما فهو في سعة من استمراره . وقيل : بل يلزمه اعلامه لأن ما رجوع
عنه قد اعتقد بطلانه ، وبان له أن ما أفتاه به ليس من الدين فيجب اعلامه
وقيل : لا يلزمه اعلام المستفتي بذلك ان كان قد عمل به والأعلمه . والصواب
التفصيل فان كان المفتي ظهر له الخطأ قطعاً لكونه خالف نص الكتاب أو السنة
التي لا معارض لها أو خالف اجماع الأمة فعليه اعلام المستفتي ، وان كان انما
ظهر له أنه خالف مجرد مذهبه أو نص امامه لم يجب عليه اعلام المستفتي " (١)

.....

المبحث الخامس

في حكم ضمان المفتي اذا أخطأ .

ليس أحد من المفتين معصوماً من الخطأ وذلك لأنه بشر ، وقد يتلف بعض المقلدين بناءً على الفتيا ما لا له أو لغيره أو نفساً ، كأن يفتيه بوجوب القصاص فيستوفيه أو بنجاسة/السمن ^{جميع} الجامد اذا وقعت فيه فارة فيتلفه المستفتي كله ثم يتبين أن المفتي كان مخطئاً في فتياه .

اذا كان ذلك كذلك فقد اختلف العلماء في ضمان المفتي والحالة هذه على أقوال :

الأول : ظاهر مذهب الحنفية (١) وبه قال بعض الشافعية (٢) أن

المفتي لا يضمن بكل حال ، لأن الفتيا غير ملزمة وانما ^{هي} مجرد اخبار بل ينبغى أعمال قاعدة تقديم المباشرة على التسبب والمستفتي هو المباشر فيكون عليه الضمان .

ويدل لذلك ما رواه أبو داود بسنده الى جابر قال : خرجنا في سفر فأصاب رجلاً منا حجر فشجّه في رأسه ثم احتلم ، فسأل أصحابه فقال : هل تجدون لي رخصة في التيمم ؟ فقالوا : ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء . فاغتسل فمات . فلما قدمنا على النبي صلى الله عليه وسلم أخبر بذلك فقال : قتلوه قتلهم الله إلا سألوا إذ لم يعلموا فانما شفاء العبيّ السؤال انما كان يكفيه أن يتيمم ويعصب على جرحه خرقة ثم يمسح عليها ويغسل سائر جسده . (٣)

صححه ابن السكن والحاكم ووافقه الذهبي على ذلك . (٤)

(١) أنظر: حاشية ابن عابدين : ١٤٤/٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم :

٢١٤-٢١٥ .

(٢) أنظر : المجموع للنووي : ٧٦/١ .

(٣) سنن أبي داود : ٢٣٩/١ .

(٤) أنظر: المستدرك للحاكم : ١٦٥/١ ، تلخيص الحبير : ١٤٧/١ .

وجه الدلالة :

أن الحديث يدل على أنه لا ضمان على المفتي إذ لم ينقل عن الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه الواقعة أنه حكم في ذلك بضمن بل ذكر ما ينبغي أن يعمل من وقع في تلك الحالة .

وقريب من هذا مذهب المالكية (١) فقد قالوا : لا ضمان على مجتهد أتلف شيئاً بفتواه ، وأما المقلد فكذلك لا يضمن الا اذا نصبه السلطان أو نائبه للفتوى لأنه والحالة هذه قد قصر في وظيفته التي أنيطت به فقد كان ممن المفروض عليه التأكيد من فتواه ومراجعة النقول ولكنه فرط فيضمن .

الثاني : ذهب جماعة من الشافعية وجماعة من الحنابلة الى التفصيل فقالوا : ان كان خطأ المفتي بمخالفة الدليل القطعي فعليه الضمان المالى والا فلا يضمن لكونه لا يعذر في مخالفة الدليل القاطع ويعذر فيما عداه . واشتروا للضمان المالى أن يكون المفتي أهلاً للفتيا ، فان لم يكن أهلاً فلا يضمن أصلاً لأن المستفتى قد قصر بسؤاله من ليس أهلاً . (٢)

الثالث : وذهب جماعة من الحنابلة الى أن المفتى ان كان أهلاً فلا ضمان عليه بل الضمان على المستفتى ، وان لم يكن المفتى أهلاً فعليه الضمان . وقد استدلوا بالقياس على من تطيب ولم يعلم منه طب فانه يضمن ، فقد أخرج النسائي وأبو داود وابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " من تطيب ولا يعلم منه طب فهو ضامن " صحح الحديث الحاكم وأقره على ذلك

(١) أنظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٤٤/٣، شرح الخرشي مع حاشية العدوى: ١٣٣/٥، مواهب الجليل: ٤٣٧/٤ .
(٢) أنظر: المجموع للنووي: ٧٦/١، أعلام الموقعين: ٢٢٥/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي: ١٦٢، شرح الجلال المحلى على جمع الجوامع: ٢/٣٩١، شرح الكوكب المنير: ٤٠٦ .

الذهبي . (١)

وجه الدلالة :

أن الحديث يدل بمنطوقه ومفهومه على أن من ليس معروفا بالطب يضمن ما تلف بتطبيبه ، أما المعروف بذلك فلا يضمن ، فيقاس عليه المفتي . وعلـة القياس أن المستفتي مخير بين قبول فتوى المفتي ورد ها وكذلك المريض مخير بين العمل بقول الطبيب وعدم العمل بما يقوله . (٢)

الترجيح :

والذي أميل اليه هو القول الأخير فالعالم مجتهد والمجتهد معذور وغير العالم يضمن لأنه ما كان أن يدخل فتى الفتوى مادام لا يعلم الأحكام .

والله أعلم وأحكم . .

.....

(١) سنن النسائي : ٥٢ / ٨ - ٥٣ ، سنن أبي داود : ٤ / ٧١٠ ، سنن ابن ماجة : ٢ / ١١٤٨ ، المستدرك للحاكم : ٤ / ٢١٢ .
 (٢) أنظر : أعلام الموقعين : ٤ / ٢٢٥ ، شرح الكوكب المنير : ٤٠٦ .

الفصل الرابع

في قواعد وضوابط الخطأ في القضاء والتنفيذ والاجتهاد .

ضابط:

ينقض حكم الحاكم اذا كان خطؤه مقطوعاً به بأن خالف القاطع من الكتاب أو السنة أو الاجماع ، أما اذا لم يكن الخطأ مقطوعاً به فلا ينقض الحكم لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد " (١)

ولهذا الضابط أمثلة كثيرة منها :

الأول : اذا حكم الحاكم بشهود فبانوا كفاراً فحكمه باطل إذ خطؤه في هذه الحالة مقطوع به (٢) لأنه مصادم لنص القرآن فالله سبحانه وتعالى يقول " وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنكُمْ " الآية . (٣)
والكافر ليس بذي عدل ولا هو من المسلمين .

الثاني : اذا حكم الحاكم بانيا حكمه على أن اليمين على المدعى فلا شك في بطلان حكمه إذ خطؤه في هذه الحالة مقطوع به لأنه مصادم لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى واليمين على من أنكر " وتقدم تخريجه . (٤)

-
- (١) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٠٠ / ٧ - ٣٠٤ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٥٣ / ٤ - ١٥٦ ، كشف القناع : ٣٢٦ / ٦ ، أسنى المطالب : ٣٠٣ / ٤ - ٣٠٤ ، المستصفى : ٣٨٢ / ٢ - ٣٨٣ ، تيسير التحرير : ٢٣٤ / ٤ .
- (٢) أنظر : كشف القناع : ٤٤٦ / ٦ ، شرح فتح القدير : ٢٩٠ / ٥ - ٢٩٥ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ١٥٤ / ٤ ، أسنى المطالب : ٣٨٦ / ٤ .
- (٣) آية (٢) من سورة الطلاق .
- (٤) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٠١ / ٧ ، فتح الباري : ٢٨٣ / ٥ .

الثالث : أشرك عمر بن الخطاب رضى الله عنه الأخوة من الأب والأم مع الأخوة من الأم فى الثلث ، فقال له رجل : قضيت فى هذا عام أول بغير هذا ، قال كيف قضيت ؟ قال : جعلته للأخوة من الأم ولم تجعل للأخوة من الأب^{والأم} شيئا . قال : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضى . فعمر لم ينقض اجتهاده الأول فى الواقعة السابقة لأن الخطأ هنا غير قطعى بل هو فى مجال الاجتهاد والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد . (١)

ضابط :

دعوى الخطأ من المنفذ للحدود والقصاص لا تقبل الا اذا أيدتها
القرائن "

واليك بعض الأمثلة التى تدل على تطبيق الفقهاء لهذا الضابط :

الأول : نص الحنفية على أن منفذ حد السرقة اذا قطع يد السارق اليسرى عن اجتهاد فى أن قطعها يجزىء عن حد السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قول الله تعالى " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا " الآية . (٢) فان دعواه تقبل ولا ضمان عليه . أما اذا كان الخطأ فى معرفة اليمين من الشمال فلا يجعل عفوا لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه . (٣)

الثانى : اذا قتل ولى الدم الجانى بعد عفوغيره من اولياء الدم معتقدا عدم العفو لجبهله به أو علم بعفوغيره لكن اعتقد بقاء حقه فى القصاص وان وجد عفوغيره ، فقد ذهب الحنفية والحنابلة الى أنه لا قصاص عليه لأنه قتله على ظن أن قتله مباح له وهذا الظن مبنى على نوع دليل ، ذلك أن القصاص

(١) أنظر : سنن البيهقى : ٢٥٥ / ٦ .

(٢) آية (٣٨) من سورة المائدة .

(٣) أنظر : شرح فتح القدير : ٣٩٨ / ٥ - ٣٩٩ ، بدائع الصنائع : ٨٧ / ٧ - ٨٨ ،

البحر الرائق : ٦٧ / ٥ ، تبين الحقائق : ٢٢٦ / ٣ .

وجب حقا للمقتول وكل واحد من الأولياء بسبيل من استيفاء حق وجب للمقتول فالعفو من أحد المستحقين ينبغي أن لا يؤثر في حق الآخرين إلا أنه امتنع هذا الدليل عن العمل باجماع الصحابة على أن القصاص يسقط بعفو واحد من مستحقه .

وقيام الظن المبني على نوع دليل قرينة قوية تورث شبهة والقصاص يــــد رأ بالشبهات . (١)

الثالث : إذا أذن الامام أو نائبه لمن هو أهل في تنفيذ القصاص فأراد المنفذ ضرب الرقبة فأصاب غيرها وادعى الخطأ فقد نص الشافعية والحنابلة على أن دعواه تقبل إذا كانت الضربة في موضع قريب من العنق كالرأس والمنكب لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله .

وأما إذا كانت الضربة في موضع بعيد من العنق كالوسط والرجلين فلا تقبل الدعوى لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه بل هو ملحق بالعمد فيعزز مدعيه ويمنع من تنفيذ القصاص مرة أخرى . (٢)

الرابع : إذا قتل شخص من يعتقد قاتل أبيه أو مرتدا ثم تبين خطؤه فسي ذلك فقد نص الشافعية والحنابلة على وجوب القصاص منه لأن الظن المجرد لا يبيح القتل بأي حال من الأحوال ولا عبرة بالظن البين خطؤه ومالا عبرة به شرعا لا يكون عذرا . (٣)

(١) أنظر : بدائع الصنائع : ٢٤٧/٧ - ٢٤٨ ، حاشية ابن عابدين : ٦ /

٥٤١ ، كشاف القناع : ٥٣٥/٥ ، المغنى : ٣٥٤/٨ .

(٢) أنظر : كشاف القناع : ٥٣٧/٥ ، المغنى : ٣٠٧/٨ ، مغنى المحتاج :

٤٢/٤ ، أسنى المطالب : ٣٨/٤ .

(٣) أنظر : كشاف القناع : ٥٢٧/٥ ، روضة الطالبين : ١٤٧/٩ .

قاعدة :

إذا اجتمعت المباشرة والتسبب فالضمان على المباشر ما لم يكن المتسبب متعدياً *
 زل هذه القاعدة أمثلة عديدة اليك بعضها :

الأول : إذا زاد الجلاذ على الحد وتلف المحدود فان كان الامام أمره .
 بهذه الزيادة مع علمه بأن الامام قد تعتمد هذه الزيادة أو زادها خطأ فالضمان على الجلاذ لأنه مباشر للجناية .
 وان أمره الامام بذلك مع اعتقاده وجوب طاعة الامام وجهله بهذه الزيادة إذ هو لا يعلم هل هذه الزيادة من الحد أو زادها الامام عمداً أو خطأ فالضمان على الامام لأن المتسبب متعدي والجلاذ كآلة في يده .
 نص على هذه المسألة الشافعية والحنابلة وهو المفهوم من كلام الحنفية والمالكية . (١)

الثاني : قد يتلف بعض المقلدين بناء على الفتيا مالا له أو لغيره أو نفساً ثم يتبين أن المفتي كان مخطئاً في فتياه - فمن الذي يضمن ؟
 المذهب عند الجمهور أنه لا ضمان على المفتي لعدم تعدييه والمباشر هو المستفتي والمباشرة مقدمة على التسبب .
 وذهب جماعة من العلماء الى أن المفتي لا يضمن اذا كان أهلاً ولم يخالف الدليل القاطع لعدم تعدييه ، أما اذا خالف الدليل القاطع أو كان غير أهلاً فانه يضمن لتعدييه . (٢)
 والله أعلم وأحكم . .

(١) أنظر: كشف القناع: ٦/٨٣-٨٤، مغنى المحتاج: ٤/٢٠٢، شرح فتح القدير: ٥/٢٩١، الشرح الكبير للدردير: ٤/٢١٠ .
 (٢) أنظر: المجموع للنووي: ١/٧٦، حاشية ابن عابدين: ٥/١٤٤، اعلام الموقعين: ٤/٢٥٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/٤٤٤ .

الخاتمة

قد حرصت أن تكون الخاتمة خلاصة موجزة
بجميع أبواب وفصول ومباحث هذه الرسالة
بحيث يمكن للقارئ أن يكتفى بها لمعرفة نظرية
الخطأ في الفقه الاسلامي .

وتشتمل الخاتمة على اربعة مباحث :

المبحث الأول : في بيان مكانة الخطأ من أفعال
المكلفين .

المبحث الثاني : في بيان محاولة فقهاء الشافعية
وضع قاعدة للخطأ في الفقه الاسلامي .

المبحث الثالث : في بيان محاولة المؤلف وضع قاعدة
للخطأ في الفقه الاسلامي .

المبحث الرابع : في الكلام على دعوى الخطأ .

الله تعالى غير آثم من جهة حق الآدمي .
 الضرب الثاني : أن يكون الفعل أو الترك موافقا إلا أن الفاعل أو التارك عالم بالموافقة ومع ذلك فقصد المخالفة ، كالنفاق والرياء والحيل على أحكام الله ، وذلك كله باطل لأن قصد الفاعل أو التارك من ذلك الفعل أو الترك مخالف لقصد الشارع منهما فلا يصح جملة مع العلم ، وذلك كمن يصلى رياء لينال دنيا أو تعظيما عند الناس وما أشبه ذلك ، فهذا القسم أشد من الذى قبله .

الرابع : أن يكون الفعل أو الترك مخالفا والقصد موافقا ، وهذا القسم ضربان :

الضرب الأول : أن يكون مع العلم بالمخالفة ، وهذا هو الابتداء إذ الفعل مخالف فى الواقع لما شرعه الشارع والفاعل يعلم أنه لم يشرعه ولكنه يقصد به الطاعة متأولا أن هذا الفعل يعد طاعة . فهذا هو معنى مخالفة الفعل فى الواقع وموافقة القصد لما يزمه طاعة ، وهذا الضرب مذموم حسبما جاء فى القرآن العظيم والسنة المطهرة .

الضرب الثانى : أن يكون مع الجهل بالمخالفة ، وهذا هو الخطأ وهو موضوع البحث الذى بين أيدينا .
 وهذا الضرب يتنازعه عاملان :

الأول : أن الفاعل قصد الموافقة .
 الثانى : أن الفعل وقع مخالفا لما قصد الشارع .

فهل ينظر لقصد الفاعل أو لفعله عند اصدار الأحكام ؟

قال الامام الشاطبي : ولذلك صار هذا المحل غامضا فى
الشريعة " (١)

.....

(١) الموافقات : ٢ / ٣٣٧ - ٣٤٢ .

المبحث الثانى

فى بيان محاولة فقهاء الشافعية وضع قاعدة للخطأ فى
الفقه

حاول من كتب عن قواعد الفقه من الشافعية أن يضع للخطأ فى الفقه قاعدة عامة ، فمن ذلك جلال الدين السيوطى فقد قال فى كتابه " الأشباه والنظائر " :

اعلم أن قاعدة الفقه أن النسيان والجهل - أى الخطأ - مسقط للآثم مطلقا ، وأما الحكم فان وقع فى ترك مأمور لم يسقط بل يجب تداركه ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتثار ، أو فعل منهى ليس من باب الائتلاف فلا شىء فيه ، أو فيه إلتلاف لم يسقط الضمان ، فان كان يوجب عقوبة كان شبهة فى إسقاطها " (١)

ثم بعد ذلك أخذ رحمه الله يضرِب الأمثلة على ذلك . وقد سبقه لوضع هذه القاعدة أبو بكر تقي الدين الحصنى فى كتابه " قواعد الفقه " وسبقها إليها أبو سعد صلاح الدين العلائى فى كتابه " المجموع المذهب فى قواعد المذهب " .

إذا علم ذلك فلنعد إلى استعراض بعض الأمثلة التى ساقها الشافعية تحت تلك القاعدة ، وقبل ذلك لا بد من التنبيه إلى أن تلك القاعدة تقسم الخطأ فى الفقه إلى أربعة أقسام كما هو واضح :

القسم الأول : أن يقع الخطأ فى ترك مأمور فحينئذ يجب تداركه ولا يحصل الثواب المترتب عليه إلا بفعله .

فمن ذلك أن يتيقن الخطأ في الاجتهاد في جهة القبلة أو في طهارة الماء ، أو صلّوا السواد ظنوه عدواً فبان خلافه ، أو دفع الزكاة إلى من ظنه فقيراً فبان غنياً أو استتاب في الحج لكونه معضوباً فبرأ ، فالصحيح في الجميع عدم الاجزاء ووجوب الاعادة .
ولو صادف صوم الأسير ونحوه الليل دون النهار لم يجز لأن الليل ليس وقتاً للصوم ، ولو عقد البيع أو غيره على عين يظنها ملكه فبان بخلافه أو النكاح على محرم أو غيرها من المحرمات مخطئاً فالعقد غير صحيح . . .
وهكذا .

القسم الثاني : أن يقع الخطأ في فعل منهي ليس من باب الاتلاف فلا شيء فيه . ومن ذلك الشارب للخمر خطأ لا حد عليه ولا تعزير والمقتدى بمن يعتقد متطهراً فإذا هو محدث لا يعيد الصلاة والمرتكب لمحظورات الاحرام التي ليست باتلاف كاللبس والطيب على سبيل الخطأ حجّه صحيح ولا فدية عليه ، والمعتكف في الصلاة على سبيل الخطأ صلاته صحيحة ولا اعادة عليه الا اذا كثر كلامه فان الصلاة تبطل على الأصح وان وقع على وجه الخطأ لأن ذلك نادر والشرع يعفو في الأعذار عن غالبها دون نادرها لما في احتساب الغالب من المشقة .
وهكذا لو جامع على ظن أن الصبح لم يطلع فبان خلافه فصومه صحيح ولكن لا تجب الكفارة عليه لأنه حالة وطئه كان يعتقد أنه غير صائم .

القسم الثالث : أن يقع الخطأ في فعل منهي فيه اتلاف فالضمان لا يسقط ، ومن ذلك محظورات الاحرام التي هي اتلاف كازالة

الشعر والظفر وقتل الصيد لا تسقط فديتها بالخطأ .
ومنه وجوب ضمان المتلفات في مال النائم والصبي والمجنون فإيجاب ذلك
في مثل الخطأ لا ينافي رفع الائم عن المخطيء ، كمن اجتهد في ماله
ومال غيره فأكل مال غيره خطأ فلا اثم في ذلك ولا زجر لكن يلزمه
الضمان بالبدل لأن الضمان من الجواهر .

ومن ذلك الوطء فإذا وجد امرأة على فراشه فظننها زوجته ووطئها خطأ
فلا اثم ولا حد إذ الخطأ لا يحتاج الى زجر ولكنه يلزمه ضمان ما أتلفه
من البضع بمهر المثل لأنه جابر .

قالوا : وخرج عن هذا القسم صور عذر فيها بالخطأ في الضمان ، منها ما
إذا أخرج المودع الوديعة من الحرز على ظن أنها ملكه فتلفت فلا ضمان عليه
ولو كان عالماً ضمن ، ومنها ما إذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فان الأكل
لا يفرض ما أكله بعد الرجوع وقبل العلم .

القسم الرابع : أن يقع الخطأ في فعل منهي يوجب عقوبة فحينئذ
يكون الخطأ شبهة في اسقاطها . ومن ذلك قتل الخطأ لا يقتصر
من المخطيء فيه للشبهة ولا اثم عليه لكن الضمان بالدية لا يسقط
وكذا الكفارة لأنهما من خطاب الوضع .

ومن ذلك مسألة الوكيل إذا اقتصر بعد عفو موكله مخطئاً فلا قصاص عليه
وعليه الدية والكفارة ولا رجوع له على العافى لأنه محسن بالعفو .
ومن ذلك ما إذا وجد امرأة على فراشه فظننها زوجته ووطئها خطأ فلا
اثم عليه ولا حد ولكن يلزمه ضمان ما أتلفه من البضع بمهر المثل .

قالوا : وخرج عن هذا القسم صور لم يعذر فيها بالخطأ ، منها ما إذا قتل
من ظنه مرتداً فإذا هو مسلم فالقصاص واجب عليه لأن ظن الردة لا يفيد اباحة

القتل فان قتل المرتد الى الامام لا الى الأحاد ، ومنها ما اذا قتل من ظنه قاتل أبيه فبان خلافه فالقصاص واجب عليه لأنه كان من حقه التثبيت ، ومنها ما اذا ضرب مريضاً جهل مرضه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح فمات فالأصح وجوب القصاص لأن جهل المرض لا يبيح الضرب . (١)

هذا مجمل ما ذكره العلائى والحصنى والسيوطى فى كلامهم على قاعدة الخطأ فى الفقه ، وقد أوردت أهم ما ذكروه من الأمثلة التى تصدق على الخطأ وقد مر بيان الخلاف فى أغلب هذه المسائل فليراجعه من شاء .

.....

(١) أنظر : المجموع المذهب فى قواعد المذهب : لوحة (١٣٥-١٣٧) ، قواعد الفقه : لوحة (٦٣-٦٤) ، الأشباه والنظائر : ١٨٨ -

المبحث الثالث

في بيان محاولة المؤلف وضع قاعدة للخطأ في الفقه الاسلامي .

لقد أنعمت النظر في أغلب المسائل الخطأ في الفقه فوجدت أغلب هذه المسائل تندرج تحت قاعدة واحدة هي :

" أن المخطئ المقصر لا يعذر أما المخطئ غير المقصر فهو معذور "

واليك بعض نصوص العلماء التي تشير الى هذا :

قال ابن رجب الحنبلي : اذا خفي الاطلاع على خلل الشرط ثم تبين فانه يغتفر في الأصح ، فمن ذلك اذا أدى الزكاة الى من يظنه فقيراً ثم بان أنه غني فانها تسقط على أصح الروايتين ، ومنها اذا صلى المسافر بالاجتهاد الى القبلة ثم تبين الخطأ فانه لا اعادة على الصحيح . . . فأما الاعادة على من نسي الماء في رحله وتيمم ثم صلى أو على من صلى صلاة شدة الخوف لسواد ظنه عدوا فلم يكن فانه مبني على أنه فرط بترك البحث والتحقيق " (١)

وقال السيوطي الشافعي : وأما الوقوف اذا صادف ما بعد الوقت فان صادف الحادي عشر لم يجز بلا خلاف وان صادف العاشر أجزاء ولا قضاء . . . ثم صورة المسألة كما قال الرافعي أن يكون الهلال غم فأكملوا ذا القعدة ثلاثين ثم قامت بينة برؤيته ليلة الثلاثين ، أما لو وقع الغلط بسبب الحساب فانه لا يجزى بلا شك لتفريطهم " (٢)

(١) قواعد ابن رجب : ٨ .

(٢) الأشباه والنظائر : ١٨٩ - ١٩٠ .

وقال المرغيناني الحنفى : ومن زفت اليه غير امرأته ، وقالت النساء : انها زوجتك ، فوطئها لا حد عليه وعليه المهر . . . لأنه اعتمد دليلا وهو الاخبار فى موضع الاشتباه إذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها فى أول الوهلة فصار كالمغرور . . . ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ، لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التى فى بيتها " قال صاحب العناية : يعنى فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد " (١)

وقال الدردير المالكي : حارس . . . الثياب لا ضمان عليه لأنه أمين الا أن يتعدى أو يفطر . . والتفريط مالوقال : رأيت رجلا يلبسها فظننت أنه صاحبها " (٢)

هذا واذا كان ذلك كذلك فلنعرض لقواعد وضوابط الخطأ فى العبادات و المعاملات والجنايات والقضاء التى سبق استعراضها لمعرفة القواعد والضوابط التى تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى ، والقواعد والضوابط التى لا تدخل تحت هذه القاعدة وسر ذلك :

قاعدة : الخطأ فيما لا يشترط التعيين له لا يضر ، كما لو غلط فى نية الوضوء فنوى رفع حدث النوم وكان حدثه غيره ارتفع حدثه وصح وضؤه . وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى لأن المخطئ فى هذه الحالة

(١) الهداية مع شرح العناية : ٢٥٨/٥ - ٢٥٩ .

(٢) الشرح الكبير : ٢٦/٤ .

غير مقصّر ولهذا فخطؤه مغتفر ذلك أن تعيين الحدث في هذه المسألة لا يشترط فكيف ينسب الي تقصير .

قاعدة : الخطأ فيما يشترط فيه التعيين بضر ، كما اذا اقتدى فسي صلاته بشخص عينه وبان خطؤه في ذلك فصلاته باطلة وتجب عليه اعادتها . وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى لأن المخطيء في هذه الحالة قد قصّر فقد كان بإمكان المأموم أن ينوي الاقتداء بمن في المحراب أو بهذا الحاضر ونحو ذلك مما يجعله مقتدياً بشخصه فاذا اقتدى المأموم بمن فسي المحراب وهو يعتقد أنه زيداً فبان عمراً فخطؤه لا يضر لأنه جزم بأمامة الحاضر ولكن المأموم لم يفعل ذلك بل عين والخطأ في التعيين يضر لهذا فهو مقصّر .

قاعدة : الخطأ لا يكون عذراً في اسقاط المأمورات . وذلك كالمحرم لا يجزئه الرمي الا اذا وقع الحصى في المرمى فان وقع دونه لم يجزئه ولو كان على سبيل الخطأ لأنه مأوم بالرمي ولم يرم . وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى إذ المحرم في هذه الحالة لم يحتط للأمر ولم يرم كما ورد بذلك الشرع لهذا فخطؤه لا قيمة له لأنه مقصّر . وقس على هذا المثال غيره من المسائل فكل من فعل المطلوب منه شرعاً على غير الوجه الذي ورد به الشرع فهو مقصّر وخطؤه لا عبرة به .

قاعدة : الخطأ عذر في المنهيات التي ليست من باب الاتلاف ، كمن تكلم في الصلاة خطأ فصلاته عند الجمهور صحيحة اذا كان كلامه قليلاً ، وذهب جمهور العلماء أيضاً الى أن من شرب الخمر خطأ لا يقام عليه الحد . وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى فالمخطيء في هذه الحالة

غير مقصّر وقد ذكر العلماء سبب عدم تقصيره فقالوا :
المقصود من الأمور اقامة مصالحها وذلك لا يحصل الا بفعلها والمنهيات
مزجور عنها بسبب مفسدها امتحانا للمكلف بالانكفاف عنها وذلك انما يكون
بالتعمد لارتكابها ومع الخطأ لم يقصد المكلف ارتكاب المنهى فعذر بالخطأ
فيه لعدم التعمد .
أما المفسدة نفسها فيترتب عليها أثرها كمن باع الطعام قبل القبض ظاناً
أن البيع صحيح فانه يحكم بفساده .

قاعدة : إذا أمكن في العبادات التحرز من الخطأ في القضاء فالخطأ
ليس عذراً في اسقاط القضاء وما لا فلا . وذلك كالمخطئ في وقت الصلاة
يجب عليه اعادتها لأن الخطأ في الوقت يؤمن مثله في المفعول ثانياً .
وعكس هذا اذا وقف الحجاج في عرفة اليوم العاشر معتقدين أنه التاسع
من ذي الحجة فوقفهم صحيح لأن الخطأ في مثل هذا لا يؤمن في السنين
المستقبله .

وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى لأنه اذا أمكن الاتيان بالعبادة
على الوجه المشروع ولم يفعل المكلف ذلك فهو مقصّر ، أما اذا لم يمكن ذلك
فكيف ينسب الي تقصير ، على أن الأمثلة ناطقة بذلك فالمخطئ في الوقت
مقصّر لأنه كان بإمكانه التحرى والسؤال والاستدلال بعلامات دخول الوقت
أما المخطئون في وقت الوقوف فقد فعلوا ما يطيقون لهذا فهم معذرون .

قاعدة : الخطأ ليس عذراً في حقوق العباد . وذلك كما لو
استولى شخص على مال غيره معتقداً أنه ماله ثم ظهر مالك المال الحقيقي ،
فعلى المخطئ ضمان المال لصاحبه لأن الخطأ كالتعمد في أموال الناس . وكمن
يسير في الطريق وزلقت رجله فوقع على شيء لغيره فأتلفه أو كان يصيد حماماً

فطاش سهمه وأصاب شاة لغيره فانه يضمنه لما تقدم .

قد يقال : ان هذه القاعدة لا تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى لأن أموال الناس لا فرق في ضمانها بين الصغير والكبير والعامد والمخطئ ذلك أن الضمان من باب خطاب الوضع وربط الأحكام بأسبابها فمتى وجد السبب وجد الحكم ولا عبرة باعتقاد الفاعل .

وقد يقال : أنها داخلة لأن الخطأ مسبب عن فعل اختياري ، ذلك أنه يجب على المكلف عند القيام بالعمل التثبت والاحتياط حتى لا يقع في الخطأ ولكن المخطئ قد قصّر حيث لم يتثبت فوق منه الخطأ ، وعدم التثبت والاحتياط جناية وما تولد عنهما يعتبر جناية فتجوز المؤاخذة بالخطأ ، وعلى هذا فالمخطئ ههنا مقصّر فلا عذر له .

والحق أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها كما يتبادر عند أول وهلة لقارىء هذه القاعدة بل ان من أنعم النظر في تفريعات الفقهاء يجد أن هذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى فالخطأ ليس عذرا في حقوق العباد مع التقصير والأمثلة على هذا كثيرة ، منها ما اذا أقرّ العامل في المضاربة بأن الربح ألف دينار ثم ادعى غلطا في مقدار الربح وقال : بل الربح خمسمائة دينار لم يقبل قوله ، إذ كان بإمكانه التروى وعدم العجلة لكنه فرط وقصّر فليتحمل تبعات تسرعه .

أما اذا لم يقصّر المخطئ فهو معذور ولو كان خطؤه في حقوق العباد، ولهذا ذهب الجمهور الى أن الوكيل لا ينعزل قبل علمه بعزل الموكل له فجميع عقودهم وفسوخه تلزم الموكل حتى يبلغه العزل لأنه غير مقصّر ، وذهب الجمهور أيضا الى أن الملتقط لا يضمن اذا دفع اللقطة لمن وصفها ^{وصفا} شرعيا ثم أقام آخر بينة أنها له لأنه غير مقصّر . . . وهكذا .

قاعدة : اذا تعارضت نية المخطي* مع عبارته فهل يعول على النية أو العبارة ؟ . وذلك كما لو أراد الزوج أن يقول لزوجته : أنت طاهر فسبق لسانه فقال : أنت طالق ، فالحنفية يذهبون الى أن طلاقه يقع ، وإنما حكموا بوقوع الطلاق قضا* للظاهر الذي يشهد له اللفظ ولا بينة على النية فليس المبني للوقوع التفريط عندهم ولكن القاعدة أغلبية على أن الجمهور ذهبوا الى أن طلاقه لا يقع وكأنهم اعتبروا المخطي* في هذه الحالة غير مفرط ولا مقصر لأن هذا من باب الغلط والغلط لا يمكن التوقي منه ، وعليه فهذه القاعدة عند الجمهور داخلة تحت القاعدة الكبرى للخطأ .

قاعدة : اذا اختلفت عبارة المخطي* مع اشارته فأيهما يغلب ؟ يذهب الحنفية الى أن الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية ، لأنها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة فكأن اعتبار التسمية أولى لأن المعانى أحق بالاعتبار ، وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا أنهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لأن المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبع الذات ، وهذا الأصل متفق عليه عند الحنفية في البيوع والاجارات وسائر العقود .

مثال ذلك : مالوسمى في البيع شيئا وأشار الى خلافه ، فان كان من خلاف جنسه بطل البيع كما اذا سمي ياقوتا وأشار الى زجاج ذلك أن التعويل في هذه الحالة على المسمى والمسمى معدوم وبيع المعدوم لا يجوز . ولو قال : أبيعك هذا الياقوت الأحمر فاذا هو أخضر انعقد البيع تعويلا على الاشارة .

والذى يظهر لى أن هذه القاعدة تدخل تحت القاعدة الكبرى ، ذلك أن المخطي* في هذه الحالة مقصر ولو احتاط للأمر وتروى لما وقع منه ذلك ولهذا أبطل الحنفية عقده اذا اختلف الجنس لما ذكره والمقصر لا عذر له ، أما اذا اختلف الوصف فمع أن المخطي* مقصر الا أن خطأه ههنا أقل أثرا من خطئه في الجنس لما ذكره ومعاملات الناس اذا أمكن حملها على الصحة فذلك أولى رفعا للمنازعات .

هذا ويذهب الشافعية الى أن الإشارة والعبارة اذا اجتمعتا واختلفت
موجبهما غلبت الإشارة ويحمل ذكر العبارة على الغلط .
ولا أعرف تعليلا لمذهب الشافعية هذا ، ومع ذلك فهم يستثنون من القاعدة
صورا ، منها لو قال البائع للمشتري : بعتك هذا الفرس فكان بغلا أو عكسه
قالوا : الأصح ههنا البطلان تغليا لا اختلاف الغرض .

قاعدة : الخطأ في الجرائم شبهة من الشبهات التي يدرأ بها
الحد والقصاص . وذلك كما اذا وطئ الرجل غير زوجته خطأ كمن زفت اليه غير
زوجته فوطئها فمن كانت هذه حاله لا حد عليه .
وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى لأن العلماء لا يعتمدون على
الشبهة في هذه الحالة الا اذا كانت قوية ، بمعنى أن المخطئ غير مفرط
ولا مقصر فالمخطئ في المثال السابق اعتمد على قول النساء وقولهن اخبار
والاخبار دليل شرعي مبيح للوطئ لكن اذا قام الدليل وكان غير صحيح فسي
الواقع فانه يوجب الشبهة التي يدرأ بها الحد .
أما اذا كانت الشبهة ضعيفة فلا يؤخذ بها لتقصير مدعى الخطأ كمن كانت
حليلته في غاية النحافة والتي ادعى أنه ظنها أنها هي في غاية السمن أو كانت
امراته صغيرة والتي ادعى الغلط بها كبيرة . . . وهكذا ، فحينئذ يقام عليه
الحد ولا ينظر لدعواه لأنه مقصر فلا عذر له .

ضابط : اذا اجتمع العمد والخطأ في جنابة غلب جانب الخطأ فسي
الحكم ، وذلك كما لو اشترك مكلفان في قتل شخص أحدهما متعمد والآخر
مخطئ فلا قصاص على المخطئ ولا على المتعمد لأن الزهوق حصل بفعلين
أحدهما يوجب القصاص وهو العمد والآخر ينفيه وهو الخطأ فغلب المسقط وهو
الخطأ .

وهذا الضابط لا يدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى لأن المدار في هذا الضابط ليس على التفريط مع الخطأ وعدمه بل على الاشتراك ، ذلك أن حكم الخطأ ههنا معروف وإنما الكلام في اجتماع القتل الخطأ والقتل العمد وحكم القتل العمد ونحن نتكلم عن أحكام الخطأ لا عن أحكام العمد .

قاعدة : كل من تسبب في اتلاف شيء ، يجب عليه ضمانه نفسا كان أو غير نفس إذا كان في تسببه نوع تعدد . وذلك كما لو أوجج نارا في يوم شديد الريح فأحرقت شيئا ضمن ما تلف به من نفس أو مال لأنه متعدد في هذا أما لو أوقد النار في وقت لا ريح فيه فأصابها الريح بغتة فرفعها إلى شيء حتى تلف فلا ضمان على المتسبب لأنه غير متعدد .

وهذه القاعدة تدخل تحت قاعدة الخطأ الكبرى كما هو واضح من الأمثلة .

قاعدة : المباشرة مقدمة على السبب وقد يضمن المتسبب وحده إذا كان متعديا وتعذر تضمين المباشر ، وقد يضمن المباشر والمتسبب معا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه .

هذه القاعدة مرّ ذكرها أكثر من مرة ولا علاقة لها فيما نحن فيه لأنها قاعدة عامة تصدق على أحكام العمد وأحكام الخطأ .

وقد يقال أنها تدخل تحت القاعدة ويتضح ذلك من الأمثلة ، فلو أتلّف بعض المقلدين بناء على الفتيا مالا له ثم تبين خطأ المفتي في فتياه وأن المال لغيره فالجمهور على أن الذي يضمن هو المستفتي لأن التقصير في جانبه أوضح إذ هو المباشر للاتلاف والمباشرة مقدمة على السبب .

ولو أكره مكلف مكلفا على رمي شاخص علم المكروه أنه رجل وظنه المكروه صيدا فرماه

فقتله ، فالقصاص يجب على المَكْرِه لأنه متعمد للجناية والمكْرَه معذور لجهله
بالحال ، فالتفريط في جانب المَكْرِه وهكذا .

قاعدة : الأمين لا يضمن ما لم يقصر . وهذه القاعدة داخلة تحت
القاعدة الكبرى كما هو واضح ، فاذا سلم المودع الوديعة الى من يظنه صاحبها
فتبين خطؤه ضمنها لأنه مقصر .
وذهب جمهور العلماء الى أن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف بسبب فعله اذا كان
ذلك بسبب خطئه المبني على عدم التفريط لأنه أمين .

قاعدة : الاذن ينافى الضمان . وهذه القاعدة داخلة تحت
القاعدة الكبرى ويتضح ذلك من الأمثلة ، فقد ذهب المالكية والحنابلة الى أن
المعلم اذا أدب الصبي ولم يسرف فأفضى التأديب الى تلف الصبي لم يضمن
المعلم لأن الأدب مآذون فيه شرعا ومن فعل ماله فعله كيف ينسب الى تقصير .
وان أسرف في التأديب بأن زاد فوق المعتاد أو زاد على ما يحصل به المقصود
ضمن لأن الأدب في هذه الحالة غير مآذون فيه شرعا ومن فعل ماله فليس له
فعله فقد قصر .

ضابط : كل متصرف في الدابة ونحوها يضمن جنايتها متى أمكن نسبة
هذه الجناية لتقصيره .

وهذا الضابط داخل تحت القاعدة الكبرى كما هو واضح ، فقد نص العلماء على
أنه اذا حصل الاصطدام بين السفن بسبب هبوب الرياح أو العواصف ولم يكن
في الامكان صرف احدى السفينتين عن صدم الأخرى بوجه من الوجوه فلا ضمان
على أحد .

أما اذا وقع الاصطدام بسبب تفريط من جانب ملاح احدى السفينتين فالضمان

ب : اذا قتل من ظنه قاتل أبيه فبان خطؤه في ذلك وجب عليه القصاص لتقصيره إذ كان من حقه التثبيت ولكنه تعجل والظن لا يبيح القتل إذ لا عبرة بالظن البين خطؤه .

ج : ذهب جمهور العلماء الى أن من دفع الزكاة لغير مصرفها خطأ فعليه أن يدفعها مرة أخرى لتقصيره إذ لو احتاط لما وقع فيما وقع فيه ولا عبرة بظنه لأنه لا عبرة بالظن البين خطؤه .

وقد مرّ الخلاف في هذه المسألة والترجيح فليراجعه من شاء . (١)

هذا وقاعدة الخطأ الكبرى قد توصلت اليها كما سبق الإشارة اليه من مجموع كلام العلماء عن قواعد الخطأ وفروعه وهي قاعدة أغلبية تقريبية قابلة للنقاش في بعض فروعها ولكنها محاولة لتقريب الموضوع للباحث والقارى .

والله أعلم وأحكم . . .

.....

(١) أنظر في قاعدة " لا عبرة بالظن البين خطؤه " : قواعد الزركشى : ٣٥٣/٢ ، الأشباه والنظائر للسيوطي : ١٥٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم : ١٦١ ، قواعد الأحكام : ٥٤/٢ ، قواعد البعلبي : ٨٣-٩٤ ، التمهيد للأسنوي

قليلا . فالقول قول المجيز . . . الا أن يكون المال ظاهرا لا يخفى
فلا يقبل قول المجيز أنه ظنه قليلا لأنه خلاف الظاهر . (١)

الثالث : نص المالكية على أن من دخل الحمام من بابه وأخذ ثياب غيره وادعى
انه انما وقع منه ذلك خطأ فانه يصدق كان للحمام حارس أم لا أذن له في أخذ
ثيابه أم لا . وهل يمين أم لا ؟ محل نظر .
أما لو نقب أو تسور فلا يصدق ^{في} ادعواه الخطأ وكذلك اذا لم يشبه ما أخذه ثوبه
كما لو كان ثوبه جبة فأخذ فروا فلا يصدق في دعواه الخطأ . (٢)

الرابع : نص الشافعية على أن من قال : أردت بالطلاق اطلاقها من وثاق
أو بالفراق مفارقة المنزل أو بالسراح تسريحها الى منزل أهلها أو أردت غير
هذه الألفاظ فسبق لساني اليها، ولم تكن قرينة تدل على ذلك لم يقبل فسي
الظاهر لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ عرفا .
فاذا كانت قرينة كما لو قال ذلك وهو يحلها من وثاق قبل ظاهرا لوجود القرينة
الدالة على ذلك . (٣)

الخامس : نص المالكية على أن السارق اذا ظن أن ربع الدينار أو ثلاثمائة
الدرهم نحاسا حال السرقة فاذا هو أحدهما قطع ولا يعذر بظنه .
ولو ظن السارق أن الثوب المسروق الذي لا يساوى نصابا فارغا فاذا فيه نصاب
فان كان مثله يوضع فيه ذلك قطع ، أما اذا كان خلقا ليس الشأن أن يوضع فيه

(١) أنظر: كشف القناع : ٣٤٣/٤ .

(٢) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٤٢/٤ ، شرح الخرشي :

٠٩٩/٨

(٣) أنظر : مغنى المحتاج : ٢٨٠/٣ ، قواعد الزركشى : ٦٠/٣ .

وقال السارق : لا أعلم بما فيه ، حلف ولم يقطع . (١)

السادس : سُئل ابن حجر الهيتمي عن مسألة اختلف فيها فقهاء زبيد وهي :
إذ سبق لسان الشاهد بين يدي القاضي الى خلاف التاريخ بأن أراد أن يقول :
سنة ثمان وأربعين وسبعمائة ، فقال : سنة ثمان وعشرين ، ثم رجع عن الغلط
الى الصواب، فهل يكون ذلك قادحا في شهادته أو لا بينوا لنا ذلك ؟
فأجاب : لا يكون ذلك قادحا في شهادته حيث تداركها فورا أو بعد نوع مهلة
ولم يحصل للقاضي نوع ريب في شهادته كما صرح بذلك كله كلام جماعة من
الأصحاب فمن بعدهم . (٢)

السابع : نص المالكية على أن مدعى الخطأ في الوطى لا يعذر الا أن يظن
به ذلك الجهل ، وأما اذا كان الزنا واضحا فلا يقبل كمن كانت حليلته في غاية
النحافة والتي ادعى أنه ظن أنها هي في غاية السمن أو العكس ، وكمن كانت
امراته صغيرة والتي ادعى الغلط بها كبيرة .
أما اذا كان الوقت ليلا مظلما والنساء مختلطات والمرأة التي وطئها مماثلة
لحليلته في النحافة أو السمن فحينئذ له وجه من النظر . (٣)
وبمعنى هذا قال الحنفية . (٤)

الثامن : نص الحنفية على أن المشهود عليه بشرب الخمر اذا ادعى الخطأ
بأن قال : ظننتها لبنا ، أو قال : لا أعلم أنها خمر ، فلا يقبل ذلك منه لأنه
يستطيع تمييز الخمر بالرائحة والذوق من غير ابتلاع .
وان قال ظننتها نبذا قبل منه لأن النبيذ بعد الغليان والشده يشارك الخمر

-
- (١) أنظر : شرح الخرشي : ٩٥ / ٨ ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٣٥ / ٤ .
(٢) أنظر : الفتاوى الكبرى الفقهية : ٣٥٣ / ٤ - ٣٥٤ .
(٣) أنظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣١٦ / ٤ .
(٤) أنظر : شرح فتح القدير : ٢٥٨ / ٥ ، بدائع الصنائع : ٣٧ / ٧ .

فى الذوق والرائحة . (١)
وقال المالكية : يصدق شارب الخمر فى دعواه أنه ظن أنه غيره ان كان مأمونا
لا يتهم . (٢)

التاسع : نص الحنفية على أن الحاكم اذا قال للذى يقيم الحد اقطع يمين
هذا فى سرقة سرقها فقطع يسراه خطأ فلا شىء عليه عند أبى حنيفة والصاحبين
وعند زفر يضمن .

قال ابن الهمام : والمراد بالخطأ الذى فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطأ
فى الاجتهاد ، ومعناه : أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن
اجتهاد فى أن قطعها يجزىء عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله
تعالى " فاقطعوا أيديهما " . وأما الخطأ فى معرفة اليمين من الشمال
فلا يجعل عفووا لأنه بعيد يتهم فيه مدعيه " (٣)

أقول : وكلام ابن الهمام رحمه الله فيه نظرا إذ المفروض أن المنفذ ينفذ ما حكم
به الحاكم وليس له أن يجتهد فيه .

العاشر : قال ابن المقرئ المالكي ما مضمونه : كل من صدر منه لفظ هو
نص فى معنى حمل عليه . وان كان محتملا فان فسر به ما هو الأظهر قبل منه
وان فسر به غير الأظهر مما يحتمله اللفظ قبل منه مع اليمين ، وان فسر به مالا
يحتمله اللفظ لم يلتفت اليه وهذا فيما يقضى به خاصة . (٤)

.....

-
- (١) أنظر: الفتاوى الهندية: ١٥٩/٢ ، البحر الرائق : ٢٨/٥ .
(٢) أنظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣٥٢/٤ ، شرح الخرشي :
١٠٨/٨ .
(٣) شرح فتح القدير : ٣٩٨/٥ - ٤٠٠ .
(٤) قواعد ابن المقرئ : لوحة (١١١) .

" فهرس المصادر والمراجع "

" كتب التفسير "

.....

- ١- أحكام القرآن - لأبي بكر الجصاص . المتوفى عام ٣٧٠ هـ . تحقيق : محمد الصادق قمحاوى . طبع دار المصحف بالقاهرة .
- ٢- أحكام القرآن - لأبي بكر ابن العربي . المتوفى عام ٥٤٣ هـ . حققه : على محمد الجاوى . طبع عيسى الحلبي بالقاهرة .
- ٣- أضواء البيان - لمحمد الأمين الشنقيطى . المتوفى عام ١٣٩٣ هـ . طبع بمطبعة المدنى . الطبعة الثانية عام ١٤٠٠ هـ .
- ٤- تفسير القرآن العظيم - لأبي الفداء ابن كثير . المتوفى عام ٧٧٤ هـ . طبع دار احياء الكتب العربية بمصر .
- ٥- جامع البيان - لأبي جعفر الطبرى . المتوفى عام ٣١٠ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر . سنة ١٣٨٣ هـ .
- ٦- الجامع لأحكام القرآن - لأبي عبد الله القرطبي . المتوفى عام ٦٧١ هـ . تصوير دار الكاتب العربى بالقاهرة . سنة ١٣٨٧ هـ .
- ٧- فتح القدير - لمحمد الشوكانى . المتوفى عام ١٢٥٥ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر . سنة ١٣٨٣ هـ .
- ٨- محاسن التأويل - لجمال الدين القاسمى . المتوفى عام ١٣٣٢ هـ . حققه : محمد فؤاد عبد الباقي . طبع عيسى الحلبي بمصر . سنة ١٣٧٧ هـ .

٩- مفاتيح الغيب - لأبي عبد الله فخر الدين الرازي . المتوفى عام
٦٠٦ هـ . طبعة بالأوفست الناشر دار الكتب العلمية بطهران -
ايران .

١٠- تيسير العلي القدير لاختصار تفسير ابن كثير - اختصره : محمد نسيب
الرفاعي . الطبعة الأولى عام ١٣٩٢ هـ - بيروت .

" كتب الحديث وعلومه "

.....

١١- اكمال اكمال المعلم - (شرح على صحيح مسلم) - لمحمد الأبيسي .
المتوفى عام ٨٢٧ هـ . تصوير دار الكتب العلمية - بيروت . عن طبعة
السعادة بصر عام ١٣٢٨ هـ .

١٢- اختلاف الحديث - لأبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي . المتوفى
عام ٢٠٤ هـ . والكتاب مطبوع مع كتاب " الأم " له . صححه : محمد
زهري النجار . تصوير دار المعرفة - بيروت . عام ١٣٩٣ هـ .

١٣- ارواء الغليل - لمحمد ناصر الدين الألباني . طبع المكتب الاسلامي
بيروت . الطبعة الأولى . عام ١٣٩٩ هـ .

١٤- بلوغ المرام - لابن حجر العسقلاني . المتوفى عام ٨٥٢ هـ . حققه :
محمد حامد الفقي . طبع بالقاهرة . سنة ١٣٥٢ هـ .

١٥- بدائع المنن - لأحمد البنا الساعاتي . المتوفى عام ١٣٧٨ هـ . طبع
بدار الأنوار بمصر سنة ١٣٦٩ هـ .

- ١٦- تحفة الأحوذى - لأبى العلى المباركفورى . المتوفى عام ١٣٥٣ هـ .
صححه : عبد الرحمن محمد عثمان . طبع بالقاهرة عام ١٣٨٤ هـ .
- ١٧- تلخيص الحبير - لابن حجر العسقلانى . المتوفى عام ٨٥٢ هـ . حققه
: عبد الله هاشم اليمانى . طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة بالقاهرة
عام ١٣٨٤ هـ .
- ١٨- التيسير بشرح الجامع الصغير - لعبد الرؤوف المناوى . المتوفى عام
١٠٣١ هـ . تصوير : المكتب الاسلامى - بيروت .
- ١٩- تقريب التهذيب - لابن حجر العسقلانى . المتوفى عام ٨٥٢ هـ . حققه
: عبد الوهاب عبد اللطيف . طبع دار المعرفة - بيروت . الطبعة
الثانية عام ١٣٩٥ هـ .
- ٢٠- توضيح الأفكار - للأمير الصنعانى . المتوفى عام ١١٨٢ هـ . حققه :
محمد محى الدين عبد الحميد . طبع السعادة بمصر عام ١٣٨٥ هـ .
- ٢١- جامع العلوم والحكم - لأبى الفرج ابن رجب . المتوفى عام ٧٩٥ هـ .
طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٩٣ هـ .
- ٢٢- الجامع الصحيح - لأبى عيسى الترمذى . المتوفى عام ٢٩٧ هـ . حققه
: أحمد شاكر ، ومحمد فؤاد عبد الباقي ، وإبراهيم عطوه عوض . طبع
مصطفى الحلبي بالقاهرة .
- ٢٣- الدراية - لابن حجر العسقلانى . المتوفى عام ٨٥٢ هـ . حققه : عبد
الله هاشم اليمانى . طبع الفجالة الجديدة بالقاهرة عام ١٣٨٤ هـ .
- ٢٤- سنن الدارقطنى - لعلى بن عمر الدارقطنى . المتوفى عام ٣٨٥ هـ .
حققه : شمس الحق أبادى . طبع دار المحاسن بالقاهرة . عام ١٣٨٦ هـ .

- ٢٥- سبل السلام - للأمير الصنعاني . المتوفى عام ١١٨٢ هـ . حققه :
محمد عبد العزيز الخولي . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٩ هـ .
- ٢٦- سنن ابن ماجه - لأبي عبد الله ابن ماجه . المتوفى عام ٢٧٥ هـ .
حققه : محمد فؤاد عبد الباقي . طبع عيسى الحلبي بمصر .
- ٢٧- سنن النسائي - لأحمد النسائي . المتوفى عام ٣٠٣ هـ . تصوير
دار الفكر - بيروت عن طبعة المصرية بالأزهر عام ١٣٤٨ هـ .
- ٢٨- السنن - لسعيد بن منصور . المتوفى عام ٢٢٧ هـ . حققه : حبيب
الرحمن الأعظمي . طبع علمي پريس عام ١٣٨٧ هـ .
- ٢٩- السنن الكبرى - لأبي بكر البيهقي . المتوفى عام ٤٥٨ هـ . تصوير
دار الفكر - بيروت عن الطبعة الهندية .
- ٣٠- سنن أبي داود - لسليمان بن الأشعث السجستاني . المتوفى
عام ٢٧٥ هـ . حققه : عزت عبيد الدعاس . طبع محمد علي السيد . عام
١٣٨٨ هـ .
- ٣١- شرح النووي على صحيح مسلم - لمحيي الدين بن شرف النووي . المتوفى
عام ٦٧٦ هـ . طبع بالمصرية بالقاهرة عام ١٣٤٩ هـ .
- ٣٢- شرح موطأ مالك - لمحمد الزرقاني . المتوفى عام ١١٢٢ هـ . طبع
مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨١ هـ .
- ٣٣- شرح معاني الآثار - لأحمد الطحاوي . المتوفى عام ٣٢١ هـ . حققه :
محمد سيد جاد الحق . طبع الأنوار المحمدية بالقاهرة عام ١٣٨٦ هـ .
- ٣٤- صحيح مسلم - لأبي الحسين مسلم بن الحجاج - المتوفى عام ٢٦١ هـ .
حققه : محمد فؤاد عبد الباقي . طبع عيسى الحلبي بالقاهرة عام ١٣٧٤ هـ .

- ٣٥- صحيح البخارى - لأبى عبد الله البخارى . المتوفى عام ٢٥٦ هـ .
طبع المنيرية بالقاهرة .
- ٣٦- عارضة الأحوذى - لأبى بكر ابن العربى . المتوفى عام ٥٤٣ هـ . تصوير
دار العلم للجميع .
- ٣٧- الفتح الربانى - لأحمد البنا الساعاى . المتوفى عام ١٣٧٨ هـ .
طبع الفتح الربانى والأخوان المسلمين بالقاهرة .
- ٣٨- الفائق فى غريب الحديث - لجار الله الزمخشرى . المتوفى عام ٥٣٨ هـ
حققه : على محمد البجاوى ، ومحمد أبو الفضل ابراهيم . طبع
عيسى الحلبي بمصر .
- ٣٩- فتح البارى - لابن حجر العسقلانى . المتوفى عام ٨٥٢ هـ . حققه :
عبد العزيز بن عبد الله بن باز ، ومحمد فؤاد عبد الباقي . طبع المكتبة
السلفية بالقاهرة .
- ٤٠- المصنف - لعبد الرزاق الصنعانى . المتوفى عام ٢١١ هـ . حققه :
حبيب الرحمن الأعظمى . طبع بيروت عام ١٣٩٠ هـ .
- ٤١- المسند - لأحمد بن حنبل . المتوفى عام ٢٤١ هـ . تصوير المكتب
الاسلامى ، ودار صادر - بيروت .
- ٤٢- الموطأ - لعالمك بن أنس . المتوفى عام ١٧٩ هـ . حققه : محمد فؤاد
عبد الباقي . طبع كتاب الشعب بالقاهرة .
- ٤٣- منحة المعبود - لأحمد البنا الساعاى . المتوفى عام ١٣٧٨ هـ . طبع
المنيرية بالقاهرة عام ١٣٧٢ هـ .

- ٤٤- مجمع الزوائد - لنور الدين الهيثمي . المتوفى عام ٨٠٧ هـ . حرره :
العراقي وابن حجر العسقلاني . تصوير دار الكتب - بيروت .
- ٤٥- المصنف - لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة . المتوفى عام ٢٣٥ هـ .
حققه : عبد الخالق الأفغاني ، وعامر العمرى الأعظمى . طبع السلفية
بالهند عام ١٣٩٩ هـ .
- ٤٦- المعجم المفهرس لألفاظ الحديث - وضعه جماعة من المستشرقين .
مصور عن طبعة بريسل بلندن عام ١٩٦٧ م .
- ٤٧- معالم السنن - لأبى سليمان الخطابى . المتوفى عام ٣٨٨ هـ . مطبوع
مع سنن أبى داود السجستاني . اعداد وتعليق : عزت عبید الدعاس
طبع : محمد على السيد عام ١٣٨٨ هـ .
- ٤٨- المنتقى - لأبى الوليد الباجى . المتوفى عام ٤٩٤ هـ . طبع مطبعة
السعادة بمصر عام ١٣٣٢ هـ .
- ٤٩- المقاصد الحسنة - لمحمد السخاوى . المتوفى عام ٩٠٢ هـ . حققه
: عبد الله محمد الصديق ، وعبد الوهاب عبد اللطيف . طبع دار الأدب
العربى بالقاهرة عام ١٣٧٥ هـ .
- ٥٠- المستدرک - لأبى عبد الله الحاكم النيسابورى . المتوفى عام ٤٠٥ هـ .
تصوير دار الفكر ببيروت .
- ٥١- النهاية فى غريب الحديث - لأبى السعادات ابن الأثير . المتوفى عام
٦٠٦ هـ . حققه : محمود محمد الطناحى ، وطاهر أحمد الزاوى . تصوير
: دار احياء التراث العربى ببيروت . عن طبعة سنة ١٣٨٣ هـ .

- ٥٢- نصب الراية - لأبي محمد الزيلعي . المتوفى عام ٧٦٢ هـ . تصوير
: المكتبة الاسلامية عام ١٣٩٣ هـ . عن طبعة القاهرة عام ١٣٥٧ هـ .
- ٥٣- نيل الأوطار - لمحمد الشوكاني . المتوفى عام ١٢٥٥ هـ . طبع مصطفى
الحلبي بالقاهرة .
- ٥٤- كشف الخفاء - لاسماعيل العجلوني . المتوفى عام ١١٦٢ هـ . حققه :
أحمد القلاش . طبع : مكتبة التراث الاسلامي بحلب ودار التراث ...
بالقاهرة .

" كتب الفقه الحنفي "

.....

- ٥٥- الاختيار - لعبد الله الموصلي . المتوفى عام ٦٨٣ هـ . علق عليه : محمود
أبودقيقة . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٠ هـ .
- ٥٦- بدائع الصنائع - لأبي بكر الكاساني . المتوفى عام ٥٨٧ هـ . تصوير دار
الكتاب العربي ببيروت عام ١٣٩٤ هـ . عن الطبعة الأولى عام ١٣٢٨ هـ .
وله طبعة أخرى بتحقيق : أحمد مختار عثمان . طبع مطبعة الامام بمصر .
- ٥٧- البحر الرائق : لزين العابدين ابن نجيم . المتوفى عام ٩٧٠ هـ . تصوير
دار المعرفة ببيروت . عن طبع العلمية بمصر عام ١٣١١ هـ .
- ٥٨- تبين الحقائق : لفخر الدين الزيلعي . المتوفى عام ٧٤٣ هـ . تصوير
دار المعرفة ببيروت . عن طبعة الأميرية بمصر سنة ١٣١٥ هـ .

- ٥٩- حاشية رد المحتار على الدر المختار - لمحمد أمين الشهير بابن عابدين . المتوفى عام ١٢٥٢ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٦ هـ .
- ٦٠- حاشية أحمد الشلبي على تبين الحقائق . المتوفى عام ١٠٢١ هـ . تصوير دار المعرفة ببيروت . عن طبعة الأميرية بمصر عام ١٣١٥ هـ .
- ٦١- درر الحكام - شرح مجلة الأحكام - لعلي حيدر . تعريب المحامى : فهمى الحسينى . تصوير : النهضة ببيروت وبغداد .
- ٦٢- شرح فتح القدير - لمحمد المعروف بابن الهمام . المتوفى عام ٦٨١ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٩ هـ .
- ٦٣- شرح العناية على الهداية . لمحمد البابرتى . المتوفى عام ٧٨٦ هـ . مطبوع مع شرح فتح القدير .
- ٦٤- شرح المجلة - لسليم رستم باز . المتوفى عام ١٣٣٨ هـ . تصوير : دار أحياء التراث العربى - بيروت . عن الطبعة الأولى عام ١٣٠٥ هـ .
- ٦٥- العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية - لمحمد أمين الشهير بابن عابدين . المتوفى عام ١٢٥٢ هـ . تصوير دار المعرفة ببيروت . عن طبعة الأميرية بمصر عام ١٣٠٠ هـ .
- ٦٦- الفتاوى الهندية - لجماعة من العلماء فى الهند - تصوير دار المعرفة ببيروت عام ١٣٩٣ هـ . عن طبعة الأميرية بمصر عام ١٣١٠ هـ .
- ٦٧- فتاوى قاضيخان - لحسن الأوزجندى الفرغانى . المتوفى عام ٢٩٥ هـ . مطبوع مع الفتاوى الهندية .

- ٦٨- الفتاوى البزازية - لابن البزاز الكردي . المتوفى عام ٨٢٧ هـ . مطبوع مع الفتاوى الهندية .
- ٦٩- لسان الحكام - لأبي الوليد المعروف بابن الشحنة - المتوفى عام : ٨٨٢ هـ . مطبوع مع معين الحكام . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٩٣ هـ .
- ٧٠- المبسوط - لشمس الدين السرخسي . المتوفى عام ٤٩٠ هـ . تصوير دار الفكر ببيروت . عن طبع السعادة بمصر عام ١٣٣١ هـ .
- ٧١- مجمع الأنهر - لعبد الله المعروف بداماد أفندي . المتوفى عام : تصوير دار احياء التراث العربي ببيروت . عن طبعة دار الطباعة العامة عام ١٣١٩ هـ .
- ٧٢- مجمع الضمانات - لأبي محمد بن غانم البغدادي . المتوفى عام : طبعة المطبعة الخيرية بمصر عام ١٣٠٨ هـ .
- ٧٣- مجلة الأحكام العدلية - قام بتأليفها جماعة من العلماء - الطبعة الخامسة . عام ١٣٨٨ هـ . تنسيق المحامي نجيب هواويني .
- ٧٤- مرشد الحيران - لقدري باشا . المتوفى عام ١٣٠٣ هـ . المطبعة الأميرية بالقاهرة عام ١٣٠٨ هـ .
- ٧٥- معين الحكام - لأبي الحسن الطرابلسي . المتوفى عام ٨٤٤ هـ . طبع مصطفى الحلبي عام ١٣٩٣ هـ .
- ٧٦- نتائج الأفكار - لقاضي زاده - المتوفى عام : طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٩ هـ .
- ٧٧- الهداية - لعلي بن أبي بكر المرغيناني . المتوفى عام : ٥٩٣ هـ . مطبوع مع شرح فتح القدير .

" كتب الفقه المالكي "

.....

- ٧٨- بلغة السالك لأقرب المسالك - لأحمد الصاوي . المتوفى ١٢٤١ هـ .
طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٢ هـ .
- ٧٩- بداية المجتهد - لابن رشد الحفيد . المتوفى عام ٥٩٥ هـ . طبع
مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٩ هـ .
- ٨٠- تبصرة الحكام - لابن فرحون . المتوفى عام ٧٩٩ هـ . مطبوع بهامش
فتح العلي المالكي . طبعة مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٨ هـ .
- ٨١- التاج والاكلیل - لأبي عبد الله العواق . المتوفى عام ٨٩٧ هـ . مطبوع
بهامش مواهب الجليل . تصوير عام ١٣٩٨ هـ .
- ٨٢- تعليق على الشرح الكبير وحاشية الدسوقي - لأبي عبد الله المعروف
بعليش . المتوفى عام ١٢٩٩ هـ . مطبوع مع الشرح والحاشية . طبع
عيسى الحلبي بمصر .
- ٨٣- حاشية على شرح الخرشي - لعلي بن أحمد العدوي . المتوفى عام
تصوير دار صادر بيروت .
- ٨٤- حاشية على شرح الزرقاني - لمحمد البنانى . المتوفى عام : ١١٩٤ هـ .
تصوير دار الفكر بيروت عام ١٣٩٨ هـ .
- ٨٥- حاشية على الشرح الكبير - لمحمد بن أحمد الدسوقي . المتوفى عام
١٢٣٠ هـ . طبع عيسى الحلبي بمصر .

- ٨٦- حاشية على شرح الزرقاني - لمحمد بن أحمد الرهوني . المتوفى عام ١٢٣٠ هـ . تصوير دار الفكر بيروت عام ١٣٩٨ هـ . عن طبعة الأميرية بمصر عام ١٣٠٦ هـ .
- ٨٧- الذخيرة - لشهاب الدين القرافي . المتوفى عام : ٦٨٤ هـ . مخطوط مصور عن النسخة الموجودة بدار الكتب المصرية .
- ٨٨- شرح الخرشي على مختصر خليل - لأبي عبد الله محمد الخرشي . المتوفى عام ١١٠١ هـ . تصوير دار صادر بيروت .
- ٨٩- الشرح الكبير - لأحمد الدردير . المتوفى عام ١٢٠١ هـ . طبع عيسى الحلبي بمصر .
- ٩٠- الشرح الصغير - لأحمد الدردير . المتوفى عام ١٢٠١ هـ . مطبوع بهامش بلغة السالك .
- ٩١- شرح الزرقاني على مختصر خليل - لعبد الباقي الزرقاني . المتوفى عام ١٠٩٩ هـ . تصوير دار الفكر بيروت عام ١٣٩٨ هـ . عن طبعة السعادة بمصر عام ١٣٠٧ هـ .
- ٩٢- الفواكه الدواني - لأحمد النفراوى . المتوفى عام ١١٢٠ هـ . تصوير دار المعرفة بيروت .
- ٩٣- فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك - لأبي عبد الله المعروف بعليش . المتوفى عام ١٢٩٩ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٨ هـ .
- ٩٤- قوانين الأحكام الشرعية - لابن جزى الغرناطي . المتوفى عام : طبع دار العلم للملايين بيروت عام ١٩٧٤ م .

٩٥- مختصر خليل - لخليل بن اسحق المالكي . المتوفى عام ٧٦٧ هـ .
حققه : محمود أمين النواوى ، ومحمود ابراهيم زايد . طبع المشهد
الحسينى بالقاهرة .

٩٦- المدونة - رواية سحنون بن سعيد التنوخى . المتوفى عام ٢٤٠ هـ .
عن عبد الرحمن بن القاسم العتقى . المتوفى عام ١٩١ هـ . عن مالك
ابن أنس . المتوفى عام ١٧٩ هـ . مصور/طبعة السعادة بمصر
عام ١٣٢٣ هـ .

٩٧- مواهب الجليل - لأبى عبد الله محمد الخطاب . المتوفى عام ٩٥٤ هـ .
تصوير دار الفكر بيروت .

" كتب الفقه الشافعى " .

.....

٩٨- الأم - لمحمد بن ادريس الشافعى . المتوفى عام ٢٠٤ هـ . صححه :
محمد زهرى النجار ، تصوير دار المعرفة بيروت عام ١٣٩٣ هـ .

٩٩- أسنى المطالب - لأبى يحيى زكريا الأنصارى . المتوفى عام ٩٢٦ هـ .
تصوير المكتبة الاسلامية . عن طبع اليمينية بمصر عام ١٣١٣ هـ .

١٠٠- الأحكام السلطانية - لأبى الحسن الماوردى . المتوفى عام ٤٥٠ هـ .
طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٦ هـ .

١٠١- أدب القاضى - لأبى الحسن الماوردى المتوفى عام ٤٥٠ هـ . حققه :
محيى هلال السرحان . طبع العانى بغداد عام ١٣٩٢ هـ .

- ١٠٢- تحفة المحتاج - لابن حجر الهيتمي . المتوفى عام ٩٧٤ هـ . تصوير دار صادر بيروت . عن طبع الميمنية بمصر عام ١٣١٥ هـ .
- ١٠٣- تكملة المجموع - لعلى بن عبد الكافي السبكي . المتوفى عام ٧٥٦ هـ . طبع مطبعة الامام بمصر .
- ١٠٤- حاشية على نهاية المحتاج - لأبي الضياء الشبراطسى . المتوفى عام ١٠٨٧ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٦ هـ .
- ١٠٥- حاشية على نهاية المحتاج - لأحمد الرشيدى - المتوفى عام ١٠٩٦ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٦ هـ .
- ١٠٦- حاشية على تحفة المحتاج - لعبد الحميد الشروانى . المتوفى عام تصوير دار صادر بيروت .
- ١٠٧- حاشية على تحفة المحتاج - لأحمد العبادى . المتوفى عام ٩٩٤ هـ . تصوير دار صادر .
- ١٠٨- حاشية على أسنى المطالب - لأبى العباس الرملى الكبير . المتوفى عام ٩٧١ هـ . تجريد : محمد بن أحمد الشوبرى . تصوير المكتبة الاسلامية .
- ١٠٩- حاشية على شرح الجلال المحلى - لأحمد القليوبى . المتوفى عام ١٠٦٩ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٥ هـ .
- ١١٠- حاشية على شرح الجلال المحلى - لأحمد المعروف بعميرة . المتوفى عام ٩٥٧ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٥ هـ .
- ١١١- روضة الطالبين - لأبى زكريا يحيى النووى . المتوفى عام ٦٧٦ هـ . طبع

المكتب الاسلامى بد مشق وببيروت .

- ١١٢- شرح على منهاج الطالبين - للجلال المحلى . المتوفى عام ٨٦٤ هـ .
طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٥ هـ .
- ١١٣- فتح العزيز شرح الوجيز - لأبى القاسم عبد الكريم الرافعى . المتوفى
عام ٦٢٣ هـ . طبع المطبعة العربية بمصر عام ١٣٤٤ هـ . مطبوع مع
المجموع للنووى .
- ١١٤- الفتاوى الكبرى الفقهية - لابن حجر الهيتمى . المتوفى عام ٩٧٤ هـ .
تصوير المكتبة الاسلامية .
- ١١٥- المجموع شرح المذهب - لأبى زكريا يحيى النووى . المتوفى عام ٦٧٦ هـ .
طبع مطبعة الامام بمصر .
- ١١٦- مغنى المحتاج - لمحمد الشربيني الخطيب . المتوفى عام ٩٧٧ هـ .
تصوير المكتبة الاسلامية .
- ١١٧- المذهب - لأبى اسحاق الشيرازى . المتوفى عام ٤٧٦ هـ . طبع
مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٩ هـ .
- ١١٨- نهاية المحتاج - لمحمد بن أبى العباس الرملى - المتوفى عام ١٠٠٤ هـ .
طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٨٦ هـ .

" كتب الفقه الحنبلى "

.....

١١٩- الأحكام السلطانية - لأبى يعلى محمد بن حسين الفراء - المتوفى عام

- ٤٥٨ هـ . تصحيح وتعليق محمد حامد الفقى . الطبعة الثانية .
مطبعة مصطفى الحلبي عام ١٣٨٦ هـ . مصر .
- ١٢٠ - الافصاح - لأبى المظفر ابن هبيرة . المتوفى عام ٥٦٠ هـ . طبخ الحلبي
بحلب عام ١٣٦٦ هـ .
- ١٢١ - الانصاف - لأبى الحسن المرادوى - المتوفى عام ٨٨٥ هـ . حققه :
محمد حامد الفقى طبخ مطبعة السنة المحمدية بمصر عام ١٣٧٦ هـ .
- ١٢٢ - شرح منتهى الايرادات - لمنصور بن يونس البهوتى . المتوفى عام ١٠٥١ هـ
تصوير المكتبة السلفية بالمدينة .
- ١٢٣ - الفروع - لأبى عبد الله محمد بن مفلح . المتوفى عام ٧٦٣ هـ . تصوير
عالم الكتب ببيروت عام ١٤٠٢ هـ .
- ١٢٤ - كشاف القناع - لمنصور بن يونس البهوتى . المتوفى عام ١٠٥١ هـ . علق
عليه : هلال مصيلحى مصطفى هلال . طبخ مكتبة النصر الحديثة بالرياض .
- ١٢٥ - المغنى - لأبى محمد ابن قدامة . المتوفى عام ٦٢٠ هـ . حققه . محمود
عبد الوهاب فايد ، وعبد القادر أحمد عطا ، وطه محمد الزينى . طبخ
النجالة الجديدة بمصر عام ١٣٨٨ هـ .
- ١٢٦ - المغنى والشرح الكبير - الشرح لأبى الفرج ابن قدامة . المتوفى عام
٦٨٢ هـ . تصوير : المكتبة السلفية بالمدينة ، ومكتبة المؤيد بالطائف
عن طبعة المنار بالقاهرة .
- ١٢٧ - المقنع - لأبى محمد ابن قدامة . المتوفى عام ٦٢٠ هـ . وبهامشه حاشية
سليمان بن عبد الله ال الشيخ . طبخ المكتبة السلفية بمصر .

- ١٢٨- المحرر في الفقه - لأبي البركات مجد الدين بن تيمية . المتوفى عام ٦٥٢هـ . طبع مطبعة السنة المحمدية بمصر عام ١٣٦٩هـ .
- ١٢٩- منح الشفا الشافيات في شرح المفردات - لمنصور بن يونس البهوتى المتوفى عام ١٠٥١هـ . طبع المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٣٤٣هـ .
- ١٣٠- المبدع - لأبي اسحاق ابن مفلح . المتوفى عام ٨٨٤هـ . طبع المكتب الاسلامى بدمشق عام ١٣٩٤هـ .
- ١٣١- منار السبيل - لابراهيم بن ضويان . المتوفى عام . حققه : زهير الشاويش . طبع المكتب الاسلامى بدمشق وبيروت .
- ١٣٢- مطالب أولى النهى - لمصطفى السيوطى الرحباني . المتوفى عام منشورات المكتب الاسلامى . الطبعة الأولى عام ١٣٨٠هـ .

" كتب الفقه الظاهرى "

.....

- ١٣٣- المحلى - لأبي على ابن حزم . المتوفى عام ٤٥٦هـ . تحقيق : أحمد محمد شاكر . تصوير المكتب التجارى ببيروت .

" كتب القواعد والفرق الفقهية "

.....

- ١٣٤- الأشباه والنظائر - لأبي عبد الله محمد بن الوكيل . المتوفى عام ٧٣٨هـ . مخطوط . مصور عن مكتبة شستر بتى بلندن .

- ١٣٥- الأشباه والنظائر - لجلال الدين السيوطي . المتوفى عام ٩١١ هـ .
 طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٧٨ هـ .
- ١٣٦- ايضاح الدلائل في الفرق بين المسائل - لأبي محمد عبد الرحمن الزيرياتي . المتوفى عام ٧٤١ هـ . مخطوط . مصور عن النسخة الموجودة بمكتبة جامعة برنستن .
- ١٣٧- الاعتناء في الفرق والاستثناء - لبدر الدين محمد بن سليمان البكري . المتوفى عام ١٠٦٢ هـ : مخطوط . مصور عن النسخة الموجودة بمكتبة أحمد الثالث .
- ١٣٨- الأشباه والنظائر - لأبي حفص عمر بن علي بن الملقن . المتوفى عام ٨٠٤ هـ . مخطوط . مصور عن النسخة الموجودة بمكتبة أحمد الثالث .
- ١٣٩- الأشباه والنظائر - لزين العابدين ابن نجيم . المتوفى عام ٩٧٠ هـ .
 حققه : عبد العزيز محمد الوكيل . طبع الحلبي بمصر عام ١٣٨٧ هـ .
- ١٤٠- تجريد المسائل اللطاف في معرفة الائتلاف والاختلاف - لنور الدين ابن ناصر الحجازي . المتوفى عام . مخطوط . مصور عن النسخة الموجودة بمكتبة أحمد الثالث .
- ١٤١- تهذيب الفرق - لمحمد علي ابن حسين . المتوفى عام . مطبوع مع الفرق للقرافي . تصوير دار المعرفة بيروت .
- ١٤٢- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول - لعبد الرحيم الاسنوي . المتوفى عام ٧٧٢ هـ . حققه : محمد حسن هيتو . طبع مؤسسة الرسالة . الطبعة الثانية عام ١٤٠١ هـ .
- ١٤٣- تخريج الفروع على الأصول - لمحمود الزنجاني . المتوفى عام ٦٥٦ هـ .

- حققه : محمد أديب الصالح . طبع مؤسسة الرسالة ببيروت عام ١٣٩٨ هـ .
- ١٤٤ - غمزيون البصائر - لأحمد بن محمد الحموي . المتوفى عام ١٠٩٨ هـ .
طبع دار الطباعة العامة .
- ١٤٥ - الفروق - لأسعد النيسابوري الكرابيسي . المتوفى عام ٥٧٠ هـ . حقه :
محمد طوموم . الطبعة الأولى عام ١٤٠٢ هـ . الناشر : وزارة الأوقاف
بالكويت .
- ١٤٦ - الفروق - لشهاب الدين القرافي . المتوفى عام ٦٨٤ هـ . تصوير دار
المعرفة بيروت .
- ١٤٧ - الفروق - لأبي محمد الجويني . المتوفى عام ٤٣٨ هـ . مخطوط . مصور
عن النسخة الموجودة بمكتبة السلیمانية .
- ١٤٨ - قواعد الأحكام - لأبي محمد عز الدين ابن عبد السلام . المتوفى عام
٦٦٠ هـ . طبع مطبعة الاستقامة بالقاهرة .
- ١٤٩ - القواعد - لأبي الفرج ابن رجب . المتوفى عام ٧٩٥ هـ . حقه : طه
عبد الرؤوف سعد . طبع مكتبة الكليات الأزهرية عام ١٣٩٢ هـ .
- ١٥٠ - القواعد والفوائد الأصولية - لأبي الحسن ابن اللحام البعلبي . المتوفى
عام ٨٠٣ هـ . حقه : محمد حامد الفقي . طبع مطبعة السنة
المحمدية عام ١٣٧٥ هـ .
- ١٥١ - القواعد - لأبي عبد الله المعروف بابن المقرئ . المتوفى عام ٧٥٩ هـ .
مخطوط . مصور عن النسخة الموجودة بمكتبة شستر بتي بلندن .
- ١٥٢ - القواعد - لأبي بكر الحصني . المتوفى عام ٨٢٩ هـ . مخطوط . مصور

عن النسخة الموجودة بمكتبة شستر بتي بلندن .

١٥٣- المنشور في القواعد - لمحمد بن بهادر الزركشى . المتوفى عام ٧٩٤ هـ .
حققه : تيسير فائق أحمد محمود . الطبعة الأولى عام ١٤٠٢ هـ . الناشر
: وزارة الأوقاف بالكويت .

١٥٤- المجموع المذهب في قواعد المذهب - لأبي سعد العلائى . المتوفى
عام ٧٦١ هـ . مخطوط . مصور عن النسخة الموجودة بمكتبة شستر بتسى
بلندن .

١٥٥- الاحكام - لأبى العباس القرافى . المتوفى عام ٦٨٤ هـ . حققه : عبد
الفتاح أبوغده . الناشر : مكتبة المطبوعات الاسلامية . حلب .

" كتب الفقه العام "

.....

١٥٦- اعلام الموقعين - لأبى عبد الله ابن قيم الجوزية . المتوفى عام ٧٥١ هـ .
حققه : طه عبد الرؤوف سعد . طبع مطبعة الكليات الأزهرية بمصر
عام ١٣٨٨ هـ .

١٥٧- الاختيارات العلمية من فتاوى ابن تيمية - لأبى الحسن البعللى . المتوفى
عام : ٨٠٣ هـ . تصوير مكتبة الرياض الحديثة .

١٥٨- أحكام أهل الذمة - لأبى عبد الله ابن قيم الجوزية . المتوفى عام ٧٥١ هـ
حققه : صبحى الصالح . طبع جامعة دمشق عام ١٣٨١ هـ .

١٥٩- الاجارة الواردة على عمل الانسان - لشرف بن على الشريف . طبع
دار الشروق بجدة عام ١٤٠٠ هـ . الطبعة الأولى .

- ١٦٠- الاكراه وأثره فى الأحكام الشرعية - لعبد الفتاح حسيني الشيخ . الطبعة الأولى . عام ١٣٩٩ هـ .
- ١٦١- الاكراه فى الشريعة الاسلامية - لفخرى أبو صفية . الطبعة الأولى عام ١٤٠٢ هـ .
- ١٦٢- التشريع الجنائى الاسلامى - لعبد القادر عودة . المتوفى عام ١٣٧٣ هـ تصوير عام ١٣٨٨ هـ .
- ١٦٣- رفع الحرج فى الشريعة الاسلامية - لصالح بن عبد الله بن حميد . الطبعة الأولى . عام ١٤٠٣ هـ . الناشر: مركز البحث العلمى واحياء التراث الاسلامى بجامعة أم القرى .
- ١٦٤- رفع الحرج فى الشريعة الاسلامية - لعبد نان محمد جمعة . الطبعة الأولى . عام ١٣٩٩ هـ . الطابع دار الامام البخارى بدمشق .
- ١٦٥- زاد المعاد - لأبى عبد الله ابن قيم الجوزية . المتوفى عام ٧٥١ هـ . حققه : شعيب الأرنؤوط . وعبد القادر الأرنؤوط . الطبعة الثانية عام ١٤٠١ هـ . طبع مؤسسة الرسالة . ومكتبة المنار الاسلامية .
- ١٦٦- الشبهات وأثرها فى اسقاط الحدود - لأنور محمود يوسف دبور . طبع عام ١٩٧٨ م . الناشر : المكتبة التوفيقية بالقاهرة .
- ١٦٧- العقوبة المقدره - لعبد العظيم شرف الدين . طبع مكتبة الكليات الأزهرية . عام ١٣٩٣ هـ .
- ١٦٨- الفتوى والمفتى والمستفتى - لأحمد بن حمدان الحرانى . المتوفى عام ٦٩٥ هـ . حققه : محمد ناصر الدين الألبانى . طبع المكتب الاسلامى بيروت . الطبعة الثالثة عام ١٣٩٧ هـ .

- ١٦٩- فقه عمر بن الخطاب - لرويعي بن راجح الرحيلي . الطبعة الأولى
عام ١٤٠٣ هـ . الناشر: مركز البحث العلمي و احيا التراث الاسلامي
بجامعة أم القرى .
- ١٧٠- فقه سعيد بن المسيب - لهاشم جميل عبد الله . طبع مطبعة الارشاد
- بغداد عام ١٣٩٤ هـ .
- ١٧١- الفتاوى الكبرى - لأبي العباس ابن تيمية . المتوفى عام ٧٢٨ هـ . طبع
دار الكتب الحديثة . ودار الجهاد بالقاهرة عام ١٣٨٥ هـ .
- ١٧٢- فقه الأوزاعي - لعبد الله محمد الجبوري . طبع مطبعة الارشاد - بغداد
عام ١٣٩٧ هـ .
- ١٧٣- مصادر الحق - لعبد الرزاق السنهري . المتوفى عام . طبع
دار المعارف بمصر عام ١٩٦٧ م .
- ١٧٤- مجموع فتاوى ابن تيمية - لأبي العباس ابن تيمية . المتوفى عام ٧٢٨ هـ .
جمعه : عبد الرحمن بن محمد بن قاسم ، وساعده ابنه محمد . طبع
مطبعة الحكومة عام ١٣٨٦ هـ .
- ١٧٥- نظرية الضمان - لوهبة الزحيلي . طبع دار الفكر عام ١٣٨٩ هـ .
- ١٧٦- النسيان وأثره في الأحكام الشرعية - ليحيى بن حسين الغيفي . طبع
مؤسسة الرسالة عام ١٤٠٠ هـ .

" كتب أصول الفقه "

.....

- ١٧٧- الإحكام - لأبي محمد بن حزم . المتوفى عام ٤٥٦ هـ . حققه : أحمد شاكر . طبع مطبعة العاصمة بالقاهرة .
- ١٧٨- الإحكام فى أصول الأحكام - لأبي الحسن الأمدى . المتوفى عام ٦٣١ هـ . حققه : هبد الرزاق عفيفى . طبع مؤسسة النور بالرياض . الطبعة الأولى .
- ١٧٩- تيسير التحرير - لمحمد أمين الشهير بأمير باد شاه . طبع مصطفى الحلبي بمصر عام ١٣٥٠ هـ . توفى المؤلف عام .
- ١٨٠- التبصرة فى أصول الفقه - لأبى اسحاق ابراهيم الشيرازى . المتوفى عام ٤٧٦ هـ . حققه : محمد حسن هيتو . طبع دار الفكر بدمشق عام ١٤٠٠ هـ .
- ١٨١- تنقيح الفصول - لأبى العباس القرافى . المتوفى عام ٦٨٤ هـ . حققه : طه عبد الرؤوف سعد . طبع مكتبة الكليات الأزهرية ودار الفكر بالقاهرة عام ١٣٩٣ هـ .
- ١٨٢- التقرير والتحبير - لابن أمير الحاج . المتوفى عام ٨٧٩ هـ . المطبعة الكبرى الأميرية . الطبعة الأولى عام ١٣١٦ هـ .
- ١٨٣- التلويح على التوضيح - بهامش التوضيح - لسعد الدين التفتازانى . المتوفى عام : ٧٩١ هـ . المطبعة الخيرية . الطبعة الأولى عام ١٣٢٢ هـ . مصر .
- ١٨٤- حاشية على شرح العضد - لسعد الدين التفتازانى . المتوفى عام ٧٩١ هـ . تصوير دار الكتب العلمية بيروت عام ١٤٠٣ هـ . عن الطبعة الأميرية عام ١٣١٦ هـ .

- ١٨٥- حاشية على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع - لحسن العطار .
المتوفى عام ١٢٥٠ هـ . تصوير دار الكتب العلمية بيروت .
- ١٨٦- روضة الناظر - لموفق الدين بن قدامة . المتوفى عام ٦٢٠ هـ . طبع
المطبعة السلفية بالقاهرة عام ١٣٩١ هـ .
- ١٨٧- شرح المنار - لعبد اللطيف بن عبد العزيز بن الملك . المتوفى عام
٨٠١ هـ . طبع مطبعة السعادة العثمانية عام ١٣١٥ هـ .
- ١٨٨- شرح على جمع الجوامع - للجلال المحلي . المتوفى عام ٨٦٤ هـ . تصوير
دار الكتب العلمية بيروت .
- ١٨٩- شرح على مختصر ابن الحاجب - للعضد عبد الرحمن الايجي . المتوفى
عام ٧٥٦ هـ . تصوير دار الكتب العلمية بيروت عام ١٤٠٣ هـ . عن طبعة
الأميرية عام ١٣١٦ هـ .
- ١٩٠- شرح الكوكب المنير - لمحمد الفتوحى المعروف بابن النجار . المتوفى
عام ٩٧٢ هـ . حققه : محمد الزحيلي ، ونزبه حماد . طبع دار الفكر
بدمشق عام ١٤٠٢ هـ . الناشر : مركز البحث العلمى واحياء التراث
الاسلامى بجامعة أم القرى .
- ١٩١- شفاء العليل - لأبى حامد الغزالي . المتوفى عام ٥٠٥ هـ . حققه :
أحمد الكبيسي . طبع مطبعة الارشاد بغداد عام ١٣٩٠ هـ .
- ١٩٢- فصول البدائع - لمحمد الفنارى . المتوفى عام ٨٣٤ هـ . طبع عام
١٢٨٩ هـ .
- ١٩٣- فتح الغفار - لزين الدين بن نجيم . المتوفى عام ٩٧٠ هـ . طبع مصطفى
الحلبى بالقاهرة عام ١٣٥٥ هـ .

- ١٩٤ - كشف الأسرار - لعبد العزيز البخارى . المتوفى عام ٧٣٠ هـ . تصوير
دار الكتاب العربى بيروت عام ١٣٩٤ هـ .
- ١٩٥ - المستصفى - لأبى حامد الغزالى . المتوفى عام ٥٠٥ هـ . تصوير
مكتبة المثنى بغداد . عن طبع الأميرىة بمصر عام ١٣٢٤ هـ .
- ١٩٦ - مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت - الشرح لمحمد الأنصارى . المتوفى
عام . طبع مع المستصفى عام ١٣٢٤ هـ . وصور أخيرا .
- ١٩٧ - الموافقات - لأبى اسحاق الشاطبى . المتوفى عام ٧٩٠ هـ . حققه :
عبد الله دراز . طبع المكتبة التجارية الكبرى بمصر عام ١٣٩٥ هـ .
- ١٩٨ - مناهج العقول - لمحمد^{بن} الحسن البدخشى . المتوفى عام :
طبع مطبعة محمد صبيح بالأزهر بمصر .
- ١٩٩ - المسودة - لثلاثة من آل تيمية تتابعوا على تأليفها :
مجد الدين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحرانى .
المتوفى عام ٦٥٢ هـ .
أبو المحاسن عبد الحلیم بين عبد السلام . المتوفى عام ٦٨٢ هـ .
أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام . المتوفى عام ٧٢٨ هـ .
حققها : محمد محى الدين عبد الحميد . مطبعة المدنى بالقاهرة
عام ١٣٨٤ هـ .
- ٢٠٠ - نهاية السؤل - لجمال الدين عبد الرحيم الاسنوى . المتوفى عام
٧٧٢ هـ . مطبوع مع شرح البدخشى . طبع محمد صبيح بالأزهر بمصر .

" كتب اللغوية "

.....

- ٢٠١- تاج العروس- لمحمد مرتضى الزبيدي . المتوفى عام : ١٢٠٥ هـ .
منشورات دار مكتبة الحياة بيروت . عن الطبعة الخيرية عام
١٣٠٦ هـ .
- ٢٠٢- الصحاح - لاسماعيل بن حماد الجوهري . المتوفى عام : ٣٩٣ هـ .
حققه : أحمد عبد الغفور عطار . الطبعة الثانية عام ١٤٠٢ هـ .
- ٢٠٣- القاموس المحيط - لمجد الدين الفيروزابادي . المتوفى عام ٨١٧ هـ .
طبع المكتبة التجارية الكبرى بمصر . وطبعة أخرى لمصطفى الحلبي بمصر
عام ١٣٧١ هـ .
- ٢٠٤- لسان العرب المحيط - لجمال الدين بن منظور . المتوفى عام : ٧١١ هـ .
اعداد وتصنيف : يوسف خياط ونديم مرعشلي . تصوير دار
لسان العرب بيروت .
- ٢٠٥- المطلع - لأبي عبد الله البعلبي . المتوفى عام : ٧٠٩ هـ . طبع المكتب
الاسلامي بدمشق عام ١٣٨٥ هـ .
- ٢٠٦- المفردات في غريب القرآن - لأبي القاسم الراغب الأصفهاني . المتوفى عام
٥٠٢ هـ . حققه : محمد سيد كيلاني . طبع مصطفى الحلبي بمصر
عام ١٣٨١ هـ .
- ٢٠٧- المصباح المنير - لأحمد الفيومي . المتوفى عام : ٧٠٠ هـ . حققه :
مصطفى السقا . طبع مصطفى الحلبي بمصر .
- ٢٠٨- مختار الصحاح - لمحمد الرازي . المتوفى عام ٦٦٦ هـ . طبع دار الكتاب
العربي بيروت عام ١٩٦٧ م .

٢٠٩ - معجم مقاييس اللغة - لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا . المتوفى
عام ٣٩٥ هـ . حققه : عبد السلام محمد هارون . الطبعة الثانية
عام ١٣٨٩ هـ . طبع مصطفى الحلبي بمصر .

٢١٠ - المغرب - لأبي الفتح ناصر الطرزي الخوارزمي . المتوفى عام ٦١٦ هـ
الناشر : دار الكتاب العربي بيروت .

" كتب القانون والنظام والمعارف "

.....

٢١١ - التعريفات - لعلي بن محمد الجرجاني . المتوفى عام : ٨١٦ هـ . طبع
دار الكتب العلمية بيروت . الطبعة الأولى عام ١٤٠٣ هـ .

٢١٢ - تقدير التعويض بين الخطأ والضرر - لمحمد ابراهيم الدسوقي . طبع
مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية .

٢١٣ - جرائم الاهمال - لأبي اليزيد علي المتيت . الطبعة الرابعة عام ١٩٨٠ م
الناشر : مؤسسة شباب الجامعة . الاسكندرية .

٢١٤ - الحدود في الأصول - لأبي سليمان بن خلف الباجي . المتوفى عام
٤٧٤ هـ . حققه : نزيه حماد . طبعة بيروت عام ١٣٩٢ هـ .

٢١٥ - الغلط وأثره على الرضا عند فقهاء الشريعة وشرح القانون - لمحمد
ابن ناصر الصقر . مطبوع بالآلة الكاتبة عام ١٣٩٣ هـ . معهد الادارة
العامة : الرياض .

٢١٦ - الكليات - لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي . المتوفى عام : ١٠٩٤ هـ .
دار الطباعة العامرة . بمصر عام ١٢٥٣ هـ .

٢١٧- كشاف اصطلاحات الفنون - لمحمد على الفاروقى التهانوى . المتوفى عام : ١١٥٨هـ . حققه : لطفى عبد البديع . طبع الهيئة المصرية للكتاب عام ١٩٧٧م .

٢١٨- المسئولية الجنائية عن الخطأ غير العمدى فى الشريعة والقوانين الوضعية - لأحمد سالم غانم الزهرانى . مطبوع بالآلة الكاتبة عام ١٣٩٤هـ . معهد الادارة العامة . الرياض .

٢١٩- معجم المؤلفين - لعمر رضا كحالة . مطبعة الترقى بدمشق عام ١٣٧٦هـ .

٢٢٠- النظرية العامة للخطأ غير العمدى - لفوزية عبد الستار . الناشر : دار النهضة العربية بالقاهرة . طبع عام ١٩٧٧م .

.....